

niet gere-integreerd is mogelijk ook een gevolg is geweest van diens instelling in het re-integratietraject.

Het al dan niet aanwezig zijn van een medische eindtoestand lijkt in deze procedure niet van belang. De conducteur vordert immers een voorschot op zijn schade, en niet vergoeding van zijn volledige schade, en voor de overige schade vordert hij een verwijzing naar de schadestaatprocedure.

De tweede vraag die de kantonrechter beantwoordt wenst te zien is of de conducteur er zelf de hand in heeft gehad dat hij niet gere-integreerd is. In het geval dit vast komt te staan, dan is van belang wat de grondslag is van het verminderen van de schadeomvang. De op de werknemer krachtens art. 6:101 BW rustende schadebeperkingsplicht kan daartoe uitsluitel bieden. Het aannemen van proportionele aansprakelijkheid lijkt niet de juiste grondslag. Proportionele aansprakelijkheid betreft de omvang van de aansprakelijkheid en kan in bepaalde situaties worden aangenomen, namelijk als er sprake is van een *onzeker causaal verband* tussen de normschending door de werkgever en de door de werknemer geleden gezondheidsschade (HR 31 maart 2006, RvdW 2006/328 en 336). In deze zaak heeft de kantonrechter aangenomen dat de door de conducteur gestelde gezondheidsschade (PTSS) in causaal verband staat tussen de door hem bij de NS verrichtte werkzaamheden en het door de NS schenden van haar zorgplicht. Er is volgens de kantonrechter dus geen sprake van een onzeker causaal verband, zodat het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid hier geen functie heeft. Verder valt op dat de kantonrechter niet van belang lijkt te achten of bij de conducteur sprake is van een persoonlijke predispositie – die ook zonder de onderhavige gebeurtenissen tot uitval zouden hebben geleid – waarmee in het bevestigende geval in beginsel rekening moet worden gehouden bij de schadebegroting (vgl. HR 8 februari 1985, VR 1985/107).

Tot slot is van belang dat de kantonrechter zich realiseerde dat gezien het principiële karakter van deze zaak, partijen mogelijk geen genoeg zouden nemen met hetgeen hij over de op de NS rustende zorgplicht heeft overwogen. De kantonrechter heeft partijen dan ook in de gelegenheid gesteld haar

wensen omtrent hoger beroep schriftelijk kenbaar te maken. In het geval één der partijen hoger beroep wenst in te stellen, zal de kantonrechter een tussenvonnis wijzen met daarin een verklaring voor recht dat de NS haar zorgplicht heeft geschonden. Dit tussenvonnis wordt dan opengesteld voor tussentijds hoger beroep. De zaak is daartoe verwezen naar de rol.

N.C. Haasse  
advocaat-medewerker bij Kennedy Van der Laan Advocaten

## Varia

### 123

Hoge Raad  
8 juni 2007, nr. R05/147HR, LJN BA2075  
(mrs. Beukenhorst, Van Oven, Bakels,  
Streefkerk, Asser)  
(concl. A-G Spier)  
Noot W.H. van Boom

#### **Collectieve actie. Verhouding grondslag vordering en petitum.**

[BWNA art. 3:299, 3:305a]

*SCP is eigenaar van een monumentaal pand te Willemstad op Curaçao. Het pand gaat door brand gedeeltelijk teniet en omdat het een beschermd monument is, mag SCP de resten niet zonder vergunning slopen. Niettemin sloop SCP in strijd met de Monumenteneilandsverordening het pand. In de onderhavige civiele procedure vordert de Stichting Monumentenzorg Curaçao dat SCP tot de bouw van een replica van het oorspronkelijke gebouw wordt veroordeeld. Het gerecht van eerste aanleg wijst de vordering toe, maar het Gemeenschappelijk Hof wijst de vordering af, omdat kort gezegd door de sloop onherstelbare schade is ontstaan zodat herbouw tegenover de Stichting zou neerkomen op vergoeding van immateriële schade.*

*De Hoge Raad laat in het midden of deze redene-*

*ring van het Hof juist is, maar hij oordeelt dat de Stichting zich heeft gebaseerd op de onrechtmatige sloop van de restanten, zodat de vordering niet verder kan strekken dan tot herstel van de restanten. Ook de eilandsverordening biedt geen grondslag voor een vordering door de Stichting tot de bouw van een replica. De vordering van de Stichting gaat kortom verder dan door de grondslag daarvan wordt gerechtvaardigd en dus moet zij niet-ontvankelijk worden verklaard.*

*Stichting Monumentenzorg Curaçao op Curaçao,  
eiseres tot cassatie,  
advocaat: aanvankelijk mr. J. Wuisman, thans  
mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk,  
tegen  
Scharloo Central Properties NV in Willemstad,  
Curaçao,  
verweerster in cassatie,  
advocaat: mr. R.S. Meijer.*

**Conclusie Advocaat-Generaal**  
(mr. Spier)

*1. Feiten*

1.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende door het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba (hierna: het Hof) in rov. 3.2 onder a tot en met g van zijn vonnis van 30 november 2004 vastgestelde feiten.

1.2. Monumentenzorg stelt zich volgens haar statuten ten doel: het behoud en herstel van monumenten.

1.3. Op 11 december 1997 heeft SCP een perceel grond aan de Scharlooweg 12, 14 en 16 in het stadsdistrict van Curaçao in eigendom verworven. Daarop stond een pand dat was aangemerkt als beschermd monument als bedoeld in de Monumenteneilandsverordening Curaçao (hierna: MEV).

1.4. Op 28 mei 1999 is brand ontstaan in het pand, waarbij in elk geval het dak is verloren gegaan.

1.5. Na de brand heeft [betrokkene 1], directeur en aandeelhouder van SCP, de restanten van het pand laten slopen. Daarvoor was geen vergunning verleend door het Bestuurscollege van het Eilandgebied Curaçao.

1.6. Bij onherroepelijk geworden vonnis is [betrokkene 1] strafrechtelijk veroordeeld wegens overtreding van art. 8 MEV.

*2. Procesverloop*

2.1.1. Bij verzoekschrift van 22 april 2003 heeft Monumentenzorg zich tot het Gerecht in Eerste Aanleg (hierna: het GEA) gewend. Primair heeft zij gevorderd SCP te veroordelen tot de herbouw van het onder 1.4 bedoelde gebouw (de Vijf Zinnen) in optimale uiterlijke gelijkheid en met zoveel mogelijk gelijksoortig en authentiek materiaal. Subsidiair heeft zij gevorderd om haar te machtigen om op de voet van art. 3:299 ABW zelf tot herbouw over te gaan, terwijl SCP de daaraan verbonden kosten moet dragen.

2.1.2. Monumentenzorg heeft aan haar vordering ten grondslag gelegd dat zij een rechtspersoon is in de zin van art. 3:305a ABW, het afgebrande pand een van de belangrijkste historische bouwwerken was van Curaçao, het zonder vergunning en zonder noodzaak is gesloopt, terwijl restauratie van het afgebrande pand nog mogelijk was. Daarbij komt dat art. 12 MEV de eigenaar van een monument verplicht tot onderhoud en herstel. Hoewel het monument is verloren gegaan, is herbouw een naar omstandigheden passende vorm van schadevergoeding. De kosten van het herstel omschrijft zij als “de schade van de Stichting” (inl. verzoekschrift onder 13).

2.2. SCP heeft ten verweerde onder meer aangevoerd dat de sloop nodig was “om gevaarzetting te voorkomen”. Art. 12 MEV is niet gericht tot Monumentenzorg maar tot de “Eilandelijke overheid”. De vordering van Monumentenzorg is in strijd met de strekking en de geest van de MEV.

2.3.1. In zijn vonnis van 1 maart 2004 heeft het GEA de primaire vordering van Monumentenzorg toegewezen.

2.3.2. Volgens het GEA is Monumentenzorg een belangenorganisatie in de zin van art. 3:305a ABW. Zij heeft een te respecteren belang bij de ingestelde “actie” (rov. 6).

2.3.3. Het is niet aannemelijk dat [betrokkene 1] het pand heeft willen slopen teneinde een ontstane gevaarzetting ongedaan te maken (rov. 10).

2.3.4. De wet kent geen herbouwplicht, terwijl herbouw niet leidt tot herstel van het monument. De bouw van een replica benadert de uiterlijke verschijningsvorm evenwel zoveel mogelijk. In de gegeven omstandigheden is herbouw “dan ook een passende wijze van schadevergoeding.” Het GEA heeft daarbij laten

meewegen dat het monument vóór de sloop weliswaar in slechte staat verkeerde maar dat de eigenaar ingevolge art. 12 MEV tot onderhoud en herstel daarvan is gehouden. “Bij een veroordeling tot herbouw in de door eiseres beoogde zin zal gedaagde die wettelijke verplichting alsnog moeten nakomen” (rov. 11).

2.4. SCP is van dit vonnis is beroep gekomen.

2.5. Monumentenzorg heeft het beroep bestreden. Zij heeft aangevoerd dat zij “kan opkomen voor per individu geringe, maar in hun totaliteit aanzienlijke belangen van een algemeen karakter”. Dat zij “geen eigen schade heeft geleden” doet daaraan niet af. De schade is geleden door de lokale bevolking (mva onder 3.1.16/7).

2.6.1. In zijn tussenvonnis van 30 november 2004 heeft het Hof voorop gesteld dat art. 3:305a ABW onmiddellijke werking heeft. Voor het overige zijn de tot 1 januari 2001 geldende bepalingen toepasselijk, met name art. 1382 (oud) ABW (rov. 3.3).

2.6.2. Vervolgens wordt “voorshands” (zie rov. 3.4) overwogen:

“3.5. Gesteld noch gebleken is dat Monumentenzorg en/of de personen van wie zij de belangen behartigt, rechthebbenden waren op het pand en/of vermogensschade hebben geleden door de aan SCP verweten gedraging. De (beveerdelijk) geschonden norm, (toelating van) sloop van een monument zonder vergunning, strekt ook niet tot bescherming tegen vermogensschade. Indien en voorzover de vordering van Monumentenzorg ziet op vergoeding van vermogensschade, is zij dus niet toewijsbaar.

3.6. Ook naar het tot 1 januari 2001 geldende recht is het recht op schadevergoeding voor na-deel dat niet in vermogensschade bestaat, vrij nauw begrensd. Vergoeding van immateriële schade is naar dat recht onder meer mogelijk bij het toebrengen van letsel, bij belediging en bij een ernstige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting van een monument waarop de gelaedeerde partij geen auteursrecht of ander intellectueel eigendomsrecht heeft, is in elk geval niet mogelijk buiten het gebied van de collectieve actie. Dat vergoeding van dergelijke schade – bij wege van schadevergoeding in natura – in het kader van de collectieve actie wel mogelijk is, valt niet aanstonds in te zien.

3.7. Anderzijds geldt dat een rechtspersoon die blijkens (lees:) haar doelomschrijving de behar-

tiging op zich heeft genomen van bepaalde ideële belangen, onder omstandigheden bevoegd is in rechte in elk geval een verbod te vorderen van verdere schending van een norm die strekt ter bescherming van die belangen (zie Hoge Raad 18 december 1992, NJ 1994, 139, met name r.o. 4.1.2). Ter beoordeling staat of in het verlengde daarvan aangenomen moet worden dat een dergelijke rechtspersoon bevoegd is een bevel te vorderen tot opheffing van een onrechtmatige toestand (vergelijk het thans geldende artikel 3:296 BW), en zo ja, (onder meer:) in hoeverre de onderhavige rechtsvordering kan worden opgevat als strekkende tot een zodanig bevel, waarbij in elk geval beoordeeld dient te worden of er sprake is van een jegens Monumentenzorg onrechtmatige toestand en of er een gehoudenheid bestaat tot opheffing daarvan op een wijze als de gevorderde.”

2.6.3. Het Hof heeft, alvorens hierover verder te oordelen, de zaak naar de rol verwezen om Monumentenzorg in de gelegenheid te stellen zich nader uit te laten over de juridische grondslag van haar vordering.

2.7. Monumentenzorg heeft te dien einde onder meer te berde gebracht dat de Vijf Zinnen “een aanzienlijke waarde voor Monumentenzorg in het perspectief van haar doelomschrijving” vormt. Het tenietdoen van die waarde kan alleen door nieuwbouw worden hersteld (concl. uitl. sub 5.3). De vordering is mede ingesteld ter voorkoming van haar materiële schade (sub 5.4).<sup>1</sup> De vordering is er “uitdrukkelijk niet op gericht om geldelijke of materiële genoegdoening te verkrijgen”. Omdat “een veroordeling tot schadevergoeding (in natura) in dit geval niet aan de orde is, kan Monumentenzorg in rechte (nakoming van) een dergelijke vervangende prestatie van SCP vorderen, die past binnen het door Monumentenzorg zich ten doel gestelde en beschermde belang” (sub 7.2). Sloop zonder herstel betekende voor de actieve monumentenorganisaties een “stoffelijk verlies” door aantasting van de “cultuurhistorische nalatenschap” die “als geheel (...) een waarde voor Monumentenzorg” vertegenwoordigt (sub 7.3).

2.8. In zijn vonnis van 9 augustus 2005 heeft

1. Het betoog wordt samengevat onder 5.6; hetgeen daar staat is niet bijster duidelijk.

het Hof het bestreden vonnis vernietigd en de vordering van Monumentenzorg alsnog afgevoerd. Het Hof heeft daartoe overwogen:

“2.1. Door de onrechtmatige sloop van de restanten van het beschermde monument zijn een ideëel belang waarvan Monumentenzorg blijken haar doelomschrijving de behartiging op zich heeft genomen en het algemeen belang blijvend geschaad. Dit is te betreuren en hiertegen is terecht strafrechtelijk opgetreden. Men kan echter niet zeggen dat door die sloop een onrechtmatige toestand is ontstaan op de plaats waar het monument heeft gestaan. Op de toestand ter plaatse kan dus geen verplichting van SCP jegens Monumentenzorg worden gebaseerd om tot herbouw over te gaan. Evenmin kan het laten voortbestaan van de na de sloop ontstane toestand (voorzover van dat voortbestaan sprake is) worden aangemerkt als een onrechtmatige gedraging.

2.2. Het moge zo zijn dat Monumentenzorg, indien zij vóór de sloop voldoende aannemelijk had kunnen maken dat deze dreigde, in rechte een verbod tot sloop had kunnen vorderen. Dat brengt echter niet mee dat zij na de sloop herbouw kan vorderen. Er is hier geen sprake van het ongedaan maken van de gevolgen van een gedraging die is verricht, maar verboden had kunnen worden. Door de gedraging is onherstelbare schade ontstaan. Herbouw is in dat opzicht niet gelijk te stellen aan herstel in de oude toestand. Herbouw zou derhalve in relatie tot Monumentenzorg neerkomen op vergoeding in natura van immateriële schade. Het onderhavige geval valt echter buiten de grenzen waarbinnen vergoeding van immateriële schade mogelijk is. De omstandigheden dat hier sprake is van een collectieve actie en dat de schadevergoeding in andere vorm dan betaling van een geldsom gevorderd wordt, doen daar niet aan af. De civiele bescherming van Monumentenzorg is in dit opzicht door de wetgever beperkt.”

2.9. Monumentenzorg heeft tijdig beroep in cassatie ingesteld. Dit richt zich, naar ik begrijp, tegen beide vonnissen.<sup>2</sup> SCP heeft het beroep bestreden. Partijen hebben hun stellingen

schriftelijk toegelicht. Monumentenzorg heeft gerepliceerd.

### 3. Ontvankelijkheid

Zoals al aangestipt onder 2.9 richt het cassatieberoep zich klaarblijkelijk tegen beide vonnissen van het Hof. Klachten zijn evenwel alleen gericht tegen het eindvonnis. Monumentenzorg is daarom niet-ontvankelijk in haar beroep tegen het tussenvonnis.

### 4. Uitgangspunten voor de beoordeling van de klachten

#### De relevante Antilliaanse regelgeving

4.1. Art. 8 lid 3 onder a MEV bepaalt dat het verboden is zonder vergunning een beschermd monument af te breken. Vast staat dat SCP in strijd met deze bepaling heeft gehandeld.

4.2.1. Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat een vergunning tot sloop kan worden verleend wanneer “na afweging van alle belangen tot het oordeel moet worden gekomen dat sloop onvermijdelijk is”.<sup>3</sup> Wat in dit verband wordt bedoeld met “onvermijdelijk” wordt niet aangegeven. Met name komt niet uit de verf of daarvan sprake kan zijn wanneer het gaat om een gevaarlijke situatie, zoals SCP heeft gesteld en Monumentenzorg met klem heeft betwist.

4.2.2. Hoe dat zij; het ligt voor de hand en strookt ook met tekst en toelichting van art. 9 MEV dat de vraag of sprake is van “onvermijdelijkheid” en of zij grond vormt voor verlening van een sloopvergunning (in beginsel) ter beoordeling staat van de overheid.

4.3. Art. 11 MEV bepaalt dat het Bestuurscollege op kosten van de overtreder hetgeen in strijd met art. 8 MEV is verricht ongedaan kan maken en “het beschermde monument voor zover nodig in zijn vroegere staat [kan] doen terugbrengen” (cursivering toegevoegd). In de Memorie van Toelichting wordt aan art. 11 geen woord gewijd.

#### De geest uit de fles?

4.4.1. Door SCP is gesteld dat en door het Hof is in het midden gelaten of het litigieuze “pand” op de “nominatie” stond om te worden afge-

2. Dat is met zoveel woorden te lezen in het cassatierekest, zowel onder 5 als in het petitum. De twijfel wordt ingegeven door de beperking onder 5 tot eindbeslissingen.

3. Blz. 17; dit wordt vervolgens nader uitgewerkt, ook trouwens in art. 9 lid 2 MEV.

voerd van de monumentenlijst.<sup>4</sup> Anders dan mr Meijer aanvoert, staat de juistheid van deze stelling niet zonder meer vast.<sup>5</sup>

4.4.2. De producties – met name de lijst van af te voeren gebouwen – waarop hij zich beroept, zijn in het B-dossier (dat van SCP), maar niet in het A-dossier en evenmin in het Hof-dossier aan de pleitnota van SCP gehecht. Zij zijn wél gehecht aan het faxbericht dat, blijkens de eerste pagina, is gezonden aan het Hof en het advocatenkantoor dat optreedt voor Monumentenzorg. Die fax bevindt zich in het Hof-dossier maar niet in dat van Monumentenzorg.

4.4.3. Het voorafgaande is zoverre lood om oud ijzer omdat Monumentenzorg zelf heeft aangevoerd dat het onderwerpelijke pand inmiddels van de monumentenlijst is afgevoerd (antwoord conclusie na tussenvonnis noot 13). Dat maakt m.i. duidelijk dat de vordering, na een eventuele vernietiging, hoe dan ook niet meer kan worden toegewezen. Daarmee is het belang van Monumentenzorg bij haar cassatieberoep evenwel nog niet in rook opgegaan. Zij behoudt immers een proceskostenbelang.<sup>6</sup>

4.4.4. Aangenomen mag worden dat het onder 4.4.3 vermelde afvoeren van de monumentenlijst wortelt in art. 7 lid 3 MEV. Onder meer art. 5 wordt van overeenkomstige toepassing verklaard. Ingevolge art. 5 lid 2 kunnen belanghebbenden een beroepschrift indienen. Gelet op haar eigen stellingen ligt in de rede dat Monumentenzorg als belanghebbende kan worden aangemerkt. Of zij een beroepschrift heeft ingediend en waartoe dit heeft geleid, heeft zij niet vermeld. Wanneer zij dit zou hebben ingediend, zijn haar bezwaren kennelijk verworpen.

4.5.1. De door Monumentenzorg bepleite – en op zich zeker niet onsympathieke – opvatting komt in feite erop neer dat derden overheidsbeleid kunnen doorkruisen. De rechter zou in haar visie op grond van de enkele strijd met art. 8 MEV op grond van art. 3:305a BW een bevel moeten geven tot herbouw. Ook dan wanneer de overheid wellicht een sloopvergunning zou hebben gegeven op de voet van art. 9 MEV, zoals nader uitgewerkt onder 4.2. Of wanneer, zoals in casu, het monument, zij het post facto,

van de monumentenlijst is afgevoerd; zie onder 4.4.3.

4.5.2. Ook in gevallen waarin de overheid om haar moverende (geenszins noodzakelijkerwijs “slechte”) redenen een bestaande situatie zou willen aanvaarden of gedogen, zou zij door een belangenorganisatie voor de voeten kunnen worden gelopen. Te denken valt bijvoorbeeld aan een beoogde wijziging van een bestemmingsplan in welk verband de teloorgang van een gebouw een “blessing in disguise” kan zijn.

4.6. Ook derden, voor wier belangen zo’n organisatie (in het algemeen) zegt op te komen, zijn zeker niet zonder meer gebaat met een vordering als de onderhavige. Bijvoorbeeld in situaties als bedoeld onder 4.4.3 of 4.5.2 kunnen sommigen, of – de rechter kan dat moeilijk beoordelen omdat zij geen partij zijn en hun standpunt dus voor hem niet kenbaar is – velen veeleer gebaat zijn bij het achterwege blijven van herbouw. Zeker in een situatie waarin een gebouw van de monumentenlijst is afgevoerd, springt dat wel zeer in het oog.

4.7.1. SCP heeft in feitelijke aanleg beklemd toond dat de herbouw van een teloor gegaan monument niet strookt met tekst en ratio van de MEV. Immers zou het herbouwde uit de aard der zaak iets anders zijn dan het monument dat er niet meer is.

4.7.2. Deze stelling spreekt niet bijzonder tot de verbeelding, al was het maar omdat zij de bijl lijkt te zetten aan herbouw van verloren gegane monumenten die over de hele wereld (met wisselend succes) hebben plaatsgevonden en nog steeds plaatsvinden. Desondanks moet worden toegegeven dat wellicht niet onverdedigbaar is dat MEV geen juridische basis voor een bevel tot zodanige herbouw biedt. In het kader van een geschil over een daartoe strekkend bestuursdwangbesluit zou daarover door de bestuursrechter moeten worden geoordeeld.<sup>7</sup> Het is ten minste de vraag of het wenselijk is dat de burgerlijke rechter in een enigszins

4. Zie s.t. mr Meijer onder 10.  
5. Ik ga er zonder meer vanuit dat mr Meijer dat niet wist; hij kon het ook moeilijk weten.  
6. O.m. HR 10 september 2004, NJ 2005, 51 JBMV.

7. Ingevolge art. 19 MEV staat administratief beroep open. Zie over de rechtsgang die vervolgens openstaat L.J.J. Rogier, in P.J. Duinkerken en M.A. Loth, *Inleiding tot het Nederlands-Antilliaans recht* (1997) blz. 103/4. Het daar genoemde LAR speelt in casu geen rol omdat deze Landsverordening van 3 augustus 2001 is en derhalve ná het hier relevante feitencomplex.

oneigenlijke context deze vraag gaat beantwoorden.

4.8. Belangrijker nog zijn de modaliteiten van herbouw. Monumentenzorg heeft dat probleem onderkend. Zij heeft gevorderd te herbouwen met “zoveel mogelijk gelijksoortig en zo mogelijk authentiek materiaal” (vordering sub A). Daargelaten of een daartoe strekkende veroordeling voldoende scherpte zou (kunnen) hebben, zou de rechter ook hier de overheid zeer wel voor de voeten (kunnen) lopen. In situaties als hier aan de orde ligt het, binnen de grenzen van de toepasselijke – maar op dit punt op zijn minst uiterst vage – regelgeving, m.i. primair op de weg van de overheid om te bepalen hoe herbouw moet plaatsvinden en met welke materialen.

4.9.1. Monumentenzorg heeft er in feitelijke aanleg – kort gezegd – op gehamerd dat de overheid zeer gecharmeerd is van al het goede werk dat zij verricht. Ik neem dat graag aan, maar dat doet aan hetgeen onder 4.8 is geschetst niet af. Eens te minder omdat het hier gaat om een principiële kwestie die ook op allerlei andere terreinen kan spelen.

4.9.2. De gevolgen van het omarmen van het door Monumentenzorg bepleite – ik herhaal: op zich sympathieke – standpunt kan ik absoluut niet overzien; partijen hebben daaraan (en meer in het algemeen aan de hier geschetste dimensie) geen woord gewijd. Zoveel is voor mij duidelijk: de gevolgen kunnen onverwacht groot zijn en het resultaat zou in voorkomende gevallen zeer wel onwenselijk kunnen zijn.

4.9.3. Een actueel voorbeeld ter illustratie, waarbij veronderstellenderwijs wordt aangenomen dat de spoorwegen en de daartoe behorende technische voorzieningen onderdeel zijn van de Staat der Nederlanden.<sup>8</sup> Na een aantal elkaar in tijd snel opvolgende aanrijdingen blijkt dat op een groot aantal plaatsen onvoldoende maatregelen getroffen zijn om te voorkomen dat treinen door rood licht rijden. De daarvoor verantwoordelijke “instelling” wil maatregelen gaan nemen die evenwel enkele jaren zullen vergen. Een belangenvereniging van reizigers meent dat dit, gezien de veiligheid die in geding is, véél te lang duurt. Zij kan onge-

twijfeld op de voet van art. 3:305a BW een verklaring voor recht vorderen dat de periode die de verantwoordelijke “instelling” nodig meent te hebben (veel) te lang is.<sup>9</sup> Ik zou evenwel menen dat de rechter minst genomen terughoudend zal moeten zijn bij het geven van een bevel om de vereiste maatregelen binnen een door hem bepaalde periode te treffen. Immers heeft de overheid in mijn voorbeeld allicht een (zekere) beleidsvrijheid.

4.10.1. Uit de hierna te bespreken wetsgeschiedenis van art. 3:305a BW blijkt niet goed of de wetgever de hiervoor gesignaleerde bredere context en de daaruit potentieel voortvloeiende problemen onder ogen heeft gezien. Op het eerste gezicht zou men kunnen menen dat het antwoord bevestigend luidt. Zo wordt in de MvT gesproken van een “gezamenlijke verantwoordelijkheid” van overheid en organisaties als in art. 3:305a BW bedoeld.<sup>10</sup> Niets wijst er evenwel op dat de wetgever de hiervoor gesignaleerde problemen op de koop toe heeft willen nemen. In dat verband zij aangestipt dat de zo-even genoemde uiteenzetting wordt gevolgd door de stelling dat het belang dat de overheid “daaraan” hecht “onder meer” tot uiting komt in “de zelfregulering van de markt”. Het gaat daarbij evenwel om gevallen waarin de overheid terugtreedt waardoor het probleem niet langer speelt.

4.10.2. De Minister wijst er voorts, met kennelijke instemming, op dat de burgerlijke rechter zich terughoudend opstelt ingeval een ander dan de eisende partij het oordeel van de bestuursrechter zou kunnen invoeren.<sup>11</sup> Dat betoog wijst in dezelfde richting als het hiervoor ontwikkelde.

4.10.3. Bij dit alles valt nog te bedenken dat art. 3:305a BW in het leven is geroepen om een mouw te passen aan situaties waarin “per individu geringe, maar in hun totaliteit aanzienlijke belangen in het spel zijn”.<sup>12</sup> Dat veronderstelt, zoals het eerste lid het uitdrukt, dat deze belangen “gelijksoortig” zijn.<sup>13</sup> Hiervoor werd

8. Dit voorbeeld wijkt in zoverre af van de onderhavige zaak dat daarin niet de overheid partij is, maar een belangenorganisatie.

9. Op de kans van slagen van zo’n vordering ga ik niet in, alleen al niet omdat het antwoord af zal hangen van een waardering van feitelijke aard.

10. TK, zitting 1991–1992, 22 486 nr. 3 blz. 2.

11. Idem blz. 18.

12. Idem.

13. Vgl. TK, zitting 1991–1992, 22 486 nr. 3 blz. 24.



al aangegeven dat en waarom daarvan in casu – en in talloze andere situaties – niet zonder meer kan worden uitgegaan. Dat noopt tot grote voorzichtigheid in gevallen waarin de rechter niet kan overzien of de belangen gelijksoortig zijn en waarin dat evenmin aanstonds voor de hand ligt.<sup>14</sup> Zoals uit de onder 4.13 geciteerde passage blijkt, strookt dit met de bedoeling van de wetgever.

*De ratio van art. 3:305a BW*

4.11. Ingevolge art. 3:305a lid 1 BW kan een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voorzover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt. Ingevolge de laatste volzin van het derde lid kan deze rechtsvordering evenwel niet strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld.

4.12. Uit de wetgeschiedenis blijkt dat de in lid 3 vervatte beperking door de meerderheid van de SER werd onderschreven.<sup>15</sup> Melding wordt gemaakt van kritiek op het voorontwerp dat milieu-organisaties geen vorderingsrecht zouden hebben indien natuur of milieu “op zich zelf wordt bedreigd, zonder dat daarbij de belangen van andere personen in het geding zijn”.<sup>16</sup>

4.13.1. Uit de MvT blijkt dat de bepaling niet alleen ziet op vermogensbelangen:

“De belangen die zich voor bundeling in een collectieve vordering lenen, kunnen vermogensbelangen betreffen, maar ook meer ideëel getinte belangen. Met de actie kan opgekomen worden voor belangen die mensen rechtstreeks raken, of die mensen zich vanuit een bepaalde overtuiging hebben aangetrokken. Bij de meer ideëel getinte belangen doet het daarbij niet ter zake dat niet ieder lid van de samenleving evenveel waarde aan deze belangen hecht. Mogelijk is zelfs dat de belangen waarvoor men met de procedure wenst op te komen, in botsing komen met de ideeën en opvattingen van andere groeperingen in de samenleving. Dit op zichzelf zal een collectieve actie niet in de weg staan. Wel moet men bedenken dat de ontvankelijkheid nog niets zegt over de toewijsbaarheid van

de vordering. De procedure kan stranden op de overweging dat de belangen van niet vertegenwoordigde andere groeperingen onvoldoende in de oordeelsvorming kunnen worden betrokken (...)”<sup>17</sup>

4.13.2. Hoe de exegese over de tegenstrijdige belangen zich verhoudt tot de in art. 3:305a lid 1 BW verankerde eis van gelijksoortigheid wordt a prima vista niet nader toegelicht. Een deel van het antwoord ligt ongetwijfeld besloten in de slot-tournure: ontvankelijkheid staat nog niet garant voor een victorie ten gronde.

4.13.3. Mij komt niet onaannemelijk voor dat de bewindsman bij de botsing met ideeën en opvattingen van andere delen van de samenleving (mede) het oog heeft gehad op rechtens niet te respecteren opvattingen of op in het oog springend minder zwaarwegende belangen. Sommige bedrijven menen kennelijk dat er weinig op tegen is om allerlei gevaarlijke of schadelijke stoffen te lozen, dumpen of in de lucht te brengen. Kostentechnische en (andere) korte termijn-overwegingen spelen daarbij allicht een (grote) rol. Dat soort “inzichten” zal het in voorkomende gevallen uiteraard moeten afleggen tegen die van belangengroeperingen en degenen die zij vertegenwoordigen die een evenwichtiger kijk op deze kwestie hebben. Die opvatting klinkt ook door in de uitermate belangrijke opmerking van Staatssecretaris Kosto dat art. 3:305a BW soelaas biedt bij een milieu-belastende activiteit waarvan de gevolgen pas voor toekomstige generaties merkbaar zullen zijn.<sup>18</sup>

4.14.1. Belangenorganisaties kunnen, zo leert de MvT, niet alleen een bevel of verbod vragen, maar ook nakoming van contractuele verplichtingen.<sup>19</sup> Bij de mondelinge behandeling heeft Staassecretaris Kosto aangegeven dat men “doorgaans (...) geen moeite met deze figuur [heeft], indien andersoortige vorderingen wor-

14. Idem blz. 6.

15. TK, zitting 1991–1992, 22 486 nr. 3 blz. 13.

16. Idem blz. 15.

17. Idem blz. 22.

18. TK 28 oktober 1993, 18-1295. Aldus heeft de bewindsman, avant la lettre, een waardevolle bijdrage geleverd aan de juridische oplossing van de klimaatproblematiek.

19. TK, zitting 1991–1992, 22 486 nr. 3 blz. 24/25. Aldus ook de toelichting op het door de Tweede Kamer aangenomen amendement nr 15; zie voor het aannemen ervan TK 2 november 1993, 19-1350. Zie verder ook Vermogensrecht (Jongbloed) art. 305a aant. 16.

den ingesteld, zoals een bevel of verbod.”<sup>20</sup>

4.14.2. In de MvA wordt het bijzondere karakter van – door lid 3 uitgesloten – schadevergoedingsvorderingen andermaal benadrukt.<sup>21</sup> Het bijzondere is daarin gelegen dat “op enig moment in de collectieve actie bepaald zal moeten worden voor welke personen wordt opgekomen en hoe groot daarbij de omvang van ieders schade is. Vervolgens zal op enigerlei wijze de schadevergoeding moeten worden gedistribueerd. Dit alles vergt een uitgewerkte regeling, hetgeen het karakter van dit wetsvoorstel te buiten gaat.”<sup>22</sup>

Bij “andere vorderingen uit overeenkomst” en onverschuldigde betaling zijn dergelijke problemen, volgens de bewindsman, “niet snel” te verwachten.<sup>23</sup>

4.14.3. Volgens de MvT is het ook mogelijk schadevergoeding in natura te vorderen. Daarbij kan worden gedacht

“aan een bevel om een vervuild natuurgebied schoon te maken of aan een bevel om aan gediscrimineerde woningzoekenden alsnog en bij voorrang een woning toe te wijzen”.<sup>24</sup>

4.15. Mr Meijer verdedigt de stelling dat art. 3:296 BW principieel in de weg staat aan een gebodsvordering als de onderhavige. Zij zou slechts opgeld kunnen doen als sprake is van een preventieve maatregel (s.t. onder 27).

4.16.1. Deze strak dogmatische opvatting lijkt mij juist noch wenselijk.<sup>25</sup> Zij staat al aanstonds

op gespannen voet met de onder 4.14.1 en 4.14.3 geciteerde opvatting van de wetgever. Zij strookt ook niet met de bedoeling van de wetgever ten aanzien van art. 3:296 BW. Zo leert de TM dat voor hen, die de kern van burgerlijke rechten in rechtsvorderingen gelegen achten, vanzelf spreekt dat zonder rechtsvorderingen geen burgerlijk recht kan worden erkend. Maar ook wanneer, zoals de ontwerper van het BW voor ogen stond, aan een burgerlijk recht betekenis toekomt onafhankelijk van het bestaan van een rechtsvordering, is “de betekenis van de rechtsvordering voor hem die een recht toekomt, zo groot, dat een al of niet toekenning in het burgerlijk wetboek haar grondslag moet vinden.”<sup>26</sup> Verderop heet het dat het begrip “subjectief recht” wordt vermeden vermits dit tot een te beperkt toepassingsgebied van rechtsvorderingen zou leiden. Ook dit is in mijn ogen geen koren op de molen van SCP.

4.16.2. De hier bestreden opvatting zou onder veel meer een gevoelige klap toebrengen aan bitter noodzakelijke acties om ernst te maken met de verkwanseling van de gerechtvaardigde belangen van (in elk geval) toekomstige generaties als gevolg van overmatige – en met talloze internationale regels strijdige – uitstoot van CO<sub>2</sub>.<sup>27</sup> Daarbij moet worden bedacht dat een verbod van bovenmatige uitstoot en een bevel maatregelen te nemen haar te voorkomen in elkaar overlopen.

4.17.1. Men kan in mijn ogen evenwel aarzelen over de vraag of het in gevallen als de onderhavige gaat om schadevergoeding in natura die door Monumentenzorg kan worden gevorderd. Diezelfde vraag dringt zich op bij een vordering tot sanering van de grond van een ander. Daartoe kan een rechtsplicht bestaan jegens bijvoorbeeld een rechtspersoon als bedoeld in art. 3:305a BW.

20. TK 28 oktober 1993, 18-1295. Vgl. ook blz. 1298 (zowel het Kamerlid Korthals als de Staatssecretaris) en 18-1303 (Staatssecretaris Kosto).
21. TK, zitting 1992–1993, 22 486 nr. 5 blz. 12.
22. Idem blz. 17.
23. Idem blz. 12 en 18.
24. TK, zitting 1991–1992, 22 486 nr. 3 blz. 30. De verwijzing in de MvT naar HR 10 december 1992, NJ 1993, 687 EAA is in zoverre minder gelukkig dat het in die zaak niet om een class action ging.
25. Daaraan doet niet af dat verdedigbaar is dat – toespitst op de onderhavige zaak – overtreding van art. 8 MEV niet (jegens Monumentenzorg) verplicht tot een doen. Zie nader C.J.J.C. van Nispen, Het rechterlijk verbod en bevel nr 43 e.v. Terecht wijst hij erop dat een rechterlijk bevel eerder mogelijk is dan dat een verplichting tot schadevergoeding ontstaat (nr 46). Het ligt alleen al daarom niet aanstonds voor de hand dat een bevel in gevallen als de onderhavige – en a fortiori in situaties genoemd in 4.16.2 – niet mogelijk zou zijn maar dat wel “schadevergoeding in natura” zou kunnen worden gevorderd.

26. PG boek 3 blz. 893.

27. Zie, ook voor verdere verwijzingen, Roda Verheyen, *Climate Change Damage and International Law* (2005); Joseph Smith & David Shearman, *Climate Change Litigation* (2006) en J. Spier, *Legal aspects of global climate change and sustainable development*, InDret 346 blz. 1–24. Het gaat hier, naar ik zeer wel onderken, om een wereldwijd probleem. Zolang de politiek en het bedrijfsleven het – uitzonderingen daargelaten – in veruit de meeste landen van de wereld laten afweten, zal slechts het recht uitkomst kunnen bieden.



4.17.2. Schadevergoeding kan wél worden gevorderd, maar (in beginsel) slechts door de eigenaar van de grond of door de anderszins feitelijk gedupeerden.

4.17.3. Dat zij (in beginsel) niet kan worden gevorderd door rechtspersonen zoals Monumentenzorg houdt m.i. mede hiermee verband dat schadevergoeding ziet op het verleden.<sup>28</sup> Heeft iemand onrechtmatig een zaak beschadigd, dan is (dus) jegens de feitelijk gedupeerde schadevergoeding de remedie. Daarin schuilt geen enkel toekomstig element. Maar dat ligt anders wanneer een situatie ook voor de toekomst – huiselijk gezegd – een onwenselijke situatie in het leven roept, waarvan bijvoorbeeld sprake zal zijn wanneer het milieu (ernstig) is aangetast zonder dat deze aantasting ongedaan wordt gemaakt. In de woorden van Bloembergen: het onderscheid tussen beide ziet niet op de inhoud, maar op het doel.<sup>29</sup>

4.18. Hoe dit zij, deze dogmatische discussie lijkt mij, met alle respect, minder vruchtbaar, al wordt er hierna onder 5 ten overvloede enige aandacht aan besteed.<sup>30</sup> Omhelzing van Mr Meijers opvatting zou het recht een aanzienlijke stap terug zetten. En belangrijker: maatschappelijk ongewenste effecten (kunnen) sorteren.

4.19. Kort en goed: in gevallen als de onderhavige is een bevel tot herbouw niet principieel onmogelijk. Dat blijkt duidelijk uit de hiervoor geanalyseerde wetsgeschiedenis. De vraag hoe zo'n bevel rechtens moet worden gekwalificeerd (en of het wel nader moet worden gekwalificeerd) behoeft m.i. in elk geval voor de onderhavige zaak geen beantwoording. Wellicht zou in de setting van art. 3:305a BW het beste van een vordering sui generis kunnen worden gesproken.

4.20.1. Dat een vordering strekkend tot het geven van een bevel niet principieel onmogelijk is, laat onverlet dat bij toewijzing van zo'n vordering in voorkomende gevallen en met name ook in casu m.i. de nodige terughoudendheid

in acht moet worden betracht.

4.20.2. Toegesplitst op deze zaak: de vraag of herbouw wenselijk is, moet m.i. primair door de overheid worden beantwoord. In elk geval ware te voorkomen dat de burgerlijke rechter haar beleid, waarvan niet blijkt omdat zij geen partij is, zou kunnen doorkruisen.

4.21.1. Dat geldt in casu eens te meer nu:

a. het litigieuze (inmiddels gesloopte) gebouw van de monumentenlijst is afgevoerd; zie onder 4.14.3. Dat illustreert dat de kans op doorkruising van overheidsbeleid reëel aanwezig is;

b. de modaliteiten van een eventuele herbouw veeleer door de overheid en niet door de rechter waren te bepalen. Gesteld al dat de rechter deze zodanig zou kunnen omlijnen dat de veroordeelde voldoende houvast heeft om aan de slag te kunnen.

4.21.2. In een dergelijke setting zal de eisende partij die een vordering op de voet van art. 3:305a (A)BW instelt, concreet moeten stellen waarom desondanks een bevel tot herbouw moet worden gegeven. Monumentenzorg heeft op dat punt evenwel niets aangevoerd.

4.22. Ter vermijding van misverstand zij nog benadrukt dat ik er geenszins voor pleit art. 3:305a BW van zijn tanden te ontdoen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever bevelvorderingen mogelijk heeft geacht; zie onder 4.14.1. Maar dat betekent niet – en ook dat blijkt uit de wetsgeschiedenis – dat zij in alle gevallen toewijsbaar zullen zijn; zie onder 4.13.1. De vraag naar de toewijsbaarheid laat zich niet in algemene zin beantwoorden. Om de hiervoor aangegeven redenen is daarvoor in de onderhavige zaak geen grond. In andere gevallen – zoals die genoemd in de MvT, geciteerd onder 4.14.3 – kan dat zéér wel anders zijn.<sup>31</sup> M.i. zullen in voorkomende gevallen ook de verschillende belangen moeten worden af-

28. O.m. A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* blz. 126.

29. *Idem* blz. 127.

30. In zijn nog steeds actuele dissertatie noemt Bloembergen de vraag waar de grens ligt tussen veroordeling tot schadevergoeding in andere vorm dan in geld en een bevel niet van grote praktische betekenis: a.w. blz. 126.

31. Ik schrijf met opzet “kan” omdat de MvT slechts spreekt van de mogelijkheid zo'n vordering in te stellen zonder zich uit te laten over de vraag of zij steeds voor toewijzing vatbaar zal zijn. Dat die vraag niet wordt beantwoord, ligt voor de hand omdat het antwoord zal afhangen van een beoordeling van de concrete situatie. Zo zou, om slechts één voorbeeld te geven, de mate van vervuiling van belang kunnen zijn. Is zij zéér gering dan zou dat zeer wel aan toewijzing van een saneringsvordering in de weg kunnen staan, zeker als de overheid die situatie gedooft of aanvaardt.

gewogen; zie onder 4.13.3.

4.23.1. Ten slotte zij gememoreerd dat voor het Hof niet duidelijk was wat de grondslag van de vordering was (rov. 3.8 van het tussenvonnis). Het middel voert (terecht) niet aan dat de grondslag wél duidelijk was. Daarom zal in cassatie moeten worden aangenomen dat dit in elk geval tot het tussenvonnis duister was.

4.23.2. De uiteenzettingen in de op het tussenvonnis volgende conclusie zijn in mijn ogen niet wezenlijk verhelderend. Dat heeft het Hof onmiskenbaar parten gespeeld. Het is ten minste zéér de vraag of Monumentenzorg enig belang heeft bij een eventuele vernietiging. Na verwijzing zal het Hof andermaal worden geconfronteerd met dit probleem.

#### 5. *Bespreking van de klachten*

5.1. 's Hofs oordeel komt op het volgende neer:

a. van een onrechtmatige toestand is geen sprake (rov. 2.1);

b. sprake is van een situatie die zich niet leent voor herstel. Immers is herbouw niet gelijk te stellen aan herstel in de oude toestand;

c. omdat van herstel in de oude toestand geen sprake kan zijn, zou ten opzichte van Monumentenzorg sprake zijn van vergoeding in natura van immateriële schade. Het recht staat daaraan evenwel in de weg (rov. 2.2);

d. van – kort gezegd – eigen schade van Monumentenzorg veroorzaakt door het onrechtmatig handelen van SCP is geen sprake (rov. 2.3).

5.2.1. Op 's Hofs oordeel, weergegeven onder 5.1 sub a, valt mogelijk wel wat af te dingen. Ik haast mij daaraan toe te voegen dat de situatie in dubbel opzicht afwijkt van het onder 4.14.3 geciteerde voorbeeld uit de MvT. In de eerste plaats omdat onrechtmatige vervuiling, die niet wordt weggehaald, inderdaad een onrechtmatige toestand in het leven roept, terwijl dat voor een in strijd met een wettelijke regeling gesloopt pand alleen geldt als een herbouwverplichting zou bestaan. Nu de “Vijf Zinnen” inmiddels van de monumentenlijst is afgevoerd, valt dat alleen al daarom niet goed meer in te zien.

5.2.2. Voor onrechtmatige vervuiling geldt dat de grond weer schoon wordt als zij wordt verwijderd. De grond komt dan weer in de oude toestand. Voor een teloor gegaan monument kan men hetzelfde verdedigen. Hoe dat zij, feitelijk is niet onjuist 's Hofs oordeel dat een her-

bouwd monument niet hetzelfde is als het oude.

5.3. Voor het onder 5.1 sub b genoemde oordeel valt iets te zeggen, maar dwingend is die redenering niet. Dat werkt daarmee door naar het onder 5.1. sub c vermelde oordeel. Het onder 5.1 sub d genoemde oordeel lijkt mij in elk geval in zoverre juist dat zodanige schade, zoal, slechts kan worden gevorderd wanneer zij daadwerkelijk is geleden. Daarvan is evenwel geen sprake. Dat laatste oordeel wordt in cassatie dan ook terecht niet bestreden.

5.4. Hoewel op 's Hofs oordeel op onderdelen mogelijk dus wel iets valt af te dingen, is de door het Hof bereikte uitkomst juist. Onder 4 werd gemotiveerd waarom dat m.i. het geval is. Dat brengt mee dat Monumentenzorg belang mist bij haar klachten. Op een enkel punt ga ik ten overvloede nog in.

5.5.1. Middel I.a berust op de gedachte dat art. 12 MEV ook ziet op een herbouw van een geheel verloren gegaan monument. Dat is inderdaad verdedigbaar. Het volgt evenwel niet dwingend uit deze bepaling.

5.5.2. Mr Meijer beroept zich op de definitiebepaling van art. 1 sub d MEV (s.t. sub 8 en 55). Wanneer men zéér strikt in de leer is, snijdt dat betoog wellicht hout. Maar het heeft wel een zeker baron Von Münchhausen-karakter.

5.6. In zijn s.t. schetst mr De Bie Leuveling Tjeenk dat op veel plaatsen in Europa te zien is dat replica's “toch veel goedmaken van wat de oorspronkelijke gebouwen boden”. Dat geef ik graag toe, hoewel ook voorbeelden te noemen zijn van in mijn ogen mislukte “herbouw”. Zijn opmerking onderstreept m.i. dat niet voor zich spreekt dat art. 12 MEV mede ziet op herbouw van replica's, nog daargelaten de eerder geschetste bezwaren daartegen. “Veel goedmaken” illustreert treffend dat het om iets anders gaat dan wat helaas teloor is gegaan.

5.7. Volledigheidshalve stip ik nog aan dat het GEA in rov. 11 heeft geoordeeld dat de MEV geen herbouwplicht kent en dat nieuwbouw niet leidt tot herstel in de oude toestand. Nu Monumentenzorg in eerste aanleg in het gelijk was gesteld, was zij niet gehouden dit oordeel te bestrijden. Maar het is wél tekenend dat zij dat niet heeft gedaan.

5.8. Hoe dit zij, op de gronden ontwikkeld in de s.t. onder 48/52 van mr Meijer is m.i. inderdaad sprake van een ontoelaatbaar novum. Dat Monumentenzorg aan het eind van de rit, in

strijd met haar eerdere stellingen, art. 12 MEV onder haar vordering probeert te schuiven (replik mr De Bie Leuvelink Tjeenk onder 2) lijkt mij tardief. Bovendien – en dat weegt zwaarder – is in de bij repliek geciteerde passage niets te lezen over een herbouwplicht van hetgeen volledig is gesloopt.

5.9. Middelonderdeel 1.b bouwt voort op klacht 1.a. Als zou moeten worden uitgegaan van de door Monumentenzorg verdedigde lezing van art. 12 MEV zou de klacht – als ook de onder 5.7 geschetste hindernis zou worden genomen – slagen. Het zou haar om de onder 4 genoemde redenen evenwel niet baten.

5.10. Middel II noemt een aantal omstandigheden waarom 's Hof's oordeel omtrent de vergoeding van schade niet juist zou zijn.

5.11.1. Ik stel voorop dat het Hof terecht heeft geoordeeld dat het hier toepasselijke art. 1382 (oud) ABW in casu in de weg staat aan een vergoeding van immateriële schade. Naar oud recht bestond slechts in een zeer beperkt aantal gevallen aanspraak op vergoeding van zodanige schade.<sup>32</sup> Daarmee zou het lot van de vordering evenwel niet zijn bezegeld, ware het niet dat de s.t. van Monumentenzorg 's Hof's kwalificatie onderschrijft (sub 35).<sup>33</sup>

5.11.2. Dat geen sprake is van immateriële schade vloeit ook voort uit art. 3:305a lid 3 BW. Dat staat in de weg aan een vordering tot vergoeding van schade in de vorm van geld voor anderen.<sup>34</sup> Waar zo'n vordering onmogelijk is, geldt hetzelfde voor een vordering van zodanige schade in natura; zie ook onder 5.12–5.14.

5.12.1. Nu kan men tegenwerpen dat een rechtspersoon als bedoeld in art. 3:305a lid 1 BW in gevallen als de onderhavige niet de schade voor anderen vordert, maar haar eigen immateriële schade en wel in natura. In dat geval staat art. 3:305a lid 3 BW daaraan niet in de weg.

5.12.2. Toch is m.i. boven redelijke twijfel verheven dat ook zo'n vordering tot mislukken is gedoemd. Toekenning van schadevergoeding "in natura" is alleen mogelijk als sprake is van schade. Dat blijkt reeds uit de tekst van art.

6:103 BW.<sup>35</sup> Zou men de opvatting huldigen dat een gebodsvordering als de onderhavige valt aan te merken als een vordering tot toekenning van immateriële schadevergoeding in natura, dan zou dat meebrengen dat een rechtspersoon als bedoeld in art. 3:305a lid 1 BW ook eigen immateriële schade zou kunnen vorderen. Uit de wetsgeschiedenis valt niet op te maken dat de wetgever zulks heeft gewild. Gezien de beperkingen die zowel het oude als het huidige recht aan zodanige vorderingen stellen, ligt allerminst voor de hand dat zo'n vordering toewijsbaar zou kunnen zijn.

5.13.1. Opmerking verdient nog dat art. 3:305a lid 3 BW in de weg staat aan het vorderen van schadevergoeding in geld. De wetgeschiedenis – en met name de passage vermeld onder 4.14.3 – zou zo kunnen worden begrepen dat een vordering tot schadevergoeding in natura (materieel of immaterieel) wél mogelijk is. Ik gaf al aan dat het in deze zaak niet noodzakelijk is om deze (dogmatische) kwestie te beslissen.

5.13.2. Zoals al aangegeven is schadevergoeding in natura alleen mogelijk als schade is geleden. Art. 3:305a BW ziet, als gezegd, niet op gevallen waarin de eisende partij zelf schade heeft geleden. Daarvoor is de bepaling ook niet nodig omdat het commune recht voldoende basis biedt.

5.14.1. Het is in concrete gevallen zeker mogelijk dat derden voor wier belangen de in art. 3:305a lid 1 BW bedoelde rechtspersoon opkomt schade hebben geleden of zullen lijden. Art. 3:305a BW moet mogelijk zo worden begrepen dat hun schade door zulk een rechtspersoon kan worden gevorderd; niet in geld, maar wel in natura.

5.14.2. Ook als dat de bedoeling van de wetgever zou zijn (geweest) blijft overeind dat in voorkomende gevallen moeilijkheden rijzen. In de zo-even veronderstelde lezing van art. 3:305a BW moet immers, als een daartoe strekkend verweer is gevoerd, worden onderzocht of die derden wel (materiële) schade hebben geleden.

5.14.3. In een geval als het onderhavige kán dat zo zijn, maar is heel goed denkbaar (en zelf aannemelijk) dat dit niet het geval is. Deze derden kunnen immers zeer wel belang hebben bij

32. Asser-Hartkamp I (1988) nr 465.

33. Zie verder ook de s.t. van mr Meijer onder 65 en 66.

34. Zie nader Vermogensrecht (Jongbloed) art. 305a aant. 22.

35. Zie nader Asser-Hartkamp I nr. 410.

een andere bestemming/herbouw dan als monument. Anders gezegd: deze uitleg is een potentiële bron van geschillen.

5.15. Daar komt nog het volgende bij. Onder 4 gaf ik al aan dat en waarom de dogmatische vraag hoe een bevelvordering als de onderhavige moet worden gekwalificeerd minder vruchtbaar is.<sup>36</sup> Immers is duidelijk dat dergelijke vorderingen in beginsel mogelijk zijn, al is daarmee niet gezegd dat zij ook toewijsbaar zijn. Tevens heb ik aangegeven dat en waarom zo'n vordering in de onderhavige zaak m.i. niet toewijsbaar is.

5.16. Middel noch s.t. geven enige grond om voor de onderhavige zaak tot een ander oordeel te komen. Daarom lijkt afzonderlijke bespreking van de klacht voor het overige niet noodzakelijk.

#### *Conclusie*

Deze conclusie strekt tot:

- niet ontvankelijkverklaring voor zover het beroep is gericht tegen 's Hof's tussenvonnis;
- verwerping van het beroep voor het overige.

#### **Hoge Raad**

##### *1. Het geding in feitelijke instanties*

Met een op 22 april 2003 ter griffie van het gerecht in eerste aanleg van de Nederlandse Antillen en Aruba, zittingsplaats Curaçao, ingekomen verzoekschrift heeft eiseres tot cassatie – verder te noemen: Monumentenzorg – zich gewend tot dat gerecht en verzocht, zakelijk weergegeven, primair verweerster in cassatie – verder te noemen: SCP – te veroordelen tot de herbouw van het monument De Vijf Zinnen in optimale uiterlijke gelijkenis en met zoveel mogelijk gelijksoortig en authentiek materiaal op dezelfde plaats als het gesloopte monument, en subsidiair Monumentenzorg te machtigen om op de voet van art. 3:299 BWNA zelf tot herbouw van De Vijf Zinnen over te gaan, SCP te bevelen die herbouw toe te staan en de kosten daarvan bij vooruitbetaling te voldoen aan Monumentenzorg, alsmede SCP te veroordelen voor de kosten van die herbouw zekerheid te stellen.

SCP heeft de vordering bestreden.

Het gerecht heeft bij vonnis van 1 maart 2004 de primaire vordering toegewezen.

Tegen dit vonnis heeft SCP hoger beroep ingesteld bij het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba.

Na een tussenvonnis van het Hof van 30 november 2004 heeft het hof bij eindvonnis van 9 augustus 2005 het vonnis van het gerecht vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vordering van Monumentenzorg afgewezen.

(...; *red.*)

##### *2. Het geding in cassatie*

(...; *red.*)

##### *3. Beoordeling van de middelen*

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

i) Monumentenzorg stelt zich blijkens haar statuten tot doel het behoud en herstel van monumenten op Curaçao.

ii) SCP heeft in december 1997 een perceel grond aan de Scharlooweg in Willemstad te Curaçao in eigendom verworven, met daarop een pand dat ter plaatse bekend stond als "De Vijf Zinnen" en dat was aangemerkt als beschermd monument als bedoeld in de Monumenteneilandsverordening Curaçao (A.B. 1990, no. 5, hierna: MEV).

iii) Op 28 mei 1999 is brand ontstaan in het pand, waarbij in elk geval het dak verloren is gegaan.

iv) Kort na de brand heeft [betrokkene 1], directeur en aandeelhouder van SCP, de restanten van het pand laten slopen. Voor de sloop was geen (ingevolge art. 8 MEV vereiste) vergunning verleend door het Bestuurscollege van het Eilandgebied Curaçao. [Betrokkene 1] is daarvoor bij onherroepelijk geworden vonnis strafrechtelijk veroordeeld tot een voorwaardelijke geldboete van Naf. 15.000,=.

v) Bij brief van 14 april 2003 heeft Monumentenzorg SCP gesommeerd binnen acht (werk-)dagen met haar in overleg te treden over de herbouw van De Vijf Zinnen, aan welke sommatie SCP niet heeft voldaan.

3.2. Monumentenzorg heeft aan haar onder 1 weergegeven vordering tot (kort gezegd) herbouw van De Vijf Zinnen ten grondslag gelegd, kort samengevat, dat [betrokkene 1] in zijn hoedanigheid van directeur van SCP onrechtmatig heeft gehandeld door over te gaan tot sloop van de restanten van De Vijf Zinnen zon-

36. Zoveel is voor mij duidelijk: het is geen immateriële schade.

der de daarvoor ingevolge art. 8 MEV vereiste vergunning, dat die onrechtmatige daad aan SCP moet worden toegerekend, dat SCP derhalve schadeplichtig is jegens Monumentenzorg die een rechtspersoon is in de zin van art. 3:305a BWNA, en dat de herbouw van De Vijf Zinnen met nieuw en voor zover mogelijk authentiek materiaal een passende vorm van schadevergoeding is.

Nadat het gerecht de vordering had toegewezen, heeft het hof de vordering alsnog afgewezen. Daartoe overwoog het hof in zijn eindvonnis, voor zover in cassatie van belang:

“2.1. Door de onrechtmatige sloop van de restanten van het beschermde monument zijn een ideëel belang waarvan Monumentenzorg blijkens haar doelomschrijving de behartiging op zich heeft genomen en het algemeen belang blijvend geschaad. Dit is te betreuren en hiertegen is terecht strafrechtelijk opgetreden. Men kan echter niet zeggen dat door die sloop een onrechtmatige toestand is ontstaan op de plaats waar het monument heeft gestaan. Op de toestand ter plaatse kan dus geen verplichting van SCP jegens Monumentenzorg worden gebaseerd om tot herbouw over te gaan. Evenmin kan het laten voortbestaan van de na de sloop ontstane toestand (voorzover van dat voortbestaan sprake is) worden aangemerkt als een onrechtmatige gedraging.

2.2. Het moge zo zijn dat Monumentenzorg, indien zij vóór de sloop voldoende aannemelijk had kunnen maken dat deze dreigde, in rechte een verbod tot sloop had kunnen vorderen. Dat brengt echter niet mee dat zij na de sloop herbouw kan vorderen. Er is hier geen sprake van het ongedaan maken van de gevolgen van een gedraging die is verricht, maar verboden had kunnen worden. Door de gedraging is onherstelbare schade ontstaan. Herbouw is in dat opzicht niet gelijk te stellen aan herstel in de oude toestand. Herbouw zou derhalve in relatie tot Monumentenzorg neerkomen op vergoeding in natura van immateriële schade. Het onderhavige geval valt echter buiten de grenzen waarbinnen vergoeding van immateriële schade mogelijk is. De omstandigheden dat hier sprake is van een collectieve actie en dat de schadevergoeding in andere vorm dan betaling van een geldsom gevorderd wordt, doen daar niet aan af. De civiele bescherming van Monumentenzorg is in dit opzicht door de wetgever beperkt.”

3.3. Het cassatieberoep van Monumentenzorg is weliswaar mede tegen het tussenvonnis van het hof gericht, maar daartegen zijn geen klachten gericht zodat het beroep in zoverre niet-ontvankelijk is.

3.4. Bij de beoordeling van de tegen het eindvonnis gerichte middelen moet vooropgesteld worden dat de vordering van Monumentenzorg inhoudt dat SCP overgaat tot herstel van “De Vijf Zinnen” in de vorm van de bouw van een replica van het geheel verloren gegane monument. Monumentenzorg heeft haar vordering echter gebaseerd op een onrechtmatige daad van SCP die daarin bestaat dat, nadat het pand door brand was verwoest, de restanten van het pand zonder de daarvoor vereiste vergunning zijn gesloopt, en dat SCP de daaruit voortvloeiende toestand heeft laten voortbestaan. Nu Monumentenzorg aan haar vordering niet mede ten grondslag heeft gelegd dat SCP aansprakelijk is voor (de gevolgen van) de brand zelf, kan de op voormelde onrechtmatige daad van SCP gegronde vordering niet verder strekken dan tot herstel van de na de brand overgebleven restanten van het pand.

3.5.1. Middel I berust in zijn beide onderdelen op de klacht dat het hof heeft blij gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent art. 12 MEV, voor zover in zijn overwegingen het oordeel besloten ligt dat herbouw die neerkomt op het bouwen van een replica van het geheel verloren gegane monument niet kan gelden als een herstel in de zin van genoemde bepaling. Art. 12 MEV luidt, voor zover thans van belang, als volgt:

“1. De eigenaren (...) zijn onverminderd het bepaalde in artikel 8 en 9 verplicht de werkzaamheden tot onderhoud en herstel van het beschermde monument naar goed beheer te verrichten of te doen verrichten.”

Wat er zij van de vraag in hoeverre het Bestuurscollege een eigenaar van een geheel verloren gegaan monument in voorkomend geval op grond van art. 12 MEV kan verplichten tot het bouwen van een replica, welke vraag thans niet aan de orde is, kan genoemde bepaling geteelt op het hiervoor in 3.4 overwogene in ieder geval niet leiden tot toewijzing van de vordering van Monumentenzorg tot een herbouw van “De Vijf Zinnen” die neerkomt op het bouwen van een replica daarvan. Het hof behoeft zich derhalve niet te begeven in de vraag of een verplichting tot herstel in de zin van art. 12

MEV onder omstandigheden mede een verplichting tot het bouwen van een replica van een geheel verloren gegaan monument kan omvatten, zoals Monumentenzorg in dit geding heeft gevorderd. Daarop stuit het middel in zijn beide onderdelen af.

3.5.2. Volgens de klacht van het eerste onderdeel van middel II heeft het hof met zijn oordeel dat herbouw van het pand in relatie tot Monumentenzorg zou neerkomen op vergoeding in natura van immateriële schade en dat het onderhavige geval buiten de grenzen valt waarbinnen vergoeding van immateriële schade mogelijk is, miskend dat art. 3:305a BWNA mede ertoe strekt rechtsbescherming te bieden tegen het toebrengen van schade van ideële aard, zoals in dit geval het tenietgaan van een monument met cultuurhistorische waarde. Wat er ook zij van dit oordeel van het hof, de aangevoerde klacht kan niet tot cassatie leiden nu blijkens het onder 3.4 overwogene de vordering van Monumentenzorg verder gaat dan door de grondslag daarvan wordt gerechtvaardigd. Dit brengt tevens mee dat Monumentenzorg geen belang heeft bij de klacht in het tweede onderdeel van middel II, inhoudende dat het hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting dan wel de afwijzing van de vordering onvoldoende heeft gemotiveerd, voor zover het heeft geoordeeld dat het bouwen van een replica van een geheel verloren gegaan monument niet kan gelden als een te dezen passende vorm van vergoeden van de schade.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

verklaart Monumentenzorg niet-ontvankelijk in haar beroep tegen het tussenvonnissen van het hof;

verwerpt het beroep voor het overige;

veroordeelt Monumentenzorg in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van SCP begroot op € 362,34 aan verschotten en € 2.200,= voor salaris.

#### NOOT

Als men stelt dat het slopen van restanten van een gebouw onrechtmatig is, moet men er op bedacht zijn dat de vordering die men daar op stoelt, gericht is op het herstellen van de door die onrechtmatige daad ontstane toestand. In

deze zaak had de Stichting als behartiger van een collectief belang volledige herbouw gevorderd (zie arrest HR onder 1), maar zij had als grondslag voor dit petitum een te smalle en gebrekkige grondslag gekozen: de eigenaar zou onrechtmatig hebben gehandeld door na de brand tot sloop over te gaan, zou derhalve schadeplichtig zijn tegenover de Stichting als collectieve belangenbehartiger en zou door herbouw een passende vorm van schadevergoeding betalen (zie weergave grondslag in arrest HR r.o. 3.2).

Deze grondslag is gebrekkig en te smal. Hij is gebrekkig omdat een collectieve belangenbehartiger op grond van art. 3:305a BWNA (in dit opzicht gelijk aan art. 3:305a BW) geen schadevergoeding kan vorderen doch slechts een verbods- of gebodsactie kan instellen (zie ook concl. A-G Spier onder 5.11.2).<sup>1</sup> De grondslag is daarnaast te smal omdat hij aanhaakt bij de overtreding van een wettelijke norm (het slopen zonder vergunning) en het ongedaanmaken van die overtreding niet verder strekt dan tot herstel in de toestand die zou hebben bestaan zonder de overtreding.<sup>2</sup> Problematisch was hier dat de eilandsverordening het kennelijk niet mogelijk maakte om na sloop tot totale herbouw te verplichten. Zou de Stichting dát hebben willen bereiken ook al ontbrak een wettelijke verplichting daartoe, dan zou zij (althans naar Nederlands recht) hebben moeten stellen dat het maatschappelijk onbetamelijk is van SCP om na de brand niet tot herstel over te gaan, ongeacht de oorzaak van de brand. Op die grondslag zou de Stichting dan een *gebodsactie* hebben moeten baseren.

Zo zou zij waarschijnlijk wel ontvankelijk zijn verklaard, maar daarmee is zeker niet gezegd dat haar vordering ook zou zijn toegewezen. Een op de maatschappelijke betamelijkheid

1. Voor nadere verwijzingen terzake zie losbl. Vermogensrecht, art. 305a (Jongbloed), aant. 16.
2. Ook in dit opzicht staat dus de vraag centraal "wat kan de grond dragen?" (S.D. Lindenbergh, *Alles is betrekkelijk* (oratie Rotterdam), Den Haag: BJU 2007, p. 15. Dat is wellicht anders als men onder schadevergoeding als bedoeld in afdeling 6.1.10 ook vergoedingen in natura en gericht op herstel in de *wenselijke* toestand wil verstaan. Naar geldend recht lijkt het niet eenvoudig om op die wijze ver verwijderd te geraken van *restitutio in integrum*.



gebaseerde herstelplicht die op een eigenaar rust ook als hem van de ontstane toestand geen verwijt valt maken (anders gezegd: een “herstelplicht buiten schuld”), heeft geen ijzersterke papieren. Er zijn wel voorbeelden bekend uit de rechtspraak, waarin een zodanige herstelplicht wordt aangenomen (HR 7 mei 1982, NJ 1983, 478 (Treichsel/Lameris; omgewaaide boom) HR 4 november 1988, NJ 1989, 854 (Schols en Pelzers/Heijnen; tuinmateriaal), HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 720 (Staat/ADM),) maar de begrenzing van die herstelplicht blijkt problematisch en behoorlijk casuïstisch (zie bijv. met betrekking tot de verwijdering van asbestdeeltjes HR 15 juni 2001, NJ 2002, 336 (Almelo/Wessels); HR 7 november 2003, NJ 2004, 292 (Wateringen/GIK Beheer)).<sup>3</sup>

Het beste dat hiervan gezegd kan worden is dat als de Stichting de grondslag van de “herstelplicht buiten schuld” had gekozen, de uitkomst onzeker was geweest. Daar komt bij dat er bij ideële belangen als de onderhavige een spanning bestaat tussen private handhaving en publieke handhaving. Moet niet, zo vraagt A-G Spier zich af (concl. onder 4.20), aan de overheid het primaat toekomen om te beslissen of herbouw wenselijk is? Inderdaad lijkt relevant of collectieve private actie in concreto doorkruising van overheidsbeleid oplevert, bijvoorbeeld omdat – zoals kennelijk hier het geval was – de overheid overweegt om het gebouw van de monumentenlijst te verwijderen.

prof. mr. W.H. van Boom  
hoogleraar Privaatrecht Erasmus Universiteit  
Rotterdam

- Daar valt overigens nog aan toe te voegen dat het belang van de Stichting bij een “herstelplicht buiten schuld” niet primair vermogensrechtelijk maar ideëel van aard is. Dat staat overigens als zodanig niet aan ontvankelijkheid op grond van art. 3:305a BW in de weg (zie conclusie A-G Spier onder 4.11 e.v.).

## 124

Gerechtshof Amsterdam  
24 mei 2007, nr. 268/07 SKG, LJN BA5599  
(mrs. Coeterier, Van Lingen, Rutten-Roos)

**Onrechtmatige uitlatingen. Aantasting in de persoon.**

[BW art. 6:162; EVRM art. 10]

*Advocaat Moszkowicz stelt dat journalist Jort Kelder zich onrechtmatig over hem heeft uitgelaten. Kelder heeft Moszkowicz een beroepsleugenaar en een maffiamaatje genoemd, gesteld dat Moszkowicz wordt betaald met zwart geld en afpersingsgeld, dat Moszkowicz nauwe banden heeft met de onderwereld en dat hij zijn geheimhoudingsplicht jegens de vermoorde vastgoedhandelaar Endstra heeft geschonden. Moszkowicz vordert in kort geding Kelder te verbieden zich nog verder onrechtmatig over hem uit te laten en Kelder te bevelen om rectificaties te plaatsen, op straffe van een dwangsom. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen. Het hof stelt voorop dat het gevorderde een beperking vormt op het recht van vrijheid van meningsuiting. Twee belangen staan tegenover elkaar: enerzijds het belang van Moszkowicz om niet in zijn eer, goede naam en persoonlijke integriteit te worden aangetast en anderzijds het belang van journalist Kelder om zich in het openbaar uit te laten ter signalering van misstanden die de samenleving raken. Welk belang zwaarder weegt hangt af de aard van de beschuldiging en de daarvan te verwachten gevolgen, de ernst van de misstand, de mate waarin de beschuldigingen steun vormen in het beschikbare feitenmateriaal, de inkleding van de beschuldigingen, de aard van het programma waarin de uitlatingen zijn gedaan en het gedrag van de benadeelde. Alle omstandigheden afwegend oordeelt het hof dat Kelder de grenzen van het rechtens betamelijke heeft overschreden door Moszkowicz maffiamaatje te noemen. Het gevorderde verbod is echter te algemeen geformuleerd en wordt afgewezen. Voor het overige wordt het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Het stond Kelder vrij de overige bestreden uitlatingen te doen, te meer daar de dubbele positie van Moszkowicz bij herhaling in de media aan de orde is gesteld en Moszkowicz de kritiek in belangrijke mate over zichzelf heeft afgeroepen.*