



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Recht, plicht, remedie: of De belofte van de norm
Nuninga, W.T.

Citation

Nuninga, W. T. (2022, September 22). *Recht, plicht, remedie: of De belofte van de norm*. *Recht en Praktijk - Contracten- en aansprakelijkheidsrecht*. Wolters Kluwer, Nederland. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3463747>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3463747>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

3.1 Inleiding

Wie aan remedies in het aansprakelijkheidsrecht denkt, denkt waarschijnlijk eerst en vooral aan de schadevergoeding. Het is de meest ontwikkelde en meest bestudeerde remedie. Ook dit onderzoek is opgebouwd vanuit die remedie: de relativiteitsgedachte uit het schadevergoedingsrecht heeft in hoofdstuk 2 immers als basis gediend voor een benadering van het remedierecht waarin de tussen partijen geldende norm centraal staat. In die benadering moet de schadevergoeding niet worden gezien als de kern van het remedierecht. De focus op de tussen partijen geldende norm suggereert dat het niet de schadevergoeding, maar het rechterlijk bevel is dat centraal zou moeten staan in ons denken over remedies.

Artikel 3:296 bepaalt dat ‘hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten (...) daartoe op vordering van de gerechtigde [wordt] veroordeeld.’ Het bevel is in de kern dus niets anders dan de veroordeling van de gedaagde om iets te doen waartoe hij al verplicht was. Daarmee is het eigenlijk *de* manier om de belofte van de norm te verwezenlijken: als de vergoeding van schade moet worden gezien als het bieden van een *next best*,¹ moet het bevel tot nakoming worden gezien als het bieden van *the very best*. In dit hoofdstuk staat de vraag centraal op welke manier het bevel daaraan mag bijdragen. Waar kan een partij wel en geen aanspraak op maken? Hoever mag de rechter gaan om de gerechtigde daarin te helpen?

In dit hoofdstuk zal ik betogen dat het Nederlandse recht, in lijn met de idee dat het delictuele remedierecht ertoe strekt zoveel mogelijk de naleving van de norm te bewerkstelligen, de gerechtigde een *recht* op toewijzing van het bevel geeft. Het bestaan van de norm dicteert in de meeste gevallen de toewijsbaarheid van de remedie. In de uitzonderlijke gevallen waar aanleiding is een aanvullende belangenafweging te verrichten, kan de norm helpen te selecteren welke belangen voor weging in aanmerking komen (§ 3.2). Vervolgens zal ik betogen dat de keerzijde van dit sterke recht op toewijzing is dat de omvang van het bevel nauwkeurig in overeenstemming moet worden gebracht met de materiële rechtsplicht waarvan het nakoming beveelt (§ 3.3). Deze naar het materiële recht gerichte

¹ Lindenberg 2020, p. 8; Stevens 2007, p. 59.

structuur is goed verklaarbaar vanuit de relativiteitsgedachte (§ 3.4.1) en levert bovendien praktisch bruikbare handvatten op (§ 3.4.2).

3.2 Het recht op een bevel

Een normcentrische benadering suggereert dat een veroordeling tot nakoming van de rechtsplicht steeds moet kunnen worden uitgesproken. Als het remedie-recht er is om de verhouding tussen eiser en gedaagde zoals de norm die schetst zoveel mogelijk te verwezenlijken, dan is het bevel daartoe de meest geëigende remedie. Die remedie strekt er immers toe de gerechtigde precies datgene te geven waar de norm hem recht op gaf: nakoming door de gedaagde. Dat een *recht* op nakoming bestaat is ook het uitgangspunt van het Nederlandse recht (§ 3.2.1). In de uitzonderingsgevallen waarin daarvan mag worden afgeweken is de rechter gehouden een belangenafweging te verrichten (§ 3.2.2). Die belangenafweging wordt niet gedictieerd door de norm, al geeft de strekking van de norm wel richting bij het selecteren van de te wegen belangen (§ 3.2.3).

3.2.1 Een recht op nakoming

Artikel 3:296 BW is dwingend geformuleerd: “Tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt, *wordt* hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, veroordeeld.” (cursivering WThN). De Hoge Raad ziet het bevel als een remedie waar de begunstigde van de norm een recht op heeft.²

De vraag of een bevel *moet* worden toegewezen waar de gedaagde een plicht jegens de eiser heeft, werd op de spits gedreven in *Claas/Van Tongeren*.³ Claas had een stuk land dat op grond van de plaatselijk bouwverordening alleen voor een agrarisch bedrijf mocht worden gebruikt. Hij exploiteerde er echter een autoplaatwerkbedrijf. Op enig moment besloten Claas en andere omwonenden bij de burgerlijke rechter te vorderen dat Van Tongeren zou worden verboden zijn perceel in strijd met de verordening te gebruiken voor andere doelen dan het opereren van een agrarisch bedrijf. Na geoordeeld te hebben dat de belangen van Claas c.s. door de betreffende bepaling beschermd werden, overwoog de Hoge Raad:

“Als eenmaal de onrechtmatigheid van de gedragingen ter zake waarvan een verbod wordt gevraagd, vaststaat, is dit verbod immers in beginsel zonder meer toewijsbaar en is deze toewijzing, behoudens hier niet ter zake doende uitzonderingen, niet afhankelijk van een nadere belangenafweging (...)”⁴

2 In de zin van een *claim right*, zie hiervoor § 2.2.1; Hohfeld 1913, p. 33 e.v.; HR 28 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8976, NJ 1986/356, m.nt. M. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*), r.o. 3.3; HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*), r.o. 8.2.1.

3 HR 28 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8976, NJ 1986/356, m.nt. M. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*).

4 *Ibid.* r.o. 3.3.

Het rechterlijk bevel in een bodemprocedure⁵ is daarmee een remedie waarop de eiser *aanspraak* kan maken bij de rechter. Dat strookt ook met de rol van die remedie in een normcentrisch remedierecht. Als de gedaagde niet zou kunnen worden veroordeeld zijn plicht na te komen, dan zou hij het recht zijn plicht te schenden via de rechter kunnen ‘kopen’ voor het bedrag van de schadevergoeding. Zeker waar schadevergoeding niet eenvoudig mogelijk is – bijvoorbeeld vanwege de complexiteit van de begroting, maar ook vanwege het immateriële karakter van de door de norm beschermde belangen – zou de norm dan wel erg aan betekenis inboeten.

Hiermee onderscheidt het Nederlandse recht zich van bijvoorbeeld het Engelse. De Engelse *injunction* is afkomstig uit de *equity*⁶ en wordt om die reden nog altijd gezien als een ‘discretionaire remedie.’⁷ Dat betekent dat de vraag of het bevel kan worden toegewezen in beginsel aan de rechter is. Er zijn wel gevallen waarin een *injunction* in uitgangspunt wordt toegewezen, zoals bijvoorbeeld het geval van *trespass*, maar zelfs dan is de toewijzing slechts ‘*as of course*’ (vanzelfsprekend) en niet ‘*as of right*’ (bij wijze van aanspraak).⁸ In hoofdstuk 4 zal ik betogen dat een vergelijkbare aanpak past bij de schadevergoeding in natura van artikel 6:103 BW. Bij het bevel van artikel 3:296 BW past die aanpak echter niet. Rechtsplichten zijn er om te worden nagekomen en de rechtspraak rondom het bevel vertoont eerder een omgekeerde structuur: de gerechtigde heeft een recht op toewijzing waaraan slechts in uitzonderingsgevallen mag worden getornd.

3.2.2 *Grenzen aan het recht op nakoming*

Dat gezegd hebbende: het recht op nakoming is natuurlijk niet ongeclausuleerd. Artikel 3:296 BW bepaalt dat het bevel ondanks de toewijsbaarheid in beginsel geweigerd kan worden op grond van de wet, de aard van de verplichting of een rechtshandeling. Specifieke vormen van dit soort uitzonderingen zijn er legio,⁹ maar in algemene zin zijn in het delictuele aansprakelijkheidsrecht drie weigeringsgronden van groot belang: de weigering in het publiek belang, de weigering op grond van een belangenafweging in kort geding en de weigering wegens misbruik van recht. Al deze weigeringsgronden laten een zekere belangenafweging toe, zij het binnen bepaalde grenzen.

3.2.2.1 DE WEIGERING IN HET PUBLIEK BELANG

Een geval waarin een belangenafweging nadrukkelijk vereist is, is dat waarin de te verbieden activiteit wordt verricht in het publiek belang. Op grond van arti-

5 In kort geding staat de Hoge Raad nadrukkelijk toe dat toe- of afwijzing op grond van een belangenafweging plaatsvindt, zie HR 15 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1919, *NJ* 1996/509, m.nt. D.W.F. Verkade (*Procter & Gamble/Kimberly-Clark*); HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5238, *NJ* 2006/55, m.nt. Ch. Gielen (*Euromedica/Merck*), r.o. 3.5.1. Zie ook: Asser/Sieburgh 6-IV 2019/161, Van der Helm 2018, p. 84-85.

6 Een stelsel van regels dat tot 1878 parallel aan de *common law* functioneerde als een zelfstandig rechtssysteem, zie Worthington 2003, p. 10-13.

7 Davies 2020, p. 545; Burrows 2019, 444.

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

9 Denk aan de onmogelijkheid aan de verplichting te voldoen, de uitsluiting door een specifieke wettelijke bepaling en alle manieren waarop partijen zelf de remedie kunnen uitsluiten. Zie voor een overzicht Van der Helm 2018, p. 39-49; Van Nispen 2018, p. 21-22.

kel 6:168 BW kan “de rechter [...] een vordering, strekkende tot verbod van een onrechtmatige gedraging, afwijzen op de grond dat deze gedraging op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen behoort te worden geduld.” De eiser behoudt wel zijn recht op schadevergoeding.

Dit artikel vindt zijn oorsprong in de *Voorste Stroom*-arresten.¹⁰ De Gemeente Tilburg vervuilde een riviertje (de Voorste Stroom) door de stadsriolering daarin te laten uitmonden. Normaal gesproken zou dat een ontoelaatbare hinder opleveren die de rechter zou kunnen verbieden, maar de Hoge Raad overwoog dat waar de hinder in het publiek belang noodzakelijk is, deze activiteit in beginsel doorgang zou moeten kunnen vinden, zolang de Gemeente de benadeelden maar schadevergoeding betaalde.¹¹ Dat leverde een vreemde constructie op waarbij de betaling van schadevergoeding als een soort ‘onvoltooide rechtvaardigingsgrond’ moest worden gezien: het gedrag is onrechtmatig, tenzij schadevergoeding betaald wordt. Met de hercodificatie van 1992 is die regel simpelweg opgenomen in artikel 6:168 BW als discretionaire bevoegdheid.¹²

Dit artikel geeft de rechter de mogelijkheid een genuanceerde oplossing te bereiken door het bevel af te wijzen, maar schadevergoeding toe te wijzen. Juist omdat het hier gaat om een weging van het private belang bij een bevel tegen het publieke belang bij de activiteit lijkt dat gepast: hoewel het publieke belang in sommige gevallen wellicht de voortzetting van de activiteit eist, wordt het afwentelen van de lasten op één of enkele individuen daarmee niet gepast.¹³ Uitgangspunt is dus ook hier dat de gerechtigde *zoveel mogelijk* krijgt waar de norm hem recht op geeft. Als er goede redenen zijn het bevel af te wijzen, dan moet dat mogelijk zijn, maar dat betekent niet dat het privaatrechtelijke belang wordt opgeofferd. Artikel 6:168 BW maakt de afwijzing van het bevel in bijzondere gevallen weliswaar mogelijk, maar benadrukt tegelijkertijd dat daar dan een schadevergoedingsveroordeling voor in de plaats zal treden.

3.2.2.2 DE WEIGERING IN KORT GEDING

De voorzieningenrechter in kort geding heeft op basis van artikel 254 Rv de bevoegdheid ‘een onmiddellijke voorziening bij voorraad’ te geven. Niet alle op basis van deze bevoegdheid afgegeven bevelen zijn echter van gelijke aard en het lijkt nuttig een tweedeling te maken tussen bevelen die de procedure ordenen en bevelen die een voorschot nemen op de bodemprocedure. De eerste categorie bevelen past het best bij de term ‘voorziening bij voorraad’ en doet denken aan de op artikel 223 Rv gestoelde voorlopige voorzieningen in de bodemprocedure, die bedoeld zijn om de procedure te stroomlijnen.¹⁴ Hierbij gaat het vooral om veroordelingen die beperkt zijn tot de duur van de procedure, zoals een spreekverbod in de media, en die vooral zien op het verloop van de procedure en de

10 HR 19 maart 1943, ECLI:NL:HR:1943:66, NJ 1943/312 (*Voorste Stroom VI*); HR 19 december 1952, ECLI:NL:HR:1952:AG1997, NJ 1953/642, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Voorste Stroom VII*).

11 *Ibid.*

12 MvT, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 670.

13 Zie bijv. Hof Leeuwarden 20 april 2005, ECLI:NL:GHLEE:2005:AT7080 (lozing rioolwater in zandput); Rb. Rotterdam 20 december 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AZ6223 (gebod tot afbraak verkeerd aangelegde weg afgewezen i.v.m. de hoge kosten versus het beperkte belang van eiser daarbij); Rb. 's-Hertogenbosch 26 maart 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BH7428 (overlast door bouw van sociale huurwoningen).

14 De formele basis voor de voorziening in kort geding is niet art. 223 Rv, maar art. 254 Rv.

bescherming van (vermeende) belangen voor de duur daarvan. Hier lijkt weinig betekenis te zijn weggelegd voor artikel 3:296 BW. Het gaat dan immers niet zozeer om veroordelingen tot nakoming van een rechtsplicht jegens de wederpartij, maar om ordemaatregelen ten behoeve van degelijke geschilbeslechting.

Andere op artikel 254 Rv gestoelde bevelen hebben echter wel meer weg van een op artikel 3:296 BW gestoelde vordering. Hierbij gaat het eerder om een veroordeling een rechtsinbreuk te staken of om bepaalde voorzorgsmaatregelen te nemen. Die bevelen moeten worden gezien als een voorschot op de uiteindelijke remedie, net zoals het voorschot op de schadevergoeding in kort geding dat is.¹⁵ Hoewel het kort geding niet *gericht* is op beslechting van het geschil,¹⁶ wordt zij door partijen vaak wel zo gebruikt. In de literatuur wordt dit wel de ‘definitiverende werking’ van het kortgedingvonnis genoemd.¹⁷ Die realiteit maakt dat de voorzieningenrechter er goed aan zou doen zich bij zulke ‘voorlopige bevelen’ te richten naar de eisen van artikel 3:296 BW. Mocht dit de laatste keer zijn dat partijen hun geschil aan de rechter voorleggen, dan is het wel wenselijk dat zijn oordeel zoveel mogelijk strookt met hoe hij in de bodemprocedure zou oordelen. De vraag wordt dan niet zozeer of een voorlopige voorziening voor het verloop van de procedure noodzakelijk is, maar of de voorzieningenrechter verwacht dat het bevel in de bodemprocedure toegewezen zal worden.¹⁸

Die tweedeling heeft consequenties voor de wijze van beoordeling. De eerste categorie bevelen zal altijd gestoeld en beoordeeld worden op basis van een belangenafweging. In de tweede categorie is daarvoor minder ruimte. Dat betekent natuurlijk niet dat bij dit soort voorlopige bevelen in het geheel geen ruimte voor een belangenafweging is. Een bevel kan ingrijpende gevolgen hebben voor partijen en het past bij de aard van het kort geding dat gelet op de belangen van partijen van toewijzing kan worden *afgezien*. In *Procter & Gamble/Kimberly-Clark* oordeelde de Hoge Raad dan ook dat de voorzieningenrechter die voorshands tot het oordeel komt dat een rechtsplicht bestaat die geschonden wordt of dreigt te worden (wat in beginsel betekent dat het gevorderde verbod moet worden toegewezen¹⁹) het gevorderde verbod mag afwijzen op grond van een belangenafweging.²⁰ 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.

3.2.2.3 DE WEIGERING WEGENS MISBRUIK VAN RECHT

De meest fundamentele weigeringsgrond is echter die van misbruik van recht. Ook hier kan het bevel worden afgewezen op basis van een belangenafweging, al

15 HR 29 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4992, NJ 1986/84, m.nt. W.L. Haardt (*M'Barek/Van der Vloot*).

16 Hugenholtz/Heemskerk 2021, p. 207.

17 Deurvorst 1994, p. 126 e.v.

18 Van Schaick 2016, p. 331.

19 Vgl. de formulering van art. 3:296 BW en HR 28 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8976, NJ 1986/356, m.nt. M. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*).

20 HR 15 december 1995, NJ 1996/509, m.nt. D.W.F. Verkade (*Procter & Gamble/Kimberly-Clark*). Verkade meent dat hiermee al gegeven is dat art. 3:296 BW geen toepassing in kort geding vindt. De Hoge Raad spreekt echter slechts over de mogelijkheid tot het afzien van het afgeven van een bevel of verbod. Zie Verkade 2016, p. 83.

wordt de lat nadrukkelijk hoog gelegd. De gerechtigde mag dan een recht op toewijzing hebben, het recht misbruiken mag hij nooit.

In *Kuipers/De Jongh* erkende de Hoge Raad dat een bevel ondanks het feit dat daarop in beginsel aanspraak bestaat toch kan worden afgewezen als de inzet van de remedie kwalificeert als misbruik van recht.²¹ Het draaide hier om de garage van Kuipers die deels op het erf van De Jongh bleek te zijn gebouwd. Een erfoverschrijding is onrechtmatig en een bevel tot verwijdering lag in de rede. Toch zag de Hoge Raad hier reden het verbod af te wijzen. Dat had te maken met de disbalans in belangen – de kosten van verplaatsing lagen natuurlijk veel hoger dan de schadevergoeding die Kuipers eventueel zou moeten betalen – maar misbruik van recht eist meer dan financiële wanverhouding alleen. De casus van *Kuipers/De Jongh* geeft een goede illustratie van wat precies bij de beoordeling moet worden betrokken.

Toen Kuipers zijn woning kocht werd de erfafscheiding feitelijk gevormd door een heg. Naar zijn weten was dat ook de kadastrale grens. In werkelijkheid bleek die heg voor 76 cm op het erf van mevrouw De Jongh te staan. Toen hij zich voornam de garage te bouwen hebben hij en mevrouw De Jongh wel gesproken over het risico van erfoverschrijding, maar kwamen ze tot de conclusie dat die overschrijding hoogstens een paar centimeter zou bedragen. Toen de garage een jaar stond kwam aan het licht dat de erfgrans in werkelijkheid ergens anders lag. Kuipers bood aan de schade die De Jongh door deze bouw leed te vergoeden. Hoewel De Jongh dat aanbod niet uitdrukkelijk afsloeg, besloot ze toch te gaan procederen.

Onder deze omstandigheden oordeelde de Hoge Raad dat het feit dat De Jongh in beginsel een aanspraak op verwijdering heeft niet uitsluit

“(…) dat, zo Kuipers te goeder trouw is geweest, De Jongh door in plaats van genoeg te nemen met een redelijke schadevergoeding een vordering tot amotie in te stellen, zich aan misbruik van recht zou hebben schuldig gemaakt, indien het nadeel dat Kuipers door de amotie zou lijden, zowel op zichzelf beschouwd als in zijn verhouding tot het belang dat De Jongh met haar vordering nastreeft, zo groot zou zijn dat, alle verdere omstandigheden in aanmerking genomen, De Jongh naar redelijkheid niet tot de uitoefening van haar recht amotie te vorderen had kunnen komen”²²

De nadruk die de Hoge Raad hier legt op de omstandigheden waaronder De Jongh de vordering instelt past goed bij de figuur van misbruik van recht. Per definitie eist die figuur immers een kwalificatie van het gedrag van de eiser: is deze uitoefening van het recht nog wel redelijk? Daarvoor is in het algemeen vereist dat de rechthebbende de wanverhouding tussen de belangen kent en uitoefening ook echt onaanvaardbaar zou zijn.²³ Er is dus ruimte voor een belangenafweging, maar wel een die pas bij hoge uitzondering tot afwijzing van het bevel kan leiden.

21 HR 17 april 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5012, NJ 1971/89, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Kuipers/De Jongh*).

22 *Ibid.*

23 Schrage 2019, p. 8-14, 29.

3.2.3 *Proportionaliteit en de strekking van de norm*

Via deze routes is het ondanks het feit dat in beginsel een *recht* op toewijzing bestaat toch mogelijk op basis van een belangenafweging af te zien van toewijzing. Verschillende auteurs lijken echter van mening te zijn dat er meer ruimte moet zijn voor een zelfstandige proportionaliteitstoets.²⁴ Het is de vraag of dat passend is en of dat op zichzelf voldoende richting geeft. Hieronder zal ik betogen dat een zelfstandige proportionaliteitstoets in aanvulling op de hiervoor besproken afwijzingsgronden niet nodig is en bovendien eerder verwarrend dan verhelderend zou kunnen werken (§ 3.2.3.1). Ook bij de huidige stand van zaken zou er echter behoefte kunnen bestaan aan nadere sturing van de belangenafweging. Daarbij zou de strekking van de norm een zekere indirecte invloed kunnen uitoefenen over de selectie van de te wegen belangen (§ 3.2.3.2).

3.2.3.1 PROPORTIONALITEIT IN HET DELICTUELE REMEDIERECHT

Van Nispen schrijft dat de uitoefening van remedierechtelijke bevoegdheid altijd wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid.²⁵ Hoewel die stelling juist is – de hiervoor besproken misbruik van recht maatstaf is een *species* van de redelijkheid en billijkheid²⁶ – kan ze wel de verkeerde indruk wekken. Artikel 3:13 BW bepaalt dat onder andere sprake is van misbruik van recht waar het recht wordt uitgeoefend met geen ander doel dan een ander te schaden, met een ander doel dan waarvoor zij is verleend of de rechthebbende met het oog op de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen. Daarmee wordt een hogere drempel opgeworpen dan de redelijkheid en billijkheid alleen doen: de uitoefening moet ook echt misbruik opleveren.²⁷

In het overeenkomstenrecht eisen de redelijkheid en billijkheid wel een grotere wederzijdse zorg van partijen.²⁸ De contractuele crediteur moet zich bij zijn remediekeuze steeds laten leiden door de gerechtvaardigde belangen van zijn wederpartij.²⁹ Deze regel is nadrukkelijk ingegeven door de contractuele verhouding en dan wel in het bijzonder in het kader van de overeenkomsten van koop en aanneming van werk.³⁰ Een directe transponering van de regel uit *Multivastgoed/Nethou* naar het delictuele aansprakelijkheidsrecht lijkt zich slecht te verhouden tot het verschil in materieelrechtelijke grondslag. Waar contractspartijen elkaar steeds ‘goede trouw’ of ‘gedrag conform de eisen van redelijkheid en bil-

24 Zie bijv. Dijkman 2019, die betoogt dat het EU-recht daar in octrooizaken toe noopt. Het zou mijn voorkeur verdienen om naar Duits voorbeeld de proportionaliteitstoets vooral in te richten conform de nationale leerstukken (zie ten aanzien daarvan: Scharen 2019, p. 113), maar deze specifieke kwestie laat ik hier verder rusten.

25 Van Nispen 2018, p. 23; Van Nispen 1978, p. 236-237.

26 Zie ook: Schrage 2019, p. 8-14. Deze categorisering kan wel tot enige verwarring leiden. De eisen van ‘redelijkheid en billijkheid’ leggen juist méér verplichtingen op dan het verbod van misbruik van recht. Het is wat verwarrend om de lagere standaard (misbruik van recht) te kwalificeren als de *species* van de hogere standaard (redelijkheid en billijkheid). Juister lijkt mij dan ook: Rodenburg 1985, p. 61 en 64, die de eerste toets als een volledige toets en de tweede als een marginale toets kwalificeert. Erg veel doet het er overigens niet toe: *rubrica non est lex*. Veel belangrijker is dat de proportionaliteitstoets niet verzelfstandigd wordt ten opzichte van de misbruik van recht-maatstaf.

27 Schrage 2019, p. 29.

28 Dat geldt overigens ook voor partijen die zich nog in de precontractuele fase bevinden, zie HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, NJ 1958/67, m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*).

29 HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, NJ 2001/79 (*Multi Vastgoed/Nethou*).

30 De Hoge Raad wijst expliciet op de artt. 7:21 BW en 7.12.8 Ontw. BW.

lijkheid' verschuldigd zijn,³¹ geldt dat voor partijen die enkel worden verbonden door een delictuele rechtsplicht niet altijd en zeker niet in dezelfde mate.

Anders dan contractspartijen die elkaar hebben uitgekozen en om die reden tot elkaar veroordeeld zijn, worden de delictuele 'debiteur en crediteur' eerder verbonden door het lot dan door vrije wil. In het eerste geval past het bij onze rechtscultuur dat partijen er eerst samen uit proberen te komen in plaats van direct naar het remediearsenaal te grijpen.³² In het tweede geval is het vaak niet redelijk om van de gerechtigde te verwachten dat hij zich steeds rekenschap geeft van alle belangen die de verplichte zou kunnen hebben. Het materiële recht geeft hem een aanspraak op naleving van de norm en hij hoeft zich in beginsel niets aan te trekken van die ander. Dat betekent natuurlijk niet dat in het geheel geen belangenafweging kan worden gemaakt. Artikel 3:13 BW biedt de grondslag daartoe expliciet. Het punt is alleen dat de belangenafweging slechts in uitzonderlijke gevallen zal mogen doorslaan in een afwijzing van het bevel.³³ Die drempel ligt nadrukkelijk hoger dan op grond van de regel uit *Multivastgoed/Nethou* in het overeenkomstenrecht voor de nakomingsactie zou kunnen worden gedacht.

Een laatste bezwaar tegen de proportionaliteitstoets zou kunnen zijn dat die toets de rechter dwingt het normatieve wiel in de remediefase opnieuw uit te vinden, wat noch de uitkomst, noch de beoordeling voorspelbaar zou maken. De rechter zou dan immers opnieuw alle relevante omstandigheden van het geval moeten verzamelen en de daarin besloten belangen tegen elkaar wegen. Daarmee zou het materieelrechtelijke debat in de remediefase nogmaals moeten worden gevoerd, wat de procedure voor partijen niet overzichtelijker zou maken. De beoordeling zou dan behalve aan formele rechtszekerheid in enge zin, ook inboeten aan formele rechtszekerheid in ruime zin.

3.2.3.2 DE ROL VAN DE NORM BIJ EEN BELANGENAFWEGING

Probleem met het laatste punt van kritiek op een eventuele proportionaliteitstoets is evenwel dat zij evengoed zou kunnen worden gericht tegen de huidige praktijk van belangenafweging; ook daar is immers niet duidelijk welke belangen zullen worden gewogen en hoe. De norm kan hier geen volstrekte zekerheid bieden: het bestaan van de norm suggereert immers toewijzing, terwijl de rechter afwijzing overweegt. Dat betekent evenwel niet dat de bron van normatieve informatie uitgeput is. Bij de invulling van die belangenafweging kan de norm namelijk wel enige indirecte invloed uitoefenen.

De verschillende weigeringsgronden vervullen steeds dezelfde functie: zij geven een normatieve reden om in een concreet geval een *prima facie* recht op toewijzing van het bevel tóch geen gestand te doen. Bij toepassing van artikel 6:168 BW is dat het publieke belang dat met de activiteit gediend is, in het kort geding is dat het risico dat een snelle beslissing onvoldoende zorgvuldig is, en bij toepassing van artikel 3:13 BW is dat het afkeurenswaardige gedrag van de eiser. Maar waartegen moeten deze belangen in het concrete geval worden gewogen? De kapitaalkrachtigheid van de eiser? De mate waarin de eiser zich

31 Art. 6:2 BW omschrijft het met zoveel woorden.

32 De contractuele eis dat een wanprestant die nog na zou kunnen komen eerst in de gelegenheid moet worden gesteld dat alnog te doen is een goed voorbeeld van die grondhouding, zie de artt. 6:74 jo. 6:81 e.v. BW.

33 Zie over de 'onaanvaardbaarheid': Schrage 2019, p. 29.

zelf aan de regels heeft gehouden? Uit de gedachte dat iedere norm iets vertelt over wat de precieze verantwoordelijkheidsverdeling tussen partijen is, ligt het voor de hand de selectie van de te wegen belangen af te laten hangen van de strekking van de norm. Ik licht dat toe.

Neem twee fabrieken in gedachten die allebei in het publieke belang opereren, maar ook onrechtmatige hinder veroorzaken. De ene fabriek veroorzaakt hinder door stankoverlast, de ander door het lozen van giftige stoffen in een aan woonhuizen grenzende vaart. Hoewel beide fabrieken in het publiek belang opereren, is er ten aanzien van de tweede fabriek veel meer reden een beroep op artikel 6:168 BW te weigeren. Dat komt omdat de gezondheidsbelangen waar de tweede fabriek zorg voor moet dragen in ons recht zwaarder wegen dan het enkele ongemak dat de eerste fabriek veroorzaakt.³⁴ Dat verschil in beoordeling is echter ook al uit de norm zelf af te leiden: de strekking van de hindernorm is immers afhankelijk van de maatschappelijke zorgvuldigheid.³⁵ De norm die zegt dat het lozen van giftige stoffen verboden is, doet dat nadrukkelijk met het oog op een hoogwaardig rechtsbelang.

En zo werkt het steeds. Het lijkt bijvoorbeeld onwaarschijnlijk dat het recht op leven ooit misbruikt kan worden, terwijl het recht op uitzicht zich daar veel eenvoudiger voor leent. Vandaar dat het slagen van een beroep op misbruik van het recht op door een ander te nemen veiligheidsmaatregelen veel minder voor de hand ligt dan misbruik van het recht op ongestoord woongenot. Dat verschil in de aard van het recht van de eiser en de daarmee correlerende plicht voor de eiser, rechtvaardigt een andere weging. Zo ook in het kort geding. Als de norm strekt tot de bescherming tegen letselschade, dan ligt een toewijzing van het bevel eerder voor de hand dan wanneer het uitsluitend strekt tot bescherming tegen oneerlijke concurrentie. Het risico van een foute beslissing weegt in dat eerste geval veel minder zwaar dan in het tweede.

Daarbij zou de vraag gesteld kunnen worden waarom het nodig is te kijken naar de strekking van de norm. Is de hiervoor beschreven exercitie niet precies wat met een belangenafweging bedoeld wordt? De reden daarvoor is dat niet in ieder geval alle belangen voor weging in aanmerking zouden moeten komen. Dat de eigenaar van een bedrijf psychisch onbehagen ervaart bij de jegens hem gerichte oneerlijke concurrentie doet niet terzake; hoe oprecht dat onbehagen ook is. De vraag is vooral in hoeverre zijn *zakelijke* belangen in het geding komen en hoe die afwegen tegen het risico op eventuele onzorgvuldigheid in de beoordeling in kort geding. Dat de milieuactivist depressief wordt van de vervuiling die een op zichzelf nuttige fabriek veroorzaakt is akelig en zelfs begrijpelijk, maar doet er bij de vraag of het bevel tot staking van de activiteiten op grond van het publieke belang moet worden afgewezen niet toe. Daar draait het echter om de vraag welke gezondheidsbelangen gediend zijn bij naleving van de milieunorm en hoe *die* belangen afsteken tegen het publieke belang.

34 Vgl. de hoge waardering van letselschade in de redelijke toerekening van artikel 6:98 BW. Zie daarover Brunner 1981a, p. 216; Brunner 1981b, p. 234.

35 Zie de verwijzing naar art. 6:162 BW in art. 5:37 BW.

3.3 De inhoud van het rechterlijk bevel

De constatering dat de aanspraak op het rechterlijk bevel in beginsel vrij sterk is, maakt de vraag naar wat de omvang van het bevel dan precies mag zijn des te crucialer. Vanuit het perspectief van de eiser kan het namelijk aantrekkelijk zijn een zo ruim mogelijk geformuleerd bevel te vorderen. Als mijn burenhinderlijk hard muziek draaien na tien uur 's avonds, dan is het een aantrekkelijk idee een gebod de stereo weg te doen te vorderen. Dan gaat de muziek tenminste niet meer aan. Heeft mijn concurrent mijn klantenbestand ontfutseld, dan heb ik het liefst dat hem in het geheel wordt verboden in mijn geografische markt te opereren. Dan weet ik tenminste zeker dat hij dat klantenbestand niet gebruikt. Maar kan ik daar een aanspraak op maken? Vanuit het perspectief van de gedaagde zijn dit soort bevelen een stuk minder aantrekkelijk. Waarom, immers, zou van hem iets verlangd kunnen worden waar hij op grond van het materiële recht strikt genomen niet toe verplicht was? Heb ik als gerechtigde überhaupt wel een aanspraak op zo'n bevel?

In deze paragraaf betoog ik dat uitgangspunt van het Nederlandse recht nog steeds is dat het bevel niet tot meer mag verplichten dan de materiële rechtsplicht. Eerst zet ik uiteen hoe deze eis zich heeft ontwikkeld (§ 3.3.1). Vervolgens betoog ik dat de Hoge Raad de eis hier en daar heeft genuanceerd, maar dat zij nog steeds onverkort geldt (§ 3.3.2). In paragraaf 3.4 betoog ik vervolgens dat deze eis in combinatie met de regel dat de gerechtigde een recht op nakoming heeft ook goed past binnen een 'relatief' of 'relationeel' remedierecht.

3.3.1 De ontwikkeling van de overeenstemmingseis

Artikel 3:296 BW bepaalt dat 'hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten (...) *daartoe* op vordering van de gerechtigde [wordt] veroordeeld' (cursivering, WThN). Het woord 'daartoe' impliceert dat de gedaagde alleen mag worden veroordeeld zijn rechtsplicht na te leven. Dat volgt ook uit de ontstaansgeschiedenis van het bevel. Hoewel de remedie niet op compensatie maar op voorkoming gericht is (§ 3.3.1.1), betekent dit niet dat de rechter zelf dwangmiddelen in het leven mag roepen om 'effectieve handhaving' te bevorderen: ook niet in de vorm van een uitgebreid bevel (§ 3.3.1.2).

3.3.1.1 VAN COMPENSATIE NAAR VOORKOMING

Het Burgerlijk Wetboek van 1838 kende geen met artikel 3:296 BW vergelijkbare bepaling. In de 19^e en vroege 20^e eeuw konden rechterlijke verboden of geboden alleen worden verkregen ter handhaving van zakelijke rechten³⁶ of als schadevergoeding voor reeds geleden onrecht. Zo werd in 1903 in *Rotterdam/Boels* de gemeente Rotterdam weliswaar bevolen een onrechtmatig afgebroken gebouw

36 De eigenaar kon de stoornis van bezit doen eindigen (art. 629 Oud BW) en de eigenaar van een onroerend goed kon een vordering tot amotie instellen (art. 702 Oud BW). Deze remedies zijn nog steeds als bijzondere remedies te vinden in het huidige BW (resp. artt. 5:2 BW en 5:54 BW) maar worden gezien als species van het algemene art. 3:296 BW (zie TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 895; TM, *Parl. Gesch. Boek 5*, p. 71).

te herbouwen, maar dan wel bij wijze van schadevergoeding.³⁷ Daarmee bleef de rechter bij het beslissen over de toe te wijzen remedie terugkijken naar het reeds begane onrecht op de manier zoals dat nu bij de schadevergoeding in natura van artikel 6:103 BW gebeurt.

In 1914 werd duidelijk dat deze remedie zich ook goed leende voor een meer preventief perspectief, doordat de Hoge Raad het in het *Kieft/Otjes*-arrest mogelijk achtte een verbod op voortzetting van onrechtmatig handelen *in de toekomst* toe te wijzen.³⁸ Later zou duidelijk worden dat voor toewijzing van een nakomingsveroordeling geen *voorafgaande* schending van een rechtsplicht vereist is³⁹ en dat een verbod ten aanzien van alle soorten rechtsplichten kan worden ingeroepen.⁴⁰ Zolang sprake is van een reële dreiging van normschending en een voldoende materieel belang bij het gevorderde bevel,⁴¹ heeft de eiser recht op toewijzing.⁴² Hiermee verschoof de focus van de remedie van het verleden naar de toekomst en van compensatie naar handhaving.

3.3.1.2 HANDHAVEN: ALLEEN MET DOOR DE WETGEVER GECREËERDE DWANGMIDDELEN

Een rechterlijk bevel *an sich* kan afschrikwekkend werken. Maar niet alle gedaagden leven veroordelingen na. Dat maakt de roep om aanvullende dwangmiddelen groter. Ten eerste zal niet iedere overtreding tot een geslaagde schadevergoedingsactie leiden. Ten tweede, zelfs als een overtreding van het bevel eveneens een recht op schadevergoeding schept, dan wil dat nog niet zeggen dat daar een afschrikwekkende werking vanuit gaat.⁴³ Voor ‘harde preventie’ lijkt dus meer vereist. De Hoge Raad is daar in de vroege jaren van de bevelsremedie echter duidelijk over geweest: handhaven mag alleen met door de wetgever gecreëerde dwangmiddelen.

(a) De dwangsom

In *Kieft/Otjes* deed de problematiek rondom de handhavende kracht van het bevel zich direct voor. Kieft viste regelmatig in het water van een gebied dat in eigendom toebehoorde aan waterschap De Beemster. Otjes vorderde namens het waterschap een verbod jegens Kieft. Het Hof had het gevraagde verbod te vissen toegewezen en versterkt met een dwangsom van f 50,- voor iedere toekomstige overtreding. Daar bestond op dat moment nog geen wettelijke basis voor. A-G Ledeboer meende dat hoewel het verbod inderdaad toegewezen mocht worden, het Hof met het opleggen van een dwangsom zijn boekje te buiten was gegaan:

37 HR 13 maart 1903, *W* 7899 (*Rotterdam/Boels*). Voor de feiten, zie Rb. Rotterdam 1 mei 1899, *W* 7314 (*Rotterdam/Boels*). Vergelijkbaar: HR 13 juni 1913, *W* 9531 (*Maatschappij van de Weldadigheid/Nicola*). Zie verder over de schadevergoeding in natura Hoofdstuk 4.

38 HR 13 november 1914, ECLI:NL:HR:1914:27, *NJ* 1915/98, m.nt. E.M.M (*Kieft/Otjes*).

39 HR 4 maart 1938, ECLI:NL:HR:1938:262, *NJ* 1938/948, m.nt. P. Scholten (*AVRO/BUMA*), betreffende een inbreukverbod op *alle* door BUMA beheerde auteursrechten.

40 HR 18 augustus 1944, ECLI:NL:HR:1944:26 *NJ* 1944-45/598 (*Gemeente Alkmaar/Provincie Noord-Holland*), betreffende een bevel tot nakoming van de plicht de stroomvoorziening te garanderen. Tot deze uitspraak betroffen alle bevelen en verboden handhaving van absolute rechten.

41 Art. 3:303 BW, zie ook: Asser/Sieburgh 6-IV 2019/153; vgl. TM, *Parl. Gesch. Boek* 3, p. 895; Bleeker 2018, p. 143-145.

42 Zie de formulering van art. 3:296 BW en HR 28 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8976, *NJ* 1986/356, m.nt. M. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*). Zie ook: Van Nispen 2018, p. 13, 32.

43 Zie bijv. Van Boom 2006, p. 20; Van Boom 2007, p. 986.

“Wat het Hof deed is het verschaffen van een dwangmiddel, dat de wet niet kent en dat geheel in strijd is met den geest van onze geheele wetgeving, daar het veronderstelt een aan den rechter gegeven macht, om zonder eenige wettelijke grens, op overtreding van eenig gebod of verbod, zuiver arbitrair eene boete te stellen.”⁴⁴

De Hoge Raad kwam tot hetzelfde oordeel onder de overweging dat volgens de wet veroordelingen zich alleen konden oplossen in schadevergoeding.⁴⁵ Deze opvatting werd in de literatuur gedeeld.⁴⁶ Resultaat was dat de dwangsom pas als dwangmiddel kon worden toegepast toen zij in 1933 bij wet werd ingevoerd.⁴⁷

(b) De ontwikkeling van de overeenstemmingseis

Dezelfde afwijzende houding tegenover versterking van handhaving valt te ontwaren ten aanzien van het bevel waarbij de gedaagde méér wordt verboden dan waartoe hij op grond van zijn rechtsplicht gehouden was. Zo'n ruim geformuleerd gebod of verbod werkt *de facto* als een extra dwangmiddel, omdat het de begunstigde partij toestaat in te grijpen in het rechtmatige handelen van de veroordeelde om onrechtmatig gedrag te voorkomen. Dit soort bevelen wees de Hoge Raad aanvankelijk van de hand.⁴⁸

Een duidelijk voorbeeld is *Holst/Philips*.⁴⁹ Philips onderhield een zogenoemde gesloten verkooporganisatie. Dat wil zeggen dat zij producten alleen verkocht aan bij haar aangesloten verkopers met wie een minimumprijs was afgesproken. Holst en enkele andere handelaren behoorden niet of niet meer tot deze gesloten verkooporganisatie. Toch boden zij begin jaren zestig verschillende Philips-producten tegen lage prijzen aan. Een dergelijk doorbreken van een verkooporganisatie levert volgens eerdere rechtspraak van de Hoge Raad een onrechtmatige daad op als het (i) bewust, (ii) regelmatig en (iii) ter bevordering van het eigen bedrijf en ter benadeling van concurrenten geschiedt.⁵⁰ Philips meende dat het gedrag van Holst daarop neerkwam en vorderde dat het Holst verboden werd nog Philips-producten te verhandelen.

Het Hof Amsterdam wees de vordering toe omdat Philips belang had bij een dergelijk verbod.⁵¹ De Hoge Raad zag geen brood in die redenering: het was niet onrechtmatig om überhaupt Philips producten te verhandelen en dat kon Holst dan ook niet verboden worden.⁵² Natuurlijk had Philips wel ‘belang’ bij het ruime verbod. Voor haar is het veel makkelijker om *iedere* verhandeling van haar producten tegen te gaan dan te moeten zoeken naar verhandeling die ‘bewust, regelmatig en ter bevordering van het eigen bedrijf van de verkoper’ is. Maar op zo

44 Conclusie A-G R.B. Ledeboer bij HR 13 november 1914, ECLI:NL:HR:1914:27, *NJ* 1915/98 (*Kieft/Otjes*)

45 HR 13 november 1914, ECLI:NL:HR:1914:27, *NJ* 1915/98, m.nt. E.M. Meijers (*Kieft/Otjes*), p. 2.

46 Zie bijv. Westerouen van Meeteren 1919.

47 Wet van 29 december 1932, Stb. 676. Voor die tijd werd wel een ‘voorwaardelijke schadevergoeding’ verbonden aan het bevel. Zoals Beekhoven-Van den Boezem betoogt, zou men die veroordeling best kunnen hebben ervaren als een dwangsom (zie Beekhoven van den Boezem 2003, p. 164). Toch was deze veroordeling van fundamenteel andere aard dan de dwangsom omdat de hoogte afhankelijk werd gesteld van de te lijden schade in plaats van (daarnaast) de financiële positie van de gedaagde.

48 HR 16 juni 1911, *W* 9194 (*Suikerman/Staat*); HR 17 januari 1930, ECLI:NL:HR:1930:256, *NJ* 1930/573, m.nt. E.M. Meijers (*Ontvanger/Spaarbank*).

49 HR 27 april 1962, ECLI:NL:HR:1962:121, *NJ* 1962/254, m.nt. J.H. Beekhuis (*Holst/Philips*).

50 HR 11 november 1937, ECLI:NL:HR:1937:AG1892, *NJ* 1937/1096, m.nt. Meijers (*Kolynos*); HR 12 januari 1962, ECLI:NL:HR:1962:113, *NJ* 1962/246, m.nt. Beekhuis (*Nibeja/Grundig*).

51 HR 27 april 1962, ECLI:NL:HR:1962:121, *NJ* 1962/254, m.nt. J.H. Beekhuis (*Holst/Philips*), p. 819-820.

52 *Ibid.* p. 824.

een ruim bevel heeft Philips geen recht. Het bevel kwam er namelijk op neer dat Holst ook rechtmatige verhandeling van Philips producten werd verboden. En dat achtte de Hoge Raad niet gepast:⁵³ er moet overeenstemming bestaan tussen rechtsplicht en remedie. Deze overeenstemmingseis is in eerdere en latere jurisprudentie terug te vinden⁵⁴ en auteurs lijken de eis vanzelfsprekend te vinden.⁵⁵

3.3.2 Nuanceringen van de Hoge Raad

Wie recente rechtspraak van zowel de Hoge Raad als de feitenrechters erop na slaat zou de indruk kunnen krijgen dat de overeenstemmingseis niet meer nauwgezet gevolgd wordt. De Hoge Raad staat in sommige gevallen bevelen toe waarvan men zich kan afvragen of er nog wel een rechtsplicht onder ligt. Hieronder bespreek ik vier van die gevallen: het bevel in algemene termen, het bevel aangaande een schakel in een onrechtmatige keten, het bevel in kort geding en de zogeheten ‘nevenvorderingen’ in het IE-recht. De meeste zijn bij nadere beschouwing niet strijdig met de overeenstemmingseis. Waar dat wel zo is, is er reden voor kritiek. Die zet ik in deze paragraaf op praktische gronden aan, maar werk ik in paragraaf 3.4 theoretisch nader uit.

3.3.2.1 EEN IN ALGEMENE TERMEN OPGESTELD BEVEL

Een ogenschijnlijke uitzondering is dat bevelen ruim geformuleerd mogen worden als nauwkeurigere omschrijving lastig of onmogelijk is, zoals bij een mogelijke inbreuk op IE-rechten.⁵⁶ Enigszins paradoxaal is die algemeenheid nodig om verdere geschillen te voorkomen. Als een inbreukmaker structureel inbreuk maakt op verschillende rechten van eiser of steeds een nieuwe vorm van inbreuk verzint, dan zou een bevel dat zich alleen uitstrekt tot die voorgaande inbreuk makkelijk door de inbreukmaker kunnen worden omzeild. Natuurlijk kan de gerechtigde dan een nieuw bevel krijgen, maar de vraag is wat hij daarmee opschiet. Een in algemene termen opgesteld bevel kan dan uitkomst bieden.

Zo’n algemeen bevel zou zich in theorie kunnen uitstrekken tot gedrag dat op zichzelf wel rechtmatig is, zoals bijvoorbeeld een verbod zich laatdunkend over een ander uit te laten. Dat soort uitlatingen *kunnen* onrechtmatige laster opleveren, maar *kunnen* ook rechtmatig zijn. Zo’n algemeen bevel lijkt dan in strijd met de overeenstemmingseis, maar in de praktijk valt dat mee. Ten eerste is het aantal gevallen waarin een in algemene termen opgesteld bevel nodig is beperkt. Zo is het vaak mogelijk om een bevel op te stellen dat letterlijk onrechtmatig gedrag verbiedt (bijv. door het maken van inbreuk op een auteursrecht te verbieden).⁵⁷ Waar de algemeenheid echt noodzakelijk is wordt, ten tweede, overeenstemming

53 *Ibid.*

54 HR 17 januari 1930, ECLI:NL:HR:1930:256, *NJ* 1930/573, m.nt. E.M. Meijers (*Ontvanger/Spaarbank*); HR 14 juni 1963, ECLI:NL:HR:1963:AC3603, *NJ* 1965/82, m.nt. J.H. Beekhuis (*EZH/Bailey I*); HR 1 december 1972, ECLI:NL:PHR:1972:AB6720, *NJ* 1973/111, m.nt. L. Wichers Hoeth (*Royal Sluis/Hakkenberg & Hoopman*); HR 24 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8901 *NJ* 1987/1, m.nt. C.J.H. Brunner & E.A. Alkema (*Gebiedsverbod*).

55 Van Nispen 1978, p. 408 (hoewel hij deze eis niet lijkt te stellen voor nevenvorderingen, zie Van Nispen 1978, p. 351-353); Van Nispen 2018, p. 32; Drion 1962, p. 217; Blaauw 2002, p. 193.

56 HR 4 maart 1938, ECLI:NL:HR:1938:262, *NJ* 1938/948, m.nt. P. Scholten (*AVRO/BUMA*).

57 Zie hierna in § 3.4.2.3 mijn kritiek op een verkeerde toepassing van deze regel in Rb. Arnhem 25 februari 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AS8145, *NJF* 2005/155.

op een andere manier gegarandeerd. De Hoge Raad verbindt aan dat soort algemeen opgestelde bevelen namelijk de uitlegregel “dat de draagwijdte van het verbod beperkt moet worden geacht tot handelingen waarvan in ernst niet kan worden betwijfeld dat zij (...) inbreuken, als door de rechter verboden, opleveren.”⁵⁸ Zo bewerkstelligt de Hoge Raad dat de gedaagde vrij blijft zich te bewegen binnen de ruimte die het recht hem biedt, zonder dat de rechter hoeft over te gaan tot het geven van gedetailleerde regels: het gezond verstand kan hier richting geven.

3.3.2.2 EEN SCHAKEL IN EEN ONRECHTMATIGE KETEN

Een moeilijker geval is dat waarin rechtmatig gedrag wordt verboden omdat het een schakel vormt in een onrechtmatige keten, zoals in het *Maxis/Boekhandelaars*-arrest.⁵⁹ Een aantal uitgeverij en boekhandelaars had afspraken gemaakt over de minimumprijs van boeken. Maxis doorbrak deze gesloten verkooporganisatie van de Nederlandse boekhandelaars door toch boeken aan te bieden tegen een lagere prijs. Maxis kon ten aanzien van één deel van de boeken aantonen dat ze uit België geïmporteerd werden, maar ten aanzien van een ander deel niet. Dat wekte de indruk dat Maxis profiteerde van de wanprestatie van een of meerdere handelaars in Nederland. Een aantal handelaars vorderde een bevel de handel in deze boeken te staken. De Hoge Raad achtte het verbod toewijsbaar:

“Wanneer echter, zoals het Hof hier heeft aangenomen, voor de onrechtmatigheid van enig gedrag een zekere stelselmatigheid en frequentie van bepaalde handelingen is vereist, en de rechter in de dreiging dat gedaagde zich aan zulk gedrag zal schuldig maken, aanleiding ziet tot het opleggen van een verbod daarvan, kan het voor de effectiviteit van zijn verbod noodzakelijk zijn, afzonderlijke handelingen welke deel zouden uitmaken van het gevreesde onrechtmatige gedrag, op straffe van een dwangsom te verbieden. Het onderdeel gaat er ten onrechte van uit dat in een dergelijk geval de rechter een zodanige vrijheid niet zou hebben.”

Dat ligt heel dicht aan tegen wat in *Holst/Philips* zo principieel van de hand was geweest. Het gaat hier weliswaar om een schakel in een keten van potentieel onrechtmatig handelen, maar dat neemt niet weg dat die schakel op zichzelf gewoon rechtmatig is. Natuurlijk is het gevorderde verbod ‘effectiever’ dan het nauwkeuriger geformuleerde verbod, maar, om de redenering maar eens tot het absurde te reduceren, Maxis verbieden überhaupt te handelen is ook ‘effectief.’ Toch zal niemand *dat* rechtvaardig vinden. Het punt is nu juist dat op grond van een vaststelling van rechten en plichten *over en weer* tot een genuanceerd oordeel gekomen moet worden. Het beoordelingskader dat de Hoge Raad de rechter hier aanreikt, is te eenzijdig.

Mij lijkt enige voorzichtigheid dan ook geboden. Natuurlijk is het waar dat om pragmatische redenen een bevel soms in algemene termen moet worden af-

58 HR 18 februari 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4633, *NJ* 1966/208, m.nt. G.J. Scholten (*Klokkenspel*). De regel werd geïntroduceerd door HR 3 januari 1964, ECLI:NL:HR:1964:13, *NJ* 1964/445, m.nt. G.J. Scholten (*Lexington*). Zie ook: HR 27 juni 1969, ECLI:NL:HR:1969:AC4946, *NJ* 1969/365, m.nt. D.J. Veegens (*Carl Zeiss Jena/Jenaer Glaswerk*); HR 29 maart 1985, ECLI:NL:PHR:1985:AG4987, *NJ* 1985/592, m.nt. L. Wichers Hoeth (*Konsumenten Kontakt/Electrorama*); HR 20 mei 1994, *NJ* 1994/652, m.nt. H.E. Ras (*Van Weezenbeek/Het Financieele Dagblad*); HR 5 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8183, *NJ* 2003/356, m.nt. Ch. Gielen.

59 HR 18 mei 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC6579, *NJ* 1979/480, m.nt. L. Wichers Hoeth (*Maxis/Boekhandelaars*).

gegeven, maar veel meer vrijheid zou de rechter hier niet moeten nemen. Het is niet uitgesloten dat de Hoge Raad deze ruimte heeft genomen omdat het hier gaat om een kort geding en hij de voorzieningenrechter ruimte wil geven, maar in de kern komt deze benadering in strijd met het uitgangspunt van *Holst/Philips* en, zoals ik hierna uiteen zal zetten, de aard van het bevel in een normcentrisch en relationeel remedierecht.⁶⁰

3.3.2.3 KORT GEDING

Betoogd zou kunnen worden dat de vrijheid die de Hoge Raad de rechter hier geeft, volgt uit het feit dat in kort geding gevraagd wordt om ordemaatregelen waarbij men het niet zo nauw hoeft te nemen met wat het materiële recht eist. Zoals hiervoor betoogd is het daarbij goed om een onderscheid te maken tussen het bevel als procesordenende maatregel en het bevel als materieelrechtelijke remedie, waarvan de grondslag in artikel 3:296 BW moet worden gezocht.⁶¹

Ten aanzien van die eerste geldt vanzelfsprekend dat de voorzieningenrechter een grote beoordelingsruimte heeft. Zolang het doel is om gedurende de procedure de verhouding tussen partijen in goede banen te leiden is daar ook weinig op tegen. Zolang een bevel als doel heeft de procedure te ordenen en het zich in ieder geval beperkt tot de duur van die procedure, is lastig in te zien waarom de overeenstemmingseis nauwgezet gevolgd zou moeten worden. Maar voor zover het gaat om het bevel als voorlopige variant van een in bodemprocedure definitief te maken materieelrechtelijke remedie, lijkt enige voorzichtigheid geboden.

Opnieuw, een *afwijzing* op grond van een belangenafweging past goed bij het karakter van het kort geding.⁶² Als de voorzieningenrechter voorshands van oordeel is dat aan de vereisten van artikel 3:296 BW is voldaan, maar op basis van een belangenafweging tot de conclusie komt dat een verbod te ingrijpend zou zijn, dan past het bij de aard van het kort geding dat hij daarvan afziet. In *Euro-medica/Merck* gaat de Hoge Raad echter nog een stapje verder, door te overwegen dat:

“[o]nverminderd het bepaalde in art. 3:296 BW, dat in kort geding evenwel toepassing mist, [...] het, indien sprake is van een gedraging of een dreigende gedraging van de verwerende partij in strijd met hetgeen deze dient te doen of na te laten, in beginsel [is] voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt om op grond van een afweging van de wederzijdse belangen te beslissen of hij desgevorderd een verbod of bevel zal opleggen en, indien hij daartoe overgaat, te bepalen hoe ver dat zich zal uitstrekken.”⁶³ (onderstreping WThN).

Hiermee lijkt de Hoge Raad te impliceren dat (i) de grondslag van de vordering – wat artikel 3:296 BW voor het bevel toch is – genegeerd mag worden in kort geding, en (ii) dat het de rechter op grond van een belangenafweging vrij staat

60 Zie hierna § 3.4.

61 Zie hiervoor § 3.2.2.2.

62 *Ibid.*

63 HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5238, *NJ* 2006/55, m.nt. Ch. Gielen (*Euromedica/Merck*), r.o. 3.5.1. Deze uitspraak heeft gevolg gevonden in Hof 's-Hertogenbosch 4 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:602.

een verbod of bevel af te geven dat tot méér verplicht dan het materiële recht doet.⁶⁴ Noch het een, noch het ander past in ons recht.

Ten aanzien van de eerste stelling lijkt voor zich te spreken dat de grondslag van de vordering in kort geding niet genegeerd kan worden.⁶⁵ Natuurlijk is het zo dat met de regels van het bewijsrecht omwille van de snelheid van het geding soepeler mag worden omgesprongen,⁶⁶ maar het is niet zo dat de kortgedingrechter een dorpsoudste is die het materiële recht naast zich neer mag leggen.⁶⁷ A-G Verkade suggereert in zijn conclusie bij *Euromedica/Merck* dat deze stelling steun vindt in de uitspraken *AVRO/BUMA*,⁶⁸ *Van 't Hooft/Coca Cola*,⁶⁹ *Intres/Walt Disney*,⁷⁰ en *Procter & Gamble/Kimberly Clark*.⁷¹ Maar dat lijkt niet te kloppen. In *AVRO/BUMA* is niet meer beslist dan dat het bevel niet beperkt hoeft te zijn tot reeds gepleegde onrechtmatige handelingen en onder omstandigheden in redelijk algemene termen opgesteld mag worden, in *Van 't Hooft/Coca Cola* is beslist dat de vraag of vrees voor herhaling bestaat, een feitelijk oordeel is dat in cassatie niet getoetst kan worden, en *Procter & Gamble/Kimberly-Clark* en *Intres/Walt Disney* bieden alleen steun voor de stelling dat de rechter van een verbod mag *afzien* op grond van een belangenafweging. Gelet op het feit dat de Hoge Raad zelf in latere uitspraken artikel 3:296 BW weer terloops van toepassing verklaart in kort geding, is niet ondenkbaar dat het hier om een *slip of the pen* gaat.⁷²

Ook over de juistheid van de tweede stelling kan worden getwijfeld. Mocht de Hoge Raad toch bedoeld hebben dat het de voorzieningenrechter vrijstaat op grond van een belangenafweging tot een *ruimer* verbod te komen, dan lijkt dat onjuist te zijn. In het algemeen geldt natuurlijk dat een rechter onder omstandigheden op een algemene formulering van het bevel mag uitkomen, omdat een te precieze formulering het praktisch nut van het bevel ondermijnt,⁷³ maar dat is niet hetzelfde als een veroordeling volledig te formuleren aan de hand van haar

64 Het woord 'overvinderd' impliceert dat de rest van de overweging niet afdoet aan de werking van art. 3:296 BW. Dat is echter lastig te rijmen met (a) de stellige uitspraak dat die bepaling 'in kort geding evenwel toepassing mist' en (b) de met de tekst van dat artikel strijdige uitleg die volgt.

65 Zie bijvoorbeeld HR 4 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0986, *NJ* 1993/659, m.nt. D.W.F. Verkade, r.o. 3.4: "(...) Ook in kort geding gelden de grondbeginselen van een goede procesorde waartoe behoort dat elke rechterlijke beslissing tenminste zodanig moet worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtengang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden — in geval van openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen — controleerbaar en aanvaardbaar te maken. Deze motiveringsplicht heeft uitdrukking gevonden in de art. 121 Grondwet (Gr.w), 20 Wet RO, 59 en 429k Rv; hoever zij gaat, hangt af van de omstandigheden van het geval." Als de grondslag van de rechtsvordering genegeerd zou mogen worden lijkt toetsing in hoger beroep lastig.

66 Hugenholtz/Heemskerk 2021, p. 217, daar aangehaald: HR 29 januari 1943, ECLI:NL:HR:1943:AG1934, *NJ* 1943/198; HR 21 april 1978, ECLI:NL:HR:1978:AH8582, *NJ* 1979/194, m.nt. W.H. Heemskerk; HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:1998:ZC2720, *NJ* 1999/682, m.nt. J.B.M. Vranken.

67 Zie Schut 1985, p. 145 e.v. Korthals Altes wijst volledige discretie bij de beoordeling in kort geding ook af, maar ziet de materie kennelijk toch anders: Korthals Altes 1985, p. 332.

68 HR 4 maart 1938, ECLI:NL:HR:1938:262, *NJ* 1938/948, m.nt. P. Scholten (*AVRO/BUMA*).

69 HR 22 maart 1957, ECLI:NL:HR:1957:33, *NJ* 1958/478 (*Van 't Hooft/Coca Cola*).

70 HR 1 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1899, *NJ* 1996/510, m.nt. D.W.F. Verkade (*Intres/Walt Disney*).

71 Sub 6.2 Conclusie A-G Verkade, ECLI:NL:PHR:2005:AS5238 bij HR 15 april 2005, *NJ* 2006/55, m.nt. Ch. Gielen (*Euromedica/Merck*).

72 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1703, *NJ* 2011/373 (*Thuisopie/Heldt*), r.o. 3.6.3; HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA2788, *NJ* 2015/112, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Tirion/Cruiff*), r.o. 3.8. Zie voor uitspraken van voor die datum bijv. HR 19 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO0903, *NJ* 2007/585, m.nt. P. Vlas (*Philips/Postech*), r.o. 3.4.3.

73 HR 4 maart 1938, ECLI:NL:HR:1938:262, *NJ* 1938/948, m.nt. P. Scholten (*AVRO/BUMA*); HR 3 januari 1964, ECLI:NL:HR:1964:13, *NJ* 1964/445, m.nt. G.J. Scholten (*Lexington*), p. 1157. Zie hierover ook Conclusie A-G Huydecoper, ECLI:NL:PHR:2010:BM0140 bij HR 4 juni 2010, *RvdW* 2010/708.

praktisch nut. Zolang het bevel een voorlopige variant van het bevel in een bodemprocedure is, moet zij wel naar die remedie worden gericht en een te vrijblijvende formulering draagt het risico in zich dat een bevel wordt afgegeven dat slecht strookt met de materieelrechtelijke verhouding tussen partijen.

Zolang het niet gaat om een bevel dat als ‘procesordenende voorziening’ moet worden aangemerkt, moet over het bevel in kort geding niet te makkelijk worden gedacht. Ten eerste geldt dat de afwegingen van de voorzieningenrechter in hoger beroep wel controleerbaar moeten blijven⁷⁴ en dat wordt bij een belangenafweging moeilijker dan bij een materieelrechtelijke toets. Ten tweede spreekt de voorzieningenrechter weliswaar ordemaatregelen uit, maar *de facto* gaat van het kort geding steeds meer een definitiverende werking uit: partijen schikken steeds vaker op basis van het voorlopig oordeel.⁷⁵ Is het verbod bijvoorbeeld te ruim, dan zou worden geschikt op basis van een onvolledig en onvoldoende in het recht gegrond beeld. En dat raakt behalve aan de voorspelbaarheid vooral ook aan de materiële rechtszekerheid: de gedaagde kan er niet op rekenen dat hij zal krijgen wat het recht hem beloofde.

3.3.2.4 NEVENVORDERINGEN

Tot slot lijkt de eis in het IE-recht in het verleden nogal eens los te zijn gelaten. Naast een vordering tot het staken en gestaakt houden van inbreuk, stellen rechtgehebbenden doorgaans ook enkele zogenoemde nevenvorderingen in.⁷⁶ Nevenvorderingen zien bijvoorbeeld op de vernietiging van de inbreukmakende goederen, het doen van opgave van toeleveranciers of afnemers, of een ‘recall’-bevel.⁷⁷ De meeste van die nevenvorderingen zijn inmiddels gecodificeerd, maar het feit dat ze nog altijd worden toegewezen in gevallen waar geen wettelijke basis is aan te wijzen trekt de overeenstemmingseis wel in twijfel.

Aanvankelijk leek de Hoge Raad ook bij zulke nevenvorderingen de overeenstemmingseis te volgen. In *Chloe/Peeters* had het hof een vordering tot opgave van namen en adressen van toeleveranciers van inbreukmakende producten afgevoerd omdat daartoe geen rechtsplicht bestond. Zowel A-G Asser als de Hoge Raad kon zich hierin vinden: het was onvoldoende duidelijk geworden waarom Peeters opgave zou moeten doen.⁷⁸ Twee jaar later oordeelde de Hoge Raad in *SKF/Hameco* echter dat voor toewijzing van een dergelijke vordering geen onrechtmatig handelen vereist is. Hameco klaagde over de toewijzing van de nevenvordering tot verstrekking van een lijst met namen en adressen van afnemers aan SKF omdat het hof niet eerst had vastgesteld dat daar een rechtsplicht toe bestond. De Hoge Raad reageerde afwijzend:

“Het onderdeel faalt, omdat voor zulk een veroordeling zulk een onrechtmatig handelen jegens SKF niet vereist was. De rechter kan op vordering van degene jegens wie een onrechtmatige daad is gepleegd, naast een veroordeling om zaken door middel waarvan de onrechtmatige daad

74 HR 4 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0986, *NJ* 1993/659, m.nt. D.W.F. Verkade, r.o. 3.4.

75 Deurvorst 1994, p. 126 e.v. Zie hiervoor ook § 3.2.2.2.

76 Van Nispen 1978, p. 349.

77 Gielen 2017, p. 740-744.

78 HR 27 november 1988, ECLI:NL:HR:1987:AD0091, *NJ* 1988/722, m.nt. D.W.F. Verkade (*Chloé/Peeters*). Waarbij overigens alleen de A-G expliciet wees op de noodzaak van een rechtsplicht.

is gepleegd van afnemers terug te nemen, de aansprakelijke persoon veroordelen op een door de rechter te bepalen wijze een lijst van afnemers van die zaken te verstrekken. Zulks vormt, zoals het hof het uitdrukt, een deugdelijk middel om na te gaan of gedaagde aan de veroordeling de zaken terug te nemen voldoet en daarmee een aanvaardbaar zijdelings middel om nakoming van deze veroordeling te verzekeren.⁷⁹

Hiermee lijkt de Hoge Raad een algemene bevoegdheid van de rechter te creëren nevenvorderingen toe te wijzen om nakoming van de veroordeling te verzekeren. Inmiddels gebeurt dat in het IE-recht op grond van een expliciete wettelijke basis,⁸⁰ maar daarbuiten gebeurt het nog altijd op basis van deze rechtspraak.⁸¹

Van Nispen betoogt dat dit geen probleem is. Volgens hem *hoeven* nevenvorderingen ook niet te stoen op een rechtsplicht, omdat zij gerechtvaardigd worden door de behoefte executiegeschillen te voorkomen.⁸² Hij onderschrijft weliswaar dat het afgeven van namen en adressen van leveranciers of afnemers soms (onnodig) schadelijk kan zijn voor de inbreukmakende partij, maar ziet dat liever opgelost door de informatie aan een onafhankelijke derde te verschaffen.⁸³ Dat is op zichzelf een pragmatische oplossing, maar lost dat probleem alleen op voor deze specifieke nevenvordering. Bij andere nevenvorderingen zijn andere problemen denkbaar. Gevolg zou zijn dat een lappendeken aan oplossingen nodig is om dit probleem te ondervangen. De rechtszekerheid is daar nu niet bepaald mee gediend en de overeenstemmingseis wordt nog steeds geweld aangedaan.

Dat betekent uiteraard niet dat de bevelen die nu als ‘nevenvorderingen’ worden toegewezen, met een goede redenering niet als ‘hoofdvoeding’ toegewezen zouden kunnen worden. Zoals A-G Asser in zowel *Chloe/Peeters* als *SKG/Hameco* laat zien, is het in veel gevallen heel goed mogelijk een *rechtsplicht* te vinden om goederen af te geven, namen te verstrekken of producten te vernietigen.⁸⁴ Ook hier geldt weer dat dat soms zal lukken en soms niet. Lukt dat, dan is er niets mis met de toewijzing van de vordering. Lukt dat niet, dan is het blijkbaar het goed recht van de inbreukmaker om goederen niet af te geven, niet te vernietigen, of niet zijn leveranciers en afnemers te noemen.

Het feit dat de meeste nevenvorderingen in het IE-recht inmiddels van een wettelijke basis zijn voorzien, is veelzeggend. Ook hier moet gelden dat de veroordeling wel een wettelijke grondslag moet bieden. Artikel 3:296 BW kan die

79 HR 23 februari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1044, *NJ* 1990/664, m.nt. D.W.F. Verkade (*SKF/Hameco*).

80 Zie bijvoorbeeld: art. 2.22 lid 7 en 3.18 lid 7 BVIE; art. 70 leden 7 en 12 ROW, art. 70 leden 8 en 12 ZPW 2005; art. 28 leden 1 en 10 Aw; art. 17 lid 1 en art. 18a WNR. Dat lijkt uiteraard evengoed in strijd met de overeenstemmingseis omdat het een vorderingsrecht is zonder dat expliciet een recht of plicht is gecreëerd. Ten aanzien van door de wetgever gecreëerde nevenvorderingen zou echter nog wel kunnen worden betoogd dat – het adagium *ubi ius ibi remedium* omkerende – als de wetgever een remedie creëert, eveneens een recht ontstaat. De creatie van een dergelijk recht door de wetgever is makkelijker te aanvaarden omdat het democratisch mandaat van de wetgever die creatie rechtvaardigt.

81 Zie bijv. t.a.v. laster op websites gehost door een provider: Rb. Amsterdam 25 april 2002, ECLI:NL:RBAMS:2002:AE1935 (*Deutsche Bahn/XS4ALL*); HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4019, *NJ* 2009/550, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Lycos/Pessers*). T.a.v. nauwe met IE-recht verbonden onrechtmatige gedragingen: oneerlijke mededinging door vergelijkende reclame: Rb. Haarlem 3 mei 2002, ECLI:NL:HR:RBHAA:2002:AE2465 (*KPN/Pretium*); Rb. Den Haag 8 november 2016, ECLI:NL:RBHDHA:2016:13311 (*Natuurlijk beter leven & Aliter Cura/X*); slaafse nabootsing: Rb. Den Bosch 2 mei 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AX0691 (*Inter Shop/Free Time Products c.s.*).

82 Van Nispen 1978, p. 353.

83 Van Nispen 1978, p. 351-352.

84 Sub 2.6-2.9 en 2.17-2.18 Conclusie A-G Asser ECLI:NL:PHR:1990:AD1044 bij HR 23 februari 1990, *NJ* 1990/664, m.nt. D.W.F. Verkade (*SKF/Hameco*); Sub 2.14-2.15 en 3.5 Conclusie A-G Asser ECLI:NL:PHR:1987:AD0091 bij HR 27 november 1988, *NJ* 1988/722, m.nt. D.W.F. Verkade (*Chloë/Peeters*).

grondslag bieden, maar dan moet wel naar een zekere rechtsplicht worden gezocht. Gebeurt dat niet, dan lijkt voor een ‘nevenvordering’ alleen plaats als daar een andere grondslag voor kan worden gevonden.

3.4 Het bevel als relatieve remedie in theorie en praktijk

Het samenspel van de hiervoor besproken regels omtrent het rechterlijk bevel vertelt ons veel over de aard van de remedie. Het Nederlandse recht hanteert als uitgangspunt dat een recht op toewijzing van het bevel ontstaat (§3.2), maar verbindt daaraan de consequentie dat het bevel zich niet verder uit mag strekken dan de rechtsplicht die gedaagde jegens eiser heeft (§ 3.3). Voor nadere belangenafwegingen is weinig plaats. Het publiek belang speelt alleen via artikel 6:168 BW een rol en een private belangenafweging kan ofwel (a) alleen in kort geding worden uitgevoerd, en dan uitsluitend ter *afwijzing* van het bevel, ofwel (b) alleen worden uitgevoerd met inachtneming van de hoge drempel van misbruik van recht. Afwijking van de eis dat het bevel moet overeenstemmen met de onderliggende rechtsplicht wordt alleen in uitzonderingsgevallen toegestaan en in die gevallen is de rechtvaardiging daarvoor ook nog eens twijfelachtig.

Hieronder zal ik eerst betogen dat de in het schadevergoedingsrecht ontwikkelde relativiteitsgedachte het samenspel van het recht op nakoming en de overeenstemmingseis goed kan verklaren (§ 3.4.1). Vervolgens laat ik aan de hand van enkele casustypes zien welk praktisch nut deze benadering kan hebben in moeilijke gevallen (§ 3.4.2). Conclusie is dat het bevel als nakomingsremedie een cruciale rol te spelen heeft binnen een normcentrisch en relationeel remedie-recht, dat zowel het recht op nakoming als de overeenstemmingseis daar goed bij passen en dat de nuanceringen die de Hoge Raad op die regels aan lijkt te brengen met enig wantrouwen moeten worden bekeken (§ 3.5).

3.4.1 *De relativiteit van het bevel*

Hiervoor kwam al aan de orde dat de relativiteit een bredere rol in het delictuele aansprakelijkheidsrecht te spelen heeft.⁸⁵ De idee dat het bevel nooit verder mag strekken dan waar het materiële recht de gedaagde toe verplichtte is daar een uiting van. Hieronder ga ik nader in op welke functie de relativiteitsgedachte heeft bij het bevel. Daarbij betoog ik eerst dat ze ook een belangrijke rol te spelen heeft bij de formulering van het bevel (§ 3.4.1.1) en vervolgens dat ze een goede verklaring biedt voor het samenspel van de aanspraakregel en de overeenstemmingseis (§ 3.4.1.2).

3.4.1.1 RELATIVITEIT BIJ HET RECHTERLIJK BEVEL

Toepassing van het relativiteitsvereiste in het schadevergoedingsrecht draait in de kern om het relateren van een geschonden norm aan een geschaad belang.⁸⁶ Den Hollander presenteert die exercitie als een dubbele vertaalslag: enerzijds

⁸⁵ Zie § 2.5.

⁸⁶ Zie ook: Den Hollander 2016, pp. 71-86; Van den Berge 2017, p. 46-48; Lindenbergh 2007.

moet het concrete gedrag aangemerkt worden als normschending (van concreet naar normatief), anderzijds moet bekeken worden of het geschade belang de concreet geleden schade dekt (van normatief naar concreet). Praktisch levert dit drie redeneerstappen op. Eerst moet bekeken worden of het concreet vertoonde gedrag aangemerkt kan worden als een normschending. Dat is een 'normatieve' of 'juridische' kwalificatie van het gedrag. Ten tweede moet worden nagegaan welke belangen door de geschonden norm worden beschermd. Alleen als de belangen van de eiser worden beschermd door de geschonden norm zal schadevergoeding toewijsbaar zijn. Dat is het zoeken naar een normatief verband. Ten derde moet bekeken worden welke concreet geleden schade daaronder valt. Er wordt een bedrag geplakt op dat geschonden belang.⁸⁷ Dat is een concretisering van het geschonden belang.⁸⁸

Deze drie stappen zijn een gedetailleerde uitwerking van de werking van het relativiteitsvereiste bij schadevergoeding, maar zoals hiervoor is betoogd is er goede reden de meer algemene relativiteitsgedachte uit te breiden naar de andere remedies.⁸⁹ Het is alleen de vraag hoe dat zou moeten. Toepassing van deze gedachte bij bevel en verbod blijft tot nu toe onderbelicht⁹⁰ en op het eerste gezicht lijkt die toepassing lastig omdat voor het afgeven van een bevel of verbod niet is vereist dat schade al is ingetreden of dreigt in te treden, terwijl schade toch een belangrijk onderdeel is van (het schadegebonden element van) het relativiteitsvereiste.⁹¹

De focus op schade miskent echter dat het relativiteitsvereiste dat we doorgaans in werking zien slechts een concretisering van de meer algemene gedachte voor één specifieke remedie is: de schadevergoeding. De vertaalslagen die daarbij gemaakt worden, kunnen simpelweg niet toegepast worden op de verbodsactie. Schade is namelijk niet altijd een element van rechtsplichten.⁹² Zo zijn gevallen denkbaar waarin geen concrete vermogensschade valt te vrezen, maar toch een verbod toewijsbaar is, zoals in het geval dat ik dagelijks over het land van een ander loop. In andere gevallen is dreiging van schade wel een onmisbaar element van de rechtsplicht, maar ook daar is schade geen vereiste van de remedie. Het open laten staan van een kelderluik is op zichzelf niet onrechtmatig, maar wel als daarmee een risico ontstaat dat anderen daardoor schade kunnen lijden.⁹³ De mate van waarschijnlijkheid dat schade zal intreden, is daarmee van belang voor de vraag of een rechtsplicht aangenomen moet worden, maar niet voor toewijzing van de bevelsremedie.⁹⁴

Toch heeft de relativiteit wel degelijk een rol te spelen bij het bevel. Ook hier is immers de vraag of een normatieve brug geslagen kan worden tussen gerech-

87 In de Angelsaksische literatuur over dit onderwerp wordt de schadevergoeding ook wel 'the next best thing' genoemd. Zie Stevens 2007, p. 59; Stevens 2012, p. 145.

88 De drie stappen zijn met name inzichtelijk gemaakt met de grafische weergave in Den Hollander 2016, p. 82.

89 Zie hiervoor § 1.3.1 & § 2.5.

90 Zie voor eenzelfde constatering: Bleeker 2017.

91 Alleen een dreiging van schending van de rechtsplicht en voldoende belang bij naleving zijn vereist, zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/153; vgl. TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 895; Bleeker 2018b, par. 3.1.

92 Bleeker 2018a, p. 8-10.

93 HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*).

94 Dat onderscheid is belangrijk omdat hiermee duidelijk wordt dat de algemene criteria aangaande dreiging slechts zien op de dreiging dat de rechtsplicht zal worden geschonden. De criteria voor het vaststellen van het vereiste verband tussen gedrag en schade, daarentegen, kunnen per norm verschillen. Dat maakt dat, bijvoorbeeld bij zorgverplichtingen, ruimhartiger kan worden omgegaan met dit verband als de mogelijke schade van ingrijpend aard is. Zie De Jong 2016, p. 99, 102.

tigde en verplichte die een veroordeling van die laatste rechtvaardigt. Dat leidt ertoe dat, als eenmaal vastgesteld is dat een rechtsplicht bestaat die dreigt geschonden te worden, de vraag moet worden gesteld of (a) de verplichte nakoming verschuldigd was *jegens* deze gerechtigde en, zo ja, (b) *waartoe* de verplichte dan precies gehouden was. Het antwoord op deze vraag hangt ervan af of de gerechtigde een privaatrechtelijk relevant belang heeft dat bij schending in het gedrang zou komen.⁹⁵ Uit *Duwbak Linda* is bekend dat voor toewijzing van schadevergoeding vereist is dat de norm beoogt (i) dit slachtoffer te beschermen (ii) tegen deze schade (iii) geleden op deze wijze.⁹⁶ Voor het afgeven van een bevel of verbod is dan vereist dat de norm (i) deze eiser beoogt te beschermen in (ii) het in gedrang komende belang tegen (iii) de schending zoals die dreigt.⁹⁷ Als aan die eisen is voldaan, ligt het enerzijds volledig in de rede om een bevel toe te wijzen (de aanspraakregel), maar dan wel alleen voor zover de plicht zich daartoe uitstrekt (de overeenstemmingseis).

Een goed voorbeeld is de zaak *Pharmacia/Cosmétique II*. *Cosmétique* bracht een haargroeimiddel (Dercos) met de werkzame stof Aminexil op de markt. *Pharmacia* meende – naar uiteindelijk bleek: terecht⁹⁸ – dat dit product op grond van de Wet op de Geneesmiddelenvoorziening (WGV) als geneesmiddel geregistreerd had moeten worden en vorderde naast schadevergoeding (i) een verbod op het verhandelen van Dercos en (ii) een algeheel verbod op het verhandelen van producten met Aminexil zonder voorafgaande registratie. Het hof wees het ruime verbod af omdat de bepalingen van de WGV strekken tot bescherming van de volksgezondheid en niet tot bescherming van producenten of handelaren in geneesmiddelen tegen oneerlijke concurrentie.⁹⁹ Het specifieke verbod werd toegevoegd omdat, geheel conform de correctie-Langemeijer,¹⁰⁰ de WGV wel bijdroeg aan een zorgplicht jegens de concurrent en de rechter die ten aanzien van het product Dercos aanwezig en geschonden achtte.¹⁰¹ Ook hier zorgt het relativiteitsvereiste er dus voor dat een privaatrechtelijke remedie alleen kan worden verkregen voor zover deze eiser daar recht op heeft.

3.4.1.2 DE AANSPRAAK EN OVEREENSTEMMINGSEIS ALS UITVLOEISEL VAN RELATIVITEIT BIJ BEVEL EN VERBOD

Wordt geaccepteerd dat relativiteit een rol heeft te spelen bij bevel en verbod en wordt geaccepteerd dat het daarbij gaat om het verbinden van recht en plicht in één normatieve exercitie, dan wordt duidelijker waarom het Nederlandse recht

95 Zie Van Nispen 1978, p. 172 die dit vereiste nadrukkelijk niet onder wat nu artikel 3:303 BW is wil scharen, maar het enkel ziet als een uitwerking van de relativiteit. Zie voor dat eerste punt ook Van Nispen 2018, p. 30-33.

96 Vgl. HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:A07808, *NJ* 2006/28, m.nt. Jac. Hijma (*Duwbak Linda*).

97 De laatste van deze drie eisen is in de conclusie van Advocaten-Generaal Langemeijer en Wissink nadrukkelijk niet opgenomen, zie Conclusie Plv. P-G F.F. Langemeijer & A-G M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2019:887 bij HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*), para. 2.8 & 4.243.

98 Zie HR 8 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8178, *NJ* 2003/706, m.nt. G.R.J. de Groot (*Pharmacia/Cosmétique I*).

99 Zie r.o. 3.3 eindarrest hof onder HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, *NJ* 2009/485, m.nt. M.R. Mok (*Pharmacia/Cosmétique II*).

100 HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, *NJ* 1961/568 (*Beukers/Dorenbos*).

101 Zie r.o. 22 tussenarrest hof en r.o. 3.3 eindarrest hof onder HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, *NJ* 2009/485 (*Pharmacia/Cosmétique II*). De Hoge Raad laat zich niet expliciet uit over de omvang van het verbod, maar gelet op het feit dat hij het oordeel van het hof over het relativiteitsvereiste in stand hield, is denkbaar dat deze benadering juist was.

een *aanspraak* op een bevel kent en daaraan de eis verbindt dat het bevel overeenstemt met de rechtsplicht die op gedaagde rust.

De relativiteitsgedachte eist dat een ‘normatieve’ brug wordt geslagen tussen de rechten van de eiser en de plichten van gedaagde. Daar waar gezegd kan worden dat de gedaagde een plicht heeft *jegens* deze eiser, ligt een actie in de rede. Waar dat in een *ex post* situatie betekent dat een eiser een aanspraak verwerft op vergoeding van bepaalde schade, betekent dat bij het bevel dat hij een aanspraak verwerft op een bevel van bepaalde omvang. In beide gevallen wordt de omvang van de remedie gedicteerd door de onderliggende norm. Bij de schadevergoeding betekent dat, dat moet worden gezocht tegen welke schade de norm beoogde te beschermen. Bij het bevel betekent dat, dat moet worden gezocht tot welk gedrag de gedaagde *jegens eiser* wel verplicht was en tot welk gedrag niet meer. De privaatrechtelijke remedie kan de gedaagde nooit tot méér verplichten dan waartoe hij *jegens eiser* verplicht was.

Vandaar ook dat een bevel in kort geding dat vooruitloopt op de bodemprocedure en een bevel dat ziet op een rechtmatige schakel in een onrechtmatige keten met enige argwaan moeten worden bekeken. Toewijzing van dat soort bevelen raakt aan de fundamenten van deze remedie. Een bevel is een behoorlijk ingrijpende remedie waar de eiser ook nog eens aanspraak op kan maken. Het past dan wel dat zorgvuldig wordt gezocht naar wat partijen over en weer *jegens* elkaar verplicht zijn en dat het bevel niet verder gaat dan dat. Als, zoals in *Maxis/Boekhandelaren* de verdenking bestaat dat het gedrag een schakel vormt in een keten van onrechtmatig gedrag, dan is het toch echt aan de eiser dit te bewijzen. Zou dat niet zo zijn, dan zou degene die toevallig gedaagd is tot meer verplicht worden dan degene die dat niet is – en daar verzetten relativiteit, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid zich tegen.

3.4.2 *Het praktisch belang van aanspraak en overeenstemmingseis*

Behalve dat de combinatie van aanspraak en overeenstemmingseis dogmatisch goed te plaatsen zijn, zijn zij ook van praktisch belang. Het volgen van beide regels maakt immers veel duidelijker waar de gedaagde toe zal worden verplicht. In de feitenrechtspraak worden die regels echter niet altijd even goed toegepast. Het contrasteren van de goede en minder goede toepassingen maakt hopelijk inzichtelijk wat kan worden gewonnen met een nadrukkelijke toepassing van de overeenstemmingseis. Hier volgt een greep uit de rechtspraak ten aanzien van zakelijke acties (§ 3.4.2.1), gebiedsverboden (§ 3.4.2.2), en publicatieverboden (§ 3.4.2.3).

3.4.2.1 ZAKELIJKE ACTIES

Verboden gestoeld op zakelijke rechten – op absolute rechten in het algemeen, eigenlijk – komen veel voor en worden vaak keurig toegewezen in overeenstem-

ming met de onderliggende rechtsplicht.¹⁰² Slechts in één categorie gevallen wordt de overeenstemmingseis niet zorgvuldig gevolgd en worden vreemde resultaten bereikt: het ontruimingsbevel van een gehuurd pand in kort geding.

Als een huurder de overeenkomst schendt, kan de verhuurder ontbinding vorderen. Anders dan bij de ontbinding van andere overeenkomsten, kan de huurovereenkomst niet buitengerechtelijk worden ontbonden.¹⁰³ Dat kan ook niet in kort geding, aangezien de voorzieningenrechter geen constitutieve vonnissen mag uitspreken.¹⁰⁴ Resultaat is dat ook na dat kortgedingvonnis gewoon een huurovereenkomst bestaat en de huurder dus het recht heeft in het gehuurde te verblijven. Toch wijzen voorzieningenrechters niet zelden een ontruimingsvordering in kort geding toe op grond van het eigendomsrecht van de verhuurder.¹⁰⁵ Ten onrechte, want de ontbinding is nog niet uitgesproken en zal wellicht nooit uitgesproken worden. Van Schaick stelt dat de kortgedingrechter daarom moet beoordelen ‘of het überhaupt zal komen tot een procedure voor de bodemrechter waarin een vordering tot ontbinding wordt ingesteld respectievelijk wordt toegewezen.’¹⁰⁶ Gelet op het constitutieve karakter van de uitspraak in de bodemprocedure lijkt zelfs dat echter nog onvoldoende: totdat die uitspraak er ligt, is het verblijf simpelweg niet onrechtmatig.

Natuurlijk zijn gevallen denkbaar waarin het noodzakelijk is dat de huurder de woning verlaat, bijvoorbeeld omdat hij daar een wietplantage heeft of andere huurders lastigvalt. In dat soort gevallen zal het mogelijk zijn een rechtsplicht te vinden zich niet meer in het pand te begeven.¹⁰⁷ Dat is minder ingrijpend dan een ontruimingsbevel, omdat de huurder niet direct al zijn spullen hoeft te pakken. Behalve dat het bevel een beperktere omvang heeft, zal een dergelijk bevel ook minder snel afgegeven worden; een rechtsplicht het pand te verlaten zal soms best gevonden kunnen worden, maar niet in alle gevallen waarin nu ontruimingsvonnissen worden uitgesproken. Dat legt de door Van Schaick geconstateerde praktijk enigszins aan banden en zorgt ervoor dat het uiteindelijke oordeel van de rechter op een zorgvuldigere, beter voorzienbare en vooral transparante vaststelling van rechten en plichten over en weer gestoeld wordt.

3.4.2.2 GEBIEDSVERBODEN

Voorzieningenrechters in de jaren ‘70 en ‘80 waren bereid de pleger van (seksuele) intimidatie uit preventie-overwegingen de toegang tot bepaalde gebieden te ontzeggen.¹⁰⁸ In het licht van slachtofferbescherming is dat wenselijk: hoe verder

102 Zie bijv.: HR 29 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1116, *NJ* 1994/107 (*Van Loon/Blaauwbroek (Kraaiende Hanen)*); Rb. Dordrecht 11 juli 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BX3998; Hof ‘s-Hertogenbosch 16 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2165; Hof ‘s-Hertogenbosch 23 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2278; Rb. Overijssel 5 augustus 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3055; Hof Arnhem-Leeuwarden 1 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8789.

103 Art. 7:231 BW.

104 Hugenholtz/Heemskerk 2021, p. 211-212.

105 Van Schaick 2016, p. 331, vn. 17 en de rechtspraak daar aangehaald.

106 *Ibid.*

107 Zoals het Hof ‘s-Hertogenbosch – kennelijk toevallig, aangezien het (ten onrechte, zie § 3.2.2.2 & 3.3.2.3) van oordeel was dat art. 3:296 BW in kort geding geen toepassing vond – deed in: Hof ‘s-Hertogenbosch 4 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:602, r.o. 4.6.

108 Zie bijv. Rb. Amsterdam 1 november 1984, ECLI:NL:RBARN:1984:AH0497, *KG* 1984/336; Pres. Rb. Amsterdam 12 juli 1984, ECLI:NL:RBAMS:1984:AH0372, *KG* 1984/211; Pres. Rb. Amsterdam 11 oktober 1984, ECLI:NL:RBAMS:1984:AH0470, *KG* 1984/309.

de pleger van het slachtoffer vandaan bleef, des te kleiner de kans op recidive. In 1985 accepteerde de Hoge Raad de mogelijkheid gebiedsverboden op te leggen in kort geding, maar alleen in die gevallen waarin van de gedaagde gezegd kan worden dat hij *verplicht* was de eiseres te behoeden voor contact.¹⁰⁹ In die context lijkt dat een hele onsympathieke houding: waarom zou de pleger niet per definitie kunnen worden verboden in de buurt van het slachtoffer te komen? Toch is het vasthouden aan de overeenstemmingseis van de Hoge Raad bij gebiedsverboden een goede zet. In gevallen van seksueel misbruik of intimidatie zal zo'n mijdingsplicht vrijwel altijd kunnen worden aangenomen. Het lijkt weinig vergezocht dat de pleger van misbruik een ongeschreven plicht heeft het slachtoffer de ruimte te geven op eigen voorwaarden het contact te zoeken of niet. Dit soort verboden zullen ook bij hantering van de eis eenvoudig kunnen worden toegewezen. Daarbuiten kan ze echter wel de nodige nuance aanbrengen doordat ze de rechter dwingt te vragen of de gedaagde ook echt verplicht is het gevorderde gedrag te vertonen.

Een goed voorbeeld is een geschil dat speelde voor de Rechtbank Den Haag.¹¹⁰ De Stichting Welzijn voor Moslims in Nederland vorderde dat een imam met wie zij gebrouilleerd was de toegang tot de moskee werd verboden *en* werd verboden om zich binnen een straal van 500 meter rondom die moskee te begeven. De Rechtbank wees de eerste vordering toe, maar de tweede af. Dat is ook juist: alleen ten aanzien van het eerste verbod kon een rechtsplicht (respecteren van het eigendomsrecht) gevonden worden.¹¹¹ Een ander voorbeeld, met omgekeerd resultaat, is een zaak uit 2017 waar een buurvrouw werd verboden honden in haar huis te hebben. Zij had eerder een hond gehad die het buurmeisje had aangevallen. Gelet op het feit dat de confrontatie met honden het emotionele herstel van het meisje ernstig bemoeilijkte was de rechtbank van oordeel dat van eiser mocht worden verwacht dat zij geen honden in huis nam tot eiser en zijn dochter verhuisd waren.¹¹² Ook dat lijkt juist: het is niet ongebruikelijk dat wij de plicht hebben schade van anderen te beperken of herstel te bespoedigen.¹¹³

Dat steeds weer zoeken naar een rechtsplicht van gedaagde jegens eiser klinkt heel bezwaarlijk voor de rechter, maar is vaak zo lastig nog niet. Neem bijvoorbeeld het geval waarin een man die zich meerdere malen agressief had gedragen jegens het personeel van de zorginstelling waar zijn moeder verbleef. De rechtbank Rotterdam verbood hem de toegang tot een bepaald deel van een complex, maar stond hem wel toe zijn moeder te blijven bezoeken.¹¹⁴ Dat klinkt als een typische 'maatwerkveroordeling', maar dit lijkt me volledig in lijn met de gevarzettingsleer. Voor mensen die zichzelf aantoonbaar slecht in de hand hebben,

109 HR 24 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8901, NJ 1987/1, m.nt. C.J.H. Brunner & E.A. Alkema (*Gebiedsverbod*).

110 Rb. Den Haag, 19 december 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ5352 (*Stichting Welzijn voor Moslims in Nederland/Een Imam*).

111 Rb. Utrecht 26 augustus 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ6044, JHV 2009/225; Rb. Gelderland 4 augustus 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4939; Rb. Amsterdam 1 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1297.

112 Rb. Amsterdam 1 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1297 (*De hond van de bureu*), r.o. 4.1.

113 Daarbij mag nog wel worden aangetekend dat het verbod zich wellicht niet hoefde uit te strekken tot *alle* honden; het houden van een poedel had het herstel van het buurmeisje wellicht niet bemoeilijkt.

114 Rb. Rotterdam 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8081 (*Stichting Ouderenhuisvesting Rotterdam/Gedaagde*).

lijkt een rechtsplicht conflictsituaties te vermijden niet moeilijk te formuleren.¹¹⁵ Kennelijk vormen zij een gevaar voor anderen en het past bij het Nederlands burgerlijk recht dat soort gevaren zo veel mogelijk te minimaliseren. Omgekeerd geldt dat degene die het slachtoffer zouden kunnen worden van dat gevaar ervan uit moeten kunnen gaan dat hen niets aangedaan wordt. 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. Gelet op het feit dat het vaak zo lastig niet is zo'n plicht te formuleren, verdient het aanbeveling dat steeds te doen.¹¹⁶

3.4.2.3 PUBLICATIEVERBOD

Als iemand op een of andere manier onrechtmatig over een ander gepubliceerd heeft, kan hem een rectificatiebevel en een verbod op herhaling worden opgelegd.¹¹⁷ Vaak stemmen rechtsplicht en verbod volkomen overeen.¹¹⁸ Een goed voorbeeld is de voorgenomen publicatie van een boek over het passageproces. Hendrik-Jan Kortterink had enkele getuigenverklaringen uit het passageproces in handen gekregen en wilde die als onderdeel van een boek over dat proces publiceren. Om de eerlijke berechting van verdachten Dino S. en Ali. A. te garanderen, vorderden de Staat en de verdachten een publicatieverbod tot zes maanden na het vonnis. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden wees het verbod toe, omdat het meende dat Kortterink verplicht was de eerlijke berechting niet te bemoeilijken.¹¹⁹ Dat lijkt volkomen terecht: het is niet onrechtmatig het boek te publiceren, maar wel in een bepaald tijdvak. Het verbod moet en mag zich dan ook niet minder ver en niet verder uitstrekken dan dat tijdvak.¹²⁰

Ook dit gaat niet altijd goed. Een voorbeeld vormt een uitspraak van de Rechtbank Arnhem van 25 februari 2005.¹²¹ Het gedaagde detectivebureau had in verschillende kranten een advertentie geplaatst waarin het een beloning van €10.000,- uitloofde voor degene die kon zeggen waar eiseres, werkzaam bij een niet bij naam genoemd advocatenkantoor, zich op een bepaalde datum en bepaald tijdstip bevond. Het detectivebureau kon (of wilde) geen reden aandragen voor zijn uitlatingen. Omdat van de advertentie 'de suggestie uitgaat dat [eiseres] in de uitoefening van het beroep van advocaat een belangrijke fout heeft gemaakt' was de voorzieningenrechter voorshands van oordeel dat gedaagde zich hiervan had

115 Voor een vergelijkbaar betoog ten aanzien van voorzorgplichten zie Van der Wiel 2017, p. 16; Van der Wiel 2007, p. 55.

116 Al gebeurt dat lang niet altijd, zie naast het hiervoor genoemde voorbeeld ook: Rb. Overijssel 4 november 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4371 en Hof Den Haag 8 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3751. In beide gevallen ging het om een contactverbod van een man die zich bedreigend had uitgelaten jegens zijn ex-partner en hun kinderen. In beide gevallen werd de beoordeling afhankelijk gemaakt van een belangenafweging alleen. Opvallend genoeg leidde dat tot toewijzing van het bevel in het geval waarin de bedreiging beperkt was gebleven tot verbale bedreiging (het Overijsselse vonnis) en een weigering daarvan in het geval waarin de gedaagde in het verleden strafrechtelijk veroordeeld was tot poging tot doodslag (het Haagse arrest). Nadrukkelijker afstemming op het materiële recht zou deze veroordelingen inzichtelijker en – hopelijk – consistentere maken.

117 Resp. art. 6:167 BW en art. 3:296 BW.

118 Zie bijv.: Hof Den Haag 21 november 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AF1696 (*Regionale Economische Ontwikkeling Midden-Limburg BV/Uitgeversmaatschappij de Limburger*); Rb. Den Haag 8 november 2016 ECLI:NL:RBDHA:2016:13311 (*Natuurlijk beter leven & Aliter Cura/X*).

119 Hof Arnhem-Leeuwarden 31 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8469 (*Kortterink/Staat*).

120 Voor de volledigheid: deze veroordeling moet worden onderscheiden van de typische op art. 223 Rv gestoelde of daarmee vergelijkbare veroordelingen, aangezien het hier niet draait om een maatregel ter ordening van de procedure zelf, maar een maatregel om het proces van een ander rechtmatig te laten verlopen.

121 Rb. Arnhem 25 februari 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AS8145, *NJF* 2005/155.

moeten onthouden.¹²² Naast een volkomen terecht rectificatiebevel, sprak de voorzieningenrechter een verbod uit (i) deze uitlatingen te herhalen en (ii) zich “op enigerlei andere wijze negatief of suggestief uit te laten over eiseres.”¹²³ Met dat tweede deel van het verbod wordt het bevel echter veel groter gemaakt dan wat redelijkerwijs de rechtsplicht van het detectivebureau kan zijn; waarom zou het zich niet negatief over de advocaat mogen uitlaten? Sterker nog, misschien bestaat op enig moment juist een morele plicht *wel* negatieve berichten over de advocaat te delen met het publiek.

3.5 Conclusie

In een normcentrisch en relationeel remedierecht is het bevel de centrale remedie. Om praktische redenen zal het doorgaans niet de meest gevorderde remedie zijn – vaak heeft men pas door dat een onrechtmatige daad gepleegd wordt *nadat* schade is geleden – maar in theoretisch opzicht is het de primaire remedie. Het strookt met die gedachte dat naar Nederlands recht ook een *aanspraak* op veroordeling bestaat; dat past bij de idee dat ernaar gestreefd wordt de eiser zoveel mogelijk te geven waar hij recht op heeft, namelijk naleving van de relationele norm.

Dat recht kent evenwel duidelijke grenzen. De eiser zal weliswaar altijd moeten krijgen waar hij recht op heeft, de gedaagde moet ook niet tot meer worden verplicht dan waartoe hij op basis van het materiële recht verplicht was. Het feit dat hij zijn plichten in de toekomst dreigt te schenden verplicht hem niet ineens tot meer. Het procesrecht biedt voldoende dwangmiddelen om naleving te verzekeren; een verdere inperking van de vrijheid door de gedaagde tot veel meer te verplichten dan het materiële recht doet past daar niet bij. Vandaar dat een belangrijke aanvullende regel is dat het bevel steeds in overeenstemming moet worden gebracht met de materiële plicht die op gedaagde rust.

Zorgvuldige toepassing van die overeenstemmingseis zorgt ervoor dat het toegewezen bevel of verbod is afgestemd op de rechtsplichten die uit het materiële recht volgen. Het negeren daarvan leidt ertoe dat van het uiteindelijke bevel of verbod soms niet gezegd kan worden dat het de gedaagde tot handelingen verplicht waartoe hij op grond van het materiële recht gehouden was. Dat is allereerst problematisch omdat daarmee de normatieve rechtvaardiging aan de remedie ontvalt, terwijl dat toch het doel van de juridische redenering moet zijn. Ten tweede kan het de rechtszekerheid beknellen omdat partijen in het partijdebat minder goed kunnen inschatten op grond waarvan de omvang bepaald wordt. Het vervangen van de door het recht gedreven analyse van het materiële recht door een discretionaire belangenafweging maakt het lastig voor partijen om tijdens het partijdebat hun pijlen te richten op de omvang van de remedie. En dat is behalve onnodig verwarrend ook in strijd met de structuur van het remedierecht. De remedie volgt de rechten en plichten van partijen – niet andersom.

122 Rb. Arnhem 25 februari 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AS8145, *N/JF* 2005/155, r.o. 6-7.

123 Rb. Arnhem 25 februari 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AS8145, *N/JF* 2005/155, onder ‘Beslissing.’