



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het rechterlijk bevel en verbod als remedie

Helm, J.J. van der

Citation

Helm, J. J. van der. (2023, May 16). *Het rechterlijk bevel en verbod als remedie. Burgerlijk Proces & Praktijk*. Wolters Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3618335>

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/1887/3618335>

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

Het rechterlijk bevel en verbod als remedie

Proefschrift

ter verkrijging van
de graad van doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van rector magnificus prof.dr.ir. H. Bijl,
volgens besluit van het college voor promoties
te verdedigen op dinsdag 16 mei 2023
klokke 16.15 uur
door
Joost Johannes van der Helm
geboren te Oegstgeest
in 1973

Promotores: prof. mr. H.B. Krans
prof. mr. M.H. Wissink (Rijksuniversiteit Groningen)

Promotiecommissie: prof. mr. A.G. Castermans
prof. mr. G. de Groot (Vrije Universiteit Amsterdam)
prof. mr. G. van Rijssen (Radboud Universiteit Nijmegen)
prof. mr. R.D. Vriesendorp

Voorwoord

Toen Bart Krans mij eind 2017 voorstelde een monografie te schrijven over het rechterlijk bevel en verbod, had ik het idee om een proefschrift te schrijven al enige jaren achter mij gelaten. Het schrijven van die monografie bleek zo inspirerend dat het naar meer smaakte. Dit proefschrift is daarvan het resultaat.

Wie pas aan een proefschrift begint na zijn 45e verjaardag, staat op vele schouders. In de loop van mijn leven heb ik veel mensen ontmoet van wie ik geleerd heb. Het schrijven van een proefschrift vereist toch weer nieuwe vaardigheden. Ik dank mijn promotoren Bart Krans en Mark Wissink voor hun leerzame en inspirerende begeleiding bij het schrijven van dit boek. Ik realiseer mij dat het lezen en herlezen van het manuscript een behoorlijke klus was. Ook dank ik de leden van de promotiecommissie voor de moeite die zij hebben willen nemen om het manuscript te beoordelen, en voor hun waardevolle suggesties.

Dat ik naast mijn reguliere werk een proefschrift heb kunnen schrijven dank ik mede aan de fijne werkomgeving die ik bij het gerechtshof Den Haag vind. De vraagstukken die ik daar op mijn bord krijg zetten aan tot nadenken over onderwerpen die in dit boek zijn terug te vinden. Ik hoop dat dit boek daardoor ook voor de praktijk van waarde zal zijn. Ik hoop verder dat ik in de toekomst die wisselwerking tussen praktijk en wetenschap nader kan uitdiepen. De medewerkers van de bibliotheek van het Paleis van Justitie in Den Haag dank ik voor hun praktische hulp bij het zoeken naar meer en minder goed vindbare publicaties.

Dat ik überhaupt een proefschrift heb kunnen schrijven, is in nog veel grotere mate te danken aan het feit dat ik in mijn gezin een stabiele basis vind. Daarmee prijs ik mij gelukkiger dan ik in dit voorwoord zeggen kan. Het begrip van Annette, Thijmen en Marith als ik in het weekend of in de vakanties heel vroeg uit de veren ging om mij bezig te houden met het rechterlijk bevel en verbod, is onmisbaar voor een project als dit. Maar wanneer de opdracht om tijdig naar bed te gaan wordt beantwoord met de vraag of dat ook een rechterlijk bevel is, is duidelijk het moment gekomen een punt achter het schrijfwerk te zetten.

Inhoudsopgave

1. Inleiding

1.1 Inleiding en vraagstelling

1.2 Opzet van het onderzoek

1.3 Plaats van het onderzoek

2. Plaatsbepaling en definities

2.1 Sancties, remedies en handhaving

2.2 Verbintenissen en rechtsplichten

2.3 Bevel en verbod, en hun karakter

2.4 Dwangmiddelen

2.5 Schadevoorkomingsplichten

2.6 Rechtsvorderingen

Deel 1

3. Doelen van het burgerlijk (proces)recht, toegang tot de rechter en effectieve rechtsbescherming

3.1 Inleiding

3.2 Doelen van het burgerlijk recht

3.3 Doelen van het burgerlijk procesrecht

3.4 Proportionaliteit als beginsel van burgerlijk (proces)recht?

3.5 Doelen van recht in België

3.6 Toegang tot de rechter en effectieve rechtsbescherming

3.7 Conclusie

4. Het EVRM

4.1 Inleiding

4.2 Toegang tot de rechter en de effective remedy

4.3 Remedies, procedurele en materiële aspecten

4.3.1 Het procedurele aspect

4.3.2 Het materiële aspect

4.4 Een nationaal voorbeeld als uitzondering – de redelijke termijn

4.5 *Een nationaal voorbeeld als bevestiging – schending van artikel 3 EVRM bij tenuitvoerlegging van een gevangenisstraf*

4.6 *Conclusie*

5. Het Unierecht

5.1 *Inleiding*

5.2 *Unierecht en effectieve rechtsbescherming*

5.3 *Remedies*

5.4 *Eisen die aan remedies worden gesteld*

5.5 *Recapitulatie van de eisen die uit de jurisprudentie volgen*

5.6 *Uitwerking van het proportionaliteitsvereiste*

5.7 *De aan het Unierecht zelf te ontlelen eisen – het aanbestedingsrecht als voorbeeld*

5.7.1 *Inleiding*

5.7.2 *Eisen die aan remedies worden gesteld*

5.7.3 *Toepassing in Nederland*

5.7.4 *Beoordeling effectiviteit van het rechterlijk bevel en verbod in het aanbestedingsrecht*

5.8 *De aan het Unierecht zelf te ontlelen eisen – de Richtlijn oneerlijke bedingen als voorbeeld*

5.8.1 *Inleiding*

5.8.2 *Eisen die aan remedies worden gesteld*

5.8.3 *Toepassing in Nederland*

5.8.4 *Beoordeling effectiviteit van het rechterlijk bevel en verbod bij oneerlijke bedingen*

5.9 *Preventieve remedies voorgeschreven – nog twee voorbeelden*

5.10 *Tenuitvoerlegging als Unierechtelijk vereiste*

5.11 *Conclusie*

6. De aan een effectieve remedie te stellen eisen – recapitulatie

6.1 *Inleiding*

6.2 *De aanspraak op een preventieve remedie*

6.3 *Effectiviteit van de remedie*

6.4 *Conclusie*

Deel 2

7. Het rechterlijk bevel en verbod

- 7.1 *Inleiding*
- 7.2 *Historie van het rechterlijk bevel en verbod*
 - 7.2.1 *Oplossing in schadevergoeding*
 - 7.2.2 *Sanctionering op voorhand*
- 7.3 *De eisen die artikel 3:296 BW stelt*
 - 7.3.1 *Dreigende schending van een rechtsplicht – reële dreiging vereist*
 - 7.3.2 *“Op vordering van”*
 - 7.3.3 *“Hij die jegens een ander”- algemeen*
 - 7.3.4 *“Hij die jegens een ander”- relativiteit*
 - 7.3.5 *Doel van het relativiteitsvereiste*
 - 7.3.6 *Het relativiteitsvereiste en het bevel en verbod*
 - 7.3.7 *Een andere rol voor het relativiteitsvereiste bij het rechterlijk bevel en verbod?*
 - 7.3.8 *De contractuele relativiteit en het bevel en verbod*
- 7.4 *“daartoe”- de congruentie-eis*
- 7.5 *Causaal verband*
- 7.6 *De betekenis van het begrip “voldoende belang”*
- 7.7 *Ambtshalve toetsing van het voldoende belang?*
- 7.8 *Het belang bij een bevel en verbod*
- 7.9 *Artikel 3:296 lid 2 BW- voorwaarde of tijdsbepaling*
- 7.10 *Schadevergoeding in natura*
- 7.11 *Nakoming van verbintenissen naar Belgisch recht*
- 7.12 *Wetsvoorstel voor Boek 5 ‘verbintenissen’ (België)*
- 7.13 *Voorkomen van onrechtmatig handelen naar Belgisch recht*
- 7.14 *Voorontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid (België)*
- 7.15 *Vergelijking op hoofdlijnen van de Nederlandse en de Belgische situatie*
- 7.16 *Conclusie*

8. Afwijzingsgronden

- 8.1 *Inleiding*
- 8.2 *De wet*

- 8.2.1 *Algemene wettelijke uitzonderingen*
- 8.2.2 *Zwaarwegende maatschappelijke belangen*
- 8.3 *De aard der verplichting*
- 8.4 *Rechtshandeling, afdwingbaarheid uitgesloten*
- 8.5 *Andere afwijzingsgronden en verweren*
 - 8.5.1 *Redelijkheid en billijkheid*
 - 8.5.2 *Misbruik van bevoegdheid*
 - 8.5.3 *Misbruik van recht naar Belgisch recht*
 - 8.5.4 *Rechtsverwerking*
 - 8.5.5 *Toezegging wederpartij*
 - 8.5.6 *Andere omstandigheden dan een toezegging*
 - 8.5.7 *Verval van recht*
- 8.6.1 *Verjaring*
- 8.6.2 *Implicaties voor het rechterlijk bevel en verbod – aparte verjaringsregeling nodig?*
- 8.7 *Conclusie*

9. Het verval van het bevel en verbod

- 9.1 *Inleiding*
- 9.2 *Een bevel of verbod heeft een beperkte werkingsduur*
- 9.3 *Wijziging van omstandigheden*
- 9.4 *Gevolgen bodemuitspraak*
- 9.5 *Conclusie*

Deel 3

10. De rol en de vrijheid van de rechter

- 10.1 *Inleiding*
- 10.2 *Discretionaire bevoegdheid ten aanzien van het geven van een bevel of verbod?*
 - 10.2.1 *Inleiding en hoofdregel*
 - 10.2.2 *De normering van het handelen bij een onrechtmatige daad en bij de nakomingsvordering*
 - 10.2.3 *Correctiemechanismen in de remediefase*
 - 10.2.4 *Nader over het kort geding*

- 10.2.5 Discretionaire bevoegdheid, proportionaliteit en preventie*
- 10.2.6 Discretionaire bevoegdheid in België?*
- 10.3 Het petitum*
 - 10.3.1 Gebondenheid aan het petitum*
 - 10.3.2 Uitleg van het petitum*
 - 10.3.3 Toewijzing van het mindere*
 - 10.3.4 Toewijzing van iets anders dan gevorderd*
 - 10.3.5 De congruentie-eis en de vrijheid van de rechter*
 - 10.3.6 Stelselmatigheid van het handelen en de congruentie-eis*
 - 10.3.7 Conclusie ten aanzien van het petitum*
- 10.4 Het dictum*
 - 10.4.1 Inleiding*
 - 10.4.2 De veroordeelde partij*
 - 10.4.3 De veroordeling zelf: wat moet er worden gedaan of nagelaten?*
 - 10.4.4 Een verbod in algemene termen*
 - 10.4.5 Verbod in algemene termen, tussenconclusie*
- 10.5 Uitleg van het dictum*
- 10.6 Executiegeschil*
- 10.7 De vrijheid van de rechter en het Unierecht*
- 10.8 Conclusie*

11. Onmogelijkheid

- 11.1 Inleiding*
- 11.2 Definitie van onmogelijkheid*
- 11.3 Vormen van onmogelijkheid*
- 11.4 Gevolgen van onmogelijkheid naar Belgisch recht*
- 11.5 Bewijslast onmogelijkheid*
- 11.6 Relatie met overmacht*
- 11.7 Onmogelijkheid en garantie*
- 11.8 Gevolgen voor het bevel en verbod*
- 11.9 De effectiviteit van de remedie en de reële executie*
- 11.10 De effectiviteit van de remedie en het voorkomen van onmogelijkheid*

11.11 Conclusie

12. De rol van het rechterlijk bevel en verbod bij een collectieve actie tegen de overheid

12.1 Inleiding

12.2 Het belang van het rechterlijk bevel en verbod bij collectieve acties

12.3 Groepsacties en algemeen belang-acties

12.4 De algemeen belang-actie nader beschouwd

12.5 De ontwikkeling van de algemeen belang-actie in de jurisprudentie

12.6 Behartiging van gelijksoortige belangen

12.7 De bijzondere positie van de overheid bij bevel- en verbodsacties

12.8 Wat betekent het bestaan van beleidsruimte voor het bevel en verbod?

12.9 Het wetgevingsbevel

12.10 Conclusie

13. Conclusie

13.1 Inleiding

13.2 Het recht op een preventieve remedie

13.3 De eisen die aan een effectieve remedie moeten worden gesteld

13.4 Voldoen het rechterlijk bevel en verbod?

13.5 Ruimte voor verbetering en nader onderzoek?

13.6 Conclusie

Summary

Lijst van gebruikte literatuur

Lijst van gebruikte jurisprudentie

Trefwoordenregister

Curriculum Vitae

1. Inleiding

1.1 Inleiding en vraagstelling

1. Dit boek gaat over dingen die onbetaalbaar zijn. Voor de een is dat zijn ongestoorde nachtrust, voor de ander de reguliere nakoming van een verbintenis uit overeenkomst en voor weer een ander de bescherming van het klimaat. Schending van de daartoe strekkende rechten is soms onherstelbaar, terwijl vergoeding van de door die schending geleden schade niet altijd mogelijk en vrijwel steeds suboptimaal is. Soms wordt er bovendien geen (individuele) schade geleden door bepaald gedrag, kan de schade niet worden bepaald of kan het causaal verband tussen de onrechtmatige daad en de schade niet worden vastgesteld, terwijl dat gedrag toch moet worden voorkomen.¹ Een te hoge landelijke uitstoot van CO₂ leidt op korte termijn niet op individueel niveau tot schade, maar op lange termijn tot onherstelbare collectieve schade. Een persoon die zijn ex-partner op onrechtmatige wijze met e-mails of appjes belaaft, veroorzaakt in de regel geen eenvoudig te begroten schade, maar dat gedrag moet toch worden voorkomen. Het recht dient er, met andere woorden, niet alleen op macroniveau, maar ook op microniveau in te voorzien dat schade wordt voorkomen in plaats van vergoed. De tot die voorkoming strekkende plicht wordt ook wel aangeduid als schadevoorkomingsplicht.²

2. Die schadevoorkomingsplicht is vanzelfsprekend niet nieuw. Het uitgangspunt dat overeenkomsten moeten worden nagekomen en dat aan een ander geen schade mag worden toegebracht is zo oud als de weg naar Rome.³ Dat uitgangspunt hangt nauw samen met het gegeven dat in Nederland inmiddels aanvaard is dat niet alles te koop is of behoort te zijn.⁴ Een schuldenaar kan naar Nederlands recht niet naar believen bepalen of hij een verbintenis nakomt of liever niet nakomt en vervolgens de schade vergoedt.⁵ Het staat een persoon die onrechtmatig wil handelen evenmin vrij dat naar believen te doen mits hij de schade die van zijn handelen het gevolg is, maar vergoedt. In artikel 3:296 BW is dit tot uitdrukking gebracht met de hoofdregel dat 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, wordt veroordeeld.⁶

3. Dat in het Nederlandse recht nakoming voorop staat en dat een persoon zou kunnen worden veroordeeld tot die nakoming, of dat hem op voorhand iets zou kunnen worden verboden, is toch niet altijd vanzelfsprekend geweest.⁷ In het tot 1992 geldende Burgerlijk Wetboek was niet voorzien in een regeling zoals thans neergelegd in artikel 3:296 BW. Sterker nog, onder het oude recht gold volgens artikel 1275 BW (oud) dat alle verbintenissen om iets te doen, of niet te doen, ‘worden opgelost in vergoeding van kosten, schaden en interessen, ingeval de schuldenaar niet aan zijn verplichting voldoet’. Hoewel de toepassing van dat artikel zich in de loop der tijd heeft ontwikkeld, gold het lange

¹ Vgl. Van Dam 2015, p. 19.

² De term schadevoorkomingsplicht is gemunt door Keirse. Zie Keirse 2009 en Keirse 2017.

³ Zie over de grenzen van het recht op nakoming Haas 2009.

⁴ Aldus reeds Van Nispen 1978, p. 20 en p. 302 en Van Nispen 2018/8.

⁵ Zie bijvoorbeeld PG Boek 6, p. 307: ‘Zolang volledige en behoorlijke nakoming mogelijk is, behoeft de schuldeiser met iets anders geen genoegen te nemen.’ En PG Boek 6, p. 262: ‘Voor zover de prestatie niet reeds blijvend onmogelijk is, zal de schuldeiser uiteraard op nakoming kunnen blijven staan (...).’ Een wat vreemde eend in de bijt is de nakoming van een toezegging door de overheid, zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1957, NJ 2022/236. De Hoge Raad overwoog in dat arrest dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn nakoming van een toezegging te verlangen. Dat kan in het bijzonder het geval zijn indien het overheidslichaam voorziet in een alternatief of in compensatie.

⁶ Het belang van het bepaalde in art. 3:296 BW komt in volle omvang naar voren in het arrest van de Hoge Raad over Urgenda, HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. J. Spier. De tamelijk sombere conclusie van Dijkshoorn (‘wanneer het er dus op aankomt brengt art. 3:296 BW ons niets’) is wat mij betreft onjuist en wordt overigens door dit arrest gelogenstraft. Ik werk dat later in dit boek (hoofdstuk 12) uit. Zie Dijkshoorn 2012.

⁷ Zie over de historische context van het recht op nakoming van de afgesproken prestatie Kemp 2019, p. 103 e.v.

tijd als belemmering voor de nakomingsactie bij verbintenissen.⁸ Ten aanzien van andere rechtsplichten aanvaardde de Hoge Raad al in 1914 dat een verbod op voorhand was toegestaan. De Hoge Raad oordeelde toen dat, als in een vonnis wordt vastgesteld dat een bepaald recht is geschonden, de rechter de vrijheid heeft toekomstige en dezelfde schendingen van dat recht te verbieden.⁹ Daarmee werd de mogelijkheid van een rechterlijk preventief verbod ten aanzien van onrechtmatige handelingen voor het eerst in duidelijke taal erkend.

4. Toch is lange tijd, zoals Keirse zegt, de ‘focus van de privatist niet op de naleving gericht’ geweest van de hierboven benoemde uitgangspunten dat overeenkomsten moeten worden nagekomen en dat een ander geen schade moet worden berokkend, maar is die focus veeleer op het verleden gericht geweest en daarmee op herstel van, of vergoeding van, toegebrachte schade.¹⁰ Ook Van Boom zag in zijn Rotterdamse oratie als een belangrijk kenmerk van de beschikbare remedies dat zij gericht zijn op herstel van een kwaad dat al is geschied.¹¹ Met andere woorden, de blik is – of was – niet gericht op de plicht van de schuldenaar om schade te voorkomen, maar op het recht van de gedupeerde schuldeiser om herstel van een al geschied kwaad na te streven. Van Boom sprak in dat verband zelfs van een ‘oude zekerheid (...) dat privaatrechtelijke remedies vergoedend of herstellend van aard zijn’, welke oude zekerheid hij echter ook aan een zekere corrosie onderhevig zag.¹² Maar toen Kortmann zich in zijn oratie in 2009 nog verzette tegen een meer instrumentele benadering van het onrechtmatige daadrecht, en ervoor pleitte vast te houden aan ‘the compensatory principle of tort law’, had hij het tij al niet meer mee.¹³

5. De blik van de privaatrechtelijke remedies zou dan ook meer en meer op de toekomst gericht moeten zijn.¹⁴ Dat is in zoverre ook logisch en gewenst dat het doel van een regel of een norm niet alleen is om ervoor te zorgen dat schade bij schending van die regel wordt vergoed of wordt hersteld. Het voor de hand liggende doel is ook dat de regel, die veelal een gedragsnorm omvat, wordt nageleefd. Een van de doelen van het (aansprakelijkheids)recht is immers om een veilige leefomgeving te bevorderen.¹⁵ Dat impliceert de naleving van daartoe strekkende normen. En als naleving van een regel het voor de hand liggende doel is van die regel, dienen het aansprakelijkheidsrecht en het procesrecht te voorzien in middelen om die naleving op individueel en op collectief niveau af te dwingen. Eigenrichting is in Nederland immers nog steeds niet toegestaan en om eigenrichting te voorkomen dient er een effectief alternatief te zijn.¹⁶ Dat alternatief wordt in de regel geboden door het rechterlijk bevel en verbod. Juist het rechterlijk bevel en verbod kunnen effectieve middelen zijn om de nakoming van verbintenissen en (andere) rechtsplichten af te dwingen en een onrechtmatige daad of het bestaan van een onrechtmatige situatie voorkomen.¹⁷

6. Het doel van dit boek is driedelig. Ik onderzoek of een aanspraak op een preventieve remedie bestaat, welke eisen aan een effectieve remedie kunnen worden gesteld, en of de wettelijke regeling van het rechterlijk bevel en verbod voldoet aan die eisen. Om die vragen te beantwoorden is nodig dat

⁸ Hierover nader: Van der Helm 2019/11 e.v.

⁹ HR 13 november 1914, *NJ* 1915/98 (*Kieft/Otjes*).

¹⁰ Keirse 2009, p. 95. Ik maak hier nadrukkelijk het onderscheid tussen herstel en vergoeding van schade omdat het twee verschillende dingen zijn. Niettemin zal ik in het navolgende ten behoeve van de leesbaarheid van de tekst in de regel uitsluitend over schadevergoeding spreken.

¹¹ Van Boom 2006, p. 12.

¹² Van Boom 2008, p. 765. Hage 2017, p. 3.

¹³ Kortmann 2009. Dat hij het tij niet mee had, schrijft Hondius; ik onderschrijf dat graag. Hondius 2009, p. 53.

¹⁴ Ik ga in paragraaf 2.1 nader in op de keuze om te spreken van ‘remedies’.

¹⁵ Keirse 2017, p. 18.

¹⁶ Een uitzondering is te vinden in artikel 5:44 BW dat betrekking heeft op het verwijderen van overhangende beplanting, waarvoor geen rechterlijke tussenkomst nodig is. Zie over de (on)geoorloofdheid van eigenrichting: Snijders, Klaassen & Meijer 2017/12.

¹⁷ Dat een privaatrechtelijke sanctie in het algemeen pas mogelijk is als er sprake is van benadeling van individuen, zoals Hage schrijft, is dan ook niet helemaal volledig. Hij erkent overigens ook dat een rechterlijk bevel en verbod een preventieve functie heeft, Hage 2017, p. 3 en 20.

ik uiteen zet hoe het rechterlijk bevel en verbod thans in de Nederlandse wetgeving zijn geregeld. Maar het doel van dit boek strekt nadrukkelijk verder dan alleen een beschrijving te geven van de huidige stand van zaken van het rechterlijk bevel en verbod en richt zich ook op de vraag wanneer en onder welke voorwaarden een remedie effectief kan worden geacht.

7. Een effectieve remedie is een remedie die effectieve rechtsbescherming kan bieden en die dus op effectieve wijze kan bijdragen aan de verwezenlijking van materiële rechten.¹⁸ De vraag naar de effectiviteit van de remedie onderscheidt zich van de vraag of de materiële rechten zelf effectief zijn en als zodanig, dus reeds omdat zij bestaan, gedrag beïnvloeden. Om dat te onderzoeken is rechtseconomisch onderzoek nodig dat de kaders van dit onderzoek te buiten gaat.¹⁹ Mijn veronderstelling vooraf is dat een remedie in ieder geval preventief beschikbaar moet zijn om, in de daarvoor in aanmerking komende gevallen, effectieve rechtsbescherming te bieden. Met andere woorden, mijn veronderstelling is dat de mogelijkheid van een preventieve toepassing van een remedie, en daarmee de mogelijkheid om schade te voorkomen in plaats van die te vergoeden of te herstellen, een belangrijke, maar overigens niet zonder meer een noodzakelijke²⁰, voorwaarde is om een remedie als effectief te kunnen beschouwen. Om te kijken of die veronderstelling juist is, onderzoek ik of en in hoeverre uit het nationale of uit het supranationale recht voortvloeit dat er een preventieve remedie moet bestaan en wat de randvoorwaarden zijn die daaraan gesteld moeten worden. Met een preventieve remedie bedoel ik een recht om bij de rechter af te dwingen dat een verbintenis wordt nagekomen of een onrechtmatige situatie of het voortduren daarvan wordt voorkomen. Anders gezegd: ik onderzoek of er een regel is waaruit volgt dat een (potentieel) gelaedeerde geen genoegen hoeft te nemen met schadevergoeding, maar aanspraak kan maken op schadevoorkoming doordat hij de naleving van een rechtsplicht kan afdwingen. Daarbij houdt mijn blik vanzelfsprekend niet op bij het bepaalde in artikel 3:296 BW, dat deze vraag immers bevestigend lijkt te beantwoorden, maar kijk ik ook naar de achtergronden daarvan.

8. Omdat het onderzoek zich ook richt op de vraag of het rechterlijk bevel en verbod in bredere zin voldoen aan de eisen die aan een (preventieve) effectieve remedie kunnen worden gesteld, moet ik onderzoeken welke voorwaarden er (verder) gesteld kunnen worden om van een effectieve remedie te kunnen spreken. Vervolgens kan ik toetsen of het rechterlijk bevel en verbod aan die voorwaarden voldoen.

9. Het onderzoek is daarmee gericht op beantwoording van de volgende vragen:

- a) *Bestaat een aanspraak op een preventieve remedie?*
- b) *Aan welke eisen moet een remedie voldoen om effectief te zijn?*
- c) *Voldoet de huidige wettelijke regeling van het rechterlijk bevel en verbod aan die eisen?*

10. Om die vragen te beantwoorden zal ik niet alleen deze hoofdvragen zelf onderzoeken, maar ook aan de hand van drie thema's onderzoeken welke (mogelijke) belemmeringen er zijn bij het verkrijgen van een rechterlijk bevel of verbod als (preventieve) effectieve remedie. In die drie thema's werk ik de hoofdvragen uit en onderzoek ik de subvraag of de specifieke toepassing van het bevel en verbod op die thema's tot problemen leidt.

11. Ik kies daarbij voor thema's die ik in mijn werk als (Haagse) rechter tegen kom. Bij de hierna volgende introductie van die thema's, licht ik de keuze voor die thema's nader toe. Ik realiseer mij dat dit beeld zonder meer vertekend is. Regels en verbintenissen uit overeenkomsten worden immers in veruit de meeste gevallen vrijwillig nageleefd.

¹⁸ Zie hierover nader paragraaf 6.3.

¹⁹ In paragraaf 3.2 stip ik die vraag nader aan en geef ik enkele verwijzingen.

²⁰ Ook een veroordeling tot schadevergoeding kan effectief zijn en de dreiging daarvan kan leiden tot het gewenste doen of nalaten.

12. De thema's waarop ik de subvraag onderzoek zijn de volgende:

- A. De vrijheid en de rol van de rechter. Het ligt voor de hand om bij een onderzoek naar het rechterlijk bevel en verbod de positie van de rechter onder de loep te nemen. Zonder rechter is er geen rechterlijk bevel of verbod. De vraag is of de rechter bij de toepassing en de inrichting van de remedie een belangrijke of doorslaggevende rol speelt, of dat zijn handen gebonden zijn en hij een vordering slechts toewijst zoals gevorderd, of afwijst. Zoals ik hierna zal uitwerken (paragraaf 10.2) geeft artikel 3:296 BW de rechter geen discretionaire vrijheid om een gevorderd bevel of verbod op grond van een belangenafweging al dan niet toe te wijzen. Toch is het niet in alle omstandigheden proportioneel om een gevorderd bevel of verbod dat toewijsbaar is ook daadwerkelijk toe te wijzen. Ik onderzoek of de rechter ruimte heeft om maatwerk te leveren. Daarbij onderzoek ik ook in hoeverre de rechter gehinderd wordt door de gebondenheid aan een (ongelukkig geformuleerd) petitiem. Deze vraag is van belang voor de hoofdvraag omdat een grote vrijheid van de rechter theoretisch afbreuk zou kunnen doen aan het recht van individuen om nakoming van hun rechten af te dwingen en daarmee afbreuk zou kunnen doen aan de effectiviteit van de remedie.
- B. Situaties waarin nakoming onmogelijk is of onmogelijk is geworden of waarin na het uitspreken van een bevel of verbod de (al bestaande) onmogelijkheid blijkt. Dient een dergelijke opgekomen (mogelijk zelfs door de schuldenaar uitgelokte of veroorzaakte) onmogelijkheid in de weg te staan aan een bevel of verbod? En wat betekent een later opgekomen onmogelijkheid voor een al uitgesproken bevel of verbod? Deze subvragen zijn van belang voor de hoofdvraag omdat de effectiviteit van de remedie ondergraven zou kunnen worden als moet worden aangenomen dat onmogelijkheid, zelfs *uitgelokte* onmogelijkheid, aan een rechterlijk bevel of verbod in de weg kan staan. Dat geldt in het bijzonder wanneer een preventief rechterlijk bevel of verbod afgesneden zou kunnen worden door de schuldenaar door een bepaalde handeling te verrichten. Ik bekijk mede of dat kan worden voorkomen.
- C. Collectieve acties tegen de overheid. Het gaat mij om situaties waarin een of meer groepen van de (rijks)overheid actie of juist een onthouding verlangen (in de vorm van een bevel of verbod) ten aanzien van onderwerpen die een grote groep mensen raken. Dat kan het hiervoor al genoemde klimaat zijn, maar het kan ook gaan om een situatie waarin mensen juist vinden dat de overheid zich te veel bemoeit met hun leven, zoals ten tijde van de coronacrisis door de actiegroep Viruswaan²¹ werd betoogd. Ik onderzoek in hoeverre de overheid een bijzondere positie inneemt bij vorderingen die strekken tot het verkrijgen van een bevel of verbod en ik kijk of dat problematisch is. De relevantie van dit thema voor de hoofdvraag is hierin gelegen dat bij vragen met betrekking tot het overheidsbeleid enerzijds veelal verdragsrechtelijk beschermde fundamentele rechten in het spel zijn en anderzijds de burgerlijke rechter zich gesteld kan zien voor de vraag of hij, door het geven van een bevel of verbod, de scheiding der machten of de beleidsruimte die de overheid toekomt, geweld aan doet. Een te grote terughoudendheid op die grond doet mogelijk afbreuk aan de effectiviteit van de rechtsbescherming en daarmee aan de effectiviteit van de remedie. Daarmee is niet gezegd dat het rechterlijk bevel en verbod als remedie slechts effectief is als daarmee altijd voorrang kan worden afgedwongen voor individuele subjectieve burgerlijke rechten boven het door de overheid behartigde algemeen belang. Die twee aspecten kunnen naast elkaar bestaan omdat de bescherming van individuele (fundamentele) rechten in veel gevallen niet zo absoluut is dat geen ruimte bestaat voor een afweging met maatschappelijke belangen. Het gaat mij er om te onderzoeken in hoeverre de bijzondere positie van de overheid en de taken en de beleidsruimte die de overheid heeft, zich verhouden tot de effectiviteit van de remedie.

²¹ Later herdoopt tot Viruswaarheid.

1.2 Opzet van het onderzoek

13. Het onderzoek is gericht op beantwoording van de vraag of er een recht bestaat op een preventieve remedie, welke eisen aan een effectieve remedie kunnen worden gesteld en of de wettelijke regeling van het rechterlijk bevel en verbod voldoet aan de eisen die aan een effectieve remedie mogen worden gesteld. Het onderzoek is in drie delen verdeeld. Die delen laat ik vooraf gaan door een hoofdstuk waarin een definitie wordt bepaald van de belangrijkste begrippen die in het boek zullen worden gebruikt, waaronder het bevel en verbod, de andere remedies, verbintenissen en rechtsplichten (hoofdstuk 2). Daarin zal ook het begrip schadevoorkomingsplicht worden uitgewerkt (paragraaf 2.5)

14. Het eerste deel van het boek gaat vervolgens in op de vraag of er naar nationaal en/of naar supranationaal recht een *aanspraak* bestaat op een preventieve remedie, met andere woorden, of het burgerlijk recht en het burgerlijk procesrecht meebrengen dat er een remedie moet zijn die ertoe strekt schade te voorkomen in plaats van die te vergoeden. Ik werk uit wat de doelen van het (nationale) procesrecht en het aansprakelijkheidsrecht zijn en ik kijk of daaruit en uit het supranationale recht ook overigens eisen kunnen worden afgeleid die aan een remedie kunnen worden gesteld om te kunnen spreken van een effectieve remedie. Ik onderzoek voorts welke implicaties die eisen hebben voor het nationale rechterlijk bevel en verbod.

15. Bij het onderzoek naar het supranationale recht zal ik primair kijken naar het EVRM (hoofdstuk 4) en het Unierecht (hoofdstuk 5) en zal ik ook onderzoeken of uit de verdragen (en ander Unierecht) aanknopingspunten voortvloeien die in zuiver nationale situaties (dus situaties die niet betrekking hebben op verdragsrechtelijk beschermde fundamentele rechten of op Unierecht) kunnen worden toegepast. Dat de blik ook op het Unierecht wordt gericht, ligt voor de hand wanneer wordt bedacht dat er uit het Unierecht vele rechten en verplichtingen voortvloeien ten aanzien waarvan een effectieve rechtsbescherming wordt vereist. Ik zal in dat verband aan de hand van het aanbestedingsrecht en de Richtlijn oneerlijke bedingen uitwerken hoe sterk het Unierecht van invloed kan zijn op de nationale remedies (paragrafen 5.7 en 5.8).

16. In het tweede deel van het boek ga ik in op de huidige stand van zaken met betrekking tot het rechterlijk bevel en verbod. Ik zet daarin uiteen hoe het rechterlijk bevel en verbod thans in het Nederlandse recht zijn geregeld en hoe de remedie zich in de jurisprudentie heeft ontwikkeld. Ik werk uit aan welke voorwaarden moet zijn voldaan voor het opleggen van een rechterlijk bevel of verbod (hoofdstuk 7), en ik ga ook in op de afwijzingsgronden (hoofdstuk 8). Voorts werk ik uit wanneer een rechterlijk bevel of verbod vervalt (hoofdstuk 9). Die uiteenzetting is nodig om te kunnen toetsen of de wettelijke regeling van het rechterlijk bevel en verbod voldoet aan de eisen die aan een effectieve remedie kunnen worden gesteld, of dat er punten zijn waarop de huidige regeling tekortschiet.

17. Om de Nederlandse wettelijke regeling te beoordelen zal ook een vergelijking worden gemaakt met het Belgische recht. De reden om voor het Belgische recht te kiezen is dat in België een modernisering van het Burgerlijk Wetboek plaatsvindt.²² De keuzes die de Belgische wetgever maakt kunnen een nader licht werpen op de vraag of de Nederlandse regeling voor verbetering vatbaar is. Dat is in het bijzonder het geval omdat, zoals ik zal uitwerken, de grondslag voor een preventief verbod bij onrechtmatig handelen tot de wetswijziging in België 'wankel' werd geacht en voor die 'wankel' grondslag een oplossing is gezocht die op onderdelen verschilt van de Nederlandse regeling.²³ De beschrijving van het Belgische recht vervlecht ik, waar dat nuttig is, door het boek heen in de paragrafen over deelonderwerpen. Ik beperk de rechtsvergelijking tot België omdat het doel van dit

²² Zie voor de actuele stand van zaken www.justitie.belgium.be/nl/bwcc. Op 1 november 2020 is de wet van 13 april 2019 tot invoering van een Burgerlijk Wetboek en tot invoeging van boek 8 'Bewijs' in dat Wetboek in werking getreden. Sindsdien draagt het Burgerlijk Wetboek van 21 maart 1804 het opschrift 'oud Burgerlijk Wetboek'. Zie over de modernisering van het Burgerlijk Wetboek: Dirix 2021.

²³ Paragraaf 7.14.

boek niet is om aan de individuele rechtsstelsels van verschillende landen elementen te ontleen die relevant kunnen zijn voor de vraag wanneer een remedie effectief is, maar omdat het doel juist is te onderzoeken of dergelijke elementen zijn te ontleen aan het Unierecht en het EVRM, dat in gelijke mate voor de lidstaten geldt.

18. Nadat deelconclusies zijn getrokken met betrekking tot de vraag of het rechterlijk bevel en verbod voldoen aan de eisen die uit de doelen van het nationale (proces)recht en uit het supranationale recht voortvloeien, is er ruimte om die vraag aan de hand van de verschillende thema's in deel 3 nader te onderzoeken. Ik doe dat in de hoofdstukken 10, 11 en 12.

19. Vervolgens kan de balans worden opgemaakt en kan in het afsluitende hoofdstuk 13 enerzijds in algemene zin worden beoordeeld of de huidige wettelijke regeling voldoet aan de eisen die aan een effectieve en preventieve remedie mogen worden gesteld. Anderzijds zullen aan de hand van de hierboven geschetste thema's de geformuleerde subvragen worden beantwoord.

20. In het boek spreek ik in algemene zin over het burgerlijk recht en het burgerlijk procesrecht. De analyse die ik maak is vooral gericht op het aansprakelijkheidsrecht en het verbintenissenrecht. Waar nodig, wordt dat gespecificeerd. Wanneer ik spreek over het aansprakelijkheidsrecht en het verbintenissenrecht is de analyse overigens niet steeds noodzakelijkerwijs daartoe beperkt, maar doe ik dat ook om praktische redenen en met het oog op de leesbaarheid van de tekst.

1.3 *Plaats van het onderzoek*

21. Over het rechterlijk bevel en verbod is eerder (in 1978) een proefschrift verschenen van Van Nispen. Het is niet mijn doel – en het is ook niet aan mij – om dat boek te actualiseren. Mijn onderzoek heeft een andere insteek dan het proefschrift van Van Nispen.²⁴ Niettemin bleek het onvermijdelijk dat sommige onderwerpen die door Van Nispen zijn beschreven, ook in mijn boek aan de orde komen. Hoewel het proefschrift van Van Nispen op onderdelen nog steeds actueel is, heb ik er bewust voor gekozen dat proefschrift niet als basis of als uitgangspunt voor mijn onderzoek te gebruiken, maar mij te baseren op andere en meer actuele bronnen. De verantwoording voor mijn bevindingen is te vinden in de voetnoten.

22. Het onderwerp van dit boek raakt bovendien aan het bredere onderwerp 'nakoming', waarover door Haas in 2009 een proefschrift is geschreven. Over het beginsel van (Unierechtelijke) effectieve rechtsbescherming heeft Van Duin een proefschrift geschreven, terwijl de eisen die het Unierecht aan remedies stelt ook in het proefschrift van Aronstein aan de orde komen.²⁵ Ook andere onderwerpen in dit boek, zoals de verbintenissen en rechtsplichten als zodanig, en de leerstukken misbruik van bevoegdheid en, meer algemeen, redelijkheid en billijkheid zijn eerder omschreven in onder meer de algemene handboeken.

23. Dit proefschrift voegt aan de bestaande literatuur toe dat het nationaalrechtelijke kader voor het bevel en verbod wordt getoetst aan de eisen die in het supranationale recht aan remedies worden gesteld en dat wordt getoetst of de nationaalrechtelijke regeling van het rechterlijk bevel en verbod onder invloed van supranationale normen aanpassing behoeft. Het voegt daaraan voorts toe de specifieke aandacht die de rol van de rechter verdient.²⁶ Verder behandelt dit boek de rol van het rechterlijk bevel en verbod bij procedures tegen de overheid die een algemeen belang beogen te dienen. Dat deel is belangrijk en actueel omdat de rechter in toenemende mate wordt geconfronteerd met zaken die een grote maatschappelijke impact hebben. In die zaken wordt vaak een rechterlijk

²⁴ Dat proefschrift 'beoogt een beredeneerde beschrijving te geven van ons positief recht op het stuk van de preventieve maatregelen bij onrechtmatige daad.' Van Nispen 1978, p. 2.

²⁵ Van Duin 2020. Aronstein 2020.

²⁶ Van Nispen ging op de rol van de rechter ook in, maar hij behandelde andere onderwerpen. Zie Van Nispen 1978/173 e.v.

bevel of verbod gevorderd, zodat het van belang is de positie van de overheid afzonderlijk te beschrijven. Tot slot voegt dit boek aan de bestaande literatuur toe een beschrijving van de relevantie van het rechterlijk bevel en verbod bij (het voorkomen van) onmogelijkheid die in weg staat aan nakoming van rechtsplichten.

24. Dit proefschrift is een uitwerking van de monografie over het rechterlijk bevel en verbod die ik eerder schreef.²⁷ Delen van die monografie zijn in dit proefschrift terug te vinden, zij het veelal in gewijzigde vorm.

25. Het onderzoek is uitgevoerd door literatuur- en jurisprudentieonderzoek te verrichten en is afgesloten in augustus 2022. Nadien verschenen literatuur en jurisprudentie is slechts in uitzonderingsgevallen verwerkt.

²⁷ Van der Helm 2019.

2. Plaatsbepaling en definities

2.1 Sancties, remedies en handhaving

26. De begrippen sancties en remedies worden in de literatuur door elkaar heen gebruikt. Ik bespreek deze begrippen omdat de centrale vraag van dit boek is welke eisen aan remedies mogen worden gesteld. Om die vraag te kunnen beantwoorden is het noodzakelijk te omschrijven wat er onder het begrip remedies wordt verstaan en daarmee ook of het verschilt van het begrip sancties. Door die omschrijving wordt immers mede duidelijk wat het onderwerp is van het onderzoek naar de vraag welke eisen aan remedies kunnen worden gesteld. De begrippen sancties en remedies staan niet los van het begrip handhaving, maar vormen veeleer het instrumentarium dat voor handhaving wordt gebruikt. Ik bespreek eerst het begrip handhaving.

27. Het begrip *handhaving* valt uiteen in de handhaving *van* het privaatrecht en handhaving *door* het privaatrecht.²⁸ Met handhaving *van* het privaatrecht wordt bedoeld op de handhaving van privaatrechtelijke normen als zodanig. Met handhaving *door* het privaatrecht wordt bedoeld op de handhaving van andere dan privaatrechtelijke aanspraken en rechten door de aanwending van privaatrechtelijke bevoegdheden. Hoewel handhaving in strikte zin betrekking kan hebben op individuele subjectieve rechten, wordt het begrip vaak ook gebruikt in ruimere zin. Engelhard definieert het begrip (rechts)handhaving als ‘het ondernemen van juridische actie, het nemen van maatregelen, het houden van toezicht en/of het opleggen van sancties ter bevordering van de naleving van rechtsplichten en/of het geldend maken van aanspraken of rechten.’²⁹ In deze definitie overstijgt het begrip handhaving het gedrag van een individu dat zijn rechten wil veilig stellen. Een individuele rechthebbende in het privaatrecht zal immers in de regel niet beschikken over toezichtsbevoegdheden of de bevoegdheid een sanctie *op te leggen*.³⁰ Wanneer het gaat over het opleggen van sancties, gaat het veeleer om handhaving door het bestuursrecht of het strafrecht of, binnen het privaatrecht, door het opleggen van een sanctie (denk aan een contractuele boete of dwangsom) door de rechter op vordering van een rechthebbende.³¹ Handhaving binnen het privaatrecht kan ook plaatsvinden door beroepsorganisaties die een vorm van toezicht op hun leden houden. Minstens zo belangrijk is de handhaving van het privaatrecht door bedrijven die zich op dezelfde markt begeven en die in de gaten houden of er onrechtmatige concurrentie plaatsvindt doordat een concurrerend bedrijf zich bijvoorbeeld niet houdt aan publiekrechtelijke voorschriften. Van handhaving is in zekere zin ook sprake indien een partij een ten laste van een andere partij uitgesproken veroordeling (een bevel of verbod) heeft gekregen die op straffe van een dwangsom is uitgesproken. Die partij zal in de regel nauwlettend in de gaten houden of de veroordeling wordt nageleefd. Er is op die manier sprake van handhaving van het (de door de veroordeling reeds gehandhaafde) privaatrecht.

28. (Rechts)handhaving geschiedt vanzelfsprekend ook op individueel niveau, waarbij het gaat om het veilig stellen of afdwingen van subjectieve rechten. Het gaat mij in dit bestek met name om de handhaving van het privaatrecht door individuele rechtssubjecten die streven naar nakoming van hun rechten, of door een collectiviteit van individuen. Het al eerder genoemde streven naar een ongestoorde nachtrust is daarvan een voorbeeld. Dat belang kan op individueel niveau worden nagestreefd wanneer de burens onrechtmatige hinder veroorzaken, maar ook door een collectiviteit die zich verzet tegen overlast door nachtvluchten op Schiphol. Voor het onderwerp van dit boek is ook de handhaving *door* het privaatrecht (van andere dan privaatrechtelijke belangen) van belang. Het al eerder genoemde voorbeeld van de bescherming van het klimaat brengt dat tot uitdrukking. Dat

²⁸ Engelhard 2009, p. 11.

²⁹ Engelhard 2009, p. 12.

³⁰ Het gegeven dat een toezichtbevoegdheid ontbreekt, betekent vanzelfsprekend niet dat geen privaat toezicht wordt gehouden. Van Nispen noemt als voorbeeld Buma/Stemra, die toezicht houdt, en voor opsporing en vervolging zorgt. Zie Van Nispen 2018/3.

³¹ Vgl. over deze definitiekwestie binnen de kaders van het Unierecht ook Pavillon 2019/1.

belang, dat niet primair een privaatrechtelijk belang is, wordt immers nagestreefd door een collectiviteit van individuen die met een beroep op het privaatrecht (artikel 6:162 BW) naleving van (internationale) niet (primair) privaatrechtelijke normen probeert af te dwingen.³² Het spreekt overigens vanzelf dat ook op het niveau van individuen of individuele bedrijven het privaatrecht kan worden gebruikt om naleving van andere rechten zoals die uit het mededingingsrecht of het milieurecht af te dwingen.³³

29. De begrippen *remedies en sancties* worden soms door elkaar gebruikt. Ik geef de voorkeur aan het begrip *remedies* omdat het begrip *sancties* (ook) een strafrechtelijke of bestuursrechtelijke connotatie heeft als reactie op ongewenst gedrag.³⁴ Ik omschrijf *remedies* in het privaatrecht als die maatregelen die in of buiten rechte getroffen kunnen worden om schending van rechten te voorkomen of ongedaan te maken door de schade te vergoeden of te herstellen. Tot de *remedies* behoren dus niet alleen de preventieve maatregelen zoals het bevel en verbod, maar ook de (gerechtelijke en buitengerechtelijke) ontbinding, opschorting, vernietiging en schadevergoeding. Ik realiseer mij daarbij dat een bevel niet louter preventief hoeft te werken, maar ook op al verricht onrecht betrekking kan hebben, in het bijzonder wanneer het strekt tot ongedaanmaking van dat onrecht of het voorkomen van een herhaling of voortdurend daarvan.³⁵ In dat laatste geval is een bevel gebaseerd op het verleden maar werkt het naar de toekomst en is zoverre preventief. Dat *remedies* behoren tot het instrumentarium voor handhaving volgt ook uit de volgende definitie van *remedies*: ‘alle juridische middelen ten behoeve van de handhaving van rechten, de naleving van plichten en de sanctionering van verkeerd gedrag in het privaatrecht.’³⁶ Ook in deze definitie zien *remedies* niet alleen op herstel in de oude toestand, maar hebben zij ook een preventieve functie. *Remedies* staan daarmee in nauw verband met de subjectieve rechten en hebben de tweeledige functie die rechten af te dwingen of herstel te bieden.³⁷

30. Van Nispen gebruikte in zijn dissertatie een iets bredere definitie van het begrip *sancties* omdat hij daaronder ook rekent de *van rechtswege intredende* gevolgen van gepleegd onrechtmatig gedrag, waarbij hij overigens (in een voetnoot) ook aangeeft dat het gewone spraakgebruik zich niet ertegen verzet preventieve maatregelen onder het begrip *sancties* te begrijpen.³⁸ In zijn latere monografie rekent hij preventieve maatregelen zonder meer tot de *sancties*.³⁹ Hoewel juist is dat ook van rechtswege intredende gevolgen *sancties* kunnen zijn, is niet goed denkbaar dat preventieve *remedies* van rechtswege intreden. Zo is op grond van artikel 3:296 BW voor een rechterlijk bevel of verbod een vordering in rechte vereist. Ik laat die van rechtswege intredende *sancties* daarom, tenzij anders opgemerkt, buiten beschouwing.

31. Daarmee is ook de vinger gelegd op de zere plek van mijn definitie van ‘*remedies*’. Die draagt het probleem in zich dat ook nakoming daaronder begrepen kan worden. Nakoming wordt immers ook wel bestempeld als de ‘*primaire remedie*’ en werkt in zekere zin preventief, namelijk voordat er niet-nagekomen wordt.⁴⁰ Met de aanduiding als ‘*primaire remedie*’ wordt bedoeld dat alle (andere) *remedies* subsidiair zijn omdat zij veelal voor de gerechtigde een minder gunstig resultaat opleveren.

³² De niet privaatrechtelijke normen worden wel gebruikt om de open norm van artikel 6:162 BW in te vullen en krijgen in zoverre een privaatrechtelijk karakter.

³³ Uitvoerig hierover: Zippro 2009. Zie over handhaving van het privaatrecht door toezichthouders: Hage 2017.

³⁴ Vgl. ook Pavillon 2020/2.2. Lindenbergh vindt het begrip ‘*sanctie*’ juist een neutrale betekenis hebben in die zin dat daarmee op de effectuering van een aanspraak wordt gedoeld. Lindenbergh 2007, p. 8.

³⁵ Bij ongedaanmaking zal het moeten gaan om schadevergoeding in natura. Daarop ga ik later (paragraaf 7.10) in.

³⁶ Van Boom, Van Dam-Lely & Lindenbergh 2011, p. 1.

³⁷ Van Duin 2020, p. 28.

³⁸ Van Nispen 1978/9. In voetnoot 42 geeft hij aan dat het gewone spraakgebruik zich er niet tegen verzet om preventieve maatregelen onder het begrip *sancties* te begrijpen.

³⁹ Van Nispen 2018/1.

⁴⁰ Haas 2009, p. 11; Van der Helm 2019/2.

De vraag kan gesteld worden of nakoming wel een remedie is. Een ontkennende beantwoording ligt voor de hand, omdat nakoming veeleer de normale gang van zaken is. Nakoming is, met andere woorden, een natuurlijk kenmerk van de overeenkomst dat van rechtswege ontstaat wanneer de verbintenis uit overeenkomst tot stand komt.⁴¹ Het is daarom zuiverder om in dit verband het begrip ‘remedie’ te reserveren voor het rechterlijk bevel tot nakoming, omdat eerst met dat rechterlijk bevel de nakoming wordt afgedwongen. Voor andere remedies zoals ontbinding of schadevergoeding is soms een tussenstap zoals een ingebrekestelling nodig voordat de remedie zijn werk kan doen. Voor het rechterlijk bevel is dat niet het geval. Het rechterlijk bevel tot nakoming is in zoverre niet alleen aan te duiden als een primaire remedie, maar ook als de meest directe remedie (hierover nader in paragraaf 7.3).

32. Opmerking verdient dat remedies weliswaar tot functie kunnen hebben om rechten te handhaven, maar dat sommige remedies, en met name de preventieve remedies, *zelf* ook moeten worden gehandhaafd. Een bevel en verbod spreken immers slechts uit wát verboden of geboden is. Zij roepen geen nieuwe verplichtingen in het leven.⁴² De schending van het bevel of verbod is dus evenzeer een schending van de daaraan ten grondslag liggende rechten. En hoewel moet worden aangenomen dat de schending van een rechterlijke uitspraak waarin een bevel of verbod is neergelegd ook tot schadeplichtigheid kan leiden, heeft dat weinig toegevoegde waarde als moet worden aangenomen dat de schending van de onderliggende rechten tot diezelfde schadeplichtigheid leidt.⁴³ Om die reden zal een rechterlijk verbod of bevel in de regel vergezeld moeten gaan van een dwangmiddel als dwangsom of lijfswang.⁴⁴

2.2 Verbintenissen en rechtsplichten

33. Artikel 3:296 BW brengt tot uitdrukking dat hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe wordt veroordeeld. Artikel 3:296 BW bestrijkt niet alleen het verbintenissenrecht: *‘Ook uit bepalingen van het zakenrecht of uit die betreffende de rechten op voortbrengselen van de geest kan een dergelijke rechtsplicht voortvloeien.’*⁴⁵

34. Voor een goed begrip van de mogelijkheden die artikel 3:296 BW biedt, en daarmee voor een goed begrip van de effectiviteit van de remedie, is het onderscheid tussen rechtsplichten enerzijds en verbintenissen anderzijds van belang. Niet alle rechtsplichten zijn verbintenissen. Het begrip rechtsplicht is een overkoepelend begrip waarbinnen de verbintenissen een bijzondere categorie vormen. Het belang van het onderscheid tussen verbintenissen en rechtsplichten is dat op de zuivere rechtsplichten de bepalingen van boek 6 BW met betrekking tot de (niet-) nakoming van verbintenissen, de overdraagbaarheid ervan en de verjaring en stuiting niet van toepassing zijn. De rechtsplichten kunnen bovendien uit het ongeschreven recht voortvloeien, terwijl de verbintenissen volgens artikel 6:1 BW slechts kunnen ontstaan indien dit uit de wet voortvloeit.⁴⁶

⁴¹ Vgl. Haas 2009, p. 13. Ook in Duitsland wordt dat zo gezien, aldus Hofmann & Kurz 2019, p. 5.

⁴² Nuninga spreekt in dit verband over de ‘congruentie-eis’: het bevel of verbod mag alleen betrekking hebben op de onderliggende rechtsplicht. Nuninga 2018, p. 153. Zie ook Drion 1962, p. 217 en 219.

⁴³ Het bevel of verbod roept een zelfstandige verbintenis in het leven en schending daarvan kan tot schadeplichtigheid leiden. Zie HR 13 november 1914, *NJ* 1914/98 en HR 29 december 1921, *NJ* 1922/225. Zie ook PG Boek 3, p. 894, waar wordt gesproken over de bevoegdheid van de rechter om ‘zodanige verbintenis’ te doen ontstaan. De toegevoegde waarde lag er ten tijde van het arrest in dat een voorwaardelijke schadevergoeding mogelijk werd geacht voor toekomstige onrechtmatige daden, omdat het instituut van de dwangsom toen nog niet bestond, aldus Drion 1962, p. 223.

⁴⁴ Ik ben hierop uitvoeriger ingegaan in mijn monografie over het rechterlijk bevel en verbod. Van der Helm 2019, paragraaf 6.3.

⁴⁵ PG boek 3, p. 895.

⁴⁶ Hierover nader Asser/Sieburgh 6-*I* 2020/11. Overigens vond Drion in 1962 al dat er sprake was van een ‘overschatting’ van het verschil tussen enerzijds verbintenissen en anderzijds verplichtingen die geen verbintenis zijn, zie Drion 1962, p. 225.

35. Een algemene definitie van het begrip verbintenis ontbreekt in de wet. Wel is in de toelichting het volgende te lezen: *‘Het ontwerp neemt tot uitgangspunt, dat alleen bij die rechtsplichten, waarmee een subjectief vermogensrecht correspondeert van degene jegens wie een rechtsplicht bestaat, wordt gesproken van verbintenissen.*’⁴⁷

36. In meer algemene zin wordt een verbintenis gedefinieerd als een vermogensrechtelijke betrekking tussen twee of meer personen, krachtens welke de een jegens de ander tot een prestatie gerechtigd is en deze jegens diegene tot die prestatie verplicht is.⁴⁸ Verbintenissen vallen uiteen in verbintenissen om te doen, verbintenissen om te geven en verbintenissen om niet te doen.⁴⁹ Kenmerkend voor verbintenissen is dat enerzijds sprake is van een gerechtigdheid tot een prestatie en dat daar anderzijds een verplichting van een ander tegenover staat.

37. Het begrip rechtsplicht is (veel) ruimer en laat zich omschrijven als een verplichting die door het recht in het leven is geroepen, zonder dat van een rechtsverhouding tussen schuldeiser en schuldenaar sprake behoeft te zijn.⁵⁰ Van der Wiel omschrijft het begrip rechtsplicht, onder verwijzing naar eerdere auteurs, als ‘een uit het objectieve recht volgend bevel aan een rechtssubject, zich (niet) op een bepaalde wijze te gedragen’.⁵¹ Er zijn in het dagelijks leven vele verplichtingen - ook wel omschreven als ‘kale verplichtingen’ - die als rechtsplicht kwalificeren, zoals de verplichting zich aan de verkeersregels te houden, de verplichting niet te stelen of de verplichting niet door andermans tuin te lopen en daarin geen schuur te bouwen.⁵² Dergelijke algemene rechtsplichten, die veelal jegens een ieder gelden, zijn geen verbintenissen. Eerst na schending ervan ontstaat een verbintenis tot schadevergoeding op grond van artikel 6:162 BW. Die algemene verplichtingen vinden hun grondslag veelal in het publiekrecht. Gedacht kan worden aan het Wetboek van Strafrecht, maar dat is, hoewel een voorname, niet de enige publiekrechtelijke bron waaruit rechtsplichten voortvloeien.⁵³ De uit artikel 165 Rv voortvloeiende verplichting om te getuigen is een ander publiekrechtelijk voorbeeld dat, behalve met de dwangmiddelen die uit het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering volgen, ook met een bevel (en een dwangsom) kan worden versterkt.⁵⁴ Er zijn ook rechtsplichten te bedenken die op het grensvlak van het publiek- en het privaatrecht liggen. Te denken is aan verplichtingen voor aanbestedende diensten uit bijvoorbeeld de Aanbestedingswet 2012 (en de Europeesrechtelijke bronnen waarop die wet is geënt) en ten aanzien waarvan een bevel of een verbod kan worden uitgesproken.⁵⁵ Opgemerkt zij tot slot dat de rechtsplichten ook uit het ongeschreven recht kunnen voortvloeien.⁵⁶ Ik wijs er daarbij volledigheidshalve op dat de (kale) rechtsplichten niet in artikel 6:162 BW zelf liggen. Artikel 6:162 BW kwalificeert slechts de schending van een rechtsplicht als een

⁴⁷ PG 6, p. 38.

⁴⁸ Asser/Sieburgh 6-I 2020/6. Van Nispen formuleert het in vergelijkbare bewoordingen. Zie Van Nispen 1978, p. 8/9.

⁴⁹ De Jong, Krans en Wissink 2018/10. Zie ook Haas 2009, p. 70.

⁵⁰ Aldus De Jong, Krans en Wissink 2018/10.

⁵¹ Van der Wiel 2004/9.

⁵² Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, titel 11 Boek 3 BW, aant. 5. Valk spreekt van ‘kale rechtsplichten’ hetgeen iets zuiverder is. Zie Valk, in: T&C Burgerlijk Wetboek 2017, art. 6:1 BW, aant. 1. De voorbeelden zijn ontleend aan Asser/Sieburgh 6-I 2020/8 en Van Nispen, 1978, p. 9.

⁵³ Jongbloed, *GS Vermogensrecht*, art. 3:296 BW, aant. 2.

⁵⁴ HR 18 mei 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC6585, *NJ* 1980/213, m.nt. W.H. Heemskerk. Dit geldt overigens niet voor partij-getuigen, zie HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV3403, *NJ* 2012/363, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Karadzic*).

⁵⁵ Hierover: Van Heeswijck 2014 en paragraaf 5.7 van dit boek.

⁵⁶ Zie Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:296 BW, aant. 2, waar hij verwijst naar het arrest van de Hoge Raad van 22 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7204, *NJ* 2001/647, m.nt. J.E. de Boer (*DNA-test*). De Hoge Raad aanvaardde al in het arrest *Lindenbaum/Cohen* de schending van ongeschreven rechtsplichten als grondslag voor een onrechtmatige daad-vordering. HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, *NJ* 1919/161, m.nt. W.L.P.A. Molengraaff.

onrechtmatige daad en verbindt daaraan de verbintenis tot schadevergoeding, maar de rechtsplicht zelf is ergens anders neergelegd.

38. Omdat die algemene rechtsplichten geen rechtsbetrekking tussen twee of meer bepaalde personen in het leven roepen, zijn zij geen verbintenissen in de hierboven bedoelde zin. Overtreding ervan leidt tot een onrechtmatige daad, terwijl niet-nakoming van een verbintenis tot wanprestatie leidt.⁵⁷

39. Het onderscheid tussen verbintenissen en rechtsplichten heeft een belangrijke implicatie. Een schuldeiser uit een verbintenis heeft een subjectief vermogensrecht dat vatbaar is voor overdracht en executie. Een schuldeiser uit andere rechtsplichten heeft dat in principe niet. Als hij een bevel of verbod krijgt, is dat ook persoonsgebonden.⁵⁸ Bij de keuze tussen een rechterlijk bevel en verbod enerzijds en schadevergoeding anderzijds, is dat een gegeven dat in het oog moet worden gehouden omdat de vordering tot schadevergoeding in principe overdraagbaar wordt geacht.

2.3 Bevel en verbod, en hun karakter

40. Voor de vraag of het rechterlijk bevel en verbod effectieve remedies zijn, moet ik eerst uiteenzetten wat ik onder het rechterlijk bevel en verbod versta. In zekere zin bevat namelijk vrijwel iedere rechterlijke veroordeling een bevel of een verbod. Zo is de veroordeling om een som geld te betalen strikt genomen een bevel om dat te doen. De remedie die ik voor ogen heb en waarvan ik de effectiviteit onderzoek is echter minder breed en heeft betrekking op de opdracht aan een partij in een rechterlijk geding om een bepaalde handeling uit te voeren of juist na te laten. Hierna werk ik dat uit. Voor de vraag naar de effectiviteit van de remedie kan van belang zijn wat het karakter van het rechterlijk bevel en verbod is en meer specifiek of het een nieuwe verbintenis tussen partijen in het leven roept, of slechts processuele waarde heeft. Ook op die vraag ga ik in.

41. De begrippen bevel en verbod lijken als zodanig weinig vragen op te roepen. Een bevel houdt immers naar normaal spraakgebruik een veroordeling in om iets (wel) te doen en een verbod een veroordeling om iets niet te doen.⁵⁹ Bij nadere bestudering is het minder eenvoudig, reeds omdat een verbod ook kan worden geformuleerd als een bevel om iets na te laten en een bevel dus zowel een verbod als een gebod kan omvatten.⁶⁰ Drion merkte daarom terecht al op dat ieder veroordelend vonnis een bevel aan de veroordeelde partij inhoudt en dat iedere veroordeling een bevel tot nakoming inhoudt van een verplichting over het bestaan waarvan, de aard en/of omvang een geschil loopt.⁶¹ Bovendien zit een bevel of verbod vaak ‘verpakt’ in een veroordeling iets te doen of na te laten, zonder dat het woord bevel of verbod wordt gebruikt. Een verbod te handelen in strijd met een erfdienstbaarheid kan, tot slot, noodzaken tot het verrichten van bepaalde handelingen en zodoende ook een gebod of bevel inhouden.⁶² De vraag of een veroordeling een verbod of een bevel inhoudt, is uiteindelijk een kwestie van uitleg van die veroordeling.⁶³

42. Een rechterlijk bevel of verbod roept geen nieuwe rechten of verplichtingen in het leven. Of, zoals Meijers in 1912 al opmerkte: ‘de eis cher zal krachtens dit bevel niets anders van den gedaagde kunnen verlangen, dan wat hij ook daar zonder kon.’⁶⁴ Het rechterlijk bevel of verbod moeten daarom nauw aansluiten bij de onderliggende rechtsplicht. De rechter kan, met andere woorden, niet iets verbieden wat niet verboden (of onrechtmatig) is en kan een gedaagde niet verplichten iets te doen waartoe hij niet al gehouden is. Het gegeven dat het rechterlijk bevel en verbod slechts uitspreken

⁵⁷ Van Nispen 2018/1.

⁵⁸ Asser/ Sieburgh 6-I 2020/11 en Deurvorst, in: *GS onrechtmatige daad*, Rechtsvorderingen, aant. II.2.1.1.5.

⁵⁹ Zie ook Deurvorst, *GS Onrechtmatige daad*, Rechtsvorderingen, aant. II.2.1.1.4.

⁶⁰ Zie reeds in die zin: Drion 1962, p. 203. Vgl. ook Nuninga 2018, p. 152.

⁶¹ Drion 1963, p. 203 en 223.

⁶² Het voorbeeld is ontleend aan Deurvorst, in: *GS Onrechtmatige daad*, Rechtsvorderingen, aant. II.2.1.1.4.

⁶³ Op de uitleg van een veroordelend dictum ga ik in paragraaf 10.5 in.

⁶⁴ Meijers 1912, p. 571.

waartoe een gedaagde toch al gehouden was, is niet alleen relevant voor de afdwingbaarheid of de toegevoegde waarde van het rechterlijk bevel of verbod, maar het roept ook de vraag op naar het karakter van het rechterlijk bevel of verbod. Bestaan zij zelfstandig en roepen zij zelfstandig verbintenissen tot nakoming van het bevel en verbod in het leven? Of hebben zij slechts een processueel karakter naast de rechten en verplichtingen tot nakoming waarvan zij strekken? De meningen daarover zijn verdeeld.

43. In arresten van 13 november 1914 en 29 december 1921 oordeelde de Hoge Raad dat een rechterlijk bevel of verbod een verbintenis in het leven roept waarvan de schending zich (naar oud recht) oplost in vergoeding van kosten, schade en interessen.⁶⁵ De Hoge Raad had deze redenering in bedoelde arresten nodig om, bij afwezigheid van een wettelijke regeling van de dwangsom, de mogelijkheid in het leven te roepen een veroordeling op voorhand in de nog te lijden schade mogelijk te maken bij een eventuele schending van het rechterlijk bevel of verbod. In de latere toelichting op titel 11 van boek 3 BW is deze constructie in zoverre omarmd dat ook de wetgever er toen vanuit ging dat de rechter de bevoegdheid heeft om een verbintenis ‘te doen ontstaan.’⁶⁶

44. Van Nispen heeft deze constructie, waarbij schending van een rechtsplicht door een bevel of verbod van de rechter wordt omgezet in een verbintenis tot schadevergoeding, verworpen.⁶⁷ Hij beantwoordt ook de vraag of er een verplichting bestaat om, los van de onderliggende verplichting, aan een veroordelend vonnis te voldoen, ontkennend. De rechtskracht van een veroordeling reikt volgens hem niet verder dan het processueel gevolg dat aan het vonnis, zodra het onherroepelijk is, gezag van gewijsde toekomt, met name voor wat het bestaan van eisers aanspraak betreft, en de executiemacht die het vonnis normaliter verschaft om die aanspraak te realiseren. Hij stelt dan ook voor de constructie van het rechterlijk verbod als verbintenisscheppend feit ‘met stille trom te begraven’, terwijl de voorziening bij voorraad als verbintenisscheppend feit in zijn visie ‘zonder praktisch nadeel voorgoed verbannen’ kan worden.

45. Ook Scholten verwierp in zijn noot onder het arrest van de Hoge Raad van 4 maart 1938 inzake *AVRO/Buma* de door de Hoge Raad gekozen constructie.⁶⁸ Hij wierp de vraag op waaraan de rechter de bevoegdheid zou ontleen om een nieuwe verbintenis te scheppen. Het verbod is immers niets anders dan het concretiseren van wat in het algemeen reeds uit het objectieve recht voortvloeit. Drion daarentegen zag dit niet als bezwaar. Volgens hem zet het vonnis, door te concretiseren wie jegens wie gerechtigd of verplicht is, wat voorheen niet meer dan een verplichting was, om in een verbintenis.⁶⁹ Daarmee is in zijn visie noch van een nieuwe verplichting, noch van een nieuwe verbintenis sprake omdat de afdwingbare verplichting die zij belichaamt juist niet nieuw is. Omdat een veroordelend vonnis volgens de wet kan strekken tot een doen of niet doen en omdat de individualisering van een verplichting tot een plichts- en rechtsverhouding tussen twee partijen van de verplichting een verbintenis maakt, is met de wettelijke basis van het veroordelend vonnis volgens Drion tevens de wettelijke basis van het ontstaan van de verbintenis gegeven.

46. Mijn visie is de volgende. Naar oud recht (artikel 1269 BW (oud)) ontstonden verbintenissen ofwel uit overeenkomst, ofwel uit de wet. Deze bepaling werd echter ruim uitgelegd. Niet elke verbintenis behoefde rechtstreeks op een wetsartikel te berusten. Als een situatie niet in de wet was geregeld, moest een oplossing worden aanvaard die in het stelsel van de wet past en die aansluit bij de gevallen die wel zijn geregeld.⁷⁰ In het arrest *Quint/Te Poel* van 30 januari 1959 overwoog de Hoge Raad met betrekking tot de woorden ‘uit de wet’ in artikel 1269 BW (oud) dat het hof daaraan een te

⁶⁵ HR 13 november 1914, *NJ* 1914/98 (*Kieft/Otjes*) en HR 29 december 1921, *NJ* 1922/225.

⁶⁶ PG boek 3 BW, p. 894.

⁶⁷ Van Nispen 1978/18 en 19.

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

⁶⁹ Drion 1962, p. 224.

⁷⁰ Asser/Sieburgh 6-I 2020/48. Daar is ook in uitvoerige zin de geschiedenis van de wettelijke regeling beschreven.

enge ‘uitlegging’ had gegeven door te oordelen dat aan Quint geen vorderingsrecht toekwam omdat het gepretendeerde vorderingsrecht niet in een bepaald wetsartikel steun vond. De woorden ‘uit de wet’ brengen volgens de Hoge Raad mee dat ‘in gevallen die niet bepaaldelijk door de wet zijn geregeld, de oplossing moet worden aanvaard die in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wél in de wet geregelde gevallen.’⁷¹ Drion verwierp mede om die reden het bezwaar van Meijers tegen de door de Hoge Raad gekozen constructie dat buiten het stelsel van artikel 1269 BW (oud) een verbintenis werd aangenomen. Drion omzeilt dat probleem met het argument dat de mogelijkheid van een veroordelend vonnis op de wet is gebaseerd en dat een veroordelend vonnis kan strekken tot een doen of een niet doen. Wanneer dan wordt aangenomen dat de ‘individualisering van een verplichting tot een plichts- en rechtsverhouding tussen twee partijen van de verplichting een verbintenis maakt, dan is met de wettelijke basis van het veroordelend vonnis tevens de wettelijke basis van het ontstaan van deze verbintenis gegeven.’⁷²

47. Volgens het huidige artikel 6:1 BW ontstaan verbintenissen indien dit uit de wet voortvloeit. Daarmee is de wet de enige bron van verbintenissen; ook uit overeenkomsten ontstaan slechts verbintenissen indien dit uit de wet voortvloeit.⁷³ Ook de huidige bepaling heeft echter een ruime strekking en ook thans geldt nog dat niet vereist is dat elke verbintenis rechtstreeks op een wetsartikel steunt. In gevallen die niet uitdrukkelijk in de wet zijn geregeld, moet volgens de parlementaire toelichting de oplossing worden aanvaard die in het stelsel van de wet past en die aansluit bij de wél in de wet geregelde gevallen.⁷⁴ Daarmee is nadrukkelijk aangesloten bij het al aangehaalde arrest *Quint/Te Poel*. Waar de wet bovendien verwijst naar de redelijkheid en billijkheid als norm voor het bestaan of omvang van verbintenissen, moet worden geconcludeerd dat nog steeds geldt dat de woorden ‘uit de wet’ niet zo strikt genomen moeten worden als zij lijken te zijn. Alle verbintenissen die door de wet zijn toegelaten, worden erkend en niet noodzakelijk is dat de wet met zoveel woorden benoemt dat uit een bepaald rechtsfeit een verbintenis ontstaat.⁷⁵

48. Rechterlijke uitspraken worden nog steeds gezien als rechtsfeit waaraan de wet het ontstaan van een verbintenis verbindt.⁷⁶ Sieburgh noemt in dat verband als voorbeelden de veroordeling tot betaling van een dwangsom of de proceskosten en de toekenning van een schadeloosstelling, hetzij krachtens specifieke wettelijke bepaling, hetzij als voorwaarde die door de rechter in het algemeen aan een uitspraak mag worden verbonden.⁷⁷ Deze voorbeelden geven echter geen antwoord op de vraag of een rechterlijk bevel of verbod naar huidig recht een verbintenis in het leven kan roepen die los staat van, of bestaat naast, de onderliggende verbintenis of rechtsplicht, maar tot dezelfde prestatie of hetzelfde nalaten strekt. Een veroordeling tot betaling van een dwangsom is een bijkomende veroordeling, die in zekere zin los staat van die onderliggende verbintenis of rechtsplicht en een nieuwe, voorheen niet bestaande, (voorwaardelijke) verplichting in het leven roept en dat geldt ook voor de proceskosten.⁷⁸ Een veroordeling tot betaling van een schadevergoeding is een remedie die in de plaats kan komen van de onderliggende verbintenis of rechtsplicht, terwijl een bevel of verbod juist bestaat ter versterking van de onderliggende verbintenis of rechtsplicht.

49. Omdat de wet niet vereist dat een verbintenis rechtstreeks op een wetsartikel steunt, laat de wet in beginsel ruimte om te aanvaarden dat een door de rechter uitgesproken bevel of verbod een (nieuwe) verbintenis in het leven roept. Uitgaande van de hierboven opgenomen definitie kan ook

⁷¹ HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600, NJ 1959/548, m.nt. D.J. Veegens (*Quint/Te Poel*).

⁷² Drion 1962, p. 224.

⁷³ De Jong, Krans & Wissink 2018/23.

⁷⁴ PG boek 6, p. 42.

⁷⁵ De Jong, Krans & Wissink 2018/24 en 25.

⁷⁶ Asser/Sieburgh 6-I 2020/53.

⁷⁷ Asser/Sieburgh 6-I 2020/54b.

⁷⁸ Overigens is ook in de parlementaire toelichting op titel 11 van boek 3 BW opgenomen dat een veroordeling tot betaling van een dwangsom een verbintenis in het leven roept, zie PG boek 3, p. 894.

worden aangenomen dat een rechterlijk bevel of verbod een partij jegens een ander aanspraak geeft op een prestatie terwijl die ander op die prestatie aanspraak kan maken. Maar er kunnen nog steeds wel vraagtekens worden gesteld bij de vraag of een rechterlijk bevel en verbod een vermogensrechtelijke betrekking *in het leven roept*. Die betrekking moet er al zijn voordat een rechterlijk bevel of verbod kan worden uitgesproken; zoals gezegd roept dat rechterlijk bevel of verbod geen nieuwe rechten of verplichtingen in het leven die niet al bestonden. Het rechterlijk bevel of verbod is, zo bezien, inderdaad niet meer dan een processueel gevolg. Een schuldeiser uit een verbintenis heeft bovendien een subjectief recht dat overdraagbaar is. Een rechterlijk bevel of verbod is niet overdraagbaar, maar is persoonsgebonden.⁷⁹ Hoewel dus kan worden aangenomen dat de wet toestaat dat een rechterlijk bevel en verbod een verbintenis in het leven roepen, blijft het een bijzondere verbintenis, waarvan in het oog moet worden gehouden dat de kenmerken niet in alle opzichten overeen komen met die van een reguliere verbintenis. De aldus in het leven te roepen verbintenis kan bovendien niet verder strekken dan de onderliggende verbintenis of rechtsplicht en heeft in zoverre dus weinig toegevoegde waarde. De kwalificatie van een rechterlijk bevel of verbod als verbintenisscheppend feit voegt dan ook weinig toe en heeft geen meerwaarde boven het aannemen van het rechterlijk bevel en verbod als zelfstandige verplichting.

50. Toch ben ik, anders dan Van Nispen destijds, van oordeel dat er wel een zelfstandige verplichting bestaat om aan een veroordelend vonnis te voldoen, dus los van de verplichting om aan de onderliggende verbintenis te voldoen. Niet alleen volgt dat uit de aard van een rechterlijke beslissing in een rechtstaat, maar het volgt ook uit de jurisprudentie over de verhouding tussen het in kort geding gegeven bevel of verbod en een latere (andersluidende) bodemuitspraak. Indien immers in een kort geding een verbod of gebod wordt uitgesproken op straffe van een dwangsom en de bodemrechter nadien anders oordeelt, blijft toch de eenmaal verbeurde dwangsom, verbeurd.⁸⁰ Dat is van belang omdat in zo'n geval op basis van de uitspraak van de bodemrechter moet worden geconcludeerd dat er van een onderliggende verplichting – hetzij een verbintenis, hetzij een andere rechtsplicht – geen sprake was. Het bevel of verbod is dus, achteraf bezien, op niets gebaseerd. Uit het feit dat toch de dwangsom verbeurd blijft, moet worden afgeleid dat er wel degelijk een verplichting bestaat om dat achteraf ten onrechte uitgesproken bevel of verbod na te komen.⁸¹ Dat is een sterke aanwijzing voor het zelfstandige karakter van het rechterlijk bevel of verbod.

2.4 Dwangmiddelen

51. Het begrip dwangmiddelen heb ik hiervoor al gebruikt. Ik bedoel daarmee veroordelingen die accessoir zijn aan de hoofdveroordeling en die ertoe strekken dat de veroordeelde voldoet aan de veroordeling. Dwangmiddelen kunnen niet op zichzelf bestaan, maar bestaan slechts ter ondersteuning van een hoofdveroordeling. De belangrijkste (indirecte) dwangmiddelen zijn de dwangsom en de lijfswang.⁸²

2.5 Schadevoorkomingsplichten

52. In de inleiding van dit boek heb ik opgemerkt dat een logisch doel van een regel of norm is dat die regel of norm wordt nageleefd. Ook voor verbintenissen geldt als logisch doel dat zij worden aangegaan om te worden nageleefd en dat, als dit niet gebeurt, die naleving moet kunnen worden

⁷⁹ Asser/ Sieburgh 6-I 2020/11 en Deurvorst, in: *GS onrechtmatige daad*, Rechtsvorderingen, aant. II.2.1.1.5.

⁸⁰ Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 2021/142 en de daar vermelde literatuur. Ook Rueb, Gras, Hendrikse & Jongbloed 2018, p. 376-377.

⁸¹ Zij het dat het onrechtmatig kan zijn geweest om naleving van die uitspraak af te dwingen.

⁸² Op het karakter van de dwangsom en de lijfswang en de voorwaarden waaronder zij kunnen worden opgelegd ben ik uitvoeriger ingegaan in mijn monografie over het rechterlijk bevel en verbod. Van der Helm 2019/48 e.v.

afgedwongen. Het recht is er, met andere woorden, om gehandhaafd te worden.⁸³ Dat geldt temeer wanneer een regel een gedragsnorm bevat die beoogt anderen te beschermen tegen schade of (ander) leed. Dat uitgangspunt brengt eisen mee die aan een remedie gesteld mogen worden. Ik werk het begrip schadevoorkomingsplichten daarom nader uit.

53. Van Boom nam in zijn Rotterdamse oratie tot uitgangspunt dat het primaire doel van aansprakelijkheid is om onrechtmatige schade te voorkomen.⁸⁴ Sowieso heeft in ons aansprakelijkheidsrecht als meer algemeen uitgangspunt te gelden dat iemand een ander geen schade dient te berokkenen. Keirse heeft als ‘traditioneel en universeel meest centrale gedragsnorm’ geformuleerd dat men zonder recht geen gedragingen mag verrichten die schade berokkenen aan belangen ter zake waarvan de belanghebbende het recht had te eisen dat zij zouden worden gerespecteerd.⁸⁵ Het doel van het aansprakelijkheidsrecht is volgens haar niet het vergoeden van schade, maar het onderscheiden van gevallen waarin schade moet worden vergoed en daarmee naar gevallen waarin schade had moeten – of moet – worden voorkomen.⁸⁶ Uit het centrale doel van het aansprakelijkheidsrecht om schade te voorkomen en uit die door Keirse geformuleerde centrale norm volgt de schadevoorkomingsplicht, de verplichting van deelnemers aan het maatschappelijk verkeer om schade te voorkomen. Hoewel de term door Keirse is gemunt, is de gedachte dat schade moet worden voorkomen niet nieuw. Keirse zelf zegt al dat de schadevoorkomingsplicht wortelt in de ‘eeuwenoude fundamente[n] van het aansprakelijkheidsrecht’ en teruggaat op de grondbeginselen van het Romeinse recht.⁸⁷ In België werd, bij gebreke van een regeling gelijk aan artikel 3:296 BW, de grondslag voor een preventief rechterlijk bevel of verbod, gevonden in de meer algemene verplichting om geen onrechtmatige daad te plegen.⁸⁸ De verplichting om geen schade te veroorzaken komt verder bijvoorbeeld ook terug in de Principles of European Tort Law (PETL) en de Draft Common Frame of Reference.

54. In artikel 4:103 PETL is als grondslag voor aansprakelijkheid opgenomen een ‘duty to protect others from damage.’ Die plicht om anderen actief te beschermen tegen schade kan volgens dit artikel bestaan wanneer dit uit de wet volgt en wanneer iemand een gevaarlijke situatie doet ontstaan of controleert. Voorts kan die verplichting bestaan wanneer er een speciale relatie tussen de partijen is of wanneer de ernst van de schade enerzijds en de eenvoud waarmee de schade kan worden voorkomen anderzijds, tot een dergelijke plicht leidt. Volgens de toelichting op dit artikel bestaat er echter in de bestaande juridische systemen geen algemene plicht om zich te bekommeren om de veiligheid en het welzijn van anderen ten opzichte van wie men geen superviserende functie heeft of anderszins een speciale relatie.⁸⁹ Tegelijkertijd bestaat er volgens de toelichting ook een zekere tendens die neigt richting het aannemen van bepaalde verplichtingen met het oog op de bescherming van andermans belangen. De verplichting om op te treden ten behoeve van die andere belangen bestaat in het bijzonder indien een gevaarlijke situatie wordt gecreëerd. Een van de in (de toelichting op) artikel 4:103 PETL genoemde omstandigheden is het gemak waarmee de schade kan worden voorkomen, afgezet tegen de mogelijkheid van (grote) schade. Dat is een factor die grote overeenkomsten vertoont met onze *Kelderluik*-criteria. Als het weinig (moeite of geld) kost om een gevaarlijke situatie op te heffen die tot grote schade kan leiden, bestaat een gehoudenheid daartoe. De schade moet, met andere woorden, worden voorkomen.

⁸³ Aldus Keirse 2009, p. 95. Zij noemt als sprekend voorbeeld de geneeskundige behandelingsovereenkomst, die evident niet gericht is op het creëren van een verhaalsrecht, maar strekt tot het verrichten van een geneeskundige behandeling; alleen daarmee is de patiënt gebaat, niet met vergoeding van schade.

⁸⁴ Van Boom 2006, p. 14.

⁸⁵ Keirse 2017, p. 18.

⁸⁶ Keirse 2017, p. 21. In gelijke zin Asser/Sieburgh 6-IV 2019/18.

⁸⁷ Keirse 2017, p. 18 en 31 e.v., en Keirse 2009, p. 95.

⁸⁸ Bocken 1986.

⁸⁹ European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law, Text and Commentary, 2005, p. 86.

55. Artikel VI-1:102 van Draft Common Frame of Reference bepaalt dat een potentieel gelaedeerde een recht op schadevoorkoming heeft wanneer schade dreigt. Dat recht heeft hij jegens de persoon die aansprakelijk zou zijn voor het veroorzaken van schade wanneer die zich zou verwezenlijken. Ook hierin is dus een duidelijk recht op schadevoorkoming neergelegd, tegenover de daarbij behorende verplichting van een ander om de schade te voorkomen.

56. De schadevoorkomingsplicht verlegt de focus van herstel van verricht onrecht door vergoeding van de daardoor geleden schade, naar voorkoming van dat onrecht en aldus voorkoming van de schade.⁹⁰ Maar het een sluit het ander vanzelfsprekend niet uit. Wanneer een onrechtmatige daad is gepleegd, en een volgende in het verschiet ligt, zal het slachtoffer er een evident belang bij hebben dat een herhaling achterwege blijft en zal hij tegelijkertijd belang hebben bij vergoeding van de schade. Denk aan de situatie waarin een deel van het privé-fotoalbum van een beroemdheid op internet is gezet en publicatie van een volgende deel is aangekondigd. Het belang bij het voorkomen van die tweede publicatie is duidelijk. En wanneer een verbintenis tot levering van goederen is geschonden doordat een afgesproken eerste levering achterwege is gebleven of te laat is uitgevoerd, kan de wederpartij er in de regel belang bij hebben op voorhand zeker te stellen dat een volgende levering op tijd zal worden verricht. In dergelijke gevallen is er onrecht geschied, en mogelijk schade geleden, maar kan er ook nog schade worden voorkomen. De schadevoorkomingsplicht heeft zodoende ook een schadebeperkingscomponent.⁹¹

57. Het belang van de schadevoorkomingsplicht is mede daarin gelegen dat een schuldeiser die het moet doen met schadevergoeding in de regel minder goed af is dan de schuldeiser wiens schade wordt voorkomen. Van schadevergoeding wordt over het algemeen niemand beter, al is het maar omdat het slachtoffer in een civiele procedure niet alleen zal moeten stellen en bewijzen dat er jegens hem onrechtmatig is gehandeld of een verbintenis niet is nagekomen, maar ook dat hij door dat handelen schade heeft geleden op vergoeding waarvan hij aanspraak kan maken. Processueel staat hij in zoverre op een achterstand dat het onbewezen blijven van schade die in causaal verband met het handelen staat, voor zijn risico komt. En dan is de discussie over de vraag of de geschonden norm wel strekte tot bescherming van zijn geleden schade, nog niet eens gevoerd.⁹² Zo had Van Hasselt, de eigenaar van de zandsorteerinstallatie Annette, de emmerbaggermolen Vrouwe Johanna en de ponton Moonlight een lange juridische procedure en een schade van 3,9 mln gulden bespaard kunnen blijven als de duwbak Linda was afgekeurd voor deelname aan het Rijnvaartverkeer.⁹³ Het slachtoffer met letselschade over wie werd geoordeeld dat zij vanwege haar culturele achtergrond rond haar 26^e levensjaar kinderen zou hebben gekregen en daarom 10 jaar niet gewerkt zou hebben en daarna nog maar 50% omdat het 'een feit van algemene bekendheid is dat slechts een kleine groep vrouwen na geboorte van kinderen fulltime blijft werken' had dat vermoedelijk liever in de praktijk ondervonden of het tegendeel bewezen.⁹⁴ Sommige schades zijn bovendien te groot om door een aansprakelijke partij te worden gedragen, terwijl er na het faillissement vaak niets meer te halen is voor de (concurrente) schuldeisers. En zo zijn er talloze voorbeelden te bedenken waarin een slachtoffer achter het net vist doordat hij niet aannemelijk kan maken dat hij juist door het handelen of nalaten van een ander schade heeft geleden.

58. De schadevoorkomingsplicht omvat niet alleen de verplichting om initiële schade te voorkomen, maar ook de verplichting die te beperken door verdere schade te voorkomen. Volgens Keirse bestaat de schadevoorkomingsplicht dan ook uit drie fasen, namelijk voorzorg, zorg en

⁹⁰ Vgl. Gillaerts 2020, p. 89, die spreekt van de 'anticipatieve functie'. Zie hierover ook Hartlief & Spier 2020/331a. Herstel van schade is overigens nog weer iets anders dan vergoeding van schade.

⁹¹ Keirse 2017, p. 18.

⁹² Ik zal hierna (paragraaf 7.3.4 e.v.) uitwerken dat het relativiteitsvereiste ook geldt bij de toepassing van artikel 3:296 BW.

⁹³ HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, NJ 2006/281, m.nt. J. Hijma (*duwbak Linda*).

⁹⁴ Rb. Den Haag 23 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9276.

nazorg.⁹⁵ Dat onderscheid kan ook worden uitgedrukt door te spreken van primaire, secundaire en tertiaire preventie.⁹⁶ In alle gevallen gaat het erom (verdere) schade te voorkomen.

59. De schadevoorkomingsplicht zoals door Keirse gedefinieerd heeft weliswaar een breder bereik dan het preventiebeginsel dat binnen de kader van het EVRM tot stand is gekomen, maar heeft een vergelijkbare werking. Het preventiebeginsel is in de jurisprudentie van het EHRM tot uitdrukking gekomen in het kader van de positieve verplichtingen die het EHRM bij de toepassing van de artikelen 2 en 8 EVRM heeft geformuleerd.⁹⁷ In die jurisprudentie is aanvaard dat op lidstaten niet alleen de verplichting rust om op de door de artikelen 2 en 8 EVRM beschermde rechten geen inbreuk te maken, maar ook om die rechten te beschermen door specifieke maatregelen te nemen om een schending te voorkomen. Die positieve verplichtingen hebben een preventief karakter: zij zijn bedoeld om te voorkomen dat er een schending van de verdragsrechten plaatsvindt.⁹⁸ Al in de zaak *L.C.B./United Kingdom* overwoog het EHRM dat het recht op leven niet alleen meebrengt dat een lidstaat zich moet onthouden van ‘the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction’ en ‘all that could have been required of it to prevent the applicant’s life from being avoidably put at risk.’⁹⁹ Dat preventieve karakter van de te nemen maatregelen is onder meer herhaald in het *Osman*-arrest.¹⁰⁰ Ook in de zaak *Önderyildiz* werd dat oordeel herhaald, en bovendien ook ingevuld in die zin dat daaraan werd toegevoegd dat van de staat wordt verwacht wetgevende en administratieve maatregelen te treffen die een ‘effective deterrence’ bieden tegen bedreigingen van het recht op leven.¹⁰¹ Het preventiebeginsel is daarmee op een vergelijkbaar uitgangspunt gebaseerd als de schadevoorkomingsplicht.

60. Het preventiebeginsel uit het EVRM is op zijn beurt weer te onderscheiden van het voorzorgsbeginsel. Het voorzorgsbeginsel brengt mee dat ook bij (wetenschappelijke) onzekerheid ten aanzien van het intreden van bepaalde gevolgen, het aangewezen kan zijn om in te grijpen en bijvoorbeeld bepaalde activiteiten te verbieden of te voorkomen.¹⁰² Het voorzorgsbeginsel heeft ook een negatief element, dat inhoudt dat het feit dat er geen voorzorgsmaatregelen zijn genomen bij plausibele vermoedens van het bestaan van een onaanvaardbaar risico, niet kan worden gerechtvaardigd met een beroep op de onzekerheid over de schadelijkheid van een gedraging.¹⁰³ Het voorzorgsbeginsel vlakt als het ware die onzekerheid uit door uit te gaan van het bestaan van een risico en de te nemen maatregelen daarop te baseren. Het voorzorgsbeginsel is thans onder meer neergelegd in artikel 191, lid 2 VWEU en is door het EHRM toegepast in het arrest *Tatar/Roemenië*.¹⁰⁴ Het voorzorgsbeginsel is daarmee een beginsel voor publieke beslissingen, maar iets anders dan preventie omdat preventie uitgaat van een bewezen causaal verband tussen een handeling enerzijds en schade anderzijds.¹⁰⁵ Het voorzorgsbeginsel heeft tegelijkertijd wel een preventief effect omdat het hoe dan ook ertoe strekt de verwezenlijking van risico’s te voorkomen.

61. Het preventiebeginsel en het voorzorgsbeginsel leggen volgens het EVRM verplichtingen op aan staten in het kader van de bescherming van verdragsrechten. De schadevoorkomingsplicht gaat verder en legt op eenieder op wie een rechtsplicht rust, de verplichting tot nakoming van die

⁹⁵ Keirse 2017, p. 27.

⁹⁶ Gillaerts 2020, p. 87.

⁹⁷ Hierover nader: Emaus 2019.

⁹⁸ Aldus ook conclusie A-G vóór HR 20 december 2019, ECLI:NL:PHR:2019:887, par. 2.53 (*Urgenda*).

⁹⁹ EHRM 9 juni 1998, nr. 14/1997/798/1001, rov. 36 (*L.C.B./the United Kingdom*).

¹⁰⁰ EHRM 28 oktober 1998, nr. 23452/94 (*Osman/the United Kingdom*).

¹⁰¹ EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99, rov. 89 (*Önderyildiz / Turkije*).

¹⁰² Aldus: Emaus 2019. Gillaerts 2020, p. 90.

¹⁰³ De Jong 2016, p. 68.

¹⁰⁴ EHRM 27 januari 2009, ECLI:CE:2009:0127JUDO006702101 (*Tatar/Roemenië*). Zie voor een breder scala aan toepassingen De Jong 2016, p. 67.

¹⁰⁵ Gillaerts 2020, p. 90.

rechtsplicht op. Ik noem de beginselen toch omdat zij uiteindelijk ook zijn gebaseerd op het uitgangspunt dat voorkomen beter is dan genezen.

2.6 *Rechtsvorderingen*

62. Artikel 3:296 BW is geplaatst in de afdeling ‘rechtsvorderingen’. Voordat er meer over die plaats kan worden gezegd, moet worden onderzocht wat er met het begrip ‘rechtsvorderingen’ wordt bedoeld.¹⁰⁶ In de parlementaire toelichting wordt het begrip in de algemene toelichting op titel 11 niet gedefinieerd. Er wordt slechts gesproken over *‘rechtsvorderingen als zijnde middelen tot handhaving van rechten en bevoegdheden’*.¹⁰⁷ In de regel wordt het begrip ‘rechtsvordering’ onderscheiden van het begrip ‘vorderingsrecht’ en natuurlijk van de vordering of de aanspraak als zodanig.¹⁰⁸ Dat laatste is het materiële recht van de schuldeiser, terwijl het vorderingsrecht de *bevoegdheid* is om dat recht geldend te maken. De rechtsvordering dient hiervan te worden onderscheiden en is het processuele *middel* dat het mogelijk maakt om de aanspraak af te dwingen of te handhaven.

63. Het onderscheid is echter minder eenvoudig dan het lijkt omdat het begrip rechtsvordering door de wetgever op verschillende manieren wordt gebruikt. Zo bepaalt artikel 3:306 BW bijvoorbeeld dat een rechtsvordering verjaart door verloop van twintig jaren. Zo gebruikt, is de rechtsvordering dus niet het *middel* om een subjectief recht geldend te maken, maar is het de *bevoegdheid* om het recht geldend te maken. Wanneer het begrip rechtsvordering wordt gebruikt om die bevoegdheid aan te geven, wordt ook wel van de materiële betekenis van het begrip rechtsvordering gesproken, terwijl, wanneer het begrip rechtsvordering wordt gebruikt om alleen het middel aan te geven, gesproken wordt over de formele betekenis.¹⁰⁹ Voor het praktische gebruik van de rechterlijke bevoegdheid om een bevel of een verbod uit te vaardigen is dit onderscheid van beperkte relevantie. Ik gebruik het begrip rechtsvordering in het navolgende dan ook in die zin dat daarmee wordt bedoeld op het middel om het materiële recht af te dwingen. Daarmee is ook duidelijk dat de toepassing van artikel 3:296 BW afhankelijk is van het bestaan van dat materiële recht. Een materieel recht op nakoming als zodanig is in het Burgerlijk Wetboek immers niet voorzien.¹¹⁰

64. Titel 11 van boek 3 BW bestaat uit vier gedeelten. Het eerste deel omvat de artikelen 3:296 tot en met 3:301 BW, die betrekking hebben op de vordering tot nakoming en de reële executie. De artikelen 3:302-3:305d BW geven enkele meer algemene regels over rechtsvorderingen. Van die algemene regels is voor het onderwerp het rechterlijk bevel en verbod vooral artikel 3:303 BW relevant (het vereiste van voldoende belang; hierover nader paragraaf 7.6-7.8 van dit boek). De artikelen 3:306-3:325 BW regelen de verjaring, terwijl artikel 3:326 BW inhoudt dat de bepalingen van titel 11 buiten het vermogensrecht overeenkomstige toepassing vinden, voor zover de aard van de betrokken rechtsverhouding zich daartegen niet verzet. Dat laatste artikel vergroot de mogelijkheid tot het uitspreken van een rechterlijk bevel en verbod in theorie aanmerkelijk.

65. De keuze om de rechtsvorderingen in het Burgerlijk Wetboek te regelen en niet in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is hierdoor ingegeven dat rechtsvorderingen nauw met de subjectieve rechten samenhangen en dat het onmogelijk werd geacht ‘eens en voor al een principiële scheiding aan te brengen.’¹¹¹ De keuze voor plaatsing in het Burgerlijk Wetboek is als volgt verklaard:

‘Voor hem, die de kern van burgerlijke rechten in de rechtsvorderingen gelegen acht, zodat zonder rechtsvorderingen geen burgerlijk recht kan erkend worden, spreekt dit vanzelf. Maar ook indien men, gelijk het ontwerp doet, niet de rechtsvordering als de kern van ieder burgerlijk recht beschouwt,

¹⁰⁶ Hierover ook: Heemskerk 1974.

¹⁰⁷ PG Boek 3, p. 893-894 bovenaan.

¹⁰⁸ Zie hierover Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, titel 11 Boek 3 BW, aant. A4.

¹⁰⁹ Zie Groeneveld-Tijssens 2015/11 en de daar genoemde literatuur.

¹¹⁰ Hierover: Haas 2009, p. 12 e.v.

¹¹¹ PG Boek 3, p. 893.

*maar aan een burgerlijk recht betekenis toekent onafhankelijk van het bestaan van een rechtsvordering, dan nog is de betekenis van de rechtsvordering voor hem aan wie een recht toekomt, zo groot, dat een al of niet toekenning in het burgerlijk wetboek haar grondslag moet vinden.*¹¹²

66. In zijn oratie merkte Heemskerk op dat de plaatsing van titel 11 in het Burgerlijk Wetboek berust op een onjuiste gedachte. Hij betoogde kort gezegd dat titel 11 bestaat uit procesrechtelijke onderwerpen die in het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering moeten worden geregeld.¹¹³ In zijn dissertatie bestreed ook Jongbloed de plaatsing van titel 11 in het Burgerlijk Wetboek. Hij pleitte er toen nog voor in het Burgerlijk Wetboek het materiële recht op te nemen en in een apart wetboek het handhavingsrecht.¹¹⁴ Naar mijn indruk moeten wij inmiddels concluderen dat het – wat er verder ook zij van de dogmatische overwegingen die voor het ene of het andere standpunt pleiten – niet tot problemen leidt dat de bevoegdheid om een rechtsvordering in te stellen strekkende tot een bevel of een verbod in het Burgerlijk Wetboek is neergelegd. Het volstaat dat die bevoegdheid er is.

67. Opmerking verdient dat uit artikel 3:326 BW volgt dat de bepalingen van titel 11 buiten het vermogensrecht overeenkomstige toepassing vinden, voor zover de aard van de betrokken rechtsverhouding zich daartegen niet verzet. Hoewel dit artikel ook en vooral van belang is voor de andere bepalingen van titel 11, krijgt ook artikel 3:296 BW daarmee theoretisch een tamelijk ruime strekking en kan het artikel ook werken in bijvoorbeeld het familierecht en het rechtspersonenrecht.¹¹⁵ De aard van de rechtsverhouding kan zich echter verzetten tegen het geven van een bevel, hetgeen met name in het familierecht aan de orde kan zijn. Het belang van het artikel is verder gelegen in het feit dat door deze schakelbepaling verplichtingen die op de overheid rusten, maar die niet tot het vermogensrecht behoren, afgedwongen kunnen worden bij de burgerlijke rechter.¹¹⁶

¹¹² PG Boek 3, p. 893.

¹¹³ Heemskerk 1974, p. 24 e.v.

¹¹⁴ Jongbloed 1987, p. 277. Zie ook Heemskerk 1974, p. 24.

¹¹⁵ PG Boek 3, p. 895. Zie hierover ook Haas 2009, p. 12.

¹¹⁶ Vanzelfsprekend tenzij er een met voldoende waarborgen omklede andere rechtsgang is, meestal bij de bestuursrechter.

Deel 1

3. Doelen van het burgerlijk (proces)recht, toegang tot de rechter en effectieve rechtsbescherming

3.1 Inleiding

In een geordende samenleving wordt het niet dan ten dele toegelaten, dat de gerechtigde desgeraden met eigen geweld tegenover anderen zorg draagt voor de verwerkelijking van zijn recht; waartegenover de gemeenschap den duren plicht krijgt haar machtsmiddelen ter beschikking te stellen, rechtstreeks of middellijk, van hem wiens recht op voldoende geachte waarborgen biedende wijze is vastgelegd. De staat, die de eigenrichting niet binnen zekere perken houdt, delft zijn eigen graf; de staat, die het executierecht en zijn verwezenlijking veronachtzaamt, doet het evenzeer.¹¹⁷

68. Het hierboven opgenomen citaat is het begin van de toelichting van Cleveringa op het toenmalige artikel 430 Rv, dat onder meer bepaalde dat ‘de grossen van de vonnissen in de Nederlanden gewezen, zullen kunnen worden ten uitvoer gelegd in het geheele rijk.’ Het lijkt niet logisch om een uiteenzetting over de doelen van het burgerlijk (proces)recht te beginnen met het schrikbeeld van eigenrichting, waarmee bedoeld wordt de situatie dat een gepretendeerde aanspraak met eigen middelen en niet via de overheidsrechter, wordt afgedwongen. Het burgerlijk procesrecht, waarmee ik doel op het geheel van (privaatrechtelijke) regels dat betrekking heeft op de inrichting en het verloop van de beslechting van een privaatrechtelijk geschil tussen twee of meer partijen en de tenuitvoerlegging van een daarop volgende rechterlijke of arbitrale beslissing,¹¹⁸ beoogt immers méér dan het voorkomen van (ongeoorloofde) eigenrichting.¹¹⁹ Toch is het goed om te bedenken dat zonder het bestaan van geschikte remedies de bereidheid om geschillen langs de geëigende juridische weg op te lossen, zal kunnen afnemen.¹²⁰ Materieel recht zonder de mogelijkheid van effectuering daarvan, is geen materieel recht, aldus Snijders, Klaassen & Meijer.¹²¹ Daarmee is als belangrijkste functie van het burgerlijk (proces)recht gegeven de mogelijkheid tot verwezenlijking van (gepretendeerde) aanspraken op materiële rechten, of, in andere bewoordingen, handhaving van de door het materiële recht nagestreefde orde.¹²² Daarmee is ook duidelijk gemaakt dat het procesrecht niet op zichzelf staat of kan bestaan; het burgerlijk procesrecht en het burgerlijk recht zijn sterk verweven.¹²³ Zonder materiële rechten heeft het procesrecht weinig functie; het dient middelen te verschaffen ter handhaving van die materiële rechten. Het procesrecht is er, met andere woorden, niet voor het procesrecht.¹²⁴ De samenhang tussen rechtsvorderingen en subjectieve rechten is zelfs de reden geweest om in boek 3 BW een afzonderlijke titel aan de rechtsvorderingen te wijden.¹²⁵ Dat betekent in zekere zin dat het doel van het procesrecht niet kan worden bepaald zonder ook het doel of de functie van de materiële rechten of, in brede zin, het privaatrecht, te bepalen.

¹¹⁷ Cleveringa 1972, p. 993.

¹¹⁸ Vgl. Asser/Procesrecht/Giessen 1 2015/9. Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/7.

¹¹⁹ Ik laat het woord eigenrichting voorafgaan door het woord ‘ongeoorloofde’. Theoretisch kan eigenrichting in uitzonderlijke gevallen zijn toegestaan, bijvoorbeeld in de situatie waarin tijdige overheidshulp ontbreekt. Zie hierover Gras, Hendrikse & Jongbloed 2021, p. 3, die het voorbeeld noemen van de eigenaar die zijn fiets gestolen ziet worden en die dat verhindert.

¹²⁰ Volgens de minister zijn ‘rechtsorde en rechtspleging noodzakelijk voor de ontwikkeling en het in stand houden van maatschappelijk vertrouwen.’ Zie *Kamerstukken II* 2006-2007, 30 951, nr. 1, p. 8. Lewin ziet de door de overheid geregelde rechtsbescherming als uitvloeisel van het geweldsmonopolie van de overheid, Lewin 2013, p. 9.

¹²¹ Snijders, Klaassen & Meijer 2017/10. In gelijke zin: Verheij 2002, p. 445. Hondius wijst er overigens op dat deze stelling niet op gaat voor de natuurlijke verbintenis. Hondius 2009, p. 51.

¹²² Rueb, Gras, Hendrikse & Jongbloed 2021, p. 1.

¹²³ Vgl. Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/7.

¹²⁴ Aldus, in iets ander verband, Smits 2008, p. 37.

¹²⁵ PG Boek 3, p. 893.

3.2 Doelen van het burgerlijk recht

69. Ik onderzoek de doelen van het privaatrecht in het kader van de meer omvattende vraag of er een aanspraak bestaat op een preventieve remedie en de vraag wanneer een remedie effectief is. De wenselijkheid van een bepaalde remedie zal immers uit die doelen kunnen voortvloeien. Hondius stelde ten aanzien van de doelen van het privaatrecht tegenover elkaar de functie van vergeldende rechtvaardigheid van het privaatrecht enerzijds en het bereiken van bepaalde beleidsdoelstellingen anderzijds.¹²⁶ Die tweedeling is in zoverre te beperkt dat zij geen antwoord geeft op de vraag of het doel van het materiële recht is de nakoming van dat recht enerzijds of het voorzien in een grondslag voor vergoeding van schade indien dat materiële recht wordt geschonden anderzijds. Kortmann zoekt het doel van het onrechtmatige daadrecht duidelijk in het eerste: het doel is simpelweg het herstel van schade veroorzaakt door een onrechtmatige daad.¹²⁷ Hij verwierpt de gedachte dat het aansprakelijkheidsrecht bedoeld is als instrument om wettelijke regels na te doen leven. Herstel van schade is daarbij overigens strikt genomen weer te onderscheiden van de vergoeding van schade, zij het dat in veel gevallen herstel en vergoeding naar vorm overeenkomen.¹²⁸ Van Boom laat een heel ander geluid horen: regels zijn ontworpen met het oog op bepaalde doelen en die doelen worden verondersteld bereikt te worden door naleving van de regels.¹²⁹ Het primaire doel van aansprakelijkheid is volgens Van Boom, met name bij dood en lichamelijk letsel, preventie.¹³⁰ Ook het verschaffen van een ontmoediging voor de schuldenaar en anderen om het onrechtmatig handelen te herhalen, beschouwt hij als een van de doelen van de privaatrechtelijke remedies.¹³¹ Ook Van Dam neemt tot uitgangspunt dat het doel van het aansprakelijkheidsrecht niet is het vergoeden van schade, maar het vaststellen van de omvang van rechten en verplichtingen en om in geval van rechtsschending te voorzien in rechtsherstel.¹³² Hij brengt naar voren dat niet 'ieder draagt zijn eigen schade' het juiste adagium is, maar 'ieder heeft recht op een effectieve bescherming van zijn rechten en belangen.'¹³³ Daarmee is effectieve rechtsbescherming volgens hem het doel van het aansprakelijkheidsrecht.¹³⁴ Van Dam maakt vervolgens een onderscheid tussen de bescherming van rechten en belangen tegen aantasting door derden enerzijds en het vergoeden van schade (compensatie), het voorkomen van schade (preventie) of het spreiden van schade anderzijds. Die laatste categorieën beschouwt hij niet als (primaire) doelen van het aansprakelijkheidsrecht. Onder preventie verstaat hij evenwel niet een remedie die strekt tot het voorkomen van schade, maar de vraag of het risico om aansprakelijk te zijn leidt tot gedragsbeïnvloeding, met andere woorden, de vraag of iemand voorzichtiger wordt als hij mogelijk aansprakelijk is.¹³⁵ Die vorm van preventie wordt ten aanzien van smartengeld ook door Verheij genoemd.¹³⁶ Hij wijst erop dat in de literatuur hoge bedragen aan smartengeld worden bepleit juist om een preventieve functie te vervullen, maar zonder dat sprake is van een zogenaamde 'punitive damage.'¹³⁷ Preventie als een van de functies van het privaatrecht wordt ook door Hartlief en Wiznitzer aanvaard, naast vergoeding van schade, spreiding en kostenallocatie.¹³⁸ En ook rechtseconomen aanvaarden preventie als functie van het aansprakelijkheidsrecht om schade te verminderen.¹³⁹ Het gaat dan echter steeds om preventie in bredere maatschappelijke zin, waarbij het

¹²⁶ Hondius 2009, p. 53.

¹²⁷ Kortmann 2009, p. 6.

¹²⁸ Zie hierover bijvoorbeeld Verheij 2002, p. 404.

¹²⁹ Van Boom 2006, p. 7.

¹³⁰ Van Boom 2006, p. 14.

¹³¹ Van Boom 2006, p. 18.

¹³² Van Dam 2020, p. 29.

¹³³ Van Dam 2015, p. 17. Ook Van Dam 2000, p. 2 en 5.

¹³⁴ Van Dam 2015, p. 18.

¹³⁵ Van Dam 2020, p. 33.

¹³⁶ Verheij 2002, p. 406.

¹³⁷ Verheij 2002, p. 412.

¹³⁸ Hartlief 2003, p. 9 e.v., Wiznitzer 2021, p. 31.

¹³⁹ Hierover: Faure 2003, p. 226 e.v. Langenberg & Visscher 2022.

aansprakelijkheidsrecht wordt gezien als een middel om gedragsverandering te bewerkstelligen.¹⁴⁰ Hartlief wees er echter ook op dat ‘wij in het privaatrecht’ betrekkelijk weinig weten over gedrag.¹⁴¹ In een verkenning van het psychologische begrip ‘attributie’ heeft Giesen de nodige vraagtekens gezet bij de veronderstelling dat regels als zodanig gedragsbeïnvloeding tot gevolg hebben.¹⁴² Gedrag wordt beïnvloed door vele overwegingen en aansprakelijkheid is veelal slechts één prikkel van alle prikkels die tot bepaald gedrag leiden.¹⁴³ In haar onderzoek naar de invloed van het aansprakelijkheidsrecht op het handelen van artsen heeft Wiznitzer aangetoond dat die invloed gering of afwezig is.¹⁴⁴ Ik laat die vraag – leiden regels daadwerkelijk tot gedragsbeïnvloeding? – hier verder rusten. Voor mij is van belang dat preventie en dus de veronderstelling¹⁴⁵ dat regels tot gedragsbeïnvloeding leiden, een doel is van het aansprakelijkheidsrecht. Dat gegeven is, ook als moet worden aangenomen dat regels als zodanig niet automatisch en niet steeds tot vrijwillige gedragsbeïnvloeding leiden, van belang voor de eisen waaraan een remedie moet voldoen die ertoe strekt het voorgeschreven gedrag af te dwingen.

70. Sieburgh zoekt het doel van de buitencontractuele aansprakelijkheid in het vinden van de balans tussen de twee gezichtspunten ‘ieder draagt zijn eigen schade’ enerzijds en ‘berokken een ander geen schade’ anderzijds.¹⁴⁶ Zij verwerpt ook de gedachte dat een van deze gezichtspunten zou kunnen dienen als het uitgangspunt van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, omdat het resultaat waartoe zij leiden, tegengesteld is. Het gegeven dat een van de uitgangspunten van de buitencontractuele aansprakelijkheid is dat een ander geen schade berokkend mag worden, weerspiegelt mijns inziens echter dat een van de doelen van het privaatrecht juist is het voorkomen van die schade.

71. Dat volgt ook uit de doelen van privaatrechtelijke *sanctionering* die Van Nispen noemt. Als twee (van de zes) doelen geeft hij het voorkomen van dreigend onrecht en de handhaving van rechten.¹⁴⁷ Ook bij die doelen van sanctionering (het voorkomen van dreigend onrecht en de handhaving van rechten), is de onderliggende presumptie dat rechten moeten worden gehandhaafd en niet dat schending van die rechten moet worden hersteld door een schadevergoeding. Van Boom neemt zelfs aan dat een handavingsinstrument pas effectuerend of doelmatig is als het weet bij te dragen aan de aan de materiële rechten ten grondslag liggende regel.¹⁴⁸ Als dat de lat is waarlangs de effectiviteit van een remedie wordt gelegd, duidt dat erop dat naleving van de regel het doel is, en niet herstel door schadevergoeding bij een schending van die regel. Dat naleving van een regel het doel van die regel is volgt in zekere zin ook uit de dagelijkse praktijk: verbintenissen uit overeenkomst worden in de regel nagekomen en (ook andere) wettelijke regels worden in veel gevallen vrijwillig geëerbiedigd.

72. Keirse kiest in haar werk over de schadevoorkomingsplicht nadrukkelijk de meer instrumentele benadering van het privaatrecht: het privaatrecht beoogt onder meer een veilige leefomgeving te bevorderen, eenieder dient te handelen conform de maatschappelijke zorgvuldigheid en van hen die contracteren wordt verlangd dat zij hun best doen om de overeenkomst tot een goed

¹⁴⁰ Visscher 2020.

¹⁴¹ Hartlief 2008, p. 774.

¹⁴² Giesen 2008, p. 201.

¹⁴³ Barendrecht 2002, p. 607. Barendrecht wijst er op dat aansprakelijkheid bovendien veelal gedekt is door een verzekering.

¹⁴⁴ Wiznitzer 2021, p. 289.

¹⁴⁵ Die veronderstelling gaat er ook vanuit dat de regels die moeten worden nageleefd bekend zijn. Ook dat is niet altijd het geval. Bovendien moet er inzicht bestaan in de kosten (schade) die bepaald gedrag meebrengt en de voordelen van de naleving van de regel of het nemen van voorzorgsmaatregelen, zodat daartussen een afweging kan worden gemaakt. Hierover: Visscher 2020.

¹⁴⁶ Asser/Sieburgh 6-IV 2019/18 en 19.

¹⁴⁷ Van Nispen 2018/5.

¹⁴⁸ Van Boom 2007, p. 982.

einde te brengen op de manier die was beoogd.¹⁴⁹ Volgens Keirse staat in boek 6 BW centraal dat schade zonder recht berokkend aan een ander, moet worden voorkomen.¹⁵⁰ Zij verwerpt de gedachte dat het vergoeden van schade de eerste en belangrijkste doelstelling van het aansprakelijkheidsrecht is. Het doel is volgens haar het onderscheiden van gevallen waarin een schade moet worden vergoed. Aldus wordt feitelijk gezocht naar gevallen waarin schade had moeten voorkomen.¹⁵¹ In het verlengde daarvan verwerpt zij ook de gedachte dat schade mag worden toegebracht zolang die maar wordt vergoed.¹⁵² En ook Kolder meent dat de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht, die erop gericht is de schade te voorkomen, ‘de toekomst heeft.’¹⁵³ Datzelfde zag Dubbink in 1998, zij het juist als gevolg van de veelvuldige toepassing van het rechterlijk bevel en verbod. Door de grote plaats die het bevel en verbod hebben verworven, kon volgens hem niet langer schadevergoeding, maar het voorkomen van onrechtmatig handelen als hoofdtrek van het recht worden genoemd.¹⁵⁴ Interessant aan die benadering is dat het karakter van het recht wordt afgeleid uit de toepassing van een bepaalde remedie, en niet omgekeerd.

73. In de PETL is als Titel VI een hoofdstuk over remedies opgenomen. De titel neemt tot uitgangspunt dat schade wordt vergoed door betaling van een som geld om het slachtoffer zoveel mogelijk in de oude positie te herstellen (artikel 10:101). Dat laat onverlet dat preventie ook in de PETL een belangrijke rol inneemt. Artikel 10:101 PETL vermeldt met zoveel woorden ‘damages also serve the aim of preventing harm’. En artikel 2:104 PETL bepaalt in dat verband dat kosten die gemaakt worden om schade te voorkomen hebben te gelden als vergoedbare schade. De achtergrond daarvan is dat het niet goedkoper mag zijn om schade te veroorzaken dan om die te voorkomen.

74. Het feit dat in artikel 10:101 PETL de nadruk is gelegd op het herstellende karakter van schadevergoeding, betekent dan ook niet dat er geen oog is geweest voor het preventieve karakter van het aansprakelijkheidsrecht. Dat blijkt uit de laatste zin van het artikel en ook uit de toelichting erop. Volgens de toelichting behoeft ‘the aim of preventing harm’ namelijk eigenlijk geen toelichting. Het vooruitzicht schade te moeten vergoeden zal een mogelijke laedens dwingen, of in ieder geval aanmoedigen het toebrengen van schade zo veel mogelijk te vermijden.¹⁵⁵ In de toelichting op artikel 2:104 PETL is ook met zoveel woorden opgenomen dat het in het aansprakelijkheidsrecht niet alleen gaat om compensatie, maar ook om preventie.

75. Ik onderschrijf de meer instrumentele benadering van het privaatrecht, waarmee ik bedoel dat het privaatrecht mede ertoe strekt schade te voorkomen. Het recht – en ook het privaatrecht – geeft normatieve regels voor de samenleving. Sommige van die regels zijn van alle tijden en andere regels komen tot stand onder druk van actuele gebeurtenissen, maar de norm is steeds dat die regels worden nageleefd, niet dat schending van de regel vrij staat mits de daardoor veroorzaakte schade wordt vergoed of, in het straf- of bestuursrecht, de opgelegde sanctie wordt aanvaard of voldaan.¹⁵⁶ Daarbij is het van belang onder ogen te zien dat bepaalde handelingen wel in strijd kunnen zijn met een norm, maar niettemin geen schade veroorzaken. Wanneer niet wordt aangenomen dat dergelijk handelen preventief moet worden voorkomen, staat het slachtoffer met lege handen. Ik ben daarmee dus ook van mening dat niet schadevergoeding, maar preventie of schadevoorkoming het belangrijkste doel van het aansprakelijkheidsrecht moet zijn. Zoals ik hiervoor al opmerkte is een slachtoffer dat op schadevergoeding is aangewezen om herstel in de oude toestand te bewerkstelligen veelal minder goed af dan het slachtoffer dat de schade bespaard is gebleven. Voor het contractenrecht geldt in belangrijke

¹⁴⁹ Keirse 2009, p. 95.

¹⁵⁰ Keirse 2009, p. 100.

¹⁵¹ Keirse 2017, p. 21.

¹⁵² Keirse 2017, p. 23.

¹⁵³ Kolder 2017, p. 193.

¹⁵⁴ Dubbink 1998, p. 12.

¹⁵⁵ European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law, Text and Commentary, 2005, p. 150 en 152.

¹⁵⁶ Vgl. ook Lewin 2013, p. 9, die aanneemt dat het de overheid is die wil dat regels worden nageleefd.

mate hetzelfde: het doel van het sluiten van een overeenkomst is niet de niet-nakoming van de uit die overeenkomst voortvloeiende verbintenissen, maar de nakoming ervan. Het privaatrecht dient daarop gericht te zijn en dat geldt dus ook voor de privaatrechtelijke handhavingsmechanismen.

76. Daarmee betoog ik niet dat preventie de exclusieve functie is van het privaatrecht. Het is evident dat niet alle normschendingen kunnen worden voorkomen en dat het privaatrecht ook moet voorzien in herstel van geleden schade. Schadevergoeding is daarmee ook een onmisbaar doel van het aansprakelijkheidsrecht.¹⁵⁷ De focus moet niettemin gericht zijn op voorkoming daarvan als die voorkoming nog mogelijk is.

77. De gedachte dat schadevoorkoming het primaire doel van het aansprakelijkheidsrecht is, strookt ook met het uitgangspunt van artikel 3:296 BW waaruit volgt dat juist een aanspraak op voorkoming bestaat. In de nogal summiere parlementaire toelichting op het artikel is dit uitgangspunt echter niet terug te lezen. De bepaling behoeft 'weinig toelichting', kennelijk omdat hetgeen daarin is neergelegd als vanzelfsprekend werd beschouwd.¹⁵⁸ Er is slechts opgemerkt dat voor de vraag of een benadeelde een verbod kan vragen van toekomstige onrechtmatige handelingen, van belang is of hij daarbij een voldoende belang (in de zin van artikel 3:303 BW) heeft. Vervolgens is opgemerkt:

*'Immers krachtens de wet is de benadeelde (bedoeld zal zijn: de pleger – JH) verplicht zodanige daden na te laten en valt dit geval dus onder het verplicht zijn om iets na te laten.'*¹⁵⁹

78. Het uitgangspunt dat er een verplichting bestaat onrechtmatige daden na te laten of contractuele verbintenissen na te komen, is dus in artikel 3:296 BW erkend, maar dat voorkoming van onrechtmatig handelen ook het doel is van het materiële recht of het procesrecht is in ieder geval in de toelichting op het artikel niet terug te vinden. Dat leidt mij evenwel niet tot een andere conclusie, omdat zonder dit doel een bepaling als artikel 3:296 BW niet goed denkbaar zou zijn.

3.3 Doelen van het burgerlijk procesrecht

79. Vanwege de dienende functie van het burgerlijk procesrecht, ligt het voor de hand dat de doelen van het burgerlijk procesrecht samenhangen met de doelen van het materiële recht.¹⁶⁰ Het burgerlijk procesrecht dient er aldus ook op gericht te zijn dat het recht op voorkoming van schade, dus de preventieve functie van het privaatrecht, kan worden afgedwongen. Ook hier geldt overigens dat, zelfs als de focus op voorkoming van schade wordt gericht, dat geen exclusieve functie van het (proces)recht kan zijn.

80. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht is in bredere zin opgenomen dat het procesrecht *'de rechtzoekende een efficiënte, effectieve en eerlijke mogelijkheid (moet) bieden om zijn materiële rechten te verwezenlijken.'*¹⁶¹ Er is geen reden om het met dit uitgangspunt oneens te zijn, maar erg specifiek zijn de toevoegingen 'efficiënt, effectief en eerlijk' niet.¹⁶² En in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht is te lezen dat het burgerlijk procesrecht moet voorzien in *'procedures die efficiënt en eerlijk verlopen en tot rechterlijke beslissingen leiden die gebaseerd zijn op een juiste vaststelling van de feiten'* en dat het doel van het voeren van een civiele procedure is

¹⁵⁷ Vgl. Van Dam 2015, p. 18.

¹⁵⁸ PG Boek 3 BW, p. 895.

¹⁵⁹ PG Boek 3 BW, p. 895.

¹⁶⁰ Volgens Bakels is het burgerlijk procesrecht zelfs bij uitstek dienend recht, Bakels 2009, p. 337.

¹⁶¹ Kamerstukken II 2014-2015, 34059, nr. 3, p. 4.

¹⁶² Dit doel wordt letterlijk ook door De Groot genoemd, De Groot 2008, 34.

*'het verkrijgen van een juiste en rechtvaardige beslissing.'*¹⁶³ Een iets andere benadering dus, maar nog steeds moet het gaan om een efficiënte en eerlijke procedure.

81. Dat verwezenlijking van materiële rechten, zoals genoemd in de toelichting op het wetsvoorstel, de primaire functie van het procesrecht is, is op zichzelf juist.¹⁶⁴ Die verwezenlijking van de materiële rechten is echter slechts één functie van het procesrecht. Snijders, Klaassen & Meijer noemen er wel vijf, namelijk, (i) rechtsverschaffing, (ii) de bedreigingsfunctie die uitgaat van de mogelijke toepassing van het recht, (iii) de politionele functie (voorkoming van eigenrichting), (iv) rechtsontwikkeling en (v) rechtseenheid.¹⁶⁵

82. In het interimrapport van het driemanschap Asser, Groen en Vranken worden drie doelen van, en opvattingen over, het burgerlijk procesrecht onderscheiden, te weten (i) recht- en titelverschaffing, (ii) bevordering van rechtsontwikkeling en rechtseenheid en (iii) het oplossen van het achterliggende conflict.¹⁶⁶ De eerste twee doelen komen overeen met de in de vorige paragraaf opgesomde doelen. Het derde doel staat los daarvan en ziet niet alleen op de doelen van het procesrecht, maar raakt ook aan de taak van de rechter.

83. Het zo efficiënt mogelijk laten verlopen van een procedure wordt door het driemanschap niet als zelfstandige functie genoemd, maar zou ook als zelfstandig doel, of als zelfstandige functie kunnen worden onderscheiden.¹⁶⁷ Een efficiënt verloop van een procedure draagt immers bij aan de effectiviteit van het procesrecht en daarmee veelal ook aan de effectiviteit van een te verkrijgen remedie.

84. Lewin noemt daarbij verder nog als doel van het procesrecht het bereiken van een juiste uitkomst van de procedure, dus een uitkomst die aansluit bij de materieelrechtelijke werkelijkheid.¹⁶⁸ Dat kan hetzelfde doel zijn als het oplossen van het achterliggende conflict, maar hoeft dat vanzelfsprekend niet te zijn. Een minnelijke regeling die ten overstaan van en met behulp van een rechter wordt bereikt, lost (voor dat moment) wel het conflict op, maar kan leiden tot een volstrekt andere uitkomst dan het geval zou zijn wanneer de rechter uitspraak doet en daarmee aangeeft wat de 'juiste uitkomst' van een geschil is.¹⁶⁹ Mede door de formulering van een petitum of de aard van een geschil zijn zaken soms 'zwart-wit' terwijl een middenweg meer recht doet aan de positie van partijen of in ieder geval aan hun achterliggende belangen of een groter onderliggend probleem. Daarmee is niet gezegd dat de rechter in afwijking van de wettelijke regels voor een dergelijke middenweg moet kiezen. Daarmee zou hij (een van) partijen tekort doen en dus onvoldoende rechtsbescherming bieden.¹⁷⁰ Niettemin wordt het in toenemende mate tot taak van de rechter gerekend en als doel van het procesrecht gezien niet alleen het juridische geschil, maar ook de onderliggende problemen op te

¹⁶³ Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en enige andere wetten in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht, Kamerstukken II, 2019-2020, 35 498, nr. 3, p.1 en 27.

¹⁶⁴ Aldus ook Lewin 2013, p. 6.

¹⁶⁵ Snijders, Klaassen & Meijer 2017/9.

¹⁶⁶ Asser, Groen & Vranken 2003, p. 33-46. Zij tekenen daarbij aan dat het burgerlijk proces in de derde opvatting ook een 'sta in de weg' kan zijn. Zie hierover ook Stuij 2021/34.

¹⁶⁷ Vgl. Lewin 2013, p. 5.

¹⁶⁸ Lewin 2013, p. 6.

¹⁶⁹ En we moeten voorts onder ogen zien dat de uitspraak van de rechter ook niet altijd de 'juiste uitkomst' oplevert. Processuele barrières zoals de stelplicht of het bewijs staan daar helaas soms aan in de weg. In de toelichting op het wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht is opgenomen dat een uitspraak die berust op een juist en volledig feitencomplex een rechtvaardige uitkomst van de procedure bevordert en bijdraagt aan een duurzame oplossing van het geschil tussen partijen. Kamerstukken II 2019-2020, 35 48, nr. 3, p. 3.

¹⁷⁰ Vgl. Lewin 2013, p. 9/10.

lossen.¹⁷¹ Voor het rechterlijk bevel en verbod is dat een relevant gegeven. Het rechterlijk bevel of verbod zal immers in de regel gegeven worden als een minnelijke regeling niet meer aan de orde is en strekt er dan toe een knoop door te hakken. Dat zal, gelet op het hierna in paragraaf 7.4 nader te bespreken congruentie-vereiste, veelal een juridische knoop zijn. De rechter bepaalt, als hij een bevel of verbod uitspreekt, daarmee waartoe iemand juridisch gehouden is. Voor het oplossen van 'onderliggende problemen' kan dat belangrijk zijn, omdat partijen daarmee verder kunnen, maar evengoed kunnen die onderliggende problemen bestaan naast het geschil waarover de rechter een knoop heeft doorgehakt.¹⁷²

85. Rechtsverschaffing is van de hiervoor omschreven doelen voor mij de belangrijkste, althans in relatie tot het rechterlijk bevel en verbod, omdat het bevel en verbod ertoe strekken (i) vast te leggen waartoe iemand gehouden is en (ii) dat recht verschaffen en schade beogen te voorkomen.

Rechtsverschaffing is daarmee tot op zekere hoogte hetzelfde als rechtsbescherming.¹⁷³ Het begrip rechtsbescherming wordt echter veelal (ook) gebruikt om de relatie ten opzichte van een sterkere overheid aan te geven en daarover gaat het niet steeds in het burgerlijk proces. Rechtsverschaffing of rechtsbescherming brengt volgens het driemanschap mee dat 'het proces als een forum waarvoor justitiabelen kunnen verschijnen om hun uit het materiële privaatrecht voortvloeiende aanspraken te doen vaststellen en afdwingen' voorop staat.¹⁷⁴ Een uitvloeisel daarvan is dat justitiabelen alleen door gebruik te maken van het procesrecht toegang krijgen tot de dwangmiddelen die nodig zijn om de materiële rechten te verwezenlijken.

86. Het doel rechtsverschaffing dwingt niet automatisch tot het bestaan van een preventieve remedie. Schadevergoeding is immers ook een vorm van rechtsverschaffing, zij het een in mijn visie onvolmaakte. Tegelijkertijd strekt rechtsverschaffing er ook toe dat het recht om gevrijwaard te blijven van inbreuken op een bepaald recht, kan worden afgedwongen. Die functie van het (proces)recht dwingt wel tot het bestaan van een preventieve remedie. Ook de functie 'bedreiging die uitgaat van een mogelijke toepassing' is van belang voor de preventieve functie van het (proces)recht omdat het diegenen die voornemens zijn in strijd te handelen met andermans recht, daarvan kan weerhouden. Rechtstoepassing maakt duidelijk dat het recht er niet voor niets is en dat het kan worden afgedwongen.

87. Het burgerlijk procesrecht heeft vanzelfsprekend ook een rol voor de rechtsontwikkeling en rechtseenheid. De rechtsontwikkeling zal veel justitiabelen koud laten (partijen in zogenaamde proefprocedures daargelaten), maar rechtseenheid – die ook ten aanzien van de rechtsontwikkeling kan werken – is voor iedereen die materiële rechten heeft van belang. Rechtseenheid leidt immers tot rechtszekerheid en daarmee tot voorspelbaarheid. Die voorspelbaarheid levert een bijdrage aan de preventieve functie van het procesrecht: als voorspelbaar is hoe een rechter zal oordelen, zal een beoogd laedens zijn gedrag daarop (kunnen) afstemmen. Dat is iets anders dan de door Snijders, Klaassen & Meijer genoemde *bedreigingsfunctie* van het burgerlijk procesrecht. Met die bedreigingsfunctie doelen zij op het gegeven dat er 'lieden (zijn) die eerst onder dreiging van een procedure of zelfs onder dreiging van een executiemaatregel als beslag geneigd zijn hun verplichtingen jegens anderen na te komen.'¹⁷⁵ In die definitie gaat het om mensen die weten dat zij ongelijk hebben, maar niet daarnaar willen handelen of, erger, mensen die gelijk hebben maar onder dreiging van de kosten van een geding toegeven aan de eisen van hun wederpartij. In dat laatste geval

¹⁷¹ Bauw & Giesen 2019, p. 25. Van der Sanden & Hartendorp 2021, p. 2417. Hartendorp 2020. De Groot & Steenberghe 2019, p. 27 e.v.

¹⁷² Bij burenruzies komt dat bijvoorbeeld regelmatig voor: een geschil over de hoogte van de schutting blijkt bij doorvragen op de zitting eigenlijk over heel veel andere ergernissen te gaan, die niet hun weg naar de vordering hebben gevonden en waarover het rechterlijk oordeel zich dus niet zal (kunnen) uitstrekken..

¹⁷³ Asser, Groen & Vranken 2003, p. 34.

¹⁷⁴ Asser, Groen & Vranken 2003, p. 34.

¹⁷⁵ Snijders, Klaassen & Meijer 2017/11.

werkt het procesrecht op een wijze die moet worden afgekeurd, omdat het mensen afhoudt van hun materiële recht.

3.4 *Proportionaliteit als beginsel van burgerlijk (proces)recht?*

88. Uit de hierna volgende bespreking van de eisen die op grond van het Unierecht aan remedies zijn te stellen (paragraaf 5.4-5.6) zal blijken dat het proportionaliteitsbeginsel daarbij een belangrijke rol speelt. Dat werpt de vraag op of het proportionaliteitsvereiste een algemeen (nationaal) beginsel van burgerlijk (proces)recht is dat ook steeds bij het opleggen van een rechterlijk bevel of verbod zou moeten worden toegepast. Ik behandel die vraag hier alvast omdat het bestaan van een dergelijk beginsel de doelen van het (proces)recht en de toepassing van het rechterlijk bevel en verbod als remedie zou kunnen beïnvloeden.

89. Die vraag naar de algemene werking van het proportionaliteitsbeginsel is voor het bestuursrecht eenvoudiger te beantwoorden dan voor het burgerlijk recht. Artikel 3:4 lid 2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) schrijft immers voor dat de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft overwogen dat dit artikel niet alleen voor bestuurlijke maatregelen geldt, maar voor alle besluiten waarbij het bestuursorgaan beleidsruimte heeft en waarbij een afweging van belangen moet plaatsvinden.¹⁷⁶ Het artikel brengt mee dat steeds een afweging moet plaatsvinden tussen het met een besluit beoogde doel enerzijds en de (nadelige) gevolgen van dat besluit anderzijds. Volgens de Afdeling gaat het er daarbij niet om dat nadelige gevolgen worden voorkomen, maar gaat het erom dat *onnodig* nadelige gevolgen worden voorkomen. Er moet, in mijn woorden, een zekere drempelwaarde worden overschreden voordat een situatie in strijd komt met het bepaalde in artikel 3:4 lid 2 Awb. De geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid kunnen bij die afweging een rol spelen.

90. Het burgerlijk (proces)recht kent niet een met artikel 3:4 lid 2 Awb vergelijkbare bepaling. Er is, met andere woorden, niet een bepaling in het Burgerlijk Wetboek of in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aan te wijzen die voorschrijft dat remedies in algemene zin proportioneel moeten zijn of evenredig aan het met de remedie na te streven doel. Daar staat tegenover dat de proportionaliteit wel meer of minder expliciet op veel plaatsen in het BW een belangrijke rol speelt. Zo bepaalt bijvoorbeeld artikel 6:248 lid 2 BW dat een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing is *voor zover* dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De woorden ‘voor zover’ maken een proportionele toepassing van het middel mogelijk. In een al wat oudere zaak hierover liet de Hoge Raad de beslissing van het gerechtshof in stand waarin het hof het beroep van een verzekeraar op een vervalbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar achtte omdat de verzekeraar slechts in geringe mate in zijn belang was geschaad, en de verplichting tot vergoeding van de schade door het hof in dat verband met 10% was verminderd. Door die korting van 10% was het nadeel dat de verzekeraars leden door de ‘late notification’ volledig gecompenseerd. Door vervolgens het beroep op het vervalbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te achten, heeft het hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.¹⁷⁷ Het hof had daar dus niet gekozen voor een ‘alles of niets oplossing’ die ook het gevolg zou kunnen zijn van de beslissing om het beroep op het vervalbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te achten, maar het hof koos feitelijk een proportionele oplossing. De Hoge Raad liet die beslissing dus in stand en voegde daaraan toe:

‘Mede in aanmerking genomen het aan het Burgerlijk Wetboek ten grondslag liggende uitgangspunt dat nietigheden in beginsel niet verder reiken dan de strekking daarvan meebrengt, welk uitgangspunt

¹⁷⁶ ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285.

¹⁷⁷ HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717, NJ 2006/378 (*Royal & Sun Alliance/Universal Pictures*).

mede van belang is bij de beoordeling van een beroep op het onderhavige vervalbeding, is het hof ook niet in zijn motiveringsplicht tekortgeschoten.'

Ook in dat deel van het oordeel van de Hoge Raad klinkt het proportionaliteitsbeginsel door.¹⁷⁸

91. Artikel 6:248 lid 2 BW is echter bepaald niet de enige plek in het BW waar het proportionaliteitsbeginsel tot uitdrukking komt. Ook in artikel 3:13 lid 1 BW (misbruik van bevoegdheid) zijn de woorden 'voor zover' opgenomen en maken zij een proportionele toepassing mogelijk. Een toepassing van de proportionaliteitseis is verder bijvoorbeeld te vinden in de bevoegdheid van de rechter om (op verlangen van de schuldenaar) een bedongen boete of schadevergoeding te matigen (respectievelijk artikel 6:94 en 6:109 BW), bij de toepassing van eigen schuld (6:101 BW) en de onvoorziene omstandigheden (artikel 6:258 BW).¹⁷⁹ Ten aanzien van de ontbinding van een overeenkomst is van belang dat artikel 6:265 lid 1 BW bepaalt dat een overeenkomst kan worden ontbonden *tenzij* de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, de ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. Ook dat is een toepassing van het proportionaliteitsbeginsel. De Hoge Raad oordeelde daarover dat de hoofdregel van het artikel en de 'tenzij-bepaling' samen tot uitdrukking brengen dat slechts een tekortkoming van *voldoende gewicht* recht geeft op (gehele of gedeeltelijke) ontbinding van de overeenkomst.¹⁸⁰ Ook dat brengt mee dat de remedie die ontbinding is slechts proportioneel kan worden toegepast.

92. Terwijl er dus voldoende bepalingen in het Burgerlijk Wetboek zijn aan te wijzen waarin het proportionaliteitsvereiste tot uitdrukking komt, is het niet opgenomen in artikel 3:296 BW. Daarvoor zijn mijns inziens twee redenen. De eerste is dat nakoming als zodanig als uitgangspunt proportioneel geacht moet worden te zijn. Als er een rechtsplicht is aan te wijzen, volgt uit die rechtsplicht waartoe partijen gehouden zijn. De proportionaliteit zit daar als het ware in. Meer specifiek: wie zich bij overeenkomst verbindt tot het verrichten van een bepaalde prestatie, kan niet goed aanvoeren dat de overeenkomst disproportioneel is, zelfs niet als dat zo is, bijvoorbeeld omdat een van partijen zich heeft vergist in de waarde van de door hem te verrichten prestatie. En ook een verbod om een onrechtmatige gedraging te verrichten zal als uitgangspunt proportioneel zijn. De tweede reden die zich voor het ontbreken van het proportionaliteitsbeginsel in artikel 3:296 BW laat denken, is dat het niet nodig was het daar op te nemen. De proportionaliteit heeft veeleer een corrigerende functie en zal langs de weg van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid of de weg van misbruik van bevoegdheid tot uitdrukking kunnen komen (zie paragraaf 8.5.1 en 8.5.2). Als de proportionaliteit echter uitsluitend langs die weg tot uitdrukking komt, betekent dit dat er een zekere drempel moet worden genomen (naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar*, of *onevenredigheid* van de over en weer in aanmerking te nemen belangen) voordat in de verhouding van partijen kan worden ingegrepen.¹⁸¹ Van een gelijkwaardige weging van de belangen is dus geen sprake. Maar dat hoeft ook niet. Waar de Afdeling overwoog dat artikel 3:4 lid 2 Awb niet meebrengt dat (alle) nadelige gevolgen worden voorkomen, maar slechts dat onnodige nadelige gevolgen worden voorkomen, geldt in het burgerlijk recht eveneens dat niet iedere benadeling die het gevolg is van de nakoming van een rechtsplicht moet worden voorkomen, maar slechts die benadeling die disproportioneel is.

93. Hoewel dus niet kan worden geconcludeerd dat het proportionaliteitsbeginsel als algemeen beginsel van burgerlijk (proces)recht in een wettelijke bepaling is neergelegd, moet wel worden vastgesteld dat het proportionaliteitsbeginsel als corrigerend mechanisme volop ruimte heeft gekregen

¹⁷⁸ Zie hierover Snijders 2007, p. 8 en Drion & Van Wechem 2006.

¹⁷⁹ Zie Snijders 2007, die nog meer voorbeelden noemt.

¹⁸⁰ HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810, NJ 2019/446.

¹⁸¹ Dit nog daargelaten de vraag of partijen de proportionaliteit onderdeel van de rechtsstrijd hebben gemaakt.

in het burgerlijk recht. Bij de toepassing van remedies, en dus ook bij de toepassing van het rechterlijk bevel en verbod, zal dat tot uitdrukking moeten komen.

3.5 Doelen van burgerlijk (proces)recht in België

94. In de inleiding van dit boek heb ik uiteengezet dat ik een vergelijking met het Belgische recht wil maken omdat in België een hervormingsproces gaande is van het Burgerlijk Wetboek. Om te onderzoeken of het Belgische recht als voorbeeld kan dienen voor de Nederlandse regeling van het rechterlijk bevel en verbod, is ook van belang te onderzoeken welke doelen in België als belangrijke doelen van het procesrecht en het aansprakelijkheidsrecht worden gezien. Het doel dat men probeert te bereiken zal immers in belangrijke mate de instrumenten bepalen waarover men moet beschikken. In mijn beschrijving van de doelen van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht en het Nederlandse procesrecht (hiervoor, paragraaf 3.2 en 3.3) noem ik als belangrijk – wenselijk – doel de preventie, de mogelijkheid dus om wanprestatie of een onrechtmatige daad te voorkomen. De achtergrond daarvan is simpelweg dat voorkomen beter is dan genezen. Dat het recht louter herstellend of vergoedend werkt, kan niet meer worden aangenomen, zij het dat daarbij de kanttekening moet worden gemaakt dat de herstellende en vergoedende functies van het aansprakelijkheidsrecht ook in Nederland nog sterk op de voorgrond staat. Het procesrecht heeft daarbij een dienende functie en geeft de mogelijkheden om de materiële rechten te verwezenlijken.

95. Ten aanzien van het *procesrecht* wordt ook in België aangenomen dat het een dienende functie heeft, met als meest essentiële doel het voorkomen van eigenrichting.¹⁸² Die dienende functie heeft het niet alleen ten opzichte van de partijen in het geding, die hun materiële rechten verwezenlijkt willen zien, maar ook ten opzichte van de maatschappij in bredere zin. Voor die maatschappij in bredere zin bestaat er belang bij de mogelijkheid dat recht wordt gedaan.¹⁸³ Het procesrecht is er dus niet alleen voor individuele belangen, maar ook voor de goede rechtsbedeling in het algemeen.¹⁸⁴

96. Het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht heeft in België primair een vergoedende functie.¹⁸⁵ Dat betekent dat het er primair toe strekt een slachtoffer in zijn vroegere toestand te doen herstellen. De aansprakelijke partij moet, om dat te bewerkstelligen, de geleden schade vergoeden.¹⁸⁶ Daarbij gaat het ook daadwerkelijk om het vergoeden van schade, hetgeen iets anders is dan het herstel van schade, dat het Belgisch recht ook mogelijk maakt. Dat schadevergoeding als primaire functie wordt beschouwd hangt echter in sterke mate samen met het gegeven dat schade een component is van het onrechtmatige daadbegrip in de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek (België). Volgens Gillaerts vormt het begrip schade daarom ‘de alfa en omega van de burgerlijke aansprakelijkheid.’¹⁸⁷ Dat heeft zijn impact op het als primair beschouwde doel van het aansprakelijkheidsrecht.

97. Het feit dat de primaire functie van het aansprakelijkheidsrecht vergoedend is, betekent niet dat het aansprakelijkheidsrecht niet ook een preventieve functie heeft. Die is er wel degelijk en op twee manieren. In de eerste plaats is die preventieve functie er direct ten aanzien van een aansprakelijke partij, die door middel van een rechterlijk bevel of verbod de opdracht kan krijgen zijn onrechtmatig handelen te staken. In de tweede plaats bestaat die functie indirect doordat de kosten van schadeveroorzakend gedrag voor rekening van de aansprakelijke komen.¹⁸⁸ Ook Gillaerts, die als

¹⁸² Dauw 2020, p. 9.

¹⁸³ Laenens 2016, p. 34/35.

¹⁸⁴ Maes 2004, p. 7.

¹⁸⁵ Zie ook: Kruithof 2021, p. 131, voetnoot 410. Hij voegt daar aan toe dat de omschrijving te beperkt is omdat het aansprakelijkheidsrecht in veel gevallen juist voorschrijft dat een verlies geheel of ten dele ten laste van een benadeelde blijft.

¹⁸⁶ Bijvoorbeeld Bocken & Boone 2011, p. 31. Gillaerts 2020, p. 65 en p. 187 e.v.

¹⁸⁷ Gillaerts 2020, p. 188

¹⁸⁸ Bocken & Boone 2011, p. 31-32.

gezegd de nadruk op de vergoedende functie van het aansprakelijkheidsrecht legt, onderkent dat preventie en handhaving ook doelen van het aansprakelijkheidsrecht zijn, zij het volgens hem secundaire en onzelfstandige.¹⁸⁹ Hij verstaat het preventieve doel wel in iets andere betekenis dan ik het hiervoor heb gebruikt, namelijk in die zin dat er een ‘ontradend’ effect van uit gaat. In die visie heeft preventie alleen een overkoepelend doel op macro-niveau, terwijl ik bij preventie juist het oog heb op specifieke gevallen waarin een persoon van een ander verlangt bepaald handelen niet te verrichten om schade te voorkomen.

98. In de memorie van toelichting op het ‘Voorontwerp van de wet houdende invoeging van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het Burgerlijk Wetboek’ is opgenomen dat het ‘gemeen aansprakelijkheidsrecht zijn hoofdzakelijk vergoedende functie’ behoudt.¹⁹⁰ De modernisering van het Burgerlijk Wetboek leidt dus in dat verband niet tot een andere focus en houdt vast aan het uitgangspunt dat het aansprakelijkheidsrecht een primair vergoedende functie heeft. Een ‘hoofdzakelijk vergoedende functie’ sluit andere functies niet uit – dat laat het Voorontwerp, zoals ik hierna zal uitwerken, duidelijk zien – maar de insteek is toch onverminderd niet de preventie, maar het vaststellen van gevallen waarin schade moet worden vergoed.

99. Vergeleken met het Nederlandse recht valt de nadruk op de vergoedende functie van het aansprakelijkheidsrecht op. Het aansprakelijkheidsrecht in Nederland heeft evenzeer die vergoedende functie, maar is ook gericht op het voorkomen van schade. De nadruk op de vergoedende functie valt bovendien op omdat tegelijkertijd de primaire remedie ook in België de nakoming van een verbintenis is. Nakoming voorkomt juist schade en staat daarom ook in de weg aan schadevergoeding. En ook in België bestaat, zoals ik elders uitwerk (paragraaf 7.13), de mogelijkheid om een onrechtmatig handelen te voorkomen. Het verschil in benadering staat dus niet noodzakelijkerwijs in de weg aan vergelijkbare uitkomsten.

3.6 Toegang tot de rechter en effectieve rechtsbescherming

100. Het (nationaalrechtelijke) begrip ‘effectieve rechtsbescherming’ houdt in dat een recht daadwerkelijk gehandhaafd moet kunnen worden.¹⁹¹ Het begrip is oorspronkelijk afkomstig uit het Unierecht en het EVRM, maar is ook nationaalrechtelijk toe te passen en wordt ook gebruikt in die zin dat de rechter geacht wordt effectieve rechtsbescherming te bieden tegen inbreuken op materiële rechten. Giesen wijst erop dat dit beginsel van effectieve rechtsbescherming in het Nederlandse procesrecht een steeds meer zelfstandige plaats krijgt.¹⁹² Het aannemen van een dergelijk nationaalrechtelijk beginsel volgt uit de noodzaak dat verleende rechten als uitgangspunt daadwerkelijk en ook door het privaatrecht gehandhaafd moeten kunnen worden.¹⁹³

101. Ik bespreek het begrip effectieve rechtsbescherming om uit te vinden of uit het beginsel van effectieve rechtsbescherming normen volgen waaraan (nationaalrechtelijke) remedies moeten voldoen. Omdat het begrip niet primair nationaalrechtelijk van aard is, kijk ik in de volgende hoofdstukken eerst naar de betekenis en de toepassing van het begrip in het kader van het EVRM en in het Unierecht.

102. Omdat het de rechter is die rechtsbescherming moet bieden, stip ik hier mede de toegang tot de rechter aan. Zonder die toegang is rechtsbescherming niet goed mogelijk. Het recht op toegang tot de

¹⁸⁹ Gillaerts 2020, p. 190. Zie ook Kruithof 2021, p. 131, die de preventieve functie ook omschrijft als een neveneffect.

¹⁹⁰ Pagina 13 van het Voorontwerp.

¹⁹¹ Vgl. Asser Procesrecht/Giesen 2015/92.

¹⁹² Asser Procesrecht/Giesen 2015/92.

¹⁹³ De Hoge Raad heeft het recht op een effectieve en efficiënte rechtsbescherming gebruikt in *World Online-arrest*, HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, *NJ* 2014/201, m.nt. C.E. du Perron (*World Online*), rov. 4.8.2 en 4.11.2.

rechter dient op deze manier ook de naleving van materiële rechten en dient dus verzekerd te zijn.¹⁹⁴ Het recht op toegang tot de rechter komt daarom ook in belangrijke mate overeen met, en is een voorwaarde voor, het recht op effectieve rechtsbescherming.¹⁹⁵ Een algemeen (nationaal) recht op toegang tot de rechter of het recht op een effectieve remedie is thans niet expliciet in de Grondwet te vinden. Artikel 17 Grondwet bepaalt vooralsnog (slechts) dat niemand tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent. Er is discussie mogelijk over de vraag of dit artikel een grondrecht bevat of een bepaling die mede invulling geeft aan de wijze waarop de rechtspraak in Nederland is georganiseerd.¹⁹⁶ In ieder geval omvat het recht om niet tegen zijn wil te worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent niet een recht op toegang tot de rechter zoals dat in artikel 6 EVRM ligt besloten.¹⁹⁷ Het recht op een effectieve rechtsbescherming en de toegang tot de rechter volgt dan ook in de eerste plaats uit het EVRM en het Unierecht, zodat ik ook om die reden de blik in de volgende hoofdstukken daarop richt.

103. Ik teken daarbij aan dat een wetsvoorstel aanhangig is dat strekt tot wijziging van artikel 17 van de Grondwet. Aan artikel 17 Grondwet wordt volgens het voorstel een lid toegevoegd dat als volgt luidt: *‘Ieder heeft bij het vaststellen van zijn rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter.’* Het voorstel is inmiddels in eerste en in tweede lezing aangenomen door het parlement.¹⁹⁸ In de toelichting op het wetsvoorstel is opgenomen dat met het wetsvoorstel mede wordt beoogd het recht op toegang tot de rechter in de Grondwet te verankeren.¹⁹⁹ Bovendien wordt beoogd ook voor die geschillen die niet door een verdrag worden bestreken, het recht op toegang tot de rechter en het recht op een eerlijk proces te waarborgen.²⁰⁰

104. Het recht op effectieve rechtsbescherming en het recht op toegang tot de rechter zijn een lege huls als er geen effectieve remedies zijn. Zonder toegang tot de rechter en, in het verlengde daarvan, zonder beschikbaarheid van passende remedies, heeft het procesrecht, maar ook het materiële recht, weinig zin en bestaat dus ook het risico dat materiële rechten niet verwezenlijkt kunnen worden. De toegang tot de rechter en de beschikbaarheid van passende remedies kunnen daarom ook niet los van elkaar worden gezien: het een heeft zonder het ander geen bestaansrecht. Met andere woorden: ook als er effectieve remedies zijn die kunnen worden ingeroepen bij schending van materiële rechten, kunnen die remedies tandeloos zijn indien de toegang tot de rechter onmogelijk of heel moeilijk is. En toegang tot de rechter heeft geen zin zonder de beschikbaarheid van remedies.

105. Om deze redenen onderzoek ik hierna eerst wat het recht op effectieve rechtsbescherming volgens het EVRM inhoudt. Voorts onderzoek ik of uit het EVRM een recht op een bepaalde remedie volgt. Datzelfde doe ik voor het Unierecht. Daarbij merk ik op voorhand op dat de vraag naar het bestaan van een beginsel van effectieve rechtsbescherming, en de beschikbaarheid van bepaalde remedies in het Unierecht vooral aan de orde is geweest bij schending van het Unierecht door lidstaten en particulieren en de vraag naar hun aansprakelijkheid voor die schending. De zelfstandige vraag onder welke omstandigheden aansprakelijkheid van hetzij de lidstaten, hetzij particulieren bestaat voor

¹⁹⁴ Smits 2008, p. 37.

¹⁹⁵ Asser Procesrecht/Giesen 2015/96.

¹⁹⁶ Vgl. Brenninkmeijer 1982, p. 346. Zie ook Smits 2008, p. 36.

¹⁹⁷ Barkhuysen & Van Emmerik 2013, p. 218. Zie over andere aspecten van het recht op toegang tot de rechter bijvoorbeeld Loof 2021, p. 13.

¹⁹⁸ Wet van 21 februari 2018, *Stb.* 2018, 88. *Kamerstukken II 2020-2021*, 35 784, nrs. 1-5. Voor de tweede lezing: *Kamerstukken I en II* 35784.

¹⁹⁹ *Kamerstukken II 2015-2016*, 34 517, nr. 3, p. 3.

²⁰⁰ *Kamerstukken II 2015-2016*, 34 517, nr. 3, p. 4 en p. 12-13.

die schending van het Unierecht of schending van (andere) mensenrechten, laat ik onbesproken omdat dit het bestek van dit boek te buiten gaat.²⁰¹

3.7 Conclusie

106. In de functies van het burgerlijk recht en het burgerlijk procesrecht ligt besloten dat rechtsverschaffing ten aanzien van materiële rechten moet worden gewaarborgd. De functies van het privaatrecht en van het burgerlijk procesrecht wijzen niettemin niet exclusief naar één remedie. Rechtsverschaffing kan de vorm hebben van een preventieve remedie, maar kan evenzeer plaatsvinden doordat de veroorzaakte schade wordt vergoed of hersteld. Die vergoedende functie van het aansprakelijkheidsrecht kan niet gemist worden omdat niet iedere inbreuk op een bepaald recht is te voorkomen. Voor zover moet worden aangenomen dat preventie een van de primaire functies is van het privaatrecht, is een bevel tot nakoming of een verbod op een onrechtmatig handelen echter de daarvoor aangewezen remedie.

107. Een van de onderdelen van de centrale onderzoeksvraag is of er een aanspraak bestaat op een preventieve remedie. Ik beantwoord die vraag later in dit boek (paragraaf 6.2) als ik ook heb onderzocht of het EVRM en het Unierecht implicaties hebben voor die vraag. Louter bezien in het licht van de doelen van het Nederlandse burgerlijk (proces)recht is een bevestigende beantwoording van die vraag gerechtvaardigd. Tegelijkertijd kan de vergoedende functie van het aansprakelijkheidsrecht niet gemist worden omdat niet iedere rechtsschending preventief kan worden bestreden.

²⁰¹ Zie voor een uiteenzetting over de aansprakelijkheid van de lidstaten voor de schending van Unierecht bijvoorbeeld Brüggemeier 2018.

4. Het EVRM

4.1 Inleiding

108. Het EVRM bepaalt in artikel 13 dat er een recht bestaat op een ‘effective remedy’. Die effective remedy moet in het nationale recht beschikbaar zijn, maar het EVRM schrijft niet voor welke remedie beschikbaar moet zijn. Het stelt slechts de eis dat die remedie ‘effective’ moet zijn. Die eis doet vermoeden dat het EVRM of in ieder geval de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) enige aanwijzing geeft met betrekking tot de vraag wanneer een remedie effectief is. Ik onderzoek in dit hoofdstuk of dat inderdaad zo is, en of die aanwijzingen te gebruiken zijn voor de nationale remedies en in het bijzonder voor het rechterlijk bevel en verbod. Ik besteed daarbij ook aandacht aan de vraag of het EVRM voorschrijft dat een beschikbare remedie preventief toe te passen moet zijn.

4.2 Toegang tot de rechter en de effective remedy

109. Het recht op toegang tot de rechter is niet neergelegd in artikel 6 EVRM, maar volgt daar wel uit. Het EHRM heeft dat recht op toegang tot de rechter al in het *Golder*-arrest in artikel 6 EVRM ingelezen.²⁰² Het recht op toegang tot de rechter dient ertoe om de andere in artikel 6 EVRM neergelegde rechten te realiseren.²⁰³ Dat ligt in zoverre voor de hand dat zonder een recht op toegang tot de rechter de overige in artikel 6 EVRM neergelegde rechten niet tot werking kunnen komen.²⁰⁴ Ook in artikel 6 EVRM heeft het recht op toegang tot de rechter dus een instrumenteel karakter.

110. Het recht op toegang tot de rechter houdt onder meer in dat de rechtsgang bij de rechter effectief dient te zijn en niet slechts theoretisch of illusoir.²⁰⁵ Onnodige belemmeringen mogen niet worden opgeworpen, hetgeen onder meer betekent dat onder omstandigheden voorzien moet worden in het recht op juridische bijstand.²⁰⁶ Het recht op toegang tot de rechter is niet onbeperkt, maar de kern van het recht op toegang tot de rechter mag niet worden aangetast.²⁰⁷ Tot het recht op toegang tot de rechter behoort ook het recht op tenuitvoerlegging of naleving door de autoriteiten van rechterlijke uitspraken.²⁰⁸

111. Artikel 6 EVRM heeft betrekking op – voor zover voor het onderwerp van dit boek van belang – ‘civil rights and obligations.’ Daaronder vallen niet alleen privaatrechtelijke geschillen, maar ook geschillen die wij als bestuursrechtelijk zouden aanduiden en die het vermogen van een onderdaan van een lidstaat raken.²⁰⁹

112. Het EVRM garandeert niet alleen een recht op toegang tot de rechter, maar ook een recht op een ‘effective remedy’, of, in het Nederlands, op een daadwerkelijk rechtsmiddel. Dat recht, dat in artikel 13 EVRM is neergelegd, is echter beperkt tot de rechten en vrijheden uit het EVRM zelf of uit de daarbij behorende aanvullende protocollen. Het recht is daarmee een afhankelijk recht. Het bestaat alleen bij een (gestelde) schending van één van de materiële rechten van het EVRM.²¹⁰ Artikel 13 EVRM verplicht de Nederlandse Staat niet om te voorzien in een effectieve remedie (een

²⁰² EHRM 21 februari 1975, ECLI:NL:XX:1975:AB5466, NJ 1975/462, m.nt. A.E. Alkema (*Golder/VK*).

²⁰³ Smits 2008, p. 36.

²⁰⁴ Vlg. Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 54.

²⁰⁵ Bijvoorbeeld EHRM 29 maart 2006, nr. 2681397 (*Scordino/Italië*), par. 192.

²⁰⁶ EHRM 9 oktober 1979, ECLI:NL:XX:1979:AC1044, NJ 1980/376, m.nt. A.E. Alkema (*Airey/Ierland*).

²⁰⁷ Hierover nader: Barkhuysen & Van Emmerik 2013, p. 212.

²⁰⁸ EHRM 19 maart 1997, nr. 18357/91 (*Hornsby/Griekenland*). De zaak had overigens betrekking op de naleving van toenmalig Gemeenschapsrecht.

²⁰⁹ Zie bijvoorbeeld EHRM 19 april 1994, ECLI:NL:XX:1994:AD2090, NJ 1995/462, m.nt. A.E. Alkema (*Van der Hurk/Nederland*), welke zaak betrekking op de onafhankelijkheid van de rechter bij een geschil over een melkquotum. Overigens vallen niet alle bestuursrechtelijke geschillen onder het bereik van artikel 6 EVRM. Zie Van Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 54.

²¹⁰ Uzman 2013, p. 243. Schabas 2015, p. 550.

daadwerkelijk rechtsmiddel) tegen de schending van bijvoorbeeld het burendrecht.²¹¹ Dat betekent dat het antwoord op vraag welke eisen volgens het EHRM in een bepaalde situatie aan een bepaalde remedie mogen worden gesteld, niet één op één toepasbaar is op de eisen die naar nationaal recht aan een remedie mogen worden gesteld. Niettemin kan het nuttig zijn te bekijken welke eisen het EHRM stelt omdat er mogelijk aanwijzingen aan kunnen worden ontleend voor de vraag welke eisen naar nationaal recht aan een bepaalde remedie mogen worden gesteld.

113. De rechtsbeschermingssysteem van het EVRM is in zoverre subsidiair dat de bescherming van het EHRM pas kan worden ingeroepen wanneer de nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput. Artikel 13 EVRM strekt er dan ook toe aan burgers een middel te verschaffen om binnen de nationale rechtsorde naleving van hun verdragsrechten te kunnen afdwingen, *‘before having to set in motion the international machinery of complaint before the Court’*.²¹² Dat betekent ook dat de primaire verantwoordelijkheid om naleving van de verdragsrechten zeker te stellen, waaronder dus ook het recht op een effectieve remedie, bij de lidstaten berust.²¹³

114. Artikel 13 EVRM vereist de beschikbaarheid op nationaal niveau van een *remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they may happen to be secured in the domestic legal order*.²¹⁴ Artikel 13 EVRM kan niet voor ieder wisselende worden ingeroepen. Een effectief rechtsmiddel dient beschikbaar te zijn in gevallen waarin er een *‘arguable complaint’* over de mogelijke schending van een recht uit het EVRM is.²¹⁵ De beschikbare remedie moet vervolgens *‘effective in practice as well as in law [zijn], it being understood that such effectiveness does not depend on the certainty of a favourable outcome for the person concerned’*.²¹⁶

115. Het is vanzelfsprekend niet in algemene zin te zeggen wanneer er sprake is van een *arguable complaint* ten aanzien van de schending van een van de verdragsrechten. Het EHRM overwoog in het Boyle-arrest dat artikel 13 EVRM in redelijkheid niet zo kan worden uitgelegd dat het een remedie vereist *‘of any supposed grievance under the Convention that an individual may have, no matter how unmeritorious his complaint may be: the grievance must be an arguable one in terms of the Convention’*.²¹⁷ Met andere woorden: niet iedere gestelde schending van het EVRM is *‘arguable’*. Maar het EHRM voegde daaraan toe dat het geen abstracte definitie van het begrip *arguability* zou geven. Het is, om het in Nederlandse begrippen uit te drukken, afhankelijk van de omstandigheden van het geval of er sprake is van een *arguable complaint*. Waar het om gaat is dat het EVRM er niet toe strekt een effectieve remedie voor te schrijven met betrekking tot iedere klacht, hoe onzinnig ook, dat het EVRM is geschonden. Voor een klacht die evident zonder grond is, behoeft geen daadwerkelijk rechtsmiddel op nationaal niveau open te staan. Aan de andere kant ligt het voor de hand dat, wanneer wel een materiële schending van enig verdragsrecht is vastgesteld, er sprake is van een *arguable complaint* waarbij artikel 13 EVRM kan worden ingeroepen.²¹⁸ Indien een klacht over een materieel

²¹¹ Tenzij het geschil in kwestie tevens aan artikel 8 EVRM raakt, hetgeen bij bijvoorbeeld burendruisdenkbaar is.

²¹² EHRM 26 oktober 2000, nr. 30210/96 (*Kudla/Polen*), par. 152. Zie ook EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99, ECLI:NL:XX:2004:AS2641, *NJ* 2005/210 (*Öneryildiz/Turkije*).

²¹³ Bijvoorbeeld EHRM 26 oktober 2000, nr. 30210/96 (*Kudla/Polen*), par. 152. EHRM 5 juli 2018, nr. 54927/15 (*Mendrei/Hongarije*).

²¹⁴ EHRM 5 februari 2002, *NJCM-Bulletin* 2002, p. 894 (*Conka/België*), EHRM 27 januari 2015, nr. 36925/10 (*Neshkov/Bulgarije*), par. 180.

²¹⁵ Bijvoorbeeld EHRM 26 oktober 2000, nr. 30210/96 (*Kudla/Polen*), EHRM 27 januari 2015, nr. 36925/10 (*Neshkov/Bulgarije*) en EHRM 31 oktober 2019, nr. 21613/16 (*Ulemek/Kroatië*).

²¹⁶ EHRM 27 januari 2015, nr. 36925/10 (*Neshkov/Bulgarije*), rov. 180; EHRM 26 oktober 2000, nr. 30210/96 (*Kudla/Polen*).

²¹⁷ EHRM 27 april 1988, nr. 9659/82 en 9658/82 (*Boyle and Rice/Verenigd Koninkrijk*), par. 52.

²¹⁸ EHRM 6 oktober 2005, nr. 11810/01 (*Maurice/Frankrijk*), par. 107. Het beroep op artikel 13 EVRM liep in die zaak overigens stuk; ik ga daar hierna op in bij de bespreking van de remedies die beschikbaar moeten zijn. Vgl. ook EHRM 30 oktober 1991, nr. 13163/87 e.a. (*Vilvarajah and others/Verenigd Koninkrijk*), par. 121 en par. EHRM 3 juni 2004, nrs. 33097/96 and 57834/00 (*Bati and others/Turkije*), par. 138.

verdragsrecht echter ‘manifestly ill-founded’ is, is er ook geen arguable complaint en is er geen bescherming van artikel 13 EVRM.²¹⁹

116. Om artikel 13 EVRM te kunnen invoeren moet dus de drempel van *arguability* worden genomen. Zodra er sprake is van een *arguable claim*, moet de lidstaat voorzien in de beschikbaarheid van een nationaal rechtsmiddel. Daarmee is nog niet alles gezegd. In (onder meer) het arrest *Neshkov/Bulgarije* overwoog het Hof dat de reikwijdte van de verplichtingen die uit artikel 13 EVRM voortvloeien, afhankelijk is van het ingeroepen recht. Dat betekent dat de nationale autoriteit die heeft te oordelen over een beroep op een recht uit het EVRM en op artikel 13 EVRM, dat beroep moet beoordelen in het licht van de materiële inhoud van het ingeroepen recht. Hierna zal ik uiteenzetten dat het Hof een vergelijkbare benadering kiest bij de keuze voor bepaalde remedies.

117. De afhankelijke positie van artikel 13 EVRM betekent weliswaar dat het alleen kan worden ingeroepen bij een gestelde schending (*arguable complaint*) van een van de verdragsrechten, maar laat onverlet dat artikel 13 EVRM geschonden kan zijn zelfs indien wordt geconcludeerd dat het materiële verdragsrecht niet geschonden is.²²⁰ De daadwerkelijke schending van een materieel verdragsrecht is dus niet een voorwaarde voor de toepasselijkheid van artikel 13 EVRM, mits althans ten aanzien van het materiële recht de drempel van *arguability* is genomen.²²¹ Ik kom daar bij de bespreking van de remedies nader op terug.

118. Wanneer het gaat om rechten die ook door artikel 6 EVRM worden beschermd, is de toegevoegde waarde van artikel 13 in algemene zin gering.²²² Artikel 6 EVRM wordt door het EHRM in dergelijke gevallen beschouwd als een *specialis* van artikel 13 EVRM waarbij de waarborgen die artikel 6 EVRM biedt die van artikel 13 EVRM omvatten.²²³ In het arrest *Kudla/Polen* heeft het EHRM de relatie tussen de artikelen 6 en 13 EVRM als volgt omschreven. Wanneer het ingeroepen Verdragsrecht een ‘civil right’ is dat ook onder het nationale recht wordt erkend zal in beginsel bescherming worden geboden door artikel 6 EVRM dat de eisen van artikel 13 EVRM dan absorbeert. Indien een klacht is gericht tegen de adequaatheid van een (appel- of cassatie)procedure die zowel onder het strafrechtelijke aspect van artikel 6 EVRM valt als onder artikel 13 EVRM geldt iets soortgelijks en bestaat er geen belang bij te onderzoeken of (ook) is voldaan aan de minder strenge eisen van artikel 13 EVRM. Die overlap ontbreekt evenwel in een geval van schending van de berechting binnen een redelijke termijn. De vraag of het recht op berechting binnen een redelijke termijn is geschonden is een vraag die los moet worden gezien van de vraag of er naar nationaal recht een effectieve remedie beschikbaar is om juist over die termijnoverschrijding te klagen. Artikel 6 EVRM garandeert bijvoorbeeld de gang van zaken tijdens de strafrechtelijke procedure, maar de vraag of die procedure voldoende voortvarend is verlopen kan los daarvan worden gezien en wordt dan door artikel 13 EVRM bestreken.

119. Barkhuysen onderscheidt vier elementen in de effectiviteit van het rechtsmiddel in de zin van artikel 13 EVRM.²²⁴ Het moet (i) gaan om een daadwerkelijk bestaand rechtsmiddel dat (ii) toegankelijk moet zijn voor de klager en (iii) doeltreffend moet zijn in die zin dat het geschikt moet zijn om het vaststellen van schendingen van de in het EVRM neergelegde rechten en vrijheden te remediëren. Ten slotte moet het rechtsmiddel (iv) doelmatig zijn. Voor het onderzoek naar de vraag waaraan een effectieve remedie moet voldoen is eis (iii) vooral relevant: wanneer is een remedie geschikt om een gestelde schending te remediëren en meer specifiek voor het onderwerp van dit boek:

²¹⁹ EHRM 5 februari 2002, nr. 51564/99 (*Conka/België*), par. 76.

²²⁰ Uzman 2013, p. 243.

²²¹ Zie al EHRM 27 april 1988, nr. 9659/82 en 9658/82 (*Boyle and Rice/Verenigd Koninkrijk*), par. 52.

²²² Barkhuysen & Van Emmerik 2013, p. 216.

²²³ EHRM 26 oktober 2000, no. 30210/96 (*Kudla/Polen*), par. 146. In dat zelfde arrest legde het EHRM vervolgens uit dat in zaken betreffende (uitsluitend) termijnoverschrijdingen artikel 13 EVRM wel degelijk een toegevoegde waarde had. Zie nader Schabas 2015, p. 551.

²²⁴ Barkhuysen 1998, p. 118. De Jong 2017/2.3.

is vereist dat een mogelijke schending op voorhand kan worden verboden? Ik richt de blik daarom nu specifiek op de remedies.

4.3 Remedies, procedurele en materiële aspecten

4.3.1 Het procedurele aspect

120. Hiervoor heb ik omschreven dat artikel 13 EVRM vereist dat er een ‘*domestic remedy to deal with the substance of an arguable complaint under the Convention and grant appropriate relief*’ beschikbaar is.²²⁵ Daarin ligt een zekere maatstaf besloten die aan een (nationale) remedie moet worden gesteld: deze moet ‘*appropriate relief*’ bieden. Tegelijkertijd is dat een nogal vage omschrijving van wat er van de remedies wordt verwacht. Het begrip ‘remedy’ in artikel 13 EVRM omvat niet alleen het begrip remedie zoals ik het tot dusverre heb gebruikt, namelijk als maatregel die strekt tot herstel van een voorgevallen onrecht of die strekt tot preventie daarvan. Het heeft ook een procedurele betekenis die betrekking heeft op de rechtsgang die gevolgd kan worden om een schending van een materieel recht uit het EVRM aan de orde te stellen. Niet voor niets wordt in de Nederlandse vertaling gesproken van een ‘daadwerkelijk rechtsmiddel.’

121. Met het begrip rechtsmiddel in artikel 13 EVRM wordt bedoeld het openstaan van een procedure bij een bevoegde instantie ter beoordeling van de gegrondheid van een klacht.²²⁶ Daaruit blijkt de procedurele betekenis van artikel 13 EVRM: het is voldoende dat de klager een mogelijkheid heeft gehad om van het rechtsmiddel gebruik te maken. Er moet, met andere woorden, worden voorzien in een stelsel dat de rechten uit het EVRM adequaat garandeert.²²⁷ Daarbij wordt geabstraheerd van het resultaat dat de klager heeft weten te bereiken.²²⁸ De klager behoeft dus niet gelijk te krijgen, ook niet als hij wel gelijk heeft. In de woorden van het EHRM:

*‘The Court reiterates that while the effectiveness of a remedy does not depend on the certainty of a favourable outcome for the applicant, the lack of any prospect of obtaining adequate redress raises an issue under Article 13’*²²⁹

122. Indien die rechtsgang niet leidt tot bijvoorbeeld een deugdelijk onderzoek van de klacht in het licht van de eisen die het EVRM stelt, ligt een schending van artikel 13 EVRM op de loer, nog los van de vraag of die schending zelf ongedaan kan worden gemaakt of kan worden hersteld.²³⁰ De zaak *Hatton/Verenigd Koninkrijk* illustreert dat.²³¹ Klagers in die zaak verzetten zich tegen de nachtvluchten op het vliegveld Heathrow en beriepen zich op artikel 8 EVRM. Er waren naar het Britse recht *review proceedings* beschikbaar voor de klagers. Die *review proceedings* waren (destijds) beperkt tot het toetsen van ‘*irrationality, unlawfulness and patent unreasonableness*’, maar strekten zich niet uit over de toets van artikel 8 EVRM. Die omvang van de nationale toets voldeed daarmee niet aan hetgeen artikel 13 EVRM voorschrijft, omdat er geen serieus onderzoek kon plaatsvinden naar de vraag of er een schending van artikel 8 EVRM was.

²²⁵ EHRM 27 januari 2015, nr. 36925/10 (*Neshkov/Bulgarije*), par. 180.

²²⁶ Barkhuysen 1998, p. 113.

²²⁷ Uzman 2013, p. 239. Interessant is nog dat Uzman ook opmerkt (p. 242) dat uit het Volkenrecht de verplichting voortvloeit voor staten om elke schending van een verdrag te beëindigen. Ik laat dat gezichtspunt rusten omdat het geen rechten voor individuen in het leven roept en dus ook geen antwoord geeft op de vraag waaraan een effectieve remedie moet voldoen. Ik richt mij op artikel 13 EVRM omdat dit artikel ook volgens Uzman een voorbeeld is van de situatie waarin individuen juist wel rechten geldend kunnen maken.

²²⁸ Barkhuysen 1998, p. 114. Uzman onderschrijft dit, maar wijst er ook op dat effectieve rechtsbescherming ‘not simply a process but also an outcome’ is. Uzman 2013, p. 246.

²²⁹ EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09 (*M.S.S./België en Griekenland*), par. 394.

²³⁰ Vgl. EHRM 13 december 2001, nr. 45701/99 (*Metropolitan Church of Bessarabia and others/Moldavië*), par. 139.

²³¹ EHRM 8 juli 2003, nr. 36022/97 *Hatton and others/Verenigd Koninkrijk*), par. 138.

123. Bij beoordeling van de procedurele kant van artikel 13 EVRM kunnen de eisen van artikel 6 EVRM een rol spelen. Als uitgangspunt geldt daarbij dat van een effectieve remedie niet kan worden gesproken indien niet aan de fundamentele vereisten van ‘fairness’ en de ‘equality of arms’ is voldaan.²³²

124. Het procedurele aspect van artikel 13 EVRM komt vrij duidelijk naar voren in de jurisprudentie met betrekking tot artikel 2 EVRM, de bescherming van het recht op leven. Artikel 2 EVRM verbiedt niet alleen het doden van mensen, maar legt de lidstaat ook positieve (procedurele) verplichtingen op. Die komen er op neer dat de Staat een effectief onderzoek dient in te stellen naar de toedracht in gevallen waarin geweldgebruik door de overheid tot de dood van een of meer personen heeft geleid. Het onderzoek dient er mede op gericht te zijn vast te stellen of het toegepaste geweld rechtmatig was en omvat het verhoor van betrokkenen, forensisch bewijs en een autopsie. De autoriteiten dienen eigener beweging aan deze onderzoeksverplichting te voldoen en mogen het niet aan de nabestaanden overlaten om een formele klacht in te dienen of de verantwoordelijkheid te nemen voor een ‘investigative procedure’.²³³ Ook artikel 8 EVRM legt op de lidstaten procedurele verplichtingen op. Omdat artikel 8 EVRM een veelheid aan onderwerpen bestrijkt, is het moeilijk een algemene omschrijving voor de uit artikel 8 EVRM voortvloeiende procedurele verplichtingen te vinden.²³⁴ Het komt er in de kern op neer dat bij een aantasting van een van de rechten uit artikel 8 EVRM een zorgvuldig nationaal besluitvormingsproces moet plaatsvinden.²³⁵ Ook die verplichting valt uiteen in uiteenlopende verplichtingen, afhankelijk van het onder artikel 8 EVRM vallende recht.²³⁶ Het voert te ver om die hier allemaal te bespreken. Voor mijn onderzoek is slechts relevant in hoeverre die procedureverplichtingen op grond van artikel 13 EVRM leiden tot (aparte) eisen die aan de toe te passen remedie kunnen worden gesteld.

125. Bij de toets aan artikel 2 EVRM heeft het EHRM aangenomen dat (ook) uit artikel 13 EVRM volgt dat, in aanvulling op de vergoeding van schade waar dit aangewezen is, een onderzoek moet plaatsvinden om vast te stellen wie er verantwoordelijk is geweest voor het dodelijk geweld, en dat kan leiden tot bestraffing van de daders. Dat onderzoek moet toegankelijk zijn voor de nabestaanden van het slachtoffer. Deze uit artikel 13 EVRM volgende eis is echter ruimer dan de procedurele verplichting die uit artikel 2 EVRM volgt.²³⁷ De vraag hoe ver deze verplichting uit artikel 13 EVRM strekt, is mede afhankelijk van de inrichting van het juridische systeem in een land. Dat wordt duidelijk uit een arrest van het EHRM van 4 mei 2001 in de zaak *Kelly/Verenigd Koninkrijk*. Het EHRM overwoog dat van een slachtoffer in het Verenigd Koninkrijk mag worden verwacht om de nationale remedies uit te putten en in dat verband een civiele procedure te voeren waarin de rechter de feiten onderzoekt, aansprakelijkheid vaststelt en in voorkomend geval schadevergoeding kan toekennen. Het voegde daaraan toe dat de situatie in Noord-Ierland nadrukkelijk verschilt van die in Zuid-Oost Turkije, waarin Koerden die zich wilden beklagen over overheidsgeweld aangewezen zijn op de openbaar aanklager.²³⁸ Zij konden veelal noch in een strafrechtelijke procedure, noch in een civiele procedure de aansprakelijkheid voor de dood van een familielid doen vaststellen.²³⁹ Daarmee stonden zij met lege handen en was er sprake van een schending van artikel 13 EVRM. Het feit dat het

²³² EHRM 7 juni 2011, nr. 30042/08 (*Scöllög/Hongarije*), Par. 46

²³³ EHRM 4 mei 2001 (*Hugh Jordan/Verenigd Koninkrijk*).

²³⁴ Dat is ook al het geval omdat het EHRM voorop stelt dat artikel 8 EVRM geen ‘explicit procedural requirements’ bevat, zie EHRM 23 oktober 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1023JUD002360816 (*Petrov / Rusland*), par. 101. EHRM 8 februari 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0208JUD001993820 *Q en R/Slovenië*), par. 96.

²³⁵ De Jong 2017, p. 150. EHRM 23 oktober 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1023JUD002360816 (*Petrov / Rusland*), par. 101.

²³⁶ De Jong 2017, paragraaf 6.3.1 e.v.

²³⁷ EHRM 19 februari 1998 (*Kaya/Turkije*), par. 107.

²³⁸ EHRM 4 mei 2001 (*Kelly/Verenigd Koninkrijk*), par. 159.

²³⁹ EHRM 30 november 2004, ECLI:XX:2004:AS2641, *NJ 2005/210 (Öneryildiz/Turkije)*, par. 148.

EHRM benadrukt dat de ‘appropriate relief’ in dat geval ook niet in een civiele procedure kon plaatsvinden, maakt duidelijk dat een civiele procedure op zichzelf geschikt zou zijn om het door artikel 13 EVRM vereiste onderzoek zoals vereist door artikel 2 EVRM te doen plaatsvinden.

126. Het achterwege laten van het vereiste (strafrechtelijke) onderzoek kan in het kader van artikel 2 EVRM leiden tot de conclusie dat de nabestaanden een ‘effective remedy’ als bedoeld in artikel 13 EVRM is onthouden, maar als er een appropriate relief kan worden gevonden in een civiele procedure, kan dat ook volstaan. In het arrest *Öneryildiz / Turkije* overwoog het EHRM dat het vooral aankomt op de vraag wat het gevolg is van het nalaten van de Staat om te voldoen aan de positieve verplichting van artikel 2 EVRM. Als er voldoende andere en effectieve remedies beschikbaar zijn om aansprakelijkheid van de Staat vast te stellen, hoeft de schending van artikel 2 EVRM niet ook een schending van artikel 13 EVRM mee te brengen.²⁴⁰ Bij de toepassing van artikel 8 EVRM in het licht van artikel 13 EVRM is het beeld niet eenduidig. Het EHRM heeft in situaties waarin de procedurele verplichtingen van artikel 8 EVRM waren geschonden, in enkele gevallen aangenomen dat er daarna geen reden was om een nader onderzoek te doen naar de schending van artikel 13 EVRM.²⁴¹ Maar het EHRM heeft in andere gevallen aangenomen dat de schending van de procedurele verplichtingen van artikel 8 EVRM ook een schending van artikel 13 EVRM meebracht.²⁴²

127. Artikel 13 EVRM vereist dus niet alleen het openstaan van een procedure bij een nationale autoriteit, maar vereist bij een ‘arguable complaint’ over artikel 2 EVRM een onderzoek naar de toepassing van overheids geweld en bij artikel 8 EVRM een eerlijk en zorgvuldig besluitvormingsproces over de beperking van het door artikel 8 EVRM beschermde recht. Belangrijk is dat voor de vraag of artikel 13 EVRM is geschonden dus niet doorslaggevend is of het door artikel 2 EVRM gevestigde onderzoek in het kader van een strafrechtelijke (onderzoeks)procedure is uitgevoerd. Ook een onderzoek ten overstaan van de civiele rechter, in een zaak waarin schadevergoeding wordt gevorderd, kan van belang zijn voor de vraag of voldaan is aan de procedurele eisen van artikel 13 EVRM.

4.3.2 Het materiële aspect

128. Behalve dit procedurele aspect heeft artikel 13 EVRM ook betrekking op de remedie zelf. Ik noem dat het materiële aspect van de remedie. In de jurisprudentie van het EHRM wordt in dat verband wel gesproken over een ‘adequate redress’.²⁴³ Ik richt mij verder daarop omdat het onderzoek van dit boek is gericht op de vraag of uit artikel 13 EVRM vereisten voor remedies volgen die dienstig kunnen zijn voor de vraag of ons nationale rechterlijk bevel en verbod voldoen aan de eisen die aan een effectieve remedie kunnen worden gesteld. In het bijzonder gaat het mij om de vraag of en wanneer er een preventieve remedie wordt vereist.

129. Uitgangspunt voor het EHRM is steeds dat artikel 13 EVRM niet (dwingend) voorschrijft welke remedie er aan een klager moet worden geboden.²⁴⁴ Dat is aan de lidstaten, die een *margin of appreciation* hebben om aan hun verplichtingen uit artikel 13 EVRM te voldoen.²⁴⁵ Artikel 13 EVRM bepaalt ook niet zelf wanneer een rechtsmiddel ‘effectief’ is. Al in 1976 overwoog het EHRM dat

²⁴⁰ EHRM 30 november 2004, EXLI:XX:2004:AS2641, *NJ* 2005/210 (*Öneryildiz/Turkije*), par. 148.

²⁴¹ Bijvoorbeeld EHRM 1 juli 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0701JUD005824300 (*Liberty/United Kingdom*), par. 73.

²⁴² Bijvoorbeeld EHRM 13 oktober 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1013JUD001198115 (*B.A.C./Griekenland*), par. 46.

²⁴³ EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09 (*M.S.S./België en Griekenland*), par. 394.

²⁴⁴ Uzman 2013, p. 246.

²⁴⁵ EHRM 30 oktober 1991, nr. 13163/87 e.a. *Vilvarajah and others/Verenigd Koninkrijk*, par. 122; EHRM 20 maart 2008, nr. 15339/02 e.a., (*Budayeva and others/Rusland*), par. 191. Zie over het begrip *margin of appreciation* bijvoorbeeld Glas 2022.

artikel 13 EVRM en het EVRM in het algemeen niet voorschrijft hoe de bepalingen van het Verdrag in de nationale rechtsorde moeten worden geïmplementeerd.²⁴⁶

130. Dat een bepaalde remedie niet dwingend in artikel 13 EVRM wordt voorgeschreven ligt in zoverre voor de hand dat de aard van de in het EVRM beschermde rechten uiteenlopend is. Er is niet één remedie beschikbaar waarvan op voorhand kan worden gezegd dat die voor alle situaties de beste is. Ook naar nationaal recht bestaat die altijd werkende remedie niet, in veel gevallen is maatwerk vereist. De vraag of artikel 13 EVRM is geschonden wordt door het EHRM daarom altijd in concreto getoetst en wordt steeds beoordeeld in verband met het (beweerdelijk) geschonden materiële recht uit het EVRM. Met andere woorden: de remedie die voorgeschreven wordt, kan veranderen naar gelang het materiële recht dat in geschil is. In de jurisprudentie van het Hof zijn een paar voorbeelden te vinden waarin het Hof is ingegaan op de vraag welke remedie in een bepaalde situatie mag worden verwacht. Ik licht daar de volgende zaken uit.

131. In de zaak *Budayeva* overwoog het Hof over de relatie tussen het geschonden recht en de remedie: *'The nature of the right at stake has implications for the type of remedy the State is required to provide under Article 13.'*²⁴⁷ Bij een schending van artikel 2 EVRM is vergoeding van geldelijke en niet-geldelijke schade mogelijk *'as part of the range of redress available.'* Maar daar staat volgens het EHRM tegenover dat noch uit artikel 13 EVRM noch uit een andere verdragsbepaling een recht op vervolging en veroordeling van een derde volgt en dat *'private revenge'* niet aan de orde is.²⁴⁸

132. In het geval van *Neshov*, waarin het ging om een gestelde schending van artikel 3 EVRM in verband met detentie-omstandigheden, overwoog het EHRM ook dat de strekking van de uit artikel 13 EVRM voortvloeiende verplichting afhankelijk is van de aard van het ingeroepen recht.²⁴⁹ Ten aanzien van een schending van artikel 3 EVRM voegde het Hof daaraan toe dat twee remedies mogelijk zijn: verbetering van de onmenselijke omstandigheden en compensatie van de geleden schade. Wanneer een persoon in onmenselijke omstandigheden wordt gedetineerd, moet in ieder geval een remedie beschikbaar zijn die aan die situatie een einde maakt. Na beëindiging van die situatie dient schadevergoeding plaats te vinden. De remedies kunnen dus (vanzelfsprekend) naast elkaar bestaan.

133. Hoe ingewikkeld het ligt met de onderlinge verhouding tussen de materiële rechten uit het EVRM enerzijds en de (procedurale) eisen uit artikel 13 EVRM, waaronder de vraag naar de beschikbare remedies anderzijds, wordt duidelijk uit het arrest *Maurice/Frankrijk*. In die zaak ging het om ouders die een vordering hadden op een ziekenhuis in verband met een nalatigheid bij het stellen van een prenatale diagnose, waarna hun kind met een beperking is geboren. Gedurende de door hen aanhangig gemaakte procedure tot schadevergoeding werd hun (bestaande) vordering afgesneden door nieuwe wetgeving. Zij beriepen zich bij het Hof onder meer op artikel 1 van het Eerste Protocol (het recht op eigendom) en op de artikelen 6 en 13 van het EVRM. Het hof oordeelde dat artikel 1 van het Eerste Protocol was geschonden. Daarmee was gegeven dat er sprake was van een *arguable complaint* in de zin van artikel 13 EVRM. Het hof vervolgt dan echter dat artikel 13 EVRM niet zo ver gaat dat het vereist dat er een remedie is die inhoudt dat nationale wetgeving voor een nationale autoriteit kan worden aangevochten.²⁵⁰ De vraag of er een materiële bepaling van het EVRM is geschonden is zodoende een vraag die los moet worden beoordeeld van de vraag of er een effectieve rechtsbescherming met een bepaalde remedie kan of moet plaatsvinden. Omdat uit artikel 13 EVRM volgens het Hof niet volgt dat nationale wetgeving voor de (nationale) rechter moet kunnen worden aangevochten, kan er weliswaar een schending zijn van artikel 1 Eerste Protocol, maar dat betekent

²⁴⁶ EHRM 6 februari 1976, nr. 5614/72 (*Swedish Engine Drivers' Union/Sweden*), par. 50.

²⁴⁷ EHRM 20 maart 2008, nr. 15339/02 e.a., (*Budayeva and others/Rusland*), par. 191.

²⁴⁸ Dit is ook overwogen in het *Önderyildiz*-arrest, EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99, EXLI:XX:2004:AS2641, NJ 2005/210, par. 147.

²⁴⁹ EHRM 27 januari 2015, nr. 36925/10 (*Neshkov/Bulgarije*), par. 181. De overweging verschilt van de hiervoor aangehaalde zaken die specifiek op de remedies waren gericht.

²⁵⁰ EHRM 6 oktober 2005, nr. 11810/03 (*Maurice/Frankrijk*), par. 107.

niet noodzakelijkerwijs dat er ook een schending is van artikel 13 EVRM. Dat is in die zin ook logisch dat een schending die bij de nationale rechter een remedie vindt (bijvoorbeeld schadevergoeding bij schending van de redelijke termijn van de behandeling van een gerechtelijke procedure), nog steeds een schending is van een materiële bepaling van het EVRM. Doordat er naar nationaal recht een remedie beschikbaar is, is er van een schending van artikel 13 EVRM geen sprake.

134. Dat artikel 13 EVRM niet vereist dat nationale wetten ten overstaan van een nationale autoriteit (rechter) kunnen worden aangevochten was overigens al eerder uitgemaakt in de zaak *Hatton/Verenigd Koninkrijk*.²⁵¹ In die zaak werd – kort gezegd – geklaagd over nachtvluchten op Heathrow en werd betoogd dat die nachtvluchten een inbreuk vormden op de rechten onder artikel 8 EVRM en dat er geen effectieve remedie was voor de klacht. Het EHRM oordeelde dat artikel 8 EVRM weliswaar niet geschonden was, maar dat er wel een ‘arguable claim’ was, zodat de klacht over artikel 13 EVRM moest worden beoordeeld. Het EHRM herhaalde dat artikel 13 EVRM niet vereist dat nationale wetgeving wegens strijd met het EVRM moet kunnen worden aangevochten. In het verlengde daarvan geldt datzelfde voor een ‘*general policy as such*.’

135. Barkhuysen noemt als mogelijke remedies onder artikel 13 EVRM vernietiging, intrekking, aanpassing, niet-toepassing, het toekennen van schadevergoeding of sanctionering.²⁵² De nationale instantie moet in staat zijn te zorgen voor volledig rechtsherstel of een vervangende schadevergoeding.²⁵³ Uit artikel 13 EVRM volgt echter ook het recht op ongedaanmaking van de bestaande onrechtmatige situatie.²⁵⁴ De enkele vaststelling van de schending is niet steeds voldoende om te kunnen spreken van een effectief rechtsmiddel.²⁵⁵

136. Dat recht op ongedaanmaking en de tekst van het artikel (rechten die *zijn* geschonden) suggereert dat alleen een voltooide schending een verplichting tot een effectieve remedie in het leven roept.²⁵⁶ Dat is echter niet het geval. Met de tekst van het artikel is niet gezegd dat een preventieve maatregel niet zou kunnen worden genomen in die zin dat een verbod wordt uitgesproken om te handelen in strijd met enig artikel uit het EVRM. Barkhuysen zegt het zo dat het moet gaan om ‘middelen die (in abstracto) opheffing van de met de Conventie strijdige situatie en (voor de toekomst) herstel van een conventieconforme situatie mogelijk maken.’²⁵⁷ Daarin ligt feitelijk besloten dat het nationale recht moet voorzien in een verbod voor toekomstig handelen in strijd met een bepaling van het EVRM. Het EHRM overwoog in de zaak *Kudla/Polen*:

*‘It remains for the Court to determine whether the means available to the applicant in Polish law for raising a complaint about the length of the proceedings in his case would have been “effective” in the sense either of preventing the alleged violation or its continuation, or of providing adequate redress for any violation that had already occurred.’*²⁵⁸

²⁵¹ EHRM 8 juli 2003, nr. 36022/97 (*Hatton and others/Verenigd Koninkrijk*), par. 138.

²⁵² Barkhuysen 1998, p. 139.

²⁵³ Barkhuysen & Van Emmerik 2013, p. 216.

²⁵⁴ Uzman 2013, p. 242.

²⁵⁵ Uzman 2013, p. 245.

²⁵⁶ In het arrest *Kudla/Polen* overweegt het EHRM onder meer dat artikel 13 EVRM bedoeld is ‘to provide a means whereby individuals can obtain relief at national level for violations of their Convention rights before having to set in motion the international machinery of complaint before the Court.’ EHRM 26 oktober 2000, Application no. 30210/96 (*Kudla/Polen*), par. 152.

²⁵⁷ Barkhuysen 1998, p. 140.

²⁵⁸ EHRM 26 oktober 2000, nr. 30210/96 (*Kudla/Polen*), par. 158.

Een preventieve remedie behoort volgens dit arrest dus tot de door de lidstaat mogelijk te maken remedies. Het gebruik van het woord 'either' wijst er evenwel op dat een preventieve remedie niet zonder meer noodzakelijk is, maar impliceert een zekere keuzevrijheid voor de lidstaat.²⁵⁹

137. In de vreemdelingenrechtelijke zaak *Conka/België* heeft het EHRM de noodzaak van een preventieve remedie aanvaard.²⁶⁰ Het EHRM stelde in die zaak het algemene kader van artikel 13 EVRM voorop: artikel 13 EVRM strekt ertoe dat op nationaal niveau een remedie beschikbaar is om de rechten en vrijheden uit het Verdrag af te dwingen. Ook herhaalde het EHRM dat de strekking van de verplichtingen van een staat afhankelijk is van het ingeroepen recht, waarbij de ondergrens is dat de remedie 'effective in practice as well as in law' is. Dat is allemaal ook in andere arresten aangenomen. En hoewel het EHRM vervolgens niet overweegt dat artikel 13 EVRM een bepaalde remedie voorschrijft, overweegt het wel dat de notie van een effective remedy vereist dat de remedie de tenuitvoerlegging van maatregelen die in strijd zijn met het Verdrag en waarvan de effecten mogelijk onomkeerbaar zijn moet voorkomen. Dat is een duidelijke aanwijzing dat het nationale recht moet voorzien in een gelegenheid om een met het EVRM strijdige maatregel aan de rechter voor te leggen en dat die rechter in staat moet zijn de tenuitvoerlegging van de maatregel tegen te houden. Opmerking verdient daarbij dat het arrest betrekking had op een mogelijk onomkeerbare situatie van een vreemdeling die dreigde te worden uitgezet. Met dit oordeel is niet gezegd dat voor alle potentiële schendingen van het EVRM een preventieve remedie beschikbaar moet zijn.

138. Uit het *Neshkov*-arrest volgt dat een remedie beschikbaar moet zijn die een einde maakt aan de met het Verdrag strijdige situatie. Het beëindigen van een bestaande, maar onrechtmatige, situatie heeft vanzelfsprekend ook een preventieve component: de verdere schending van het Verdrag wordt voorkomen. Dat een effectieve remedie ook preventief behoort te kunnen zijn volgt uit een van de zaken die volgden op *Neshkov* en waarin het hof toetste of een nieuw in Bulgarije ingevoerde maatregel die gedetineerden in staat stelde een schending van artikel 3 EVRM te voorkomen, voldeed aan de eisen. Het EHRM onderzocht of een eis van een gedetineerde werd onderzocht door een onafhankelijke en onpartijdige rechter, of de procedurele voorschriften niet onnodig ingewikkeld waren, of het onderzoek op een openbare zitting in aanwezigheid van de gedetineerde plaatsvond en met voldoende snelheid werd afgerond. Het EHRM oordeelde uiteindelijk dat de door de regering genomen maatregelen voorzagen in een effectief middel om een schending van artikel 3 EVRM te voorkomen of te beëindigen. Dat bracht mee dat het EHRM concludeerde dat de klagers, die geen gebruik hadden gemaakt van deze remedie, de nationale rechtsmiddelen niet hadden uitgeput, zodat zij niet-ontvankelijk waren.²⁶¹ Deze zaak strandde op die manier in de ontvankelijkheidsfase, maar uit het arrest kan worden afgeleid welke componenten het EHRM in dit geval van belang achtte voor de toets of de remedie 'effective' in de zin van artikel 13 EVRM was. Tot die componenten behoorde in ieder geval de mogelijkheid de schending van het EVRM te beëindigen.

139. Het belang van een preventieve remedie is door het EHRM verder benadrukt in de zaak *Sürmeli*, die betrekking had op de redelijke termijn in de zin van artikel 6 EVRM.²⁶² Nadat het Hof de algemene aspecten van een beroep op artikel 13 EVRM uiteen had gezet, overwoog het:

'However, (...) the best solution in absolute terms is indisputably, as in many spheres, prevention. (...) Such a remedy offers an undeniable advantage over a remedy affording only compensation since it also prevents a finding of successive violations in respect of the same set of proceedings and does not merely repair the breach a posteriori, as does a compensatory remedy.'

²⁵⁹ Ook Uzman beschouwt het voorzien in redres enerzijds en het treffen van een maatregel die voorkomt dat de verdragsschending plaatsvindt of zich herhaalt anderzijds kennelijk als alternatieve mogelijkheden. Uzman 2013, p. 246.

²⁶⁰ EHRM 5 februari 2002, nr. 51564/99 (*Conka/België*), par. 79.

²⁶¹ EHRM 20 juli 2017, nr. 65540/16 en 22368/17 (*Atanasov/Bulgarije en Apostolov/Bulgarije*).

²⁶² EHRM 8 juni 2006, nr. 75529/01 (*Sürmeli/Duitsland*), par. 100.

In dit oordeel ligt onomwonden besloten dat preventie een belangrijk aspect is van de effectieve remedie.

140. De Hoge Raad heeft het recht op een effectieve remedie in het *Urgenda*-arrest aldus samengevat dat een rechtsmiddel effectief is als de schending daarmee kan worden voorkomen dan wel beëindigd of als het rechtsmiddel adequaat rechtsherstel biedt voor een schending die al heeft plaatsgevonden. Bij ernstiger schendingen moeten de beschikbare rechtsmiddelen in beide voorzien, dus zowel in het voorkomen of beëindigen van de schending als in rechtsherstel.²⁶³ Die (noodzakelijke) complementariteit van remedies was door het EHRM in de zaak *Neshkov* aangenomen voor het geval een gedetineerde die is blootgesteld aan detentieomstandigheden die in strijd zijn met artikel 3 EVRM inmiddels is vrijgelaten of in betere omstandigheden is gebracht. Ook in zaken die een duidelijke impact hebben op het ‘family life’ van een klager en dus onder artikel 8 EVRM vallen heeft het EHRM aangenomen dat een remedie die alleen een einde maakt aan de situatie *of* compensatie biedt, niet voldoende is. Ook dan is een remedie die zowel preventief is als vergoedend, vereist.²⁶⁴

141. Wat gemeen is aan alle zaken is dat een situatie die strijdig is met een van de door het EVRM beschermde rechten beëindigd moet kunnen worden. Die eis heeft nadrukkelijk een preventieve component omdat beëindiging van een met het Verdrag strijdige situatie zonder meer toekomstgericht is. Er zijn hierom duidelijke aanwijzingen dat het begrip effectieve rechtsbescherming in het EVRM mede betrekking heeft op het bestaan van een preventieve remedie.

4.4 Een nationaal voorbeeld als uitzondering – de redelijke termijn

142. Artikel 6 EVRM vereist een rechterlijke beslissing binnen een redelijke termijn. Het is van veel omstandigheden afhankelijk of een bepaalde termijn te lang is. Die omstandigheden zijn nu niet van belang. Het gaat mij erom te beschrijven hoe de remedie tegen overschrijding van de redelijke termijn in Nederland in de civiele rechtspleging vorm heeft gekregen.

143. Ik verwees hiervoor naar het arrest *Sürmeli/Duitsland* van het EHRM.²⁶⁵ Sürmeli was slachtoffer van een verkeersongeval waarbij hij letsel had opgelopen. Hij probeerde schade te verhalen op de verzekeraar van zijn wederpartij. Die procedure duurde eindeloos lang (meer dan 16 jaar) en Sürmeli klaagde zich erover dat er binnen het Duitse systeem geen mogelijkheid bestond om zich over die lange duur te beklagen. Hij stelde dat dit een schending van artikel 13 EVRM inhield. De Duitse regering weersprak de klacht: er zouden wel vier remedies (in de zin van rechtsmiddelen) beschikbaar zijn geweest, waaronder een procedure tot schadevergoeding.

144. Het EHRM herhaalde eerst de algemene karakteristieken van artikel 13 EVRM:

- artikel 13 EVRM vereist een nationaal rechtsmiddel tegen een *arguable complaint* en dat rechtsmiddel moet *appropriate relief* bieden;
- de effectiviteit van het rechtsmiddel is niet afhankelijk van de uitkomst van de procedure;
- als een enkele remedie niet voldoet aan de eisen van artikel 13 EVRM, kan een optelsom van remedies wel voldoende zijn;
- in ieder individueel geval moet daarom worden onderzocht of de beschikbare middelen effectief zijn in die zin dat zij ofwel de gestelde schending van een verdragsrecht of de voortdurende daarvan voorkomen, ofwel een *adequate redress* bieden voor een reeds voorgevallen schending.

²⁶³ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*).

²⁶⁴ EHRM 15 januari 2015, nr. 62198/11 (*Kuppinger/Duitsland*) par. 136 en 137.

²⁶⁵ EHRM 8 juni 2006, nr. 75529/01 (*Sürmeli/Duitsland*).

145. Ook voor de gestelde overschrijding van de redelijke termijn geldt dan dat rechtsmiddelen effectief zijn in die zin dat zij ofwel de gestelde schending van een verdragsrecht of de voortdurende daarvan voorkomen, ofwel een *adequate redress* bieden voor een reeds voorgevallen schending. Een remedie is in een dergelijk geval effectief indien deze de beslissing van de rechter kan versnellen of *redress* kan bieden na overschrijding van de redelijke termijn. Dat duidt dus op een keuzemogelijkheid voor de lidstaat. Die ligt, naar Nederlandse maatstaven bezien, ook voor de hand. Het is weinig aannemelijk dat de Staat een rechter kan dwingen een vonnis versneld uit te spreken.

146. Niettemin overweegt het EHRM vervolgens dat een preventieve oplossing te verkiezen is boven schadevergoeding. Het EHRM heeft blijkens zijn overwegingen het oog op een remedie die rechterlijke procedures versnelt ('expedite the proceedings'). Zo'n remedie heeft een belangrijk voordeel boven compensatie, reeds omdat het een opeenstapeling van schendingen voorkomt. Bij een heel lang lopende procedure zou een klager bijvoorbeeld meerdere procedures tegen de Staat aanhangig moeten maken om steeds weer nieuwe schadevergoeding te vorderen in de hoop dat die schadevergoeding een prikkel is tot haast.

147. Hoewel de voorkeur van het Hof voor een preventieve remedie nadien nog is herhaald, is de mogelijkheid voor een lidstaat om te kiezen voor een herstel achteraf, dus een schadevergoeding, blijven bestaan.²⁶⁶ Die financiële remedie moet aan een aantal voorwaarden voldoen:²⁶⁷

- een verzoek tot compensatie moet binnen een redelijke termijn worden behandeld;
- compensatie moet onmiddellijk worden voldaan, niet later dan zes maanden nadat de beslissing waarmee de compensatie is toegekend, voor tenuitvoerlegging vatbaar is geworden;
- de procedure voor compensatie moet voldoen aan de eisen van *fairness* zoals neergelegd in artikel 6 EVRM;
- de regels met betrekking tot juridische kosten mogen geen onevenredig zware last op de verzoekers leggen indien hun verzoek gerechtvaardigd is;
- compensatie mag niet onredelijk zijn in vergelijking met oordelen van het Hof in vergelijkbare zaken.

148. Zoals ik al opmerkte, is het moeilijk voorstelbaar dat een Nederlandse rechter door de minister of de Raad voor de Rechtspraak gedwongen wordt een bepaalde zaak met voorrang te behandelen. De volgorde waarin zaken worden behandeld is bovendien niet willekeurig (of aan het oordeel van een andere rechter onderworpen), maar wordt bepaald door de volgorde waarin zij op de rol voorkomen.²⁶⁸ De Code zaakstoedeling waarborgt bovendien dat 'inmenging met de toedeling van zaken van buitenaf' wordt voorkomen. Naar Nederlands recht is een bevel dat ertoe strekt een zaak met voorrang te behandelen ook om die reden niet goed denkbaar, en een rechterlijk bevel al helemaal niet. Ik acht het uitgesloten dat een (voorzieningen)rechter een collega-rechter via de rechtspersoon de Staat der Nederlanden zal bevelen binnen een bepaalde termijn uitspraak te doen.

149. Om dat verder te onderbouwen, moet ik een uitstapje maken naar een strafvorderlijke getinte Nederlandse zaak.²⁶⁹ Eisers in die civiele zaak waren de nabestaanden van een man die tijdens een aanhouding door de politie om het leven is gekomen. Tegen een aantal van de betrokken agenten is vervolging ingesteld. In die strafzaak hebben de nabestaanden verzocht om kennis te kunnen nemen

²⁶⁶ EHRM 4 juli 2016, nr. 17708/12 e.a. (*Olivieri e.a./Italië*), par. 45. EHRM 4 mei 2009, nr. 33509/04 (*Burdov/Rusland (No. 2)*), par. 98.

²⁶⁷ EHRM 29 oktober 2015, nr. 73798/13 (*Valada Matos Das Neves/Portugal*), par. 73. EHRM 4 mei 2009, nr. 33509/04 (*Burdov/Rusland (No. 2)*), par. 99; EHRM 29 maart 2006, nr. 36813/97 (*Scordino/Italië*), par. 194 e.v.

²⁶⁸ Zie artikel 15 lid 4 Besluit orde van dienst gerechten, welk besluit is gebaseerd op artikel 11 RO.

²⁶⁹ HR 28 september 2018, ECLI:NL:2018:1806. Volledigheidshalve vermeld ik dat ik deel uitmaakte van de combinatie die het hof-arrest wees (ECLI:NL:GHDHA:2017:1931).

van de namen van de betrokken agenten. De strafrechter had dat verzoek afgewezen, waarna de nabestaanden in een civiel kort geding tegen de Staat een bevel vorderden om hen de namen van de agenten te verstrekken. Die vordering is door de rechtbank en het hof afgewezen. De Hoge Raad verwierp de tegen die afwijzing gerichte klachten en overwoog dat de aanvullende rechtsbescherming die de burgerlijke rechter kan bieden, geen betrekking heeft op voorzieningen die partijen uitsluitend verlangen met het oog op de procesvoering in de rechtsgang bij een andere rechter. In die andere rechtsgang zijn partijen aangewezen op de voor die rechtsgang geldende regels en mogelijkheden en het is aan die andere rechter om te beslissen over de uitleg en toepassing van de regels en mogelijkheden.

150. Dit is een wat a-specifieke zaak, die niet één op één vergelijkbaar is met de situatie waarin een overschrijding van de redelijke termijn dreigt. Maar het uitgangspunt dat de burgerlijke rechter zich niet met de rechtsgang in een andere procedure moet bemoeien is er stellig in neergelegd en is breder toepasbaar.²⁷⁰ Ik vind daarin steun voor mijn visie dat de burgerlijke rechter niet een bevel aan de Staat zal kunnen geven dat ertoe strekt dat een andere rechter binnen een bepaalde termijn uitspraak zal moeten doen. Dat heeft overigens ook een meer constitutioneel aspect: het is niet aanvaardbaar dat de Staat als uitvoerende macht een rechter beveelt om een bepaalde zaak bij voorrang te behandelen (en dus een andere zaak achter te stellen). De onafhankelijkheid van de rechter staat daaraan in de weg. De preventieve remedie bij een dreigende overschrijding van de redelijke termijn zal in de Nederlandse context dan ook niet goed toepasbaar zijn.

151. Terug naar de overschrijding van de redelijke termijn. De Hoge Raad heeft zich (vanzelfsprekend) ook over deze materie moeten buigen. In een onteigeningszaak, waarin de Hoge Raad er om cassatietechnische redenen vanuit moest gaan dat artikel 6 EVRM geschonden was, werd een schadevergoeding gevorderd in verband met de overschrijding van de redelijke termijn.²⁷¹ Die vordering kon in dat geding niet slagen omdat een gemeente de wederpartij was van de eiser, en niet de Staat. De Hoge Raad koos ervoor om niet in een lopende procedure een mogelijkheid te creëren om de Staat op te roepen, zoals in bestuursrechtelijke procedures wel is gebeurd. In navolging van het EHRM overwoog de Hoge Raad dat een vordering uit onrechtmatige daad tegen de Staat een voldoende effectief rechtsmiddel kan bieden tot schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn. Wat opvalt is dat de Hoge Raad daaraan toevoegde dat een partij die zo een procedure tegen de Staat aanhangig moet maken, niet opnieuw griffierecht hoeft te betalen. Die beslissing past goed bij de hiervoor weergegeven voorwaarden, waaruit volgt dat geen onnodige drempels mogen worden opgeworpen. De Hoge Raad verwees ter motivering van deze beslissing terecht naar de eis van een effectieve remedie van artikel 13 EVRM.

152. Aan de Hoge Raad lag in deze zaak niet de vraag voor of een andere remedie dan schadevergoeding kon worden toegewezen. Zoals ik hiervoor al opmerkte, acht ik een andere remedie binnen het Nederlandse systeem niet goed denkbaar. Daarmee kan deze materie dienen als voorbeeld voor een situatie waarin een preventieve remedie wel wenselijk, maar in de Nederlandse context niet haalbaar is.

4.5 Een nationaal voorbeeld als bevestiging – schending van artikel 3 EVRM bij tenuitvoerlegging van een gevangenisstraf

153. Het is wet en vaste jurisprudentie dat de Staat (het Openbaar Ministerie) verplicht is een door de strafrechter uitgesproken straf of maatregel ten uitvoer te leggen.²⁷² Het gesloten stelsel van

²⁷⁰ Zie voor een vergelijkbare situatie HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1116, *NJ* 2011/237, m.nt. A.I.M. van Mierlo.

²⁷¹ HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser. De Hoge Raad maakt duidelijk dat niet vereist is dat de zaak onder artikel 6 EVRM valt, omdat het aan artikel 6 EVRM ten grondslag liggende rechtsbeginsel sowieso binnen de Nederlandse rechtsorde geldt.

²⁷² Vgl. HR 27 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:500, *NJ* 2015/232.

rechtsmiddelen staat eraan in de weg dat de burgerlijke rechter de Staat beveelt de tenuitvoerlegging van een straf te staken.²⁷³ Wat de burgerlijke rechter wel kan – en ook moet – is een tenuitvoerlegging die in strijd is met artikel 3 EVRM doen staken. Daarbij zal het in de regel gaan om het staken van een bepaalde vorm van tenuitvoerlegging, namelijk die vorm die strijd met artikel 3 EVRM veroorzaakt. Daarmee wordt niet de tenuitvoerlegging van de door de strafrechter opgelegde straf verboden, omdat normaal gesproken een vorm van tenuitvoerlegging die niet in strijd is met artikel 3 EVRM ook mogelijk zal zijn, zodat op het uitgangspunt dat de Staat gehouden is rechterlijke beslissingen ten uitvoer te leggen geen inbreuk behoeft te worden gemaakt.

154. De voorzieningenrechter in Den Haag zag zich in 2003 gesteld voor de vraag of hij de verdere tenuitvoerlegging van een gevangenisstraf, waarvan de modaliteiten door het EHRM in strijd met artikel 3 EVRM waren geoordeeld, mocht doen staken. Het ging in die zaak om een veroordeelde die in de Extra Beveiligde Inrichting (EBI) was geplaatst en daar werd onderworpen aan frequente visitaties aan het lichaam. Het EHRM heeft daarvan geoordeeld dat dit een onmenselijke of in ieder geval vernederende bestraffing was.

155. Toen de voorzieningenrechter over de zaak moest oordelen was de klager al overgeplaatst naar een andere penitentiaire inrichting. De omstandigheden van de tenuitvoerlegging die in strijd waren met artikel 3 EVRM waren daarmee al beëindigd, zodat de voorzieningenrechter geen maatregel behoeft te treffen die tot die beëindiging leidde. Maar de straf was nog niet volledig ten uitvoer gelegd en de vraag was of de verdere tenuitvoerlegging kon worden verboden bij wijze van rechtsherstel voor de eerdere schending van artikel 3 EVRM. De voorzieningenrechter beantwoordde die vraag bevestigend.²⁷⁴ De Hoge Raad liet dat oordeel in stand.²⁷⁵ Daarbij nam de Hoge Raad tot uitgangspunt dat op grond van het EVRM op de Staat de verplichting rust om te zorgen voor rechtsherstel. De Staat is daarbij volgens de Hoge Raad in beginsel vrij in de wijze waarop hij aan deze verplichting gevolg geeft. Deze vrijheid houdt echter niet in dat hij vrij is in de wijze waarop het herstel plaatsvindt en dat de nationale rechter daarover geen beslissing zou kunnen nemen, maar betekent slechts dat binnen de nationale rechtssfeer naar een passende vorm van herstel moet worden gezocht. De eiser kon naar nationaal recht aanspraak maken op schadevergoeding en die schadevergoeding kan ook plaatsvinden in een andere vorm dan betaling van een geldsom. Omdat het hier ging om een schending van artikel 3 EVRM door de wijze van tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf, kon het herstel plaatsvinden in de vorm van staking van de tenuitvoerlegging. Het bevel tot staking van de verdere tenuitvoerlegging moest daarom worden gezien als een in de bijzondere omstandigheden van het geval passende vorm van schadevergoeding in natura.

156. Ik bespreek deze zaak omdat het laat zien hoe groot de ruimte is van de nationale rechter om ook bij een vastgestelde schending van een van de materiële rechten uit het EVRM een oplossing te zoeken die recht doet aan het recht op herstel van dat geschonden recht. Het nationale uitgangspunt dat een door de rechter opgelegde straf nu eenmaal volledig ten uitvoer moet worden gelegd en dat de Staat niet de vrijheid heeft om daarover een andere afweging te maken, moet daarvoor dan kunnen wijken.

157. De Hoge Raad had overigens al eerder aanvaard dat op het uitgangspunt dat straffen ten uitvoer moeten worden gelegd, en dat het gesloten stelsel van rechtsmiddelen eraan in de weg staat dat de burgerlijke rechter de veroordeling door de strafrechter toetst, een uitzondering moet worden gemaakt ingeval een uitspraak van het EHRM, waarmee de strafrechter bij zijn beslissing geen

²⁷³ Althans in beginsel omdat er natuurlijk discussie kan zijn over het aanvangstijdstip van de straf, de vraag of de straf al geheel ten uitvoer is gelegd en ook over de modaliteiten van een straf. De burgerlijke rechter zal dan als restrechter benaderd kunnen worden bij een op onrechtmatige daad gebaseerde vordering.

²⁷⁴ Zij het dat hij geen veroordeling uitsprak omdat het tijdstip waarop de betrokken eiser zou moeten worden vrijgelaten nog zo ver verwijderd was dat er geen spoedeisend belang was.

²⁷⁵ HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0351, *NJ* 2005/196, m.nt. E.A. Alkema.

rekening heeft kunnen houden, noopt tot de conclusie dat de beslissing tot stand is gekomen op zodanige wijze dat niet meer kan worden gesproken van een eerlijke behandeling in de zin van artikel 6, lid 1 EVRM.²⁷⁶ Die beslissing werd mede gemotiveerd met een beroep op artikel 13 EVRM en de Hoge Raad voegde daaraan toe dat de rechter in kort geding in dat geval de tenuitvoerlegging van de straf kan verbieden, onderbreken of beperken. Daarmee heeft de Hoge Raad de preventieve werking van artikel 13 EVRM tot uitdrukking gebracht omdat met het staken van de verdere tenuitvoerlegging ook de schending van het materiële recht uit het EVRM werd beëindigd.

158. Er hoeft geen twijfel over te bestaan dat de burgerlijke rechter een met artikel 3 EVRM strijdige situatie kan beëindigen. In dat geval handelt de Staat door de wijze van tenuitvoerlegging immers onrechtmatig en zal een op beëindiging van die situatie toegesneden maatregel kunnen worden getroffen. Niet alleen artikel 3:296 BW dwingt daartoe, maar ook artikel 13 EVRM. Het interessante aan het arrest van 31 oktober 2003 is dat de schending van artikel 3 EVRM al voorbij was op het moment waarop de voorzieningenrechter de situatie moest beoordelen. Dat hij toch de verdere tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf kon verbieden²⁷⁷ laat zien hoe belangrijk het is dat het geboden herstel daadwerkelijk een remedie is tegen de geschonden norm. Het rechterlijk bevel en verbod spelen daarbij dus – ook als die feitelijk een vorm van schadevergoeding in natura inhouden – een belangrijke rol. De nationale kaders waarbinnen het rechterlijk bevel en verbod vorm hebben gekregen staan daaraan niet in de weg.

4.6 Conclusie

159. Artikel 13 EVRM heeft primair een procedureel karakter. Het schrijft de beschikbaarheid voor van een rechtsmiddel indien er een *arguable complaint* is met betrekking tot de schending van een materieel EVRM-recht. Die procedurele kant geeft geen direct antwoord op de vraag die centraal staat in dit boek, namelijk welke eisen aan een effectieve remedie mogen worden gesteld.

160. Ten aanzien van dat materiële aspect biedt het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM casuïstische handvatten. Een algemene remedie wordt niet voorgeschreven. Schadevergoeding kan voldoen, maar evengoed kan in bepaalde omstandigheden een preventieve maatregel vereist zijn. De aard van het beweerdelijk geschonden recht speelt daarbij een belangrijke rol. Het EVRM geeft dus geen concreet antwoord op de vraag welke eisen aan een remedie moeten worden gesteld. Het EVRM vereist ook niet steeds dat een preventieve maatregel mogelijk is, maar een preventieve maatregel behoort wel degelijk tot de mogelijkheden om een *effective remedy* te bieden. Het preventieve karakter van de remedie kan die remedie dus *effective* maken, maar ook een niet-preventieve remedie kan *effective* zijn in de zin van het EVRM. Op grond van de hiervoor besproken jurisprudentie in de zaken *Kudla/Polen*, *Conka/België* en *Neshkov* is er in ieder geval reden om aan te nemen dat het EHRM vereist dat een (bestaande) schending van een verdragsrecht wordt beëindigd. Een daarop gerichte remedie heeft ook een preventief aspect omdat een bestaande schending wordt beëindigd.

161. Alle remedies die uit de hiervoor besproken gevallen zijn af te leiden, zijn in het Nederlandse recht beschikbaar. Het Nederlandse recht gaat op sommige terreinen zelfs verder. Onze nationale wetgeving kan immers direct aan (rechtstreeks werkende bepalingen van) het EVRM worden getoetst en door de rechter onverbindend worden verklaard indien er een (in kort geding: onmiskenbare) strijd bestaat tussen de nationale wetgeving en het EVRM. Zoals ik hiervoor heb omschreven, vereist het EVRM een dergelijke toetsing van nationale wetgeving niet. In de gevallen waarin uit artikel 13 EVRM volgt dat een preventieve remedie beschikbaar moet zijn, voldoet de regeling van artikel 3:296 BW, toegepast in een kort geding, daaraan (zie paragraaf 10.2.5).²⁷⁸ In ieder geval zal naar nationaal

²⁷⁶ HR 1 februari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0130, *NJ* 1991/413, m.nt. Th.W. van Veen.

²⁷⁷ Dat zou hij gedaan hebben als er nog een spoedeisend belang was geweest.

²⁷⁸ De Hoge Raad heeft overwogen dat artikel 3:296 BW toepassing mist in kort geding. Zie HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5238, *NJ* 2006/55, m.nt. Ch. Gielen (*Euromedica/Merck*). Ik ga hierop nader in in paragraaf 10.2.5.

recht een (voortdurende) schending van een verdragsrecht beëindigd kunnen worden. Het handelen van de Staat dat leidt tot een verdragsschending zal in de regel in strijd zijn met een op de Staat rustende rechtsplicht en dus onrechtmatig zijn en op grond van artikel 3:296 BW beëindigd kunnen worden. Voor een toekomstige schending is dat niet anders, mits het voldoende aannemelijk is dat die schending gaat plaatsvinden.

162. Een uitzondering op de conclusie dat de vereiste remedies in Nederland beschikbaar zijn, is de overschrijding van de redelijke termijn voor rechterlijke beslissingen. Een dreigende overschrijding daarvan is een dreigende schending van een op de Staat rustende rechtsplicht. Een preventieve remedie is daarvoor echter niet goed denkbaar en om redenen die verband houden met de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht ook niet wenselijk. Schade die voortvloeit uit zo'n overschrijding van de redelijke termijn is systeem schade. De rechterlijke macht dient alles in het werk te stellen om die te voorkomen, maar als die schade toch ontstaat of dreigt te ontstaan is een financiële vergoeding de enige oplossing.

5. Het Unierecht

5.1 Inleiding

163. Het Unierecht heeft in belangrijke mate invloed op het nationale recht. Hoewel het Unierecht in beginsel niet beoogt nationale remedies te harmoniseren, dwingt het in sommige gevallen tot de beschikbaarheid van een of meer bepaalde remedies. Het beginsel van procedurele autonomie, dat meebrengt dat het bij afwezigheid van Unierechtelijke bepalingen aan de lidstaten is om te bepalen welke remedies het meest geschikt zijn om een bepaald doel te bereiken, wordt in dergelijke gevallen nadrukkelijk beperkt.²⁷⁹ Op verschillende manieren wordt door het Hof van Justitie bovendien invulling gegeven aan de eisen van doeltreffendheid door bepaalde voorwaarden te stellen aan de remedies die beschikbaar zijn. Omdat het Unierecht op die manier invloed kan hebben op de remedies die in het nationale recht beschikbaar moeten zijn voor de verwezenlijking van Unierechtelijke rechten, ga ik hierna eerst in algemene zin in op de eisen die het Unierecht stelt aan de effectieve rechtsbescherming op grond van artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten van de Unie en op de vraag of er algemene eisen zijn te stellen aan de beschikbaarheid van remedies. Daarna werk ik dat op twee specifieke terreinen uit, namelijk die van het aanbestedingsrecht en die van de Richtlijn oneerlijke bedingen. Ik kies voor die twee voorbeelden omdat daarmee voor heel verschillende doelgroepen, namelijk enerzijds ‘gegadigden’ (meestal rechtspersoonlijkheid bezittende bedrijven) die willen meedingen naar een overheidsopdracht, en anderzijds consumenten, duidelijk wordt hoe sterk de invloed van het Unierecht op de nationaalrechtelijke keuze voor remedies kan zijn.

5.2 Unierecht en effectieve rechtsbescherming

164. Artikel 19 van het Verdrag betreffende de Europese Unie bepaalt dat de lidstaten voorzien in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke bescherming op de onder het recht van de Unie vallende rechtsgebieden te verzekeren.²⁸⁰ Het artikel bevat daarmee een opdracht aan de lidstaten om te voorzien in rechtsmiddelen. Die verplichting sluit aan bij de verplichting van de nationale gerechten om het nuttig effect van het Unierecht te verzekeren en te voorzien in passende rechtsbescherming van de rechten die justitiabelen aan het recht van de Unie ontleenen.²⁸¹

165. Artikel 47 van het Handvest bepaalt dat recht bestaat op een doeltreffende voorziening in rechte tegen schending van de rechten die aan het Unierecht kunnen worden ontleend.²⁸² Het geeft uitdrukking aan het hiervoor al tot uitdrukking gebrachte adagium ‘ubi ius, ibi remedium.’²⁸³ Artikel 47 Handvest is, net als artikel 13 EVRM, een afhankelijk recht.²⁸⁴ Met het opnemen van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte in artikel 47 Handvest heeft het recht op effectieve rechtsbescherming een constitutionele status gekregen, die blijkens artikel 6 lid 1 VEU door de Unie als zodanig wordt erkend.²⁸⁵ Artikel 47 Handvest bestrijkt het hele Unierecht en heeft in zoverre een breder bereik dan artikel 6 EVRM, dat immers beperkt is tot (voor zover voor dit boek relevant) de ‘civil rights and obligations’ uit het EVRM (en de protocollen) zelf.²⁸⁶ Artikel 47 Handvest bestrijkt dus ook bestuursrechtelijke kwesties, mits de autoriteiten althans Unierecht toepassen of handelen binnen het bereik van het Unierecht.²⁸⁷ Artikel 47 Handvest heeft ook in zoverre een breed bereik dat

²⁷⁹ Zie hierover Krans 2020.

²⁸⁰ Onder meer: HvJ EU 20 april 2021, zaak C-896/19, ECLI:EU:2021:311 (*Repubblika/Malta*).

²⁸¹ Brügge-meier 2018, p. 35. HvJ 8 september 2010, C-409/06, ECLI:EU:C:2010:503 (*Winner Wetten*), par. 58.

²⁸² Het artikel bepaalt verder dat recht bestaat op een eerlijke en openbare behandeling van een zaak, binnen een redelijke termijn en door een onafhankelijk gerecht, alsmede een recht op rechtsbijstand. Die onderdelen van het artikel zijn voor het onderzoek van dit boek minder relevant.

²⁸³ Ancery 2012/172. Van Duin 2020, p.2.

²⁸⁴ Vgl. Van Duin 2017/2.1.

²⁸⁵ Vgl. HvJ 22 december 2010, zaak C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811 (*DEB/Duitsland*).

²⁸⁶ Barkhuysen & Van Emmerik 2013, p. 217.

²⁸⁷ Prechal & Widdershoven 2011, p. 38. Van den Brink e.a. 2017, p. 146. HvJ 30 juni 2016, zaak C-205/15, ECLI:EU:C:2016:499 (*Toma*), par. 23

het het recht op een doeltreffende voorziening in rechte garandeert van alle Unierechten en vrijheden, niet alleen van de rechten die ook een plek hebben gekregen in het Handvest zelf. Artikel 47 richt zich blijkens artikel 51 lid 1 Handvest niet alleen tot alle instellingen, organen en instanties van de Europese Unie, maar ook tot de lidstaten wanneer zij Unierecht toepassen.²⁸⁸ Artikel 47 Handvest legt daarmee ook aan nationale rechters de plicht op om in alle gevallen waarin Unierecht aan de orde is, een effectieve rechtsbescherming te garanderen, en niet alleen in die gevallen waarin de lidstaten partij zijn.²⁸⁹ Het Handvest wijkt op dit punt overigens niet af van het EVRM, dat lidstaten evenzeer de verplichting oplegt om in alle gevallen waarin een schending van de materiële rechten aan de orde kan zijn, te voorzien in een effectief rechtsmiddel.

166. De eerste alinea van artikel 47 Handvest is volgens de Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten gebaseerd op artikel 13 EVRM en de tweede alinea ‘correspondeert met’ artikel 6, lid 1 EVRM.²⁹⁰ Artikel 52 lid 3 Handvest bepaalt dat, voor zover het Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten uit het EVRM, de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde zijn als die er door het EVRM aan worden toegekend. Wanneer daarbij wordt bedacht dat elk door het EVRM gewaarborgd recht zijn evenknie heeft in het Handvest, is duidelijk hoe belangrijk de invloed van het EVRM op (de rechten uit) het Handvest is. Ook het Hof van Justitie heeft voor de uitleg van de inhoud van artikel 47 Handvest nadrukkelijk aansluiting gezocht bij de uitleg die het EHRM aan de artikelen 6 en 13 EVRM heeft gegeven.²⁹¹

167. Het is vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming het volgende inhoudt: *‘Voorts zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming een algemeen beginsel van het recht van de Unie vormt, dat voortvloeit uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten, dat in de artikelen 6 en 13 van het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden is neergelegd en ook in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie opnieuw is bevestigd, en dat de rechterlijke instanties van de lidstaten ingevolge het in artikel 10 EG neergelegde samenwerkingsbeginsel de rechterlijke bescherming dienen te verzekeren van de rechten die de justitiabelen aan het recht van de Unie ontleenen.’*²⁹²

168. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming is volgens deze definitie dus een algemeen beginsel van het recht van de Unie dat de rechterlijke instanties van de lidstaten opdraagt rechterlijke bescherming te verzekeren van de aan het Unierecht ontleende rechten. De toegang tot de rechter (die bevoegd moet zijn om de eerbiediging van de uit het Unierecht voortvloeiende rechten te waarborgen) is daar een onderdeel van.²⁹³ Dat de nationale rechter op grond van het beginsel van loyale samenwerking tot taak heeft voor justitiabelen de rechtsbescherming te verzekeren van rechten die uit rechtstreeks werkende bepalingen van Unierecht voortvloeien, is overigens vaste jurisprudentie van het Hof.²⁹⁴ Dat past ook bij artikel 19 lid 1 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, waarin is opgenomen dat de lidstaten voorzien in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke

²⁸⁸ McDonnell 2018, p. 445.

²⁸⁹ Van Duin 2017/2.1.

²⁹⁰ PbEG C 303/02.

²⁹¹ Bijvoorbeeld HvJ 22 december 2010, zaak C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811 (*DEB/Duitsland*), par. 32 en HvJ 6 november 2012, zaak C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684 (*Otis*), par. 47. Zie ook HvJ 21 december 2021, ECLI:EU:C:2021:1037 (*Randstad Italia*). Zie hierover ook Prechal & Widdershoven 2011, p. 38.

²⁹² HvJ 8 september 2010, zaak C-409/06, ECLI:EU:C:2010:503 (*Winner Wetten*), par. 58. HvJ 17 november 2022, zaak C-175/21, ECLI:EU:C:2022:895, par. 60 (*Harman International Industries/AB*).

²⁹³ Bijvoorbeeld: HvJ 6 november 2012, zaak C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684 (*Otis*); HvJ 6 oktober 2020, zaken C-245/19 en C-246/19, ECLI:EU:C:2020:795, par. 66 (*Staat Luxemburg*); HvJ 17 november 2022, zaak C-175/21, ECLI:EU:C:2022:895, par. 61 (*Harman International Industries/AB*).

²⁹⁴ Vgl. HvJ 19 juni 1990, zaak C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257 (*Factortame*). Zie hierover ook Van Heeswijk 2014, p. 10 e.v.

rechtsbescherming op de onder het recht van de Unie vallende gebieden te verzekeren. Met de hiervoor weergegeven definitie is echter nog niets gezegd over de wijze waarop die rechtsbescherming moet worden geboden en de remedies die beschikbaar dienen te zijn.

169. Het recht op een doeltreffende voorziening in rechte was al (veel) eerder in de jurisprudentie erkend dan het werd neergelegd in het Handvest.²⁹⁵ Wilman wijst erop dat het is terug te voeren op het arrest *Salgoil* uit 1968 waarin het hof overwoog dat bij miskenning van gemeenschapsrecht op de nationale rechter de plicht rust de belangen van onderdanen te handhaven. Voor zover aan justitiabelen rechten worden toegekend die de nationale rechter dient te handhaven, is de rechter aldus gehouden de bescherming van die rechten te verzekeren. Het is daarbij aan de nationale rechtsorde daartoe de bevoegde rechter aan te wijzen.²⁹⁶

170. In het arrest *Johnston* uit 1986 overwoog het Hof van Justitie dat het recht van een burger om zijn rechten voor een gerecht te doen gelden voortvloeit uit een algemeen ‘rechtsbeginsel dat ten grondslag ligt aan het constitutionele erfgoed dat alle Lid-Staten gemeen hebben.’²⁹⁷ Het beginsel van effectieve rechtsbescherming werd door het Hof van Justitie dus toen al erkend als een algemeen beginsel van Unierecht en omvat onder meer het recht op toegang tot de rechter.²⁹⁸

171. In het veel latere *Otis*-arrest uit 2012 overwoog het hof opnieuw dat het in artikel 47 Handvest neergelegde recht op effectieve rechtsbescherming verschillende onderdelen omvat, waaronder het al genoemde recht op toegang tot de rechter, maar ook het beginsel van ‘equality of arms’ en het recht om zich te laten adviseren, verdedigen en vertegenwoordigen.²⁹⁹

172. Het recht op een doeltreffende voorziening in rechte uit artikel 47 Handvest is, net als het recht op een effectief rechtsmiddel uit artikel 13 EVRM, niet absoluut. Beperkingen zijn mogelijk mits deze beantwoorden aan doeleinden van algemeen belang die met de betrokken maatregel worden nagestreefd en er geen sprake is van een onevenredige of onduidelbare ingreep die de gewaarborgde rechten in de kern aantast.³⁰⁰

173. Het recht op een doeltreffende voorziening in rechte heeft niet alleen betrekking op de procedurele aspecten zoals de toegang tot de rechter als zodanig of andere procedurele rechten die ook door artikel 6 EVRM worden gewaarborgd, maar heeft ook betrekking op de vraag welke remedies beschikbaar zijn.³⁰¹ Daarop ga ik nu in. Na een algemene uiteenzetting over de eisen die aan remedies mogen worden gesteld, werk ik dat specifiek uit ten aanzien van het aanbestedingsrecht en een onderdeel van het consumentenrecht.

5.3 Remedies

174. Bij de verzekering van de rechten die uit het Unierecht voortvloeien is de nationale rechter aangewezen op zijn eigen procesrechtelijke voorschriften.³⁰² Het Unierecht geeft geen algemeen geldende regels van procesrecht om binnen de nationale rechtsorde rechten, gebaseerd op het Unierecht, af te dwingen.³⁰³ Al in 1976 overwoog het Hof van Justitie in de zaken *Comet* en *Rewe* dat

²⁹⁵ HvJ 15 mei 1986, zaak C-222/84, ECLI:EU:C:1986:206 (*Johnston*). Hierover ook Keus 2010, p. 27 en Eijssbouts, Jans, Prechal & Senden 2012, p. 329 e.v.

²⁹⁶ HvJ 19 december 1968, zaak 13/68, ECLI:EU:C:1968:54 (*Salgoil*). Wilman 2014, p. 44.

²⁹⁷ HvJ 15 mei 1986, zaak C-222/84, ECLI:EU:C:1986:206 (*Johnston*).

²⁹⁸ Zie ook HvJ 13 maart 2007, zaak C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 (*Unibet*) en HvJ 6 november 2012, zaak C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684 (*Otis*), met verwijzing naar eerdere jurisprudentie.

²⁹⁹ HvJ 6 november 2012, zaak C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684 (*Otis*).

³⁰⁰ HvJ 18 maart 2010, gevoegde zaken C-317/08, C-318/08, C-319/08 en C-320, ECLI:EU:C:2010:146 (*Allassini*), par. 63.

³⁰¹ Vgl. Van Duin 2017/2.2. Opmerking verdient dat de procedurele aspecten ook als remedie op zich kunnen dienen, bijvoorbeeld wanneer het erom gaat de ongelijkheid van partijen op te heffen. Zie Van Duin 2019/5.

³⁰² Krans 2010, p. 5. Ancery 2012/169.

³⁰³ Meijer 2014, p. 39.

het bij het ontbreken van regels van gemeenschapsrecht aan de nationale rechtsorde is de bevoegde rechters aan te wijzen en de procedurele voorwaarden te scheppen waaronder burgers hun rechten uit het gemeenschapsrecht kunnen afdwingen.³⁰⁴ Dat stelsel brengt mee dat in beginsel ook uit het nationale (proces)recht voortvloeit welke remedies kunnen worden aangewend bij een (potentiële) schending van Unierechtelijke aanspraken.³⁰⁵ Dat systeem, ook wel omschreven als het systeem van procedurele of processuele autonomie, is echter wel onderworpen aan de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit.³⁰⁶

175. Het systeem van procedurele autonomie brengt tot uitdrukking dat het Unierecht is aangewezen op het nationale recht voor middelen om dat Unierecht ten uitvoer te leggen. Het nationale recht is op die manier dienstbaar aan het Unierecht en het Unierecht is tegelijkertijd afhankelijk van het nationale recht. Die systematiek brengt als uitgangspunt ook mee dat het Unierecht niet beoogt om op het niveau van remedies tot harmonisatie te komen. Evenmin beoogt het nieuwe remedies in het leven te roepen die niet al in het nationale recht bestaan.³⁰⁷ Dat gegeven laat onverlet dat het beginsel van procedurele autonomie volgens het Hof van Justitie in het *Rewe*-arrest bestaat bij de *afwezigheid* van Unierechtelijke regels op een bepaald onderwerp. Als dergelijke regels wel bestaan, is de vrijheid van de lidstaten nadrukkelijk beperkt.³⁰⁸

176. De vrijheid van de lidstaten wordt, als gezegd, ook beperkt door de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit (doelmatigheid). Het beginsel van *gelijkwaardigheid* brengt, kort samengevat, mee dat het nationale recht het Unierecht niet ongunstiger mag behandelen dan vergelijkbare vorderingen of rechten uit het nationale recht.³⁰⁹ Het is een toepassing van het non-discriminatiebeginsel op grond van nationaliteit op het gebied van de procedureregels die de toepassing van het Unierecht verzekeren.³¹⁰ Het beginsel geldt niet alleen voor de procedureregels, maar ook voor de toe te passen remedies.³¹¹

177. Het beginsel van *effectiviteit* is voor de vraag welke eisen aan remedies kunnen worden gesteld belangrijker en brengt mee dat het nationale recht de uitoefening van rechten uit het Unierecht niet nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk mag maken.³¹² De vraag of dat het geval is, moet worden onderzocht rekening houdend met de plaats van een bepaling in de gehele procedure voor de verschillende nationale instanties en met het verloop van de bijzondere kenmerken van die procedure. Daarbij moet vervolgens rekening worden gehouden met de beginselen die aan het nationale stelsel

³⁰⁴ HvJ 16 december 1976, respectievelijk C-45/76, ECLI:EU:C:1976:191 (*Comet*) en C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (*Rewe*). Zie ook HvJ 14 december 1995, NJ 1997, 116 (*Van Schijndel*).

³⁰⁵ Vgl. Keus 2010, p. 6. Keus duidt het nationale recht mede om die reden aan als ‘voertuig’ voor het Unierecht. Meijer spreekt over het nationale recht als ‘facilitator’ van het Unierecht, zie Meijer 2014, p. 39. Zie ook Aronstein 2019, p. 241, die ook aantekent dat de nationale procedurele autonomie in de loop der jaren is ingeperkt en dat er ook remedies noodzakelijk zijn geweest die met de toepassing van nationale regels niet zouden zijn bereikt. Ook Aronstein 2019a, p. 203 e.v.. Zie verder Wilman 2014, p. 29 e.v. en Brüggemeier 2018, p. 100 e.v.

³⁰⁶ Keus 2010, p. 61, Krans 2010, p. 5, Van Harten 2011, p. 36 e.v., Vrendenbarg 2018/35. Ancery wijst erop dat de toets aan het gelijkswaardigheids- en effectiviteitsbeginsel alleen plaatsvindt in gevallen van een ‘indirecte botsing’ tussen het nationale recht en het Unierecht. Daaronder verstaat hij de situatie waarin het nationale recht niet voorziet in een situatie die tot een ander materieelrechtelijk rechtsgevolg leidt dan het Unierecht, maar waarin het de effectuering van het aan het Unierecht ontleende recht belemmert. Bij een directe botsing tussen het nationale recht en het Unierecht, waarin dus de rechtsgevolgen uiteen lopen, dient het Unierecht op grond van het *Simmenthal*-arrest te prevaleren. Ancery 2012/171. Hierover ook Stuij 2020. Meest recent: HvJ 17 november 2022, zaak C-175/21, ECLI:EU:C:2022:895 (*Harman International Industries/AB*).

³⁰⁷ Vgl. Wilman 2014/26.

³⁰⁸ Hierover: Krans & Nylund 2020, p. 5 e.v. HvJ 16 december 1976, respectievelijk C-45/76 ECLI:EU:C:1976:191 (*Comet*) en C-33/76 ECLI:EU:C:1976:188 (*Rewe*).

³⁰⁹ Brüggemeier 2018, p. 100. Ancery 2012/171.

³¹⁰ McDonnell 2018, p. 447.

³¹¹ Wilman 2014, p. 37.

³¹² Hierover nader: Meijer 2014, p. 40 e.v. Krans 2010, p. 6 en Asser/Hartkamp 3-I 2018/ 109 e.v.

van rechtspleging ten grondslag liggen, zoals de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure.³¹³ Het effectiviteitsbeginsel verplicht lidstaten er echter niet toe om andere rechtsmiddelen in te voeren dan die welke in het nationale recht zijn vastgesteld, tenzij uit de opzet van de betrokken nationale rechtsorde blijkt dat er geen rechtsgang is waarmee, al was het maar incidenteel, de eerbiediging van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontnemen, kan worden verzekerd, of wanneer de justitiabelen slechts toegang tot de rechter kunnen krijgen door onrechtmatig te handelen.³¹⁴

178. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming enerzijds en de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit hangen samen, maar komen niet volledig overeen. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming heeft in de eerste plaats relevantie voor het bestaan van een rechtsvordering of remedie: een justitiabele mag niet met lege handen staan en dient te kunnen beschikken over middelen om zijn rechten geldend te maken.³¹⁵ Het beginsel van effectieve rechtsbescherming werkt dus positief: de lidstaten moeten erin voorzien dat rechten geldend kunnen worden gemaakt. De beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit hebben betrekking op de situatie waarin er regels bestaan die de effectuering van een vordering of van de remedie bemoeilijken.³¹⁶ Zij strekken ertoe die regels langs de lat van de gelijkwaardigheid en de effectiviteit te leggen. Het gaat dan om wat Ancery ‘procesregels’ noemt en die bijvoorbeeld termijnen bepalen. Dergelijke procesregels dienen aan *Rewe* en *Comet* te worden getoetst.

179. Aronstein vat het effectiviteitsbeginsel iets breder op dan hiervoor omschreven. Het effectiviteitsbeginsel is volgens haar uitgegroeid tot een beginsel dat veel breder wordt toegepast dan alleen in relatie tot nationale regelingen. Het beginsel eist in haar visie dat de volle werking en het nuttig effect van het Unierecht gewaarborgd worden in onder het Unierecht vallende gebieden en dat de rechtssubjecten van het Unierecht geen regels toepassen die uitoefening van de door het Unierecht verleende rechten uiterst moeilijk of praktisch onmogelijk maken.³¹⁷ Aronstein ziet het beginsel van effectieve rechtsbescherming dan ook als een aanvulling op en een uitvloeisel van het effectiviteitsbeginsel, in die zin dat voorzien moet worden in een passende remedie indien een recht niet (meer) kan worden geëffectueerd.³¹⁸ Ook volgens Wilman overlappen de beginselen van effectieve rechtsbescherming en effectiviteit elkaar.³¹⁹

180. Voor de centrale vraag van mijn boek is relevant dat per saldo door het Unierecht in de situatie waarin er geen Unierechtelijke regels zijn gegeven, aan het nationale recht wordt overgelaten om te bepalen welke remedies er zijn. Die vrijheid wordt beperkt in de gevallen waarin door het Unierecht wel wordt bepaald welke middelen een justitiabele dient te hebben om zijn rechten te effectueren. De vrijheid van de lidstaten wordt verder beperkt door de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit én door het beginsel van effectieve rechtsbescherming: een burger mag in geen geval met lege handen staan en dient te beschikken over middelen om zijn rechten geldend te maken. Daarmee is nog niet de vraag beantwoord welke specifieke eisen aan een effectieve remedie mogen worden gesteld en of er ook aanspraak bestaat op een preventieve remedie.

5.4 Eisen die aan remedies worden gesteld

³¹³ Vgl. HvJ 26 juni 2019, ECLI:EU:C:2019:537 (*Kuhar*); HvJ 17 november 2022, zaak C-175/21, ECLI:EU:C:2022:895, par. 68 (*Harman International Industries/AB*).

³¹⁴ HvJ 21 november 2021, C-497/20, ECLI:EU:C:2021:1037, par. 62 (*Randstad Italia*); HvJ 17 november 2022, zaak C-175/21, ECLI:EU:C:2022:895 (*Harman International Industries/AB*).

³¹⁵ Vgl. Van Duin 2020, p. 42.

³¹⁶ Stuij 2020/278. Ancery 2012/172.

³¹⁷ Aronstein 2019, p. 236.

³¹⁸ In gelijke zin Prechal & Widdershoven 2011, p. 39.

³¹⁹ Wilman 2014, p. 47.

181. Uit het beginsel van processuele autonomie volgt dat het Unierecht niet heeft bedoeld zelf nieuwe remedies in het leven te roepen of lidstaten te dwingen nieuwe remedies in het leven te roepen die niet al in het nationale recht zijn te vinden.³²⁰ Zo bezien ligt het niet voor de hand dat het Unierecht in algemene zin normen geeft die aan remedies moeten worden gesteld. Het is uiteindelijk het resultaat dat telt en de manier waarop dat resultaat wordt bereikt kan aan het nationale recht worden overgelaten. Het belang van de beschikbaarheid van effectieve remedies is echter evident. Zonder de beschikbaarheid van effectieve remedies komt de effectieve rechtsbescherming in gevaar.³²¹ Het beginsel van effectieve rechtsbescherming vereist dan ook de beschikbaarheid van een passend middel om een rechtsschending te redresseren.³²²

182. Het belang van de beschikbaarheid van remedies betekent ook dat de wijze waarop wordt getoetst of de beschikbare remedies voldoen, strenger kan zijn dan de toets van de procedureregels waarbinnen die remedies tot hun recht kunnen komen.³²³ Waar het om gaat is dat uiteindelijk daadwerkelijk een passende remedie beschikbaar is. Indien een Unierechtelijke regeling niet voorziet in een bepaalde sanctie, dienen de lidstaten ervoor te zorgen dat het in artikel 47 van het Handvest verankerde recht op een doeltreffende voorziening in rechte wordt geëerbiedigd.³²⁴

183. Artikel 47 Handvest roept geen subjectieve rechten en verplichtingen tussen private partijen in het leven en wijzigt bestaande rechten en verplichtingen ook niet.³²⁵ Ook in zoverre ligt het voor de hand dat artikel 47 Handvest geen remedies voorschrijft. Het is afhankelijk van de omstandigheden van een bepaald individueel geval op welke manier een schending van een recht geredresseerd moet worden. De ondergrens van de vrijheid die de lidstaten hebben is daarbij de situatie waarin er naar nationaal recht geen remedie voorhanden is om de Unierechten voor een particulier af te dwingen.³²⁶ In dat geval zal de nationale rechter rechtsbescherming moeten bieden waarin zijn nationale recht niet voorziet. In het *Unibet*-arrest overwoog het Hof van Justitie in dat verband dat het EG-recht weliswaar niet heeft voorzien in andere rechtsmiddelen dan die uit het nationale recht voortvloeien, maar dat dit anders zou zijn wanneer zou blijken dat er geen rechtsmiddel is om de eerbiediging te verzekeren van de rechten van justitiabelen uit het EG-recht.³²⁷ De verplichting om te voorzien in nationale remedies is geen vrijblijvende verplichting. Het is immers vaste jurisprudentie van het Hof dat in de gevallen waarin het Unierecht niet voorziet in een sanctie op een inbreuk op het Unierecht, of verwijst naar het nationale recht, de lidstaten de verplichting hebben alle passende maatregelen te nemen om de doeltreffende toepassing van het Unierecht te garanderen.³²⁸ Bij de keuze voor een bepaalde remedie of een stelsel van remedies zal de lidstaat er voor moeten zorgen dat steeds voldaan is aan de beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid.³²⁹

184. De vraag of het Unierecht voorschrijft dat een remedie preventief beschikbaar is, is niet eenvoudig in algemene zin bevestigend te beantwoorden. Aan de jurisprudentie van het Hof van Justitie zijn wel enkele meer algemene aanwijzingen te ontlelen voor de vraag waaraan een remedie

³²⁰ HvJ 7 juli 1981, zaak 158/80, ECLI:EU:C:1981:163 (*Rewe-Handelsgesellschaft Nord*), par. 44; HvJ 13 maart 2007, zaak C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 (*Unibet*), par. 40. Zie hierover nader Wilman 2014, p. 31 en Van Duin 2017/2.1 en 3.2. Brüggemeier 2018 p. 100.

³²¹ Vgl. Giesen 2015/92. Ancery 2012/173.

³²² Van Duin 2020, p. 42.

³²³ Ancery 2012/172. Van Duin 2020, p. 42 e.v.

³²⁴ HvJ 29 november 2017, zaak C-214/16, ECLI:EU:C:2017:914 (*King*).

³²⁵ Van Duin 2017/2.1.

³²⁶ Van Duin 2017/3.2.

³²⁷ HvJ 13 maart 2007, zaak C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 (*Unibet*), par. 41.

³²⁸ Zie bijvoorbeeld HvJ 7 oktober 2010, C-382/09, ECLI:EU:C:2010:596 (*Stils*), par. 44.

³²⁹ Vaste jurisprudentie, zie HvJ 3 mei 2005, zaken C-387/02, C-391/02 en C403/02, ECLI:EU:C:2005:270 (*Berlusconi, Adelchi en Dell'Utiri*), par. 65, HvJ 13 juli 2006, zaken C-295/04 en C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 (*Manfredi*), par. 92, HvJ 13 maart 2007, zaak C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 (*Unibet*), par. 43, HvJ 17 december 2015, zaak C-407/14, ECLI:EU:C:2015:831 (*Camacho*), par. 44.

moet voldoen. Die jurisprudentie is casuïstisch en dat geldt dus ook voor de bespreking ervan. De jurisprudentie heeft bovendien niet steeds betrekking op civielrechtelijke geschillen. Bij die bespreking moet verder in het oog worden gehouden dat de mate van rechtsbescherming in sommige gevallen invulling krijgt door hetgeen in een betreffende Verordening of Richtlijn is bepaald.

185. Voordat ik overga tot bespreking van enkele arresten van het Hof van Justitie merk ik op dat ten aanzien van de mensenrechten die in het Handvest worden gegarandeerd heeft te gelden dat een gelijke mate van bescherming is beoogd als de bescherming die uit het EVRM voor diezelfde rechten voortvloeit. Waar ik hiervoor heb geconcludeerd dat uit het EVRM een preventieve remedie voortvloeit, geldt dat ook voor de corresponderende rechten uit het Handvest.

186. Het eerste arrest dat ik bespreek om te onderzoeken welke algemene eisen er aan remedies zijn te stellen, is het arrest *Von Colson*.³³⁰ In die zaak was aan de maatschappelijk werksters Von Colson en Kamann op grond van hun geslacht een aanstelling bij een penitentiare inrichting geweigerd. Aan het Hof werd onder meer de vraag voorgelegd of als sanctie op de schending van het verbod op discriminatie een bevel zou moeten worden uitgesproken de afgewezen sollicitanten (alsnog) aan te stellen. Het ging hier dus niet om een preventieve remedie (dat kan naar de aard van de zaak niet), maar om een herstellende remedie. In artikel 6 van Richtlijn 76/207 (betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden) is opgenomen dat lidstaten in hun interne rechtsorde de nodige voorschriften opnemen om een ieder die meent te zijn benadeeld door de niet-toepassing van het beginsel van gelijke behandeling, de mogelijkheid te bieden om 'zijn rechten voor het gerecht te doen gelden'. Dat is een tamelijk abstracte bepaling, die de rechter de nodige ruimte laat en waaruit niet zonder meer volgt dat herstel (alleen) mogelijk is door een bepaalde persoon die is afgewezen op grond van zijn of haar geslacht, alsnog een aanstelling aan te bieden. In het arrest oordeelde het Hof van Justitie dat uit de bepaling volgt dat lidstaten verplicht zijn om '*maatregelen te nemen die voldoende effectief zijn om het doel van de richtlijn te bereiken, en om er zorg voor te dragen, dat de betrokkenen voor de nationale rechter daadwerkelijk een beroep op die maatregelen kunnen doen.*' Het hof overwoog voorts dat de richtlijn niet een bepaalde sanctie voorschrijft, maar aan lidstaten de keuze laat tussen verschillende oplossingen die geschikt zijn om het doel ervan te bereiken. De sanctie dient evenwel een *daadwerkelijke* en *doeltreffende* rechtsbescherming te verzekeren en een *afschrikkende* werking te hebben. Indien de gekozen remedie uit schadevergoeding bestaat, moet die vergoeding in een daadwerkelijke relatie tot de schade staan en mag de schadevergoeding niet symbolisch zijn. In die laatste eis ligt het *proportionaliteits- of evenredigheidsbeginsel* besloten.

187. Naar het arrest *Von Colson* is nadien herhaaldelijk door het Hof van Justitie verwezen en de eis dat een remedie een daadwerkelijke en doeltreffende rechterlijke bescherming moet waarborgen en bovendien een reële afschrikkende werking moet hebben is veelvuldig herhaald.³³¹ De eisen dat een remedie een daadwerkelijke en doeltreffende rechtsbescherming dient te verzekeren en een afschrikkende werking moet hebben zijn echter tamelijk abstract. Een wat ouder voorbeeld, waarin een vergoeding van NLG 1,- werd toegekend voor geleden smart wegens discriminatie voldoet duidelijk niet aan de eis van afschrikkendheid, doeltreffendheid en proportionaliteit.³³²

³³⁰ HvJ 10 april 1984, zaak C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (*Von Colson*). Zie hierover nader Aronstein 2019a, p. 206. Zie ook, maar dan over straf- en tuchtmaatregelen HvJ 21 september 1989, zaak C-68/88, ECLI:EU:C:1989:339 (*Commissie / Griekenland*), par. 24.

³³¹ HvJ 22 april 1997, zaak C-180/95, ECLI:EU:C:1997:08 (*Draehmpaehl*), par. 25; HvJ 27 maart 2014, zaak C-565/12, ECLI:EU:C:2014:190 (*Le Credit Lyonnais*), par. 43; HvJ 17 december 2015, zaak C-407/14, ECLI:EU:C:2015:831 (*Camacho*), par. 31-37; HvJ 15 april 2021, ECLI:EU:C:2021:269 (*Braathens Regional Aviation*), par. 36-38.

³³² Krans 2004, p. 803.

188. In het arrest *Von Colson* is het evenredigheidsbeginsel toegepast in verband met een te betalen schadevergoeding. Die mag niet te laag zijn, maar moet in verhouding staan tot de rechtsschending die zich heeft voorgedaan.³³³ De eis dat een sanctie evenredig moet zijn heeft in de latere jurisprudentie een meer zelfstandige functie gekregen, die niet alleen in relatie tot schadevergoeding bestaat. Zo overwoog het Hof van Justitie in het *Texdata*-arrest dat lidstaten weliswaar vrij zijn in de keuze van de op te leggen sancties, maar dat zij er met name op dienen toe te zien dat overtredingen van het Unierecht met doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties worden bestraft.³³⁴ Die zaak had een meer administratiefrechtelijk karakter, maar de eis dat een remedie proportioneel moet zijn komt ook in andere zaken terug en heeft ook betrekking op remedies op alle rechtsgebieden.³³⁵ Ook daarmee is echter niet gezegd dat de remedie preventief beschikbaar moet zijn.

189. Uit de eisen dat een remedie doeltreffend en evenredig moet zijn en een afschrikkende werking moet hebben, volgt ook niet zonder meer en in algemene zin waaraan een remedie moet voldoen. Een door de rechter te geven bevel *kan* een passende remedie zijn, maar ook een andere remedie kan passend zijn. Die andere remedie kan ook zijn het herstel van het onrecht door middel van schadevergoeding. Onder omstandigheden bestaat zelfs aanspraak op een verklaring voor recht, zelfs als een gedaagde bereid is een gevorderde schadevergoeding (in dat geval: voor discriminatie) te voldoen.³³⁶ Dat betekent dat steeds afhankelijk van de bijzondere omstandigheden van het geval moet worden beoordeeld of een remedie geschikt is.³³⁷ De volgende jurisprudentie laat dat ook zien.

190. In het *Francovich*-arrest, dat betrekking had op lidstaat-aansprakelijkheid voor te late implementatie van richtlijnen, heeft het hof voorop gesteld dat de nationale rechter, die in het kader van zijn bevoegdheden belast is met de toepassing van de gemeenschapsrechtelijke bepalingen, de volle werking van die bepalingen dient te verzekeren en de daarin aan particulieren toegekende rechten moet beschermen. Het Hof van Justitie overwoog vervolgens dat aan de volle werking van de gemeenschapsbepalingen zou worden afgedaan en de bescherming van de daarin toegekende rechten zou worden afgezwakt, indien particulieren niet de mogelijkheid zouden hebben om schadevergoeding te verkrijgen wanneer hun rechten worden aangetast als gevolg van een schending van het gemeenschapsrecht die aan de lidstaat kan worden toegerekend. Het Hof aanvaardde daarom als beginsel van gemeenschapsrecht dat de lidstaten verplicht zijn tot vergoeding van de schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het gemeenschapsrecht die hun kunnen worden toegerekend.³³⁸ Het arrest is daarmee in de eerste plaats een uitvloeisel van het beginsel dat lidstaten de effectiviteit van het Unierecht moeten garanderen. Als zij daarin tekort schieten resteert schadevergoeding als een '*safety net*'.³³⁹ Het in dit arrest tot uitdrukking genomen uitgangspunt staat vanzelfsprekend niet in de weg aan een preventieve actie, maar dwingt daartoe ook niet.

191. Hoewel het arrest daarmee vooral van belang is voor de vraag wanneer een lidstaat aansprakelijk is voor de schending van het Unierecht, is het ook van belang om vast te stellen dat in het arrest een recht op schadevergoeding als passende remedie wordt erkend in die gevallen waarin de lidstaat tekort is geschoten in de implementatie van Unierecht.³⁴⁰ Dat lijkt niet erg vernieuwend omdat schadevergoeding de meest klassieke en voor de hand liggende remedie is. Niettemin is het arrest van

³³³ In vergelijkbare zin: HvJ 15 april 2021, ECLI:EU:C:2021:269 (*Braathens Regional Aviation*).

³³⁴ HvJ 26 september 2013, zaak C-418/11, ECLI:EU:C:2013:588 (*Texdata*), par. 50.

³³⁵ HvJ 17 december 2015, zaak C-407/14, ECLI:EU:C:2015:831 (*Camacho*), par. 31-37; Aronstein 2019a/278.

³³⁶ HvJ 15 april 2021, ECLI:EU:C:2021:269 (*Braathens Regional Aviation*), par. 47.

³³⁷ Zie voor (nog) een situatie van de schending van het recht op gelijke behandeling HvJ 2 augustus 1993, zaak C-271/91, ECLI:EU:C:1993:335 (*Marshall*), par 25: 'Dergelijke vereisten houden noodzakelijkerwijs in, dat rekening moet worden gehouden met de bijzondere omstandigheden van elke schending van het beginsel van gelijke behandeling.'

³³⁸ HvJ 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428 (*Francovich*).

³³⁹ McDonnell 2018, p. 458.

³⁴⁰ Volgens Tjong Tjin Tai heeft het HvJ hiermee een nieuwe aansprakelijkheidsgrond gecreëerd. Tjong Tjin Tai 2011, p. 794.

belang omdat het Hof van Justitie aanvaardde dat er een remedie moet bestaan indien door een nalaten van een lidstaat een particulier zijn uit het Unierecht voortvloeiende rechten niet geldend kon maken.³⁴¹ Dat recht op schadevergoeding volgt niet uit een van de verdragen, maar is dus door het Hof aanvaard als uitvloeisel van het beginsel dat lidstaten de werking van het Unierecht moeten verzekeren. Die remedie van schadevergoeding is echter een subsidiaire. Het Hof van Justitie heeft beklemtoond dat de mogelijkheid van particulieren om schadevergoeding te vorderen wanneer hun rechten worden aangetast door een aan een lidstaat toe te rekenen schending van het Unierecht, niet afdoet aan de verplichting om het nationale recht in overeenstemming met de betreffende richtlijn uit te leggen of een nationale bepaling die in strijd is met de toepasselijke richtlijn, buiten toepassing te laten, om aldus de daadwerkelijk naleving van het Unierecht te verzekeren.³⁴² Schadevergoeding is ook hier *second best*, en naleving staat voorop.

192. Het Hof van Justitie heeft in het *Factortame*-arrest overwogen dat aan de volle werking van het gemeenschapsrecht zou worden afgedaan, wanneer een rechter bij wie een door het gemeenschapsrecht beheerst geding aanhangig is, door een regel van nationaal recht zou kunnen worden belet voorlopige maatregelen te gelasten ter verzekering van de volle werking van de uitspraak die moet worden gedaan over het bestaan van de rechten waarop krachtens het gemeenschapsrecht een beroep wordt gedaan. Die rechter is alsdan gehouden die nationale regel buiten toepassing te laten.³⁴³ Het Hof heeft in dit arrest aanvaard dat een nieuwe (procedurele) remedie kan worden voorgeschreven indien dat nodig is om de werking van het Unierecht te verzekeren.³⁴⁴ Het belang van het arrest is mede daarin gelegen dat het Hof van Justitie overwoog dat de nationale rechter de bevoegdheid dient te hebben *‘terstond al het nodige te doen om toepassing te onthouden aan de nationale wettelijke bepalingen die, al is het maar tijdelijk, de volle werking van de gemeenschapsregels zouden kunnen verhinderen.’* Daarin ligt besloten dat de rechter een met het gemeenschapsrecht strijdige situatie moet kunnen beëindigen. Die verplichting heeft een preventief karakter, omdat de voortzetting van een strijdige situatie wordt voorkomen.

193. De verplichting om een nationale procedureregulering buiten toepassing te laten kan echter ook betrekking hebben op de keuze voor een remedie zelf en heeft dan geen speciale preventieve werking. Het arrest *Braathens Regional Aviation* laat dat zien.³⁴⁵ Het Hof van Justitie bepaalde in dat arrest dat ook wanneer een gedaagde partij, die wordt beschuldigd van discriminatie, aanbiedt om de gevorderde schadevergoeding te betalen, de eiser aanspraak kan hebben op beoordeling van zijn vordering die ertoe strekt dat wordt vastgesteld dat er discriminatie heeft plaatsgevonden. De rechter zal in dat geval de nationale regel die hem belet over die vordering te oordelen *omdat* de gedaagde de bereidheid toont de gevorderde schadevergoeding te betalen, maar zonder echter de discriminatie te erkennen, buiten toepassing moeten laten. De keuze voor de declaratoire remedie volgde in dat arrest nadrukkelijk uit de Richtlijn 2000/43, gelezen tegen de achtergrond van artikel 47 Handvest, maar het arrest maakt opnieuw duidelijk dat artikel 47 Handvest ingrijpende gevolgen kan hebben voor de nationale remedies, ook zonder die in algemene zin voor te schrijven. Het feit dat de nationale rechter in een geval als dit een nationale procedureregulering buiten toepassing moet laten heeft voor de vraag naar de beschikbaarheid van een preventieve remedie geen betekenis. Het discriminatoire handelen had al plaatsgevonden, en de (resterende) strijd met het Unierecht was slechts daarin gelegen dat de rechter door een nationale procesregel niet aan een declaratoire uitspraak kon toekomen.

³⁴¹ Brüggemeier 2018, p. 101 en 107.

³⁴² HvJ 19 april 2016, zaak C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278 (*Dansk Industri*), par. 42.

³⁴³ HvJ 19 juni 1990, zaak C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257 (*Factortame*).

³⁴⁴ Prechal & Widdershoven 2011, p. 41. Brüggemeier 2018, p. 121. Ik teken aan dat het Hof van Justitie ook heeft overwogen dat het Unierecht er niet toe dwingt dat lidstaten rechtsmiddelen invoeren die in het nationale recht niet zijn neergelegd. Zie HvJ 15 april 2021, ECLI:EU:C:2021:269 (*Braathens Regional Aviation*), par. 55 en HvJ 13 maart 2007, zaak C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 (*Unibet*), par. 40.

³⁴⁵ HvJ 15 april 2021, ECLI:EU:C:2021:269 (*Braathens Regional Aviation*).

194. Dat de nationale rechter de mogelijkheid moet hebben voorlopige maatregelen te gelasten ter verzekering van de volle werking van de uitspraak die moet worden gedaan over het bestaan van de rechten waarop krachtens het gemeenschapsrecht een beroep wordt gedaan, is herhaald in het al genoemde *Unibet*-arrest.³⁴⁶ Uit het arrest volgt echter ook dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming als zodanig niet vereist dat er een zelfstandig beroep bestaat dat ten principale ertoe strekt, de verenigbaarheid van nationale bepalingen met regels van gemeenschapsrecht aan te vechten, voor zover althans binnen het stelsel van nationale rechtsmiddelen de eerbiediging van het gelijkwaardigheids- en het doeltreffendheidsbeginsel wordt gewaarborgd.³⁴⁷ Uit het arrest kan verder worden afgeleid dat een indirecte remedie, zoals schadevergoeding, onder omstandigheden kan volstaan. Ook uit het oudere *Safalero*-arrest kan worden afgeleid dat een indirecte remedie kan volstaan. In die zaak werd voldoende geacht dat in een beroep tegen een geldboete de schending van het gemeenschapsrecht aan de orde kon worden gesteld, aangezien de ondernemer daarmee in rechte kan doen vaststellen dat de betreffende bepaling onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht.³⁴⁸

195. Met betrekking tot de vernietiging van arbitrale vonnissen heeft het Hof van Justitie voorts aangenomen dat de nationale rechter die op grond van de nationale regels van procesrecht een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis op grond van strijd met nationale regels van openbare orde moet toewijzen, dat ook moet doen ingeval een dergelijke vordering is gebaseerd op schending van het destijds in artikel 85, lid 1, EG-Verdrag neergelegde verbod.³⁴⁹ Aan dat oordeel legde het Hof van Justitie ten grondslag dat artikel 85 van het EG-Verdrag een fundamentele bepaling is die onontbeerlijk is voor de vervulling van de taken van de (toenmalige) Gemeenschap en voor de werking van de interne markt. Dat brengt echter niet mee dat de nationale rechter regels van nationaal procesrecht buiten beschouwing moet laten op grond waarvan een arbitraal vonnis gezag van gewijsde krijgt, waardoor niet meer kan worden onderzocht of de overeenkomst waarop het arbitraal vonnis betrekking heeft, mogelijk nietig is wegens strijd met (destijds) artikel 85 van het EG-Verdrag. Het Hof nam daarbij in aanmerking dat de nationale termijn van drie maanden die geldt om vernietiging van een arbitraal vonnis te vragen de naleving van het gemeenschapsrecht niet ‘uiterst moeilijk of in de praktijk onmogelijk’ maakt. Hoewel dit een belangrijk arrest is voor de vraag wanneer regels van nationaal procesrecht buiten beschouwing moeten worden gelaten, dwingt het evenmin tot het aannemen van een preventieve remedie.

196. Een situatie waarin nadrukkelijk werd geoordeeld dat aan de nationale autoriteiten een bevel moest worden gegeven is te vinden in het *ClientEarth*-arrest.³⁵⁰ De zaak had betrekking op de Richtlijn Luchtkwaliteit (2008/50/EG) en meer specifiek op de verplichting van een lidstaat om een luchtkwaliteitsplan op te stellen. ClientEarth had de nationale (Britse) rechter verzocht om een bevel uit te spreken de voorliggende luchtkwaliteitsplannen te herzien ‘opdat daarin de voorwaarden werden opgenomen waaronder zo snel mogelijk en uiterlijk op 1 januari 2015 aan de grenswaarden voor stikstofdioxine zou worden voldaan.’ Die vordering was afgewezen, onder meer omdat een dergelijk bevel tot ‘grote politieke en economische vraagstukken zou leiden en politieke keuzes zou impliceren’ en dat de rechter tot het maken daarvan niet bevoegd is. Het Hof stelt eerst vast dat particulieren zich volgens vaste rechtspraak tegenover de overheid kunnen beroepen op onvoorwaardelijke en voldoende duidelijke bepalingen van een richtlijn. Bovendien zou het onverenigbaar zijn met de dwingende werking die krachtens artikel 288 VWEU aan richtlijn 2008/50 toekomt, om principieel uit te sluiten dat de daarbij opgelegde verplichting door de betrokkenen kan worden ingeroepen. Het is daarom aan

³⁴⁶ HvJ 13 maart 2007, zaak C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 (*Unibet*), par. 67.

³⁴⁷ HvJ 13 maart 2007, zaak C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 (*Unibet*), par. 47.

³⁴⁸ HvJ 11 september 2003, zaak C-13/01, ECLI:EU:C:2003:447 (*Safalero*), par. 54-56. Ik roep in herinnering dat de Nederlandse rechter van een burger niet hoeft te verlangen dat hij het op strafvervolgung laat aankomen om de onverbindendheid van een nationale regel te laten vaststellen, HR 11 oktober 1996, *NJ* 1997/165, ECLI:NL:HR:1996:ZC2169 (*Leenders/Ubbergen*), m.nt. M. Scheltema.

³⁴⁹ HvJ 1 juni 1999, zaak C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269 (*Eco Swiss / Benetton*).

³⁵⁰ HvJ 19 november 2014, ECLI:EU:C:2014:2382, *JB* 2015/1, m.nt. H.C.F.J.A. de Waele en R.J.B. Schutgens.

de bevoegde nationale rechter om ‘alle noodzakelijke maatregelen te treffen, zoals een bevel’ om te bewerkstelligen dat de nationale autoriteit het in genoemde richtlijn vereiste plan onder de daarin voorgestelde voorwaarden opstelt.

197. In deze zaak heeft het Hof van Justitie dus nadrukkelijk een vingerwijzing gegeven ten aanzien van de te treffen maatregel, maar dwingend is die niet. De woorden ‘zoals een bevel’ laten zien dat een bevel tot de mogelijkheden moet behoren. Andere mogelijkheden zijn denkbaar, zij het dat die in de Nederlandse setting niet voor het oprapen liggen, althans niet als het om een preventieve remedie gaat. Opmerking verdient dat het arrest niet in de sleutel van artikel 47 Handvest is gesteld, maar mede is gebaseerd op artikel 19 VEU.³⁵¹ Artikel 19 VEU draagt lidstaten op te voorzien in de nodige rechtsmiddelen om de daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het Unierecht vallende gebieden te verzekeren. Het artikel hangt daarmee nauw samen met artikel 47 Handvest, zodat dit gegeven voor de conclusies die ten aanzien van de vereiste beschikbaarheid van remedies kan worden getrokken, geen verschil maakt.

198. Het Unierecht staat overigens, tenzij sprake is van een maximumharmonisatie, toe dat een lidstaat remedies toelaat die verder strekken dan het Unierecht voorschrijft, mits maar voldaan wordt aan het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doelmatigheidsbeginsel.³⁵²

199. De hiervoor besproken jurisprudentie is casuïstisch. Een algemene regel waaruit volgt dat een preventieve remedie beschikbaar moet zijn, is er niet uit af te leiden. De jurisprudentie maakt wel duidelijk hoe zwaar wordt getild aan het belang van het verzekeren van de volle werking van het Unierecht. Dat de nationale rechter gehouden is een regel die hem belemmert een voorlopige voorziening te treffen, buiten beschouwing moet laten is in dat verband veelzeggend. De schending van het Unierecht dient al in afwachting van een uitspraak ten gronde, zoveel mogelijk te worden beëindigd om de effectiviteit van die uitspraak en daarmee de naleving van het Unierecht te verzekeren. Daaruit blijkt dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming niet los is te zien van de noodzaak de daadwerkelijke naleving van de regels van Unierecht te verzekeren. Hoewel daaruit niet in algemene zin kan worden afgeleid dat beschikbare remedies een preventief karakter moeten hebben, ligt die eis wel heel dicht aan tegen de noodzaak de daadwerkelijke naleving van het Unierecht te verzekeren. Het is immers juist die preventieve beschikbaarheid die een eventuele schending kan voorkomen.

5.5 *Recapitulatie van de eisen die uit de jurisprudentie volgen*

200. Per saldo laat de jurisprudentie van het Hof van Justitie zien dat een remedie *effectief* moet zijn, een *afschrikkende functie* moet hebben en *proportioneel* of *evenredig* moet zijn. Die begrippen hebben helaas geen vaste betekenis en zijn uit zichzelf ook niet vastomlijnd.

201. Een *effectieve* remedie is Unierechtelijk een remedie die geschikt is om de functie uit te oefenen waarvoor hij was bedoeld. Obstakels, zoals procedurele obstakels, moeten vermeden worden.³⁵³ Effectieve remedies zijn geschikt om de naleving van het Unierecht te verzekeren.³⁵⁴ De eis van effectiviteit leidt in zoverre tot voorspelbaarheid: een (potentiële) inbreukmaker kan geconfronteerd worden met een remedie die tot naleving van het Unierecht leidt.

202. Een *afschrikkende* remedie is een remedie die voldoende serieus is om herhaling van de inbreuk te voorkomen en anderen ook ervan te weerhouden dezelfde inbreuk te plegen. Het belang van de afschrikkende functie van een remedie is mede daarin gelegen dat die afschrikking gericht is op het

³⁵¹ Artikel 47 Handvest wordt overigens ook wel gezien als het spiegelbeeld van artikel 19 VEU, zie Van Duin 2017/1.

³⁵² Aronstein 2019a, p. 205.

³⁵³ Pavillon 2019/3.1.

³⁵⁴ Pavillon 2020/3.1.

voorkomen van de inbreuk, en daarmee op preventie.³⁵⁵ De functie van een afschrikkende remedie gaat dus verder dan alleen de inbreukmaker af te schrikken, maar strekt er mede toe anderen af te schrikken. De voorspelbaarheid van dit aspect van een sanctie is al minder groot. Een sanctie die de ene afschrikt, zal door een ander op de koop toegenomen kunnen worden. Dat is evident wanneer de sanctie puur financieel is en bestaat uit bijvoorbeeld een boete of de verplichting schade te vergoeden. Voor de ene partij is een boete eenvoudiger te dragen dan voor de ander en zal een boete dus minder afschrikkend zijn.³⁵⁶ Bij een bevel of verbod ligt dat op het eerste gezicht anders. Gelijkluidende bevelen zullen voor iedere partij even zwaar wegen. Tegelijkertijd staat een bevel of verbod veelal niet op zichzelf, maar zal het om effectief te werken, gepaard moeten gaan met een dwangsom. Omdat de rechter grote vrijheid heeft bij het bepalen van de hoogte van een dwangsom, kan hij de afschrikkendheid van een bevel of verbod beïnvloeden door de dwangsom in hoogte aan te passen.

203. Een *proportionele* sanctie past bij de ernst van de inbreuk en gaat niet verder dan nodig is om het doel van de sanctie te bereiken. De omschrijving van het proportionaliteitsbegrip bestaat daarmee zelf uit vage begrippen en laat daarmee de nodige onzekerheid bestaan over de uitkomst van een proportionaliteitstoets in een bepaald geval.

204. Deze functies van een te kiezen remedie wijzen deels in tegengestelde richting. De effectiviteit en de afschrikkendheid van een remedie zijn immers gediend met zware sancties op (dreigende) overtreding van enig voorschrift. De proportionaliteit kan een matiging vereisen om de remedie in lijn te brengen met de zwaarte van de gestelde schending. Evenzeer kan de proportionaliteit vereisen dat een remedie niet louter symbolisch is omdat daarmee geen recht zou worden gedaan aan het geschonden recht.³⁵⁷ In de zaak *Von Colson* en de daarop volgende zaken is het proportionaliteitsbeginsel in die zin tot uitdrukking gebracht en heeft het dus geen matigende werking, maar werkt het juist om een te lage schadevergoeding te voorkomen. Tussen de verschillende karakteristieken van een remedie, de effectiviteit, de afschrikkendheid en de proportionaliteit zal in de praktijk een evenwicht moeten worden gevonden.

5.6 *Uitwerking van het proportionaliteitsvereiste*

205. Elders in dit boek (paragraaf 10.2) werk ik uit dat de rechter die artikel 3:296 BW toepast, geen discretionaire bevoegdheid heeft. Daarmee bedoel ik dat de rechter *niet* de vrijheid heeft om een vordering die op grond van artikel 3:296 BW toewijsbaar is, op basis van een afweging van belangen, toch niet toe te wijzen. Alleen voor de rechter in kort geding is dat anders, omdat in kort geding steeds een belangenafweging kan worden gemaakt, waarbij rekening wordt gehouden met het voorlopige karakter van het oordeel (in paragraaf 10.2.4 zet ik de nuances uiteen). De vraag die opdoemt is hoe het feit dat artikel 3:296 BW geen belangenafweging toelaat in een bodemprocedure, zich verhoudt tot het proportionaliteitsvereiste zoals dat in het Unierecht tot stand is gekomen. Met andere woorden: vereist de afweging van de proportionaliteit van een remedie niet feitelijk ook een afweging van belangen, en wat betekent dat voor artikel 3:296 BW? Om die vraag te beantwoorden moet ik nader uitwerken wat de eis dat een remedie proportioneel of evenredig moet zijn volgens het Unierecht inhoudt.

206. Voorop gesteld zij dat het proportionaliteitsbeginsel (of het evenredigheidsbeginsel) een algemeen beginsel van Unierecht is.³⁵⁸ Het hof van Justitie heeft dat in een reeks van arresten

³⁵⁵ Vgl. Pavillon 2019/2.

³⁵⁶ De boete op zich is niet alleen doorslaggevend, voor de afstemming van bepaald gedrag is de pakkans minstens zo belangrijk. Bovendien zal niet alleen een boete, maar ook het risico op negatieve publiciteit door een boete bepaald gedrag beïnvloeden.

³⁵⁷ HvJ 15 april 2021, ECLI:EU:C:2021:269 (*Braathens Regional Aviation*).

³⁵⁸ Zie voor de betekenis van het evenredigheidsbeginsel in het bestuursrechtelijke sanctie- en herstelrecht de conclusie van staatsraden advocaat-generaal Wattel en Widdershoven van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468. De Afdeling heeft uitspraak gedaan op 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285.

overwogen.³⁵⁹ Dat betekent dat niet alleen remedies, maar vele toepassingen van het Unierecht zijn onderworpen aan het proportionaliteitsbeginsel. Ik richt mij op de consequenties van het proportionaliteitsbeginsel voor de remedies.

207. Hiervoor omschreef ik het aldus dat een proportionele sanctie past bij de ernst van de inbreuk en niet verder gaat dan nodig is om het doel van de sanctie te bereiken. Een verdere tweedeling of zelfs driedeling is echter mogelijk.³⁶⁰ De eis van proportionaliteit brengt in de eerste plaats mee dat de remedie geschikt is voor het doel waarvoor hij is gegeven. Dat doel is in de regel het herstel van de geschonden norm.³⁶¹ Dit aspect van de proportionaliteit vertoont overlap met de eis dat een remedie effectief moet zijn. Dat is verklaarbaar omdat een niet-effectieve remedie in de regel sowieso niet proportioneel zal zijn omdat er geen redelijk doel mee is gediend. De eis van proportionaliteit brengt niet alleen mee dat de remedie geschikt moet zijn om het doel van de remedie zelf te bereiken, maar het brengt ook mee dat de gekozen remedie geschikt moet zijn om het (achterliggende) doel van de geschonden norm te bereiken.³⁶² In de tweede plaats moet de remedie noodzakelijk zijn in die zin dat niet een minder bezwarend middel beschikbaar is om een vergelijkbaar resultaat te bereiken. Dat is ook een uitingsvorm van het vereiste van subsidiariteit. In de derde plaats moet de remedie in verhouding staan tot de ernst van de normschending enerzijds en de effecten van de remedie anderzijds. Pavillon duidt het eerste aspect aan als het ‘beschermingsperspectief’ en het tweede aspect als het ‘individuele perspectief.’³⁶³

208. De laatste eis, die een evenwicht probeert aan te brengen tussen de ernst van de normschending enerzijds en de gevolgen van de remedie anderzijds, duidt op een te maken belangenafweging tussen enerzijds de belangen van de normschender en anderzijds de belangen van de gelaedeerde of zelfs de meer algemene belangen.³⁶⁴ Indien er meerdere remedies bestaan, dient de rechter bovendien die remedie te kiezen die wel het gewenste effect heeft, maar voor de laedens de minst ingrijpende gevolgen heeft. Voor de meer ingrijpende remedies is dan pas plaats indien de minder ingrijpende remedies het gewenste doel niet bereiken.³⁶⁵ Deze afweging vindt daarmee op een ander niveau plaats dan de belangenafweging die de rechter op grond van artikel 3:296 BW *niet* mag maken. Wat de rechter niet mag doen is wegen of het belang van een crediteur bij nakoming groter is dan het belang van een debiteur bij niet-nakoming. Wat hij wel mag en zelfs moet doen is wegen of de uit te spreken remedie niet tot disproportionele gevolgen leidt.

209. De hiervoor geschetste uitgangspunten geven nog geen duidelijke richting om te beoordelen wanneer een remedie disproportioneel is. De vraag of en onder welke omstandigheden een bepaalde sanctie proportioneel is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Ook in de jurisprudentie van het Hof van Justitie is geen algemeen toepasbare regel te vinden die steeds voorspelt of een bepaalde remedie proportioneel is. Dat er een zekere belangenafweging plaatsvindt volgt noodzakelijkerwijs uit de eis een balans te vinden tussen een remedie enerzijds en de inbreuk en de gevolgen van de remedie anderzijds.³⁶⁶

210. Daarmee hoeft echter nog geen sprake te zijn van het bestaan van een discretionaire bevoegdheid die niet uit artikel 3:296 BW voortvloeit. Een belangenafweging zoals door artikel 3:296

³⁵⁹ Bijvoorbeeld HvJ 16 december 2008, ECLI:EU:C:2008:731 (*Michaniki*), par. 48.

³⁶⁰ Cafaggi & Lamiceli 2017, p. 575.

³⁶¹ Een duidelijke toepassing is te vinden in HvJ 15 april 2021, ECLI:EU:C:2021:269 (*Braathens Regional Aviation*), par. 39, waarin het HvJ overweegt dat, als wordt gekozen voor een financiële sanctie, die vergoeding passend moet zijn in die zin dat de als gevolg van discriminatie geleden schade volledig wordt vergoed.

³⁶² Pavillon 2020/3.1.

³⁶³ Pavillon 2020/3.1.

³⁶⁴ Cafaggi & Lamiceli 2017, p. 575.

³⁶⁵ HvJ 26 september 2013, zaak C-418/11, ECLI:EU:C:2013:588 (*Texdata Software*), par. 52. Cafaggi & Lamiceli spreken in dat verband van een ‘remedial hierarchies’, Cafaggi & Lamiceli 2017, p. 603.

³⁶⁶ Zie ook Aronstein 2019a, p. 238.

BW niet is toegestaan hoeft namelijk niet steeds samen te vallen met de toets die wordt aangelegd om de proportionaliteit van een remedie te beoordelen. Daarvoor zijn verschillende redenen. In de eerste plaats staat het ontbreken van een discretionaire bevoegdheid in artikel 3:296 BW niet eraan in de weg dat de rechter kiest tussen verschillende remedies. Het staat er slechts aan in de weg dat de rechter op grond van een belangenafweging een remedie weigert waarop recht bestaat. Wanneer voldaan is aan de eisen van artikel 3:296 BW, is de keuzevrijheid voor de rechter daardoor wel beperkt. Nakoming lijkt immers niet veel smaken te kennen en de rechter mag niet beoordelen of een crediteur een groter belang heeft bij nakoming dan een debiteur heeft bij niet-nakoming (zie paragraaf 10.2 e.v.). Bij de proportionaliteitstoets gaat het om de gevolgen van de op te leggen remedie en beoordeling van de vraag of toepassing van de remedie tot disproportionele gevolgen voor de veroordeelde zou leiden. De modaliteiten die een rechter kan kiezen bij de formulering van een remedie laten hem in veel gevallen een zekere ruimte om nakoming te verzekeren en tegelijkertijd disproportionaliteit te voorkomen. Dit geldt in het bijzonder wanneer het gaat om het voorkomen van een onrechtmatige daad. Zo kan de rechter variëren in de termijn van de opgelegde maatregel, de reikwijdte ervan (een straatverbod of een gebiedsverbod), en kan hij met de hoogte van de dwangsom maatwerk leveren. De rechter maakt dan geen zuivere belangenafweging tussen het belang van een eiser bij nakoming en het belang van een gedaagde bij niet-nakoming, maar kijkt naar de ingrijpendheid van een remedie tegenover de gevolgen van het uitblijven van een remedie en zoekt een passende oplossing.

211. In de tweede plaats sluit artikel 3:296 BW de werking van de redelijkheid en billijkheid niet uit. Ook de redelijkheid en billijkheid kan worden toegepast om tot een proportionele oplossing te komen wanneer het gaat om een nakomingsvordering. Op de betekenis van de redelijkheid en billijkheid voor het bepaalde in artikel 3:296 BW ga ik hierna in paragraaf 8.5.1 in. Daar zal ik ook het in dit verband relevante arrest *Multivastgoed* bespreken.³⁶⁷ Een werkelijk disproportionele remedie tegen een onrechtmatig handelen kan eventueel nog worden voorkomen door een beroep op het leerstuk misbruik van bevoegdheid. Ook dat leerstuk bespreek ik hierna (paragraaf 8.5.2).

212. Tot slot kan, als een bepaald verbod of bevel te verstrekkend is, gekozen worden voor een benadering die te ontlenen is aan het *kraaiende hanen*-arrest.³⁶⁸ Voordat over een remedie moet worden nagedacht, moet eerst de rechtsplicht worden beoordeeld en moet worden beoordeeld of er sprake is van een schending van die rechtsplicht. Ook daar zit voor de rechter een zekere ruimte. De invulling van de open norm van artikel 6:162 BW laat ruimte om een bepaalde handeling wel of niet onrechtmatig te vinden. Eveneens kan de onrechtmatigheid aan een bepaald optreden ontnomen worden door daar een handeling aan toe te voegen of juist een handeling weg te nemen, zonder de volledige gedraging te verbieden. Op die manier is maatwerk mogelijk. Ik ga daarop in paragraaf 10.2.2 en volgende nader in.

213. Door deze instrumenten kan de rechter ook bij de juiste toepassing van artikel 3:296 BW veelal een remedie kiezen die proportioneel is. Daarbij moet overigens in het achterhoofd worden gehouden dat in de regel juist nakoming of anderszins het voldoen aan een rechtsplicht zonder nadere poespas proportioneel is te achten. Die naleving van de rechtsplichten is immers de normale gang van zaken.

5.7 De aan het Unierecht zelf te ontlene eisen – het aanbestedingsrecht als voorbeeld

5.7.1 Inleiding

214. Het feit dat het in beginsel aan het nationale recht wordt overgelaten om te bepalen welke remedies beschikbaar zijn, laat onverlet dat in specifieke gevallen uit het Unierecht wel degelijk volgt waaraan remedies moeten voldoen, althans, dat aan het Unierecht (dwingende) aanwijzingen zijn te

³⁶⁷ HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, NJ 2001/79 (*Multivastgoed/Nethou*).

³⁶⁸ HR 29 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1116 NJ 1994/107 (*kraaiende hanen*).

ontlenen.³⁶⁹ Ik bespreek op hoofdlijnen en voor zover relevant voor de eisen die aan remedies zijn te stellen, als voorbeeld het aanbestedingsrecht. De wijze waarop naar nationaal recht de rechtsbescherming in aanbestedingszaken is geregeld, maakt namelijk goed duidelijk hoezeer de eisen die het Unierecht aan de rechtsbescherming stelt, het nationale kader kunnen beïnvloeden.

5.7.2 *Eisen die aan remedies worden gesteld*

215. Het aanbestedingsrecht strekt er, kort gezegd, onder meer toe om een gelijke interne markt voor overheidsopdrachten te creëren.³⁷⁰ Daartoe is vereist dat er gelijke kansen bestaan voor marktpartijen om overheidsopdrachten te verwerven en dat er mogelijkheden bestaan voor de deelnemers aan aanbestedingen om hun rechten zo nodig bij een rechter af te dwingen. Voor deelnemers aan een aanbesteding zal die rechter in principe de nationale rechter zijn, die zijn nationale procesrecht toepast en daarmee ook zijn nationale remedies. In Nederland is ervoor gekozen de rechtsbescherming in aanbestedingszaken aan de burgerlijke rechter op te dragen, maar een keuze om besluitvorming in aanbestedingszaken door de bestuursrechter te laten toetsen was ook mogelijk geweest.³⁷¹

216. Om de mogelijkheden tot handhaving van het aanbestedingsrecht te verbeteren zijn er in het verleden twee Rechtsbeschermingsrichtlijnen tot stand gekomen, namelijk de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren en de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren.³⁷² Het doel van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen is de zowel op nationaal als op Unie-niveau bestaande voorzieningen te versterken die de daadwerkelijke toepassing van de richtlijnen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten moeten waarborgen, in het bijzonder in een stadium waarin schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt.³⁷³ Die richtlijnen zijn in 2007 ingrijpend gewijzigd en aangevuld door de Wijzigingsrichtlijn.³⁷⁴ De richtlijnen zijn voor Nederland thans geïmplementeerd in de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012) en waren voorheen geïmplementeerd in de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Wira). Bij de verdere bespreking van de richtlijnen beperk ik mij tot de voorschriften die betrekking hebben op de bevoegdheden die de lidstaten moeten creëren om de goede naleving van de Unierechtelijke voorschriften met betrekking tot de aanbestedingen na te leven.³⁷⁵

217. Bij bespreking van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen zij voorop gesteld dat ook voor de remedies die in de Richtlijnen zijn voorgeschreven geldt dat zij moeten voldoen aan de beginselen van effectiviteit en gelijkwaardigheid.³⁷⁶ Bij uitvoering van de Richtlijnen en de keuze voor een bepaalde remedie zal een lidstaat die eisen daarom in ieder geval in acht moeten nemen. Daarnaast geven de Richtlijnen bepaalde voorschriften met betrekking tot specifieke remedies. In artikel 1 van beide Rechtsbeschermingsrichtlijnen is bepaald dat de nodige maatregelen moeten worden genomen om ervoor te zorgen dat tegen door de aanbestedende diensten genomen besluiten doeltreffend en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld. Tot die besluiten behoren in ieder geval de besluiten tot (voorlopige) gunning. In artikel 2 van de Richtlijn klassieke sectoren wordt vrij specifiek voorgeschreven welke remedies er moeten bestaan indien een besluit in strijd is met het aanbestedingsrecht. In de eerste plaats moeten de lidstaten een bevoegdheid creëren om ‘zo snel

³⁶⁹ Ik teken daarbij, ter vermindering van misverstand, aan dat artikel 47 Handvest ‘op zichzelf volstaat en niet behoeft te worden verduidelijkt door bepalingen van Unierecht of van nationaal recht.’ Aldus HvJ 17 april 2018, ECLI:EU:C:2018:257, par. 78 (*Egenberger*).

³⁷⁰ Vgl. Wilman 2014/70. Schoenmaekers 2018, p. 808.

³⁷¹ Zie HvJ 21 december 2021, ECLI:EU:C:2021:1037 (*Randstad Italia*), par. 64.

³⁷² Richtlijn 89/665/EEG van 21 december 1989 en Richtlijn 92/13/EEG van 25 februari 1992. Zie over de totstandkoming van die Richtlijnen Wilman 2014/71 e.v. Zie ook Schoenmaekers 2018, p. 826 e.v.

³⁷³ Zie bijvoorbeeld HvJ 15 mei 2003, zaak C-214/00, ECLI:EU:C:2003:276 (*Commissie/Spanje*), par. 49.

³⁷⁴ Richtlijn 2007/66/EG van 11 december 2007.

³⁷⁵ Ik doe dat bovendien op hoofdlijnen. Er is veel meer over te zeggen, zie daarvoor nader Van Heeswijck 2014.

³⁷⁶ Vgl. McDonnell 2018, p. 457.

mogelijk in kort geding voorlopige maatregelen te nemen om de beweerde schending ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad, met inbegrip van maatregelen om de aanbestedingsprocedure of de tenuitvoerlegging van enig door de aanbestedende diensten genomen besluit, op te schorten c.q. te doen opschorten'. In de tweede plaats moet de bevoegdheid bestaan besluiten nietig te verklaren of nietig te doen verklaren en in de derde plaats moet de bevoegdheid bestaan schadevergoeding toe te kennen aan 'degenen die door een schending zijn gelaedeerd.' In artikel 2 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren zijn de bevoegdheid tot het treffen van voorlopige maatregelen en de bevoegdheid om besluiten nietig te verklaren ook opgenomen. Daarnaast is in artikel 2 lid 1 onder c opgenomen dat ook kan worden voorzien ('hetzij') in de bevoegdheid om 'andere maatregelen' te nemen om de geconstateerde inbreuk ongedaan te maken en te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad.

218. Lidstaten zijn vrij om te voorzien in de wijze waarop voorlopige maatregelen kunnen worden getroffen. Uitgangspunt is daarbij evenwel dat het doel van de Rechtsbeschermingsrichtlijn in acht wordt genomen en dus te verzekeren dat tegen besluiten van aanbestedende diensten doeltreffende en snelle beroepsprocedures bestaan in geval van schending van het Unierecht.³⁷⁷

219. In beide richtlijnen is opgenomen dat de lidstaten kunnen bepalen dat rekening kan worden gehouden met de vermoedelijke gevolgen van voorlopige maatregelen voor alle belangen die kunnen worden geschaad, alsmede met het openbaar belang, en dat besloten kan worden deze maatregelen niet toe te staan wanneer hun negatieve gevolgen groter zouden zijn dan hun voordelen.³⁷⁸ Dat betekent dat de rechter op grond van een afweging van de betrokken belangen ervan kan afzien een maatregel te treffen. De kans van slagen in een bodemprocedure is een factor waarmee de rechter rekening mag houden, maar de Richtlijn schrijft dit niet dwingend voor.³⁷⁹

220. Het is duidelijk dat de richtlijnen primair het oog hebben op een preventieve remedie die erin voorziet de schending ongedaan te maken en een verdere aantasting van de rechten van deelnemers aan de aanbesteding te voorkomen. De richtlijnen strekken er immers toe naleving van de aanbestedingsrechtelijke regels te verzekeren. Binnen de grenzen van het aanbestedingsrecht is het ongedaan maken van een al gepleegde schending van de voorschriften onder omstandigheden mogelijk omdat aan het sluiten van een overeenkomst met een van de inschrijvers een gunningsvoornemen vooraf gaat. Dat gunningsvoornemen kan al in strijd zijn met de regels omdat het bijvoorbeeld tot stand is gekomen in strijd met de gunningssystematiek die in het aanbestedingsdocument is neergelegd. Die schending kan, mits tijdig wordt opgetreden, ongedaan worden gemaakt door de aanbestedende dienst te bevelen het gunningsvoornemen in te trekken en de opdracht aan de werkelijke winnaar te gunnen. Indien echter reeds een overeenkomst met een opdrachtnemer is gesloten, dwingen de Rechtsbeschermingsrichtlijnen niet langer tot het ongedaan maken van een eventuele schending, althans niet door het aantasten van die overeenkomst. Uit artikel 2 lid 7 van de Richtlijn klassieke sectoren volgt dat de wijze waarop in dat geval een schending moet worden geredimeerd, aan het nationale recht is overgelaten.

221. Het belang van het bestaan van een preventieve remedie in het aanbestedingsrecht, dus een remedie voordat een opdracht is gesloten, is door het Hof van Justitie aanvaard en uiteengezet in het eerste *Alcatel*-arrest.³⁸⁰ In het eerste *Alcatel*-arrest lag de vraag voor of lidstaten ervoor moeten zorgen dat tegen het voorlopige gunningsbesluit in elk geval beroep kan worden ingesteld waarin de verzoeker de nietigverklaring van dit besluit kan vorderen wanneer aan de voorwaarden daarvoor is voldaan, los van de mogelijkheid om na het sluiten van de overeenkomst schadevergoeding te

³⁷⁷ HvJ 9 april 2003, zaak C-424/01, ECLI:EU:C:2003:213 (*CS Communications/Oostenrijk*).

³⁷⁸ Artikel 2 lid 5 Richtlijn klassieke sectoren en artikel 2 lid 4 Richtlijn nutssectoren.

³⁷⁹ HvJ 9 april 2003, zaak C-424/01, ECLI:EU:C:2003:213 (*CS Communications/Oostenrijk*), par. 29.

³⁸⁰ HvJ 28 oktober 1999, zaak C-81/98, ECLI:EU:C:1999:534 (*Alcatel*) en HvJ 24 juni 2004, zaak C-212/02, ECLI:EU:C:2004:386, (*Alcatel II*).

vorderen. Het hof stelde voorop dat de Richtlijn blijkens de considerans ‘enkel de op nationaal en communautair niveau bestaande voorzieningen versterkt teneinde een daadwerkelijke naleving van de gemeenschapsrichtlijnen inzake overheidsopdrachten te waarborgen, in het bijzonder in een stadium waarin schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt.’ Het standpunt dat het voorlopige gunningsbesluit is onttrokken aan de maatregelen van de Richtlijn is verworpen omdat daarmee afbreuk zou worden gedaan aan het doel van de Richtlijn om te voorzien in een doeltreffende en snelle procedure in een fase waarin schendingen nog kunnen worden ‘gecorrigeerd.’ Daarmee was het pleit beslecht en werd de vraag aldus beantwoord dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat tegen het voorlopige gunningsbesluit in elk geval beroep kan worden ingesteld waarin de verzoeker nietigverklaring van dit besluit kan vorderen wanneer aan de voorwaarden daarvoor is voldaan, los van de mogelijkheid om na het sluiten van de overeenkomst schadevergoeding te krijgen. Het hof benadrukte in het arrest ook dat er een onderscheid bestaat tussen de situatie waarin nog geen overeenkomst is gesloten enerzijds en de situatie waarin al wel een overeenkomst is gesloten anderzijds. In het laatste geval heeft een lidstaat de bevoegdheid te bepalen dat slechts schadevergoeding kan worden toegekend.

222. Het arrest is belangrijk omdat er uitdrukking wordt gegeven aan het uitgangspunt dat een remedie effectief moet zijn en daarom in dit geval een preventief karakter moet hebben. Als zaken op zijn beloop worden gelaten resteert slechts de mogelijkheid tot schadevergoeding. Juist in aanbestedingszaken is dat geen effectieve remedie omdat het inschrijvers er veelal om gaat het werk te verkrijgen (om hun personeel aan het werk te houden, de bedrijfsvoering in stand te kunnen houden, referenties op te bouwen voor volgende opdrachten) en dus niet om achteraf, nadat een deel van het personeel is ontslagen en de bedrijfsmiddelen zijn verkocht, over een schadevergoeding te procederen. Juist in aanbestedingszaken is procederen over een schadevergoeding bovendien vaak niet erg kansrijk, omdat er vele causaliteits-beren op de weg liggen. Wie zegt immers dat, als bijvoorbeeld niet in strijd zou zijn gehandeld met het gelijkheidsbeginsel, juist één andere partij als winnaar uit de bus zou zijn gekomen en niet een derde of een vierde? Het belang om tijdig, dus voor het sluiten van de overeenkomst, een bepaald recht te kunnen afdwingen is daarom groot. Dat vereist niet alleen dat tijdig een rechtsmiddel kan worden aangewend om dat sluiten van de overeenkomst te voorkomen, maar ook dat aan inschrijvers de tijd wordt gegund om daartoe een procedure aanhangig te maken. Het eerste is door het Hof bepaald in het eerste *Alcatel*-arrest, het tweede in het tweede *Alcatel*-arrest.

223. In dat tweede *Alcatel*-arrest heeft het hof overwogen dat er een redelijke termijn moet zijn gelegen tussen het voorlopige gunningsbesluit enerzijds en het daadwerkelijk sluiten van de overeenkomst anderzijds. Daartoe stelde het Hof van Justitie voorop dat de Rechtsbeschermingsrichtlijnen er onder meer toe strekken inschrijvers te beschermen tegen arbitraire beslissingen van de aanbestedende diensten, in het bijzonder in het stadium waarin schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt. De door de Richtlijnen voorgeschreven rechtsbescherming is niet effectief als een inschrijver niet daadwerkelijk in staat is om op de voorschriften terug te vallen indien die door een aanbestedende dienst worden geschonden. De door de Richtlijnen vereiste rechtsbescherming brengt daarnaast volgens het Hof mee dat een afgewezen inschrijver de mogelijkheid moet hebben om in voldoende tijd de geldigheid van de gunningsbeslissing te onderzoeken. Daarom moet er een ‘reasonable period’ gelegen zijn tussen het moment waarop de gunningsbeslissing aan de afgewezen inschrijvers is gecommuniceerd enerzijds en het sluiten van de overeenkomst anderzijds. In de Wijzigingsrichtlijn is vervolgens bepaald dat lidstaten een zogenaamde opschortingstermijn in acht moeten nemen. Indien gedurende de aldus vastgestelde beroepstermijn beroep wordt ingesteld tegen het besluit tot gunning van de opdracht, wordt het besluit opgeschort totdat op het beroep is beslist.³⁸¹ Deze systematiek is in de Aw 2012 uitgewerkt in de artikelen 2.127 e.v. In artikel 2.127 lid 3 Aw is bepaald dat de opschortende termijn ten minste 20 dagen bedraagt. In artikel 2.131 Aw is vervolgens neergelegd dat, indien gedurende de opschortende termijn ‘een

³⁸¹ Hierover ook: Kuypers 2017, p. 155 e.v.

onmiddellijke voorziening bij voorraad' wordt verzocht met betrekking tot de gunningsbeslissing, de aanbestedende dienst de overeenkomst niet eerder sluit dan nadat de rechter dan wel het scheidsgerecht een beslissing heeft genomen over het verzoek tot voorlopige maatregelen en de opschortende termijn is verstreken.

5.7.3 Toepassing in Nederland

224. Van belang voor de vraag welke eisen aan nationaalrechtelijke remedies kunnen worden gesteld, is dat uit de Rechtsbeschermingsrichtlijnen met zoveel woorden volgt dat de rechter in kort geding de bevoegdheid moet hebben om een besluit van een aanbestedende dienst op te schorten of te doen opschorten. Voorts moet de bevoegdheid bestaan om besluiten nietig te (doen) verklaren. Het begrip 'nietig verklaren' in artikel 2 lid 1 sub b van de rechtsbeschermingsrichtlijnen moet niet letterlijk worden genomen. Een voorzieningenrechter zal reeds door de aard van het kort geding een besluit van een aanbestedende dienst niet snel 'nietig verklaren' of vernietigen. Het is bij de uitvoering van richtlijnen echter het resultaat dat telt.³⁸² Waar het om gaat is dat een handeling van een aanbestedende dienst die in strijd is met het aanbestedingsrechtelijk kader ongedaan wordt gemaakt en geen (verdere) schade veroorzaakt. Een door de voorzieningenrechter uitgesproken verbod om aan een gunningsvoornemen gevolg te geven bereikt hetzelfde resultaat als een nietigheid van dat voornemen en voldoet daarom aan de eisen die de Richtlijn stelt.

225. In de praktijk van het aanbestedingsrecht is te zien dat het rechterlijk bevel en verbod een grote rol spelen. Bij schending van de aanbestedingsrechtelijke voorschriften door een aanbestedende dienst is sprake van een schending van een rechtsplicht die door (of op vordering van) de belanghebbende voorkomen of beëindigd moet kunnen worden voordat daadwerkelijk schade optreedt.³⁸³ Als het nationale recht niet al zou hebben voorzien in de bevoegdheid van de rechter tot het geven van een bevel of een verbod, zouden de Rechtsbeschermingsrichtlijnen ertoe hebben gedwongen die bevoegdheid op een bepaalde manier te creëren of aan te nemen.

226. Vorderingen in kort geding strekken er veelal toe dat in enige vorm een verbod tot het sluiten van een overeenkomst wordt uitgesproken of een bevel tot het staken van de aanbestedingsprocedure. Ook komen vorderingen voor die ertoe strekken dat de aanbestedende dienst wordt bevolen tot herbeoordeling van de inschrijvingen over te gaan of tot heraanbesteding indien de aanbestedende dienst de opdracht alsnog zou willen gunnen.³⁸⁴ Dat zijn allemaal varianten die er in de kern op neerkomen dat aan afgewezen inschrijver alsnog in aanmerking komt voor de opdracht en wel in een stadium waarin de opdracht nog niet vergeven is.

227. Een vraag die in de nationale jurisprudentie heeft gespeeld is of er ook nadat een overeenkomst was gesloten, door de rechter in die reeds gesloten overeenkomst kon worden ingegrepen. Die vraag speelde met name in hoger beroep omdat de aanbestedende dienst gehouden is het oordeel van de rechter in eerste aanleg af te wachten.³⁸⁵ Nadat een afgewezen inschrijver door de voorzieningenrechter in het ongelijk is gesteld, staat het de aanbestedende dienst echter vrij de overeenkomst te sluiten. Indien een gerechtshof in hoger beroep tot een ander oordeel komt, is er een nieuwe situatie ontstaan ten opzichte van de situatie waarover de voorzieningenrechter had te oordelen. Wanneer uitsluitend door de bril van de effectieve rechtsbescherming naar die nieuwe situatie wordt gekeken, zou de conclusie kunnen luiden dat het een aanbestedende dienst verboden zou kunnen worden de reeds gesloten overeenkomst (verder) uit te voeren en alsnog met de afgewezen inschrijver in zee te gaan. Alleen dan immers krijgt de afgewezen inschrijver waar hij recht op heeft, te weten de opdracht. Wanneer ook door de bril van de rechtszekerheid naar de situatie wordt gekeken ontstaat een wat genuanceerder beeld. Opdrachtgever en opdrachtnemer moeten op enig moment ook

³⁸² Vgl. Van Heeswijck 2014, p. 34 en McDonnell 2018, p. 454.

³⁸³ Vgl. Van Heeswijck 2014, p. 174-175.

³⁸⁴ Kuypers 2017, p. 170.

³⁸⁵ Vanzelfsprekend mits dat oordeel wordt gevraagd binnen de opschortende termijn.

weten waar zij aan toe zijn en het doorkruisen van een reeds gesloten overeenkomst draagt daar niet aan bij. Door de hoven in Nederland werden uiteenlopende lijnen gevolgd.

228. De Hoge Raad heeft de vraag of er in een gesloten overeenkomst nog kan worden ingegrepen beantwoord in het *Xafax*-arrest.³⁸⁶ Van belang voor die vraag is dat in artikel 2 quinquies van de (Wijzigings)richtlijn is bepaald in welke gevallen een overeenkomst onverbindend moet worden verklaard. In andere gevallen dan voorzien in dit artikel, is het volgens artikel 2 lid 7 van de Richtlijn aan het nationale recht overgelaten welke mogelijkheden er zijn om op te komen tegen een reeds gesloten gunningsbeslissing. Artikel 2 quinquies van de Richtlijn is geïmplementeerd in artikel 4.15 Aw 2012. De vraag die voorlag kwam er daarom in de kern op neer of buiten de gevallen bedoeld in artikel 4.15 Aw 2012 voor de rechter de mogelijkheid bestaat om een aanbestedende dienst te verplichten een reeds gesloten overeenkomst niet verder uit te voeren. De Hoge Raad heeft die vraag ontkennend beantwoord. Daartoe stelde hij voorop dat de vraag door het nationale recht moet worden beantwoord. Noch in de Wira noch in de Aw 2012 is hierover een bepaling opgenomen. Uit de toelichting op artikel 8 Wira heeft de Hoge Raad echter afgeleid dat door de nationale wetgever is beoogd dat de als resultaat van de gunningsbeslissing tot stand gekomen overeenkomst wegens strijd met aanbestedingsregels slechts aantastbaar is op de gronden vermeld in artikel 4.15 lid 1 Aw 2012, en dat deze in andere gevallen slechts aantastbaar is in het geval van wilsgebreken en in het geval van nietigheid of vernietigbaarheid ingevolge artikel 3:40 BW. Dat betekent dat de rechter niet de mogelijkheid heeft om, nadat een overeenkomst is gesloten, wegens schending van de regels van het aanbestedingsrecht een aanbestedende dienst te bevelen de uitvoering van de overeenkomst te staken.³⁸⁷

5.7.4 Beoordeling effectiviteit van het rechterlijk bevel en verbod in het aanbestedingsrecht

229. In de literatuur – en ook op zittingen – wordt kritiek geuit op de mate van rechtsbescherming in aanbestedingen. Door het *Xafax*-arrest is die rechtsbescherming in veel gevallen beperkt tot een beoordeling door de voorzieningenrechter in eerste aanleg. Punt van kritiek is dat de toets die de voorzieningenrechter aanlegt een marginale zou zijn.³⁸⁸

230. Het is voor het onderzoek van dit boek niet nodig dat ik mij hier in die discussie meng. Die discussie raakt immers niet primair de remedies die de voorzieningenrechters (of de hoven in hoger beroep) kunnen aanwenden, maar de indringendheid van de toetsing die zij uitvoeren. Die mate van toetsing is mede gegeven door het karakter van het kort geding enerzijds en vaak ook door de te toetsen materie anderzijds.³⁸⁹

231. Wanneer ik uitsluitend kijk naar de vraag of de nationale regeling met betrekking tot het rechterlijk bevel en verbod voldoet aan de eisen die uit het Unierecht voor remedies voortvloeien, zie ik eigenlijk geen problemen. De aanbestedingspraktijk in Nederland laat zien dat, wanneer de (voorzieningen)rechter oordeelt dat het aanbestedingsrecht is geschonden, hij met een bevel of verbod kan ingrijpen. Dat bevel of verbod kan vele vormen hebben, afgestemd op de situatie die voor ligt, maar zal er in ieder geval toe kunnen strekken dat een voorgenomen gunning niet tot een overeenkomst leidt indien er sprake is van een schending van de aanbestedingsrechtelijke regels. Door het bestaan van de opschortende termijn zal een afgewezen inschrijver ook vrijwel steeds in staat zijn tijdig, dus voordat een overeenkomst is gesloten, zijn bezwaren aan de rechter in kort geding voor te

³⁸⁶ HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638, *NJ* 2018/210, m.nt. C.E.C. Jansen (*Xafax*).

³⁸⁷ Zie voor een uitzondering Gerechtshof Den Haag 20 april 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:638. Volledigheidshalve vermeld ik dat ik voorzitter was van de combinatie die dit arrest wees.

³⁸⁸ Zie voor een overzicht van die kritiek de NJ-noot van C.E.C. Jansen onder het *Xafax*-arrest.

³⁸⁹ Voor de gemiddelde rechter is bijvoorbeeld moeilijk te toetsen of een puntentoekenning die samenhangt met een technische eis juist is. Nog moeilijker wordt het wanneer er een bepaalde subjectieve eis is gesteld.

leggen. Daarmee is sprake van een tijdige en effectieve remedie, zij het feitelijk in veel gevallen slechts in één instantie.

232. Per saldo voldoet de nationale regeling van het rechterlijk bevel en verbod in ieder geval aan de eisen die uit de Rechtsbeschermingsrichtlijnen voortvloeien. De vraag of de rechter moet kunnen ingrijpen in een reeds gesloten overeenkomst wordt niet door die richtlijnen beantwoord, zodat uit die richtlijnen ook niet volgt dat er voor de afgewezen inschrijvers na het sluiten van de overeenkomst met de winnende inschrijver een andere remedie moet zijn dan schadevergoeding.

5.8 De aan het Unierecht zelf te ontlelen eisen – de Richtlijn oneerlijke bedingen als voorbeeld

5.8.1 Inleiding

233. De Raad van de Europese Gemeenschappen heeft op 5 april 1993 de Richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten vastgesteld.³⁹⁰ Uit de Richtlijn – en de jurisprudentie van het Hof van Justitie – zijn bepaalde specifieke eisen af te leiden die aan remedies kunnen worden gesteld. In deze paragraaf onderzoek ik wat die eisen betekenen voor het Nederlandse rechterlijk bevel en verbod.

5.8.2 Eisen die aan remedies worden gesteld

234. De Richtlijn oneerlijke bedingen strekt ertoe consumenten te beschermen tegen oneerlijke bedingen in overeenkomsten en het evenwicht in de relatie tussen een consument en een gebruiker van dergelijke bedingen te herstellen. Het begrip oneerlijk beding is in artikel 3 lid 1 van de Richtlijn gedefinieerd als een beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld en dat in strijd met de goede trouw het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort. Artikel 4 van de Richtlijn werkt dat nader uit. De Richtlijn schrijft de lidstaten een minimum-niveau van consumentenbescherming voor: uit artikel 8 volgt dat de lidstaten de vrijheid hebben verder strekkende maatregelen te nemen dan in de Richtlijn voorgeschreven. Dat betekent ook dat de Richtlijn ‘slechts’ een minimum harmonisatie van de bescherming van consumenten tegen oneerlijke bedingen biedt. De mate van bescherming die de lidstaten in hun nationale recht bieden, kan dus uiteenlopen.

235. In de laatste overweging van de considerans van de Richtlijn is opgenomen dat de gerechtelijke en administratieve instanties van de lidstaten over passende en doeltreffende middelen moeten beschikken om een eind te maken aan de toepassing van oneerlijke bedingen in overeenkomsten met consumenten. De artikelen 6 en 7 van de Richtlijn schrijven voor dat de lidstaten bepaalde maatregelen moeten treffen om de bescherming van de consumenten te verzekeren. De wijze waarop een lidstaat die maatregelen in zijn nationale recht uitwerkt is niet dwingend voorgeschreven, maar is overgelaten aan de procedurele autonomie van de lidstaten.³⁹¹ De Richtlijn beoogt nadrukkelijk niet om remedies te harmoniseren.³⁹² De vrijheid van de lidstaten is echter beperkt door de eisen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid: de wijze waarop in het nationale recht uitvoering wordt gegeven aan de Richtlijn mag geen afbreuk doen aan de bescherming die voor consumenten uit de Richtlijn voortvloeit.³⁹³ Door de wijze waarop het Hof van Justitie de noodzaak van bescherming van consumenten zoals die uit de Richtlijn voortvloeit, heeft beklemtoond, hebben de lidstaten in de

³⁹⁰ Richtlijn 93/13/EEG.

³⁹¹ Hierover nader: Van Duin 2020, p. 30 e.v.

³⁹² HvJ 14 april 2016, C-381/14, ECLI:EU:C:2016:252, par. 31 (*Sales Sinués*).

³⁹³ HvJ 21 december 2016, gevoegde zaken C-154/15 en C-307/15 en C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980, par. 65 (*Naranjo/Cajasur Banco SAU*). HvJ 30 mei 2013, zaak C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, par. 42 (*Asbeek Brusse*). Zie ook Van Duin 2020, p. 32.

praktijk overigens weinig ruimte voor eigen beleid bij de toepassing van met name artikel 6 van de Richtlijn.³⁹⁴

236. Artikel 6 van de Richtlijn schrijft onder meer voor dat de lidstaten moeten bepalen dat oneerlijke bedingen de consument niet binden. De bepaling strekt ertoe ‘het door de overeenkomst vastgelegde formele evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de contractspartijen te vervangen door een reëel evenwicht dat de gelijkheid tussen die partijen herstelt.’³⁹⁵ De bepaling geeft een regel van openbare orde die dwingend van aard is.³⁹⁶ De rechter die oordeelt dat een beding oneerlijk is dient dat beding buiten toepassing te laten, zodat het geen bindende werking krijgt ten aanzien van de consument. De rechter heeft niet de vrijheid het beding te herzien en moet ambtshalve toetsen of een beding oneerlijk is.³⁹⁷ Nationale regels van procesrecht moeten bovendien aldus worden toegepast dat het doel van artikel 6 lid 1 van de Richtlijn wordt bereikt.³⁹⁸

237. Artikel 7 van de Richtlijn bepaalt dat de lidstaten erop toezien dat er in het belang van de consumenten – én concurrenten – doeltreffende en geschikte middelen bestaan om een einde te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten met consumenten. Uit het tweede lid volgt dat de bevoegdheid om op te komen tegen het gebruik van oneerlijke bedingen niet alleen toekomt aan consumenten, maar ook aan organisaties die een legitiem belang hebben bij de bescherming van de consument. De rechtsmiddelen die moeten kunnen worden aangewend moeten geschikt zijn om een einde te maken aan het gebruik van de oneerlijke bedingen. De bescherming die artikel 7 van de Richtlijn biedt wordt verklaard door de aard en het gewicht van het openbaar belang waarop de aan de consument in de Richtlijn verschafte bescherming berust.³⁹⁹ De collectieve bevoegdheid die voortvloeit uit artikel 7 van de Richtlijn bestaat naast de individuele vorderingen van consumenten die worden ingesteld om de oneerlijkheid van een beding door de rechter te laten vaststellen. Het aanhangig zijn of maken van een collectieve vordering betekent dan ook niet dat eventuele individuele vorderingen moeten worden geschorst.⁴⁰⁰

238. De artikelen 6 en 7 van de Richtlijn beogen nadrukkelijk een afschrikkende werking te hebben. Artikel 7 heeft bovendien een preventieve werking.⁴⁰¹ Dat verklaart mede waarom de rechter niet de vrijheid heeft een oneerlijk beding te herzien, maar dit buiten toepassing moet laten.⁴⁰² Het Hof van Justitie heeft daarbij in een zaak over kredietverstrekking geoordeeld dat de eisen van doeltreffendheid meebrengen dat de rechter de mogelijkheid moet hebben om een voorlopige maatregel te nemen indien dit nodig is om de volle werking van zijn einduitspraak te verzekeren. De achtergrond daarvan is dat de consument er slechts in beperkte mate bij gebaat is als de rechter in de einduitspraak oordeelt dat een beding onredelijk is, maar intussen de woning waarop de hypothecaire zekerheid rust, is verkocht. De consument moet het dan doen met schadevergoeding, maar zal daarmee

³⁹⁴ Van Duin 2020, p. 30.

³⁹⁵ Zie bijvoorbeeld HvJ 14 juni 2012, zaak C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349 par. 63 (*Banco Espanol de Crédito*) en HvJ 21 december 2016, gevoegde zaken C-154/15 en C-307/15 en C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980, par. 55 (*Naranjo/Cajasur Banco SAU*).

³⁹⁶ HvJ 30 mei 2013, zaak C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341 (*Asbeek Brusse*).

³⁹⁷ HvJ 27 juni 2000, C-240/98, ECLI:EU:C:2000:346 (*Océano*); HvJ 26 oktober 2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675, NJ 2007/201, m.nt. M.R. Mok (*Mostaza Claro*); HvJ 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350 (*Pannon*); HvJ 30 mei 2013, zaak C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341 (*Asbeek Brusse*). HvJ 30 mei 2013, C-397/11, ECLI:EU:C:2013:340 (*Jörös/Aegon*).

³⁹⁸ HvJ 30 mei 2013, C-397/11, ECLI:EU:C:2013:340, par. 52 (*Jörös/Aegon*).

³⁹⁹ Zie HvJ 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, par. 78 (*Kásler*); HvJ 21 december 2016, gevoegde zaken C-154/15 en C-307/15 en C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980, par. 56. (*Naranjo/Cajasur Banco SAU*); HvJ 14 juni 2012, zaak C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349 par. 68 (*Banco Espanol de Crédito*).

⁴⁰⁰ HvJ 14 april 2016, C-381/14, ECLI:EU:C:2016:252 (*Sales Sinués*).

⁴⁰¹ HvJ 14 april 2016, C-381/14, ECLI:EU:C:2016:252, par. 29 (*Sales Sinués*).

⁴⁰² HvJ 21 december 2016, gevoegde zaken C-154/15 en C-307/15 en C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980, par. 60 en 63 (*Naranjo/Cajasur Banco SAU*). HvJ 14 juni 2012, zaak C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349 par. 69 (*Banco Espanol de Crédito*).

in de regel slechter af zijn. Zonder de mogelijkheid van het treffen van een voorlopige voorziening bestaat er dan geen doeltreffend middel om een einde te maken aan het gebruik van het beding, en dat is in strijd met artikel 7, lid 1 van de Richtlijn.⁴⁰³ Dat uit artikel 7 van de Richtlijn de verplichting voortvloeit de toepassing van een oneerlijk beding door middel van een voorlopige voorziening te kunnen beëindigen is herhaald in het arrest *Kusionová* van 10 september 2014.⁴⁰⁴

239. Hoewel de Richtlijn dus niet beoogt de sancties op nationaal niveau te harmoniseren, zijn er uit de Richtlijn en de jurisprudentie van het Hof van Justitie duidelijke hoofdlijnen af te leiden waaraan de sancties moeten voldoen. Daarbij springt in het oog dat niet alleen op individueel niveau rechtsbescherming moet worden geboden aan consumenten, maar ook dat het Hof van Justitie erop lijkt te hameren dat het sanctiestelsel een afschrikkende werking moet hebben. Bij de algemene omschrijving van de eisen die het Unierecht aan remedies stelt, is dat afschrikwekkend karakter in algemene zin naar voren gekomen. Bij de Richtlijn oneerlijke bedingen staat het duidelijk op de voorgrond en onderstreept het preventieve karakter van de remedies die in het nationale recht mogelijk moeten zijn.

240. Wat verder opvalt is dat de Richtlijn nadrukkelijk dwingt tot een remedie die ertoe leidt dat de consument niet langer wordt gebonden aan een oneerlijk beding. De toepassing van het oneerlijke beding moet dus worden beëindigd. De lidstaten hebben theoretisch een zekere vrijheid om te beoordelen hoe dat doel bereikt moet worden, maar per saldo lijkt daar in zoverre weinig vrijheid te bestaan dat linksom of rechtsom de consument ieder verder nadeel moet worden bespaard. En daarbij is belangrijk dat onder ogen wordt gezien dat het beëindigen van de toepassing van een oneerlijk beding de voorkeur verdient boven het vergoeden van schade achteraf. De Richtlijn maakt hier dus een duidelijke keuze ten aanzien van de remedies die beschikbaar moeten zijn: schadevergoeding is subsidiair aan schadevoorkoming.

241. Die systematiek en dat uitgangspunt betekent dat de rechter de middelen moet hebben om het gebruik van het oneerlijke beding in een individueel geval daadwerkelijk te beëindigen, maar ook om executiemaatregelen die volgen op dat gebruik te doen staken. In een individuele zaak zal dat ertoe moeten leiden dat de rechter het oneerlijke beding niet toepast, mogelijk een verbod op verdere toepassing van dat beding in de individuele zaak geeft en een maatregel treft die ertoe strekt dat een executiemaatregel die mede gebaseerd is op het gebruik van een oneerlijk beding, wordt geschorst. Ook dat zal de vorm van een rechterlijk bevel of verbod kunnen hebben. In collectieve zaken zal de eis dat het gebruik van een oneerlijk beding daadwerkelijk wordt beëindigd in beginsel de vorm moeten krijgen van een rechterlijk bevel of verbod om voor alle toekomstige overeenkomsten af te zien van het gebruik.

242. Ook artikel 7 van de Richtlijn laat de lidstaten feitelijk maar beperkte ruimte in de keuze voor een remedie. Het dwingt tot de beschikbaarheid van een voorlopige voorziening om bijvoorbeeld de uitwinning van een geldschuld die mede is gebaseerd op een oneerlijk beding te staken. Maar artikel 7 heeft nadrukkelijk ook een preventieve werking die beoogt toekomstig gebruik van een oneerlijk beding te voorkomen.⁴⁰⁵ Artikel 7 overstijgt daarmee ook het belang van een individuele consument in een specifiek geval, en schept om die reden de mogelijkheid dat een collectieve actie wordt gestart om het (verdere) gebruik van een bepaald oneerlijk beding te beëindigen. Het is ook dit preventieve karakter dat mede verklaart waarom de rechter ambtshalve de oneerlijkheid van een beding kan toetsen. Die ambtshalve toetsing onttrekt de toets van de oneerlijkheid van een beding immers in eerste instantie⁴⁰⁶ aan de wil van partijen en kan op die manier voor andere partijen een afschrikkende

⁴⁰³ HvJ 14 maart 2013, zaak C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164, par. 60 (*Aziz*).

⁴⁰⁴ HvJ 10 september 2014, C-34/13, ECLI:EU:C:2014:2189, par. 58 e.v. (*Kusionová*).

⁴⁰⁵ HvJ 27 juni 2000, C-240/98, ECLI:EU:C:2000:346, par. 27 en 28 (*Océano*);

⁴⁰⁶ De consument kan zich ertegen verzetten dat een oneerlijk beding buiten toepassing wordt gelaten, zie bijvoorbeeld par. 35 van het arrest *Pannon*.

functie vervullen die hen ervan weerhoudt vergelijkbare bedingen te gebruiken. Het doen eindigen van het gebruik van een oneerlijk beding biedt niet veel ruimte voor iets anders dan een verbod daartoe. Het Hof van Justitie heeft de systematiek van artikel 7 Richtlijn althans aldus gekarakteriseerd dat het strekt tot de mogelijkheid van het instellen van ‘verbodsvorderingen die in het algemeen belang worden ingesteld door consumentenorganisaties.’⁴⁰⁷

5.8.3 Toepassing in Nederland

243. Uit het voorgaande blijkt dat de Richtlijn (en de jurisprudentie van het Hof van Justitie) vrij duidelijke aanwijzingen geeft met betrekking tot de remedies die beschikbaar moeten zijn. Wat betekent dit nu voor de toe te passen remedies in Nederland? De vraag hoe een beding ‘buiten toepassing’ moet worden gelaten is niet in algemene zin te beantwoorden. In het arrest *Heesakkers/Voets* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de verplichting om een oneerlijk beding buiten toepassing te laten meebrengt dat de rechter het oneerlijke beding moet vernietigen.⁴⁰⁸ De grondslag voor de door de rechter uit te voeren toets wordt gevonden in artikel 6:233 BW, dat betrekking heeft op de vernietiging van bedingen in algemene voorwaarden.⁴⁰⁹ Die vernietiging zal niet snel de vorm van een rechterlijk bevel of verbod aannemen. Op het eerste gezicht speelt de remedie die onderwerp is van dit boek dus geen rol bij het buiten toepassing laten van een oneerlijk beding. Die conclusie is echter toch te kort door de bocht. Het vernietigen van een bepaald beding kan leiden tot het wegvallen van de grondslag voor een bepaalde (afgedwongen) prestatie. Dat wegvallen van een grondslag voor een prestatie kan op zijn beurt heel goed wél aanleiding zijn voor een rechterlijk bevel en verbod, bijvoorbeeld een bevel tot het staken van de maandelijkse incasso of het doen stoppen van een executieveiling van een woning of een bevel tot het opheffen van een beslag.⁴¹⁰ De grondslag voor een dergelijk bevel of verbod is in de meeste gevallen eenvoudig in artikel 3:296 BW te vinden, eventueel in combinatie met artikel 438 Rv. Dat rechterlijk bevel en verbod kan in individuele gevallen ook preventief werken omdat het de verdere toepassing van een oneerlijk beding kan stoppen. In individuele gevallen zal na vernietiging van een onredelijk bezwarend beding de doeltreffende toepassing van de Richtlijn dus kunnen worden verzekerd met een op artikel 3:296 BW gebaseerd bevel of verbod.

244. De preventieve werking van de Richtlijn heeft echter in artikel 7 lid 2 ook een partij-overstijgend karakter gekregen. Uit het artikellid volgt dat de lidstaten erin moeten voorzien dat er wettelijke bepalingen zijn die personen of organisaties de mogelijkheid geven een beroep te doen op rechtbanken of administratieve instanties om te oordelen of contractuele bedingen die zijn opgesteld met het oog op een algemeen gebruik, oneerlijk zijn. Voorts dienen passende en doeltreffende middelen beschikbaar te zijn om een einde te maken aan het gebruik van de oneerlijke bedingen. Een (consumenten)organisatie die het gebruik van bepaalde voorwaarden wil doen beëindigen dient zich dus tot de rechter te kunnen wenden en een daartoe strekkende maatregel te kunnen verkrijgen. Dat zal in de regel een bevel tot het beëindigen van dat gebruik zijn of een verbod tot het verdere gebruik. Aan de hand van het bepaalde in artikel 6:240 BW werk ik uit hoe dit in Nederland vorm heeft gekregen.

245. In het Burgerlijk Wetboek is als artikel 6:240 een bijzondere regeling neergelegd die de mogelijkheid biedt om in een collectieve actie bepaalde bedingen onredelijk bezwarend te verklaren. Het artikel is op 1 januari 1992 van kracht geworden en bestond dus al vóór de Richtlijn van kracht werd. Het artikel past echter in het bepaalde in artikel 7 van de Richtlijn. Het artikel is na

⁴⁰⁷ HvJ 14 april 2016, C-381/14, ECLI:EU:C:2016:252 (*Sales Sinués*).

⁴⁰⁸ HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*).

⁴⁰⁹ Zie voor de vraag hoe die ‘rechterlijke vernietiging’ wetstechnisch kan worden ingepast de *NJ*-noot van Krans onder dit arrest. Hierover ook Hijma 2016/44a.

⁴¹⁰ Dat laatste is strikt genomen omslachtig omdat de rechter een beslag zelf kan opheffen, zie artikel 438 lid 2 Rv.

inwerktreding wel gewijzigd, maar de bevoegdheid waarom het hier gaat bestond vanaf de inwerktreding van het artikel.⁴¹¹

246. Artikel 6:240 BW heeft betrekking op de zogenaamde ‘abstracte toetsing’ van algemene voorwaarden, waarmee wordt bedoeld dat de algemene voorwaarden worden getoetst los van de vraag of zij in een specifieke overeenkomst zijn opgenomen.⁴¹² De vordering strekt ertoe dat een declaratoire uitspraak wordt verkregen dat bepaalde bedingen in bepaalde algemene voorwaarden onredelijk bezwarend zijn. De toets die daarbij wordt aangelegd is die van artikel 6:233 onder a BW, welk artikel in artikel 6:240 lid 1 BW van overeenkomstige toepassing is verklaard. Deze bijzondere procedure staat er overigens niet aan in de weg dat een belangenorganisatie op grond van artikel 3:305a BW een vordering instelt tot vernietiging van een beding in de algemene voorwaarden op de grond dat dit onredelijk bezwarend is.⁴¹³

247. In artikel 6:241 lid 3 BW is bepaald dat door het gerechtshof (volgens lid 1: het gerechtshof Den Haag) aan de declaratoire uitspraak een *verbod* van het gebruik van de door de uitspraak getroffen bedingen of van het bevorderen daarvan kan worden verboden of een *gebod* om een aanbeveling tot het gebruik van deze bedingen te herroepen.⁴¹⁴ Het gaat hier om een bijzondere toepassing van het rechterlijk bevel en verbod, waarbij de op artikel 6:240 gebaseerde declaratoire uitspraak wordt versterkt met het in artikel 6:241 BW bedoelde verbod of gebod. Het verbod kan zich niet alleen richten tegen gebruikers van de algemene voorwaarden, maar ook tegen diegenen die dit gebruik bevorderen.

248. Net als in artikel 3:296 BW, is in artikel 6:241 BW opgenomen dat een bevel of verbod slechts op vordering van de eiser kan worden uitgesproken. Dat betekent ook hier dat het niet ambtshalve kan worden opgelegd.⁴¹⁵ Het gebruik van het woord ‘kan’ geeft aan dat de rechter, anders dan bij het ‘reguliere’ bevel en verbod, een discretionaire bevoegdheid heeft.⁴¹⁶

249. Volgens de toelichting op artikel 6:241 BW zal een verbod ‘praktisch steeds’ op zijn plaats zijn voor zover de rechtsvordering is gericht tegen gebruikers van de algemene voorwaarden of tegen de brancheorganisatie die het gebruik heeft bevorderd.⁴¹⁷ Het gevolg van een verbod, dat met een dwangsom kan worden versterkt, is dat een beding dat in strijd met een dergelijk verbod is opgenomen, vernietigbaar is (artikel 6:243 BW). Een dergelijke gevolg heeft de enkele verklaring voor recht dat een bepaald beding onredelijk bezwarend is, niet.⁴¹⁸

250. Duidelijk is dat met de bevoegdheid die is neergelegd in artikel 6:240 en 6:241 BW de mogelijkheid is gecreëerd om door middel van een collectieve actie het gebruik van een bepaald onredelijk bezwarend beding te beëindigen. Daarmee heeft de rechter een (preventief) middel in handen om de toepassing van een oneerlijk beding te doen staken. Indien de rechter een verbod uitspreekt, kan hij dat versterken met een dwangsom. Daarmee zal de maatregel voldoende effectief zijn om te voldoen aan de eisen die uit de Richtlijn voortvloeien. De vraag is of de artikelen 6:240 BW en 6:241 lid 3 BW daarvoor nodig waren. Volstond, met andere woorden, het bepaalde in artikel 3:296 BW niet?

⁴¹¹ Wijzigingen bij wet van 28 oktober 1999, *Stb.* 1999, 468, bij wet van 25 april 2000, *Stb.* 2000, 178 en bij wet van 15 juni 2018, *Stb.* 2018, 228.

⁴¹² Asser/Sieburgh 6-III 2018/481 en 504.

⁴¹³ HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, *NJ* 2018/41, m.nt. H.B. Krans.

⁴¹⁴ Ook kan een veroordeling tot het openbaar maken of laten openbaar maken van de uitspraak worden uitgesproken, maar dat is voor het onderwerp van dit boek minder relevant.

⁴¹⁵ Hijma 2016/54.

⁴¹⁶ Asser/Sieburgh 6-III 2018/506.

⁴¹⁷ PG Boek 6 Inv., p. 1783.

⁴¹⁸ Hijma 2016/60.

251. De toegevoegde waarde van de systematiek van de artikelen 6:240 e.v. BW zit met name in het feit dat op grond van artikel 6:243 BW een verboden beding steeds vernietigbaar is. Er hoeft, nadat is uitgesproken dat een beding onredelijk bezwarend is, niet opnieuw over die vraag gediscussieerd te worden. Het collectief verkregen verbod werkt daarmee door in de individuele verhoudingen. Daarmee is echter niet gezegd dat een verbod niet ook gebaseerd zou kunnen worden op artikel 3:296 BW. In de parlementaire toelichting op artikel 6:241 BW is deze vraag niet onder ogen gezien. Het antwoord op de vraag is gelegen in de (voor)vraag of er een rechtsplicht bestaat om een onredelijk bezwarend beding *niet* te gebruiken. Zonder onderliggende rechtsplicht kan er immers geen bevel of verbod worden uitgesproken. In mijn monografie heb ik geoordeeld dat die rechtsplicht er niet was. Ik kijk daar nu iets genuanceerder tegenaan.⁴¹⁹

252. Het begrip ‘onredelijk bezwarend’ in artikel 6:233 BW is niet repressiever bedoeld dan de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁴²⁰ De consument heeft de keuze een beroep te doen op hetzij artikel 6:233 onder a BW, hetzij artikel 6:248, lid BW.⁴²¹ Een beding dat onredelijk bezwarend is, is niet nietig, maar vernietigbaar. Ook een beding dat geraakt zou worden door de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is niet nietig, maar ‘niet van toepassing’ en kan dus in abstracto gewoon voortbestaan. Indien de rechter ambtshalve toetst of sprake is van een oneerlijk beding in de zin van de Richtlijn en hij tot de conclusie komt dat dit het geval is, dient hij het beding te vernietigen.⁴²² Ook een dergelijk beding kan dus gewoon bestaan totdat het wordt vernietigd, hetgeen bovendien niet zal gebeuren wanneer de consument zich daartegen verzet. Het Hof van Justitie oordeelde immers dat het recht op effectieve bescherming ook de bevoegdheid omvat om rechten juist niet uit te oefenen.⁴²³ Een onredelijk bezwarend beding is gelet op het bepaalde in artikel 6:235 BW daarbij niet door elke wederpartij vernietigbaar. De zogenaamde ‘grote ondernemers’ kunnen zich hierop niet beroepen, maar zijn aangewezen op de algemene bepalingen over de redelijkheid en billijkheid. Een beding dat jegens een consument onredelijk bezwarend is, hoeft dit jegens een grote ondernemer dus niet te zijn. Het initiatief tot vernietiging ligt ook steeds bij de wederpartij van de gebruiker, zelfs nadat een verbod op grond van artikel 6:241, lid 3 BW is uitgesproken.

253. Dit zijn allemaal aanwijzingen voor de conclusie dat het gebruik van een onredelijk bezwarend beding niet zonder meer verboden is en dus aanwijzingen voor de conclusie dat er niet een rechtsplicht bestaat om dergelijke onredelijk bezwarende bedingen niet te gebruiken. In het licht van het feit dat een onredelijk bezwarend beding blijft bestaan indien de wederpartij van de gebruiker de vernietiging niet inroept, zelfs niet nadat er op grond van artikel 6:241 BW een verbod is uitgesproken, ligt de conclusie voor de hand dat niet in algemene zin kan worden gezegd dat het ontoelaatbaar is een onredelijk bezwarend beding te hanteren. Kennelijk mag het beding (voort)bestaan totdat er een partij-initiatief tot vernietiging komt. Dat volgt ook uit het feit dat een consument bezwaar kan maken tegen de ambtshalve vernietiging van een onredelijk bezwarend beding. Als dat gebeurt, mag het beding tussen partijen gewoon voortbestaan. Zo bezien kan er minst genomen getwijfeld worden over de vraag of er een rechtsplicht is om een onredelijk bezwarend beding niet te gebruiken.

254. De nuance die ik ten opzichte van mijn eerdere gedachtegang in de monografie naar voren breng, is de volgende. De ratio van de artikelen 6 en 7 van de Richtlijn is de consumentenbescherming. Het Hof van Justitie heeft een- en andermaal aangegeven daar zwaar aan te

⁴¹⁹ Van der Helm 2019/84.

⁴²⁰ Hijma 2016/25. Zie ook de noot van Hijma onder HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0659, *NJ* 2003/112 (*Bramer/Colpro*).

⁴²¹ HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0659, *NJ* 2003, 112, m.nt. Hijma (*Bramer/Colpro*). Daar is/wordt ook anders over gedacht, zie de weergave bij Hondius, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:233 BW, aant. 3.1.3.

⁴²² HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*).

⁴²³ HvJ 14 april 2016, C-381/14, ECLI:EU:C:2016:252, par. 25 (*Sales Sinués*).

tillen en heeft daar verplichtingen voor de nationale rechter aan gekoppeld. Het feit dat de rechter ambtshalve moet toetsen of een bepaald beding oneerlijk is, heeft te maken met het gegeven dat consumenten daar zelf niet op komen of zich de kosten van een procedure willen besparen. Vanuit die gedachte van consumentenbescherming is het ontoelaatbaar te achten dat een gebruiker van algemene voorwaarden die door de rechter op grond van het bepaalde in artikel 6:240 BW al onredelijk bezwarend zijn verklaard, dat gebruik gewoon voortzet en erop kan gokken dat consumenten niet de moeite zullen nemen daartegen op te komen, of niet het risico van een proceskostenveroordeling willen lopen, of zich simpelweg niet bewust zijn van hun rechten. Vanaf het moment waarop door de rechter in abstracto is geoordeeld dat een bepaald beding onredelijk bezwarend is, kan daarom met evenveel recht worden aangenomen dat er een verplichting bestaat om die voorwaarden in ieder geval niet in overeenkomsten met consumenten te gebruiken. Die rechterlijke verklaring dat de algemene voorwaarden onredelijk bezwarend zijn, is er immers niet voor niets.

255. De tegenwerping dat een bepaalde algemene voorwaarde niet jegens iedereen onredelijk bezwarend is, is te weerleggen door aan te nemen dat een gebruiker zijn klanten kan onderscheiden in consumenten en anderen. Hij kan het gebruik van zijn algemene voorwaarden daarop dus aanpassen. Evenmin is doorslaggevend dat een consument volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie een oneerlijk beding toch gehandhaafd mag willen zien. Niet alleen is niet goed in te zien waarom een consument dat zou willen, maar als dat zo is, kunnen de gebruiker en de consument over het gebruik van die voorwaarde onderhandelen en het als specifiek beding in de overeenkomst opnemen.

256. Per saldo meen ik daarom dat de maatregelen die zijn opgesomd in artikel 6:241 lid 3 BW ook op artikel 3:296 BW gebaseerd zouden kunnen worden als artikel 6:241 BW niet zou hebben bestaan. Dat zou in die situatie overigens ook moeten omdat artikel 7 van de Richtlijn vereist dat er wettelijke bepalingen bestaan die het mogelijk maken een einde te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen. Een richtlijnconforme uitleg van artikel 3:296 BW zou dwingen tot de conclusie dat een vordering strekkende tot het verbod op het gebruik van oneerlijke bedingen op artikel 3:296 BW zou kunnen worden gebaseerd. Nu artikel 6:241 BW wel bestaat is het artikel te beschouwen als een specialis van artikel 3:296 BW. Dat betekent ook dat de rechter die over deze vordering heeft te oordelen een discretionaire bevoegdheid heeft. De wettekst gebruikt nadrukkelijk het woord ‘kan’, hetgeen betekent dat de rechter een vordering strekkende tot een verbod alleen zal toewijzen als hij dit passend acht.⁴²⁴ Daarmee wijkt die bevoegdheid af van de in artikel 3:296 BW neergelegde bevoegdheid. In het licht van de Richtlijn is dat niet bezwaarlijk. De Richtlijn verzet zich niet tegen het bestaan van een discretionaire bevoegdheid.

5.8.4 Beoordeling effectiviteit van het rechterlijk bevel en verbod bij oneerlijke bedingen

257. Uit de Richtlijn oneerlijke bedingen volgen twee verplichtingen voor de nationale wetgever. In de eerste plaats moeten oneerlijke bedingen buiten toepassing kunnen worden gelaten. Die verplichting brengt ook mee dat voorlopige maatregelen moeten kunnen worden genomen op grond waarvan de *verdere* toepassing van een oneerlijk beding wordt beëindigd. Aan deze beide verplichtingen wordt naar Nederlands recht voldaan. Niet alleen kan de rechter (ambtshalve) oneerlijke bedingen vernietigen, maar ook kan (in kort geding) een einde worden gemaakt aan de toepassing van dat beding. Die maatregel zal in de regel een bevel zijn tot het staken van een bepaald (executie-)gedrag of een verbod om dat gedrag voort te zetten.

258. In de tweede plaats moet het nationale recht erin voorzien dat belangenorganisaties een einde kunnen maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen. Ook dat is naar nationaal recht mogelijk. Artikel 6:241 BW voorziet in een bijzondere bevoegdheid voor de rechter, maar ook zonder die

⁴²⁴ Hijma 2016/54.

bevoegdheid zou een bevel tot het staken van het gebruik van een onredelijk bezwarend beding mogelijk zijn op grond van het bepaalde in artikel 3:296 BW.

259. Naar nationaal recht is dus verzekerd dat er een effectieve remedie bestaat zoals in de Richtlijn is voorgeschreven.

5.9 Preventieve remedies voorgeschreven – nog twee voorbeelden

260. Zowel de toepassing van de rechtsbeschermingsrichtlijnen uit het aanbestedingsrecht als de toepassing van de Richtlijn oneerlijke bedingen dwingt tot de beschikbaarheid van remedies die ook preventief werken. Het kost niet veel moeite om ook in andere Unierechtelijke regels aanwijzingen te vinden dat een preventieve remedie binnen het Unierecht de voorkeur verdient. Ik noem die voorbeelden omdat het onderzoek er mede is op gericht is vast te stellen of er een aanspraak op een preventieve remedie bestaat. Die voorbeelden zijn vanzelfsprekend niet uitputtend bedoeld.

261. Een duidelijk (ander) voorbeeld van een Unierechtelijk kader waaruit de noodzaak van een preventieve beschikbaarheid van remedies volgt, biedt de IE-Handhavingsrichtlijn.⁴²⁵ De considerans van die Richtlijn benadrukt dat de lidstaten moeten voorzien in voorlopige maatregelen om een inbreuk onmiddellijk te kunnen doen ophouden (achter 22) en dat er verbodsmaatregelen beschikbaar moeten zijn om nieuwe inbreuken op IE-rechten te voorkomen (achter 24). In artikel 3 lid 1 van de Richtlijn is vervolgens opgenomen dat de lidstaten de maatregelen, procedure en rechtsmiddelen dienen vast te stellen om de handhaving van IE-rechten te *waarborgen*. Dat de beschikbaarheid van een preventieve actie vereist is volgt onmiskenbaar uit artikel 9 lid 1 onder a van de Richtlijn: tegen vermeende inbreukmakers moet een bevel kunnen worden uitgevaardigd om een dreigende inbreuk op een IE-recht te voorkomen of voortzetting daarvan te staken. Dat bevel kan zelfs worden gegeven zonder de wederpartij te horen, indien uitstel ‘onherstelbare schade’ voor de rechthebbende zou veroorzaken (artikel 9, lid 4). Deze ex-parte voorziening is in Nederland geïmplementeerd in artikel 1019e Rv. Het belang ervan is evident: schade door een dreigende inbreuk wordt op deze manier voorkomen. Daarmee is ook duidelijk dat naleving van de regels een belangrijke preventieve component heeft, die zelfs zo ver gaat dat een voorziening kan worden getroffen zonder in eerste instantie de wederpartij van de verzoeker te horen.

262. Een ander voorbeeld dat duidelijk maakt dat preventieve remedies als noodzakelijk worden gezien voor de daadwerkelijke handhaving van bepaalde delen van het Unierecht biedt de Richtlijn betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen.⁴²⁶ Die Richtlijn heeft betrekking op de collectieve behartiging van de consumentenbelangen. Het voert te ver om hier uitvoerig op de achtergronden en de strekking van de Richtlijn in te gaan.⁴²⁷ Waar het mij om gaat is dat de Richtlijn in artikel 2 verbodsacties omschrijft die beschikbaar moeten zijn. Die verbodsacties moeten ertoe kunnen strekken een inbreuk te doen staken of een inbreuk te verbieden. Ook daaruit blijkt de nadruk die op het voorkomen van (verdere) schade ligt. Ook hier heeft naleving van de Unierechtelijke regels een belangrijke preventieve component. De Richtlijn wordt ingetrokken door Richtlijn 2020/1828 betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten.⁴²⁸ De Richtlijn 2020/1828

⁴²⁵ Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten.

⁴²⁶ Richtlijn 2009/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van consumentenbelangen. De Richtlijn wordt met ingang van 25 juni 2023 ingetrokken door Richtlijn 2020/1828 van 25 november 2020 betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten en tot intrekking van Richtlijn 2009/22.

⁴²⁷ Zie daarvoor Wilman 2014/5.2

⁴²⁸ Richtlijn 2020/1828 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2020 betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten en tot intrekking van Richtlijn 2009/22/EG.

strekt ertoe te waarborgen dat een doelmatig procedureel mechanisme bestaat voor representatieve vorderingen met het oog op stakings- en herstelmaatregelen ter handhaving van het consumentenrecht. Ook deze Richtlijn schrijft voor welke remedies beschikbaar moeten zijn. Artikel 7 lid 4 bepaalt dat zowel ‘stakingsmaatregelen’ als ‘herstelmaatregelen’ gevorderd moeten kunnen worden. Artikel 8 werkt uit wat onder stakingsmaatregelen wordt bestaan. Het gaat daarbij opnieuw om voorlopige of definitieve maatregelen die bepaalde praktijken doen staken of verbieden. Die maatregelen zijn gericht op handhaving van het consumentenrecht en zullen in de regel de vorm van een rechterlijk bevel of verbod hebben. Ook op grond van deze Richtlijn zullen preventieve maatregelen dus beschikbaar moeten zijn.

5.10 Tenuitvoerlegging als Unierechtelijk vereiste

263. Het spreekt vanzelf dat een remedie die niet ten uitvoer kan worden gelegd een papieren tijger is. Tenuitvoerlegging van een rechterlijke beslissing is daarom een integraal onderdeel van het tot artikel 47 Handvest (en artikel 6 EVRM) behorende recht op toegang tot de rechter.⁴²⁹ Interessant voor de reikwijdte van het recht op effectieve rechtsbescherming is daarom het arrest van het Hof van Justitie van 19 december 2019 inzake *Deutsche Umwelthilfe*, dat betrekking had op gedwongen tenuitvoerlegging van een bevel.⁴³⁰ In die zaak had het Hof van Justitie de vraag te beantwoorden of uit artikel 47 Handvest de mogelijkheid of zelfs de verplichting voortvloeit om lijfswang op te leggen aan functionarissen die het openbaar gezag uitoefenen, indien een nationale autoriteit aanhoudend weigert om gevolg te geven aan een rechterlijke beslissing waarbij haar wordt gelast een duidelijke, nauwkeurige en onvoorwaardelijke verplichting na te komen. In de zaak was al door een rechter een bevel gegeven om het verkeer van bepaalde voertuigen met dieselmotor in verschillende delen van de stad München te verbieden. De zaak had dus niet betrekking op de vraag welke remedie beschikbaar moest zijn, maar alleen op de vraag of er een dwangmiddel aan moest worden verbonden.

264. Het Hof van Justitie stelt voorop dat ook de regels van gedwongen tenuitvoerlegging bij gebreke van harmonisatie krachtens het beginsel van procesrechtelijke autonomie van de lidstaten een zaak van hun interne rechtsorde zijn.⁴³¹ Het Hof van Justitie voegt daar echter aan toe dat (ook) die regels moeten voldoen aan het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel. Dat betekent dat de regels ten aanzien van tenuitvoerlegging niet ongunstiger mogen zijn dan de regels die gelden voor soortgelijke situaties naar nationaal recht. Die regels mogen bovendien de uitoefening van de door het Unierecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken. Een nationale regeling die tot een situatie leidt waarin het vonnis van een rechterlijke instantie zonder uitwerking blijft doordat deze niet beschikt over enig middel om het vonnis te doen naleven, miskent dan ook de wezenlijke inhoud van het in artikel 47 Handvest neergelegde recht op een doeltreffende voorziening in rechte. Het is daarom aan de nationale rechter om na te gaan of hij het recht zodanig kan uitleggen dat het hem is toegestaan doeltreffende dwangmiddelen toe te passen om te waarborgen dat overheidsorganen een in kracht van gewijsde gegaan vonnis ten uitvoer leggen. Daarmee is evenwel niet gezegd dat de nationale rechter verplicht is lijfswang toe te passen. Het hof herhaalt in dat verband dat het recht op effectieve rechtsbescherming geen absoluut recht is, maar kan worden beperkt om de rechten en vrijheden van anderen te waarborgen. Enkel in het geval de rechter concludeert dat de beperking van het recht op vrijheid door de oplegging van lijfswang voldoet aan de voorwaarden die in dat verband in artikel 52 lid 1 van het Handvest worden gesteld, zou het recht van de Unie de toepassing van de maatregel van lijfswang niet alleen toestaan, maar ook vereisen. Ook dan moet evenwel aan het evenredigheidsbeginsel worden getoetst. Dat de toepassing van lijfswang vereist is indien deze is toegestaan, overweegt het Hof van Justitie tamelijk terloops, maar kan wel verstrekkend zijn. Het betekent immers dat de rechter, zodra er een bevoegdheid is om

⁴²⁹ Vgl. Van Duin 2020, p. 43. HvJ 30 juni 2016, C-205/15, ECLI:C:2016:499, par. 43 (*Toma*).

⁴³⁰ HvJ 19 december 2019, zaak C-752/18, ECLI:EU:C:2019:1114 (*Deutsche Umwelthilfe*), JB 2020/36, m.nt. H.C.F.J.A. de Waele, SEW 2020/161, m.nt. E. van Gool.

⁴³¹ Dit was ook al overwogen in HvJ 26 juni 2019, ECLI:EU:C:2019:537 (*Kuhar*).

lijfswang toe te passen, ook verplicht is dat te doen. Dat lijkt een beperking van de in het Nederlandse recht neergelegde vrijheid van de rechter bij de toepassing van dwangmiddelen. In de Nederlandse situatie zal de rechter zich toch niet snel voor die verplichting gesteld zien. Lijfswang zal pas aan de orde zijn indien andere mogelijkheden, zoals de dwangsom, zijn uitgeput. De Nederlandse dwangsommen vloeien niet terug ‘in de begroting waaruit zij zijn betaald’ (rov. 40 van het arrest) en zullen in de regel als voldoende effectief moeten worden aangemerkt.⁴³²

265. Het oordeel van het Hof van Justitie dat een situatie waarin er geen middel is om een rechterlijke uitspraak ten uitvoer te (doen) leggen de strekking van artikel 47 Handvest miskent, sluit aan bij het oordeel dat eerder is uitgesproken in het arrest *Torubarov*.⁴³³ In die vreemdelingrechtelijke zaak was de vraag aan orde wat er moet gebeuren als de rechter het oordeel nietig verklaart van een bestuursorgaan waarbij het verzoek om internationale bescherming van een persoon is afgewezen en meer specifiek wat er moet gebeuren als het bestuursorgaan zich bij een nieuwe beslissing niet richt naar dit oordeel. Het Hof van Justitie overwoog in de eerste plaats dat artikel 47 Handvest ‘op zichzelf volstaat en niet hoeft te worden verduidelijkt door bepalingen van Unierecht of van nationaal recht, om particulieren een als zodanig inroepbaar recht te verlenen.’ Artikel 47 Handvest heeft, met andere woorden, geen aanvulling nodig van andere wettelijke bepalingen om aan justitiabelen het recht op effectieve rechtsbescherming toe te kennen. Als nu na de nietigverklaring door de rechter het ‘semirechterlijke of administratieve’ orgaan opnieuw de aanvraag afwijst zonder dat zich nieuwe feiten en omstandigheden voordoen, en zich dus niet richt naar de beslissing van de rechter, komt het recht op effectieve rechtsbescherming in gevaar. Artikel 47 Handvest vereist immers dat voorkomen wordt dat een beslissing van de rechter zonder uitwerking blijft doordat de rechterlijke instantie niet beschikt over enig middel om haar vonnis te doen naleven (par. 72). Het Hof van Justitie voegde daaraan toe dat het recht op een doeltreffende voorziening in rechte denkbeeldig zou zijn indien het in een rechtsorde van een lidstaat mogelijk zou zijn dat een definitieve en bindende rechterlijke beslissing zonder uitwerking blijft ten nadele van een partij. In dat concrete geval betekende dit dat de rechter de mogelijkheid moest hebben om zijn oordeel in plaats van dat van het administratieve orgaan te stellen, om zo te voorkomen dat na nietigverklaring datzelfde administratieve orgaan dezelfde beslissing nogmaals – in strijd met het rechterlijk oordeel – neemt.

266. Als onderdeel van het recht op toegang tot de rechter dient dus voorkomen te worden dat een rechterlijke beslissing ‘zonder uitwerking’ blijft. Tussen de situatie waarin een rechterlijke beslissing zonder uitwerking blijft enerzijds en de situatie waarin lijfswang wordt opgelegd, zit nog wel de nodige ruimte. In het bijzonder zijn er de nodige alternatieven om te bewerkstelligen dat een beslissing ten uitvoer wordt gelegd. Zo heeft de rechter in Nederland de bevoegdheid om aan een veroordeling een dwangsom te verbinden.⁴³⁴ In een procedure tussen particulieren of bedrijven zal dat bij een bevel of verbod vrijwel altijd gebeuren. Het is echter de gewoonte om aan een overheidsorgaan geen dwangsom op te leggen. Ook – of misschien: zelfs – in de *Urgenda*-zaak is aan de Staat geen dwangsom opgelegd. Dat is geen onmogelijkheid, maar een gewoonte omdat van overheidslichamen wordt verwacht dat zij vrijwillig rechterlijke uitspraken nakomen. Indien die verwachting niet gerechtvaardigd blijkt, staat geen regel eraan in de weg alsnog een dwangsom op te leggen wanneer dit gevorderd wordt.

267. Ik heb geen Nederlandse situatie kunnen vinden waarin de vraag aan de orde was of aan een ambtenaar, minister of kamerlid lijfswang kan worden opgelegd om de nakoming van een aan een overheidslichaam opgelegde verplichting af te dwingen. In de regel zal dat niet kunnen omdat de

⁴³² Zie hierover ook de noot van H.C.F.J.A. de Waele onder het arrest in *JB* 2020/36.

⁴³³ HvJ 29 juli 2019, ECLI:EU:C:2019:626, par. 56 (*Torubarov*).

⁴³⁴ Zie over de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen hoofdstuk 6 van mijn monografie over het rechterlijk bevel en verbod.

ambtenaar persoonlijk geen partij zal zijn in een civielrechtelijke procedure.⁴³⁵ Dat is het overheidslichaam dat rechtspersoonlijkheid heeft. De verplichting om een bepaalde Unierechtelijke norm na te leven zal in de regel ook niet op een individuele ambtenaar rusten, maar op het overheidslichaam.

268. De mogelijkheid om een dwangsom op te leggen zal een voldoende prikkel moeten vormen om te waarborgen dat een overheidslichaam een rechterlijke veroordeling nakomt. Weliswaar is het niet goed mogelijk een dwangsom op te leggen die een overheidslichaam echt pijn doet (bij de Staat zou het dan al snel om vele miljoenen moeten gaan), maar het enkele feit dat een dwangsom wordt opgelegd zou voor een overheidslichaam in een democratische rechtstaat al een ernstige prikkel moeten zijn tot nakoming, omdat het eigenlijk niet zo ver zou moeten komen dat de vraag naar oplegging van een dwangsom rijst.⁴³⁶

269. In Nederland zal zich dus niet zo snel de situatie voordoen dat een rechterlijke beslissing zonder gevolg blijft, althans doet zich niet de situatie voor dat er geen middelen zijn om de rechterlijke beslissing kracht bij te zetten. De vraag is of het vereiste van tenuitvoerlegging iets zegt over de vraag of remedies preventief beschikbaar moeten zijn. Die vraag kan niet zonder meer bevestigend worden beantwoord. De eis dat een rechterlijke uitspraak op enige wijze ten uitvoer kan worden gelegd, volgt uit het recht op toegang tot de rechter. Het is inherent aan de beginselen van de rechtsstaat waarin de rechter in een bepaald geschil het laatste woord moet hebben. Het recht op toegang tot de rechter is een onderdeel van het recht op effectieve rechtsbescherming, net als het recht op een effectieve remedie. De beschikbaarheid van bepaalde remedies gaat vooraf aan de tenuitvoerlegging daarvan. De vraag of een remedie preventief beschikbaar moet zijn, gaat dus ook vooraf aan de vraag of en zo ja, op welke wijze, een door de rechter bevolen remedie, ten uitvoer gelegd kan worden. De vraag of een remedie preventief beschikbaar moet zijn, wordt dus niet beantwoord door de wijze van tenuitvoerlegging, maar door de aard van de rechtsschending. De tenuitvoerlegging als zodanig is echter wel een onlosmakelijk onderdeel van de preventief beschikbare remedie. Een preventief beschikbare remedie waaraan geen gevolg wordt gegeven bereikt immers niet zijn doel. Als de rechter het gebruik van een bepaald onredelijk bezwarend beding verbiedt, maar de gebruiker vervolgens zonder problemen dat gebruik voortzet, wordt onverminderd schade geleden door dat gebruik en wordt het doel van het verbod, namelijk het voorkomen van die schade, niet bereikt.

270. De eis dat een rechterlijke beslissing ten uitvoer kan worden gelegd vereist dus geen preventieve remedie, maar andersom vereist de beschikbaarheid van een preventieve remedie wel dat er middelen zijn om die remedie af te dwingen.

⁴³⁵ Barkhuysen ziet overigens kennelijk wel een grondslag voor lijfswang tegen individuele ministers, maar alleen als 'de Staat zich van oplopende dwangsommen niets zou aantrekken.' Zie Barkhuysen 2020. Ik zie, als gezegd, die grondslag in het Nederlandse recht niet omdat een individuele minister geen partij is, maar slechts orgaan van de Staat als rechtspersoon. Bovendien vraagt zich, in zijn kritiek op het *Urgenda*-arrest, af of het soms de bedoeling is de immuniteit van kamerleden uit te sluiten zodat 'de rechter kamerleden kan aanspreken op hun weigering om een wetsvoorstel aan te nemen ter uitvoering van een wetgevingsbevel.' Die – vermoedelijk retorische – vraag miskent eveneens dat individuele kamerleden geen partij in de *Urgenda*-zaak waren en dus ook om die reden niet onderworpen zijn aan het rechterlijk bevel dat is gegeven. Zie Bovend'Eert 2021, p. 140.

⁴³⁶ Zie over de complicaties van het opleggen van een dwangsom aan de Staat in verband met de veroordeling in de *Urgenda*-zaak Boogaard & Schutgens 2019.

5.11 Conclusie

271. Uit het Unierecht vloeit voort dat remedies moeten voldoen aan het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel. Zij moeten effectief zijn, proportioneel zijn en een afschrikkende functie hebben. Ik heb hiervoor de effectiviteit van een remedie aldus omschreven dat deze geschikt moet zijn om de naleving van het Unierecht te verzekeren. Wanneer die eis wordt gelegd naast het rechterlijk bevel en verbod, ontstaat er geen probleem. Het rechterlijk bevel en verbod zijn op zichzelf geschikt om een (potentiële) inbreukmaker te bevelen zijn gedrag aan te passen. Dat kan in kort geding ook snel en ook om die reden zijn het rechterlijk bevel en verbod geschikt als effectieve remedies in de zin van het Unierecht.

272. De rechtsbeschermingsrichtlijnen voor het aanbestedingsrecht en de Richtlijn oneerlijke bedingen stellen bepaalde eisen aan de remedies die in het nationale recht beschikbaar moeten zijn. De preventieve beschikbaarheid is daar een belangrijk onderdeel van. Ik heb die hiervoor uitgewerkt en geconcludeerd dat de Nederlandse remedies voldoen. In aanbestedingszaken spelen het rechterlijk bevel en verbod een belangrijke rol. Voor zaken die onder het bereik van de Richtlijn oneerlijke bedingen vallen is in de eerste plaats de bevoegdheid tot vernietiging van een oneerlijk beding van belang, maar door de toepassing van het rechterlijk verbod kan de rechter verder gebruik van een oneerlijk beding voorkomen en daarmee, zoals artikel 7 voorschrijft, preventief optreden. Het rechterlijk bevel en verbod is in beide situatie te beschouwen als een effectieve remedie.

273. Er is in ieder geval één situatie waarin het rechterlijk bevel geen effectieve remedie kan zijn om de naleving van het Unierecht af te dwingen. Dat is het geval waarin die naleving erin bestaat dat de Staat wetgeving tot stand moet brengen. Zoals ik elders in dit boek uitwerk (paragraaf 12.9), kan de (Nederlandse) rechter de Staat niet een bevel geven wetgeving tot stand te brengen. In het geval de Staat niet of niet tijdig wetgeving tot stand heeft gebracht, kan de naleving van de verplichting om dat te doen niet met een bevel worden afgedwongen. Ik bespreek in hoofdstuk 12 of dit Unierechtelijk door de beugel kan.

274. Afschrikkend is een sanctie die voldoende serieus is om herhaling van de inbreuk te voorkomen en anderen ook ervan te weerhouden dezelfde inbreuk te plegen. Zowel schadevergoeding als een rechterlijk bevel of verbod kan afschrikkend zijn. Bij schadevergoeding zal daarbij de eis moeten worden gesteld dat het voor een inbreukpleger niet al te aantrekkelijk moet zijn het (Unie)recht te schenden en de verplichting om de daardoor veroorzaakte schade te vergoeden, op de koop toe te nemen. Een bevel of verbod is naar zijn aard afschrikkend. Door het uitspreken van een bevel of verbod wordt vastgesteld – en vastgelegd – wat wel en niet is toegestaan. Ook anderen zullen hun gedrag daarop kunnen en moeten afstemmen omdat duidelijk is dat zij met eenzelfde bevel of verbod kunnen worden geconfronteerd indien zij dat niet doen. Om de afschrikkende functie van het bevel of verbod te versterken zal daarbij een dwangsom (of lijfswang) kunnen worden opgelegd. Daarmee kan voor de veroordeelde worden voorzien in een passende afschrikking, maar ook derden zullen hun gedrag daardoor kunnen laten beïnvloeden.

275. Een *proportionele* sanctie past bij de ernst van de inbreuk en gaat niet verder dan nodig is om het doel van de sanctie te bereiken. Ik ben op die eis hierboven ingegaan. In kort geding zal de rechter altijd een zekere belangenafweging kunnen maken (zie paragraaf 10.2.5) en dus een op een bepaalde situatie toegespitste uitspraak kunnen doen die in de gegeven omstandigheden proportioneel is. In een bodemprocedure ligt dat genuanceerd. Ik ga daarop nog nader in (paragraaf 10.2).

6. De aan een effectieve remedie te stellen eisen – recapitulatie

6.1 Inleiding

276. Nu ik hiervoor uiteen heb gezet wat de doelen van het Nederlandse burgerlijk (proces)recht zijn en welke eisen er volgens het EVRM en het Unierecht aan remedies gesteld kunnen worden, is het tijd om samen te vatten en te concluderen of er een aanspraak op een preventieve remedie bestaat en wanneer een remedie als effectief heeft te gelden.

6.2 De aanspraak op een preventieve remedie

277. Naar nationaal recht is de vraag of er een aanspraak bestaat op een preventieve remedie zonder twijfel bevestigend te beantwoorden. Niet alleen is het recht op een preventieve remedie in artikel 3:296 BW neergelegd, maar ook uit de doelen van het burgerlijk (proces)recht volgt het recht op een preventieve remedie. Het hoofddoel van het procesrecht is immers het afdwingen van de materiële rechten. Een remedie moet daarvoor dus een geschikt middel zijn. Die afdwingbaarheid geldt niet alleen achteraf, wanneer het kwaad al is geschied, maar ook vooraf, dus voordat bepaalde rechten zijn geschonden en voordat die schending schade (heeft) veroorzaakt. Een nakomingsactie of een verbods- en gebodsactie dient dus in beginsel voorhanden te zijn. Dit is de preventieve werking van een remedie.

278. Dat er een recht moet bestaan op een preventieve remedie blijkt ook hieruit: het afdwingen van materiële rechten is geen doel op zich. Aan die materiële rechten ligt een gedachte ten grondslag. Met andere woorden: de materiële rechten zijn er niet voor niets, maar zijn er met een reden of een doel en dat doel wordt gediend door naleving van die materiële rechten af te dwingen. Dat betekent dat remedies effectief zijn wanneer zij kunnen leiden tot het bereiken van het met de materiële norm beoogde doel.⁴³⁷ Dat doel wordt slechts indirect bereikt door schade te herstellen, en primair door naleving van die norm af te dwingen.

279. Naar nationaal recht bestaat dus om verschillende redenen een aanspraak op een preventieve remedie met betrekking tot afdwingbare rechtsplichten. Omdat het bepaalde in artikel 3:296 BW ook betrekking heeft op rechtsplichten die uit supranationale normen voortvloeien en die de Staat binden en de justitiabele een rechtstreekse aanspraak geven, is daarmee feitelijk ook de vraag beantwoord of er een aanspraak bestaat op een preventieve remedie ten aanzien van dergelijke supranationale normen. De vraag of, en zo ja, op welke manier die supranationale normen preventief kunnen worden afgedwongen, kan op die manier aan de hand van artikel 3:296 BW bevestigend worden beantwoord.

280. Los van de werking van artikel 3:296 BW ten aanzien van de supranationale normen, heb ik onderzocht of en onder welke randvoorwaarden uit de supranationale normen zelf het recht op een preventieve remedie voortvloeit.

281. Het antwoord op die vraag is niet eenduidig. Zowel het EVRM als het Unierecht laten preventieve remedies toe (zie paragraaf 4.3.2 en 5.4). Dat is ook logisch omdat zowel het EVRM als het Unierecht het in de meeste gevallen aan de lidstaten overlaat om te bepalen welke remedies er moeten bestaan. Het EVRM – of meer specifiek: het EHRM – vereist dat een effective remedy bestaat om een schending van de verdragsrechten te stoppen. Die effective remedy is daarmee in zekere zin preventief, maar is gekoppeld aan een verdragsschending die al plaatsvindt. Er zijn echter aanwijzingen dat het EHRM in bepaalde gevallen ook vereist dat een ophanden zijnde schending wordt voorkomen. Zo overwoog het EHRM in de zaak *Conka* dat artikel 13 EVRM vereist dat maatregelen die strijdig zijn met het EVRM en onomkeerbaar zijn, worden voorkomen. En in de jurisprudentie over de redelijke termijn van artikel 6 EVRM heeft het EHRM ook overwogen dat een remedie die een schending voorkomt, te verkiezen is boven een remedie die een schending herstelt.

⁴³⁷ Vgl. Van Boom 2006, p. 7.

Omdat de aard van het te schenden verdragsrecht mede bepalend is voor de eisen die aan een *effective remedy* worden gesteld, zal mogelijk niet ten aanzien van iedere ophanden zijnde schending een preventieve remedie worden vereist. Maar indien er ernstige schendingen aanstaande zijn die tot een onomkeerbare situatie leiden kan worden geconcludeerd dat uit artikel 13 EVRM wel degelijk het recht op een preventieve remedie voortvloeit.

282. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming dat wordt gewaarborgd in artikel 47 Handvest beoogt in belangrijke mate aan te sluiten bij de artikelen 6 en 13 EVRM. Het beoogt te verzekeren dat de rechter de aan het Unierecht te ontnemen rechten waarborgt. Het is aantrekkelijk om in het licht daarvan aan te nemen dat het Unierecht ook een preventieve remedie voorschrijft. De lidstaten dienen immers een doeltreffende toepassing van het Unierecht te garanderen en een preventieve remedie is in de meeste gevallen doeltreffender te achten dan een vergoedende remedie. Het feit dat het Unierecht meebrengt dat een voorlopige voorziening moet kunnen worden gegeven is ook een aanwijzing voor het belang dat toekomt aan het preventieve karakter van een remedie. Dat het Unierecht steeds dwingt tot het bestaan van een preventieve remedie kan echter niet worden gezegd, maar zal afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval.

283. Die omstandigheden kunnen mede worden bepaald door het Unierechtelijk kader. Ik heb dat uitgewerkt voor het aanbestedingsrecht en de Richtlijn oneerlijke bedingen en aangetoond dat in dat kader preventieve remedies beschikbaar moeten zijn. De nationale remedies voldoen aan de eisen die uit de Richtlijn volgen en het rechterlijk bevel en verbod kunnen in dat verband een rol spelen.

284. Het feit dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming meebrengt dat er daadwerkelijk middelen moeten bestaan om de rechten van justitiabelen af te dwingen, dwingt dus weliswaar niet zonder meer tot de conclusie dat een preventieve actie steeds noodzakelijk is, maar in veel gevallen zal moeten worden aangenomen dat juist een preventieve actie de nakoming van het Unierecht waarborgt. De hiervoor besproken richtlijnen waarin bepaalde remedies zijn voorgeschreven bevestigen dat omdat die remedies steeds ook een preventief karakter hebben. Zelfs als niet in algemene zin kan worden aangenomen dat een preventieve remedie is vereist, blijkt uit het Unierecht een duidelijke voorkeur voor die preventieve remedies.

6.3 Effectiviteit van de remedie

285. Een preventieve remedie is slechts effectief te achten als daarmee, bij voorkeur direct, maar anders toch indirect, materiële rechten kunnen worden afgedwongen. De effectiviteit van een remedie bestaat echter niet alleen uit het daadwerkelijk (preventief) bereiken van het doel van de geschonden norm, maar ook uit de wijze waarop dat kan, en is mede afhankelijk van de tijd die nodig is om het doel te bereiken. Een remedie moet daarom tijdig kunnen worden verkregen en kunnen worden toegepast. De eis van tijdigheid loopt in zekere zin parallel aan de eis van preventieve beschikbaarheid. Tijdig kan immers betekenen dat de remedie moet kunnen worden verkregen voordat het materiële recht is geschonden. Dat zal in veel gevallen ook betekenen dat de remedie als voorlopige voorziening beschikbaar moet zijn. Een bodemprocedure kost vaak te veel tijd om een schending van een rechtsplicht te voorkomen. De toepassing van een rechterlijk bevel of verbod in een bodemprocedure zal daarom vaak niet tijdig en dus niet effectief zijn.

286. Een remedie moet bovendien een afschrikkende werking hebben. Afschrikkend is een remedie die ervoor zorgt dat mensen worden ontmoedigd verboden handelingen te verrichten.⁴³⁸ Hoewel deze eis, zoals ik hiervoor heb omschreven (paragraaf 5.4) voortvloeit uit het Unierecht, kan deze theoretisch ook worden gesteld aan nationale remedies. Daarbij past echter een kanttekening. De eis van afschrikkendheid in het Unierecht is er nadrukkelijk op gericht dat de naleving van het Unierecht wordt verzekerd. Die eis heeft dus een partij-overstijgende bedoeling. Ik heb hiervoor (paragraaf 3.2

⁴³⁸ Zie ook Van Boom 2006, p. 18. Hiervóór, in paragraaf 3.2, heb ik aangestipt dat het de vraag is of het aansprakelijkheidsrecht als zodanig tot gedragsverandering leidt.

en 3.3) uitgewerkt dat een van de doelen van het nationale aansprakelijkheidsrecht en het procesrecht preventie is en het ontmoedigen van anderen om het onrechtmatige gedrag te herhalen. Die ontmoediging kan zijn vorm krijgen in de afschrikkendheid van een remedie en in zoverre ook een partij-overstijgende werking hebben. Als het gaat om een preventief bevel of verbod, brengt die eis (naar nationaal recht) echter toch niets bijzonders mee voor het uit te spreken dictum: een bevel of verbod heeft nu eenmaal een bepaalde inhoud (namelijk naleving van een rechtsplicht) en het bevel of verbod kan niet goed sterker worden aangezet om ook anderen ervan te weerhouden een bepaald gedrag te verrichten, dit nog daargelaten dat het de vraag is of anderen hun gedrag daardoor zullen laten beïnvloeden. Dat geldt ook voor de uit te spreken dwangsom: die moet hoog genoeg zijn voor de veroordeelde om zijn gedrag te beïnvloeden, maar raakt derden niet. De afschrikkendheid zit dus in het bevel of verbod als zodanig omdat daarmee (i) wordt bevestigd welk gedrag wel of niet is toegestaan en (ii) duidelijk wordt gemaakt dat naleving van een norm daadwerkelijk kan worden afgedwongen. Tegelijkertijd heeft die afschrikwekkendheid een zeker theoretisch gehalte. Of en zo ja, in hoeverre, mensen hun gedrag laten beïnvloeden door mogelijke sancties, is onzeker.⁴³⁹

287. Voor schadevergoeding geldt overigens hetzelfde. Bij het ontbreken van *punitive damages* in het Nederlandse recht zit de afschrikkendheid van een veroordeling tot schadevergoeding uitsluitend daarin dat die veroordeling wordt uitgesproken. Een extra hoge schadevergoeding om anderen af te schrikken hetzelfde gedrag te vertonen, is niet mogelijk.⁴⁴⁰ Wel dient ook bij de toepassing van zuiver nationale regels ervoor gewaakt te worden dat een schadevergoeding niet louter symbolisch mag zijn, maar in relatie moet staan tot de daadwerkelijk geleden schade.

288. Een remedie zal bovendien proportioneel moeten zijn. Hiervoor (paragraaf 5.6) heb ik uiteen gezet wat het Unierechtelijke proportionaliteitsbeginsel inhoudt. Ook nationaalrechtelijk speelt het een belangrijke rol.⁴⁴¹ Met het begrip proportionaliteit bedoel ik dat er geen onevenredigheid mag bestaan tussen het met de remedie te dienen belang enerzijds en het belang dat door de remedie wordt geschaad anderzijds.⁴⁴² De remedie moet bovendien in verhouding staan tot het belang dat door het verboden gedrag is geschaad. Het proportionaliteitsbeginsel hangt nauw samen met het beginsel van subsidiariteit. Dat beginsel brengt mee dat toepassing van een bepaalde remedie pas gerechtvaardigd is indien er niet een minder ingrijpende remedie is waarmee in beginsel hetzelfde resultaat kan worden bereikt.⁴⁴³ Veelal zal, indien sprake is van strijd met het subsidiariteitsbeginsel, ook sprake zijn van strijd met het proportionaliteitsbeginsel. Indien immers met een minder vergaande bevoegdheid of met een minder vergaande uitoefening van een bevoegdheid, een bepaald doel evengoed kan worden gediend, is niet alleen sprake van strijd met het subsidiariteitsbeginsel, maar ook met het proportionaliteitsbeginsel.⁴⁴⁴

289. Een preventieve remedie zal daarom steeds in verhouding moeten staan tot het dreigende onrecht en het belang bij het voorkomen daarvan. Zoals hierna nog zal blijken (paragraaf 10.2) is door de wetgever de keuze gemaakt de rechter (in bodemzaken) geen discretionaire bevoegdheid te geven al dan niet een bevel of verbod op te leggen. Daarmee is in beginsel gegeven dat een bevel of verbod dat een (verdere) schending van een rechtsplicht voorkomt, als uitgangspunt proportioneel is geacht. De eis van proportionaliteit beperkt de remedie echter ook juist omdat de remedie in verhouding moet

⁴³⁹ Paragraaf 3.2.

⁴⁴⁰ In de letselschadejurisprudentie zijn wel voorbeelden te vinden waarin het gedrag van de verzekeraar van invloed is op de begroting van de immateriële schade. Ook dan gaat het echter niet om een *punitive damage* maar om begroting van de letselschade en dus om vergoeding van de aldus begrote daadwerkelijke schade. Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 mei 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:4043 en rov. 3.24 en Rechtbank Den Haag 5 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:12.

⁴⁴¹ Zie ook paragraaf 11.2.5.

⁴⁴² Vgl. Visscher 2007.

⁴⁴³ Stolp 2007, p. 6 en 42.

⁴⁴⁴ Stolp 2007, p. 42. Stolp maakt onderscheid tussen de externe en de interne werking van het subsidiariteitsbeginsel. Ik laat dat rusten.

staan tot het dreigende onrecht en het belang bij het voorkomen daarvan en dus niet onnodig ver in de verhouding tussen partijen kan ingrijpen. Die vaststelling zou de vraag kunnen doen rijzen of proportionaliteit wel een eis van *effectiviteit* is. Wie uitsluitend kijkt naar de mate waarin aan de wensen van een eiser tegemoet kan worden gekomen, zal de proportionaliteit inderdaad als beperkende factor kunnen zien. Een remedie die méér toekent dan waarop een eiser recht heeft kan echter niet als effectief worden beschouwd. Bij effectiviteit van de remedie gaat het er immers om dat de materiële rechten effectief kunnen worden afgedwongen, maar effectiviteit van een remedie vereist niet méér dan dat. Dat meerdere zou immers al snel een bestraffende functie vervullen, maar daarop is het Nederlandse recht niet ingericht. Een disproportionele remedie zal ook al snel leiden tot misbruik van recht of (bij een nakomingsvordering) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Mede gelet op het belang van het proportionaliteitsvereiste in het Unierecht, kan de proportionaliteit als onderdeel van een effectieve remedie daarom niet gemist worden.

290. Ik voeg aan de bovenstaande eisen de afdwingbaarheid toe. Een remedie die niet afdwingbaar is, is in veel gevallen zinloos en in ieder geval onvoldoende doelmatig. Dat betekent dat bij het uitspreken van een remedie ook gekeken moet worden naar de wijze waarop die remedie ten uitvoer kan worden gelegd en dus ook naar de eventueel toe te passen dwangmiddelen.

291. In paragraaf 3.6 ben ik op hoofdlijnen ingegaan op het recht op toegang tot de rechter. Een effectieve remedie kan alleen tot zijn recht komen in een context waarin het recht op toegang tot de rechter is verzekerd. Dat recht op toegang tot de rechter is zelfstandig te bezien en staat in zoverre los van de eisen die aan een effectieve remedie kunnen worden gesteld. Ik stip dat hier meer terzijde toch aan omdat de eis van toegang tot de rechter onder meer duidelijk maakt dat een remedie ook tegen redelijke (proces)kosten beschikbaar moet zijn. Die eis impliceert dat de kosten voor een aanspraakgerechtigde te dragen zijn of dat er een voorziening is voor gefinancierde rechtsbijstand die de toegang tot de rechter verzekert. Ook mogen bijvoorbeeld niet onnodig procedurele of praktische belemmeringen (reistijd, verplichte vertegenwoordiging) worden opgeworpen.

6.4 Conclusie

292. Samengevat weergegeven betekent het voorgaande het volgende. Een preventieve remedie is effectief wanneer zij

- a) materiële rechten kan afdwingen
- b) tijdig is
- c) een afschrikkende functie heeft en
- d) proportioneel is.

293. In de volgende hoofdstukken zet ik uiteen hoe het rechterlijk bevel en verbod thans in het Nederlandse recht is geregeld, zodat daarna kan worden getoetst of voldaan wordt aan deze vereisten.

Deel 2

7. Het rechterlijk bevel en verbod

7.1 *Inleiding*

294. Het rechterlijk bevel en verbod vinden hun grondslag in artikel 3:296 lid 1 BW. In dat artikel is neergelegd dat, tenzij uit de wet, de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt, 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, wordt veroordeeld. Het artikel heeft een ruime strekking en ziet niet alleen op verbintenissen uit overeenkomst, maar ook op verbintenissen uit onrechtmatige daad en de daaraan ten grondslag liggende rechtsplichten. Een op dit artikel gebaseerde veroordeling zal veelal een bevel of verbod inhouden dat strekt tot nakoming van een verbintenis of een (andere) rechtsplicht. Dat kan dus zowel een bevel zijn om bijvoorbeeld een leveringsverplichting na te komen als een verbod om een onrechtmatige daad te verrichten. Voordat ik hierna op de afzonderlijke eisen in ga die voortvloeien uit het artikel, omschrijf ik eerst in vogelvlucht de historie van het rechterlijk bevel en verbod.

7.2 *Historie van het rechterlijk bevel en verbod*

7.2.1 *Oplossing in schadevergoeding*

295. In het tot 1992 geldende Burgerlijk Wetboek was niet voorzien in een regeling zoals thans neergelegd in artikel 3:296 BW. Daarmee is echter niet gezegd dat een rechterlijk bevel en verbod niet mogelijk waren. De bevoegdheid van de rechter om een bevel of verbod te geven is in de loop van enkele decennia door de Hoge Raad erkend, maar zonder slag of stoot is dat niet gegaan. Het bepaalde in artikel 1275 BW (oud) speelde daarbij, althans voor de nakomingsactie, een belangrijke rol, eerst als schijnbaar beletsel en daarna als grondslag voor het bevel tot nakoming.⁴⁴⁵ In deze paragraaf bespreek ik die ontwikkeling. Een zekere overlap met paragraaf 2.3, waarin ik het karakter van het bevel en verbod bespreek, bleek daarbij onvermijdelijk.

296. Artikel 1275 BW (oud) luidde: ‘Alle verbintenissen om iets te doen, of niet te doen, worden opgelost in vergoeding van kosten, schaden en interessen, ingeval de schuldenaar niet aan zijn verplichting voldoet.’ Met het artikel kwam tot uitdrukking dat bij een verbintenis om te doen of niet te doen, de schuldenaar niet gedwongen kan worden de prestatie zelf te verrichten, maar dat de verbintenis zich oplost in schadevergoeding wanneer zij niet wordt nagekomen.⁴⁴⁶ In een arrest van 28 januari 1881 overwoog de Hoge Raad nog met zoveel woorden dat elke verbintenis om iets te doen zich volgens de ‘duidelijke inhoud’ van artikel 1275 BW (oud) oplost in schadevergoeding.⁴⁴⁷ Geheel onaannemelijk was het volgens de Hoge Raad dat de vordering strekkende tot ‘praestatie van het feit’ door de rechter zou kunnen en moeten worden toegewezen. In 1899 zag de Hoge Raad echter ruimte voor een ‘volledige ommezwaai’, althans in ieder geval een andere toepassing van artikel 1275 BW (oud): het feit dat iemand niet tot het ‘plegen eener daad’ kan worden gedwongen, brengt niet mee dat hij niet daartoe zou kunnen worden veroordeeld, zij het dat zodanige veroordeling zich onverminderd oplost in vergoeding van kosten, schaden en interessen.⁴⁴⁸ Volgens Van Nispen heeft artikel 1275 BW (oud) met dit arrest een functiewijziging ondergaan, in die zin dat het artikel in plaats van een wettelijk beletsel voor de nakomingsactie de grondslag is geworden om aan het bevel tot nakoming kracht te kunnen bijzetten met een voorwaardelijke veroordeling tot betaling van een geldsom als schadevergoeding.⁴⁴⁹ Daarmee werd het mogelijk een (voorwaardelijke) veroordeling uit te spreken

⁴⁴⁵ Bauw spreekt zelfs van een ‘keurslijf van artikel 1275’. Bauw 2017, p. 18.

⁴⁴⁶ Jongbloed 1987, p. 38. In gelijke zin Huydecoper 2011/6.

⁴⁴⁷ HR 28 januari 1881, *W.* 4601, ontleend aan Van Nispen 1978 p. 37, die uitvoerig ingaat op de historie van het rechterlijk bevel en verbod.

⁴⁴⁸ HR 23 juni 1899, *W.* 7302. Een ‘volledige ommezwaai’ volgens Blauw 1988, p. 2.

⁴⁴⁹ Van Nispen 1978, p. 37. In gelijke zin Blauw 1988, p. 2.

die gelijkenis vertoont met een dwangsom. Jongbloed zag in het artikel al geen beletsel voor een nakomingsactie: het vorderen van nakoming is iets anders dan het afdwingen ervan.⁴⁵⁰ Ook Jongbloed ziet echter na het arrest van 1899 in artikel 1275 BW (oud) de grondslag voor de nakomingsactie.

7.2.2 *Sanctionering op voorhand*

297. De ontwikkelingen in de jurisprudentie laten vervolgens ten aanzien van andere rechtsplichten de mogelijkheid tot de toepassing van het rechterlijk verbod zien én de mogelijkheid een potentiële schending ervan reeds op voorhand te sanctioneren. Bovendien werd duidelijk dat ook vóórdat er onrechtmatig is gehandeld, een verbod kan worden gevraagd en verkregen en dat dus niet hoeft te worden afgewacht tot de onrechtmatige handeling heeft plaatsgevonden. Het rechterlijk verbod bleek, met andere woorden, niet slechts te kunnen worden toegepast ten aanzien van een dreigende herhaling van een reeds gepleegd handelen, maar ook ten aanzien van een eerste dreigend handelen.

298. In zijn arrest van 13 november 1914 beantwoordde de Hoge Raad voor het eerst nadrukkelijk de vraag bevestigend of een verbod, dat ertoe strekte dreigend onrechtmatig handelen af te wenden, mogelijk was.⁴⁵¹ Die bevestigende beantwoording was tot dat moment niet vanzelfsprekend omdat artikel 1401 BW (oud) ook slechts voorzag in een schadevergoeding, zodat ook ten aanzien van andere rechtsplichten dan verbintenissen uit overeenkomst de vraag kon worden gesteld of een dreigend onrechtmatig handelen kon worden verboden. De Hoge Raad overwoog *‘dat niet is in te zien waarom bij rechterlijk vonnis aan de daarbij in het ongelijk gestelde partij niet zou kunnen worden verboden om ook in de toekomst het bij hetzelfde vonnis vastgestelde recht (...) te schenden, terwijl daarenboven door het geven van zoodanig verbod het Hof geen der in het middel aangehaalde wetsartikelen heeft geschonden of verkeerd heeft toegepast.’* Daarmee werd de mogelijkheid van een rechterlijk verbod ten aanzien van onrechtmatige handelingen in duidelijke taal erkend. Maar dat niet alleen, de Hoge Raad overwoog voorts dat een dergelijk verbod een verbintenis in het leven roept die zich krachtens artikel 1275 BW (oud) oplost in schadevergoeding indien de schuldenaar niet aan zijn verplichting voldoet. Dit laatste is herhaald in het arrest van 29 december 1921.⁴⁵² Dat arrest is ook van belang omdat de Hoge Raad daarin oordeelde dat de stelling dat de president in kort geding niet bevoegd zou zijn om, *‘voor het geval van niet-nakoming van een in zijn vonnis vervat gebod, vergoeding der daardoor te lijden schade op te leggen’* onjuist is. Daarmee werd een in potentie krachtig instrument gegeven, tot op zekere hoogte vergelijkbaar met de latere dwangsom. Blauw wijst er terecht op dat de effectiviteit van de maatregel afhankelijk was van de bereidheid van de rechter (in kort geding) om een wat hij noemt ‘quasi-dwangsom’ op te leggen.⁴⁵³ Dat probleem werd evenwel met de invoering van de echte dwangsom in 1932 verholpen.

299. In een arrest van 4 maart 1938 expliciteerde de Hoge Raad dat *onjuist* is de stelling dat een verbod (en een veroordeling tot betaling van een dwangsom bij overtreding van het verbod) alleen gegeven kan worden indien reeds inbreuk is gemaakt op een recht.⁴⁵⁴ Voldoende is dat een *‘dreigende aantasting van rechten van den eischer in de toekomst zal plaats vinden’*. De Hoge Raad overwoog verder dat voor het geven van een verbod niet alleen een rechtsgrond aanwezig is als al een onrechtmatig handelen heeft plaatsgevonden, maar ook als er een ernstige bedreiging van het te beschermen recht aangenomen kan worden. Dat gegeven is relevant omdat niet iedere dreiging aanleiding kan zijn om een ander met een rechterlijk bevel of verbod te belasten. Een eerdere inbreuk zal dat eenvoudiger maken omdat daaruit onder omstandigheden de vrees van herhaling zal kunnen worden afgeleid. Een voorwaarde voor een uit te spreken rechterlijk bevel of verbod is een eerdere

⁴⁵⁰ Jongbloed 1987, p. 38.

⁴⁵¹ HR 13 november 1914, NJ 1915/98 (*Kieft/Otjes*).

⁴⁵² HR 29 december 1921, NJ 1922/225. In beide arresten werd aan die beslissing toegevoegd dat de rechter niet bevoegd is om bij wijze van straf de betaling van een geldsom op te leggen.

⁴⁵³ Blauw 1988, p. 3.

⁴⁵⁴ HR 4 maart 1938, ECLI:NL:HR:1938:262, NJ 1938/948, m.nt. P. Scholten (*AVRO/BUMA*).

inbreuk echter niet. Op de vraag wat de vrees voor herhaling inhoudt, ga ik in bij mijn bespreking van de voorwaarden voor het geven van een verbod in paragraaf 7.3.1.

300. Een sprong in de tijd brengt ons bij een arrest van 21 december 1956 dat de rechterlijke vrijheid bij het geven van een bevel raakt.⁴⁵⁵ Meer specifiek ging het om de vraag of kon worden afgedwongen dat een door een van partijen (Johannes) aanvaard beding dat de bebouwing van een bouwterrein niet anders zal mogen geschieden dan volgens de plannen en onder toezicht van de andere partij (Sebastiaan), zou worden nageleefd. Het hof oordeelde dat het afdwingen van dat beding niet mogelijk was, enerzijds omdat de samenwerking tussen partijen zeer bezwaarlijk was geworden, maar anderzijds op de grond dat *‘elke verbintenis zich oplost in vergoeding van kosten, schaden en interessen.’* De Hoge Raad maakt er korte metten mee. Het oordeel van het hof bracht immers mee dat Johannes de vrijheid werd gelaten te kiezen voor betaling van de overeengekomen boete in plaats van voor nakoming, terwijl die nakoming ‘in de rangorde der verplichtingen’ voorop staat.

301. In het arrest *Claas/Van Tongeren* van 28 juni 1985⁴⁵⁶ verduidelijkte de Hoge Raad vervolgens dat, wanneer de onrechtmatigheid van een gedraging waarvan een verbod wordt gevraagd, vaststaat, dat verbod in beginsel zonder meer toewijsbaar is en dat die toewijzing niet afhankelijk is van een nadere belangenafweging, althans in de situatie waarin het niet om een kort geding gaat. Dit arrest is van belang omdat daaraan de conclusie moet worden verbonden dat de rechter niet een discretionaire bevoegdheid heeft om een toewijsbare vordering tot een rechterlijk bevel of verbod toch niet toe te wijzen. Voor de effectiviteit van het rechterlijk bevel en verbod is dat een belangrijke ontwikkeling omdat het benadrukt dat nakoming van rechtsplichten voorop staat. Ik ga op de vraag naar de rechterlijke vrijheid bij een bevel en verbod in hoofdstuk 10 uitvoerig in.

302. In de loop der jaren is aldus het uitgangspunt dat niet-nakoming zich oplost in schadevergoeding, losgelaten. Het bepaalde in artikel 3:296 BW is dan ook naar de letter genomen een principiële breuk met de oude rechtsleer, maar in de praktijk een codificatie van de ontwikkelingen in de jurisprudentie waarbij de naleving van rechtsplichten en de (preventieve) afdwingbaarheid daarvan voorop is komen te staan.⁴⁵⁷

7.3 De eisen die artikel 3:296 BW stelt

303. In dit hoofdstuk zet ik uiteen wat de voorwaarden zijn voor toewijzing van een vordering strekkende tot het opleggen van een bevel of verbod. Daarbij zijn er wel enige verschillen aan te wijzen tussen de vordering tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst enerzijds en een vordering strekkende tot een bevel of een verbod wegens een (dreigende) onrechtmatige daad anderzijds. Op hoofdlijnen volgen uit de wettekst van artikel 3:296 lid 1 BW de volgende voorwaarden die vervuld moeten zijn voordat de rechter een bevel of een verbod kan uitspreken:

- dreigende schending van een rechtsplicht
- het verbod of bevel moet worden gevorderd
- door een “ander”
- jegens wie de aangesprokene verplicht is iets te geven, te doen of na te laten
- “daartoe” – de congruentie-eis.

⁴⁵⁵ HR 21 december 1956, ECLI:NL:HR:1956:65, *NJ* 1957/126, m.nt. L.E.H. Rutten (*Meegdes/Meegdes*).

⁴⁵⁶ HR 28 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8976, *NJ* 1986/356, m.nt. M. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*).

⁴⁵⁷ Huydecoper 2011/11.

304. Een minstens zo belangrijke rol speelt het bepaalde in artikel 3:303 BW: degene die het verbod of bevel vordert, dient daarbij een voldoende belang te hebben. Mijns inziens is het dit belang-vereiste dat in sterke mate wordt ingekleurd door de vraag of er een *reële* dreiging is van schending van de rechtsplicht. Die reële dreiging kan echter ook als zelfstandige voorwaarde voor oplegging van een bevel of verbod worden gezien.

7.3.1 Dreigende schending van een rechtsplicht – reële dreiging vereist

305. Voor toewijzing van een bevel of verbod is in de eerste plaats vereist dat er sprake is van een dreigende schending van een rechtsplicht. Dat kan een verbintenis zijn die niet wordt nagekomen, maar ook een andere rechtsplicht.

306. Wanneer nakoming van een verbintenis uit overeenkomst wordt gevorderd is niet vereist dat er al sprake is van verzuim of dat de schuldenaar in gebreke is gesteld. Het recht op nakoming volgt uit de verbintenis zelf en de vordering tot nakoming bestaat in ons recht ook al voordat er sprake is van verzuim. Dat ook al vóór dat moment een bevel tot nakoming kan worden uitgesproken is in zoverre voor de hand liggend dat het belang niet alleen bestaat bij nakoming, maar ook bij *tijdige* nakoming, in die zin dat nakoming wordt afgedwongen op de overeengekomen (fatale) datum. Als verzuim nodig zou zijn voor het geven van een nakomingsbevel, kan er reeds schade zijn ontstaan en bestaat het gevaar dat afbreuk wordt gedaan aan het nuttig effect van het bevel en aan de inhoud van de overeenkomst.⁴⁵⁸ Opmerking verdient daarbij dat in het algemeen wel vereist zal zijn dat een prestatie opeisbaar is voordat een nakomingsbevel kan worden gegeven. Het tweede lid van artikel 3:296 BW voorziet echter in de situatie waarin de aanspraak op nakoming nog niet opeisbaar is.

307. Evenmin is noodzakelijk dat er sprake is van een (toerekenbare⁴⁵⁹) tekortkoming bij een nakomingsactie of schuld bij een onrechtmatige daad.⁴⁶⁰ Ook is niet vereist dat er al schade is geleden. Ook daarvoor geldt dat, als die eis zou worden gesteld, een bevel tot nakoming in zekere zin als mosterd na de maaltijd zou komen. Daarmee is vanzelfsprekend niet gezegd dat er bij een nakomingsbevel geen belang meer bestaat indien wel schade is geleden. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval zal een dergelijk belang wel degelijk kunnen bestaan, al is het maar om verdere schade te voorkomen. Aangenomen moet voorts worden dat er in de regel een belang bestaat of blijft bestaan bij een deugdelijke nakoming van een verbintenis, ook wanneer die niet tijdig is nagekomen.⁴⁶¹

308. Bij een dreigend onrechtmatig handelen zijn de te bedenken rechtsplichten die kunnen worden geschonden velerlei. Daarbij speelt een belangrijke rol dat verplichtingen waarvan de nakoming door een bevel of verbod kan worden afgedwongen ook uit het ongeschreven recht kunnen voortvloeien.⁴⁶² Van al die verplichtingen kan de nakoming worden afgedwongen, mits daarbij voldoende belang bestaat en de te schenden norm strekt tot bescherming van de belangen van eiser. Met name bij de op onrechtmatige daad gebaseerde rechterlijke bevelen en verboden is het echter van belang in het oog te houden dat het uit te spreken bevel of verbod zal moeten aansluiten op de onderliggende rechtsplicht en dus slechts het onrechtmatig handelen mag verbieden. Een verbod om een bepaald rechtmatig

⁴⁵⁸ Dat risico zou te verkleinen zijn door laagdrempelig aan te nemen dat sprake is van verzuim, hetgeen bijvoorbeeld zou kunnen door niet al te hoge eisen te stellen aan de in artikel 6:83 lid 1 onder c BW bedoelde mededeling van de schuldenaar. Dat is echter een noodverband, dat in de huidige regeling niet gelegd hoeft te worden.

⁴⁵⁹ De nadruk in deze zin ligt op de tekortkoming. Bij een niet-toerekenbare tekortkoming zal een nakomingsbevel in de regel weinig zin hebben.

⁴⁶⁰ Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:296 BW, aant. 5. Ook Deurvorst, in: *GS onrechtmatige daad*, Rechtsvorderingen, aant. II.2.1.2.1. en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2019/153.

⁴⁶¹ Daarbij zijn vanzelfsprekend uitzonderingen te bedenken, zoals de trouwjurk die pas na de bruiloft kan worden afgeleverd.

⁴⁶² Bijvoorbeeld HR 22 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7204, *NJ* 2001/647 m.nt. J. de Boer (*DNA-test*).

handelen te verbieden kan aantrekkelijk zijn indien daarmee wordt zeker gesteld dat een (herhaling van een eerder) onrechtmatig handelen wordt voorkomen, maar gaat in het algemeen te ver.⁴⁶³

309. Wanneer deze grens in acht wordt genomen, zijn de op te leggen bevelen en verboden velerlei omdat er velerlei rechtsplichten zijn. Te denken valt aan situaties van hinder, (voorgenomen) handelen in strijd met het burendrecht, oneerlijke concurrentie, maar ook bijvoorbeeld de verplichting om verder te onderhandelen kan worden geëffectueerd door middel van een bevel.⁴⁶⁴

310. Ook bij een dreigend onrechtmatig handelen is niet vereist dat er al schade is geleden. Ook dan zou de remedie immers als mosterd na de maaltijd komen. De vraag of er schade is geleden kan bij een vordering gebaseerd op een (dreigende) onrechtmatige daad wel een factor zijn die van belang is bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een voldoende reële dreiging.⁴⁶⁵ Niet ten aanzien van iedere potentiële schending van een rechtsplicht kan een bevel of verbod worden opgelegd. De buurman die geen plannen heeft om het burendrecht met voeten te treden, moet ook niet worden lastig gevallen met een verbod om dat te doen voor het geval hij plannen in die richting zou ontwikkelen. De drempel kan anderzijds ook weer niet te hoog worden gelegd, want dat zou afbreuk doen aan de effectiviteit van het middel.

311. Ten aanzien van de vraag hoe concreet de vrees voor een schending van een rechtsplicht moet zijn, is het arrest van de Hoge Raad van 21 december 2001 van belang.⁴⁶⁶ In die zaak was onder meer de vordering aan de orde van de Vereniging van Juristen voor de vrede en de Stichting ‘Miljoenen zijn tegen’ tegen de Staat, die er onder meer toe strekte dat het de Staat zou worden verboden mee te werken aan het inzetten van kernwapens en daarmee verband houdende activiteiten. Het hof had overwogen dat voor een dergelijk verbod ten minste nodig is dat sprake is van een reële en geconcretiseerde dreiging dat kernwapens zullen worden ingezet. Aan die eis was volgens het hof niet voldaan. De Hoge Raad had deze vraag te beoordelen in de sleutel van het belangvereiste. Hij oordeelde dat er een concreet belang vereist is en dat dit inhoudt dat er een ‘reële dreiging’ is dat de handelingen die verboden zouden moeten worden, zullen worden verricht. De vraag of er sprake is van zo’n reële dreiging is een vraag van feitelijke aard, die dient te worden beantwoord door de feitenrechter. Daarmee heeft de feitenrechter een behoorlijke vrijheid om te beoordelen of er sprake is van een reële dreiging, zij het dat hij zijn oordeel daarover wel naar behoren dient te motiveren. Uit het feit dat er een reële dreiging vereist is voor rechterlijk ingrijpen volgt ook dat aan de burgerlijke rechter geen theoretische mogelijkheden moeten worden voorgelegd. Het feit dat een rechtsplicht mogelijk op enig toekomstig moment zal worden geschonden is onvoldoende.

312. Daar staat tegenover dat de vraag of er een reëel risico is, in dit geval door de Hoge Raad in de sleutel van het belang van artikel 3:303 BW is geplaatst. Zoals ik hierna zal uitwerken moet het belangvereiste van artikel 3:303 BW met enige terughoudendheid worden toegepast. De rechter zal, met andere woorden, niet te snel mogen oordelen dat er geen belang voor de eiser is. Dat betekent dat slechts in sprekende gevallen de conclusie kan worden getrokken dat een belang ontbreekt. De Hoge Raad laat de feitenrechter daarbij gelukkig de nodige vrijheid. Het inzetten van kernwapens door een klein land als Nederland dreigt daarbij in algemene zin minder reëel dan schending van vele andere rechtsplichten. Zelfs voor wie op goede voet met zijn burend staat, is de kans dat zij erfoverschrijdend bouwen groter dan de kans op het inzetten van kernwapens door Nederland. Maar ook dan is die enkele kans niet voldoende, maar zullen die burend concrete plannen in die richting moeten

⁴⁶³ Nuninga 2018, p. 152. Hij geeft als voorbeeld het verbod aan de burend om een geluidsinstallatie te hebben. Daarmee wordt zeker gesteld dat zij geen geluidsoverlast meer met die installatie kunnen veroorzaken, maar het bezit van die installatie is op zichzelf niet onrechtmatig. Een verbod op dat bezit gaat dus te ver.

⁴⁶⁴ Hierover: De Boer 2011, p. 105 e.v.

⁴⁶⁵ Vgl. Deurvorst, in: *GS onrechtmatige daad*, Rechtsvorderingen, aant. II.2.1.2.1

⁴⁶⁶ HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3693, NJ 2002/217, m.nt. T. Koopmans (*Kernwapens*).

ontwikkelen. De aard van de vordering zal daarmee van invloed zijn op de toets die de rechter zal aanleggen ten aanzien van de vraag of er sprake is van een reële dreiging.

313. Omdat het rechterlijk bevel en verbod mogelijk zijn bij een dreigende schending van een rechtsplicht, heeft deze remedie een duidelijk preventief karakter. Niet alleen kan een tekortkoming of onrechtmatig handelen als zodanig op voorhand worden voorkomen, maar ook kan een voortzetting van de tekortkoming of het onrechtmatig handelen worden voorkomen. Beide gevallen hebben een preventief effect. Het eerste ten aanzien van het ontstaan van schade, het tweede ten aanzien van de verergering van de schade.

7.3.2 “Op vordering van”

314. Dat een bevel of verbod moet worden gevorderd lijkt een open deur. Zonder een dergelijke vordering komt een zaak immers niet bij de rechter en kan er van een *rechterlijk* bevel of verbod geen sprake zijn. Zonder daartoe strekkende vordering en feitelijke onderbouwing daarvan in het geding zal de rechter bovendien geen bevel of verbod kunnen geven. Het in artikel 24 Rv neergelegde beginsel van autonomie van partijen en lijdelijkheid van de rechter brengt immers mee dat de rechter gebonden is aan de door partijen gestelde feitelijke grondslag van de vordering.⁴⁶⁷ Toch is het iets minder eenvoudig dan dit omdat er een zekere ruimte kan bestaan bij de vraag *wat* er precies is gevorderd. Een rechter is gehouden aan het petitum dat hem wordt voorgelegd. Ambtshalve veroordelingen (inhoudende een bevel of verbod) zijn er in principe niet. Een uitzondering volgt uit artikel 258 Rv, dat de voorzieningenrechter de mogelijkheid biedt om zijn vonnis ambtshalve, en dus als uitzondering op de in artikel 233 Rv neergelegde hoofdregel, uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. Ook een kostenveroordeling wordt zonodig ambtshalve uitgesproken, maar ook dit is een uitzondering op de hoofdregel dat de rechter niet buiten het petitum iets mag toewijzen.⁴⁶⁸

315. Die hoofdregel laat echter onverlet dat de rechter binnen de door het petitum getrokken grenzen een zekere ruimte heeft bij de invulling van zijn veroordeling, zij het dat hij op grond van artikel 23 Rv gehouden is te beslissen over ‘al hetgeen partijen hebben gevorderd of verzocht’.⁴⁶⁹ Wanneer bijvoorbeeld wordt gevorderd een gedaagde te verbieden zich binnen de gemeentegrenzen van Leiden te begeven, kan de rechter ervoor kiezen te volstaan met een beperkter verbod, bijvoorbeeld het verbod zich op de Breestraat te bevinden of het gebod van die Breestraat weg te blijven. Huydecoper geeft in dit verband als voorbeeld het bevel ‘zich behoorlijk te gedragen’, dat hij ontoelaatbaar acht omdat het de veroordeelde te veel in onzekerheid laat over wat er nu wel en niet van hem wordt verlangd.⁴⁷⁰ Ik deel zijn oordeel dat een dergelijke veroordeling niet toelaatbaar is. Wanneer echter wordt gevorderd ‘de gedaagde te bevelen zich behoorlijk te gedragen’ is het naar mijn mening erg afhankelijk van de inkleding van die vordering en het debat tussen partijen of die vordering de grondslag kan zijn voor een specifiek bevel. Wanneer uit de onderbouwing van de vordering blijkt dat het de eiser erom te doen is herhaling te voorkomen van een specifieke gedraging, en de gedaagde dat ook zo heeft opgevat en ook niet anders heeft kunnen opvatten, zou er ruimte kunnen zijn voor (bijvoorbeeld) het bevel aan gedaagde ‘zich behoorlijk te gedragen, in die zin dat gedaagde zich onthoudt van het snoeien van de heg van eiser.’ Daarmee is niet gezegd dat het aanbeveling verdient een vordering op die manier in te kleden. Als een eiser niet kan concretiseren wat hij wil afdwingen, zal dat voor de gedaagde vaak ook niet duidelijk zijn. De eiser die wel kan concretiseren wat hij wil afdwingen zal een daarop toegespitst petitum kunnen formuleren, waarbij

⁴⁶⁷ Hierover nader: Lock 2019.

⁴⁶⁸ HR 28 november 1986, ECLI:NL:HR:AC9604, NJ 1987/380. Een uitzondering op deze regel bestaat overigens in het geval een partij expliciet afziet van een kostenveroordeling, zie HR 9 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6157, NJ 2000/583, in welke zaak partijen hadden verzocht om compensatie van de kosten.

⁴⁶⁹ Zie hierover de noot van C.J.H. Brunner onder HR 5 november 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4468, NJ 1984/125.

⁴⁷⁰ Huydecoper 2011/16.

ruimer geformuleerde maar minder verstrekkende subsidiaire varianten natuurlijk denkbaar zijn. Ik zal hierna (paragraaf 10.3.3) nader bespreken onder welke omstandigheden de rechter mag aannemen dat door de eiser ten opzichte van het gevorderde ‘het mindere’ ook wordt gewenst.

316. Wat niet kan, is een ruimer verbod opleggen dan gevorderd (in mijn eerdere voorbeeld: de Breestraat en de gemeente Den Haag te vermijden; dat is immers niet gevorderd). Wat ook niet kan is om in het geval een verklaring voor recht wordt gevorderd (bijvoorbeeld dat de gedaagde onrechtmatig heeft gehandeld door de eiseres herhaaldelijk en hinderlijk naar haar woning aan de Breestraat te Leiden te achtervolgen), de gedaagde ambtshalve een verbod op te leggen dat handelen te staken. Ook in die situatie blijkt immers uit de vordering niet dat de eiser op zo’n verbod wenst aan te sturen.

317. In 1947 oordeelde de Hoge Raad dat in kort geding een veel verder gaande vrijheid voor de rechter bestond. Als het kort geding begonnen is om een bevel te verkrijgen een bepaalde handeling te verbieden, maar die handeling inmiddels toch is verricht, heeft de rechter de vrijheid *‘zoodanige andere voorziening te treffen als bij de veranderde omstandigheden voor het gegeven geval passend is.’*⁴⁷¹ Het stond het hof volgens de Hoge Raad dan ook vrij om, toen bleek dat de ontruiming reeds had plaatsgevonden, het bevel te geven dat de gedaagde zich zou onthouden van elke maatregel die de strekking heeft de ontruiming te handhaven. Zonder wijziging van eis in hoger beroep lijkt mij dit thans een achterhaald uitgangspunt. Indien een ontruiming reeds heeft plaatsgevonden bestaat er bij een vordering strekkend tot een verbod daarvan geen belang meer en behoeft – en kan – het hof nog slechts beoordelen of de proceskostenveroordeling in eerste aanleg juist is geweest.⁴⁷²

318. Overigens kan mijn opvatting dat een algemeen geformuleerde vordering onder omstandigheden door de rechter kan worden ingevuld op goede gronden als te ruim worden beoordeeld. In het *Clara Wichmann*-arrest van 9 april 2010 overwoog de Hoge Raad dat het gevorderde verbod tot het laten voortbestaan van een onrechtmatige situatie binnen een door de rechter in goede justitie te bepalen termijn te vaag en algemeen was.⁴⁷³ En in een arrest van 21 december 2001 werd overwogen: *‘opmerking verdient hierbij dat het niet tot de taak van de rechter behoort een vordering zodanig te herformuleren dat zij uitsluitend ziet op handelingen die onder alle omstandigheden als onrechtmatig moeten worden beschouwd.’*⁴⁷⁴

319. Het zal, met andere woorden, veelal van de omstandigheden van een specifiek geval afhangen of een vordering door de rechter kan worden gespecificeerd. Zwaarwegend belang komt daarbij vanzelfsprekend toe aan de vraag hoe een gedaagde een vordering moet hebben begrepen en of hij op een ‘aldus begrepen’ vordering heeft kunnen reageren.⁴⁷⁵ Het in artikel 111 lid 2 onder d Rv neergelegde voorschrift dat de dagvaarding de eis en de gronden daarvan bevat, strekt er immers toe te verzekeren dat voor de gedaagde duidelijk is waartegen hij zich heeft te verweren en beschermt zodoende diens recht op een eerlijke behandeling van de zaak.⁴⁷⁶ Het recht om zich te verdedigen tegen een vordering is onderdeel van het ook door artikel 6 EVRM beschermde recht op hoor en wederhoor en kan alleen worden gediend als de eis duidelijk is geformuleerd en de gedaagde niet wordt verrast met een uitleg die hij niet behoefde te voorzien.⁴⁷⁷ In de jurisprudentie van de Hoge Raad is bovendien neergelegd dat een petitum dient te worden uitgelegd in het licht van de daaraan ten grondslag gelegde stellingen en *van het processuele debat*, zoals dit zich vervolgens heeft

⁴⁷¹ HR 14 februari 1947, ECLI:NL:HR:1946:49, *NJ* 1947/155 m.nt. E.M. Meijers.

⁴⁷² Vgl. HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:666, *NJ* 2016/211.

⁴⁷³ HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, *NJ* 2010/388, m.nt. E.A. Alkema (*SGP*).

⁴⁷⁴ HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3693, *NJ* 2002/217 m.nt. T. Koopmans (*VJV / Staat*).

⁴⁷⁵ Zie over de uitleg van een petitum Ashmann 2011, p. 175.

⁴⁷⁶ In die zin al HR 24 mei 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2032, *NJ* 1959/10 (*Van Vliet/Vricon*). Ook HR 15 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0413, *NJ* 1992/724, m.nt. H.J. Snijders (*Boogaard/NVPI*). Ekelmans 2015/5.

⁴⁷⁷ Ancery 2012/12; Smits 2008/3.3.1

ontwikkeld.⁴⁷⁸ Ook daarin ligt besloten dat van belang is hoe de gedaagde een vordering heeft mogen begrijpen. Ik ga in paragraaf 10.3.1 nader hierop in.

320. Ik ga hierna ook nader in op de vrijheid die de rechter heeft bij het opleggen van een bevel of een verbod (paragraaf 10.2). Dat de rechter in belangrijke mate gebonden is aan het petitum staat echter vast. In algemene zin is dat het geval omdat de gedaagde anders niet weet waartegen hij zich heeft te verweren, maar ten aanzien van het bevel en verbod volgt dat ook nog eens uit artikel 3:296 BW. Voor de vraag naar de effectiviteit van de remedie is dat van belang. Het is voor een eisende partij niet altijd te voorzien welke onderdelen van het gedrag van zijn wederpartij onrechtmatig zullen worden geacht als getoetst zal moeten worden aan de open norm van artikel 6:162 BW. Het is uiteindelijk de rechter die dat vaststelt en die tot op zekere hoogte die norm invult. Een vordering die ertoe strekt ‘het onrechtmatige gedrag’ te verbieden kan in zo’n situatie de enige praktisch hanteerbare vordering zijn om die gedragingen waarvan nog moet worden vastgesteld dat zij onrechtmatig zijn, te omvatten. In zo’n situatie kan een dergelijk onbepaalde vordering dus ook nodig zijn om de (preventieve) effectiviteit van de remedie te waarborgen. Het is wat mij betreft niet in algemene zin ontoelaatbaar zo’n vordering tot uitgangspunt te nemen, mits uit het partijdebat maar volgt welke handelingen de eiser allemaal verboden wil hebben. De rechter op zijn beurt zal in het dictum de verboden handelingen moeten benoemen en waar nodig moeten begrenzen.

7.3.3 “Hij die jegens een ander” – algemeen

321. Met de woorden ‘jegens een ander’ komt tot uitdrukking dat schending van een rechtsplicht niet jegens alle andere rechtssubjecten verboden en dus onrechtmatig is, maar slechts jegens een bepaald ander rechtssubject.⁴⁷⁹ Met de woorden ‘een ander’ in artikel 3:296 lid 1 BW is dan ook de aanspraakgerechtigde bedoeld. Bij nakomingsvorderingen is dat de persoon jegens wie de verbintenis moet worden uitgevoerd. Bij onrechtmatige daden gaat het om het (toekomstige) slachtoffer van die onrechtmatige daad. In de regel hoeft deze eis geen problemen op te leveren. Zoals ik hierna zal bespreken kan ook een collectiviteit van personen optreden (zie paragraaf 12.2). Verder verdient opmerking dat ook een ander dan de aanspraakgerechtigde voor die aanspraakgerechtigde in rechte kan optreden, bijvoorbeeld op grond van een procesvolmacht.⁴⁸⁰ En op grond van artikel 3:171 BW kan een deelgenoot ook ten behoeve van de gemeenschap rechtsvorderingen ter verkrijging van een rechterlijke uitspraak instellen. De vordering strekkende tot het geven van een bevel of verbod neemt in dit verband echter geen bijzondere plaats in.

322. In de woorden ‘hij die jegens een ander’ ligt voorts besloten van wie iets gevorderd kan worden en dus aan wie een verbod of bevel kan worden opgelegd. Als uitgangspunt heeft te gelden dat het wordt opgelegd aan degene op wie de rechtsplicht rust om iets te doen of niet te doen. De Hoge Raad overwoog in dit verband in een arrest van 21 januari 1983 dat bij beoordeling van de vraag of een bevel of verbod kan worden uitgesproken beoordeeld moet worden of er voor de aangesproken partij ten tijde van het rechterlijk oordeel een geschreven of ongeschreven rechtsplicht bestaat die ertoe strekt dat de bevolen handeling moet worden verricht.⁴⁸¹ Dit arrest heeft, net als een arrest van 4 februari 1983 waarin een vergelijkbare overweging voorkomt, ook en vooral betrekking op de vraag op welk moment voldaan moet zijn aan de vereisten voor het opleggen van een bevel of verbod, maar maakt evenzeer duidelijk aan wie het kan worden opgelegd, namelijk aan de partij op wie een bepaalde rechtsplicht rust.⁴⁸² Oplegging van een bevel of een verbod aan een ander dan degene op wie de rechtsplicht rust, is in beginsel dan ook niet mogelijk. Een aansprakelijkheid voor andermans fouten

⁴⁷⁸ HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5010, *NJ* 2006/443, m.nt. G. van Solinge (Laurus/UB Holding); HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:AR2390 (*dakterrassen*). Zie hierover nader paragraaf 10.3.1.

⁴⁷⁹ Van der Wiel 2004/9.

⁴⁸⁰ Vgl. HR 2 februari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1983, *NJ* 1996/569.

⁴⁸¹ HR 21 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4526, *NJ* 1983/252 m.nt. J.A. Borman.

⁴⁸² HR 4 februari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4541, *NJ* 1985/21, m.nt. M. Scheltema.

biedt geen grondslag voor het opleggen van een bevel of verbod.⁴⁸³ Het is ook moeilijk in te zien waartoe dat zou moeten strekken.

323. Dat laat onverlet de mogelijkheid dat het laten voortduren van andermans handelen, of het meewerken daaraan, onrechtmatig kan zijn zodat daardoor ook een eigen rechtsplicht wordt geschonden. Een al wat ouder voorbeeld daarvan is te vinden in het arrest van de Hoge Raad van 16 december 1977 waarin de AMRO Bank ontruiming vorderde van een aantal aan haar toebehorende, maar gekraakte onroerende zaken.⁴⁸⁴ De AMRO Bank richtte haar vordering tegen een van de krakers, die er blijkens het arrest van het hof alles aan deden hun anonimiteit te waarborgen. Die kraker, Hiep genaamd, mocht blijkens het arrest van de Hoge Raad, vanwege de nauwe samenwerking bij het kraken van de panden, worden bevolen de panden te ontruimen met *een ieder* die zich ten tijde van de executie van het bevel daar ophoudt.

324. In huurzaken is het gebruikelijk dat een gewezen huurder die het gehuurde moet ontruimen, wordt bevolen het gehuurde ‘met de zijnen’ te ontruimen. Daarmee heeft het bevel ook gevolgen voor eventuele derden, maar het grijpt onverminderd aan op de rechtsplicht van de gewezen huurder, die voor de ontruiming van het gehuurde verantwoordelijk is.

7.3.4 “Hij die jegens een ander” – relativiteit

325. De woorden ‘jegens een ander’ in artikel 3:296 BW brengen ook tot uitdrukking dat het relativiteitsvereiste evenzeer geldt bij het rechterlijk bevel en verbod.⁴⁸⁵ De zinsnede is gelijk aan die in artikel 6:162 BW, waarin is opgenomen dat ‘hij die jegens een ander’ een onrechtmatige daad pleegt, gehouden is tot schadevergoeding en waarin, naast de regel uit artikel 6:163 BW, het vereiste van de relativiteit van een geschonden norm is terug te vinden.⁴⁸⁶

326. Aan het relativiteitsvereiste wordt in het kader van het rechterlijk bevel en verbod in de regel weinig aandacht besteed. Ook ik beoog dat niet uitputtend te doen, maar ik ga wel in op de vraag in hoeverre het relativiteitsvereiste consequenties heeft voor (de effectiviteit van) het rechterlijk bevel en verbod.⁴⁸⁷ De discussie over de relativiteit wordt immers veelal gevoerd wanneer er al schade is geleden, terwijl het bestaan van schade voor het uitspreken van een bevel en verbod geen noodzaak is.⁴⁸⁸ De relativiteitseis heeft echter ook voor het bevel en verbod te gelden omdat ook zonder schade de onrechtmatige daad een relatief karakter heeft.⁴⁸⁹ Een ander uitgangspunt zou er toe leiden dat een ieder, ieder ander zou kunnen aanspreken op iedere normschending. Dat zou tot onaanvaardbare situaties kunnen leiden.⁴⁹⁰ Ik zal daarom concluderen (paragraaf 7.3.7) dat het relativiteitsvereiste voor het rechterlijk bevel en verbod niet gemist kan worden. Dat het relativiteitsvereiste ook geldt voor een

⁴⁸³ HR 10 juni 1955, ECLI:NL:HR:1955:AG2012, *NJ* 1955/552 m.nt. L.E.H. Rutten. Zie ook Van Nispen 1978/82 e.v. Een uitzondering is te vinden in de gevallen waarin een directe actie tegen een verzekeraar bestaat en de verzekeraar bijvoorbeeld kan worden gedwongen mee te werken aan een deskundigentragect.

⁴⁸⁴ HR 16 december 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC6138, *NJ* 1978/561 m.nt. W.H. Heemskerk.

⁴⁸⁵ Lankhorst 1992, p. 39. Over de toepassing van de relativiteitsleer: Van Nispen 1978, p. 144/145. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:163 BW, aant. 1.1.6 en 1.7. Asser/Sieburgh 2019 6-IV/132.

⁴⁸⁶ Lankhorst 1992, p. 38. Volgens Den Hollander is in de artikelen 6:162 en 6:163 BW zodoende sprake van twee varianten van het relativiteitsbeginsel. Zie Den Hollander 2016, p. 27 e.v. Hij wijst er terecht op dat in de toelichting onder meer is opgemerkt dat artikel 6:163 BW een uitwerking is van artikel 6:162 BW. Zie PG Boek 6, p. 612. In gelijke zin (als de toelichting): Lankhorst 1992, p. 38. Het relativiteitsvereiste was overigens al geldend recht voordat het in artikel 6:163 BW werd neergelegd, zie HR 25 mei 1928, ECLI:NL:HR:1928:100, *NJ* 1928, 1688, m.nt. E.M. Meijers (*De Marchant et d’Amsembourg*). Zie over de geschiedenis van het relativiteitsvereiste ook Wiggers-Rust 2011, p. 123 e.v.

⁴⁸⁷ Ik beperk mij in het navolgende bovendien tot het nationale relativiteitsvereiste. Ook het Unierecht kent een relativiteitsvereiste. Zie daarover HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1973, *NJ* 2020/40, m.nt. Jac. Hijma (*Energy Claim*) en in het bijzonder de conclusie van A-G Wissink voor dat arrest.

⁴⁸⁸ Vgl. Nuninga 2018, p. 156.

⁴⁸⁹ Lankhorst 1992, p. 38.

⁴⁹⁰ Ook: Van Nispen 1978, p. 145.

rechterlijk bevel en verbod is al in oude jurisprudentie terug te vinden. Zo ondervond het toenmalige Bedrijfschap voor de Detailhandel in aardappelen, Groente en Fruit de werking van het relativiteitsvereiste bij het rechterlijk bevel en verbod toen het vorderde dat aan een zekere Klomp een verbod zou worden opgelegd om zonder de vereiste vergunning de uitoefening van de 'kleinhandel in aardappelen, groente en fruit' uit te oefenen. Die vordering strandde in hoger beroep en cassatie omdat het vergunningenstelsel niet in het leven was geroepen om het Bedrijfschap in staat te stellen zijn ordenende taak uit te oefenen. Het uitoefenen van de kleinhandel in aardappelen, groente en fruit zonder vergunning, welk handelen zeker een normschending inhield, was dan ook niet onrechtmatig jegens het Bedrijfschap en het bevel moest worden geweigerd.⁴⁹¹

327. De relativiteitseis bij de onrechtmatige daad brengt mee dat voor schadevergoeding slechts plaats is indien de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. Tussen de normschending en het belang dat is geschonden moet dus een relatief verband bestaan.⁴⁹² Het relativiteitsvereiste brengt mee dat moet worden getoetst of de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang, anders gezegd of, zoals in artikel 6:163 BW tot uitdrukking komt, de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de (deze specifieke) schade zoals de (deze specifieke) benadeelde die heeft geleden.⁴⁹³ Dat betekent niet alleen dat slechts een aanspraak bestaat op schadevergoeding van diegene jegens wie onrechtmatig is gehandeld, maar ook dat een bevel of een verbod slechts door diegene jegens wie onrechtmatig is of dreigt te worden gehandeld, kan worden gevraagd.

328. Bij beantwoording van de vraag of voldaan is aan het relativiteitsvereiste komt het aan op doel en strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot (i) welke personen, (ii) welke schade en (iii) welke wijzen van ontstaan van de opgetreden schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt. De Hoge Raad heeft deze formulering gekozen in het arrest *Duwbak Linda* en aan die formulering later vastgehouden.⁴⁹⁴ Deze driedeling volgt ook uit de parlementaire toelichting op artikel 6:163 BW.⁴⁹⁵ Het eerste element heeft betrekking op de persoon van de gelaedeerde (de persoonlijke relativiteit). Een bepaalde handeling is niet jegens iedereen onrechtmatig, maar denkbaar is dat die handeling slechts tegen een bepaalde persoon onrechtmatig is.⁴⁹⁶ De vraag tot welke schade en welke wijze van ontstaan van de schade de bescherming zich uitstrekt is van belang voor de toets of de norm de strekking heeft het geschonden belang van de benadeelde (de zakelijke relativiteit) en de wijze waarop de schade is ontstaan (de ontstaansrelativiteit), te beschermen.⁴⁹⁷

329. De wetgever heeft als uitgangspunt gekozen dat een norm in beginsel strekt ter bescherming van allen die als gevolg van overtreding van de norm schade kunnen lijden, en wel tegen alle schade die op de voet van artikel 6:98 BW als een gevolg van die overtreding aan de dader kan worden toegerekend.⁴⁹⁸ De negatieve formulering van artikel 6:163 BW brengt dit tot uitdrukking. De reden daarvoor is volgens de toelichting dat de wetgever slechts zelden uitdrukkelijk aangeeft in hoeverre degenen die ten gevolge van een normschending schade lijden, aan een wetsvoorschrift een aanspraak

⁴⁹¹ HR 15 mei 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC4126, NJ 1970/327, m.nt. G.J. Scholten.

⁴⁹² Lankhorst 1992, p. 7. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:163 BW, aant. 1.1.1.

⁴⁹³ Den Hollander 2016, p. 52.

⁴⁹⁴ HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, NJ 2006/281 m.nt. J. Hijma (*Duwbak Linda*). De norm is onder meer herhaald in het arrest van 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, NJ 2011/465 m.nt. T. Hartlief (*Hangmat*) en HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409 NJ 2020/233, m.nt. S.D. Lindenberg (*schietincident Alphen*). Lindenberg wijst er in zijn noot op dat de Hoge Raad in het arrest niet 'om gaat' ten opzichte van *Duwbak Linda*, maar dat de afweging in dit geval anders uitpakt. Zie voor verdere verwijzingen Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:163 BW, aant. 1.1.2 en Asser/Sieburgh 6-IV 2019/129.

⁴⁹⁵ PG Boek 6, p. 629. Nader: Van der Kooij 2019/109.

⁴⁹⁶ Asser/Sieburgh 6-IV 2019/131.

⁴⁹⁷ Lindenberg 2007, p. 10.

⁴⁹⁸ PG Boek 6, p. 638.

op schadevergoeding kunnen ontleen. Een regel die ertoe zou strekken dat een aanspraak op schadevergoeding alleen bestaat indien positief zou blijken dat dit de strekking van het wetsvoorschrift was, zou in de praktijk grote bezwaren opleveren.⁴⁹⁹

330. Het uitgangspunt dat relativiteit als vermoeden steeds bestaat, is door Sieburgh bestreden. Het standpunt dat iedere norm in beginsel zou strekken tot bescherming van allen die als gevolg van overtreding daarvan schade lijden en wel tegen alle schade die krachtens artikel 6:98 BW als gevolg van de schending kan worden toegerekend berust volgens haar niet op geldend recht.⁵⁰⁰ En ook Den Hollander verzet zich tegen een dergelijk ‘rigoureuus generiek vermoeden van relativiteit.’ Hij wijst erop dat de citaten in de toelichting niet vermelden dat alleen bij aanwijzingen van de kant van de wetgever dat de betreffende norm niet het geschade belang van de benadeelde beschermt, zou mogen worden aangenomen dat die norm dat niet beoogt. Volgens Den Hollander kan daarom uit de wetsgeschiedenis ook niet worden afgeleid dat de rechter op zoek zou moeten naar negatieve aanwijzingen in wettekst en wetsgeschiedenis van de geschonden norm, dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan.⁵⁰¹ De vraag of is voldaan aan het relativiteitsvereiste is echter niet een feitelijke vraag die zich voor bewijs (al dan niet door het ontzenuwen van een vermoeden) leent. Het is uiteindelijk een juridische knoop die door de rechter moet worden doorgehakt, een rechtsvraag dus.⁵⁰²

331. Het strikt hanteren van het hiervoor genomen uitgangspunt dat in beginsel moet worden uitgegaan van relativiteit leidt ertoe dat bij onduidelijkheid over het beschermingsbereik van een bepaalde norm, die onduidelijkheid voor rekening van de aangesproken partij komt en dus in het voordeel strekt van de benadeelde. De Hoge Raad lijkt het uitgangspunt van een vermoeden van het bestaan van relativiteit niet zo strikt te willen hanteren. In de zaak die leidde tot het arrest *Pharmacia/Cosmetique*, dat betrekking had op schending van een wettelijke norm, werd als cassatiemiddel aangevoerd dat een norm in beginsel (steeds) strekt ter bescherming van allen die als gevolg van overtreding daarvan schade kunnen lijden (personele strekking) en bovendien ter bescherming tegen alle schade die aan de dader op de voet van artikel 6:98 BW als gevolg van die overtreding kan worden toegerekend.⁵⁰³ Voor een beroep op artikel 6:163 BW moet vervolgens komen vast te staan, aldus nog steeds het in die zaak aangevoerde cassatiemiddel, dat de desbetreffende norm de eiser in het gegeven geval niet beschermt tegen de schade zoals hij deze heeft geleden. De Hoge Raad verwierp deze klacht met verwijzing naar de formulering die in *Duwbak Linda* werd gekozen. Het komt dus steeds aan op doel en strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen, welke schade en welke wijzen van ontstaan van de schade de beoogde bescherming zich uitstrekt. In het arrest *Astrazeneca/Amicon*, waarin eveneens sprake was van strijd met een wettelijk voorschrift, werd een vergelijkbaar cassatiemiddel ook verworpen. Het uitgangspunt dat de geschonden normen in beginsel strekken tot bescherming tegen alle schade die als gevolg van die schending werd geleden, werd onjuist geoordeeld.⁵⁰⁴

332. Het zal dus steeds aankomen op een meer neutraal onderzoek naar de strekking van een bepaalde norm. Toegepast op de verschillende onrechtmatigheidscategorieën levert dit in algemene zin het volgende beeld op.

333. Bij een inbreuk op een subjectief recht zal slechts de rechthebbende door de overtreden norm beschermd zijn.⁵⁰⁵ Dat is een gevolg van de aard van het ingeroepen recht. De inbreuk op een

⁴⁹⁹ PG Boek 6, p. 632.

⁵⁰⁰ Asser/Sieburgh 6-IV 2019/129. Zie ook Boonekamp, *Stelplicht en Bewijslast*, art. 6:163 BW.

⁵⁰¹ Den Hollander 2016, p. 114 e.v.

⁵⁰² In gelijke zin Lindenbergh 2007, p. 11.

⁵⁰³ HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, NJ 2009/485, m.nt. M.R. Mok (*Pfizer/Cosmetique*).

⁵⁰⁴ HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, NJ 2008/491, m.nt. J.B.M. Vranken (*Astrazeneca / Amicon*). In zijn noot spreekt Vranken van een ‘fundamentele aanval op het relativiteitsvereiste’.

⁵⁰⁵ HR 14 maart 1958, ECLI:NL:HR:1958:147, NJ 1961/570. Van Nispen 1978, p. 146.

subjectief recht is slechts onrechtmatig jegens de rechthebbende zelf.⁵⁰⁶ Daarmee staat in de regel de relativiteit met betrekking tot bepaalde personen vast, maar is nog niets gezegd over de vraag of een bepaalde schade ook onder het beschermingsbereik van de norm valt.⁵⁰⁷ Ten aanzien van het schadegebonden aspect van de relativiteit zal dus gewoon moeten worden onderzocht of deze valt onder het beschermingsbereik van de geschonden norm.

334. Bij strijd met een wettelijke norm moet vaak een zoektocht worden ondernomen naar de strekking van die norm. Een wettelijke norm richt zich immers tot een onbepaalde groep personen. Die personen moeten allen hun gedrag op de norm afstemmen, maar dat brengt niet mee dat zij bij schending van de norm door een ander, evengoed allen door die norm worden beschermd tegen de schade die zij daardoor lijden. In de parlementaire toelichting is in dat verband opgenomen dat een gedraging in strijd met een in een publiekrechtelijk voorschrift omschreven verplichting weliswaar in de regel een onrechtmatige daad zal opleveren, maar dat door het relativiteitsvereiste een ander die schade daardoor lijdt vaak geen aanspraak op schadevergoeding aan die overtreding zal kunnen ontlenen: *‘Indien uit de strekking van de overtreden wetsbepaling volgt dat de dader door de overtreding niet jegens de benadeelde onrechtmatig handelde of dat de wettelijke plicht niet beoogde de benadeelde te beschermen tegen schade zoals hij heeft geleden, kan immers een vordering tot schadevergoeding door de benadeelde niet enkel op deze wetsovertreding gebaseerd worden.’*⁵⁰⁸

335. Met die vooropstelling is het antwoord op de vraag *wie* door de overtreden norm tegen *welke* schade moet worden beschermd, nog niet gegeven. Dat antwoord is vaak niet eenvoudig te vinden omdat de wetgever zich daarover niet altijd heeft uitgelaten.⁵⁰⁹ En als de wetgever zich er wel over heeft uitgelaten, zijn de bedoelingen van de wetgever niet de enige toetssteen.⁵¹⁰ Het feit dat een bepaalde wettelijke regeling niet is opgesteld met het oogmerk om een of meer personen tegen een bepaalde schade te beschermen, sluit niet uit dat de bepaling die strekking toch heeft.⁵¹¹ Het vasthouden aan de ooit uitgesproken bedoeling van de wetgever kan bovendien tot een zekere verstarring leiden.⁵¹² Of een geschonden norm strekt tot bescherming tegen een bepaalde schade, moet door uitleg van de norm worden bepaald. Volgens Van der Kooij moet de bedoeling van de wetgever bovendien worden geobjectiveerd, zodat de vraag is wat een redelijke wetgever zou hebben bedoeld.⁵¹³

336. Andere aspecten die van belang zijn naast die van het oogmerk van de wetgever, zijn volgens Sieburgh het systeem van het recht, waaronder begrepen de aard van het geschonden belang (bedrijfsschade tegenover personenschade of derving levensonderhoud), de aard van de aansprakelijkheid (primaire aansprakelijkheid of afgeleide aansprakelijkheid) en de (on)bepaalbaarheid van de groep potentieel benadeelden, de actuele maatschappelijke context, voortgeschreden inzicht en redelijkheid.⁵¹⁴ Het belang van de actuele maatschappelijke context wordt ook door A-G Hartlief ook genoemd in zijn conclusie voor het *UWV/Belfor*-arrest.⁵¹⁵ Hij zegt dat behalve de tekst, strekking en de wetsgeschiedenis ook latere ontwikkelingen van invloed zijn op de strekking en het beschermingsbereik van de norm. Omdat zoveel aspecten bij de uitleg van een

⁵⁰⁶ Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:163 BW, aant. 4.4.1.

⁵⁰⁷ Lankhorst 1992, p. 67. Asser/Sieburgh 6-IV 2019/136.

⁵⁰⁸ PG Boek 6, p. 615.

⁵⁰⁹ Lindenbergh 2007, p. 11.

⁵¹⁰ Verheij geeft aan dat de parlementaire geschiedenis niet op een voetstuk mag worden geplaatst omdat het niet de parlementaire geschiedenis, maar de wettekst is die is aangenomen door het parlement. Verheij 2014.

⁵¹¹ Aldus Hijma in zijn noot onder het arrest *duwbak Linda*. HR 7 mei 2004, *NJ* 2006/281 m.nt. J. Hijma (*Duwbak Linda*).

⁵¹² Zie over de zoektocht naar de beschermingsomvang van een norm ook Wiggers-Rust 2011, p. 135 e.v.

⁵¹³ Van der Kooij 2019, p. 78.

⁵¹⁴ Asser/Sieburgh 6-IV 2019/129.

⁵¹⁵ HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3231 (*UWV/Belfor*).

wettelijke norm moeten worden betrokken, is de uitkomst niet altijd voorspelbaar.⁵¹⁶ De uitleg van de vraag of aan het relativiteitsvereiste is voldaan vergt uiteindelijk een normatieve beslissing en is niet een vaststelling van een bepaald feit. Dat laat de rechter een zekere ruimte. Een daarmee verband houdend bezwaar is dat de wijze van uitleg van een wettelijke norm bovendien toelaat dat onuitgesproken rechtspolitieke argumenten worden gebruikt.⁵¹⁷

337. Ook Lindenbergh wijst er in zijn noot onder het arrest *Schietincident Alphen* op dat de vaststelling van het beschermingsbereik van normen bij gebrek aan eenduidige wetshistorische informatie steeds een normatieve keuze inhoudt die wordt gevoed door de omstandigheden van het geval.⁵¹⁸ In de toelichting op artikel 6:163 BW is opgenomen dat uit de strekking van het overtreden voorschrift kan voortvloeien dat degene die de daar genoemde plicht schendt niet een onrechtmatige daad pleegt jegens een ieder die door de overtreding voorzienbare schade kan lijden. Dat is aldus uitgewerkt dat de mogelijkheid bestaat dat een wetsebepaling slechts een bepaalde groep van personen beoogt te beschermen, zodat degene die de bepaling overtreedt, alleen jegens de tot die groep behorende benadeelden een onrechtmatige daad pleegt. Als voorbeeld is gegeven de overtreding van een veiligheidsvoorschrift in een fabriek of bouwwerk, waarbij een arbeider wel wordt beschermd tegen schade door overtreding, maar een onbevoegd aanwezige niet. En de drogist die onbevoegd geneesmiddelen verkoopt zal door kopers daarvan wel, maar door de plaatselijke apotheker en arts niet kunnen worden aangesproken.⁵¹⁹ Uit de toelichting moet worden afgeleid dat er dus normen bestaan aan overtreding waarvan sommigen geen privaatrechtelijke gevolgen (remedies) kunnen ontleen. Maar ook de strekking van de overtreden wetsebepaling kan meebrengen dat daaruit niet rechtstreeks een plicht tegenover een of meer belanghebbenden volgt en dus ook dat schending niet een onrechtmatige daad oplevert, omdat de bepaling *‘niet voor de belanghebbenden een aanspraak op de voorgeschreven gedraging wil vestigen.’*⁵²⁰ Normen met andere woorden, waaraan in geval van schending niet een aanspraak op een remedie is gekoppeld en dus ook niet een aanspraak op een rechterlijk bevel.⁵²¹ Het kan hierbij ook gaan om publiekrechtelijke voorschriften die verplichtingen aan overheidsorganen opleggen.⁵²² Overschrijding van de beslistermijn door bestuursorganen is daarvan een voorbeeld. De enkele overschrijding is niet onrechtmatig, daarvoor zijn bijkomende omstandigheden nodig.⁵²³

338. In zijn noot onder het arrest *Schietincident Alphen* spreekt Lindenbergh in dit verband van een voorvraag die ertoe strekt dat in de eerste plaats moet worden beoordeeld of schending van de norm in abstracto een aanspraak op schadevergoeding meebrengt. Daarna komt aan de orde welke personen, welke belangen en tegen welke wijzen van veroorzaking de norm in kwestie bescherming biedt. Ook Lankhorst maakte een onderscheid in twee fasen. Eerst moet worden onderzocht of de overtreden norm überhaupt kan strekken tot bescherming van het geschonden belang (de relativiteitsleer in ruime zin) en daarna moet in de tweede fase de ‘strekkingvraag’ worden onderzocht: tot bescherming van welk type belangen, welk type personen en welke wijze van schade-intreiding strekt de norm?⁵²⁴ Deze werkwijze maakt het mogelijk om de voorvraag te beantwoorden of de overtreden norm eigenlijk wel privaatrechtelijke gevolgen kan hebben. Is dat niet het geval, dan kan het tweede onderzoek achterwege blijven. De Hoge Raad lijkt niet een dergelijke afzonderlijke voorvraag te beantwoorden,

⁵¹⁶ Lankhorst wijst erop dat dit niet een gebrek van de relativiteitsleer is, maar dat dit bij iedere vorm van uitleg het geval is. Lankhorst 1992, p. 122.

⁵¹⁷ Verheij 2014. Lindenbergh 2007, p. 11.

⁵¹⁸ HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409 *NJ* 2020/233, m.nt. S.D. Lindenbergh (*schietincident Alphen*).

⁵¹⁹ PG boek 6, p. 633.

⁵²⁰ PG Boek 6, p. 633.

⁵²¹ PG Boek 6, p. 633. Van der Kooij 2019/132.

⁵²² Van Nispen 1978/94.

⁵²³ HR 5 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:339 *NJ* 2021/99. HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7579, *NJ* 2013/47 (*Amsterdam/Have*).

⁵²⁴ Lankhorst 1992, p. 93.

maar beoordeelt het doel en strekking van de overtreden norm en in dat verband de vraag tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de bescherming zich uitstrekt.

339. Den Hollander bepleit onder verwijzing naar de dissertatie van Lankhorst, dat eerst een onderzoek wordt gedaan naar het ‘beschermingsdoel’.⁵²⁵ Daarbij komt het aan op de vraag of de norm alleen een of meer algemene belangen beoogt te beschermen of ook individuele vermogensbelangen. Daarvoor is voor hem niet voldoende dat de bescherming van een algemeen belang ook tot profijt leidt voor individuele belangen. Het gaat erom of met de norm daadwerkelijk beoogd wordt die individuele belangen ook te beschermen. Wanneer deze eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, treedt de tweede fase in, waarin wordt onderzocht wat de beschermingsomvang van de norm is.⁵²⁶ Daarbij gaat het om de vraag of het geschade belang van de benadeelde onder de individuele vermogensbelangen kan worden geschaard, waarvan bij beantwoording van de vraag naar het beschermingsdoel is vastgesteld dat de norm deze beoogt te beschermen. Deze benadering wijkt af van die van de Hoge Raad, waarin het beschermingsdoel en de beschermingsomvang niet los van elkaar moeten worden beschouwd, maar in onderling verband.⁵²⁷

340. Per saldo zal bij beoordeling van de vraag of een wettelijke norm strekt tot bescherming van een bepaald persoon tegen bepaalde schade een tamelijk breed onderzoek moeten plaatsvinden waarvan de uitkomst bepaald niet altijd gegeven is en zelfs afhankelijk kan zijn van de tijd(geest) en de context waarin de schade is geleden.

341. Dat het relativiteitsvereiste ook bij ongeschreven normen een rol vervult, was geen uitgemaakte zaak. De in het verleden wel aangevoerde gedachte is dat ongeschreven normen voor een specifiek geval worden geformuleerd en daarmee al gerelateerd zijn aan de in dat specifieke geval geleden schade en het slachtoffer.⁵²⁸ Daartegen pleit dat ook de in een specifieke zaak geformuleerde zorgvuldigheidsnormen een algemene gelding kunnen hebben.⁵²⁹ De Hoge Raad heeft al in een arrest uit 1937 overwogen dat de relativiteitsleer mede van toepassing is bij een gedraging die onrechtmatig is wegens strijd met een ongeschreven norm.⁵³⁰

342. Ook de onrechtmatigheid bij schending van een ongeschreven norm is dus relatief.⁵³¹ Het zoeken naar het beschermingsbereik van de norm is echter in zoverre lastig dat de ongeschreven norm door de rechter wordt vastgesteld. Lindenbergh wijst erop dat de vraag naar het beschermingsbereik in een dergelijk geval in het onrechtmatigheidsoordeel zal zijn ‘ingebakken’.⁵³² Dat zal in de regel inderdaad het geval zijn, zonder dat de rechter met zoveel woorden aandacht besteedt aan de relativiteitsvraag. Eerder zal het omgekeerde het geval zijn. Als er geen norm is te formuleren die deze eiser beschermt tegen de specifieke door hem geleden schade zal in meer algemene zin kunnen worden geoordeeld dat er geen strijd is met een ongeschreven norm.

7.3.5 Doel van het relativiteitsvereiste

343. Het doel van het relativiteitsvereiste is het voorkomen van een te uitgebreide aansprakelijkheid.⁵³³ De relativiteitsleer is tot stand gekomen onder invloed van het gegeven dat door

⁵²⁵ Den Hollander 2016, p. 129 e.v.

⁵²⁶ Den Hollander 2016, p. 131.

⁵²⁷ Vgl. Hartlief in zijn conclusie voor HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3231, *RvdW* 2018/77 par. 3.18 en 3.19.

⁵²⁸ Zie Asser/Sieburgh 6-IV 2019/135 en het daar opgenomen overzicht.

⁵²⁹ Lankhorst 1992, p. 69.

⁵³⁰ HR 11 maart 1937, *NJ* 1937/899, m.nt. E.M. Meijers (*Holdisco*). Zie ook HR 2 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1564, *NJ* 1995/288, m.nt. J.M.M. Maeijer (*ABP/Poot*).

⁵³¹ Van Nispen 1978, p. 169; Lindenbergh 2007, p. 12-13; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/135.

⁵³² Lindenbergh 2007, p. 13. In gelijke zin Boonekamp, *Stelplicht en Bewijslast*, commentaar op art. 6:163 BW.

⁵³³ Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:163 BW, aant. 1.1.4.; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/129. Zie ook Vranken in zijn noot onder HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, *NJ* 2008/491, m.nt. J.B.M.

een bepaalde handeling soms schade wordt veroorzaakt terwijl de norm die wordt geschonden niet ertoe strekte ook deze schade te voorkomen. In de toelichting is in dit verband opgenomen dat de rechter ‘regelmatig voor de kwestie komt te staan of een vordering tot schadevergoeding wel behoort te worden toegewezen, ook al staat vast dat gedaagdes gedraging onrechtmatig was, dat hem de onrechtmatige gedraging valt toe te rekenen en dat eiser ten gevolge van de gedraging voorziene schade heeft geleden.’⁵³⁴ Het gaat dan om schade waarvan het toebrengen op zichzelf niet onrechtmatig werd geacht, maar die wel in causaal verband staat met de schending van de gegeven norm.⁵³⁵ Door de relativiteitseis als correctiemechanisme wordt al te vergaande aansprakelijkheid beperkt. Lindenbergh plaatst daarbij overigens de kanttekening dat de relativiteitseis van artikel 6:163 BW niet alleen is bedoeld als beperking van de aansprakelijkheid, maar ook als fundering ervan.⁵³⁶ In zijn visie moet het onderzoek naar het beschermingsbereik van een bepaalde norm in de eerste plaats worden uitgevoerd om de aansprakelijkheid te funderen en heeft het daarnaast de functie om diezelfde aansprakelijkheid te beperken.

7.3.6 *Het relativiteitsvereiste en het bevel en verbod*

344. De relativiteitseis lijkt voor het rechterlijk bevel en verbod geen bijzondere eisen op te roepen. Waar bij schadevergoeding moet worden onderzocht tot (i) welke personen, (ii) welke schade en (iii) welke wijzen van ontstaan van de opgetreden schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt zal bij een bevel of een verbod een vergelijkbare toets moeten worden uitgevoerd. Daarbij zal moeten worden onderzocht of (i) de specifieke eiser wordt beschermd in (ii) dit belang en (iii) tegen de(ze) schending.⁵³⁷ Een toepassing is te vinden in onder meer de volgende arresten.

345. In een zaak die leidde tot het al genoemde arrest van de Hoge Raad van 24 maart 2006 vorderde Pharmacia onder meer dat aan Cosmétique een verbod zou worden opgelegd haargroeimiddelen te verhandelen die Aminexil bevatten.⁵³⁸ Zij baseerde die vordering op de grond dat Cosmétique onrechtmatig handelt door de producten Dercos en Kérastase op de markt te brengen. Die middelen zijn volgens Pharmacia geneesmiddelen in de zin van de WGV, maar zijn in strijd met die wet niet als zodanig geregistreerd. Pharmacia op haar beurt bracht het middel Regaine op de markt, dat wel was geregistreerd. Door zich niet te houden aan de uit hoofde van de WGV geldende beperkingen op het verhandelen van geneesmiddelen doet Cosmétique haar ongeoorloofde concurrentie aan, aldus Pharmacia.

346. Als de stellingen van Pharmacia met betrekking tot de registratieplicht van Dercos en Kérastase juist zouden zijn, en Cosmétique dus in strijd met een wettelijke verplichting geneesmiddelen op de markt bracht zonder die te registreren handelt zij in principe onrechtmatig, want in strijd met een wettelijke plicht. Zonder het relativiteitsvereiste zou een vordering strekkende tot het opleggen van een verbod dus kansrijk zijn. Door het relativiteitsvereiste loopt het echter anders af. De WVG strekt ertoe de volksgezondheid te beschermen, maar strekt niet tot bescherming tegen schade die door oneerlijke concurrentie wordt geleden. Uit het arrest blijkt overigens dat het hof een meer specifiek verbod tot het verhandelen van het middel Dercos wel had toegewezen met toepassing van de correctie-Langemeijer.

Vranken (*Astrazeneca / Amicon*) en A-G Wissink in zijn conclusie voor HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1973, NJ 2020/40, m.nt. Jac. Hijma (*Energy Claim*). Hijma ziet in zijn noot onder het arrest *Duwbak Linda* in de relativiteit een ‘sierlijke weg’ om een cascade aan aansprakelijkheden te voorkomen. Zie hierover ook Verheij 2014 en Wiggers-Rust 2011, p. 125.

⁵³⁴ PG Boek 6, p. 629.

⁵³⁵ Zie hierover Van der Kooij 2019/61.

⁵³⁶ Lindenbergh 2007, p. 11 en 12.

⁵³⁷ Nuninga 2018, p. 156.

⁵³⁸ HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, NJ 2009/485, m.mt. M.R. Mok (*Pharmacia/Cosmetique*).

347. Op vergelijkbare gronden stuitte de vordering van Astrazeneca c.s. tegen Menzis af die strekte tot het geven van meerdere bevelen aan Menzis met betrekking tot – kort samengevat – de wijze waarop Menzis huisartsen probeerde aan te moedigen goedkopere geneesmiddelen voor te schrijven.⁵³⁹ Astrazeneca c.s. hadden aan hun vorderingen ten grondslag gelegd dat Menzis onrechtmatig jegens hen handelde door huisartsen een financiële vergoeding toe te kennen als zij aan hun patiënten een bepaald generiek en dus goedkoper geneesmiddel voorschrijven. Astrazeneca c.s. leden door dit handelen van Menzis schade. De handelwijze van Menzis achtten zij in strijd met het Reclamebesluit geneesmiddelen (Rgb), de Wet tarieven gezondheidszorg (Wtg) en met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. Het Rbg en de Wtg strekken echter niet tot bescherming van farmaceutische bedrijven tegen omzetverlies en daaruit resulterende schade als gevolg van bepaald voorschrijfgedrag van artsen. Een bevel kon daarom ook niet worden gegeven.

348. In zijn noot onder het arrest *Astrazeneca/Menzis* schrijft Vranken terecht dat er ‘wel iets wringt.’ Door een beroep op het relativiteitsvereiste kon Menzis immers een vordering afweren die er louter toe strekte dat zij een verboden handeling staakte. Daartoe kon zij stellen dat de norm die zij zelf overtrad niet strekte tot bescherming van haar wederpartij die stelde schade te lijden door het verboden handelen. Toepassing van het relativiteitsvereiste wringt in dit geval meer dan de toepassing van het relativiteitsvereiste bij een vordering tot schadevergoeding. In het laatste geval wordt immers niet ingezet op het staken van een verboden handeling, maar wordt teruggekeken naar wat al is gebeurd. Een bevel is daarentegen toekomstgericht. Het is moeilijk verteerbaar te moeten zien dat een wederpartij een handelen in strijd met een wettelijke norm waardoor schade wordt veroorzaakt doodleuk kan voortzetten omdat die norm niet tot bescherming van de eigen positie of de eigen belangen strekt. Met lede ogen moet dan worden toegezien hoe door een verboden handeling onverhaalbare schade ontstaat.

349. Vranken pleit ervoor dat normovertreders in dergelijke gevallen het relativiteitsvereiste niet zouden mogen invoeren of met gebruikmaking van de zogenaamde correctie-Langemeijer een oplossing te zoeken. Voor een dergelijke oplossing is zeker iets te zeggen. In het bijzonder in een geval als hier aan de orde, waarin de normschending tot schade voor een ander leidt, is moeilijk te aanvaarden dat die ander niet tegen de normschending kan optreden. En als het doel van de relativiteitseis immers is om een te uitgebreide mogelijkheid tot schadevergoeding te voorkomen, rechtvaardigt dat niet zonder meer dat diezelfde relativiteitseis ook een bevel of verbod dat die *schade zelf* juist moet voorkomen, de weg afsnijdt. Daar staat tegenover, en dat weegt in algemene zin zwaarder, dat evenmin te aanvaarden is dat een ieder een (willekeurige) ander steeds kan aanspreken op een door die ander gepleegde onrechtmatige daad. Afgezien van de vraag of bij een dergelijke actie een voldoende belang bestaat, zou het wegdenken van de relativiteitsleer voor een bevel meebrengen dat een willekeurige derde bijvoorbeeld kan opkomen tegen een grensoverschrijdende bebouwing door iemand op weer een anders perceel of kan vorderen dat iemand niet door rood licht loopt. Het relativiteitsvereiste kan voor dat soort gevallen niet worden gemist.

350. Als toepassing van het relativiteitsvereiste leidt tot een uitkomst die ook niet goed te aanvaarden is, moet worden onderzocht of de zogenaamde *correctie-Langemeijer* uitkomst biedt.⁵⁴⁰ Die correctie-Langemeijer strekt ertoe een ‘al te relatieve onrechtmatigheidskoers’ bij te sturen.⁵⁴¹ De correctie komt erop neer dat, wanneer een geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, toch aansprakelijkheid kan ontstaan omdat onder de omstandigheden van het geval die schending bijdraagt tot het oordeel dat een zorgvuldigheidsnorm is geschonden die wel bescherming biedt tegen die schade. De correctie-Langemeijer werd door de Hoge Raad voor het eerst aanvaard in het *tandartsen-arrest*, waarin aan de orde was de vordering van een

⁵³⁹ HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, NJ 2008/491 m.nt. J.B.M. Vranken (*AstraZeneca/Menzis*).

⁵⁴⁰ Zie over de geschiedenis en de betekenis van de correctie-Langemeijer: Wiggers-Rust 2011, p. 138 e.v.

⁵⁴¹ Lankhorst 1992, p. 35.

aantal tandartsen tegen een persoon die zonder de vereiste diploma's tandheelkundige behandelingen uitvoerde en daarmee met de bevoegde tandartsen concurreerde. Volgens de Hoge Raad bleek echter niet van een bedoeling van de wetgever om de Wet Tandheelkunst een verdere bescherming te doen bieden dan de volksgezondheid en ter bescherming van het publiek tegen ondeskundige uitoefening van de tandheelkunst. Daarmee was echter niet alles gezegd. Het hof had miskend dat er een andere, ongeschreven, norm kan zijn die wel de gevraagde bescherming biedt en bij de vaststelling waarvan de gepleegde wetsovertreding een factor kan zijn.⁵⁴²

351. Nadat is geoordeeld dat een norm niet strekt tot bescherming van een bepaald belang, verdwijnt de norm dus niet uit beeld, maar blijft, in de woorden van Lankorst, zijn schaduw bestaan.⁵⁴³ De norm speelt vervolgens een rol bij beantwoording van de vraag of er een andere, ongeschreven, norm is die wel bescherming biedt tegen het geschonden belang. De Hoge Raad heeft in het arrest *AstraZeneca/Menzis* uiteengezet dat de correctie-Langemeijer het relativiteitsvereiste niet 'opzij zet', maar heeft herhaald dat de correctie-Langemeijer daarin bestaat dat onder omstandigheden aansprakelijkheid kan bestaan omdat schending van een norm, die geen aansprakelijkheid schept, kan bijdragen aan het oordeel dat een zorgvuldigheidsnorm is geschonden die wel aansprakelijkheid schept.⁵⁴⁴ Uit het arrest is bovendien af te leiden dat van een gelaedeerde moet worden verwacht concreet aan te geven op grond waarvan toepassing van de correctie-Langemeijer in het specifieke geval wel tot toewijzing van de vordering kan leiden.⁵⁴⁵

352. Het belang van de correctie-Langemeijer is daarin te vinden dat aan het gevoel dat het wringt dat een verboden gedraging niet kan worden beëindigd, toch een mouw kan worden gepast. In de hiervoor genoemde zaak *Pharmacia/Cosmetique* heeft het hof aan de correctie-Langemeijer toepassing gegeven ten aanzien van het op de markt brengen van het product Dercos als cosmetisch product. Daarbij nam het hof tot uitgangspunt dat de Wet geneesmiddelenvoorziening niet de strekking heeft de eerlijke mededinging tussen producenten of handelaren van geneesmiddelen te beschermen. Maar door in strijd met de WGV het middel Dercos zonder registratie op de markt te brengen heeft L'Oréal (Cosmétique) zich een voorsprong verschaft op haar concurrent Upjohn (Pharmacia), terwijl zij bovendien door dat handelen niet is gebonden aan beperkende regelgeving voor productie en distributie van en reclame voor geneesmiddelen. Dat waren naar het oordeel van het hof bijkomende omstandigheden die het op de markt brengen van Dercos onzorgvuldig en daarmee onrechtmatig maakten jegens haar concurrent. Het meer specifieke verbod om Dercos in Nederland op de markt te brengen kon daarna, anders dan het algemene verbod tot andere producten, worden toegewezen.

7.3.7 Een andere rol voor het relativiteitsvereiste bij het rechterlijk bevel en verbod?

353. De vraag die opdoemt is of het relativiteitsvereiste bij een rechterlijk bevel en verbod een wezenlijk andere rol speelt dan bij een schadevordering. Het antwoord op die vraag luidt in beginsel ontkennend, maar is afhankelijk van de situatie.

354. Ik werk dat uit aan de hand van een aantal voorbeelden. De minst gecompliceerde situatie is die waarin er sprake is van een evidente schending van een rechtsplicht, bijvoorbeeld een grensoverschrijdend bouwwerk. Dat grensoverschrijdende bouwwerk maakt inbreuk op het eigendomsrecht van de eigenaar van het aangrenzende perceel. De geschonden norm is hier dat geen inbreuk mag worden gemaakt op andermans eigendomsrecht en die norm strekt zonder twijfel tot bescherming van (alleen) de eigenaar van dat andere perceel. Een vordering van die eigenaar tot vergoeding van schade die wordt geleden wegens het bouwwerk zal niet op het relativiteitsvereiste

⁵⁴² HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, NJ 1961/568 (*tandartsen*).

⁵⁴³ Lankhorst 1992, p. 26.

⁵⁴⁴ HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, NJ 2008/491, m.nt. J.B.M. Vranken (*AstraZeneca/Amicon*).

⁵⁴⁵ Wiggers-Rust 2011, p. 140.

afstuiten en een vordering strekkende tot een bevel tot afbraak evenmin. Datzelfde geldt voor een vordering die ertoe strekt het bouwwerk te voorkomen. Gesteld dat de eigenaar van het aangrenzende perceel van de bouwplannen op de hoogte raakt voordat die ten uitvoer worden gebracht, kan hij daar tegen optreden.

355. Dit is allemaal anders voor een derde die toevallig van de situatie op de hoogte raakt en zich het lot aantrekt van de eigenaar van het perceel waarop wordt gebouwd. Zijn schadevordering stuit natuurlijk al af op het feit dat hij geen schade lijdt (en hij dus ook geen belang heeft), maar zou evengoed afstuiten op het relativiteitsvereiste. Datzelfde geldt voor zijn vordering strekkende tot een verbod om grensoverschrijdend te bouwen. De norm dat geen inbreuk wordt gemaakt op het eigendomsrecht van X strekt niet tot bescherming van enig recht van Y.

356. Bij deze eenvoudige casus speelt het relativiteitsvereiste dus geen andere rol bij een bevel en verbod dan bij een schadevordering. Maar laten we nu de blik verleggen naar *Duwbak Linda*. De schadevordering van Van Hasselt op de Staat stuitte af op het ontbreken van relativiteit. De in het Reglement onderzoek schepen op de Rijn (ROSR) voorziene eis van een certificaat van onderzoek beoogt niet de individuele vermogensbelangen te beschermen van derden die schade lijden, maar beoogt bij te dragen aan het bevorderen van de veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer, zo oordeelde de Hoge Raad.⁵⁴⁶ Die beslissing is op zichzelf prima te volgen, zeker wanneer in aanmerking wordt genomen dat het primair de eigenaar van een schip is die ervoor dient zorg te dragen dat de kwaliteit van zijn schip zodanig is dat het schip geen gevaar voor anderen veroorzaakt.

357. Daar staat tegenover dat het belang van anderen bij het vertrouwen op een afgegeven certificaat, evident is. Het draagt bij aan het vertrouwen dat schepen die op de Rijn varen voldoen aan de daaraan te stellen eisen en dus bijvoorbeeld ook dat met de eigenaren van die schepen zaken gedaan kunnen worden zonder het gevaar dat die schepen met lading en al ten onder gaan. Wat nu als Van Hasselt al vóór de keuring van de Linda zijn twijfels had over de kwaliteit van het vaartuig en, om te voorkomen dat zijn wederpartij hem met een ondeugdelijk vaartuig zou opzadelen, van de Staat een verbod zou vorderen de Linda goed te (doen) keuren. Zou er dan anders tegen de situatie moeten worden aangekeken? Ik vrees toch van niet. Hoezeer die vordering ook te begrijpen zou zijn, evenzeer zou moeten worden geconcludeerd dat Van Hasselt in haar zakelijke belangen niet zou worden beschermd door de normen die slechts strekken ter bescherming van het algemene belang van de veiligheid van het scheepvaartverkeer op de Rijn. Dat wringt in dat geval ook niet. Van Hasselt staan andere middelen ten dienste om zijn schade te verhalen of te voorkomen dat hij wordt afgescheept met een ondeugdelijk schip.

358. En de *Iraanse vluchtelingen* dan⁵⁴⁷? Hoewel aan haar ten onrechte een toelating als vluchteling was geweigerd stuitte haar schadevordering erop af dat het recht dat zij had op die toelating niet strekte tot bescherming van haar vermogensrechtelijke belangen. Ook die redenering is op zichzelf navolgbaar. Toch is deze situatie een andere. Stel dat zij, na de weigering van de Staat om haar toe te laten als vluchteling, een gebod had gevorderd van de Staat om haar toe te laten, dan zou die vordering niet zijn afgestuit op het relativiteitsvereiste. Ik realiseer mij dat we voor dit gedachtenexperiment het hele systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming in vreemdelingenzaken even moeten wegdenken. De grondslag van haar vordering zou zijn geweest dat de Staat in strijd met de op hem rustende verplichting om haar toe te laten als vluchteling (en dus onrechtmatig), haar die toelating had geweigerd. De Staat had haar in die situatie niet kunnen tegenwerpen dat het recht waarin zij bescherming zocht niet strekte tot bescherming van haar vermogensrechtelijke belangen. Maar dat komt omdat zij in die situatie en op dat moment niet *alleen* bescherming zou hebben gezocht in een vermogensrechtelijk belang, maar veeleer bescherming als vluchteling en dus in een waaier van

⁵⁴⁶ HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, NJ 2006/281, m.nt. J. Hijma (*Duwbak Linda*).

⁵⁴⁷ HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751, NJ 2008/576, m.nt. J.M. Vranken (*Iraanse vluchtelingen*).

belangen. Anders dan bij de latere schadevordering zou het vermogensrechtelijke belang in die situatie niet te onderscheiden zijn geweest van het bredere belang waartegen wel bescherming werd geboden. De vermogensrechtelijke belangen van de vluchtelingen liften in dat imaginaire geval dus mee op de andere belangen, maar de vordering strekkende tot een bevel zou niet met een beroep op het relativiteitsvereiste kunnen worden afgeweerd. Daarmee onderscheidt de situatie zich van die van Van Hasselt: Van Hasselt zou ook in de bedachte casus waarin hij een bevel vorderde slechts bescherming hebben gezocht in dezelfde vermogensrechtelijke belangen als die waarvoor zij met haar schadevordering bescherming zocht.

359. Moet uit dit voorbeeld dan worden afgeleid dat het relativiteitsvereiste bij het bevel en verbod een andere rol speelt dan bij schadevorderingen? Toch maar in heel beperkte mate. Want ook bij een schadevordering kunnen situaties worden bedacht waaruit die vordering uit meerdere elementen bestaat en sommige elementen wel, en andere elementen niet worden beschermd door het beschermingsbereik van de geschonden norm. Die niet beschermde elementen liften dan niet mee met de wel beschermde elementen, maar dat maakt de werking van het relativiteitsvereiste niet een andere.

360. Dat het beeld bij een bevel en verbod niet altijd gunstiger is dan bij een schadevordering zou bijvoorbeeld ook kunnen worden afgeleid uit het voorbeeld van het *schietincident Alphen*.⁵⁴⁸ De regels van de Wet Wapens en Munitie beogen niet alleen de veiligheid van de samenleving in algemene zin te bevorderen, maar beogen ook te voorkomen dat individuele burgers het slachtoffer worden van vuurwapenbezit dat niet verantwoord is. Het verlenen van het verlov voor het voorhanden hebben van een vuurwapen in een situatie waarin duidelijk had moeten zijn dat het verlov niet verantwoord was, is daarom onrechtmatig jegens slachtoffers van het daardoor mogelijk gemaakte vuurwapengebruik, aldus de Hoge Raad. Een vordering tot schadevergoeding van een slachtoffer stuit daarom niet af op het ontbreken van relativiteit. Maar als nu een potentieel slachtoffer voorafgaand aan de noodlottige negende april 2011 een bevel had gevorderd tot intrekking van de wapenvergunning van Tristan van de V. (wij moeten dan opnieuw het bestuursrechtelijke stelsel van rechtsbescherming wegdenken) omdat (i) hij wist dat het bezit van een vuurwapen door Tristan onverantwoord was en (ii) hij de kans liep daarmee geconfronteerd te worden? Zou hem of haar dan niet worden tegengeworpen dat het toezicht op de naleving van de vergunningen en de Wet Wapens en Munitie niet is opgedragen aan een potentieel slachtoffer en dat de Wet Wapens en Munitie niet ertoe strekt een mogelijk en onzeker toekomstig risico van een mogelijk slachtoffer te voorkomen? In die situatie slaagt een preventieve vordering dus niet. Ook dat moet worden aanvaard. Het recht is er niet om alle eventualiteiten te voorkomen. Wanneer echter de eventualiteit zich heeft verwezenlijkt (dus na het schietincident), zou een vordering die ertoe strekt een toekomstige herhaling te voorkomen (en die dus ook preventief werkt), theoretisch wel denkbaar zijn. Overigens is in deze situatie discussie mogelijk over de vraag of er een voldoende belang bestaat bij de door mij bedachte vordering. Ik heb achter (ii) aangenomen dat er een kans bestaat dat het potentiële slachtoffer met het vuurwapengeweld zou worden geconfronteerd. Of daarmee in een voorkomend geval daadwerkelijk een belang zal worden gecreëerd is afhankelijk van de specifieke situatie die zich voordoet.

361. Uit deze voorbeelden blijkt dat het relativiteitsvereiste in de kern hetzelfde werkt bij een rechterlijk bevel en verbod als bij een schadevordering, maar afhankelijk van de feitelijke omstandigheden van een geval meer of juist minder drempels opwerpt. Waar het in de kern op neer komt is dat het relativiteitsvereiste ook bij het rechterlijk bevel en verbod niet kan worden gemist, juist niet in de meest eenvoudige casus. Het lijkt mij althans onwenselijk dat derden die geen enkel belang hebben bij het voorkomen van een bepaalde normschending zich daar toch mee gaan bemoeien.

7.3.8 De contractuele relativiteit en het bevel en verbod

⁵⁴⁸ HR 20 september 2019, ECLI:N:HR:2019:1409, NJ 2020/233 (*Schietincident Alphen*).

362. Hiervoor heb ik het steeds gehad over de relativiteit bij onrechtmatigheid. Ook bij contractuele normen wordt wel gesproken over (contractuele) relativiteit.⁵⁴⁹ Het leerstuk contractuele relativiteit kent geen wettelijke basis. Een bepaling zoals artikel 6:163 BW, is voor overeenkomsten niet aan te wijzen. In de parlementaire toelichting op artikel 6:98 BW is echter opgenomen dat er geen reden is de gelding van het relativiteitsbeginsel te beperken tot het terrein van de onrechtmatige daad: ‘Ook bij de verplichting tot schadevergoeding wegens het tekortschieten in de nakoming van een verbintenis zal men zich telkens moeten afvragen, of de strekking van de overtreden norm was, de schuldeiser te beschermen tegen schade van het in concreto voorgevallen type en ingetreden op de wijze als in feite is geschied.’⁵⁵⁰

363. Als al wordt gesproken over contractuele relativiteit⁵⁵¹, dan gebeurt dat in het kader van de vraag of een contractueel beding strekt tot bescherming tegen een bepaalde vorm van schade. De contractuele relativiteit wordt dan aangewend om bij schending van een contractuele norm de aansprakelijkheid aan de hand van het doel van die norm te begrenzen.⁵⁵² De vaststelling van het doel van de overtreden norm vindt plaats door de bedoeling die partijen bij het sluiten van de overeenkomst hadden, uit te leggen.⁵⁵³ De uitleg van een contractuele bepaling kan er op die manier toe leiden dat wordt geconcludeerd dat een contractsbepaling uitsluitend bepaalde belangen van een partij beschermt en andere belangen, zoals immateriële belangen, niet.⁵⁵⁴

364. Voor het rechterlijk bevel en verbod kan het leerstuk van de contractuele relativiteit worden gemist. Bij een rechterlijk bevel of verbod in het contractenrecht zal het immers gaan om een nakomingsbevel. In veruit de meeste gevallen zal er geen discussie over kunnen bestaan dat een verbintenis uit overeenkomst is aangegaan om te worden nagekomen. Die nakoming is immers de bestaansreden van een overeenkomst en de contractuele relativiteit is ten aanzien van de nakoming daarom in de regel gegeven met het sluiten van de overeenkomst. Slechts in uitzonderlijke gevallen zal dat anders zijn, namelijk wanneer de aard van de overeenkomst aan een nakomingsbevel in de weg staat of wanneer partijen een nakomingsactie hebben uitgesloten. Van de eerste situatie zal sprake zijn bij bijvoorbeeld ‘gentlemen’s agreements’ of natuurlijke verbintenissen. De tweede situatie kan zich voordoen wanneer partijen redenen hebben gezien om een nakomingsbevel uit te sluiten. Om te concluderen dat zich een van deze situaties voordoet, moet uitleg van de contractsbepalingen plaatsvinden. Die uitleg zal mede de bedoeling van partijen moeten omvatten. Artikel 3:296 BW voorziet echter al in de situatie dat uit de aard van de verplichting of uit een rechtshandeling voortvloeit dat nakoming niet kan worden bevolen. De contractuele relativiteit komt op die manier tot uitdrukking in twee specifieke uitzonderingsgronden op de hoofdregel dat nakoming kan worden bevolen.

7.4 “daartoe”- de congruentie-eis

365. Artikel 3:296 BW bepaalt dat hij die jegens een ander gehouden is iets te geven, te doen of na te laten ‘daartoe’ wordt veroordeeld door de rechter. Het woord ‘daartoe’ brengt tot uitdrukking dat er een verband moet bestaan tussen het bevel of verbod en de onderliggende rechtsplicht. Nuninga spreekt in dit verband van de congruentie-eis.⁵⁵⁵

⁵⁴⁹ Krans 1999, p. 146 e.v.; Van der Kooij 2019, p. 282 e.v.; Beumers 2021, p. 272 e.v.

⁵⁵⁰ PG Boek 6, p. 341.

⁵⁵¹ Krans vindt een afzonderlijke contractuele relativiteitseis niet nodig omdat door toepassing van de bestaande mechanismen rekening kan worden gehouden met de strekking van contractuele verplichtingen. Zie Krans 1999, p. 148.

⁵⁵² Van der Kooij 2019, p. 283.

⁵⁵³ Van der Kooij 2019, p. 285.

⁵⁵⁴ Beumers 2021, p. 281

⁵⁵⁵ Nuninga 2018. In zijn proefschrift noemt hij het de overeenstemmingseis, Nuninga 2022, p. 50 e.v.

366. De tekst van artikel 3:296 en deze congruentie-eis brengt mee dat rechtmatig gedrag niet kan worden verboden en dat alleen een bevel kan worden gegeven dat aansluit bij een rechtsplicht. Als er, met andere woorden, niet een rechtsplicht bestaat om iets te doen, kan een partij ook niet worden bevolen om dat wel te doen. En als bepaald gedrag niet onrechtmatig is, kan een partij niet worden verboden dat gedrag te vertonen.⁵⁵⁶ Uit het woord ‘daartoe’ volgt dan ook dat het rechterlijk bevel of verbod geen nieuwe verplichtingen in het leven kan roepen. Een rechterlijk bevel of verbod bevestigt slechts waartoe een partij gehouden is of wat hij niet mag doen.

367. Deze congruentie-eis geldt ook in kort geding, ook als moet worden aangenomen dat artikel 3:296 BW in kort geding niet van toepassing is.⁵⁵⁷ De voorzieningenrechter heeft weliswaar grote vrijheid om belangen van partijen af te wegen, maar een veroordeling die louter is gebaseerd op een belangenafweging, is niet toegestaan.⁵⁵⁸ Een andere conclusie zou betekenen dat een voorzieningenrechter partijen tot iets kan veroordelen waartoe zij rechtens niet gehouden zijn. Dat past niet in een rechtstaat waarin mensen hun gedrag door rechtsregels laten beïnvloeden.

368. Ik ga bij de bespreking van de rol van de rechter in paragrafen 12.3.5 en 12.4.4 nader in op de betekenis van de congruentie-eis en ook op de vrijheid die de rechter heeft om op te treden in gevallen waarin bepaald gedrag pas door een zekere stelselmatigheid onrechtmatig wordt.

7.5 Causaal verband

369. Artikel 3:296 BW stelt niet de eis dat er causaal verband bestaat tussen de rechtsplicht of de feitelijke normschending enerzijds en de te voorkomen schade anderzijds. Dat is in zekere zin ook logisch. Bij causaal verband gaat het om het verband tussen de normschending en de schade. Hiervóór heb ik betoogd dat het rechterlijk bevel en verbod effectief moeten kunnen worden ingezet om schade te voorkomen. Het bestaan van schade kan dus geen voorwaarde zijn voor het uitspreken van een bevel of verbod.⁵⁵⁹ En zelfs als er al schade is ontstaan worden het rechterlijk bevel en verbod niet gebruikt om tot vergoeding daarvan te komen, hooguit om verdere schade te voorkomen. Maar ook dan is er geen sprake van de noodzaak van een causaal verband tussen de gestelde normschending en de eventuele (nog in te treden) schade. De dreigende schending van de rechtsplicht is voldoende om een bevel of verbod uit te spreken.

370. Toch kan niet helemaal geabstraheerd worden van de vraag of een bepaalde handeling schade veroorzaakt. In de eerste plaats kan de vraag of er schade wordt veroorzaakt van belang zijn voor de vraag of er voldoende belang bij de rechtsvordering bestaat. Maar er is nog een ander aspect. De vraag of een bepaalde handeling schade veroorzaakt kan van belang zijn bij het formuleren van een zorgvuldigheidsnorm en kan dus van belang zijn voor de vraag of er schending van een rechtsplicht dreigt. Ik werk dat uit.

371. Een van de onrechtmatigheidscategorieën is het handelen in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De invulling van die norm is niet op voorhand bepaald door een subjectief recht of een wettelijke plicht, maar is daarop aanvullend en afhankelijk van de omstandigheden, of contextgebonden.⁵⁶⁰ Het gaat bij de invulling van deze norm om maatschappelijk aanvaarde normen over behoorlijk en zorgvuldig gedrag.⁵⁶¹ Bij de invulling van die normen is de kans op schade van belang. Een gedraging die weliswaar onzorgvuldig is, maar geen schade veroorzaakt, zal minder snel in strijd zijn met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt

⁵⁵⁶ HR 27 april 1962, ECLI:NL:HR:1962:121, NJ 1962/254, m.nt. J.H. Beekhuis (*Holst/Philips*).

⁵⁵⁷ HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5238, NJ 2006/55, m.nt. Ch. Gielen.

⁵⁵⁸ Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/21 en 35. Hier is ook wel anders over gedacht. Ik verwijs naar de discussie die door Boonekamp is weergegeven. Zie ook Nuninga 2018, p. 159 en Nuninga 2022, p. 42.

⁵⁵⁹ Tenzij het bevel of verbod feitelijk schadevergoeding anders dan in geld is. De grondslag is dan echter niet artikel 3:296 BW. Zie Deurvorst, *GS Onrechtmatige daad*, II.2.1.2.1.

⁵⁶⁰ Vgl. Jansen, *GS Onrechtmatige daad*, 6.1.4.1. Asser 6-IV/82.

⁵⁶¹ Lindenberg 2020/42.

dan een gedraging die wel schade veroorzaakt of in ieder geval een aanzienlijke kans daarop in het leven roept. Het aloude *Kelderluik*-arrest laat dat al zien. Een van de daarin opgenomen gezichtspunten is immers niet alleen de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht en de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, maar ook de ernst van de schade.⁵⁶² Als het kelderluik zich had bevonden achter een afgesloten deur waarvan alleen Sjouwerman de sleutel had gehad, was het mogelijk niet onzorgvuldig geweest om het kelderluik te laten open staan.⁵⁶³ En ook het schoppen tegen een tak die terug zwiept en een ander in het oog raakt is niet zonder meer onrechtmatig. Niet reeds de enkele mogelijkheid van een ongeval doet een bepaald gedrag immers al onrechtmatig zijn. Daarvan is slechts sprake indien de mate van waarschijnlijkheid van een ongeval als gevolg van dat gedrag zo groot is, dat de dader zich naar maatstaven van zorgvuldigheid van dat gedrag had moeten onthouden.⁵⁶⁴

372. Omdat de kans op schade een van de factoren is aan de hand waarvan de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm wordt ingevuld, kan bij de vraag of een bevel of verbod mogelijk is, niet helemaal worden geabstraheerd van de schade en dus ook niet van het causaal verband. Zekerheid dat schade ontstaat indien een handeling niet wordt voorkomen is niet vereist, voldoende is dat er een kans is dat er schade ontstaat. Het op die manier te begrijpen causaal verband is bij het opleggen van een bevel of verbod dan ook meestal geen obstakel. Dat moet het ook niet zijn, want dan zou de effectiviteit van de remedie geweld worden aangedaan. Indien bij twijfel over de vraag of schade ontstaat, zaken op hun beloop worden gelaten totdat daadwerkelijke schade is ontstaan, is het immers te laat. Dan kan weliswaar worden geconstateerd dat schade is ontstaan en dat achteraf gezien een bevel of een verbod aangewezen was geweest, maar een gelaedeerde die op schadevergoeding is aangewezen is, zoals hiervoor al opgemerkt, vaak minder goed af.

7.6 De betekenis van het begrip “voldoende belang”

373. Ook voor het rechterlijk bevel en verbod geldt de regel van artikel 3:303 BW dat zonder voldoende (eigen) belang niemand een rechtsvordering toekomt. De regel is als zodanig pas in 1992 in de wet opgenomen, maar vormt de weerslag van een lang daarvoor al bestaand uitgangspunt.⁵⁶⁵ In de parlementaire toelichting is in dit verband te lezen dat de rechtspraak zich ‘steeds naar deze regel (heeft) gedragen’.⁵⁶⁶ De eis dat iemand een voldoende belang moet hebben draagt ertoe bij dat zinloze procedures worden voorkomen en dat de algemene middelen voor de rechtspraak doelmatig worden aangewend. Snijders & Wendels spreken in dit verband van het ‘fundamentele belang dat niet zonder enige grond acties worden ingesteld en voortgezet, die de rechter en de wederpartij aanzetten tot zinloos, tijdrovend en kostbaar werk’.⁵⁶⁷ Lindijer wijst er daarbij op dat ook het belang van de

⁵⁶² HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*).

⁵⁶³ Zij het dat er vanzelfsprekend naar ervaringsregels rekening mee moet worden gehouden dat Sjouwerman tijdens de werkzaamheden niet steeds de deur zou hebben afgesloten, en dat er toch iemand in zou zijn gevallen, maar daar gaat het nu niet om. Vgl. Nuninga & Veldt 2020, p. 109.

⁵⁶⁴ HR 9 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1576, *NJ* 1996/403, m.nt. C.J.H. Brunner. Zie nader Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2019/58 en Hijma & Olthof 2020/408a. Zie voor de wijze waarop dit een rol speelt bij de aansprakelijkheid van de wegbeheerder bijvoorbeeld HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2283, *NJ* 2017/73, m.nt. J. Spier.

⁵⁶⁵ Zie bijvoorbeeld het arrest van de Hoge Raad van 30 maart 1951, ECLI:NL:HR:1951:343, *NJ* 1952/29, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*dominee*) en de noot van D.J. Veegens onder HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600, *NJ* 1959/548 (*Quint / Te Poel*). Zie verder Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:303 BW, aantt. A3 en 4. Ook: Van Baars 1971, p. 160, die vermeldt dat de regel in Nederland kort na 1800 is geïntroduceerd onder invloed van het Franse recht.

⁵⁶⁶ PG 3, p. 915.

⁵⁶⁷ Snijders & Wendels 2009/80.

aangesproken partij wordt gediend.⁵⁶⁸ Ook die partij dient verschoond te blijven van een kostbare procedure die nergens toe kan leiden.

374. De regel ‘geen belang, geen actie’ brengt tot uitdrukking dat er belang moet zijn bij de rechtsvordering. Daarmee komt tot uitdrukking dat er een onderscheid is tussen het belang van de vordering zelf enerzijds en het (materiële) belang dat met de vordering gediend is anderzijds.⁵⁶⁹ Van Baars omschrijft het aldus dat onderzocht moet worden of, uitgaande van de gegrondheid van de vordering, de toewijzing ervan voor de eiser enig verschil maakt. Als dat niet het geval is, is er geen belang en kan het onderzoek naar de gegrondheid van de vordering achterwege blijven. Wanneer het materiële belang te klein is om bemoeienissen van de rechter en het ongemak van een procedure voor de wederpartij te rechtvaardigen, spreekt men wel van ‘de minimis non curat praetor.’ Van Baars wijst erop dat in de toelichting op artikel 3:303 BW geen scherp onderscheid wordt gemaakt tussen beide soorten belang en dus ook niet tussen de adagia ‘point d’interet, point d’action’ enerzijds en ‘de minimis non curat praetor’ anderzijds.⁵⁷⁰ Mogelijk is het onderscheid ook niet steeds scherp te maken. Het hierna nog nader te bespreken arrest van de Hoge Raad van 21 december 2001 illustreert dit.⁵⁷¹ In die zaak was onder meer de vraag aan de orde of aan de Staat een verbod kon worden opgelegd om – kort gezegd – kernwapens te gebruiken. Het hof had de eisers niet-ontvankelijk verklaard wegens het ontbreken van (voor zover het de verbodsvordering betrof) een voldoende concreet belang. De Hoge Raad stelde voorop dat het in cassatie uitsluitend ging om de ontvankelijkheidsvraag en dat de vraag of de in de vordering omschreven handelingen al dan niet als onrechtmatig moesten worden aangemerkt, als zodanig niet aan de orde was. Daarmee maakte de Hoge Raad dus een duidelijk onderscheid tussen het processuele belang en het materiële belang. Vervolgens overwoog de Hoge Raad echter dat aspecten van de onrechtmatigheid niettemin wel een rol kunnen spelen bij de vraag in hoeverre de eisers ontvankelijk waren in hun vorderingen, zij het dat de Hoge Raad die overweging met name betrok op de gevorderde verklaringen voor recht. Daarbij ging de Hoge Raad zo ver te overwegen dat geen belang bestaat bij een vordering tot het geven van een verklaring voor recht die, omdat zij onvoldoende concreet is omschreven, nimmer voor toewijzing in aanmerking komt. Datzelfde geldt volgens de Hoge Raad voor de onvoldoende concreet omschreven vorderingen strekkende tot een verbod van bepaalde handelingen of tot een bevel die handelingen te staken. Het komt mij voor dat de beslissing over de vraag of een vordering ‘nimmer voor toewijzing’ in aanmerking komt een inhoudelijke beoordeling vergt. De beoordeling van het materiële belang en die van het processuele belang lopen dan dus in elkaar over.

375. Uit de toelichting op artikel 3:303 BW volgt dat het niet voldoende is dat er ‘enig belang’ is bij een vordering. Het gaat om de vraag of het belang voldoende is om een procedure te rechtvaardigen.⁵⁷² Anders gezegd: het belang bij het instellen van een vordering moet evenredig zijn aan het belang van de wederpartij en dat van een behoorlijke rechtspleging.⁵⁷³ Daarbij heeft volgens de toelichting als uitgangspunt te gelden dat voldoende belang voor de eiser aanwezig mag worden verondersteld. Wanneer dat belang wordt betwist zal de eiser moeten bewijzen dat hij voldoende belang heeft.⁵⁷⁴

376. In de parlementaire toelichting is als voorbeeld van eenodeloze rechtsvordering gegeven de situatie waarin een eiser een ‘even afdoend eenvoudiger middel’ heeft om zijn recht te verwezenlijken.

⁵⁶⁸ Lindijer 2006/63.

⁵⁶⁹ Van Baars 1971, p. 160 e.v.. Ook Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, aant. 3 op art. 3:303 BW, Van Nispen 2003/15 en Bleeker 2018, p. 140.

⁵⁷⁰ Van Baars 1971, p. 163.

⁵⁷¹ HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3693, *NJ* 2002/217 m.nt. T. Koopmans (*kernwapens*).

⁵⁷² PG 3, p. 915.

⁵⁷³ HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:590, *NJ* 2019/238.

⁵⁷⁴ PG 3, p. 915 en HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:590, *NJ* 2019/238.

In die situatie is er wel belang bij de vordering, maar niet een voldoende belang.⁵⁷⁵ Uit het arrest van de Hoge Raad van 17 september 1993 volgt echter dat het enkele feit dat een bedrijfsvereniging met een dwangbevel reeds beschikt over een executoriale titel, niet betekent dat zij niet-ontvankelijk zou moeten worden verklaard in haar vordering bij de burgerlijke rechter.⁵⁷⁶ Annotator Ras leidt uit dit arrest af dat de Hoge Raad vindt dat artikel 3:303 BW met terughoudendheid moet worden gehanteerd en dat het belang niet ‘op een goudschaaltje’ moet worden gewogen. Dat laat onverlet dat een zuiver emotioneel belang niet een voldoende belang is geacht in de zin van artikel 3:303 BW.⁵⁷⁷ In de Chipshol-zaak heeft de Hoge Raad evenwel ook overwogen dat als genoegdoening voor een (gestelde) schending van artikel 6 EVRM in een procedure tegen de Staat een verklaring voor recht zou kunnen worden gevorderd, zodat er voldoende belang bestond bij het verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor.⁵⁷⁸ Dergelijke genoegdoening behoort volgens Van Maanen ook tot de categorie ideële belangen.⁵⁷⁹

377. In een wat recenter arrest heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat, indien een verklaring voor recht wordt gevorderd dat aansprakelijkheid bestaat voor schade, de rechter ervan dient uit te gaan dat eiser daarbij belang heeft als de mogelijkheid van schade aannemelijk is.⁵⁸⁰ De Hoge Raad voegde daaraan toe dat dit ook geldt indien niet tevens een veroordeling tot schadevergoeding of tot verwijzing naar de schadestaatprocedure wordt gevorderd. Daarmee is de Hoge Raad teruggekomen van zijn oordeel in een arrest van 30 maart 1951, waarin nog werd overwogen dat een eiser alleen dan uitsluitend de afzonderlijke vaststelling van de verbintenis tot schadevergoeding mag vorderen, zonder ook daadwerkelijk die veroordeling tot schadevergoeding te vorderen ‘*wanneer er bijzondere omstandigheden zijn gesteld of gebleken, die aan een veroordeling ondanks het bestaan van een aanspraak vooralsnog in den weg staan maar wenselijk maken, dat hij althans het bestaan van de aanspraak reeds dadelijk door een bindende verklaring van den rechter veilig stelt.*’⁵⁸¹ Dat alles laat onverlet dat een vordering zo kan zijn geformuleerd dat de verklaring voor recht duidelijk geen zelfstandige functie heeft, maar onlosmakelijk is verbonden met de vordering tot schadevergoeding. Indien over die schadevordering reeds is geoordeeld behoeft dan geen zelfstandig belang te bestaan bij een verklaring voor recht.⁵⁸²

378. Hoewel het bij het belang-vereiste gaat om een ‘evenredigheids criterium’, gaat het niet om een afweging van de belangen van de eiser tegenover de belangen van de gedaagde.⁵⁸³ Het gaat, zoals hierboven ook al is opgemerkt, om een zelfstandige toets van het belang van de eiser bij zijn vordering. Die toets wordt uitgevoerd door een vergelijking te maken tussen de situatie met en de situatie zonder toewijzing van de vordering.⁵⁸⁴ Indien er tussen die beide situaties geen relevant verschil bestaat, in die zin dat de toewijzing van de vordering de eiser feitelijk geen voordeel brengt, is er niet een voldoende belang voor rechtvaardiging van een procedure.

7.7 *Ambtshalve toetsing van het voldoende belang?*

379. Het is de vraag of de rechter ambtshalve, dus zonder dat er door de gedaagde een beroep op wordt gedaan, mag toetsen of er een voldoende belang bestaat bij een vordering. De bevoegdheid van de rechter om ambtshalve onderdelen van een vordering te toetsen is in algemene zin beperkt, omdat

⁵⁷⁵ Van Nispen 2018/19.

⁵⁷⁶ HR 17 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1058, NJ 1994/118 m.nt. H.E. Ras (*Severin/Detam*).

⁵⁷⁷ HR 9 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2735, NJ 1998/853 (*Jeffrey*).

⁵⁷⁸ HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK8146, NJ 2010/172 (*Chipshol*).

⁵⁷⁹ Van Maanen 2010.

⁵⁸⁰ HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:760, NJ 2016/77, m.nt. J.B.M. Vranken.

⁵⁸¹ HR 30 maart 1951, ECLI:NL:HR:1951:343, NJ 1952/29 (*dominee*).

⁵⁸² HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:644. Voor een verdere discussie over die jurisprudentie zij verwezen naar het proefschrift van Groeneveld-Tijssens 2015, p. 43 e.v.. Zie ook Lindijer 2006, p. 101 e.v.

⁵⁸³ PG 3, p. 916. Vgl. Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:303 BW, aant. 3.

⁵⁸⁴ Lindijer 2006/63. Van Baars 1971, p. 160.

partijen de rechtsstrijd bepalen. Het is, met andere woorden, in principe niet de taak van de rechter om argumenten voor of tegen een bepaald standpunt aan te dragen.⁵⁸⁵ Volgens Lindijer raakt de aanwezigheid van een voldoende belang echter aan het algemeen belang van een doelmatige rechtspleging en is de aanwezigheid van een voldoende belang daarom doorgaans een kwestie van openbare orde, zodat de rechter die aanwezigheid ambtshalve dient te onderzoeken.⁵⁸⁶ Jongbloed wijst er op dat die ambtshalve toetsing beperkt is tot de processuele belangen en hij verwijst daarbij naar het reeds genoemde arrest van 30 maart 1951, alsmede een arrest van 24 november 1978.⁵⁸⁷ In het arrest van 30 maart 1951 ging het om het belang dat een eiser erbij heeft dat *'zodanige de wederpartij bindende verklaring reeds dadelijk door den rechter wordt gegeven.'* Het ging daar feitelijk om het belang dat al dan niet bestond bij het verkrijgen van een verklaring voor recht, zonder dat daarbij schadevergoeding werd gevorderd. De Hoge Raad oordeelde dat dit belang ambtshalve moet worden getoetst. In de tweede zaak pakte het anders uit. Het ging in die zaak om een verzochte veroordeling tot nakoming van een verbintenis om lid te worden van een coöperatieve vereniging. Het hof oordeelde dat de eiser bij die vordering geen belang had omdat het belang er feitelijk in gelegen was dat de gedaagde Dernison zijn aandeel in de gemeenschappelijke kosten zou dragen. Nadat was geoordeeld dat hij daartoe in ieder geval was gehouden (hij voldeed ook aan die verplichting), was volgens het hof niet in te zien welk belang er bestond bij een veroordeling om ook nog lid te worden van de coöperatieve vereniging. Die vordering had het hof volgens de Hoge Raad echter niet mogen afwijzen op grond van een gemis aan belang, omdat dit verweer door de wederpartij niet was gevoerd. In zijn conclusie voor dit arrest wijst de A-G Franx erop dat het, anders dan in de zaak uit 1951, niet ging om een 'louter processueel belang' bij een vordering strekkende tot (uitsluitend) een verklaring voor recht, maar om de materiële vraag of eiser belang heeft bij de nakoming van de overeenkomst door gedaagde. Het gaat, in zijn woorden, niet om 'het belang bij de vordering maar (om) het belang bij het recht dat door de vordering wordt gediend.' De toets of van dat laatste belang sprake is, is niet ambtshalve aan te leggen.⁵⁸⁸ Ten aanzien van het belang bij een negatieve verklaring voor recht overwoog de Hoge Raad recent dat de rechter daar ambtshalve opheldering over kan wensen.⁵⁸⁹ Die beslissing sluit aan bij die van het zojuist genoemde arrest van 30 maart 1951.

380. Groeneveld –Tijssens heeft uitgezocht dat in de zaken waarin een verklaring voor recht werd gevorderd, slechts in een heel beperkt aantal gevallen aan de orde kwam of de eiser voldoende belang had bij zijn vordering. Zij werpt daarom de vraag op of de regel dat ambtshalve het (processuele) belang moet worden getoetst, nog wel geldt.⁵⁹⁰ Het feit dat er in het merendeel van de uitspraken geen aandacht wordt besteed aan het feit dat er belang bestaat, is op zichzelf echter geen reden om aan het bestaan van de regel te twijfelen. In veel gevallen is het belang immers evident en worden daar om die reden geen woorden aan vuil gemaakt. Indien echter het belang lijkt te ontbreken en de eiser op die grond niet-ontvankelijk wordt verklaard, is dat een bijzondere situatie en zal in een uitspraak gemotiveerd moeten zijn waarom het belang ontbreekt.

7.8 Het belang bij een bevel of verbod

381. Hetgeen hierboven uiteen is gezet over het belangvereiste, geldt ook voor het rechterlijk bevel en verbod. Toch zijn er voor het rechterlijk bevel en verbod wel enige specifieke aandachtspunten.

⁵⁸⁵ Vgl. bijvoorbeeld HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:210, *JBPr* 2017, 24, m.nt. F.J.P. Lock.

⁵⁸⁶ Lindijer 2006/63.

⁵⁸⁷ Respectievelijk HR 30 maart 1951, ECLI:NL:HR:1951:343, *NJ* 1952/29, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*dominee*) en HR 24 november 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6416, *NJ* 1980/88 m.nt. W.H. Heemskerk (*Sunclass/Dernison*). Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:303 BW, aant. 7.

⁵⁸⁸ Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:303 BW, aant. 7. Ook Bleeker 2018, p. 142.

⁵⁸⁹ HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:590, *NJ* 2019/238.

⁵⁹⁰ Groeneveld-Tijssens 2015, p. 42.

382. Zo wijst Van Nispen er terecht op dat bij de actie tot nakoming het belangvereiste alleen bij een negatieve prestatie (niet doen) noodzakelijk lijkt.⁵⁹¹ Bij nakoming van een verplichting tot het geven of doen is het belang over het algemeen gegeven. Wanneer iemand echter niet van plan is een verplichting om iets niet te doen, te schenden, dient hij - en de rechter - ook niet lastig gevallen te worden met een vordering die ertoe strekt een bevel tot niet-doen te verkrijgen.⁵⁹² Indien een bevel tot afgifte van bepaalde goederen wordt gevraagd, maar die goederen voor het moment van het wijzen van de uitspraak al zijn teruggegeven, is er voor een bevel tot afgifte geen plaats meer.⁵⁹³

383. Ten aanzien van de waardering van het vereiste belang en de stelplicht en de bewijslast met betrekking tot dat belang zijn juist ten aanzien van het rechterlijk bevel en verbod de volgende opmerkingen te maken.

384. In algemene zin heeft te gelden dat voldoende belang voor de eiser aanwezig mag worden verondersteld. Slechts bij uitzondering zal de eiser dat moeten bewijzen.⁵⁹⁴ In de toelichting is de 'rechtsvordering tot verklaring van recht' als een dergelijke uitzondering genoemd, hetgeen in zoverre voor de hand ligt dat een 'kale' verklaring voor recht geen direct effect behoeft te hebben.⁵⁹⁵ Van een eiser mag in een dergelijk geval worden verwacht zijn belang nader te onderbouwen. Jongbloed noemt daarnaast de vordering tot veroordeling onder voorwaarde of tijdsbepaling.⁵⁹⁶ Ook in een dergelijk geval is voorstelbaar dat het belang bij die vordering moet worden aangetoond indien het vervullen van de voorwaarde of het tijdstip waartegen gepresteerd moet worden nog niet in zicht is.

385. Indien als uitgangspunt geldt dat er een voldoende belang is, is het aan gedaagde om dat belang in twijfel te trekken. Wanneer dat gebeurt, dient eiser vervolgens dat belang nader te onderbouwen en waar nodig te bewijzen. Groeneveld-Tijssens betoogt in haar dissertatie dat stelplicht en bewijslast op de gedaagde rusten 'conform art. 150 Rv'.⁵⁹⁷ Dat lijkt mij niet juist. De aanwezigheid van een voldoende belang is een noodzakelijke voorwaarde voor toewijzing van een vordering. Stelplicht en bewijslast rusten daarom op de eiser.⁵⁹⁸ In het beste geval kan aan de hiervoor aangehaalde passage uit de toelichting een vermoeden worden afgeleid van het bestaan van een dergelijk belang.

386. Ten aanzien van de vraag hoe concreet het gestelde belang moet zijn, is het volgende beeld te schetsen. Daarbij verdient overigens opmerking dat het belang steeds moet bestaan ten tijde van het wijzen van de uitspraak. Het kan dus strikt genomen ook nog ontstaan tijdens het geding, hoewel vaker het geval zich zal voordoen dat het verloren gaat tijdens het geding.⁵⁹⁹

387. Drion leidt uit (het ontwerp van) artikel 3:303 BW af dat er een dubbele eis geldt voor het verkrijgen van een bevel of verbod. In de eerste plaats moet er een reële dreiging van een of meer overtredingen van een bepaalde geschreven of ongeschreven rechtsnorm zijn. In de tweede plaats moet eisers belang rechtstreeks bij deze reële dreiging betrokken zijn.⁶⁰⁰ Hartkamp verwoordt het in zijn

⁵⁹¹ Van Nispen 2018/19 en Van Nispen 1978/104.

⁵⁹² Bleeker noemt dit treffend het 'geen vuiltje aan de lucht-scenario.' Bleeker 2018, p. 143.

⁵⁹³ HR 26 mei 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0803, *NJ* 1989/665. De Hoge Raad plaatst dit oordeel niet zozeer in het kader van het belang bij de vordering, maar dat het belang ontbreekt, lijkt evident.

⁵⁹⁴ PG 3, p. 915.

⁵⁹⁵ Van Nispen 1978/75 wijst erop dat de rechter niet is geroepen te beslissen over rechtsvragen in abstracto.

⁵⁹⁶ Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:303 BW, aant. 6.

⁵⁹⁷ Groeneveld-Tijssens 2015/34.

⁵⁹⁸ Aldus ook het reeds genoemde arrest HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:590, *NJ* 2019/238.

⁵⁹⁹ Wanneer dat overigens het geval is gedurende de procedure in hoger beroep, heeft te gelden dat de proceskostenveroordeling in eerste aanleg een voldoende belang is. Op die manier zal er in hoger beroep vrijwel steeds een belang bestaan. HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:666, *NJ* 2016, 211 en HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1782.

⁶⁰⁰ Drion 1962, p. 213.

conclusie vóór het arrest van de Hoge Raad van 21 december 2001 aldus dat er ‘sprake moet zijn van meer dan een hypothese’.⁶⁰¹

388. In zijn hiervoor reeds aangehaalde arrest van 4 maart 1938 overwoog de Hoge Raad al dat het voor het opleggen van een verbod niet vereist is dat er reeds een overtreding heeft plaatsgevonden: *‘dat de rechtsgrond voor het geven van een verbod niet alleen aanwezig kan zijn, indien reeds inbreuk op het recht is geschied, in welk geval uit deze inbreuk onder omstandigheden vrees voor herhaling kan worden afgeleid, doch ook indien zonder voorafgaande inbreuk, er voldoende redenen zijn om het bestaan van een ernstige bedreiging van het te beschermen recht aan te nemen.’*⁶⁰² Uit dit arrest is ook af te leiden dat een enkele eerdere inbreuk niet zonder meer rechtvaardigt dat een bevel of verbod wordt opgelegd. Slechts ‘onder omstandigheden’ kan immers de vrees voor herhaling eruit worden afgeleid. Tegelijkertijd geldt dat als er geen eerdere inbreuk is, dat niet betekent dat er bij een bevel of verbod geen belang bestaat. Een genuanceerd stelsel dus, waarbij het steeds van de feiten van een individuele casus afhankelijk is of er een belang bestaat. In zijn arrest van 22 maart 1957 benadrukte de Hoge Raad deze rechterlijke vrijheid door te overwegen dat het aan de rechter die over de feiten oordeelt is te beoordelen of en in hoeverre er in de gegeven omstandigheden uit de reeds gepleegde rechtsinbreuk vrees voor herhaling valt af te leiden en dus voor het geven van een verbod termen aanwezig zijn.⁶⁰³

389. Het vereiste dat er een voldoende belang bestaat bij een vordering die strekt tot het uitspreken van een bevel of verbod, valt bij een preventieve vordering in belangrijke mate samen met de eis dat er een reëel risico moet zijn dat een rechtsplicht wordt geschonden. Zonder een dergelijk reëel risico is er geen aanleiding voor een bevel of verbod, maar ontbreekt evenzeer het belang bij een daartoe strekkende vordering.

7.9 Artikel 3:296 lid 2 BW – voorwaarde of tijdsbepaling

390. Het tweede lid van artikel 3:296 BW maakt het mogelijk iemand onder een voorwaarde of onder een tijdsbepaling tot ‘iets’ te veroordelen. De bepaling biedt een oplossing voor de situatie waarin een schuld nog niet opeisbaar is en brengt tot uitdrukking dat de niet-opeisbaarheid geen reden is om de vordering af te wijzen.⁶⁰⁴ De vraag in zo’n situatie is wel steeds of bij een dergelijke vordering belang bestaat. Dat is, zoals hierboven beschreven, afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Een dergelijk belang zal bijvoorbeeld aanwezig kunnen zijn indien op voorhand vast staat dat een wederpartij niet zal nakomen. Een rechterlijk bevel onder tijdsbepaling kan dan duidelijk maken dat en wanneer die verplichting tot nakoming bestaat. In paragraaf 10.2 zal ik uitwerken dat artikel 3:296 lid 1 BW de rechter geen discretionaire bevoegdheid geeft. In lid 2 is nadrukkelijk opgenomen dat de rechter een veroordeling onder een voorwaarde of tijdsbepaling *kan* uitspreken. De in het tweede lid neergelegde bevoegdheid is daarmee wel een discretionaire. Dat is ook logisch omdat het sterk van de omstandigheden van het geval afhankelijk is of een veroordeling onder voorwaarde of tijdsbepaling nuttig is.

391. Bij een veroordeling onder voorwaarden zal allicht discussie kunnen ontstaan over de vraag of die voorwaarden vervuld zijn. Het is dus zaak de voorwaarden zo nauwkeurig mogelijk te formuleren. In zijn arrest van 21 oktober 1983, dat betrekking had op terugvordering van verleende bijstand, overwoog de Hoge Raad, vermoedelijk laconieker dan bedoeld: *‘Of te zijner tijd deze voorwaarden zullen zijn vervuld, zal zo nodig aan de orde kunnen komen in een executiegeschil.’*⁶⁰⁵ Ik ga hier nader op in bij de behandeling van het te formuleren dictum (paragraaf 10.4).

⁶⁰¹ HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3693, NJ 2002/217 m.nt. T. Koopmans (*Kernwapens*).

⁶⁰² HR 4 maart 1938, ECLI:NL:HR:1938:262, NJ 1938/948 m.nt. P. Scholten (*Avro/Buma*).

⁶⁰³ HR 22 maart 1957, ECLI:NL:HR:1957:33, NJ 1958/478.

⁶⁰⁴ Valk 2017.

⁶⁰⁵ HR 21 oktober 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4671, NJ 1984/804, m.nt. F.H.J. Mijnsen.

7.10 *Schadevergoeding in natura*

392. Om de betekenis van het rechterlijk bevel en verbod als remedie goed te begrijpen is het nuttig om het rechterlijk bevel en verbod te vergelijken met de schadevergoeding in natura. Waar ik hiervoor sprak over vergoeding van schade, bedoelde ik steeds vergoeding in (met) geld. Het slachtoffer heeft een bepaalde schade geleden en die schade wordt hersteld door deze te vergoeden met een som geld. Het slachtoffer wordt dan geacht met die vergoeding weer zoveel mogelijk te verkeren in de toestand waarin hij zonder de inbreuk op zijn rechten verkeerde. Het staat het slachtoffer vervolgens vrij met die som geld te doen wat hij wil: hij kan de schade, indien dat mogelijk is, daadwerkelijk laten herstellen, maar hij is daartoe in de regel niet verplicht.

393. Artikel 6:103 BW bepaalt echter dat de rechter op vordering van de benadeelde schadevergoeding in een andere vorm dan geld kan toekennen. Deze vorm van schadevergoeding zal naar uiterlijke verschijningsvorm dicht tegen het rechterlijk bevel en verbod aan schurken. Ik besteed er daarom enige aandacht aan.

394. Bij de toepassing van de mogelijkheid om op vordering van een benadeelde schadevergoeding in een andere vorm dan betaling van een geldsom toe te kennen blijft het gaan om schadevergoeding, die moet worden onderscheiden van gevallen van reële executie.⁶⁰⁶ Voor schadevergoeding, ook in een andere vorm dan geld, is bovendien vereist dat er al onrechtmatig is gehandeld en dat er schade is geleden, terwijl voor een rechterlijk verbod of bevel voldoende is dat er een reële dreiging is van dat onrechtmatig handelen. De schadevergoeding anders dan in geld is, met andere woorden, steeds op het verleden gericht, terwijl het bevel of verbod juist op de toekomst gericht zijn.⁶⁰⁷

395. Omdat ik hiervoor heb betoogd dat het rechterlijk bevel en verbod juist middelen zijn om schade te voorkomen, lijkt de grens tussen beide remedies duidelijk gegeven. Dat is echter niet altijd het geval omdat tot de mogelijkheden die artikel 6:103 BW biedt, niet alleen behoort de veroordeling tot het verrichten van een of meer feitelijke handelingen, maar ook de veroordeling tot het verrichten van rechtshandelingen.⁶⁰⁸ Een dergelijke veroordeling tot het verrichten van een of meer feitelijke handelingen of rechtshandelingen schurkt naar uiterlijke vorm aan tegen het rechterlijk bevel, bijvoorbeeld wanneer een schuldenaar wordt opgedragen om bij wijze van schadevergoeding een reparatie te verrichten. Een aansprekend maar uitzonderlijk geval is te vinden in een arrest van de Hoge Raad van 18 juni 1993⁶⁰⁹, waarin een verkrachter werd veroordeeld een bloedonderzoek te ondergaan. Een dergelijke veroordeling heeft het uiterlijk van een bevel om mee te werken aan een dergelijk onderzoek. De Hoge Raad plaatste die veroordeling echter in de sleutel van het recht van het slachtoffer *‘dat de gevolgen daarvan door de dader zoveel mogelijk zouden worden beperkt dan wel door een passende vorm van schadevergoeding zoveel mogelijk zouden worden goedge maakt.’* Ook buiten de kaders van het huidige artikel 6:103 BW zou mijns inziens overigens in een dergelijk geval de veroordeling om mee te werken aan een bloedonderzoek als een bevel mogelijk zijn geweest omdat het nalaten daaraan mee te werken in strijd zou komen met het door de Hoge Raad aanvaarde recht van het slachtoffer dat door de dader de gevolgen van zijn daad zoveel mogelijk worden beperkt. Het handelen in strijd met die verplichting is een handelen in strijd met een op hem rustende rechtsplicht, ten aanzien waarvan een bevel zou kunnen worden verstrekt.

396. Een ander sprekend voorbeeld volgt uit het hiervoor al genoemde arrest van de Hoge Raad van 31 oktober 2003, waarin een schending van artikel 3 EVRM bij de tenuitvoerlegging van een straf

⁶⁰⁶ PG Boek 6, p. 362-363.

⁶⁰⁷ Vgl. noot C.J.H. Brunner onder HR 24 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8901, NJ 1987/1. Op Heij ziet overigens als kenmerk van de schadevergoeding in natura dat die ook op de toekomst is gericht vanwege het herstelgerichte karakter ervan. Zie Op Heij 2022.

⁶⁰⁸ Asser/Sieburgh 6-II 2017/22.

⁶⁰⁹ HR 18 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1002, NJ 1994/347, m.nt. C.J.H. Brunner en E.A. Alkema (*aids-test*).

werd gerepareerd met het oordeel dat de Staat de tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf diende te staken.⁶¹⁰ Ook dat oordeel was nadrukkelijk geplaatst in de sleutel van schadevergoeding. Tot een concrete veroordeling is het overigens niet gekomen omdat de voorzieningenrechter aan de hand van de stukken die hem ter beschikking stonden niet voldoende exact kon bepalen wanneer de tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf diende te eindigen. Een voor de hand liggende veroordeling zou in dit geval echter aldus hebben geluid dat de Staat, bij wijze van schadevergoeding, zou worden bevolen de tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf met ingang van een bepaalde datum te staken. Daarmee is duidelijk waarom het onderscheid tussen een rechterlijk bevel en een veroordeling tot schadevergoeding anders dan in geld soms moeilijk te maken is. Het zal uit de overwegingen van een rechterlijke beslissing moeten blijken met welke vorm men van doen heeft.

397. De schuldeiser zal op het verschil tussen de veroordeling tot schadevergoeding anders dan in geld enerzijds en het rechterlijk bevel of verbod anderzijds echter terdege bedacht moeten zijn omdat de eisen voor toewijzing verschillen. Artikel 6:103 BW geeft de rechter nadrukkelijk een discretionaire bevoegdheid waar het bepaalt dat de rechter schadevergoeding in een andere vorm dan geld *kan* toekennen. Zoals hierna (paragraaf 10.2) zal blijken bestaat er bij een vordering die is gebaseerd op artikel 3:296 BW in principe geen discretionaire bevoegdheid voor de rechter. Voor schadevergoeding anders dan in geld, is bovendien toerekenbaarheid vereist. Voor het rechterlijk bevel en verbod kan de (reële) dreiging van onrechtmatig handelen voldoende zijn om in te grijpen. Met het bestaan van een discretionaire bevoegdheid om schadevergoeding anders dan in geld toe te kennen is overigens niet gezegd dat het volledig aan de vrije beoordeling van de rechter is overgelaten al dan niet een dergelijke vorm van schadevergoeding toe te kennen. Indien schadevergoeding in natura in de omstandigheden van het geval mogelijk is en een passend middel is, dient de rechter tot toewijzing daarvan over te gaan.⁶¹¹ Het voordeel van de schadevergoeding in natura is dat de rechter een bijzonder grote vrijheid heeft om die maatregel te treffen die in de gegeven omstandigheden passend is.

398. Bij die vrijheid van de rechter verdient het volgende aandacht. Een bevel of verbod dient altijd aan te sluiten op de geschonden rechtsplicht (de congruentie-eis, paragraaf 7.4). Als de rechtsplicht is om een gedetineerde niet aan een onmenselijke of vernederende behandeling bloot te stellen, zal een bevel of verbod alleen daarop betrekking kunnen hebben. Meer specifiek: het bevel of verbod zal ertoe strekken dat de Staat een gedetineerde niet langer aan die behandeling bloot stelt. Het bevel of verbod zal er niet toe kunnen strekken iedere vorm van detentie van de gedetineerde te verbieden. Ervan uit gaande dat een rechtmatige tenuitvoerlegging van de straf mogelijk is, zou een dergelijk verbod immers rechtmatige handelingen verbieden en dat is in beginsel niet toegestaan.⁶¹² Wanneer deze situatie in de sleutel van de schadevergoeding in natura wordt geplaatst, ontstaat een heel ander beeld en kan de rechtmatige tenuitvoerlegging van de straf worden verboden bij wijze van passende vergoeding van de schade die door de eerdere onrechtmatige daad is geleden.

399. Vooral bij een situatie waarin sprake is van een voortdurende onrechtmatige daad, dient een eiser de mogelijkheden die artikel 6:103 BW biedt, voor ogen te houden. Door zowel een verbod voor de toekomst te vragen als een maatregel die kan gelden als schadevergoeding in natura, geeft de eiser de rechter de handvatten om een remedie te hanteren die zowel effectief is als proportioneel. Om dit uit te werken neem ik het voorbeeld van personen die ernstige geluidsoverlast veroorzaken door gedurende lange tijd en herhaaldelijk harde muziek af te spelen in hun appartement.⁶¹³ Omdat het niet verboden is geluidsapparatuur in huis te hebben (en ook niet onrechtmatig), kan een bevel of verbod er niet toe strekken dat de geluidsapparatuur wordt verwijderd. Dat zou aantrekkelijk zijn vanuit het

⁶¹⁰ HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0351, *NJ* 2005/196, m.nt. E.A. Alkema.

⁶¹¹ Asser/Sieburgh 6-II, 2017/23.

⁶¹² Ik ga hierna in op de situatie waarin een handeling pas door een zekere stelselmatigheid onrechtmatig wordt. Het is dan toegestaan om een individuele handeling, die op zichzelf bezien niet onrechtmatig is, te verbieden.

⁶¹³ Het voorbeeld is ontleend aan Nuninga 2018.

oogpunt van rechtsbescherming, maar zou ook rechtmatig bezit van die apparatuur verbieden. Wat wel kan – en wat vermoedelijk ook zal gebeuren – is dat het deze personen op vordering van de burens wordt verboden geluidsoverlast te veroorzaken door (op bepaalde tijdstippen of te harde) muziek af te spelen. Met dat verbod ontstaat er maar in beperkte mate zekerheid. Voor de uitvoering van het verbod zijn de veroordeelde personen nodig. Die kunnen worden aangemoedigd daaraan te voldoen door het verbod te versterken met een dwangsom, maar het blijft afwachten of de overlast uitblijft.

400. Als deze situatie nu wordt geplaatst in de sleutel van schadevergoeding in natura, lijkt er meer mogelijk voor de rechter. Hij zal natuurlijk het zojuist besproken verbod kunnen uitspreken, maar hij zou mogelijk ook, bij wijze van schadevergoeding in natura, flankerende maatregelen kunnen opleggen, zoals het aanbrengen van geluidsisolatie.⁶¹⁴

401. Ook een aan de jurisprudentie ontleend voorbeeld laat dit zien.⁶¹⁵ Een sociale verhuurder wijst een woning toe aan ingeschreven huurder A. Voordat zij met die huurder de huurovereenkomst sluit wijst zij dezelfde woning toe aan een andere ingeschreven huurder B. Met B sluit zij daadwerkelijk een huurovereenkomst, en met A niet. A vordert dat de woning aan haar verhuurd wordt. Dat is feitelijk onmogelijk omdat de woning al aan een ander is vergeven, en die vordering wordt afgewezen. Wel wordt de veroordeling uitgesproken om aan huurder A gedurende vier jaar iedere vrijkomende woning aan te bieden die vergelijkbaar is met de reeds verhuurde woning.

402. De vraag die in dit voorbeeld rijst is wat nu eigenlijk de rechtsplicht van de verhuurder is, die is geschonden. Tot een huurovereenkomst met A was het nog niet gekomen, zodat nakoming van de huurovereenkomst niet aan de orde was. Van die rechtsplicht kon dus ook geen nakoming worden bevolen. Nu de verhuurder wordt bevolen de huurder gedurende vier jaar op de hoogte te houden van vrijgekomen woningen, moet worden geconcludeerd dat het hof een daartoe strekkende rechtsplicht voor de verhuurder heeft gezien. Het is nog niet zo heel erg eenvoudig om die af te leiden uit de fout die de verhuurder heeft gemaakt. En ook als er al een huurovereenkomst met A zou zijn gesloten, zou het nog niet zo eenvoudig zijn om daaruit als rechtsplicht te destilleren de verplichting om de huurder op de hoogte te houden van vrijkomende woningen.

403. Deze veroordeling zou daarom veel eenvoudiger kunnen worden toegewezen als schadevergoeding in natura. De verhuurder was ook naar eigen zeggen tekort geschoten in haar verplichting om met de huurder een huurovereenkomst te sluiten. De schade die de huurder daardoor heeft geleden is moeilijk te begroten omdat het vooral het huurgenot is dat zij misloopt. Daarbij zou als schadevergoeding in natura goed de verplichting passen om haar op andere wijze te voorzien in het huurgenot waarop zij feitelijk aanspraak zou moeten kunnen maken.

404. Omdat voor de schadevergoeding in natura vereist is dat er al schade is geleden, is een combinatie van een bevel voor de toekomst en een vergoeding in natura alleen mogelijk bij een situatie die al is begonnen en die voortduurt. Maar door in die situatie de combinatie van een bevel en verbod enerzijds en schadevergoeding in natura anderzijds toe te passen, kan de rechter wel echt maatwerk leveren.

7.11 Nakoming van verbintenissen naar Belgisch recht

405. Artikel 1134 BW (België) bevat als hoofdregel dat een overeenkomst die op geldige wijze tot stand is gekomen, partijen tot wet strekt. In die regel ligt besloten dat verbintenissen uit overeenkomsten moeten worden uitgevoerd en dat de nakoming ervan kan worden afgedwongen.⁶¹⁶

⁶¹⁴ Volgens Lindenbergh is schadevergoeding in natura op een 'oneindig aantal manieren mogelijk'. T&C Burgerlijk Wetboek, art. 6:103 BW, aant. 2. Het middel wordt ook wel als een *deus ex machina* omschreven, zie Gillaerts 2020, p. 70.

⁶¹⁵ Gerechtshof Amsterdam 19 januari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:82, *WR* 2021/76. Ik heb de casus aangepast.

⁶¹⁶ Vansweevelt & Weyts 2019/207 en 19. Claeys 2017, p. 237. Stijns 2005, p. 40 en 41. Wery 2010, p. 437.

Uitzonderingen bestaan in de ook in Nederland bekende gevallen van de natuurlijke verbintenis of ‘vriendendiensten’ en ‘gentlemen’s agreements’ waarvan de strekking juist is dat zij niet kunnen worden afgedwongen.⁶¹⁷ En net als in Nederland is de nakoming uitgesloten indien of vanaf het moment dat de nakoming blijvend niet meer mogelijk is.⁶¹⁸

406. Bij de toepassing van remedies wordt in België onderscheid gemaakt tussen de uitvoering in natura enerzijds en de uitvoering bij equivalent anderzijds. *Uitvoering in natura* is ‘de uitvoering van de verbintenis zoals zij is omschreven.’⁶¹⁹ Uitvoering in natura is daarmee feitelijk de nakoming van de verbintenis zoals die is overeengekomen en is de remedie – als al van een remedie kan worden gesproken – waaraan boven andere remedies voorrang moet worden verleend.⁶²⁰ Pas wanneer uitvoering in natura niet (meer) mogelijk is, is uitvoering bij equivalent aan de orde.⁶²¹ Dat betekent enerzijds dat de schuldeiser genoeg moet nemen met uitvoering in natura (en dus niet kan kiezen voor schadevergoeding zolang nakoming mogelijk is), maar anderzijds ook dat de schuldeiser die uitvoering in natura kan afdwingen. De schuldenaar kan er dus niet voor kiezen vervangende schadevergoeding te betalen in plaats van nakoming.⁶²² Ook naar Belgisch recht is niet alles te koop.⁶²³ Dat betekent bovendien dat de rechter niet de vrijheid heeft om een vordering die strekt tot uitvoering in natura af te wijzen en in plaats daarvan de uitvoering bij equivalent toe te wijzen, als althans de uitvoering in natura nog mogelijk is.⁶²⁴ In artikel 1184 BW (België) is bovendien met zoveel woorden neergelegd dat een schuldeiser het recht heeft uitvoering van het contract te verkiezen boven ontbinding.⁶²⁵

407. Uitzonderingen op het uitgangspunt dat uitvoering in natura kan worden verlangd, bestaan niet alleen bij onmogelijkheid, maar ook indien de aanspraak op die uitvoering in natura misbruik van recht zou opleveren. Het gaat dan om een manier van uitoefenen van het recht die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht ‘door een voorzichtig en bezorgd persoon.’⁶²⁶

408. Een uitzondering op het uitgangspunt dat nakoming kan worden afgedwongen en die in België vaak genoemd wordt, is de situatie waarin uitvoering in natura noodzaakt tot dwang op de persoon van de schuldenaar. Dat wordt in Nederland meestal niet afzonderlijk genoemd, maar is hier niet anders. De regel is immers gebaseerd op het algemene rechtsbeginsel, dat niemand met fysieke dwang gedwongen kan worden een prestatie te leveren.⁶²⁷ Dat beginsel geldt ook in Nederland.

409. Het gegeven dat fysieke dwang is uitgesloten, verklaart ook de beperkte reikwijdte van het bepaalde in artikel 1142 BW (België). Dat artikel bepaalt weliswaar dat iedere verbintenis om iets te doen of niet te doen wordt opgelost in schadevergoeding ingeval de schuldenaar de verbintenis niet nakomt, maar dat staat aan een veroordeling tot nakoming niet in de weg. Het artikel brengt in het bijzonder niet mee dat de schuldenaar de vrije keuze heeft een verbintenis na te komen of schadevergoeding te betalen. Het artikel strekt er slechts toe duidelijk te maken dat uitvoering in natura geen aanleiding mag zijn tot het gebruik van fysieke dwang op de persoon van de

⁶¹⁷ Vansweevelt & Weyts 2019/20. Van Gerven & Van Oevelen 2015, p. 35.

⁶¹⁸ Vansweevelt & Weyts 2019/360. Henskens 2019/571. Zij tekent aan dat de morele onmogelijkheid niet volstaat, maar dat het moet gaan om materiële of juridisch onmogelijkheid.

⁶¹⁹ Volgens de toelichting op het voorgestelde artikel 5.234 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, pagina 268. Zie ook De Rey 2019, p. 165.

⁶²⁰ Henskens 2019/569. Van Gerven & Van Oevelen 2015, p. 35. Dauw 2020, p. 501. Stijns 2005, p. 172.

⁶²¹ Henskens 2019/569 en 570.

⁶²² Van Gerven & Van Oevelen 2015, p. 182, p. 597.

⁶²³ Zie voor een kanttekening hierbij Auvray 2021.

⁶²⁴ Stijns 2005, p. 172.

⁶²⁵ Hof van Cassatie 16 januari 1986, *Arr. Cass.* 1986/317. De door de schuldeiser gemaakte keuze kan overigens wel misbruik van recht opleveren.

⁶²⁶ Henskens 2019/571. Zie nader over dit criterium en de toepassing ervan Vansweevelt & Weyts 2019/463.

⁶²⁷ Zie Van Gerven & Van Oevelen 2015, p. 597. Claeys 2017, p. 237.

schuldenaar.⁶²⁸ Stijns maakt in dat verband het onderscheid tussen enerzijds de veroordeling van de debiteur door de rechter tot de uitvoering in natura en anderzijds het afdwingen van het vonnis waarin een bevel met dwangmaatregelen is neergelegd. Het verbod om fysieke dwang toe te passen kan aan de uitvoering van het vonnis in de weg staan, maar hoeft een veroordeling tot nakoming van de verbintenis niet te verhinderen.⁶²⁹

410. De veroordeling tot uitvoering in natura zal ook in België veelal de vorm van een rechterlijk bevel of verbod hebben.⁶³⁰ Die veroordeling kan, net als in Nederland, ook in kort geding worden verkregen.⁶³¹

411. *Uitvoering bij equivalent* komt in de regel neer op schadevergoeding. De schuldeiser die ten aanzien van de eigenlijke prestatie met lege handen is komen te staan kan aanspraak maken op vergoeding van kosten die noodzakelijk zijn om hem in de positie te brengen waarin hij zou zijn komen te verkeren als de verbintenis wel juist was uitgevoerd.⁶³² Omdat de uitvoering in equivalent meestal de vorm van een veroordeling tot vergoeding van schade zal inhouden, is dat voor het rechterlijk bevel en verbod minder interessant en werk ik dat niet nader uit. Ik teken daarbij aan dat *herstel* van de geleden schade ook in natura kan plaatsvinden.⁶³³ Het herstel van schade neemt dan de vorm aan van *uitvoering* in natura, maar het is iets anders. Uitvoering in natura is immers de gewone wijze van uitvoering van de overeenkomst. Herstel van de schade in natura geschiedt in een latere fase, namelijk wanneer de gewone uitvoering niet heeft plaatsgevonden en er schade is ontstaan.⁶³⁴

412. Per saldo heeft te gelden dat, hoewel een bepaling gelijk aan artikel 3:296 BW in het Belgische recht ontbreekt, nakoming van een verbintenis de hoofdregel is. Die nakoming kan worden afgedwongen omdat uitvoering in natura de hoofdregel is en uitvoering bij equivalent, de schadevergoeding, eerst aan de orde komt indien uitvoering in natura niet meer mogelijk is.

7.12 Wetsvoorstel voor Boek 5 ‘verbintenissen’ (België)

413. Door de Commissie voor de hervorming van het verbintenissenrecht is een ‘Voorontwerp van wet tot invoering van een Burgerlijk Wetboek en tot invoeging van Boek 5 ‘verbintenissen’ in dat wetboek’ opgesteld.⁶³⁵ Het daarop volgende wetsvoorstel ‘houdende invoeging van Boek 5 ‘verbintenissen’ in het nieuwe Burgerlijk Wetboek’ dat uitgaat van dit voorontwerp, is op 24 februari 2021 bij het Belgische parlement ingediend.⁶³⁶ Op 1 juli 2022 werd de wet van 28 april 2022 tot invoeging van boek 5 ‘verbintenissen’ in het Staatsblad gepubliceerd. De wet treedt in werking op 1 januari 2023.

414. Er zijn een aantal bepalingen die voor het onderwerp van dit boek aandacht verdienen. In de eerste plaats is dat artikel 5.83 van het Wetsvoorstel. In dat (voorgestelde) artikel is neergelegd welke sancties⁶³⁷ voor de schuldeiser bestaan bij een toerekenbare niet-nakoming. De eerstgenoemde sanctie is de uitvoering in natura van de verbintenis. Daarna volgen het recht op herstel van de schade, ontbinding, prijsvermindering en het recht om de eigen verbintenis op te schorten.

⁶²⁸ Van Gerven & Van Oevelen 2015, p. 598.

⁶²⁹ Stijns 2005, p. 174.

⁶³⁰ Zie Stijns 2005, p. 172.

⁶³¹ Henskens 2019/581. Stijns 2005, p. 174.

⁶³² Henskens 2019/582.

⁶³³ De Rey tekent aan dat dit niet bij wanprestatie geldt. Zie De Rey 2019, p. 164. In specifieke bepalingen is het recht op herstel in natura in contractuele verhoudingen wel erkend.

⁶³⁴ Stijns 2005, p. 172.

⁶³⁵ Te vinden via www.justitie.belgium.be en www.dekamer.be.

⁶³⁶ Hierover nader: Stijns 2021.

⁶³⁷ Het wetsvoorstel spreekt van sancties en niet van remedies, zodat ik dat hier ook doe.

415. Artikel 5.84 van het Wetsvoorstel bepaalt vervolgens dat uitvoering in natura kan worden geëist overeenkomstig de artikelen 5.234 tot 5.236. Die artikelen maken deel uit van het hoofdstuk 4 ‘Uitvoering in natura’. In artikel 5.234 wordt als ‘beginsel’ voorop gesteld dat de schuldeiser het recht heeft om de uitvoering van de verschuldigde prestatie in rechte te vorderen, tenzij dit ‘onmogelijk of abusief’ zou zijn. Uitgesloten is de tenuitvoerlegging van een veroordeling die niet tot betaling van een geldsom strekt indien die tenuitvoerlegging noodzakelijk gepaard gaat met de uitoefening van dwang op de persoon van de schuldenaar of indien zij in strijd is met de menselijke waardigheid.

416. In de toelichting op artikel 5.84 van het Wetsvoorstel wordt ook naar voren gebracht dat een contractuele verbintenis ‘zoals elke verbintenis’ in de allereerste plaats in natura moet worden uitgevoerd. Mits de uitvoering in natura mogelijk is en de schuldeiser geen misbruik van recht maakt, is hij volgens de toelichting gerechtigd om veroordeling van zijn schuldenaar tot uitvoering in natura te verkrijgen. Wat uitvoering in natura is, is beschreven in de toelichting op artikel 5.234: het is de uitvoering van de verbintenis zoals zij is omschreven. Nakoming dus. Het is die nakoming van de omschreven verbintenis die in rechte kan worden gevorderd en die kan worden afgedwongen met een dwangsom. In de toelichting op artikel 5.234 is met zoveel woorden herhaald dat dwang op de persoon niet kan worden toegelaten om nakoming af te dwingen en dat de ‘grens van de menselijke waardigheid’ geldt. Indien de uitvoering in natura niet mogelijk is, moet de schuldeiser genoegen nemen met vervangende schadevergoeding of herstel in natura.

417. Opvallend ten opzichte van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek is dat in het Belgisch Burgerlijk Wetboek is opgenomen dat een tenuitvoerlegging die gepaard gaat met fysieke dwang is uitgesloten. Dat was, zoals ik hiervoor uitwerkte, voorheen ook al zo.⁶³⁸ Het verschilt daarin met het Nederlandse BW, ten aanzien waarvan dit uitgangspunt zeker ook geldt, maar niet met zoveel woorden in de wet is opgenomen.

7.13 *Voorkomen van onrechtmatig handelen naar Belgisch recht*

418. Een artikel zoals ons artikel 3:296 BW ontbreekt in het Burgerlijk Wetboek (België) zoals dat tot de modernisering geldt. Dat lijkt per saldo niet voor problemen te zorgen, maar de discussie over de grondslag van een rechterlijk bevel of verbod dat ertoe strekt een nog te verrichten onrechtmatig handelen te voorkomen blijkt wel reden om in het voorgestelde artikel 5.188 van het Voorontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid een duidelijke grondslag in te voeren.

419. Uit artikel 1382 BW (België) volgt dat de verplichting om schade te vergoeden ontstaat nadat de schade is ontstaan. Schade is een noodzakelijk bestanddeel van de onrechtmatige daad. Bij toekomstige schade is er logischerwijs nog geen schade en dat roept de vraag op of er in die omstandigheden al wel ruimte is voor een preventief bevel of verbod dat strekt tot het voorkomen van schade.

420. In de toelichting op het Voorontwerp is om deze reden opgenomen dat de basis voor een preventief bevel of verbod ‘wankel’ is. Schade is immers een element van de onrechtmatige daad, maar bij zuiver preventief handelen is de schade nog niet ingetreden. Zuivere preventie op basis van aansprakelijkheid is daarom naar Belgisch recht niet mogelijk.⁶³⁹ Dat betekent dat, wanneer strikt wordt vastgehouden aan het bepaalde in artikel 1382 BW (België) als al een bevel of verbod wordt gegeven om schade te voorkomen, een dergelijk bevel of verbod moet steunen op ingetreden schade. Dit vereiste wordt omzeild door het begrip ‘morele schade’, waardoor zelfs ontevredenheid of frustratie over een gang van zaken voldoende kan zijn om iemand als benadeelde aan te duiden.⁶⁴⁰ Schade zou ook kunnen bestaan uit de vrees die uit de ernstige bedreiging van schade voortvloeit. Gillaerts geeft in dit verband het voorbeeld van een scheef gegroeide boom die dreigt te bezwijken

⁶³⁸ Dauw 2020, p. 501. Van Gerven & Van Oevelen 2015, p. 83 en p. 597.

⁶³⁹ Kruithof 2021, p. 132.

⁶⁴⁰ Kruithof 2021, p. 132.

onder het gewicht van de eigen takken en dan deels in de tuin van de buren terecht zal komen. De schade die al is ingetreden is de derving van het genot van het gebruik van de tuin. De vrees dat de boom daadwerkelijk zal omvallen leidt op die manier al tot schade. Het is die schade die in deze redenering de basis voor een bevel of verbod vormt.⁶⁴¹

421. In een arrest van 26 juni 1980 heeft het Hof van Cassatie in meer algemene zin al overwogen dat diegene die schade lijdt als gevolg van een onrechtmatige daad het recht heeft herstel in natura te eisen en dat de rechter dat herstel kan bevelen. Dat kan de rechter met name doen door de schadeveroorzaker te bevelen het nodige te doen om een einde te maken aan de schadeveroorzakende toestand.⁶⁴² Het Hof van Cassatie had echter met deze beslissing nadrukkelijk het oog op herstel in natura van (al geleden) schade. Inmiddels is het vaste rechtspraak dat de benadeelde bij buitencontractuele schade het recht heeft zijn schade in natura te vorderen indien dat mogelijk is en geen misbruik van recht oplevert.⁶⁴³

422. Herstel (van schade) in natura heeft betrekking op schade, terwijl de zuiver preventieve remedie niet afhankelijk kan zijn van al geleden schade. Toch is aanvaard dat de rechter een verweerder ook in het kader van het herstel in natura, maatregelen kan opleggen om onrechtmatig gedrag niet alleen te beëindigen, maar ook te voorkomen. Dat betekent dat herstel in natura niet alleen meebrengt dat geleden schade moet worden hersteld, maar ook meebrengt dat het handelen dat de schade veroorzaakt, moet worden beëindigd.⁶⁴⁴ Dat was ook voor het arrest van 26 juni 1980 al de rechtsleer, maar volgens Bocken is het toch dit arrest dat het aansprakelijkheidsrecht een preventieve werking heeft gegeven. Hij leidt uit het arrest af dat, ondanks het feit dat artikel 1382 BW (België) alleen spreekt over herstel van schade, het de rechter is toegestaan maatregelen te nemen om dreigend onrechtmatig handelen te voorkomen en daarmee ook de dreigende schade te voorkomen.⁶⁴⁵ Bocken heeft er echter ook op gewezen dat in geval van een toekomstige onrechtmatige daad moeilijk vol te houden is dat aan de voorwaarden van artikel 1382 BW (België) is voldaan. Het voorkomen van toekomstige schade is immers iets anders dan het herstel van schade in natura. Hij merkt bovendien terecht op dat het theoretisch niet mogelijk is schade te herstellen die men heeft kunnen voorkomen.⁶⁴⁶ Ook volgens Auvray volgt uit de artikelen 1382 en 1383 BW (België) niet dat iemand jegens een ander in alle omstandigheden zorgvuldig moet handelen en leggen de artikelen dus niet in algemene zin een zorgvuldigheidsplicht op. De artikelen bieden slechts een manier om schade ten gevolge van een fout, vergoed te zien.⁶⁴⁷

423. Ik wees er hiervoor op dat de gekozen constructie dan die is waarin de vrees voor toekomstige schade, en de genotsderving die daaruit voortvloeit, de actuele schade is die voor vergoeding in aanmerking komt. Bocken heeft ook daartegen in 1986 zijn bedenkingen geuit omdat de dreiging van schade in veel gevallen geen genotsstoornis meebrengt.⁶⁴⁸ Bocken pleit daarom voor een andere benadering, namelijk die waarin wordt aangenomen dat artikel 1382 BW (België) niet alleen een verplichting meebrengt om veroorzaakte schade te vergoeden, maar ‘ook en vooral’ een verplichting om geen fouten te begaan waaruit schade voortvloeit. Dat brengt in zijn visie mee dat een bevel of verbod om bepaald (toekomstig) handelen te verrichten of te staken, niet het herstel in natura is van reeds aangerichte schade, maar de *uitvoering in natura* van de verplichting om geen schade te

⁶⁴¹ Gillaerts 2020, p. 201 en 488.

⁶⁴² Hof van Cassatie 26 juni 1980, nr. 686., *Arr. Cass.* 1980, p. 1365. Het arrest had mede betrekking op de principiële vraag naar de scheiding der machten. Kruithof is kritisch over het arrest en de daarin gekozen grondslagen. Kruithof 2021, p. 138.

⁶⁴³ De Rey 2019, p. 164 en de in voetnoot 13 genoemde jurisprudentie.

⁶⁴⁴ Bocken 1986, p. 502-503.

⁶⁴⁵ Bocken 1986, p. 504.

⁶⁴⁶ Bocken 1986, p. 505.

⁶⁴⁷ Auvray 2021.

⁶⁴⁸ Bocken 1986, p. 506.

veroorzaken. Het bevel of verbod betreft daarmee de uitvoering van de onderliggende rechtsplicht die dreigt te worden overtreden.⁶⁴⁹ Daarmee sluit zijn redenering aan bij het bepaalde in artikel 3:296 BW, dat hij destijds als voorgesteld wetsartikel in zijn beschouwingen al kon betrekken.

424. Ik besteed zoveel aandacht aan de inmiddels toch wat oudere publicatie van Bocken, omdat in de toelichting op het Voorontwerp juist naar deze publicatie wordt verwezen ter onderbouwing van het gegeven dat de grondslag voor een preventief bevel of verbod ‘wankel’ is.⁶⁵⁰ Kennelijk hebben de opstellers van het Voorontwerp het nodig gevonden eventuele resterende onduidelijkheid over de grondslag voor een preventieve maatregel weg te nemen. In de praktijk kon de rechtspraak ook uit de voeten met de voorheen bestaande werkwijze en was een preventief bevel of verbod mogelijk.⁶⁵¹

7.14 Voorontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid (België)

425. In het ‘Voorontwerp van de wet houdende invoeging van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het Burgerlijk Wetboek’⁶⁵² is het volgende artikel 5.188 opgenomen:

5.188. Bevel of verbod

Onverminderd het recht op herstel van de schade, kan de rechter aan iemand die op foutieve wijze anderen schade dreigt te berokkenen een bevel of verbod opleggen dat erop gericht is om de foutieve gedraging of de verderzetting of herhaling ervan te voorkomen.

In dit artikel is, zonder twijfel, een preventieve actie neergelegd, die ertoe strekt de onrechtmatige gedraging, het voortduren ervan of de herhaling, te voorkomen. Niettemin is in de memorie van toelichting op het Voorontwerp opgenomen dat het ‘gemeen aansprakelijkheidsrecht zijn hoofdzakelijk vergoedende functie’ behoudt.⁶⁵³ Het voorgestelde artikel 5.188 behoudt nadrukkelijk een link met schade door voorop te stellen dat het recht op herstel van schade blijft bestaan.⁶⁵⁴ Tegelijkertijd vindt in het Voorontwerp een erkenning en bevestiging van de preventieve functie van het aansprakelijkheidsrecht plaats. De toelichting op het Voorontwerp laat er namelijk geen misverstand over bestaan dat ‘zelfs voordat schade ontstaat’ de rechter via een bevel of verbod zal kunnen optreden.⁶⁵⁵ In de toelichting op artikel 5.188 zelf is onder ogen gezien dat ‘het voorkomen van herstel van schade te verkiezen (is) boven het herstel.’⁶⁵⁶ Het bevel strekt er dan ook niet alleen toe dat herstel wordt geboden, maar strekt ook tot voorkoming van verdere schade en verhindert dus het voortzetten of herhalen van een onrechtmatige gedraging. Dat niet zeker is dat schade ontstaat is geen belemmering: ‘De bepaling ziet dus toe op het geval waarin een vrees voor mogelijke schade bestaat maar niet met zekerheid vaststaat dat de schade zich in de toekomst zal voordoen.’⁶⁵⁷

426. De vraag die zich aandient is waarom het nodig was artikel 5.188 op te nemen. Ook het Belgische recht kende immers al de mogelijkheid tot een dergelijk bevel dat strekt tot beëindiging van een onrechtmatige daad. Volgens de toelichting is de theoretische basis daarvoor echter ‘wankel’.⁶⁵⁸ De reden daarvoor is, als gezegd, dat bij toekomstige schade een van de voorwaarden voor aansprakelijkheid, namelijk het bestaan voor schade, niet vervuld is. Volgens de toelichting doet de

⁶⁴⁹ Bocken 1986, p. 507.

⁶⁵⁰ MvT. P. 217. Bovendien is het niet onomstreden. Zie Kruithof 2021, p. 140-141.

⁶⁵¹ Bocken & Boone 2011, p. 229.

⁶⁵² Hierover nader: Bocken 2021.

⁶⁵³ Memorie van toelichting Voorontwerp van de wet houdende invoeging van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het Burgerlijk Wetboek, pagina 13.

⁶⁵⁴ Auvray 2021, p. 21

⁶⁵⁵ Pagina 13.

⁶⁵⁶ Pagina 217.

⁶⁵⁷ P. 217.

⁶⁵⁸ P. 217.

loutere vrees voor schade nog geen nadeel ontstaan, waardoor de voorwaarden voor aansprakelijkheid nog niet zijn vervuld en de rechter dus de stopzetting van de onrechtmatige handelwijze niet kan bevelen. Artikel 18 van het Gerechtelijk Wetboek, dat een rechtsvordering toelaat indien zij is ingesteld om een schending van een ernstig bedreigd recht te voorkomen, is volgens de toelichting slechts een procedureregels die de toepassing van de materieelrechtelijke regels onverlet laat.⁶⁵⁹

427. Die ‘wankelende basis’ wordt met artikel 5.188 omgezet in een wettelijke basis voor een preventieve actie. Voor een bevel of verbod tot het staken of het niet uitvoeren van een bepaalde handeling is daarbij vereist dat de schade het voorzienbare of waarschijnlijke gevolg is van die handeling.

428. Opmerking verdient dat het bevel en verbod niet worden gezien als een vorm van herstel in natura, maar strekken tot het treffen van preventieve maatregelen ter verzekering van de rechtsplicht om niet onrechtmatig te handelen. Die rechtsplicht is in artikel 5.146 neergelegd. De toelichting ziet echter onder ogen dat een op artikel 5.188 gebaseerd bevel of verbod feitelijk tot eenzelfde resultaat kunnen leiden als herstel in natura.

7.15 *Vergelijking op hoofdlijnen van de Nederlandse en de Belgische situatie*

429. Een vergelijking van de Nederlandse en de Belgische situatie laat vooral veel overeenkomsten zien. Dat rechtsplichten moeten worden nagekomen is ook in België het uitgangspunt. De nakoming van een verbintenis kan (preventief) worden afgedwongen en een onrechtmatige daad kan worden voorkomen. Het Voorontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid neemt eventuele resterende twijfel weg over de vraag of louter preventief een bevel kan worden gegeven of een verbod kan worden uitgesproken.

430. Opvallend is dat in de toelichting op het Voorontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid onverminderd wordt uitgesproken dat het aansprakelijkheidsrecht zijn ‘hoofdzakelijk vergoedende functie’ behoudt. Ondanks die hoofdzakelijk vergoedende functie immers is een preventieve remedie mogelijk en nadrukkelijk in het Voorontwerp verankerd. Het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht heeft vast en zeker ook een vergoedende functie, maar de achtergrond van het rechterlijk bevel en verbod is primair preventief.

431. De gebondenheid aan het schadebegrip in België laat zich mogelijk verklaren door het ontbreken van het relativiteitsvereiste als corrigerende randvoorwaarde. Zonder de mogelijkheid van toekomstige schade zou een preventief bevel of verbod anders ook kunnen worden opgelegd in gevallen die in Nederland op het relativiteitsvereiste zouden afstuiten.⁶⁶⁰

432. De vergelijking laat voorts zien dat in artikel 5.234 van het Wetsvoorstel verbintenissenrecht met zoveel woorden is opgenomen dat nakoming in natura niet kan worden verlangd indien dit onmogelijk of abusief is. Artikel 3:296 BW kent niet een vergelijkbare passage, maar zoals ik hiervoor heb uitgewerkt, geldt dat in Nederland evenzeer. Dat geldt ook voor het gegeven dat dwang op de persoon niet mogelijk is. In de Belgische bronnen komt dat pregnanter naar voren dan in de Nederlandse bronnen, maar het geldt in beide landen evengoed.

433. Per saldo zal een schuldeiser die nakoming wil of die preventief een onrechtmatige daad wil voorkomen zowel in België als in Nederland zijn recht kunnen halen. Ik ga in paragraaf 10.2.7 in op de vraag of de Belgische rechter ten aanzien van een bevel- of verbodsvordering een discretionaire bevoegdheid heeft, of een gehoudenheid die met die van de Nederlandse rechter overeenkomt.

7.16 *Conclusie*

⁶⁵⁹ Aldus de toelichting, pagina 217-218.

⁶⁶⁰ Hierover: Auvray 2021

434. In dit hoofdstuk heb ik uiteen gezet hoe het rechterlijk bevel en verbod op dit moment in het Nederlandse recht zijn geregeld. In het bijzonder ben ik ingegaan op de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan voordat een vordering strekkende tot een bevel of verbod kan worden toegewezen. Als uitgangspunt en hoofdregel geldt dat het nakomen van rechtsplichten met een rechterlijk bevel of verbod kan worden afgedwongen. Daarin is ook een beperking gelegen: slechts de nakoming van *die* rechtsplicht kan worden afgedwongen. Een rechterlijk bevel of verbod kan niet een rechtmatig handelen verbieden of iets gebieden waartoe iemand niet op grond van een rechtsplicht gehouden is. Voor het preventief geven van een bevel of verbod is vereist dat er een reële dreiging is van de schending van de rechtsplicht. Als algemene randvoorwaarde geldt ook voor het rechterlijk bevel en verbod dat voldaan moet zijn aan het relativiteitsvereiste. De vergelijking met het Belgische recht laat juist op dat punt een verschil zien. Weliswaar is een op preventie gerichte rechterlijke uitspraak ook in België te verkrijgen, maar het ontbreken van het relativiteitsvereiste maakt de gebondenheid aan het schadebegrip extra belangrijk.

435. In het voorgaande hoofdstuk (nummer 292) heb ik geconcludeerd dat een preventieve remedie effectief is wanneer zij

- a) materiële rechten kan afdwingen
- b) tijdig is
- c) een afschrikkende functie heeft en
- d) proportioneel is.

Het is te vroeg om nu al te concluderen of het rechterlijk bevel en verbod aan die eisen voldoen. Die balans kan ik pas aan het eind van dit boek opmaken. Wel kan ik nu al zeggen dat de voorwaarden die gesteld zijn aan het verkrijgen van een rechtelijk bevel of verbod aan een effectieve toepassing daarvan niet in de weg staan. Het karakter van het rechterlijk bevel of verbod is dat het op de toekomst is gericht en dus preventief werkt. Daarmee kan het rechterlijk bevel of verbod een krachtig middel zijn om schending van een rechtsplicht te voorkomen en daarmee om (preventief) materiële rechten af te dwingen. Ik zal hierna (paragraaf 10.2.4) nader ingaan op de mogelijkheden die het kort geding biedt voor het rechterlijk bevel en verbod, maar ik kan nu al zeggen dat het gegeven dat het mogelijk is om in kort geding een rechterlijk bevel of verbod te verkrijgen, meebrengt dat de remedie in ieder geval theoretisch tijdig beschikbaar is. De congruentie-eis kan vragen oproepen over het afschrikkende karakter van de remedie: als de rechter alleen kan verbieden wat al verboden is of iets kan gebieden waartoe iemand al gehouden is, lijkt dat een weinig overtuigend middel om iemand ergens toe te bewegen. Die conclusie zou de waarde van het rechterlijk oordeel onderschatten. Bovendien zal het rechterlijk bevel en verbod in de regel vergezeld gaan van een dwangsom (of in een zeldzaam geval van lijfswang). De dwangsom op zijn beurt kan niet zonder het bevel of verbod bestaan. Juist de combinatie van een rechterlijk bevel of verbod met een dwangsom zal afschrikkend kunnen werken, zij het in de eerste plaats voor de veroordeelde en niet zonder meer in bredere zin. Op de manier waarop de proportionaliteit van de remedie kan worden gewaarborgd, ga ik in hoofdstuk 10 in.

436. Om nader te onderzoeken of de remedie ook daadwerkelijk effectief is, bespreek ik in het volgende hoofdstuk de afwijzingsgronden.

8. Afwijzingsgronden

8.1 Inleiding

437. Artikel 3:296 BW noemt als afwijzingsgronden de wet, de aard der verplichting en een rechtshandeling. Het feit dat de wet bepaalde afwijzingsgronden noemt is relevant voor de centrale vraag van dit boek naar de effectiviteit van het rechterlijk bevel en verbod als remedie. Als te snel wordt aangenomen dat, hoewel er een bepaalde rechtsplicht bestaat, een vordering die strekt tot een bepaald bevel of verbod kan worden afgewezen, kan dat afbreuk doen aan de effectiviteit van de remedie. Ik bespreek de afwijzingsgronden daarom achtereenvolgens. Ik bespreek ook enkele andere verweren die niet uit artikel 3:296 BW, maar wel elders uit de wet, voortvloeien.

8.2 De wet

8.2.1 Algemene wettelijke uitzonderingen

438. Artikel 3:296 BW noemt als eerste afwijzingsgrond de wet. In de parlementaire toelichting is de wet als belemmering voor toewijzing van een bevel of verbod niet nader toegelicht. Kennelijk was de verwachting dat die geen vragen zou oproepen. Van Nispen is daarover ook kort en volstaat met de opmerking dat geen wetsbepaling zich verzet tegen de vordering tot nakoming van een bepaalde vermogensrechtelijke rechtsplicht.⁶⁶¹ Het meest duidelijke voorbeeld van een geval waarin de wet in de weg staat aan een bevel tot nakoming, is de natuurlijke verbintenis (artikel 6:3 lid 1 BW). Die is niet afdwingbaar en kan dus ook niet onderwerp zijn van een bevel of verbod. Bij de natuurlijke verbintenis is het echter ook ‘de aard van de verplichting’, eveneens een in artikel 3:296 BW genoemde uitzondering, die aan een rechterlijk bevel of verbod (meestal zal het bij een natuurlijke verbintenis om een bevel gaan) in de weg staat.

439. Getwijfeld kan worden over het volgende: uit artikel 7:2 BW volgt dat een koopovereenkomst met betrekking tot een woning schriftelijk wordt aangegaan indien de koper een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf. Kan de rechter nu, indien de koper of de verkoper nadat mondelinge overeenstemming is bereikt, weigert de schriftelijke koopovereenkomst te ondertekenen, hem bevelen tot ondertekening over te gaan? Uit de wet volgt dat hij niet tot zodanige medewerking verplicht is, zodat een dergelijk bevel, evenals overigens de toewijzing van een vordering tot schadevergoeding, niet mogelijk is.⁶⁶² Weliswaar kan onder zeer bijzondere omstandigheden worden geoordeeld dat een beroep op het ontbreken van een schriftelijke vastlegging van de bereikte wilsovereenstemming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, maar ook dan is een bevel tot schriftelijke vastlegging niet mogelijk. In deze situatie is het echter niet zozeer de wet die aan het uitspreken van een bevel tot ondertekening van de koopovereenkomst in de weg staat, als wel het gegeven dat uit artikel 7:2 BW geen rechtsplicht voortvloeit om tot een dergelijke ondertekening over te gaan.

440. Verder kan in dit verband worden gewezen op artikel 4:168 lid 1 BW dat een veroordeling tot nakoming van een uit de rechtshandeling voortvloeiende verbintenis tot vervreemding of bezwaring van een onder bewind staand goed onmogelijk maakt.

8.2.2 Zwaarwegende maatschappelijke belangen

441. Een bijzondere uit de wet voortvloeiende uitzondering wordt in het kader van een vordering uit onrechtmatige daad gegeven door artikel 6:168 BW: de rechter kan een vordering strekkende tot een verbod van een onrechtmatige daad afwijzen op de grond dat deze gedraging door zwaarwegende maatschappelijke belangen dient te worden geduld. Het gaat hier om een discretionaire bevoegdheid

⁶⁶¹ Van Nispen 2003/12 en Van Nispen 2018/15.

⁶⁶² HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7412, NJ 2013/273, m.nt. J. Hijma.

die een belangenafweging door de rechter vergt.⁶⁶³ Artikel 6:168 BW valt onder de categorie uitzonderingen op grond van de wet.⁶⁶⁴ Het is echter wel van belang vast te stellen dat het hier niet zozeer de wet is die aan een vordering tot nakoming in de weg staat, maar de zwaarwegende maatschappelijke belangen als zodanig. De wet biedt in artikel 6:168 BW slechts de grondslag om een gevorderd verbod of bevel af te wijzen.

442. De term ‘zwaarwegende maatschappelijke belangen’ is de vervanging van de in eerste instantie voorgestelde terminologie ‘het algemeen belang’. Daarmee is beoogd tot uitdrukking te brengen dat de bepaling toepassing kan vinden bij een ‘reeks van belangen die op de een of andere wijze uit maatschappelijk oogpunt bescherming verdienen.’⁶⁶⁵

443. Uit de tekst van artikel 6:168 BW volgt dat de rechter eerst moet beoordelen of het belang waarop een gedaagde zich beroept een ‘zwaarwegend maatschappelijk belang’ is. Als die vraag bevestigend wordt beantwoord, moet worden afgewogen of dat belang rechtvaardigt dat een gevorderd verbod wordt afgewezen. Het gaat dus om een dubbele beoordeling waarbij het door de gedaagde ingeroepen zwaarwegende maatschappelijk belang moet worden afgewogen tegen het belang waarvan eiser bescherming inroept.⁶⁶⁶

444. Bij zwaarwegende maatschappelijke belangen moet worden gedacht aan uiteenlopende belangen van maatschappelijke aard.⁶⁶⁷ Een zwaarwegend maatschappelijk belang hoeft niet altijd een belang te zijn waarvan de behartiging aan de overheid is opgedragen, hoewel de oudere jurisprudentie wel (toenmalige) overheidstaken tot onderwerp had.⁶⁶⁸ De jurisprudentie maakt dit duidelijk. De Hoge Raad aanvaardde de in artikel 6:168 BW neergelegde regel reeds in een arrest van 3 april 1987 waarin als zwaarwegend maatschappelijk belang werd aangenomen dat ‘normale bouwactiviteiten niet onnodig worden belemmerd.’⁶⁶⁹ Jansen noemt als voorbeeld industriële activiteiten waaraan grote behoefte bestaat en die werkgelegenheid meebrengen, maar ook heiwerkzaamheden voor de bouw van een woning.⁶⁷⁰ Dat het niet belemmerd worden van dergelijke activiteiten een zwaarwegend maatschappelijk belang is, spreekt minder tot de verbeelding dan de situaties waarin een algemeen belang, dus een belang dat iedereen aangaat, wordt gediend, bijvoorbeeld belangen van volksgezondheid of diergezondheid,⁶⁷¹ het instandhouden van een natuurgebied,⁶⁷² of werkgelegenheids- en milieubelangen.⁶⁷³ Zuivere privé-belangen worden niet beschermd, maar denkbaar is dat een dergelijk privé-belang ook een belang is van een grote groep personen. Het privé-belang kan dan uitgroeien tot een maatschappelijk belang. De werking van artikel 6:168 BW is overigens nadrukkelijk niet beperkt tot onrechtmatige hinder.⁶⁷⁴

445. Artikel 6:168 BW tast niet de eenmaal vastgestelde onrechtmatigheid van de gedraging aan, maar bepaalt ‘slechts’ dat een verbod niet kan worden uitgesproken. Het recht op schadevergoeding

⁶⁶³ Asser/Sieburgh 6-IV 2019/161 wijst er op dat er ook in de vraag of een bepaalde gedraging onrechtmatig is, een afweging van de bij het geval betrokken persoonlijke en maatschappelijke belangen plaatsvindt. Zie over de te maken belangenafweging ook Jansen 2009/66.

⁶⁶⁴ Lindenbergh, in: *T&C Burgerlijk Wetboek 2017*, art. 6:168 BW, aant. 6. Van Nispen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:168 BW, aant. 1.

⁶⁶⁵ PG Boek 5, p. 55.

⁶⁶⁶ Asser/Sieburgh 6-IV 2019/162.

⁶⁶⁷ PG Boek 6, p. 671.

⁶⁶⁸ HR 18 februari 1944, *NJ* 1944/226 (*Haagse duinwaterleiding*) en HR 19 december 1952, *ECLI:NL:HR:1952:AG1997*, *NJ* 1953/642, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Voorste Stroom VII*).

⁶⁶⁹ HR 3 april 1987, *ECLI:NL:HR:1987:AG5569*, *NJ* 1987/703 m.nt. W.C.L. van der Grinten.

⁶⁷⁰ Jansen 2009/65.

⁶⁷¹ Vgl. HR 18 januari 1991, *ECLI:NL:HR:AC4031*, *NJ* 1992/638 (*Staat/Leffers*, m.nt. C.J.H. Brunner onder *NJ* 1992/639).

⁶⁷² Vgl. HR 15 februari 1991, *ECLI:NL:HR:1991:ZC0150*, *NJ* 1992/639, m.nt. C.J.H. Brunner (*Aalscholvers*).

⁶⁷³ PG Boek 5, p. 55.

⁶⁷⁴ PG Boek 6, p. 671.

blijft behouden. Uit het derde lid volgt dat alsnog een verbod kan worden opgelegd indien aan een veroordeling tot schadevergoeding of het stellen van zekerheid niet wordt voldaan. Een verbod kan ook voorwaardelijk worden opgelegd.⁶⁷⁵ Ik zie geen reden om aan te nemen dat het niet ook direct voorwaardelijk kan worden verbonden aan een veroordeling tot schadevergoeding of zekerheidstelling.

446. De uitzondering van artikel 6:168 BW strekt niet zover dat een inbreuk op het grondrecht van persoonlijke vrijheid moet worden geduld. De Hoge Raad verwierp in zijn arrest van 8 juli 1992 nadrukkelijk het betoog van de Staat dat, voor het geval het gedwongen verblijf van asielzoekers in de transitruimte op Schiphol onrechtmatig zou zijn, dit verblijf op grond van de zwaarwegende maatschappelijke belangen die daarmee gemoeid waren, zou moeten worden geduld.⁶⁷⁶

447. Tot slot zij opgemerkt dat artikel 6:168 BW betrekking heeft op onrechtmatige gedragingen en dus niet op verbintenissen uit overeenkomst. Indien er zwaarwegende maatschappelijke belangen zijn die aan de nakoming van verbintenissen uit overeenkomst in de weg kunnen staan, dient te worden getoetst aan de regeling van de onvoorziene omstandigheden van artikel 6:258 BW.⁶⁷⁷

448. Deze uitzondering laat zien dat in afwijking van de hoofdregel van artikel 3:296 BW een afweging van belangen dient plaats te vinden en dat die afweging van belangen ertoe kan leiden dat een bevel om onrechtmatige gedragingen te staken, wordt afgewezen. Het artikel doet daarmee zeker afbreuk aan de effectiviteit van de remedie. Als uitgangspunt heeft immers te gelden dat iemand niet hoeft te dulden dat een ander jegens hem onrechtmatig handelt of gaat handelen. Een beroep op deze uitzonderingsgrond zal dan ook niet te snel moeten worden aanvaard. Hoewel de bepaling afbreuk doet aan de effectiviteit van het bevel en verbod, kan er tegelijkertijd ook een bevestiging in worden gezien van de voorrang van het verbod om onrechtmatig te handelen (als primaire remedie) boven schadevergoeding bij onrechtmatig handelen. In het eerste lid is immers de afwijzing van een verbod als uitzondering op de hoofdregel geformuleerd en is bepaald dat het recht op schadevergoeding blijft bestaan, wanneer de vordering tot een verbod wordt afgewezen. Dat impliceert de voorrang van het verbod.⁶⁷⁸

8.3 De aard der verplichting

449. De uitzondering ‘de aard der verplichting’ is wel door de wetgever toegelicht: *‘men denke b.v. aan het geval dat een auteur jegens zijn uitgever de verplichting op zich heeft genomen een bepaald werk te schrijven.’*⁶⁷⁹ Het gaat dan om een verbintenis tot (hoogst)persoonlijke dienstverlening die zich bij niet-nakoming oplost in schadevergoeding.⁶⁸⁰ Van Nispen werpt terecht de vraag op of in zo’n geval de vordering tot nakoming altijd moet worden uitgesloten.⁶⁸¹ Hij geeft als voorbeeld de auteur die het boek wel ‘uit zijn pen’ krijgt, maar liever met een beter betalende uitgever in zee gaat. In zo’n situatie hoeft er inderdaad geen reden te zijn de vordering tot nakoming af te wijzen op grond van het persoonlijke karakter van de aangenomen verbintenis. Het is dan immers niet dat persoonlijke karakter van de verbintenis dat de nakoming verhindert, maar de keuze van de schuldenaar.

450. Deze uitzondering ligt overigens dicht aan tegen de ‘onmogelijkheid’. Een auteur die een toegezegd werk niet kan maken omdat hij geen inspiratie heeft, of een schilder die een kunstwerk niet uit zijn penseel krijgt verkeert in een situatie van feitelijke onmogelijkheid. Een dwangmiddel is dan niet voorhanden. Op de problematiek van de onmogelijkheid ga ik in hoofdstuk 11 in.

⁶⁷⁵ PG Boek 5, p. 36 (‘uiteraard kan de rechter ook een voorwaardelijk verbod geven’).

⁶⁷⁶ HR 8 juli 1993, ECLI:NL:HR:1992:AC0476, NJ 1993/488, m.nt. A.H.J. Swart.

⁶⁷⁷ Van Nispen 2018/17.

⁶⁷⁸ Aldus Dubbink 1998, p. 12-13.

⁶⁷⁹ PG Boek 3, p. 896.

⁶⁸⁰ Haas 2009, p. 71.

⁶⁸¹ Van Nispen 2018/15.

451. Een in dit verband bijzonder geval was de vordering van een kunstverzamelaar tegen een beroemde kunstenaar. De verzamelaar stelde dat de kunstenaar een werk zou maken voor een tentoonstelling in het Gemeentemuseum en dat de verzamelaar daarvan eigenaar zou worden. De rechtbank Rotterdam achtte na bewijslevering bewezen dat de kunstenaar zich ertoe verbonden had een werk te maken dat eigendom van de verzamelaar zou worden. Een veroordeling om een nieuw kunstwerk te maken zou hebben kunnen afstuiten op de aard van de verplichting. Het gaat hier immers om een inspanning van artistieke aard, die maar moeilijk kan worden afgedwongen. De rechtbank oordeelde echter dat het tussen partijen gebruikelijke overleg over de invulling van dit soort opdrachten zou moeten plaatsvinden. De kunstenaar diende daarbij rekening te houden met de voorkeur van de opdrachtgever om een werk te maken dat ‘op het eerste gezicht als indrukwekkend wordt ervaren.’ Van de kunstenaar mocht echter niet verwacht worden zich te beperken tot de reproductie of herhaling van eerder werk, het stond hem vrij een nieuw werk te maken dat aansluit bij de ontwikkeling die hij als kunstenaar heeft doorgemaakt.

452. De rechtbank heeft de kunstenaar vervolgens daadwerkelijk veroordeeld één of meer werken te maken en af te leveren, op straffe van een dwangsom.⁶⁸² De vraag is of dit in het licht van artikel 3:296 BW werkelijk problematisch is. Die vraag wordt in het vonnis overigens niet beantwoord. Die vraag kan echter in dit geval wel ontkennend worden beantwoord omdat de rechtbank de kunstenaar de vrijheid heeft gelaten om een werk te maken naar eigen artistieke inzichten. De rechtbank overwoog dat ‘weinig concreet kon worden omschreven wat de kunstenaar zou moeten presteren.’ Wanneer een kunstenaar die vrijheid wordt gelaten is inderdaad niet goed in te zien waarom de verbintenis om een kunstwerk te maken niet op deze manier afgedwongen zou kunnen worden. Het verloop van de zaak laat echter ook zien dat het afdwingen daarvan moeizaam blijft. Een korte zoektocht op internet leert dat de kunstenaar na het vonnis heeft aangeboden een muurschildering te maken met de tekst ‘Shove it up your ass, you faggot.’⁶⁸³ Het is niet na te gaan of dit de uitvoering is van de verbintenis die partijen voor ogen heeft gestaan. Dat zo zijnde, moet de conclusie eigenlijk toch luiden dat een verbintenis die de schuldenaar een zo grote vrijheid laat om die uit te voeren op een wijze die hem (artistiek) goed dunkte, feitelijk niet afdwingbaar is.

453. Wanneer het gaat om rechtsplichten die naar hun aard niet kunnen worden afgedwongen, kan verder nog worden gedacht aan bepaalde verplichtingen uit het personen- en familierecht waarvan moet worden aangenomen dat de aard van de verplichting zich ertegen verzet dat een bevel tot nakoming wordt gegeven.⁶⁸⁴

454. Een bijzondere situatie doet zich voor indien voor het te bevelen handelen een publiekrechtelijke vergunning nodig is. Ook dan zal zich een weigeringsgrond kunnen voordoen die verband houdt met de aard van de verplichting. Dat zal bijvoorbeeld het geval zijn indien een gebouw of delen daarvan moeten worden afgebroken of juist gebouwd, maar kan zich ook voordoen indien een boom moet worden gerooid. Voor dergelijke activiteiten zal een vergunning nodig zijn en de burgerlijke rechter heeft het niet in zijn macht daarvoor te zorgen. Een onvoorwaardelijk bevel om een dergelijke activiteit te verrichten kan dan niet steeds worden gegeven, maar een veroordeling om alles in het werk te stellen een vergunning te verkrijgen en daarna de werkzaamheden uit te voeren is natuurlijk wel denkbaar.⁶⁸⁵

⁶⁸² Rb. Rotterdam 24 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4417. Het tussenvonnis dateert van 23 juli 2014 en is gepubliceerd onder ECLI:NL:RBROT:2014:6962.

⁶⁸³ Nieuwsbericht Algemeen Dagblad 17 juli 2015, te vinden via Google.nl.

⁶⁸⁴ Zie over deze verplichtingen Jongbloed 2015/129 e.v. waarin hij ingaat op de (ontkennend te beantwoorden) vraag of een dwangsom kan worden opgelegd.

⁶⁸⁵ Het alternatief is om wel een onvoorwaardelijk bevel te geven en het te laten aankomen op een executiegeschil indien de publiekrechtelijke vergunning niet verkregen wordt. Wat verstandig is, is afhankelijk van de specifieke situatie.

455. Een schuldeiser die zich gesteld ziet voor de situatie dat hij iets verlangt waarvoor een vergunning nodig is, dient zijn vordering daarop in te richten. Zolang de vergunning niet is verleend zal er al snel sprake zijn van een (juridische) onmogelijkheid. Tot dat moment zal van de aangesproken partij, als wordt geoordeeld dat hij verplicht is tot het verrichten van een bepaalde handeling, kunnen worden verwacht zich ervoor in te spannen die vergunning te verkrijgen. De vordering en het bevel zullen ook daarop gericht moeten zijn. Indien een vergunning is geweigerd en die weigering formele rechtskracht heeft gekregen, is sprake van een definitieve onmogelijkheid die dan voortvloeit uit de aard van de verplichting. Dan rest alleen schadevergoeding.

456. Op het grensvlak van het publiek- en privaatrecht speelde zich ook de casus af waarover de Hoge Raad had te beslissen in een arrest van 18 februari 2022.⁶⁸⁶ In die zaak was tussen de provincie Noord Brabant enerzijds en een varkenshouder anderzijds een koopovereenkomst gesloten waarbij de varkenshouder zijn bedrijfsperceel aan de Provincie verkocht. De koopsom was feitelijk een subsidie voor de verplaatsing van het bedrijf, maar die subsidie werd gegoten in de vorm van een koopsom. Omdat de voorgenomen verplaatsing van het bedrijf is uitgesteld, is de subsidie, die bij beschikking werd vastgesteld, lager uitgevallen. Er ontstond daardoor een discrepantie tussen het subsidiebedrag enerzijds en de in de koopovereenkomst neergelegde koopprijs anderzijds. Over de hoogte van de subsidie is een bestuursrechtelijke procedure gevoerd waarin onherroepelijk de lagere subsidie is komen vast te staan.

457. In de civiele procedure vorderde de varkenshouder nakoming van de koopovereenkomst en dus betaling van een hoger bedrag dan de subsidie. Het hof wees die vordering toe. Daartoe oordeelde het hof dat het weliswaar gebonden was aan het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak over de hoogte van de subsidie, maar dat het hof te oordelen had over de daarvan los te beantwoorden vraag of de Provincie de koopovereenkomst is nagekomen door een bedrag te betalen dat lager was dan het in de koopovereenkomst opgenomen bedrag. In de koopovereenkomst was geen bepaling opgenomen die voorzag in een verlaging van de koopprijs indien de subsidie zou worden verlaagd en het hof oordeelde mede daarom dat de varkenshouder erop mocht vertrouwen dat de Provincie hem de koopprijs zou betalen die in de koopovereenkomst was opgenomen.

458. De Hoge Raad vernietigde dit oordeel van het hof omdat de overeenkomst tussen partijen had te gelden als een uitvoeringsovereenkomst zoals bedoeld in artikel 4:36 Awb. Een dergelijke uitvoeringsovereenkomst kan een beschikking tot subsidieverlening en subsidievaststelling niet vervangen. Als een subsidie in de vorm van een koopsom wordt verstrekt, kan in een koopovereenkomst daarom niet een ander bedrag worden overeengekomen dan het bedrag dat uit de subsidieregeling voortvloeit. Daaraan voegde de Hoge Raad toe dat, als de overeenkomst toch afwijkt van de (onherroepelijke) beschikking waarbij het bedrag van de subsidie is vastgesteld, daarvan geen nakoming kan worden gevorderd.

459. Het arrest geeft daarmee een voorbeeld van een situatie waarin geen nakoming kan worden gevorderd van een op zichzelf duidelijke overeengekomen verplichting, namelijk betaling van een koopsom. Het is hier de aard van de overeenkomst, namelijk een uitvoeringsovereenkomst, die aan nakoming in de weg staat. De Hoge Raad overweegt, onder verwijzing naar jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak, dat een uitvoeringsovereenkomst niet in de plaats kan komen van de subsidiebeschikking. Daaruit volgt dat, als in de overeenkomst uiteindelijk een ander bedrag staat dan het definitief vastgestelde subsidiebedrag, een vordering tot nakoming toch niet kan worden toegewezen. Het arrest past daarmee naadloos in de uitzondering van artikel 3:296 lid 1 BW. De casus maakt daarmee niet alleen duidelijk dat het begrip ‘aard van de overeenkomst’ een ruim begrip is dat op allerlei soorten overeenkomsten van toepassing kan zijn, maar de casus onderstreept ook het belang van de bepaling. Zonder die uitzondering zou er immers niet goed een mouw te passen zijn geweest

⁶⁸⁶ HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:275.

aan de discrepantie tussen de subsidiebeschikking enerzijds en de overeenkomst anderzijds.⁶⁸⁷ Het passen van zo'n mouw is echter wel noodzakelijk omdat toewijzing van de vordering tot nakoming van de volledige koopsom afbreuk zou hebben gedaan aan de waarde van de bestuursrechtelijke rechtsgang. De varkenshouder had zich de moeite van het procederen tegen de subsidiebeschikking in dat geval sowieso kunnen besparen omdat hij een beroep zou kunnen doen op de koopovereenkomst. Die uitkomst zou te zeer afbreuk doen aan de voorrang van de bestuursrechtelijke procedure tegen subsidiebeschikkingen.⁶⁸⁸

8.4 *Rechtshandeling, afdwingbaarheid uitgesloten*

460. Tot slot de rechtshandeling: het staat partijen in beginsel vrij de vordering tot nakoming uit te sluiten. Dat kan zowel impliciet als expliciet gebeuren.⁶⁸⁹ Partijen die een 'gentlemen's agreement' sluiten, zullen zich ervan bewust zijn dat nakoming niet kan worden afgedwongen.⁶⁹⁰ Partijen kunnen er bij een op zichzelf afdwingbare overeenkomst voor kiezen de nakomingsvordering nadrukkelijk uit te sluiten. In het oorspronkelijk ontwerp was opgenomen dat uit een 'beding van partijen' kon voortvloeien dat nakoming niet kon worden afgedwongen. Dat is veranderd in het woord 'rechtshandeling'. In de toelichting is in dit verband benadrukt dat ook bij een eenzijdige rechtshandeling een vordering tot nakoming kan worden uitgesloten.⁶⁹¹ Daarbij is als voorbeeld genoemd de uiterste wilsbeschikking waarbij aan een erfgenaam of legataris een verplichting wordt opgelegd om iets aan een ander te geven of te diens behoefte iets te doen of na te laten, maar waarbij aan die ander een rechtsvordering tot nakoming wordt onthouden.

461. Op het eerste gezicht lijkt het niet erg aannemelijk dat partijen overeenkomen de vordering tot nakoming uit te sluiten. Wat is immers het nut van een overeenkomst indien de nakoming daarvan niet kan worden afgedwongen? Bedacht moet evenwel worden dat zich situaties kunnen voordoen waarbij de omstandigheden die onderwerp zijn van een te sluiten overeenkomst met onzekerheid zijn omgeven. Als partijen voorzien dat zich de situatie kan voordoen dat nakoming onevenredig veel meer zal kosten dan de schade die niet-nakoming veroorzaakt, kan het legitiem zijn de vordering tot nakoming uit te sluiten. De crediteur staat in dat geval niet met lege handen: de vordering tot schadevergoeding bestaat immers onverminderd. Tegelijkertijd kunnen zich omstandigheden voordoen die meebrengen dat een beroep op de uitsluiting van de nakomingsvordering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

462. Voor het uitsluiten van de vordering tot nakoming zou ook aanleiding kunnen bestaan als partijen willen onderstrepen dat zij een inspanningsverplichting zijn overeengekomen. Hoewel ook van een inspanningsverplichting nakoming kan worden verlangd, kan elke onzekerheid over de aard van de overeenkomst worden weggenomen door de vordering tot nakoming met betrekking tot een bepaald resultaat uit te sluiten.

463. De vrijheid om nakomingsacties uit te sluiten is overigens een op de zwarte lijst van artikel 6:236 BW voorkomend beding. Indien in een tussen een gebruiker in de zin van dat artikel enerzijds en een natuurlijk persoon, niet handelend in de uitoefening van beroep of bedrijf, anderzijds gesloten overeenkomst in de algemene voorwaarden een bepaling voorkomt die de natuurlijk persoon geheel en onvoorwaardelijk het recht ontnemt de door de gebruiker toegezegde prestatie op te eisen, wordt dat

⁶⁸⁷ Een mogelijkheid zou wellicht zijn geweest de koopovereenkomst aldus uit te leggen dat de koopsom moet worden begrepen tegen de achtergrond van het subsidiebedrag, maar uit het arrest van het hof moet worden afgeleid dat daarvoor wel een vergaande lenigheid van geest nodig zou zijn geweest.

⁶⁸⁸ Zie hierover par. 3.2 van de conclusie van A-G Valk voor het arrest.

⁶⁸⁹ Zie Van Nispen 2018/15.

⁶⁹⁰ Strikt genomen hoeft in een gentlemen's agreement de nakoming niet met zoveel woorden uitgesloten te zijn. Een dergelijke overeenkomst kan ook naar zijn aard niet afdwingbaar zijn. In beide gevallen zal de overeenkomst moeten worden uitgelegd om te beoordelen wat partijen hebben beoogd.

⁶⁹¹ PG Boek 3, p. 896.

beding als onredelijk bezwarend aangemerkt en staat het bloot aan vernietiging op grond van artikel 6:233 sub a BW. De Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten bepaalde in de bijlage (volgens artikel 3, lid 3 van de Richtlijn een ‘indicatieve en niet uitputtende lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt’) ook al dat oneerlijk kan zijn een beding dat ertoe strekt de wettelijke rechten van de consument in geval van gedeeltelijke wanprestatie of van gebrekkige uitvoering door de verkoper van een van diens contractuele verplichtingen, op ongepaste wijze uit te sluiten of te beperken.⁶⁹² Het is aan de rechter om zo nodig ambtshalve te beoordelen of sprake is van een oneerlijk beding.⁶⁹³ Ten aanzien van de consumentenkoop beperkt ook artikel 7:6 BW de mogelijkheid om het recht op nakoming uit te sluiten.

8.5 Andere afwijzingsgronden en verweren

8.5.1 Redelijkheid en billijkheid

464. Een schuldeiser en een schuldenaar zijn volgens artikel 6:1 lid 1 BW verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid. Artikel 6:2 lid 2 BW bepaalt verder dat een tussen partijen krachtens de wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel niet van toepassing is indien dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Die regel geldt ook voor het bepaalde in artikel 3:296 BW en is specifiek voor overeenkomsten neergelegd in artikel 6:248 lid 2 BW. Een nakomingsvordering die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, zal hierop dienen af te stuiten. Deze beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid voor overeenkomsten is een relevant verweermiddel tegen een nakomingsvordering. De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid strekt zich namelijk ook uit over remedies.⁶⁹⁴

465. De vraag wanneer de toepassing van een regel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, is niet in algemene zin te beantwoorden.⁶⁹⁵ De begrippen redelijkheid en billijkheid bevatten open normen. Bij de toepassing van die open normen heeft de rechter de nodige vrijheid.⁶⁹⁶ De begrippen hangen echter niet helemaal in het luchtledige. Artikel 3:12 BW bepaalt dat bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, rekening moet worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken. Ook dat zijn overigens open en zelfs vage gezichtspunten die bovendien niet limitatief zijn opgesomd.⁶⁹⁷

466. De wet spreekt uit dat een regel slechts buiten toepassing kan blijven indien dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is. Dat betekent dat niet een meer open belangenafweging dient plaats te vinden, maar dat er sprake moet zijn van onaanvaardbare gevolgen van de toepassing van een regel. De rechter dient bij de toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid daarom een zekere terughoudendheid in acht te nemen.⁶⁹⁸ De Hoge Raad

⁶⁹² Richtlijn 93/13/EEG van 5 april 1993 (L 95/29). De Richtlijn is niet rechtstreeks van toepassing in de Nederlandse rechtsorde. De wettelijke regeling van de algemene voorwaarden moet echter richtlijnconform worden uitgelegd. Zie HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*).

⁶⁹³ Vgl. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*). Het Hof van Justitie heeft in een reeks van arresten geoordeeld dat de rechter bij consumentenovereenkomsten ambtshalve moet beoordelen of sprake is van een oneerlijk beding in de zin van de Richtlijn. Zie HvJ 27 juni 2000, ECLI:EU:C:2000:346, *NJ* 2000/730 (*Océano*); HvJ 26 oktober 2006, ECLI:EU:C:2006:675, *NJ* 2007/201 (*Mostaza Claro*), HvJ 4 juni 2009, ECLI:EU:C:2009:350, *NJ* 2009/395, m.nt. M.R. Mok (*Pannon*).

⁶⁹⁴ Zie bijvoorbeeld HR 29 april 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4579, *NJ* 1983/627, m.nt. P.A. Stein (*Spruijt/Sperry Rand*).

⁶⁹⁵ Valk 2019/276.

⁶⁹⁶ Schelhaas 2017/1.5.

⁶⁹⁷ Schelhaas 2017/1.5.

⁶⁹⁸ PG Boek 6, p. 68; Valk 2019/277.

heeft in een reeks van arresten bevestigd dat voor het buiten toepassing laten van een (krachtens overeenkomst) geldende regel niet voldoende is dat die regel in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Waar het om gaat is dat toepassing van die regel in de omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, hetgeen tot terughoudendheid nopende maatstaf is.⁶⁹⁹

467. Een voorbeeld is te vinden in het *Multivastgoed*-arrest van 5 januari 2001, waaruit volgt dat de crediteur bij de aanwending van zijn bevoegdheden rekening moet houden met de belangen van zijn debiteur.⁷⁰⁰ Er kunnen zich omstandigheden voordoen die meebrengen dat nakoming kosten meebrengt die in geen redelijke verhouding staan tot de schade die ontstaat indien nakoming uitblijft. In de zaak die onderwerp was van dat arrest vorderde Nethou een bevel aan Multi Vastgoed om op haar kosten ‘de gehele gevelbeplating van het project Rotterdam Plaza te vervangen door deugdelijke beplating conform het bestek, onder gehoudenheid tot verlening van een nieuwe garantie conform de in het petitum van de dagvaarding vermelde bestekgarantie’. Subsidiair werd schadevergoeding gevraagd. Multi Vastgoed verweerde zich onder meer met de stelling dat het gevorderde herstel disproportioneel was. Op zichzelf is dat geen uitzonderingsgrond op grond van artikel 3:296 BW. De primaire vordering werd door rechtbank en hof dan ook toegewezen. Het hof stelde daartoe vast dat de gebreken aan de gevelbeplating zonder twijfel en in het licht van de afgegeven garantie een tekortkoming opleveren. De kosten van herstel bedroegen weliswaar bijna NLG 6 miljoen, maar tegen de achtergrond van de totale kosten van het project (NLG 157 miljoen) oordeelde het hof dat niet disproportioneel. De Hoge Raad overwoog dat de crediteur, die de keuze heeft tussen nakoming en schadevergoeding in enigerlei vorm, niet geheel vrij is in deze keuze, maar daarbij gebonden is aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij mede de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij een rol spelen. Dat brengt mee dat een afweging dient plaats te vinden van enerzijds het belang op nakoming en anderzijds de aangeboden vorm van schadevergoeding. De afweging die het hof had gemaakt kon door de cassatie-technische beugel.

468. In een arrest van 26 september 2003 plaatste de Hoge Raad de afwijzing van de vordering nadrukkelijk in de sleutel van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁷⁰¹ In die zaak had een zoon, die na het overlijden van zijn vader was belast met het beheer van de effectenportefeuille waarvan zijn moeder het vruchtgebruik had, van zijn moeder een optie bedongen op de te maken koerswinst. Het invoeren van die optie zou hem een substantieel voordeel opleveren en meebrengen dat hij ook in sterke mate bevoordeeld zou worden boven de andere twee kinderen. Het hof oordeelde dat de vordering van de zoon (die, met een verklaring voor recht, neer kwam op nakoming van de overeenkomst) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Daaraan legde het hof mede ten grondslag dat de moeder haar kinderen in gelijke mate had willen bevoordelen en dat aan de zoon (slechts) een redelijke vergoeding voor het beheer van de effectenportefeuille zou toekomen. Dat oordeel hield stand bij de Hoge Raad omdat het erop neer kwam dat de uitoefening van het recht door de zoon ‘volstrekt onverenigbaar’ was met het streven de kinderen in gelijke mate te bevoordelen en de wens om de zoon een redelijke vergoeding voor zijn werkzaamheden te geven. Nakoming stuitte hier dus nadrukkelijk af op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

⁶⁹⁹ Bijvoorbeeld HR 15 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1664, *NJ* 2005/141; HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4151, *NJ* 2005/271; HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6727, *NJ* 2012/234; HR 29 januari 2021, ECLI:NL:HR:2021:153; HR 8 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1476. Zie ook Snijders 2007. Die terughoudende toetsing is te rechtvaardigen omdat de beperkende werking inbreuk maakt op hetgeen partijen zijn overeen gekomen. Zie Valk 2019/277. Asser/Sieburgh 6-III 2018/413. Een wat uitzonderlijke situatie is te vinden in HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1957, waarin het ging om de nakoming van een toezegging door de overheid en waarin de Hoge Raad in navolging van de bestuursrechter een wat neutralere afweging van belangen lijkt te accepteren.

⁷⁰⁰ HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, *NJ* 2001/79 (*Multi Vastgoed*).

⁷⁰¹ HR 26 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF8575, *NJ* 2004/21.

469. Een andere illustratie van de betekenis van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid voor een nakomingsvordering is te vinden in een arrest van de Hoge Raad van 17 december 2004.⁷⁰² Het ging in die zaak om de nakoming van een boetebeding, dus opnieuw de nakoming van een verbintenis uit overeenkomst. De boete was onder meer gesteld op het verkopen van aandelen indien die aandelen niet eerst te koop werden aangeboden aan een bepaalde partij. Met die bepaling was in strijd gehandeld. Een van verweren was – samengevat – dat de verkoop van de aandelen door de financierende bank was voorgeschreven als voorwaarde voor verdere financiering en dat bij het uitblijven van die financiering het faillissement van de vennootschappen op de loer lag. De Hoge Raad oordeelde dat dit een omstandigheid was die zou kunnen meebrengen dat het vorderen van nakoming van het boetebeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

470. Het vorderen van nakoming kan dus om uiteenlopende redenen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.⁷⁰³ De drie hiervoor besproken arresten laten dat zien. Een (nakomings)bevel kan dus ook om allerlei redenen afstuiten op die beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Dat doet op zichzelf afbreuk aan de effectiviteit van de remedie. De arresten laten tegelijkertijd echter zien dat het veelal zal aankomen op een bijzondere afweging van belangen en dat niet al te snel zal mogen worden aangenomen dat nakoming niet meer aan de orde is. In *Multivastgoed* staat het belang van nakoming tegenover de beweerdelijk onredelijke kosten die de schuldenaar daarvoor moet maken. In de tweede zaak gaat het om een (eigen) belang op nakoming van de zoon tegenover de (familie)belangen van de moeder die haar kinderen in gelijke mate wilde bevoordelen. En in de laatste zaak gaat het ook om de afweging van een individueel belang tegenover het bredere belang een faillissement te voorkomen. De tweede en de derde zaak spreken meer tot de verbeelding dan de *Multivastgoed*-zaak. In *Multivastgoed* staan immers uitsluitend de twee contracterende partijen tegenover elkaar, waarbij een van hen wordt aangesproken op haar contractuele garantieverplichtingen. Hoewel in die specifieke zaak de nakomingsvordering ‘gewoon’ werd toegewezen, laat het arrest ruimte voor een andere uitkomst. Die andere uitkomst zou er in dit geval toe hebben geleid dat de crediteur haar aanspraken op zuivere nakoming verliest en feitelijk genoegen zou moeten nemen met een voor haar minder waardevolle oplossing. Van een partij die, zoals in dit geval, een garantie verstrekt ten aanzien van de deugdelijkheid van haar producten, ligt het niet snel voor de hand dat een aanspraak op zo’n garantie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. In de tweede en de derde zaak waren in de belangenafweging de belangen van derden betrokken. Dat maakt de belangenafweging breder dan alleen de toets van de verplichtingen die partijen over en weer zijn aangegaan. Dat maakt de uitkomst, die zonder meer ook afbreuk doet aan het primaire karakter van de nakomingsremedie, ook beter aanvaardbaar.

471. In het geval van *Multivastgoed* deed zich bovendien de situatie voor waarin een afweging kon worden gemaakt tussen de schade die zou optreden bij niet-nakoming enerzijds en de (mogelijk disproportionele) kosten van nakoming anderzijds. De vraag rijst of er zich ook situaties kunnen voordoen waarin geen schade wordt geleden indien nakoming uitblijft, maar de nakomingsvordering toch moet afstuiten vanwege de disproportionaliteit ervan. Die situaties zijn niet eenvoudig te bedenken en zullen in veel gevallen ook afstuiten op de aard der verplichting of de nietigheid of vernietigbaarheid van de rechtshandeling als bedoeld in artikel 3:40 BW. Denk aan de situatie waarin ouders hun dochter op de huwelijksmarkt verkopen. Nakoming van een dergelijke verbintenis is zonder twijfel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, maar de rechtshandeling is ook zonder redelijke twijfel nietig wegens strijd met de goede zeden en de openbare orde. Het afdwingen van een behandelingsovereenkomst die strekt tot het uitvoeren van euthanasie in de situatie waarin de arts gewetensbezwaren heeft gekregen zal ook naar maatstaven van redelijkheid

⁷⁰² HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4151, NJ 2005/271.

⁷⁰³ Zie ook: conclusie A-G Hartkamp voor HR 20 mei 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1366, NJ 1995/691, m.nt. C.J.H. Brunner (*de Negende van oma*). Van Nispen 2003/13, Van Nispen 2018/16 en Asser/Sieburgh 6-II 2017/344.

en billijkheid onaanvaardbaar zijn, maar op even goede gronden kan worden betoogd dat een dergelijke verbintenis naar zijn aard niet afdwingbaar is. Als voorbeeld van een situatie waarin zonder schade toch nakoming moet worden afgewezen kan mogelijk het volgende dienen. Ex-partners komen overeen nimmer meer in dezelfde straat te gaan wonen. Een dergelijke overeenkomst is op zichzelf niet ontoelaatbaar. Maar wat nu als de man na jaren wachten een sociale huurwoning krijgt toegewezen in de straat waar de vrouw al woont? Als er voor hem geen redelijke alternatieven zijn, zou het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kunnen zijn de nakoming van die afspraak af te dwingen. Ik gebruik nadrukkelijk het woord ‘kunnen’ omdat de uitkomst van de afweging vanzelfsprekend erg van de omstandigheden van het geval afhankelijk is.

472. Een geslaagd beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid doet zonder meer afbreuk aan de effectiviteit van het rechterlijk bevel. De drempel daarvoor is echter hoog. Bij een terughoudende toepassing zal niet snel op onaanvaardbare wijze afbreuk worden gedaan aan die effectiviteit.

8.5.2 Misbruik van bevoegdheid

473. Een bijzondere toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid vormt het leerstuk misbruik van bevoegdheid.⁷⁰⁴ Misbruik van bevoegdheid wordt wel gezien als een species van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁷⁰⁵ In situaties die worden beheerst door de redelijkheid en billijkheid zal veelal geen behoefte bestaan aan een afzonderlijke toets aan de vraag of er sprake is van misbruik van bevoegdheid: als er sprake is van een handeling die misbruik van bevoegdheid oplevert, zal die handeling in de regel ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.⁷⁰⁶ Het is dan ook vooral buiten de situaties waarin de maatstaven van redelijkheid en billijkheid gelden, dat het misbruik-leerstuk een nuttige rol kan vervullen. Dat sluit echter niet uit dat de misbruik-criteria worden gebruikt om te beoordelen of een bepaalde handeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.⁷⁰⁷ In de toelichting op artikel 3:13 BW is de relatie tussen de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid enerzijds en het leerstuk misbruik van bevoegdheid anderzijds aldus omschreven: bij strijd met de goede trouw treedt datgene naar voren waarop een partij die met een ander in een rechtsbetrekking treedt of staat, mag vertrouwen. Bij misbruik van bevoegdheid is het juist de bevoegdheid die iemand is toegekend die op de voorgrond treedt. Het is die bevoegdheid waaraan het ongeschreven recht dan zekere grenzen stelt. Als zich de situatie voordoet dat bevoegdheden worden geschapen in een rechtsverhouding tussen twee personen, dan vallen de beperkingen die de goede trouw en het verbod van rechtsmisbruik aanbrengen, samen.⁷⁰⁸

474. Het leerstuk misbruik van bevoegdheid is neergelegd in artikel 3:13 BW. Dat artikel bepaalt dat degene aan wie een bevoegdheid toekomt, deze niet kan inroepen voor zover hij haar misbruikt. Het tweede lid van artikel 3:13 BW geeft een aantal voorbeelden⁷⁰⁹ van situaties waarin van misbruik van bevoegdheid sprake is. Dat zijn de gevallen waarin een bevoegdheid wordt uitgeoefend met geen ander doel dan een ander te schaden, met een ander doel dan waarvoor zij is verleend, en het geval waarin men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening van de bevoegdheid enerzijds en het belang dat daardoor wordt geschaad anderzijds, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.⁷¹⁰ Een belangrijk voorbeeld van een dergelijke situatie is gegeven

⁷⁰⁴ Ook wel misbruik van recht, maar het begrip bevoegdheid is breder en wordt in de wet gebruikt. PG Inv. Boek 3, p. 1037.

⁷⁰⁵ Hierover uitvoerig: Schrage 2019/9 en 15 en Stein, *GS Vermogensrecht*, art. 3:13, aantt. 3 en 6.

⁷⁰⁶ Vgl. Asser/Sieburgh 6-III 2018/413.

⁷⁰⁷ Rodenburg 1985, p. 61.

⁷⁰⁸ PG Inv. Boek 3, p. 1040.

⁷⁰⁹ Dus niet limitatief, zie Asser/Sieburgh 6-IV 2019/85.

⁷¹⁰ De opsomming is duidelijk niet limitatief, maar de verdere afbakening is aan de rechtspraak overgelaten. Schrage 2019/10.

in het arrest *Kuipers/De Jongh* van 17 april 1970.⁷¹¹ Het arrest had betrekking op een grensoverschrijdend bouwwerk. De verwijdering van een dergelijk bouwwerk zal vaak met hoge kosten gepaard gaan, terwijl verwijdering van slechts het grensoverschrijdende deel in veel gevallen niet eenvoudig is uit te voeren. Herstel van een kleine grensoverschrijding zal zodoende tot hoge kosten kunnen leiden. De Hoge Raad nam in het arrest tot uitgangspunt dat weliswaar verwijdering van het grensoverschrijdende bouwwerk kon worden verlangd, maar dat een daartoe strekkende vordering geen op voorhand gelopen race is. Het nadeel dat Kuipers zou lijden door de verwijdering van het bouwwerk zou zo groot kunnen zijn dat De Jong in redelijkheid niet tot uitoefening van dit recht zou kunnen komen. De stellingen van Kuipers konden in het specifieke geval die conclusie niet dragen, maar het is dus geenszins uitgesloten dat een bevel tot verwijdering van een grensoverschrijdend gebouw zou afstuiten op een dergelijke afweging van belangen.

475. Misbruik van recht, of misbruik van bevoegdheid, vereist wel een duidelijke onevenredigheid tussen de over en weer spelende belangen. Het leerstuk kan op veel situaties worden toegepast, waaronder die van het burennrecht, het eigendomsrecht en het procesrecht.⁷¹²

476. Een geslaagd beroep op misbruik van bevoegdheid is steeds dat een bevel of verbod dat met die bevoegdheid samenhangt, niet kan worden gegeven. Ook een geslaagd beroep op misbruik van bevoegdheid doet op die manier afbreuk aan de effectiviteit van de remedie van het rechterlijk bevel en verbod. Daarvoor geldt echter hetzelfde als voor de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid: de drempel is tamelijk hoog, zodat van een onaanvaardbare beperking niet snel sprake is.

8.5.3 Misbruik van recht naar Belgisch recht

477. Artikel 1134 BW (België) bepaalt dat overeenkomsten te goeder trouw ten uitvoer moeten worden gebracht. Uit artikel 1135 BW (België) volgt dat overeenkomsten ook leiden tot alle gevolgen die door de billijkheid, het gebruik of de wet aan de verbintenis worden toegekend. Artikel 1134 BW (België) verbiedt een contractspartij misbruik te maken van de rechten die de overeenkomst haar toekent.⁷¹³ De situatie van misbruik is blijkens de jurisprudentie van het Hof van Cassatie ook de enige uitzondering op het beginsel dat een partij aanspraak kan maken op de rechten die haar uit een overeenkomst toekomen. Meer specifiek is geoordeeld dat een partij het bepaalde in artikel 1134 BW (België) niet schendt wanneer zij haar rechten uit een overeenkomst nastreeft en er geen sprake is van misbruik van recht.⁷¹⁴ Voor verbintenissen is de grondslag voor een beroep op misbruik van recht daarmee gegeven.

478. Voor buitencontractuele verbintenissen wordt de grondslag gevonden in hetzij het bepaalde in artikel 1382 BW (België), hetzij in het bestaan van een algemeen rechtsbeginsel.⁷¹⁵ In een arrest van 10 september 1971 had het Hof van Cassatie te oordelen over de vordering tot afbraak van een grensoverschrijdend bouwwerk dat al geruime tijd bestond. Het Hof van Cassatie overwoog dat het recht om afbraak van de grensoverschrijdende muur te vorderen, evenals het recht op eigendom, vatbaar is voor misbruik. Van misbruik is niet alleen sprake indien het recht wordt aangewend met het enkele doel om te schaden, maar ook indien de uitoefening van het recht de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bezorgd persoon.⁷¹⁶

⁷¹¹ HR 17 april 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5012, NJ 1971/89, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Kuipers/de Jongh*).

⁷¹² Zie voor een uitwerking van het leerstuk op het terrein van het procesrecht Van der Helm 2019/72.

⁷¹³ Hof van Cassatie 19 september 1983, *Arr. Cass.* 1983, p. 52. Te raadplegen via www.bib.kuleuven.be.

⁷¹⁴ Hof van Cassatie 17 mei 1990, *Arr. Cass.* 1990, p. 1188.

⁷¹⁵ Vansweevelt & Weyts 2019/457.

⁷¹⁶ Hof van Cassatie 10 september 1971, *Arr. Cass.* 1972, p. 31. In artikel 5.7 van het voorontwerp is dit criterium teruggekomen. In de toelichting op het Nederlandse artikel 3:13 BW is opgenomen dat van misbruik sprake is wanneer 'geen weldenkend mens in redelijkheid tot de uitoefening der bevoegdheid had kunnen komen.' PG Inv. Boek 3, p. 1040. Die criteria vertonen duidelijk overeenkomsten.

479. Dit criterium is nog steeds actueel en beperkt ook naar Belgisch recht het recht op nakoming.⁷¹⁷ In het Wetsvoorstel voor Boek 5 ‘Verbintenissen’ is als artikel 5.73 opgenomen dat een contract te goeder trouw moet worden uitgevoerd. Uit het tweede lid volgt dat niemand misbruik mag maken van de rechten die hij aan het contract ontleent. Volgens de toelichting is hiermee het verbod op rechtsmisbruik ‘verankerd’.⁷¹⁸

8.5.4 Rechtsverwerking

480. Rechtsverwerking is een verweermiddel dat niet afzonderlijk in de wet is geregeld, maar een verbijzondering is van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁷¹⁹ Het ontbreken van een wettelijke regeling is hierdoor te verklaren dat ‘het niet wel doenlijk is te dien aanzien algemene regels te geven, nog afgezien ervan of men hier wel een apart leerstuk moet erkennen.’⁷²⁰ Dat laat onverlet dat de wet wel voorbeelden kent van bijzondere gevallen van rechtsverwerking, zoals de klachtplicht van artikel 6:89 BW en 7:23 lid 1 BW. Niet alleen vorderingsrechten, maar alle rechten en bevoegdheden zijn vatbaar voor rechtsverwerking.⁷²¹ In vaste jurisprudentie van de Hoge Raad is als maatstaf voor een geslaagd beroep op rechtsverwerking neergelegd dat de rechthebbende zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van zijn recht of bevoegdheid. Enkel tijdsverloop is daarvoor onvoldoende. Er moet sprake zijn van bijzondere omstandigheden op grond waarvan bij de wederpartij gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de rechthebbende zijn aanspraak niet meer geldend zal maken, of waardoor de positie van de wederpartij onredelijk verzwaaard of benadeeld zou worden indien het recht of de bevoegdheid alsnog geldend wordt gemaakt.⁷²² Hoewel enkel tijdsverloop niet voldoende is om rechtsverwerking aan te nemen, kan tijdsverloop wel als relevante omstandigheid meewegen bij de beoordeling van de vraag of de rechthebbende zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van zijn recht of bevoegdheid.⁷²³ De rechter dient, omdat het gaat om een bijzondere toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, bij een beroep op rechtsverwerking de nodige terughoudendheid in acht te nemen.⁷²⁴

481. De door de Hoge Raad gehanteerde maatstaf omvat feitelijk twee categorieën waarin of gronden waarop rechtsverwerking kan worden gebaseerd. Enerzijds is dat het gerechtvaardigd vertrouwen en anderzijds de situatie waarin er sprake is van een onredelijke verzwaring of benadeling van de positie van de wederpartij.⁷²⁵ In de eerste situatie is het recht om de aanspraak geldend te maken verloren gegaan door het optreden van de schuldeiser zelf, of van anderen wier gedragingen aan hem kunnen worden toegerekend. In de tweede situatie is een afweging van de wederzijdse belangen vereist. Een strikte scheiding tussen beide categorieën is overigens niet steeds aan te brengen.⁷²⁶ Rechtsverwerking kan, ook wanneer de rechtsverwerking het gevolg is van het handelen van de schuldeiser, tegen diens wil geschieden.⁷²⁷

⁷¹⁷ Henskens 2019/588.

⁷¹⁸ Pagina 18.

⁷¹⁹ HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS4406. Tjittes & Boom 2020/17.

⁷²⁰ PG Boek 3, p. 1044.

⁷²¹ J.J. Valk in *GS Verbintenissenrecht*, aant. 4.1.3.2 op art. 6:2 BW. Asser/Sieburgh 6-III 2018/425. Tjittes & Boom 2020/11.

⁷²² HR 7 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:625, *NJ* 2017/177. Tjittes & Boom 2020/3.

⁷²³ HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2574, *NJ* 2017/75, m.nt. P. van Schilfgaarde.

⁷²⁴ Tjittes & Boom 2020/17.

⁷²⁵ Valk 2020, p. 26. Tijdsverloop kan natuurlijk wel een rol spelen bij een beroep op rechtsverwerking en daar ook een grond voor bieden in die zin dat de wederpartij aan het stilzitten het vertrouwen kan ontnemen dat de rechthebbende geen actie meer zou ondernemen of dat hij door het tijdsverloop en het stilzitten onredelijk zou worden benadeeld. Zie hierover: Valk 1993, p. 77 e.v. en Valk 2019/284.

⁷²⁶ Valk 2020, p. 29.

⁷²⁷ De Jong, Krans & Wissink 2018/290.

482. Het gerechtvaardigd vertrouwen kan verschillende vormen aannemen, namelijk vertrouwen met betrekking tot de inhoud van een recht en vertrouwen met betrekking tot het al dan niet uitoefenen van het recht.⁷²⁸ Voor de rechtsverwerking waarom het mij nu gaat is die laatste categorie van belang, het vertrouwen dat iemand niet zal overgaan tot het geldend maken van zijn aanspraak.

483. De onredelijke benadeling doet zich ook in verschillende vormen voor. De belangrijkste vormen zijn het verloren gaan van mogelijkheden tot het leveren van (tegen)bewijs, het ontbreken van mogelijkheden om op de financiële gevolgen te anticiperen en het verloren gaan van verhaalsmogelijkheden.⁷²⁹

484. Voor het rechterlijk bevel en verbod is vooral van belang wat het rechtsgevolg is van een geslaagd beroep op rechtsverwerking als gevolg van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Bij verjaring bestaat daarover in de literatuur geen verdeeldheid: het vorderingsrecht gaat teniet. Bij rechtsverwerking is het minder eenvoudig, hoewel het resultaat in alle gevallen zal zijn dat een vordering moet worden afgewezen.

485. Ten aanzien van rechtsverwerking wordt aangenomen dat er ofwel sprake is van een verlies van een recht of een bevoegdheid ofwel van een verlies van de mogelijkheid om in het gegeven geval op dat recht of die bevoegdheid een beroep te doen.⁷³⁰ Rechtsverwerking is een toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Uit het bepaalde in artikel 6:2 lid 2 BW en artikel 6:248 lid 2 BW ('blijft buiten toepassing') zou kunnen worden afgeleid dat alleen het recht om op een bevoegdheid of een recht een beroep te doen verloren gaat. Wissink wijst er echter op dat bij elders in de wet geregelde gevallen van rechtsverwerking (artt. 6:88, 6:89 en 7:23 BW) sprake is van verval van recht.⁷³¹ Wissink toont het praktische verschil aan met een voorbeeld waarbij er, ondanks de verwerking van een vorderingsrecht, toch wordt betaald. Indien de rechtsverwerking het vorderingsrecht teniet doet gaan, is er onverschuldigd betaald, maar als de rechtsverwerking alleen de mogelijkheid treft om op het recht een beroep te doen, dan blijft het recht zelf bestaan en is er niet onverschuldigd betaald. Hij stelt daarom een tussenpositie voor waarbij het exacte rechtsgevolg afhangt van de situatie.⁷³²

486. Valk maakte in zijn dissertatie onderscheid tussen gevallen van rechtsverwerking op grond van opgewekt vertrouwen, als gevolg van onrechtmatige benadeling en als gevolg van tijdsverloop. Ten aanzien van de gevallen van rechtsverwerking als gevolg van opgewekt vertrouwen neemt hij aan dat de schuldeiser die het vertrouwen wekt van zijn vorderingsrecht afstand te doen, zijn recht verliest en geen natuurlijke verbintenis overhoudt. Dat is slechts anders indien de door hem gewekte schijn inhield dat hij slechts van de afdwingbaarheid afstand deed.⁷³³ Het komt er dan dus op aan waar de schuldenaar gerechtvaardigd op heeft vertrouwd. Is dat het vertrouwen dat de schuldeiser geen gerechtigde (meer) is of is dat alleen het vertrouwen dat de schuldeiser geen afdwingbaar recht heeft? Bij rechtsverwerking wegens onrechtmatige benadeling is volgens Valk nimmer ruimte voor een overblijvende natuurlijke verbintenis. Hij verklaart dat aldus dat rechtsverwerking in een dergelijk geval niets anders is dan schadevergoeding in natura die verrekend wordt. Rechtsverwerking strekt er in dergelijke gevallen toe genoegdoening te verschaffen voor het nadeel dat is geleden door het handelen dat de positie van de wederpartij onredelijk heeft verzwakt of benadeeld. De schadevergoeding krijgt dan vorm doordat de dader een eigen recht dat hem toekomt verliest. De vergoeding van de schade vindt op die manier 'in natura' plaats.⁷³⁴ Een grondslag voor een resterende

⁷²⁸ J.J. Valk, *GS Verbintenissenrecht*, aant. 4.3.5 op art. 6:2 BW.

⁷²⁹ J.J. Valk, *GS Verbintenissenrecht*, aant. 4.3.5 op art. 6:2 BW. Asser/Sieburgh 6-III 2018/426. Tjittes & Boom 2020/22.

⁷³⁰ De Jong, Krans & Wissink 2018/292. Krans & Wissink 2022/292.

⁷³¹ De Jong, Krans & Wissink 2018/292. Krans & Wissink 2022/292. Ook: Tjittes & Boom 2020/26.

⁷³² De Jong, Krans & Wissink 2018/292. Krans & Wissink 2022/292.

⁷³³ Valk 1993, p. 156.

⁷³⁴ Valk 2019/284.

vordering is er dan niet. Bij rechtsverwerking op grond van tijdsverloop gaat volgens Valk alleen de rechtsvordering teniet.⁷³⁵

487. Tjittes is van oordeel dat rechtsverwerking als toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid tot gevolg heeft dat het onaanvaardbaar is dat een rechthebbende een beroep doet op zijn recht. Het recht blijft dus bestaan, maar de rechthebbende kan er (tijdelijk en/of gedeeltelijk) geen beroep meer op doen.⁷³⁶ En ook Schelhaas meent – zij het met betrekking tot de redelijkheid en billijkheid – dat het recht niet wordt aangetast, maar slechts niet kan worden ingeroepen.⁷³⁷

488. Rechtsverwerking als gevolg van bijzondere wettelijke bepaling kan overigens wel degelijk tot verlies van het recht leiden. Artikel 6:89 BW biedt daarvan een voorbeeld.⁷³⁸

489. In de wetsgeschiedenis is opgemerkt dat rechtsverwerking leidt tot ‘definitief verlies van alle rechten die men jegens de wederpartij aan het gebrek kon ontleen.’⁷³⁹ Dat zou erop duiden dat het recht zelf teniet gaat. Opmerking verdient daarbij echter dat het in die toelichting ging om de situatie waarin ‘men zijn recht verwerkt om een beroep te doen op een bepaald gebrek van een prestatie, wanneer men de wederpartij niet in de gelegenheid stelt om dit gebrek in ogenschouw te nemen of de nodige maatregelen tot spoedige opheffing ervan te nemen.’ Dat is een vrij specifieke situatie die niet zonder meer geëxtrapoleerd kan worden naar (alle) andere situaties waarin een beroep op rechtsverwerking kan worden gedaan. Uitsluitend op grond van deze passage kan dan ook niet worden aangenomen dat er altijd een verlies van recht plaatsvindt.

490. Het middel van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en dus ook de rechtsverwerking als toepassing daarvan is niet een ‘alles of niets’-maatregel.⁷⁴⁰ De toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid laat, afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de grond voor rechtsverwerking die aan de orde is, ruimte om met de bijzondere aspecten van een bepaald geval rekening te houden. Een maatwerkoplossing is bij de toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid dan ook goed mogelijk. Die maatwerkoplossing kan er ook toe leiden dat een beroep op rechtsverwerking gedeeltelijk slaagt of alleen tijdelijk.⁷⁴¹

491. Het is duidelijk waarom het leerstuk rechtsverwerking voor het rechterlijk bevel en verbod van belang is. Een geslaagd beroep op rechtsverwerking zal in ieder geval in de regel aan het uitspreken van een bevel of verbod in de weg staan. Bijzondere vragen die specifiek op het bevel en verbod betrekking hebben roept dat niet op. Zoals ik hiervoor heb uitgewerkt is een bevel of verbod alleen mogelijk bij (dreigende) schending van een rechtsplicht en moet een uit te spreken bevel of verbod op die rechtsplicht aansluiten. Een geslaagd beroep op rechtsverwerking doorkruist die band tussen rechtsplicht enerzijds en bevel en verbod anderzijds. De rechtsplicht blijft bestaan, maar het beroep van de wederpartij op naleving ervan stuit daarop af.

492. De toepassing van een beroep op rechtsverwerking vereist echter ook bij het rechterlijk bevel en verbod maatwerk. Niet waar het de bijzondere toepassing van bijvoorbeeld de klachtplicht van artikel 6:89 BW betreft: een geslaagd beroep daarop zal (‘alles of niets’) aan een nakomingsbevel in de weg staan. Maar ook in de situatie waarin een rechterlijk bevel of verbod op het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij afstuit, is dat maatwerk nodig. Dat kan er ook toe leiden dat een bevel

⁷³⁵ Valk 1993, p. 157.

⁷³⁶ Tjittes 2013/26. Tjittes & Boom 2020/26.

⁷³⁷ Schelhaas 2017/5.38.1

⁷³⁸ Tjittes & Boom 2020/26.

⁷³⁹ PG Boek 6, p. 69.

⁷⁴⁰ Zie hierover Valk 1993, p. 150 e.v.. Valk wijst er daarbij terecht op dat rechtsverwerking wegens tijdsverloop wel degelijk ‘alles of niets’ is. Gedeeltelijke rechtsverwerking is in dat geval niet goed voorstelbaar.

⁷⁴¹ Tjittes & Boom 2020/26.

of verbod op enig moment met een beroep op rechtsverwerking kan worden afgewend, maar op een ander moment (weer) moet worden toegewezen. Ik werk dat uit aan de hand van een voorbeeld.

493. De buurmannen A en B wonen al geruime tijd naast elkaar in hun woningen met kleine achtertuin. B. houdt in die achtertuin al jaren duiven. Het houden van duiven leidt tot stank- en geluidsoverlast en tot stof-overlast wanneer de duiven uitvliegen en de hokken moeten worden gereinigd.⁷⁴² Dat gebeurt meerdere malen per dag. Op zichzelf is goed denkbaar dat het houden van duiven in een (kleine) achtertuin onrechtmatig is jegens de burens omdat het hinder oplevert die in duur en intensiteit de grenzen te buiten gaat van wat burens van elkaar hebben te dulden. A zou daarom bijvoorbeeld een verbod op het houden van de duiven kunnen vragen of een gebod om het schoonmaken van de hokken op een bepaald tijdstip te doen waarop het minder overlast oplevert. Stel nu dat A weliswaar last ondervindt van de duiven van B, maar hij evengoed gefascineerd is door de hobby van B en die overneemt in die zin dat hij zelf met behulp van B in zijn eigen achtertuin ook duiven gaat houden. Met dergelijk gedrag is onverenigbaar dat hij zich verzet tegen de duiven van B. B althans mag er gelet op het gedrag van A op vertrouwen dat A zich niet zal verzetten tegen de hinder van de duiven van B. Hij heeft de hobby van B immers overgenomen en veroorzaakt zelf ook hinder. Een door A gevraagd bevel of verbod zal hierop kunnen afstuiten omdat sprake is van rechtsverwerking.⁷⁴³

494. Als nu zou worden aangenomen dat door het geslaagde beroep op rechtsverwerking het recht van A om zich tegen het houden van duiven door B te verzetten is vervallen, is de kous daarmee voor altijd af. Maar dat dit slechts een momentopname is blijkt wanneer wij de casus uitbreiden met C, het jonge zoontje van A, dat een longprobleem blijkt te hebben ontwikkeld en voor wie al die duiven een behoorlijke negatieve impact hebben. Vanaf het moment dat dit blijkt – en A zijn eigen duiven vanzelfsprekend van de hand doet – is niet meer aanvaardbaar dat A zich niet weer opnieuw tegen de duiven van B kan verzetten. Zijn recht om dat te doen is door de nieuwe omstandigheden herleefd.

495. Theoretisch is dat in te passen door aan te nemen dat B er nooit op heeft mogen vertrouwen dat A voor altijd en ook voor de situatie waarin zijn zoontje daardoor in de problemen zou komen, zich zou neerleggen bij de door de duiven van B veroorzaakte overlast. Mijn voorbeeld doet dus geen afbreuk aan de in 1993 door Valk getrokken conclusie dat het aankomt op de vraag waarop de schuldenaar gerechtvaardigd heeft vertrouwd. Tegelijkertijd brengt dat mee dat er altijd gevallen zullen zijn waarin moet worden aangenomen dat rechtsverwerking bij gerechtvaardigd vertrouwen niet leidt tot het definitieve verlies van het recht. Vrijwel nooit zal immers kunnen worden aangenomen dat iemand er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat onder alle omstandigheden, dus ook die omstandigheden die niet voorzienbaar waren, geen beroep meer zou worden gedaan op een bepaald recht.

496. Wanneer deze conclusie wordt gelegd naast de centrale vraag van dit boek naar de effectiviteit van de remedie ontstaat er echter geen probleem. De remedie biedt geen soelaas in de situatie waarin zij ook geen soelaas hoeft te bieden, maar is beschikbaar op en vanaf het moment waarop er wel weer behoefte aan bestaat. Ook overigens leidt een beroep op rechtsverwerking niet tot een uitkomst die problematisch is voor het rechterlijk bevel en verbod. Weliswaar zal de toepassing ervan afstuiten in gevallen van een geslaagd beroep op rechtsverwerking, maar dat is uitsluitend het geval in situaties die als uitzonderlijk zijn te beschouwen en waarin die beperking door de omstandigheden van het geval wordt gerechtvaardigd. Er is geen regel die daaraan in de weg staat.

8.5.5 Toezegging wederpartij

⁷⁴² Ter vermijding van misverstand: dit alles is mij uit de rechtspraktijk bekend.

⁷⁴³ Er zijn ook andere oplossingen denkbaar, waaronder een beroep op de *in pari-delicto* regel. Zie hierover Keirse & Paijmans 2017.

497. Kan een gedaagde de eiser het belang uit handen slaan door zijn fout te erkennen en toe te zeggen niet in herhaling te zullen vervallen? Dergelijk handelen ontslaat een laedens vanzelfsprekend niet van de verplichting schade te vergoeden. Maar wat betekent het voor de vraag of hem een verbod kan worden opgelegd? Bij beantwoording van die vraag strijden twee uitgangspunten om voorrang. Het eerste is dat zonder belang geen bevel of verbod kan worden uitgesproken. Een daadwerkelijke toezegging om bepaald gedrag niet te zullen vertonen zal van betekenis zijn bij beantwoording van de vraag of er nog een belang is. Daar tegenover staat echter het gegeven dat een reeds vertoond onrechtmatig handelen eveneens van invloed kan zijn op diezelfde vraag of er een belang is bij een bevel of verbod. Wie uit het niets vordert dat aan de buurman een verbod wordt opgelegd de bomen op de erfgrans te snoeien heeft wat uit te leggen. Maar als de buurman reeds eerder een boom heeft verwoest, is er plotseling een duidelijk belang bij zo'n vordering.

498. Deze vragen waren aan de orde in onder meer een arrest van de Hoge Raad van 23 februari 1990.⁷⁴⁴ In die zaak ging het om een gestelde inbreuk op het kwekersrecht van de firma Rijk Zwaan. De gedaagde Verheijen bleef de onrechtmatigheid van haar handelen betwisten (in ieder geval ten aanzien van één product), maar voerde toch als rechtsklacht aan dat er geen recht is om in kort geding te vorderen dat een bepaalde handeling verboden wordt, indien wordt toegezegd dat die handeling niet meer verricht zal worden. De Advocaat-Generaal Strikwerda concludeerde dat een dergelijke regel niet bestaat, maar dat het van meerdere omstandigheden afhankelijk is of er (herhaald) onrechtmatig handelen dreigt. Hij wijst daarbij op de aard van de reeds gepleegde inbreuk, de reactie van de aangesprokene op eerdere sommaties en het standpunt van de aangesprokene inzake de onrechtmatigheid van zijn handelwijze. Het enkele feit dat deze vervolgens verklaart zich niet meer aan het verweten gedrag schuldig te zullen maken, is dan niet voldoende een bevel achterwege te laten. De Hoge Raad sluit zich daarbij aan en overwoog dat de enkele omstandigheid dat de aangesprokene toezegt een bepaalde handeling niet meer te zullen verrichten, de rechter er niet van behoeft te weerhouden een verbod op te leggen. Bij beantwoording van de vraag of een verbod is aangewezen zal de rechter moeten letten op de omstandigheden van het geval. Opmerkelijk is dat de Hoge Raad tot die omstandigheden niet alleen de ernst van de overtreding rekent en de wijze waarop en het verband waarin de toezegging wordt gedaan, maar ook het gedrag van de aangesprokene en zijn standpunt met betrekking tot de geoorloofdheid van het handelen.

499. Nu gedaagde Verheijen de onrechtmatigheid van haar handelen bleef betwisten, mocht het hof volgens de Hoge Raad een verbod, versterkt met een dwangsom, opleggen. Annotator Verkade werpt mijns inziens terecht de vraag op waarom een toezegging om een bepaalde handeling in de toekomst achterwege te laten, gepaard zou moeten gaan met de erkenning van de onrechtmatigheid van die handeling. Ook als partijen twisten over de onrechtmatigheid van een gepleegde handeling, kan een toezegging om dat handelen achterwege te laten immers zodanig sterk zijn dat een rechterlijk verbod niet meer aangewezen is. Ook hiervoor geldt echter dat grijstinten denkbaar zijn en dus dat alle omstandigheden van het geval in aanmerking moeten worden genomen.

500. Dat wordt ook duidelijk wanneer wordt gekeken naar de zaak die onderwerp was van het arrest van de Hoge Raad van 1 december 1995.⁷⁴⁵ Het ging om inbreuk op het auteursrecht van Walt Disney, meer specifiek de productie en verspreiding van kledingstukken met daarop de afbeelding van de '101 Dalmatiërs'. De inbreukmaker was Walt Disney buiten rechte al tamelijk ver tegemoet gekomen door verspreiding te staken, opgave te doen van afnemers en een schadevergoeding te betalen. Ook bleek zij bereid een verklaring te ondertekenen dat zij op straffe van het verschuldigd worden van een boete zich zou onthouden van verdere inbreuken op de auteursrechten van Walt Disney met betrekking tot de '101 Dalmatiërs'. Wat zij ook aanvaardde was het door Walt Disney verlangde verbod met betrekking tot het maken van inbreuk op het auteursrecht op alle andere

⁷⁴⁴ HR 23 februari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1043, NJ 1990/663.

⁷⁴⁵ HR 1 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1899, NJ 1996/510 m.nt. D.W.F. Verkade.

Disney-figuren, maar zij weigerde op dit laatste verbod een boeteclausule te accepteren. Het kwam daarom aan op de vraag of Walt Disney ook aanspraak kon maken op een verbod (met dwangsom) tot het maken van inbreuk op het auteursrecht op alle andere Walt Disney-figuren. Het hof heeft die vordering toegewezen, met name omdat het ging om buitengewoon onzorgvuldig handelen en omdat niet was geconcretiseerd welke maatregelen waren genomen om herhaling te voorkomen. De Hoge Raad heeft dat oordeel in stand gelaten en verwees voor de gronden daarvoor naar de conclusie van de Advocaat-Generaal. Die greep terug op het zojuist besproken arrest van 23 februari 1990 en wees er daarmee op dat de enkele omstandigheid dat de aangesprokene toezegt een bepaalde handeling niet meer te zullen plegen de rechter niet behoeft te beletten een verbod op te leggen.

501. Voor de effectiviteit van het rechterlijk bevel en verbod is het van belang niet te lichtvaardig aan te nemen dat sprake is van een toezegging die aan het uitspreken van een bevel of verbod in de weg staat. In het bijzonder wanneer er sprake is geweest van een eerdere schending van de rechtsplicht en herhaling mogelijk is, zal het voor de effectiviteit van de remedie vaak nodig zijn geen genoegen te nemen met een enkele toezegging van de dader. Daarbij kan in aanmerking worden genomen dat een bevel of verbod ten aanzien waarvan de veroordeelde toch al heeft aangegeven ermee niet in strijd te zullen handelen, op zichzelf ook niet zo bezwaarlijk is.⁷⁴⁶ In ieder geval is dat minder problematisch dan het geval waarin op een toezegging wordt vertrouwd, maar dit later ten onrechte blijkt te zijn. De schade komt in dat geval letterlijk en opnieuw te liggen bij het slachtoffer.

8.5.6 *Andere omstandigheden dan een toezegging*

502. Niet alleen een toezegging van een aangesprokene kan relevant zijn bij beoordeling van de vraag of er (nog) belang bestaat bij een bevel of verbod. Ook andere omstandigheden die meebrengen dat voor een herhaalde schending van een rechtsplicht niet meer behoeft te worden gevreesd, kunnen ertoe leiden dat het belang verloren gaat.

503. Een voorbeeld daarvan is te vinden in de zaak die leidde tot een arrest van de Hoge Raad van 14 december 1973.⁷⁴⁷ In die zaak werd de toenmalig directeur van het Rijksinstituut voor oorlogsdocumentatie De Jong aangesproken en werd gevorderd dat hij zich zou onthouden van het ter beschikking stellen van bepaald materiaal aan derden dat de eiser betrof. Rechtbank en hof wezen de vordering af, waarbij het hof aandacht heeft besteed aan een nieuwe schriftelijke richtlijn die inhield dat De Jong niet meer ‘eigenmachtig’ inlichten aan derden zou kunnen verschaffen. Dat oordeel werd door de Hoge Raad in stand gelaten.

504. Er zijn natuurlijk vele omstandigheden denkbaar waardoor het belang bij een vordering (in hoger beroep) verloren gaat. Het interessante aan deze zaak is dat het hier niet zozeer om een toezegging van de aangesprokene ging, maar om een richtlijn waaraan hij volgens het hof ‘onbetwistbaar gebonden’ was. Op zichzelf is denkbaar dat onder die omstandigheden wordt aangenomen dat er geen belang meer bestaat bij een rechterlijke veroordeling, maar vanzelfsprekend is dat niet. Het zal er mede vanaf moeten hangen of die – interne – richtlijn ook nageleefd wordt, of op die naleving wordt toegezien en of er sancties aannemelijk zijn bij overtreding. Zonder een deugdelijk nalevingsmechanisme zal eerder belang blijven bestaan bij een veroordeling door een rechter, versterkt met een dwangsom.

8.5.7 *Verval van recht*

505. Vervaltermijnen laten, anders dan verjaringstermijnen, niet alleen de rechtsvordering teniet gaan, maar ook het vorderingsrecht zelf en daarmee de verbintenis.⁷⁴⁸ Anders dan ten aanzien van de verjaringstermijnen zijn er in de wet geen algemene regels ten aanzien van het verval van

⁷⁴⁶ Zij het dat voor de proceskosten in een dergelijk geval mogelijk een oplossing moet worden gezocht.

⁷⁴⁷ HR 14 december 1973, ECLI:NL:HR:1973:AB4830, *NJ* 1974/301.

⁷⁴⁸ De Jong, Krans & Wissink 2018/301. Krans & Wissink 2022/301. Klomp 2020, p. 448.

vorderingsrechten, maar zijn er verspreid over het wetboek regels opgenomen die hebben te gelden als vervaltermijnen. Een geslaagd beroep op, of een ambtshalve toepassing van een daartoe in aanmerking komende vervaltermijn doorkruist een vordering tot een rechterlijk bevel en verbod.⁷⁴⁹

8.6.1 Verjaring

506. Een ander relevant verweermiddel van een schuldenaar tegen een vordering die strekt tot het uitspreken van een bevel of verbod, kan de (bevrijdende) verjaring zijn. De verjaringsregeling is in dezelfde titel van Boek 3 neergelegd als artikel 3:296 BW, namelijk in titel 11 over rechtsvorderingen. Ik ga in deze paragraaf in op de vraag of de verjaringsregeling voldoende is toegespitst op het rechterlijk bevel en verbod en of de verjaring een onoverkomelijk probleem is voor de effectiviteit van de remedie. Daartoe moet ik eerst op hoofdlijnen uiteen zetten hoe de verjaring van de verschillende rechtsvorderingen in Boek 3 BW is geregeld.

507. Daarbij past een opmerking vooraf: gelet op het feit dat ik eerder heb betoogd dat het primaire doel van een remedie moet zijn om schade te voorkomen, lijkt het minder voor de hand te liggen om verjaring te bespreken. Verjaring impliceert immers het verstrijken van tijd en dat verhoudt zich niet goed tot het door mij voorgestane preventieve karakter van het bevel en verbod. Bij nader inzien ligt het genuanceerder. Ook nadat de inbreuk op bijvoorbeeld een subjectief recht jarenlang heeft geduurd (denk aan grensoverschrijdende bebouwingen) kan het nodig zijn om die inbreuk op korte termijn te beëindigen om bijvoorbeeld verdere schade te voorkomen. En ook als de nakoming van een verbintenis uit overeenkomst jaren te lang op zich heeft laten wachten, kan er nog belang bestaan bij die nakoming op korte termijn om verdere schade te voorkomen. Ook dan heeft de remedie dus nog een zekere preventieve functie, ondanks het tijdsverloop. Een geslaagd beroep op verjaring kan die functie doorkruisen.

508. In titel 11 wordt onderscheid gemaakt tussen verschillende rechtsvorderingen. De verjaring van een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis of een verplichting wordt bestreken door de artikelen 3:307 en 3:313 BW, de verjaring van rechtsvorderingen in verband met, of tot herstel van, tekortkomingen door de artikelen 3:311 en 3:312 BW en rechtsvorderingen tot opheffing van een onrechtmatige toestand door de artikelen 3:306 en 3:314 BW. Ik laat de verjaring van de rechtsvorderingen uit onverschuldigde betaling (artikel 3:309 BW), tot schadevergoeding (artikel 3:310 BW), en die tot opeising van een nalatenschap (artikel 3:315 BW) onbesproken aangezien die voor het rechterlijk bevel en verbod minder relevant zijn.

509. De hoofdregel met betrekking tot de termijn van verjaring is in artikel 3:306 BW neergelegd: indien de wet niet anders bepaalt, verjaart een rechtsvordering door verloop van 20 jaren.⁷⁵⁰ Zoals ik eerder, bij de omschrijving van het begrip ‘rechtsvorderingen’ heb aangegeven, is het begrip rechtsvordering in artikel 3:306 BW gebruikt om de bevoegdheid aan te duiden om een recht geldend te maken. Het is dus niet het vorderingsrecht zelf dat verjaart, maar slechts de rechtsvordering.⁷⁵¹ Dat is anders bij een vervaltermijn, waarbij het vorderingsrecht zelf teniet gaat.⁷⁵² Blijkens artikel 3:322 BW mag de rechter de verjaring niet ambtshalve toepassen, met andere woorden: er moet door een verweerder een beroep op worden gedaan.⁷⁵³

⁷⁴⁹ Zie over de ambtshalve toepassing van vervaltermijn ECLI:NL:PHR:2018:1143, 4.39 e.v.

⁷⁵⁰ Ik laat de executieverjaring (art. 3:324 BW) onbesproken.

⁷⁵¹ Vgl. Koopmann in *GS Vermogensrecht*, art. 3:306 BW, aant. 1.3.1. en *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/359 en 387.

⁷⁵² De Jong, Krans & Wissink 2018/283.

⁷⁵³ Opmerkingen op de zitting als ‘dat is wel erg lang geleden, vindt u niet?’ dienen dus ook achterwege te blijven. Volgens Wissink is dit overigens omstreden, De Jong, Krans & Wissink 2018/301, voetnoot 26. Ik ben er niet zeker van dat hierover door rechters in brede zin nog steeds eenduidig wordt gedacht. Zie ook Klomp 2020. In de memorie van toelichting op het wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht is opgenomen dat een rechter wel, als een partij zegt zich iets niet meer te kunnen herinneren omdat het wel erg lang geleden is, dit impliciete beroep op verjaring op de mondelinge behandeling aan de orde kan stellen. De

510. Omdat in de artikelen 3:307-3:311 BW de nodige uitzonderingen op de hoofdregel van artikel 3:306 BW zijn gemaakt, geeft die hoofdregel feitelijk alleen nog een termijn voor de gevallen die niet door de artikelen 3:307-3:311 BW worden bestreken. Koopmann merkt dan ook terecht op dat eerder kan worden gesproken van een hoofdregel van vijf jaar waarbij de termijn van 20 jaar als vangnet dient.⁷⁵⁴

511. Een voor de praktijk – en voor het rechterlijk bevel en verbod – belangrijk geval waarin juist de hoofdregel van 20 jaar zijn werk doet volgt uit artikel 3:105 lid 1 BW.⁷⁵⁵ Volgens dat artikel verkrijgt hij die op het tijdstip waarop de verjaring van de rechtsvordering strekkende tot beëindiging van het bezit wordt voltooid, een goed, ook al was zijn bezit niet te goeder trouw. De rechtsvordering tot beëindiging van dat bezit verjaart door het verstrijken van een termijn van 20 jaar. Bij een geslaagd beroep op deze bepalingen zal een vordering die strekt tot een bevel tot ontruiming van bijvoorbeeld een stuk grond dat oorspronkelijk aan een ander toebehoorde, moeten worden afgewezen. Een situatie als deze is regelmatig aan de orde bij schuttingen die net op de verkeerde plek zijn gebouwd, maar ook bij mensen die willens en wetens een stukje gemeentegrond bij hun tuin hebben getrokken. De rechter die in zo'n geval met een geslaagd beroep op verjaring wordt geconfronteerd zal geen bevel tot ontruiming kunnen uitspreken. Een voorbeeld is te vinden in een arrest van de Hoge Raad van 24 februari 2017 waarin de Hoge Raad ook overwoog dat een partij die door verjaring eigenaar is geworden van een stuk grond 'bloot kan staan aan een vordering uit onrechtmatige daad van de (voormalige) rechthebbende die zijn eigendom aan die partij heeft verloren door de werking van art. 3:105 BW.' Die rechtsvordering kan op zijn beurt ook weer verjaren volgens het bepaalde in artikel 3:310 BW, waarbij de vijfjarige verjaringstermijn blijkens het arrest begint te lopen op het moment dat de benadeelde bekend is met zijn eigendomsverlies (en met de daarvoor aansprakelijke persoon).⁷⁵⁶

512. Dat eerder kan worden gesproken van een algemene verjaringstermijn van vijf jaar wordt geïllustreerd door artikel 3:307 lid 1 BW: een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst tot een geven of een doen verjaart door verloop van vijf jaar na aanvang van de dag volgende op die waarop de vordering opeisbaar is geworden. Artikel 3:307 lid 1 BW heeft betrekking op de zogenaamde primaire prestatie, dus de overeengekomen prestatie en niet op de verbintenis tot vervangende schadevergoeding.⁷⁵⁷ Omdat het rechterlijk bevel en verbod juist die primaire prestatie raken, is het artikel relevant bij een normale nakomingsvordering die ertoe strekt dat een bevel tot die nakoming wordt gegeven.

513. Een rechterlijk bevel kan ook betrekking hebben op het in artikel 3:311 lid 1 BW bedoelde *herstel* van een tekortkoming. Een rechtsvordering tot dat herstel verjaart door verloop van vijf jaar na de aanvang van de dag, volgend op die waarop de schuldeiser met de tekortkoming bekend is geworden en in ieder geval twintig jaar nadat de tekortkoming is ontstaan. Het bepaalde in artikel 3:311 lid 1 BW houdt een bijzondere regel in ten opzichte van het bepaalde in artikel 3:307 lid 1 BW. Blijkens een arrest van de Hoge Raad van 14 augustus 2015 is artikel 3:307 BW slechts van toepassing op vorderingen tot nakoming van contractuele verbintenissen die in het geheel niet zijn nagekomen. Indien een verbintenis gedeeltelijk of anderszins gebrekkig is nagekomen, geldt het bepaalde in artikel 3:311 lid 1 BW, ook als de verschuldigde prestatie deelbaar is.⁷⁵⁸

rechter mag echter niet zelf een 'draai aan het partijdebat geven.' Kamerstukken II, 2019-2020, 35 498, nr. 3, p. 35.

⁷⁵⁴ Koopmann in *GS Vermogensrecht*, art. 3:306 BW, aant. 2.2.1. In gelijke zin Smeehuijzen 2008, p. 115.

⁷⁵⁵ Hierover nader: Van Es 2018.

⁷⁵⁶ HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:309, *NJ* 2018/141, m.nt. H.J. Snijders (*gemeente Heusden*).

⁷⁵⁷ Koopmann in *GS Vermogensrecht*, art. 3:307 BW, aant. 2.1. Asser/Sieburgh 6-II 2017/404. Koopmann 2020, p. 24.

⁷⁵⁸ HR 14 augustus 2015, ECLI:NL:HR:2015:2194, *NJ* 2016, 308, m.nt. H.J. Snijders.

514. Het belangrijkste verschil tussen de regeling van artikel 3:307 lid 1 BW en artikel 3:311 lid 1 BW is gelegen in het aanvangstijdstip van de verjaring.⁷⁵⁹ Volgens artikel 3:307 lid 1 BW begint de verjaring te lopen op de dag na die waarop de vordering opeisbaar is geworden. Artikel 3:311 lid 1 BW neemt de bekendheid van de schuldeiser met de tekortkoming als beginpunt. Voor de remedie van het rechterlijk bevel telt het resultaat: een geslaagd beroep op verjaring staat in beide gevallen aan het geven van een bevel in de weg.

515. Een belangrijk deel van de rechtsplichten met betrekking waartoe een rechterlijk bevel of verbod wordt gevraagd, zijn onrechtmatige daden. Een daarmee verband houdende schadevordering verjaart volgens het bepaalde in artikel 3:310 BW. Voor de onrechtmatige toestand bepaalt artikel 3:314 lid 1 BW dat de termijn van verjaring begint met aanvang van de dag, volgend op die waarop de onmiddellijke opheffing van die toestand gevorderd kan worden. Artikel 3:314 lid 2 BW geeft een afzonderlijke regel voor de termijn van verjaring van de rechtsvordering strekkende tot beëindiging van het bezit van een niet-rechthebbende. Volgens de wetgever was de bepaling noodzakelijk om te voorkomen dat er bij een onrechtmatige toestand dagelijks van een nieuwe onrechtmatige daad sprake zou zijn en dat er dus geen verjaring zou intreden.⁷⁶⁰ Van een onrechtmatige toestand is alleen sprake als zich een continue inbreuk op een subjectief recht voordoet, zoals bijvoorbeeld het geval is indien grensoverschrijdend wordt gebouwd. Met het artikel wordt duidelijk gemaakt dat niet iedere dag dat de onrechtmatige toestand voortduurt een nieuwe rechtsvordering ontstaat en dat ten aanzien van de vordering tot opheffing daarvan geen verjaring zou intreden. Die situatie werd door de wetgever onwenselijk geacht.⁷⁶¹ Terugkerende, maar incidentele, onrechtmatige handelingen zoals lawaai, trillingen of stank, vormen geen onrechtmatige toestand. Hinder die bestaat uit het onthouden van licht of lucht is in principe wel aan te merken als een onrechtmatige toestand.⁷⁶²

516. Voor verjaring is, anders dan voor rechtsverwerking, tijdsverloop voldoende. Dat laat onverlet dat een beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. Het gaat daarbij echter om uitzonderingssituaties, die met name gereserveerd lijken te zijn voor situaties waarin de schade zich zo laat openbaart dat de vordering tot vergoeding van schade buiten de schuld van het slachtoffer al is verjaard.⁷⁶³

8.6.2 Implicaties voor het rechterlijk bevel en verbod – aparte verjaringsregeling nodig?

517. Een rechterlijk bevel of verbod heeft betrekking op een rechtsplicht die moet worden nagekomen. Zoals ik hiervoor heb omschreven kan die rechtsplicht vele gedaanten hebben. Een geslaagd beroep op verjaring doorkruist de rechtsvordering van de schuldeiser tot nakoming van de rechtsplicht. Voor de vraag wanneer de rechtsvordering door verjaring teniet gaat, geeft artikel 3:296 BW geen eigen regeling voor het bevel en verbod. Bepalend is wanneer de rechtsvordering op grond van de hiervoor besproken (overige) bepalingen van titel 11 van Boek 3 teniet gaat.

518. Omdat het rechterlijk bevel en verbod ook worden bestreken door de algemene verjaringsregeling kan een bevel tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst niet meer worden toegewezen vanaf het moment waarop voldaan is aan de eisen van artikel 3:307 BW en een vordering strekkende tot (een bevel tot) herstel van een tekortkoming kan niet meer worden toegewezen vanaf het moment waarop is voldaan aan de eisen van artikel 3:311 BW.⁷⁶⁴ En ook bij een onrechtmatige daad wordt de verjaring van de vordering die strekt tot een rechterlijk bevel of verbod bestreken door de algemene regels van titel 11 van Boek 3. Een vordering die ertoe strekt een bevel te verkrijgen tot

⁷⁵⁹ Aldus ook Koopmann 2020, p. 29.

⁷⁶⁰ PG Boek 3, p. 929. Verheul twijfelt aan de juistheid van de redenering van de wetgever, Verheul 2020, p. 277.

⁷⁶¹ PG Boek 3, p. 929.

⁷⁶² PG Boek 3, p. 929. Zie ook: Koopmann in *GS Vermogensrecht*, art. 3:314 BW, aant. 2.1.

⁷⁶³ P.A. Stein, *GS Vermogensrecht*, aant. 5.3 op art. 3:12 BW.

⁷⁶⁴ Op de verjaring moet wel een beroep worden gedaan, artikel 3:322 lid 1 BW.

beëindiging van een onrechtmatige toestand, verjaart dus in principe 20 jaar (artikel 3:306 BW) na de dag volgende op die waarop de onmiddellijke opheffing van die toestand gevorderd kan worden (artikel 3:314 lid 1 BW). Een bevel tot ontruiming van een terrein of afbraak van een grensoverschrijdend bouwwerk kan dan niet meer worden toegewezen. Opmerking verdient daarbij overigens dat, indien de toestand naderhand wijzigt, ten aanzien van die nieuwe toestand wel weer een nieuwe verjaringstermijn te lopen. In de parlementaire toelichting is het voorbeeld gebruikt van een bouwwerk dat hoger is dan een bestaande erfdienstbaarheid toelaat en dat later nog hoger wordt gebouwd.⁷⁶⁵

519. Bij vorderingen die ertoe strekken incidentele inbreuken te beëindigen zal in de regel de verjaringsproblematiek niet spelen omdat het kenmerkende aan een incidentele inbreuk is dat deze vanzelf ophoudt. Een inbreuk die zo lang duurt dat de verjaringstermijn relevant wordt, zal te beschouwen moeten zijn als een onrechtmatige toestand. Omdat incidentele inbreuken vanzelf ten einde komen, zal een bevel tot beëindiging van zo'n inbreuk in de regel niet nodig zijn. Daarmee is echter niet gezegd dat er geen verbod tot herhaling kan worden uitgesproken. Ook daarbij zal de verjaringsproblematiek in de regel niet spelen: voor toewijzing van een dergelijk verbod is nodig dat er een reële dreiging van een onrechtmatige daad is. Indien een daarop gebaseerde vordering (dus een dreiging zonder verwezenlijking) zo lang bestaat dat de verjaring in zicht komt, zal moeilijk nog van een reële dreiging kunnen worden gesproken.

520. Uit het arrest van de Hoge Raad van 4 mei 2018 inzake *TMG/Staat* volgt dat het verzuim van de Staat om een Europese richtlijn te implementeren, iedere dag een onrechtmatige daad oplevert.⁷⁶⁶ De op die onrechtmatige daad gebaseerde schadevorderingen verjaren dus ook afzonderlijk, zodat in ieder geval steeds over een laatste periode van vijf jaar de schade kan worden gevorderd. In een dergelijke situatie verjaart de vordering strekkende tot een bevel tot beëindiging van een dergelijke voortdurende onrechtmatige daad feitelijk niet, maar zal deze overigens in veel gevallen afstuiten op het feit dat de Staat niet mag worden bevolen wetgeving tot stand te brengen. Dat een rechtsvordering in een dergelijk geval waarin elke dag een onrechtmatige daad plaatsvindt, niet verjaart is in de toelichting op artikel 3:314 lid 1 BW onder ogen gezien waar is opgemerkt dat het artikel nodig is om dit te voorkomen.

521. Een beroep op verjaring kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. De Hoge Raad heeft dat aangenomen in zaken over de verjaring van een vordering tot schadevergoeding, maar er is geen reden om aan te nemen waarom dat met betrekking tot de verjaring van vorderingen tot nakoming niet zou gelden.⁷⁶⁷ In het arrest *Van Hese/De Schelde* heeft de Hoge Raad ten aanzien van een verjaringstermijn van dertig jaar van een vordering tot schadevergoeding een catalogus van gezichtspunten gegeven die een rol kunnen spelen bij beantwoording van de vraag of een beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. En in een arrest van 23 november 2018 is geoordeeld dat het feit dat het aanvangstijdstip van de korte verjaringstermijn mede door de billijkheid wordt bepaald, niet eraan in de weg staat dat de omstandigheden die het hof in dat geval aan zijn oordeel ten grondslag had gelegd, een rol kunnen spelen bij de beantwoording van de vraag of een beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

522. Dat er voor het rechterlijk bevel en verbod geen afzonderlijke, specifieke, verjaringsregeling is opgenomen, is op zichzelf geen probleem. Het rechterlijk bevel en verbod zijn immers remedies die afhankelijk zijn van het bestaan van de onderliggende rechtsplicht. Aansluiting bij de verjaringsregels

⁷⁶⁵ PG Boek 3, p. 930 en 931.

⁷⁶⁶ HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:677, NJ 2018/239 (*TMG/Staat*).

⁷⁶⁷ HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA635, NJ 2000/430, m.nt. A.R. Bloembergen (*Van Hese/De Schelde*); HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2047, NJ 2019/246, m.nt. J.B.M. Vranken onder NJ 2019/247.

van die onderliggende rechtsplichten ligt daarom voor de hand en is zelfs noodzakelijk om te voorkomen dat er, afhankelijk van de vordering die wordt ingesteld, (nog) een apart verjaringsregime zou ontstaan.

523. Toch kan het (ook) preventieve karakter van het rechterlijk bevel en verbod in dit verband vragen oproepen. De hiervoor genoemde situatie van een incidentele onrechtmatige daad maakt dat duidelijk. Het preventie karakter van de remedie strekt ertoe een onrechtmatige situatie te beëindigen. Zolang de onrechtmatige situatie bestaat en voortduurt behoeft er geen onduidelijkheid te bestaan over de verjaring van de rechtsvordering tot opheffing ervan. Die is immers 20 jaren na aanvang van de dag waarop opheffing van de onrechtmatige toestand gevorderd kan worden. Het probleem ontstaat indien de onrechtmatige situatie (telkens) van kortstondige aard is. Bij een vordering tot beëindiging van het onrechtmatig handelen (een rechterlijk bevel of verbod) bestaat geen belang omdat de dader het handelen zelf steeds beëindigt of omdat het naar zijn aard kortdurend is. Denk aan de situatie waarin de grenzen van de erfdienstbaarheid worden overschreden door met te zware voertuigen over een bepaalde weg te gaan. Dat is iedere keer een onrechtmatige inbreuk op het eigendomsrecht van de eigenaar van het dienende erf, maar een rechtsvordering kan, behalve op het herstel van de schade, slechts gericht zijn op de toekomst en kan dus slechts bedoeld zijn om herhaling te voorkomen. Het is de vraag wanneer een op de toekomst gerichte vordering verjaart. Dat is in belangrijke mate een theoretische vraag: wanneer verjaring van een op de toekomst gerichte vordering dreigt, zal er bij die vordering in de regel geen belang meer bestaan omdat niet langer kan worden aangenomen dat er een reële dreiging van de schending van de onderliggende rechtsplicht is. Met andere woorden: als een dreiging zich zo lang niet verwezenlijkt heeft dat over verjaring nagedacht moet worden, lijkt het niet iets om de rechter mee lastig te vallen.

524. In het door mij gekozen voorbeeld gaat het om een verplichting om iets na te laten (namelijk: na te laten met voertuigen zwaarder dan toegestaan bij de vestiging van de erfdienstbaarheid over een bepaalde weg te rijden en dus na te laten inbreuk te maken op het eigendomsrecht van de eigenaar van het dienende erf).⁷⁶⁸ Die vordering wordt, zo bezien, niet bestreken door een van de gevallen van de artikelen 3:307-314 BW. Artikel 3:313 BW spreekt immers van een verplichting om iets te doen en niet van een verplichting om iets na te laten. De aanvangstermijn van de verjaring van de vordering die ertoe strekt dat iemand iets niet doet, is niet in de wet opgenomen.⁷⁶⁹ Ten aanzien van een verbintenis om iets niet te doen geldt dat de verjaringstermijn ten aanzien van de vordering strekkend tot een verbod gaat lopen wanneer in strijd met de verplichting wordt gehandeld.⁷⁷⁰ Nu zou een vordering om na te laten in strijd te handelen met de grenzen van de erfdienstbaarheid ook kunnen worden geformuleerd als een vordering om de grenzen van de erfdienstbaarheid in acht te nemen en dus om iets te doen.⁷⁷¹ Die oplossing is er echter niet in de situatie waarin iemand zonder recht of titel dagelijks door de tuin van de burens naar de parkeerplaats loopt. De vordering strekkende tot een verbod op dat gedrag is een vordering die uitsluitend op nalaten is gericht.

525. In het oorspronkelijke ontwerp van artikel 3:313 BW was als derde lid opgenomen dat ‘de termijn van verjaring van een verplichting om niet te doen, begint met de aanvang van de dag, volgende op die waarop inbreuk op de verplichting heeft plaatsgevonden.’ Daarmee zou de vordering strekkende tot een verbod om een bepaalde handeling te verrichten beginnen te verjaren steeds de dag nadat die handeling is verricht. Het moment waarop de inbreuk heeft plaatsgevonden valt dan feitelijk

⁷⁶⁸ Er kan natuurlijk door verjaring een nieuwe erfdienstbaarheid ontstaan, die ook aan een bevel of verbod in de weg kan staan, maar dat laat ik rusten.

⁷⁶⁹ Koopmann 1993, p. 47.

⁷⁷⁰ Asser/Sieburgh 6-II 2017/398 en De Jong, Krans & Wissink 2018/307 en Krans & Wissink 2022/307.

⁷⁷¹ Dat geeft echter niet aan wat de eiser wil: hij wil niet dat de gedaagde de erfdienstbaarheid gebruikt, hij wil dat hij niet buiten de erfdienstbaarheid treedt. Naar karakter is dat iets anders en een vordering om iets niet te doen.

samen met de aanvangstermijn van de verjaring.⁷⁷² Het voorgestelde derde lid is echter geschrapt omdat de vrees bestond dat daaruit zou worden afgeleid dat iedere ('ook de geringste') inbreuk zou leiden tot verjaring van de rechtsvordering om iets niet te doen, ook wanneer het om andere en nieuwe inbreuken zou gaan.⁷⁷³ Ten aanzien van incidentele inbreuken, ook wanneer die regelmatig en in serie plaatsvinden, behoorde naar het oordeel van de wetgever steeds een verbod te kunnen worden gevraagd zolang de dreiging van zodanige inbreuken in de toekomst bestaat, en voor zover daarbij voldoende belang bestaat. Voor het overige werd het voorgestelde derde lid overbodig geacht omdat de verplichting die ter zake van een inbreuk of een serie van inbreuken ontstaat, er een is tot vergoeding van schade.⁷⁷⁴

526. De vraag naar verjaring van deze op de toekomst gerichte vordering kan daarmee feitelijk niet los worden gezien van de vraag naar het belang bij de vordering. Uit de toelichting op artikel 3:313 BW volgt dat steeds een verbod kan worden gevraagd zolang de dreiging van een nieuwe inbreuk bestaat. De op de toekomst gerichte vordering verjaart dan dus niet (het verbod kan 'steeds' worden gevraagd). Tegelijkertijd zal er alleen belang bestaan als de reeds verrichte inbreuk niet zo lang geleden heeft plaatsgevonden dat een discussie over verjaring überhaupt niet aan de orde is. De dreiging van een nieuwe inbreuk houdt dan niet alleen het belang bij de vordering in stand, maar ook de rechtsvordering zelf. De op de toekomst gerichte vordering is daarmee een vreemde eend in de verjaringsbijt, maar in de praktijk zal dat geen problemen opleveren. Een afzonderlijke regeling is daarvoor in ieder geval niet nodig.

527. En ook overigens is een nadere regeling voor de verjaring van een vordering strekkende tot een rechterlijk bevel en verbod niet nodig. Een geslaagd beroep op verjaring staat eraan in de weg dat iemand krijgt waarop hij recht heeft. De effectiviteit van de remedie wordt dus zonder twijfel geweld aan gedaan door de verjaring. Dat is echter te rechtvaardigen door de rechtvaardiging die voor verjaring in het algemeen geldt: de rechtszekerheid vereist dat de rechtstoestand zich op enig moment gaat aansluiten bij de feitelijke toestand. Het bevel en verbod nemen daarin geen bijzondere plaats in en daarvoor zou ook geen rechtvaardiging zijn. Als er wel een rechtvaardiging is om een uitzondering te maken kan een beroep op de redelijkheid en billijkheid in uitzonderlijke gevallen uitkomst bieden.

8.7 Conclusie

528. In hoofdstuk 7 heb ik uiteen gezet welke voorwaarden moeten zijn vervuld om een rechterlijk bevel of verbod te kunnen uitspreken. In dit hoofdstuk ben ik ingegaan op de afwijzingsgronden. Artikel 3:296 BW benoemt zelf enkele afwijzingsgronden (de wet, de aard der verplichting of een rechtshandeling). In dit hoofdstuk heb ik uitgewerkt dat ook een beroep op algemene wettelijke leerstukken tot afwijzing van een vordering tot het verkrijgen van een rechterlijk bevel of verbod kan leiden. Naast die algemene leerstukken is nog een afwijzingsgrond besproken die noch in artikel 3:296 BW, noch elders in de wet wordt genoemd. Dat is de situatie waarin de aangesproken partij een toezegging doet om een (verdere) schending van een rechtsplicht achterwege te laten.

529. In hoofdstuk 6 (nummer 292) heb ik geconcludeerd dat een preventieve remedie effectief is wanneer zij

- a) materiële rechten kan afdwingen
- b) tijdig is
- c) een afschrikkende functie heeft en
- d) proportioneel is.

⁷⁷² Koopmann 1993, p. 47.

⁷⁷³ PG Boek 3, p. 928.

⁷⁷⁴ PG Boek 3, p. 928.

Wanneer de afwijzingsgronden die ik in dit hoofdstuk heb besproken worden gelegd naast de vraag of het rechterlijk bevel en verbod een effectieve remedie vormen, is het aantrekkelijk om te concluderen dat iedere mogelijke afwijzingsgrond in theorie afdoet aan de effectiviteit van de remedie. Dat perspectief zou te eenzijdig de nadruk leggen op het belang van een eiser bij het verkrijgen van een remedie. Een bredere blik op de afwijzingsgronden en de in dit hoofdstuk besproken algemene leerstukken laat zien dat de afwijzingsgronden en die algemene leerstukken die aan toewijzing van de vordering in de weg kunnen staan, onontbeerlijk zijn om een evenwicht te vinden tussen het belang van een eiser en dat van een gedaagde. Het belang van dat evenwicht wordt nader duidelijk in hoofdstuk 10 waarin ik in ga op de rol en vrijheid van de rechter en de mogelijkheden om maatwerk te leveren.

530. Ik benadruk dat een van de voorwaarden die ik aan een effectieve remedie heb gesteld, die van de proportionaliteit is. Juist de mogelijkheid om met afwijzingsgronden of correctiemechanismen een remedie te modelleren is onmisbaar om een effectieve toepassing van een remedie mogelijk te maken. Ook zo bezien doen de afwijzingsmogelijkheden niet zonder meer af aan de effectiviteit van de remedie, maar vormen zij de noodzakelijke tegenhanger van de toewijzingsgronden.

9. Het verval van het bevel of verbod

9.1 Inleiding

531. In hoofdstuk 6 heb ik samengevat welke eisen er aan een effectieve remedie zijn te stellen. Daar ben ik niet afzonderlijk in gegaan op de duur van een remedie. Veel remedies hebben namelijk geen bijzondere duur: de ontbinding vindt op een duidelijk aan te wijzen moment plaats en datzelfde geldt voor schadevergoeding (zij het dat die soms in termijnen wordt voldaan). Daarna zijn die remedies uitgewerkt, maar meestal wel effectief geweest. Voor een bevel en verbod kan dat anders liggen. De duur die een remedie moet hebben om effectief te zijn, is met andere woorden sterk afhankelijk van de aard van de remedie. Het rechterlijk bevel en verbod hebben een ander karakter dan een ontbinding en schadevergoeding omdat zij het gedrag van een partij (beogen te) beïnvloeden. Daarom zullen het rechterlijk bevel en verbod vaak enige tijd moeten duren. Als de keuze voor de duur van de remedie volledig open ligt, moet de rechter een afweging maken tussen de belangen van de (toekomstige) dader en die van het (toekomstige) slachtoffer. Afhankelijk van de vraag waar de rechter het zwaartepunt legt, zal een bevel of verbod een langere of kortere duur moeten hebben. Wie aanstuurt op preventie zal in de regel ook gebaat zijn bij een langer durend bevel of verbod om te voorkomen dat het afgewende gedrag in de toekomst onverwacht toch wordt vertoond. Wie de nadruk legt op de vrijheid van handelen van een dader zal een bevel of verbod zo kort mogelijk willen zien werken. Voor de effectiviteit van de remedie maakt dat wel verschil. Ik werk dat uit aan de hand van de verschillende mogelijkheden die zich voordoen.

9.2 Een bevel of verbod heeft een beperkte werkingsduur

532. Een verbod of een bevel is gebaseerd op de feiten en omstandigheden ten tijde van het geven van een verbod of bevel en is een erkenning van de rechtspositie van de eiser op dat moment. Daarmee is gegeven dat een bevel of een verbod niet eeuwigdurend is. De omstandigheden in het licht waarvan het bevel of verbod is gegeven kunnen immers wijzigen en dat kan invloed hebben op het voortduren van het bevel of verbod.

533. Bij beantwoording van de vraag wat de werkingsduur van een bevel of verbod is, dient voorop gesteld te worden dat de rechter de mogelijkheid heeft in zijn uitspraak een bepaalde werkingsduur te bepalen. Bijvoorbeeld bij een straat- en contactverbod zal de noodzaak om de bewegingsvrijheid van de veroordeelde te beknotten met het verstrijken van de tijd in de regel afnemen en die maatregel zal zijn rechtvaardiging verliezen. Niets belemmert de rechter om de gedaagde te verbieden om gedurende ‘een periode van twee jaar na betekening / na de datum van dit vonnis’ zich op een bepaalde plaats te bevinden.⁷⁷⁵ Met zo’n formulering is gegeven dat het verbod ophoudt te werken na ommekomst van die periode. Dat betekent noodzakelijkerwijs ook dat, als na ommekomst van die periode het verboden gedrag weer wordt vertoond of nog steeds dreigt, een nieuw rechterlijk oordeel nodig is. Het rechterlijk bevel of verbod is voor haar voortbestaan niet afhankelijk van de vraag of het wordt nageleefd. Voor een automatische verlenging is dus geen ruimte.

534. De voorzieningenrechter kan, oordelend in kort geding, voorts bepalen dat de hoofdvordering binnen een bepaalde termijn aanhangig gemaakt moet worden.⁷⁷⁶ Daarmee bewerkstelligt hij dat de veroordeling in kort geding een tijdelijk karakter heeft, omdat die op enig moment zal worden ingehaald door het oordeel van de bodemrechter.

⁷⁷⁵ Betekening is nodig voor het verbeuren van dwangsommen, niet voor de werking van het verbod. Een uitspraak heeft immers van zichzelf rechtskracht. Zie HR 27 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC6573, *NJ* 1980/169, m.nt. W.H. Heemskerk (*Tepea/Wilkes*).

⁷⁷⁶ Zie hierover nader Hugenholtz/Heemskerk 2021/140.

535. Een bevel tot een positief handelen zoals ontruiming of rectificatie vervalt nadat het is uitgevoerd.⁷⁷⁷ Voor het voortbestaan van een dergelijk bevel bestaat daarna geen reden meer, zij het dat een ontruimingsbevel veelal ook het bevel inhoudt de onroerende zaak ‘ontruimd te houden’. Een dergelijk bevel werkt na de ontruiming door, maar het belang daarbij zal afnemen naarmate de tijd verstrijkt. Het bevel om een onroerende zaak ontruimd te houden betekent in de regel dat het de veroordeelde is verboden direct na ontruiming de onroerende zaak weer te bezetten. Dat spreekt in veel gevallen vanzelf. Een huurder die gedwongen wordt een woning te ontruimen zal die ontruimd moeten houden. Er is veelal geen grond om aan te nemen dat hij na de ontruiming de woning weer zal proberen te betreden, ook al niet omdat dit in veel gevallen onmogelijk zal zijn zonder de deur open te breken. Het rechterlijk bevel is daarmee na de ontruiming feitelijk uitgewerkt. Een bevel daarentegen om een roerende zaak van andermans erf te verwijderen en verwijderd te houden zal een langere werking kunnen hebben, zeker als er tot het bevel een gewoonte bestond om die roerende zaak (bijvoorbeeld een auto) op het erf van een ander te parkeren. Zolang de situatie niet verandert, houdt het bevel zijn werking, zij het voor de situatie waarover de rechter heeft geoordeeld. En ook bij een kraker, die zonder recht of titel een onroerende zaak in gebruik heeft genomen, zal geoordeeld kunnen worden dat de veroordeling om die onroerende zaak ontruimd te houden, langer doorwerkt dan bij de huurder. De kraker heeft immers in het ontbreken van een recht om de onroerende zaak te betreden eerder ook geen belemmering gezien die onroerende zaak in gebruik te nemen, dus het risico dat hij dat na ontruiming opnieuw doet is mogelijk groter dan bij de ontruimde huurder. Maar ook in dat geval zal het bevel en verbod op enig moment zijn werking verliezen. In ieder geval zal dat aan de orde zijn wanneer door tijdverloop er geen reëel risico meer is dat de onroerende zaak opnieuw gekraakt zal gaan worden, maar ook kan gedacht worden aan de situatie waarin de onroerende zaak door derden regulier in gebruik is genomen.

536. In al die gevallen is, om te bepalen wat de werking van het bevel of verbod is, uitleg van de beslissing van de rechter nodig in het licht van de omstandigheden van het geval en de omstandigheden waaronder een bevel of verbod is gegeven. Op die uitleg ga ik hierna in paragraaf 10.3.2 nader in. Voor dit moment is belangrijk vast te stellen dat een bevel en verbod niet oneindig werken.

9.3 Wijziging van omstandigheden

537. Indien niet in de rechterlijke uitspraak een bepaalde termijn wordt opgenomen voor de werking van het verbod of bevel, of uit de aard van de veroordeling volgt dat die is uitgewerkt na uitvoering ervan, kan een wijziging van omstandigheden of het ontstaan van een rechtvaardigingsgrond leiden tot het vervallen van dat bevel. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat het verbod of bevel in een dergelijk geval automatisch zal vervallen en dat, indien daarover verschil van mening tussen de betrokkenen ontstaat, een executiegeschil uitkomst moet bieden. In een arrest van 19 december 1952 overwoog de Hoge Raad in dit verband dat ervan uitgegaan moet worden dat een verbod vervalt wanneer na het vonnis een rechtvaardigingsgrond ontstaat waardoor de onrechtmatigheid van de bestreden handelingen vervalt.⁷⁷⁸ Ook in latere jurisprudentie heeft de Hoge Raad benadrukt dat een rechterlijk verbod wordt gegeven onder de veronderstelling dat de voor het geven van het verbod essentiële voorwaarden blijven bestaan. Wanneer die voorwaarden veranderen heeft dat invloed op de werking van het bevel of verbod. Een discussie daarover zal volgens de Hoge Raad in een executiegeschil moeten worden beslecht.⁷⁷⁹ In een arrest van 27 januari 1984, dat betrekking had op onrechtmatige publicaties, herhaalde de Hoge Raad dat de omstandigheden waaronder een bevel of verbod is gegeven bepalend zijn voor het voortduren daarvan. Als die omstandigheden zich zodanig wijzigen dat in het licht van de uitspraak moet worden aangenomen dat

⁷⁷⁷ Vgl. Van Nispen 1978/254.

⁷⁷⁸ HR 19 december 1952, ECLI:NL:HR:1952:AG1997, NJ 1953/642, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Voorste Stroom VII*).

⁷⁷⁹ HR 18 november 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4691, NJ 1984/272, m.nt. W.C.L. van der Grinten.

van onrechtmatig handelen geen sprake meer is, moet worden aangenomen dat een uitgesproken verbod niet langer geldt.⁷⁸⁰

538. Een wijziging van omstandigheden of het opkomen van een rechtvaardigingsgrond kan er dus toe leiden dat een rechterlijk bevel of verbod komt te vervallen. Dat gebeurt dan automatisch, dus zonder nadere tussenkomst van een rechter. Daar is wat voor te zeggen: een bevel of verbod kan alleen worden uitgesproken als zich een (dreigende) schending van een rechtsplicht voordoet. Als door een wijziging van omstandigheden die (dreigende) schending van de rechtsplicht niet langer bestaat, verliest het bevel of verbod zijn fundament en kan het niet langer voortbestaan. Als dat wel zo zou zijn, zou het bevel of verbod immers gedrag verbieden dat niet langer onrechtmatig is.

539. De partij tegen wie het bevel of verbod is uitgevaardigd en die, anders dan zijn wederpartij, van mening is dat het is vervallen neemt vanzelfsprekend wel een risico door zonder rechterlijke tussenkomst te handelen alsof het bevel of verbod is vervallen. Op hem rust bovendien de bewijslast van zijn stelling dat er sprake is van hetzij een na het vonnis opgekomen rechtvaardigingsgrond, hetzij van feiten die om andere redenen meebrengen dat het bevel of verbod is vervallen.⁷⁸¹ Indien hij het niet bij het rechte eind heeft, of in het bewijs niet slaagt, zal hij in de regel dwangsommen verbeuren. De veroordeelde partij doet er dan ook verstandig aan een rechterlijk oordeel uit te lokken alvorens over te gaan tot het verrichten van handelingen in strijd met het bevel of verbod. Dat kan hij doen door in een bodemprocedure een verklaring voor recht te vragen met betrekking tot die handelingen, maar hij kan ook, indien er een spoedeisend belang is, in kort geding een verbod tot het treffen van executiemaatregelen op basis van de eerdere uitspraak vragen. In dat laatste geval verkrijgt hij weliswaar slechts een voorlopig oordeel, maar dat zal toch enig houvast kunnen geven.

540. Van Nispen toonde zich in zijn dissertatie optimistisch over de situatie waarin een verbod of bevel uitsluitend op rechtmatigheidsoverwegingen is gebaseerd. Volgens hem zal er in dat geval tussen partijen '*doorgaans geen controverse bestaan*' over de vraag of het verbod vervallen is.⁷⁸² In de door Van Nispen genoemde gevallen van het inbreukverbod bij een aflopend octrooi of een ontruimingsbevel tegen iemand die daarna een huurovereenkomst weet te regelen, zal die controverse inderdaad in de regel niet bestaan, maar toch alleen indien over dat achterliggende feit geen verschil van mening bestaat. Bij een in kort geding toegestane afweging van de wederzijdse belangen ligt een en ander vanzelfsprekend nog genuanceerder. Van Nispen wijst er terecht op dat in een dergelijk geval niet kan worden aangenomen dat alleen een wijziging van de feitelijke constellatie leidt tot het verval van het verbod of bevel. Het is immers onzeker hoe de rechter in die gewijzigde feitelijke constellatie over de afweging van de wederzijdse belangen zou hebben gedacht.

541. Een wijziging van omstandigheden kan er ook toe leiden dat nakoming van het bevel of verbod onmogelijk wordt. Die situatie onderscheidt zich van de situatie waarin nakoming van een rechtsplicht al onmogelijk is op het moment dat de rechter moet oordelen. Op die laatste situatie ga ik in hoofdstuk 11 in. Wanneer een bevel of verbod al is gegeven, maar uitvoering onmogelijk wordt, heeft dat vanzelfsprekend in de eerste plaats gevolgen voor de mogelijkheid tot executie van de veroordeling. Indien nakoming blijvend onmogelijk wordt, zal echter ook het verbod zelf vervallen.⁷⁸³ Bij een tijdelijke onmogelijkheid hoeft van het vervallen van het bevel of verbod geen sprake te zijn. Dat kan ten uitvoer worden gelegd zodra de onmogelijkheid ten einde is gekomen. Denk aan het bevel om een boom om te zagen die onrechtmatige hinder veroorzaakt: als de boom door de bliksem wordt getroffen en omvalt zal het bevel daarmee zijn werking verliezen. Maar als het omzagen van de boom

⁷⁸⁰ HR 27 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4744, NJ 1984/802, m.nt. C.J.H. Brunner onder HR 27 januari 1984, NJ 1984/803.

⁷⁸¹ Vgl. T.E. Deurvorst, in: *GS Onrechtmatige daad*, Rechtsvorderingen, aant. II.2.1.3.13.

⁷⁸² Van Nispen 1978/254.

⁷⁸³ Van Nispen 1978/256. Ik ga in paragraaf 11.8 nader hierop in.

door weersomstandigheden slechts tijdelijk onmogelijk is, is er geen reden om aan te nemen dat het bevel bij een weersverbetering niet gewoon ten uitvoer kan worden gebracht.

542. Indien zich de situatie voordoet dat een wijziging van omstandigheden of het opkomen van een rechtvaardigingsgrond leidt tot het vervallen van een bevel of verbod, kan zich daarna natuurlijk de situatie voordoen dat de ‘oude situatie’ weer herleeft. De omstandigheden wijzigen opnieuw of de rechtvaardigingsgrond vervalt weer, waardoor de vroegere situatie weer ontstaat waarin sprake is van schending van een rechtsplicht. Wat betekent dit dan voor het eerder gegeven bevel of verbod? Hoewel het aantrekkelijk is aan te nemen dat dit automatisch herleeft, is dat niet juist. In de hiervoor genoemde jurisprudentie is sprake van het ‘vervallen’ van een bevel of verbod. Daarmee is het ten einde gekomen. Dat kan ook moeilijk anders omdat aan de schending van de rechtsplicht een einde kwam. Een vervallen rechterlijk bevel of verbod kan niet in algemene zin zonder rechterlijke tussenkomst weer herleven. Dat zou tot een te grote mate van rechtsonzekerheid leiden ten aanzien van de vraag wanneer een verbod nu wel of niet (voort)bestaat. Dat lijkt ongunstig voor de partij die over een bevel of verbod beschikt: hij kan het wel automatisch verliezen, maar niet automatisch weer verkrijgen. Dat de soep niet zo heet gegeten wordt als hij wordt opgediend, laten de volgende voorbeelden zien.

543. Laten we als eerste voorbeeld nemen de situatie waarin een huurovereenkomst wordt ontbonden wegens een betalingsachterstand. De huurder wordt bevolen de woning te ontruimen en ontruimd te houden. Het bevel tot ontruiming is uitgewerkt na de ontruiming, maar het bevel de woning ontruimd te houden werkt nog even door. Indien de huurder en de verhuurder vervolgens aanleiding zien een nieuwe huurovereenkomst te sluiten is er evident voor de huurder een geldige grondslag om de woning weer te betreden en is het bevel om de woning ontruimd te houden daarmee vervallen. De voorwaarde waaronder de rechter het bevel heeft opgelegd bestaat immers niet langer. Als de huurder daarna een nieuwe huurachterstand laat ontstaan zal de verhuurder niet kunnen terugvallen op het eerdere ontruimingsbevel. Dat is uitgewerkt en vervallen en kan niet zomaar herleven. Voor dat herleven bestaat hier ook geen rechtvaardiging: na de ontruiming heeft zich een hele nieuwe situatie voorgedaan die volledig los staat van de situatie waarover de rechter eerder had te oordelen. De verhuurder kan zich dus niet meer beroepen op het eerdere ontruimingsbevel en als hij opnieuw ontruiming wil bewerkstelligen zal hij een nieuw ontruimingsbevel moeten verkrijgen. Deze situatie roept eigenlijk weinig vragen op.

544. Een tweede voorbeeld laat een ander beeld zien. Twee burens die in onmin leven hebben over en weer het verbod gekregen door elkaars tuin heen te lopen, op straffe van een dwangsom. Een dergelijk verbod heeft, tenzij door de rechter anders is bepaald, werking voor onbepaalde duur, maar is gebaseerd op de premisse dat de burens naast elkaar wonen. Het verbod, dat persoonsgebonden is, zal in principe ten einde komen als een van beide burens verhuist. Ook dan is dat echter afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Als de verhuizing tijdelijk is, bijvoorbeeld in verband met een detachering in het buitenland, is er geen rechtvaardiging om aan te nemen dat het verbod is vervallen wanneer terugkeer naar de woning plaatsvindt. De premisse waaronder het verbod is gegeven is immers niet opgehouden te bestaan, maar slechts onderbroken. Maar als de verhuizing als definitief is bedoeld, zal het verbod wel degelijk vervallen. En in een dergelijke situatie zal een rechtvaardigingsgrond om de tuin toch te betreden (bijvoorbeeld om tijdens de vakantie van de burens een inbreker te betrappen) evenmin leiden tot het vervallen van het verbod. Die rechtvaardigingsgrond doet immers geen (blijvende) afbreuk aan de premisse waaronder de rechterlijke uitspraak is gegeven.

545. De wijziging van omstandigheden kan dus leiden tot het vervallen van een bevel en verbod. Eenmaal vervallen zal een nieuwe rechterlijke uitspraak nodig zijn om tot een nieuw bevel of verbod te komen. De drempel die dit opwerpt is echter niet onoverkomelijk omdat de vraag of een bevel of verbod is vervallen in hoge mate van feitelijke aard is. In die gevallen waarin een bevel of verbod ondanks de wijziging van omstandigheden nuttig blijft in het licht van de rechterlijke uitspraak waarin

zij is neergelegd, zal in de regel moeten worden aangenomen dat het niet is vervallen, maar is blijven voortbestaan.

9.4 *Gevolgen bodemuitspraak*

546. Wanneer in kort geding een bevel of verbod is gegeven, vervalt dit vanzelfsprekend wanneer de bodemrechter oordeelt dat er voor een dergelijk verbod of bevel geen rechtsgrond was of indien de bodemrechter het vervangt door een ander verbod of bevel.⁷⁸⁴ Tot het moment waarop de bodemrechter oordeelt heeft het in kort geding gegeven bevel of verbod echter rechtskracht en dient het te worden nageleefd.

547. Indien een vonnis waarbij een partij wordt veroordeeld om iets te doen, in hoger beroep wordt vernietigd, komt de rechtsgrond te vervallen aan hetgeen ter uitvoering van dat vonnis is verricht.⁷⁸⁵ Dat geldt ook voor in kort geding gewezen vonnissen. Dit roept voor het rechterlijk bevel en verbod geen bijzondere vragen in het leven, zij het dat ongedaanmaking van hetgeen is verricht ter uitvoering van de rechterlijke uitspraak vaak ingewikkelder is dan bij een veroordeling tot betaling van een som geld.

9.5 *Conclusie*

548. In hoofdstuk 6 (nummer 292) heb ik geconcludeerd dat een preventieve remedie effectief is wanneer zij

- a) materiële rechten kan afdwingen
- b) tijdig is
- c) een afschrikkende functie heeft en
- d) proportioneel is.

Een rechterlijk bevel en verbod werken niet oneindig, maar hebben een tijdelijke duur. Voor de vraag naar de effectiviteit van de remedie is dat relevant omdat het rechterlijk bevel en verbod daarmee op enig moment hun functie en dus hun effectiviteit verliezen. Toch is die relevantie beperkt, zeker wanneer de nadruk wordt gelegd op het preventieve karakter van de remedie. Dat preventieve karakter is vooral van belang bij het van kracht worden van het bevel en verbod. Het moet dan snel kunnen ingrijpen in een dreigende situatie. Maar als die dreigende situatie door een wijziging van omstandigheden is afgewend of wanneer er een rechtvaardigingsgrond is opgekomen voor het handelen, bestaat er bij het voortduren van het bevel en verbod geen belang meer. Bezwaarlijk is dat niet: door die wijziging van omstandigheden of door het opkomen van de rechtvaardigingsgrond komt immers het onrechtmatige karakter aan een bepaald gedrag te ontvallen. Van schending van een rechtsplicht is dan niet langer sprake en er is dan dus ook geen remedie meer vereist om aan die schending een einde te maken. Voor het verval van het rechterlijk bevel en verbod geldt in zoverre hetzelfde als voor de afwijzingsgronden: het is niet zozeer een beperking van de effectiviteit van de remedie als wel een mechanisme voor de nuttige aanwending ervan die bovendien bijdraagt aan de proportionaliteit van de remedie.

⁷⁸⁴ Van Nispen 1978/253. T.E. Deurvorst, in: *GS Onrechtmatige daad*, Rechtsvorderingen, aant. II.2.1.3.13.

⁷⁸⁵ HR 19 februari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2854, NJ 1999/367.

Deel 3

10. De rol en de vrijheid van de rechter

10.1 Inleiding

549. In de voorgaande delen van het boek heb ik uiteen gezet wat de doelen van het burgerlijk (proces)recht zijn en welke eisen aan een effectieve remedie zijn te stellen. Daarna heb ik weergegeven hoe het rechterlijk bevel en verbod momenteel in de Nederlandse wet zijn geregeld en in de jurisprudentie zijn uitgewerkt. In de hoofdstukken die nu volgen onderzoek ik of de toepassing van het rechterlijk bevel en verbod op drie verschillende thema's al dan niet tot problemen leidt. Het eerste thema dat ik bespreek is de rol en de vrijheid van de rechter.

550. Bij beoordeling van de vraag of het rechterlijk bevel en verbod effectieve remedies zijn, komt het immers ook aan de op de rol van de rechter. Niet alleen dient de toegang tot de rechter in voldoende mate verzekerd te zijn, zoals ik hiervoor beschreef, maar ook dient de rechter de mogelijkheid te hebben om die rechtsbescherming te bieden die in het licht van de stellingen van partijen en het tussen hen gevoerde debat nodig is. Zo'n algemene stelling is al snel tegen het zere been van lijdelijkheidspuristen. Het zijn immers partijen die de rechtsstrijd bepalen en de omvang van die rechtsstrijd wordt niet in de minste plaats bepaald door het petitum en de (feitelijke) grondslag die partijen aan hun vordering of verweer geven. De vraag naar de rol van de rechter, of zelfs de vrijheid van de rechter, is daarmee mede een vraag naar de positie van de rechter in het civiele proces. Dat is een meer principiële vraag en het antwoord daarop is door de tijd heen aan verandering onderhevig. Het voert te ver om in dit boek die rol helemaal uit te diepen, in het bijzonder waar het de positie van de rechter bij (het invullen van) de discussie tussen partijen betreft.⁷⁸⁶

551. Waar het mij wel om gaat is de vraag in hoeverre de rechter een op artikel 3:296 BW gebaseerde vordering moet toewijzen en in hoeverre hij aan het petitum van een eiser is gebonden. Het gaat aldus enerzijds om de vraag of de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft om een toewijsbare vordering af te wijzen indien hij van oordeel is dat een weging van belangen van partijen om die uitkomst vraagt, en anderzijds om de gebondenheid aan het petitum en de vrijheid van de rechter om iets anders toe te wijzen dan gevorderd als dat voor de effectiviteit van de remedie nodig is. Die vragen raken beide de rol van de rechter, maar zijn los van elkaar te behandelen. De beide vragen zijn van belang omdat ik hiervoor heb vastgesteld dat een remedie proportioneel moet zijn. Als de rechter geen vrijheid heeft om een disproportionele vordering af te wijzen, kan dat een relevant gegeven zijn voor de beoordeling van de deugdelijkheid van het bevel en verbod als effectieve remedie. Die vrijheid van de rechter kan anderzijds ook het preventieve karakter van de remedie in negatieve zin beïnvloeden als de rechter een tijdig gevraagd bevel of verbod kan afwijzen op grond van een belangenafweging.

552. Ik ga hierna eerst in op de vraag of er een discretionaire bevoegdheid voor de rechter bestaat. Daarnaast behandel ik de vraag of de rechter ook in een andere fase van de beoordeling van een geschil dan de vaststelling van een remedie, vrijheid kan nemen of kan creëren om te komen tot een passende (proportionele) oplossing. Tot slot behandel ik het petitum en het dictum.

10.2 Discretionaire bevoegdheid ten aanzien van het geven van een bevel of verbod?

10.2.1 Inleiding en hoofdregel

553. In deze paragraaf ga ik in op de vraag of de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft om een bevel of verbod al dan niet toe te wijzen. Met het begrip discretionaire bevoegdheid doel ik in dit verband op de vrijheid van de rechter om, als voldaan is aan de voorwaarden voor toewijzing van een bepaalde vordering, die vordering toch niet toe te wijzen op grond van een afweging van belangen. De

⁷⁸⁶ Zie daarover Lock 2019.

spiegelbeeldige situatie waarin niet voldaan is aan de voorwaarden voor toewijzing van een vordering en de vordering toch wordt toegewezen, laat zich minder goed denken omdat op grond van louter een afweging van belangen niemand kan worden veroordeeld tot iets waartoe hij niet rechtens gehouden is. Zoals ik hiervoor (paragraaf 7.4) al uiteenzette moet er tussen een bevel en verbod enerzijds en een geschonden of te schenden rechtsplicht anderzijds immers een duidelijke relatie bestaan. De hierna volgende bespreking gaat over de rechterlijke gebondenheid op grond van het eerste lid van artikel 3:296 BW. De in het *tweede* lid neergelegde bevoegdheid houdt in dat de rechter een veroordeling onder een voorwaarde of tijdsbepaling *kan* toewijzen en is daarmee zonder meer een discretionaire bevoegdheid. Dat is ook logisch omdat een veroordeling onder voorwaarde of tijdsbepaling niet in alle gevallen nuttig zal zijn.⁷⁸⁷

554. Een discretionaire bevoegdheid om een toewijsbare vordering op grond van een afweging van belangen niet toe te wijzen is iets anders dan de beslissing om minder toe te wijzen dan gevorderd. Als dat gebeurt is de vordering niet toewijsbaar (en hoeft dus ook geen afweging van belangen ten aanzien van die vordering plaats te vinden), maar is een minder verstreckende vordering die in de eis besloten ligt, wel toewijsbaar.⁷⁸⁸ Ik kom op de uitleg van het petitum hierna, in paragraaf 10.3, terug.

555. Een discretionaire bevoegdheid zoals hiervoor omschreven is ook iets anders dan de noodzaak om een afweging van belangen te maken indien er sprake is van botsende (grond)rechten. Bij de hiervoor bedoelde discretionaire bevoegdheid gaat het slechts om de situatie waarin een partij een recht heeft op naleving van een rechtsplicht, maar de andere partij geen *recht* heeft om die rechtsplicht te schenden, maar daarbij slechts *belang* heeft. In een situatie van botsende (grond)rechten bestaan er twee tegenover elkaar staande rechten die in beginsel zouden moeten worden nagekomen, maar die elkaar uitsluiten. Een voorbeeld is te vinden in een arrest van de Hoge Raad van 11 maart 2022, waarin een botsing was te zien tussen het grondrecht van een kind om te weten wie zijn biologische vader is enerzijds en het grondrecht van de vermoedelijke biologische vader om de afstamming geheim te houden en om niet onvrijwillig een DNA-test te ondergaan.⁷⁸⁹ Bij een dergelijke botsing moet door een afweging van belangen worden bepaald welk recht prevaleert. In het navolgende ga ik niet uit van de situatie van botsende grondrechten, maar richt ik mij op de naleving van privaatrechtelijke rechtsplichten.

556. Er bestaat een vrij algemene opvatting dat de rechter, indien voldaan is aan de voorwaarden voor toewijzing van een verbod of bevel, geen discretionaire bevoegdheid heeft dit bevel of verbod toch af te wijzen.⁷⁹⁰ De Hoge Raad oordeelde al in die zin in het arrest *Claas/Van Tongeren* door te overwegen dat, als een onrechtmatige gedraging vaststaat, de toewijsbaarheid van een gevraagd verbod niet afhankelijk is van een nadere belangenafweging.⁷⁹¹ Daarbij verdiende echter aantekening ‘dat het niet om een k.g. gaat.’

557. Uit dat arrest blijkt duidelijk dat er voor een nadere belangenafweging door de rechter geen plaats is indien zich een (dreigende) schending van een rechtsplicht voordoet en voldaan is aan de

⁷⁸⁷ Als de in lid 2 neergelegde bevoegdheid niet een discretionaire zou zijn, zou de rechter gehouden zijn veroordelingen uit te spreken voor denkbeeldige of minder waarschijnlijke toekomstige situaties die tot een veroordeling onder voorwaarden zouden moeten leiden. Het belang-vereiste zou al te fictieve situaties kunnen voorkomen (“voor het geval mijn buurman grensoverschrijdend gaat bouwen, vorder ik een veroordeling die bouwsels te verwijderen”), maar het is efficiënter dat lid 2 de rechter vrijheid laat om te beoordelen of een dergelijke veroordeling nuttig is.

⁷⁸⁸ Vgl. HR 29 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1116, *NJ* 1994/107 (*kraaiende hanen*).

⁷⁸⁹ HR 11 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:349, *NJ* 2022/169.

⁷⁹⁰ Van Nispen concludeerde al vóór het arrest *Claas/Van Tongeren* in deze zin, Van Nispen 1978/176. Zie verder Grosheide 1996; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2019/161. Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/135; Kemp 2019, p. 113.

⁷⁹¹ HR 28 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8976, *NJ* 1986/356, m.nt. M. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*).

voorwaarden van artikel 3:296 BW.⁷⁹² De zinsnede ‘dat het hier niet om een k.g. gaat’ maakt duidelijk dat de voorzieningenrechter in kort geding meer vrijheid heeft en altijd (wel) een zekere belangenafweging kan maken. De Hoge Raad heeft die vrijheid in kort geding benadrukt in het *Huggies*-arrest van 15 december 1995.⁷⁹³ Het arrest had betrekking op een geschil over onder meer de vraag of reclame voor luiers misleidend en onrechtmatig jegens een concurrerende fabrikant was en waarin een aantal verboden en een rectificatie werden gevraagd. De Hoge Raad gaf als hoofdregel dat de rechter die heeft vastgesteld dat de verwerende partij verplicht is bepaalde gedragingen na te laten, op grond van het bepaalde in artikel 3:296 lid 1 BW gehouden is aan deze partij ‘een desbetreffend verbod’ op te leggen. De aard van het kort geding brengt echter mee dat een belangenafweging moet worden gemaakt waarbij worden afgewogen het voorlopig karakter van een rechterlijk oordeel in kort geding en de ingrijpendheid van de gevolgen van een verbod enerzijds en de schade die ontstaat indien een verbod uitblijft anderzijds.

558. De conclusie dat de rechter in kort geding de vrijheid heeft om een belangenafweging te maken die de rechter in een bodemprocedure *niet* mag maken, is naar mijn mening toch iets te kort door de bocht. In het arrest *Claas/Van Tongeren* heeft de Hoge Raad wel overwogen dat een ‘nadere belangenafweging’ niet mag worden gemaakt, maar heeft hij niet uiteen gezet waaruit die (niet toegestane) belangenafweging kan bestaan. Het gecasseerde arrest van het hof geeft wel enig inzicht: het hof had het belang ‘geluidsoverlast, verkeershinder en ontsiering’ en ‘waardevermindering van de eigendommen’ van Claas door de activiteiten van Van Tongeren onvoldoende zwaarwegend geacht om een verbod te rechtvaardigen. Dat leidde de Hoge Raad tot het al aangehaalde oordeel dat een nadere belangenafweging niet is toegestaan. In algemene zin gaat het bij een belangenafweging erom dat de (alle) belangen van de eisende partij worden afgewogen tegen de (alle) belangen van de gedaagde partij. Kort gezegd gaat het dan om de vraag of het belang van de eisende partij bij nakoming van de rechtsplicht groter is dan het belang van de gedaagde partij bij schending van die rechtsplicht en of die belangen een bevel of verbod rechtvaardigen. Alleen als het belang van eiser zwaarder weegt dan het belang van gedaagde, zou een vordering dan toegewezen kunnen worden. De toelaatbaarheid van zo’n belangenafweging zou in belangrijke mate afbreuk doen aan het uitgangspunt dat nakoming de primaire remedie is en dat niemand genoeg hoeft te nemen met schadevergoeding als nakoming nog mogelijk is. Het zou ook in belangrijke mate afbreuk doen aan de gebondenheid van partijen aan het gegeven woord en een partij de ruimte laten bij heroverweging van de voorziene gunstige afloop van de overeenkomst, op het gegeven woord terug te komen. Het zou partijen bovendien in staat stellen een onrechtmatige daad te plegen als hun belang daarbij groter is dan het belang van het slachtoffer bij het achterwege laten ervan. Het is dus zeer goed te rechtvaardigen dat een dergelijke belangenafweging niet is toegestaan. Het bestaan van een (onvoorwaardelijk) recht is immers niet van een belangenafweging afhankelijk.

559. De belangenafweging in kort geding die de Hoge Raad in het *Huggies*-arrest schetste is echter een iets andere. Volgens de formulering van de Hoge Raad moet de voorzieningenrechter immers een afweging maken tussen enerzijds (i) het voorlopige karakter van een rechterlijk oordeel in kort geding én (ii) de ingrijpendheid van de gevolgen van een verbod tegen anderzijds (iii) de schade die ontstaat indien een verbod uitblijft. Ook de voorzieningenrechter weegt dus niet eenvoudigweg het belang van een crediteur bij nakoming van een rechtsplicht af tegen dat van een debiteur bij schending ervan. De belangenafweging die hij maakt is complementair aan zijn rechtsoordeel.⁷⁹⁴ Het voorlopig karakter van dat oordeel speelt een belangrijke rol bij de vraag of het aangewezen is in kort geding een

⁷⁹² De Hoge Raad heeft ten aanzien van de nakoming van een toezegging door de overheid geoordeeld dat aansluiting moet worden gezocht bij de jurisprudentie van de bestuursrechter, waaruit volgt dat wel een belangenafweging moet worden gemaakt. De Hoge Raad plaatst dat civielrechtelijk in het kader van artikel 6:2 BW, maar uit zijn uitwerking lijkt een iets neutralere belangenafweging te volgen. Zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1957, *NJ* 2022/236.

⁷⁹³ HR 15 december 1995, ECLI:NL:HR:ZC1919, *NJ* 1996/509, m.nt. D.W.F. Verkade (*Huggies*).

⁷⁹⁴ Aldus Boonekamp, *Asser Procesrecht/Boonekamp* 6 2020/135.

maatregel te treffen. Indien de voorzieningenrechter weinig twijfel hoeft te hebben over de afloop van een zaak in een latere bodemprocedure, zal er voor het maken van een belangenafweging minder ruimte zijn dan in het geval de kwestie nog met onzekerheid is omgeven. In dat geval zal de ingrijpendheid van een maatregel juist weer zwaarder gaan wegen, afgezet tegen de vraag welke schade er intreedt indien een maatregel achterwege blijft. Niet voor niets overwoog de Hoge Raad in het *Huggies*-arrest ook dat in de regel toewijzing van een verbod voor de hand ligt indien de voorzieningenrechter een bepaalde gedraging onrechtmatig acht en dat een rechterlijk ingrijpen bijvoorbeeld achterwege kan blijven indien de belangen van de eiser op een andere manier zijn gediend. De voorzieningenrechter heeft dus zonder twijfel een grotere vrijheid dan de bodemrechter om een belangenafweging te maken, maar evenmin kan hij ongemotiveerd voorbij gaan aan het uitgangspunt van artikel 3:296 BW dat een rechtsplicht als regel kan worden afgedwongen. Ook in kort geding is, met andere woorden, niet alles te koop.

560. Als uitgangspunt heeft in ieder geval te gelden dat er in een bodemprocedure geen rechterlijke vrijheid bestaat om een belangenafweging te maken.⁷⁹⁵ Indien voldaan is aan de voorwaarden van artikel 3:296 lid 1 BW dient de rechter desgevorderd een bevel of verbod uit te spreken. In de fase waarin de rechter de remedie van het rechterlijk bevel of verbod moet toepassen, zijn de handen van de rechter dus in belangrijke mate gebonden. Dat is in zekere zin goed te rechtvaardigen. Artikel 3:296 BW heeft immers betrekking op de situatie waarin is komen vast te staan dat een aanspraak op een prestatie of het nalaten van bepaald gedrag bestaat. Een zuivere belangenafweging door de rechter zou die aanspraak tekort doen en rechtsonzekerheid in het leven roepen. Een afwijzing van een toewijsbare vordering tot nakoming of een verbod zou bovendien afdoen aan het uitgangspunt dat nakoming de primaire remedie is en dat de rechter daartoe de nodige rechtsbescherming dient te bieden. Daar staat tegenover dat een remedie disproportioneel kan uitpakken. Ook dat moet worden voorkomen. Ik onderzoek hierna welke middelen de rechter heeft om dat te bereiken.⁷⁹⁶

10.2.2 De normering van het handelen bij een onrechtmatige daad en bij de nakomingsvordering

561. Voor de vraag of een belangenafweging bij het uitspreken van een rechterlijk bevel of verbod mogelijk is, is ook van belang het onderscheid te maken tussen de normeringsfase van de rechterlijke beslissing enerzijds en de remediefase anderzijds. Met het begrip ‘normeringsfase’ doel ik op het werk van de rechter dat ertoe strekt de verplichtingen van partijen vast te stellen. Met de ‘remediefase’ doel ik op de keuze van de rechter om een bepaalde remedie toe te passen.⁷⁹⁷ Dat onderscheid kan zowel gemaakt worden bij vorderingen die zijn gebaseerd op een onrechtmatig handelen, als bij vorderingen die strekken tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst. Ik werk dat als volgt uit.

562. Het onrechtmatigheidsbegrip van artikel 6:162 BW werkt onder meer met de open norm ‘hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’. Om vast te stellen of er sprake is van onrechtmatigheid, zal de norm veelal door de rechter moeten worden ingevuld of zelfs bepaald. Ook bij vorderingen die strekken tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst kan een normeringsfase worden aangewezen. In veel gevallen zal een overeenkomst immers moeten worden uitgelegd om de verplichtingen van partijen te kunnen vaststellen. De redelijkheid en billijkheid speelt

⁷⁹⁵ Jongbloed meent overigens dat een rechterlijke discretionaire bevoegdheid bij de toepassing van artikel 3:296 BW ‘de facto’ wel bestaat omdat de rechter die een veroordeling ‘minder opportuun’ acht een uitzondering op de hoofdregel kan aannemen of kan oordelen dat er een onvoldoende belang in de zin van artikel 3:303 BW is. Het is op zichzelf natuurlijk juist dat het ontbreken van belang in de weg kan staan aan het toewijzen van een vordering. Bij de discretionaire bevoegdheid die ik voor ogen heb gaat het echter om een afweging van belangen die bij ieder ontbreken van belang niet nodig is. Jongbloed, *GS Vermogensrecht*, aant. 5 op artikel 3:296 BW.

⁷⁹⁶ Ik wijs er daarbij nadrukkelijk op dat het ontbreken van een discretionaire bevoegdheid bij het opleggen van een bevel of verbod geen betekenis heeft voor de opgelegde dwangsom. De rechter heeft bij zijn keuze om al dan niet een dwangsom op te leggen en bij het bepalen van de modaliteiten daarvan een grote vrijheid. Hierover nader Van der Helm 2019/54.

⁷⁹⁷ De rechter is vanzelfsprekend niet vrij in die keuze, maar gebonden aan het petitum.

bij die uitleg, en dus al voordat over een remedie moet worden nagedacht, een rol.⁷⁹⁸ Voor mijn onderzoek is het niet nodig dat ik de discussie die is gevoerd over de uitleg van rechtshandelingen en overeenkomsten in het bijzonder uitdiep.⁷⁹⁹ Voldoende is om vast te stellen dat aan de redelijkheid en billijkheid bij de uitleg van overeenkomsten een zekere rol toekomt. In het arrest *DSM/Fox* overwoog de Hoge Raad in dat verband bijvoorbeeld dat bij de uitleg van een *‘schriftelijk contract telkens van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen.*’⁸⁰⁰

563. Een dergelijke uitleg ‘gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen’ vindt plaats in de normeringsfase en leidt tot een conclusie over de verplichtingen van partijen. Van deze goede trouw in de uitlegfase is te onderscheiden de redelijkheid en billijkheid in de remedie-fase. Pas dan wordt beoordeeld of een bepaalde aanspraak, die door uitleg is vastgesteld, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

564. Veelal zal de invulling van een norm nauw samenhangen met de feiten in een bepaalde zaak, zowel bij een onrechtmatige daad als bij een vordering die strekt tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst. Een handelen dat onder bepaalde omstandigheden (of in een bepaalde tijd) onrechtmatig is, behoeft dat onder andere omstandigheden niet te zijn. Wat bijvoorbeeld in een zogenaamde sport- en spelsituatie is toegelaten, kan daarbuiten onrechtmatig zijn. Datzelfde geldt voor de afweging van belangen bij botsende rechten: het recht op het ongestoord (gebruik van de) eigendom van de geluidsinstallatie wordt beperkt door het recht van de buurman om ongehinderd te slapen. In die normeringsfase zullen de belangen van een partij op die manier een rol kunnen spelen. Volgens Sieburgh ligt hieraan de gedachte ten grondslag dat het leven in een maatschappelijk verband noodzakelijkerwijze een botsing van belangen meebrengt, zodat voor het vaststellen van een te toetsen zorgvuldigheidsnorm al een belangenafweging is vereist.⁸⁰¹ Ook die vaststelling van een norm en dus deze afweging van belangen gaat vooraf aan het oordeel over de toewijsbaarheid van een vordering op grond van artikel 3:296 BW.

565. Bij het invullen van een zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW komt het erop aan vast te stellen wat in een bepaalde situatie van mensen mag worden verwacht, al dan niet om het intreden van schade te voorkomen. Een ieder mag zijn eigen belangen dienen, maar moet rekening houden met de belangen van een ander.⁸⁰² Bij beantwoording van de vraag welke voorzichtigheid in acht moet worden genomen, kan onder meer de aard van de schade en de mogelijke omvang en waarschijnlijkheid daarvan een rol spelen, afgezet tegen de bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen die de schade kunnen voorkomen, en de aard en het nut van de gedraging.⁸⁰³

566. De afweging van belangen die plaatsvindt bij het formuleren van de zorgvuldigheidsnorm of bij de uitleg van een overeenkomst, is een andere dan de belangenafweging die de rechter zou kunnen maken als hij een discretionaire bevoegdheid zou hebben om een op zichzelf toewijsbare vordering al dan niet toe te wijzen. Bij die laatste belangenafweging gaat het veeleer om de vraag of het belang van een (toekomstige) pleger van een onrechtmatige daad zoveel zwaarder weegt dan het belang van diegene die daar schade door ondervindt, dat die daad toch moet worden toegestaan. Die laatste

⁷⁹⁸ Asser/Sieburgh 6-III 2018/362, 364 en 365. Valk 2018.

⁷⁹⁹ Zie hierover bijvoorbeeld Valk 2018. Valk & Schelhaas 2016.

⁸⁰⁰ HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, *NJ* 2005/493, m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*). Zie ook nog HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687, *NJ* 2017/114, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Condor*).

⁸⁰¹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2019/75. Van Dam 2020, p. 68.

⁸⁰² Vgl. HR 27 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AD7158, *NJ* 1987/191, m.nt. E.A. van Nieuwenhoven Helbach (*Holland Nautic/Decca*).

⁸⁰³ Vgl. HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079 *NJ* 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*) en HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Wilnis*). Van Dam 2020, p. 66 e.v.

belangenafweging ligt dicht bij de afweging die de rechter op grond van artikel 6:168 BW moet maken en waarop ik hiervoor (paragraaf 8.2.2) ben ingegaan.

567. De afweging van belangen die plaatsvindt bij het formuleren van een zorgvuldigheidsnorm verschilt ook van de toepassing van de redelijkheid en billijkheid bij de uitleg van een overeenkomst. Uitleg van een overeenkomst dwingt in de regel niet tot het maken van een *belangenafweging* (wel tot het bepalen van de verwachtingen die partijen over en weer mochten hebben). Bij een zuivere nakomingsvordering zal een belangenafweging die de norm waaraan moet worden getoetst mede bepaalt, dus minder prominent een rol spelen.

568. Het onderscheid tussen de normeringsfase en de remediefase, waarbij eerst door uitleg wordt vastgesteld wat partijen zijn overeengekomen en vervolgens wordt beoordeeld of nakoming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, wordt niet door iedereen gemaakt. Schoordijk en Van Dunné hebben zich daartegen verzet en betoogd dat iedere uitleg van een contractuele bepaling normatief – ‘naar de normen van het recht’ – moet plaatsvinden.⁸⁰⁴ Daarbij wordt niet alleen gekeken naar de bewoordingen van de relevante contractuele bepalingen, maar naar het geheel van normen dat in de gegeven rechtsverhouding van toepassing is.⁸⁰⁵ Aanhangers van de zogenaamde ‘normatieve uitleg’ combineren de uitleg van de rechtshandeling met het vaststellen van de rechtsgevolgen daarvan aan de hand van onder meer de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:2 BW en artikel 6:248 BW.⁸⁰⁶ Uitleg van een rechtshandeling dient steeds naar redelijkheid en billijkheid plaats te vinden. Zij betogen dat een regel die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, sowieso geen geldende regel zou moeten zijn omdat partijen een dergelijke regel niet zullen zijn overeengekomen. Zo’n regel behoeft dan ook niet buiten toepassing te worden gelaten. Bij de normatieve uitleg gaat het er dan dus om dat alles aankomt op uitleg van overeenkomst en wet met inachtneming van redelijkheid en billijkheid en dat een dergelijke uitleg tot een resultaat behoort te leiden dat geen beperking meer behoeft.⁸⁰⁷ Dat betekent feitelijk dat voor een afzonderlijke beperking van een regel door hetgeen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, geen ruimte meer bestaat. De discussie over de (discretionaire) ruimte van de rechter in de remediefase verdampt dan omdat de belangen waarop in die remediefase acht zou kunnen worden geslagen, in de normeringsfase al meegewogen worden.

569. De uitleg van de overeenkomst enerzijds en het vaststellen van de rechtsgevolgen daarvan anderzijds, zijn echter twee verschillende fases die van elkaar onderscheiden kunnen worden. Het is zuiverder om eerst vast te stellen welke rechten en plichten partijen hebben en daarna te kijken of de rechtsgevolgen daarvan moeten worden gematigd.⁸⁰⁸ Bij die vaststelling spelen de redelijkheid en billijkheid een rol – in zoverre is die vaststelling ‘normatief’⁸⁰⁹ – maar deze toepassing van de redelijkheid en billijkheid bestaat naast de toets of een bepaalde regel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daarmee wordt ook duidelijk en voor de hogere rechter toetsbaar of de rechter daadwerkelijk de door artikel 6:248 lid 2 BW terughoudende maatstaf toepast. Valk wijst daarbij op een ander praktisch en overtuigend argument: door een scheiding te handhaven tussen enerzijds de vaststelling van de regel (de normeringsfase) en anderzijds de rechtsgevolgen daarvan (de remediefase) is ook duidelijk dat de partij die zich op het standpunt stelt dat er bijzondere

⁸⁰⁴ Schoordijk 1979, p. 35 e.v. Schoordijk 2014, p. 160-168. Van Dunné 1971. Zie hierover uitvoerig Van Dunné 2018.

⁸⁰⁵ Wendt 2011.

⁸⁰⁶ Hierover: Schelhaas 2017/1.7. Valk 2019/277 en Valk 2016, p. 83. Het begrip ‘normatieve uitleg’ is gemunt door Van Dunné in zijn dissertatie uit 1971, in het bijzonder pagina 206 e.v..

⁸⁰⁷ Aldus Snijders 2007. Zie hierover ook Asser/Sieburgh 6-III 2018/365 en Van Schilfgaarde 2016/2.30

⁸⁰⁸ In deze zin: Drion 2010. Van Schilfgaarde 2016/2.30 maakt een driedeling tussen uitleg (interpretatie), aanvulling en beperking.

⁸⁰⁹ Volgens Van Dunné is dit een normatieve uitleg in strikte zin, die tekortschiet.

omstandigheden zijn van zodanige aard dat zij eraan in de weg staan dat toepassing wordt gegeven aan die regel, de stelplicht en de bewijslast daarvan draagt.⁸¹⁰

570. Ik ga er daarom vanuit dat de rechter die over de nakoming van een contractuele verplichting moet oordelen, op twee plaatsen de redelijkheid en billijkheid in acht neemt. Enerzijds bij de uitleg van rechtshandelingen en anderzijds, maar dan met de door de wet voorgeschreven terughoudendheid, bij het vaststellen van de remedie. En ook de rechter die moet oordelen over een gesteld onrechtmatig handelen wegens schending van een zorgvuldigheidsnorm zal aan de hand van alle omstandigheden van het geval, waaronder de belangen van partijen, een norm moeten formuleren en vervolgens de remedie moeten vaststellen.

571. Aan de jurisprudentie zijn de volgende voorbeelden te ontleen die de systematiek en het onderscheid tussen een normeringsfase en een remediefase duidelijk maken. De burens Van Loon en Blauwbroek streden om de vraag of het Blauwbroek was toegestaan krielkippen en (twee) krielhanen te houden.⁸¹¹ Omdat kennelijk met name een haan overlast veroorzaakte heeft Blauwbroek die haan vanaf enig moment en na een aanschrijving van de gemeente 's-avonds in een kist in zijn garage gedaan. Gedurende de civiele procedure neemt Blauwbroek nog enkele maatregelen om de overlast te beperken. Dat bracht het hof tot het oordeel dat de vordering van Van Loon tot het verwijderen en het verwijderd houden van de hanen – als te vergaand – niet toewijsbaar was. In cassatie werd hier onder meer tegen opgekomen met de klacht dat het hof ten onrechte een belangenafweging had gemaakt. Die klacht miskende echter dat het hof niet een belangenafweging had gemaakt, maar

'gelet op het onrechtmatige gedrag van Blaauwbroek c.s., het gevorderde bevel tot verwijdering en verwijderd houden van de hanen te ruim (heeft) geoordeeld, kennelijk omdat aan Blaauwbroek niet het recht kan worden onzegd op rechtmatige wijze, door het treffen van afdoende maatregelen ter voorkoming van geluidsoverlast voor Van Loon, hanen te houden.'

572. Wat hier gebeurt is feitelijk de toetsing van de norm aan de hand van de nieuwe feiten. Het houden van hanen zonder mitigerende maatregelen leverde mogelijk onrechtmatige hinder op. Maar toen eenmaal die maatregelen waren genomen om de overlast te beperken, zou een algeheel verbod op het houden van hanen veel te ver gaan en dus disproportioneel zijn omdat het houden van hanen na de maatregelen niet meer onrechtmatig was. Uit het arrest kan worden afgeleid dat de rechter de vrijheid heeft om een vordering af te wijzen indien op een andere manier dan door een bevel of verbod het onrechtmatige gedrag kan worden beëindigd of is beëindigd. Dat ligt ook voor de hand. Indien door het treffen van bepaalde maatregelen het gedrag dat eerst onrechtmatig was niet meer onrechtmatig is, is het uitspreken van een bevel of verbod niet (meer) noodzakelijk.

573. Daarmee is overigens niet gezegd dat het uitspreken van een bevel of verbod onmogelijk is. Indien er een voldoende vrees is dat het onrechtmatig gedrag weer of toch zal worden vertoond, bestaat evenzeer de vrijheid daartegen maatregelen te treffen, vanzelfsprekend steeds mits daarbij een voldoende belang bestaat. Die maatregelen moeten dan zijn toegespitst op het onrechtmatige gedrag, en kunnen niet het rechtmatige gedrag raken. Van belang in de zojuist besproken zaak is dat het hof niet al aan de omstandigheid dat Van Loon ernstige hinder ondervond de gevolgtrekking had verbonden dat Blauwbroek door het enkele houden van de hanen onrechtmatig jegens Van Loon handelde. Bij het oordeel dat het handelen onrechtmatig was betrok het hof het feit dat Blauwbroek onvoldoende pogingen in het werk had gesteld om de gevolgen voor Van Loon te verzachten en daarmee de onrechtmatigheid op te heffen. Bovendien oordeelde het hof dat het gevraagde verbod niet toewijsbaar was omdat aan Blauwbroek niet het recht kon worden onzegd op rechtmatige wijze hanen te houden. Dat is iets anders dan het maken van een belangenafweging. Bij een zuivere belangenafweging zou het de rechter immers zijn toegestaan het onrechtmatig handelen te laten

⁸¹⁰ Valk 2019/277.

⁸¹¹ HR 29 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1116, NJ 1994/107 (kraaiende hanen).

voortduren omdat de belangen van de pleger zwaarder wegen dan die van het slachtoffer, terwijl het oordeel van het hof er onverminderd op gericht was het onrechtmatig handelen te beëindigen. Dat laat onverlet dat, indien in kort geding wel een belangenafweging wordt gemaakt, evenzeer een rol kan spelen of er een andere oplossing is dan het gevorderde bevel of verbod.

574. Dat een belangenafweging op een ander niveau dan bij vaststelling van de remedie is toegestaan, maakt ook het arrest *Hirsi Ali* duidelijk.⁸¹² Het ging in die zaak om de vraag of de Staat onrechtmatig (want in strijd met artikel 8 EVRM) handelde door in een appartementencomplex een extra beveiligde woning in te richten en om de vraag of een gebod aan de Staat mogelijk was om het gebruik van de woning te beëindigen. Bij de beoordeling van die vragen stelde de Hoge Raad voorop dat met de inrichting en ingebruikgeving van een extra beveiligde woning zwaarwegende belangen, ook van maatschappelijke aard, gemoeid zijn. Daartegenover staan de belangen van de andere bewoners van het complex, die door artikel 8 EVRM worden beschermd. De Hoge Raad legde vervolgens de toets aan of het door de Staat verschaft gebruik van de extra beveiligde woning, alle belangen in aanmerking genomen, in de omstandigheden van het geval met het oog op de risico's voor de bewoners in redelijkheid verantwoord is te achten. Op die manier wordt ook een belangenafweging gemaakt. Het gaat dan echter om een belangenafweging die nodig is om te beoordelen of het handelen van de Staat in strijd is met een op de Staat rustende rechtsplicht, dus opnieuw een belangenafweging in de normeringsfase. Pas wanneer na het maken van die belangenafweging wordt geoordeeld dat er sprake is van strijd met een rechtsplicht zou de vraag naar de discretionaire bevoegdheid van de rechter aan de orde kunnen komen. Ook wanneer er geen discretionaire bevoegdheid bestaat, moet de belangenafweging als hier bedoeld worden gemaakt om te beoordelen of er sprake is van onrechtmatig handelen. Daarmee vindt die belangenafweging op een ander niveau plaats dan de door artikel 3:296 BW verboden belangenafweging.

575. Een belangenafweging in de normeringsfase bij de uitleg van een overeenkomst werd toegepast in het arrest *de negende van oma*.⁸¹³ Kunstenaar Körmeling vorderde in die zaak medewerking van de gemeente aan de plaatsing van het in opdracht van de gemeente ontworpen kunstwerk, dat bestond uit neonletters die de tekst 'de negende van oma' vormden. Het kunstwerk zou moeten worden geplaatst op een flatgebouw en de bewoners waren daar kortweg niet van gecharmeerd. De rechtbank heeft die vordering toegewezen en heeft daaraan mede ten grondslag gelegd dat de gemeente van de aanvang af aan bij Körmeling het vertrouwen heeft gewekt dat het door haar goedgekeurde kunstwerk zou worden geplaatst. Een belangenafweging in de fase waarin de uitvoering reeds ter hand is genomen, was volgens de rechtbank niet toegestaan. Het hof loste het aldus op dat het niet een 'harde' verplichting van de gemeente aannam om mee te werken aan de plaatsing van het kunstwerk, maar een verplichting om daar 'in beginsel' aan mee te werken. Het hof legde daarmee de overeenkomst iets anders uit dan de rechtbank en creëerde daarmee de vrijheid om vervolgens te oordelen dat – in de woorden van de Hoge Raad – de belangen van de bewoners zoveel zwaarder wegen van Körmelings belang bij plaatsing van het kunstwerk, dat de eisen van redelijkheid en billijkheid niet toelaten dat aan laatstbedoeld belang voorrang wordt gegeven.

576. Deze benadering van het hof, die genade vond in de ogen van de Hoge Raad, is niet de toepassing van een discretionaire bevoegdheid bij het al dan niet toepassen van een remedie, maar is een *ex ante* benadering die erop neerkomt dat de overeenkomst wordt uitgelegd met toepassing van de redelijkheid en billijkheid en wel zodanig dat in de overeenkomst een 'in beginsel-plicht' werd gelezen. Wanneer bij die uitleg wordt aangenomen dat de overeenkomst niet meebrengt dat onder alle omstandigheden een bepaalde prestatie vereist is, schept ook dat ruimte om een nakomingsvordering af te wijzen.

⁸¹² HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7463, NJ 2007/3 (*Hirsi Ali*).

⁸¹³ HR 20 mei 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1366, NJ 1995/691, m.nt. C.J.H. Brunner (*de negende van oma*).

577. Aldus is er voor de rechter ook bij de uitleg van een rechtshandeling een zekere ruimte om de redelijkheid en billijkheid een rol te laten spelen en kan er een zekere ruimte ontstaan om onder de harde verplichting van artikel 3:296 BW uit te komen. De besluitvorming in de normeringsfase geeft de rechter op die manier wel een zekere ruimte om een disproportionele veroordeling te voorkomen, maar het is eigenlijk niet zuiver als de rechter die ruimte gebruikt om dat doel te bereiken. De vaststelling van de norm gaat immers vooraf aan en is iets anders dan het bepalen van het gevolg van de normschending. Om disproportionaliteit van een remedie te voorkomen zal daarom veelal toepassing moeten worden gegeven aan het leerstuk van misbruik van recht.

578. Ook het relativiteitsvereiste verdient in dit verband aandacht. Eerder (paragraaf 7.3.4) heb ik uiteengezet dat het relativiteitsvereiste ook geldt voor het rechterlijk bevel en verbod. Beantwoording van de vraag of voldaan is aan het relativiteitsvereiste vereist een onderzoek naar de vraag of de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de (deze specifieke) schade zoals de (deze specifieke) benadeelde die heeft geleden door deze wijze van totstandkoming van de schade. Volgens Lindenberg⁸¹⁴ biedt artikel 6:163 BW daarmee ‘een rijke bron voor normatieve beslissingen om de aansprakelijkheid voor gevolgen van een normschending te modelleren, omdat reeds bij de beslissing over het beschermingsbereik de keuze kan worden gemaakt om bepaalde personen, belangen of wijzen van ontstaan al dan niet onder de paraplu van de grondslag voor de aansprakelijkheid te laten vallen.’⁸¹⁴ En Lankhorst wees er op, zij het in verband met door de overheid in te stellen schadevorderingen, dat de relativiteitsleer toestaat dat rechtspolitieke keuzes worden gemaakt, terwijl de vraag naar de strekking van de overtreden norm een ‘mistige en meerduidige vraag’ is.⁸¹⁵ Dit roept de vraag op of het relativiteitsvereiste de rechter vrijheid biedt om onder het keurslijf van artikel 3:296 BW uit te komen.

579. De vraag naar de vrijheid van de rechter heb ik hiervoor geplaatst in het kader van de proportionaliteit van een remedie. Een remedie kan immers, hoewel door artikel 3:296 BW voorgeschreven, disproportioneel zijn.⁸¹⁶ Om in die situatie weer proportionaliteit te bereiken, moet de ingrijpendheid van de remedie worden teruggeschoefd. Dat kan gebeuren door een andere remedie te kiezen, bijvoorbeeld schadevergoeding, maar het kan ook gebeuren door een minder verstrekkend bevel of verbod op te leggen, zoals in *kraaiende hanen*-casus had moeten gebeuren. Het relativiteitsvereiste is dan echter niet het meest geschikte middel om dit doel te bereiken omdat het leidt tot een meer categorische uitsluiting van een slachtoffer of een bepaalde schade.

580. Het relativiteitsvereiste strekt ertoe een bepaald slachtoffer of een bepaalde schade buiten spel te zetten door te oordelen dat die schade of dat slachtoffer niet onder het beschermingsbereik van die norm valt. Daarmee heeft het relativiteitsvereiste geen verzachtend effect, maar een alles-of-niets karakter. Dat binaire karakter is bepaald nuttig om te verstrekkende vormen van schadevergoeding volledig buiten spel te zetten, maar draagt niet bij aan maatwerk. Om bij het voorbeeld uit het arrest *Kuipers/de Jongh* te blijven: een grensoverschrijdend bouwwerk maakt inbreuk op het eigendomsrecht van een ander. De strekking van de norm ‘gij zult niet grensoverschrijdend bouwen’ is zonder twijfel de bescherming van het eigendomsrecht van de eigenaar. Het handelen is hier dus ook zonder twijfel onrechtmatig jegens de eigenaar. Als de remedie die ertoe strekt het bouwwerk weg te halen disproportioneel is, helpt het relativiteitsvereiste daarbij echter niet, maar biedt alleen met leerstuk van misbruik van bevoegdheid in de remediefase uitkomst.

10.2.3 Correctiemechanismen in de remediefase

581. Ik heb hiervoor (paragraaf 8.5.1) bij de bespreking van de verweren tegen een vordering strekkende tot een rechterlijk bevel of verbod uiteen gezet dat de beperkende werking van de

⁸¹⁴ Lindenberg 2007, p. 10.

⁸¹⁵ Lankhorst 1992, p. 83 en 92.

⁸¹⁶ Tenzij ervan wordt uitgegaan dat het nastreven van datgene waarop een recht bestaat, niet disproportioneel kan zijn. Of, omgekeerd, dat een recht niet strekt tot een disproportionele vergoeding.

redelijkheid en billijkheid aan een nakomingsbevel in de weg kan staan. In die situatie staat een bepaald recht vast, maar wordt in de remedie-fase geoordeeld dat het recht niet kan worden uitgeoefend. Ook deze toepassing van de redelijkheid en billijkheid in de fase waarin de remedie moet worden vastgesteld, geeft de rechter een zekere ruimte, zij het binnen de grenzen van de terughoudendheid die bij die toepassing voorgeschreven is en daarom alleen als correctiemechanisme.

582. Ook hiervoor (paragraaf 8.5.2) heb ik het leerstuk misbruik van bevoegdheid besproken als verweermiddel tegen een vordering op grond van artikel 3:296 BW. Misbruik van bevoegdheid is een bijzondere toepassing van de redelijkheid en billijkheid. De al besproken casus in het arrest *Kuipers / De Jongh* van 17 april 1970 maakt het belang duidelijk voor de vraag welke vrijheid de rechter heeft om een toewijsbare vordering af te wijzen.⁸¹⁷ Het arrest had betrekking op een grensoverschrijdend bouwwerk. De verwijdering van een dergelijk bouwwerk zal vaak met hoge kosten gepaard gaan, terwijl verwijdering van slechts het grensoverschrijdende deel in veel gevallen niet eenvoudig uit te voeren is. Herstel van een kleine grensoverschrijding zal zodoende tot hoge kosten kunnen leiden. De Hoge Raad nam in het arrest tot uitgangspunt dat weliswaar verwijdering van het grensoverschrijdende bouwwerk kon worden verlangd, maar dat die verwijdering een zo groot nadeel zou kunnen meebrengen dat De Jong in redelijkheid niet tot de uitoefening van het recht tot amotie kon komen. De stellingen van Kuipers boden in dit specifieke geval onvoldoende grondslag voor die conclusie, maar van belang is dat misbruik van recht aan de toewijzing van een bevel of verbod in de weg kan staan. Voor de conclusie dat sprake is van misbruik van bevoegdheid is ook een zekere afweging van belangen nodig. Niet iedere onevenwichtigheid tussen de verschillende belangen zal echter een misbruik-situatie opleveren. De bevoegdheid van de rechter om een bevel of verbod te weigeren indien misbruik van recht wordt gemaakt, is daarom geen discretionaire bevoegdheid in de hiervoor bedoelde zin. Het geeft de rechter wel de mogelijkheid te voorkomen dat een disproportionele remedie moet worden opgelegd.

10.2.4 Nader over het kort geding

583. De zinsnede ‘dat het hier niet om een k.g. gaat’ in het hiervoor (paragraaf 10.2.1) aangehaalde arrest *Claas/Van Tongeren* van de Hoge Raad van 28 juni 1985 maakt duidelijk dat de voorzieningenrechter in kort geding meer vrijheid heeft en altijd (wel) een belangenafweging kan maken. Aan die vrijheid ligt ten grondslag dat de rechter in kort geding de rechtsverhouding tussen partijen niet bindend kan vaststellen.⁸¹⁸ Hij stelt dus ook het bestaan van een rechtsplicht die moet worden nagekomen, niet bindend vast.

584. Die vrijheid voor de kortgedingrechter heeft de Hoge Raad benadrukt in het *Huggies*-arrest van 15 december 1995.⁸¹⁹ In dat arrest overwoog de Hoge Raad dat de aard van het kort geding meebrengt dat een belangenafweging moet worden gemaakt waarbij moeten worden afgewogen het voorlopig karakter van een rechterlijk oordeel in kort geding en de ingrijpendheid van de gevolgen van een verbod enerzijds en de schade die ontstaat indien een verbod uitblijft anderzijds. De Hoge Raad voegde daaraan toe dat de rechter een verbod onder omstandigheden kan afwijzen indien ‘aan de belangen van de eiser voorlopig voldoende of op andere wijze is of kan worden tegemoet gekomen.’

585. De Hoge Raad verwees vervolgens in het *Euromedica/Merck*-arrest van 15 april 2005 weer terug naar het *Huggies*-arrest en overwoog niet alleen dat de rechter op grond van een afweging van wederzijdse belangen moet beslissen of hij een verbod of bevel zal opleggen, maar overwoog ook dat artikel 3:296 BW in kort geding toepassing mist.⁸²⁰

⁸¹⁷ HR 17 april 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5012, *NJ* 1971/89, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Kuipers/ de Jongh*).

⁸¹⁸ Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/136.

⁸¹⁹ HR 15 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1919, *NJ* 1996/509, m.nt. D.W.F. Verkade (*Huggies*).

⁸²⁰ HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5238, *NJ* 2006/55, m.nt. Ch. Gielen (*Euromedica/Merck*).

586. De vrijheid om die belangenafweging te maken bij een gevorderd bevel of verbod sluit aan bij de meer algemene belangenafweging die de voorzieningenrechter moet maken. Een beslissing uitsluitend gebaseerd op een afweging van belangen, is echter niet toegestaan. Omdat de voorzieningenrechter uiteindelijk zijn oordeel moet afstemmen op de door hem verwachte uitkomst van de bodemprocedure, kan zijn beslissing niet los staan van de juridische positie van partijen.⁸²¹ De belangenafweging is daaraan complementair.⁸²² De vraag hoe die belangenafweging vervolgens wordt ingericht is van vele omstandigheden afhankelijk. Bij een ‘harde’ vordering zal er minder aanleiding zijn om op basis van een afweging van belangen toch tot een afwijzing te komen, terwijl er bij een vordering met een onzekere uitkomst veeleer aanleiding zal zijn om nog geen rechtsplicht aan te nemen en dus niet aan een belangenafweging toe te komen.

587. Dat betekent wel dat de positie van de eiser in kort geding op dit punt minder sterk is dan de positie van de eiser in een bodemprocedure.⁸²³ Terwijl de bodemrechter geen discretionaire bevoegdheid heeft om een toewijsbare vordering op grond van een belangenafweging niet toe te wijzen, heeft de voorzieningenrechter die vrijheid tot op zekere hoogte wel. Voor die vrijheid van de voorzieningenrechter zijn goede argumenten aan te voeren. Het meest zwaarwegende argument is gelegen in het karakter van het kort geding. De rechtspositie van partijen wordt niet dwingend vastgesteld, en dus is er geen aanleiding om de handen van de rechter te binden aan een verplichting om nakoming van een voorlopig vastgestelde rechtsplicht te bevelen. Maar daar staat iets belangrijks tegenover. Het kort geding ontleent zijn bestaansrecht aan het preventieve karakter dat het heeft. Het kort geding is bij uitstek bedoeld om schade te voorkomen of, als het al te laat is, verergering van die schade te voorkomen.⁸²⁴ Als ergens in het civiele proces geldt dat schade kan worden voorkomen, is het in het kort geding. Een te grote vrijheid van de rechter om een toewijsbare vordering die ziet op naleving van een rechtsplicht, toch af te wijzen, doet daaraan afbreuk. Dat aspect weegt voor mij het zwaarst, hoewel ik onder ogen zie dat de partij die op grond van een vonnis in kort geding handelt, bedrogen kan uitkomen indien in een latere bodemprocedure, waarin de feiten bindend worden vastgesteld en ruimte is voor bewijslevering, anders wordt geoordeeld.

588. De vrijheid voor de voorzieningenrechter om een belangenafweging te maken houdt, als gezegd, verband met het feit dat hij de rechtspositie van partijen niet dwingend vaststelt. Als het echter dat voorlopige karakter is dat ertoe dwingt om de voorzieningenrechter meer ruimte of vrijheid te geven dan de bodemrechter, is het niet zonder meer logisch dat die vrijheid wordt gezocht in een te maken afweging van belangen in de remediefase. Die vrijheid zou dan immers veeleer moeten bestaan in de fase waar de verplichtingen van partijen worden vastgesteld. Daar bestaat die vrijheid feitelijk ook al. De voorzieningenrechter is niet gebonden aan de regels van bewijsrecht en kan in grote vrijheid aan de hand van het naar zijn aard soms oppervlakkige partijdebat in kort geding, vaststellen of er bepaalde rechtsplichten bestaan voor partijen.⁸²⁵ Als die rechtsplichten in kort geding niet komen vast te staan, is de kous af. Maar als de voorzieningenrechter eenmaal vaststelt dat het bestaan van die rechtsplichten voldoende aannemelijk is, dwingt het voorlopig karakter van die vaststelling niet tot een nadere belangenafweging. Dat voorlopig karakter en de onzekerheid die dat meebrengt, is al verdisconteerd in het beslissingsproces dat leidt tot vaststelling van de rechtsplicht.

⁸²¹ Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 254 Rv, aant. 5. Ook Snijders, Klaassen & Meijer 2011/339.

⁸²² Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/135.

⁸²³ Zij het dat het karakter van de kort-geding procedure voor de eiser ook voordelen kan hebben. In kort geding worden bijvoorbeeld minder eisen gesteld aan het te leveren bewijs.

⁸²⁴ Dat karakter van het kort geding komt ook goed naar voren in de extra eisen die worden gesteld aan een geldvordering in kort geding. Zie HR 29 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4992, *NJ* 1986/84, m.nt. W.L. Haardt (*M'Barek/Van der Vloodt*).

⁸²⁵ Nader hierover Van der Helm 2019/64 e.v.

Als de rechter voldoende zekerheid vindt om die rechtsplicht vast te stellen, is de volgende logische stap om de nakoming daarvan te verzekeren.

589. Het is de vraag of de Hoge Raad in het *Euromedica/Merck*-arrest iets anders heeft bedoeld dan dit.⁸²⁶ De belangenafweging die de Hoge Raad voorschrijft ziet enerzijds op het voorlopig karakter van het rechterlijk oordeel in kort geding en de ingrijpendheid van de gevolgen van een eventueel verbod en anderzijds op de schade die ontstaat indien een verbod uitblijft. Maar daar voegde de Hoge Raad aan toe dat ‘zo de kort geding rechter de gedragingen onrechtmatig oordeelt, in de regel toewijzing van het gevorderde verbod voor de hand’ ligt, zij het dat de rechter van een verbod kan afzien in verband met zijn oordeel dat aan de belangen van eiser voorlopig voldoende op andere wijze is of kan worden tegemoet gekomen. Nadat een (dreigende) schending van een rechtsplicht is vastgesteld, staat het afdwingen van die rechtsplicht dus ook in kort geding voorop. Dat een afweging van belangen dan tot een andere uitkomst leidt, zal een uitzondering moeten zijn. Weliswaar noemt de Hoge Raad als *voorbeeld* de situatie dat aan de belangen van eiser voorlopig voldoende op andere wijze is of kan worden tegemoet gekomen, maar dat zal in de regel de meest belangrijke situatie zijn en ook vrijwel de enige situatie waarin het gerechtvaardigd is om op grond van een belangenafweging af te zien van een bevel of verbod dat tot naleving van een rechtsplicht strekt.

590. Voor die opvatting zijn ook aanwijzingen te vinden in het arrest van 15 april 2005 zelf, waarin de Hoge Raad weliswaar aangeeft dat de rechter in kort geding aan belangenafweging moet maken, maar waarin hij voorop stelt dat dit zal moeten gebeuren ‘onverminderd het bepaalde in art. 3:296 BW, dat in kort geding evenwel toepassing mist.’ Enerzijds wordt met deze overweging het dwingende kader van artikel 3:296 BW voorop gesteld, maar vervolgens wordt overwogen dat dit artikel in kort geding toepassing mist en daarna wordt uiteen gezet dat de rechter (toch of dus) een belangenafweging kan maken. De verwijzing naar artikel 3:296 BW maakt het belang van het artikel duidelijk. Hoewel mijns inziens niet juist is dat artikel 3:296 BW in kort geding geheel toepassing mist, geldt dat zeker niet voor de achtergrond van artikel 3:296 BW. Het kort geding ontleent, zoals ik hiervoor ook al opmerkte, zijn bestaansrecht aan de mogelijkheid tot preventief ingrijpen. De conclusie dat artikel 3:296 BW in kort geding toepassing mist, is dan ook eigenlijk alleen aanvaardbaar indien die conclusie wordt gebaseerd op het gegeven dat in kort geding een zekere belangenafweging moet plaatsvinden die tot afwijzing van een vordering kan leiden.⁸²⁷ Dat rechtsplichten moeten worden nagekomen en kunnen worden afgedwongen, is in kort geding niet anders. De in artikel 254 Rv ruim omschreven bevoegdheid van de voorzieningenrechter onderstreept dat. Het oordeel van de Hoge Raad dat artikel 3:296 BW in kort geding toepassing mist, is in algemene zin dan ook te ruim geformuleerd. Het moet veeleer zo worden begrepen dat het verbod om bij een toewijsbare vordering een nadere belangenafweging te maken in kort geding niet geldt en dat een toewijsbare vordering op grond van een belangenafweging toch kan worden afgewezen. Het volledig buiten toepassing verklaren van artikel 3:296 BW – dat uiteindelijk toch de grondslag biedt voor het afdwingen van rechtsplichten (zie het arrest *Thuiskopie/Heldt*⁸²⁸) – is daarvoor niet nodig en ook niet helemaal juist. Dat blijkt ook uit het volgende. Artikel 3:296 BW verplicht de rechter niet alleen om een vordering die voor toewijzing in aanmerking komt, toe te wijzen, maar met het gebruik van het woord ‘daartoe’ verbiedt het de rechter ook om méér toe te wijzen dan nakoming van de rechtsplicht (hierover paragraaf 7.4).⁸²⁹ Artikel 254 Rv geeft de voorzieningenrechter een vrij ruime bevoegdheid, maar die bevoegdheid gaat niet zo ver dat hij iemand kan verplichten iets te doen waartoe hij op grond van de wet niet verplicht is. De congruentie-eis geldt daarom ook in kort geding

⁸²⁶ HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5238, NJ 2006/55, m.nt. Ch. Gielen (*Euromedica/Merck*).

⁸²⁷ In gelijke zin: Nuninga 2022, p. 53 e.v.; Zie ook Van Nispen 2019/20.

⁸²⁸ HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1703, NJ 2011/373 (*Thuiskopie/Heldt*), waarin de Hoge Raad artikel 3:296 BW aanwijst als grondslag voor een in kort geding gegeven verbod (rov. 3.6.3).

⁸²⁹ Hierover ook Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/21. Boonekamp leidt uit het arrest *Euromedica/Merck* af dat artikel 3:296 BW in kort geding niet geldt (136), maar zoekt terecht in dat artikel ook de grondslag voor een (nakomings)vordering in kort geding (46, 147 en 152). Zie ook Nuninga 2022, p. 54.

(zie paragraaf 10.3.5) en het bepaalde in artikel 3:296 BW is in zoverre dus ook op het kort geding van toepassing. Het artikel biedt bovendien een algemene grondslag voor een te geven bevel of verbod en niet goed is in te zien waarom het die functie in kort geding niet zou vervullen.

591. Opmerking verdient verder dat de belangenafweging in kort geding waarover ik tot dusverre sprak, een andere is dan de belangenafweging die ook moet worden gemaakt in het kader van het spoedeisend belang. Denk bijvoorbeeld aan de dakkapel die in strijd met het burennrecht is gebouwd: ook wanneer die bouw is voltooid kan er een spoedeisend belang bestaan bij de vordering tot afbraak, zodat de eiser in het kort geding ontvankelijk is. Omdat die afbraak echter tamelijk ingrijpend is zullen er goede redenen moeten worden aangevoerd waarom voor die afbraak niet een bodemprocedure kan worden afgewacht. De voorzieningenrechter kan daar, ook als hij aanneemt dat de dakkapel in strijd met het burennrecht is gebouwd en dat afbraak aangewezen is, dus een afweging van belangen maken die tot afwijzing van de vordering in kort geding leidt. Die belangenafweging doet niet af aan het uitgangspunt dat rechtsplichten moeten worden nageleefd, maar bevriest slechts de situatie om nog verdere schade en kapitaalvernietiging te voorkomen en is een toepassing van de eis van spoedeisendheid.⁸³⁰

592. Er is een belangrijke reden om de te maken belangenafweging niet te ruim toe te passen. Bij de bespreking van de Unierechtelijke vereisten die aan remedies kunnen worden gesteld, heb ik uiteengezet dat het kunnen treffen van voorlopige maatregelen een vereiste kan zijn om de werking van het Unierecht te verzekeren. De nationale rechter dient de mogelijkheid te hebben al het nodige te doen om toepassing te onthouden aan de nationale wettelijke bepalingen die de volle werking van de gemeenschapsregels zouden kunnen verhinderen en die hem belemmeren om een voorlopige voorziening te treffen.⁸³¹ De rechter dient de mogelijkheid te hebben voorlopige maatregelen te gelasten ter verzekering van de volle werking van de uitspraak die moet worden gedaan over het bestaan van de rechten waarop krachtens het gemeenschapsrecht een beroep wordt gedaan.⁸³² En ook bij schending van regels uit het EVRM dient de rechter de bevoegdheid te hebben die schending te beëindigen of te voorkomen.⁸³³ Het bestaan van een bevoegdheid om een belangenafweging te maken staat op zichzelf hieraan niet in de weg. De rechter die een (dreigende) schending van het Unierecht of een schending van het EVRM vaststelt hoeft immers de belangen vervolgens niet aldus af te wegen dat die schending *niet* wordt voorkomen of beëindigd. Een dergelijke uitkomst van een belangenafweging laat zich ook niet zo goed denken. In zoverre is er niets aan de hand. Maar een belangenafweging die ertoe leidt dat een schending van het Unierecht of het EVRM niet wordt beëindigd is veelal niet goed te verenigen met het karakter van die rechten. De in het *Huggies*-arrest voorgeschreven belangenafweging laat zich in dergelijke situaties dus niet goed toepassen.

10.2.5 Discretionaire bevoegdheid, proportionaliteit en preventie

593. De tussenconclusie met betrekking tot de vrijheid van de rechter is dat die vrijheid niet de vorm heeft aangenomen van een discretionaire vrijheid die meebrengt dat een toewijsbare vordering op grond van een open afweging van belangen toch niet wordt toegewezen. In zekere zin is dat maar goed ook. Rechtsplichten zijn er immers om nageleefd te worden. De rechter die dat uit het oog verliest doet een eisende partij te kort en doet afbreuk aan het uitgangspunt dat een remedie effectief en afschrikkend moet zijn. Slechts in uitzonderingsgevallen dient er ruimte te zijn om van dit uitgangspunt af te wijken. Dat geldt niet alleen ten aanzien van rechten die alleen uit het nationale recht voortvloeien, maar evengoed ten aanzien van rechten die uit het supranationale recht voortvloeien (en die een bepaalde eiser een rechtstreekse aanspraak verlenen). In die gevallen volgt dat ook uit de aard van de rechten: een belangenafweging ten aanzien van de naleving van mensenrechten

⁸³⁰ Zie over de belangenafweging in het kader van de spoedeisendheid Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/66.

⁸³¹ Prechal & Widdershoven 2011, p. 41. Brüggemeier 2018, p. 121.

⁸³² HvJ 13 maart 2007, zaak C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 (*Unibet*), par. 67.

⁸³³ Zie paragraaf 4.3.

is niet goed denkbaar.⁸³⁴ En ook bij de toepassing van Unierechtelijke bepalingen zal het maken van een belangenafweging zich in sommige gevallen niet goed verhouden tot de rechten die in het spel zijn: wanneer eenmaal is vastgesteld dat een beding oneerlijk is, zal het zonder verdere belangenafweging buiten toepassing moeten worden gelaten en is een verdere afweging van het belang van een gebruiker tegenover het belang van een consument niet aan de orde. Maar ik heb hiervoor ook aangestipt dat de Rechtsbeschermingsrichtlijnen voor aanbestedingen juist toestaan dat rekening wordt gehouden met de vermoedelijke gevolgen van voorlopige maatregelen voor alle belangen die kunnen worden geschaad, alsmede met het openbaar belang, en dat besloten kan worden de remedies niet toe te staan wanneer hun negatieve gevolgen groter zouden zijn dan hun voordelen.⁸³⁵ De Unierechtelijke bepalingen staan daar dus niet in de weg aan het maken van een nadere belangenafweging.

594. Tegenover het uitgangspunt dat rechtsplichten moeten worden nagekomen staat dat een remedie niet disproportioneel mag zijn. Dat uitgangspunt dwingt juist tot maatwerk. Maar proportionaliteit vereist niet noodzakelijkerwijs een open afweging van belangen. Proportionaliteit vereist een remedie die niet zwaarder is dan nodig om een rechtsschending te herstellen. Die proportionaliteit is ook zonder discretionaire bevoegdheid te bereiken. Wie aanstuurt op een disproportionele remedie zal al snel misbruik van recht maken. En een nakomingsvordering die tot een disproportioneel gevolg leidt, zal al snel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Aan de (ook Unierechtelijke) eis dat een remedie proportioneel moet zijn, kan met gebruikmaking van de nationale mechanismen voldaan worden.

595. Wanneer de nadruk wordt gelegd op de noodzaak van een preventieve remedie, is het ontbreken van een discretionaire bevoegdheid van de rechter een zegen. Als de rechter geen afweging van belangen kan maken zal een dreigende schending van een rechtsplicht immers altijd kunnen worden voorkomen. Omdat juist een dreigende schending van een rechtsplicht veelal in kort geding aan de orde moet worden gesteld, is daar juist een zekere vrijheid van de rechter voorhanden.

596. In de praktijk zal een evenwicht moeten worden gevonden tussen de verschillende uitgangspunten. Rechtsplichten moeten worden nageleefd en die naleving moet kunnen worden afgedwongen. Tegelijkertijd mag dat niet tot een disproportioneel gevolg leiden. Die evenwichtsoefening is met de voorhanden zijnde mechanismen in Nederland goed uit te voeren.

10.2.6 Discretionaire bevoegdheid in België?

597. Bij beantwoording van de vraag of de rechter in België (wel) een discretionaire bevoegdheid heeft om een toewijsbare vordering toch niet toe te wijzen op grond van een belangenafweging, maak ik een onderscheid tussen de vordering die strekt tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst en de vordering die strekt tot nakoming van een andere rechtsplicht.

598. Ten aanzien van *verbintenissen uit overeenkomst* geldt het volgende. Ik heb hiervoor (paragraaf 7.11) omschreven dat in België de nakoming in natura de primaire remedie is. Artikel 1134 lid 1 BW (België) bepaalt dat overeenkomsten die wettig zijn aangegaan, partijen tot wet strekken.⁸³⁶ Niet alleen partijen zijn daaraan gebonden, ook de rechter is gebonden aan hetgeen partijen zijn overeengekomen. Hij mag, met andere woorden de overeenkomst niet aanpassen.⁸³⁷ De rechter moet bovendien aan een overeenkomst de gevolgen verbinden die partijen zelf hebben gewild.⁸³⁸ Aan de

⁸³⁴ Tenzij het betreffende recht daarin zelf voorziet. Denk aan de beperkingen van het recht op eigendom, dat in het Eerste Protocol bij het EVRM wordt beschermd. De vraag wanneer er sprake is van een disproportionele last vereist de weging van allerlei factoren.

⁸³⁵ Artikel 2 lid 5 Richtlijn klassieke sectoren en artikel 2 lid 4 Richtlijn nutssectoren.

⁸³⁶ Vansweevelt & Weyts 2019/207.

⁸³⁷ Vgl. Hof van Cassatie 16 april 2015, *Arr.Cass.* 2015/254.

⁸³⁸ Stijns 2005/53. De Rey wijst er overigens terecht op dat aan dit uitgangspunt afbreuk wordt gedaan indien de rechter herstel in natura toewijst in plaats van nakoming in natura. Er wordt dan immers iets toegewezen wat niet is overeengekomen. De Rey 2019.

sanctie van uitvoering in natura komt bovendien voorrang toe boven andere sancties en de schuldeiser kan steeds uitvoering in natura vorderen, tenzij die uitvoering onmogelijk is, misbruik van recht zou opleveren of tot dwang in de persoon zou leiden.⁸³⁹ Dat alles impliceert dat de rechter die wordt geconfronteerd met een vordering tot nakoming, die vordering in beginsel zal moeten toewijzen. Stijns omschrijft het zo dat ‘noch de rechter, noch de schuldeiser een keuze (hebben) in de vorm van gedwongen uitvoering.’⁸⁴⁰ Die gebondenheid van de rechter blijkt onder meer uit een arrest van het Hof van Cassatie van 14 april 1994.⁸⁴¹ In die zaak had de eiseres veroordeling gevorderd tot uitvoering van een aantal werken en machtiging om die werken zo nodig zelf uit te voeren. Die vordering was afgewezen, en schadevergoeding was toegewezen op een aantal gronden, maar niet op de grond dat de uitvoering in natura onmogelijk was. Het Hof van Cassatie stelde voorop dat uitvoering in natura de normale wijze van gedwongen uitvoering is en dat alleen als die uitvoering niet meer mogelijk is, uitvoering ‘door het gelijkwaardige’ moet geschieden. De vernietigde beslissing had die onmogelijkheid niet vastgesteld en kon daarom niet door de beugel.⁸⁴² Dat oordeel impliceert een gebondenheid van de rechter om de uitvoering in natura toe te wijzen als die is gevorderd en mogelijk is.

599. In artikel 5.84 van het Wetsvoorstel verbintenissenrecht is opgenomen dat de schuldeiser de uitvoering in natura van de verbintenis kan eisen overeenkomstig de artikelen 5.234 tot 5.236. Het artikel is niet zo dwingend geformuleerd als ons artikel 3:296 BW en omschrijft in het bijzonder niet de rol van de rechter. Ook in de toelichting op artikel 5.84 gebeurt dat niet.⁸⁴³ In de toelichting op artikel 5.234 wordt evenmin ingegaan op de rol van de rechter, maar is wel neergelegd dat het artikel het recht van iedere schuldeiser op uitvoering in natura bevestigt. Daaraan is toegevoegd dat die schuldeiser steeds de uitvoering in natura kan vorderen, tenzij dit onmogelijk of abusief zou zijn.⁸⁴⁴ Die nadruk op het recht op uitvoering in natura impliceert onverminderd de gehoudenheid van de rechter om een daartoe strekkende vordering in beginsel toe te wijzen en is dus een voortzetting van de hiervoor omschreven situatie.

600. Ten aanzien van de *buitencontractuele aansprakelijkheid* is opvallend dat artikel 5.188 van het Voorontwerp de rechter nadrukkelijk een bevoegdheid geeft om een bevel of verbod uit te spreken (de rechter *kan* een bevel of verbod opleggen). In de toelichting is die keuze niet toegelicht.⁸⁴⁵ Er wordt opgemerkt dat de rechter *de mogelijkheid* krijgt om een bevel of verbod uit te spreken. De keuze voor die bewoordingen maakt duidelijk dat de rechter daadwerkelijk een discretionaire bevoegdheid heeft om al dan niet een bevel of verbod uit te spreken. Met de bewoordingen dat de rechter een bevel of verbod *kan* opleggen sluit het artikel aan bij de overwegingen van het Hof van Cassatie in het eerder besproken arrest van 26 juni 1980.⁸⁴⁶

601. In hetzelfde arrest overwoog het Hof van Cassatie echter ook dat het slachtoffer van een onrechtmatige daad het recht heeft herstel in natura te vorderen.⁸⁴⁷ Dat slachtoffer hoeft, met andere woorden, geen genoegen te nemen met schadevergoeding (in geld). Bocken verbindt daaraan een verplichting voor de rechter: ‘de rechter kan het (slachtoffer-*JH*) niet verplichten genoegen te nemen

⁸³⁹ Henskens 2019/569. Van Gerven & Covemaeker 2006, p. 183. Stijns 2005/243.

⁸⁴⁰ Stijns 2005/243.

⁸⁴¹ Hof van Cassatie 14 april 1994, *Arr.Cass.* 1994/179.

⁸⁴² Zie voorts Hof van Cassatie 30 januari 2003, *Arr.Cass.* 2003/69.

⁸⁴³ Pagina 94.

⁸⁴⁴ P. 268/269.

⁸⁴⁵ P. 216 e.v.

⁸⁴⁶ Zie par. 6.5. Hof van Cassatie 26 juni 1980, nr. 686, *Arr.Cass.* 1980, p. 1365.

⁸⁴⁷ Merk op dat herstel in natura iets anders is dan uitvoering in natura. Herstel in natura vindt plaats in de fase van schadevergoeding.

met een geldelijke vergoeding voor het geleden verlies.⁸⁴⁸ Daarmee wordt voor de rechter een gehoudenheid aanvaard die vergelijkbaar is met de hiervoor beschreven gehoudenheid bij de nakoming van verbintenissen. Artikel 5.188 van het Voorontwerp brengt dat echter niet met zoveel woorden tot uitdrukking. De situatie met betrekking tot buitencontractuele verplichtingen lijkt op dit punt dus te verschillen met de Nederlandse situatie.

10.3 Het petitum

10.3.1 Gebondenheid aan het petitum

602. Artikel 23 Rv bepaalt dat de rechter beslist over al hetgeen partijen hebben gevorderd of verzocht. Daarmee brengt het artikel niet alleen tot uitdrukking dat partijen er recht op hebben dat op (al) hun vorderingen wordt beslist, maar ook dat de rechter slechts mag beslissen op hetgeen gevorderd is.⁸⁴⁹ Hij mag, met andere woorden en behoudens uitzonderingen, niet méér toewijzen dan gevorderd.⁸⁵⁰ De formulering van het petitum of een eventueel later gewijzigde eis, dient ook om die reden met zorg te gebeuren. In artikel 111 lid 2 onder d Rv is thans neergelegd dat de dagvaarding de eis en de gronden daarvan moet bevatten. De strekking van deze bepaling is te waarborgen dat voor de gedaagde voldoende duidelijk is wat er van hem wordt verlangd, zodat hij zich daartegen kan verweren.⁸⁵¹ Artikel 23 Rv waarborgt op die manier ook het beginsel van hoor en wederhoor, dat ook in artikel 6 EVRM is neergelegd.⁸⁵² Volgens de Hoge Raad is niet vereist dat de eis op een bepaalde plaats of in een bepaalde vorm in de dagvaarding wordt opgenomen. Gebruikelijk en logisch is dat het petitum aan het eind van de dagvaarding is opgenomen. Wel is in beginsel vereist dat op een voldoende in het oog springende wijze in de dagvaarding een afzonderlijk en als zodanig herkenbaar petitum voorkomt. Het ontbreken van een petitum is denkbaar, maar alleen als uit het lichaam van de dagvaarding zonder meer duidelijk is tegen welke vordering de gedaagde zich heeft te verweren.⁸⁵³ Het spreekt vanzelf dat een dergelijke werkwijze niet aanbevelenswaardig is.

10.3.2 Uitleg van het petitum

603. Een petitum is niet altijd duidelijk en zelfs een duidelijk petitum kan een zekere ruimte voor discussie laten. Een petitum moet dan door de rechter worden uitgelegd. Die uitleg moet plaatsvinden ‘in het licht van de daaraan ten grondslag gelegde stellingen en van het processuele debat, zoals zich dit vervolgens heeft ontwikkeld.’⁸⁵⁴ Verwacht mag worden dat het petitum de gevolgtrekking inhoudt van de stellingen die een partij inneemt. Zonder onderbouwende stellingen heeft het petitum geen bestaansrecht en kan een vordering niet worden toegewezen. Het ligt dus voor de hand om bij onduidelijkheid over het petitum, het petitum uit te leggen op een manier die logisch bij die stellingen aansluit. Maar ook die uitleg kan niet goed plaatsvinden zonder acht te slaan op het partijdebat. Uit het partijdebat blijkt immers hoe een gedaagde het petitum heeft begrepen. Als eiser en gedaagde het petitum op eenzelfde manier begrijpen, zal een rechter het niet op een andere manier mogen uitleggen, in ieder geval niet zonder dat met partijen te bespreken. Als de gedaagde het petitum op een andere manier heeft begrepen dan de eiser het heeft bedoeld, is het uiteindelijk aan de rechter om te bepalen

⁸⁴⁸ Bocken 1980, p. 500. En op pagina 502: ‘behoudens rechtsmisbruik of onmogelijkheid van meer efficiënte maatregelen, moet het slachtoffer zich niet tevreden stellen met het ersatz van en geldsom.’

⁸⁴⁹ Dit is in België niet anders, zie bijvoorbeeld Hof van Cassatie 10 februari 2022, nr. C.20.0373.N.

⁸⁵⁰ De rechter mag een hogere dwangsom opleggen dan gevorderd, zie BenGH 17 december 1992, NJ 1993/545, m.nt. H.J. Snijders. De dwangsom moet vanzelfsprekend wel gevorderd worden. De rechter mag een zaak ook, zonder dat dit gevorderd is, verwijzen naar de schadestaatprocedure.

⁸⁵¹ HR 15 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0413, NJ 1992/724, rov. 3.3, m.nt. H.J. Snijders (Boogaard/NVPI).

⁸⁵² Ancery 2012/206.

⁸⁵³ HR 15 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0413, NJ 1992/724, rov. 3.3. m.nt. H.J. Snijders (Boogaard/NVPI).

⁸⁵⁴ HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5010, NJ 2006/443, rov. 3.5, m.nt. G. van Solinge (Laurus/UB Holding). Vgl. ook HR 20 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1838, RvdW 2020/1238.

hoe de gedaagde het petitum had behoren te begrijpen.⁸⁵⁵ Daarbij mag de eiser niet erdoor verrast worden dat de rechter een standpunt dat, of een vordering die, voldoende kenbaar was voor de wederpartij buiten beschouwing laat. Anderzijds mag de rechter geen standpunten in de gedingstukken lezen die voor de wederpartij niet voldoende kenbaar waren en waartegen hij zich dus niet heeft kunnen verweren.⁸⁵⁶ Die uitleg is overigens van feitelijke aard en kan in cassatie niet op juistheid, maar slechts op begrijpelijkheid worden onderzocht.⁸⁵⁷ De ondergrens is steeds dat het toewijzen van méér of anders dan gevorderd, streng verboden is.⁸⁵⁸

604. Een illustratief voorbeeld van de toepassing van deze regels is te vinden in een arrest van de Hoge Raad van 24 januari 2014.⁸⁵⁹ In eerste aanleg was als oorspronkelijke eis geformuleerd de vernietiging van een koopovereenkomst (wegens kortweg het paulianeuze karakter daarvan). Bij repliek is de vordering gewijzigd in die zin dat gevorderd werd de vernietiging van ‘de rechtshandelingen bestaande in het recht van koop, de eerste aanvulling recht tot koop, de tweede aanvulling recht tot koop en de koopovereenkomst.’ Nadat de rechtbank de vorderingen had afgewezen, vorderde de eiser in hoger beroep, zowel in de appeldagvaarding als in de memorie van grieven, de vernietiging van de koopovereenkomst. Het hof oordeelde dat daarmee de gewijzigde eis, die dus ook strekte tot vernietiging van een aantal andere rechtshandelingen, van tafel was. De daartegen gerichte cassatieklacht slaagt echter: de oorspronkelijk eiser heeft in zijn memorie van grieven aangegeven dat het samenstel van rechtshandelingen als één geheel moest worden gezien en heeft nadrukkelijk zijn in eerste aanleg ingenomen stellingen gehandhaafd. De uitleg van de gedingstukken liet daarom in de ogen van de Hoge Raad geen andere conclusie toe dan dat niet alleen van de koopovereenkomst, maar ook van de overige rechtshandelingen de vernietiging werd gevorderd. Daarbij werd in aanmerking genomen dat de geïntimeerde de vordering ook zo had begrepen.

605. Het arrest onderstreept dat een petitum niet mag worden gezien als op zichzelf staand, maar in het licht van de stellingen van partijen moet worden begrepen en in het licht van de manier waarop de wederpartij het petitum heeft begrepen. Dat laatste is belangrijk omdat de eis dat een duidelijk petitum moet zijn geformuleerd strekt tot bescherming van de wederpartij, die moet weten waartegen hij zich moet verweren.

606. Die mogelijkheid om een petitum uit te leggen geeft de rechter binnen deze grenzen een zekere vrijheid om de maatregel te treffen die aansluit bij de juridische situatie die hem is voorgelegd. Die vrijheid is echter beperkt omdat de vrijheid om een petitum uit te leggen niet afdoet aan de gebondenheid aan het petitum als uitgangspunt. Een helder geformuleerd petitum zal door een te vrije uitleg al snel gedenatureerd worden en daar dient de rechter, ook in het belang van de wederpartij, voor te waken.

10.3.3 Toewijzing van het mindere

607. De rechter mag wel, binnen de grenzen van het petitum, minder toewijzen dan gevorderd.⁸⁶⁰ Ook ‘iets anders’ dan gevorderd is dus toegestaan, mits het is te beschouwen als het mindere van hetgeen gevorderd is. Het al vaak genoemde *kraaiende hanen*- arrest van de Hoge Raad illustreert dit

⁸⁵⁵ En om de gedaagde in voorkomend geval in de gelegenheid te stellen op het aldus te begrijpen petitum te reageren indien hij daartoe onvoldoende in de gelegenheid is geweest. Alternatief is natuurlijk om de vordering af te wijzen. Vgl. Hof Den Haag 21 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ2153.

⁸⁵⁶ Vgl. G.C.C. Lewin in zijn noot onder HR 27 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1557, *JBPR* 2014/39.

⁸⁵⁷ Bijvoorbeeld HR 27 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1557, *JBPR* 2014/39.

⁸⁵⁸ Bijvoorbeeld HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:249, *RvdW* 2015/261.

⁸⁵⁹ HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:151, *JBPR* 2014/27, m.nt. G.C.C. Lewin.

⁸⁶⁰ Hierover nader: Ahsmann 2020, p. 257-258.

omdat de Hoge Raad daarin overwoog dat de rechter een minder verstrekkende voorziening zal moeten toewijzen als die besloten ligt in het gevorderde.⁸⁶¹

608. Het komt daarbij aan op de vraag of in hetgeen gevorderd is ook een vordering tot het treffen van die minder verstrekkende voorziening besloten ligt. Beantwoording van die vraag vereist uitleg van het petitum en met name ook een onderzoek naar de vraag of de wil van de eiser er mede toe strekt dat, indien het meerdere niet kan worden toegewezen, het mindere wordt toegewezen. Dat onderzoek dient zich vanzelfsprekend ook uit te strekken tot de vraag of die wil van eiser kenbaar was voor gedaagde.

609. Bij schadevorderingen ligt de bevoegdheid om het mindere toe te wijzen besloten in artikel 6:97 BW waaruit volgt dat de rechter de schade begroot. Het ligt bij geldvorderingen bovendien erg voor de hand om aan te nemen dat een eiser die geen aanspraak kan maken op het gevorderde bedrag, toewijzing van een lager bedrag prefereert boven een afwijzing van de vordering.⁸⁶² Met betrekking tot een geldlening die tot een lager bedrag dan gevorderd wordt erkend, is aangenomen dat de rechter er vanuit mag gaan dat in de vordering tot een bepaald bedrag besloten ligt een vordering tot een lager bedrag voor het geval het gevorderde hogere bedrag niet kan worden toegewezen.⁸⁶³

610. Ook bij andere vorderingen ligt het in algemene zin voor de hand om aan te nemen dat een eiser ook aanspraak maakt op het mindere. De vraag is wel steeds wat kan worden beschouwd als ‘het mindere’. Die vraag is nogal feitelijk van aard en dus niet in algemene zin te beantwoorden.

611. In de zaak over de *kraaiende hanen* heeft het hof heeft de vordering strekkende tot het bevel en verbod om geen hanen meer te houden niet toewijsbaar geoordeeld omdat het die vordering te vergaand vond. Daartoe overwoog het hof dat niet valt uit te sluiten dat door het treffen van nadere voorzieningen in voldoende mate de overlast zou kunnen worden bestreden. Een veroordeling tot het treffen van ‘nadere voorzieningen’ sprak het hof echter niet uit omdat die vordering niet was ingesteld. Dat oordeel was volgens de Hoge Raad onbegrijpelijk. De vordering die strekte tot het verbieden van hanen en kippen omvatte dus ook de vordering die strekte tot het treffen van maatregelen om de overlast te verminderen. Het vereist de nodige creativiteit van de rechter om zo’n vordering – die ook nog tamelijk onbepaald is en om die reden niet eenvoudig toewijsbaar is – in de algemene verbodsvordering in te lezen. Om die reden is het ook de vraag of het juist is om dit van de rechter te verlangen. Als een partij zelf niet kan aandragen waaruit de ‘nadere voorzieningen’ bestaan, zal een rechter dat in de regel ook niet kunnen. Maar als steeds geldt ook hier dat het erg afhankelijk is van de omstandigheden van het geval.

612. In veel gevallen is minder creativiteit nodig om te oordelen dat sprake is van ‘het mindere’. Een gevorderd verbod om zich ‘binnen de gemeentegrenzen van Leiden te begeven’ is in voorkomend geval wellicht te verstrekkend, maar het verbod om zich te begeven in de straat waar eiser woont, zal als het mindere mogelijk wel toewijsbaar zijn.

613. Minstens zo belangrijk als de wens van de eiser om een minder verstrekkende vordering toegewezen te krijgen is vanzelfsprekend dat de gedaagde de vordering ook zo heeft moeten begrijpen dat, indien het gevorderde niet wordt toegewezen, het mindere ook gewenst is. Zonder dat begrip zal de gedaagde zich immers niet tegen die vordering hebben behoeven te verweren en zal hij dat ook niet hebben gedaan.⁸⁶⁴ Het gaat wat mij betreft daarom te ver om aan te nemen dat een vordering die ertoe strekt dat de rechter toewijst ‘wat hij vermeent te behoren’ in algemene zin toelaatbaar is te achten als

⁸⁶¹ HR 29 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1116, NJ 1994/107 (*kraaiende hanen*).

⁸⁶² Ekelmans 2015/2.1.6.

⁸⁶³ HR 5 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1945, NJ 1996/449, m.nt. H.E. Ras.

⁸⁶⁴ Zie in dit verband HR 14 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO3864, NJ 2005/247, m.nt. H.J. Snijders. Als de gedaagde overigens dat verweer wel heeft gevoerd, bevestigt dit dat hij de vordering zo heeft begrepen dat deze ook toewijzing van het mindere omvat.

grondslag voor een toewijzing. De gedaagde zal in de regel immers niet weten wat de rechter ‘vermeent te behoren’ en daarover zal dus ook geen nuttig debat zijn gevoerd. Specificatie van zo’n vordering ter zitting aan de hand van het debat zal veelal wel tot de mogelijkheden behoren. Het is niet de taak van de rechter – noch heeft hij die vrijheid – om zelf een toe te wijzen vordering te bedenken.

614. Daar komt bij dat de rechter op grond van artikel 24 Rv over een vordering oordeelt op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten gronde hebben gelegd. De feitelijke grondslag voor het gevorderde en het mindere moet dus wel dezelfde zijn. Als dat niet het geval is, zal om tot een toewijzing te kunnen komen, op grond van het partijdebat moeten kunnen worden aangenomen dat de eiser moet worden geacht ook een onderzoek naar toewijzing van de vordering op een andere feitelijke grondslag te hebben gewild.⁸⁶⁵ Dan is strikt genomen niet sprake van toewijzing van het mindere, maar toewijzing van een andere vordering. Ook die wens zal vanzelfsprekend voor de gedaagde kenbaar moeten zijn geweest.

10.3.4 Toewijzing van iets anders dan gevorderd

615. Toewijzing van iets anders dan gevorderd is dus niet mogelijk tenzij dat andere het mindere is van het gevorderde. Wanneer gevorderd is een verbod om zich te bevinden in de Breestraat te Leiden, kan dus geen veroordeling worden uitgesproken die ertoe strekt dat de gedaagde wordt verboden zich ook in de Breestraat te Haarlem te bevinden, wel een verbod om zich ter hoogte van het (in de Breestraat gelegen) stadhuis in Leiden te bevinden.

616. Problemen kunnen ontstaan wanneer een kort geding te laat komt en de voorzieningenrechter zich gesteld ziet voor een voldongen feit. Die situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen bij geplande ontruiming van (huur)woningen of bij burengeschillen. Denk aan het geval waarin de ene buur een verbod tegen de andere buur vordert om de oude eik op de erfgrans om te zagen. Indien die eik ten tijde van het kort geding al is omgezaagd is er voor de voorzieningenrechter niet zoveel meer aan te doen. En ook een ontruiming die na een afwijzend vonnis in een executiegeschil in eerste aanleg hangende het hoger beroep plaatsvindt kan door het hof niet meer worden verboden. Een door de rechter zelf bedachte ordemaatregel die ertoe strekt een nieuwe eik te planten of een andere woning ter beschikking te stellen is mijns inziens typisch toewijzing van iets anders dan gevorderd, en dus verboden.

617. De Hoge Raad oordeelde echter in een arrest van 14 februari 1947 dat de rechter in de situatie waarin de ontruiming al had plaatsgevonden en het kort geding dus te laat kwam, de vrijheid heeft een andere voorziening te treffen die bij de veranderde omstandigheden past. Tot die voorzieningen behoort ook het bevel aan de gedaagde om zich te onthouden van maatregelen die de strekking hebben de ontruiming te handhaven.⁸⁶⁶ Zonder wijziging van eis in hoger beroep lijkt mij dit thans een achterhaald uitgangspunt omdat het belang bij de oorspronkelijke vordering verloren is gegaan. Indien een ontruiming reeds heeft plaatsgevonden bestaat er bij een vordering strekkend tot een verbod daarvan immers geen belang meer en behoeft – en kan – het hof nog slechts beoordelen of de proceskostenveroordeling in eerste aanleg juist is geweest.⁸⁶⁷ Een partij die in hoger beroep iets anders wil vragen kan zijn eis wijzigen, maar het is (daarom) niet aan de rechter om zelf te bedenken welke maatregel bij de gewijzigde omstandigheden nog wel past.

618. Boonekamp ziet dat anders en baseert op dit arrest de conclusie dat de voorzieningenrechter in afwijking van het petitum steeds bevoegd is een zodanige maatregel te treffen als in de omstandigheden van het gegeven geval passend is.⁸⁶⁸ Aan die conclusie legt hij ten grondslag dat in kort geding steeds moet worden beslist en zo nodig moet worden ingegrepen in een actuele situatie

⁸⁶⁵ Zie Brunner in zijn noot onder HR 5 november 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4468, NJ 1984/125.

⁸⁶⁶ HR 14 februari 1947, NJ 1947/155 m.nt. E.M. Meijers.

⁸⁶⁷ Vgl. HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:666, NJ 2016/211.

⁸⁶⁸ Asser Procesrecht / Boonekamp 6 2020/149.

zoals die bij het onderzoek ter zitting blijkt. Maatregelen moeten daarop volgens hem toegesneden kunnen worden. Het zou tekort doen aan de doelmatigheid van het kort geding als de voorzieningenrechter daarbij afhankelijk is van hetgeen precies is gevorderd en een eventuele eiswijziging. Als ondergrens omschrijft hij dat de maatregel blijft binnen het kader van de rechten en belangen waarin eiser vraagt te worden beschermd zoals dat blijkt uit het gevorderde, de stellingen die daartoe betrokken zijn en uit de bespreking ter zitting.

619. Hoewel ik geen voorstander ben van een al te strikte opvatting van artikel 24 Rv., verliest de door Boonekamp voorgestane benadering te veel uit het oog dat partijen de rechtsstrijd bepalen, ook in kort geding. Het is aantrekkelijk om de voorzieningenrechter een ruime vrijheid toe te kennen om die maatregel te treffen die hij wenselijk acht, maar daarbij moet niet uit het oog worden verloren dat een eiser ook in kort geding zijn eis kan wijzigen als hij dat nodig acht. Die bal ligt primair bij partijen en de rechter zal daarbij moeten aansluiten en niet andersom.

620. Ook Snijders, Klaassen & Meijer merken op dat de voorzieningenrechter de voorziening kan treffen die hem binnen het kader van het geschil het ‘meest dienstig’ voor komt.⁸⁶⁹ Zij verwijzen, net als Boonekamp, naar een arrest van het hof Leeuwarden van 7 oktober 1998, maar daar kan niet de zo vergaande conclusie op worden gebaseerd dat de voorzieningenrechter niet gebonden is aan het petitum.⁸⁷⁰ In dat arrest overweegt het hof eerst dat ‘niet méér, maar minder’ is toegewezen dan gevorderd. Aan die overweging wordt toegevoegd dat het de kort-gedingsrechter vrijstaat binnen het raam van het voorgelegde geschil een voorlopige voorziening te treffen welke hem dienstig voorkomt en dat ‘geen rechtsregel de kort-gedingrechter verplicht zich te conformeren aan het door eiser geformuleerde petitum.’ Die overweging kan mijns inziens niet los worden gezien van de voorafgaande overweging dat niet méér, maar minder dan gevorderd is toegewezen. Dat is zonder meer toegestaan, maar dat de voorzieningenrechter in volle vrijheid kan toewijzen wat hem nuttig lijkt, kan daarop niet worden gebaseerd.⁸⁷¹

10.3.5 De congruentie-eis en de vrijheid van de rechter

621. Het bevel en verbod kunnen uitsluitend betrekking hebben op rechtsplichten die geschonden zijn of geschonden dreigen te worden. Aan een partij kan geen bevel of verbod worden opgelegd ten aanzien van handelen dat niet onrechtmatig is. Eerder in dit boek (paragraaf 7.4) noemde ik dat, in navolging van Nuninga, de congruentie-eis.⁸⁷² Die heeft ook in kort geding te gelden. Ook de rechter in kort geding spreekt immers recht en heeft niet een louter ordenende taak.⁸⁷³ Wanneer dat anders zou zijn, zou het sterk afhankelijk van de persoonlijke opvattingen van een voorzieningenrechter kunnen zijn hoe een bepaalde zaak zou aflopen. Er zijn nu juist rechtsregels om het gedrag van partijen te sturen. Dat betekent dat ook in de hiervoor weergegeven (ruime) opvatting van Boonekamp een door de voorzieningenrechter wenselijk geacht bevel of verbod slechts onrechtmatig handelen kan betreffen.

622. Een aan de jurisprudentie ontleend (bekend) voorbeeld maakt de werking van de congruentie-eis duidelijk. Philips hield een gesloten verkooporganisatie in stand waarbij zij al dan niet via groothandels uitsluitend aan door haar erkende ‘grossiers en detaillisten’ producten verkocht. Aan die grossiers en detaillisten legde Philips bovendien minimum verkoopprijzen op, terwijl zij verder bedong dat de producten uitsluitend aan particulieren zouden worden verkocht. Holst was niet (langer) een door Philips erkende verkoper, maar verkocht niettemin producten van Philips en hield zich daarbij ook niet aan de door Philips bepaalde prijzen. Holst verkreeg die producten van verkopers die

⁸⁶⁹ Snijders, Klaassen & Meijer 2017/339.

⁸⁷⁰ Gerechtshof Leeuwarden 7 oktober 1998, ECLI:NL:GHLEE:1998:AB9991, NJ 1999/405.

⁸⁷¹ Dit overigens nog daargelaten dat de voorzieningenrechter niet louter ordenend optreedt, maar recht spreekt. Zijn beslissing kan niet los staan van de juridische positie van partijen.

⁸⁷² Nuninga 2018. Zie ook Nuninga 2022, p. 50.

⁸⁷³ In gelijke zin: Asser/Procesrecht/Boonekamp 2020/21, met verdere verwijzingen.

jegens Philips gehouden waren die goederen niet aan Holst te verkopen. Philips vorderde in kort geding een verbod op die handelwijze.

623. De president in kort geding wees de vordering af, maar het hof oordeelde dat het handelen van Holst onrechtmatig was omdat Holst ‘opzettelijk gelegenheid heeft gegeven tot het plegen van vorenomschreven naar haar eigen voorstelling in grote getale gepleegde wanprestaties.’ Holst wist immers dat verkoop aan hem in strijd was met de instructies van Philips aan haar ‘erkende’ afnemers, maar gaf gelegenheid tot wanprestatie door aan die afnemers het doen van aanbiedingen uit te lokken, en vervolgens tot het verkopen van de producten van Philips met een korting. Philips kan daardoor schade lijden en had zodoende belang bij het gevorderde verbod, aldus het hof. De Hoge Raad overwoog evenwel dat het hof niet had geoordeeld over de vraag of het handelen van Holst ook onrechtmatig zou zijn indien hij de goederen niet onder de door Philips vastgestelde prijzen verkocht. Het verbod had dan ook niet tevens die gedragingen mogen omvatten omdat niet was vastgesteld dat die ook onrechtmatig waren.⁸⁷⁴ Het arrest illustreert aldus de samenhang die nodig is tussen de geschonden norm en het uit te spreken verbod.

624. Iets dergelijks deed zich op wat abstracter niveau voor bij de *kernwapen*-zaak. Gevorderd werd, samengevat weergegeven, een verklaring voor recht dat de inzet van kernwapens of betrokkenheid daarbij, onrechtmatig is. Omdat niet door de burgerlijke rechter op voorhand kan worden geoordeeld dat de inzet van kernwapens in *alle* gevallen onrechtmatig zal zijn, maar beantwoording van die vraag afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval, is een gevorderde verklaring voor recht die niet met al die omstandigheden rekening houdt, onvoldoende concreet.⁸⁷⁵ Ook in dat oordeel is terug te lezen dat een veroordelend dictum beperkt moet zijn tot een onrechtmatige gedraging en niet ook de rechtmatige toepassing van – in dit geval – kernwapens mag omvatten. Bij een verklaring voor recht zoals in die zaak aan de orde was, spreekt dat vanzelf, maar bij een rechterlijk bevel en verbod is dat niet anders.

625. De vrijheid van de rechter wordt dus ook door die congruentie-eis beperkt. Wanneer de rechter overweegt iets toe te wijzen dat het mindere is dan gevorderd, moet hij wel nagaan of de grondslag van het gevorderde ook dat mindere dekt en of het bevel of verbod dat wordt uitgesproken niet verder gaat dan de onderliggende rechtsplichten.

10.3.6 Stelselmatigheid van het handelen en de congruentie-eis

626. Het komt voor dat een bepaald handelen pas door een zekere stelselmatigheid onrechtmatig is terwijl een enkele handeling dat niet is. Omdat ik hiervoor uiteen heb gezet dat het rechterlijk bevel of verbod slechts onrechtmatige handelingen mag verbieden kan een bevel of verbod strikt genomen slechts de reeks handelingen betreffen. Het spreekt vanzelf dat dit vanuit het oogpunt van rechtsbescherming onwenselijk is omdat dan pas kan worden ingegrepen nadat schade is geleden.

627. Deze situatie doet zich bijvoorbeeld voor in gevallen van hinder (geur- of geluidsoverlast). De vraag of hinder onrechtmatig is, is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval, waaronder de frequentie waarin de overlast plaatsvindt. De buurman die eenmalig oliebollen bakt in de achtertuin zal in de regel niet onrechtmatig handelen, hoewel de stankoverlast hinderlijk is. Wanneer hij er echter een gewoonte van maakt in de achtertuin bak-activiteiten te ondernemen zal de frequentie van die activiteiten ertoe kunnen leiden dat het handelen toch onrechtmatig wordt. Datzelfde geldt voor een feest dat eenmalig geluidsoverlast veroorzaakt: hinderlijk, maar niet zonder meer onrechtmatig. Vindt de geluidsoverlast wekelijks plaats, dan wordt het anders.

628. Wanneer een eenmalige handeling in een dergelijk geval niet verboden kan worden, wordt ook de reeks van handelingen die wel onrechtmatig is, niet voorkomen. Het is immers moeizaam om een

⁸⁷⁴ HR 27 april 1962, ECLI:NL:HR:1962:121, NJ 1962/254, m.nt. J.H. Beekhuis (*Holst/Philips*).

⁸⁷⁵ HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC369, NJ 2002/217, m.nt. T. Koopmans (*kernwapens*).

gedaagde te verbieden ‘een serie van feesten te geven’ of ‘stelselmatig geuroverlast te veroorzaken.’ Niet alleen is zo’n veroordeling te onbepaald (wanneer is er immers sprake van een ‘serie’ of ‘stelselmatig’?) maar bovendien kan een serie feesten of stelselmatige overlast niet op één moment plaatsvinden, zodat onduidelijk is wanneer in strijd met het verbod wordt gehandeld. Het is in zo’n geval zaak in de overwegingen van de uitspraak duidelijk te maken dat de onrechtmatigheid gelegen is in het (voorgenomen) stelselmatige karakter van de handeling en dat het daarom gerechtvaardigd is ook een enkele handeling te verbieden.

629. In een arrest van 18 mei 1979 heeft de Hoge Raad al in algemene zin geoordeeld dat het is toegestaan een individuele handeling te verbieden ook indien die handeling slechts door een zekere stelselmatigheid onrechtmatig wordt.⁸⁷⁶ De Hoge Raad overwoog dat het *‘dat het voor de effectiviteit van zijn verbod noodzakelijk (kan) zijn, afzonderlijke handelingen welke deel zouden uitmaken van het gevreesde onrechtmatige gedrag, op straffe van een dwangsom te verbieden.’*

630. In een arrest van 9 januari 1981 (waarin de Hoge Raad het gevraagde verbod van hinder ‘welke naar algemeen in het maatschappelijk verkeer aanvaarde normen onaanvaardbaar is’ te algemeen en te vaag oordeelde) heeft de Hoge Raad herhaald dat het juist vanwege de effectiviteit van het verbod noodzakelijk kan zijn en dus toegestaan is afzonderlijke overtredingen op straffe van een dwangsom te verbieden hoewel niet iedere overtreding op zichzelf reeds een voor de omwonenden onaanvaardbare hinder zou opleveren.⁸⁷⁷

631. Deze oordelen van de Hoge Raad zijn terecht. Indien een individuele overtreding niet verboden kan worden, is het bepaald moeizaam een formulering te vinden waarbij het stelselmatig handelen wel wordt verboden. Vanuit het oogpunt van rechtsbescherming zou dat ook onwenselijk zijn. Uiteindelijk zou dan immers een onrechtmatige (reeks van) gedraging(en) niet voorkomen kunnen worden. De Hoge Raad laat de rechter gelukkig dus ook in dat opzicht vrijheid: voor de effectiviteit van het verbod kan het noodzakelijk zijn die afzonderlijke handelingen te verbieden en ook reeds op een enkele overtreding een dwangsom te stellen.

10.3.7 Conclusie ten aanzien van het petitum

632. De gebondenheid aan het petitum bestaat mijns inziens onverkort. Het zijn partijen die de rechtsstrijd bepalen en die bepalen waarover de rechter heeft te beslissen. Een ongelukkig geformuleerd petitum kan door de rechter niet worden gered, tenzij de stellingen van partijen en het verloop van de discussie die ruimte wel bieden. In alle gevallen kan die ruimte slechts worden gevonden indien voor de gedaagde duidelijk was waartegen hij zich heeft te verweren en hij die mogelijkheid ook daadwerkelijk heeft gehad.

633. Die gebondenheid van de rechter aan het petitum raakt de effectiviteit van de remedie niet of nauwelijks. Partijen moeten in staat worden geacht te beoordelen waarvoor zij de remedie nodig hebben en welk gebod of verbod moet worden uitgesproken. Dat geldt niet alleen in een bodemprocedure, maar ook in een kort geding. Indien het petitum onzorgvuldig is geformuleerd en daardoor een op de materiële positie van partijen aansluitend gebod of verbod niet kan worden uitgesproken, raakt dat niet de doeltreffendheid van het middel, maar wordt dat veroorzaakt door het handelen van partijen, meer specifiek de eiser. Door uitleg van het petitum zal waar nodig zoveel mogelijk aansluiting kunnen worden gevonden bij wat de juiste uitkomst is in het licht van de materiële positie van partijen en zal getracht kunnen worden die materiële positie tot uitdrukking te brengen in het dictum. Op dat dictum en de vrijheid die de rechter heeft bij het formuleren daarvan, ga ik nu nader in.

⁸⁷⁶ HR 18 mei 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC6579, NJ 1979/480, m.nt. L. Wichers Hoeth (*Maxis*).

⁸⁷⁷ HR 9 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4127, NJ 1981/227, m.nt. C.J.H. Brunner.

10.4 *Het dictum*

10.4.1 *Inleiding*

634. Hiervoor heb ik beschreven dat de rechter in belangrijke mate gebonden is aan het petitum. Het petitum is het werk van advocaten, waarop de rechter geen invloed heeft. Die betrekkelijk kleine invloed werkt door in het dictum. Het dictum is weliswaar het werk van de rechter, maar moet door de gebondenheid aan het petitum, bij dat petitum aansluiten.

635. In een veroordelend dictum van een uitspraak komt tot uitdrukking wat van de veroordeelde wordt gevergd, met andere woorden, welke handelingen hem worden verboden of tot het verrichten van welke handelingen hem een bevel wordt gegeven. Dat dictum dient daarom bij voorkeur zelfstandig, maar in ieder geval in samenhang met de overwegingen waarop het is gebaseerd, duidelijk en voldoende concreet te zijn. Niet alleen de veroordeelde moet eruit kunnen afleiden wat hij dient te doen of na te laten, maar ook voor de executerende eiser (en de deurwaarder) dient dat duidelijk te zijn.

636. In veel gevallen roept de formulering van een dictum inhoudende een bevel of verbod geen bijzondere vragen op. Het bevel aan de Staat om een veroordeelde in vrijheid te stellen is in de regel eenvoudig na te komen en bij een straatverbod kan een persoon worden verboden zich gedurende een zekere periode in een bepaalde straat te bevinden. Het wordt al moeilijker wanneer dat verbod zich uitstrekt tot bijvoorbeeld een straal van enkele kilometers rondom een straat of wanneer een (rechts)persoon wordt bevolen *alle* op een auteursrecht inbreuk makende gedragingen te staken. Een veroordelend dictum zal in ieder geval aan de volgende drie vereisten moeten voldoen:

1. duidelijk moet zijn *wie* iets moet doen of nalaten;
2. duidelijk moet zijn *wat* er moet worden gedaan of nagelaten;
3. duidelijk moet zijn *wanneer* of *gedurende welke periode* iets moet worden gedaan of nagelaten.

Ik werk deze drie vereisten hieronder uit. Vooral het tweede en het derde vereiste zijn van belang voor de vraag wanneer het bevel en verbod kunnen worden ingezet als effectieve remedies.

10.4.2 *De veroordeelde partij*

637. Als het goed is volgt uit het dictum eenduidig wie iets moet doen of nalaten. Omdat een verbod of bevel *gevorderd* moet worden, kan dit in principe slechts de gedaagde partij zijn, of een of meer van de gedaagde partijen. Dat laat onverlet dat de positie van derden door het bevel of verbod geraakt kan worden. Dat is in het bijzonder het geval indien de veroordeelde de medewerking van derden voor de uitvoering van het verbod of bevel nodig heeft. Dat staat aan het opleggen van een bevel of een verbod aan de gedaagde niet zonder meer in de weg.⁸⁷⁸

638. Voor de effectiviteit van de remedie roept de vraag wie er kan worden veroordeeld geen bijzondere problemen in het leven. Dat een rechterlijk bevel en verbod slechts in een procedure kan worden verkregen is ook geen onoverkomelijk bezwaar, maar slechts het gevolg van het verbod op eigenrichting.

10.4.3 *De veroordeling zelf: wat moet er worden gedaan of nagelaten?*

639. Het dictum dient duidelijk te omschrijven wat er moet worden gedaan of nagelaten. De veroordeling dient aan te sluiten bij de rechtsplicht die is geschonden of dreigt te worden geschonden

⁸⁷⁸ Zie paragraaf 11.2 waarin ik het geval van de onmogelijkheid van onzelfstandige nakoming bespreek.

en dient niet ook rechtmatig verrichte handelingen te raken.⁸⁷⁹ Met het verbod of bevel wordt immers niet een nieuwe verplichting aan een veroordeelde opgelegd. Er wordt slechts uitgesproken waartoe hij al gehouden was. De veroordeling mag dus ook niet verder strekken dan de rechtsplicht die geschonden is of dreigt te worden geschonden.⁸⁸⁰ Het is weliswaar aantrekkelijk om met een ruim omschreven bevel zeker te stellen dat onrechtmatige gedragingen worden voorkomen, maar zo'n bevel belemmert de veroordeelde ook in de rechtmatige uitoefening van zijn rechten. Zo is het vanuit het perspectief van de belaagde zonder meer aantrekkelijk wanneer het de belager wordt verboden zich überhaupt in de woonplaats van de belaagde te bevinden, maar zo'n verbod gaat in de regel toch te ver omdat niet ieder verblijf in die woonplaats onrechtmatig is.

640. Rechtmatig verrichte handelingen dienen dus niet verboden te worden. Het verbod is immers een antwoord op de (dreigende) normschending en dient daarop dus aan te sluiten. Om te komen tot een juist dictum zal de rechter dus specifiek moeten beoordelen welk handelen onrechtmatig is of welk handelen of nalaten de gevreesde wanprestatie tot stand brengt. Een handelen dat slechts onder omstandigheden onrechtmatig is, kan dus ook slechts onder die omstandigheden worden verboden. Het dictum dient dat tot uitdrukking te brengen omdat het aan de rechter is en niet aan de deurwaarder om de grenzen van het verbod te omschrijven en van de deurwaarder niet kan worden verwacht die grenzen uit de overwegingen van de uitspraak af te leiden.⁸⁸¹

641. Het opleggen van een verbod of een bevel moet voorts en vanwege die eis van congruentie (de samenhang tussen de geschonden rechtsplicht en het bevel of verbod) met een zekere mate van precisie en concreetheid gebeuren.⁸⁸² In veel gevallen is dat geen probleem omdat met een verbod of bevel kan worden aangesloten bij een eerder verrichte (onrechtmatige) gedraging. De buurman die onrechtmatig een van de twee kastanjebomen op de erfgrens heeft omgezaagd kan bijvoorbeeld eenvoudig worden verboden ook de tweede om te zagen, maar hem kan niet worden verboden om alle werkzaamheden aan de gewassen op de erfgrens te staken omdat niet al die werkzaamheden onrechtmatig zullen zijn.

642. Ook vorderingen en veroordelingen die wel uitsluitend betrekking hebben op onrechtmatige handelingen zijn echter niet altijd toelaatbaar. Huydecoper wijst er terecht op dat in de regel niet een bevel aan de buurman kan worden gevorderd om alle verplichtingen uit het burennrecht voortaan stipt na te komen.⁸⁸³ De reden daarvoor is echter niet dat een dergelijk bevel zich ook over rechtmatige handelingen uitstrekt, maar eenvoudigweg dat het te onbepaald is. Het is zonder meer aantrekkelijk voor de eiser als zo'n bevel wordt toegewezen, en het is zeker ook effectief gezien vanuit het oogpunt van rechtsbescherming, maar bij het ontbreken van een reële dreiging van schending van die rechten uit het burennrecht is er geen aanleiding voor zo'n veroordeling. De gedaagde dient daar dus ook niet mee te worden geconfronteerd.

643. Een verbod behoeft ook niet beperkt te zijn tot de reeds verrichte gedraging. Ook vergelijkbare gedragingen kunnen een schending van eenzelfde rechtsplicht vormen en zullen dus, vanzelfsprekend mits gevorderd, onder het verbod kunnen worden gebracht.⁸⁸⁴ Een aan de jurisprudentie ontleend voorbeeld laat dat zien. In een procedure die in de kern betrekking had op het naleven van een concurrentiebeding gebood het hof de aangesproken partij 'zich te onthouden van activiteiten, direct gericht op het in dienst nemen van werknemers (...) die in een periode van zes maanden voor het uit

⁸⁷⁹ Artikel 3:296 BW gebruikt het woord 'daartoe'. Hierover ook Nuninga 2018, die spreekt over de 'congruentie-eis'. In zijn proefschrift gebruikt hij de term 'overeenstemmingseis', Nuninga 2022, p. 50 e.v.

⁸⁸⁰ Blauw 2002, p. 193.

⁸⁸¹ Aldus ook Drion 1962, p. 219.

⁸⁸² Huydecoper 2011/16. Nuninga 2018.

⁸⁸³ Huydecoper 2011/15. Huydecoper gebruikt het voorbeeld om aan te geven dat een bevel niet kan worden gegeven zonder voldoende dreiging dat de gedaagde zich niet aan zijn verplichtingen zal houden. Een dergelijke vordering zal in veel gevallen ook onvoldoende bepaald zijn.

⁸⁸⁴ HR 3 januari 1964, ECLI:NL:HR:1964:13, NJ 1964/445, m.nt. G.J. Scholten (*Lexington*).

elkaar gaan (...) nog werkzaamheden ten behoeve van X hebben verricht.’ De daartegen gerichte cassatieklacht luidde dat het dictum te ruim was geformuleerd omdat niet alleen het ‘stelselmatig, actief en met gebruikmaking van opgedane kennis van het bedrijfsdebet benaderen is verboden’, maar ‘ieder benaderen’ was verboden. Volgens de klacht sloot de veroordeling daardoor niet aan bij de door het hof geformuleerde gedragsregel die was geschonden. De Hoge Raad verwierp die klacht. De omstandigheid dat de gedragingen die aanleiding geven tot een rechterlijk verbod, stelselmatig en actief zijn geweest en dat daarbij gebruik is gemaakt van opgedane kennis van het bedrijfsdebet, brengt volgens de Hoge Raad niet mee dat de rechter niet een ruimer verbod, zonder die kwalificaties, zou mogen opleggen. Daarvoor zal aanleiding bestaan indien dat noodzakelijk is om soortgelijke gedragingen voor de toekomst tegen te gaan.⁸⁸⁵ Voor dat verdergaande verbod bood het overeengekomen concurrentiebeding een grondslag.

644. Uit het arrest volgt duidelijk dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen de verrichte gedraging enerzijds en de geschonden norm anderzijds. De schending van de norm kan veelal op verschillende manieren plaatsvinden. Het zal in veel gevallen voor de hand liggen de verrichte gedraging als uitgangspunt te nemen bij de formulering van het dictum omdat op die manier een zo duidelijk mogelijk gebod of verbod zal kunnen worden geformuleerd: wat is gebeurd mag zich niet herhalen. Maar dat hoeft niet. Het is niet de verrichte gedraging die bepaalt wat wel en niet is toegestaan, maar het is de (geschonden) norm die dat bepaalt. De congruentie-eis tussen verbod of bevel enerzijds en de norm anderzijds staat in zoverre los van een al verrichte gedraging. Dat moet ook wel, omdat anders een louter dreigende schending van een norm niet afgewend zou kunnen worden. Het bevel of verbod kan dus ook in zoverre abstraheren van de al verrichte gedraging dat het ruimer kan zijn dan die verrichte gedraging, mits het niet ook rechtmatige gedragingen verbiedt.

10.4.4 Een verbod in algemene termen

645. Er zijn ook situaties denkbaar waarin een verbod slechts in algemene termen kan worden geformuleerd omdat niet steeds te voorzien is welke gedaante een onrechtmatige handeling zal aannemen. Zo zal een gedaagde kunnen worden bevolen alle op een auteursrecht inbreuk makende gedragingen te staken of kan hem worden verboden dergelijke gedragingen uit te voeren.⁸⁸⁶ Zo’n verbod is weliswaar algemeen geformuleerd, maar het is toch voldoende beperkt te achten omdat het is beperkt tot inbreuk makende gedragingen en daarmee onverminderd aansluit bij de te beschermen norm.

646. Zo’n verbod in algemene termen is dus niet onmogelijk en soms zelfs noodzakelijk. De ondergrens van wat toelaatbaar is, is volgens de Hoge Raad in zijn arrest van 3 januari 1964 *‘dat in de omschrijving van het verbod een afdoende afbakening wordt gevonden ter vaststelling van hetgeen al dan niet onder het verbod begrepen is.’*⁸⁸⁷ Daaraan voegde de Hoge Raad toe dat een redelijke uitleg van een in algemene termen gesteld verbod meebrengt *‘de draagwijdte daarvan beperkt te achten tot handelingen, waarvan in ernst niet kan worden betwijfeld dat zij, mede gelet op de gronden waarop het verbod werd gegeven, inbreuken, als door den rechter verboden, opleveren.’* De Hoge Raad herhaalde deze systematiek in onder meer een arrest van 18 februari 1966 en in een arrest van 5 april 2002.⁸⁸⁸

647. In die eerste zaak was gevorderd de gedaagde te verbieden ‘mondeling of bij geschrifte of op welke wijze ook zich ongunstig uit te laten over het optreden van de Nederlandse Klokkenspel-Vereniging en haar bestuursleden, met name door derzelver objectiviteit en/of deskundigheid in twijfel te wekken’. Probleem van zo’n vordering is vanzelfsprekend dat niet iedere ongunstige uitlating over

⁸⁸⁵ Vgl. HR 9 juli 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC096, NJ 1991/215, m.nt. P.A. Stein.

⁸⁸⁶ Vgl. conclusie A-G Huydecoper vóór HR 4 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0140.

⁸⁸⁷ HR 3 januari 1964, ECLI:NL:HR:1964:13, NJ 1964/445, m.nt. G.J. Scholten (*Lexington*).

⁸⁸⁸ HR 18 februari 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4633, NJ 1966/208, m.nt. G.J. Scholten (*Klokkenspel*) en HR 5 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8183, NJ 2003/356, m.nt. Ch. Gielen.

een ander onrechtmatig is, zelfs niet wanneer iemands deskundigheid in twijfel wordt getrokken. Uit de onderbouwing van de vordering was duidelijk waar het de Klokkenspel-Vereniging om te doen was: de gedaagde Fritsen ondermijnde het vertrouwen in de adviezen van de Klokkenspel-Vereniging door haar in strijd met de waarheid te verwijten dat zij bij haar adviezen een voorkeur voor een bepaalde klokkengieterij aan de dag legde. De president in kort geding wees de vordering af en ook het hof oordeelde dat het gevraagde verbod te ruim was om toe te wijzen omdat Fritsen niet het recht ontzegd kon worden kritiek te uiten, mits het oogmerk van belediging althans niet aanwezig is. De in hoger beroep geformuleerde subsidiaire vordering werd echter toegewezen en hield in dat het Fritsen werd verboden om zich, anders dan binnen verenigingsverband van de Klokkenspel-Vereniging, zodanig over de Klokkenspel-Vereniging uit te laten dat bij derden twijfel kan worden gewekt aan haar integriteit en objectiviteit. Een van de in cassatie geformuleerde klachten hield in dat het verbod te ruim was geformuleerd omdat zowel de term ‘uitlaten’ als de term ‘twijfel kunnen wekken’ als ook de term ‘objectiviteit en integriteit’ zodanig ruim en vaag zijn, dat een rechterlijk verbod alleen met behulp daarvan niet met de noodzakelijke precisie kan worden omschreven. De Hoge Raad verwierp de klacht: de aard van het door het verbod te beschermen belang en de vereiste effectiviteit van de remedie noodzaakte tot een meer algemene veroordeling. Daaraan werd echter toegevoegd dat de draagwijdte van het verbod beperkt moet worden geacht tot handelingen waarvan in ernst niet kan worden betwijfeld dat zij, mede gelet op het belang tegen aantasting waarvan het verbod gegeven is, inbreuken als door de rechter verboden, opleveren.

648. Interessant aan deze overweging is de nadruk die wordt gelegd op de effectiviteit van het verbod. Die effectiviteit vereist – en rechtvaardigt – dat een verbod in algemene termen wordt opgelegd. Daar staat dan tegenover dat de uitleg van het verbod restrictief is: slechts die gedragingen waarvan in ernst niet kan worden betwijfeld dat zij onrechtmatig zijn, vallen onder het verbod. Daarbij komt dan wel weer de nodige waarde toe aan ‘het belang tegen aantasting waarvan het verbod gegeven is.’ Er moet dus een beoordeling van de gewraakte handeling plaatsvinden in het licht van enerzijds het belang dat beschermd moet worden en (voeg ik toe:) de effectiviteit van die bescherming en anderzijds de mate van evidentie waarmee het handelen onder het verbod valt. Het spreekt bijna vanzelf dat de discussie over de uitleg van het dictum en het oordeel over de vraag of een handeling door het verbod of bevel wordt bestreken vooral van belang is voor de vraag of er dwangsommen zijn verbeurd. Die vraag zal veelal door de executierechter moeten worden beantwoord, die daarbij de veroordeling moet uitleggen.⁸⁸⁹

649. Ik noemde hiervoor al dat een verbod niet beperkt hoeft te zijn tot een reeds verrichte gedraging. Met name wanneer er een verbod met een zekere algemene strekking wordt gegeven, is dat van belang. Een verbod met een algemene strekking is immers alleen dan gerechtvaardigd wanneer niet goed te voorspellen is hoe toekomstige inbreuken eruit zullen zien. Een verbod op bijvoorbeeld een merkinbreuk hoeft dus niet alleen betrekking te hebben op de reeds verrichte merkinbreuk, maar kan zich uitstrekken over een volgende (andersoortige) handeling die ook een merkinbreuk kan vormen. Uit een arrest van de Hoge Raad van 5 april 2002 volgt echter dat de executierechter niet kan volstaan met het onderzoek naar de vraag of een latere handeling een merkinbreuk vormt, maar dat hij de in het *Lexington*-arrest geformuleerde maatstaf moet toepassen. Onderzocht moet daarom worden of, mede gelet op de gronden waarop het verbod werd gegeven, in ernst niet kan worden betwijfeld dat die handeling een door de rechter verboden inbreuk oplevert.⁸⁹⁰ Daarbij geldt als uitgangspunt, zo overwoog de Hoge Raad, dat de reikwijdte van een in algemene termen vervat verbod niet beperkt

⁸⁸⁹ Het belang van het executiegeschil bij een in algemene termen geformuleerd verbod heeft ook een Unierechtelijke component. Het HvJ heeft in een merken-zaak geoordeeld dat de verweerder tegen wie zo’n algemeen geformuleerd verbod is uitgesproken, in het stadium van de tenuitvoerlegging moet beschikken over alle waarborgen van een eerlijk proces teneinde het bestaan van een inbreuk of een dreigende inbreuk daadwerkelijk te kunnen aanvechten en zich te kunnen verzetten tegen inbeslagneming. HvJ 17 november 2022, zaak C-175/21, ECLI:EU:C:2022:895, par. 71 (*Harman International Industries/AB*).

⁸⁹⁰ HR 5 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8183, *NJ* 2003/356, m.nt. Ch. Gielen.

behoeft te zijn tot de herhaling van de handelingen die aanleiding vormden voor de eerdere procedure waarin het verbod werd uitgesproken. Deze overweging is herhaald in een later arrest van 15 april 2005 over gestelde inbreuken op hetzelfde merk als aan de orde in het arrest van 5 april 2002.⁸⁹¹ In die zaak overwoog de Hoge Raad ook nog dat het bezwaar dat wordt gevormd door enige onzekerheid, die mede wordt veroorzaakt doordat toekomstige rechtsontwikkelingen in een verbod niet kunnen worden verdisconteerd, eigen is aan een algemeen luidend verbod. Ik voeg daaraan toe dat dergelijke onzekerheid vanzelfsprekend niet alleen bestaat doordat de rechtsontwikkeling in de toekomst onzeker is, maar in veel gevallen juist ook doordat de vorm waarin toekomstige schendingen van een rechtsplicht kunnen plaatsvinden onzeker is. De Hoge Raad zette vervolgens tegenover elkaar het belang van de partij tegen wie het verbod is uitgesproken en het belang van de partij wiens rechten moeten worden beschermd. De eerste partij zal er belang bij hebben dat het verbod zo concreet mogelijk is, maar ‘in het bijzonder als het gaat om rechten als het onderhavige merkrecht’ kunnen de belangen van de andere partij soms slechts effectief worden beschermd door een meer algemeen verbod. Daarbij speelt blijkens de overwegingen van de Hoge Raad mede een rol dat de schade van dergelijke merk-inbreuken zich vaak moeilijk laat bepalen. Het belang van rechtsbescherming van de rechten van de gelaedeerde wint bovendien aan gewicht ten opzichte van het rechtszekerheidsbelang van de verwerende partij indien die partij zich in het verleden reeds aan inbreuk schuldig heeft gemaakt.

650. Door de strenge *Lexington*-maatstaf voor te schrijven in een executiegeschil wordt enerzijds bewerkstelligd dat een verbod in algemene termen aanvaardbaar is en zich ook uitstrekt tot nieuwe handelingen die niet als zodanig aan het verbod ten grondslag lagen en tegelijkertijd wordt voorkomen dat in de executiefase handelingen die al te ver verwijderd zijn van de handelingen die aanleiding gaven tot het oorspronkelijke verbod, aanleiding geven tot een dwangsom. Voor de effectiviteit van het bevel en verbod is dit vanzelfsprekend belangrijk: indien slechts een verbod tot een merkinbreuk zou kunnen worden gegeven dat is beperkt tot een al verricht handelen zou de inbreukmaker het verrichte handelen iets kunnen aanpassen om het verbeuren van een dwangsom te voorkomen en kan hij de te beschermen norm opnieuw schenden.

651. Uit de hier besproken arresten volgt dat aan de effectiviteit van het bevel of verbod zwaar moet worden getild. Mede omdat schade moeilijk kan worden bepaald, zal een rechthebbende er belang bij hebben dat de inbreuk voorkomen wordt en is het toelaatbaar dat een verbod in meer algemene termen wordt geformuleerd. Opmerkelijk aan het arrest van 15 april 2005 is dat het belang van de eisende partij om verdere inbreuken te voorkomen aan gewicht wint ten opzichte van het belang van de aangesproken partij indien die aangesproken partij zich al eerder aan een inbreuk heeft schuldig gemaakt (rov. 3.5.2, laatste zin). Met andere woorden: wie de fout is ingegaan moet niet klagen als er wat zwaarder geschut wordt ingezet om herhaling te voorkomen. Vanuit het oogpunt van rechtsbescherming is dat te billijken, maar in abstracto ligt het meer voor de hand om te kijken naar de vraag of herhaling op de loer ligt. Als dat risico groter is, lijkt een meer algemeen verbod ook beter te rechtvaardigen, maar een schending van een rechtsplicht behoeft natuurlijk niet in alle gevallen het risico op herhaling te vergroten.

652. De rechter heeft dus een zekere vrijheid om een verbod in algemene termen te formuleren indien dat noodzakelijk is omdat niet te voorzien is hoe een toekomstige schending van een rechtsplicht vorm zal kunnen krijgen. Bij beoordeling van de vraag of in strijd is gehandeld met het verbod dient dat verbod dan vervolgens echter tamelijk stringent te worden uitgelegd. Daarbij geldt als maatstaf voor de executierechter dat de draagwijdte van het verbod beperkt is te achten tot handelingen waarvan in ernst niet kan worden betwijfeld dat zij, mede gelet op de gronden waarop het verbod werd gegeven, inbreuken als door de rechter verboden, opleveren.⁸⁹² Door die uitleg wordt

⁸⁹¹ HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5238, NJ 2006/55, m.nt. Ch. Gielen (*Euromedica/Merck*).

⁸⁹² HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5238, NJ 2006/55, m.nt. Ch. Gielen (*Euromedica/Merck*).

vaak wel, maar soms ook niet een voldoende afbakening gevonden van hetgeen wel en niet onder het verbod is begrepen. Daarmee wordt een belangrijk deel van het probleem verlegd naar de rechter in het executiegeschil. Hoewel het in algemene zin aan te bevelen is te voorkomen dat partijen op een executiegeschil zijn aangewezen, is dat bij een in algemene termen geformuleerd verbod of bevel niet altijd te vermijden.⁸⁹³

653. Toch is niet eenvoudig te zeggen wanneer een verbod in algemene termen wel en niet toelaatbaar is. Zo roepen bijvoorbeeld gevallen van hinder ook problemen op bij het redigeren van het dictum. Het is vanuit het oogpunt van rechtsbescherming aantrekkelijk om overlastgevers zodanig te beperken dat elke vorm van overlast wordt vermeden, maar niet iedere vorm van overlast is onrechtmatig. Een welwillende uitleg van het dictum in het licht van de overwegingen kan in zo'n geval uitkomst bieden. Toen het hof Metsch gebod 'kippen van zijn farm te verwijderen' en niet langer kippen te houden was dat gebod voldoende bepaald omdat het blijkt de achterliggende overweging in het arrest niet de strekking had ook het houden van kippen te verbieden ten aanzien waarvan Metsch zou kunnen aantonen dat daarvan geen overlast was te duchten.⁸⁹⁴ De veroordeling om 'doelmatige technische voorzieningen en organisatorische maatregelen te treffen om de geluidsproductie van de inrichting te beperken' mocht het hof echter te vaag vinden.⁸⁹⁵ En ook een verbod van hinder 'welke naar algemeen in het maatschappelijk verkeer aanvaarde normen onaanvaardbaar is' kan niet worden toegewezen omdat het onvoldoende bepaald is.⁸⁹⁶

654. Een bijzonderheid ten aanzien van het in algemene termen geformuleerde verbod deed zich voor in het *SGP*-arrest. Nadat was geoordeeld dat de Staat zich ten onrechte op het standpunt stelde dat hij ervan mocht afzien maatregelen te treffen tegen het niet toelaten door de SGP van vrouwen op de kandidatenlijsten voor de algemeen vertegenwoordigende organen, moest worden bepaald welke vordering in verband daarmee kon worden toegewezen. Het hof had naar het oordeel van de Hoge Raad terecht geoordeeld dat de Staat gehouden was om maatregelen te nemen die er daadwerkelijk toe leidden dat de SGP het passief kiesrecht aan vrouwen toekent en dat de Staat daarbij een maatregel moet inzetten die effectief is en tegelijkertijd de minste inbreuk maakt op de grondrechten van de (leden van de) SGP. Maar ten aanzien van een uit te spreken bevel om specifieke maatregelen te treffen om een einde te maken aan de discriminatie bestond er wel een belemmering. Die belemmering was in de eerste plaats gelegen in het feit dat de rechter geen wetgevingsbevel mag uitvaardigen. Ook het bevel tot stopzetting van de subsidie kon niet worden gegeven omdat – kort gezegd – de wet daarin niet voorzag. Die belemmeringen hingen vooral samen met de positie van de Staat enerzijds en het feit dat subsidies aan politieke partijen een publiekrechtelijk karakter hebben waarin de burgerlijke rechter niet kan ingrijpen. De Clara Wichmann Stichting had echter ook nog een vordering geformuleerd 'tot het geven van een verbod tot het laten voortbestaan van de onrechtmatige situatie binnen een door de rechter te bepalen termijn'. Toewijzing van die vordering zou zeker effectief kunnen zijn als duidelijk zou zijn hoe die moet worden nageleefd. De Hoge Raad oordeelde echter dat 'niet duidelijk is op grond waarvan de rechter een dergelijk vaag en algemeen verbod toewijsbaar zou kunnen achten.'⁸⁹⁷ Die uitkomst laat zien dat het erg van de omstandigheden van het geval afhankelijk is of een verbod in algemene termen toelaatbaar is. Wie ervoor kiest de nadruk te leggen op effectieve rechtsbescherming zal een in algemene termen geformuleerd bevel en verbod eerder toelaatbaar vinden dan wie hecht aan duidelijkheid voor de gedaagde.

10.4.5 Verbod in algemene termen, tussenconclusie

⁸⁹³ Zie voor de afbakeningsvragen op verschillende rechtsgebieden Deurvorst, in: *GS Onrechtmatige daad*, Rechtsvorderingen, aant. II.2.1.3.6.

⁸⁹⁴ HR 18 april 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC6865, *NJ* 1980/413.

⁸⁹⁵ HR 7 november 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC0018, *NJ* 1981/91, m.nt. M. Scheltema.

⁸⁹⁶ HR 9 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4127, *NJ* 1981/227, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Dam/Beukeboom*).

⁸⁹⁷ HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, *NJ* 2010/388, m.nt. E.A. Alkema (*SGP*).

655. Wanneer we dit beeld bezien, bestaat dus enerzijds de mogelijkheid een verbod in algemene termen op te leggen, mits *‘in de omschrijving van het verbod een afdoende afbakening wordt gevonden ter vaststelling van hetgeen al dan niet onder het verbod begrepen is.’*⁸⁹⁸ Daarbij is bijvoorbeeld toelaatbaar een bevel dat ertoe strekt alle op een auteursrecht inbreuk makende gedragingen te staken of dergelijke gedragingen uit te voeren. Bij problemen zal in een executiegeschil moeten worden onderzocht of het bevel of verbod is overtreden. Daarbij geldt als norm bij een in algemene termen gesteld verbod *‘de draagwijdte daarvan beperkt te achten tot handelingen, waarvan in ernst niet kan worden betwijfeld dat zij, mede gelet op de gronden waarop het verbod werd gegeven, inbreuken, als door den rechter verboden, opleveren.’*

656. Daartegenover staan de situaties waarin de vordering als zodanig te onbepaald is. Een veroordeling om de geluidsproductie te beperken is te onbepaald en ook een verbod op het laten voortbestaan van een onrechtmatige situatie is te onbepaald.

657. Het is niet in algemene zin te omschrijven waarom de ene veroordeling wel toelaatbaar is en de andere niet. Het beeld dat ontstaat is dat, wanneer uit de feiten blijkt dat er een bepaalde gedraging van een partij wordt verwacht, die gedraging in algemene termen omschreven kan worden. Het inbreuk maken op een auteursrecht is op zichzelf al concreter dan ‘het laten voortbestaan van een onrechtmatige situatie’. Voor een veroordeelde is min of meer duidelijk wat er van hem verwacht wordt. Dat geldt zeker wanneer de veroordeling volgt op een eerdere overtreding van de norm. Maar een gebod om ‘geluidsproductie te beperken’ geeft geen norm waarin de veroordeelde houvast kan vinden. Aan de andere kant: als het verbod om kippen te houden zo mag worden uitgelegd dat het geen verbod inhoudt om kippen te houden die geen overlast veroorzaken, zou een gebod om de geluidsproductie te beperken ook zo kunnen worden uitgelegd dat het zich niet uitstrekt over geluidsproductie die (met een zekere evidentie) niet onrechtmatig is. Toch verdient die handelwijze geen aanbeveling omdat het onvermijdelijk een executiegeschil uitlokt.

658. Maatwerk is dus vereist. Het is in alle gevallen aan de rechter om aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval de grens te trekken. Daarbij kan het volgende tot uitgangspunt gelden:

- een bevel of verbod in algemene termen is toegestaan als niet goed te voorzien is in welke vorm een rechtsplicht zal worden geschonden;
- het bevel of verbod kan ook andere gedragingen betreffen dan de reeds verrichte gedragingen;
- in de overwegingen van de uitspraak zal voor de gedaagde houvast moeten kunnen worden gevonden ten aanzien van datgene wat van hem verwacht wordt.
- een in algemene termen vervat bevel of verbod mag zo worden uitgelegd dat het niet ook rechtmatige gedragingen omvat. Daarbij is een zekere evidentie vereist omdat de draagwijdte van het bevel beperkt is te achten tot die gedragingen waarvan *in ernst* niet kan worden betwijfeld dat zij onder het bevel of verbod vallen.
- Het risico bestaat dat een executiegeschil nodig is. Dat risico moet vanuit het oogpunt van een effectieve rechtsbescherming geaccepteerd worden.

10.5 Uitleg van het dictum

659. Een dictum moet weergeven wat er geboden of verboden wordt. In veel gevallen is dat duidelijk omdat een specifieke gedraging wordt verboden of omdat wordt aangesloten bij een eerdere schending van de rechtsplicht en een herhaling daarvan moet worden voorkomen. Het verbod om een kastanjeboom op de erfgrans om te zagen behoeft weinig uitleg. Maar bij een bevel of verbod in

⁸⁹⁸ HR 3 januari 1964, ECLI:NL:HR:1964:13, NJ 1964/445, m.nt. G.J. Scholten (*Lexington*).

algemene termen zal vaak uitleg van het dictum nodig zijn. Dat geldt in het bijzonder indien een vordering die eigenlijk te onbepaald is, toch is toegewezen.

660. Idealiter is een dictum zelfstandig leesbaar en begrijpelijk. Tegelijkertijd staat een dictum natuurlijk niet op zichzelf. Het vloeit (bij voorkeur: logisch) voort uit de overwegingen van de beslissing. Die motivering zal dus handvatten verschaffen bij de uitleg van een dictum. Een voorbeeld is te vinden in de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 25 februari 1994.⁸⁹⁹ In die zaak was in eerste aanleg in kort geding primair gevorderd ‘te beginnen met het treffen van maatregelen die noodzakelijk zijn om de hier bedoelde lozing van PAK’s te beëindigen én die lozing binnen zes maanden geheel te beëindigen.’⁹⁰⁰ Ook de subsidiaire variant strekte ertoe dat de gedaagde moest ‘beginnen met het treffen van maatregelen’. Het ligt voor de hand een dergelijke vordering te onbepaald te achten. In hoger beroep is de vordering gewijzigd. Primair werd gevorderd de lozing van PAK’s binnen zes maanden te beëindigen. Subsidiair werd gevorderd die lozing ‘tot het technisch laagst haalbare niveau terug te brengen’ en meer subsidiair werd gevorderd binnen vier weken de door de Belgische overheid afgegeven lozingsvergunning op alle onderdelen volledig na te leven. Opvallend is dat de primaire vordering heel concreet is, maar dat de subsidiaire vordering weer een tamelijk onbepaald element heeft, namelijk het ‘technisch laagst haalbare niveau.’ Een daartoe strekkende veroordeling zal eenvoudig discussie oproepen over de vraag wat het ‘technisch laagst haalbare niveau’ is. Maar waar het uiteindelijk om ging is dat de uiterst subsidiaire variant betrekking had op de naleving van alle onderdelen van de door de Belgische overheid afgegeven lozingsvergunning. Dat was opmerkelijk omdat de discussie tussen partijen en ook de primaire vordering betrekking had op de zogenaamde PAK’s, terwijl de lozingsvergunning weliswaar voorwaarden bevatte die over die PAK’s gingen, maar evenzeer andere voorwaarden die niet over PAK’s gingen. Die uiterst subsidiaire vordering, tot naleving van de voorwaarden van de Belgische lozingsvergunning, is door het hof toegewezen, op straffe van een behoorlijk forse dwangsom.

661. De lozingsvergunning die door de Belgische overheid was afgegeven bevatte als gezegd een aantal voorwaarden, die deels wel en deels niet op PAK’s betrekking hebben. Het dictum had strikt genomen ook betrekking op de voorwaarden die niet zagen op de PAK’s. Het cassatiemiddel voerde aan dat de veroordeling door het hof ten onrechte betrekking had op de voorwaarden die niet de PAK’s betroffen omdat partijen daarover niet gediscussieerd hadden. De Hoge Raad overwoog dat deze veronderstelling onjuist was. De door het hof uitgesproken veroordeling is weliswaar zeer ruim geformuleerd, maar de door het hof in het dictum tot uitdrukking gebrachte veroordeling moet worden gelezen in verband met de daaraan voorafgaande rechtsoverwegingen. Die overwegingen hebben uitsluitend betrekking op de vergunningsvoorwaarden die handelen over de lozing van PAK’s. De veroordeling moet daarom ook aldus worden begrepen dat deze alleen betrekking heeft op de vergunningsvoorwaarden ten aanzien van de lozing van PAK’s.

662. Opmerkelijk hier is natuurlijk dat het handelen in strijd met de andere vergunningsvoorwaarden evenzeer onrechtmatig zou kunnen zijn. Het dictum van het hof behoeft dus niet in strijd te zijn met het uitgangspunt dat slechts onrechtmatige handelingen worden verboden. Het punt is dat uit de discussie tussen partijen moest worden afgeleid dat over die andere vergunningsvoorwaarden geen geschil bestond. Het ligt dus niet voor de hand dat de vordering daarop wel betrekking had. Een uitleg van het dictum die erop neer komt dat ook overtreding van de andere vergunningsvoorwaarden onrechtmatig is, zou dus leiden tot de conclusie dat het hof meer zou hebben toegewezen dan was gevorderd. Ook dat is een aanwijzing dat het dictum niet op die manier moest worden begrepen.

⁸⁹⁹ HR 25 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1284, NJ 1996/362 (*Sopar*).

⁹⁰⁰ PAK staat voor Polycyclische Aromatische Koolwaterstoffen. Volgens Wikipedia staan PAK’s bekend om hun schadelijke effecten voor verschillende organismen.

663. De formulering dat het dictum moet worden gelezen in het licht van de overwegingen in het lichaam van de uitspraak, is nadien nog herhaald.⁹⁰¹ Deze regel ligt voor de hand. In de overwegingen immers heeft de rechter uiteen gezet wat de gronden voor het te formuleren verbod of bevel zijn. Bij onduidelijkheid van het dictum zal aan de hand van de overwegingen moeten kunnen worden vastgesteld wat de rechter bedoeld heeft.

664. Problematisch wordt het wanneer er een tegenstrijdigheid bestaat tussen het dictum en de daaraan ten grondslag gelegde overwegingen. In de zaak die heeft geleid tot een arrest van de Hoge Raad van 19 april 2019 was iets dergelijks aan de hand.⁹⁰² In die zaak was een bevel gevorderd met een dwangsom van € 50.000,- per dag en een maximum van € 1.000.000,-.⁹⁰³ Het hof sprak het bevel uit en overwoog dat het de gevorderde dwangsom ‘ambtshalve zal matigen omdat de hierna bepaalde dwangsommen een voldoende prikkel tot nakomen lijken te zijn.’ In het dictum werd vervolgens een dwangsom opgelegd van € 50.000,- per dag met een maximum van € 5.000.000,-. Dat maximum was veel hoger dan gevorderd en verhield zich dus niet tot de overweging dat de dwangsom zou worden gematigd. Bij de Hoge Raad gaat het om de vraag of hier sprake is van een voor verbetering vatbare kennelijke fout. Het hof vond van wel en heeft een herstelarrst had gewezen waarin is overwogen dat de woorden ‘ambtshalve matigen’ moeten worden gelezen als ‘vaststellen.’ Dat oordeel is onjuist omdat van een kennelijke fout geen sprake was. Interessanter voor de uitleg van het dictum is dat de Hoge Raad vaststelt dat niet duidelijk is of het dictum fout is of de overweging. Het kan zijn, zo leg ik het arrest uit, dat het hof per abuis heeft overwogen dat de dwangsom zal worden gematigd (wat minder waarschijnlijk is), maar het is ook mogelijk dat er in het dictum een cijfer ‘0’ te veel is opgenomen (wat waarschijnlijker is). Omdat het dictum moet worden uitgelegd in het licht van de overwegingen waarop het berust, kan niet op voorhand worden gezegd dat aan de tekst van het dictum voorrang toe komt. Ook die beslissing is logisch. Het dictum staat niet op zichzelf, maar hangt samen met de overwegingen en volgt daaruit. Daarmee zou niet te rijmen zijn dat, wanneer er een discrepantie tussen overwegingen en dictum is, te oordelen dat het dictum steeds doorslaggevend is.

665. In de hiervoor besproken gevallen was er sprake van een veroordeling om iets *niet* te doen. Uitleg van een dictum kan vanzelfsprekend ook nodig zijn wanneer een veroordeling is uitgesproken om iets wel te doen. In beginsel is dan geen andere uitleg-maatstaf nodig dan in de gevallen waarin een veroordeling is uitgesproken om iets niet te doen, in die zin dat ook in die gevallen het dictum moet worden gelezen in het licht van de overwegingen in het lichaam van de uitspraak. Een concreet bevel om iets te doen (bijvoorbeeld de levering van 500 stuks van een bepaald goed) zal in de regel weinig vragen oproepen. Als er discussie bestaat over de vraag of aan een bevel (of verbod) is voldaan zal dat in de regel verband houden met de vraag of er dwangsommen zijn verbeurd. Een voorbeeld is te vinden in de zaak die leidde tot een arrest van de Hoge Raad van 20 mei 1994.⁹⁰⁴ In die zaak ging het over de vraag op welke provisiebetalingen aanspraak bestond. Om dat vast te stellen was gevorderd – en op straffe van een dwangsom toegewezen – overlegging van ‘een door een registeraccountant voor akkoord getekend overzicht van alle opdrachten (...)’. Om aan de veroordeling te voldoen zijn vervolgens drie overzichten, met drie brieven van een registeraccountant, overgelegd. Het hof dat vervolgens had te beslissen op de vraag of er dwangsommen waren verbeurd heeft in de onduidelijkheid van de veroordeling aanleiding gezien de draagwijdte van het gebod beperkt uit te leggen en alleen dan een inbreuk op de veroordeling aan te nemen, indien zodanige inbreuk – gelet op het belang van de eisende partij waarvoor het gebod is gegeven – in ernst niet kan

⁹⁰¹ HR 7 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1477, *NJ* 1996/363. Vgl. voorts HR 20 april 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1097, *NJ* 1991/560, m.nt. J.C. Schultsz en HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2553, *NJ* 2000/544; HR 27 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1532, *RvdW* 2014/900.

⁹⁰² HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:580, *NJ* 2019/186.

⁹⁰³ Het arrest illustreert dat de grens tussen bevel en verbod niet scherp is. Het gevorderde bevel zou moeten inhouden ‘zich te onthouden van iedere vorm van opschorting, inhouding of verrekening’ en is dus eigenlijk een verbod.

⁹⁰⁴ HR 20 mei 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1367, *NJ* 1994/652, m.nt. H.E. Ras.

worden betwijfeld. Die maatstaf doet denken aan de *Lexington*-maatstaf die wordt aangelegd bij een bevel of verbod in algemene termen (zie paragraaf 10.4.4.). De Hoge Raad past niet letterlijk dezelfde maatstaf toe, maar herformuleert de overweging van het hof. De bestreden overweging moet volgens de Hoge Raad aldus worden begrepen dat het hof daarin een uitleg heeft gegeven van een door de kantonrechter uitgesproken veroordeling om iets te doen. Bij het geven van deze uitleg heeft het hof het doel en de strekking van de veroordeling tot richtsnoer genomen in die zin dat de veroordeling niet verder strekt dan tot het bereiken van het daarmee gegeven doel. Dit heeft het hof ertoe gebracht de draagwijdte van het gebod in de hier aangegeven zin beperkt op te vatten. En aldus heeft het hof een juiste maatstaf aangelegd bij de uitleg van de veroordeling.

666. Het komt mij voor dat de uitleg die de Hoge Raad aan de door het hof toegepaste maatstaf een iets andere is dan de maatstaf die het hof zelf aanlegde. Het hof gebruikte de woorden ‘in ernst niet kan worden betwijfeld.’ Hiervoor heb ik uiteen gezet dat een veroordeling in algemene bewoordingen toelaatbaar is als niet goed is te voorzien hoe een toekomstige schending van een rechtsplicht eruit ziet. Tegenover de toelaatbaarheid van zo’n veroordeling in algemene bewoordingen, die voor de veroordeelde een bepaalde onzekerheid in het leven roept over wat er van hem wordt verwacht, staat dan de strikte maatstaf bij de vraag of er dwangsommen zijn verbeurd. Die zijn alleen verbeurd indien met een zekere evidentie duidelijk is dat er sprake is van een inbreuk op het bevel of verbod.

667. In deze zaak was niet sprake van een dergelijk gebod in algemene termen. Toepassing van de op die situatie toegespitste maatstaf dat ‘in ernst niet kan worden betwijfeld’ dat er sprake was van een inbreuk, is dan niet zonder meer te rechtvaardigen. De herformulering van de Hoge Raad is beperkter in die zin dat de Hoge Raad aangeeft dat het hof terecht het doel en strekking van de veroordeling tot uitgangspunt heeft genomen in die zin dat de veroordeling niet verder strekt dan nodig voor het daarmee te bereiken doel. Dat leidt tot een tamelijk restrictieve uitleg van de veroordeling die alleszins gerechtvaardigd en logisch is, maar wel iets anders is dan de beoordeling van het handelen aan de hand van de maatstaf of in ernst niet kan worden betwijfeld of dat handelen in strijd is met de veroordeling. In dat laatste geval is het het handelen dat onder het vergrootglas ligt, in het eerste geval de veroordeling. Dat zijn twee kanten van dezelfde medaille en het onderscheid is niet steeds goed te maken. Maar wanneer een veroordeling eenmaal is uitgelegd in het licht van het doel dat daarmee getracht wordt te bereiken, is het niet nodig om vervolgens ook nog eens het handelen terughoudend te toetsen maar dient een open beoordeling plaats te vinden van de vraag of aan de reeds uitgelegde veroordeling is voldaan. Vermoedelijk zou het hof in dit geval overigens niet tot een ander oordeel zijn gekomen. Annotator Ras merkt terecht op dat de beslissing van de Hoge Raad recht doet aan de werkwijze van het hof.

668. De maatstaf dat een veroordeling moet worden uitgelegd in het licht van het doel en de strekking van de veroordeling is later herhaald.⁹⁰⁵ In de zaak die leidde tot een arrest van 23 februari 2007 was een veroordeling tot rectificatie uitgesproken. Die rectificatie is vervolgens verricht, maar daar was commentaar aan toegevoegd. De vraag was of onder die omstandigheden wel was voldaan aan de veroordeling. De Hoge Raad stelde voorop dat de vraag aan de orde was of door commentaar toe te voegen, wel ‘behoorlijk’ uitvoering is gegeven aan de veroordeling. Om die vraag te beantwoorden dient hetgeen ter uitvoering van het veroordelend vonnis is verricht, te worden getoetst aan de inhoud van de veroordeling, zoals deze door uitleg moet worden vastgesteld. Bij die uitleg dient het doel en de strekking van de veroordeling tot richtsnoer te worden genomen in die zin dat de veroordeling niet verder strekt dan tot het bereiken van het daarmee beoogde doel. In dit geval was het doel van de veroordeling om de smet die op de reputatie van de betrokken persoon was geworpen, zoveel mogelijk te herstellen. Om dat doel te bereiken, mocht de rectificatie niet opnieuw worden gevolgd of voorafgegaan door mededelingen en/of commentaar waardoor de reputatie opnieuw in

⁹⁰⁵ Bijvoorbeeld HR 15 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9400, NJ 2004/410 (*Van der Valk Plaza/Eilandgebied Curaçao*); HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3085, NJ 2007/433, m.nt. E.J. Dommering.

diskrediet zou worden gebracht, omdat daardoor de rectificatie weer zou worden ontkracht. De bijzonderheid aan deze zaak is natuurlijk gelegen in het feit dat het bevel tot rectificatie met het impliciete verbod om daar commentaar aan toe te voegen het recht op vrije meningsuiting beperkt. In het licht van het feit dat de beperking daarvan proportioneel moet zijn aan het daarmee nagestreefde doel enerzijds en anderzijds de eis dat een bevel voldoende duidelijk moet zijn afgebakend, moet worden aangenomen dat slechts van een ontkrachting van de rectificatie kan worden gesproken wanneer in redelijkheid niet kan worden betwijfeld dat de toegevoegde mededelingen en/of commentaar dat gevolg hebben.

669. Waar het mij om gaat is dat ook in dit arrest voorop is gesteld dat bij de uitleg van de veroordeling het doel en strekking van de veroordeling tot uitgangspunt dient te worden genomen en dat ervan uit gegaan moet worden dat de veroordeling niet verder strekt dan tot het bereiken van het daarmee beoogde doel. Dat een veroordeling om iets te doen wordt uitgelegd in het licht van het doel van de veroordeling is een logische en nuttige maatstaf. Iedere veroordeling is erop gericht de schending van een rechtsplicht ongedaan te maken en dient, zoals hiervoor als meermaals naar voren is gebracht, niet verder te strekken dan het ongedaan maken of voorkomen van die schending. Aangenomen mag worden dat de rechter die een veroordeling formuleert zijn veroordeling vanuit dat uitgangspunt uitspreekt en dat niet bedoeld is om nog iets anders te bereiken.

10.6 Executiegeschil

670. Hiervoor is het begrip ‘executiegeschil’ al een aantal keer voorbij gekomen. Het executiegeschil is onmisbaar als sluitstuk van het rechterlijk bevel en verbod. Het is de enige plek waar duidelijkheid kan worden verkregen over de uitleg van een dictum en dus - meestal - over de vraag of er dwangsommen zijn verbeurd. In de jurisprudentie van de Hoge Raad is te zien dat het executiegeschil voor diegenen die deel uitmaken van de rechtspraktijk iets vanzelfsprekends is. Zo overwoog de Hoge Raad in een arrest van 21 oktober 1983, dat betrekking had op terugvordering van verleende bijstand: *‘Of te zijner tijd deze voorwaarden zullen zijn vervuld, zal zo nodig aan de orde kunnen komen in een executiegeschil.’*⁹⁰⁶ En ook in een arrest van 23 januari 1998 wordt overwogen: *‘Mocht over de reikwijdte van het verbod toch een verschil van mening ontstaan, dan zal daarover in een executiegeschil kunnen worden beslist.’*⁹⁰⁷ Dat is allemaal waar. En soms kun je als rechter niet overzien welke gevolgen een bevel of verbod heeft. Toch vraag ik er de aandacht voor dat een executiegeschil weliswaar ‘van onze kant van de tafel’ bezien niet ingrijpend is, maar dat het een echte procedure is waarvoor partijen die erin verzeild raken soms forse kosten moeten maken. Een rechter die zich ervan bewust is dat zijn voorgenomen dictum uitvoeringsproblemen zal geven, dient zich nog eens achter de oren te krabben over de vraag of dat dictum wel juist is.

10.7 De vrijheid van de rechter en het Unierecht

671. De nationale rechter moet in sommige gevallen het Unierecht ambtshalve toepassen.⁹⁰⁸ Bij die ambtshalve toepassing doorbreekt de rechter het uitgangspunt van de partij-autonomie omdat hij de grondslag van de stellingen van partijen aanvult.

672. Een vraag die voor de vrijheid van de rechter bij het geven van een rechterlijk bevel of verbod van belang is, is of de verplichting tot ambtshalve toepassing van het Unierecht ook een verplichting meebrengt om buiten de door de eisende partij getrokken grenzen van het petitum te treden. Vanuit het oogpunt van effectieve rechtsbescherming is daar iets voor te zeggen: als de rechter ziet dat het petitum niet zodanig juist is geformuleerd dat de effectieve werking van het Unierecht kan worden

⁹⁰⁶ HR 21 oktober 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4671, *NJ* 1984/804, m.nt. F.H.J. Mijnsen.

⁹⁰⁷ HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2553, *NJ* 2000/544.

⁹⁰⁸ Zie over de ambtshalve toepassing van Unierecht: Ancery 2012. Zie over de reikwijdte van de verplichting tot ambtshalve toepassing van het Unierecht bijvoorbeeld Keus 2019/15.56 en Van Leuken 2018. Zie ook de conclusie van A-G Wissink vóór HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677 en ECLI:NL:PHR:2021:758.

verzekerd, zou hij een dictum kunnen afgeven waarmee die effectieve werking wel wordt gegarandeerd. Tegen die benadering zijn echter bezwaren aan te voeren, die in het bijzonder verband houden met het uitgangspunt dat het partijen zijn die de rechtsstrijd bepalen en dat zij uitsluitend binnen die rechtsstrijd hebben gedebatteerd. Daarom moet worden aangenomen dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming niet ertoe dwingt om buiten de door het petitum getrokken grenzen te treden.

673. Het startpunt bij beantwoording van de vraag of de rechter buiten de grenzen van het petitum mag treden bij de (ambtshalve) toepassing van het Unierecht is het gegeven dat artikel 23 Rv mede het beginsel van hoor en wederhoor beschermt. Dat fundamentele beginsel van procesrecht staat er in ieder geval aan in de weg dat de rechter zonder de andere partij daarover te horen, een bepaalde beslissing neemt.⁹⁰⁹ Dat uitgangspunt onderstreept het belang van de opdracht aan de rechter om als uitgangspunt binnen de grenzen van het petitum te blijven.

674. De vraag of de rechter buiten de grenzen van het petitum om een vordering (zelf moet bedenken en) mag toewijzen om de effectieve werking van het Unierecht te verzekeren is door het Hof van Justitie nog niet beantwoord.⁹¹⁰ Er zijn aan de jurisprudentie van het Hof van Justitie wel aanwijzingen te ontleen voor een ontkennende beantwoording van die vraag. In de eerste plaats is daarvoor nog steeds het arrest *Van Schijndel* van belang.⁹¹¹

675. Van Schijndel verzette zich tegen de verplichte deelneming in een voor hem aangewezen pensioenregeling. Voor het eerst in cassatie voerde hij aan dat de rechter ambtshalve had moeten beoordelen of de verplichte deelneming verenigbaar was met hogere regels van (destijds) gemeenschapsrecht. Die stelling had hij in feitelijke instanties niet aan zijn vordering ten grondslag gelegd en behoorde dus niet tot de rechtsstrijd van partijen. De Hoge Raad legde vervolgens aan het Hof van Justitie onder meer de vraag voor of de rechter gehouden was de mededingingsbepalingen van het Unierecht ambtshalve toe te passen, ook als de rechter de hem in beginsel passende lijdelijkheid zou moeten verzaken omdat hij buiten de grenzen van de rechtsstrijd zou moeten treden en/of zich zou moeten baseren op andere feiten en omstandigheden dan die welke de procespartij die bij de toepassing belang heeft, aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd. Het Hof van Justitie oordeelde dat de rechter die op grond van het nationale recht verplicht is ambtshalve de aan een interne regel van dwingende aard ontleende rechtsgronden in het geding te brengen, ook verplicht is dat te doen met dwingende regels van gemeenschapsrecht. Dit is een toepassing van het gelijkwaardigheidsbeginsel. Ook als de rechter (slechts) de bevoegdheid heeft de dwingende rechtsregel toe te passen, zal hij dat moeten doen. Die toepassing van het gelijkwaardigheidsbeginsel beantwoordt nog niet de vraag of de rechter ambtshalve het Unierecht moet toepassen in het geval hij naar nationaal recht *niet* bevoegd of verplicht is een interne regel van dwingend recht ambtshalve toe te passen. Ook die vraag moet worden beantwoord aan de hand van de *Rewe* en *Comet*-richtlijnen. Bij beantwoording van de vraag of aan de voorwaarden daarvan voldaan wordt, hecht het Hof van Justitie waarde aan het gegeven dat het initiatief voor een procedure bij partijen ligt en dat de rechter daarin alleen kan ingrijpen in uitzonderingsgevallen waarin het openbaar belang zijn ingrijpen vereist. De rechter is daarom niet verplicht om ambtshalve een rechtsgrond in het geding te brengen wanneer hij de hem passende lijdelijkheid zou moeten verzaken door buiten de rechtsstrijd van partijen te treden en zich te baseren

⁹⁰⁹ In zijn arrest van 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677, *NJ* 2022/89, heeft de Hoge Raad benadrukt dat de rechter die een overeenkomst ambtshalve overweegt te vernietigen, de verschenen partijen in de gelegenheid moet stellen zich daarover uit te laten.

⁹¹⁰ Ook de Hoge Raad heeft die vraag nog niet beantwoord. Ambtshalve vernietiging van een overeenkomst in een consumentengeschil leidt tot afwijzing van een wel geformuleerde vordering, niet tot toewijzing van een niet geformuleerde vordering. In zijn conclusie voor HR 12 november 2021 ECLI:NL:HR:2021:1677, *NJ* 2022/89 tekent A-G Wissink aan dat hem ook geen gevallen bekend zijn van ambtshalve veroordelingen tot nakoming van een overeenkomst.

⁹¹¹ HvJ 14 december 1995, zaken C-430 en 431/93, ECLI:EU:C:1995:441, *NJ* 1997/116 en 117, m.nt. H.J. Snijders en P.J. Slot onder *NJ* 1997/118 (*Van Schijndel*).

op andere feiten en omstandigheden dan die welke de partij die bij de toepassing belang heeft, aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd, tenzij de uitoefening van de aan het Unierecht ontleende rechten uiterst moeilijk of zelf onmogelijk wordt gemaakt door de nationale procesregel die daaraan in de weg staat.

676. In het arrest *Van Schijndel* heeft het Hof van Justitie voor die mededingingsrechtelijke zaak het beginsel van partij-autonomie daarmee aanvaard. De rechter dient alleen ambtshalve en buiten de rechtsstrijd van partijen op te treden in uitzonderingsgevallen waarin het openbaar belang zijn ingrijpen vereist. Uit het arrest kan in ieder geval niet worden afgeleid dat het Unierecht vereist dat artikel 23 Rv wordt losgelaten. Het arrest wijst veeleer in een andere richting. De eis dat een partij haar vordering formuleert en dat de rechter de aldus getrokken grenzen respecteert maakt de uitoefening van het Unierecht immers niet uiterst moeilijk of onmogelijk.⁹¹² Die eisende partij kan ook een juiste vordering instellen en dan kan het Unierecht volledig tot zijn werking komen.

677. Op het arrest *Van Schijndel* werd door de Franse regering een beroep gedaan in de zaak *Rampion*.⁹¹³ De Franse regering voerde aan dat in die zaak, waarin de consument van de rechter geen verval van de door hem verschuldigde rente verlangde, deze rechter niet ambtshalve in aanmerking kan nemen dat aan bepaalde formaliteiten bij verstrekking van het krediet niet is voldaan, zonder daarmee ‘ultra petita’ te gaan. Die stelling bood het Hof van Justitie de mogelijkheid op het vraagstuk nader in te gaan. Het Hof van Justitie zag daartoe geen aanleiding omdat de verwijzingsrechter ‘met geen woord’ over die sanctie had gerept.

678. Ook in het *Lintner*-arrest is bevestigd dat de rechter niet ambtshalve buiten de rechtsstrijd van partijen hoeft te treden. Meer specifiek oordeelde het Hof van Justitie dat de rechter niet verplicht is om ook andere bedingen dan die waarvan de consument heeft gesteld dat ze oneerlijk zijn, ambtshalve en individueel te toetsen.⁹¹⁴ De rechter moet blijven binnen de grenzen van voorwerp van het geding, waarmee het Hof van Justitie bedoelt het resultaat dat een partij met haar aanspraken nastreeft, rekening houdend met de daartoe ingestelde vorderingen en aangevoerde middelen. Wat het nagestreefde resultaat is, zal in de regel uit het petitum blijken. Annotator Loos plaatst de beslissing van het Hof van Justitie om die reden nadrukkelijk in het kader van het verbod aan de rechter om buiten het petitum te treden.

679. Ambtshalve toepassing van het Unierecht is met name in consumentenzaken aan de orde. De bescherming aan consumenten wordt geboden door de voorschriften in richtlijnen. Zoals ik hiervoor heb uitgewerkt voor de Richtlijn oneerlijke bedingen (paragraaf 5.8), heeft die Richtlijn vergaande invloed op de remedies waarin het nationale recht moet voorzien. Ten aanzien van de oneerlijke bedingen brengt toepassing van de Richtlijn mee dat een oneerlijk beding buiten toepassing moet blijven. Die sanctie zal veelal toegepast moeten worden in situaties waarin een consument als gedaagde optreedt. In die situaties is de vraag of buiten het petitum moet worden getreden dus niet aan de orde. Maar omgekeerd zou een consument als eiser geconfronteerd kunnen worden met een algemene voorwaarde die een nakomingsvordering tegen de gebruiker van de algemene voorwaarden uitsluit. Die algemene voorwaarde zal al snel als een oneerlijk beding moeten worden gekwalificeerd. Die kwalificatie is echter niet van belang voor het formuleren van het petitum waarin simpelweg nakoming kan worden gevorderd. Het onredelijk bezwarende of oneerlijke karakter van het betreffende beding zal in de procedure aan de orde kunnen worden gesteld en het beding zal door de rechter vernietigd kunnen worden. De ambtshalve toepassing van het Unierecht dwingt dan niet tot ambtshalve aanpassing van het petitum.

⁹¹² Ancery 2012/205 en 206.

⁹¹³ HvJ 4 oktober 2007, zaak C-429/05, ECLI:EU:C:2007:575, NJ 2008/37, m.nt. M.R. Mok (*Rampion*).

⁹¹⁴ HvJ 11 maart 2020, ECLI:EU:C:2020:188, NJ 2020/374, m.nt. M.B.M. Loos (*Lintner*).

680. Een voorbeeld is te vinden in een arrest van de Hoge Raad van 13 november 2021 op prejudiciële vragen. De Hoge Raad heeft daarin een verplichting tot ambtshalve vernietiging aangenomen in geval (bepaalde) informatieverplichtingen uit de artikelen 6:230m en 6:230v BW niet zijn nagekomen.⁹¹⁵ Die artikelen vormen de implementatie van de artikelen 5 en 8 van de Richtlijn consumentenrechten. De ambtshalve vernietiging (geheel of partieel) van de overeenkomst leidt er in dergelijke gevallen echter niet toe dat de rechter buiten het petitum treedt, maar leidt er slechts toe dat een wel geformuleerde vordering wordt afgewezen of dat minder wordt toegewezen dan gevorderd.

681. De conclusie dat het Unierecht niet tot ambtshalve aanpassing van het petitum leidt wordt niet anders indien de consument, die door het oneerlijke beding op het verkeerde been is gezet, als eiser schadevergoeding in plaats van nakoming vordert. De effectieve werking van het Unierecht vereist niet dat de rechter die vordering ambtshalve omzet in een nakomingsvordering – misschien is de consument daar ook helemaal niet op uit. Waar het om gaat is dat de consument die nakoming gewoon had kunnen vorderen en dat de werking van het Unierecht dan op enig moment aan de orde kan komen.⁹¹⁶

682. Ancery plaatst dit vraagstuk in het licht van het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende recht op hoor en wederhoor omdat partijen die worden geconfronteerd met een rechter die ambtshalve een vordering bedenkt en toewijst worden gefrustreerd in hun recht om over die vordering te debatteren.⁹¹⁷ Het is zonder meer waar dat de rechter partijen niet mag confronteren met een vordering die zij niet zelf hebben ingesteld en waarover zij niet hebben kunnen debatteren. Maar als het Unierecht zou vereisen dat de rechter de partij-autonomie laat voor wat deze is om de effectieve werking van het Unierecht te verzekeren, is daar wel een mouw aan te passen. Zo zou de rechter een tussenvonnis kunnen wijzen waarin hij aangeeft voornemens te zijn iets anders toe te wijzen dan gevorderd of hij zou dit op een zitting aan de orde kunnen stellen, waarna partijen zich daarover kunnen uitlaten en/of hun eis kunnen wijzigen.⁹¹⁸ Dit is echter een theoretische discussie: het Unierecht dwingt hier niet toe.⁹¹⁹

683. In het arrest *Heesakkers/Voets* heeft de Hoge Raad erkend dat de appelrechter gehouden is ambtshalve na te gaan of een beding uit het oogpunt van de Richtlijn oneerlijke bedingen, oneerlijk is, ook indien hij daarbij buiten het door de grieven ontsloten gebied moet treden.⁹²⁰ Die zaak had betrekking op een vordering van een aannemer op een consument waarin de verplichting tot betaling van een contractuele rente aan de orde was. Voor de discussie over de vraag wat er moest gebeuren met het beding op grond waarvan die contractuele rente verschuldigd was, speelde geen rol of de rechter buiten het petitum moest treden. Het buiten toepassing laten van het beding zou slechts leiden tot toewijzing van minder dan gevorderd. Het arrest is in zoverre niet van belang voor de vraag die ik hier aan de orde stel. Na zijn vaststelling dat de appelrechter ook buiten het door de grieven ontsloten gebied recht van openbare orde dient toe te passen, overwoog de Hoge Raad tamelijk nadrukkelijk dat die rechter de grenzen van de rechtsstrijd van partijen moet respecteren. Als voorbeeld noemde de Hoge Raad de situatie waarin tegen de toe- of afwijzing van een vordering in hoger beroep niet is opgekomen, zodat de rechter niet bevoegd is over die vordering een beslissing te geven. In het arrest

⁹¹⁵ HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677, *NJ* 2022/89.

⁹¹⁶ Vgl. Ancery 2012/204.

⁹¹⁷ Ancery 2012/206.

⁹¹⁸ De Hoge Raad heeft in het arrest *Heesakkers/Voets* benadrukt dat de rechter die ambtshalve het Unierecht toepast de beginselen van hoor en wederhoor in acht moet nemen en partijen in de gelegenheid moet stellen zich hierover uit te laten en hun stellingen zo nodig aan te passen. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*). Ancery onderkent die mogelijkheid overigens ook, zie Ancery 2012/212.

⁹¹⁹ In de situatie waarin de rechter een overeenkomst ambtshalve wil vernietigen in een procedure tegen een consument, dient hij de verschenen partijen overigens ook in de gelegenheid te stellen zich daarover uit te laten. Zie HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677, *NJ* 2022/89.

⁹²⁰ HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*).

Trudo, waarin de Hoge Raad zijn beslissing in *Heesakkers/Voets* uitlegde is nader uiteen gezet dat de rechter weliswaar buiten de grieven mag treden om de regels van de Richtlijn oneerlijke bedingen toe te passen, maar dat hij binnen de grenzen van de rechtsstrijd moet blijven.⁹²¹

684. Het oordeel van de Hoge Raad in *Heesakkers/Voets* over het voorbeeld, dat in hoger beroep niet is opgekomen tegen een toe- of afwijzing van een vordering, zodat de rechter niet bevoegd is een beslissing daarover te geven, ligt weliswaar voor de hand, maar ik zie er een aanwijzing in dat de rechter ook volgens de Hoge Raad niet buiten het petitum behoeft te treden bij de ambtshalve toepassing van het Unierecht. Dat het voor de hand ligt dat de rechter niet ambtshalve behoeft te oordelen over de toe- of afwijzing van een vordering is omdat de appelrechter niet een bredere toezichthoudende taak heeft buiten de rechtsstrijd van partijen. Er zijn heel veel (juiste en onjuiste) vonnissen waarin over consumentenrechten wordt beslist en die überhaupt niet bij de appelrechter komen. Een nationale appelrechter heeft niet tot taak al die vonnissen te toetsen. Dat is dus niet anders indien een bepaalde vordering deel uitmaakt van een groter geheel van vorderingen en in hoger beroep slechts een of enkele van die vorderingen nog aan de orde zijn.

685. Wat het arrest benadrukt is dat de grenzen van de rechtsstrijd door partijen worden bepaald. Juist het petitum is maatgevend bij het bepalen van de grenzen van de rechtsstrijd. Als de door partijen getrokken grenzen van de rechtsstrijd moeten worden gerespecteerd, ligt het daarom voor de hand ook de grenzen van het petitum te respecteren. Dit betekent dat het recht op effectieve rechtsbescherming geen afbreuk doet aan het nationale uitgangspunt dat de rechter niet buiten het petitum mag treden en niet méér mag toewijzen dan gevorderd. De in artikel 3:296 BW neergelegde eis dat een rechterlijk bevel en verbod gevorderd moeten worden door een partij, zodat zij niet ambtshalve kunnen worden uitgesproken, is dan ook niet in strijd met de eisen die uit het Unierecht volgen.

10.8 Conclusie

686. In dit hoofdstuk heb ik de rol en de vrijheid van de rechter onderzocht. De rechter is vooral gebonden wanneer het aankomt op het geven of weigeren van een bevel of verbod. En hoewel uit mijn zoektocht naar de ruimte voor de rechter mogelijk iets anders afgeleid kan worden beken ik kleur: het is maar goed ook dat de rechter is gebonden. Wie ergens recht op heeft, moet dat recht immers kunnen afdwingen. Het kan en mag niet zo zijn dat een rechter naar eigen inzicht een recht dat iemand toekomt en belangen die daarbij over en weer bestaan, afweegt en dan oordeelt dat het recht weliswaar bestaat, maar in een specifiek geval niet kan worden afgedwongen. Een dergelijke bevoegdheid van de rechter zou niet alleen de rechtszekerheid een forse knauw toebrengen, maar ook afdoen aan de effectiviteit van artikel 3:296 BW. Dat zou niet alleen een probleem zijn ten aanzien van uit supranationaal recht voortvloeiende normen, maar ook ten aanzien van normen die uit zuiver nationaal recht voortvloeien. Zoals ik al eerder in dit boek opmerkte: die normen zijn er niet voor niets.

687. De vrijheid die de rechter in kort geding heeft doet aan dit uitgangspunt niet af. Die vrijheid bestaat immers ook niet in het luchtledige, maar gaat uit van de toets aan normen die moeten kunnen worden afgedwongen. Ook in kort geding is dat het uitgangspunt, zij het dat de rechter in kort geding de rechtsverhouding tussen partijen niet bindend kan vaststellen. De belangenafweging die in kort geding wordt gemaakt houdt met dat voorlopige karakter van het oordeel rekening en weegt tegen elkaar af de ingrijpendheid van de gevolgen van een bevel of verbod en de schade die ontstaat indien een bevel of verbod achterwege blijft. Ook die belangenafweging in kort geding is dus niet een weging in alle vrijheid van de waarde die een bepaalde rechter aan bepaalde rechten toekent.

688. De gebondenheid van de rechter aan rechten die partijen toekomen is dus een groot goed. En tegelijkertijd bestaan ook die rechten niet in het luchtledige. De norm die door de wetgever is geformuleerd is een algemene norm, de toepassing door de rechter is specifiek. In die specifieke

⁹²¹ HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340, NJ 2017/214, m.nt. H.B. Krans (*Trudo*).

toepassing kunnen zich problemen voordoen die door de wetgever niet zijn voorzien, of kan de toepassing van een algemeen rechtsbeginsel zoals het proportionaliteitsbeginsel zich tegen de toepassing van een bepaalde norm in een bepaald geval verzetten. Als noodventiel kunnen dan de leerstukken van redelijkheid en billijkheid en misbruik van recht worden aangewend. Die worden ook in de remediefase toegepast en geven de rechter de mogelijkheid een werkelijk disproportionele remedie te weigeren. Die mogelijkheden doen aan de effectiviteit van de remedie niet af, althans niet in onaanvaardbare mate. Op een disproportionele remedie heeft niemand recht en geen rechtsregel, ook niet artikel 3:296 BW, dwingt tot toepassing van een disproportionele remedie.

689. Ik heb hiervoor uiteengezet dat de ruimte van de rechter in de remedie-fase beperkt is. Maar in de normeringsfase is meer ruimte te vinden, in het bijzonder bij de toepassing van de ongeschreven zorgvuldigheidsnormen of bij de uitleg van een overeenkomst. Het gaat daar weliswaar om een rechterlijke vrijheid die niet strikt met de toepassing van het bevel en verbod te maken heeft (de normeringsfase moet ook worden doorlopen indien schadevergoeding wordt gevorderd), maar wanneer het gaat om de proportionele toepassing van een remedie kan het één niet helemaal los worden gezien van het ander.

690. In hoofdstuk 6 (nummer 292) heb ik geconcludeerd dat een preventieve remedie effectief is wanneer zij

- a) materiële rechten kan afdwingen
- b) tijdig is
- c) een afschrikkende functie heeft en
- d) proportioneel is.

Het onderzoek naar de rol en de vrijheid van de rechter geeft tegen de achtergrond van deze eisen geen reden tot zorg. Het ontbreken van een discretionaire bevoegdheid van de rechter geeft gewicht aan de eis dat materiële rechten kunnen worden afgedwongen. De wat grotere vrijheid in kort geding doet geen afbreuk aan de preventieve beschikbaarheid of de tijdigheid van de remedie. Ik heb in dit hoofdstuk laten zien dat er voor de rechter ook in de remediefase correctiemechanismen zijn die een proportionele aanwending van het rechterlijk bevel en verbod mogelijk maken. Voor de afschrikkendheid verwijs ik naar hetgeen ik daarover in de conclusie van hoofdstuk 7 opmerkte: het rechterlijk bevel of verbod als zodanig mag wellicht niet afschrikkend werken, in combinatie met een passende dwangsom zullen de meeste veroordeelden hun gedrag erdoor laten leiden.

11. Onmogelijkheid

11.1 Inleiding

691. Een aannemersbedrijf in de regio Den Haag prijst zichzelf aan met de slogan ‘wonderen verrichten wij direct, voor het onmogelijke hebben wij iets meer tijd nodig.’⁹²² Het is een risico om met dat bedrijf in zee te gaan, want tot het onmogelijke is niemand gehouden. Dat uitgangspunt vormt in beginsel ook een beletsel voor een bevel tot nakoming van een onuitvoerbare verbintenis. Maar de consequentie daarvan is dat een schuldeiser met lege handen blijft staan, althans dat hij genoeg moet nemen met een minder bevredigende remedie dan nakoming, als uitvoering van een verbintenis onmogelijk is (of is geworden). In dit hoofdstuk onderzoek ik of dat aanvaardbaar is. Die vraag naar de aanvaardbaarheid dringt zich in het bijzonder op in de gevallen waarin de schuldenaar zich zelf in de positie heeft gebracht waarin het voor hem onmogelijk is geworden de verbintenis na te komen. Een van de vragen die ik onderzoek is daarom of een schuldeiser dergelijk gedrag zou kunnen laten verbieden. Met andere woorden: kan een schuldeiser een rechterlijk bevel of verbod vragen dat ertoe strekt te voorkomen dat de nakoming van een verbintenis onmogelijk wordt?

11.2 Definitie van onmogelijkheid

692. Ik definieer de onmogelijkheid als een situatie waarin de prestatie waartoe de schuldenaar gehouden is tijdelijk of blijvend niet kan worden uitgevoerd. Die aldus gedefinieerde onmogelijkheid zegt niets over de vraag of een tekortkoming daardoor niet meer toerekenbaar is. Die vraag moet zelfstandig worden gezien, zoals ik hierna zal uitwerken. Onmogelijkheid bestaat zowel in contractuele situaties als in buitencontractuele situaties. In het laatste geval doet onmogelijkheid zich vooral voor wanneer iemand ertoe gehouden is iets achterwege te laten, maar hij die verboden handeling heeft verricht voordat de rechter een bevel of verbod kan opleggen.

693. Of een bepaalde situatie een onmogelijkheid in het leven roept, is vanzelfsprekend niet in algemene zin te zeggen. Het zal in veel gevallen van de omstandigheden van het geval afhangen en, zoals hierna nog zal blijken, van de van de schuldenaar te vergen inspanningen. Niet iedere tegenslag voor de schuldenaar levert een onmogelijkheid op waarachter hij zich kan verschuilen, maar daar staat tegenover dat onevenredige inspanningen niet kunnen worden verwacht.

694. Onder het begrip onmogelijkheid vallen de evidente situaties zoals die waarin de te leveren zaak teniet is gegaan en die waarin de verplichting om iets niet te doen reeds is geschonden. En ook het bekende voorbeeld van de trouwjurk die wegens een tijdelijke onmogelijkheid pas na de bruiloft kan worden geleverd, zal te kwalificeren zijn als een onmogelijke prestatie omdat levering van de trouwjurk na de bruiloft niet aan de overeenkomst voldoet. Van onmogelijkheid kan ook sprake zijn als de schuldenaar zichzelf in de onmogelijke positie heeft gebracht. De verkoper van een huis die het huis nogmaals verkoopt en ook levert aan de tweede koper, verkeert door zijn eigen handelen in een positie van onmogelijkheid ten opzichte van de eerste koper. En datzelfde geldt voor de verhuurder die op grond van een in hoger beroep vernietigd vonnis een huurder uit de huurwoning heeft gezet en die huurwoning inmiddels aan een ander heeft verhuurd. Hoewel door de vernietiging van het vonnis zijn verplichting tot het verschaffen van huurgenot kan herleven, kan hij aan die verplichting niet meer voldoen.⁹²³

695. Maar er zijn grensgevallen die de moeite waard zijn om te onderzoeken. Is bijvoorbeeld de tomatenkweker die zich ertoe verbindt op jaarbasis een aantal kilo's tomaten aan de supermarktketen te verkopen gevrijwaard indien door een ziekte zijn gewas vergaat? Dat zal er van afhangen of hij

⁹²² Of andersom, maar dat maakt voor mijn betoog geen verschil.

⁹²³ Bij grote verhuurders, met meerdere woningen, kan daaraan getwijfeld worden. Veelal zal enig huurgenot wel verschaft kunnen worden, maar de huurovereenkomst strekt er in de regel toe een specifieke woning te verhuren, niet om enig huurgenot te verschaffen.

gehouden is uitsluitend door hemzelf gekweekte tomaten van die soort te leveren en zo niet, of hij in de gelegenheid is elders dezelfde tomaten in te kopen. In dat geval – waarin de soort nog te leveren is en de overeenkomst toestaat dat elders gekweekte tomaten worden geleverd – is er geen sprake van een verhindering in de nakoming en dus ook niet van onmogelijkheid.⁹²⁴ Dat is anders wanneer hij als enige een unieke soort levert die – in ieder geval voor dat seizoen – teniet gaat. Dat is ook anders indien het voor de klanten van de supermarkt van belang is dat de bewuste tomaten van deze kweker komen, zelfs al zijn het soortzaken.

696. De huisschilder die zich ertoe verbindt een woonhuis te schilderen en vervolgens haar arm breekt, zal zich in de regel kunnen laten vervangen en er is dan geen sprake van onmogelijkheid in de nakoming. Maar wanneer de overeenkomst erin voorziet dat juist zij het huis zou schilderen vanwege haar bijzondere bekwaamheid met betrekking tot het te verrichten werk ontstaat er een andere situatie. Voor een portretschilder is het evident dat een armbreuk een onmogelijkheid oplevert, zij het in de regel een tijdelijke.⁹²⁵

11.3 Vormen van onmogelijkheid

697. De onmogelijkheid tot het verrichten van een prestatie kan in verschillende vormen bestaan. Al die vormen kunnen tijdelijk of blijvend (definitief) zijn. Tijdelijke onmogelijkheid is van voorbijgaande aard, bijvoorbeeld wanneer een bepaalde dienst door een overheidsmaatregel tijdelijk niet geleverd kan worden. Bij definitieve onmogelijkheid is nakoming voor altijd onmogelijk geworden, zoals het geval is bij een onherstelbare ondeugdelijke nakoming of een onontkoombare niet-nakoming.⁹²⁶ Een tijdelijke onmogelijkheid kan overigens een definitieve worden indien de te leveren prestatie voor een bepaald tijdstip moet worden verricht en er daarna geen belang mee bij bestaat.⁹²⁷ Ik noemde hiervoor al de situatie waarin een bestelde trouwjurk tijdelijk niet leverbaar is en die tijdelijkheid duurt tot na de bruiloft. Voor deze bruid is er daarna geen belang meer bij het ontvangen van de trouwjurk, zodat de tijdelijke onmogelijkheid in deze relatie een blijvende is geworden.⁹²⁸ De tijdigheid van de levering is in dat voorbeeld een element van de verbintenis dat bij schending niet kan worden hersteld.

698. Gebruikelijk is het onderscheid tussen objectieve (ook wel absolute, volstrekte of theoretische) onmogelijkheid enerzijds en subjectieve (relatieve) onmogelijkheid anderzijds.⁹²⁹ Bij objectieve onmogelijkheid is de prestatie voor eenieder en in de regel ook blijvend onmogelijk, bijvoorbeeld omdat de verschuldigde zaak verloren is gegaan. Maar ook wanneer een verbintenis om iets niet te doen is geschonden, kan dat niet meer ongedaan worden gemaakt en is er sprake van objectieve onmogelijkheid.

699. Bij relatieve onmogelijkheid is de nakoming hetzij voor de (deze) schuldenaar onmogelijk geworden, hetzij praktisch te bezwaarlijk geworden.⁹³⁰ Ook een morele of juridische (wettelijke) belemmering wordt onder de relatieve onmogelijkheid geschaard.⁹³¹ Dat een praktische bezwaarlijkheid tot onmogelijkheid leidt, spreekt op het eerste gezicht niet erg aan. Praktische bezwaarlijkheid zal immers bij het aangaan van de overeenkomst te voorzien kunnen zijn geweest. Het

⁹²⁴ Vgl. Asser/Sieburgh 6-I 2020/341.

⁹²⁵ Maar ook daar geldt dat wanneer het portret geschilderd moest worden om te worden aangeboden bij een verjaardag of een jubileum, de tijdelijke onmogelijkheid een blijvende kan worden indien er daarna geen belang meer bij de prestatie bestaat.

⁹²⁶ Hijma & Olthof 2020, p. 258. PG Boek 6, p. 484.

⁹²⁷ De Jong, Krans & Wissink 2018/136 en Krans & Wissink 2022/136.

⁹²⁸ Het voorbeeld is ontleend aan Hofmann-Van Opstall 1976, p. 129.

⁹²⁹ Zie voor de verschillende vormen van absolute onmogelijkheid in het Duitse recht: Haas 2009, p. 248. Zie over het onderscheid nader De Jong, Krans & Wissink 2018/135, Krans & Wissink 2022/135 en Asser/Sieburgh 6-I 2020/335.

⁹³⁰ Asser/Sieburgh 6-I 2020/335. Haas 2009, p. 247 e.v.

⁹³¹ De Jong, Krans & Wissink 2018/135, Krans & Wissink 2022/135.

gaat bij deze gevallen echter in de regel om een praktische bezwaarlijkheid die later is opgekomen. Die bezwaarlijkheid moet dan zo groot zijn dat de nakoming buitenproportionele offers vraagt van de schuldenaar waardoor het onredelijk is nakoming te verlangen.⁹³² Te denken is aan de situatie waarin de uitvoering van een opdracht ertoe leidt dat de opdrachtnemer (en zijn gezin) wegens een mogelijke blootstelling aan een virus daarna dagenlang in quarantaine moeten gaan en geen verdere werkzaamheden kunnen verrichten. De uitvoering van de opdracht is dan geenszins onmogelijk, maar in redelijkheid niet van de opdrachtnemer te verwachten. Het gaat bij deze vorm van relatieve onmogelijkheid dus om de situatie waarin het ondoenlijk is van de schuldenaar nakoming te verwachten.⁹³³ Deze situatie wordt ook wel aangeduid als *risico-onmogelijkheid*.⁹³⁴ De aard van het risico hoeft daarbij overigens geen constante te zijn. Als door het nemen van maatregelen het risico mogelijk kan worden verkleind kan de situatie ontstaan waarin toch van de schuldenaar nakoming kan worden gevergd.

700. Een dergelijke situatie, waarin door het risico dat een opdrachtnemer loopt van hem niet verlangd kan worden de opdracht uit te voeren, zou overigens ook onder de morele onmogelijkheid zijn te vangen omdat van de opdrachtnemer niet gevergd kan worden dat hij het risico op blootstelling aan het virus neemt. En, om bij dit voorbeeld te blijven, toen de Belgische overheid in het begin van de coronacrisis containers op de grenswegen met Nederland plaatste en de grenzen aldus niet alleen juridisch maar ook feitelijk sloot voor het niet-noodzakelijke verkeer, deed zich een (juridische) onmogelijkheid voor ten aanzien van de uitvoering van grensoverschrijdende verbintenissen die als niet-noodzakelijk werden beschouwd. Theoretisch kan het overheidsvoorschrift worden geschonden om de verbintenis ten uitvoer te leggen, maar aanvaard is dat de verplichting om de overheidsregels na te leven zwaarder weegt dan de verplichting tot naleving van de overeenkomst.⁹³⁵ De containers konden bovendien maar moeilijk worden genegeerd.

701. Relatieve onmogelijkheid bestaat voorts indien er (andere) juridische belemmeringen zijn voor de nakoming. Een voorbeeld is te vinden in het arrest *Oosterhuis/Unigro*.⁹³⁶ Oosterhuis had zijn bedrijfspand met woning niet alleen aan Unigro verhuurd, maar (daarna) ook nog aan een derde. Toen Unigro in kort geding nakoming vorderde beriep Oosterhuis zich op de onmogelijkheid daarvan: hij had het bedrijfspand en de woning inmiddels aan een ander verhuurd. Het hof verwierp dat verweer omdat het van oordeel was dat het te wijzen arrest grond voor ontbinding van de overeenkomst met de derde zou vormen, zij het tegen schadevergoeding, waarna Oosterhuis jegens Unigro zou kunnen nakomen. De Hoge Raad dacht daar anders over en oordeelde met zoveel woorden dat een veroordeling tot nakoming van een verbintenis door de schuldenaar moet afstuiten op de onmogelijkheid voor de schuldenaar om die verbintenis ten tijde van de veroordeling na te komen, zij het dat het recht op schadevergoeding blijft bestaan. De Hoge Raad voegde daaraan toe dat deze regel ook geldt wanneer de schuldenaar zichzelf in de toestand heeft gebracht waardoor nakoming voor hem onmogelijk is geworden en dat met de situatie van onmogelijkheid op een lijn moet worden gesteld het geval dat de schuldenaar de macht over de zaak wel kan herwinnen, maar slechts door het brengen van offers die in redelijkheid niet van hem gevergd kunnen worden. Uit het arrest volgt dus ook dat in een situatie waarin nakoming niet volstrekt onmogelijk is, maar daarvoor van de schuldenaar een disproportionele inspanning wordt gevergd, een daartoe strekkende veroordeling achterwege moet blijven.⁹³⁷

⁹³² De Jong, Krans & Wissink 2018/ 135.

⁹³³ Hofmann-Van Opstall 1976, p. 128.

⁹³⁴ Goedmakers 1998/33.

⁹³⁵ Vgl. Asser/Sieburgh 6-I 2020/338.

⁹³⁶ HR 21 mei 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5738, *NJ* 1977/73, m.nt. G.J. Scholten (*Oosterhuis/Unigro*).

⁹³⁷ Volgens Goedmakers volgt uit dit arrest dat de rechter een 'veroordeling tot nakoming die onmogelijk is zonder bezwaar kan toewijzen.' Goedmakers 1998/35. Die conclusie is te kort door de bocht.

702. In het huurrecht is bij de regeling van de gebreken wettelijk voorzien (artikel 7:206 lid 1 BW) in de situatie waarin het herstel van gebreken onmogelijk is of ‘uitgaven vereist die in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs niet van de verhuurder zijn te vergen.’ Relatief recent deed zich een situatie voor die aan *Oosterhuis/Unigro* deed denken: een advocatenkantoor huurt in een kantorencomplex op de bovenste verdiepingen kantooruimte. De lager gelegen verdiepingen worden daarna verhuurd aan een hogeschool, die daar ook dagonderwijs gaat verzorgen. De algemene ruimtes worden ontsierd door drankautomaten ten behoeve van de studenten en ingericht in de huisstijl van de hogeschool. De studenten veroorzaken bovendien geluidsoverlast. Het advocatenkantoor is van mening dat zij niet meer krijgt wat zij heeft gehuurd, namelijk hoogwaardige kantooruimte. Zij stelt dat sprake is van een gebrek in de zin van artikel 7:204 BW en vordert in een procedure tegen de verhuurder dat de hogeschool wordt verboden ter plaatse dagonderwijs te verzorgen. De kantonrechter heeft deze vordering op straffe van een forse dwangsom toegewezen. Het hof deelt wel het oordeel van de kantonrechter dat sprake is van een gebrek, maar wijst de vordering toch af. De vordering van het advocatenkantoor komt er immers op neer dat de verhuurder verplicht wordt contractbreuk te plegen tegenover de hogeschool. Dat zal zulke hoge kosten meebrengen dat het hof, oordelend in kort geding, het niet voldoende aannemelijk achtte dat de bodemrechter een dergelijke vordering zou toewijzen.⁹³⁸

703. Opmerkelijk is dat het hof de afwijzing van de vordering niet in de sleutel van de onmogelijkheid zet, maar in de sleutel van de onredelijke inspanning.⁹³⁹ Het is immers niet goed in te zien hoe de verhuurder in dit geval kon bewerkstelligen dat haar andere huurder haar rechten uit haar eigen huurovereenkomst met de verhuurder niet zou gebruiken. In zoverre was er ook sprake van een juridische onmogelijkheid om aan het advocatenkantoor het huurgenot te verschaffen waarop het recht had.

704. Jongbloed spreekt in een min of meer vergelijkbare situatie van een *feitelijke onmogelijkheid* en geeft als voorbeeld de feestredenaar die op hetzelfde tijdstip op twee verschillende plaatsen over twee verschillende jubilarissen de loftrompet moet steken.⁹⁴⁰ Hij zal niet aan beide verbintenissen kunnen voldoen omdat hij nu eenmaal niet op hetzelfde tijdstip op twee plaatsen kan zijn.

705. Een vorm van relatieve onmogelijkheid is de onmogelijkheid van *zelfstandige* nakoming. De onmogelijkheid van zelfstandige nakoming doet zich voor indien een prestatie wel kan worden nagekomen, maar niet door de schuldeiser zelfstandig of alleen. Bij het eerste kan worden gedacht aan de aan bed gekluisterde bejaarde die wordt veroordeeld een schutting af te breken. Hij zal daarvoor een derde moeten inschakelen. Een dergelijke onmogelijkheid van zelfstandige nakoming doet zich overigens in veel gevallen voor: ook veel gezonde juristen zullen derden moeten inschakelen om een schutting te verwijderen of in ieder geval om er een deugdelijk op te bouwen. Het spreekt vrijwel voor zich dat een dergelijke onmogelijkheid niet in de weg staat aan nakoming: in de regel zal er best een hovenier bereid kunnen worden gevonden om een schutting te verwijderen of te plaatsen. Problematisch wordt het wanneer er voor de uitvoering van de verbintenis specifieke kennis of een specifieke vaardigheid vereist is. Wanneer ik mij ertoe verbind mijn verkochte huis te leveren met een nog aan te brengen kunstwerk van Banksy is dat niet alleen onverstandig, maar zal dat vermoedelijk ook onmogelijk zijn. Indien de kunstenaar weigert voor mij de muurschildering aan te brengen kan ik dat niet oplossen door een andere kunstenaar te vragen en ontstaat er voor mij een onmogelijkheid omdat ik niet in staat ben die verbintenis zelfstandig na te komen.⁹⁴¹

⁹³⁸ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10500, *WR* 2021/78, m.nt. L.F. Birnie.

⁹³⁹ Dat zal te maken hebben met de wijze waarop het verweer is ingestoken.

⁹⁴⁰ Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:296 BW, aant. 6. Ik heb eerder mijn aarzelingen uitgesproken of in een dergelijk geval inderdaad niet een bevel tot nakoming kan worden gegeven omdat vermoedelijk een van beide feestredes wel uitgesproken kan worden. Zie Van der Helm 2019/33.

⁹⁴¹ Het voorbeeld is in zoverre slecht gekozen dat niet duidelijk is wie er achter de naam Banksy schuil gaat, zodat het al problematisch is een verzoek te doen om de muurschildering aan te brengen.

706. Een ander voorbeeld waarin het ging om nakoming die niet door de veroordeelde alleen kon worden uitgevoerd, is te vinden in een arrest van 16 december 1977 van de Hoge Raad. In die zaak was kraker Hiep veroordeeld om ‘met de zijnen’ de gekraakte percelen te ontruimen.⁹⁴² De Hoge Raad overwoog in de eerste plaats dat die veroordeling meebrengt dat kraker Hiep niet alleen zelf die percelen moet ontruimen, maar ook moet bewerken *‘uiteraard voor zover dat in zijn vermogen ligt’* dat ook die zijnen zich verwijderen. Daar voegt de Hoge Raad aan toe dat de mogelijkheid dat Hiep buiten staat zal blijken te bewerkstelligen dat ook de zijnen zich verwijderen, het hof *‘mede gelet op het bepaalde bij art. 611b in verbanding met art. 611 Rv., niet behoefde te weerhouden aan zijn veroordelingen een dwangsom te verbinden.’* Deze veroordeling legde op Hiep een verplichting die hij niet alleen kon nakomen. Tegelijkertijd was deze veroordeling zo geformuleerd dat zijn verplichting feitelijk niet verder strekte dan een inspanningsverplichting.

707. De Hoge Raad heeft recent herhaald dat het feit dat de medewerking van derden nodig is om een verplichting na te komen (hetgeen een *onmogelijkheid* van zelfstandige nakoming impliceert), niet aan een daartoe strekkende veroordeling versterkt met een dwangsom, in de weg hoeft te staan.⁹⁴³ In die zaak had het hof geoordeeld dat de eigenaren van een perceel ten behoeve waarvan een noodweg was aangewezen, een dwangsom zouden verbeuren indien gebruikers en huurders zich niet aan de voorwaarden van de noodweg zouden houden. De eigenaren waren dus afhankelijk van de huurders en gebruikers om de veroordeling na te leven. De Hoge Raad verwierp de daartegen gerichte klacht met het oordeel dat de omstandigheid dat voor de nakoming van de hoofdveroordeling de medewerking van anderen dan de veroordeelde nodig is, niet in de weg hoeft te staan aan het opleggen van een dwangsom. Indien nadien blijkt dat het niet aan de veroordeelde, maar aan anderen ligt dat aan de hoofdveroordeling niet wordt voldaan, staat de weg van artikel 611d Rv (opheffen dwangsom in geval van onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen) open.

708. De Hoge Raad voegde daaraan toe dat van onmogelijkheid in de zin van artikel 611d Rv sprake is, indien zich de situatie voordoet waarin de dwangsom als dwangmiddel, dus als geldelijke prikkel tot nakoming, haar zin verliest. Daarvan is sprake indien het onredelijk zou zijn om van de veroordeelde meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan hij al heeft betracht. De rechter moet daarom uit hoofde van artikel 611d Rv onderzoeken of de veroordeelde sinds zijn veroordeling redelijkerwijs al het mogelijke heeft gedaan om aan de hoofdveroordeling te voldoen. Als de medewerking van derden nodig is, moet de veroordeelde dus al het mogelijke doen om ervoor te zorgen dat deze anderen hun noodzakelijke medewerking verlenen. Als die situatie zich al voordoet voordat de veroordeling wordt uitgesproken, is voor oplegging van de dwangsom geen plaats.

709. Het arrest van de Hoge Raad had strikt genomen betrekking op de oplegging van een dwangsom en niet op de hoofdveroordeling zelf. Met betrekking tot die veroordeling tot betaling van een dwangsom oordeelde de Hoge Raad dat die niet onmogelijk was in het geval medewerking van derden noodzakelijk is. Daarmee is op zichzelf niets gezegd over de hoofdveroordeling. Maar omdat de veroordeling tot betaling van een dwangsom een bijkomende en afhankelijke veroordeling is, zal voor de hoofdveroordeling hetzelfde moeten worden aangenomen.

710. Per saldo is het beeld aldus dat oplegging van een bevel of verbod aan een partij die medewerking van een ander nodig heeft om daaraan te voldoen niet ontoelaatbaar is. De zelfstandige nakoming van de verbintenis is in een dergelijk geval weliswaar onmogelijk, maar van de veroordeelde moet het in een dergelijk geval redelijk zijn te verlangen dat hij al het mogelijke doet om derden ertoe te bewegen hun medewerking te verlenen. In het geval van huurders of gebruikers behoeft dat niet ingewikkeld te zijn: in de huurovereenkomst kunnen de voorwaarden waaraan moet worden voldaan worden opgenomen als bijzondere voorwaarden. In het geval van de kraker Hiep ligt het ingewikkelder. Tussen hem en de andere krakers zal er geen contractuele band bestaan op

⁹⁴² HR 16 december 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC6138, NJ 1978/561, m.nt. W.H. Heemskerk.

⁹⁴³ HR 13 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1783, NJ 2020/427.

grond waarvan Hiep hen kon verplichten het gekraakte pand met hem te verlaten. Dat gegeven vertaalt zich in de vraag of hij ‘al het mogelijke heeft gedaan’ om die anderen tot medewerking te bewegen. Als een veroordeelde daartoe geen feitelijke middelen heeft zal ook niet kunnen worden aangenomen dat hij tekort is geschoten. Evenmin zou hem in een dergelijk geval, als dat op voorhand duidelijk is, een bevel of verbod moeten worden opgelegd.

11.4 *Gevolgen van onmogelijkheid naar Belgisch recht*

711. Naar Belgisch recht is het voorgaande niet anders. Ook naar Belgisch recht is niemand gehouden tot het onmogelijke. Van onmogelijkheid is sprake indien een prestatie om juridische of materiële redenen niet kan worden uitgevoerd. Die onmogelijkheid moet wel absoluut en blijvend zijn.⁹⁴⁴ Een absoluut en blijvend onmogelijke verbintenis is naar Belgisch recht nietig. Als het voorwerp van de verbintenis op zichzelf mogelijk is, maar de schuldenaar niet bij machte is om deze uit te voeren is de verbintenis echter geldig. Om die reden kan de morele onmogelijkheid niet tot nietigheid van de verbintenis leiden. De kunstenaar die het werk niet tot stand kan brengen wegens gebrek aan inspiratie is onverminderd gehouden te presteren. Omdat hij echter niet met dwang tot die prestatie kan worden gedwongen, zal de niet-nakoming zich moeten oplossen in schadevergoeding.⁹⁴⁵

11.5 *Bewijslast onmogelijkheid*

712. Zoals ik hiervoor uiteen heb gezet is voor het verkrijgen van een bevel of verbod een (dreigende) tekortkoming in de nakoming van een verbintenis uit overeenkomst vereist of een dreigend onrechtmatig handelen. De partij die een vordering strekkende tot een bevel of een verbod instelt, moet feiten stellen en zo nodig bewijzen waaruit volgt dat aan de voorwaarden is voldaan. Indien aan die voorwaarden is voldaan is de vordering toewijsbaar. Het bestaan van een onmogelijkheid is een gegeven dat aan de toewijsbaarheid in de weg staat. Het is een zelfstandig rechtsfeit dat tot afwijzing van de op zichzelf toewijsbare vordering leidt. Daarmee is de onmogelijkheid een bevrijdend verweer.

713. De stelplicht en de bewijslast van feiten waaruit de onmogelijkheid volgt rusten dus op de aangesproken partij.⁹⁴⁶ Valk wijst er in dat verband terecht op dat als van een andere lezing wordt uitgegaan, waarbij de *mogelijkheid* van nakoming als voorwaarde wordt gesteld, er een extra vereiste voor toewijzing wordt toegevoegd aan artikel 3:296 BW waarvan in dat geval eiser de stelplicht en de bewijslast zou dragen. Overtuigende redenen daarvoor zijn er niet.

11.6 *Relatie met overmacht*

714. Overmacht en onmogelijkheid zijn begrippen die nauw samenhangen. Het begrip overmacht wordt in de huidige wetgeving niet gedefinieerd. Onder het oude recht werd een tekortkomingen die de schuldenaar wél kon worden toegerekend aangeduid als wanprestatie en een tekortkoming die de schuldenaar niet konden worden toegerekend als overmacht. Omdat de terminologie onvoldoende scherp werd geacht is zij in de huidige wet niet meer gebruikt.⁹⁴⁷ De definitie wordt in de literatuur nog wel gebruikt, dus in die zin dat overmacht een tekortkoming is die niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend.⁹⁴⁸ Onmogelijkheid in een van de hiervoor besproken definities lijkt daarvoor een voorwaarde, maar die voorwaarde is in artikel 6:75 BW niet gesteld.⁹⁴⁹ Het is echter moeilijk te bedenken dat een situatie waarin nakoming niet (tijdelijk of blijvend) onmogelijk is, wel overmacht

⁹⁴⁴ Vansweevelt & Weyts 2019/360.

⁹⁴⁵ Vansweevelt & Weyts 2019/360.

⁹⁴⁶ Valk 2017.

⁹⁴⁷ PG Boek 6, p. 253.

⁹⁴⁸ Asser/Sieburgh 6-I 2020/332. De Jong, Krans & Wissink 2018/132 en Krans & Wissink 2022/132. Hijma & Olthof 2020, p. 251

⁹⁴⁹ Vgl. Hijma & Olthof 2020, p. 252

zal opleveren.⁹⁵⁰ Een tijdelijke of blijvende onmogelijkheid van nakoming kan echter wel een wanprestatie opleveren omdat die tijdelijke of blijvende onmogelijkheid toerekenbaar kan zijn aan de schuldenaar. De toerekenbaarheid en de onmogelijkheid zijn dus twee los van elkaar te beoordelen omstandigheden.⁹⁵¹ Overmacht veronderstelt vrijwel steeds een tekortkoming die hierin bestaat dat de nakoming absoluut of relatief onmogelijk is, waarbij de onmogelijkheid niet aan de schuldenaar toerekenbaar is. Overmacht impliceert daarom vrijwel steeds onmogelijkheid van nakoming, maar onmogelijkheid levert niet steeds overmacht op.⁹⁵² Het enkele bestaan van onmogelijkheid betekent immers niet dat schuld in de zin van artikel 6:75 BW niet aanwezig is.

715. Als overmacht onmogelijkheid impliceert ligt het voor de hand aan te nemen dat overmacht zonder onmogelijkheid niet kan bestaan. Het bestaan van overmacht dwingt dan tot de conclusie dat een rechterlijk bevel tot nakoming is uitgesloten. Als een uitzondering op die regel wordt aanvaard, dus als overmacht aanvaard wordt zonder dat sprake is van onmogelijkheid, is denkbaar dat een vordering tot schadevergoeding daarop afstuit, maar een bevel tot nakoming wel kan worden gegeven. In de literatuur is die mogelijkheid aanvaard, maar slechts in een uitzonderlijk geval. Zo wijst Sieburgh op het voorbeeld dat in de parlementaire geschiedenis wordt genoemd: het geval dat de schuldenaar door een oorzaak die hem niet kan worden toegerekend het bestaan van de verbintenis niet kende of van de inhoud daarvan een verkeerde voorstelling had.⁹⁵³ In de parlementaire toelichting is als specifiek voorbeeld genoemd ‘degene die een door vererving op hem overgegangene schuld niet is nagekomen doordat het bericht van overlijden van de erfflater hem niet tijdig heeft bereikt.’⁹⁵⁴ Ook Hijma & Olthof wijzen op deze passage in de parlementaire geschiedenis en merken op dat de wetgever de eis van onmogelijkheid voor niet-toerekening als zodanig heeft laten vallen omdat er uitzonderingen denkbaar zijn geacht.⁹⁵⁵ Haas verwerpt echter de mogelijkheid van overmacht zonder onmogelijkheid. Hij wijst erop dat in het voorbeeld dat in de parlementaire geschiedenis is opgenomen, sprake is van een tijdelijke overmacht die verviel op het moment waarop de schuldenaar bekend raakte met de schuld.⁹⁵⁶ De situatie waarin er sprake is van overmacht zonder een verhindering (onmogelijkheid) is daarom een uitzondering.

716. De vraag of er sprake is van overmacht, dus een niet-toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis, is daarom een vraag die feitelijk veelal aan de orde komt wanneer de niet-nakoming en de onmogelijkheid van nakoming een feit is, en dus wanneer het te laat is voor een nakomingsbevel. De overmachtsvraag is in dat stadium vooral relevant voor de vraag of er schadevergoeding moet worden betaald. Bij een geslaagd beroep op overmacht vervalt niet alleen de verplichting tot schadevergoeding, maar normaliter ook de verplichting tot het verrichten van de primaire prestatie.⁹⁵⁷ Het een kan immers niet goed los van het ander worden gezien. Als enerzijds de verplichting tot schadevergoeding vervalt door een beroep op overmacht, kan anderzijds niet een verplichting tot nakoming voor de schuldenaar blijven bestaan.⁹⁵⁸ Hijma & Olthof tekenen aan dat de nakomingsvordering *op feitelijke gronden* is uitgesloten, bij blijvende onmogelijkheid definitief, bij tijdelijke onmogelijkheid tot het einde daarvan.⁹⁵⁹ Het gebruik van de woorden ‘op feitelijke gronden’ suggereert dat de nakomingsvordering in juridische zin niet vervalt door de onmogelijkheid. Bij een tijdelijke onmogelijkheid is dat inderdaad het geval: zodra de onmogelijkheid is opgeheven kan de

⁹⁵⁰ Hierover uitvoerig: Haas 2009, p. 96 e.v.

⁹⁵¹ De Jong, Krans & Wissink 2018/134 en Krans & Wissink 2022/134.

⁹⁵² Asser/Sieburgh 6-I 2020/332. Hijma & Olthof 2020, p. 252. Goedmakers 1998/31.

⁹⁵³ Asser/Sieburgh 6-I 2020/340.

⁹⁵⁴ PG Boek 6, p. 263.

⁹⁵⁵ Hijma & Olthof 2020, p. 252. Cauffman & Croes, GS Verbintenissenrecht, art. 6:75 BW, aant. 1.4.

⁹⁵⁶ Haas 2009, p. 97.

⁹⁵⁷ Haas 2009, p. 95. Van Rossum & Kuypers 2015, p. 113.

⁹⁵⁸ In gelijke zin Van Hofmann-Opstall 1976, p. 34. Hijma & Olthof 2020, p. 255. Uit artikel 6:79 BW volgt dat schuldeiser die in staat is zelf zich door verrekening of executie het verschuldigde te verschaffen, bevoegd is dat te doen.

⁹⁵⁹ Hijma & Olthof 2020, p. 255.

nakoming weer worden afgedwongen. Bij een blijvende onmogelijkheid is de nakomingsvordering niet alleen op feitelijke gronden, maar ook op juridische gronden uitgesloten.

717. Voor een beroep op overmacht is volgens de parlementaire toelichting niet van belang of de ‘verhinderend tot nakoming’ reeds bij het ontstaan van de verbintenis aanwezig was, dan wel eerst later is ingetreden. In beide gevallen komt het aan op beoordeling van de vraag naar de toerekenbaarheid.⁹⁶⁰

11.7 Onmogelijkheid en garantie

718. Het belang van de onmogelijkheid van nakoming als zodanig, dus los van de vraag naar de toerekenbaarheid, wordt duidelijk wanneer die onmogelijkheid wordt gezien in het licht van een gegeven garantie.

719. Het begrip ‘garantie’ is niet vastomlijnd en de inhoud ervan moet worden achterhaald door de contractsbepalingen uit te leggen.⁹⁶¹ Tjittes omschrijft een garantie als een verklaring van de debiteur omtrent het bestaan of ontbreken van een feit, bij de af- of aanwezigheid waarvan de debiteur jegens de crediteur (toerekenbaar) tekortschiet in de nakoming van de overeenkomst. Ook de verplichting om op een bepaald moment een zekere prestatie te leveren kan volgens hem als garantie worden aangeduid.⁹⁶² Zodoende kunnen er twee soorten garanties bestaan: garanties ten aanzien van een bepaalde prestatie enerzijds en garanties ten aanzien van het bestaan of het ontbreken van bepaalde feiten anderzijds. Garanties hebben vooral een functie bij het vaststellen van een tekortkoming. Een discussie daarover is te voorkomen door een bepaalde prestatie te garanderen. Zo overwoog de Hoge Raad in het arrest *Multi Vastgoed/Nethou* dat een garantieverplichting zoals in die zaak aan de orde was, meebrengt dat het achterwege blijven van de gegarandeerde eigenschappen van een geleverde zaak zonder meer een tekortkoming oplevert van de debiteur.⁹⁶³

720. Volgens de parlementaire geschiedenis staat een gegeven garantie aan ieder beroep op overmacht in de weg. Een gegeven garantie wordt dan ook beschouwd als een situatie waarin de schuldenaar bij voorbaat elk beroep heeft prijs gegeven op de mogelijkheid dat een tekortkoming hem niet zou zijn toe te rekenen.⁹⁶⁴ Indien sprake is van een garantieverplichting heeft dan ook als hoofdregel te gelden dat een beroep op overmacht niet mogelijk is.⁹⁶⁵

721. Toch zal moeten worden aanvaard dat een nakomingbevel bij een onmogelijke maar gegarandeerde prestatie, moet worden afgewezen. Ik zal hierna uitwerken dat dit voor iedere onmogelijke prestatie geldt en dus ook voor de gegarandeerde prestatie. Ook uit dat gegeven blijkt dat de onmogelijkheid als zodanig zelfstandig moet worden beschouwd van de vraag naar de toerekening. Door de gegeven garantie zal de tekortkoming immers toerekenbaar zijn, maar is een nakomingsbevel toch niet toelaatbaar.

722. De onmogelijkheid als zodanig en als feitelijk gegeven, dus los van de vraag of die toerekenbaar is, is in alle stadia voor de rechter die wordt geconfronteerd met een vordering tot een bevel of verbod van belang omdat de onmogelijkheid, of die nu toerekenbaar is of niet, in de weg zal staan aan de nakomingsbevel. Ik werk dat hierna uit.

11.8 Gevolgen voor het bevel en verbod

⁹⁶⁰ PG Boek 6, p. 293.

⁹⁶¹ Asser/Hijma 7-I 2019/492.

⁹⁶² Tjittes 2018, p. 417.

⁹⁶³ HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, NJ 2001/79 (*Multi Vastgoed/Nethou*).

⁹⁶⁴ PG Boek 6, p. 262.

⁹⁶⁵ Van Rossum & Kuypers 2015, p. 32. Tjittes 2018, p. 443.

723. Om te bepalen wat de gevolgen voor een op te leggen rechterlijk bevel of verbod zijn indien sprake is van een onmogelijkheid, zal ik in de eerste plaats onderzoeken wat er met de verbintenis gebeurt indien nakoming onmogelijk is.

724. Het Ontwerp van Boek 6 bevatte een artikel 6.1.10.3 dat bepaalde dat een niet-toerekenbare, *blijvende* verhindering als schuldvernietigend moet worden aangemerkt. Een blijvende verhindering zou, met andere woorden, de verbintenis teniet doen gaan. Dat artikel is geschrapt omdat het niets zou toevoegen aan de regeling van artikel 6:75 BW.⁹⁶⁶ De schrapping van het voorgestelde artikel is aldus toegelicht dat ‘een verhindering van nakoming, die niet aan de schuldenaar is toe te rekenen, een verweer oplevert zowel tegen de vordering tot nakoming als tegen een vordering tot schadevergoeding.’⁹⁶⁷ In lid 1 van het voorgestelde artikel 6.1.10.3 was dit ‘samengevat’ door voor het geval van een definitieve verhindering te zeggen dat de verbintenis door blijvende overmacht tenietgaat. Een tijdelijke verhindering laat de verbintenis volgens de toelichting in stand.⁹⁶⁸

725. Ook de toelichting op artikel 6:74 BW gaat ervan uit dat een verbintenis waarvan de nakoming onmogelijk is geworden wordt *omgezet* in een verbintenis tot schadevergoeding.⁹⁶⁹ Het gebruik van het woord ‘omzetten’ duidt erop dat de oorspronkelijke verbintenis volgens de wetgever een ander karakter aanneemt en dus teniet gaat.

726. Daar staat echter volgens diezelfde toelichting tegenover dat een schuldenaar die zich niet op overmacht *wenst* te beroepen en nakomt ondanks een mogelijk beroep op overmacht, niet achteraf kan betogen dat de verbintenis van rechtswege teniet is gegaan om de prestatie als onverschuldigd te kunnen terugvorderen.⁹⁷⁰ Deze situatie zal uitzonderlijk zijn omdat, zoals ik hiervoor heb uitgewerkt, onmogelijkheid in de regel een voorwaarde is voor een geslaagd beroep op overmacht. Van een keuze voor de schuldenaar tussen nakomen en niet-nakomen lijkt dan geen sprake. Belangrijker is dat een schuldeiser in een wederkerige overeenkomst, die wordt geconfronteerd met een beroep op overmacht door zijn wederpartij, zich op de niet-nakoming door die wederpartij kan beroepen om zijn eigen prestatie op te schorten. In zoverre blijft de verbintenis dus bestaan.⁹⁷¹

727. Uitgangspunt van de wetgever was aldus dat een onmogelijkheid leidt tot het tenietgaan van de verbintenis, behalve wanneer de wederpartij uit het voortbestaan van die verbintenis een zeker recht kon afleiden. Een nakomingsbevel is evenwel uitgesloten.⁹⁷²

728. Ook in de jurisprudentie is als uitgangspunt aanvaard dat onmogelijkheid van nakoming in de weg staat aan een nakomingsbevel. Al in het *Stalen vaten*-arrest uit 1917 overwoog de Hoge Raad dat een schuldenaar die zich op overmacht kan beroepen wanneer hij tot schadevergoeding wordt aangesproken, dat ook kan doen wanneer hij wordt aangesproken tot het leveren van de prestatie zelf.⁹⁷³ Daarmee is wel duidelijk dat de (feitelijke) onmogelijkheid aan nakoming in de weg staat, maar nog niet dat de verbintenis zelf daardoor teniet gaat. Dat laatste overwoog de Hoge Raad echter met zoveel woorden in een arrest van 7 mei 1925.⁹⁷⁴ Door de overmacht waardoor partij Blijdenstein werd verhinderd aan zijn verplichting tot levering te voldoen, werd hij volgens de Hoge Raad ook van zijn verbintenis bevrijd.

⁹⁶⁶ PG Boek 6, p. 488.

⁹⁶⁷ PG Boek 6, p. 488.

⁹⁶⁸ PG Boek 6, p. 484.

⁹⁶⁹ PG Boek 6, p. 261.

⁹⁷⁰ PG Boek 6, p. 488.

⁹⁷¹ PG Boek 6, p. 488.

⁹⁷² Zie in dit verband ook impliciet de TM bij het voorgestelde artikel 6.1.8.12: ‘Zolang een volledige en behoorlijke nakoming mogelijk is, behoeft de schuldeiser met iets anders geen genoegen te nemen.’ PG Boek 6, p. 307.

⁹⁷³ HR 2 november 1917, *NJ* 1917, p. 1136 (*Stalen vaten*).

⁹⁷⁴ HR 7 mei 1925, *NJ* 1925, p. 997 (*Kolbermoor/Van Kempen qq*).

729. In een arrest van 9 mei 1969 had de Hoge Raad te oordelen over de situatie waarin verkopers van een pand niet meer eigenaar van dat pand waren omdat zij het inmiddels aan een derde hadden geleverd.⁹⁷⁵ Van de verkopers was gevorderd dat zij hun medewerking zouden verlenen aan het tot stand brengen van de definitieve akte tot overdracht aan de eiser van het gekochte pand. Rechtbank en hof oordeelden dat die vordering kon worden toegewezen omdat de verplichting tot medewerking aan het opmaken van de akte niet onmogelijk werd gemaakt door de omstandigheid dat de verkoper geen eigenaar van het verkochte meer was. De Hoge Raad vernietigde dat arrest omdat de vordering ertoe strekte dat het onroerend goed aan de koper zou worden geleverd. Daarvoor was wel degelijk nodig dat de verkopers nog eigenaar waren van het pand. Daaraan doet volgens de Hoge Raad niet af dat het hof had overwogen dat de verplichting tot levering niet kwam te vervallen doordat de verkopers na het aangaan van de overeenkomst het pand aan een derde verkochten. Met dat oordeel is niet gezegd dat de verbintenis niet ook teniet zou gaan door de daadwerkelijke overdracht van het pand aan een derde. De Hoge Raad spreekt slechts van de verbintenis tot levering in verband met de verkoop aan een derde. Die verkoop als zodanig leidt nog niet tot onmogelijkheid van levering. Die onmogelijkheid ontstaat pas bij de daadwerkelijke levering aan de derde. Op zijn vroegst op dat moment gaat ook de eerste verbintenis tot levering teniet. Annotator Drion is niet te spreken over de uitkomst. Hij ziet geen verschil met de situatie van soortkoop, waarbij ‘niemand eraan zal twijfelen dat een vordering tot levering kan worden toegewezen, ook al is de verkoper op het moment van de veroordeling nog geen eigenaar van de te leveren goederen.’ Het is hem onduidelijk waarom dat bij een onroerend goed principieel anders zou liggen. Hij verwacht kennelijk van de verkoper dat deze ervoor zorgt weer eigenaar van het onroerend goed te worden door ‘het drielovende’ van de koopprijs te bieden. Het is de vraag of dat in redelijkheid van een verkoper te verwachten is. Die vraag zal eerder bevestigend kunnen worden beantwoord indien de verkoper door zijn wanprestatie tegen de eerste koper een aanzienlijk hogere koopprijs heeft weten te bewerkstelligen dan in de situatie waarin hij door bijvoorbeeld een misverstand in de veronderstelling verkeerde dat de koper niet zou kunnen afnemen en aldus tot zijn wanprestatie is gekomen. Maar ook dan zal gelden dat nakoming niet kan worden verlangd indien daarvoor een onredelijke prestatie van de schuldenaar moet worden verlangd.⁹⁷⁶

730. Een al wat recenter voorbeeld is te vinden in het hiervoor al besproken arrest *Oosterhuis/Unigro*.⁹⁷⁷ Oosterhuis had zijn bedrijfspand en woning niet alleen aan Unigro verhuurd, maar (daarna) ook nog aan een derde. Toen Unigro in kort geding nakoming vorderde beriep Oosterhuis zich op de onmogelijkheid daarvan: hij had het bedrijfspand en de woning inmiddels aan een ander verhuurd. De Hoge Raad oordeelde dat een veroordeling tot nakoming van een verbintenis door de schuldenaar moet afstuiten op de onmogelijkheid voor de schuldenaar om die verbintenis ten tijde van de veroordeling na te komen, zij het dat het recht op schadevergoeding blijft bestaan. De Hoge Raad voegde daaraan toe dat deze regel ook geldt wanneer de schuldenaar zichzelf in de toestand heeft gebracht waardoor nakoming voor hem onmogelijk is geworden en dat met die situatie op een lijn moet worden gesteld het geval dat de schuldenaar deze macht wel kan herwinnen, maar slechts door het brengen van offers die in redelijkheid niet van hem gevergd kunnen worden.

731. De Hoge Raad zegt in dit arrest niet dat de verbintenis teniet is gegaan door de onmogelijkheid, maar beperkt zich tot het oordeel dat de nakomingsvordering niet kon worden toegewezen. Dat oordeel is herhaald in het arrest *Budde/Toa Moa* van 27 juni 1997.⁹⁷⁸ In die zaak ging het om de afgifte van een door Budde in opdracht van (een rechtsvoorganger van) Toa Moa gebouwd schip dat bijna was voltooid. Het problematische was dat Budde dat schip ook aan een ander had verkocht (en overgedragen). Dat weerhield de rechtbank en het hof er niet van de vordering toe te

⁹⁷⁵ HR 9 mei 1969, ECLI:NL:HR:1969:AC0848, *NJ* 1969/338, m.nt. H. Drion.

⁹⁷⁶ Goedmakers 1998/37.

⁹⁷⁷ HR 21 mei 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5738, *NJ* 1977/73, m.nt. G.J. Scholten (*Oosterhuis/Unigro*).

⁹⁷⁸ HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2401, *NJ* 1997/641 (*Budde/Toa Moa*). Zie ook Asser Procesrecht / Van Schaick 2 2016/62.

wijzen. De Hoge Raad overwoog dat het oordeel van het hof dat Budde niet bevoegd was (in de zin van artikel 3:84 lid 1 BW) geweest het schip aan een derde over te dragen niet juist was en dat de overdracht aan die derde in ieder geval heeft geleid tot onmogelijkheid van nakoming jegens Toa Moa, zodat die overdracht aan toewijzing van haar nakomingsvordering in de weg zou hebben gestaan. Opmerking verdient hier overigens dat van een onmogelijkheid natuurlijk maar in beperkte zin sprake was. Budde was kennelijk scheepsbouwer. Het reeds bijna voltooide schip kon hij niet meer aan Toa Moa overdragen, maar dat het voor hem onmogelijk was nog een schip te bouwen volgt niet uit het arrest.⁹⁷⁹ De vordering van Moa Toa was daar evenwel niet op gericht.

732. De Hoge Raad overwoog in het arrest *Multi Vastgoed* van 5 januari 2001 dat een crediteur de keuze heeft tussen nakoming, voor zover deze nog mogelijk is en schadevergoeding in enigerlei vorm.⁹⁸⁰ Hierin is dus meer impliciet de regel herhaald dat onmogelijkheid van nakoming aan een nakomingsvordering in de weg staat.

733. De Jong meent dat er een ‘kern van waarheid’ zit in de conclusie dat de verbintenis teniet gaat indien sprake is van blijvende onmogelijkheid.⁹⁸¹ Maar ook hij wijst erop dat de verbintenis een zekere werking blijft behouden omdat de schuldeiser bij een wederkerige overeenkomst waaruit de verbintenis voortvloeit tot ontbinding kan overgaan. Daarbij sluit ook aan dat artikel 6:79 BW bepaalt dat de schuldeiser wiens schuldenaar door een hem niet toe te rekenen oorzaak verhinderd is na te komen, bevoegd is zich door executie of verrekening het verschuldigde te verschaffen, wanneer hij daartoe in staat is. Die bepaling laat zien dat de verbintenis niet in algehele zin teniet is gegaan. In dat geval zou de hier bedoelde bevoegdheid immers geen grondslag hebben.

734. Ook Haas concludeert dat een succesvol beroep op overmacht (dat veelal onmogelijkheid impliceert) de schuldenaar bevrijdt van zijn nakomingsverplichting.⁹⁸² Hij acht in een dergelijk geval de nakomingsvordering overigens ook niet toewijsbaar vanwege het ontbreken van belang in de zin van artikel 3:303 BW, maar stelt kennelijk voorop dat de primaire plicht tot nakoming vervalt.⁹⁸³ En ook bij Van Opstall is al te vinden dat de primaire verplichting vervalt bij blijvende onmogelijkheid.⁹⁸⁴ Goedmakers zoekt de grondslag voor de onmogelijkheid van de nakomingsplicht in artikel 6:2 BW, maar gaat er eveneens van uit dat een nakomingsbevel onmogelijk is.⁹⁸⁵

735. Zowel in de parlementaire geschiedenis, als in de jurisprudentie als in de literatuur wordt aldus aangenomen dat de onmogelijkheid leidt tot het vervallen van de verbintenis voor zover het betreft de daaruit voortvloeiende verplichting tot nakoming, zij het dat die verbintenis voortleeft voor zover de schuldeiser daaraan enig recht (anders dan nakoming) kan verbinden. Daarmee is, los van het feitelijke gevolg dat de onmogelijkheid heeft, al gegeven dat een nakomingsbevel onmogelijk is. Dat de onmogelijkheid tot nakoming aan het opleggen van een bevel in de weg staat, is in algemene zin ook logisch: als een prestatie niet kan worden geleverd, heeft het geen zin iemand daartoe te veroordelen, al helemaal niet op straffe van een dwangsom.

736. De wet gaat er (impliciet) ook vanuit dat, wanneer nakoming onmogelijk is, slechts schadevergoeding resteert. Artikel 6:87 lid 1 BW spreekt met zoveel woorden uit dat, voor zover nakoming niet reeds blijvend onmogelijk is, de verbintenis wordt omgezet in een tot vervangende schadevergoeding, wanneer de schuldenaar in verzuim is en de schuldeiser hem schriftelijk meedeelt

⁹⁷⁹ Het bouwen van een ander schip zou overigens ook beschouwd kunnen worden als een andere prestatie. Vgl. HR 22 mei 1982, ECLI:NL:HR:1981:AG4192, NJ 1982/59, m.nt. C.J.H.B. Brunner (*Van der Gun/Farmex*).

⁹⁸⁰ HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, NJ 2001/79 (*Multi Vastgoed*).

⁹⁸¹ Krans, De Jong & Wissink 2018/135. In gelijke zin Krans & Wissink 2022/135.

⁹⁸² Haas 2009, p. 94.

⁹⁸³ Vgl. Haas 2009, p. 245.

⁹⁸⁴ Van Opstall 1976, p. 343.

⁹⁸⁵ Goedmakers 1998/39.

dat hij schadevergoeding in plaats van nakoming vordert. Die keuze voor de schuldeiser is er blijkens deze bepaling niet indien de nakoming wel blijvend onmogelijk is.⁹⁸⁶

737. Tijdelijke onmogelijkheid staat vanzelfsprekend aan het opleggen van een bevel niet in de weg.⁹⁸⁷ De tijdelijke onmogelijkheid kan er wel toe leiden dat de schuldeiser zijn recht op nakoming niet onmiddellijk kan effectueren.⁹⁸⁸ De rechter die in een dergelijk geval een bevel of verbod uitspreekt, zal zich van die tijdelijke onmogelijkheid bewust moeten zijn en zijn veroordeling daarop moeten afstemmen.

11.9 De effectiviteit van de remedie en de reële executie

738. Het gegeven dat onmogelijkheid in de weg staat aan nakoming doet vanzelfsprekend afbreuk aan de effectiviteit van het rechterlijk bevel en verbod als remedie. Tegelijkertijd is die afbreuk relatief. Het is niet zozeer het tekortschieten van de remedie dat de schuldeiser hier met lege handen achterlaat, maar het gegeven dat de prestatie onmogelijk is. Daar helpt geen enkele remedie tegen, behalve schadevergoeding en ontbinding.

739. In de parlementaire toelichting op artikel 6:74 BW is echter opgenomen dat de rechter het verweer dat nakoming op feitelijke gronden onmogelijk is, niet snel zal moeten aanvaarden.⁹⁸⁹ Interessant is dat daar ook de suggestie wordt gedaan dat het redelijk zal zijn de schuldeiser in de gelegenheid te stellen door middel van reële executie te trachten de hem verschuldigde prestatie alsnog te ‘achterhalen’. Zo kan de schuldeiser zelf ondervinden of de prestatie werkelijk onmogelijk is. Het is de vraag of dit een werkbare oplossing is.

740. Reële executie is die vorm van tenuitvoerlegging waarbij, zonder medewerking van de schuldenaar, het resultaat gelijk is aan het resultaat dat bij vrijwillige nakoming zou zijn bewerkstelligd.⁹⁹⁰ Uit artikel 3:297 BW volgt dat, indien een prestatie door reële executie wordt afgedwongen, dit dezelfde rechtsgevolgen heeft als die van een vrijwillige nakoming.

741. Een bevel om iets te doen kan niet in die zin worden afgedwongen dat de schuldenaar daadwerkelijk wordt gedwongen om zelf iets te presteren.⁹⁹¹ Er kunnen dwangmiddelen worden aangewend om de schuldenaar aan te moedigen tot actie over te gaan, maar als hij nalatig blijft, is er geen middel om hem tot daadwerkelijke actie aan te zetten. De kunstenaar kan, met andere woorden, niet (fysiek) worden gedwongen een portret te maken. Er zijn wel andere middelen mogelijk om hem tot actie aan te zetten of om erin te voorzien dat de schuldeiser krijgt waarop hij recht heeft. Ik teken bij al die gevallen aan dat het voor de schuldeiser vrijwel steeds te verkiezen zal zijn dat de schuldenaar zelfstandig overgaat tot voldoening aan het bevel.

742. Artikel 3:299 lid 1 BW voorziet erin dat de rechter een machtiging verleent aan de aanspraakgerechtigde om zelf datgene te doen wat de schuldenaar zou moeten doen. Het tweede lid maakt het mogelijk dat datgene wat in strijd met een verplichting tot nalaten is verricht, teniet wordt gedaan. Voor beide gevallen bepaalt het derde lid dat de kosten voor rekening van de schuldenaar zijn. Een machtiging als in dit artikel voorzien kan goed worden verleend bij het geven van een bevel of een verbod. De machtiging zal dan echter een subsidiair karakter hebben: voor het geval het bevel of verbod niet wordt nagekomen, beschikt de schuldeiser over een machtiging om zelf datgene te bewerkstelligen wat moest worden gedaan, of teniet te doen wat moest worden nagelaten. Dat die optie minder aantrekkelijk is dan de situatie waarin de schuldenaar zelf aan zijn verplichtingen voldoet, spreekt voor zich. Niet alleen brengt de machtiging mee dat de schuldeiser de nodige actie

⁹⁸⁶ Zie ook PG Boek 6, p. 301.

⁹⁸⁷ Deurvorst, in: *GS Onrechtmatige daad*, Rechtsvorderingen, aant.II.2.1.2.10.

⁹⁸⁸ PG Boek 6, p. 261.

⁹⁸⁹ PG Boek 6, p. 261.

⁹⁹⁰ Jongbloed 2017, p. 30. Zie over reële executie bijvoorbeeld Jongbloed 1987 en Huydecoper 2011. Verder ook Hugenholtz/Heemskerk 2021/238 e.v.

⁹⁹¹ Hugenholtz/Heemskerk 2021/237. Ook Stolker, in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, aant. 3 bij art. 3:299 BW.

moet ondernemen, maar ook moet hij in eerste instantie kosten maken en het zal in veel gevallen onzeker zijn of die op de kennelijk onwillige schuldenaar kunnen worden verhaald.

743. Datzelfde geldt in zekere zin voor de in artikel 3:300 BW neergelegde mogelijkheid voor de rechter om te bepalen dat de uitspraak dezelfde kracht heeft als een in wettige vorm opgemaakte akte. Hoewel die oplossing minder activiteiten van de schuldenaar vereist dan het geval is na de verkrijging van een machtiging als bedoeld in artikel 3:299 BW, is het opmaken van een akte tussen partijen te verkiezen al is het maar omdat partijen beter in staat zijn dan de rechter om te overzien wat precies de inhoud van de betreffende akte zou moeten zijn.⁹⁹² Opmerking verdient overigens dat, wanneer de rechter onvoorwaardelijk bepaalt dat zijn uitspraak dezelfde kracht heeft als een in wettige vorm opgemaakte akte, er bij een bevel tot medewerking aan het opmaken van een dergelijke akte natuurlijk geen belang meer is. Die uitspraak neemt dan onmiddellijk de plaats in van de handeling tot het verrichten waarvan aan de schuldenaar een bevel wordt gegeven.⁹⁹³ De eiser die zowel een gebod vordert als een maatregel gebaseerd op artikel 3:300 BW dient zijn vordering dus zorgvuldig te formuleren en de maatregel op grond van artikel 3:300 BW te vorderen voor het geval de schuldenaar niet vrijwillig aan het bevel voldoet. Bij de toepassing van artikel 3:300 BW verdient verder nog opmerking dat, hoewel niet uitgesloten, een dergelijk vonnis volgens de wetgever bij voorkeur niet uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard.⁹⁹⁴ De eiser die dat toch vordert doet er goed aan ook dat deel van die vordering te motiveren.

744. Ik noem bij de opsomming van de voor het rechterlijk bevel en verbod relevante vormen van reële executie nog de in de wet geregelde wijze tot ontruiming van een onroerende zaak. Die ontruiming zal vooraf moeten worden gegaan door een rechterlijk bevel tot ontruiming ('met al het zijne en de zijnen') en, op de voet van artikel 555 Rv, betekening van de executoriale titel door de deurwaarder. Artikel 556 Rv bepaalt vervolgens dat de gedwongen ontruiming door de deurwaarder geschiedt. Vorderingen die ertoe strekken dat de eiser – veelal de eigenaar – wordt gemachtigd de ontruiming zelf te bewerkstelligen, stuiten hierop af.⁹⁹⁵

745. Mijns inziens biedt deze reële executie in geen van de gevallen een alternatief voor een bevel om een onmogelijke prestatie te leveren. Het heeft weinig toegevoegde waarde om een vordering tot nakoming af te wijzen omdat de nakoming onmogelijk is, maar de schuldeiser in de gelegenheid te stellen het onmogelijke zelf te verrichten. De gedachte dat een schuldeiser zelf kan ondervinden of een prestatie mogelijk of onmogelijk is gaat eraan voorbij dat de rechter aan de hand van de stellingen van partijen zal moeten onderzoeken of er sprake is van een onmogelijkheid. Als die er is, is een veroordeling tot nakoming onmogelijk. Als die onmogelijkheid er niet is, is een veroordeling tot nakoming mogelijk en kan subsidiair aan de schuldeiser een van de hiervoor besproken mogelijkheden worden geboden. Maar die mogelijkheden van reële executie zijn er vanzelfsprekend niet om een processuele onzekerheid over een verhindering te ondervangen.

11.10 De effectiviteit van de remedie en het voorkómen van onmogelijkheid

746. Voor de vraag of in een geval van onmogelijkheid een rechterlijk bevel of verbod kan worden gegeven is de toerekenbaarheid niet van belang. Ook als de schuldenaar zichzelf in een positie van onmogelijkheid heeft gebracht, en de onmogelijkheid hem dus kan worden toegerekend, kan geen nakoming worden gevorderd.⁹⁹⁶ Dat is een wat onbevredigende conclusie. De schuldeiser staat, als het op nakoming aankomt, met lege handen terwijl de schuldenaar mogelijk profiteert van zijn eigen

⁹⁹² Dit bezwaar kan tot op zekere hoogte ondervangen worden door de rechter een concept-akte aan te reiken die aan het vonnis kan worden gehecht en bij de inhoud waarvan de rechter kan aansluiten.

⁹⁹³ Vgl. in dit verband, zij het over oplegging van een dwangsom, Jongbloed 2015/112.

⁹⁹⁴ PG Boek 3, p. 899.

⁹⁹⁵ Zie bijvoorbeeld vnr. Den Haag 26 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9449 en hof Den Haag 8 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3460.

⁹⁹⁶ PG Boek 6, p. 488. Schadevergoeding is dan vanzelfsprekend wel mogelijk.

wanprestatie. Ik onderzoek daarom de vraag of de schuldeiser middelen heeft om de onmogelijkheid te voorkomen. Ik neem de hiervoor al genoemde casus Toa Moa/Budde als vertrekpunt.⁹⁹⁷

747. Die casus, die ik hiervoor al even kort omschreef, was als volgt. De rechtsvoorganger van Toa Moa kocht met een overeenkomst van 10 april 1988 van Budde een door Budde te bouwen schip van het type Dutch Concept 1200 voor een bedrag van NLG 300.000,-. Toa Moa voldeed een substantieel deel van de koopprijs. Toen het schip, althans een schip, bijna was voltooid, vorderde zij aflevering van het schip. Budde verweerde zich met de stelling dat hij een ander schip had gebouwd, namelijk een Dutch Concept 1300 (in plaats van 1200) en dat hij dat schip had verkocht en overgedragen aan een zekere H. Smits.

748. De president in kort geding wees de vordering tot aflevering toe en het hof verwierp de grieven. Het hof verwierp het verweer van Budde dat hij een ander schip had gebouwd en oordeelde dat Budde niet bevoegd was het schip aan een derde te verkopen omdat hij gehouden was de overeenkomst met (de voorganger van) Toa Moa na te komen.

749. Zoals ik hiervoor besprak, oordeelde de Hoge Raad dat de onmogelijkheid van nakoming jegens Toa Moa in de weg staat aan toewijzing van de nakomingsvordering. De Hoge Raad oordeelde ook dat het hof ten onrechte had overwogen dat Budde *niet bevoegd* was over het schip te beschikken en het te verkopen. Als eigenaar van het gebouwde schip had hij op grond van artikel 3:84 lid 1 BW de bevoegdheid om over het schip te beschikken. De Hoge Raad overweegt vervolgens:

‘Mocht het Hof hebben bedoeld dat Budde, doordat hij zich had verbonden het schip aan Toa Moa over te dragen, jegens de laatste niet bevoegd was het schip aan een derde over te dragen en dat Budde daarom, ondanks overdracht van het schip aan een derde, nog steeds kon worden veroordeeld het schip met toebehoren aan Toa Moa in eigendom over te dragen en af te leveren, dan heeft het Hof miskend dat volgens de door de Hoge Raad in zijn voormelde arrest aanvaarde regel, overdracht van het schip aan een derde zou hebben geleid tot onmogelijkheid van nakoming jegens Toa Moa, zodat die overdracht aan toewijzing van haar nakomingsvordering in de weg zou hebben gestaan.’

750. De vraag die de Hoge Raad in deze overweging (logischerwijs, want de vraag lag niet voor) niet beantwoordt is de vraag wat er zou zijn gebeurd als Toa Moa, indien zij op de hoogte zou zijn geweest van de voorgenomen verkoop en levering aan Smits, een verbod ten aanzien van die verkoop en levering zou hebben gevorderd. Als een dergelijk verbod kan worden toegewezen, geeft dat het rechterlijk bevel en verbod als remedie in dat stadium weer wat meer tanden.

751. Er zijn in dit voorbeeld meerdere scenario's te bedenken. Ik werk de volgende uit, waarbij ik overigens de casus aanpas:

- a) de vordering tot levering van Toa Moa is opeisbaar en het schip is al aan de derde verkocht, maar nog niet aan de derde geleverd;
- b) de vordering tot levering van Toa Moa is nog niet opeisbaar en het schip is al wel aan de derde verkocht, maar nog niet geleverd;
- c) de vordering tot levering van Toa Moa is opeisbaar en het schip is nog niet aan de derde verkocht.

752. De situatie onder c) is vanzelfsprekend de meest eenvoudige. Van verplichtingen van de verkoper jegens de derde is nog geen sprake, terwijl de vordering van Toa Moa opeisbaar is. Een verbod tot verkoop en levering aan de derde is hier in principe niet eens nodig, volstaan kan worden met een bevel tot afgifte (levering) op straffe van een dwangsom. Een verbod tot verkoop aan de derde, eveneens op straffe van een dwangsom is natuurlijk niet uitgesloten, maar het is niet direct in te zien welk belang daarbij bestaat.

⁹⁹⁷ HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2401, NJ 1997/641 (Budde/Toa Moa).

753. Het geval onder a) is (ook) door de wet geregeld. Er is sprake van botsende rechten op levering en uit artikel 3:298 BW volgt dat in de onderlinge verhouding tussen de twee schuldeisers als hoofdregel heeft te gelden dat het oudste recht op levering voor gaat. Die regel heeft echter alleen betrekking op de onderlinge rechten van de schuldeisers. Ten opzichte van de schuldenaar hebben zij ieder een recht op levering / afgifte en dat recht kunnen zij afdwingen. Van een onmogelijkheid is in die situatie geen sprake zolang er niet aan een van de schuldeisers is geleverd.

754. Het geval onder b) roept het meeste vragen op. Toa Moa kan nog geen afgifte vorderen omdat haar vordering nog niet opeisbaar is. Zij kan op grond van artikel 3:296 lid 2 BW wel vorderen dat een bevel tot afgifte wordt uitgesproken onder tijdsbepaling, maar daarmee voorkomt zij strikt genomen niet de levering aan de derde. Die levering aan de derde leidt tot onmogelijkheid van levering aan Toa Moa en zal dus onherroepelijk tot wanprestatie jegens Toa Moa leiden. Het bevel tot afgifte onder een tijdsbepaling impliceert daarmee echter een verbod om aan de derde te leveren. Door die levering zal de verkoper immers het bevel tot afgifte niet meer kunnen nakomen. Ervan uitgaande dat aan het bevel dwangsommen zijn verbonden, zullen die dwangsommen dan worden verbeurd.⁹⁹⁸ Op die manier kan Toa Moa haar positie toch versterken en is de effectiviteit van het bevel gewaarborgd.

11.11 Conclusie

755. Het rechterlijk bevel en verbod zijn niet effectief in het geval de prestatie onmogelijk is. Een onmogelijke prestatie kan immers niet worden afgedwongen en het bevel en verbod als zodanig kunnen de onmogelijkheid ook niet opheffen. De vraag is of dat erg is.

756. Praktisch gezien is het dat wel. Ik heb hiervoor uiteengezet dat een van de belangrijke doelen van het burgerlijk (proces)recht is de nakoming van verbintenissen en het voorkomen van onrechtmatigheid. Wanneer de onmogelijkheid een feit is, staat de schuldeiser met lege handen wanneer het op de nakoming aan komt en een gepleegd onrechtmatig handelen kan niet meer ongedaan worden gemaakt. Juridisch bezien is het echter geen probleem dat een bevel of verbod bij onmogelijkheid niet kan worden toegepast. Er is geen regel waaruit volgt dat een partij moet worden veroordeeld het onmogelijke te doen.

757. In hoofdstuk 6 (nummer 292) heb ik geconcludeerd dat een preventieve remedie effectief is wanneer zij

- a) materiële rechten kan afdwingen
- b) tijdig is
- c) een afschrikkende functie heeft en
- d) proportioneel is.

Voor de situatie waarin een prestatie onmogelijk is of is geworden, is het rechterlijk bevel en verbod niet meer preventief beschikbaar, maar wanneer onmogelijkheid dreigt kan het preventieve karakter van het rechterlijk bevel en verbod juist wel zijn werking hebben. Een schuldeiser kan op dat moment de nakoming afdwingen, al dan niet onder tijdsbepaling en op straffe van een dwangsom. Die afgedwongen nakoming impliceert een bevel aan de schuldenaar de onmogelijkheid te voorkomen. Bij dreigende onmogelijkheid die bekend is bij de schuldeiser zal het rechterlijk bevel of verbod daarom een zekere effectiviteit behouden en daarmee de doelen van het burgerlijk (proces)recht kunnen blijven dienen. De tijdigheid van de remedie speelt in dit verband geen andere rol dan de preventieve beschikbaarheid en de onmogelijkheid van de prestatie roept ook geen bijzondere vragen op ten aanzien van de proportionaliteit en afschrikkendheid van de remedie.

⁹⁹⁸ Ik laat de mogelijkheden van beslag buiten beschouwing.

12. De rol van het rechterlijk bevel en verbod bij een collectieve actie tegen de overheid

12.1 Inleiding

758. Het bepaalde in artikel 3:296 BW is ook op de overheid van toepassing. Er is in het algemeen geen goede reden om aan te nemen dat van de overheid geen nakoming kan worden gevorderd van een reguliere verbintenis of dat het de overheid niet kan worden verboden te handelen in strijd met een rechtsplicht of worden geboden te handelen in overeenstemming met een rechtsplicht. De overheid staat immers niet boven de wet. Tegelijkertijd neemt de overheid een bijzondere positie in als wetgever, handhaver en als (privaatrechtelijke) deelnemer aan het rechtsverkeer. Juist omdat de overheid zoveel taken en bevoegdheden heeft wordt de blik al snel naar de overheid gewend als er een maatschappelijk probleem is dat moet worden opgelost. De keerzijde van die medaille is dat juist de vele bevoegdheden en (soms tegenstrijdige) plichten die de overheid heeft ook ertoe leiden dat die overheid een zekere beleidsruimte toekomt.⁹⁹⁹

759. Door de opkomst van de zogenaamde *Public interest litigation* (PIL), procedures in het algemeen belang, zal het belang van het bevel aan de overheid om een bepaalde (beleids)handeling te verrichten sterk kunnen toenemen.¹⁰⁰⁰ Het veelkoppige karakter van het overheidshandelen brengt echter mee dat in meer gevallen dan bij niet-overheidsoptreden een uitzondering op het uitgangspunt van artikel 3:296 BW moet worden aanvaard. Ik werk dat hierna uit, specifiek gericht op het bevel en verbod. Ik begin evenwel met het onderzoeken van de positie van de collectieve actie in zaken tegen de overheid.¹⁰⁰¹ Juist bij zaken tegen de overheid zal het vaak gaan om belangen die grote groepen mensen raken en zal er reden kunnen zijn die belangen te bundelen.

760. Voordat ik dat doe, maak ik (op hoofdlijnen) een meer algemene opmerking over de ontvankelijkheid van individuen en collectiviteiten bij de burgerlijke rechter. Zoals bekend, is de burgerlijke rechter *bevoegd* wanneer aan een vordering een aanspraak of een burgerlijk recht ten grondslag wordt gelegd.¹⁰⁰² Een eiser die tegen een overheidshandeling kan opkomen door bestuursrechtelijke rechtsmiddelen toe te passen, wordt bij de burgerlijke rechter echter niet-ontvankelijk verklaard. Hij is aangewezen op de rechtsbescherming die de bestuursrechter biedt.¹⁰⁰³ Dat geldt ook als zo'n burger, om een ingang te vinden bij de bestuursrechter, een bestuursbesluit moet afwachten of moet uitlokken en als hij slechts door op te komen tegen zo'n bestuursbesluit, een algemeen verbindend voorschrift waarop dat besluit berust, kan laten toetsen door middel van de zogenaamde exceptieve toetsing.¹⁰⁰⁴

761. Een belangenorganisatie die bij de burgerlijke rechter wil opkomen tegen een algemeen verbindend voorschrift, zal in het verlengde hiervan niet-ontvankelijk worden verklaard als zij daarbij slechts opkomt voor de gebundelde belangen van individuen die een ingang hebben bij de bestuursrechter. De Hoge Raad overwoog dat in een dergelijk geval, met het oog op een behoorlijke taakverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter, moet worden aangenomen dat de verbindendheid van de onderliggende regelgeving alleen door de individuen bij de bestuursrechter kan

⁹⁹⁹ Hierover nader Van der Helm 2019A, p. 49.

¹⁰⁰⁰ Hierover: Bauw 2018.

¹⁰⁰¹ Zie uitvoeriger over de algemeen belang acties in Nederland: Schutgens & Sillen 2021. Voor de Belgische situatie: Kruithof 2021.

¹⁰⁰² HR 31 december 1915, ECLI:NL:HR:1915:AG1773, *NJ* 1916, p. 407, (*Guldemonde/Noordwijkerhout*). Meest recent: HR 16 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1866.

¹⁰⁰³ Datzelfde geldt overigens als er een andere gespecialiseerde rechtsgang open staat, zoals die bij de beroepscommissie van de Raad voor strafrechtstoepassing en jeugdbescherming.

¹⁰⁰⁴ Zie bijvoorbeeld HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296, *NJ* 2016/262, m.nt. H.J. Snijders (*Privacy First/Staat*); HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049, *AB* 2016/268, m.nt. F.J. van Ommeren en C.N.J. Kortmann (*SCAU/Universiteiten*).

worden aangevochten. Dat is slechts anders als de belangenorganisatie ook een eigen belang stelt, naast dat van de betrokken individuen.¹⁰⁰⁵

762. De mogelijkheid voor een belangenorganisatie om bij de burgerlijke rechter op te komen voor een bepaald belang of tegen een algemeen verbindend voorschrift, is hierdoor in belangrijke mate beperkt. In veel gevallen waarin de overheid betrokken is, zal de mogelijkheid bestaan een bestuursrechtelijk besluit uit te lokken en een ingang bij de bestuursrechter te vinden. Als een belangenorganisatie niet ook een eigen belang stelt, zal zij terzake de gebundelde belangen van anderen, niet-ontvankelijk worden verklaard. Schutgens & Sillen wijzen er terecht op dat de belangenorganisatie die een algemeen verbindend voorschrift wil aanvechten in dergelijke gevallen met lege handen staat: zij kan noch bij de burgerlijke rechter, noch bij de bestuursrechter terecht.¹⁰⁰⁶

12.2 Het belang van het rechterlijk bevel en verbod bij collectieve acties

763. Op grond van artikel 3:305a BW, in werking getreden op 1 juli 1994 en met ingang van 1 januari 2020 ingrijpend veranderd, kan een stichting of een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij die belangen althans ingevolge haar statuten behartigt en die belangen voldoende zijn gewaarborgd. Vrijwel alle vorderingen zijn op grond van dit artikel mogelijk, dus ook die tot een rechterlijk bevel en verbod, mits de vordering strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen die zich aldus voor bundeling lenen.¹⁰⁰⁷ Artikel 3:305a BW maakt ook geen onderscheid tussen rechtsvorderingen die berusten op een overeenkomst en rechtsvorderingen die berusten op een onrechtmatige daad.¹⁰⁰⁸ Ook in zoverre is er alle ruimte voor een vordering strekkende tot een rechterlijk bevel of verbod en zijn belangenorganisaties in staat om op te treden in zaken waar bijvoorbeeld het individuele belang klein is, maar het totale belang aanzienlijk kan zijn.

764. Een vordering op grond van artikel 3:305a BW kon tot voor kort niet strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld. De wet Afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) heeft geleid tot een ingrijpende wijziging van artikel 3:305a BW.¹⁰⁰⁹ De wet voorziet in één regime voor collectieve acties, maakt (behalve bij vorderingen met een ideëel belang, lid 6) een vordering strekkende tot schadevergoeding mogelijk en stelt aan de rechtspersoon nadere eisen op het gebied van representativiteit, governance en financiering.¹⁰¹⁰ Die eisen zijn geformuleerd als ontvankelijkheidseisen, waarop in het nieuwe zesde lid van artikel 3:305a BW een uitzondering wordt geformuleerd voor gevallen waarin de rechtsvordering wordt ingesteld met een ideëel doel en een zeer beperkt financieel belang of wanneer de aard van de vordering van de rechtspersoon of van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt, daartoe aanleiding geeft. Wanneer toepassing wordt gegeven aan deze uitzondering, kan de vordering evenwel niet strekken tot schadevergoeding in geld.

765. Op grond van het nieuwe zesde lid kan, zoals ik zojuist al aanstipte, ook de aard van de vordering van de rechtspersoon of van de personen tot bescherming van wier belangen de

¹⁰⁰⁵ HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2314, *NJ* 2012/241, m.nt. H.J. Snijders (*Staat/Vreemdelingenorganisaties*); HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296, *NJ* 2016/262, m.nt. H.J. Snijders (*Privacy First/Staat*).

¹⁰⁰⁶ Schutgens & Sillen 2021, p. 175.

¹⁰⁰⁷ *Kamerstukken II* 1991/1992, 22486, 3, p. 23. In de memorie van toelichting wordt het rechterlijk bevel en verbod op meerdere plaatsen genoemd. De eis dat het moet gaan om gelijksoortige belangen brengt tot uitdrukking dat het moet gaan om belangen die zich voor bundeling lenen. Zie Asser/Rensen 2-III 2017/196. Het begrip ‘bundeling van belangen’ werd door de Hoge Raad gebruikt in het arrest van 27 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AD3741, *NJ* 1987/743, m.nt. W.H. Heemskerk (*Nieuwe Meer*).

¹⁰⁰⁸ HR 2 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1433, *NJ* 1995/369.

¹⁰⁰⁹ *Kamerstukken* 34608. Het wetsvoorstel is gepubliceerd in het Staatsblad als wet van 20 maart 2019, *Stb.* 2019, 130. De wet is met ingang van 1 januari 2020 van kracht geworden (*Stb.* 2019, 447).

¹⁰¹⁰ Hierover nader: Kortmann 2018.

rechtsvordering strekt, aanleiding geven af te wijken van de nieuwe ontvankelijkheidseisen in lid 2 (meer specifiek: sub a-e). Deze uitzondering is van belang omdat het dan veelal gaat om vorderingen die strekken tot bescherming van een algemeen (ideëel) belang. Als voorbeeld in de parlementaire toelichting is het Clara Wichmann proefprocessenfonds met name genoemd. Volgens de minister zet dit fonds zich in voor de verbetering van de positie van vrouwen, een ideëel doel, en kan dit rechtvaardigen dat de rechter besluit dat niet aan de nieuwe strenge ontvankelijkheidseisen behoeft te worden voldaan.¹⁰¹¹

766. Ook niet-ideële belangen kunnen vanzelfsprekend in een collectieve actie door een bevel of een verbod worden gediend. Een vordering tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst is één van de mogelijkheden die artikel 3:305a BW kent en die zal worden geformuleerd als een bevel tot nakoming. In de parlementaire toelichting is in dit verband als voorbeeld genoemd de vordering die ertoe strekt dat een fabrikant een constructiefout bij een in serie vervaardigd product herstelt.¹⁰¹² Ook kan worden gedacht aan een vordering van omwonenden die zich richten tegen de onrechtmatige uitstoot van een naastgelegen fabriek. Die vordering kan een ideële aard hebben (luchtkwaliteit), maar wanneer aan die vordering mede een waardedaling van de huizen ten grondslag wordt gelegd is er ook een evident materieel belang. Ook dat belang mag in een collectieve actie worden gediend door een belangenorganisatie.¹⁰¹³ Ook is denkbaar dat een belangenorganisatie een vordering instelt die ertoe strekt een einde te maken aan een inbreuk op het mededingingsrecht.¹⁰¹⁴ Ook een dergelijke vordering zal kunnen leiden tot een verbod of bevel.

12.3 Groepsacties en algemeen belang-acties

767. Collectieve acties kunnen worden onderscheiden in groepsacties en algemeen belang-acties.¹⁰¹⁵ Groepsacties zijn acties waarbij de personen om wier belangen het gaat zijn te individualiseren. Bij algemeen belang-acties is dat niet het geval, omdat zij zijn gericht op een algemeen belang dat in principe een ieder aan gaat en welk belang slechts door die collectiviteit kan worden afgedwongen. Een vordering die ertoe strekt dat bepaald overheidsbeleid onverbindend wordt verklaard is in principe een algemeen belang-actie. Te denken valt bijvoorbeeld aan de vorderingen die zich richtten tegen de coronamaatregelen van de overheid. Dat geldt dan zowel voor vorderingen die tot uitgangspunt namen dat die maatregelen niet ver genoeg gingen als voor vorderingen die tot uitgangspunt namen dat die maatregelen te ver gingen.

768. Ook andere ideële doelen zullen kunnen worden nagestreefd door een algemeen belang-actie. Reeds in het arrest *Nieuwe Meer* overwoog de Hoge Raad dat de belangen die waren betrokken bij de vordering die in wezen strekte tot het verkrijgen van een verbod tot verdere aantasting van het milieu, zich leenden voor bundeling.¹⁰¹⁶ Een vergelijkbare overweging is te vinden in een arrest van 18 december 1992.¹⁰¹⁷ Milieubelangen zijn ook nadrukkelijk genoemd in de parlementaire toelichting op artikel 3:305a BW.¹⁰¹⁸

769. Dat een dergelijke algemeen belang-actie in de regel zal leiden tot een vordering strekkende tot een rechterlijk bevel of verbod volgt veelal uit de aard van de zaak. Bij een dergelijke vordering

¹⁰¹¹ *Kamerstukken II* 2017/2018, 34608, nr. 6, p. 21.

¹⁰¹² *Kamerstukken II* 1991/1992, 22486, nr. 3, p. 24.

¹⁰¹³ Ik laat hier buiten beschouwing de mogelijkheid dat er bestuursrechtelijke opties zijn om tegen die uitstoot op te komen.

¹⁰¹⁴ Hierover: Zipporé 2009, p. 492.

¹⁰¹⁵ Frenk 1994, p. 6. Asser/Rensen 2-III 2017/197.

¹⁰¹⁶ HR 27 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AD3741, *NJ* 1987/743, m.nt. W.H. Heemskerk (*Nieuwe Meer*). Rensen wijst erop dat er in deze zaak ‘bijkomende omstandigheden, publiekrechtelijke voorschriften (waren) waartegen als het ware werd “aangeleund”.’ Zie Asser/Rensen 2-III 2017, 197.

¹⁰¹⁷ HR 18 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0808, *NJ* 1994/139, m.nt. C.J.H. Brunner en M. Scheltema (*Natuur en Milieu*).

¹⁰¹⁸ *Kamerstukken II*, 1991/1992, 22486, nr. 3, p. 1 en 21-23.

gaat het immers om het verrichten of nalaten van een bepaalde handeling waarbij alle betrokken personen hetzelfde belang hebben en welk belang niet te ontleden is in even zoveel rechtsverhoudingen als er betrokkenen zijn.¹⁰¹⁹ Dat in een dergelijk geval het rechterlijk bevel of verbod de aangewezen maatregel is, ligt in zoverre voor de hand dat uitsluitend door een rechterlijk bevel of verbod aan de bestreden gedraging een eind zal kunnen worden gemaakt of een uitblijvende gedraging zal kunnen worden afgedwongen. Juist daarin verschilt het rechterlijk bevel of verbod van een verklaring voor recht, die op zichzelf ook in een algemeen belang-actie aan de orde kan zijn.¹⁰²⁰

12.4 De algemeen belang-actie nader beschouwd

770. Het algemeen belang wordt van oudsher in de eerste plaats gediend door de overheid en het particuliere belang door het individu.¹⁰²¹ Bij het algemeen belang gaat het om een belang dat een ieder in de maatschappij raakt of in ieder geval een grote groep burgers die zich in vergelijkbare omstandigheden bevinden.¹⁰²² Het staken van de gaswinning in Groningen is zo'n algemeen belang. Weliswaar heeft niet iedereen in Nederland bij die staking baat, maar wel een grote groep burgers in het winningsgebied.¹⁰²³ De te verzinnen voorbeelden van algemene belangen die onderwerp van een civiele procedure kunnen zijn, zijn legio. Zo beschouwde de stichting Viruswaan in het staken van de door de overheid genomen corona-maatregelen als een algemeen belang en kon zij op grond daarvan procederen tegen die maatregelen. Met dat voorbeeld is ook gegeven dat het feit dat niet iedereen het eens is met de (doel)stellingen van een rechtspersoon, niet betekent dat zij zich niet voor het algemeen belang inzet. Nieuwenhuis omschreef het al eens treffend zo dat de belangen van alle burgers 'buitelen en botsen als wespen in hun nest.'¹⁰²⁴

771. Tegenover het algemeen belang staat het individuele belang. Daarbij gaat het om belangen van individuen: de nakoming van een overeenkomst, een vordering tot schadevergoeding of een vordering die strekt tot het verkrijgen van een bevel of verbod ter bescherming van een eigen subjectief recht. Indien meerdere individuen een vergelijkbare vordering hebben (denk aan vorderingen tegen een bank wegens een tekortschietende advisering bij een financieel product) leidt de bundeling van dergelijke individuele belangen wel tot een groepsactie, maar niet tot een algemeen belang actie. De optelsom van vele individuele belangen is nog geen algemeen belang. Schutgens omschrijft het verschil daarom zo: bij een collectieve actie (door mij zojuist aangeduid als groepsactie) zijn er individuen aan te wijzen jegens wie onrechtmatig wordt gehandeld (of jegens wie wanprestatie is gepleegd, die onverschuldigd hebben betaald) en die daarom op eigen naam hadden kunnen procederen. Bij een algemeen belang-actie geldt dat niet.¹⁰²⁵ Een andere omschrijving sluit daarbij aan: bij een algemeen belang-actie ontbreekt het beroep op een bijzonder, individueel belang of subjectief recht, respectievelijk op een bundeling van dergelijke belangen of rechten.¹⁰²⁶ Dat sluit overigens niet uit dat een individu op komt voor een algemeen belang. Om bij het voorbeeld van klimaatbescherming te blijven: het algemene belang dat daarmee gemoeid is raakt ook het individu en een individu hoeft geen rechtspersoon op te richten of anderszins een collectiviteit te vormen om daarvoor in rechte op te komen.

¹⁰¹⁹ Frenk 1994, p. 152.

¹⁰²⁰ Vgl. Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:305a BW, aant. 16.

¹⁰²¹ Kruithof wijst erop dat de overheid die het recht uitvoert, niet enig belang nastreeft, maar slechts respect voor de wet afdwingt. Zie Kruithof 2021, p. 92.

¹⁰²² Zie over de betekenis in België: Kruithof 2021, p. 78 e.v.

¹⁰²³ Het winnen van dat gas werd overigens lange tijd ook als een algemeen belang gezien, maar ik laat dat aspect onbesproken reeds omdat het weinig aannemelijk is dat er een collectieve actie zou worden ingesteld die tot een dergelijke winning strekt.

¹⁰²⁴ Nieuwenhuis 1998, p. 4.

¹⁰²⁵ Schutgens 2012, p. 211.

¹⁰²⁶ Heldeweg, Schlössels en Seerden 2000, p. 43.

772. Indien een fabriek giftige stoffen uitstoot in een kleine straal rondom die fabriek waar ik nooit kom, kan ik daar in principe niet tegen opkomen omdat ik daarbij geen (particulier) belang heb. De overheid zou, ervan uitgaande dat die uitstoot niet vergund is, handhavend kunnen optreden in het algemeen belang, maar ik heb mij daar in principe niet mee te bemoeien, althans niet uit hoofde van mijn eigen belangen. Maar als ik een stichting opricht die zich volgens haar statuten inzet voor de schone lucht (in een zekere straal rondom die fabriek), kan die stichting mogelijk ook, dus naast of in plaats van de overheid, opkomen tegen die uitstoot. Dat lijkt raar omdat op die manier soms heel politieke vraagstukken op het bureau van de civiele rechter komen.¹⁰²⁷ Brunner verzette zich hier in zijn noot onder het *Kuunders*-arrest al tegen.¹⁰²⁸ Hij merkte op dat het algemeen belang exclusief wordt behartigd door de overheid die, indien zij schade lijdt of dreigt te lijden ook op grond van een onrechtmatige daad daartegen bij de civiele rechter kan opkomen. Brunner meende daarom dat wij er beducht voor moeten zijn vorderingsrechten toe te kennen aan rechtspersonen die ‘als plaatsvervaarders van de overheid civielrechtelijk op naleving van de wet toezien.’ Het algemeen belang diende volgens hem dan ook niet te worden aangemerkt als een door artikel 6:162 BW beschermd belang. Nieuwenhuis daarentegen bekeek het vraagstuk breder en vanuit rechtstatelijk perspectief: ook de bewakers moeten worden bewaakt. De onderworpenheid van ook de overheid aan het recht brengt mee dat moet worden geaccepteerd dat ook die overheid onrechtmatige daden kan plegen en dat zij niet op voorhand gevrijwaard dient te blijven van civielrechtelijke aansprakelijkheid.¹⁰²⁹ Of die civielrechtelijke aansprakelijkheid ook dient te kunnen worden afgedwongen door een belangenorganisatie in een algemeen belang-actie is vanzelfsprekend weer een andere vraag. Hoe dan ook zullen hetzij door een individuele actie die betrekking heeft op een belang dat meer mensen raakt, hetzij door een algemeen belang actie politiek gevoelige zaken op het bord van de rechter kunnen komen. Daarbij kan het overheidshandelen ook worden getoetst aan de open normen van artikel 6:162 BW. Daardoor kan er rechterlijk optreden plaatsvinden op basis van een weging van belangen die volgens sommigen eigenlijk bij de politiek thuis hoort.¹⁰³⁰ Een dergelijk rechterlijk optreden kan ook nodig zijn in situaties waarin de wet niet voorziet of in situaties waarin er uitleg van de wet of supranationale normen dient plaats te vinden.

773. De kritiek die wordt geuit op rechters die ‘zich bemoeien’ met politieke kwesties hangt vaak samen met de visie die bestaat op de inrichting en onderlinge verhouding van de staatsmachten. Wie een volledige scheiding der machten voorstaat, zal gruwen bij de gedachte dat een rechter moet oordelen over vraagstukken die ook, of misschien zelfs primair, politiek van aard zijn. Wie vindt dat er veeleer een evenwicht tussen de machten bestaat, en niet een strikte scheiding, zal daar genuanceerder naar kijken. In beide visies is het de rechter die, geconfronteerd met een zaak, daarvoor niet kan weglomen (artikel 13 Wet algemene bepalingen).

774. De gedachte dat *uitsluitend* de overheid het algemeen belang behoort te behartigen is in mijn visie stellig achterhaald. Het is juist dat primair de overheid belast is met de behartiging van het algemeen belang. Maar de overheid is ook belast met de bescherming van de rechten van individuen die gezamenlijk eveneens een algemeen belang kunnen vormen. Dat kunnen subjectieve vermogensrechten zijn, maar ook fundamentele rechten die uit supranationale regelingen voortvloeien. De overheid kan daarbij tekort schieten, niet alleen wanneer hij de rechten van de burgers aantast, maar ook wanneer hij tekort schiet in zijn taak om de rechten van burgers te waarborgen, bijvoorbeeld door de rechten van anderen te beknotten. In een rechtsstaat past het niet dat een schending van rechten van individuen door de overheid moet worden geaccepteerd louter omdat die rechten ook een algemeen belang vormen met de behartiging waarvan de overheid is belast. Indien de overheid daarbij

¹⁰²⁷ Zie voor een opiniërende kanttekening hierbij Teunissen 2008. Zie over dit onderwerp nader: Schutgens 2012.

¹⁰²⁸ HR 18 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0808, *NJ* 1994/139 (*Natuur en Milieu*), m.nt. M. Scheltema en C.J.H. Brunner.

¹⁰²⁹ Nieuwenhuis 1998, p. 15.

¹⁰³⁰ Hierover: Heldeweg, Schlössels en Seerden 2000, p. 36/37.

tekort schiet, dient zij daarop te kunnen worden aangesproken. Als de rechter het overheidshandelen of -nalaten toetst aan het recht bedrijft hij geen politiek, maar voert hij zijn kerntaak uit. Of, zoals Schutgens het stelt, in een goed werkende rechtstaat krijgen de politieke ambten per definitie af en toe een rechterlijke tik op de vingers.¹⁰³¹ Wanneer die toepassing van het recht de politiek niet bevalt, kan de politiek het recht veranderen.¹⁰³²

12.5 De ontwikkeling van de algemeen belang-actie in de jurisprudentie

775. Het uitgangspunt dat een algemeen belang door een belangenorganisatie aan de burgerlijke rechter kan worden voorgelegd is, behalve in artikel 3:305a BW, in de jurisprudentie inmiddels ook ruimschoots aanvaard. Die ontwikkeling zette zich al in voordat artikel 3:305a BW van kracht werd.

776. In het al genoemde arrest *Nieuwe Meer* ging het om een aantal milieuverenigingen die vorderden dat de gemeente Amsterdam het storten van bagger afkomstig uit de Amsterdamse grachten in de Nieuwe Meer zou staken zolang de daarvoor vereiste vergunningen niet waren afgegeven.¹⁰³³ De Hoge Raad oordeelde dat tot uitgangspunt dient dat de enkele doelomschrijving van een rechtspersoon deze weliswaar nog niet bevoegd maakt om ter zake van aantasting van de belangen waarvan zij blijkens die omschrijving de behartiging op zich heeft genomen, bij de burgerlijke rechter een vordering in te stellen, maar dat zich op dat uitgangspunt een uitzondering voordeed. Daarbij werd van belang geacht dat de belangen die in het geding waren zich voor ‘bundeling’ leenden, maar bovendien – en dat is voor het onderwerp van dit boek van belang – dat een efficiënte rechtsbescherming tegen een dreigende aantasting van die belangen ‘niet onaanzienlijk (zou) kunnen worden bemoeilijkt’ indien een dergelijke bundeling niet mogelijk zou zijn.¹⁰³⁴ De reden daarvoor is dat de gevolgen van een aantasting van de beschermde (milieu)belangen een grote groep burgers raakt, terwijl de gevolgen van een eventuele aantasting ten aanzien van ieder van die burgers zich moeilijk laten voorzien. Een duidelijke erkenning dus van de noodzaak uit het oogpunt van rechtsbescherming om een algemeen belang-actie te kunnen instellen. Dit arrest maakt bovendien duidelijk waarom er een noodzaak is om (een collectiviteit van) burgers daartoe bevoegd te achten: het was een overheidsorgaan dat de te bundelen belangen schond, zodat niet erop kon worden gerekend dat de geschonden belangen door diezelfde overheid zouden worden beschermd.

777. Op de overwegingen in het arrest *Nieuwe Meer* is voortgebouwd in de zaak *Kuunders / Natuur en Milieu*.¹⁰³⁵ In die zaak werd door een aantal milieuorganisaties geprocedeerd tegen een varkensboer, dus niet tegen een overheidslichaam. Ook in die zaak werd evenwel de vraag aan de orde gesteld of de milieuorganisaties ontvankelijk waren in hun vorderingen bij de burgerlijke rechter. Het hof had nauw aangesloten bij de overwegingen van de Hoge Raad in het *Nieuwe Meer*-arrest en de overwegingen van het hof waren daarom ook volgens de Hoge Raad, juist. Opnieuw ging het hier om een algemeen belang-actie die gericht was op bescherming van het milieu en waarbij de overheid tegen de gestelde aantasting niet optrad.

778. De arresten *Nieuwe Meer* en *Kuunders* waren vooraf gegaan door het *LSV*-arrest, waarin het ging om de vraag of de LSV, een organisatie van medisch specialisten, een voldoende belang had om namens medisch specialisten beschikkingen krachtens de prijzenwet aan te vechten. Dat belang werd

¹⁰³¹ Schutgens 2020.

¹⁰³² Ik realiseer mij vanzelfsprekend dat het niet altijd zo zwart-wit ligt als ik het nu schets. Toepassing van het recht betekent ook toepassing van open en soms vage normen, al dan niet door reflexwerking van niet rechtstreeks werkende (niet bindende) internationale normen. Die zijn niet eenvoudig aan te passen. Hierover nader: Van der Helm 2019A en Schutgens 2020, die het aldus uitdrukt dat de rechter ‘een beetje met normen kan toveren.’

¹⁰³³ HR 27 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AD3741, NJ 1987/743, m.nt. W.H. Heemskerk (*Nieuwe Meer*).

¹⁰³⁴ Aldus ook Brunner in zijn noot onder HR 18 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0808, NJ 1994/139, m.nt. M. Scheltema en C.J.H. Brunner (*Natuur en Milieu*).

¹⁰³⁵ HR 18 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0808, NJ 1994/139, m.nt. M. Scheltema en C.J.H. Brunner (*Natuur en Milieu*).

aangenomen en daarbij werd mede betekenis toegekend aan het feit dat ‘het noch in het belang van de Staat, noch in het belang van de goede rechtspleging zou zijn, wanneer allerhande individuele medische specialisten omtrent de beschikkingen eigen procedures aanhangig zouden maken.’ Het belang van een efficiënte rechtspleging speelde dus ook in dit arrest al een rol, maar de vraag wanneer een belangenorganisatie een algemeen belang-actie aanhangig kan maken niet.¹⁰³⁶

779. Voor de positie van de belangenorganisatie in een algemeen belang-actie is het *SGP*-arrest belangrijk.¹⁰³⁷ Interessant aan die zaak is onder meer dat door de Clara Wichmann-Stichting een belang werd gediend van vrouwen die dat belang zelf niet gediend wilden zien worden. Dat bracht de Staat onder meer tot de conclusie dat de Clara Wichmann-Stichting niet-ontvankelijk behoorde te worden verklaard omdat het algemeen belang van alle burgers in Nederland bij handhaving van het verbod van discriminatie op grond van geslacht niet samenviel met het veel beperktere belang van de specifieke groep vrouwen om wie het ging. Dat betoog faalde omdat de in artikel 3:305a BW gestelde eis van gelijksoortigheid inhoudt dat de belangen ter bescherming waarvan de rechtsvordering strekt, zich lenen voor bundeling, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van de belanghebbenden kan worden bevorderd. De Clara Wichmann-Stichting behartigt ingevolge haar statuten de belangen waarvoor zij in de procedure op kwam, namelijk het algemeen belang van alle burgers in Nederland bij handhaving van het grondrecht op gelijke behandeling door optreden van de Staat tegen discriminatie wegens geslacht. En omdat het de Clara Wichmann-Stichting te doen was om het handhaven van dat grondrecht, was voldaan aan de eis van gelijksoortigheid. Dat een specifieke groep vrouwen de actie van de Clara Wichmann-Stichting niet wenste, is dan niet doorslaggevend vanwege het algemene karakter van het belang van alle burgers in Nederland waarvoor wordt opgekomen.¹⁰³⁸

780. Het belang van de algemeen belang-actie is evident geworden door de *Urgenda*-zaak.¹⁰³⁹ Urgenda is een stichting die zich ten doel stelt transitieprocessen naar een duurzame samenleving te stimuleren en te versnellen. Zij zet zich, met andere woorden, in voor milieudoelstellingen. Urgenda heeft een bodemprocedure tegen de Staat aanhangig gemaakt die ertoe strekte dat aan de Staat een bevel zou worden gegeven om de CO₂-uitstoot met een zeker percentage terug te dringen. Zij zette zich daarmee niet alleen in voor de huidige bewoners van Nederland en in andere landen, maar ook voor toekomstige bewoners van Nederland en andere landen. Rechtbank en hof wezen de vordering toe.

781. De Hoge Raad stelde voorop dat Urgenda als belangenorganisatie die op komt voor de belangen van ingezetenen van Nederland een beroep kan doen op de voor de Staat uit de artikelen 2 en 8 EVRM voortvloeiende verplichtingen. Die belangen zijn immers voldoende gelijksoortig en lenen zich voor bundeling, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van hen wordt bevorderd. Daaraan voegde de Hoge Raad toe dat juist bij milieubelangen de rechtsbescherming door een dergelijke bundeling van belangen bij uitstek efficiënt en effectief is. Die overweging is mede in de sleutel van artikel 13 EVRM gezet.

782. Dat Urgenda als belangenorganisatie een algemeen belang-actie kon voeren, was in de procedure niet werkelijk in geschil. Uit het vonnis van de rechtbank is af te leiden dat de Staat niet betwistte dat Urgenda ontvankelijk is wanneer zij namens de huidige generatie Nederlanders opkomt tegen de emissies van broeikasgasen vanaf het Nederlandse grondgebied.¹⁰⁴⁰ Evenmin betwistte de Staat dat de reductievordering van Urgenda behoort tot de vorderingen die met artikel 3:305a BW mogelijk zijn gemaakt. De Staat heeft zich bovendien gerefereerd aan het oordeel van de rechtbank ten aanzien

¹⁰³⁶ HR 1 juli 1983, ECLI:NL:HR:1983:AD5666, *NJ* 1984/360 (*LSV*).

¹⁰³⁷ HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, *NJ* 2010/388, m.nt. E.A. Alkema (*SGP*).

¹⁰³⁸ Schutgens & Sillen noemen dit ‘wat paternalistisch.’ Zie Schutgens & Sillen 2021, p. 169.

¹⁰³⁹ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41 (*Urgenda*).

¹⁰⁴⁰ Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda*).

van de vraag of Urgenda ontvankelijk was voor zover zij op komt voor toekomstige generaties. De Staat stelde zich alleen op het standpunt dat Urgenda niet ontvankelijk is voor zover zij op komt voor de belangen van huidige of toekomstige generaties in andere landen. De rechtbank verwierp dat laatste betoog op grond van het feit dat Urgenda op grond van haar statuten op komt voor een belang dat de landsgrenzen naar zijn aard overschrijdt.

783. In de procedure bij het hof heeft de Staat een grief gericht tegen het oordeel dat Urgenda ook kan opkomen voor toekomstige generaties binnen Nederland en personen en toekomstige generaties buiten Nederland. Het hof heeft geoordeeld dat de Staat bij die grief geen belang had omdat de vordering van Urgenda reeds toewijsbaar was voor zover Urgenda op komt voor de huidige generatie Nederlanders, respectievelijk personen die zijn onderworpen aan de rechtsmacht van de Staat in de zin van artikel 1 EVRM.¹⁰⁴¹

784. Wat in ieder geval niet in geschil was (afgezien van de meer principiële vraag of de rechter zich op dat terrein mocht begeven), was het (procedurele) feit dat een belangenorganisatie door middel van een rechterlijk bevel kan afdwingen dat de Staat vergaande maatregelen neemt op een gebied dat typisch tot een algemeen belang behoort. *Urgenda* is daarmee het voorlopige sluitstuk van de ontwikkeling van de algemeen belang-actie tegen de overheid.¹⁰⁴² Daarmee is niet gezegd dat vraagstukken die ook een politieke lading hebben, in volle omvang op het bordje van de civiele rechter komen te liggen. *Urgenda* maakt ook dat duidelijk. Ik kom daar hierna op terug.

12.6 Behartiging van gelijksoortige belangen

785. Uit artikel 3:305a BW volgt dat een stichting of vereniging met volledige rechtspersoonlijkheid een collectieve vordering ten behoeve van bepaalde belangen kan instellen, voor zover zij althans die belangen ingevolge haar statuten behartigt. Dit is een tweeledige eis: niet alleen moeten de te behartigen doelstellingen in de statuten zijn geformuleerd, maar ook moeten activiteiten op dat gebied daadwerkelijk worden ontplooid.¹⁰⁴³ Of, zoals in de parlementaire toelichting is opgenomen, ‘de vlag moet de lading wel dekken.’¹⁰⁴⁴ Die eis gaat overigens niet zo ver dat al activiteiten op het gebied van de belangenbehartiging moeten zijn genomen. Uit de oprichting en de daarvoor vereiste activiteiten kan al volgen dat de organisatie zich de belangen aantrok. Een ad hoc-organisatie kan dus toegang hebben tot de burgerlijke rechter.¹⁰⁴⁵ Een beperking ligt wel in de eis die aan de statuten kan worden gesteld. De omschrijving van het te behartigen belang in die statuten mag niet zo ruim zijn dat vrijwel ieder belang daaronder kan vallen. Een algemeen belang-organisatie moet daarom een voldoende specifiek omschreven algemeen belang behartigen, en niet ‘het algemeen belang’ in abstracto. Dit belang moet vervolgens ook in voldoende mate met de ingestelde rechtsvordering worden gediend.¹⁰⁴⁶

786. De te behartigen belangen moeten bovendien gelijksoortig zijn. In het *SGP*-arrest overwoog de Hoge Raad met betrekking tot dit vereiste dat het inhoudt dat de belangen ter bescherming waarvan de rechtsvordering strekt, zich lenen voor bundeling, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van de belanghebbenden kan worden bevorderd. Omdat het in die zaak ging om het

¹⁰⁴¹ Gerechtshof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (*Urgenda*).

¹⁰⁴² De rechtbank Den Haag wees inmiddels vonnis in een collectieve actie tegen Shell. Tegen dat vonnis is hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof Den Haag. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie/Shell*).

¹⁰⁴³ Kamerstukken II 1991-1992, 22 486, nr. 3, p. 20. Vgl. Rb. Den Haag 5 september 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:10645. Kamerstukken II 1991-1992, 22 486, nr. 3, p. 20.

¹⁰⁴⁴ Kamerstukken II 1991-1992, 22 486, nr. 3, p. 20 en 21.

¹⁰⁴⁵ Kamerstukken II 1991-1992, 22 486, nr. 3, p. 20 en 23.

¹⁰⁴⁶ Schutgens & Sillen 2021, p. 166.

handhaven van een grondrecht, een algemeen belang van alle burgers in Nederland, werd aan de eis van gelijksoortigheid voldaan.¹⁰⁴⁷

787. Opmerking verdient dat door de vroegere wettekst niet was vereist dat de rechtspersoon die in de collectieve actie optreedt, representatief is.¹⁰⁴⁸ In een arrest van 26 februari 2010 heeft de Hoge Raad uitdrukkelijk overwogen dat het feit dat een deel van de personen ter bescherming van wier belangen de collectieve actie strekt, niet instemt met (het doel van) de rechtsvordering of zelfs een tegenovergesteld standpunt inneemt, niet eraan in de weg staat dat wordt geoordeeld dat de vordering strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen.¹⁰⁴⁹ In de parlementaire toelichting op de vroegere wettekst is ten aanzien van de eis van representativiteit opgemerkt dat die niet met zoveel woorden is gesteld, maar impliciet is terug te vinden ‘in de verschillende deelaspecten van de regeling.’¹⁰⁵⁰ Het werd daarom niet nodig geacht de eis van representativiteit met zoveel woorden op te nemen. Het ontbreken van die representativiteitseis betekende strikt genomen ook dat een belangenorganisatie op eigen initiatief zich een belang kan gaan aantrekken van derden die daarvan misschien helemaal niet gediend zijn. Tegelijkertijd kon een organisatie zich de belangen aantrekken van personen die daartoe zelf niet in staat zijn en die mogelijk niet weten van de mogelijkheden die daartoe in Nederland bestaan.¹⁰⁵¹

788. Thans is in artikel 3:305a lid 2 BW de eis van representativiteit met zoveel woorden opgenomen en uitgewerkt. De eis van representativiteit is een uitwerking van de in lid 1 gestelde eis dat de ‘belangen van andere personen’ voldoende zijn gewaarborgd. In lid 2 is opgenomen wanneer dat het geval is en de representativiteit is een onderdeel daarvan. Uit lid 2 volgt dat de representativiteit wordt getoetst aan de hand van het criterium ‘gelet op de achterban en de omvang van de vertegenwoordigde vorderingen’.

789. De ontvankelijkheidscriteria van het tweede lid zijn nadrukkelijk bedoeld ter bescherming van de personen om wier belangen het gaat. De ontvankelijkheidscriteria vormen een ‘filter’ dat moet voorkomen dat ‘de collectieve (schadevergoedings-)actie een vrijplaats wordt voor commercieel ingestelde organisaties, die de belangen van de personen voor wie zij opkomen op de tweede plaats hebben staan.’¹⁰⁵² Met de eis van representativiteit gaat het om de ‘mate waarin een belangenorganisatie als representatief voor deze groep gedupeerden kan worden gezien.’¹⁰⁵³ Een aspect dat daarbij een rol kan spelen is het aantal aangesloten gedupeerden en de omvang van hun vorderingen ten opzichte van het totaal aantal gedupeerden van een massagebeurtenis en de door hen gevorderde schadevergoeding. Met andere woorden: er zal een beeld moeten ontstaan van de groep mensen die door een bepaalde gebeurtenis is getroffen en van de (tot die grotere groep behorende) groep mensen die door de belangenorganisatie wordt vertegenwoordigd. De bedoeling is nadrukkelijk om te voorkomen dat een belangenorganisatie zonder achterban een vordering kan instellen. Zij moet kwantitatief voor een voldoende groot deel van de gedupeerden opkomen.¹⁰⁵⁴ Het is daarbij overigens niet uitgesloten dat meerdere belangenorganisaties voldoende representatief zijn. Uit die belangenorganisaties zal de rechter een zogenaamde exclusieve belangenbehartiger kunnen aanwijzen (artikel 1018e Rv).

¹⁰⁴⁷ HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, NJ 2010/388, m.nt. A.E. Alkema (SGP).

¹⁰⁴⁸ In de huidige wettekst is die eis wel gesteld, zie lid 2. Zie hierover onder meer Van Deursen & Vetzo 2021.

¹⁰⁴⁹ HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756, NJ 2011/473, m.nt. H.J. Snijders (*Stichting Baas in Eigen Huis/Plazacasa*).

¹⁰⁵⁰ Kamerstukken II 1991-1992, 22 486, nr. 3, p. 21.

¹⁰⁵¹ Vgl. Gerechtshof Den Haag 20 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1664 (*We gaan ze halen*). In deze zaak kwam een Stichting op voor niet nader bepaalde asielzoekers in Griekse en Italiaanse opvangcentra, die van de hele procedure geen weet hadden.

¹⁰⁵² Kamerstukken II 2016-2017, 34 608, nr. 3, p. 18.

¹⁰⁵³ Kamerstukken II 2016-2017, 34 608, nr. 3, p. 18.

¹⁰⁵⁴ Kamerstukken II 2016-2017, 34 608, nr. 3, p. 19.

790. Bij een algemeen belang-actie zal de vordering veelal gericht zijn op de bescherming van een ideëel belang, en dus niet strekken tot vergoeding van schade. Bij het tot stand komen van de oorspronkelijke regeling is die mogelijkheid al onder ogen gezien. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is destijds opgenomen dat met een collectieve actie kan worden opgekomen voor belangen die mensen rechtstreeks raken, of die mensen zich vanuit een bepaalde overtuiging hebben aangetrokken. Het doet 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.¹⁰⁵⁵ Dat alles werd geen bezwaar geacht.

791. Ik heb hiervóór (randnummer 765) al uitgewerkt dat artikel 3:305a lid 6 BW erin voorziet dat de rechter een belangenorganisatie ontvankelijk kan verklaren zonder dat is voldaan aan de vereisten van artikel 3:305a lid 2, subonderdelen a-e en lid 5. De vordering moet dan een ideëel doel hebben of een heel beperkt financieel belang, en mag niet strekken tot schadevergoeding. Ook kan een uitzondering op de ontvankelijkheidseisen worden gemaakt wanneer de aard van de vordering van de rechtspersoon als bedoeld in lid 1 of van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt, daartoe aanleiding geeft. In veel gevallen zullen procedures die tegen de overheid worden gevoerd een ideëel doel hebben en zal er dus ruimte zijn om deze uitzondering toe te passen. Niet voor niets is in de toelichting op lid 6 opgenomen dat ‘het doel van lid 6 is ruimte te laten voor collectieve acties die in beginsel niet zijn gericht op het verkrijgen van schadevergoeding.’¹⁰⁵⁶

792. Het is de vraag of met de uitzondering van lid 6 ook het vereiste van representativiteit overboord kan worden gezet.¹⁰⁵⁷ De eis van representativiteit staat immers in de aanhef van lid 2, terwijl de uitzondering betrekking heeft op de subonderdelen a-e. De toelichting spreekt in meer algemene zin van een uitzondering op lid 2, maar dat is te verklaren door het feit dat het oorspronkelijke wetsvoorstel dat ook deed.¹⁰⁵⁸ Voor een meer algemene uitzondering op de (alle) ontvankelijkheidseisen pleit dat lid 6 is bedoeld om ruimte te laten voor collectieve acties die niet zijn gericht op schadevergoeding. In dergelijke gevallen zal het vaak niet eenvoudig zijn te bepalen wat de groep mensen is die door een bepaald belang wordt geraakt en voor welk deel daarvan een belangenorganisatie op komt. Daar staat echter het volgende tegenover. In het oorspronkelijke wetsvoorstel was een uitzondering voorzien op de ‘leden 2, 3 en 5’, dus zonder de beperking ‘subonderdelen a-e’. Volgens dat oorspronkelijke wetsvoorstel had de uitzondering dus ook betrekking op de eis van representativiteit. De latere beperking tot de subonderdelen a-e is in de wettekst terecht gekomen door een amendement.¹⁰⁵⁹ In de toelichting op het amendement is te lezen dat het ertoe strekt ervoor te zorgen ‘dat de massaschadeprocedure niet openstaat voor vorderingen door onrepresentatieve rechtspersonen met winst oogmerk zonder band met Nederland.’ Strikt naar de tekst van de wet genomen geldt de eis van representativiteit daarmee ook voor ideële belangenorganisaties. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde inmiddels in deze zin.¹⁰⁶⁰

793. Een strikte toepassing van de representativiteits eis kan bij ideële belangen echter tot problemen leiden. De representativiteit moet volgens lid 2 immers worden getoetst aan ‘de achterban en de omvang van de vertegenwoordigde vorderingen.’ Die tweede toetssteen valt bij ideële belangen weg, zodat ‘de achterban’ resteert. Het is nog niet eenvoudig te bepalen hoe moet worden vastgesteld of een

¹⁰⁵⁵ Kamerstukken II 1991-1992, 22 486, nr. 3, p. 22.

¹⁰⁵⁶ Kamerstukken II, 207-2018, 34608, nr. 6, p. 21.

¹⁰⁵⁷ Hierover: Schrama & Bosselaar 2021.

¹⁰⁵⁸ Kamerstukken II, 2016-2017, 34608, nr. 3, p. 29. Zie ook Kamerstukken II, 2017-2018, 34608, nr. 6, p. 21. Zie ook Oving 2020, p. 12.

¹⁰⁵⁹ Kamerstukken II, 2018-2019, 34608, nr. 14.

¹⁰⁶⁰ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 8 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10177. Het arrest is in stand gelaten door HR 11 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:347, *RvdW* 2022/301, maar de Hoge Raad behoeft over deze vraag niet te oordelen.

belangenbehartiger representatief is, als diens achterban niet kan worden afgezet tegen een grotere groep mensen met eenzelfde belang.¹⁰⁶¹ De al genoemde *SGP*-zaak maakt dat duidelijk.¹⁰⁶² Uit het arrest van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat de Clara Wichmann Stichting niet representatief was voor ‘vrouwen die zich eventueel voor de SGP kandidaat zouden willen stellen’. Die vrouwen wensten immers de actie van de Clara Wichmann Stichting niet (4.3.2 van het arrest). Dat was geen probleem omdat Clara Wichmann zich inzette voor een grondrecht dat van belang is voor alle burgers van Nederland. Dat was ongetwijfeld waar, maar daarmee is toch niet gezegd dat de Clara Wichmann Stichting op die grond representatief was voor alle burgers in Nederland, of in ieder geval voor een groot deel daarvan. Een belangrijk deel van de Nederlanders zal het passieve kiesrecht in algemene zin, en dat voor SGP-leden in het bijzonder, koud laten. En Deursen & Vetzo wijzen erop dat de Stichting Viruswaarheid opkomt ‘voor het behoud van de democratische rechtstaat’.¹⁰⁶³ Met dat doel zullen maar weinigen in Nederland het oneens zijn, maar toch zou ik niet willen aannemen dat de Stichting Viruswaarheid representatief is voor alle Nederlanders. Zij is ongetwijfeld wel representatief voor haar eigen achterban (als die al is vast te stellen). Maar als dat de toets is, heeft die weinig toegevoegde waarde. Voor iedere overtuiging kan immers wel een achterban worden gevonden.

794. De oplossing moet wat mij betreft van geval tot geval worden gezocht. Het amendement dat heeft geleid tot wijziging van het voorgestelde lid 2 had duidelijk een beperkend doel. De vrees van de indieners van het amendement was dat het voorgestelde lid 6 ‘de deur open (zet) voor vorderingen mét winstoogmerk en/of vorderingen zónder nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer, terwijl een afdoende rechtvaardiging daarvoor ontbreekt.’ Die vrees rechtvaardigt niet om iedere ideële actie langs een strenge representativiteits-lat te leggen. Dan zou het kind met het badwater worden weggegooid.

12.7 De bijzondere positie van de overheid bij bevel- en verbodsacties

795. Het feit dat de drempel voor een algemeen belang-actie niet hoog is, betekent vanzelfsprekend niet dat de toewijzing van een bevel of verbod tegen de overheid geen sinecure is. De positie van de overheid verklaart dat in belangrijke mate. Het is immers de overheid die het beleid maakt en uitvoert en daarbij tot op zekere hoogte beleidsruimte heeft. Ik werk dat uit.

796. Het begrip ‘beleidsvrijheid’ of ‘beleidsruimte’ komt¹⁰⁶⁴, gelet op het takenpakket van de overheid, regelmatig voor wanneer de aansprakelijkheid van de overheid in het geding is, bijvoorbeeld wanneer de wet- en regelgevende bevoegdheden van de overheid aan de orde zijn,¹⁰⁶⁵ de bevoegdheden van de overheid als toezichthouder¹⁰⁶⁶, de overheid als instantie die straffen ten uitvoer legt¹⁰⁶⁷ of als speler op het terrein van het buitenlands beleid.¹⁰⁶⁸ Maar ook in het kader van de aansprakelijkheid voor opstallen of de aansprakelijkheid van waterschappen wordt het begrip

¹⁰⁶¹ Zie bijvoorbeeld de strikte toepassing in Hof Arnhem-Leeuwarden 8 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10177, waarin het hof overwoog dat er geen informatie over de achterban was verstrekt.

¹⁰⁶² HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, *NJ* 2010/388, m.nt. E.A. Alkema (*SGP*).

¹⁰⁶³ Deursen & Vetzo 2021. Inmiddels oordeelde het Gerechtshof Den Haag dat in een specifieke zaak niet vastgesteld kon worden dat de Stichting Viruswaarheid voldeed aan de representativiteitseis. Zie Hof Den Haag 19 april 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:643.

¹⁰⁶⁴ Ik gebruik in navolging van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Hoge Raad de termen ‘beleidsruimte’ en ‘beoordelingsruimte’ in plaats van beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid. Een overheidsorgaan opereert immers niet in volledige vrijheid, maar heeft de ruimte om een keuze tussen verschillende beleidsalternatieven te maken. Wie de lagere jurisprudentie bekijkt ziet dat de term ‘beleidsruimte’ nog niet goed is ingeburgerd.

¹⁰⁶⁵ Bijvoorbeeld: Gerechtshof Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1736.

¹⁰⁶⁶ Bijvoorbeeld: HR 21 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3349, *NJ* 2015/217; HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, *NJ* 2008/527 (*Vie d’or*) en HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987, *NJ* 2017/372 (*asbest*).

¹⁰⁶⁷ Bijvoorbeeld: Rb. Den Haag (vzr.) 30 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:9411.

¹⁰⁶⁸ HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3693, *NJ* 2002/217, m.nt. T. Koopmans (*Kernwapens*).

beleidsruimte of het begrip beoordelingsruimte regelmatig gehanteerd.¹⁰⁶⁹ Beleidsruimte is iets anders dan beoordelingsruimte: bij beoordelingsruimte gaat het om de bevoegdheid van de overheid om te beoordelen of zich het geval voordoet waarvoor de betrokken bevoegdheid is gegeven.¹⁰⁷⁰

797. Het begrip beleidsruimte is noch in de wet, noch in de jurisprudentie gedefinieerd. Het is nauw verbonden met en afhankelijk van de grote hoeveelheid taken die de overheid heeft uit te voeren en de keuzes die bij die uitvoering zijn te maken. Beleidsruimte geeft aan dat er grenzen zijn waarbinnen de overheid vrij moet zijn om naar eigen inzicht te handelen.¹⁰⁷¹ Voor zover die grenzen niet zijn getrokken bij de wettelijke omschrijving van de overheidstaak, worden deze bepaald door de aard van die taak en de omstandigheden waaronder deze moet worden volbracht.¹⁰⁷² Beleidsruimte kan dus voortvloeien uit de regels die worden toegepast en die de overheid ruimte laten om hetzij op de ene, hetzij op de andere manier die regels ten uitvoer te leggen, maar beleidsruimte kan ook samenhangen met het feit dat er afwegingen van politieke aard moeten worden gemaakt. Tenzij die afwegingen dwingend worden ingevuld door (hoger) recht, dient de rechter de overheid daarbij ruimte te laten. Beleidsruimte brengt aldus mee dat de overheid ruimte nodig heeft om zó te handelen als de omstandigheden gebieden.¹⁰⁷³ Beleidsruimte brengt ook mee dat de rechter niet of slechts zeer terughoudend oordeelt over de wijze waarop de overheid haar bevoegdheden binnen die beleidsruimte toepast. Al in de *Landsmeer*-arresten overwoog de Hoge Raad dat, als de overheid gebruik maakt van een discretionaire bevoegdheid zij ‘*bij de afweging van de daarbij in aanmerking komende belangen in beginsel vrij is naar eigen inzicht de rangorde dier belangen te bepalen en overeenkomstig dat inzicht te beslissen*’.¹⁰⁷⁴ Voor de burgerlijke rechter bestaat dan slechts ruimte om in te grijpen indien de overheid de bevoegdheid aanwendt voor een ander doel dan waarvoor deze is gegeven, of indien de overheid bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot zijn besluit heeft kunnen komen. Die laatste toets legde de Hoge Raad ook aan in het arrest *Hirsi Ali*, dat betrekking had op de vraag of de Staat jegens andere bewoners van een appartementencomplex onrechtmatig handelde door in het complex een appartement voor te beveiligen personen – in dit geval: *Hirsi Ali* – in te richten.¹⁰⁷⁵ Ook ten aanzien van het toezicht door de Arbeidsinspectie stond ter beoordeling van de burgerlijke rechter slechts of de Arbeidsinspectie in ‘*redelijkheid tot haar beleid met betrekking tot toezicht en controle dan wel tot haar optreden in een concreet geval heeft kunnen komen*’.¹⁰⁷⁶

798. Volgens Snijders betekent het bestaan van beleids- en beoordelingsruimte dat de beslissing van en de beoordeling door de overheid als zodanig slechts marginaal kan worden getoetst door de rechter.¹⁰⁷⁷ Die marginale toetsing brengt mee dat moet worden getoetst of het betrokken overheidsorgaan in redelijkheid tot zijn beslissing heeft kunnen komen. Sieburgh komt juist tot de conclusie ‘*dat naar huidige opvatting het aan de overheid toekennen van een zekere beleidsvrijheid niet impliceert dat het overheidsoptreden slechts marginaal kan worden getoetst; zie uitdrukkelijk in deze zin HR 9 november 2001, NJ 2002/446 (Van den Berg/Waterschap de oude Rijnstromen)*’, zij het dat zij een kentering bespeurt in de meer recente jurisprudentie.¹⁰⁷⁸ Hartlief zegt het in zijn noot onder het *Wilnis*-arrest zo: ‘*Kern van de zaak is, in beide visies, dat naar mate de overheid meer beleidsvrijheid heeft, de rechter minder ruimte heeft om zijn oordeel over wat juist optreden was in de*

¹⁰⁶⁹ HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, NJ 2012/155, m.nt. T.Hartlief (*Wilnis*). Zie bijvoorbeeld ook HR 9 oktober 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4240, NJ 1982/332, m.nt. C.J.H. Brunner (*Bargerbeek*). Zie ook de toelichting op art. 6:174 BW: PG Boek 6 (Inv. 3,5 en 6), p. 1394.

¹⁰⁷⁰ G. Snijders, Mon. BW A26a/15.

¹⁰⁷¹ Hierover ook: Smith & Kloosterhuis 2022.

¹⁰⁷² HR 29 maart 1940, NJ 1940, p. 1128 (*Heldenkermis*).

¹⁰⁷³ Asser / Sieburgh, 6-IV 2019/358 en de daar genoemde jurisprudentie.

¹⁰⁷⁴ HR 4 januari 1963, ECLI:NL:HR:1963:161, NJ 1964/202 en 204 (*Landsmeer*).

¹⁰⁷⁵ HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7463, NJ 2007/3 (*Hirsi Ali*).

¹⁰⁷⁶ HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987, NJ 2017/372 (*asbest*).

¹⁰⁷⁷ G. Snijders, Mon. BW A26a/15.

¹⁰⁷⁸ Asser / Sieburgh, 6-IV, 2019/358 en de daar genoemde jurisprudentie.

*plaats te stellen van dat van de overheid.*¹⁰⁷⁹ Omgekeerd betekent dit dat, naarmate de overheid minder vrijheid heeft, er ook minder aanleiding voor de burgerlijke rechter zal zijn om terughoudend te toetsen.

799. De beleidsruimte van de overheid kan ook een rol spelen bij de toetsing van niet-formele wetgeving aan algemene rechtsbeginselen. Omdat die toetsing niet vaak tot een rechterlijk bevel of verbod zal leiden (een wetgevingsbevel is immers niet toegestaan, zie paragraaf 12.9) volsta ik op dit punt met een verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 24 september 2021, waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de in eerdere arresten voorgeschreven toetsingsintensiteit van niet-formele wetgeving aan algemene rechtsbeginselen, overeen komt met de wijze waarop de bestuursrechter daarover oordeelt.¹⁰⁸⁰

12.8 Wat betekent het bestaan van beleidsruimte voor het bevel en verbod?

800. Het bestaan van beleidsruimte heeft belangrijke consequenties voor de toewijsbaarheid van een rechterlijk bevel en verbod tegen de overheid. Met name zaken op het gebied van het buitenlands- en defensiebeleid laten dat zien.

801. Voordat ik de relevante jurisprudentie bespreek, roep ik daarbij in herinnering dat artikel 3:296 BW betrekking heeft op verbintenissen en andere rechtsplichten. Als de overheid wordt aangesproken op het gevoerde beleid, zal de vordering meestal gebaseerd zijn op een gesteld onrechtmatig handelen. Hiervóór, bij de bespreking van de vraag of artikel 3:296 BW een discretionaire vrijheid voor de rechter in het leven roept, heb ik die vraag ontkennend beantwoord, maar ook uiteen gezet dat de rechter wel vrijheid heeft om een bepaald handelen al dan niet onrechtmatig te oordelen of een bepaalde overeenkomst uit te leggen op een wijze die hem vrijheid geeft bij het al dan niet opleggen van een bevel of verbod.

802. Voor de beleidsruimte van de overheid geldt iets dergelijks. Het al dan niet bestaan van beleidsruimte raakt niet de vraag of de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft, maar het raakt de vraag of er voor de overheid een bepaalde rechtsplicht geldt. Om dat te concretiseren: ter bestrijding van de verspreiding van het coronavirus heeft de Staat verschillende maatregelen kunnen nemen en genomen. De eerste vraag bij het toetsen van die maatregelen is vanzelfsprekend of er voor het nemen van die maatregelen een wettelijke bevoegdheid bestaat.¹⁰⁸¹ Als een wettelijke bevoegdheid voor het nemen van een maatregel ontbreekt, speelt beleidsruimte geen rol. De vraag of zo'n bevoegdheid bestaat, behoeft door de rechter ook niet terughoudend te worden getoetst. Als er wel een dergelijke bevoegdheid bestaat, en de Staat op meerdere manieren van die bevoegdheid gebruik kan maken, is de keuze voor het ene of het andere middel niet zonder meer onrechtmatig. Het gegeven dat de Staat daarbij beleidsruimte heeft, staat daaraan in de weg. Met andere woorden: het aanwenden van het ene middel in plaats van het andere brengt niet zonder meer een handelen in strijd met een rechtsplicht mee. De Haagse voorzieningenrechter heeft bij zijn toets van verschillende corona-maatregelen steeds die beleidsruimte tot uitgangspunt genomen:

'Bij de beoordeling van dat standpunt wordt vooropgesteld dat aan de Staat een ruime beoordelingsvrijheid ("margin of appreciation") toekomt bij de keuzen die hem uit het oogpunt van algemeen belang nodig of gewenst voorkomen, in het bijzonder als het gaat om preventieve maatregelen op het gebied van gezondheid (vgl. EHRM 4 januari 2008, Shelly/VK, nr. 23800/06). Deze vrijheid om (politieke) keuzen te maken, beperkt de vrijheid van de voorzieningenrechter in de toetsing van de noodzaak daarvan. De besluiten die de regering in dit kader neemt, zijn voortdurend onderwerp van politiek debat en afwegingen op dit gebied behoren bij uitstek tot het

¹⁰⁷⁹ Hartlief in zijn noot onder HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, NJ 2012/155 (Wilnis).

¹⁰⁸⁰ HR 21 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1360, NJ 2022/7 (opt-out system Amsterdam).

¹⁰⁸¹ V.z. Rb. Den Haag 31 december 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:1343 (ontbreken wettelijke grondslag voor PCR-test Nederlanders).

*domein van de uitvoerende macht. Dit brengt met zich dat de civiele rechter – en temeer de rechter in kort geding – zich zeer terughoudend dient op te stellen bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het handelen van de Staat op dit punt. Er is – anders dan Viruswaarheid c.s. kennelijk menen – geen plaats voor een eigen, “volle” afweging door de burgerlijke rechter. Zo heeft de rechter niet de taak om naar eigen inzicht belangen te wegen of waarde toe te kennen aan wetenschappelijke adviezen. Alleen als evident is dat de Staat onjuiste keuzes maakt en de Staat aldus niet in redelijkheid heeft kunnen besluiten de nu nog geldende maatregelen voort te laten duren, is plaats voor rechterlijk ingrijpen.*¹⁰⁸²

803. Zolang de Staat binnen die grenzen van zijn beleidsruimte blijft, is er van schending van een rechtsplicht geen sprake en kan er dus geen rechterlijk bevel of verbod aanhakend op een schending, worden uitgesproken.¹⁰⁸³ De discussie over de beleidsruimte is daarmee niet alleen een discussie over de grenzen van de rechterlijke bevoegdheid tot het opleggen van een bevel en verbod, maar ook en primair een discussie over de grenzen van de rechtsplichten van de overheid.

804. Uit oudere jurisprudentie kan de betekenis van de beleidsruimte voor het rechterlijk bevel en verbod eveneens worden afgeleid. In een arrest van 21 december 2001 was de vraag aan de orde of een verklaring voor recht kon worden gegeven die ertoe strekte dat – zeer sterk samengevat – het gebruik van kernwapens door de Staat onrechtmatig is en of dergelijk gebruik de Staat zou kunnen worden verboden.¹⁰⁸⁴ Hoewel het arrest ook in de sleutel van het belang bij de vordering staat, is het relevant voor een onderzoek naar de rol van het rechterlijk bevel en verbod tegen de overheid. De Hoge Raad overwoog dat de ingestelde vorderingen betrekking hadden op vragen betreffende het beleid van de Staat op het gebied van buitenlandse politiek en defensie, ‘welk beleid in sterke mate zal afhangen van politieke afwegingen in verband met de omstandigheden van het geval.’ De burgerlijke rechter zal daarom ‘een grote mate van terughoudendheid’ aan de dag moeten leggen bij de beoordeling van vorderingen die ertoe strekken handelingen ter uitvoering van politieke besluitvorming op het gebied van buitenlands beleid en defensie ‘die in de toekomst zouden kunnen worden verricht, reeds thans als onrechtmatig en derhalve als verboden aan te merken.’ Daaraan voegde de Hoge Raad toe dat het niet aan de burgerlijke rechter is om politieke afwegingen te maken, terwijl de burgerlijke rechter de Staat op voorhand voldoende ruimte dient te laten voor het maken van deze politieke afwegingen aan de hand van thans niet te voorziene concrete omstandigheden van het geval, ‘en deze ruimte zo min mogelijk op voorhand te beperken door het opleggen van een verbod waarbij deze omstandigheden niet in aanmerking kunnen worden genomen.’ De Hoge Raad laat daarmee aan de Staat de nodige ruimte om beleidsmatige afwegingen op het terrein van het buitenlands beleid en het defensiebeleid te maken. De rechter kan daar slechts met de grootste terughoudendheid in treden. De grote ruimte die de Staat wordt gelaten, betekent dat hij niet snel zal handelen in strijd met een op hem rustende rechtsplicht. In het verlengde daarvan zal de rechter ook niet snel een bevel of verbod kunnen opleggen. Dat betekent niet dat de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft, maar het betekent slechts dat de Staat een grote beleidsruimte heeft. De vrijheid ligt, met andere woorden, niet bij de rechter, maar bij de Staat.

805. In een relatief kort daarna gewezen arrest van 6 februari 2004 ging het om de vraag of het de Staat verboden moest worden steun te verlenen aan de door de VS ontplooiende militaire acties in Afghanistan.¹⁰⁸⁵ De Hoge Raad stelde voorop dat de vorderingen betrekking hadden op vragen betreffende het beleid van de Staat op het gebied van buitenlandse politiek en defensie en herhaalde dat dergelijk beleid ‘in sterke mate zal afhangen van politieke afwegingen in verband met de

¹⁰⁸² V.zr. Rb. Den Haag 24 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6856 (*Viruswaanzin*).

¹⁰⁸³ Vgl. ook Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285 (*avondklok*). Volledigheidshalve zij opgemerkt dat ik deel uitmaakte van de combinatie die dit arrest wees.

¹⁰⁸⁴ HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3693, *NJ* 2002/217, m.nt. T. Koopmans (*Kernwapens*).

¹⁰⁸⁵ HR 6 februari 2002, ECLI:NL:HR:2004:AN8071, *NJ* 2004/329. Het petitum was iets ruimer geformuleerd, zie de weergave in het arrest.

omstandigheden van het geval. ' Daaraan voegde de Hoge Raad opnieuw toe dat het niet aan de burgerlijke rechter is om deze politieke afwegingen te maken *'en op verlangen van een burger de Staat (de regering) bepaalde handelingen ter uitvoering van politieke besluitvorming op het gebied van buitenlands beleid of defensie te verbieden of hem te gelasten op dit gebied een bepaalde gedragslijn te volgen.'* Met die overweging was gegeven dat de rechter de Staat ook niet een bevel als gevorderd, kon geven.

806. De vrijheid die de Staat toekomt bij het vormgeven van het internationale beleid is meer recent benadrukt in het arrest over de *IS-moeders*.¹⁰⁸⁶ Deze zaak had betrekking op de vraag of de Staat gehouden was zich in te spannen voor repatriëring van vrouwen en kinderen die waren uitgereisd naar gebied dat destijds in handen van IS was. Nadat de Hoge Raad in die zaak had vastgesteld dat de Staat geen rechtsmacht had in (Noord-)Syrië in de zin van het EVRM en het IVRK, overwoog hij dat de Staat niettemin een bijzondere verantwoordelijkheid heeft tegenover in ieder geval personen met de Nederlandse nationaliteit. Ook de vorderingen van de vrouwen en kinderen in deze zaak hielden echter nauw verband met vragen van (nationale) veiligheid en buitenlands beleid. Omdat het beleid van de Staat op die gebieden in sterke mate afhangt van politieke en andere beleidsmatige afwegingen oordeelde de Hoge Raad opnieuw dat het niet aan de rechter is om die afwegingen te maken en dat hij zich terughoudend moet opstellen met betrekking tot de door de Staat gemaakte afwegingen. De rechter dient zich, voor zover het handelen van de Staat valt binnen de hem toekomende beleids- en beoordelingsruimte, ertoe te beperken na te gaan of de Staat alle betrokken belangen heeft afgewogen en of hij daarbij in het licht van alle omstandigheden van het geval in redelijkheid heeft kunnen komen tot zijn handelwijze. Ook uit deze zaak volgt dat de Staat, zolang hij blijft binnen de hem toekomende beleidsruimte, geen bevel of verbod kan worden opgelegd.

807. Daar staat tegenover dat de beleidsruimte van de Staat niet onbeperkt is. Ook ten aanzien van internationaal beleid, kan die beleidsruimte beperkt worden door internationale normen. Een voorbeeld is te vinden in een arrest van 20 juni 2017 van het gerechtshof Den Haag, dat betrekking had op de vraag of de Staat verplicht was actief vluchtelingen naar Nederland over te brengen.¹⁰⁸⁷ Het hof stelde voorop dat de Staat grote vrijheid heeft bij de inrichting van het vreemdelingenbeleid en dat de ruimte van de rechter om daarin in te grijpen daarom beperkt is. Maar het hof voegde daaraan toe dat dit anders kan zijn wanneer er Unierechtelijke of andere verdragsrechtelijke verplichtingen bestaan voor de Staat die een bepaald handelen voorschrijven en die voor derden afdwingbaar zijn. In dat geval wordt de beleidsruimte van de Staat door die internationale verplichtingen beperkt en kan de rechter dus oordelen over de vraag of die supranationale verplichtingen worden nageleefd. Bij een beperkte beleidsruimte voor de Staat zal eerder sprake zijn van een schending van een rechtsplicht en zal er dus eerder een taak zijn voor de rechter.¹⁰⁸⁸

808. Ook in de *Urgenda*-zaak kwam vanzelfsprekend de vraag aan de orde of het gevorderde bevel de politieke ruimte van de Staat niet te zeer beperkte. De Hoge Raad benaderde die vraag primair vanuit het uitgangspunt dat ook de overheid op grond van het bepaalde in artikel 3:296 BW kan worden veroordeeld datgene te doen waartoe hij verplicht is. Dat is een fundamentele regel van de rechtsstaat die strookt met het recht op effectieve rechtsbescherming van artikel 13 EVRM.¹⁰⁸⁹ De rechtsplicht die in deze zaak aan de orde was, werd weliswaar gevonden in de artikelen 2 en 8 EVRM, maar het oordeel van de Hoge Raad over de taak van de rechter bij het vaststellen van die rechtsplicht is bepaald genuanceerd te noemen. Om te beoordelen welke rechtsplicht er op de Staat rust, diende de Hoge Raad eerst de artikelen 2 en 8 EVRM uit te leggen. Dat leidde tot de conclusie dat uit de

¹⁰⁸⁶ HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148 (*IS-moeders*).

¹⁰⁸⁷ Gerechtshof Den Haag 20 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1664. Volledigheidshalve zij opgemerkt dat ik voorzitter was van de combinatie die dit arrest wees.

¹⁰⁸⁸ Zij het dat de internationale normen vanzelfsprekend ook weer ruimte kunnen laten waar de rechter niet in kan treden.

¹⁰⁸⁹ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41 rov. 8.2.1 e.v (*Urgenda*).

artikelen 2 en 8 EVRM voortvloeit dat staten verplicht zijn om tegen het gevaar van klimaatverandering ‘het hunne’ te doen (rov. 5.8) en daarom dat de Staat verplicht is passende maatregelen te nemen om de uitstoot van broeikasgassen vanaf het Nederlandse grondgebied te beperken. De vraag wat deze verplichting inhoudt behoort echter volgens de Hoge Raad zowel nationaal als internationaal tot het politieke domein (rov. 6.2). Uit de hiervoor besproken jurisprudentie zou afgeleid kunnen worden dat de rechter dus een stap terug moet doen. De Hoge Raad overweegt in het *Urgenda*-arrest echter dat de rechter in ieder geval een taak heeft als de Staat minder maatregelen neemt dan overeenkomt met hetgeen evident de ondergrens is van zijn aandeel in de maatregelen die wereldwijd tegen een gevaarlijke klimaatverandering moeten worden genomen (rov. 6.3). Als de Staat helemaal niets doet, kan de rechter daarom oordelen dat de Staat tekort schiet. Bovendien kan de rechter op basis van ‘duidelijke opvattingen, afspraken en/of consensus in internationaal verband’ tot de conclusie komen dat een minimale ‘fair share’ van de Staat is vast te stellen. Daaraan moet dan door de rechter een gevolgtrekking worden verbonden. Het is de taak van de rechter in het licht van het recht op een effectieve rechtsbescherming (artikel 13 EVRM) om te onderzoeken of voldoende objectieve gronden bestaan waaraan in het gegeven geval een concrete norm kan worden ontleend (rov. 6.4). Een dergelijke norm zal in de regel de rechtsplicht bepalen waaraan het handelen van de Staat moet worden getoetst. Met andere woorden: weliswaar heeft de Staat een zekere beleidsruimte, maar die is niet onbeperkt. Als uitgangspunt geldt dat de vaststelling van de verplichtingen om tegen klimaatverandering op te treden tot het politieke domein behoort, maar het is de taak van de rechter om te onderzoeken of er een ondergrens bestaat en of er internationaal aanvaarde normen zijn waaruit een verplichting voor de Staat kan volgen. De Hoge Raad sloot echter ook in *Urgenda* af met een waarschuwing: bij de vaststelling van hetgeen waartoe de Staat minimaal gehouden is, past de rechter terughoudendheid, zeker als daarbij regels of afspraken worden betrokken die op zichzelf niet bindend zijn. Alleen in duidelijke gevallen kan de rechter daarom oordelen dat voor de Staat een rechtsplicht tot het nemen van bepaalde maatregelen bestaat (rov. 6.6).

809. Op de overwegingen met betrekking tot de taak van de rechter bij het vaststellen van de rechtsplicht van de Staat, greep de Hoge Raad later in het arrest nog terug bij de bespreking van het meer algemene verweer van de Staat dat het niet de taak is van de rechter om politieke afwegingen te maken die nodig zijn voor besluitvorming over reductie van de uitstoot van broeikasgassen. Ten aanzien van die vraag stelt de Hoge Raad opnieuw de vrijheid van regering en parlement voorop om politieke afwegingen te maken over de reductie van de uitstoot van broeikasgassen, zij het binnen de grenzen van het recht. En die grenzen van het recht worden mede bepaald door het EVRM. Omdat het beleid van de Staat in strijd met de artikelen 2 en 8 EVRM werd geoordeeld, kon het reductiebevel worden uitgesproken.

810. Met die laatste afweging is ook duidelijk gemaakt waarin *Urgenda* verschilde van de hiervoor besproken zaken over kernwapens en de betrokkenheid bij de oorlog in Afghanistan. In die beide zaken kon (kennelijk) niet worden vastgesteld dat door de Staat werd gehandeld in strijd met een op hem rustende rechtsplicht. Dan heeft de Staat dus in volle omvang de vrijheid om die beslissingen te nemen die hij wil en dient de rechter een stap terug te doen. En bevel is dan niet aan de orde. Indien er wel een rechtsplicht van de Staat is aan te wijzen, dient het handelen van de Staat daaraan te worden getoetst en kan (dient) een bevel of verbod te worden uitgesproken indien het handelen niet met die rechtsplicht strookt

811. Het arrest maakt andermaal duidelijk dat de vraag of een vordering die ertoe strekt dat de overheid een bevel of verbod wordt opgelegd, in de eerste plaats beantwoord moet worden aan de hand van de rechtsplicht die in het spel is. Die rechtsplicht is, zoals ik hiervoor al opmerkte, bij veel overheidstaken niet zonder meer duidelijk. De beleidsruimte die de Staat vaak heeft, dwingt tot een zekere terughoudendheid van de rechter. Hoewel de vordering van *Urgenda* is toegewezen, is dat uitgangspunt van terughoudendheid niet verlaten. De *Urgenda*-zaak maakt echter duidelijk dat er een door de rechter vast te stellen ondergrens is die niet mag worden overschreden en dat, als dit wel

gebeurt, het rechterlijk bevel in stelling kan worden gebracht. Hoewel de Hoge Raad schrijft (rov. 8.2.2) dat de Staat tot nakoming van de door de rechter vastgestelde en op de Staat rustende rechtsplicht *kan* worden veroordeeld, zal bedoeld zijn dat de Staat daartoe moet worden veroordeeld, tenzij zich een van de in artikel 3:296 BW opgenomen uitzonderingen voordoet. De Hoge Raad vervolgt dan met een uiteenzetting over de (on)mogelijkheid en wetgevingsbevel te geven. Daarop ga ik in de volgende paragraaf in.

12.9 Het wetgevingsbevel

812. De scheiding der machten brengt mee dat de rechter de overheid niet kan dwingen tot wetgeving.¹⁰⁹⁰ In het *Waterpakt*-arrest van 21 maart 2003 plaatste de Hoge Raad dat oordeel nadrukkelijk in het kader van de ‘*op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen*’ waaruit volgt dat de rechter ‘*niet vermag in te grijpen in die procedure van politieke besluitvorming*’.¹⁰⁹¹ De Hoge Raad voegde daaraan toe dat dit uitgangspunt ook geldt indien het met de wetgeving te bereiken resultaat en de termijn waarbinnen het resultaat moet zijn bereikt, vast liggen op grond van een Europese richtlijn. Over de werking in dit verband van artikel 3:296 BW overwoog de Hoge Raad dat dit artikel niet dwingt tot het aannemen van de mogelijkheid van een wetgevingsbevel. Weliswaar schrijft het artikel voor dat diegene die verplicht is een onrechtmatige toestand op te heffen, daartoe door de rechter wordt veroordeeld, maar ten aanzien van het bevel om wetgeving uit te vaardigen doen zich de in artikel 3:296 BW opgenomen uitzonderingen voor dat uit de wet of de aard van de verplichting iets anders voortvloeit.

813. Het zijn hier dus de (Grond)wet en de aard van de verplichting die aan een wetgevingsbevel in de weg staan. Dat de Grondwet (meer specifiek: de daarin neergelegde verdeling van bevoegdheden) aan het geven van een bevel tot wetgeving in de weg staat spreekt hier meer aan dan dat de aard van de verplichting eraan in de weg staat. Die verplichting was in de *Waterpakt*-zaak immers niets anders dan de nakoming van een Unierechtelijke verplichting tot implementatie van een richtlijn die op zichzelf nagekomen moet worden en in zoverre ook afgedwongen zou moeten kunnen worden. Dat dit toch niet mogelijk is, komt door de Grondwettelijke verdeling van staatsrechtelijke bevoegdheden, niet door de aard van de verplichting als zodanig.

814. De Hoge Raad heeft in een arrest van 1 oktober 2004 bevestigd dat de regel uit *Waterpakt* ook geldt voor het intrekken van provinciale verordeningen, aangezien het intrekken van een verordening geschiedt door het vaststellen van een verordening tot intrekking van de eerder vastgestelde verordening en dus ook een daad van wetgeving is.¹⁰⁹²

815. Van belang is dat de Hoge Raad in *Waterpakt* is ingegaan op de vraag hoe de weigering om een wetgevingsbevel te geven zich verhoudt tot het (toenmalige) EG-recht. Uit (thans) het Unierecht kan immers de verplichting voor een lidstaat voortvloeien om wetgeving tot stand te brengen of aan te passen. Die verplichting zou afdwingbaar moeten zijn en dus door de rechter moeten kunnen worden opgelegd. De mouw die daaraan is gepast is dat volgens de Hoge Raad aangenomen moet worden dat de taak van de rechter om de volle werking van de gemeenschapsrechtelijke bepalingen te verzekeren, slechts kan worden vervuld binnen het kader van de voor hem bestaande bevoegdheden, en dat deze bevoegdheden worden bepaald door het nationale recht. Omdat de rechter naar Nederlands recht niet bevoegd is de Staat te bevelen formele wetgeving tot stand te brengen, is er volgens de Hoge Raad ook

¹⁰⁹⁰ En dus ook niet tot intrekking van wetgeving omdat intrekking van een wet (in formele zin) bij wet (in formele zin) gebeurt. Een bevel tot wetgeving zou overigens een ‘wetgevingsverplichting’ impliceren. Zie Boogaart 2013, p. 21.

¹⁰⁹¹ HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, NJ 2003/691, m.nt. T. Koopmans (*Waterpakt*).

¹⁰⁹² HR 1 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO8913, NJ 2004/679, m.nt. T. Koopmans (*Faunabescherming Friesland*).

geen Unierechtelijk probleem. Ik denk dat bij deze benadering vraagtekens kunnen worden gezet. Ik kom daar later op terug.

816. In het *SGP*-arrest heeft de Hoge Raad herhaald dat de rechter niet bevoegd is een wetgevingsbevel te geven.¹⁰⁹³ Daaraan voegde de Hoge Raad toe dat voor een rechterlijk gebod tot het treffen van specifieke maatregelen ter voldoening aan artikel 7 Vrouwenverdrag in beginsel evenmin plaats is, omdat de keuze van dergelijke door de Staat te treffen maatregelen een afweging van belangen vergt die in zodanige mate samenvalt met afwegingen van politieke aard, dat zij niet van een rechter kan worden verlangd. Daarmee is in dit arrest de nadruk gelegd op de situatie waarin een afweging van politieke aard noodzakelijk is. In een dergelijk geval overschrijdt de rechter de grenzen van de vrijheid van de overheid wanneer hij de Staat dwingt tot een activiteit die het uitvloeisel is van die politieke afweging. Daarop ging ik in de vorige paragraaf uitvoerig in.

817. In het *Urgenda*-arrest heeft de Hoge Raad voorop gesteld dat de overheid, indien zij tot iets verplicht is, net als ieder ander door de rechter daartoe kan worden veroordeeld. Vervolgens is herhaald dat het verbod om een wetgevingsbevel uit te spreken een toepassing is van de in artikel 3:296 BW neergelegde uitzondering die volgt uit de wet, uit de aard der verplichting of de rechtshandeling. Dat een verbod om een wetgevingsbevel uit te spreken uit een *rechtshandeling* voortvloeit, is overigens niet zo voor de hand liggend en zo zal de Hoge Raad het ook niet bedoeld hebben. In het *Urgenda*-arrest heeft de Hoge Raad ook uiteen gezet dat het verbod om een wetgevingsbevel uit te spreken op twee overwegingen berust: in de eerste plaats is voor wetgeving politieke besluitvorming nodig waarin de rechter zich niet mag begeven. In de tweede plaats leidt een dergelijk bevel ertoe dat er regelgeving in het leven wordt geroepen die ook voor anderen dan procespartijen geldt. Interessant is dat de Hoge Raad daaraan toevoegt dat het niet zo is dat de rechter zich in het geheel niet op het terrein van de politieke besluitvorming mag begeven. Hij mag wetgeving buiten toepassing laten en hij mag een verklaring voor recht uitspreken die erop neerkomt dat een overheidsorgaan onrechtmatig handelt door geen wetgeving met een bepaalde inhoud tot stand te brengen. Hij dient zich echter niet door het geven van een wetgevingsbevel te mengen in de politieke besluitvorming met betrekking tot de opportuniteit van het tot stand brengen van wetgeving met een bepaalde, concreet omschreven inhoud. De in *Waterpakt* gegeven regel is daarmee aldus gespecificeerd dat de rechter de wetgever geen bevel kan geven om wetgeving met een bepaalde, specifieke inhoud tot stand te brengen. Het staat de rechter dan ook wel vrij een bevel te geven om maatregelen te nemen teneinde een bepaald doel te bereiken, zolang dat bevel niet neerkomt op een bevel om wetgeving met een bepaalde, specifieke inhoud tot stand te brengen.

818. Het oordeel dat de rechter niet een bevel mag geven wetgeving met een bepaalde, specifieke, inhoud tot stand te brengen, impliceert niet dat de rechter wel een bevel mag geven wetgeving met een algemene, niet specifieke inhoud tot stand te brengen.¹⁰⁹⁴ Niet alleen is niet goed voorstelbaar hoe wetgeving *niet* een bepaalde, specifieke inhoud kan hebben, maar bovendien is het oordeel van de Hoge Raad niet gericht op het toestaan van een algemeen wetgevingsbevel, maar op het specificeren van wat de rechter niet mag. De Hoge Raad overweegt bovendien nadrukkelijk wat de rechter wel mag doen: hij mag een bevel geven om maatregelen te nemen teneinde een bepaald doel te bereiken. Het is vervolgens aan de Staat om te bepalen welke maatregelen hij neemt om dat doel te bereiken.

819. Een argument tegen het wetgevingsbevel dat de Hoge Raad niet noemt, maar dat in praktische zin zeker zo belangrijk is, is het gegeven dat een wetgevingsbevel tot executieproblemen kan leiden. In de conclusie voor het *Urgenda*-arrest is dit argument wel besproken.¹⁰⁹⁵ De Staat als rechtspersoon kan theoretisch wel worden veroordeeld tot het maken van wetgeving in formele zin, maar de Staat als

¹⁰⁹³ HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, NJ 2010/388, m.nt. E.A. Alkema (*SGP*).

¹⁰⁹⁴ Anders: Bovend'Eert 2021, p. 139, die in het arrest leest dat de rechter de bevoegdheid heeft een algemeen wetgevingsbevel te geven.

¹⁰⁹⁵ ECLI:NL:PHR:2019:887, par. 5.44.

rechtspersoon kan individuele parlementariërs natuurlijk niet dwingen om met een wetsvoorstel in te stemmen. Een dwangsom maakt dat niet anders, want ook onder dreiging van een dwangsom kan de Staat individuele parlementariërs niet dwingen met een wetsvoorstel in te stemmen.¹⁰⁹⁶ Daarmee is overigens ook duidelijk gemaakt dat dit praktische bezwaar een belangrijke constitutionele component heeft: het parlement als deel van de wetgevende macht hoeft zijn oren niet te laten hangen naar de uitvoerende macht en uiteindelijk ook niet naar de rechtsprekende macht.

820. Het in *Urgenda* uitgesproken reductiebevel is tegelijkertijd zo veel omvattend dat de vraag gesteld kan worden of uitvoering daarvan mogelijk is zonder wetgeving.¹⁰⁹⁷ Uzman & Boogaard zien mede daarom in het *Urgenda*-arrest een verschuiving ten opzichte van de regel in *Waterpakt*: de rechter mag alleen geen bevel geven wetgeving met een bepaalde inhoud tot stand te brengen, terwijl in *Waterpakt* een meer algemeen verbod was geformuleerd. Inderdaad benadrukt de Hoge Raad in *Urgenda* dat het verbod om een wetgevingsbevel uit te spreken is beperkt tot de situatie waarin een bevel wordt gegeven om ‘wetgeving met een bepaalde, specifieke inhoud tot stand te brengen.’ Zodra de rechter de overheid beveelt een wet tot stand te brengen, zal die situatie zich veelal voordoen: het is niet goed mogelijk een wetgevingsbevel te geven *zonder* te bepalen wat er in die wet moet staan. Tegelijkertijd laat deze nuancering de rechter de mogelijkheid de overheid te gebieden in meer brede zin maatregelen te treffen om aan een bepaalde verplichting te voldoen. Het kan zijn dat die maatregelen wetgeving noodzakelijk maken, maar dat is dan geen onoverkomelijk bezwaar omdat de rechter op die manier niet treedt in de afweging die door de politiek moet worden gemaakt.

821. Dat een bevel aan de overheid tot het uitvaardigen van wetgeving met een bepaalde, specifieke inhoud niet mogelijk is, laat onverlet dat de rechter wel de mogelijkheid heeft regelgeving buiten werking te stellen wegens strijdigheid met rechtstreeks werkende regels van hoger recht. Dat buiten werking stellen heeft te gelden als een in algemene termen vervat verbod daartoe strekkende dat de Staat zich heeft te onthouden van gedragingen die op de werking van die regelgeving zijn gegrond.¹⁰⁹⁸ Een dergelijk verbod zal in de meeste gevallen niet als zodanig in het dictum terug te vinden zijn. Het ligt besloten in de beslissing de regeling buiten werking te stellen. Die beslissing geldt weliswaar slechts tussen de in de procedure betrokken partijen, maar ‘*derden kunnen profiteren van het praktische gevolg, gelegen in de verwachting dat die rechter in volgende, soortgelijke zaken in dezelfde zin zal beslissen.*’¹⁰⁹⁹

822. Het feit dat een wetgevingsbevel niet is toegelaten, sluit voorts niet uit dat de rechter uitspreekt dat het (wel of niet) uitvaardigen van materiële wetgeving onrechtmatig is wegens strijd met formele wetgeving.¹¹⁰⁰ Een dergelijke uitspraak geldt immers, zo overwoog de Hoge Raad, alleen tussen partijen en heeft niet tot gevolg dat de materiële wetgeving moet worden gewijzigd of ingetrokken. Een verklaring voor recht laat de Staat bovendien ‘*alle ruimte te voorzien in regelgeving die wel in overeenstemming met de genoemde richtlijn- en wetbepalingen is, zodat de beleidsvrijheid van de Staat daardoor niet aangetast wordt.*’

823. Op de beslissing ten aanzien van het wetgevingsbevel¹¹⁰¹ in het *Urgenda*-arrest is door onder anderen Keus en Bovend’Eert kritiek geuit.¹¹⁰² Zij brengen onder meer naar voren dat de rechter die een bevel uitspreekt dat dwingt tot wetgeving, zichzelf boven de wetgever plaatst. Keus betoogt dat de rechter de wetgever het ‘recht van initiatief’ ontnemt en bovendien het recht ontnemt om zelf de strekking van de tot stand te brengen wetgeving te bepalen. Bovend’Eert spreekt van een

¹⁰⁹⁶ Zie over de oplegging van dwangsommen aan de overheid Boogaard & Schutgens 2019.

¹⁰⁹⁷ Uzman & Boogaard 2020.

¹⁰⁹⁸ HR 1 juli 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4624, *RvdW* 1983/131.

¹⁰⁹⁹ HR 21 maart 2003, *NJ* 2003/691, m.nt. T. Koopmans (*Waterpakt*). HR 1 juli 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4624, *RvdW* 1983/131.

¹¹⁰⁰ HR 7 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:523, *NJ* 2016/184, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Staat/Norma*).

¹¹⁰¹ Ook op andere onderdelen van het arrest is kritiek geuit, maar die is voor deze paragraaf niet relevant.

¹¹⁰² Keus 2021, p. 149 en 150 en Bovend’Eert 2021, p. 138.

‘gezagsverhouding’ tussen de rechter enerzijds en de regering en Staten-Generaal anderzijds. Die kritiek onderschrijf ik niet. Van een gezagsverhouding tussen de rechter die een bevel aan de Staat uitspreekt enerzijds en de regering en de Staten-Generaal anderzijds is geen sprake. Van een gezagsverhouding tussen het recht en de Staat (als procespartij; regering en Staten-Generaal zijn civielrechtelijk gezien slechts organen) wel. De rechter die een bevel aan de Staat uitspreekt om het recht na te leven, plaatst zich niet boven de Staat, maar bevestigt dat de Staat ook aan het recht is gebonden. In zoverre is ook de kritiek dat de rechter de wetgever het recht van initiatief ontnemt niet gegrond: op het moment waarop de rechter moet spreken heeft de wetgever het initiatief verloren laten gaan en zal er sprake zijn van een reeds geschonden rechtsplicht of een zodanig dreigende schending van een rechtsplicht dat de Staat kennelijk een duwtje in de rug nodig heeft om het initiatief tot maatregelen te nemen.

824. Met het *Urgenda*-arrest zijn de strikte grenzen van het oordeel in de *Waterpakt*-zaak duidelijk opgerekt. Niet langer is ieder wetgevingsbevel uitgesloten, maar is slechts uitgesloten dat de wetgever een bevel geeft om wetgeving met een bepaalde, specifieke inhoud tot stand te brengen. Dat impliceert dat de rechter wel een bevel kan geven waarvoor noodzakelijk is dat wetgeving tot stand wordt gebracht, mits de rechter de inhoud van die wetgeving niet voorschrijft. In paragraaf 10.4.3 heb ik uiteen gezet dat een bevel met voldoende precisie duidelijk moet maken wat er van een veroordeelde wordt verwacht. De rechter die een bevel uitspreekt dat noodzaakt tot wetgeving zal moeten schipperen tussen enerzijds het verbod om een wetgevingsbevel uit te spreken en anderzijds de eis dat het dictum voldoende duidelijk is. Een duidelijk dictum zal al snel de vorm aannemen van een precieze instructie aan de Staat hoe eventuele wetgeving moet luiden. Een dergelijke instructie is echter niet toegestaan. Wat de rechter blijkens het *Urgenda*-arrest wel kan, is het einddoel voorschrijven dat door de Staat moet worden bereikt. In ieder geval dat einddoel zal volstrekt duidelijk moeten maken wat er als resultaat van de Staat wordt verwacht.

12.10 Conclusie

825. Nu ik hiervoor de positie van de overheid ten opzichte van het rechterlijk bevel en verbod uiteen heb gezet, kan ik toetsen of het rechterlijk bevel en verbod ook in (dreigende) geschillen met de overheid heeft te gelden als een effectieve remedie. Hiervoor (hoofdstuk 6) heb ik geconcludeerd dat een effectieve remedie aan de volgende eisen moet voldoen:

Een preventieve remedie is effectief wanneer zij

- a) materiële rechten kan afdwingen
- b) tijdig is
- c) een afschrikkende functie heeft en
- d) proportioneel is.

826. De *preventieve beschikbaarheid* is bij een collectieve of individuele actie tegen de overheid niet in algemene zin een probleem. Integendeel, door de mogelijkheid van een collectieve actie, wordt (ook) preventief optreden vereenvoudigd. Een individu dat zal terugschrikken voor de kosten van een procedure zal in collectief verband mogelijk wel overgaan tot het voeren daarvan.

827. Het preventieve karakter van een actie tegen de overheid heeft echter als kenmerk dat het onrechtmatig handelen nog niet is geschied en daardoor in sommige gevallen wat onbepaald is. De *Kernwapen*-zaak maakte dat duidelijk: omdat niet vast staat of en onder welke omstandigheden (ooit) door de Staat kernwapens zullen worden ingezet, is het moeilijk dat handelen te toetsen. De overheid neemt op dat punt echter niet een speciale plaats in. Bij ieder preventief optreden kan de vraag rijzen welke vorm het handelen dat voorkomen moet worden precies gaat aannemen. Zo is de vraag of een

net door de buurman aangeplante boom ooit onrechtmatig het licht in de tuin van een ander zal wegnemen ook nog onbepaald en loopt een preventieve actie daartegen tegen hetzelfde probleem op als de actie tegen het overheidslichaam.

828. In andere gevallen is het voorgenomen handelen van de overheid volstrekt helder. Een door het parlement aangenomen (en door het staatshoofd ondertekende) wet die op een termijn van enkele maanden in werking zal treden leent zich uitstekend voor preventieve toetsing door de (voorzieningen)rechter aan hogere regelgeving. Dat de rechter in een dergelijk geval de overheid (in dit voorbeeld: de Staat) niet kan dwingen de reeds aangenomen wet in te trekken omdat dit wetgeving vereist, is van ondergeschikt belang. Het buiten werking stellen van de wet heeft immers te gelden als een in algemene termen vervat verbod, dat ertoe strekt dat de overheid zich heeft te onthouden van gedragingen die op de werking van die wet zijn gebaseerd. Het rechterlijk oordeel zal in een dergelijk geval dus niet aan de inwerkingtreding van de onrechtmatig geachte wet in de weg behoeven te staan, maar de Staat zal er weinig meer mee kunnen. Aan de eis dat een remedie preventief beschikbaar moet zijn, kleven bij toepassing op de overheid dus geen bijzondere problemen.

829. Wanneer het aankomt op het *afdwingen van materiële rechten* wordt het beeld al iets minder eenduidig. Indien de overheid in strijd handelt met een heldere rechtsplicht, is er niets aan de hand. Ook de overheid dient te worden veroordeeld tot het naleven daarvan, omdat ook de overheid niet boven de wet staat. Uit het *Urgenda*-arrest weten we dat dit niet anders is wanneer er politieke afwegingen in het spel zijn, mits die politieke afwegingen hun weg hebben gevonden naar een regel die de overheid bindt. Tegelijkertijd zijn er vele regels die de overheid een zekere ruimte geven om zijn eigen bevoegdheid en soms zijn eigen plichten in te vullen of uit te leggen. Wanneer dergelijke beleidsruimte bestaat, is er ruimte voor het eigen oordeel van de overheid over de uitleg van de op diezelfde overheid rustende plicht. Wanneer de rechter die ruimte moet respecteren kan het afdwingen van de materiële rechten in het geding komen. Om dat te voorkomen zal de rechter steeds expliciet moeten toetsen of de materiële norm het betrokken overheidslichaam daadwerkelijk ruimte biedt voor een eigen afweging en moeten beoordelen hoever die eigen afweging kan strekken.

830. Indien de overheid (veelal: de Staat) nalaat wetgeving tot stand te brengen waartoe hij op grond van het Unierecht gehouden is, komt het afdwingen van materiële rechten evenwel in het gedrang. Zoals ik hiervoor uiteen zette, staat het de rechter niet vrij de overheid te bevelen wetgeving tot stand te brengen. Het oordeel van de Hoge Raad in het *Waterpakt*-arrest dat dit verbod ook geldt ‘ingeval het met deze wetgeving te bereiken resultaat en de termijn waarbinnen het resultaat moet zijn bereikt’ overtuigt mij steeds minder. Als zowel het resultaat als de termijn waarbinnen dat resultaat moet zijn bereikt, vast ligt, lijkt er niet zoveel ruimte meer voor het maken van politieke afwegingen waarvan de rechter zich verre moet houden. Ik ben gevoelig voor het oordeel van de Hoge Raad dat een wetgevingsbevel ook anderen treft dan de in de procedure betrokkenen, maar dat is – feitelijk – ook het geval indien wetgeving buiten toepassing wordt gelaten. En dat er derden zijn die geen behoefte hebben aan hetgeen door een belangenorganisatie te hunnen behoeve wordt gevorderd, is in andere zaken geen bezwaar gebleken. Juist is natuurlijk wel dat, indien een richtlijn rechtstreekse werking heeft, burgers daarop een beroep kunnen doen en daarin rechtsbescherming kunnen vinden. Dat de Staat onder omstandigheden tot schadevergoeding gehouden is, zoals de Hoge Raad overweegt, kan een schrale troost zijn omdat, zoals ik hiervoor reeds opmerkte, de weg naar schadevergoeding met vele hobbels is omgeven.

831. Het *Urgenda*-arrest lijkt, zoals hierboven besproken, ten opzichte van *Waterpakt* iets meer ruimte te bieden. Het wetgevingsbevel-verbod houdt niet meer in dan dat het de rechter verboden is een bevel te geven om wetgeving met een bepaalde, specifieke inhoud tot stand te brengen. In de vordering van *Waterpakt* was inderdaad een dergelijke ‘bepaalde, specifieke inhoud’ opgenomen. *Waterpakt* vorderde immers, naast een verklaring voor recht, een veroordeling van de Staat om ‘al het nodige te doen om aan de onrechtmatigheid een einde te maken, waartoe de Staat in elk geval een nieuw actieprogramma zal moeten opstellen, dat in elk geval zal moeten voldoen aan het vereiste dat

de eutrofiëring wordt teruggedrongen en voorkomen.’ In cassatie heeft de Hoge Raad de voorliggende vraag geherformuleerd tot de vraag ‘of het Nederlandse recht eraan in de weg staat dat de rechter de Staat een bevel geeft wetgeving in formele zin tot stand te brengen teneinde de onrechtmatige toestand op te heffen.’ Die vraag is bevestigend beantwoord. Maar als in het licht van het Urgenda-criterium gekeken wordt naar de vordering van Waterpakt, was een andere uitkomst wellicht mogelijk geweest. Zou niet een bevel aan de Staat mogelijk zijn geweest ‘datgene te doen wat nodig is om te voldoen aan Richtlijn X’? In het geval van Waterpakt zou dat een bevel zijn geweest wetgeving tot stand te brengen, maar de inhoud van die wetgeving zou aan de Staat worden gelaten. Het zou denkbaar moeten zijn om de vordering aldus te herformuleren dat niet wordt gevorderd wetgeving met een bepaalde inhoud tot stand te brengen, maar een ruimer geformuleerd bevel om de naleving van het supranationale recht af te dwingen.

832. Met de *Urgenda*-uitspraak is ook gegeven dat het rechterlijk bevel en verbod effectief kunnen worden ingezet om de rechten uit het EVRM te waarborgen. De onmogelijkheid de Staat te bevelen wetgeving met een specifieke inhoud tot stand te brengen is in het licht van het EVRM geen bezwaar. Het wel uit te spreken bevel om alle nodige maatregelen te nemen die leiden tot een reductie van de CO₂-uitstoot is voldoende doeltreffend.

833. Het Unierecht dwingt niet tot een andere conclusie. Daarbij past wel een kanttekening. In het *Waterpakt*-arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat de nationale rechter de volle werking van de gemeenschapsrechtelijke bepalingen dient te verzekeren binnen de voor hem bestaande bevoegdheden, en dat deze bevoegdheden worden bepaald door het nationale recht.¹¹⁰³ Om die reden was het verbod om wetgeving te bevelen volgens de Hoge Raad te verenigen met het Unierecht. Al uit het arrest *Factortame* van het Hof van Justitie EU volgt echter dat indien de nationale rechter in een bij hem aanhangig geding betreffende het gemeenschapsrecht van oordeel is dat het enige dat hem belet voorlopige maatregelen te gelasten, een regel van nationaal recht is, hij die regel buiten toepassing moet laten.¹¹⁰⁴ Het beginsel van procedurele autonomie laat onverlet dat nationale bepalingen de uitoefening van Unierecht niet onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken (het effectiviteitsbeginsel).¹¹⁰⁵ En al uit het *Johnston*-arrest volgt dat het recht om zijn rechten voor een gerecht te doen gelden voortvloeit uit een algemeen ‘rechtsbeginsel dat ten grondslag ligt aan het constitutionele erfgoed dat alle Lid-Staten gemeen hebben.’¹¹⁰⁶ Volgens Boogaard kan in het licht van deze uitgangspunten evengoed een redenering ‘worden opgezet waarin alle constitutionele bezwaren van de Hoge Raad verdampen in het licht van de effectiviteit van het Unierecht.’¹¹⁰⁷ Met andere woorden: aan de eis dat de volle werking van het Unierecht verzekerd dient te worden, wordt ontoelaatbaar afbreuk gedaan indien de Staat op nakoming van zijn verplichtingen niet kan worden aangesproken met een rechterlijk bevel.

834. Meijer & Wissink zijn daar minder zeker van.¹¹⁰⁸ Zij zijn van oordeel dat zowel aan de eis van gelijkwaardigheid als aan de effectiviteitseis wordt voldaan, omdat er geen regel in het nationale recht is die belemmert dat de richtlijn correct wordt omgezet, terwijl het evenmin aan remedies ontbreekt. Alleen de bevelsactie ontbreekt. Ook zij plaatsen evenwel de kanttekening dat uit het beginsel van effectieve rechtsbescherming kan voortvloeien dat de nationale rechter in sommige gevallen rechtsbescherming moet bieden in gevallen waar hij dat zuiver nationaalrechtelijk niet had behoeven te doen.

¹¹⁰³ Zie hierover ook Backes 2004, die het arrest ‘fundamenteel onjuist’ noemt.

¹¹⁰⁴ HvJ 19 juni 1990, C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257.

¹¹⁰⁵ HvJ 16 december 1976, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (*Rewe*).

¹¹⁰⁶ HvJ 15 mei 1986, zaak C-222/84, ECLI:EU:C:1986:206 (*Johnston*).

¹¹⁰⁷ Boogaard 2013, p. 168.

¹¹⁰⁸ Meijer & Wissink 2007, par. 21.

835. Zoals ik hiervoor in paragraaf 5.4 uiteen heb gezet bestaat er niet een algemene regel die meebrengt dat er een preventieve remedie beschikbaar moet zijn om naleving van het Unierecht af te dwingen. Waar het om gaat is dat aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming wordt voldaan. Dat kan ook door andere remedies dan het rechterlijk bevel of verbod. In het licht van het wat ruimere *Urgenda*-criterium kan niet worden gezegd dat het verbod een wetgevingsbevel uit te spreken, zoals in het *Urgenda*-arrest geformuleerd, te veel afbreuk doet aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Niet alleen is een verklaring voor recht of schadevergoeding mogelijk, maar ook moet in het licht van *Urgenda* worden aangenomen dat een wat meer onbepaalde uitspraak die ertoe strekt dat de overheid wordt bevolen maatregelen te nemen die strekken tot een juiste implementatie van richtlijn X mogelijk is.¹¹⁰⁹ Op die manier zijn de rechten van individuen op naleving van het Unierecht in voldoende mate gewaarborgd.

836. Per saldo ben ik daarom van oordeel dat ook in overheidszaken wordt voldaan aan de eis dat materiële rechten kunnen worden afgedwongen.

837. Ten aanzien van de *tijdigheid* en *efficiëntie* van de remedie neemt de overheid geen bijzondere positie in. Het kort geding tegen de overheid is even efficiënt en tijdig als een kort geding tegen een ander, zij het dat de aard van de zaken vaak wat bewerkelijker is.

838. Ook de *proportionaliteit* van de maatregel roept geen bijzondere problemen in het leven voor de overheid. Datzelfde geldt voor de *afschrikkende functie* van de remedie. De bijzondere positie van de overheid brengt echter wel mee dat een tegen de overheid uitgesproken bevel veelal geen bredere werking zal hebben en ook niet de strekking zal hebben dat anderen zich in gelijke zin gedragen, simpelweg omdat zij niet in dezelfde positie zijn als een overheidsorgaan. Van het overheidslichaam mag worden verwacht zich bij toekomstig handelen te richten naar het uitgesproken rechterlijk oordeel. In zoverre heeft een bevel of verbod wel degelijk een afschrikkende functie.

839. De *conclusie* kan daarom zijn dat het rechterlijk bevel en verbod ook in overheidszaken hebben te gelden als een effectieve remedie.

¹¹⁰⁹ Daarbij is overigens een belangrijke waarschuwing op zijn plaats: een dergelijke vordering loopt het levensgrote risico als te onbepaald te worden afgeserveerd.

13. Conclusie

13.1 Inleiding

840. Het onderzoek was gericht op beantwoording van de volgende vragen: ¹¹¹⁰

- a) *Bestaat een aanspraak op een preventieve remedie?*
- b) *Aan welke eisen moet een remedie voldoen om effectief te zijn?*
- c) *Voldoet de huidige wettelijke regeling van het rechterlijk bevel en verbod aan die eisen?*

De eerste vraag is niet eenduidig te beantwoorden. Wel heb ik kunnen vaststellen welke eisen aan een effectieve remedie kunnen worden gesteld. Het antwoord op de vraag of het rechterlijk bevel en verbod voldoen aan de eisen die aan een effectieve remedie kunnen worden gesteld, luidt per saldo bevestigend. Ik werk die conclusie als volgt uit.

13.2 Het recht op een preventieve remedie

841. Mijn veronderstelling vooraf was dat in ieder geval een remedie preventief beschikbaar moet zijn om in de daarvoor in aanmerking komende gevallen, effectieve rechtsbescherming te kunnen bieden. De onderzoeksvraag was er mede op gericht te onderzoeken of er een recht bestaat op een preventieve remedie, dus een remedie waarmee schending van een rechtsplicht kan worden voorkomen. Het antwoord op die vraag is naar nationaal recht relatief eenvoudig en onomwonden te geven, maar naar supranationaal recht niet.

842. Naar nationaal recht volgt het antwoord op de vraag of er een preventieve remedie beschikbaar moet zijn, op het oog eenvoudigweg uit artikel 3:296 BW.¹¹¹¹ Afgezien van de in dat artikel opgenomen uitzonderingen geldt als hoofdregel dat een aanspraak bestaat op een preventieve remedie. In de parlementaire toelichting op dit artikel zijn er nauwelijks woorden aan vuil gemaakt, zo vanzelfsprekend was dat kennelijk. Die aanspraak op een preventieve remedie past ook bij de doelen van het procesrecht en het aansprakelijkheidsrecht.¹¹¹² Het hoofddoel van het procesrecht is immers de verwezenlijking van het materiële recht en het doel van het materiële recht is niet dat het geschonden wordt, maar dat het nageleefd wordt. Die aanspraak op een preventieve remedie bestaat bovendien niet alleen op individueel niveau, maar ook op collectief niveau bij groepsacties of bij algemeen belang acties.¹¹¹³ Ik heb uitgewerkt dat bij die doelen van het procesrecht en het materiële recht past dat preventief voorkomen moet kunnen worden dat een rechtsplicht wordt geschonden. Artikel 3:296 BW voorziet daarin.

843. De mogelijkheden die artikel 3:296 BW geeft zijn vanzelfsprekend niet onbeperkt. Niet alleen bevat het artikel zelf enkele uitzonderingsgronden, maar het recht op naleving van een rechtsplicht kan ook op andere gronden worden beperkt. Artikel 3:296 BW zelf noemt de wet, de aard van de verplichting en de rechtshandeling als uitzonderingsgronden. Algemene leerstukken die aan een rechterlijk bevel of verbod in de weg staan en die ik heb uitgewerkt zijn de redelijkheid en billijkheid en misbruik van bevoegdheid als verbijzondering daarvan, verval van recht, rechtsverwerking en verjaring.¹¹¹⁴ Het bestaan van die uitzonderingsgronden doet niet af aan mijn conclusie dat er naar nationaal recht een aanspraak op een preventieve remedie bestaat. De uitzonderingen zijn niet meer dan dat en laten de hoofdregel dus onaantast.

844. De kous lijkt daarmee naar nationaal recht af. Met die nationaalrechtelijke kous is in zekere zin ook het pleit beslecht voor de aanspraken die uit het supranationale recht voortvloeien. Wanneer

¹¹¹⁰ Paragraaf 1.1.

¹¹¹¹ Hoofdstuk 7.

¹¹¹² Paragraaf 3.2 en 3.3.

¹¹¹³ Hoofdstuk 12.

¹¹¹⁴ Paragraaf 8.5.1, 8.5.2, 8.5.7, 8.5.4 en 8.6.1.

die aanspraken afdwingbare rechtsplichten meebrengen (meestal: voor de Staat), kan via de band van artikel 3:296 BW een preventieve remedie voor die supranationale verplichtingen worden gevonden. Ook die preventieve remedie is niet zonder uitzonderingen of beperkingen. In het bijzonder wanneer de Staat partij in het geding is en hem beleids- of beoordelingsruimte toekomt, of wanneer er een *margin of appreciation* voor de Staat is, zal een bevel of verbod niet steeds kunnen worden uitgesproken.¹¹¹⁵ Ook dat doet geen afbreuk aan de conclusie dat er een aanspraak op een preventieve remedie bestaat. Het bestaan van beleids- of beoordelingsruimte heeft immers geen invloed op de remedie als zodanig, maar beïnvloedt het bestaan (of niet-bestaan) van een bepaalde duidelijk vast te stellen rechtsplicht. Zodra ondanks de beleids- of beoordelingsruimte een rechtsplicht voor een overheidslichaam kan worden vastgesteld, geldt de hoofdregel van artikel 3:296 BW dat die rechtsplicht ook preventief kan worden afgedwongen.

845. Het onderzoek naar de eisen die het supranationale recht stelt aan de (beschikbaarheid en randvoorwaarden van) remedies heb ik uitgevoerd in verband met de vraag welke eisen er aan een effectieve remedie mogen worden gesteld.¹¹¹⁶ Die vraag gaat verder dan alleen het recht op een preventieve remedie als zodanig. Ook een niet-preventieve (vergoedende) remedie zal immers aan bepaalde voorwaarden moeten voldoen. Die voorwaarden heb ik uitgewerkt in de hoofdstukken 4, 5 en 6 en vat ik hieronder nog samen. Als echter wordt aangenomen dat schadevergoeding subsidiair is aan nakoming, dan zal de mate waarin een remedie effectief kan worden geacht, nauw samenhangen met de preventieve beschikbaarheid ervan.

846. Het antwoord op de vraag of naar Unierecht of naar de eisen die uit het EVRM voortvloeien, een preventieve remedie beschikbaar moet zijn, is niet eenduidig te geven. Zonder twijfel laten het Unierecht en het EVRM preventieve remedies toe, zodat het rechterlijk bevel en verbod tot het Unierechtelijke instrumentarium en tot het instrumentarium van het EVRM behoren. Tegelijkertijd is een algemeen geldend recht op een preventieve remedie door het EHRM niet aangenomen. Ook het Hof van Justitie heeft dat niet gedaan. Er zijn echter aanwijzingen te vinden dat een preventieve remedie in veel gevallen wel degelijk wordt vereist.

847. Ten aanzien van het EVRM is uitgemaakt dat een effectieve remedie vereist is om een verdragsschending te beëindigen. Die beëindiging heeft (ook) een preventief karakter omdat een verdere schending wordt voorkomen. Het is vaak geen grote stap van de beëindiging van een schending van een verdragsrecht naar het voorkomen van die schending. Denk aan de situatie waarin ten aanzien van een gedetineerde wordt geoordeeld dat de detentie-omstandigheden in een bepaalde inrichting onmenselijk zijn en moeten worden verbeterd. Een tweede gedetineerde die dreigt te worden overgeplaatst naar diezelfde inrichting zal met goed recht op voorhand die situatie aan de orde moeten stellen. Niet voor niets vereist artikel 13 EVRM 'a remedy to enforce the substance of the Convention rights.' Hoewel artikel 13 EVRM niet dwingend voorschrijft welke remedies beschikbaar moeten zijn, zijn er dus wel aanwijzingen dat schending van een verdragsrecht moet worden voorkomen als dat nog mogelijk is. De jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot de redelijke termijn¹¹¹⁷ laat vrij helder de voorkeur voor een preventieve remedie boven schadevergoeding zien en in het geval van een dreigende en onomkeerbare schending van het EVRM in een vreemdelingenrechtelijke context, heeft het EHRM aangenomen dat die moet worden voorkomen.

848. Uit de eis van effectieve rechtsbescherming in het Unierecht kan een voorkeur voor een preventieve remedie worden afgeleid, maar de preventieve beschikbaarheid van een remedie heeft niet als algemene eis te gelden. Wel kan aan het Unierecht worden ontleend dat een remedie doeltreffend, evenredig en afschrikkend moeten zijn. Ook daarvoor geldt dat de preventieve beschikbaarheid van een remedie goed in die eisen past, maar er niet noodzakelijkerwijs uit voortvloeit. Tegelijkertijd is

¹¹¹⁵ Paragraaf 12.7 en 12.8.

¹¹¹⁶ Hoofdstuk 4 over het EVRM en hoofdstuk 5 over het Unierecht.

¹¹¹⁷ Paragraaf 4.4.

aanvaard dat voorlopige maatregelen beschikbaar moeten zijn om een situatie die strijdig is met het Unierecht, te beëindigen. De stap naar een volledig preventieve remedie die een strijdigheid voorkomt, is ook hier niet groot. Op specifieke terreinen zoals het aanbestedingsrecht en in het bijzonder het consumentenrecht, worden bovendien wel degelijk preventieve remedies door het Unierecht voorgeschreven. Hoewel het Unierecht niet in algemene zin de beschikbaarheid van een preventieve remedie voorschrijft, is het mede daarom niet moeilijk om te betogen dat er een duidelijke Unierechtelijke voorkeur bestaat voor de daadwerkelijke nalevering van het Unierecht en daarmee voor een preventieve remedie.

13.3 De eisen die aan een preventieve effectieve remedie moeten worden gesteld

849. De tweede onderzoeksvraag was welke eisen aan een effectieve remedie mogen worden gesteld. Als uitkomst van het onderzoek naar de eisen die aan een effectieve remedie kunnen worden gesteld heb ik geformuleerd dat een preventieve effectieve remedie

- a) materiële rechten kan afdwingen
- b) tijdig is
- c) een afschrikkende functie heeft en
- d) proportioneel is.

850. In de conclusies van de afzonderlijke hoofdstukken 7-12 heb ik steeds getoetst in hoeverre aan deze eisen wordt voldaan. Deze eisen vloeien deels voort uit het Unierecht, maar kunnen ook binnen een nationaal kader worden toegepast. Zo is de eis dat een remedie afschrikkend is, niet in de nationale jurisprudentie geformuleerd, maar kan hij wel een functie hebben.¹¹¹⁸ Meer impliciet speelt die eis bovendien wel degelijk een rol. Het procesrecht heeft immers mede een ‘bedreigingsfunctie’ die anderen met gelijke plannen als de veroordeelde ervan moet weerhouden die plannen door te zetten. Het uitspreken van een rechterlijk bevel of verbod kan op die manier, hoewel het niet iets verbiedt wat niet al verboden was, of iets opdraagt waartoe iemand niet al gehouden was,¹¹¹⁹ een afschrikkende functie hebben. De afschrikkendheid is dan daarin gelegen dat door het bevel of verbod duidelijk wordt gemaakt dat rechten kunnen worden afgedwongen en gehandhaafd. Wanneer het gaat om daadwerkelijke afschrikking, zijn het echter eerder de dwangmiddelen zoals de dwangsom of lijfswang die in beeld komen, dan het bevel of verbod als zodanig.

851. Een andere eis die aan remedies moet worden gesteld en die in het Unierecht meer aandacht krijgt dan in het nationale recht, is die van de proportionaliteit.¹¹²⁰ Het proportionaliteitsbeginsel speelt in het Unierecht een algemene rol bij de toepassing van remedies. Artikel 3:296 BW stelt niet als voorwaarde dat de nakoming van de rechtsplicht proportioneel moet zijn voordat een rechterlijk bevel of verbod kan worden uitgesproken. De eis van proportionaliteit heeft ook daar echter een correctiefunctie die tot werking komt door de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid of het leerstuk misbruik van bevoegdheid.

852. De eisen van tijdigheid en preventieve beschikbaarheid lopen in zekere mate parallel. Tijdigheid kan betekenen dat een remedie preventief kan worden aangewend. Een niet tijdig aangewende remedie kan echter nog steeds een preventief karakter hebben als de inbreuk op het materiële recht voortduurt.

853. De eis dat materiële rechten kunnen worden afgedwongen sluit nauw aan bij het belangrijkste doel van het procesrecht, namelijk rechtsverschaffing. Ik heb uitgewerkt dat het procesrecht dienend is

¹¹¹⁸ Het is wel een factor die veelal kenbaar wordt gehanteerd bij de toepassing van dwangmiddelen, maar dan speelt het uitsluitend op individueel niveau een rol.

¹¹¹⁹ Paragraaf 7.4 en 10.3.5.

¹¹²⁰ Paragraaf 5.6.

aan het materiële recht. De beschikbaarheid van doeltreffende remedies is daarvoor een voorwaarde en die doeltreffendheid is vooral daarin gelegen dat het materiële recht dat is of dreigt te worden geschonden, wordt gehandhaafd.

13.4 Voldoen het rechterlijk bevel en verbod?

854. De vraag of het rechterlijk bevel en verbod aan die eisen voldoen, kan positief beantwoord worden. De regeling van artikel 3:296 BW maakt het niet alleen mogelijk een dreigende schending van een rechtsplicht af te wenden en op die manier de naleving van materiële rechten af te dwingen, maar in kort geding kan dat ook efficiënt en tijdig gebeuren. Zo bezien voldoet de regeling van artikel 3:296 BW aan de eisen die aan een effectieve remedie kunnen worden gesteld. De grootste zwakte van het rechterlijk bevel en verbod is dat het niets anders is dan de rechterlijke uitspraak dat een veroordeelde iets moet doen of laten waartoe hij al gehouden was. Dat oordeel als zodanig is niet zonder waarde, maar zonder dwangmiddelen heeft het vooral een processuele functie. Een tekortkoming van de remedie zou ik dat toch niet willen noemen. De dwangmiddelen dwangsom en de lijfswang zijn beschikbaar en hebben op hun beurt geen bestaansrecht zonder het rechtelijk bevel of verbod.

855. Wanneer in het onderzoek naar de waarde van het rechterlijk bevel en verbod de positie van de rechter wordt betrokken valt vooral op dat artikel 3:296 BW dwingend is geformuleerd. Het artikel laat de rechter in het bijzonder geen vrijheid een afweging van belangen te maken.¹¹²¹ Voor de effectiviteit van de remedie is dat geen bezwaar. Integendeel, het dwingende karakter van artikel 3:296 BW maakt de uitkomst van een procedure tot op zekere hoogte voorspelbaar en niet afhankelijk van een belangenafweging waarvan de uitkomst onzeker is. Bovendien is er voor een belangenafweging eigenlijk geen goede reden. Als gezegd roept het rechterlijk bevel of verbod geen nieuwe verplichtingen in het leven. De rechter spreekt slechts uit waartoe iemand al gehouden was. Als een schuldeiser recht heeft op een bepaalde prestatie is er op zichzelf geen goede reden om dat recht nader te onderwerpen aan een belangenafweging.

856. Het feit dat er geen ruimte is voor een nadere belangenafweging, behalve in kort geding, laat onverlet dat de nodige uitzonderingen bestaan op de hoofdregel van artikel 3:296 BW. Het artikel zelf noemt de wet, de aard der verplichting en de rechtshandeling. Ook andere leerstukken bieden de rechter echter ruimte om maatwerk te leveren. De redelijkheid en billijkheid en het leerstuk misbruik van bevoegdheid als toepassing daarvan zijn het meest in het oog springend. Met die leerstukken zal ook recht kunnen worden gedaan aan de eis dat een remedie proportioneel moet zijn.

857. In het voorgestelde artikel 5.234 van het gemoderniseerde Belgische Burgerlijk Wetboek wordt naar verwachting opgenomen dat aanspraak op uitvoering in natura (nakoming) bestaat tenzij dat 'abusief' is. Het in navolging van de Belgische wetgever opnemen van die uitzondering in artikel 3:296 BW is niet nodig. Het leerstuk misbruik van bevoegdheid en in brede zin de redelijkheid en billijkheid kan ook zonder dat dit als uitzondering is opgenomen in artikel 3:296 BW, worden toegepast. Om diezelfde reden is het ook niet nodig om bijvoorbeeld in art. 3:296 BW op te nemen dat een bevel of verbod niet kan worden uitgesproken indien niet aan het relativiteitsvereiste wordt voldaan.

858. Als het gaat over effectiviteit van de remedie, is het onvermijdelijk om onder ogen te zien dat het rechterlijk bevel en verbod zonder dwangmiddelen een beperkte (praktische) functie hebben. Een bevel of verbod dat wordt uitgesproken zonder dat er aan die uitspraak een dwangmiddel wordt gekoppeld, kan niet straffeloos door de veroordeelde worden genegeerd, maar het heeft weinig toegevoegde waarde. De veroordeelde die de rechterlijke uitspraak negeert wordt ook daardoor schadelijkt, maar omdat het bevel of verbod geen nieuwe verplichtingen in het leven roept, is de

¹¹²¹ Paragraaf 10.2.

meerwaarde daarvan beperkt. Ook de schending van de onderliggende rechtsplicht zal de dader immers in de regel schadeplichtig hebben gemaakt. Het toepassen van een dwangsom of lijfswang is echter, anders dan het uitspreken van een bevel of verbod, een discretionaire bevoegdheid van de rechter. De rechter die op grond van artikel 3:296 BW gedwongen is een bevel of verbod uit te spreken kan dus weigeren daaraan een dwangsom te verbinden. Die regel is van waarde in de gevallen waarin een dwangsom geen functie vervult, hetgeen veelal in zaken van overheden het geval is, maar in vrijwel alle andere gevallen zal de dwangsom een logisch uitvloeisel zijn van het oordeel dat een bevel of verbod moet worden uitgesproken. Dat roept de vraag op of het niet logisch zou zijn aan het dwingende karakter van artikel 3:296 BW het dwingend opleggen van een dwangmiddel te verbinden om aldus de effectiviteit van de remedie te vergroten. Beantwoording van die vraag noopt tot nader onderzoek naar de vraag of het discretionaire karakter van de dwangsom in de praktijk tot problemen leidt. In dit onderzoek naar de effectiviteit van het rechterlijk bevel en verbod ben ik niet op dergelijke problemen gestuit.

859. In kort geding geldt het dwingende karakter van artikel 3:296 BW niet onverkort. De voorzieningenrechter die vaststelt dat een rechtsplicht is of dreigt te worden geschonden, heeft de vrijheid om een rechterlijk bevel of verbod toch te weigeren. Het oordeel van de Hoge Raad dat artikel 3:296 BW in kort geding toepassing mist, is echter maar in beperkte mate aanvaardbaar. Het uitgangspunt dat verplichtingen moeten worden nagekomen geldt onverminderd in kort geding en het kort geding ontleent zijn bestaansrecht aan de mogelijkheid dat effectief, doelmatig en preventief tegen een schending van een rechtsplicht kan worden opgetreden. Het feit dat de voorzieningenrechter de rechtspositie van partijen niet dwingend vaststelt, is geen overtuigende reden om aan te nemen dat artikel 3:296 BW in kort geding niet geldt. Het probleem van die niet dwingende vaststelling van rechten en plichten zit immers in de vóórfase (de normeringsfase), waar beoordeeld wordt of er een recht of een verplichting bestaat. Als de voorzieningenrechter door het karakter van het kort geding niet kan vaststellen of er een bepaald recht of een bepaalde verplichting bestaat, is dat net als in een bodemprocedure een valide reden om een bevel of verbod te weigeren. Maar als de voorzieningenrechter een bepaald recht of een bepaalde verplichting wel kan vaststellen, zou evenzeer als uitgangspunt moeten gelden dat de nakoming van dat recht of die verplichting moet kunnen worden afgedwongen. De Hoge Raad heeft dit ook als uitgangspunt aanvaard, en dat een belangenafweging tot een andere uitkomst leidt, zal een uitzondering moeten zijn.

860. De effectiviteit van het rechterlijk bevel en verbod komt onder druk te staan wanneer naleving van een bepaalde rechtsplicht onmogelijk is (geworden).¹¹²² Dat ligt in dergelijke gevallen niet zozeer aan de remedie zelf als wel aan het gegeven dat nakoming van het onmogelijke nu eenmaal uitgesloten is. Met die conclusie is te leven en een gelaedeerde zal in dat geval genoeg moeten nemen met schadevergoeding. Moeilijker te verteren zou het zijn wanneer een schuldenaar een door hem te verrichten prestatie ongestraft onmogelijk kan maken en daardoor de schuldeiser het nakijken kan geven. Ik heb uitgewerkt dat een schuldeiser die tijdig van een dreigende onmogelijkheid op de hoogte raakt, in actie kan komen om een passend nakomingsbevel te verkrijgen. Het rechterlijk bevel en verbod zijn daarom ook in dat verband effectieve remedies te noemen.

861. In zaken tegen de overheid¹¹²³, tot slot, vormt het rechterlijk bevel en verbod een krachtig middel om voor groepen mensen een bepaald recht af te dwingen. Dat de overheid een bijzondere positie inneemt hangt in belangrijke mate samen met de vele terreinen waarop de overheid een rol vervult en de daarmee samenhangende beleids- of beoordelingsruimte van overheden. De rechter dient bij het bestaan van een beleids- of beoordelingsruimte een stap terug te doen. Dat heeft belangrijke implicaties voor de rol van de rechter, maar het raakt niet zonder meer de effectiviteit van het rechterlijk bevel en verbod. Dat laat zich als volgt uitleggen. Het rechterlijk bevel en verbod spreken

¹¹²² Hoofdstuk 11.

¹¹²³ Hoofdstuk 12.

uit waartoe iemand al gehouden is. De vraag waartoe een overheidsorgaan gehouden is, hangt in belangrijke mate samen met de vraag naar de beleidsruimte van het overheidsorgaan. Als het overheidsorgaan zelf in belangrijke mate vrij is om te bepalen welk beleid gevoerd zal worden, is van een verplichting tot het voeren van een bepaald specifiek beleid geen sprake. Een rechtsplicht om dat specifieke beleid te voeren ontbreekt in dat geval. Er is dan dus ook geen rechtsplicht die op effectieve wijze kan of moet worden afgedwongen. Het feit dat de rechter in een dergelijk geval ten behoeve van het overheidslichaam een stap terug moet doen, raakt de vóórfase waarin een rechtsplicht wordt vastgesteld (de normeringsfase), maar niet de remediefase. Het is de taak van de rechter om in de vóórfase erop toe te zien dat de grenzen van de beleidsruimte niet te ruim worden gesteld. Die grenzen worden bepaald door de ingeroepen materiële rechten en bijzondere omstandigheden van een bepaald geval. Die bijzondere omstandigheden hangen veelal samen met de overheidstaak in bijvoorbeeld het buitenlands beleid.

862. Het feit dat de overheid een bijzondere taak uitvoert, geeft hem geen *carte blanche*. Met name dient er door de rechter voor gewaakt te worden aan te nemen dat hij geen taak heeft wanneer het handelen van de Staat op het terrein van de internationale politiek en het internationale beleid moet worden getoetst. Ook dergelijk handelen vindt niet in een rechtvacuüm plaats, maar zal in de regel worden bestreken door internationale verplichtingen, waaronder mensenrechtelijke verplichtingen. Het is afhankelijk van die afzonderlijke verplichtingen en rechten in hoeverre de rechter een stap terug moet doen ten gunste van de vrije beleidsruimte van de Staat.

13.5 Ruimte voor verbetering en nader onderzoek?

863. Per saldo stelt het beeld niet teleur. Het rechterlijk bevel en verbod zijn preventief beschikbaar, zijn doelmatig en effectief in te zetten, zeker in kort geding, en ook in zaken tegen de overheid. Het is de taak van de voorzieningenrechter om behoedzaam om te gaan met de ruimte die hem in kort geding is gegeven om een belangenafweging te maken en het is de taak van de rechter om in zaken tegen de overheid niet te snel te denken dat het bestaan van beleidsruimte hem ertoe dwingt een stap terug te doen ten gunste van de overheid.

864. In zaken tussen burgers onderling (waartoe ik bedrijven reken) lijkt er dan ook weinig ruimte voor verbetering van de wettelijke regeling. Feitelijk heeft de rechter in Nederland de ruimte om preventief de nakoming van rechten en verplichtingen te waarborgen. Partijen weten in belangrijke mate ook waar zij aan toe zijn omdat het de rechter niet is toegestaan een belangenafweging te maken. De keerzijde is dat de rechter slechts in beperkte mate de ruimte heeft om in situaties waarin een rechterlijk bevel en verbod disproportioneel zou zijn, met toepassing van onder meer de redelijkheid en de billijkheid, maatwerk te leveren. Een openstaande vraag is of de relatie tussen het rechterlijk bevel en verbod enerzijds en de dwangmiddelen anderzijds aanpassing verdient in die zin dat de rechter gehouden zou moeten zijn steeds een dwangmiddel toe te passen indien hij een bevel of verbod uitspreekt. Om die vraag te beantwoorden zou onderzoek moeten plaatsvinden naar de toepassing van met name de dwangsom en zou onderzocht moeten worden hoe vaak een gevorderde dwangsom wordt geweigerd. Die vraag heeft niet alleen een nationaalrechtelijke, maar ook een Unierechtelijke achtergrond. Naar nationaal recht dringt die vraag zich op in het licht van het ontbreken van een discretionaire bevoegdheid van de rechter bij de toepassing van het rechterlijk bevel en verbod. Er lijkt een discrepantie te bestaan tussen die gebondenheid van de rechter bij het uitspreken van een bevel en verbod enerzijds en de vrijheid bij het toepassen van dwangmiddelen anderzijds. De Unierechtelijke achtergrond volgt uit het arrest *Deutsche Umwelthilfe* van het Hof van Justitie, waarin het Hof van Justitie overwoog dat de rechter die de mogelijkheid heeft om lijfswang toe te passen om de naleving van het Unierecht af te dwingen, daartoe ook gehouden is.¹¹²⁴ Hoewel ik heb geconcludeerd dat die situatie zich voor de Nederlandse rechter niet snel zal voordoen, rijst de vraag hoe de vrijheid van de

¹¹²⁴ Paragraaf 5.10

rechter om bijvoorbeeld af te zien van het opleggen van dwangsommen aan de Staat, zich hiertoe in een Unierechtelijk kader verhoudt.

865. Dat onderzoek gaat de grenzen van dit proefschrift te buiten. In een dergelijk onderzoek zou ook de relatie met de verklaring voor recht kunnen worden betrokken. Een bevel of verbod zonder dwangmiddel schurkt immers praktisch dicht aan tegen de verklaring voor recht dat iemand tot een doen of nalaten gehouden is.

866. In zaken tussen burgers en de overheid zijn er (in ieder geval) twee situaties waarin het rechterlijk bevel en verbod als remedie tekort schiet. In de eerste plaats is dat de situatie waarin een rechterlijke uitspraak te lang op zich laat wachten en daarmee een schending van artikel 6 EVRM dreigt. Een rechterlijk bevel aan een andere rechter om haast te maken laat zich niet goed denken, ook niet als dat rechterlijk bevel de vorm van een bevel aan de Staat als rechtspersoon heeft. Problematisch daarbij is immers niet alleen dat de ene rechter geen bevelen kan geven aan een andere rechter om op een bepaalde wijze te handelen, maar ook dat de Staat geen middelen heeft om een rechter te dwingen in een bepaalde zaak voor een bepaald tijdstip uitspraak te doen. Ik zie daar geen ruimte voor verbetering. Wie zou accepteren dat de Staat manieren in handen zou hebben om ervoor te zorgen dat een rechter een bepaalde zaak bij voorrang behandelt, accepteert ook dat de Staat het in zijn macht heeft om andere (specifieke) zaken bij die ene zaak achter te stellen. Dat risico kan niet aanvaard worden.

867. Het tweede geval waarin het rechterlijk bevel tekort schiet is in die zaken waarin nakoming van een rechtsplicht tot wetgeving dwingt. Het belang van die uitzondering is kleiner geworden met het *Urgenda*-arrest van de Hoge Raad, omdat dat arrest laat zien dat ook zonder dat aan de Staat een bevel wordt gegeven wetgeving met een bepaalde inhoud tot stand te brengen, aan de Staat een bevel kan worden gegeven om bepaalde (beleids)doelen te bereiken, ook als daarvoor wetgeving noodzakelijk is. Daarmee is het feit dat aan de Staat geen wetgevingsbevel kan worden gegeven, geen obstakel meer dat tot de conclusie dwingt dat de effectiviteit van het rechterlijk bevel (en verbod) tekort schiet.

868. Als het verbod om een wetgevingsbevel te geven wel een obstakel zou worden geacht, ligt een oplossing bovendien niet voor de hand. De Staat als rechtspersoon kan de wetgevende macht immers niet dwingen een bepaalde wet aan te nemen. Een dergelijk bevel houdt het risico in zich de Staat te veroordelen tot iets wat wellicht onmogelijk is.

13.6 Conclusie

869. Het rechterlijk bevel en verbod hebben een lange voorgeschiedenis, maar zijn nog bij de tijd. De wettelijke regeling in artikel 3:296 BW voldoet aan de eisen die aan een wettelijke regeling voor een rechterlijk bevel en verbod kunnen worden gesteld. Voor zover een aanspraak bestaat op een preventieve remedie, kan die remedie op grond van het bepaalde in artikel 3:296 BW preventief worden gegeven. Een rechterlijk bevel en verbod kunnen bovendien op relatief efficiënte wijze worden verkregen, terwijl artikel 3:296 BW binnen het ruimere kader van privaatrechtelijke leerstukken ruimte laat voor maatwerk door de rechter.

Summary

Anyone who has a right to have another person doing something or refraining from doing something must be able to enforce that right. This requires legal remedies or sanctions. This book deals with a specific remedy, namely the court injunction and prohibition. The court injunction and prohibition is a preventive remedy, the purpose of which is to prevent a violation of a legal duty. This book examines the requirements for an effective remedy and explores whether the court injunction and prohibition satisfies these requirements. Chapter 1 introduces the topic, and Chapter 2 explains the key concepts.

What follows consists of three parts. Part I describes the requirements for an effective remedy. Chapter 3 deals with the aims of civil law and civil procedural law in the Netherlands. The chapter sets out that the purpose of civil law is not only to compensate damage after it has been caused, but also to prevent damage. Therefore and to that extent, civil law has a preventive effect. Article 3:296 of the Civil Code reflects this by stipulating that anyone who is obliged to do or refrain from doing something can be ordered to do so by the court. The objectives of procedural law support this. The procedural law serves the substantive law and aims at the fulfilment of this substantive law. The most important function of procedural law is the provision of justice and the prevention of self-justice. Procedural law also has other functions, namely the promotion of legal development and unity of law, but these functions are less relevant to the topic of this book.

Chapter 4 examines to what extent requirements for an effective remedy result from the European Convention on Human Rights (ECHR). Article 13 of the ECHR stipulates that an 'effective remedy' must be available. That requirement only relates to the rights that arise from the ECHR itself, so it creates a dependent right. The ECHR does not harmonise national sanctions or remedies. It is up to the Member States themselves to determine what means they provide in national law to prevent or remedy a violation of the rights contained in the ECHR.

Article 13 ECHR has a procedural and a substantive aspect. The procedural aspect relates to court proceedings and the requirements arising from Article 6 of the ECHR. The substantive aspect relates to the remedies themselves. The ECHR does not stipulate a compulsory remedy. The question which remedy is appropriate depends in part on the question of which right has been or is likely to be violated. A preventive remedy is permitted by the ECHR, but is not always required.

Chapter 5 examines whether EU law imposes certain requirements on a remedy. Article 47 of the Charter of fundamental rights of the European Union requires effective legal protection against a violation of rights derived from Union law. Article 47 of the Charter therefore also creates a dependent right. The requirements stemming from Article 47 of the Charter cannot be applied to a purely national dispute and these requirements do not determine the actual content of the remedy to be applied. Like the ECHR, the Charter does not harmonise remedies. It is up to the Member States to determine what remedies should be made available, subject to compliance with the principles of equivalence and effectiveness. It follows from the caselaw of the Court of Justice that a remedy must be effective, dissuasive and proportionate. Chapter 5 elaborates on these requirements.

Chapter 5 also discusses two situations in which EU law *does* set requirements for remedies, by means of the Directives on legal protection of procurement law and the Directive on unfair terms in consumer contracts. Chapter 5 describes how the requirements ensuing from these Directives can be met in the Netherlands by applying the court injunction and prohibition in interlocutory proceedings.

Chapter 6 first of all answers the question whether there exists a right to a preventive remedy. Under national law this is the case, because this follows from article 3:296 of the Dutch Civil Code. Under supranational law it cannot be said automatically that a preventive remedy must be available. In some cases it should, but in other cases a compensatory remedy will suffice. Chapter 6 further recapitulates the requirements for an effective remedy. A preventive remedy is effective if it

- (a) enables the enforcement of substantive rights
- (b) is timely
- (c) is dissuasive
- (d) is proportionate

Because proportionality plays an important role in the requirements for remedies, Chapter 6 also discusses the question whether proportionality is a principle of Dutch national procedural law. This is not the case, but proportionality does play a role in several articles in the Dutch Civil Code.

Part 2 of the book deals with the way in which court injunctions and prohibitions are regulated in Dutch law. Chapter 7 describes the requirements that must be met in order for a court injunction or prohibition to be issued. Chapter 8 deals with the grounds for refusal and Chapter 9 describes when a court order or prohibition expires.

Chapter 7 sets out the requirements that have to be met in order for a court injunction or prohibition to be issued. There must be an imminent breach of a legal duty. A legal duty is an obligation towards another person to do or not to do something. A court injunction or prohibition can only be issued following a request to a court. Without a court, there is no court injunction or prohibition. It follows from article 3:296 of the Dutch Civil Code that a court order or prohibition must be consistent with the legal duty that is in danger of being violated. The court injunction or prohibition cannot prohibit something that is not unlawful. Nor can a court force someone to do something that he is not already obliged to do. The court injunction and prohibition do therefore not create new obligations, but merely confirm what someone was already obliged to do.

It follows from Article 3:303 of the Dutch Civil Code that a plaintiff in proceedings must have a sufficient interest in a claim. This also applies to a plaintiff wishing to obtain a court injunction or prohibition. For court injunctions and prohibitions this means that there must be a "real threat" of a breach of a legal duty. If there is no threat of a duty being breached, there is no reason to involve the court.

Chapter 8 deals with the grounds for rejection of a court injunction or prohibition. Article 3:296 of the Dutch Civil Code contains three grounds for rejection: the law, the nature of the obligation and a legal act. Chapter 8 discusses the relevance of these grounds for rejection and gives examples. Attention is also paid to Article 6:168 of the Civil Code, on the basis of which an injunction may be denied if an unlawful act involves substantial social interests. Grounds for rejection not specifically relating to the court injunction and prohibition, but nonetheless relevant, can also be found elsewhere in the Civil Code. Chapter 8 also discusses the doctrines of reasonableness and fairness and the abuse of power. It also deals with the question of whether an undertaking not to perform a particular act prevents the court order or prohibition from being issued.

Chapter 9 elaborates on the fact that court injunctions and prohibitions do not have a permanent effect as they have a limited duration. Firstly, the court issuing an order or prohibition may determine that it has a limited period of validity. In particular, if an order or ban infringes certain rights of a person (e.g. a prohibition on entering an area), there will be a reason to limit its duration. In addition, a court order or ban is issued in the light of certain circumstances. If those circumstances change, the order or prohibition may come to an end of its own accord. Finally, a court injunction or prohibition imposed in interlocutory proceedings may be overtaken by proceedings on the merits and in that case comes to an end as well.

Part 3 of the book uses three themes to determine whether problems can arise in the application of court injunctions and prohibitions. These themes are introduced in Chapter 10 and elaborated on in Chapters 10, 11 and 12.

Chapter 10 deals with the position of the court and examines how the court can provide tailor-made solutions when applying a remedy. The starting point is that article 3:296 Dutch Civil Code does not give the court the possibility to weigh the interests involved: if there is a legal obligation, that obligation simply can be enforced. The court does have a certain freedom to let the interests of the parties play a role if it has to determine what are the legal obligations of the parties. In the application of the remedy, reasonableness and fairness on the one hand and the doctrine of abuse of power on the other hand can be used as corrective mechanisms.

In summary proceedings, the court has more freedom to weigh the interests of the parties in coming to a decision. The main question in summary proceedings is whether an intervention is necessary to enforce a legal duty without further delay. Also in summary proceedings the basic principle is that legal obligations must be fulfilled.

Chapter 10 also deals with the question to what extent the court is bound by the petition of a plaintiff. The starting point is that the court *is* bound by the petition. The court may award less than what is claimed, but not something else than what is claimed. This is a matter of interpretation of the claim. The chapter also deals with the question which requirements the actual order or prohibition (the dictum of the judgment) must satisfy. It will have to be clear *who* is being ordered to do something or to refrain from doing something and *what* is expected of him or her. Sometimes this also requires an explanation of the dictum. For that purpose, the dictum must be understood against the background of the considerations of the judgment.

Chapter 11 examines whether a court order or prohibition can be given if a performance is impossible or has become impossible. There are various forms of impossibility, which are discussed in the chapter. Furthermore, the relation between impossibility and force majeure is elaborated upon, as well as the relation with a guarantee that has been given. No order or prohibition can be pronounced that stipulates an impossible performance. Nobody is obliged to do the impossible and nobody can be forced to do the impossible. However, when it is foreseen that a performance is going to be impossible, a court injunction or prohibition can be requested to prevent performance from becoming impossible. In this way, the injunction can still be an effective remedy.

Chapter 12 discusses the role of court injunctions in collective actions against public authorities. A collective action can be submitted on the basis of Article 3:305a of the Civil Code. With such an action a legal entity is able to assert an interest affecting a large group of persons. This can also be an idealistic interest. In the case of idealistic interests, the claim will often be directed against a government. However, the government occupies a special position in this case because it has many duties and takes part in legal transactions in various capacities. Especially when it comes to government, the authorities enjoy a certain freedom. This means that the court must take a step back in such cases. Moreover, the court cannot order the government to enact a law. The importance of this principle has diminished with the *Urgenda* judgment.

Chapter 13 draws conclusions. In essence, they are as follows. Under national law, there is an unquestionable right to a preventive remedy. This follows from article 3:296 of the Civil Code. Whether a right to a preventive remedy follows from supranational law cannot be said in general terms. What is certain is that the ECHR and EU law do not oppose preventive remedies. Preventive remedies are even prescribed in some situations. Although it cannot be said in general that the ECHR or Union law prescribes a preventive remedy, there are situations in which such a remedy is to be preferred.

As listed above, a preventive remedy is effective if it

- (a) enables the enforcement of substantive rights
- (b) is timely

(c) is dissuasive

(d) is proportionate

The conclusion of chapter 13 (and this book) is that the court injunction and prohibition satisfies these requirements.

Literatuurlijst

Ahsmann 2020

M.J.A.M. Ashmann, *De weg naar het civiele vonnis*, Den Haag: Boom Juridisch 2020.

Ancery 2012

A.G.F. Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht*, (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. XIV) (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012.

Asser/Scholten Algemeen deel* 1974

P. Scholten, *Mr. C. Assers Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel**, Deventer: Kluwer 1974.

Asser/Sieburgh 6-I 2020

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Asser/Sieburgh 6-II 2017

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser/Sieburgh 6-III 2018

Mr. C. Assers Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Asser/ Sieburgh 6-IV 2019

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser Procesrecht/Giessen 1 2015

I.Giessen, *Mr. C. Assers Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht I. Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016

A.C. van Schaick, *Mr. C. Assers Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht 2. Eerste aanleg*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020

R.J.B. Boonekamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht 6. Het kort geding*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Asser, Groen & Vranken 2003

W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, *Een nieuwe balans*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2003.

Aronstein 2019

I.V. Aronstein, Wo viel Licht ist, ist starker Schatten? Het recht op een effectieve (civiele) remedie naar Unierecht, *MvV* 2019/7 & 8.

Aronstein 2019a

I.V. Aronstein, *Remedies for infringements of EU law in legal relationships between private parties* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Auvray 2021

F. Auvray, Bedenkingen omtrent het foutbegrip in het hervormingsproject: discussie waar ik graag bij was geweest, *TPR* 2021.

Van Baars 1971

J. van Baars, *Point d'intérêt, point d'action*, (diss. Amsterdam), Amsterdam: Buijten & Schipperheijn, 1971.

Backes 2004

Ch. Backes, noot onder HR 21 maart 2003 (*Waterpakt*), *AB* 2004, 39.

Bakels 2009

F.B. Bakels, Aspecten van samenloop (I), *WPNR* 2009/6796.

Barendrecht 2002

J.M. Barendrecht, Aansprakelijkheid en welzijn, *NJB* 2002/12.

Barkhuysen 1998

T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten* (diss. Leiden), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998.

Barkhuysen & Van Emmerik 2013

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Procedurele rechten*, In: J. Gerards (red.), *Grondrechten, de nationale, Europese en internationale dimensie*, Nijmegen 2013: Ars Aequi Libri.

Barkhuysen & Van Emmerik 2017

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Europese Grondrechten en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Barkhuysen 2020

T. Barkhuysen, Lijfswang tegen autoriteiten die weigeren vereiste milieumaatregelen te nemen, *NJB* 2020/123.

Bauw 2017

E. Bauw, *Politieke processen* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom Juridisch 2017.

Bauw 2018

E. Bauw, De bakens verzet (!?), *TO* 2018/4.

Bauw & Giesen 2019

E. Bauw en I. Giesen, De vrederechter of nabijheidsrechter als methode van conflictoplossing, In: Th. Groenewald, R.H. de Bock, C.E. du Perron en L. Timmerman (red.) *Naar vernieuwing van de (civiele) rechtspleging*, Den Haag: Boom Juridisch 2019.

Bauw, de Meijer, Westerveld & De Wolff 2019

E. Bauw, M.E. de Meijer, M. Westerveld & D.J.B. de Wolff, *Togadragers in de rechtsstaat*, Den Haag: Boom Juridisch 2019.

Van Beek & Schelhaas 2019

S. van Beek & H.N. Schelhaas, De invloed van het EU-recht op het Nederlandse consumentenkooprecht, *MvV* 2019/7&8.

Beumers 2012

M.T. Beumers, *De bescherming van immateriële belangen in het schadevergoedingsrecht*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridisch 2021.

Blauw 1988

R.M. Blauw, *De verstraffing van ons privaatrecht: 150 jaar sanctionering van rechtsplichten*. In: Recht vooruit, opstellen verzameld ter gelegenheid van 150 jaar BW, Deventer: Kluwer 1988.

Bleeker 2018

T. Bleeker, Voldoende belang in collectieve acties: drie maal artikel 3:303 BW, *NTBR* 2018/20.

Bocken 1986

H. Bocken, “Herstel in natura en rechterlijk bevel en verbod” in: G. Baert, J. Polak, L. Simont, M. Storme en W. van Gerven, *liber amicorum voor Jan Ronse*, Brussel: Uitgeverij Story Scientia 1986.

Bocken & Boone 2011

H. Bocken en I. Boone, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, Brugge: Die Keure 2011.

Bocken 2021

H. Bocken, Het ontwerp van nieuw Belgisch buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht, *WPNR* 2021/7338.

Boogaard 2013

G. Boogaard, *Het wetgevingsbevel* (diss. UVA), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013.

Boogaard & Schutgens 2019

G. Boogaard & R.J.B. Schutgens, Na ons de zondvloed? Over de Urgenda-zaak en het beginsel van constitutionele hoffelijkheid bij de oplegging van dwangsommen aan de Staat, *O&A* 2019/21.

Van Boom 2006

W.H. van Boom, *Efficacious Enforcement in Contract and Tort*, (oratie EUR), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.

Van Boom 2007

W.H. van Boom, Effectuerend handhaven in het privaatrecht, *NJB* 2007/16.

Van Boom 2008

W.H. van Boom, Iets over handhaving in het privaatrecht, *WPNR* 2008/6772.

Van Boom, Van Dam-Lely & Lindenberg 2011

W.H. van Boom, J.H. van Dam-Lely en S.D. Lindenberg, *Over rake remedies: handhaving van rechten, naleving van plichten en sanctionering van verkeerd gedrag*. In: W.H. van Boom, J.H. van Dam-Lely en S.D. Lindenberg (red.), *Rake remedies*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Bovend'Eert 2021

P.P.T. Bovend'Eert, Machtenscheiding en rechtsstaat (of rechtersstaat?) na Urgenda, *Regelmaat* 2021/3.

Brenninkmeijer 1982

A.F.M. Brenninkmeijer, *Het jus de non evocando*. In: A.K. Koekkoek, W. Konijnenbelt & F.C.L.M. Crijns, *Grondrechten*, commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene grondwet, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982.

Brüggemeier 2018

G. Brüggemeier, *Tort Law in the European Union*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International B.V. 2018.

Van den Brink e.a. 2017

J.E. van den Brink, W. den Ouden, S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven, J.H. Jans, *Rechtsbeginselen en fundamentele rechten*. In: R. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017.

Cafaggi & Iamiceli 2017

F. Cafaggi & P. Iamiceli, The principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions, *European Review of Private Law* 2017/3, p. 575-618.

Claeys 2017

I. Claeys, *Contract Law*, In: M. Kruithof & W. de Bondt (red), *Introduction to Belgian Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2017.

Cleveringa 1972

R.P. Cleveringa, *Mr. W. van Rossem's verklaring van het Nederlands wetboek van burgerlijke rechtsvordering*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972.

Van Dam 2015

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht Deel I Rechtsbescherming, rechtsmiddel en rechtsherstel*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

Van Dam 2000

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht I Aansprakelijkheid in Europa*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2020.

Van Dam 2020

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2020.

Dauw 2020

P. Dauw en E. Dauw, *Burgerlijk Procesrecht*, Antwerpen: Intersentia 2020.

Van Deursen & Vetzo 2021

S. van Deursen & M.J. Vetzo, Het avondklokoordeel in context, *NTBR* 2021/31.

Dirix 2021

E. Dirix, De hercodificatie van het burgerlijk recht in België, *WPNR* 2021/7338.

Drion & Van Wechem 2006

C.E. Drion & T.H.M. van Wechem, Proportionele redelijkheid en billijkheid, *NJB* 2006/10.

Dubbink 1998

C.W. Dubbink, Vijftig jaren, in: Th.M. de Boer, *Vijftig jaar lex loci delicti*, Deventer: Kluwer 1998.

Van Duin 2017

J.M.L. van Duin, Metamorphosis, The role of Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights in Cases Concerning National Remedies and Procedures under Directive 93/13, *EuCML*, 6(5), 190-198.

Van Duin 2019

J.M.L. van Duin, effectieve rechtsbescherming van consumenten door de civiele rechter: een procesrechtelijk perspectief, *TvPP* 2019/5.

Van Duin 2020

J.M.L. van Duin, *Justice for both, Effective judicial protection under Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights and the Unfair Contract Terms Directive*, (diss. UVA), Amsterdam 2020.

Van Dunné 1971

J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1971.

Van Dunné 2018

J.M. van Dunné, 'Normatieve uitleg' algemeen aanvaard, maar ook in ruime zin, inclusief derogerende werking en aanvulling van leemte? (*I en II*) *WPNR* 7184 en 7185.

Deurvorst, in: GS Onrechtmatige daad

T.E. Deurvorst, Rechtsvorderingen, in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer.

Dijkshoorn 2012

W. Dijkshoorn, Het privaatrecht is niet geschikt om het algemeen belang te dienen. Nou en? *NJB* 2012/2467.

Drion 1962

H. Drion, Rechterlijk bevel en verbod, *RM Themis* 1962, p. 203-240

Drion 2010

C.E. Drion, Uitleg van uitleg, *NJB* 2010/5.

Eijsbouts, Jans, Prechal & Senden 2012

W.T. Eijsbouts, J.H. Jans, A. Prechal & L.A.J. Senden, *Europees Recht – Algemeen Deel*, Groningen: Europa Law Publishing 2012.

Ekelmans 2015

J. Ekelmans, *In eerste aanleg. De grenzen van het debat voor de civiele rechter in eerste aanleg (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 16)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Emaus 2019

J.M. Emaus, Subsidiariteit, preventie en voorzorg, *AV&S* 2019/11.

Engelhard 2009

E.F.D. Engelhard, *Handhaven van en door het privaatrecht*. In E.F.D. Engelhard, I. Giesen, C.B.P. Mahé en M.Y. Schaub (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009.

Van Es 2018

P.C. van Es, *Verkrijging door verjaring*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2018.

Faure 2003

M. Faure, *de meerwaarde van het aansprakelijkheidsrecht voor het milieu*. In: T. Hartlief en S. Klosse (red.), *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2003.

Frenk 1994

N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht*, (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1994.

Van Gerven & Van Oevelen 2015

W. van Gerven en A. van Oevelen, *Verbintenissenrecht*, Leuven: Uitgeverij Acco 2015.

Gillaerts 2020

P. Gillaerts, *De rol van de Belgische declaratoire vordering bij het nastreven van de niet-vergoedende doelstellingen van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, (diss. Leuven), 2020.

Giesen 2008

I. Giesen, *Attributie, juridische causaliteit en preventieve werking*, In: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij, *Gedrag en privaatrecht, over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag 2008: Boom Juridische uitgevers.

Glas 2022

L.R. Glas, *De margin of appreciation van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, in R.J.N. Schlössels & R.J.B. Schutgens e.a. (red), *Toetsingsintensiteit, een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Van Gerven 2000

W. van Gerven, *Of Rights, Remedies and Procedures*, *Common Market Law Review* 2000/37 (p. 501-536).

Goedmakers 1998

A.J. Goedmakers, *Overmacht bij overeenkomst en onrechtmatige daad*, (diss. Rotterdam), 1998.

Gras, Hendrikse & Jongbloed 2021

A.S. Rueb, E. Gras, R.G. Hendrikse & A.W. Jongbloed, *Compendium van het Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Groeneveld-Tijssens 2015

N.E. Groeneveld-Tijssens, *De verklaring voor recht*, (diss. Tilburg), Serie Burgerlijk Proces & Praktijk XVIII, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

De Groot 2008

G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure*, Den Haag: Kluwer 2008.

De Groot & Steenberghe 2019

G. de Groot & H.M.M. Steenberghe (red.), *De mondelinge behandeling in civiele zaken*, Den Haag: Boom juridisch 2019.

Grosheide 1996

F.W. Grosheide, Discretionaire bevoegdheid en rechterlijk verbod, *WPNR* 1996/6223.

Haas 2009

D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming* (diss. Amsterdam), Deventer: Kluwer 2009.

Hage 2017

C.A. Hage, *Handhaving van privaatrecht door toezichthouders* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Van Harten 2011

H.J. van Harten, *Autonomie van de nationale rechter in het Europees recht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011.

Hartendorp 2020

R.C. Hartendorp, De rechter als evenwichtskunstenaar: een nieuwe balans tussen geschilbeslechting en conflictoplossing, in: R.H. de Bock, R.J.Q. Klomp & E.L. Schaafsma-Beversluis (red.), *Voor Daan Asser, Procesrechtelijke desiderata ter gelegenheid van zijn 75^{ste} verjaardag* (Asser-bundel) Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Hartlief 2003

T. Hartlief, *de meerwaarde van het aansprakelijkheidsrecht*. In: T. Hartlief en S. Klosse (red.), *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2003.

Hartlief 2008

T. Hartlief, Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht. Op weg naar een betere samenleving? *WPNR* 2022/6772.

Hartlief & Spier 2020

T. Hartlief, A.L.M. Keirse, S.D. Lindenbergh & R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 5)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Heemskerk 1974

W.H. Heemskerk, *Vorderingsrecht en rechtsvordering*, (oratie Amsterdam), Deventer: Kluwer 1974.

Van Heeswijck 2014

A.J. van Heeswijck, *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures*, (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2014.

Heldeweg, Schlössels en Seerden 2000

M.A. Heldeweg, R.J.N. Schlössels en R.J.G.H. Seerden, De kwadratuur van de algemeen belangactie? Over de legitimiteit van algemeen belangacties in democratisch, rechtsstatelijk en rechtsvergelijkend perspectief, *RM Themis* 2000/2.

Van der Helm 2019

J.J. van der Helm, *Het rechterlijk bevel en verbod* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 19), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Van der Helm 2019A

J.J. van der Helm, *Toetsing van het bestuurshandelen aan het privaatrecht (Nederland)*, Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog – reeks nr. 1, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2019.

Henskens 2019

C. Henskens, *Sancties bij contractbreuk*, In: T. Vansweevelt & B. Weyts (red.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2019.

Op Heij 2022

D.J.B. Op Heij, Schadevergoeding in natura, *WPNR* 2022/7353.

Hijma & Olthof 2020

Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*. Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Hijma 2016

Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden (monografieën BW nr. B55)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Hofmann-Van Opstall 1976

L.C. Hofmann, *Het Nederlands verbintenissenrecht*, eerste gedeelte, eerste stuk, bewerkt door S.N. van Opstall, Groningen 1976: H.D. Tjeenk Willink.

Hofman & Kurz 2019

F. Hofman & F. Kurz, *Law of remedies, A European Perspective*, Cambridge: Intersentia 2019.

Den Hollander 2016

P.W. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridisch 2016.

Hondius

E.H. Hondius, *De tanden van het privaatrecht*. In E.F.D. Engelhard, I. Giesen, C.B.P. Mahé en M.Y. Schaub (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009.

Hugenholtz/Heemskerk 2021

W. Hugenholtz & W.H. Heemskerk, *Hoofddijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, voortgezet door W. Heemskerk en K. Teuben, Dordrecht: Convoy uitgevers 2021.

Jansen 2020

K.J.O. Jansen, de rol van art. 6:162 BW in verbods- en bevelsacties, *NTBR* 2020/40, afl. 10.

De Jong, Krans & Wissink 2018

G.T. de Jong, H.B. Krans & M.H. Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 4), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

De Jong 2016

E. de Jong, *Voorzorgsverplichtingen, Over aansprakelijkheidsrechtelijke normstelling voor onzekere risico's* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2016.

De Jong 2017

T. de Jong, *Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten*. Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Jongbloed 1987

A.W. Jongbloed, *Reële executie in het privaatrecht*, (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1987.

Jongbloed 2015

A.W. Jongbloed, *De privaatrechtelijke dwangsom*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015.

Keirse 2009

A.L.M. Keirse, *De schadevoorkomingsplicht*, In E.F.D. Engelhard, I. Giesen, C.B.P. Mahé en M.Y. Schaub (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009.

Keirse 2017

A.L.M. Keirse, *Schadevoorkomingsplicht, rapportage over de mogelijkheden van de schadevoorkomingsplicht via het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2017.

Keirse 2017A

A.L.M. Keirse, *Schadevoorkomingsclaims*, *L&S* 2017/2.

Keirse & Pajmans 2017

A.L.M. Keirse & B.M. Pajmans, *In pari delicto; als de pot de ketel verwijt*, *MvV* 2017/7-8.

Kemp 2019

P.C.M. Kemp, *Enforced performance of commercial sales contracts in the Netherlands, Singapore and China*, (diss. Leiden), Den Haag: Eleven International Publishing 2019.

Keus 2010

L.A.D. Keus, *Europees privaatrecht*, (Monografieën BW nr. A30), Deventer: Wolters Kluwer 2010.

Keus 2021

L.A.D. Keus, *Urgenda-arrest en wetgevingsbevel*, *Regelmaat* 2021/3.

Klomp 2020

R.Q.J. Klomp, *Ambtshalve toepassing van verjaring? Geen goed idee*, In: D.F.H. Stein, V. Tweehuysen & S.E. Bartels, *Verjaring, Onderneming en Recht*, nr. 120, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Kolder 2017

A. Kolder, Het aansprakelijkheidsrecht van morgen, *AV&S* 2017/36.

Van der Kooij 2019

D.A. van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade* (Recht en Praktijk nr. CA21 (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Koopmann 1993

M.W.E. Koopmann, *Bevrijdende verjaring*, (diss. VU), Deventer: Kluwer 1993.

Kortmann 2009

J. Kortmann, *The tort law industry* (oratie UvA), Amsterdam: Vossius pers UvA 2009.

Kortmann 2018

J.S. Kortmann, Wetsvoorstel afwikkeling massaschade in collectieve acties, *NJB* 2018/407.

Koopmann

M.W.E. Koopmann, *GS Vermogensrecht*, in: J. Hijma (red), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

Koopmann 2020

M.W.E. Koopmann, *Verjaring van rechtsvorderingen wegens tekortkomingen*, In: D.F.H. Stein, V. Tweehuysen & S.E. Bartels, *Verjaring, Onderneming en Recht*, nr. 120, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Krans 1999

H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999.

Krans 2004

H.B. Krans, De kantonrechter als hoogste rechter, *WPNR* 04/6595.

Krans 2010

H.B. Krans, *Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2010.

Krans 2020

H.B. Krans, *Procedural autonomy in the Netherlands, A fading relic?*, in: H.B. Krans & A. Nylund, *Procedural autonomy across Europe*, Cambridge: Intersentia ltd 2020.

Krans & Nylund 2020

H.B. Krans & A. Nylund, *Aspects of procedural autonomy*, in: H.B. Krans & A. Nylund, *Procedural autonomy across Europe*, Cambridge: Intersentia ltd 2020.

Krans & Wissink 2022

H.B. Krans & M.H. Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 4)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Kruihof 2021

M.C. Kruihof, Privaatrechtelijke facetten van algemeen belangacties bij de Belgische justitiële rechter, In: *de algemeen belangactie en de civiele rechter*, preadviezen voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag: Boom Juridisch 2021.

Kuypers 2017

P.H.L.M. Kuypers, *Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2017.

Langenberg & Visscher 2022

E. Langenberg en L.T. Visscher, Gesubsidieerde rechtsbijstand, Een ondergeschoven kindje van de rechtseconomie, *NJB* 2022/36

Lankhorst 1992

G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992.

Laenens 2016

J. Laenens, D. Scheers, P. Thiriar, S. Rutten & B. Vanlerberghe, *Handboek Gerechtelijke recht*, Antwerpen: Intersentia 2016.

Van Leuken 2018

R.W.E. van Leuken, Ambtshalve toepassing van het EU-recht: stand van zaken en toekomstige ontwikkelingen, in: C.J.H. Jansen, M.M.C. van Moosdijk & R.W.E. van Leuken (red.), *Nijmeegs Europees Privaatrecht* (Serie Onderneming en Recht nr. 102), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Lewin 2013

G.C.C. Lewin, *Het burgerlijk procesrecht is de pathologie van het recht* (oratie UvA), Amsterdam: Vossius pers UvA 2013.

Lindenbergh 2007

S.D. Lindenbergh, *Alles is betrekkelijk, over de relatie tussen normschending en sanctie in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Lindenbergh 2018

T. Hartlief, A.L.M. Keirse, S.D. Lindenbergh & R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 5)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Lindijer 2006

V.C.A. Lindijer, *De goede procesorde*, (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.

Lock 2019

P.F.L. Lock, *Ambtshalve rechtstoepassing tijdens de mondelinge behandeling*, in: D. de Groot & H. Steenberghe (red.), *de mondelinge behandeling in civiele zaken*, Den Haag: Boom Juridisch 2019.

Loof 2021

J.P. Loof, Coronacrisis en bestuursrecht: rechtsstatelijke en mensenrechtelijke dimensies. In: *Bestuursrecht in crisistijd*, preadviezen VAR Vereniging voor bestuursrecht, Den Haag: Boom Juridisch 2021.

Van Maanen 2010

G.E. van Maanen, Maakt Chipshol een einde aan Jeffrey?, *NTBR* 2010, 24.

Maes 2004

B. Maes, *Inleiding tot het Burgerlijk Procesrecht*, Brugge: Die Keure 2004.

McDonnel 2018

A. McDonnel, Application and enforcement of EU Law in the Member States, In: In: P.J. Kuijper e.a. (red), *The Law of the European Union*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2018.

Meijer & Wissink 2007

R. Meijer & M.H. Wissink, noot bij HR 21 maart 2003 (*Waterpakt*), *NTBR* 2007/40.

Meijer 2014

R. Meijer, *The REWE/COMET 'doctrine' and its implications for dutch law*, In: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus, J.S. Kortmann en M.H. Wissink (red.), *The influence of EU law on national private law*, Serie Onderneming en Recht 81, Deventer: Kluwer 2014.

Meijers 1912

E.M. Meijers, Zakelijke rechtsvorderingen en rechtsvorderingen uit onrechtmatige daad, *WPNR* 2240.

Nieuwenhuis 1998

J.H. Nieuwenhuis, Op gespannen voet. Een evenwichtstheorie over de betrekkingen tussen het publieke en het burgerlijke recht, *NJB* 1998/1.

Van Nispen 1978

C.J.J.C. van Nispen, *Het rechterlijk bevel en verbod* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978.

Van Nispen 2003

C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht*, (Monografieën BW A11), Deventer: Kluwer 2003.

Van Nispen 2018

C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht*, (Monografieën BW A11), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Nuninga 2018

W.Th. Nuninga, Recht, plicht, bevel en verbod, *NTBR* 2018/21.

Nuninga 2022

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

Nuninga & Veldt 2020

W.Th. Nuninga & G.M. Veldt, *Normstelling voor deelverantwoordelijkheid in het ongeschreven recht*, In: G.C. Breedveld-de Voogd (red.), *Sluiterijd, Reflecties op het werk van Jaap Hijma*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Oving 2021

A.A.L. Oving, De WAMCA onder de loep genomen, *TvP* 2020/1.

Prechal & Widdershoven 2011

S. Prechal & R. Widdershoven, Redefining the relationship between 'Rewe-effectiveness' and Effective Judicial Protection, *Review of European Administrative law*, 2011/4.

Pavillon 2019

C.M.D.S. Pavillon, Private Enforcement as a Deterrence Tool: a Blind Spot in the Omnibus-directive, *University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series* No 30/2019.

Pavillon 2020

C.M.D.S. Pavillon, *Geen loterij zonder nieten, Sancties in het consumentenrecht anno 2020*, Den Haag: Boom Juridisch 2020.

De Rey 2019

S. de Rey, Herstel in natura van contractuele en buitencontractuele schade: onbekend, onbemind?, *Rechtskundig Weekblad* 2019-20, nr. 5.

Van Rossum & Kuypers 2015

M.M. van Rossum & P.H.L.M. Kuypers, *Garanties in de rechtspraak*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Rueb, Gras, Hendrikse & Jongbloed 2018

E. Gras, R.G. Hendrikse en A.W. Jongbloed, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Rodenburg 1985

P. Rodenburg, *Misbruik van bevoegdheid*, Monografieën Nieuw BW A4, Deventer: Kluwer 1985.

Van der Sanden & Hartendorp 2021

T.D. van der Sanden & R.C. Hartendorp, Online-conflictoplossing door de overheidsrechter. Enkel geschilbeslechter of dubbelrol, *NJB* 2021, p. 2413-2419.

Schabas 2015

W.A. Schabas, *The European Convention on Human rights*, Oxford: Oxford University Press 2015.

Schelhaas 2017

H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid (Monografieën BW nr. A5)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Van Schilfgaarde 2016

P. van Schilfgaarde, *De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 100), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Schoenmaekers 2018

S. Schoenmaekers, Public Procurement, In: P.J. Kuijper e.a. (red), *The Law of the European Union*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2018.

Schoordijk 1979

H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1979.

Schoordijk 2014

H.C.F. Schoordijk, *Realistische en pragmatische rechtsvinding*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014.

Schrage 2019

E.J.H. Schrage, *Misbruik van bevoegdheid*, (Monografieën BW. Nr. A4), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Schrama & Bosselaar 2021

H.K. Schrama & M.J. Bosselaar, Een jaar WAMCA; het eerste stof neergedaald?, *Tijdschrift voor de ondernemingspraktijk* 2021/2.

Schutgens 2012

R.J.B. Schutgens, Art. 3:305a BW: de burgerlijke rechter tussen algemene belangen en particuliere hobby's, In: L.E. de Groot-van Leeuwen en J.D.A. den Tonkelaar (red.), *Rechtsvinding op veertien terreinen*, Deventer: Kluwer 2012.

Schutgens 2020

R.J.B. Schutgens, Urgenda en de grens tussen recht en politiek, *O&A* 2020/2.

Schutgens & Sillen 2021

R.J.B. Schutgens en J.J.J. Sillen, Algemeenbelangacties bij de burgerlijke rechter, In: *de algemeen belangactie en de civiele rechter*, preadviezen voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag: Boom Juridisch 2021.

Smeehuijzen 2008

J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. VU), Deventer: Kluwer 2008.

Smith & Kloosterhuis 2022

C.E. Smith & H.T.M. Kloosterhuis, De betekenis van de concepten beslissingsruimte, beslissingsvrijheid en marginale toetsing. Een verhullend woordenspel?, in R.J.N. Schlössels & R.J.B. Schutgens e.a. (red), *Toetsingsintensiteit, een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Smits 2008

P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008.

Snijders 2007

W. Snijders, Beperkende werking, een paradox of een instrument?, *WPNR* 2007/6693.

Snijders, Klaassen & Meijer 2017

H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Snijders/Wendels 2009

H.J. Snijders en A. Wendels, *Civiel appel*, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk 2, Deventer: Wolters Kluwer 2009.

Stijns 2005

S. Stijns, *Verbintenissenrecht*, Brugge: Die Keure 2005.

Stijns 2021

S. Stijns, Het ontwerp van nieuw Belgisch verbintenissenrecht, *WPNR* 2021/7338.

Stolp 2007

M.M. Stolp, *Ontbinding, schadevergoeding en nakoming* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.

Stuij 2021

S. Stuij, *Ius curia novit en buitenlands recht (Burgerlijk Proces 7 Praktijk XX)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Teunissen 2008

J. Teunissen, De ironie van de SGP-vrouwenzaak. Schrap de algemeen belang-actie uit 3:305a BW!, *NJB* 2008, 1220.

Tjittes 2013

R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking en klachtplichten (Monografieën BW, nr. A6b)*, Deventer: Kluwer 2013.

Tjittes 2018

R.J. Tjittes, *Commercieel Contractenrecht*, Den Haag 2018: Boom Juridisch.

Tjittes & Boom 2020

R.P.J.L. Tjittes & H. Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten (Mon. BW nr. A6b)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Tjong Tjin Tai 2011

T.F.E. Tjong Tjin Tai, Effectiviteitsbeginsel en nationaal privaatrecht, *WPNR* 2011/6901.

Uzman 2013

J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten: over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever (diss. Leiden)*, Deventer: Kluwer 2013.

Uzman & Boogaard 2020

J. Uzman & G. Boogaard, De Guldemon/Noordwijkerhout van het wetgevingsbevel?, *O&A* 2020/4.

Vansweevelt & Weyts 2019

T. Vansweevelt & B. Weyts (red.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2019.

Verheij 2002

A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, (diss. VU Amsterdam), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

Valk 1993

W.L. Valk, *Rechtsverwerking in drievoud*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993.

Valk & Schelhaas 2016

H.N. Schelhaas & W.L. Valk, *Uitleg van rechtshandelingen*, preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2016, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016.

Valk 2018

W.L. Valk, Verder denken over uitleg van rechtshandelingen, kan het eenvoudiger?, *NJB* 2018/27.

Valk 2019

Jac. Hijma, C.C. van Dam, W.A.M. van Schendel & W.L. Valk, *Rechtshandeling en Overeenkomst* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 3), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Valk 2020

W.L. Valk, Gevallen van óf gronden voor rechtsverwerking?, In C.G. Breedveld-de Voogd (red.), *Sluiterijd, Reflectief op het werk van Jaap Hijma*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Verheij 2014

A.J. Verheij, De Hoge Raad en de relativiteit. Voorstel voor een hanteerbare toets, *NTBR* 2014/12.

Verheul 2020

E.F. Verheul, *Verjaring van een rechtsvordering tot opheffing van een onrechtmatige toestand*, In: D.F.H. Stein, V. Tweehuysen & S.E. Bartels, *Verjaring, Onderneming en Recht*, nr. 120, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Visscher 2007

L.T. Visscher, De rangorde van remedies voor wanprestatie: subsidiariteit en proportionaliteit versus efficiëntie, *NTBR* 2007, 54.

Visscher 2020

L.T. Visscher, Over vaccins en immuniteit tegen aansprakelijkheid, *AV&S* 2020/34.

Vrendenbarg 2018

C.J.S. Vrendenbarg, *Proceskostenveroordeling en toegang tot de rechter in IE-zaken*, (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Wendt 2011

J.A.I. Wendt, Normatieve uitleg: de constructie van een rechtsverhouding, *Contracteren* 2011/4.

Wery 2010

P. Wery, *Droit des obligations*, Brussel: Groupe De Boeck s.a. 2010.

Van der Wiel 2004

B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004.

Wiggers-Rust 2011

L.F. Wiggers-Rust, *Belang, belanghebbende en relativiteit in bestuursrecht en privaatrecht* (diss. Radboud Universiteit Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011.

Wilman 2014

F.G. Wilman, *The vigilance of individuals, How, when and why the EU legislates to facilitate the private enforcement of EU law before national courts*, (diss. Leiden), www.openaccess.leidenuniv.nl

Wiznitzer 2021

S.N.P. Wiznitzer, *Defensieve dokters? Een juridisch-empirisch onderzoek naar de invloed van het medisch aansprakelijkheidsrecht op het professionele handelen van zorgverleners* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridisch 2021.

Zippro 2009

E.J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009.

Jurisprudentieregister

EHRM

- EHRM 21 februari 1975, ECLI:NL:XX:1975:AB5466, *NJ* 1975/462, m.nt. A.E. Alkema (*Golder/VK*) 109
- EHRM 6 februari 1976, nr. 5614/72 (*Swedish Engine Drivers' Union/Sweden*) 129
- EHRM 9 oktober 1979, ECLI:NL:XX:1979:AC1044, *NJ* 1980/376, m.nt. A.E. Alkema (*Airey/Ierland*) 110
- EHRM 27 april 1988, nr. 9659/82 en 9658/82 (*Boyle and Rice/Verenigd Koninkrijk*) 115, 117
- EHRM 30 oktober 1991, nr. 13163/87 e.a. *Vilvarajah and others/Verenigd Koninkrijk*) 115, 129
- EHRM 19 april 1994, ECLI:NL:XX:1994:AD2090, *NJ* 1995/462, m.nt. A.E. Alkema (*Van der Hurk/Nederland*) 111
- EHRM 19 maart 1997, nr. 18357/91 (*Hornsby/Griekenland*) 110
- EHRM 19 februari 1998, (*Kaya/Turkije*) 119
- EHRM 9 juni 1998, nr. 14/1997/798/1001, (*L.C.B./the United Kingdom*) 59
- EHRM 28 oktober 1998, nr. 23452/94 (*Osman/the United Kingdom*) 59
- EHRM 26 oktober 2000, nr. 30210/96 (*Kudla/Polen*) 113, 114, 136
- EHRM 4 mei 2001 (*Hugh Jordan/Verenigd Koninkrijk*) 124
- EHRM 4 mei 2001, nr. 30054/96 (*Kelly/Verenigd Koninkrijk*) 119
- EHRM 13 december 2001, nr. 45701/99 (*Metropolitan Church of Bessarabia and others/Moldavië*) 122
- EHRM 5 februari 2002, *NJCM-Bulletin* 2002, p. 894 (*Conka/België*) 114, 115, 137
- EHRM 8 juli 2003, nr. 36022/97 *Hatton and others/Verenigd Koninkrijk*) 122, 134
- EHRM 3 juni 2004, nrs. 33097/96 and 57834/00 (*Bati and others/Turkije*) 115
- EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99, rov. 89, ECLI:XX:2004:AS2641 (*Önderyildiz / Turkije*) 59, 113, 119, 120, 131
- EHRM 6 oktober 2005, nr. 11810/01 (*Maurice/Frankrijk*) 115, 133
- EHRM 29 maart 2006, nr. 2681397 (*Scordino/Italië*) 110, 147
- EHRM 8 juni 2006, nr. 75529/01 (*Sürmeli/Duitsland*) 139, 143
- EHRM 20 maart 2008, nr. 15339/02 e.a., (*Budayeva and others/Rusland*) 129
- EHRM 1 juli 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0701JUD005824300 (*Liberty/United Kingdom*) 126
- EHRM 27 januari 2009, ECLI:CE:2009:0127JUDO006702101 (*Tatar/Roemenië*) 60
- EHRM 4 mei 2009, nr. 33509/04 (*Burdov/Rusland*) 147
- EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09 (*M.S.S./België en Griekenland*) 115, 128

EHRM 7 juni 2011, nr. 30042/08 (<i>Scüllög/Hongarije</i>)	117
EHRM 27 januari 2015, nr. 36925/10 <i>Neshkov/Bulgarije</i>)	114, 116, 120, 132
EHRM 15 januari 2015, nr.. 62198/11 (<i>Kuppinger/Duitsland</i>)	140
EHRM 29 oktober 2015, nr. 73798/13 (<i>Valada Matos Das Neves/Portugal</i>)	147
EHRM 4 juli 2016, nr. 17708/12 e.a. (<i>Olivieri e.a./Italië</i>)	147
EHRM 13 oktober 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1013JUD001198115 (<i>B.A.C./Griekenland</i>)	126
EHRM 20 juli 2017, nr. 65540/16 en 22368/17 (<i>Atanasov/Bulgarije en Apostolov/Bulgarije</i>)	138
EHRM 5 juli 2018, nr. 54927/15 (<i>Mendrei/Hongarije</i>)	
EHRM 23 oktober 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1023JUD002360816 (<i>Petrov/Rusland</i>)	124
EHRM 31 oktober 2019, nr.. 21613/16 (<i>Ulemek/Kroatië</i>)	114
EHRM 8 februari 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0208JUD001993820 (<i>Q en R/Slovenië</i>)	124

HvJ EU

HvJ 19 december 1968, zaak 13/68, ECLI:EU:C:1968:54 (<i>Salgoil</i>)	169
HvJ 16 december 1976, zaken C-45/76 ECLI:EU:C:1976:191 (<i>Comet</i>) en C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (<i>Rewe</i>)	174, 833
HvJ 7 juli 1981, zaak 158/80, ECLI:EU:C:1981:163 (<i>Rewe-Handelsgesellschaft Nord</i>)	181
HvJ 10 april 1984, zaak 14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (<i>Von Colson</i>)	186
HvJ 15 mei 1986, zaak C-222/84, ECLI:EU:C:1986:206 (<i>Johnston</i>)	169, 170, 833
HvJ 21 september 1989, zaak C-68/88, ECLI:EU:C:1989:339 (<i>Commissie/Griekenland</i>)	186
HvJ 19 juni 1990, zaak C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257 (<i>Factortame</i>)	162, 192, 833
HvJ 19 november 1991, ECLI:EU:C:1991:428 (<i>Francovich</i>)	190
HvJ 2 augustus 1993, zaak C-271/91, ECLI:EU:C:1993:335 (<i>Marshall</i>)	189
HvJ 14 december 1995, ECLI:EU:C:1995:441, NJ 1997/116 en 117, m.nt. H.J. Snijders en P.J. Slot onder NJ 1997/118 (<i>Van Schijndel</i>)	674
HvJ 22 april 1997, zaak C-180/95, ECLI:EU:C:1997:08 (<i>Draehmpaehl</i>)	187
HvJ 1 juni 1999, zaak 126/97, ECLI:EU:C:1999:269 (<i>Eco Swiss/Bennetton</i>)	195
HvJ 28 oktober 1999, zaak C-81/98, ECLI:EU:C:1999:534 (<i>Alcatel</i>)	221
HvJ 27 juni 2000, NJ 2000/730, ECLI:EU:C:2000:346 (<i>Océano</i>)	236, 242, 463
HvJ 20 september 2001, ECLI:NL:XX:2001:AE0853 (<i>Courage</i>)	
HvJ 9 april 2003, zaak C-424/01, ECLI:EU:C:2003:213 (<i>CS Communications/Oostenrijk</i>)	217, 219
HvJ 15 mei 2003, zaak C-214/00, ECLI:EU:C:2003:276 (<i>Commissie/Spanje</i>)	216

HvJ 11 september 2003, ECLI:EU:C:2003:447 (*Safalero*) 194

HvJ 24 juni 2004, zaak C-212/02, ECLI:EU:C:2004:386 (*Alcatel II*) 221

HvJ 3 mei 2005, zaken C-387/02, C-391/02 en C403/02, ECLI:EU:C:2005:270 (*Berlusconi, Adelchi en Dell'Utiri*) 183

HvJ 13 juli 2006, ECLI:EU:C:2006:461 (*Manfredi*) 183

HvJ 26 oktober 2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675, NJ 2007/201, m.nt. M.R. Mok (*Mostaza Claro*) 236, 463

HvJ 13 maart 2007, zaak C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 (*Unibet*) 170, 181, 183, 192, 592

HvJ 4 oktober 2007, zaak C-429/05, ECLI:EU:C:2007:575, NJ 2008/37, m.nt. M.R. Mok (*Rampion*) 677

HvJ 16 december 2008, ECLI:EU:C:2008:731 (*Michaniki*) 206

HvJ 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350 NJ 2009/395, m.nt. M.R. Mok (*Pannon*) 236, 463

HvJ 18 maart 2010, gevoegde zaken C-317/08, C-318/08, C-319/08 en C 320, ECLI:EU:C:2010:146 (*Alassini*) 166

HvJ 8 september 2010, zaak C-409/06 ECLI:EU:C:2010:503 (*Winner Wetten*) 158, 166

HvJ 7 oktober 2010, C-387/09, ECLI:EU:C:2010:596 (*Stils*) 183

HvJ 22 december 2010, zaak C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811 (*DEB/Duitsland*) 159, 166

HvJ 14 juni 2012, zaak C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349 (*Banco Espanol de Crédito*) 236, 237, 238

HvJ 6 november 2012, zaak C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684 (*Otis*) 160, 170, 171

HvJ 14 maart 2013, zaak C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164, rov. 60 (*Aziz*) 238

HvJ 30 mei 2013, zaak C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341 (*Asbeek Brusse*) 235, 236

HvJ 30 mei 2013, C-397/11, ECLI:EU:C:2013:340 (*Jörös/Aegon*) 236

HvJ 26 september 2013, zaak C-418/11, ECLI:EU:C:2013:588 (*Texdata Software*) 188, 208

HvJ 27 maart 2014, zaak C-565/12, ECLI:EU:C:2014:190 (*Le Credit Lyonnais*) 187

HvJ 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, rov. 78 (*Kásler*) 237

HvJ 10 september 2014, C-34/13, ECLI:EU:C:2014:2189, rov. 58 e.v. (*Kusionova*) 238

HvJ 19 november 2014, ECLI:EU:C:2014:2382, JB 2015/1, m.nt. H.C.F.J.A. de Waele en R.J.B. Schutgens 196

HvJ 17 december 2015, zaak C-407/14, ECLI:EU:C:2015:831 (*Camacho*) 183, 187, 188

HvJ 14 april 2016, C-381/14, ECLI:EU:C:2016:252 (*Sales Sinués*) 235, 237, 238, 242, 252

HvJ 19 april 2016, zaak C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278 (*Dansk Industri*) 185

HvJ 30 juni 2016, C-205/15, ECLI:C:2016:499 (*Toma*) 165, 263

HvJ 21 december 2016, gevoegde zaken C-154/15 en C-307/15 en C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980 (*Naranjo/Cajasur Banco SAU*) 235, 236, 237, 238

HvJ 29 november 2017, zaak C-214/16, ECLI:EU:C:2017:914 (*King*) 182

HvJ 17 april 2018, ECLI:EU:C:2018:257, par. 78 (*Egenberger*) 214

HvJ 26 juni 2019, ECLI:EU:C:2019:537 (*Kuhar*) 177, 264

HvJ 29 juli 2019, ECLI:EU:C:2019:626 (*Torubarov*) 265

HvJ 19 december 2019, zaak C-752/18, ECLI:EU:C:2019:1114 (*Deutsche Umwelthilfe*), JB 2020/36, m.nt. H.C.F.J.A. de Waele 263

HvJ 11 maart 2020, ECLI:EU:C:2020:188, NJ 2020/374, m.nt. M.B.M. Loos (*Lintner*) 678

HvJ 6 oktober 2020, zaken C-245/19 en C-246/19, ECLI:EU:C:2020:795, par. 66 (*Staat Luxemburg*) 168

HvJ 15 april 2021, ECLI:EU:C:2021:269 (*Braathens Regional Aviation*) 187, 189, 192, 204

HvJ 20 april 2021, zaak C-896/19, ECLI:EU:2021:311 (*Repubblika/Malta*) 158

HvJ 21 december 2021, ECLI:EU:C:2021:1037 (*Randstad Italia*) 166, 177, 215

HvJ 17 november 2022, zaak C-175/21, ECLI:EU:C:222:895 (*Harman International Industries/AB*) 167, 648

Benelux Gerechtshof

BenGH 17 december 1992, NJ 1993/545, m.nt. H.J. Snijders 602

Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State

ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 89, 206

Hoge Raad

HR 28 januari 1881, W. 4601 296

HR 23 juni 1899, W. 7302 296

HR 13 november 1914, NJ 1915/98 (*Kieft/Otjes*) 3, 43, 298

HR 31 december 1915, NJ 1916, p. 407, ECLI:NL:HR:1915, AG1773 (*Guldemonnd/Noordwijkerhout*) 760

HR 2 november 1917, NJ 1917, p. 1136 (*Stalen vaten*) 728

HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, NJ 1919/161, m.nt. W.L.P.A. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*) 37

HR 29 december 1921, NJ 1922/225 43, 298

HR 7 mei 1925, NJ 1925, p. 997 (*Kolbermoor/Van Kempen qq*) 728

HR 25 mei 1928, ECLI:NL:HR:1928:100, *NJ* 1928, p. 1688, m.nt. E.M. Meijers (*De Marchant et d'Amsembourg*) 325

HR 11 maart 1937, *NJ* 1937/899, m.nt. E.M. Meijers (*Holdisco*) 341

HR 4 maart 1938, ECLI:NL:HR:1938:262, *NJ* 1938/948, m.nt. P. Scholten (*AVRO/Buma*) 45, 299, 388

HR 29 maart 1940, *NJ* 1940, p. 1128 (*Heldenkermis*) 797

HR 18 februari 1944, *NJ* 1944/226 (*Haagse duinwaterleiding*) 444

HR 14 februari 1947, *NJ* 1947/155, m.nt. E.M.M. Meijers 317, 617

HR 30 maart 1951, ECLI:NL:HR:1951:343, *NJ* 1952/29 m.nt. Ph.A.N. Houwing (*dominee*) 373, 377, 379

HR 19 december 1952, ECLI:NL:HR:1952:AG1997, *NJ* 1953/642, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Voorste Stroom VII*) 444, 537

HR 10 juni 1955, ECLI:NL:HR:1955:AG2012, *NJ* 1955/552, m.nt. L.E.H. Rutten 322

HR 21 december 1956, ECLI:NL:HR:1956:65, *NJ* 1957/126, m.nt. L.E.H. Rutten (*Meegdes/Meegdes*) 300

HR 22 maart 1957, ECLI:NL:HR:1957:33, *NJ* 1958/478 388

HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, *NJ* 1961/568 (*tandartsen*) 350

HR 14 maart 1958, ECLI:NL:HR:1958:147, *NJ* 1961/570 333

HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600, *NJ* 1959/548, m.nt. D.J. Veegens (*Quint/Te Poel*) 46, 47, 373

HR 27 april 1962, ECLI:NL:HR:1962:121, *NJ* 1962/254, m.nt. J.H. Beekhuis (*Holst/Philips*) 366, 622

HR 4 januari 1963, ECLI:NL:HR:1963:161, *NJ* 1964/202 en 204 (*Landsmeer*) 797

HR 3 januari 1964, ECLI:NL:HR:1964:13, *NJ* 1964/445, m.nt. G.J. Scholten (*Lexington*) 643, 646, 655

HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*) 371, 565

HR 18 februari 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4633, *NJ* 1966/208, m.nt. G.J. Scholten (*Klokkenspel*) 646

HR 9 mei 1969, ECLI:NL:HR:1969:AC0848, *NJ* 1969/338, m.nt. H. Drion 729

HR 17 april 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5012, *NJ* 1971/89, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Kuipers/De Jongh*) 474, 582

HR 15 mei 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC4126, *NJ* 1970/327, m.nt. G.J. Scholten 326

HR 4 december 1973, ECLI:NL:HR:1973:AB4830, *NJ* 1974/301 503

HR 21 mei 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5738, *NJ* 1977/73, m.nt. G.J. Scholten (*Oosterhuis/Unigro*) 701, 730

HR 16 december 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC6138, *NJ* 1978/561, m.nt. W.H. Heemskerk 323, 706

HR 24 november 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6416, *NJ* 1980/88, m.nt. W.H. Heemskerk (*Sunclass/Dernison*) 379

HR 18 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC6579, *NJ* 1979/480, m.nt. L. Wichers Hoeth (*Maxis*) 629

HR 27 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC6573, *NJ* 1980/169, m.nt. W.H. Heemskerk (*Tepea/Wilkes*) 533

HR 18 mei 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC6585, *NJ* 1980/213, m.nt. W.H. Heemskerk 37

HR 18 april 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC6865, *NJ* 1980/413 653

HR 7 november 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC0018, *NJ* 1981/91, m.nt. M. Scheltema 653

HR 9 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4127, *NJ* 1981/227, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Dam/Beukeboom*) 630, 653

HR 9 oktober 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4240, *NJ* 1982/332, m.nt. C.J.H. Brunner (*Bargerbeek*) 796

HR 22 mei 1982, ECLI:NL:HR:1981:AG4192, *NJ* 1982/59, m.nt. C.J.H.B. Brunner (*Van der Gun/Farmex*) 731

HR5 november 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4468, *NJ* 1984/125, m.nt. C.J.H. Brunner 315, 614

HR 21 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4526, *NJ* 1983/252, m.nt. J.A. Borman 322

HR 4 februari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4541, *NJ* 1985/21, m.nt. M. Scheltema 322

HR 29 april 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4579, *NJ* 1983/627, m.nt. P.A. Stein (*Spruijt/Sperry Rand*) 464

HR 1 juli 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4624, *RvdW* 1983/131 821

HR 1 juli 1983, ECLI:NL:HR:1983:AD5666, *NJ* 1984/360 (*LSV*) 778

HR 21 oktober 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4671, *NJ* 1984/804, m.nt. F.H.J. Mijnsen 391, 670

HR 18 november 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4691, *NJ* 1984/272, m.nt. W.C.L. van der Grinten 537

HR 27 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4744, *NJ* 1984/802, m.nt. C.J.H. Brunner onder HR 27 januari 1984, *NJ* 1984/803 537

HR 29 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4992, *NJ* 1986/84, m.nt. W.L. Haardt (*M'Barek/Van der Vloodt*) 587

HR 24 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8901, *NJ* 1987/1 394

HR 28 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8976, *NJ* 1986/356, m.nt. M. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*) 301, 556

HR 27 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AD7158, *NJ* 1987/191, m.nt. E.A. van Nieuwenhoven Helbach (*Holland Nautic/Decca*) 565

HR 27 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AD3741, *NJ* 1987/743, m.nt. W.H. Heemskerk (*Nieuwe Meer*) 763, 768, 776

HR 28 november 1986, ECLI:NL:HR:AC9604, *NJ* 1987/380 314

HR 3 april 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5569, *NJ* 1987/703, m.nt. W.C.L. van der Grinten 444

HR 26 mei 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0803, *NJ* 1989/665 382

HR 23 februari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1043, *NJ* 1990/663 498

HR 20 april 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1097, *NJ* 1991/560, m.nt. J.C. Schultsz 663

HR 9 juli 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC096, *NJ* 1991/215, m.nt. P.A. Stein 643

HR 18 januari 1991, ECLI:NL:HR:AC4031, *NJ* 1992/638, m.nt. C.J.H. Brunner onder *NJ* 1992/639 (*Staat/Leffers*) 444

HR 1 februari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0130, *NJ* 1991/413, m.nt. Th.W. van Veen 157

HR 15 februari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0150, *NJ* 1992/639, m.nt. C.J.H. Brunner (*Aalscholvers*) 444

HR 15 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0413, *NJ* 1992/724, m.nt. H.J. Snijders (*Boogaard/NVPI*) 602

HR 18 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0808, *NJ* 1994/139, m.nt. C.J.H. Brunner en M. Scheltema (*Natuur en Milieu*) 768, 772, 776

HR 18 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1002, *NJ* 1994/347, m.nt. C.J.H. Brunner en E.A. Alkema (*aids-test*) 395

HR 8 juli 1993, ECLI:NL:HR:1992:AC0476, *NJ* 1993/488, m.nt. A.H.J. Swart 446

HR 17 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1058, *NJ* 1994/118, m.nt. H.E. Ras (*Severin/Detam*) 376

HR 29 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1116, *NJ* 1994/107 (*kraaiende hanen*) 212, 554, 571, 607

HR 25 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1284, *NJ* 1996/362 (*Sopar*) 660

HR 20 mei 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1366, *NJ* 1995/691, m.nt. C.J.H. Brunner (*de negende van oma*) 470, 575

HR 20 mei 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1367, *NJ* 1994/652, m.nt. H.E. Ras 665

HR 2 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1433, *NJ* 1995/369 763

HR 7 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1477, *NJ* 1996/363 663

HR 2 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1564, *NJ* 1995/288, m.nt. J.M.M. Maeijer (*ABP/Poot*) 341

HR 9 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1576, *NJ* 1996/403, m.nt. C.J.H. Brunner 371

HR 1 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1899, *NJ* 1996/510, m.nt. D.W.F. Verkade 500

HR 15 december 1995, ECLI:NL:HR:ZC1919, *NJ* 1996/509, m.nt. D.W.F. Verkade (*Huggies*) 557, 559, 584

HR 5 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1945, *NJ* 1996/449, m.nt. H.E. Ras 609

HR 2 februari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1983, *NJ* 1996/569 321

HR 11 oktober 1996, NJ 1997/165, ECLI:NL:HR:1996:ZC2169 (*Leenders/Ubbergen*), m.nt. M. Scheltema 194

HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2401, NJ 1997/641 (*Budde/Toa Moa*) 731

HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2553, NJ 2000/544 663, 670

HR 9 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2735, NJ 1998/853 (*Jeffrey*) 376

HR 19 februari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2854, NJ 1999, 367 547

HR 12 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3369, NJ 2000/67

HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA635, NJ 2000/430, m.nt. A.R. Bloembergen (*Van Hese/De Schelde*) 521

HR 9 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6157, NJ 2000/583 314

22 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7204, NJ 2001, 647, m.nt. J.E. de Boer (*DNA-test*) 37, 308

HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, NJ 2001/79 (*Multi Vastgoed*) 211, 467, 719, 732

21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3693, NJ 2002/217 m.nt. T. Koopmans (*kernwapens*) 311, 318, 374, 387, 624, 796, 804

HR 6 februari 2002, ECLI:NL:HR:2004:AN8071, NJ 2004/329 805

HR 5 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8183, NJ 2003, 356, m.nt. Ch. Gielen 646, 649

HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0659, NJ 2003, 112, m.nt. Hijma (*Bramer/Colpro*) 252

HR 15 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9400, NJ 2004/410 (*Van der Valk Plaza/Eilandgebied Curaçao*) 668

HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, NJ 2003/691, m.nt. T. Koopmans (*Waterpakt*) 812, 821

HR 26 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF8575, NJ 2004/21 468

HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0351, NJ 2005, 196, m.nt. E.A. Alkema 155, 396

HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, NJ 2005/493, m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*) 562

HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:200:AO6012, NJ 2006, 281, m.nt. J. Hijma (*duwbak Linda*) 57, 328, 356

HR 14 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO3864, NJ 2005/247, m.nt. H.J. Snijders 613

HR 1 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO8913, NJ 2004/679, m.nt. T. Koopmans (*Faunabescherming Friesland*) 814

HR 15 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1664, NJ 2005/141 466

HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4151, NJ 2005/271 466, 468

HR 17 februari 2004, ECLI:NL:HR:AR2390 (*dakterras*) 319

HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5010, NJ 2006/443, rov. 3.5, m.nt. G. van Solinge (*Laurus/UB Holding*) 603

HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5238, *NJ* 2006/55, m.nt. Ch. Gielen 161, 367, 584, 649, 858

HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS4406 480

HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717 (*Royal & Sun Alliance/Universal Pictures*) 90

HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, *NJ* 2009/458, m.nt. M.R. Mok (*Pfizer/Cosmetique*) 331, 347

HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, *NJ* 2008/527 (*Vie d'Or*) 796

HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7463, *NJ* 2007/3 (*Hirsi Ali*) 574

HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, *NJ* 2008/491, m.nt. J.B.M. Vranken (*Astrazeneca/Amicon*) 331, 343, 347, 351

HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3085, *NJ* 2007/433, m.nt. E.J. Dommering 668

HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751, *NJ* 2008/576, m.nt. J.M. Vranken (*Iraanse vluchtelingen*) 358

HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, *NJ* 2014/201, m.nt. C.E. de Perron (*World Online*) 100

HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756, *NJ* 2011/47, m.nt. H.J. Snijders (*Stichting Baas in Eigen Huis/Plazacasa*) 787

HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK8146, *NJ* 2010/172 (*Chipshol*) 376

HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1116, *NJ* 2011/237, m.nt. A.I.M. van Mierlo 150

HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, *NJ* 2010/388, m.nt. A.E. Alkema (*SGP*) 318, 654, 779, 786, 793, 816

HR 4 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0140 645

HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2314, *NJ* 2012/241, m.nt. H.J. Snijders (*Staat/Vreemdelingenorganisaties*) 761

HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, *NJ* 2011/465, m.nt. T. Hartlief (*hangmat*) 328

HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Wilnis*) 565, 796

HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1703, *NJ* 2011/373 (*Thuiskopie/Heldt*) 590

HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7412, *NJ* 2013/273, m.nt. Jac. Hijma 43

HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6727, *NJ* 2012/234 466

HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV3403, *NJ* 2012/363, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Karadzic*) 37

HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7579, *NJ* 2013/47 (*Amsterdam/Have*) 337

HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*) 243, 252, 463, 683

HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:151, *JBPR* 2014/27, m.nt. G.C.C. Lewin 604

HR 7 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:523, *NJ* 2016/184, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Staat/Norma*) 822

HR 27 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1557, *JBPR* 2014/39, m.nt. G.C.C. Lewin 603

HR 21 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3349 796

HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:249 603

HR 27 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:500, *NJ* 2015/232 153

HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:760, *NJ* 2016/77, m.nt. J.B.M. Vranken 377

HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296, *NJ* 2016/262, m.nt. H.J. Snijders (*Privacy First/Staat*) 760, 761

HR 14 augustus 2015, ECLI:NL:HR:2015:2194, *NJ* 2016/308, m.nt. H.J. Snijders 513

HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340, *NJ* 2017/214, m.nt. H.B. Krans (*Trudo*) 684

HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:666, *NJ* 2016/211 317, 386, 617

HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, *NJ* 2018/41, m.nt. H.B. Krans 246

HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049, *AB* 2016/268, m.nt. F.J. van Ommeren en C.N.J. Kortmann (*SCAU/Universiteiten*) 760

HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2283, *NJ* 2017/73, m.nt. J. Spier 371

HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2574, *NJ* 2017/75, m.nt. P. van Schilfgaarde 480

HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638, *NJ* 2018/210, m.nt. C.E.C. Jansen (*Xafax*) 228

HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687, *NJ* 2017/114, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Condor*) 562

HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:210, *JBPr* 2017/24, m.nt. F.J.P. Lock 379

HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:309, *NJ* 2018/141, m.nt. H.J. Snijders (*gemeente Heusden*) 511

HR 7 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:625, *NJ* 2017, 177480

HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987, *NJ* 2017/372 (*Asbest*) 796, 797

HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3231, *RvdW* 2018/77 (*UWV/Belfor*) 336, 339

HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:644, *RvdW* 2018/543 377

HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:677, *NJ* 2018, 239 (*TMG / Staat*) 520

HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810, *NJ* 2019/446 91

HR 28 september 2018, ECLI:NL:2018:1806, *NJ* 2019/413 148

HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1782, *NJ* 2019/130 386

HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1973, *NJ* 2020/40, m.nt. Jac. Hijma (*Energy Claim*) 326, 43

HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2047, *NJ* 2019/246, m.nt. J.B.M. Vranken onder *NJ* 2019/247 521

HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:590, <i>NJ</i> 2019/238	375, 379, 385
HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:580, <i>NJ</i> 2019/186	664
HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409 <i>NJ</i> 2020/233 (<i>schietincident Alphen</i>)	328, 337, 360
HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, <i>NJ</i> 2020/41, m.nt. J. Spier (<i>Urgenda</i>)	2, 59, 140, 780, 808
HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148, <i>NJ</i> 2020/293 (<i>IS-moeders</i>)	806
HR 13 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1783, <i>NJ</i> 2020/427	707
HR 20 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1838, <i>RvdW</i> 2020/1238	603
HR 29 januari 2021, ECLI:NL:HR:2021:153, <i>NJ</i> 2021/44	466
HR 5 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:339, <i>NJ</i> 2021/99	337
HR 21 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1360, <i>NJ</i> 2022/7 (<i>opt-out systeem Amsterdam</i>)	799
HR 8 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1476, <i>RvdW</i> 2021/992	466
HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677, <i>NJ</i> 2022/89	671, 673, 680, 682
HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1957, <i>NJ</i> 2022/236	2, , 466, 557
HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:275, <i>NJ</i> 2022/238	456
HR 11 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:347, <i>NJ</i> 2022/133	792
HR 11 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:349, <i>NJ</i> 2022/169	555
HR 16 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1866	760

Gerechtshoven

Gerechtshof Leeuwarden 7 oktober 1998, ECLI:NL:GHLEE:1998:AB9991, <i>NJ</i> 1999/405	620
Gerechtshof Den Haag 21 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ2153	603
Gerechtshof Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:9411	796
Gerechtshof Den Haag 8 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3460	744
Gerechtshof Den Haag 20 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1664 (<i>We gaan ze halen</i>)	787, 807
Gerechtshof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (<i>Urgenda</i>)	883
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 8 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10177	792
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10500, <i>WR</i> 2021/78, m.nt. L.F. Birnie	702
Gerechtshof Amsterdam 19 januari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:82, <i>WR</i> 2021/76	401
Gerechtshof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285 (<i>avondklok</i>)	803
Gerechtshof Den Haag 20 april 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:638	228

Rechtbanken

Rb. Den Haag 23 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9276	57
Vzr. Rb. Den Haag 26 juli 2013, ECLI:NL:RBDA:2013:9449	744
Vzr. Rb. Den Haag 30 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:9411	796
Rb. Rotterdam 24 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4417	452
Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (<i>Urgenda</i>)	882
Rb. Den Haag 5 september 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:10645	885
Vzr. Rb. Den Haag 24 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6856 (<i>Viruswaanzin</i>)	802
Vzr. Rb. Den Haag 31 december 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:1343 (<i>ontbreken wettelijke grondslag voor PCR-test Nederlanders</i>)	802
Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (<i>Milieudefensie/Shell</i>)	784

België

Hof van Cassatie 10 september 1971, <i>Arr.Cass.</i> 1972, p. 31	478
Hof van Cassatie 26 juni 1980, <i>Arr.Cass.</i> 1980, p. 1365	421, 600
Hof van Cassatie 19 september 1983, <i>Arr.Cass.</i> 1983, p. 52	477
Hof van Cassatie 16 januari 1986, <i>Arr.Cass.</i> 1986/317	406
Hof van Cassatie 17 mei 1990, <i>Arr.Cass.</i> 1990, p. 1188	477
Hof van Cassatie 14 april 1994, <i>Arr.Cass.</i> 1994/179	598
Hof van Cassatie 30 januari 2003, <i>Arr.Cass.</i> 2003/69	598
Hof van Cassatie 16 april 2015, <i>Arr.Cass.</i> 2015/254	
Hof van Cassatie 10 februari 2022, C.20.0373.N	602

Trefwoordenregister

Afdwingbaarheid	277
Afschrikkende werking	187, 189, 200, 238, 239, 287
Afwijzingsgrond	436 e.v.
Ambtshalve toetsing	236, 242, 379
Belang	373 e.v., 381
Belangenafweging	205, 208, 301, 553
Belangenorganisatie	258
Beleidsruimte	795, 796, 802
Beoordelingsruimte	796
Bevel	5, 6, 41, 294 e.v.
Causaal verband	369
Collectieve actie	245, 621 e.v., 758 e.v.
Congruentie-eis	365, 641
Correctie-Langemeijer	349, 350
Correctiemechanisme	581
(Arguable) complaint	115, 116, 120, 133
Dictum	634 e.v.
Discretionaire bevoegdheid	205, 210, 256, 397, 441, 553
Discriminatie	186, 193
Doeltreffendheid	163
Draft Common Frame of Reference	55
(reële) dreiging	311
Dwangmiddel	51
Dwangsom	43, 48, 266, 268
Doeltreffendheid	235
Effectiviteit	176, 177, 217, 264
Eigenrichting	5, 68
Executiegeschil	650, 655, 670

Executierechter 652
 Garantie 718
 Gelijkwaardigheid 176, 217, 235, 264
 Gunningsvoornemen 220, 224
 Handhaving 26, 27, 68
 Heraanbesteding 226
 Kort geding 317, 583
 Margin of appreciation 129
 Misbruik van bevoegdheid 473 e.v.
 Nakoming 22, 31, 63
 Natuurlijke verbintenis 438
 Normatieve uitleg 566
 Normeringsfase 561
 Lijfswang 264, 267
 Oneerlijk beding 234 e.v.
 Ongedaanmaking 136
 Onmogelijkheid 692 e.v.
 Opeisbaarheid 306
 Opschortingstermijn 223
 Overmacht 714
 Partij-autonomie 676, 682
 Petitum 314, 602 e.v.
 Preventie 69, 73, 75, 120
 Preventiebeginsel 59
 Principles of European Tort Law 53, 54, 73
 Processuele (procedurele) autonomie 174, 175, 181
 Procesvolmacht 321
 Proportionaliteit(sbeginsel) 88 e.v., 205 e.v.
 Public interest litigation 759
 Rechter
 toegang tot 109, 171, 266
 (effectieve) rechtsbescherming 69, 84, 100 e.v., 163 e.v., 167, 179, 187, 194, 263

Rechtseenheid 87
 Rechtshandeling 460
 Rechtsherstel 155
 Rechtskracht 44
 (effectief) rechtsmiddel 120, 121, 139, 145
 Rechtsplicht 34, 37, 294
 Rechtsverschaffing 85, 86, 106
 Rechtsverwerking 480 e.v.
 Rechtsvordering 62, 63
 Rechtvaardigingsgrond 538, 539, 544
 Rectificatie 535, 668
 Redelijke termijn 142 e.v.
 Redelijkheid en billijkheid 211, 252, 464 e.v.
 Reële executie 395
 Relativiteit(svereiste) 325 e.v., 578
 Remedie 6, 26, 29, 120, 128, 130, 136, 174, 181
 Remediefase 561
 Representativiteitseis 787, 788, 793
 Sanctie 26, 29
 Sanctionering 71
 Schadebeperking 56
 Schadevergoeding 190, 191, 193, 222, 295
 in natura 392
 Schadevoorkoming(splicht) 1, 7, 52, 53, 72, 75, 240
 Stelselmatigheid 626
 Subsidiariteit(sbeginsel) 207, 289
 Subsidie 455
 Tekortkoming 307
 Tijdsverloop 516
 Tenuitvoerlegging 263, 269
 Toezegging 497
 Unierecht 163

Uitleg 536

Uitvoering in natura 406, 415

Uitvoeringsovereenkomst 457

Verbintenis 34, 36, 47

Verbod 5, 6, 41, 294 e.v.

Vergunning 454

Verjaring 484, 506

Verval van recht 505

Verzuim 306

Voorzorgsbeginsel 60

Vorderingsrecht 62

Werkingsduur 531

Wetgevingsbevel 812

Wijziging van omstandigheden 537, 541

Curriculum vitae

Joost van der Helm is geboren in 1973. In 1992 begon hij aan de studie Politieke wetenschappen aan de Rijksuniversiteit Leiden. Die studie rondde hij in 1996 af (afstudeerrichting internationale betrekkingen). In 1993 begon hij aan de studie Rechtsgeleerdheid, die hij in 1997 afrondde (afstudeerrichting civiel recht). Daarna werkte Joost als advocaat in Den Haag.

In 2006 maakte Joost de overstap naar de rechtbank Den Haag. In die rechtbank werkte hij in de civiele sector als bodemrechter en als voorzieningenrechter. Sinds november 2013 werkt Joost als raadsheer bij het gerechtshof Den Haag.

Vanaf eind 2019 is Joost als buitenpromovendus verbonden aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden.