



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).

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 ontlelen 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.