



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).

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 verwerking 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 geweest, 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 verwerpt 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 aanvaardden 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.