



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).

5. Het Unierecht

5.1 Inleiding

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

5.2 Unierecht en effectieve rechtsbescherming

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

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

²⁷⁹ Zie hierover Krans 2020.

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

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

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

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

²⁸⁴ Vgl. Van Duin 2017/2.1.

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

²⁸⁶ Barkhuysen & Van Emmerik 2013, p. 217.

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

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

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

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

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

²⁸⁸ McDonnell 2018, p. 445.

²⁸⁹ Van Duin 2017/2.1.

²⁹⁰ PbEG C 303/02.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.3 Remedies

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁰³ Meijer 2014, p. 39.

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

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

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

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

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

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

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

³⁰⁷ Vgl. Wilman 2014/26.

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

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

³¹⁰ McDonnell 2018, p. 447.

³¹¹ Wilman 2014, p. 37.

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

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

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

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

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

5.4 Eisen die aan remedies worden gesteld

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

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

³¹⁵ Vgl. Van Duin 2020, p. 42.

³¹⁶ Stuij 2020/278. Ancery 2012/172.

³¹⁷ Aronstein 2019, p. 236.

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

³¹⁹ Wilman 2014, p. 47.

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

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

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

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

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

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

³²² Van Duin 2020, p. 42.

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

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

³²⁵ Van Duin 2017/2.1.

³²⁶ Van Duin 2017/3.2.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³³² Krans 2004, p. 803.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³³⁹ McDonnell 2018, p. 458.

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

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

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

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

³⁴¹ Brüggemeier 2018, p. 101 en 107.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁵² Aronstein 2019a, p. 205.

³⁵³ Pavillon 2019/3.1.

³⁵⁴ Pavillon 2020/3.1.

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

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

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

5.6 *Uitwerking van het proportionaliteitsvereiste*

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

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

³⁵⁵ Vgl. Pavillon 2019/2.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁶⁰ Cafaggi & Lamiceli 2017, p. 575.

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

³⁶² Pavillon 2020/3.1.

³⁶³ Pavillon 2020/3.1.

³⁶⁴ Cafaggi & Lamiceli 2017, p. 575.

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

³⁶⁶ Zie ook Aronstein 2019a, p. 238.

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

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

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

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

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

5.7.1 Inleiding

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

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

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

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

5.7.2 *Eisen die aan remedies worden gesteld*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁷⁶ Vgl. McDonnell 2018, p. 457.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.7.3 Toepassing in Nederland

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

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

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

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

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

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

³⁸⁴ Kuypers 2017, p. 170.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.8.1 Inleiding

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

5.8.2 Eisen die aan remedies worden gesteld

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

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

³⁹⁰ Richtlijn 93/13/EEG.

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

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

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

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

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

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

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

³⁹⁴ Van Duin 2020, p. 30.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.8.3 Toepassing in Nederland

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴¹⁵ Hijma 2016/54.

⁴¹⁶ Asser/Sieburgh 6-III 2018/506.

⁴¹⁷ PG Boek 6 Inv., p. 1783.

⁴¹⁸ Hijma 2016/60.

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

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

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

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

⁴¹⁹ Van der Helm 2019/84.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴²⁴ Hijma 2016/54.

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

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

5.9 Preventieve remedies voorgeschreven – nog twee voorbeelden

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

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

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

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

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

⁴²⁷ Zie daarvoor Wilman 2014/5.2

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

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

5.10 Tenuitvoerlegging als Unierechtelijk vereiste

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.11 Conclusie

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

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

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

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

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