



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).

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

6.1 Inleiding

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

6.2 De aanspraak op een preventieve remedie

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

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

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

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

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

⁴³⁷ Vgl. Van Boom 2006, p. 7.

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

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

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

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

6.3 *Effectiviteit van de remedie*

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

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

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

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

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

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

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

⁴³⁹ Paragraaf 3.2.

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

⁴⁴¹ Zie ook paragraaf 11.2.5.

⁴⁴² Vgl. Visscher 2007.

⁴⁴³ Stolp 2007, p. 6 en 42.

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

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

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

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

6.4 Conclusie

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

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

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