



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het rechterlijk bevel en verbod als remedie

Helm, J.J. van der

Citation

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

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3618335>

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

Deel 2

7. Het rechterlijk bevel en verbod

7.1 *Inleiding*

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

7.2 *Historie van het rechterlijk bevel en verbod*

7.2.1 *Oplossing in schadevergoeding*

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

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

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

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

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

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

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

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

7.2.2 *Sanctionering op voorhand*

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

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

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

⁴⁵⁰ Jongbloed 1987, p. 38.

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

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

⁴⁵³ Blauw 1988, p. 3.

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

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

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

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

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

7.3 De eisen die artikel 3:296 BW stelt

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

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

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

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

⁴⁵⁷ Huydecoper 2011/11.

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

7.3.1 Dreigende schending van een rechtsplicht – reële dreiging vereist

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7.3.2 “Op vordering van”

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

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

⁴⁶⁷ Hierover nader: Lock 2019.

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

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

⁴⁷⁰ Huydecoper 2011/16.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁷⁷ Ancery 2012/12; Smits 2008/3.3.1

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

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

7.3.3 “Hij die jegens een ander” – algemeen

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

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

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

⁴⁷⁹ Van der Wiel 2004/9.

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

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

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

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

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

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

7.3.4 “Hij die jegens een ander” – relativiteit

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁸⁸ Vgl. Nuninga 2018, p. 156.

⁴⁸⁹ Lankhorst 1992, p. 38.

⁴⁹⁰ Ook: Van Nispen 1978, p. 145.

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

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

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

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

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

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

⁴⁹³ Den Hollander 2016, p. 52.

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

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

⁴⁹⁶ Asser/Sieburgh 6-IV 2019/131.

⁴⁹⁷ Lindenbergh 2007, p. 10.

⁴⁹⁸ PG Boek 6, p. 638.

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

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

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

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

333. Bij een inbreuk op een subjectief recht zal slechts de rechthebbende door de overtreden norm beschermd zijn.⁵⁰⁵ Dat is een gevolg van de aard van het ingeroepen recht. De inbreuk op een

⁴⁹⁹ PG Boek 6, p. 632.

⁵⁰⁰ Asser/Sieburgh 6-IV 2019/129. Zie ook Boonekamp, *Stelplicht en Bewijslast*, art. 6:163 BW.

⁵⁰¹ Den Hollander 2016, p. 114 e.v.

⁵⁰² In gelijke zin Lindenbergh 2007, p. 11.

⁵⁰³ HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, NJ 2009/485, m.nt. M.R. Mok (*Pfizer/Cosmetique*).

⁵⁰⁴ HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, NJ 2008/491, m.nt. J.B.M. Vranken (*Astrazeneca / Amicon*). In zijn noot spreekt Vranken van een ‘fundamentele aanval op het relativiteitsvereiste’.

⁵⁰⁵ HR 14 maart 1958, ECLI:NL:HR:1958:147, NJ 1961/570. Van Nispen 1978, p. 146.

subjectief recht is slechts onrechtmatig jegens de rechthebbende zelf.⁵⁰⁶ Daarmee staat in de regel de relativiteit met betrekking tot bepaalde personen vast, maar is nog niets gezegd over de vraag of een bepaalde schade ook onder het beschermingsbereik van de norm valt.⁵⁰⁷ Ten aanzien van het schadegebonden aspect van de relativiteit zal dus gewoon moeten worden onderzocht of deze valt onder het beschermingsbereik van de geschonden norm.

334. Bij strijd met een wettelijke norm moet vaak een zoektocht worden ondernomen naar de strekking van die norm. Een wettelijke norm richt zich immers tot een onbepaalde groep personen. Die personen moeten allen hun gedrag op de norm afstemmen, maar dat brengt niet mee dat zij bij schending van de norm door een ander, evengoed allen door die norm worden beschermd tegen de schade die zij daardoor lijden. In de parlementaire toelichting is in dat verband opgenomen dat een gedraging in strijd met een in een publiekrechtelijk voorschrift omschreven verplichting weliswaar in de regel een onrechtmatige daad zal opleveren, maar dat door het relativiteitsvereiste een ander die schade daardoor lijdt vaak geen aanspraak op schadevergoeding aan die overtreding zal kunnen ontlenen: *'Indien uit de strekking van de overtreden wetsbepaling volgt dat de dader door de overtreding niet jegens de benadeelde onrechtmatig handelde of dat de wettelijke plicht niet beoogde de benadeelde te beschermen tegen schade zoals hij heeft geleden, kan immers een vordering tot schadevergoeding door de benadeelde niet enkel op deze wetsovertreding gebaseerd worden.'*⁵⁰⁸

335. Met die vooropstelling is het antwoord op de vraag *wie* door de overtreden norm tegen *welke* schade moet worden beschermd, nog niet gegeven. Dat antwoord is vaak niet eenvoudig te vinden omdat de wetgever zich daarover niet altijd heeft uitgelaten.⁵⁰⁹ En als de wetgever zich er wel over heeft uitgelaten, zijn de bedoelingen van de wetgever niet de enige toetssteen.⁵¹⁰ Het feit dat een bepaalde wettelijke regeling niet is opgesteld met het oogmerk om een of meer personen tegen een bepaalde schade te beschermen, sluit niet uit dat de bepaling die strekking toch heeft.⁵¹¹ Het vasthouden aan de ooit uitgesproken bedoeling van de wetgever kan bovendien tot een zekere verstarring leiden.⁵¹² Of een geschonden norm strekt tot bescherming tegen een bepaalde schade, moet door uitleg van de norm worden bepaald. Volgens Van der Kooij moet de bedoeling van de wetgever bovendien worden geobjectiveerd, zodat de vraag is wat een redelijke wetgever zou hebben bedoeld.⁵¹³

336. Andere aspecten die van belang zijn naast die van het oogmerk van de wetgever, zijn volgens Sieburgh het systeem van het recht, waaronder begrepen de aard van het geschonden belang (bedrijfsschade tegenover personenschade of derving levensonderhoud), de aard van de aansprakelijkheid (primaire aansprakelijkheid of afgeleide aansprakelijkheid) en de (on)bepaalbaarheid van de groep potentieel benadeelden, de actuele maatschappelijke context, voortgeschreden inzicht en redelijkheid.⁵¹⁴ Het belang van de actuele maatschappelijke context wordt ook door A-G Hartlief ook genoemd in zijn conclusie voor het *UWV/Belfor*-arrest.⁵¹⁵ Hij zegt dat behalve de tekst, strekking en de wetsgeschiedenis ook latere ontwikkelingen van invloed zijn op de strekking en het beschermingsbereik van de norm. Omdat zoveel aspecten bij de uitleg van een

⁵⁰⁶ Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:163 BW, aant. 4.4.1.

⁵⁰⁷ Lankhorst 1992, p. 67. Asser/Sieburgh 6-IV 2019/136.

⁵⁰⁸ PG Boek 6, p. 615.

⁵⁰⁹ Lindenbergh 2007, p. 11.

⁵¹⁰ Verheij geeft aan dat de parlementaire geschiedenis niet op een voetstuk mag worden geplaatst omdat het niet de parlementaire geschiedenis, maar de wettekst is die is aangenomen door het parlement. Verheij 2014.

⁵¹¹ Aldus Hijma in zijn noot onder het arrest *duwbak Linda*. HR 7 mei 2004, NJ 2006/281 m.nt. J. Hijma (*Duwbak Linda*).

⁵¹² Zie over de zoektocht naar de beschermingsomvang van een norm ook Wiggers-Rust 2011, p. 135 e.v.

⁵¹³ Van der Kooij 2019, p. 78.

⁵¹⁴ Asser/Sieburgh 6-IV 2019/129.

⁵¹⁵ HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3231 (*UWV/Belfor*).

wettelijke norm moeten worden betrokken, is de uitkomst niet altijd voorspelbaar.⁵¹⁶ De uitleg van de vraag of aan het relativiteitsvereiste is voldaan vergt uiteindelijk een normatieve beslissing en is niet een vaststelling van een bepaald feit. Dat laat de rechter een zekere ruimte. Een daarmee verband houdend bezwaar is dat de wijze van uitleg van een wettelijke norm bovendien toelaat dat onuitgesproken rechtspolitieke argumenten worden gebruikt.⁵¹⁷

337. Ook Lindenbergh wijst er in zijn noot onder het arrest *Schietincident Alphen* op dat de vaststelling van het beschermingsbereik van normen bij gebrek aan eenduidige wetshistorische informatie steeds een normatieve keuze inhoudt die wordt gevoed door de omstandigheden van het geval.⁵¹⁸ In de toelichting op artikel 6:163 BW is opgenomen dat uit de strekking van het overtreden voorschrift kan voortvloeien dat degene die de daar genoemde plicht schendt niet een onrechtmatige daad pleegt jegens een ieder die door de overtreding voorzienbare schade kan lijden. Dat is aldus uitgewerkt dat de mogelijkheid bestaat dat een wetbepaling slechts een bepaalde groep van personen beoogt te beschermen, zodat degene die de bepaling overtreedt, alleen jegens de tot die groep behorende benadeelden een onrechtmatige daad pleegt. Als voorbeeld is gegeven de overtreding van een veiligheidsvoorschrift in een fabriek of bouwwerk, waarbij een arbeider wel wordt beschermd tegen schade door overtreding, maar een onbevoegd aanwezige niet. En de drogist die onbevoegd geneesmiddelen verkoopt zal door kopers daarvan wel, maar door de plaatselijke apotheker en arts niet kunnen worden aangesproken.⁵¹⁹ Uit de toelichting moet worden afgeleid dat er dus normen bestaan aan overtreding waarvan sommigen geen privaatrechtelijke gevolgen (remedies) kunnen ontlenen. Maar ook de strekking van de overtreden wetbepaling kan meebrengen dat daaruit niet rechtstreeks een plicht tegenover een of meer belanghebbenden volgt en dus ook dat schending niet een onrechtmatige daad oplevert, omdat de bepaling *'niet voor de belanghebbenden een aanspraak op de voorgeschreven gedraging wil vestigen.'*⁵²⁰ Normen met andere woorden, waaraan in geval van schending niet een aanspraak op een remedie is gekoppeld en dus ook niet een aanspraak op een rechterlijk bevel.⁵²¹ Het kan hierbij ook gaan om publiekrechtelijke voorschriften die verplichtingen aan overheidsorganen opleggen.⁵²² Overschrijding van de beslistermijn door bestuursorganen is daarvan een voorbeeld. De enkele overschrijding is niet onrechtmatig, daarvoor zijn bijkomende omstandigheden nodig.⁵²³

338. In zijn noot onder het arrest *Schietincident Alphen* spreekt Lindenbergh in dit verband van een voorvraag die ertoe strekt dat in de eerste plaats moet worden beoordeeld of schending van de norm in abstracto een aanspraak op schadevergoeding meebrengt. Daarna komt aan de orde welke personen, welke belangen en tegen welke wijzen van veroorzaking de norm in kwestie bescherming biedt. Ook Lankhorst maakte een onderscheid in twee fasen. Eerst moet worden onderzocht of de overtreden norm überhaupt kan strekken tot bescherming van het geschonden belang (de relativiteitsleer in ruime zin) en daarna moet in de tweede fase de 'strekkingvraag' worden onderzocht: tot bescherming van welk type belangen, welk type personen en welke wijze van schade-intrede strekt de norm?⁵²⁴ Deze werkwijze maakt het mogelijk om de voorvraag te beantwoorden of de overtreden norm eigenlijk wel privaatrechtelijke gevolgen kan hebben. Is dat niet het geval, dan kan het tweede onderzoek achterwege blijven. De Hoge Raad lijkt niet een dergelijke afzonderlijke voorvraag te beantwoorden,

⁵¹⁶ Lankhorst wijst erop dat dit niet een gebrek van de relativiteitsleer is, maar dat dit bij iedere vorm van uitleg het geval is. Lankhorst 1992, p. 122.

⁵¹⁷ Verheij 2014. Lindenbergh 2007, p. 11.

⁵¹⁸ HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409 *NJ* 2020/233, m.nt. S.D. Lindenbergh (*schietincident Alphen*).

⁵¹⁹ PG boek 6, p. 633.

⁵²⁰ PG Boek 6, p. 633.

⁵²¹ PG Boek 6, p. 633. Van der Kooij 2019/132.

⁵²² Van Nispen 1978/94.

⁵²³ HR 5 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:339 *NJ* 2021/99. HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7579, *NJ* 2013/47 (*Amsterdam/Have*).

⁵²⁴ Lankhorst 1992, p. 93.

maar beoordeelt het doel en strekking van de overtreden norm en in dat verband de vraag tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de bescherming zich uitstrekt.

339. Den Hollander bepleit onder verwijzing naar de dissertatie van Lankhorst, dat eerst een onderzoek wordt gedaan naar het ‘beschermingsdoel’.⁵²⁵ Daarbij komt het aan op de vraag of de norm alleen een of meer algemene belangen beoogt te beschermen of ook individuele vermogensbelangen. Daarvoor is voor hem niet voldoende dat de bescherming van een algemeen belang ook tot profijt leidt voor individuele belangen. Het gaat erom of met de norm daadwerkelijk beoogd wordt die individuele belangen ook te beschermen. Wanneer deze eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, treedt de tweede fase in, waarin wordt onderzocht wat de beschermingsomvang van de norm is.⁵²⁶ Daarbij gaat het om de vraag of het geschade belang van de benadeelde onder de individuele vermogensbelangen kan worden geschaard, waarvan bij beantwoording van de vraag naar het beschermingsdoel is vastgesteld dat de norm deze beoogt te beschermen. Deze benadering wijkt af van die van de Hoge Raad, waarin het beschermingsdoel en de beschermingsomvang niet los van elkaar moeten worden beschouwd, maar in onderling verband.⁵²⁷

340. Per saldo zal bij beoordeling van de vraag of een wettelijke norm strekt tot bescherming van een bepaald persoon tegen bepaalde schade een tamelijk breed onderzoek moeten plaatsvinden waarvan de uitkomst bepaald niet altijd gegeven is en zelfs afhankelijk kan zijn van de tijd(geest) en de context waarin de schade is geleden.

341. Dat het relativiteitsvereiste ook bij ongeschreven normen een rol vervult, was geen uitgemaakte zaak. De in het verleden wel aangevoerde gedachte is dat ongeschreven normen voor een specifiek geval worden geformuleerd en daarmee al gerelateerd zijn aan de in dat specifieke geval geleden schade en het slachtoffer.⁵²⁸ Daartegen pleit dat ook de in een specifieke zaak geformuleerde zorgvuldigheidsnormen een algemene gelding kunnen hebben.⁵²⁹ De Hoge Raad heeft al in een arrest uit 1937 overwogen dat de relativiteitsleer mede van toepassing is bij een gedraging die onrechtmatig is wegens strijd met een ongeschreven norm.⁵³⁰

342. Ook de onrechtmatigheid bij schending van een ongeschreven norm is dus relatief.⁵³¹ Het zoeken naar het beschermingsbereik van de norm is echter in zoverre lastig dat de ongeschreven norm door de rechter wordt vastgesteld. Lindenbergh wijst erop dat de vraag naar het beschermingsbereik in een dergelijk geval in het onrechtmatigheidsoordeel zal zijn ‘ingebakken.’⁵³² Dat zal in de regel inderdaad het geval zijn, zonder dat de rechter met zoveel woorden aandacht besteedt aan de relativiteitsvraag. Eerder zal het omgekeerde het geval zijn. Als er geen norm is te formuleren die deze eiser beschermt tegen de specifieke door hem geleden schade zal in meer algemene zin kunnen worden geoordeeld dat er geen strijd is met een ongeschreven norm.

7.3.5 Doel van het relativiteitsvereiste

343. Het doel van het relativiteitsvereiste is het voorkomen van een te uitgebreide aansprakelijkheid.⁵³³ De relativiteitsleer is tot stand gekomen onder invloed van het gegeven dat door

⁵²⁵ Den Hollander 2016, p. 129 e.v.

⁵²⁶ Den Hollander 2016, p. 131.

⁵²⁷ Vgl. Hartlief in zijn conclusie voor HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3231, *RvdW* 2018/77 par. 3.18 en 3.19.

⁵²⁸ Zie Asser/Sieburgh 6-IV 2019/135 en het daar opgenomen overzicht.

⁵²⁹ Lankhorst 1992, p. 69.

⁵³⁰ HR 11 maart 1937, *NJ* 1937/899, m.nt. E.M. Meijers (*Holdisco*). Zie ook HR 2 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1564, *NJ* 1995/288, m.nt. J.M.M. Maeijer (*ABP/Poot*).

⁵³¹ Van Nispen 1978, p. 169; Lindenbergh 2007, p. 12-13; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/135.

⁵³² Lindenbergh 2007, p. 13. In gelijke zin Boonekamp, *Stelplicht en Bewijslast*, commentaar op art. 6:163 BW.

⁵³³ Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:163 BW, aant. 1.1.4.; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/129. Zie ook Vranken in zijn noot onder HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, *NJ* 2008/491, m.nt. J.B.M.

een bepaalde handeling soms schade wordt veroorzaakt terwijl de norm die wordt geschonden niet ertoe strekte ook deze schade te voorkomen. In de toelichting is in dit verband opgenomen dat de rechter ‘regelmatig voor de kwestie komt te staan of een vordering tot schadevergoeding wel behoort te worden toegewezen, ook al staat vast dat gedaagdes gedraging onrechtmatig was, dat hem de onrechtmatige gedraging valt toe te rekenen en dat eiser ten gevolge van de gedraging voorziene schade heeft geleden.’⁵³⁴ Het gaat dan om schade waarvan het toebrengen op zichzelf niet onrechtmatig werd geacht, maar die wel in causaal verband staat met de schending van de gegeven norm.⁵³⁵ Door de relativiteitseis als correctiemechanisme wordt al te vergaande aansprakelijkheid beperkt. Lindenbergh plaatst daarbij overigens de kanttekening dat de relativiteitseis van artikel 6:163 BW niet alleen is bedoeld als beperking van de aansprakelijkheid, maar ook als fundering ervan.⁵³⁶ In zijn visie moet het onderzoek naar het beschermingsbereik van een bepaalde norm in de eerste plaats worden uitgevoerd om de aansprakelijkheid te funderen en heeft het daarnaast de functie om diezelfde aansprakelijkheid te beperken.

7.3.6 *Het relativiteitsvereiste en het bevel en verbod*

344. De relativiteitseis lijkt voor het rechterlijk bevel en verbod geen bijzondere eisen op te roepen. Waar bij schadevergoeding moet worden onderzocht tot (i) welke personen, (ii) welke schade en (iii) welke wijzen van ontstaan van de opgetreden schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt zal bij een bevel of een verbod een vergelijkbare toets moeten worden uitgevoerd. Daarbij zal moeten worden onderzocht of (i) de specifieke eiser wordt beschermd in (ii) dit belang en (iii) tegen de(ze) schending.⁵³⁷ Een toepassing is te vinden in onder meer de volgende arresten.

345. In een zaak die leidde tot het al genoemde arrest van de Hoge Raad van 24 maart 2006 vorderde Pharmacia onder meer dat aan Cosmétique een verbod zou worden opgelegd haargroeimiddelen te verhandelen die Aminexil bevatten.⁵³⁸ Zij baseerde die vordering op de grond dat Cosmétique onrechtmatig handelt door de producten Dercos en Kérastase op de markt te brengen. Die middelen zijn volgens Pharmacia geneesmiddelen in de zin van de WGV, maar zijn in strijd met die wet niet als zodanig geregistreerd. Pharmacia op haar beurt bracht het middel Regaine op de markt, dat wel was geregistreerd. Door zich niet te houden aan de uit hoofde van de WGV geldende beperkingen op het verhandelen van geneesmiddelen doet Cosmétique haar ongeoorloofde concurrentie aan, aldus Pharmacia.

346. Als de stellingen van Pharmacia met betrekking tot de registratieplicht van Dercos en Kérastase juist zouden zijn, en Cosmétique dus in strijd met een wettelijke verplichting geneesmiddelen op de markt bracht zonder die te registreren handelt zij in principe onrechtmatig, want in strijd met een wettelijke plicht. Zonder het relativiteitsvereiste zou een vordering strekkende tot het opleggen van een verbod dus kansrijk zijn. Door het relativiteitsvereiste loopt het echter anders af. De WVG strekt ertoe de volksgezondheid te beschermen, maar strekt niet tot bescherming tegen schade die door oneerlijke concurrentie wordt geleden. Uit het arrest blijkt overigens dat het hof een meer specifiek verbod tot het verhandelen van het middel Dercos wel had toegewezen met toepassing van de correctie-Langemeijer.

Vranken (*Astrazeneca / Amicon*) en A-G Wissink in zijn conclusie voor HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1973, NJ 2020/40, m.nt. Jac. Hijma (*Energy Claim*). Hijma ziet in zijn noot onder het arrest *Duwbak Linda* in de relativiteit een ‘sierlijke weg’ om een cascade aan aansprakelijkheden te voorkomen. Zie hierover ook Verheij 2014 en Wiggers-Rust 2011, p. 125.

⁵³⁴ PG Boek 6, p. 629.

⁵³⁵ Zie hierover Van der Kooij 2019/61.

⁵³⁶ Lindenbergh 2007, p. 11 en 12.

⁵³⁷ Nuninga 2018, p. 156.

⁵³⁸ HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, NJ 2009/485, m.mt. M.R. Mok (*Pharmacia/Cosmetique*).

347. Op vergelijkbare gronden stuitte de vordering van Astrazeneca c.s. tegen Menzis af die strekte tot het geven van meerdere bevelen aan Menzis met betrekking tot – kort samengevat – de wijze waarop Menzis huisartsen probeerde aan te moedigen goedkopere geneesmiddelen voor te schrijven.⁵³⁹ Astrazeneca c.s. hadden aan hun vorderingen ten grondslag gelegd dat Menzis onrechtmatig jegens hen handelde door huisartsen een financiële vergoeding toe te kennen als zij aan hun patiënten een bepaald generiek en dus goedkoper geneesmiddel voorschrijven. Astrazeneca c.s. leden door dit handelen van Menzis schade. De handelwijze van Menzis achtten zij in strijd met het Reclamebesluit geneesmiddelen (Rbg), de Wet tarieven gezondheidszorg (Wtg) en met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. Het Rbg en de Wtg strekken echter niet tot bescherming van farmaceutische bedrijven tegen omzetverlies en daaruit resulterende schade als gevolg van bepaald voorschrijfgedrag van artsen. Een bevel kon daarom ook niet worden gegeven.

348. In zijn noot onder het arrest *Astrazeneca/Menzis* schrijft Vranken terecht dat er ‘wel iets wringt.’ Door een beroep op het relativiteitsvereiste kon Menzis immers een vordering afweren die er louter toe strekte dat zij een verboden handeling staakte. Daartoe kon zij stellen dat de norm die zij zelf overtrad niet strekte tot bescherming van haar wederpartij die stelde schade te lijden door het verboden handelen. Toepassing van het relativiteitsvereiste wringt in dit geval meer dan de toepassing van het relativiteitsvereiste bij een vordering tot schadevergoeding. In het laatste geval wordt immers niet ingezet op het staken van een verboden handeling, maar wordt teruggekeken naar wat al is gebeurd. Een bevel is daarentegen toekomstgericht. Het is moeilijk verteerbaar te moeten zien dat een wederpartij een handelen in strijd met een wettelijke norm waardoor schade wordt veroorzaakt doodleuk kan voortzetten omdat die norm niet tot bescherming van de eigen positie of de eigen belangen strekt. Met lede ogen moet dan worden toegezien hoe door een verboden handeling onverhaalbare schade ontstaat.

349. Vranken pleit ervoor dat normovertreders in dergelijke gevallen het relativiteitsvereiste niet zouden mogen inroepen of met gebruikmaking van de zogenaamde correctie-Langemeijer een oplossing te zoeken. Voor een dergelijke oplossing is zeker iets te zeggen. In het bijzonder in een geval als hier aan de orde, waarin de normschending tot schade voor een ander leidt, is moeilijk te aanvaarden dat die ander niet tegen de normschending kan optreden. En als het doel van de relativiteitseis immers is om een te uitgebreide mogelijkheid tot schadevergoeding te voorkomen, rechtvaardigt dat niet zonder meer dat diezelfde relativiteitseis ook een bevel of verbod dat die *schade zelf* juist moet voorkomen, de weg afsnijdt. Daar staat tegenover, en dat weegt in algemene zin zwaarder, dat evenmin te aanvaarden is dat een ieder een (willekeurige) ander steeds kan aanspreken op een door die ander gepleegde onrechtmatige daad. Afgezien van de vraag of bij een dergelijke actie een voldoende belang bestaat, zou het wegdenken van de relativiteitsleer voor een bevel meebrengen dat een willekeurige derde bijvoorbeeld kan opkomen tegen een grensoverschrijdende bebouwing door iemand op weer een anders perceel of kan vorderen dat iemand niet door rood licht loopt. Het relativiteitsvereiste kan voor dat soort gevallen niet worden gemist.

350. Als toepassing van het relativiteitsvereiste leidt tot een uitkomst die ook niet goed te aanvaarden is, moet worden onderzocht of de zogenaamde *correctie-Langemeijer* uitkomst biedt.⁵⁴⁰ Die correctie-Langemeijer strekt ertoe een ‘al te relatieve onrechtmatigheidskoers’ bij te sturen.⁵⁴¹ De correctie komt erop neer dat, wanneer een geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, toch aansprakelijkheid kan ontstaan omdat onder de omstandigheden van het geval die schending bijdraagt tot het oordeel dat een zorgvuldigheidsnorm is geschonden die wel bescherming biedt tegen die schade. De correctie-Langemeijer werd door de Hoge Raad voor het eerst aanvaard in het *tandartsen-arrest*, waarin aan de orde was de vordering van een

⁵³⁹ HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, NJ 2008/491 m.nt. J.B.M. Vranken (*AstraZeneca/Menzis*).

⁵⁴⁰ Zie over de geschiedenis en de betekenis van de correctie-Langemeijer: Wiggers-Rust 2011, p. 138 e.v.

⁵⁴¹ Lankhorst 1992, p. 35.

aantal tandartsen tegen een persoon die zonder de vereiste diploma's tandheelkundige behandelingen uitvoerde en daarmee met de bevoegde tandartsen concurreerde. Volgens de Hoge Raad bleek echter niet van een bedoeling van de wetgever om de Wet Tandheelkunst een verdere bescherming te doen bieden dan de volksgezondheid en ter bescherming van het publiek tegen ondeskundige uitoefening van de tandheelkunst. Daarmee was echter niet alles gezegd. Het hof had miskend dat er een andere, ongeschreven, norm kan zijn die wel de gevraagde bescherming biedt en bij de vaststelling waarvan de gepleegde wetsovertreding een factor kan zijn.⁵⁴²

351. Nadat is geoordeeld dat een norm niet strekt tot bescherming van een bepaald belang, verdwijnt de norm dus niet uit beeld, maar blijft, in de woorden van Lankorst, zijn schaduw bestaan.⁵⁴³ De norm speelt vervolgens een rol bij beantwoording van de vraag of er een andere, ongeschreven, norm is die wel bescherming biedt tegen het geschonden belang. De Hoge Raad heeft in het arrest *AstraZeneca/Menzis* uiteengezet dat de correctie-Langemeijer het relativiteitsvereiste niet 'opzij zet', maar heeft herhaald dat de correctie-Langemeijer daarin bestaat dat onder omstandigheden aansprakelijkheid kan bestaan omdat schending van een norm, die geen aansprakelijkheid schept, kan bijdragen aan het oordeel dat een zorgvuldigheidsnorm is geschonden die wel aansprakelijkheid schept.⁵⁴⁴ Uit het arrest is bovendien af te leiden dat van een gelaedeerde moet worden verwacht concreet aan te geven op grond waarvan toepassing van de correctie-Langemeijer in het specifieke geval wel tot toewijzing van de vordering kan leiden.⁵⁴⁵

352. Het belang van de correctie-Langemeijer is daarin te vinden dat aan het gevoel dat het wringt dat een verboden gedraging niet kan worden beëindigd, toch een mouw kan worden gepast. In de hiervoor genoemde zaak *Pharmacia/Cosmetique* heeft het hof aan de correctie-Langemeijer toepassing gegeven ten aanzien van het op de markt brengen van het product Dercos als cosmetisch product. Daarbij nam het hof tot uitgangspunt dat de Wet geneesmiddelenvoorziening niet de strekking heeft de eerlijke mededinging tussen producenten of handelaren van geneesmiddelen te beschermen. Maar door in strijd met de WGV het middel Dercos zonder registratie op de markt te brengen heeft L'Oréal (Cosmétique) zich een voorsprong verschaft op haar concurrent Upjohn (Pharmacia), terwijl zij bovendien door dat handelen niet is gebonden aan beperkende regelgeving voor productie en distributie van en reclame voor geneesmiddelen. Dat waren naar het oordeel van het hof bijkomende omstandigheden die het op de markt brengen van Dercos onzorgvuldig en daarmee onrechtmatig maakten jegens haar concurrent. Het meer specifieke verbod om Dercos in Nederland op de markt te brengen kon daarna, anders dan het algemene verbod tot andere producten, worden toegewezen.

7.3.7 Een andere rol voor het relativiteitsvereiste bij het rechterlijk bevel en verbod?

353. De vraag die opdoemt is of het relativiteitsvereiste bij een rechterlijk bevel en verbod een wezenlijk andere rol speelt dan bij een schadevordering. Het antwoord op die vraag luidt in beginsel ontkennend, maar is afhankelijk van de situatie.

354. Ik werk dat uit aan de hand van een aantal voorbeelden. De minst gecompliceerde situatie is die waarin er sprake is van een evidente schending van een rechtsplicht, bijvoorbeeld een grensoverschrijdend bouwwerk. Dat grensoverschrijdende bouwwerk maakt inbreuk op het eigendomsrecht van de eigenaar van het aangrenzende perceel. De geschonden norm is hier dat geen inbreuk mag worden gemaakt op andermans eigendomsrecht en die norm strekt zonder twijfel tot bescherming van (alleen) de eigenaar van dat andere perceel. Een vordering van die eigenaar tot vergoeding van schade die wordt geleden wegens het bouwwerk zal niet op het relativiteitsvereiste

⁵⁴² HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, NJ 1961/568 (*tandartsen*).

⁵⁴³ Lankhorst 1992, p. 26.

⁵⁴⁴ HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, NJ 2008/491, m.nt. J.B.M. Vranken (*AstraZeneca/Amicon*).

⁵⁴⁵ Wiggers-Rust 2011, p. 140.

afstuiten en een vordering strekkende tot een bevel tot afbraak evenmin. Datzelfde geldt voor een vordering die ertoe strekt het bouwwerk te voorkomen. Gesteld dat de eigenaar van het aangrenzende perceel van de bouwplannen op de hoogte raakt voordat die ten uitvoer worden gebracht, kan hij daar tegen optreden.

355. Dit is allemaal anders voor een derde die toevallig van de situatie op de hoogte raakt en zich het lot aantrekt van de eigenaar van het perceel waarop wordt gebouwd. Zijn schadevordering stuit natuurlijk al af op het feit dat hij geen schade lijdt (en hij dus ook geen belang heeft), maar zou evengoed afstuiten op het relativiteitsvereiste. Datzelfde geldt voor zijn vordering strekkende tot een verbod om grensoverschrijdend te bouwen. De norm dat geen inbreuk wordt gemaakt op het eigendomsrecht van X strekt niet tot bescherming van enig recht van Y.

356. Bij deze eenvoudige casus speelt het relativiteitsvereiste dus geen andere rol bij een bevel en verbod dan bij een schadevordering. Maar laten we nu de blik verleggen naar *Duwbak Linda*. De schadevordering van Van Hasselt op de Staat stuitte af op het ontbreken van relativiteit. De in het Reglement onderzoek schepen op de Rijn (ROSR) voorziene eis van een certificaat van onderzoek beoogt niet de individuele vermogensbelangen te beschermen van derden die schade lijden, maar beoogt bij te dragen aan het bevorderen van de veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer, zo oordeelde de Hoge Raad.⁵⁴⁶ Die beslissing is op zichzelf prima te volgen, zeker wanneer in aanmerking wordt genomen dat het primair de eigenaar van een schip is die ervoor dient zorg te dragen dat de kwaliteit van zijn schip zodanig is dat het schip geen gevaar voor anderen veroorzaakt.

357. Daar staat tegenover dat het belang van anderen bij het vertrouwen op een afgegeven certificaat, evident is. Het draagt bij aan het vertrouwen dat schepen die op de Rijn varen voldoen aan de daaraan te stellen eisen en dus bijvoorbeeld ook dat met de eigenaren van die schepen zaken gedaan kunnen worden zonder het gevaar dat die schepen met lading en al ten onder gaan. Wat nu als Van Hasselt al vóór de keuring van de Linda zijn twijfels had over de kwaliteit van het vaartuig en, om te voorkomen dat zijn wederpartij hem met een ondeugdelijk vaartuig zou opzadelen, van de Staat een verbod zou vorderen de Linda goed te (doen) keuren. Zou er dan anders tegen de situatie moeten worden aangekeken? Ik vrees toch van niet. Hoezeer die vordering ook te begrijpen zou zijn, evenzeer zou moeten worden geconcludeerd dat Van Hasselt in haar zakelijke belangen niet zou worden beschermd door de normen die slechts strekken ter bescherming van het algemene belang van de veiligheid van het scheepvaartverkeer op de Rijn. Dat wringt in dat geval ook niet. Van Hasselt staan andere middelen ten dienste om zijn schade te verhalen of te voorkomen dat hij wordt afgescheept met een ondeugdelijk schip.

358. En de *Iraanse vluchtelingen* dan⁵⁴⁷? Hoewel aan haar ten onrechte een toelating als vluchteling was geweigerd stuitte haar schadevordering erop af dat het recht dat zij had op die toelating niet strekte tot bescherming van haar vermogensrechtelijke belangen. Ook die redenering is op zichzelf navolgbaar. Toch is deze situatie een andere. Stel dat zij, na de weigering van de Staat om haar toe te laten als vluchteling, een gebod had gevorderd van de Staat om haar toe te laten, dan zou die vordering niet zijn afgestuit op het relativiteitsvereiste. Ik realiseer mij dat we voor dit gedachtenexperiment het hele systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming in vreemdelingenzaken even moeten wegdenken. De grondslag van haar vordering zou zijn geweest dat de Staat in strijd met de op hem rustende verplichting om haar toe te laten als vluchteling (en dus onrechtmatig), haar die toelating had geweigerd. De Staat had haar in die situatie niet kunnen tegenwerpen dat het recht waarin zij bescherming zocht niet strekte tot bescherming van haar vermogensrechtelijke belangen. Maar dat komt omdat zij in die situatie en op dat moment niet *alleen* bescherming zou hebben gezocht in een vermogensrechtelijk belang, maar veeleer bescherming als vluchteling en dus in een waaier van

⁵⁴⁶ HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, NJ 2006/281, m.nt. J. Hijma (*Duwbak Linda*).

⁵⁴⁷ HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751, NJ 2008/576, m.nt. J.M. Vranken (*Iraanse vluchtelingen*).

belangen. Anders dan bij de latere schadevordering zou het vermogensrechtelijke belang in die situatie niet te onderscheiden zijn geweest van het bredere belang waartegen wel bescherming werd geboden. De vermogensrechtelijke belangen van de vluchtelingen liften in dat imaginaire geval dus mee op de andere belangen, maar de vordering strekkende tot een bevel zou niet met een beroep op het relativiteitsvereiste kunnen worden afgeweerd. Daarmee onderscheidt de situatie zich van die van Van Hasselt: Van Hasselt zou ook in de bedachte casus waarin hij een bevel vorderde slechts bescherming hebben gezocht in dezelfde vermogensrechtelijke belangen als die waarvoor zij met haar schadevordering bescherming zocht.

359. Moet uit dit voorbeeld dan worden afgeleid dat het relativiteitsvereiste bij het bevel en verbod een andere rol speelt dan bij schadevorderingen? Toch maar in heel beperkte mate. Want ook bij een schadevordering kunnen situaties worden bedacht waaruit die vordering uit meerdere elementen bestaat en sommige elementen wel, en andere elementen niet worden beschermd door het beschermingsbereik van de geschonden norm. Die niet beschermde elementen liften dan niet mee met de wel beschermde elementen, maar dat maakt de werking van het relativiteitsvereiste niet een andere.

360. Dat het beeld bij een bevel en verbod niet altijd gunstiger is dan bij een schadevordering zou bijvoorbeeld ook kunnen worden afgeleid uit het voorbeeld van het *schietincident Alphen*.⁵⁴⁸ De regels van de Wet Wapens en Munitie beogen niet alleen de veiligheid van de samenleving in algemene zin te bevorderen, maar beogen ook te voorkomen dat individuele burgers het slachtoffer worden van vuurwapenbezit dat niet verantwoord is. Het verlenen van het verlov voor het voorhanden hebben van een vuurwapen in een situatie waarin duidelijk had moeten zijn dat het verlov niet verantwoord was, is daarom onrechtmatig jegens slachtoffers van het daardoor mogelijk gemaakte vuurwapengebruik, aldus de Hoge Raad. Een vordering tot schadevergoeding van een slachtoffer stuit daarom niet af op het ontbreken van relativiteit. Maar als nu een potentieel slachtoffer voorafgaand aan de noodlottige negende april 2011 een bevel had gevorderd tot intrekking van de wapenvergunning van Tristan van de V. (wij moeten dan opnieuw het bestuursrechtelijke stelsel van rechtsbescherming wegdenken) omdat (i) hij wist dat het bezit van een vuurwapen door Tristan onverantwoord was en (ii) hij de kans liep daarmee geconfronteerd te worden? Zou hem of haar dan niet worden tegengeworpen dat het toezicht op de naleving van de vergunningen en de Wet Wapens en Munitie niet is opgedragen aan een potentieel slachtoffer en dat de Wet Wapens en Munitie niet ertoe strekt een mogelijk en onzeker toekomstig risico van een mogelijk slachtoffer te voorkomen? In die situatie slaagt een preventieve vordering dus niet. Ook dat moet worden aanvaard. Het recht is er niet om alle eventualiteiten te voorkomen. Wanneer echter de eventualiteit zich heeft verwezenlijkt (dus na het schietincident), zou een vordering die ertoe strekt een toekomstige herhaling te voorkomen (en die dus ook preventief werkt), theoretisch wel denkbaar zijn. Overigens is in deze situatie discussie mogelijk over de vraag of er een voldoende belang bestaat bij de door mij bedachte vordering. Ik heb achter (ii) aangenomen dat er een kans bestaat dat het potentiële slachtoffer met het vuurwapengeweld zou worden geconfronteerd. Of daarmee in een voorkomend geval daadwerkelijk een belang zal worden gecreëerd is afhankelijk van de specifieke situatie die zich voordoet.

361. Uit deze voorbeelden blijkt dat het relativiteitsvereiste in de kern hetzelfde werkt bij een rechterlijk bevel en verbod als bij een schadevordering, maar afhankelijk van de feitelijke omstandigheden van een geval meer of juist minder drempels opwerpt. Waar het in de kern op neer komt is dat het relativiteitsvereiste ook bij het rechterlijk bevel en verbod niet kan worden gemist, juist niet in de meest eenvoudige casus. Het lijkt mij althans onwenselijk dat derden die geen enkel belang hebben bij het voorkomen van een bepaalde normschending zich daar toch mee gaan bemoeien.

7.3.8 De contractuele relativiteit en het bevel en verbod

⁵⁴⁸ HR 20 september 2019, ECLI:N:HR:2019:1409, NJ 2020/233 (*Schietincident Alphen*).

362. Hiervoor heb ik het steeds gehad over de relativiteit bij onrechtmatigheid. Ook bij contractuele normen wordt wel gesproken over (contractuele) relativiteit.⁵⁴⁹ Het leerstuk contractuele relativiteit kent geen wettelijke basis. Een bepaling zoals artikel 6:163 BW, is voor overeenkomsten niet aan te wijzen. In de parlementaire toelichting op artikel 6:98 BW is echter opgenomen dat er geen reden is de gelding van het relativiteitsbeginsel te beperken tot het terrein van de onrechtmatige daad: ‘Ook bij de verplichting tot schadevergoeding wegens het tekortschieten in de nakoming van een verbintenis zal men zich telkens moeten afvragen, of de strekking van de overtreden norm was, de schuldeiser te beschermen tegen schade van het in concreto voorgevallen type en ingetreden op de wijze als in feite is geschied.’⁵⁵⁰

363. Als al wordt gesproken over contractuele relativiteit⁵⁵¹, dan gebeurt dat in het kader van de vraag of een contractueel beding strekt tot bescherming tegen een bepaalde vorm van schade. De contractuele relativiteit wordt dan aangewend om bij schending van een contractuele norm de aansprakelijkheid aan de hand van het doel van die norm te begrenzen.⁵⁵² De vaststelling van het doel van de overtreden norm vindt plaats door de bedoeling die partijen bij het sluiten van de overeenkomst hadden, uit te leggen.⁵⁵³ De uitleg van een contractuele bepaling kan er op die manier toe leiden dat wordt geconcludeerd dat een contractsbepaling uitsluitend bepaalde belangen van een partij beschermt en andere belangen, zoals immateriële belangen, niet.⁵⁵⁴

364. Voor het rechterlijk bevel en verbod kan het leerstuk van de contractuele relativiteit worden gemist. Bij een rechterlijk bevel of verbod in het contractenrecht zal het immers gaan om een nakomingsbevel. In veruit de meeste gevallen zal er geen discussie over kunnen bestaan dat een verbintenis uit overeenkomst is aangegaan om te worden nagekomen. Die nakoming is immers de bestaansreden van een overeenkomst en de contractuele relativiteit is ten aanzien van de nakoming daarom in de regel gegeven met het sluiten van de overeenkomst. Slechts in uitzonderlijke gevallen zal dat anders zijn, namelijk wanneer de aard van de overeenkomst aan een nakomingsbevel in de weg staat of wanneer partijen een nakomingsactie hebben uitgesloten. Van de eerste situatie zal sprake zijn bij bijvoorbeeld ‘gentlemen’s agreements’ of natuurlijke verbintenissen. De tweede situatie kan zich voordoen wanneer partijen redenen hebben gezien om een nakomingsbevel uit te sluiten. Om te concluderen dat zich een van deze situaties voordoet, moet uitleg van de contractsbepalingen plaatsvinden. Die uitleg zal mede de bedoeling van partijen moeten omvatten. Artikel 3:296 BW voorziet echter al in de situatie dat uit de aard van de verplichting of uit een rechtshandeling voortvloeit dat nakoming niet kan worden bevolen. De contractuele relativiteit komt op die manier tot uitdrukking in twee specifieke uitzonderingsgronden op de hoofdregel dat nakoming kan worden bevolen.

7.4 “daartoe”- de congruentie-eis

365. Artikel 3:296 BW bepaalt dat hij die jegens een ander gehouden is iets te geven, te doen of na te laten ‘daartoe’ wordt veroordeeld door de rechter. Het woord ‘daartoe’ brengt tot uitdrukking dat er een verband moet bestaan tussen het bevel of verbod en de onderliggende rechtsplicht. Nuninga spreekt in dit verband van de congruentie-eis.⁵⁵⁵

⁵⁴⁹ Krans 1999, p. 146 e.v.; Van der Kooij 2019, p. 282 e.v.; Beumers 2021, p. 272 e.v.

⁵⁵⁰ PG Boek 6, p. 341.

⁵⁵¹ Krans vindt een afzonderlijke contractuele relativiteitseis niet nodig omdat door toepassing van de bestaande mechanismen rekening kan worden gehouden met de strekking van contractuele verplichtingen. Zie Krans 1999, p. 148.

⁵⁵² Van der Kooij 2019, p. 283.

⁵⁵³ Van der Kooij 2019, p. 285.

⁵⁵⁴ Beumers 2021, p. 281

⁵⁵⁵ Nuninga 2018. In zijn proefschrift noemt hij het de overeenstemmingseis, Nuninga 2022, p. 50 e.v.

366. De tekst van artikel 3:296 en deze congruentie-eis brengt mee dat rechtmatig gedrag niet kan worden verboden en dat alleen een bevel kan worden gegeven dat aansluit bij een rechtsplicht. Als er, met andere woorden, niet een rechtsplicht bestaat om iets te doen, kan een partij ook niet worden bevolen om dat wel te doen. En als bepaald gedrag niet onrechtmatig is, kan een partij niet worden verboden dat gedrag te vertonen.⁵⁵⁶ Uit het woord ‘daartoe’ volgt dan ook dat het rechterlijk bevel of verbod geen nieuwe verplichtingen in het leven kan roepen. Een rechterlijk bevel of verbod bevestigt slechts waartoe een partij gehouden is of wat hij niet mag doen.

367. Deze congruentie-eis geldt ook in kort geding, ook als moet worden aangenomen dat artikel 3:296 BW in kort geding niet van toepassing is.⁵⁵⁷ De voorzieningenrechter heeft weliswaar grote vrijheid om belangen van partijen af te wegen, maar een veroordeling die louter is gebaseerd op een belangenafweging, is niet toegestaan.⁵⁵⁸ Een andere conclusie zou betekenen dat een voorzieningenrechter partijen tot iets kan veroordelen waartoe zij rechtens niet gehouden zijn. Dat past niet in een rechtstaat waarin mensen hun gedrag door rechtsregels laten beïnvloeden.

368. Ik ga bij de bespreking van de rol van de rechter in paragrafen 12.3.5 en 12.4.4 nader in op de betekenis van de congruentie-eis en ook op de vrijheid die de rechter heeft om op te treden in gevallen waarin bepaald gedrag pas door een zekere stelselmatigheid onrechtmatig wordt.

7.5 *Causaal verband*

369. Artikel 3:296 BW stelt niet de eis dat er causaal verband bestaat tussen de rechtsplicht of de feitelijke normschending enerzijds en de te voorkomen schade anderzijds. Dat is in zekere zin ook logisch. Bij causaal verband gaat het om het verband tussen de normschending en de schade. Hiervóór heb ik betoogd dat het rechterlijk bevel en verbod effectief moeten kunnen worden ingezet om schade te voorkomen. Het bestaan van schade kan dus geen voorwaarde zijn voor het uitspreken van een bevel of verbod.⁵⁵⁹ En zelfs als er al schade is ontstaan worden het rechterlijk bevel en verbod niet gebruikt om tot vergoeding daarvan te komen, hooguit om verdere schade te voorkomen. Maar ook dan is er geen sprake van de noodzaak van een causaal verband tussen de gestelde normschending en de eventuele (nog in te treden) schade. De dreigende schending van de rechtsplicht is voldoende om een bevel of verbod uit te spreken.

370. Toch kan niet helemaal geabstraheerd worden van de vraag of een bepaalde handeling schade veroorzaakt. In de eerste plaats kan de vraag of er schade wordt veroorzaakt van belang zijn voor de vraag of er voldoende belang bij de rechtsvordering bestaat. Maar er is nog een ander aspect. De vraag of een bepaalde handeling schade veroorzaakt kan van belang zijn bij het formuleren van een zorgvuldigheidsnorm en kan dus van belang zijn voor de vraag of er schending van een rechtsplicht dreigt. Ik werk dat uit.

371. Een van de onrechtmatigheidscategorieën is het handelen in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De invulling van die norm is niet op voorhand bepaald door een subjectief recht of een wettelijke plicht, maar is daarop aanvullend en afhankelijk van de omstandigheden, of contextgebonden.⁵⁶⁰ Het gaat bij de invulling van deze norm om maatschappelijk aanvaarde normen over behoorlijk en zorgvuldig gedrag.⁵⁶¹ Bij de invulling van die normen is de kans op schade van belang. Een gedraging die weliswaar onzorgvuldig is, maar geen schade veroorzaakt, zal minder snel in strijd zijn met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt

⁵⁵⁶ HR 27 april 1962, ECLI:NL:HR:1962:121, NJ 1962/254, m.nt. J.H. Beekhuis (*Holst/Philips*).

⁵⁵⁷ HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5238, NJ 2006/55, m.nt. Ch. Gielen.

⁵⁵⁸ Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/21 en 35. Hier is ook wel anders over gedacht. Ik verwijs naar de discussie die door Boonekamp is weergegeven. Zie ook Nuninga 2018, p. 159 en Nuninga 2022, p. 42.

⁵⁵⁹ Tenzij het bevel of verbod feitelijk schadevergoeding anders dan in geld is. De grondslag is dan echter niet artikel 3:296 BW. Zie Deurvorst, *GS Onrechtmatige daad*, II.2.1.2.1.

⁵⁶⁰ Vgl. Jansen, *GS Onrechtmatige daad*, 6.1.4.1. Asser 6-IV/82.

⁵⁶¹ Lindenbergh 2020/42.

dan een gedraging die wel schade veroorzaakt of in ieder geval een aanzienlijke kans daarop in het leven roept. Het aloude *Kelderluik*-arrest laat dat al zien. Een van de daarin opgenomen gezichtspunten is immers niet alleen de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht en de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, maar ook de ernst van de schade.⁵⁶² Als het kelderluik zich had bevonden achter een afgesloten deur waarvan alleen Sjouwerman de sleutel had gehad, was het mogelijk niet onzorgvuldig geweest om het kelderluik te laten open staan.⁵⁶³ En ook het schoppen tegen een tak die terug zwiept en een ander in het oog raakt is niet zonder meer onrechtmatig. Niet reeds de enkele mogelijkheid van een ongeval doet een bepaald gedrag immers al onrechtmatig zijn. Daarvan is slechts sprake indien de mate van waarschijnlijkheid van een ongeval als gevolg van dat gedrag zo groot is, dat de dader zich naar maatstaven van zorgvuldigheid van dat gedrag had moeten onthouden.⁵⁶⁴

372. Omdat de kans op schade een van de factoren is aan de hand waarvan de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm wordt ingevuld, kan bij de vraag of een bevel of verbod mogelijk is, niet helemaal worden geabstraheerd van de schade en dus ook niet van het causaal verband. Zekerheid dat schade ontstaat indien een handeling niet wordt voorkomen is niet vereist, voldoende is dat er een kans is dat er schade ontstaat. Het op die manier te begrijpen causaal verband is bij het opleggen van een bevel of verbod dan ook meestal geen obstakel. Dat moet het ook niet zijn, want dan zou de effectiviteit van de remedie geweld worden aangedaan. Indien bij twijfel over de vraag of schade ontstaat, zaken op hun beloop worden gelaten totdat daadwerkelijke schade is ontstaan, is het immers te laat. Dan kan weliswaar worden geconstateerd dat schade is ontstaan en dat achteraf bezien een bevel of een verbod aangewezen was geweest, maar een gelaedeerde die op schadevergoeding is aangewezen is, zoals hiervoor al opgemerkt, vaak minder goed af.

7.6 De betekenis van het begrip “voldoende belang”

373. Ook voor het rechterlijk bevel en verbod geldt de regel van artikel 3:303 BW dat zonder voldoende (eigen) belang niemand een rechtsvordering toekomt. De regel is als zodanig pas in 1992 in de wet opgenomen, maar vormt de weerslag van een lang daarvoor al bestaand uitgangspunt.⁵⁶⁵ In de parlementaire toelichting is in dit verband te lezen dat de rechtspraak zich ‘steeds naar deze regel (heeft) gedragen’.⁵⁶⁶ De eis dat iemand een voldoende belang moet hebben draagt ertoe bij dat zinloze procedures worden voorkomen en dat de algemene middelen voor de rechtspraak doelmatig worden aangewend. Snijders & Wendels spreken in dit verband van het ‘fundamentele belang dat niet zonder enige grond acties worden ingesteld en voortgezet, die de rechter en de wederpartij aanzetten tot zinloos, tijdrovend en kostbaar werk’.⁵⁶⁷ Lindijer wijst er daarbij op dat ook het belang van de

⁵⁶² HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*).

⁵⁶³ Zij het dat er vanzelfsprekend naar ervaringsregels rekening mee moet worden gehouden dat Sjouwerman tijdens de werkzaamheden niet steeds de deur zou hebben afgesloten, en dat er toch iemand in zou zijn gevallen, maar daar gaat het nu niet om. Vgl. Nuninga & Veldt 2020, p. 109.

⁵⁶⁴ HR 9 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1576, *NJ* 1996/403, m.nt. C.J.H. Brunner. Zie nader Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2019/58 en Hijma & Olthof 2020/408a. Zie voor de wijze waarop dit een rol speelt bij de aansprakelijkheid van de wegbeheerder bijvoorbeeld HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2283, *NJ* 2017/73, m.nt. J. Spier.

⁵⁶⁵ Zie bijvoorbeeld het arrest van de Hoge Raad van 30 maart 1951, ECLI:NL:HR:1951:343, *NJ* 1952/29, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*dominee*) en de noot van D.J. Veegens onder HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600, *NJ* 1959/548 (*Quint / Te Poel*). Zie verder Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:303 BW, aantt. A3 en 4. Ook: Van Baars 1971, p. 160, die vermeldt dat de regel in Nederland kort na 1800 is geïntroduceerd onder invloed van het Franse recht.

⁵⁶⁶ PG 3, p. 915.

⁵⁶⁷ Snijders & Wendels 2009/80.

aangesproken partij wordt gediend.⁵⁶⁸ Ook die partij dient verschoond te blijven van een kostbare procedure die nergens toe kan leiden.

374. De regel ‘geen belang, geen actie’ brengt tot uitdrukking dat er belang moet zijn bij de rechtsvordering. Daarmee komt tot uitdrukking dat er een onderscheid is tussen het belang van de vordering zelf enerzijds en het (materiële) belang dat met de vordering gediend is anderzijds.⁵⁶⁹ Van Baars omschrijft het aldus dat onderzocht moet worden of, uitgaande van de gegrondheid van de vordering, de toewijzing ervan voor de eiser enig verschil maakt. Als dat niet het geval is, is er geen belang en kan het onderzoek naar de gegrondheid van de vordering achterwege blijven. Wanneer het materiële belang te klein is om bemoeienissen van de rechter en het ongemak van een procedure voor de wederpartij te rechtvaardigen, spreekt men wel van ‘de minimis non curat praetor.’ Van Baars wijst erop dat in de toelichting op artikel 3:303 BW geen scherp onderscheid wordt gemaakt tussen beide soorten belang en dus ook niet tussen de adagia ‘point d’interet, point d’action’ enerzijds en ‘de minimis non curat praetor’ anderzijds.⁵⁷⁰ Mogelijk is het onderscheid ook niet steeds scherp te maken. Het hierna nog nader te bespreken arrest van de Hoge Raad van 21 december 2001 illustreert dit.⁵⁷¹ In die zaak was onder meer de vraag aan de orde of aan de Staat een verbod kon worden opgelegd om – kort gezegd – kernwapens te gebruiken. Het hof had de eisers niet-ontvankelijk verklaard wegens het ontbreken van (voor zover het de verbodsvordering betrof) een voldoende concreet belang. De Hoge Raad stelde voorop dat het in cassatie uitsluitend ging om de ontvankelijkheidsvraag en dat de vraag of de in de vordering omschreven handelingen al dan niet als onrechtmatig moesten worden aangemerkt, als zodanig niet aan de orde was. Daarmee maakte de Hoge Raad dus een duidelijk onderscheid tussen het processuele belang en het materiële belang. Vervolgens overwoog de Hoge Raad echter dat aspecten van de onrechtmatigheid niettemin wel een rol kunnen spelen bij de vraag in hoeverre de eisers ontvankelijk waren in hun vorderingen, zij het dat de Hoge Raad die overweging met name betrok op de gevorderde verklaringen voor recht. Daarbij ging de Hoge Raad zo ver te overwegen dat geen belang bestaat bij een vordering tot het geven van een verklaring voor recht die, omdat zij onvoldoende concreet is omschreven, nimmer voor toewijzing in aanmerking komt. Datzelfde geldt volgens de Hoge Raad voor de onvoldoende concreet omschreven vorderingen strekkende tot een verbod van bepaalde handelingen of tot een bevel die handelingen te staken. Het komt mij voor dat de beslissing over de vraag of een vordering ‘nimmer voor toewijzing’ in aanmerking komt een inhoudelijke beoordeling vergt. De beoordeling van het materiële belang en die van het processuele belang lopen dan dus in elkaar over.

375. Uit de toelichting op artikel 3:303 BW volgt dat het niet voldoende is dat er ‘enig belang’ is bij een vordering. Het gaat om de vraag of het belang voldoende is om een procedure te rechtvaardigen.⁵⁷² Anders gezegd: het belang bij het instellen van een vordering moet evenredig zijn aan het belang van de wederpartij en dat van een behoorlijke rechtspleging.⁵⁷³ Daarbij heeft volgens de toelichting als uitgangspunt te gelden dat voldoende belang voor de eiser aanwezig mag worden verondersteld. Wanneer dat belang wordt betwist zal de eiser moeten bewijzen dat hij voldoende belang heeft.⁵⁷⁴

376. In de parlementaire toelichting is als voorbeeld van een nodeloze rechtsvordering gegeven de situatie waarin een eiser een ‘even afdoend eenvoudiger middel’ heeft om zijn recht te verwezenlijken.

⁵⁶⁸ Lindijer 2006/63.

⁵⁶⁹ Van Baars 1971, p. 160 e.v.. Ook Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, aant. 3 op art. 3:303 BW, Van Nispen 2003/15 en Bleeker 2018, p. 140.

⁵⁷⁰ Van Baars 1971, p. 163.

⁵⁷¹ HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3693, *NJ* 2002/217 m.nt. T. Koopmans (*kernwapens*).

⁵⁷² PG 3, p. 915.

⁵⁷³ HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:590, *NJ* 2019/238.

⁵⁷⁴ PG 3, p. 915 en HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:590, *NJ* 2019/238.

In die situatie is er wel belang bij de vordering, maar niet een voldoende belang.⁵⁷⁵ Uit het arrest van de Hoge Raad van 17 september 1993 volgt echter dat het enkele feit dat een bedrijfsvereniging met een dwangbevel reeds beschikt over een executorial titel, niet betekent dat zij niet-ontvankelijk zou moeten worden verklaard in haar vordering bij de burgerlijke rechter.⁵⁷⁶ Annotator Ras leidt uit dit arrest af dat de Hoge Raad vindt dat artikel 3:303 BW met terughoudendheid moet worden gehanteerd en dat het belang niet ‘op een goudschaaltje’ moet worden gewogen. Dat laat onverlet dat een zuiver emotioneel belang niet een voldoende belang is geacht in de zin van artikel 3:303 BW.⁵⁷⁷ In de Chipshol-zaak heeft de Hoge Raad evenwel ook overwogen dat als genoegdoening voor een (gestelde) schending van artikel 6 EVRM in een procedure tegen de Staat een verklaring voor recht zou kunnen worden gevorderd, zodat er voldoende belang bestond bij het verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor.⁵⁷⁸ Dergelijke genoegdoening behoort volgens Van Maanen ook tot de categorie ideële belangen.⁵⁷⁹

377. In een wat recenter arrest heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat, indien een verklaring voor recht wordt gevorderd dat aansprakelijkheid bestaat voor schade, de rechter ervan dient uit te gaan dat eiser daarbij belang heeft als de mogelijkheid van schade aannemelijk is.⁵⁸⁰ De Hoge Raad voegde daaraan toe dat dit ook geldt indien niet tevens een veroordeling tot schadevergoeding of tot verwijzing naar de schadestaatprocedure wordt gevorderd. Daarmee is de Hoge Raad teruggekomen van zijn oordeel in een arrest van 30 maart 1951, waarin nog werd overwogen dat een eiser alleen dan uitsluitend de afzonderlijke vaststelling van de verbintenis tot schadevergoeding mag vorderen, zonder ook daadwerkelijk die veroordeling tot schadevergoeding te vorderen ‘*wanneer er bijzondere omstandigheden zijn gesteld of gebleken, die aan een veroordeling ondanks het bestaan van een aanspraak vooralsnog in den weg staan maar wenselijk maken, dat hij althans het bestaan van de aanspraak reeds dadelijk door een bindende verklaring van den rechter veilig stelt.*’⁵⁸¹ Dat alles laat onverlet dat een vordering zo kan zijn geformuleerd dat de verklaring voor recht duidelijk geen zelfstandige functie heeft, maar onlosmakelijk is verbonden met de vordering tot schadevergoeding. Indien over die schadevordering reeds is geoordeeld behoeft dan geen zelfstandig belang te bestaan bij een verklaring voor recht.⁵⁸²

378. Hoewel het bij het belang-vereiste gaat om een ‘evenredigheids criterium’, gaat het niet om een afweging van de belangen van de eiser tegenover de belangen van de gedaagde.⁵⁸³ Het gaat, zoals hierboven ook al is opgemerkt, om een zelfstandige toets van het belang van de eiser bij zijn vordering. Die toets wordt uitgevoerd door een vergelijking te maken tussen de situatie met en de situatie zonder toewijzing van de vordering.⁵⁸⁴ Indien er tussen die beide situaties geen relevant verschil bestaat, in die zin dat de toewijzing van de vordering de eiser feitelijk geen voordeel brengt, is er niet een voldoende belang voor rechtvaardiging van een procedure.

7.7 *Ambtshalve toetsing van het voldoende belang?*

379. Het is de vraag of de rechter ambtshalve, dus zonder dat er door de gedaagde een beroep op wordt gedaan, mag toetsen of er een voldoende belang bestaat bij een vordering. De bevoegdheid van de rechter om ambtshalve onderdelen van een vordering te toetsen is in algemene zin beperkt, omdat

⁵⁷⁵ Van Nispen 2018/19.

⁵⁷⁶ HR 17 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1058, NJ 1994/118 m.nt. H.E. Ras (*Severin/Detam*).

⁵⁷⁷ HR 9 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2735, NJ 1998/853 (*Jeffrey*).

⁵⁷⁸ HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK8146, NJ 2010/172 (*Chipshol*).

⁵⁷⁹ Van Maanen 2010.

⁵⁸⁰ HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:760, NJ 2016/77, m.nt. J.B.M. Vranken.

⁵⁸¹ HR 30 maart 1951, ECLI:NL:HR:1951:343, NJ 1952/29 (*dominee*).

⁵⁸² HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:644. Voor een verdere discussie over die jurisprudentie zij verwezen naar het proefschrift van Groeneveld-Tijssens 2015, p. 43 e.v.. Zie ook Lindijer 2006, p. 101 e.v.

⁵⁸³ PG 3, p. 916. Vgl. Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:303 BW, aant. 3.

⁵⁸⁴ Lindijer 2006/63. Van Baars 1971, p. 160.

partijen de rechtsstrijd bepalen. Het is, met andere woorden, in principe niet de taak van de rechter om argumenten voor of tegen een bepaald standpunt aan te dragen.⁵⁸⁵ Volgens Lindijer raakt de aanwezigheid van een voldoende belang echter aan het algemeen belang van een doelmatige rechtspleging en is de aanwezigheid van een voldoende belang daarom doorgaans een kwestie van openbare orde, zodat de rechter die aanwezigheid ambtshalve dient te onderzoeken.⁵⁸⁶ Jongbloed wijst er op dat die ambtshalve toetsing beperkt is tot de processuele belangen en hij verwijst daarbij naar het reeds genoemde arrest van 30 maart 1951, alsmede een arrest van 24 november 1978.⁵⁸⁷ In het arrest van 30 maart 1951 ging het om het belang dat een eiser erbij heeft dat *'zodanige de wederpartij bindende verklaring reeds dadelijk door den rechter wordt gegeven.'* Het ging daar feitelijk om het belang dat al dan niet bestond bij het verkrijgen van een verklaring voor recht, zonder dat daarbij schadevergoeding werd gevorderd. De Hoge Raad oordeelde dat dit belang ambtshalve moet worden getoetst. In de tweede zaak pakte het anders uit. Het ging in die zaak om een verzochte veroordeling tot nakoming van een verbintenis om lid te worden van een coöperatieve vereniging. Het hof oordeelde dat de eiser bij die vordering geen belang had omdat het belang er feitelijk in gelegen was dat de gedaagde Dernison zijn aandeel in de gemeenschappelijke kosten zou dragen. Nadat was geoordeeld dat hij daartoe in ieder geval was gehouden (hij voldeed ook aan die verplichting), was volgens het hof niet in te zien welk belang er bestond bij een veroordeling om ook nog lid te worden van de coöperatieve vereniging. Die vordering had het hof volgens de Hoge Raad echter niet mogen afwijzen op grond van een gemis aan belang, omdat dit verweer door de wederpartij niet was gevoerd. In zijn conclusie voor dit arrest wijst de A-G Franx erop dat het, anders dan in de zaak uit 1951, niet ging om een 'louter processueel belang' bij een vordering strekkende tot (uitsluitend) een verklaring voor recht, maar om de materiële vraag of eiser belang heeft bij de nakoming van de overeenkomst door gedaagde. Het gaat, in zijn woorden, niet om 'het belang bij de vordering maar (om) het belang bij het recht dat door de vordering wordt gediend.' De toets of van dat laatste belang sprake is, is niet ambtshalve aan te leggen.⁵⁸⁸ Ten aanzien van het belang bij een negatieve verklaring voor recht overwoog de Hoge Raad recent dat de rechter daar ambtshalve opheldering over kan wensen.⁵⁸⁹ Die beslissing sluit aan bij die van het zojuist genoemde arrest van 30 maart 1951.

380. Groeneveld –Tijssens heeft uitgezocht dat in de zaken waarin een verklaring voor recht werd gevorderd, slechts in een heel beperkt aantal gevallen aan de orde kwam of de eiser voldoende belang had bij zijn vordering. Zij werpt daarom de vraag op of de regel dat ambtshalve het (processuele) belang moet worden getoetst, nog wel geldt.⁵⁹⁰ Het feit dat er in het merendeel van de uitspraken geen aandacht wordt besteed aan het feit dat er belang bestaat, is op zichzelf echter geen reden om aan het bestaan van de regel te twijfelen. In veel gevallen is het belang immers evident en worden daar om die reden geen woorden aan vuil gemaakt. Indien echter het belang lijkt te ontbreken en de eiser op die grond niet-ontvankelijk wordt verklaard, is dat een bijzondere situatie en zal in een uitspraak gemotiveerd moeten zijn waarom het belang ontbreekt.

7.8 Het belang bij een bevel of verbod

381. Hetgeen hierboven uiteen is gezet over het belangvereiste, geldt ook voor het rechterlijk bevel en verbod. Toch zijn er voor het rechterlijk bevel en verbod wel enige specifieke aandachtspunten.

⁵⁸⁵ Vgl. bijvoorbeeld HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:210, *JBPr* 2017, 24, m.nt. F.J.P. Lock.

⁵⁸⁶ Lindijer 2006/63.

⁵⁸⁷ Respectievelijk HR 30 maart 1951, ECLI:NL:HR:1951:343, *NJ* 1952/29, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*dominee*) en HR 24 november 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6416, *NJ* 1980/88 m.nt. W.H. Heemskerk (*Sunclass/Dernison*). Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:303 BW, aant. 7.

⁵⁸⁸ Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:303 BW, aant. 7. Ook Bleeker 2018, p. 142.

⁵⁸⁹ HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:590, *NJ* 2019/238.

⁵⁹⁰ Groeneveld-Tijssens 2015, p. 42.

382. Zo wijst Van Nispen er terecht op dat bij de actie tot nakoming het belangvereiste alleen bij een negatieve prestatie (niet doen) noodzakelijk lijkt.⁵⁹¹ Bij nakoming van een verplichting tot het geven of doen is het belang over het algemeen gegeven. Wanneer iemand echter niet van plan is een verplichting om iets niet te doen, te schenden, dient hij - en de rechter - ook niet lastig gevallen te worden met een vordering die ertoe strekt een bevel tot niet-doen te verkrijgen.⁵⁹² Indien een bevel tot afgifte van bepaalde goederen wordt gevraagd, maar die goederen voor het moment van het wijzen van de uitspraak al zijn teruggegeven, is er voor een bevel tot afgifte geen plaats meer.⁵⁹³

383. Ten aanzien van de waardering van het vereiste belang en de stelplicht en de bewijslast met betrekking tot dat belang zijn juist ten aanzien van het rechterlijk bevel en verbod de volgende opmerkingen te maken.

384. In algemene zin heeft te gelden dat voldoende belang voor de eiser aanwezig mag worden verondersteld. Slechts bij uitzondering zal de eiser dat moeten bewijzen.⁵⁹⁴ In de toelichting is de 'rechtsvordering tot verklaring van recht' als een dergelijke uitzondering genoemd, hetgeen in zoverre voor de hand ligt dat een 'kale' verklaring voor recht geen direct effect behoeft te hebben.⁵⁹⁵ Van een eiser mag in een dergelijk geval worden verwacht zijn belang nader te onderbouwen. Jongbloed noemt daarnaast de vordering tot veroordeling onder voorwaarde of tijdsbepaling.⁵⁹⁶ Ook in een dergelijk geval is voorstelbaar dat het belang bij die vordering moet worden aangetoond indien het vervullen van de voorwaarde of het tijdstip waartegen gepresteerd moet worden nog niet in zicht is.

385. Indien als uitgangspunt geldt dat er een voldoende belang is, is het aan gedaagde om dat belang in twijfel te trekken. Wanneer dat gebeurt, dient eiser vervolgens dat belang nader te onderbouwen en waar nodig te bewijzen. Groeneveld-Tijssens betoogt in haar dissertatie dat stelplicht en bewijslast op de gedaagde rusten 'conform art. 150 Rv'.⁵⁹⁷ Dat lijkt mij niet juist. De aanwezigheid van een voldoende belang is een noodzakelijke voorwaarde voor toewijzing van een vordering. Stelplicht en bewijslast rusten daarom op de eiser.⁵⁹⁸ In het beste geval kan aan de hiervoor aangehaalde passage uit de toelichting een vermoeden worden afgeleid van het bestaan van een dergelijk belang.

386. Ten aanzien van de vraag hoe concreet het gestelde belang moet zijn, is het volgende beeld te schetsen. Daarbij verdient overigens opmerking dat het belang steeds moet bestaan ten tijde van het wijzen van de uitspraak. Het kan dus strikt genomen ook nog ontstaan tijdens het geding, hoewel vaker het geval zich zal voordoen dat het verloren gaat tijdens het geding.⁵⁹⁹

387. Drion leidt uit (het ontwerp van) artikel 3:303 BW af dat er een dubbele eis geldt voor het verkrijgen van een bevel of verbod. In de eerste plaats moet er een reële dreiging van een of meer overtredingen van een bepaalde geschreven of ongeschreven rechtsnorm zijn. In de tweede plaats moet eisers belang rechtstreeks bij deze reële dreiging betrokken zijn.⁶⁰⁰ Hartkamp verwoordt het in zijn

⁵⁹¹ Van Nispen 2018/19 en Van Nispen 1978/104.

⁵⁹² Bleeker noemt dit treffend het 'geen vuiltje aan de lucht-scenario.' Bleeker 2018, p. 143.

⁵⁹³ HR 26 mei 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0803, *NJ* 1989/665. De Hoge Raad plaatst dit oordeel niet zozeer in het kader van het belang bij de vordering, maar dat het belang ontbreekt, lijkt evident.

⁵⁹⁴ PG 3, p. 915.

⁵⁹⁵ Van Nispen 1978/75 wijst erop dat de rechter niet is geroepen te beslissen over rechtsvragen in abstracto.

⁵⁹⁶ Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:303 BW, aant. 6.

⁵⁹⁷ Groeneveld-Tijssens 2015/34.

⁵⁹⁸ Aldus ook het reeds genoemde arrest HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:590, *NJ* 2019/238.

⁵⁹⁹ Wanneer dat overigens het geval is gedurende de procedure in hoger beroep, heeft te gelden dat de proceskostenveroordeling in eerste aanleg een voldoende belang is. Op die manier zal er in hoger beroep vrijwel steeds een belang bestaan. HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:666, *NJ* 2016, 211 en HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1782.

⁶⁰⁰ Drion 1962, p. 213.

conclusie vóór het arrest van de Hoge Raad van 21 december 2001 aldus dat er ‘sprake moet zijn van meer dan een hypothese’.⁶⁰¹

388. In zijn hiervoor reeds aangehaalde arrest van 4 maart 1938 overwoog de Hoge Raad al dat het voor het opleggen van een verbod niet vereist is dat er reeds een overtreding heeft plaatsgevonden: *‘dat de rechtsgrond voor het geven van een verbod niet alleen aanwezig kan zijn, indien reeds inbreuk op het recht is geschied, in welk geval uit deze inbreuk onder omstandigheden vrees voor herhaling kan worden afgeleid, doch ook indien zonder voorafgaande inbreuk, er voldoende redenen zijn om het bestaan van een ernstige bedreiging van het te beschermen recht aan te nemen.’*⁶⁰² Uit dit arrest is ook af te leiden dat een enkele eerdere inbreuk niet zonder meer rechtvaardigt dat een bevel of verbod wordt opgelegd. Slechts ‘onder omstandigheden’ kan immers de vrees voor herhaling eruit worden afgeleid. Tegelijkertijd geldt dat als er geen eerdere inbreuk is, dat niet betekent dat er bij een bevel of verbod geen belang bestaat. Een genuanceerd stelsel dus, waarbij het steeds van de feiten van een individuele casus afhankelijk is of er een belang bestaat. In zijn arrest van 22 maart 1957 benadrukte de Hoge Raad deze rechterlijke vrijheid door te overwegen dat het aan de rechter die over de feiten oordeelt is te beoordelen of en in hoeverre er in de gegeven omstandigheden uit de reeds gepleegde rechtsinbreuk vrees voor herhaling valt af te leiden en dus voor het geven van een verbod termen aanwezig zijn.⁶⁰³

389. Het vereiste dat er een voldoende belang bestaat bij een vordering die strekt tot het uitspreken van een bevel of verbod, valt bij een preventieve vordering in belangrijke mate samen met de eis dat er een reëel risico moet zijn dat een rechtsplicht wordt geschonden. Zonder een dergelijk reëel risico is er geen aanleiding voor een bevel of verbod, maar ontbreekt evenzeer het belang bij een daartoe strekkende vordering.

7.9 Artikel 3:296 lid 2 BW – voorwaarde of tijdsbepaling

390. Het tweede lid van artikel 3:296 BW maakt het mogelijk iemand onder een voorwaarde of onder een tijdsbepaling tot ‘iets’ te veroordelen. De bepaling biedt een oplossing voor de situatie waarin een schuld nog niet opeisbaar is en brengt tot uitdrukking dat de niet-opeisbaarheid geen reden is om de vordering af te wijzen.⁶⁰⁴ De vraag in zo’n situatie is wel steeds of bij een dergelijke vordering belang bestaat. Dat is, zoals hierboven beschreven, afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Een dergelijk belang zal bijvoorbeeld aanwezig kunnen zijn indien op voorhand vast staat dat een wederpartij niet zal nakomen. Een rechterlijk bevel onder tijdsbepaling kan dan duidelijk maken dat en wanneer die verplichting tot nakoming bestaat. In paragraaf 10.2 zal ik uitwerken dat artikel 3:296 lid 1 BW de rechter geen discretionaire bevoegdheid geeft. In lid 2 is nadrukkelijk opgenomen dat de rechter een veroordeling onder een voorwaarde of tijdsbepaling *kan* uitspreken. De in het tweede lid neergelegde bevoegdheid is daarmee wel een discretionaire. Dat is ook logisch omdat het sterk van de omstandigheden van het geval afhankelijk is of een veroordeling onder voorwaarde of tijdsbepaling nuttig is.

391. Bij een veroordeling onder voorwaarden zal allicht discussie kunnen ontstaan over de vraag of die voorwaarden vervuld zijn. Het is dus zaak de voorwaarden zo nauwkeurig mogelijk te formuleren. In zijn arrest van 21 oktober 1983, dat betrekking had op terugvordering van verleende bijstand, overwoog de Hoge Raad, vermoedelijk laconieker dan bedoeld: *‘Of te zijner tijd deze voorwaarden zullen zijn vervuld, zal zo nodig aan de orde kunnen komen in een executiegeschil.’*⁶⁰⁵ Ik ga hier nader op in bij de behandeling van het te formuleren dictum (paragraaf 10.4).

⁶⁰¹ HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3693, NJ 2002/217 m.nt. T. Koopmans (*Kernwapens*).

⁶⁰² HR 4 maart 1938, ECLI:NL:HR:1938:262, NJ 1938/948 m.nt. P. Scholten (*Avro/Buma*).

⁶⁰³ HR 22 maart 1957, ECLI:NL:HR:1957:33, NJ 1958/478.

⁶⁰⁴ Valk 2017.

⁶⁰⁵ HR 21 oktober 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4671, NJ 1984/804, m.nt. F.H.J. Mijnsen.

7.10 *Schadevergoeding in natura*

392. Om de betekenis van het rechterlijk bevel en verbod als remedie goed te begrijpen is het nuttig om het rechterlijk bevel en verbod te vergelijken met de schadevergoeding in natura. Waar ik hiervoor sprak over vergoeding van schade, bedoelde ik steeds vergoeding in (met) geld. Het slachtoffer heeft een bepaalde schade geleden en die schade wordt hersteld door deze te vergoeden met een som geld. Het slachtoffer wordt dan geacht met die vergoeding weer zoveel mogelijk te verkeren in de toestand waarin hij zonder de inbreuk op zijn rechten verkeerde. Het staat het slachtoffer vervolgens vrij met die som geld te doen wat hij wil: hij kan de schade, indien dat mogelijk is, daadwerkelijk laten herstellen, maar hij is daartoe in de regel niet verplicht.

393. Artikel 6:103 BW bepaalt echter dat de rechter op vordering van de benadeelde schadevergoeding in een andere vorm dan geld kan toekennen. Deze vorm van schadevergoeding zal naar uiterlijke verschijningsvorm dicht tegen het rechterlijk bevel en verbod aan schurken. Ik besteed er daarom enige aandacht aan.

394. Bij de toepassing van de mogelijkheid om op vordering van een benadeelde schadevergoeding in een andere vorm dan betaling van een geldsom toe te kennen blijft het gaan om schadevergoeding, die moet worden onderscheiden van gevallen van reële executie.⁶⁰⁶ Voor schadevergoeding, ook in een andere vorm dan geld, is bovendien vereist dat er al onrechtmatig is gehandeld en dat er schade is geleden, terwijl voor een rechterlijk verbod of bevel voldoende is dat er een reële dreiging is van dat onrechtmatig handelen. De schadevergoeding anders dan in geld is, met andere woorden, steeds op het verleden gericht, terwijl het bevel of verbod juist op de toekomst gericht zijn.⁶⁰⁷

395. Omdat ik hiervoor heb betoogd dat het rechterlijk bevel en verbod juist middelen zijn om schade te voorkomen, lijkt de grens tussen beide remedies duidelijk gegeven. Dat is echter niet altijd het geval omdat tot de mogelijkheden die artikel 6:103 BW biedt, niet alleen behoort de veroordeling tot het verrichten van een of meer feitelijke handelingen, maar ook de veroordeling tot het verrichten van rechtshandelingen.⁶⁰⁸ Een dergelijke veroordeling tot het verrichten van een of meer feitelijke handelingen of rechtshandelingen schurkt naar uiterlijke vorm aan tegen het rechterlijk bevel, bijvoorbeeld wanneer een schuldenaar wordt opgedragen om bij wijze van schadevergoeding een reparatie te verrichten. Een aansprekend maar uitzonderlijk geval is te vinden in een arrest van de Hoge Raad van 18 juni 1993⁶⁰⁹, waarin een verkrachter werd veroordeeld een bloedonderzoek te ondergaan. Een dergelijke veroordeling heeft het uiterlijk van een bevel om mee te werken aan een dergelijk onderzoek. De Hoge Raad plaatste die veroordeling echter in de sleutel van het recht van het slachtoffer *'dat de gevolgen daarvan door de dader zoveel mogelijk zouden worden beperkt dan wel door een passende vorm van schadevergoeding zoveel mogelijk zouden worden goedge maakt.'* Ook buiten de kaders van het huidige artikel 6:103 BW zou mijns inziens overigens in een dergelijk geval de veroordeling om mee te werken aan een bloedonderzoek als een bevel mogelijk zijn geweest omdat het nalaten daaraan mee te werken in strijd zou komen met het door de Hoge Raad aanvaarde recht van het slachtoffer dat door de dader de gevolgen van zijn daad zoveel mogelijk worden beperkt. Het handelen in strijd met die verplichting is een handelen in strijd met een op hem rustende rechtsplicht, ten aanzien waarvan een bevel zou kunnen worden verstrekt.

396. Een ander sprekend voorbeeld volgt uit het hiervoor al genoemde arrest van de Hoge Raad van 31 oktober 2003, waarin een schending van artikel 3 EVRM bij de tenuitvoerlegging van een straf

⁶⁰⁶ PG Boek 6, p. 362-363.

⁶⁰⁷ Vgl. noot C.J.H. Brunner onder HR 24 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8901, NJ 1987/1. Op Heij ziet overigens als kenmerk van de schadevergoeding in natura dat die ook op de toekomst is gericht vanwege het herstelgerichte karakter ervan. Zie Op Heij 2022.

⁶⁰⁸ Asser/Sieburgh 6-II 2017/22.

⁶⁰⁹ HR 18 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1002, NJ 1994/347, m.nt. C.J.H. Brunner en E.A. Alkema (*aids-test*).

werd gerepareerd met het oordeel dat de Staat de tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf diende te staken.⁶¹⁰ Ook dat oordeel was nadrukkelijk geplaatst in de sleutel van schadevergoeding. Tot een concrete veroordeling is het overigens niet gekomen omdat de voorzieningenrechter aan de hand van de stukken die hem ter beschikking stonden niet voldoende exact kon bepalen wanneer de tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf diende te eindigen. Een voor de hand liggende veroordeling zou in dit geval echter aldus hebben geluid dat de Staat, bij wijze van schadevergoeding, zou worden bevolen de tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf met ingang van een bepaalde datum te staken. Daarmee is duidelijk waarom het onderscheid tussen een rechterlijk bevel en een veroordeling tot schadevergoeding anders dan in geld soms moeilijk te maken is. Het zal uit de overwegingen van een rechterlijke beslissing moeten blijken met welke vorm men van doen heeft.

397. De schuldeiser zal op het verschil tussen de veroordeling tot schadevergoeding anders dan in geld enerzijds en het rechterlijk bevel of verbod anderzijds echter terdege bedacht moeten zijn omdat de eisen voor toewijzing verschillen. Artikel 6:103 BW geeft de rechter nadrukkelijk een discretionaire bevoegdheid waar het bepaalt dat de rechter schadevergoeding in een andere vorm dan geld *kan* toekennen. Zoals hierna (paragraaf 10.2) zal blijken bestaat er bij een vordering die is gebaseerd op artikel 3:296 BW in principe geen discretionaire bevoegdheid voor de rechter. Voor schadevergoeding anders dan in geld, is bovendien toerekenbaarheid vereist. Voor het rechterlijk bevel en verbod kan de (reële) dreiging van onrechtmatig handelen voldoende zijn om in te grijpen. Met het bestaan van een discretionaire bevoegdheid om schadevergoeding anders dan in geld toe te kennen is overigens niet gezegd dat het volledig aan de vrije beoordeling van de rechter is overgelaten al dan niet een dergelijke vorm van schadevergoeding toe te kennen. Indien schadevergoeding in natura in de omstandigheden van het geval mogelijk is en een passend middel is, dient de rechter tot toewijzing daarvan over te gaan.⁶¹¹ Het voordeel van de schadevergoeding in natura is dat de rechter een bijzonder grote vrijheid heeft om die maatregel te treffen die in de gegeven omstandigheden passend is.

398. Bij die vrijheid van de rechter verdient het volgende aandacht. Een bevel of verbod dient altijd aan te sluiten op de geschonden rechtsplicht (de congruentie-eis, paragraaf 7.4). Als de rechtsplicht is om een gedetineerde niet aan een onmenselijke of vernederende behandeling bloot te stellen, zal een bevel of verbod alleen daarop betrekking kunnen hebben. Meer specifiek: het bevel of verbod zal ertoe strekken dat de Staat een gedetineerde niet langer aan die behandeling bloot stelt. Het bevel of verbod zal er niet toe kunnen strekken iedere vorm van detentie van de gedetineerde te verbieden. Ervan uit gaande dat een rechtmatige tenuitvoerlegging van de straf mogelijk is, zou een dergelijk verbod immers rechtmatige handelingen verbieden en dat is in beginsel niet toegestaan.⁶¹² Wanneer deze situatie in de sleutel van de schadevergoeding in natura wordt geplaatst, ontstaat een heel ander beeld en kan de rechtmatige tenuitvoerlegging van de straf worden verboden bij wijze van passende vergoeding van de schade die door de eerdere onrechtmatige daad is geleden.

399. Vooral bij een situatie waarin sprake is van een voortdurende onrechtmatige daad, dient een eiser de mogelijkheden die artikel 6:103 BW biedt, voor ogen te houden. Door zowel een verbod voor de toekomst te vragen als een maatregel die kan gelden als schadevergoeding in natura, geeft de eiser de rechter de handvatten om een remedie te hanteren die zowel effectief is als proportioneel. Om dit uit te werken neem ik het voorbeeld van personen die ernstige geluidsoverlast veroorzaken door gedurende lange tijd en herhaaldelijk harde muziek af te spelen in hun appartement.⁶¹³ Omdat het niet verboden is geluidsapparatuur in huis te hebben (en ook niet onrechtmatig), kan een bevel of verbod er niet toe strekken dat de geluidsapparatuur wordt verwijderd. Dat zou aantrekkelijk zijn vanuit het

⁶¹⁰ HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0351, *NJ* 2005/196, m.nt. E.A. Alkema.

⁶¹¹ Asser/Sieburgh 6-II, 2017/23.

⁶¹² Ik ga hierna in op de situatie waarin een handeling pas door een zekere stelselmatigheid onrechtmatig wordt. Het is dan toegestaan om een individuele handeling, die op zichzelf gezien niet onrechtmatig is, te verbieden.

⁶¹³ Het voorbeeld is ontleend aan Nuninga 2018.

oogpunt van rechtsbescherming, maar zou ook rechtmatig bezit van die apparatuur verbieden. Wat wel kan – en wat vermoedelijk ook zal gebeuren – is dat het deze personen op vordering van de burens wordt verboden geluidsoverlast te veroorzaken door (op bepaalde tijdstippen of te harde) muziek af te spelen. Met dat verbod ontstaat er maar in beperkte mate zekerheid. Voor de uitvoering van het verbod zijn de veroordeelde personen nodig. Die kunnen worden aangemoedigd daaraan te voldoen door het verbod te versterken met een dwangsom, maar het blijft afwachten of de overlast uitblijft.

400. Als deze situatie nu wordt geplaatst in de sleutel van schadevergoeding in natura, lijkt er meer mogelijk voor de rechter. Hij zal natuurlijk het zojuist besproken verbod kunnen uitspreken, maar hij zou mogelijk ook, bij wijze van schadevergoeding in natura, flankerende maatregelen kunnen opleggen, zoals het aanbrengen van geluidsisolatie.⁶¹⁴

401. Ook een aan de jurisprudentie ontleend voorbeeld laat dit zien.⁶¹⁵ Een sociale verhuurder wijst een woning toe aan ingeschreven huurder A. Voordat zij met die huurder de huurovereenkomst sluit wijst zij dezelfde woning toe aan een andere ingeschreven huurder B. Met B sluit zij daadwerkelijk een huurovereenkomst, en met A niet. A vordert dat de woning aan haar verhuurd wordt. Dat is feitelijk onmogelijk omdat de woning al aan een ander is vergeven, en die vordering wordt afgewezen. Wel wordt de veroordeling uitgesproken om aan huurder A gedurende vier jaar iedere vrijkomende woning aan te bieden die vergelijkbaar is met de reeds verhuurde woning.

402. De vraag die in dit voorbeeld rijst is wat nu eigenlijk de rechtsplicht van de verhuurder is, die is geschonden. Tot een huurovereenkomst met A was het nog niet gekomen, zodat nakoming van de huurovereenkomst niet aan de orde was. Van die rechtsplicht kon dus ook geen nakoming worden bevolen. Nu de verhuurder wordt bevolen de huurder gedurende vier jaar op de hoogte te houden van vrijgekomen woningen, moet worden geconcludeerd dat het hof een daartoe strekkende rechtsplicht voor de verhuurder heeft gezien. Het is nog niet zo heel erg eenvoudig om die af te leiden uit de fout die de verhuurder heeft gemaakt. En ook als er al een huurovereenkomst met A zou zijn gesloten, zou het nog niet zo eenvoudig zijn om daaruit als rechtsplicht te destilleren de verplichting om de huurder op de hoogte te houden van vrijkomende woningen.

403. Deze veroordeling zou daarom veel eenvoudiger kunnen worden toegewezen als schadevergoeding in natura. De verhuurder was ook naar eigen zeggen tekort geschoten in haar verplichting om met de huurder een huurovereenkomst te sluiten. De schade die de huurder daardoor heeft geleden is moeilijk te begroten omdat het vooral het huurgenot is dat zij misloopt. Daarbij zou als schadevergoeding in natura goed de verplichting passen om haar op andere wijze te voorzien in het huurgenot waarop zij feitelijk aanspraak zou moeten kunnen maken.

404. Omdat voor de schadevergoeding in natura vereist is dat er al schade is geleden, is een combinatie van een bevel voor de toekomst en een vergoeding in natura alleen mogelijk bij een situatie die al is begonnen en die voortduurt. Maar door in die situatie de combinatie van een bevel en verbod enerzijds en schadevergoeding in natura anderzijds toe te passen, kan de rechter wel echt maatwerk leveren.

7.11 Nakoming van verbintenissen naar Belgisch recht

405. Artikel 1134 BW (België) bevat als hoofdregel dat een overeenkomst die op geldige wijze tot stand is gekomen, partijen tot wet strekt. In die regel ligt besloten dat verbintenissen uit overeenkomsten moeten worden uitgevoerd en dat de nakoming ervan kan worden afgedwongen.⁶¹⁶

⁶¹⁴ Volgens Lindenbergh is schadevergoeding in natura op een 'oneindig aantal manieren mogelijk'. T&C Burgerlijk Wetboek, art. 6:103 BW, aant. 2. Het middel wordt ook wel als een *deus ex machina* omschreven, zie Gillaerts 2020, p. 70.

⁶¹⁵ Gerechtshof Amsterdam 19 januari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:82, *WR* 2021/76. Ik heb de casus aangepast.

⁶¹⁶ Vansweevelt & Weyts 2019/207 en 19. Claeys 2017, p. 237. Stijns 2005, p. 40 en 41. Wery 2010, p. 437.

Uitzonderingen bestaan in de ook in Nederland bekende gevallen van de natuurlijke verbintenis of ‘vriendendiensten’ en ‘gentlemen’s agreements’ waarvan de strekking juist is dat zij niet kunnen worden afgedwongen.⁶¹⁷ En net als in Nederland is de nakoming uitgesloten indien of vanaf het moment dat de nakoming blijvend niet meer mogelijk is.⁶¹⁸

406. Bij de toepassing van remedies wordt in België onderscheid gemaakt tussen de uitvoering in natura enerzijds en de uitvoering bij equivalent anderzijds. *Uitvoering in natura* is ‘de uitvoering van de verbintenis zoals zij is omschreven.’⁶¹⁹ Uitvoering in natura is daarmee feitelijk de nakoming van de verbintenis zoals die is overeengekomen en is de remedie – als al van een remedie kan worden gesproken – waaraan boven andere remedies voorrang moet worden verleend.⁶²⁰ Pas wanneer uitvoering in natura niet (meer) mogelijk is, is uitvoering bij equivalent aan de orde.⁶²¹ Dat betekent enerzijds dat de schuldeiser genoeg moet nemen met uitvoering in natura (en dus niet kan kiezen voor schadevergoeding zolang nakoming mogelijk is), maar anderzijds ook dat de schuldeiser die uitvoering in natura kan afdwingen. De schuldenaar kan er dus niet voor kiezen vervangende schadevergoeding te betalen in plaats van nakoming.⁶²² Ook naar Belgisch recht is niet alles te koop.⁶²³ Dat betekent bovendien dat de rechter niet de vrijheid heeft om een vordering die strekt tot uitvoering in natura af te wijzen en in plaats daarvan de uitvoering bij equivalent toe te wijzen, als althans de uitvoering in natura nog mogelijk is.⁶²⁴ In artikel 1184 BW (België) is bovendien met zoveel woorden neergelegd dat een schuldeiser het recht heeft uitvoering van het contract te verkiezen boven ontbinding.⁶²⁵

407. Uitzonderingen op het uitgangspunt dat uitvoering in natura kan worden verlangd, bestaan niet alleen bij onmogelijkheid, maar ook indien de aanspraak op die uitvoering in natura misbruik van recht zou opleveren. Het gaat dan om een manier van uitoefenen van het recht die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht ‘door een voorzichtig en bezorgd persoon.’⁶²⁶

408. Een uitzondering op het uitgangspunt dat nakoming kan worden afgedwongen en die in België vaak genoemd wordt, is de situatie waarin uitvoering in natura noodzaakt tot dwang op de persoon van de schuldenaar. Dat wordt in Nederland meestal niet afzonderlijk genoemd, maar is hier niet anders. De regel is immers gebaseerd op het algemene rechtsbeginsel, dat niemand met fysieke dwang gedwongen kan worden een prestatie te leveren.⁶²⁷ Dat beginsel geldt ook in Nederland.

409. Het gegeven dat fysieke dwang is uitgesloten, verklaart ook de beperkte reikwijdte van het bepaalde in artikel 1142 BW (België). Dat artikel bepaalt weliswaar dat iedere verbintenis om iets te doen of niet te doen wordt opgelost in schadevergoeding ingeval de schuldenaar de verbintenis niet nakomt, maar dat staat aan een veroordeling tot nakoming niet in de weg. Het artikel brengt in het bijzonder niet mee dat de schuldenaar de vrije keuze heeft een verbintenis na te komen of schadevergoeding te betalen. Het artikel strekt er slechts toe duidelijk te maken dat uitvoering in natura geen aanleiding mag zijn tot het gebruik van fysieke dwang op de persoon van de

⁶¹⁷ Vansweevelt & Weyts 2019/20. Van Gerven & Van Oevelen 2015, p. 35.

⁶¹⁸ Vansweevelt & Weyts 2019/360. Henskens 2019/571. Zij tekent aan dat de morele onmogelijkheid niet volstaat, maar dat het moet gaan om materiële of juridisch onmogelijkheid.

⁶¹⁹ Volgens de toelichting op het voorgestelde artikel 5.234 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, pagina 268. Zie ook De Rey 2019, p. 165.

⁶²⁰ Henskens 2019/569. Van Gerven & Van Oevelen 2015, p. 35. Dauw 2020, p. 501. Stijns 2005, p. 172.

⁶²¹ Henskens 2019/569 en 570.

⁶²² Van Gerven & Van Oevelen 2015, p. 182, p. 597.

⁶²³ Zie voor een kanttekening hierbij Auvray 2021.

⁶²⁴ Stijns 2005, p. 172.

⁶²⁵ Hof van Cassatie 16 januari 1986, *Arr. Cass.* 1986/317. De door de schuldeiser gemaakte keuze kan overigens wel misbruik van recht opleveren.

⁶²⁶ Henskens 2019/571. Zie nader over dit criterium en de toepassing ervan Vansweevelt & Weyts 2019/463.

⁶²⁷ Zie Van Gerven & Van Oevelen 2015, p. 597. Claeys 2017, p. 237.

schuldenaar.⁶²⁸ Stijns maakt in dat verband het onderscheid tussen enerzijds de veroordeling van de debiteur door de rechter tot de uitvoering in natura en anderzijds het afdwingen van het vonnis waarin een bevel met dwangmaatregelen is neergelegd. Het verbod om fysieke dwang toe te passen kan aan de uitvoering van het vonnis in de weg staan, maar hoeft een veroordeling tot nakoming van de verbintenis niet te verhinderen.⁶²⁹

410. De veroordeling tot uitvoering in natura zal ook in België veelal de vorm van een rechterlijk bevel of verbod hebben.⁶³⁰ Die veroordeling kan, net als in Nederland, ook in kort geding worden verkregen.⁶³¹

411. *Uitvoering bij equivalent* komt in de regel neer op schadevergoeding. De schuldeiser die ten aanzien van de eigenlijke prestatie met lege handen is komen te staan kan aanspraak maken op vergoeding van kosten die noodzakelijk zijn om hem in de positie te brengen waarin hij zou zijn komen te verkeren als de verbintenis wel juist was uitgevoerd.⁶³² Omdat de uitvoering in equivalent meestal de vorm van een veroordeling tot vergoeding van schade zal inhouden, is dat voor het rechterlijk bevel en verbod minder interessant en werk ik dat niet nader uit. Ik teken daarbij aan dat *herstel* van de geleden schade ook in natura kan plaatsvinden.⁶³³ Het herstel van schade neemt dan de vorm aan van *uitvoering* in natura, maar het is iets anders. Uitvoering in natura is immers de gewone wijze van uitvoering van de overeenkomst. Herstel van de schade in natura geschiedt in een latere fase, namelijk wanneer de gewone uitvoering niet heeft plaatsgevonden en er schade is ontstaan.⁶³⁴

412. Per saldo heeft te gelden dat, hoewel een bepaling gelijk aan artikel 3:296 BW in het Belgische recht ontbreekt, nakoming van een verbintenis de hoofdregel is. Die nakoming kan worden afgedwongen omdat uitvoering in natura de hoofdregel is en uitvoering bij equivalent, de schadevergoeding, eerst aan de orde komt indien uitvoering in natura niet meer mogelijk is.

7.12 Wetsvoorstel voor Boek 5 ‘verbintenissen’ (België)

413. Door de Commissie voor de hervorming van het verbintenissenrecht is een ‘Voorontwerp van wet tot invoering van een Burgerlijk Wetboek en tot invoeging van Boek 5 ‘verbintenissen’ in dat wetboek’ opgesteld.⁶³⁵ Het daarop volgende wetsvoorstel ‘houdende invoeging van Boek 5 ‘verbintenissen’ in het nieuwe Burgerlijk Wetboek’ dat uitgaat van dit voorontwerp, is op 24 februari 2021 bij het Belgische parlement ingediend.⁶³⁶ Op 1 juli 2022 werd de wet van 28 april 2022 tot invoeging van boek 5 ‘verbintenissen’ in het Staatsblad gepubliceerd. De wet treedt in werking op 1 januari 2023.

414. Er zijn een aantal bepalingen die voor het onderwerp van dit boek aandacht verdienen. In de eerste plaats is dat artikel 5.83 van het Wetsvoorstel. In dat (voorgestelde) artikel is neergelegd welke sancties⁶³⁷ voor de schuldeiser bestaan bij een toerekenbare niet-nakoming. De eerstgenoemde sanctie is de uitvoering in natura van de verbintenis. Daarna volgen het recht op herstel van de schade, ontbinding, prijsvermindering en het recht om de eigen verbintenis op te schorten.

⁶²⁸ Van Gerven & Van Oevelen 2015, p. 598.

⁶²⁹ Stijns 2005, p. 174.

⁶³⁰ Zie Stijns 2005, p. 172.

⁶³¹ Henskens 2019/581. Stijns 2005, p. 174.

⁶³² Henskens 2019/582.

⁶³³ De Rey tekent aan dat dit niet bij wanprestatie geldt. Zie De Rey 2019, p. 164. In specifieke bepalingen is het recht op herstel in natura in contractuele verhoudingen wel erkend.

⁶³⁴ Stijns 2005, p. 172.

⁶³⁵ Te vinden via www.justitie.belgium.be en www.dekamer.be.

⁶³⁶ Hierover nader: Stijns 2021.

⁶³⁷ Het wetsvoorstel spreekt van sancties en niet van remedies, zodat ik dat hier ook doe.

415. Artikel 5.84 van het Wetsvoorstel bepaalt vervolgens dat uitvoering in natura kan worden geëist overeenkomstig de artikelen 5.234 tot 5.236. Die artikelen maken deel uit van het hoofdstuk 4 ‘Uitvoering in natura’. In artikel 5.234 wordt als ‘beginsel’ voorop gesteld dat de schuldeiser het recht heeft om de uitvoering van de verschuldigde prestatie in rechte te vorderen, tenzij dit ‘onmogelijk of abusief’ zou zijn. Uitgesloten is de tenuitvoerlegging van een veroordeling die niet tot betaling van een geldsom strekt indien die tenuitvoerlegging noodzakelijk gepaard gaat met de uitoefening van dwang op de persoon van de schuldenaar of indien zij in strijd is met de menselijke waardigheid.

416. In de toelichting op artikel 5.84 van het Wetsvoorstel wordt ook naar voren gebracht dat een contractuele verbintenis ‘zoals elke verbintenis’ in de allereerste plaats in natura moet worden uitgevoerd. Mits de uitvoering in natura mogelijk is en de schuldeiser geen misbruik van recht maakt, is hij volgens de toelichting gerechtigd om veroordeling van zijn schuldenaar tot uitvoering in natura te verkrijgen. Wat uitvoering in natura is, is beschreven in de toelichting op artikel 5.234: het is de uitvoering van de verbintenis zoals zij is omschreven. Nakoming dus. Het is die nakoming van de omschreven verbintenis die in rechte kan worden gevorderd en die kan worden afgedwongen met een dwangsom. In de toelichting op artikel 5.234 is met zoveel woorden herhaald dat dwang op de persoon niet kan worden toegelaten om nakoming af te dwingen en dat de ‘grens van de menselijke waardigheid’ geldt. Indien de uitvoering in natura niet mogelijk is, moet de schuldeiser genoegen nemen met vervangende schadevergoeding of herstel in natura.

417. Opvallend ten opzichte van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek is dat in het Belgisch Burgerlijk Wetboek is opgenomen dat een tenuitvoerlegging die gepaard gaat met fysieke dwang is uitgesloten. Dat was, zoals ik hiervoor uitwerkte, voorheen ook al zo.⁶³⁸ Het verschilt daarin met het Nederlandse BW, ten aanzien waarvan dit uitgangspunt zeker ook geldt, maar niet met zoveel woorden in de wet is opgenomen.

7.13 Voorkomen van onrechtmatig handelen naar Belgisch recht

418. Een artikel zoals ons artikel 3:296 BW ontbreekt in het Burgerlijk Wetboek (België) zoals dat tot de modernisering geldt. Dat lijkt per saldo niet voor problemen te zorgen, maar de discussie over de grondslag van een rechterlijk bevel of verbod dat ertoe strekt een nog te verrichten onrechtmatig handelen te voorkomen blijkt wel reden om in het voorgestelde artikel 5.188 van het Voorontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid een duidelijke grondslag in te voeren.

419. Uit artikel 1382 BW (België) volgt dat de verplichting om schade te vergoeden ontstaat nadat de schade is ontstaan. Schade is een noodzakelijk bestanddeel van de onrechtmatige daad. Bij toekomstige schade is er logischerwijs nog geen schade en dat roept de vraag op of er in die omstandigheden al wel ruimte is voor een preventief bevel of verbod dat strekt tot het voorkomen van schade.

420. In de toelichting op het Voorontwerp is om deze reden opgenomen dat de basis voor een preventief bevel of verbod ‘wankel’ is. Schade is immers een element van de onrechtmatige daad, maar bij zuiver preventief handelen is de schade nog niet ingetreden. Zuivere preventie op basis van aansprakelijkheid is daarom naar Belgisch recht niet mogelijk.⁶³⁹ Dat betekent dat, wanneer strikt wordt vastgehouden aan het bepaalde in artikel 1382 BW (België) als al een bevel of verbod wordt gegeven om schade te voorkomen, een dergelijk bevel of verbod moet steunen op ingetreden schade. Dit vereiste wordt omzeild door het begrip ‘morele schade’, waardoor zelfs ontevredenheid of frustratie over een gang van zaken voldoende kan zijn om iemand als benadeelde aan te duiden.⁶⁴⁰ Schade zou ook kunnen bestaan uit de vrees die uit de ernstige bedreiging van schade voortvloeit. Gillaerts geeft in dit verband het voorbeeld van een scheef gegroeide boom die dreigt te bezwijken

⁶³⁸ Dauw 2020, p. 501. Van Gerven & Van Oevelen 2015, p. 83 en p. 597.

⁶³⁹ Kruithof 2021, p. 132.

⁶⁴⁰ Kruithof 2021, p. 132.

onder het gewicht van de eigen takken en dan deels in de tuin van de buren terecht zal komen. De schade die al is ingetreden is de derving van het genot van het gebruik van de tuin. De vrees dat de boom daadwerkelijk zal omvallen leidt op die manier al tot schade. Het is die schade die in deze redenering de basis voor een bevel of verbod vormt.⁶⁴¹

421. In een arrest van 26 juni 1980 heeft het Hof van Cassatie in meer algemene zin al overwogen dat diegene die schade lijdt als gevolg van een onrechtmatige daad het recht heeft herstel in natura te eisen en dat de rechter dat herstel kan bevelen. Dat kan de rechter met name doen door de schadeveroorzaker te bevelen het nodige te doen om een einde te maken aan de schadeveroorzakende toestand.⁶⁴² Het Hof van Cassatie had echter met deze beslissing nadrukkelijk het oog op herstel in natura van (al geleden) schade. Inmiddels is het vaste rechtspraak dat de benadeelde bij buitencontractuele schade het recht heeft zijn schade in natura te vorderen indien dat mogelijk is en geen misbruik van recht oplevert.⁶⁴³

422. Herstel (van schade) in natura heeft betrekking op schade, terwijl de zuiver preventieve remedie niet afhankelijk kan zijn van al geleden schade. Toch is aanvaard dat de rechter een verweerder ook in het kader van het herstel in natura, maatregelen kan opleggen om onrechtmatig gedrag niet alleen te beëindigen, maar ook te voorkomen. Dat betekent dat herstel in natura niet alleen meebrengt dat geleden schade moet worden hersteld, maar ook meebrengt dat het handelen dat de schade veroorzaakt, moet worden beëindigd.⁶⁴⁴ Dat was ook voor het arrest van 26 juni 1980 al de rechtsleer, maar volgens Bocken is het toch dit arrest dat het aansprakelijkheidsrecht een preventieve werking heeft gegeven. Hij leidt uit het arrest af dat, ondanks het feit dat artikel 1382 BW (België) alleen spreekt over herstel van schade, het de rechter is toegestaan maatregelen te nemen om dreigend onrechtmatig handelen te voorkomen en daarmee ook de dreigende schade te voorkomen.⁶⁴⁵ Bocken heeft er echter ook op gewezen dat in geval van een toekomstige onrechtmatige daad moeilijk vol te houden is dat aan de voorwaarden van artikel 1382 BW (België) is voldaan. Het voorkomen van toekomstige schade is immers iets anders dan het herstel van schade in natura. Hij merkt bovendien terecht op dat het theoretisch niet mogelijk is schade te herstellen die men heeft kunnen voorkomen.⁶⁴⁶ Ook volgens Auvray volgt uit de artikelen 1382 en 1383 BW (België) niet dat iemand jegens een ander in alle omstandigheden zorgvuldig moet handelen en leggen de artikelen dus niet in algemene zin een zorgvuldigheidsplicht op. De artikelen bieden slechts een manier om schade ten gevolge van een fout, vergoed te zien.⁶⁴⁷

423. Ik wees er hiervoor op dat de gekozen constructie dan die is waarin de vrees voor toekomstige schade, en de genotsderving die daaruit voortvloeit, de actuele schade is die voor vergoeding in aanmerking komt. Bocken heeft ook daartegen in 1986 zijn bedenkingen geuit omdat de dreiging van schade in veel gevallen geen genotsstoornis meebrengt.⁶⁴⁸ Bocken pleit daarom voor een andere benadering, namelijk die waarin wordt aangenomen dat artikel 1382 BW (België) niet alleen een verplichting meebrengt om veroorzaakte schade te vergoeden, maar ‘ook en vooral’ een verplichting om geen fouten te begaan waaruit schade voortvloeit. Dat brengt in zijn visie mee dat een bevel of verbod om bepaald (toekomstig) handelen te verrichten of te staken, niet het herstel in natura is van reeds aangerichte schade, maar de *uitvoering in natura* van de verplichting om geen schade te

⁶⁴¹ Gillaerts 2020, p. 201 en 488.

⁶⁴² Hof van Cassatie 26 juni 1980, nr. 686., *Arr.Cass.* 1980, p. 1365. Het arrest had mede betrekking op de principiële vraag naar de scheiding der machten. Kruithof is kritisch over het arrest en de daarin gekozen grondslagen. Kruithof 2021, p. 138.

⁶⁴³ De Rey 2019, p. 164 en de in voetnoot 13 genoemde jurisprudentie.

⁶⁴⁴ Bocken 1986, p. 502-503.

⁶⁴⁵ Bocken 1986, p. 504.

⁶⁴⁶ Bocken 1986, p. 505.

⁶⁴⁷ Auvray 2021.

⁶⁴⁸ Bocken 1986, p. 506.

veroorzaken. Het bevel of verbod betreft daarmee de uitvoering van de onderliggende rechtsplicht die dreigt te worden overtreden.⁶⁴⁹ Daarmee sluit zijn redenering aan bij het bepaalde in artikel 3:296 BW, dat hij destijds als voorgesteld wetsartikel in zijn beschouwingen al kon betrekken.

424. Ik besteed zoveel aandacht aan de inmiddels toch wat oudere publicatie van Bocken, omdat in de toelichting op het Voorontwerp juist naar deze publicatie wordt verwezen ter onderbouwing van het gegeven dat de grondslag voor een preventief bevel of verbod ‘wankel’ is.⁶⁵⁰ Kennelijk hebben de opstellers van het Voorontwerp het nodig gevonden eventuele resterende onduidelijkheid over de grondslag voor een preventieve maatregel weg te nemen. In de praktijk kon de rechtspraak ook uit de voeten met de voorheen bestaande werkwijze en was een preventief bevel of verbod mogelijk.⁶⁵¹

7.14 Voorontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid (België)

425. In het ‘Voorontwerp van de wet houdende invoeging van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het Burgerlijk Wetboek’⁶⁵² is het volgende artikel 5.188 opgenomen:

5.188. Bevel of verbod

Onverminderd het recht op herstel van de schade, kan de rechter aan iemand die op foutieve wijze anderen schade dreigt te berokkenen een bevel of verbod opleggen dat erop gericht is om de foutieve gedraging of de verderzetting of herhaling ervan te voorkomen.

In dit artikel is, zonder twijfel, een preventieve actie neergelegd, die ertoe strekt de onrechtmatige gedraging, het voortduren ervan of de herhaling, te voorkomen. Niettemin is in de memorie van toelichting op het Voorontwerp opgenomen dat het ‘gemeen aansprakelijkheidsrecht zijn hoofdzakelijk vergoedende functie’ behoudt.⁶⁵³ Het voorgestelde artikel 5.188 behoudt nadrukkelijk een link met schade door voorop te stellen dat het recht op herstel van schade blijft bestaan.⁶⁵⁴ Tegelijkertijd vindt in het Voorontwerp een erkenning en bevestiging van de preventieve functie van het aansprakelijkheidsrecht plaats. De toelichting op het Voorontwerp laat er namelijk geen misverstand over bestaan dat ‘zelfs voordat schade ontstaat’ de rechter via een bevel of verbod zal kunnen optreden.⁶⁵⁵ In de toelichting op artikel 5.188 zelf is onder ogen gezien dat ‘het voorkomen van herstel van schade te verkiezen (is) boven het herstel.’⁶⁵⁶ Het bevel strekt er dan ook niet alleen toe dat herstel wordt geboden, maar strekt ook tot voorkoming van verdere schade en verhindert dus het voortzetten of herhalen van een onrechtmatige gedraging. Dat niet zeker is dat schade ontstaat is geen belemmering: ‘De bepaling ziet dus toe op het geval waarin een vrees voor mogelijke schade bestaat maar niet met zekerheid vaststaat dat de schade zich in de toekomst zal voordoen.’⁶⁵⁷

426. De vraag die zich aandient is waarom het nodig was artikel 5.188 op te nemen. Ook het Belgische recht kende immers al de mogelijkheid tot een dergelijk bevel dat strekt tot beëindiging van een onrechtmatige daad. Volgens de toelichting is de theoretische basis daarvoor echter ‘wankel’.⁶⁵⁸ De reden daarvoor is, als gezegd, dat bij toekomstige schade een van de voorwaarden voor aansprakelijkheid, namelijk het bestaan voor schade, niet vervuld is. Volgens de toelichting doet de

⁶⁴⁹ Bocken 1986, p. 507.

⁶⁵⁰ MvT. P. 217. Bovendien is het niet onomstreden. Zie Kruithof 2021, p. 140-141.

⁶⁵¹ Bocken & Boone 2011, p. 229.

⁶⁵² Hierover nader: Bocken 2021.

⁶⁵³ Memorie van toelichting Voorontwerp van de wet houdende invoeging van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het Burgerlijk Wetboek, pagina 13.

⁶⁵⁴ Auvray 2021, p. 21

⁶⁵⁵ Pagina 13.

⁶⁵⁶ Pagina 217.

⁶⁵⁷ P. 217.

⁶⁵⁸ P. 217.

loutere vrees voor schade nog geen nadeel ontstaan, waardoor de voorwaarden voor aansprakelijkheid nog niet zijn vervuld en de rechter dus de stopzetting van de onrechtmatige handelwijze niet kan bevelen. Artikel 18 van het Gerechtelijk Wetboek, dat een rechtsvordering toelaat indien zij is ingesteld om een schending van een ernstig bedreigd recht te voorkomen, is volgens de toelichting slechts een procedureregeling die de toepassing van de materieelrechtelijke regels onverlet laat.⁶⁵⁹

427. Die ‘wankele basis’ wordt met artikel 5.188 omgezet in een wettelijke basis voor een preventieve actie. Voor een bevel of verbod tot het staken of het niet uitvoeren van een bepaalde handeling is daarbij vereist dat de schade het voorzienbare of waarschijnlijke gevolg is van die handeling.

428. Opmerking verdient dat het bevel en verbod niet worden gezien als een vorm van herstel in natura, maar strekken tot het treffen van preventieve maatregelen ter verzekering van de rechtsplicht om niet onrechtmatig te handelen. Die rechtsplicht is in artikel 5.146 neergelegd. De toelichting ziet echter onder ogen dat een op artikel 5.188 gebaseerd bevel of verbod feitelijk tot eenzelfde resultaat kunnen leiden als herstel in natura.

7.15 Vergelijking op hoofdlijnen van de Nederlandse en de Belgische situatie

429. Een vergelijking van de Nederlandse en de Belgische situatie laat vooral veel overeenkomsten zien. Dat rechtsplichten moeten worden nagekomen is ook in België het uitgangspunt. De nakoming van een verbintenis kan (preventief) worden afgedwongen en een onrechtmatige daad kan worden voorkomen. Het Voorontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid neemt eventuele resterende twijfel weg over de vraag of louter preventief een bevel kan worden gegeven of een verbod kan worden uitgesproken.

430. Opvallend is dat in de toelichting op het Voorontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid onverminderd wordt uitgesproken dat het aansprakelijkheidsrecht zijn ‘hoofdzakelijk vergoedende functie’ behoudt. Ondanks die hoofdzakelijk vergoedende functie immers is een preventieve remedie mogelijk en nadrukkelijk in het Voorontwerp verankerd. Het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht heeft vast en zeker ook een vergoedende functie, maar de achtergrond van het rechterlijk bevel en verbod is primair preventief.

431. De gebondenheid aan het schadebegrip in België laat zich mogelijk verklaren door het ontbreken van het relativiteitsvereiste als corrigerende randvoorwaarde. Zonder de mogelijkheid van toekomstige schade zou een preventief bevel of verbod anders ook kunnen worden opgelegd in gevallen die in Nederland op het relativiteitsvereiste zouden afstuiten.⁶⁶⁰

432. De vergelijking laat voorts zien dat in artikel 5.234 van het Wetsvoorstel verbintenissenrecht met zoveel woorden is opgenomen dat nakoming in natura niet kan worden verlangd indien dit onmogelijk of abusief is. Artikel 3:296 BW kent niet een vergelijkbare passage, maar zoals ik hiervoor heb uitgewerkt, geldt dat in Nederland evenzeer. Dat geldt ook voor het gegeven dat dwang op de persoon niet mogelijk is. In de Belgische bronnen komt dat pregnanter naar voren dan in de Nederlandse bronnen, maar het geldt in beide landen evengoed.

433. Per saldo zal een schuldeiser die nakoming wil of die preventief een onrechtmatige daad wil voorkomen zowel in België als in Nederland zijn recht kunnen halen. Ik ga in paragraaf 10.2.7 in op de vraag of de Belgische rechter ten aanzien van een bevel- of verbodsvordering een discretionaire bevoegdheid heeft, of een gehoudenheid die met die van de Nederlandse rechter overeenkomt.

7.16 Conclusie

⁶⁵⁹ Aldus de toelichting, pagina 217-218.

⁶⁶⁰ Hierover: Auvray 2021

434. In dit hoofdstuk heb ik uiteen gezet hoe het rechterlijk bevel en verbod op dit moment in het Nederlandse recht zijn geregeld. In het bijzonder ben ik ingegaan op de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan voordat een vordering strekkende tot een bevel of verbod kan worden toegewezen. Als uitgangspunt en hoofdregel geldt dat het nakomen van rechtsplichten met een rechterlijk bevel of verbod kan worden afgedwongen. Daarin is ook een beperking gelegen: slechts de nakoming van *die* rechtsplicht kan worden afgedwongen. Een rechterlijk bevel of verbod kan niet een rechtmatig handelen verbieden of iets gebieden waartoe iemand niet op grond van een rechtsplicht gehouden is. Voor het preventief geven van een bevel of verbod is vereist dat er een reële dreiging is van de schending van de rechtsplicht. Als algemene randvoorwaarde geldt ook voor het rechterlijk bevel en verbod dat voldaan moet zijn aan het relativiteitsvereiste. De vergelijking met het Belgische recht laat juist op dat punt een verschil zien. Weliswaar is een op preventie gerichte rechterlijke uitspraak ook in België te verkrijgen, maar het ontbreken van het relativiteitsvereiste maakt de gebondenheid aan het schadebegrip extra belangrijk.

435. In het voorgaande hoofdstuk (nummer 292) heb ik geconcludeerd dat een preventieve remedie effectief is wanneer zij

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

Het is te vroeg om nu al te concluderen of het rechterlijk bevel en verbod aan die eisen voldoen. Die balans kan ik pas aan het eind van dit boek opmaken. Wel kan ik nu al zeggen dat de voorwaarden die gesteld zijn aan het verkrijgen van een rechtelijk bevel of verbod aan een effectieve toepassing daarvan niet in de weg staan. Het karakter van het rechterlijk bevel of verbod is dat het op de toekomst is gericht en dus preventief werkt. Daarmee kan het rechterlijk bevel of verbod een krachtig middel zijn om schending van een rechtsplicht te voorkomen en daarmee om (preventief) materiële rechten af te dwingen. Ik zal hierna (paragraaf 10.2.4) nader ingaan op de mogelijkheden die het kort geding biedt voor het rechterlijk bevel en verbod, maar ik kan nu al zeggen dat het gegeven dat het mogelijk is om in kort geding een rechterlijk bevel of verbod te verkrijgen, meebrengt dat de remedie in ieder geval theoretisch tijdig beschikbaar is. De congruentie-eis kan vragen oproepen over het afschrikkende karakter van de remedie: als de rechter alleen kan verbieden wat al verboden is of iets kan gebieden waartoe iemand al gehouden is, lijkt dat een weinig overtuigend middel om iemand ergens toe te bewegen. Die conclusie zou de waarde van het rechterlijk oordeel onderschatten. Bovendien zal het rechterlijk bevel en verbod in de regel vergezeld gaan van een dwangsom (of in een zeldzaam geval van lijfswang). De dwangsom op zijn beurt kan niet zonder het bevel of verbod bestaan. Juist de combinatie van een rechterlijk bevel of verbod met een dwangsom zal afschrikkend kunnen werken, zij het in de eerste plaats voor de veroordeelde en niet zonder meer in bredere zin. Op de manier waarop de proportionaliteit van de remedie kan worden gewaarborgd, ga ik in hoofdstuk 10 in.

436. Om nader te onderzoeken of de remedie ook daadwerkelijk effectief is, bespreek ik in het volgende hoofdstuk de afwijzingsgronden.