



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 3

10. De rol en de vrijheid van de rechter

10.1 Inleiding

549. In de voorgaande delen van het boek heb ik uiteen gezet wat de doelen van het burgerlijk (proces)recht zijn en welke eisen aan een effectieve remedie zijn te stellen. Daarna heb ik weergegeven hoe het rechterlijk bevel en verbod momenteel in de Nederlandse wet zijn geregeld en in de jurisprudentie zijn uitgewerkt. In de hoofdstukken die nu volgen onderzoek ik of de toepassing van het rechterlijk bevel en verbod op drie verschillende thema's al dan niet tot problemen leidt. Het eerste thema dat ik bespreek is de rol en de vrijheid van de rechter.

550. Bij beoordeling van de vraag of het rechterlijk bevel en verbod effectieve remedies zijn, komt het immers ook aan de op de rol van de rechter. Niet alleen dient de toegang tot de rechter in voldoende mate verzekerd te zijn, zoals ik hiervoor beschreef, maar ook dient de rechter de mogelijkheid te hebben om die rechtsbescherming te bieden die in het licht van de stellingen van partijen en het tussen hen gevoerde debat nodig is. Zo'n algemene stelling is al snel tegen het zere been van lijdelijkheidspuristen. Het zijn immers partijen die de rechtsstrijd bepalen en de omvang van die rechtsstrijd wordt niet in de minste plaats bepaald door het petitum en de (feitelijke) grondslag die partijen aan hun vordering of verweer geven. De vraag naar de rol van de rechter, of zelfs de vrijheid van de rechter, is daarmee mede een vraag naar de positie van de rechter in het civiele proces. Dat is een meer principiële vraag en het antwoord daarop is door de tijd heen aan verandering onderhevig. Het voert te ver om in dit boek die rol helemaal uit te diepen, in het bijzonder waar het de positie van de rechter bij (het invullen van) de discussie tussen partijen betreft.⁷⁸⁶

551. Waar het mij wel om gaat is de vraag in hoeverre de rechter een op artikel 3:296 BW gebaseerde vordering moet toewijzen en in hoeverre hij aan het petitum van een eiser is gebonden. Het gaat aldus enerzijds om de vraag of de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft om een toewijsbare vordering af te wijzen indien hij van oordeel is dat een weging van belangen van partijen om die uitkomst vraagt, en anderzijds om de gebondenheid aan het petitum en de vrijheid van de rechter om iets anders toe te wijzen dan gevorderd als dat voor de effectiviteit van de remedie nodig is. Die vragen raken beide de rol van de rechter, maar zijn los van elkaar te behandelen. De beide vragen zijn van belang omdat ik hiervoor heb vastgesteld dat een remedie proportioneel moet zijn. Als de rechter geen vrijheid heeft om een disproportionele vordering af te wijzen, kan dat een relevant gegeven zijn voor de beoordeling van de deugdelijkheid van het bevel en verbod als effectieve remedie. Die vrijheid van de rechter kan anderzijds ook het preventieve karakter van de remedie in negatieve zin beïnvloeden als de rechter een tijdig gevraagd bevel of verbod kan afwijzen op grond van een belangenafweging.

552. Ik ga hierna eerst in op de vraag of er een discretionaire bevoegdheid voor de rechter bestaat. Daarnaast behandel ik de vraag of de rechter ook in een andere fase van de beoordeling van een geschil dan de vaststelling van een remedie, vrijheid kan nemen of kan creëren om te komen tot een passende (proportionele) oplossing. Tot slot behandel ik het petitum en het dictum.

10.2 Discretionaire bevoegdheid ten aanzien van het geven van een bevel of verbod?

10.2.1 Inleiding en hoofdregel

553. In deze paragraaf ga ik in op de vraag of de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft om een bevel of verbod al dan niet toe te wijzen. Met het begrip discretionaire bevoegdheid doel ik in dit verband op de vrijheid van de rechter om, als voldaan is aan de voorwaarden voor toewijzing van een bepaalde vordering, die vordering toch niet toe te wijzen op grond van een afweging van belangen. De

⁷⁸⁶ Zie daarover Lock 2019.

spiegelbeeldige situatie waarin niet voldaan is aan de voorwaarden voor toewijzing van een vordering en de vordering toch wordt toegewezen, laat zich minder goed denken omdat op grond van louter een afweging van belangen niemand kan worden veroordeeld tot iets waartoe hij niet rechtens gehouden is. Zoals ik hiervoor (paragraaf 7.4) al uiteenzette moet er tussen een bevel en verbod enerzijds en een geschonden of te schenden rechtsplicht anderzijds immers een duidelijke relatie bestaan. De hierna volgende bespreking gaat over de rechterlijke gebondenheid op grond van het eerste lid van artikel 3:296 BW. De in het *tweede* lid neergelegde bevoegdheid houdt in dat de rechter een veroordeling onder een voorwaarde of tijdsbepaling *kan* toewijzen en is daarmee zonder meer een discretionaire bevoegdheid. Dat is ook logisch omdat een veroordeling onder voorwaarde of tijdsbepaling niet in alle gevallen nuttig zal zijn.⁷⁸⁷

554. Een discretionaire bevoegdheid om een toewijsbare vordering op grond van een afweging van belangen niet toe te wijzen is iets anders dan de beslissing om minder toe te wijzen dan gevorderd. Als dat gebeurt is de vordering niet toewijsbaar (en hoeft dus ook geen afweging van belangen ten aanzien van die vordering plaats te vinden), maar is een minder verstrekkende vordering die in de eis besloten ligt, wel toewijsbaar.⁷⁸⁸ Ik kom op de uitleg van het petitum hierna, in paragraaf 10.3, terug.

555. Een discretionaire bevoegdheid zoals hiervoor omschreven is ook iets anders dan de noodzaak om een afweging van belangen te maken indien er sprake is van botsende (grond)rechten. Bij de hiervoor bedoelde discretionaire bevoegdheid gaat het slechts om de situatie waarin een partij een recht heeft op naleving van een rechtsplicht, maar de andere partij geen *recht* heeft om die rechtsplicht te schenden, maar daarbij slechts *belang* heeft. In een situatie van botsende (grond)rechten bestaan er twee tegenover elkaar staande rechten die in beginsel zouden moeten worden nagekomen, maar die elkaar uitsluiten. Een voorbeeld is te vinden in een arrest van de Hoge Raad van 11 maart 2022, waarin een botsing was te zien tussen het grondrecht van een kind om te weten wie zijn biologische vader is enerzijds en het grondrecht van de vermoedelijke biologische vader om de afstamming geheim te houden en om niet onvrijwillig een DNA-test te ondergaan.⁷⁸⁹ Bij een dergelijke botsing moet door een afweging van belangen worden bepaald welk recht prevaleert. In het navolgende ga ik niet uit van de situatie van botsende grondrechten, maar richt ik mij op de naleving van privaatrechtelijke rechtsplichten.

556. Er bestaat een vrij algemene opvatting dat de rechter, indien voldaan is aan de voorwaarden voor toewijzing van een verbod of bevel, geen discretionaire bevoegdheid heeft dit bevel of verbod toch af te wijzen.⁷⁹⁰ De Hoge Raad oordeelde al in die zin in het arrest *Claas/Van Tongeren* door te overwegen dat, als een onrechtmatige gedraging vaststaat, de toewijsbaarheid van een gevraagd verbod niet afhankelijk is van een nadere belangenafweging.⁷⁹¹ Daarbij verdiende echter aantekening ‘dat het niet om een k.g. gaat.’

557. Uit dat arrest blijkt duidelijk dat er voor een nadere belangenafweging door de rechter geen plaats is indien zich een (dreigende) schending van een rechtsplicht voordoet en voldaan is aan de

⁷⁸⁷ Als de in lid 2 neergelegde bevoegdheid niet een discretionaire zou zijn, zou de rechter gehouden zijn veroordelingen uit te spreken voor denkbeeldige of minder waarschijnlijke toekomstige situaties die tot een veroordeling onder voorwaarden zouden moeten leiden. Het belang-vereiste zou al te fictieve situaties kunnen voorkomen (“voor het geval mijn buurman grensoverschrijdend gaat bouwen, vorder ik een veroordeling die bouwsels te verwijderen”), maar het is efficiënter dat lid 2 de rechter vrijheid laat om te beoordelen of een dergelijke veroordeling nuttig is.

⁷⁸⁸ Vgl. HR 29 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1116, *NJ* 1994/107 (*kraaiende hanen*).

⁷⁸⁹ HR 11 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:349, *NJ* 2022/169.

⁷⁹⁰ Van Nispen concludeerde al vóór het arrest *Claas/Van Tongeren* in deze zin, Van Nispen 1978/176. Zie verder Grosheide 1996; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2019/161. Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/135; Kemp 2019, p. 113.

⁷⁹¹ HR 28 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8976, *NJ* 1986/356, m.nt. M. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*).

voorwaarden van artikel 3:296 BW.⁷⁹² De zinsnede ‘dat het hier niet om een k.g. gaat’ maakt duidelijk dat de voorzieningenrechter in kort geding meer vrijheid heeft en altijd (wel) een zekere belangenafweging kan maken. De Hoge Raad heeft die vrijheid in kort geding benadrukt in het *Huggies*-arrest van 15 december 1995.⁷⁹³ Het arrest had betrekking op een geschil over onder meer de vraag of reclame voor luiers misleidend en onrechtmatig jegens een concurrerende fabrikant was en waarin een aantal verboden en een rectificatie werden gevraagd. De Hoge Raad gaf als hoofdregel dat de rechter die heeft vastgesteld dat de verwerende partij verplicht is bepaalde gedragingen na te laten, op grond van het bepaalde in artikel 3:296 lid 1 BW gehouden is aan deze partij ‘een desbetreffend verbod’ op te leggen. De aard van het kort geding brengt echter mee dat een belangenafweging moet worden gemaakt waarbij worden afgewogen het voorlopig karakter van een rechterlijk oordeel in kort geding en de ingrijpendheid van de gevolgen van een verbod enerzijds en de schade die ontstaat indien een verbod uitblijft anderzijds.

558. De conclusie dat de rechter in kort geding de vrijheid heeft om een belangenafweging te maken die de rechter in een bodemprocedure *niet* mag maken, is naar mijn mening toch iets te kort door de bocht. In het arrest *Claas/Van Tongeren* heeft de Hoge Raad wel overwogen dat een ‘nadere belangenafweging’ niet mag worden gemaakt, maar heeft hij niet uiteen gezet waaruit die (niet toegestane) belangenafweging kan bestaan. Het gecasseerde arrest van het hof geeft wel enig inzicht: het hof had het belang ‘geluidsoverlast, verkeershinder en ontsiering’ en ‘waardevermindering van de eigendommen’ van Claas door de activiteiten van Van Tongeren onvoldoende zwaarwegend geacht om een verbod te rechtvaardigen. Dat leidde de Hoge Raad tot het al aangehaalde oordeel dat een nadere belangenafweging niet is toegestaan. In algemene zin gaat het bij een belangenafweging erom dat de (alle) belangen van de eisende partij worden afgewogen tegen de (alle) belangen van de gedaagde partij. Kort gezegd gaat het dan om de vraag of het belang van de eisende partij bij nakoming van de rechtsplicht groter is dan het belang van de gedaagde partij bij schending van die rechtsplicht en of die belangen een bevel of verbod rechtvaardigen. Alleen als het belang van eiser zwaarder weegt dan het belang van gedaagde, zou een vordering dan toegewezen kunnen worden. De toelaatbaarheid van zo’n belangenafweging zou in belangrijke mate afbreuk doen aan het uitgangspunt dat nakoming de primaire remedie is en dat niemand genoeg hoeft te nemen met schadevergoeding als nakoming nog mogelijk is. Het zou ook in belangrijke mate afbreuk doen aan de gebondenheid van partijen aan het gegeven woord en een partij de ruimte laten bij heroverweging van de voorziene gunstige afloop van de overeenkomst, op het gegeven woord terug te komen. Het zou partijen bovendien in staat stellen een onrechtmatige daad te plegen als hun belang daarbij groter is dan het belang van het slachtoffer bij het achterwege laten ervan. Het is dus zeer goed te rechtvaardigen dat een dergelijke belangenafweging niet is toegestaan. Het bestaan van een (onvoorwaardelijk) recht is immers niet van een belangenafweging afhankelijk.

559. De belangenafweging in kort geding die de Hoge Raad in het *Huggies*-arrest schetste is echter een iets andere. Volgens de formulering van de Hoge Raad moet de voorzieningenrechter immers een afweging maken tussen enerzijds (i) het voorlopige karakter van een rechterlijk oordeel in kort geding én (ii) de ingrijpendheid van de gevolgen van een verbod tegen anderzijds (iii) de schade die ontstaat indien een verbod uitblijft. Ook de voorzieningenrechter weegt dus niet eenvoudigweg het belang van een crediteur bij nakoming van een rechtsplicht af tegen dat van een debiteur bij schending ervan. De belangenafweging die hij maakt is complementair aan zijn rechtsoordeel.⁷⁹⁴ Het voorlopig karakter van dat oordeel speelt een belangrijke rol bij de vraag of het aangewezen is in kort geding een

⁷⁹² De Hoge Raad heeft ten aanzien van de nakoming van een toezegging door de overheid geoordeeld dat aansluiting moet worden gezocht bij de jurisprudentie van de bestuursrechter, waaruit volgt dat wel een belangenafweging moet worden gemaakt. De Hoge Raad plaatst dat civielrechtelijk in het kader van artikel 6:2 BW, maar uit zijn uitwerking lijkt een iets neutralere belangenafweging te volgen. Zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1957, *NJ* 2022/236.

⁷⁹³ HR 15 december 1995, ECLI:NL:HR:ZC1919, *NJ* 1996/509, m.nt. D.W.F. Verkade (*Huggies*).

⁷⁹⁴ Aldus Boonekamp, Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/135.

maatregel te treffen. Indien de voorzieningenrechter weinig twijfel hoeft te hebben over de afloop van een zaak in een latere bodemprocedure, zal er voor het maken van een belangenafweging minder ruimte zijn dan in het geval de kwestie nog met onzekerheid is omgeven. In dat geval zal de ingrijpendheid van een maatregel juist weer zwaarder gaan wegen, afgezet tegen de vraag welke schade er intreedt indien een maatregel achterwege blijft. Niet voor niets overwoog de Hoge Raad in het *Huggies*-arrest ook dat in de regel toewijzing van een verbod voor de hand ligt indien de voorzieningenrechter een bepaalde gedraging onrechtmatig acht en dat een rechterlijk ingrijpen bijvoorbeeld achterwege kan blijven indien de belangen van de eiser op een andere manier zijn gediend. De voorzieningenrechter heeft dus zonder twijfel een grotere vrijheid dan de bodemrechter om een belangenafweging te maken, maar evenmin kan hij ongemotiveerd voorbij gaan aan het uitgangspunt van artikel 3:296 BW dat een rechtsplicht als regel kan worden afgedwongen. Ook in kort geding is, met andere woorden, niet alles te koop.

560. Als uitgangspunt heeft in ieder geval te gelden dat er in een bodemprocedure geen rechterlijke vrijheid bestaat om een belangenafweging te maken.⁷⁹⁵ Indien voldaan is aan de voorwaarden van artikel 3:296 lid 1 BW dient de rechter desgevorderd een bevel of verbod uit te spreken. In de fase waarin de rechter de remedie van het rechterlijk bevel of verbod moet toepassen, zijn de handen van de rechter dus in belangrijke mate gebonden. Dat is in zekere zin goed te rechtvaardigen. Artikel 3:296 BW heeft immers betrekking op de situatie waarin is komen vast te staan dat een aanspraak op een prestatie of het nalaten van bepaald gedrag bestaat. Een zuivere belangenafweging door de rechter zou die aanspraak tekort doen en rechtsonzekerheid in het leven roepen. Een afwijzing van een toewijsbare vordering tot nakoming of een verbod zou bovendien afdoen aan het uitgangspunt dat nakoming de primaire remedie is en dat de rechter daartoe de nodige rechtsbescherming dient te bieden. Daar staat tegenover dat een remedie disproportioneel kan uitpakken. Ook dat moet worden voorkomen. Ik onderzoek hierna welke middelen de rechter heeft om dat te bereiken.⁷⁹⁶

10.2.2 De normering van het handelen bij een onrechtmatige daad en bij de nakomingsvordering

561. Voor de vraag of een belangenafweging bij het uitspreken van een rechterlijk bevel of verbod mogelijk is, is ook van belang het onderscheid te maken tussen de normeringsfase van de rechterlijke beslissing enerzijds en de remediefase anderzijds. Met het begrip ‘normeringsfase’ doel ik op het werk van de rechter dat ertoe strekt de verplichtingen van partijen vast te stellen. Met de ‘remediefase’ doel ik op de keuze van de rechter om een bepaalde remedie toe te passen.⁷⁹⁷ Dat onderscheid kan zowel gemaakt worden bij vorderingen die zijn gebaseerd op een onrechtmatig handelen, als bij vorderingen die strekken tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst. Ik werk dat als volgt uit.

562. Het onrechtmatigheidsbegrip van artikel 6:162 BW werkt onder meer met de open norm ‘hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’. Om vast te stellen of er sprake is van onrechtmatigheid, zal de norm veelal door de rechter moeten worden ingevuld of zelfs bepaald. Ook bij vorderingen die strekken tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst kan een normeringsfase worden aangewezen. In veel gevallen zal een overeenkomst immers moeten worden uitgelegd om de verplichtingen van partijen te kunnen vaststellen. De redelijkheid en billijkheid speelt

⁷⁹⁵ Jongbloed meent overigens dat een rechterlijke discretionaire bevoegdheid bij de toepassing van artikel 3:296 BW ‘de facto’ wel bestaat omdat de rechter die een veroordeling ‘minder opportuun’ acht een uitzondering op de hoofdregel kan aannemen of kan oordelen dat er een onvoldoende belang in de zin van artikel 3:303 BW is. Het is op zichzelf natuurlijk juist dat het ontbreken van belang in de weg kan staan aan het toewijzen van een vordering. Bij de discretionaire bevoegdheid die ik voor ogen heb gaat het echter om een afweging van belangen die bij ieder ontbreken van belang niet nodig is. Jongbloed, *GS Vermogensrecht*, aant. 5 op artikel 3:296 BW.

⁷⁹⁶ Ik wijs er daarbij nadrukkelijk op dat het ontbreken van een discretionaire bevoegdheid bij het opleggen van een bevel of verbod geen betekenis heeft voor de opgelegde dwangsom. De rechter heeft bij zijn keuze om al dan niet een dwangsom op te leggen en bij het bepalen van de modaliteiten daarvan een grote vrijheid. Hierover nader Van der Helm 2019/54.

⁷⁹⁷ De rechter is vanzelfsprekend niet vrij in die keuze, maar gebonden aan het petitum.

bij die uitleg, en dus al voordat over een remedie moet worden nagedacht, een rol.⁷⁹⁸ Voor mijn onderzoek is het niet nodig dat ik de discussie die is gevoerd over de uitleg van rechtshandelingen en overeenkomsten in het bijzonder uitdiep.⁷⁹⁹ Voldoende is om vast te stellen dat aan de redelijkheid en billijkheid bij de uitleg van overeenkomsten een zekere rol toekomt. In het arrest *DSM/Fox* overwoog de Hoge Raad in dat verband bijvoorbeeld dat bij de uitleg van een *‘schriftelijk contract telkens van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen.*’⁸⁰⁰

563. Een dergelijke uitleg ‘gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen’ vindt plaats in de normeringsfase en leidt tot een conclusie over de verplichtingen van partijen. Van deze goede trouw in de uitlegfase is te onderscheiden de redelijkheid en billijkheid in de remedie-fase. Pas dan wordt beoordeeld of een bepaalde aanspraak, die door uitleg is vastgesteld, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

564. Veelal zal de invulling van een norm nauw samenhangen met de feiten in een bepaalde zaak, zowel bij een onrechtmatige daad als bij een vordering die strekt tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst. Een handelen dat onder bepaalde omstandigheden (of in een bepaalde tijd) onrechtmatig is, behoeft dat onder andere omstandigheden niet te zijn. Wat bijvoorbeeld in een zogenaamde sport- en spelsituatie is toegelaten, kan daarbuiten onrechtmatig zijn. Datzelfde geldt voor de afweging van belangen bij botsende rechten: het recht op het ongestoord (gebruik van de) eigendom van de geluidsinstallatie wordt beperkt door het recht van de buurman om ongehinderd te slapen. In die normeringsfase zullen de belangen van een partij op die manier een rol kunnen spelen. Volgens Sieburgh ligt hieraan de gedachte ten grondslag dat het leven in een maatschappelijk verband noodzakelijkerwijze een botsing van belangen meebrengt, zodat voor het vaststellen van een te toetsen zorgvuldigheidsnorm al een belangenafweging is vereist.⁸⁰¹ Ook die vaststelling van een norm en dus deze afweging van belangen gaat vooraf aan het oordeel over de toewijsbaarheid van een vordering op grond van artikel 3:296 BW.

565. Bij het invullen van een zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW komt het erop aan vast te stellen wat in een bepaalde situatie van mensen mag worden verwacht, al dan niet om het intreden van schade te voorkomen. Een ieder mag zijn eigen belangen dienen, maar moet rekening houden met de belangen van een ander.⁸⁰² Bij beantwoording van de vraag welke voorzichtigheid in acht moet worden genomen, kan onder meer de aard van de schade en de mogelijke omvang en waarschijnlijkheid daarvan een rol spelen, afgezet tegen de bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen die de schade kunnen voorkomen, en de aard en het nut van de gedraging.⁸⁰³

566. De afweging van belangen die plaatsvindt bij het formuleren van de zorgvuldigheidsnorm of bij de uitleg van een overeenkomst, is een andere dan de belangenafweging die de rechter zou kunnen maken als hij een discretionaire bevoegdheid zou hebben om een op zichzelf toewijsbare vordering al dan niet toe te wijzen. Bij die laatste belangenafweging gaat het veeleer om de vraag of het belang van een (toekomstige) pleger van een onrechtmatige daad zoveel zwaarder weegt dan het belang van diegene die daar schade door ondervindt, dat die daad toch moet worden toegestaan. Die laatste

⁷⁹⁸ Asser/Sieburgh 6-III 2018/362, 364 en 365. Valk 2018.

⁷⁹⁹ Zie hierover bijvoorbeeld Valk 2018. Valk & Schelhaas 2016.

⁸⁰⁰ HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, *NJ* 2005/493, m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*). Zie ook nog HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687, *NJ* 2017/114, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Condor*).

⁸⁰¹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2019/75. Van Dam 2020, p. 68.

⁸⁰² Vgl. HR 27 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AD7158, *NJ* 1987/191, m.nt. E.A. van Nieuwenhoven Helbach (*Holland Nautic/Decca*).

⁸⁰³ Vgl. HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079 *NJ* 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*) en HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Wilnis*). Van Dam 2020, p. 66 e.v.

belangenafweging ligt dichterbij de afweging die de rechter op grond van artikel 6:168 BW moet maken en waarop ik hiervoor (paragraaf 8.2.2) ben ingegaan.

567. De afweging van belangen die plaatsvindt bij het formuleren van een zorgvuldigheidsnorm verschilt ook van de toepassing van de redelijkheid en billijkheid bij de uitleg van een overeenkomst. Uitleg van een overeenkomst dwingt in de regel niet tot het maken van een *belangenafweging* (wel tot het bepalen van de verwachtingen die partijen over en weer mochten hebben). Bij een zuivere nakomingsvordering zal een belangenafweging die de norm waaraan moet worden getoetst mede bepaalt, dus minder prominent een rol spelen.

568. Het onderscheid tussen de normeringsfase en de remediefase, waarbij eerst door uitleg wordt vastgesteld wat partijen zijn overeengekomen en vervolgens wordt beoordeeld of nakoming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, wordt niet door iedereen gemaakt. Schoordijk en Van Dunné hebben zich daartegen verzet en betoogd dat iedere uitleg van een contractuele bepaling normatief – ‘naar de normen van het recht’ – moet plaatsvinden.⁸⁰⁴ Daarbij wordt niet alleen gekeken naar de bewoordingen van de relevante contractuele bepalingen, maar naar het geheel van normen dat in de gegeven rechtsverhouding van toepassing is.⁸⁰⁵ Aanhangers van de zogenaamde ‘normatieve uitleg’ combineren de uitleg van de rechtshandeling met het vaststellen van de rechtsgevolgen daarvan aan de hand van onder meer de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:2 BW en artikel 6:248 BW.⁸⁰⁶ Uitleg van een rechtshandeling dient steeds naar redelijkheid en billijkheid plaats te vinden. Zij betogen dat een regel die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, sowieso geen geldende regel zou moeten zijn omdat partijen een dergelijke regel niet zullen zijn overeengekomen. Zo’n regel behoeft dan ook niet buiten toepassing te worden gelaten. Bij de normatieve uitleg gaat het er dan dus om dat alles aankomt op uitleg van overeenkomst en wet met inachtneming van redelijkheid en billijkheid en dat een dergelijke uitleg tot een resultaat behoort te leiden dat geen beperking meer behoeft.⁸⁰⁷ Dat betekent feitelijk dat voor een afzonderlijke beperking van een regel door hetgeen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, geen ruimte meer bestaat. De discussie over de (discretionaire) ruimte van de rechter in de remediefase verdampt dan omdat de belangen waarop in die remediefase acht zou kunnen worden geslagen, in de normeringsfase al meegewogen worden.

569. De uitleg van de overeenkomst enerzijds en het vaststellen van de rechtsgevolgen daarvan anderzijds, zijn echter twee verschillende fases die van elkaar onderscheiden kunnen worden. Het is zuiverder om eerst vast te stellen welke rechten en plichten partijen hebben en daarna te kijken of de rechtsgevolgen daarvan moeten worden gematigd.⁸⁰⁸ Bij die vaststelling spelen de redelijkheid en billijkheid een rol – in zoverre is die vaststelling ‘normatief’⁸⁰⁹ – maar deze toepassing van de redelijkheid en billijkheid bestaat naast de toets of een bepaalde regel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daarmee wordt ook duidelijk en voor de hogere rechter toetsbaar of de rechter daadwerkelijk de door artikel 6:248 lid 2 BW terughoudende maatstaf toepast. Valk wijst daarbij op een ander praktisch en overtuigend argument: door een scheiding te handhaven tussen enerzijds de vaststelling van de regel (de normeringsfase) en anderzijds de rechtsgevolgen daarvan (de remediefase) is ook duidelijk dat de partij die zich op het standpunt stelt dat er bijzondere

⁸⁰⁴ Schoordijk 1979, p. 35 e.v. Schoordijk 2014, p. 160-168. Van Dunné 1971. Zie hierover uitvoerig Van Dunné 2018.

⁸⁰⁵ Wendt 2011.

⁸⁰⁶ Hierover: Schelhaas 2017/1.7. Valk 2019/277 en Valk 2016, p. 83. Het begrip ‘normatieve uitleg’ is gemunt door Van Dunné in zijn dissertatie uit 1971, in het bijzonder pagina 206 e.v..

⁸⁰⁷ Aldus Snijders 2007. Zie hierover ook Asser/Sieburgh 6-III 2018/365 en Van Schilfgaarde 2016/2.30

⁸⁰⁸ In deze zin: Drion 2010. Van Schilfgaarde 2016/2.30 maakt een driedeling tussen uitleg (interpretatie), aanvulling en beperking.

⁸⁰⁹ Volgens Van Dunné is dit een normatieve uitleg in strikte zin, die tekortschiet.

omstandigheden zijn van zodanige aard dat zij eraan in de weg staan dat toepassing wordt gegeven aan die regel, de stelplicht en de bewijslast daarvan draagt.⁸¹⁰

570. Ik ga er daarom vanuit dat de rechter die over de nakoming van een contractuele verplichting moet oordelen, op twee plaatsen de redelijkheid en billijkheid in acht neemt. Enerzijds bij de uitleg van rechtshandelingen en anderzijds, maar dan met de door de wet voorgeschreven terughoudendheid, bij het vaststellen van de remedie. En ook de rechter die moet oordelen over een gesteld onrechtmatig handelen wegens schending van een zorgvuldigheidsnorm zal aan de hand van alle omstandigheden van het geval, waaronder de belangen van partijen, een norm moeten formuleren en vervolgens de remedie moeten vaststellen.

571. Aan de jurisprudentie zijn de volgende voorbeelden te ontleen die de systematiek en het onderscheid tussen een normeringsfase en een remediefase duidelijk maken. De burens Van Loon en Blauwbroek streden om de vraag of het Blauwbroek was toegestaan krielkippen en (twee) krielhanen te houden.⁸¹¹ Omdat kennelijk met name een haan overlast veroorzaakte heeft Blauwbroek die haan vanaf enig moment en na een aanschrijving van de gemeente 's-avonds in een kist in zijn garage gedaan. Gedurende de civiele procedure neemt Blauwbroek nog enkele maatregelen om de overlast te beperken. Dat bracht het hof tot het oordeel dat de vordering van Van Loon tot het verwijderen en het verwijderd houden van de hanen – als te vergaand – niet toewijsbaar was. In cassatie werd hier onder meer tegen opgekomen met de klacht dat het hof ten onrechte een belangenafweging had gemaakt. Die klacht miskende echter dat het hof niet een belangenafweging had gemaakt, maar

'gelet op het onrechtmatige gedrag van Blaauwbroek c.s., het gevorderde bevel tot verwijdering en verwijderd houden van de hanen te ruim (heeft) geoordeeld, kennelijk omdat aan Blaauwbroek niet het recht kan worden ontzegd op rechtmatige wijze, door het treffen van afdoende maatregelen ter voorkoming van geluidsoverlast voor Van Loon, hanen te houden.'

572. Wat hier gebeurt is feitelijk de toetsing van de norm aan de hand van de nieuwe feiten. Het houden van hanen zonder mitigerende maatregelen leverde mogelijk onrechtmatige hinder op. Maar toen eenmaal die maatregelen waren genomen om de overlast te beperken, zou een algeheel verbod op het houden van hanen veel te ver gaan en dus disproportioneel zijn omdat het houden van hanen na de maatregelen niet meer onrechtmatig was. Uit het arrest kan worden afgeleid dat de rechter de vrijheid heeft om een vordering af te wijzen indien op een andere manier dan door een bevel of verbod het onrechtmatige gedrag kan worden beëindigd of is beëindigd. Dat ligt ook voor de hand. Indien door het treffen van bepaalde maatregelen het gedrag dat eerst onrechtmatig was niet meer onrechtmatig is, is het uitspreken van een bevel of verbod niet (meer) noodzakelijk.

573. Daarmee is overigens niet gezegd dat het uitspreken van een bevel of verbod onmogelijk is. Indien er een voldoende vrees is dat het onrechtmatig gedrag weer of toch zal worden vertoond, bestaat evenzeer de vrijheid daartegen maatregelen te treffen, vanzelfsprekend steeds mits daarbij een voldoende belang bestaat. Die maatregelen moeten dan zijn toegespitst op het onrechtmatige gedrag, en kunnen niet het rechtmatige gedrag raken. Van belang in de zojuist besproken zaak is dat het hof niet al aan de omstandigheid dat Van Loon ernstige hinder ondervond de gevolgtrekking had verbonden dat Blauwbroek door het enkele houden van de hanen onrechtmatig jegens Van Loon handelde. Bij het oordeel dat het handelen onrechtmatig was betrok het hof het feit dat Blauwbroek onvoldoende pogingen in het werk had gesteld om de gevolgen voor Van Loon te verzachten en daarmee de onrechtmatigheid op te heffen. Bovendien oordeelde het hof dat het gevraagde verbod niet toewijsbaar was omdat aan Blauwbroek niet het recht kon worden ontzegd op rechtmatige wijze hanen te houden. Dat is iets anders dan het maken van een belangenafweging. Bij een zuivere belangenafweging zou het de rechter immers zijn toegestaan het onrechtmatig handelen te laten

⁸¹⁰ Valk 2019/277.

⁸¹¹ HR 29 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1116, NJ 1994/107 (kraaiende hanen).

voortduren omdat de belangen van de pleger zwaarder wegen dan die van het slachtoffer, terwijl het oordeel van het hof er onverminderd op gericht was het onrechtmatig handelen te beëindigen. Dat laat onverlet dat, indien in kort geding wel een belangenafweging wordt gemaakt, evenzeer een rol kan spelen of er een andere oplossing is dan het gevorderde bevel of verbod.

574. Dat een belangenafweging op een ander niveau dan bij vaststelling van de remedie is toegestaan, maakt ook het arrest *Hirsi Ali* duidelijk.⁸¹² Het ging in die zaak om de vraag of de Staat onrechtmatig (want in strijd met artikel 8 EVRM) handelde door in een appartementencomplex een extra beveiligde woning in te richten en om de vraag of een gebod aan de Staat mogelijk was om het gebruik van de woning te beëindigen. Bij de beoordeling van die vragen stelde de Hoge Raad voorop dat met de inrichting en ingebruikgeving van een extra beveiligde woning zwaarwegende belangen, ook van maatschappelijke aard, gemoeid zijn. Daartegenover staan de belangen van de andere bewoners van het complex, die door artikel 8 EVRM worden beschermd. De Hoge Raad legde vervolgens de toets aan of het door de Staat verschaft gebruik van de extra beveiligde woning, alle belangen in aanmerking genomen, in de omstandigheden van het geval met het oog op de risico's voor de bewoners in redelijkheid verantwoord is te achten. Op die manier wordt ook een belangenafweging gemaakt. Het gaat dan echter om een belangenafweging die nodig is om te beoordelen of het handelen van de Staat in strijd is met een op de Staat rustende rechtsplicht, dus opnieuw een belangenafweging in de normeringsfase. Pas wanneer na het maken van die belangenafweging wordt geoordeeld dat er sprake is van strijd met een rechtsplicht zou de vraag naar de discretionaire bevoegdheid van de rechter aan de orde kunnen komen. Ook wanneer er geen discretionaire bevoegdheid bestaat, moet de belangenafweging als hier bedoeld worden gemaakt om te beoordelen of er sprake is van onrechtmatig handelen. Daarmee vindt die belangenafweging op een ander niveau plaats dan de door artikel 3:296 BW verboden belangenafweging.

575. Een belangenafweging in de normeringsfase bij de uitleg van een overeenkomst werd toegepast in het arrest *de negende van oma*.⁸¹³ Kunstenaar Körmeling vorderde in die zaak medewerking van de gemeente aan de plaatsing van het in opdracht van de gemeente ontworpen kunstwerk, dat bestond uit neonletters die de tekst 'de negende van oma' vormden. Het kunstwerk zou moeten worden geplaatst op een flatgebouw en de bewoners waren daar kortweg niet van gecharmeerd. De rechtbank heeft die vordering toegewezen en heeft daaraan mede ten grondslag gelegd dat de gemeente van de aanvang af aan bij Körmeling het vertrouwen heeft gewekt dat het door haar goedgekeurde kunstwerk zou worden geplaatst. Een belangenafweging in de fase waarin de uitvoering reeds ter hand is genomen, was volgens de rechtbank niet toegestaan. Het hof loste het aldus op dat het niet een 'harde' verplichting van de gemeente aannam om mee te werken aan de plaatsing van het kunstwerk, maar een verplichting om daar 'in beginsel' aan mee te werken. Het hof legde daarmee de overeenkomst iets anders uit dan de rechtbank en creëerde daarmee de vrijheid om vervolgens te oordelen dat – in de woorden van de Hoge Raad – de belangen van de bewoners zoveel zwaarder wegen van Körmelings belang bij plaatsing van het kunstwerk, dat de eisen van redelijkheid en billijkheid niet toelaten dat aan laatstbedoeld belang voorrang wordt gegeven.

576. Deze benadering van het hof, die genade vond in de ogen van de Hoge Raad, is niet de toepassing van een discretionaire bevoegdheid bij het al dan niet toepassen van een remedie, maar is een *ex ante* benadering die erop neerkomt dat de overeenkomst wordt uitgelegd met toepassing van de redelijkheid en billijkheid en wel zodanig dat in de overeenkomst een 'in beginsel-plicht' werd gelezen. Wanneer bij die uitleg wordt aangenomen dat de overeenkomst niet meebrengt dat onder alle omstandigheden een bepaalde prestatie vereist is, schept ook dat ruimte om een nakomingsvordering af te wijzen.

⁸¹² HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7463, NJ 2007/3 (*Hirsi Ali*).

⁸¹³ HR 20 mei 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1366, NJ 1995/691, m.nt. C.J.H. Brunner (*de negende van oma*).

577. Aldus is er voor de rechter ook bij de uitleg van een rechtshandeling een zekere ruimte om de redelijkheid en billijkheid een rol te laten spelen en kan er een zekere ruimte ontstaan om onder de harde verplichting van artikel 3:296 BW uit te komen. De besluitvorming in de normeringsfase geeft de rechter op die manier wel een zekere ruimte om een disproportionele veroordeling te voorkomen, maar het is eigenlijk niet zuiver als de rechter die ruimte gebruikt om dat doel te bereiken. De vaststelling van de norm gaat immers vooraf aan en is iets anders dan het bepalen van het gevolg van de normschending. Om disproportionaliteit van een remedie te voorkomen zal daarom veelal toepassing moeten worden gegeven aan het leerstuk van misbruik van recht.

578. Ook het relativiteitsvereiste verdient in dit verband aandacht. Eerder (paragraaf 7.3.4) heb ik uiteengezet dat het relativiteitsvereiste ook geldt voor het rechterlijk bevel en verbod. Beantwoording van de vraag of voldaan is aan het relativiteitsvereiste vereist een onderzoek naar de vraag of de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de (deze specifieke) schade zoals de (deze specifieke) benadeelde die heeft geleden door deze wijze van totstandkoming van de schade. Volgens Lindenberg⁸¹⁴ biedt artikel 6:163 BW daarmee ‘een rijke bron voor normatieve beslissingen om de aansprakelijkheid voor gevolgen van een normschending te modelleren, omdat reeds bij de beslissing over het beschermingsbereik de keuze kan worden gemaakt om bepaalde personen, belangen of wijzen van ontstaan al dan niet onder de paraplu van de grondslag voor de aansprakelijkheid te laten vallen.’⁸¹⁴ En Lankhorst wees er op, zij het in verband met door de overheid in te stellen schadevorderingen, dat de relativiteitsleer toestaat dat rechtspolitieke keuzes worden gemaakt, terwijl de vraag naar de strekking van de overtreden norm een ‘mistige en meerduidige vraag’ is.⁸¹⁵ Dit roept de vraag op of het relativiteitsvereiste de rechter vrijheid biedt om onder het keurslijf van artikel 3:296 BW uit te komen.

579. De vraag naar de vrijheid van de rechter heb ik hiervoor geplaatst in het kader van de proportionaliteit van een remedie. Een remedie kan immers, hoewel door artikel 3:296 BW voorgeschreven, disproportioneel zijn.⁸¹⁶ Om in die situatie weer proportionaliteit te bereiken, moet de ingrijpendheid van de remedie worden teruggeschoefd. Dat kan gebeuren door een andere remedie te kiezen, bijvoorbeeld schadevergoeding, maar het kan ook gebeuren door een minder verstrekkend bevel of verbod op te leggen, zoals in *kraaiende hanen*-casus had moeten gebeuren. Het relativiteitsvereiste is dan echter niet het meest geschikte middel om dit doel te bereiken omdat het leidt tot een meer categorische uitsluiting van een slachtoffer of een bepaalde schade.

580. Het relativiteitsvereiste strekt ertoe een bepaald slachtoffer of een bepaalde schade buiten spel te zetten door te oordelen dat die schade of dat slachtoffer niet onder het beschermingsbereik van die norm valt. Daarmee heeft het relativiteitsvereiste geen verzachtend effect, maar een alles-of-niets karakter. Dat binaire karakter is bepaald nuttig om te verstrekkende vormen van schadevergoeding volledig buiten spel te zetten, maar draagt niet bij aan maatwerk. Om bij het voorbeeld uit het arrest *Kuipers/de Jongh* te blijven: een grensoverschrijdend bouwwerk maakt inbreuk op het eigendomsrecht van een ander. De strekking van de norm ‘gij zult niet grensoverschrijdend bouwen’ is zonder twijfel de bescherming van het eigendomsrecht van de eigenaar. Het handelen is hier dus ook zonder twijfel onrechtmatig jegens de eigenaar. Als de remedie die ertoe strekt het bouwwerk weg te halen disproportioneel is, helpt het relativiteitsvereiste daarbij echter niet, maar biedt alleen met leerstuk van misbruik van bevoegdheid in de remediefase uitkomst.

10.2.3 Correctiemechanismen in de remediefase

581. Ik heb hiervoor (paragraaf 8.5.1) bij de bespreking van de verweren tegen een vordering strekkende tot een rechterlijk bevel of verbod uiteen gezet dat de beperkende werking van de

⁸¹⁴ Lindenberg 2007, p. 10.

⁸¹⁵ Lankhorst 1992, p. 83 en 92.

⁸¹⁶ Tenzij ervan wordt uitgegaan dat het nastreven van datgene waarop een recht bestaat, niet disproportioneel kan zijn. Of, omgekeerd, dat een recht niet strekt tot een disproportionele vergoeding.

redelijkheid en billijkheid aan een nakomingsbevel in de weg kan staan. In die situatie staat een bepaald recht vast, maar wordt in de remedie-fase geoordeeld dat het recht niet kan worden uitgeoefend. Ook deze toepassing van de redelijkheid en billijkheid in de fase waarin de remedie moet worden vastgesteld, geeft de rechter een zekere ruimte, zij het binnen de grenzen van de terughoudendheid die bij die toepassing voorgeschreven is en daarom alleen als correctiemechanisme.

582. Ook hiervoor (paragraaf 8.5.2) heb ik het leerstuk misbruik van bevoegdheid besproken als verweermiddel tegen een vordering op grond van artikel 3:296 BW. Misbruik van bevoegdheid is een bijzondere toepassing van de redelijkheid en billijkheid. De al besproken casus in het arrest *Kuipers / De Jongh* van 17 april 1970 maakt het belang duidelijk voor de vraag welke vrijheid de rechter heeft om een toewijsbare vordering af te wijzen.⁸¹⁷ Het arrest had betrekking op een grensoverschrijdend bouwwerk. De verwijdering van een dergelijk bouwwerk zal vaak met hoge kosten gepaard gaan, terwijl verwijdering van slechts het grensoverschrijdende deel in veel gevallen niet eenvoudig uit te voeren is. Herstel van een kleine grensoverschrijding zal zodoende tot hoge kosten kunnen leiden. De Hoge Raad nam in het arrest tot uitgangspunt dat weliswaar verwijdering van het grensoverschrijdende bouwwerk kon worden verlangd, maar dat die verwijdering een zo groot nadeel zou kunnen meebrengen dat De Jong in redelijkheid niet tot de uitoefening van het recht tot amotie kon komen. De stellingen van Kuipers boden in dit specifieke geval onvoldoende grondslag voor die conclusie, maar van belang is dat misbruik van recht aan de toewijzing van een bevel of verbod in de weg kan staan. Voor de conclusie dat sprake is van misbruik van bevoegdheid is ook een zekere afweging van belangen nodig. Niet iedere onevenwichtigheid tussen de verschillende belangen zal echter een misbruik-situatie opleveren. De bevoegdheid van de rechter om een bevel of verbod te weigeren indien misbruik van recht wordt gemaakt, is daarom geen discretionaire bevoegdheid in de hiervoor bedoelde zin. Het geeft de rechter wel de mogelijkheid te voorkomen dat een disproportionele remedie moet worden opgelegd.

10.2.4 Nader over het kort geding

583. De zinsnede ‘dat het hier niet om een k.g. gaat’ in het hiervoor (paragraaf 10.2.1) aangehaalde arrest *Claas/Van Tongeren* van de Hoge Raad van 28 juni 1985 maakt duidelijk dat de voorzieningenrechter in kort geding meer vrijheid heeft en altijd (wel) een belangenafweging kan maken. Aan die vrijheid ligt ten grondslag dat de rechter in kort geding de rechtsverhouding tussen partijen niet bindend kan vaststellen.⁸¹⁸ Hij stelt dus ook het bestaan van een rechtsplicht die moet worden nagekomen, niet bindend vast.

584. Die vrijheid voor de kortgedingrechter heeft de Hoge Raad benadrukt in het *Huggies*-arrest van 15 december 1995.⁸¹⁹ In dat arrest overwoog de Hoge Raad dat de aard van het kort geding meebrengt dat een belangenafweging moet worden gemaakt waarbij moeten worden afgewogen het voorlopig karakter van een rechterlijk oordeel in kort geding en de ingrijpendheid van de gevolgen van een verbod enerzijds en de schade die ontstaat indien een verbod uitblijft anderzijds. De Hoge Raad voegde daaraan toe dat de rechter een verbod onder omstandigheden kan afwijzen indien ‘aan de belangen van de eiser voorlopig voldoende of op andere wijze is of kan worden tegemoet gekomen.’

585. De Hoge Raad verwees vervolgens in het *Euromedica/Merck*-arrest van 15 april 2005 weer terug naar het *Huggies*-arrest en overwoog niet alleen dat de rechter op grond van een afweging van wederzijdse belangen moet beslissen of hij een verbod of bevel zal opleggen, maar overwoog ook dat artikel 3:296 BW in kort geding toepassing mist.⁸²⁰

⁸¹⁷ HR 17 april 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5012, NJ 1971/89, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Kuipers/ de Jongh*).

⁸¹⁸ Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/136.

⁸¹⁹ HR 15 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1919, NJ 1996/509, m.nt. D.W.F. Verkade (*Huggies*).

⁸²⁰ HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5238, NJ 2006/55, m.nt. Ch. Gielen (*Euromedica/Merck*).

586. De vrijheid om die belangenafweging te maken bij een gevorderd bevel of verbod sluit aan bij de meer algemene belangenafweging die de voorzieningenrechter moet maken. Een beslissing uitsluitend gebaseerd op een afweging van belangen, is echter niet toegestaan. Omdat de voorzieningenrechter uiteindelijk zijn oordeel moet afstemmen op de door hem verwachte uitkomst van de bodemprocedure, kan zijn beslissing niet los staan van de juridische positie van partijen.⁸²¹ De belangenafweging is daaraan complementair.⁸²² De vraag hoe die belangenafweging vervolgens wordt ingericht is van vele omstandigheden afhankelijk. Bij een ‘harde’ vordering zal er minder aanleiding zijn om op basis van een afweging van belangen toch tot een afwijzing te komen, terwijl er bij een vordering met een onzekere uitkomst veeleer aanleiding zal zijn om nog geen rechtsplicht aan te nemen en dus niet aan een belangenafweging toe te komen.

587. Dat betekent wel dat de positie van de eiser in kort geding op dit punt minder sterk is dan de positie van de eiser in een bodemprocedure.⁸²³ Terwijl de bodemrechter geen discretionaire bevoegdheid heeft om een toewijsbare vordering op grond van een belangenafweging niet toe te wijzen, heeft de voorzieningenrechter die vrijheid tot op zekere hoogte wel. Voor die vrijheid van de voorzieningenrechter zijn goede argumenten aan te voeren. Het meest zwaarwegende argument is gelegen in het karakter van het kort geding. De rechtspositie van partijen wordt niet dwingend vastgesteld, en dus is er geen aanleiding om de handen van de rechter te binden aan een verplichting om nakoming van een voorlopig vastgestelde rechtsplicht te bevelen. Maar daar staat iets belangrijks tegenover. Het kort geding ontleent zijn bestaansrecht aan het preventieve karakter dat het heeft. Het kort geding is bij uitstek bedoeld om schade te voorkomen of, als het al te laat is, verergering van die schade te voorkomen.⁸²⁴ Als ergens in het civiele proces geldt dat schade kan worden voorkomen, is het in het kort geding. Een te grote vrijheid van de rechter om een toewijsbare vordering die ziet op naleving van een rechtsplicht, toch af te wijzen, doet daaraan afbreuk. Dat aspect weegt voor mij het zwaarst, hoewel ik onder ogen zie dat de partij die op grond van een vonnis in kort geding handelt, bedrogen kan uitkomen indien in een latere bodemprocedure, waarin de feiten bindend worden vastgesteld en ruimte is voor bewijslevering, anders wordt geoordeeld.

588. De vrijheid voor de voorzieningenrechter om een belangenafweging te maken houdt, als gezegd, verband met het feit dat hij de rechtspositie van partijen niet dwingend vaststelt. Als het echter dat voorlopige karakter is dat ertoe dwingt om de voorzieningenrechter meer ruimte of vrijheid te geven dan de bodemrechter, is het niet zonder meer logisch dat die vrijheid wordt gezocht in een te maken afweging van belangen in de remediefase. Die vrijheid zou dan immers veeleer moeten bestaan in de fase waar de verplichtingen van partijen worden vastgesteld. Daar bestaat die vrijheid feitelijk ook al. De voorzieningenrechter is niet gebonden aan de regels van bewijsrecht en kan in grote vrijheid aan de hand van het naar zijn aard soms oppervlakkige partijdebat in kort geding, vaststellen of er bepaalde rechtsplichten bestaan voor partijen.⁸²⁵ Als die rechtsplichten in kort geding niet komen vast te staan, is de kous af. Maar als de voorzieningenrechter eenmaal vaststelt dat het bestaan van die rechtsplichten voldoende aannemelijk is, dwingt het voorlopig karakter van die vaststelling niet tot een nadere belangenafweging. Dat voorlopig karakter en de onzekerheid die dat meebrengt, is al verdisconteerd in het beslissingsproces dat leidt tot vaststelling van de rechtsplicht.

⁸²¹ Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 254 Rv, aant. 5. Ook Snijders, Klaassen & Meijer 2011/339.

⁸²² Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/135.

⁸²³ Zij het dat het karakter van de kort-geding procedure voor de eiser ook voordelen kan hebben. In kort geding worden bijvoorbeeld minder eisen gesteld aan het te leveren bewijs.

⁸²⁴ Dat karakter van het kort geding komt ook goed naar voren in de extra eisen die worden gesteld aan een geldvordering in kort geding. Zie HR 29 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4992, *NJ* 1986/84, m.nt. W.L. Haardt (*M'Barek/Van der Vloodt*).

⁸²⁵ Nader hierover Van der Helm 2019/64 e.v.

Als de rechter voldoende zekerheid vindt om die rechtsplicht vast te stellen, is de volgende logische stap om de nakoming daarvan te verzekeren.

589. Het is de vraag of de Hoge Raad in het *Euromedica/Merck*-arrest iets anders heeft bedoeld dan dit.⁸²⁶ De belangenafweging die de Hoge Raad voorschrijft ziet enerzijds op het voorlopig karakter van het rechterlijk oordeel in kort geding en de ingrijpendheid van de gevolgen van een eventueel verbod en anderzijds op de schade die ontstaat indien een verbod uitblijft. Maar daar voegde de Hoge Raad aan toe dat ‘zo de kort geding rechter de gedragingen onrechtmatig oordeelt, in de regel toewijzing van het gevorderde verbod voor de hand’ ligt, zij het dat de rechter van een verbod kan afzien in verband met zijn oordeel dat aan de belangen van eiser voorlopig voldoende op andere wijze is of kan worden tegemoet gekomen. Nadat een (dreigende) schending van een rechtsplicht is vastgesteld, staat het afdwingen van die rechtsplicht dus ook in kort geding voorop. Dat een afweging van belangen dan tot een andere uitkomst leidt, zal een uitzondering moeten zijn. Weliswaar noemt de Hoge Raad als *voorbeeld* de situatie dat aan de belangen van eiser voorlopig voldoende op andere wijze is of kan worden tegemoet gekomen, maar dat zal in de regel de meest belangrijke situatie zijn en ook vrijwel de enige situatie waarin het gerechtvaardigd is om op grond van een belangenafweging af te zien van een bevel of verbod dat tot naleving van een rechtsplicht strekt.

590. Voor die opvatting zijn ook aanwijzingen te vinden in het arrest van 15 april 2005 zelf, waarin de Hoge Raad weliswaar aangeeft dat de rechter in kort geding aan belangenafweging moet maken, maar waarin hij voorop stelt dat dit zal moeten gebeuren ‘onverminderd het bepaalde in art. 3:296 BW, dat in kort geding evenwel toepassing mist.’ Enerzijds wordt met deze overweging het dwingende kader van artikel 3:296 BW voorop gesteld, maar vervolgens wordt overwogen dat dit artikel in kort geding toepassing mist en daarna wordt uiteen gezet dat de rechter (toch of dus) een belangenafweging kan maken. De verwijzing naar artikel 3:296 BW maakt het belang van het artikel duidelijk. Hoewel mijns inziens niet juist is dat artikel 3:296 BW in kort geding geheel toepassing mist, geldt dat zeker niet voor de achtergrond van artikel 3:296 BW. Het kort geding ontleent, zoals ik hiervoor ook al opmerkte, zijn bestaansrecht aan de mogelijkheid tot preventief ingrijpen. De conclusie dat artikel 3:296 BW in kort geding toepassing mist, is dan ook eigenlijk alleen aanvaardbaar indien die conclusie wordt gebaseerd op het gegeven dat in kort geding een zekere belangenafweging moet plaatsvinden die tot afwijzing van een vordering kan leiden.⁸²⁷ Dat rechtsplichten moeten worden nagekomen en kunnen worden afgedwongen, is in kort geding niet anders. De in artikel 254 Rv ruim omschreven bevoegdheid van de voorzieningenrechter onderstreept dat. Het oordeel van de Hoge Raad dat artikel 3:296 BW in kort geding toepassing mist, is in algemene zin dan ook te ruim geformuleerd. Het moet veeleer zo worden begrepen dat het verbod om bij een toewijsbare vordering een nadere belangenafweging te maken in kort geding niet geldt en dat een toewijsbare vordering op grond van een belangenafweging toch kan worden afgewezen. Het volledig buiten toepassing verklaren van artikel 3:296 BW – dat uiteindelijk toch de grondslag biedt voor het afdwingen van rechtsplichten (zie het arrest *Thuis kopie/Heldt*⁸²⁸) – is daarvoor niet nodig en ook niet helemaal juist. Dat blijkt ook uit het volgende. Artikel 3:296 BW verplicht de rechter niet alleen om een vordering die voor toewijzing in aanmerking komt, toe te wijzen, maar met het gebruik van het woord ‘daartoe’ verbiedt het de rechter ook om méér toe te wijzen dan nakoming van de rechtsplicht (hierover paragraaf 7.4).⁸²⁹ Artikel 254 Rv geeft de voorzieningenrechter een vrij ruime bevoegdheid, maar die bevoegdheid gaat niet zo ver dat hij iemand kan verplichten iets te doen waartoe hij op grond van de wet niet verplicht is. De congruentie-eis geldt daarom ook in kort geding

⁸²⁶ HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5238, NJ 2006/55, m.nt. Ch. Gielen (*Euromedica/Merck*).

⁸²⁷ In gelijke zin: Nuninga 2022, p. 53 e.v.; Zie ook Van Nispen 2019/20.

⁸²⁸ HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1703, NJ 2011/373 (*Thuis kopie/Heldt*), waarin de Hoge Raad artikel 3:296 BW aanwijst als grondslag voor een in kort geding gegeven verbod (rov. 3.6.3).

⁸²⁹ Hierover ook Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/21. Boonekamp leidt uit het arrest *Euromedica/Merck* af dat artikel 3:296 BW in kort geding niet geldt (136), maar zoekt terecht in dat artikel ook de grondslag voor een (nakomings)vordering in kort geding (46, 147 en 152). Zie ook Nuninga 2022, p. 54.

(zie paragraaf 10.3.5) en het bepaalde in artikel 3:296 BW is in zoverre dus ook op het kort geding van toepassing. Het artikel biedt bovendien een algemene grondslag voor een te geven bevel of verbod en niet goed is in te zien waarom het die functie in kort geding niet zou vervullen.

591. Opmerking verdient verder dat de belangenafweging in kort geding waarover ik tot dusverre sprak, een andere is dan de belangenafweging die ook moet worden gemaakt in het kader van het spoedeisend belang. Denk bijvoorbeeld aan de dakkapel die in strijd met het burennrecht is gebouwd: ook wanneer die bouw is voltooid kan er een spoedeisend belang bestaan bij de vordering tot afbraak, zodat de eiser in het kort geding ontvankelijk is. Omdat die afbraak echter tamelijk ingrijpend is zullen er goede redenen moeten worden aangevoerd waarom voor die afbraak niet een bodemprocedure kan worden afgewacht. De voorzieningenrechter kan daar, ook als hij aanneemt dat de dakkapel in strijd met het burennrecht is gebouwd en dat afbraak aangewezen is, dus een afweging van belangen maken die tot afwijzing van de vordering in kort geding leidt. Die belangenafweging doet niet af aan het uitgangspunt dat rechtsplichten moeten worden nageleefd, maar bevriest slechts de situatie om nog verdere schade en kapitaalvernietiging te voorkomen en is een toepassing van de eis van spoedeisendheid.⁸³⁰

592. Er is een belangrijke reden om de te maken belangenafweging niet te ruim toe te passen. Bij de bespreking van de Unierechtelijke vereisten die aan remedies kunnen worden gesteld, heb ik uiteengezet dat het kunnen treffen van voorlopige maatregelen een vereiste kan zijn om de werking van het Unierecht te verzekeren. De nationale rechter dient de mogelijkheid te hebben al het nodige te doen om toepassing te onthouden aan de nationale wettelijke bepalingen die de volle werking van de gemeenschapsregels zouden kunnen verhinderen en die hem belemmeren om een voorlopige voorziening te treffen.⁸³¹ De rechter dient de mogelijkheid te hebben voorlopige maatregelen te gelasten ter verzekering van de volle werking van de uitspraak die moet worden gedaan over het bestaan van de rechten waarop krachtens het gemeenschapsrecht een beroep wordt gedaan.⁸³² En ook bij schending van regels uit het EVRM dient de rechter de bevoegdheid te hebben die schending te beëindigen of te voorkomen.⁸³³ Het bestaan van een bevoegdheid om een belangenafweging te maken staat op zichzelf hieraan niet in de weg. De rechter die een (dreigende) schending van het Unierecht of een schending van het EVRM vaststelt hoeft immers de belangen vervolgens niet aldus af te wegen dat die schending *niet* wordt voorkomen of beëindigd. Een dergelijke uitkomst van een belangenafweging laat zich ook niet zo goed denken. In zoverre is er niets aan de hand. Maar een belangenafweging die ertoe leidt dat een schending van het Unierecht of het EVRM niet wordt beëindigd is veelal niet goed te verenigen met het karakter van die rechten. De in het *Huggies*-arrest voorgeschreven belangenafweging laat zich in dergelijke situaties dus niet goed toepassen.

10.2.5 Discretionaire bevoegdheid, proportionaliteit en preventie

593. De tussenconclusie met betrekking tot de vrijheid van de rechter is dat die vrijheid niet de vorm heeft aangenomen van een discretionaire vrijheid die meebrengt dat een toewijsbare vordering op grond van een open afweging van belangen toch niet wordt toegewezen. In zekere zin is dat maar goed ook. Rechtsplichten zijn er immers om nageleefd te worden. De rechter die dat uit het oog verliest doet een eisende partij te kort en doet afbreuk aan het uitgangspunt dat een remedie effectief en afschrikkend moet zijn. Slechts in uitzonderingsgevallen dient er ruimte te zijn om van dit uitgangspunt af te wijken. Dat geldt niet alleen ten aanzien van rechten die alleen uit het nationale recht voortvloeien, maar evengoed ten aanzien van rechten die uit het supranationale recht voortvloeien (en die een bepaalde eiser een rechtstreekse aanspraak verlenen). In die gevallen volgt dat ook uit de aard van de rechten: een belangenafweging ten aanzien van de naleving van mensenrechten

⁸³⁰ Zie over de belangenafweging in het kader van de spoedeisendheid Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/66.

⁸³¹ Prechal & Widdershoven 2011, p. 41. Brüggemeier 2018, p. 121.

⁸³² HvJ 13 maart 2007, zaak C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 (*Unibet*), par. 67.

⁸³³ Zie paragraaf 4.3.

is niet goed denkbaar.⁸³⁴ En ook bij de toepassing van Unierechtelijke bepalingen zal het maken van een belangenafweging zich in sommige gevallen niet goed verhouden tot de rechten die in het spel zijn: wanneer eenmaal is vastgesteld dat een beding oneerlijk is, zal het zonder verdere belangenafweging buiten toepassing moeten worden gelaten en is een verdere afweging van het belang van een gebruiker tegenover het belang van een consument niet aan de orde. Maar ik heb hiervoor ook aangestipt dat de Rechtsbeschermingsrichtlijnen voor aanbestedingen juist toestaan dat rekening wordt gehouden met de vermoedelijke gevolgen van voorlopige maatregelen voor alle belangen die kunnen worden geschaad, alsmede met het openbaar belang, en dat besloten kan worden de remedies niet toe te staan wanneer hun negatieve gevolgen groter zouden zijn dan hun voordelen.⁸³⁵ De Unierechtelijke bepalingen staan daar dus niet in de weg aan het maken van een nadere belangenafweging.

594. Tegenover het uitgangspunt dat rechtsplichten moeten worden nagekomen staat dat een remedie niet disproportioneel mag zijn. Dat uitgangspunt dwingt juist tot maatwerk. Maar proportionaliteit vereist niet noodzakelijkerwijs een open afweging van belangen. Proportionaliteit vereist een remedie die niet zwaarder is dan nodig om een rechtsschending te herstellen. Die proportionaliteit is ook zonder discretionaire bevoegdheid te bereiken. Wie aanstuurt op een disproportionele remedie zal al snel misbruik van recht maken. En een nakomingsvordering die tot een disproportioneel gevolg leidt, zal al snel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Aan de (ook Unierechtelijke) eis dat een remedie proportioneel moet zijn, kan met gebruikmaking van de nationale mechanismen voldaan worden.

595. Wanneer de nadruk wordt gelegd op de noodzaak van een preventieve remedie, is het ontbreken van een discretionaire bevoegdheid van de rechter een zegen. Als de rechter geen afweging van belangen kan maken zal een dreigende schending van een rechtsplicht immers altijd kunnen worden voorkomen. Omdat juist een dreigende schending van een rechtsplicht veelal in kort geding aan de orde moet worden gesteld, is daar juist een zekere vrijheid van de rechter voorhanden.

596. In de praktijk zal een evenwicht moeten worden gevonden tussen de verschillende uitgangspunten. Rechtsplichten moeten worden nageleefd en die naleving moet kunnen worden afgedwongen. Tegelijkertijd mag dat niet tot een disproportioneel gevolg leiden. Die evenwichtsoefening is met de voorhanden zijnde mechanismen in Nederland goed uit te voeren.

10.2.6 Discretionaire bevoegdheid in België?

597. Bij beantwoording van de vraag of de rechter in België (wel) een discretionaire bevoegdheid heeft om een toewijsbare vordering toch niet toe te wijzen op grond van een belangenafweging, maak ik een onderscheid tussen de vordering die strekt tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst en de vordering die strekt tot nakoming van een andere rechtsplicht.

598. Ten aanzien van *verbintenissen uit overeenkomst* geldt het volgende. Ik heb hiervoor (paragraaf 7.11) omschreven dat in België de nakoming in natura de primaire remedie is. Artikel 1134 lid 1 BW (België) bepaalt dat overeenkomsten die wettig zijn aangegaan, partijen tot wet strekken.⁸³⁶ Niet alleen partijen zijn daaraan gebonden, ook de rechter is gebonden aan hetgeen partijen zijn overeengekomen. Hij mag, met andere woorden de overeenkomst niet aanpassen.⁸³⁷ De rechter moet bovendien aan een overeenkomst de gevolgen verbinden die partijen zelf hebben gewild.⁸³⁸ Aan de

⁸³⁴ Tenzij het betreffende recht daarin zelf voorziet. Denk aan de beperkingen van het recht op eigendom, dat in het Eerste Protocol bij het EVRM wordt beschermd. De vraag wanneer er sprake is van een disproportionele last vereist de weging van allerlei factoren.

⁸³⁵ Artikel 2 lid 5 Richtlijn klassieke sectoren en artikel 2 lid 4 Richtlijn nutssectoren.

⁸³⁶ Vansweevelt & Weyts 2019/207.

⁸³⁷ Vgl. Hof van Cassatie 16 april 2015, *Arr.Cass.* 2015/254.

⁸³⁸ Stijns 2005/53. De Rey wijst er overigens terecht op dat aan dit uitgangspunt afbreuk wordt gedaan indien de rechter herstel in natura toewijst in plaats van nakoming in natura. Er wordt dan immers iets toegewezen wat niet is overeengekomen. De Rey 2019.

sanctie van uitvoering in natura komt bovendien voorrang toe boven andere sancties en de schuldeiser kan steeds uitvoering in natura vorderen, tenzij die uitvoering onmogelijk is, misbruik van recht zou opleveren of tot dwang in de persoon zou leiden.⁸³⁹ Dat alles impliceert dat de rechter die wordt geconfronteerd met een vordering tot nakoming, die vordering in beginsel zal moeten toewijzen. Stijns omschrijft het zo dat ‘noch de rechter, noch de schuldeiser een keuze (hebben) in de vorm van gedwongen uitvoering.’⁸⁴⁰ Die gebondenheid van de rechter blijkt onder meer uit een arrest van het Hof van Cassatie van 14 april 1994.⁸⁴¹ In die zaak had de eiseres veroordeling gevorderd tot uitvoering van een aantal werken en machtiging om die werken zo nodig zelf uit te voeren. Die vordering was afgewezen, en schadevergoeding was toegewezen op een aantal gronden, maar niet op de grond dat de uitvoering in natura onmogelijk was. Het Hof van Cassatie stelde voorop dat uitvoering in natura de normale wijze van gedwongen uitvoering is en dat alleen als die uitvoering niet meer mogelijk is, uitvoering ‘door het gelijkwaardige’ moet geschieden. De vernietigde beslissing had die onmogelijkheid niet vastgesteld en kon daarom niet door de beugel.⁸⁴² Dat oordeel impliceert een gebondenheid van de rechter om de uitvoering in natura toe te wijzen als die is gevorderd en mogelijk is.

599. In artikel 5.84 van het Wetsvoorstel verbintenissenrecht is opgenomen dat de schuldeiser de uitvoering in natura van de verbintenis kan eisen overeenkomstig de artikelen 5.234 tot 5.236. Het artikel is niet zo dwingend geformuleerd als ons artikel 3:296 BW en omschrijft in het bijzonder niet de rol van de rechter. Ook in de toelichting op artikel 5.84 gebeurt dat niet.⁸⁴³ In de toelichting op artikel 5.234 wordt evenmin ingegaan op de rol van de rechter, maar is wel neergelegd dat het artikel het recht van iedere schuldeiser op uitvoering in natura bevestigt. Daaraan is toegevoegd dat die schuldeiser steeds de uitvoering in natura kan vorderen, tenzij dit onmogelijk of abusief zou zijn.⁸⁴⁴ Die nadruk op het recht op uitvoering in natura impliceert onverminderd de gehoudenheid van de rechter om een daartoe strekkende vordering in beginsel toe te wijzen en is dus een voortzetting van de hiervoor omschreven situatie.

600. Ten aanzien van de *buitencontractuele aansprakelijkheid* is opvallend dat artikel 5.188 van het Voorontwerp de rechter nadrukkelijk een bevoegdheid geeft om een bevel of verbod uit te spreken (de rechter *kan* een bevel of verbod opleggen). In de toelichting is die keuze niet toegelicht.⁸⁴⁵ Er wordt opgemerkt dat de rechter *de mogelijkheid* krijgt om een bevel of verbod uit te spreken. De keuze voor die bewoordingen maakt duidelijk dat de rechter daadwerkelijk een discretionaire bevoegdheid heeft om al dan niet een bevel of verbod uit te spreken. Met de bewoordingen dat de rechter een bevel of verbod *kan* opleggen sluit het artikel aan bij de overwegingen van het Hof van Cassatie in het eerder besproken arrest van 26 juni 1980.⁸⁴⁶

601. In hetzelfde arrest overwoog het Hof van Cassatie echter ook dat het slachtoffer van een onrechtmatige daad het recht heeft herstel in natura te vorderen.⁸⁴⁷ Dat slachtoffer hoeft, met andere woorden, geen genoegen te nemen met schadevergoeding (in geld). Bocken verbindt daaraan een verplichting voor de rechter: ‘de rechter kan het (slachtoffer-*JH*) niet verplichten genoegen te nemen

⁸³⁹ Henskens 2019/569. Van Gerven & Covemaeker 2006, p. 183. Stijns 2005/243.

⁸⁴⁰ Stijns 2005/243.

⁸⁴¹ Hof van Cassatie 14 april 1994, *Arr.Cass.* 1994/179.

⁸⁴² Zie voorts Hof van Cassatie 30 januari 2003, *Arr.Cass.* 2003/69.

⁸⁴³ Pagina 94.

⁸⁴⁴ P. 268/269.

⁸⁴⁵ P. 216 e.v.

⁸⁴⁶ Zie par. 6.5. Hof van Cassatie 26 juni 1980, nr. 686, *Arr.Cass.* 1980, p. 1365.

⁸⁴⁷ Merk op dat herstel in natura iets anders is dan uitvoering in natura. Herstel in natura vindt plaats in de fase van schadevergoeding.

met een geldelijke vergoeding voor het geleden verlies.⁸⁴⁸ Daarmee wordt voor de rechter een gehoudenheid aanvaard die vergelijkbaar is met de hiervoor beschreven gehoudenheid bij de nakoming van verbintenissen. Artikel 5.188 van het Voorontwerp brengt dat echter niet met zoveel woorden tot uitdrukking. De situatie met betrekking tot buitencontractuele verplichtingen lijkt op dit punt dus te verschillen met de Nederlandse situatie.

10.3 *Het petitum*

10.3.1 *Gebondenheid aan het petitum*

602. Artikel 23 Rv bepaalt dat de rechter beslist over al hetgeen partijen hebben gevorderd of verzocht. Daarmee brengt het artikel niet alleen tot uitdrukking dat partijen er recht op hebben dat op (al) hun vorderingen wordt beslist, maar ook dat de rechter slechts mag beslissen op hetgeen gevorderd is.⁸⁴⁹ Hij mag, met andere woorden en behoudens uitzonderingen, niet méér toewijzen dan gevorderd.⁸⁵⁰ De formulering van het petitum of een eventueel later gewijzigde eis, dient ook om die reden met zorg te gebeuren. In artikel 111 lid 2 onder d Rv is thans neergelegd dat de dagvaarding de eis en de gronden daarvan moet bevatten. De strekking van deze bepaling is te waarborgen dat voor de gedaagde voldoende duidelijk is wat er van hem wordt verlangd, zodat hij zich daartegen kan verweren.⁸⁵¹ Artikel 23 Rv waarborgt op die manier ook het beginsel van hoor en wederhoor, dat ook in artikel 6 EVRM is neergelegd.⁸⁵² Volgens de Hoge Raad is niet vereist dat de eis op een bepaalde plaats of in een bepaalde vorm in de dagvaarding wordt opgenomen. Gebruikelijk en logisch is dat het petitum aan het eind van de dagvaarding is opgenomen. Wel is in beginsel vereist dat op een voldoende in het oog springende wijze in de dagvaarding een afzonderlijk en als zodanig herkenbaar petitum voorkomt. Het ontbreken van een petitum is denkbaar, maar alleen als uit het lichaam van de dagvaarding zonder meer duidelijk is tegen welke vordering de gedaagde zich heeft te verweren.⁸⁵³ Het spreekt vanzelf dat een dergelijke werkwijze niet aanbevelenswaardig is.

10.3.2 *Uitleg van het petitum*

603. Een petitum is niet altijd duidelijk en zelfs een duidelijk petitum kan een zekere ruimte voor discussie laten. Een petitum moet dan door de rechter worden uitgelegd. Die uitleg moet plaatsvinden ‘in het licht van de daaraan ten grondslag gelegde stellingen en van het processuele debat, zoals zich dit vervolgens heeft ontwikkeld.’⁸⁵⁴ Verwacht mag worden dat het petitum de gevolgtrekking inhoudt van de stellingen die een partij inneemt. Zonder onderbouwende stellingen heeft het petitum geen bestaansrecht en kan een vordering niet worden toegewezen. Het ligt dus voor de hand om bij onduidelijkheid over het petitum, het petitum uit te leggen op een manier die logisch bij die stellingen aansluit. Maar ook die uitleg kan niet goed plaatsvinden zonder acht te slaan op het partijdebat. Uit het partijdebat blijkt immers hoe een gedaagde het petitum heeft begrepen. Als eiser en gedaagde het petitum op eenzelfde manier begrijpen, zal een rechter het niet op een andere manier mogen uitleggen, in ieder geval niet zonder dat met partijen te bespreken. Als de gedaagde het petitum op een andere manier heeft begrepen dan de eiser het heeft bedoeld, is het uiteindelijk aan de rechter om te bepalen

⁸⁴⁸ Bocken 1980, p. 500. En op pagina 502: ‘behoudens rechtsmisbruik of onmogelijkheid van meer efficiënte maatregelen, moet het slachtoffer zich niet tevreden stellen met het ersatz van en geldsom.’

⁸⁴⁹ Dit is in België niet anders, zie bijvoorbeeld Hof van Cassatie 10 februari 2022, nr. C.20.0373.N.

⁸⁵⁰ De rechter mag een hogere dwangsom opleggen dan gevorderd, zie BenGH 17 december 1992, NJ 1993/545, m.nt. H.J. Snijders. De dwangsom moet vanzelfsprekend wel gevorderd worden. De rechter mag een zaak ook, zonder dat dit gevorderd is, verwijzen naar de schadestaatprocedure.

⁸⁵¹ HR 15 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0413, NJ 1992/724, rov. 3.3, m.nt. H.J. Snijders (Boogaard/NVPI).

⁸⁵² Ancery 2012/206.

⁸⁵³ HR 15 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0413, NJ 1992/724, rov. 3.3. m.nt. H.J. Snijders (Boogaard/NVPI).

⁸⁵⁴ HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5010, NJ 2006/443, rov. 3.5, m.nt. G. van Solinge (Laurus/UB Holding). Vgl. ook HR 20 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1838, RvdW 2020/1238.

hoe de gedaagde het petitum had behoren te begrijpen.⁸⁵⁵ Daarbij mag de eiser niet erdoor verrast worden dat de rechter een standpunt dat, of een vordering die, voldoende kenbaar was voor de wederpartij buiten beschouwing laat. Anderzijds mag de rechter geen standpunten in de gedingstukken lezen die voor de wederpartij niet voldoende kenbaar waren en waartegen hij zich dus niet heeft kunnen verweren.⁸⁵⁶ Die uitleg is overigens van feitelijke aard en kan in cassatie niet op juistheid, maar slechts op begrijpelijkheid worden onderzocht.⁸⁵⁷ De ondergrens is steeds dat het toewijzen van méér of anders dan gevorderd, streng verboden is.⁸⁵⁸

604. Een illustratief voorbeeld van de toepassing van deze regels is te vinden in een arrest van de Hoge Raad van 24 januari 2014.⁸⁵⁹ In eerste aanleg was als oorspronkelijke eis geformuleerd de vernietiging van een koopovereenkomst (wegens kortweg het paulianeuze karakter daarvan). Bij repliek is de vordering gewijzigd in die zin dat gevorderd werd de vernietiging van ‘de rechtshandelingen bestaande in het recht van koop, de eerste aanvulling recht tot koop, de tweede aanvulling recht tot koop en de koopovereenkomst.’ Nadat de rechtbank de vorderingen had afgewezen, vorderde de eiser in hoger beroep, zowel in de appeldagvaarding als in de memorie van grieven, de vernietiging van de koopovereenkomst. Het hof oordeelde dat daarmee de gewijzigde eis, die dus ook strekte tot vernietiging van een aantal andere rechtshandelingen, van tafel was. De daartegen gerichte cassatieklacht slaagt echter: de oorspronkelijk eiser heeft in zijn memorie van grieven aangegeven dat het samenstel van rechtshandelingen als één geheel moest worden gezien en heeft nadrukkelijk zijn in eerste aanleg ingenomen stellingen gehandhaafd. De uitleg van de gedingstukken liet daarom in de ogen van de Hoge Raad geen andere conclusie toe dan dat niet alleen van de koopovereenkomst, maar ook van de overige rechtshandelingen de vernietiging werd gevorderd. Daarbij werd in aanmerking genomen dat de geïntimeerde de vordering ook zo had begrepen.

605. Het arrest onderstreept dat een petitum niet mag worden gezien als op zichzelf staand, maar in het licht van de stellingen van partijen moet worden begrepen en in het licht van de manier waarop de wederpartij het petitum heeft begrepen. Dat laatste is belangrijk omdat de eis dat een duidelijk petitum moet zijn geformuleerd strekt tot bescherming van de wederpartij, die moet weten waartegen hij zich moet verweren.

606. Die mogelijkheid om een petitum uit te leggen geeft de rechter binnen deze grenzen een zekere vrijheid om de maatregel te treffen die aansluit bij de juridische situatie die hem is voorgelegd. Die vrijheid is echter beperkt omdat de vrijheid om een petitum uit te leggen niet afdoet aan de gebondenheid aan het petitum als uitgangspunt. Een helder geformuleerd petitum zal door een te vrije uitleg al snel gedenatureerd worden en daar dient de rechter, ook in het belang van de wederpartij, voor te waken.

10.3.3 Toewijzing van het mindere

607. De rechter mag wel, binnen de grenzen van het petitum, minder toewijzen dan gevorderd.⁸⁶⁰ Ook ‘iets anders’ dan gevorderd is dus toegestaan, mits het is te beschouwen als het mindere van hetgeen gevorderd is. Het al vaak genoemde *kraaiende hanen*- arrest van de Hoge Raad illustreert dit

⁸⁵⁵ En om de gedaagde in voorkomend geval in de gelegenheid te stellen op het aldus te begrijpen petitum te reageren indien hij daartoe onvoldoende in de gelegenheid is geweest. Alternatief is natuurlijk om de vordering af te wijzen. Vgl. Hof Den Haag 21 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ2153.

⁸⁵⁶ Vgl. G.C.C. Lewin in zijn noot onder HR 27 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1557, *JBPR* 2014/39.

⁸⁵⁷ Bijvoorbeeld HR 27 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1557, *JBPR* 2014/39.

⁸⁵⁸ Bijvoorbeeld HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:249, *RvdW* 2015/261.

⁸⁵⁹ HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:151, *JBPR* 2014/27, m.nt. G.C.C. Lewin.

⁸⁶⁰ Hierover nader: Ahsmann 2020, p. 257-258.

omdat de Hoge Raad daarin overwoog dat de rechter een minder verstrekkende voorziening zal moeten toewijzen als die besloten ligt in het gevorderde.⁸⁶¹

608. Het komt daarbij aan op de vraag of in hetgeen gevorderd is ook een vordering tot het treffen van die minder verstrekkende voorziening besloten ligt. Beantwoording van die vraag vereist uitleg van het petitum en met name ook een onderzoek naar de vraag of de wil van de eiser er mede toe strekt dat, indien het meerdere niet kan worden toegewezen, het mindere wordt toegewezen. Dat onderzoek dient zich vanzelfsprekend ook uit te strekken tot de vraag of die wil van eiser kenbaar was voor gedaagde.

609. Bij schadevorderingen ligt de bevoegdheid om het mindere toe te wijzen besloten in artikel 6:97 BW waaruit volgt dat de rechter de schade begroot. Het ligt bij geldvorderingen bovendien erg voor de hand om aan te nemen dat een eiser die geen aanspraak kan maken op het gevorderde bedrag, toewijzing van een lager bedrag prefereert boven een afwijzing van de vordering.⁸⁶² Met betrekking tot een geldlening die tot een lager bedrag dan gevorderd wordt erkend, is aangenomen dat de rechter er vanuit mag gaan dat in de vordering tot een bepaald bedrag besloten ligt een vordering tot een lager bedrag voor het geval het gevorderde hogere bedrag niet kan worden toegewezen.⁸⁶³

610. Ook bij andere vorderingen ligt het in algemene zin voor de hand om aan te nemen dat een eiser ook aanspraak maakt op het mindere. De vraag is wel steeds wat kan worden beschouwd als ‘het mindere’. Die vraag is nogal feitelijk van aard en dus niet in algemene zin te beantwoorden.

611. In de zaak over de *kraaiende hanen* heeft het hof heeft de vordering strekkende tot het bevel en verbod om geen hanen meer te houden niet toewijsbaar geoordeeld omdat het die vordering te vergaand vond. Daartoe overwoog het hof dat niet valt uit te sluiten dat door het treffen van nadere voorzieningen in voldoende mate de overlast zou kunnen worden bestreden. Een veroordeling tot het treffen van ‘nadere voorzieningen’ sprak het hof echter niet uit omdat die vordering niet was ingesteld. Dat oordeel was volgens de Hoge Raad onbegrijpelijk. De vordering die strekte tot het verbieden van hanen en kippen omvatte dus ook de vordering die strekte tot het treffen van maatregelen om de overlast te verminderen. Het vereist de nodige creativiteit van de rechter om zo’n vordering – die ook nog tamelijk onbepaald is en om die reden niet eenvoudig toewijsbaar is – in de algemene verbodsvordering in te lezen. Om die reden is het ook de vraag of het juist is om dit van de rechter te verlangen. Als een partij zelf niet kan aandragen waaruit de ‘nadere voorzieningen’ bestaan, zal een rechter dat in de regel ook niet kunnen. Maar als steeds geldt ook hier dat het erg afhankelijk is van de omstandigheden van het geval.

612. In veel gevallen is minder creativiteit nodig om te oordelen dat sprake is van ‘het mindere’. Een gevorderd verbod om zich ‘binnen de gemeentegrenzen van Leiden te begeven’ is in voorkomend geval wellicht te verstrekkend, maar het verbod om zich te begeven in de straat waar eiser woont, zal als het mindere mogelijk wel toewijsbaar zijn.

613. Minstens zo belangrijk als de wens van de eiser om een minder verstrekkende vordering toegewezen te krijgen is vanzelfsprekend dat de gedaagde de vordering ook zo heeft moeten begrijpen dat, indien het gevorderde niet wordt toegewezen, het mindere ook gewenst is. Zonder dat begrip zal de gedaagde zich immers niet tegen die vordering hebben behoeven te verweren en zal hij dat ook niet hebben gedaan.⁸⁶⁴ Het gaat wat mij betreft daarom te ver om aan te nemen dat een vordering die ertoe strekt dat de rechter toewijst ‘wat hij vermeent te behoren’ in algemene zin toelaatbaar is te achten als

⁸⁶¹ HR 29 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1116, NJ 1994/107 (*kraaiende hanen*).

⁸⁶² Ekelmans 2015/2.1.6.

⁸⁶³ HR 5 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1945, NJ 1996/449, m.nt. H.E. Ras.

⁸⁶⁴ Zie in dit verband HR 14 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO3864, NJ 2005/247, m.nt. H.J. Snijders. Als de gedaagde overigens dat verweer wel heeft gevoerd, bevestigt dit dat hij de vordering zo heeft begrepen dat deze ook toewijzing van het mindere omvat.

grondslag voor een toewijzing. De gedaagde zal in de regel immers niet weten wat de rechter ‘vermeent te behoren’ en daarover zal dus ook geen nuttig debat zijn gevoerd. Specificatie van zo’n vordering ter zitting aan de hand van het debat zal veelal wel tot de mogelijkheden behoren. Het is niet de taak van de rechter – noch heeft hij die vrijheid – om zelf een toe te wijzen vordering te bedenken.

614. Daar komt bij dat de rechter op grond van artikel 24 Rv over een vordering oordeelt op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten gronde hebben gelegd. De feitelijke grondslag voor het gevorderde en het mindere moet dus wel dezelfde zijn. Als dat niet het geval is, zal om tot een toewijzing te kunnen komen, op grond van het partijdebat moeten kunnen worden aangenomen dat de eiser moet worden geacht ook een onderzoek naar toewijzing van de vordering op een andere feitelijke grondslag te hebben gewild.⁸⁶⁵ Dan is strikt genomen niet sprake van toewijzing van het mindere, maar toewijzing van een andere vordering. Ook die wens zal vanzelfsprekend voor de gedaagde kenbaar moeten zijn geweest.

10.3.4 Toewijzing van iets anders dan gevorderd

615. Toewijzing van iets anders dan gevorderd is dus niet mogelijk tenzij dat andere het mindere is van het gevorderde. Wanneer gevorderd is een verbod om zich te bevinden in de Breestraat te Leiden, kan dus geen veroordeling worden uitgesproken die ertoe strekt dat de gedaagde wordt verboden zich ook in de Breestraat te Haarlem te bevinden, wel een verbod om zich ter hoogte van het (in de Breestraat gelegen) stadhuis in Leiden te bevinden.

616. Problemen kunnen ontstaan wanneer een kort geding te laat komt en de voorzieningenrechter zich gesteld ziet voor een voldongen feit. Die situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen bij geplande ontruiming van (huur)woningen of bij burengeschillen. Denk aan het geval waarin de ene buur een verbod tegen de andere buur vordert om de oude eik op de erfgrans om te zagen. Indien die eik ten tijde van het kort geding al is omgezaagd is er voor de voorzieningenrechter niet zoveel meer aan te doen. En ook een ontruiming die na een afwijzend vonnis in een executiegeschil in eerste aanleg hangende het hoger beroep plaatsvindt kan door het hof niet meer worden verboden. Een door de rechter zelf bedachte ordemaatregel die ertoe strekt een nieuwe eik te planten of een andere woning ter beschikking te stellen is mijns inziens typisch toewijzing van iets anders dan gevorderd, en dus verboden.

617. De Hoge Raad oordeelde echter in een arrest van 14 februari 1947 dat de rechter in de situatie waarin de ontruiming al had plaatsgevonden en het kort geding dus te laat kwam, de vrijheid heeft een andere voorziening te treffen die bij de veranderde omstandigheden past. Tot die voorzieningen behoort ook het bevel aan de gedaagde om zich te onthouden van maatregelen die de strekking hebben de ontruiming te handhaven.⁸⁶⁶ Zonder wijziging van eis in hoger beroep lijkt mij dit thans een achterhaald uitgangspunt omdat het belang bij de oorspronkelijke vordering verloren is gegaan. Indien een ontruiming reeds heeft plaatsgevonden bestaat er bij een vordering strekkend tot een verbod daarvan immers geen belang meer en behoeft – en kan – het hof nog slechts beoordelen of de proceskostenveroordeling in eerste aanleg juist is geweest.⁸⁶⁷ Een partij die in hoger beroep iets anders wil vragen kan zijn eis wijzigen, maar het is (daarom) niet aan de rechter om zelf te bedenken welke maatregel bij de gewijzigde omstandigheden nog wel past.

618. Boonekamp ziet dat anders en baseert op dit arrest de conclusie dat de voorzieningenrechter in afwijking van het petitum steeds bevoegd is een zodanige maatregel te treffen als in de omstandigheden van het gegeven geval passend is.⁸⁶⁸ Aan die conclusie legt hij ten grondslag dat in kort geding steeds moet worden beslist en zo nodig moet worden ingegrepen in een actuele situatie

⁸⁶⁵ Zie Brunner in zijn noot onder HR 5 november 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4468, NJ 1984/125.

⁸⁶⁶ HR 14 februari 1947, NJ 1947/155 m.nt. E.M. Meijers.

⁸⁶⁷ Vgl. HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:666, NJ 2016/211.

⁸⁶⁸ Asser Procesrecht / Boonekamp 6 2020/149.

zoals die bij het onderzoek ter zitting blijkt. Maatregelen moeten daarop volgens hem toegesneden kunnen worden. Het zou tekort doen aan de doelmatigheid van het kort geding als de voorzieningenrechter daarbij afhankelijk is van hetgeen precies is gevorderd en een eventuele eiswijziging. Als ondergrens omschrijft hij dat de maatregel blijft binnen het kader van de rechten en belangen waarin eiser vraagt te worden beschermd zoals dat blijkt uit het gevorderde, de stellingen die daartoe betrokken zijn en uit de bespreking ter zitting.

619. Hoewel ik geen voorstander ben van een al te strikte opvatting van artikel 24 Rv., verliest de door Boonekamp voorgestane benadering te veel uit het oog dat partijen de rechtsstrijd bepalen, ook in kort geding. Het is aantrekkelijk om de voorzieningenrechter een ruime vrijheid toe te kennen om die maatregel te treffen die hij wenselijk acht, maar daarbij moet niet uit het oog worden verloren dat een eiser ook in kort geding zijn eis kan wijzigen als hij dat nodig acht. Die bal ligt primair bij partijen en de rechter zal daarbij moeten aansluiten en niet andersom.

620. Ook Snijders, Klaassen & Meijer merken op dat de voorzieningenrechter de voorziening kan treffen die hem binnen het kader van het geschil het ‘meest dienstig’ voor komt.⁸⁶⁹ Zij verwijzen, net als Boonekamp, naar een arrest van het hof Leeuwarden van 7 oktober 1998, maar daar kan niet de zo vergaande conclusie op worden gebaseerd dat de voorzieningenrechter niet gebonden is aan het petitum.⁸⁷⁰ In dat arrest overweegt het hof eerst dat ‘niet méér, maar minder’ is toegewezen dan gevorderd. Aan die overweging wordt toegevoegd dat het de kort-gedingsrechter vrijstaat binnen het raam van het voorgelegde geschil een voorlopige voorziening te treffen welke hem dienstig voorkomt en dat ‘geen rechtsregel de kort-gedingrechter verplicht zich te conformeren aan het door eiser geformuleerde petitum.’ Die overweging kan mijns inziens niet los worden gezien van de voorafgaande overweging dat niet méér, maar minder dan gevorderd is toegewezen. Dat is zonder meer toegestaan, maar dat de voorzieningenrechter in volle vrijheid kan toewijzen wat hem nuttig lijkt, kan daarop niet worden gebaseerd.⁸⁷¹

10.3.5 De congruentie-eis en de vrijheid van de rechter

621. Het bevel en verbod kunnen uitsluitend betrekking hebben op rechtsplichten die geschonden zijn of geschonden dreigen te worden. Aan een partij kan geen bevel of verbod worden opgelegd ten aanzien van handelen dat niet onrechtmatig is. Eerder in dit boek (paragraaf 7.4) noemde ik dat, in navolging van Nuninga, de congruentie-eis.⁸⁷² Die heeft ook in kort geding te gelden. Ook de rechter in kort geding spreekt immers recht en heeft niet een louter ordenende taak.⁸⁷³ Wanneer dat anders zou zijn, zou het sterk afhankelijk van de persoonlijke opvattingen van een voorzieningenrechter kunnen zijn hoe een bepaalde zaak zou aflopen. Er zijn nu juist rechtsregels om het gedrag van partijen te sturen. Dat betekent dat ook in de hiervoor weergegeven (ruime) opvatting van Boonekamp een door de voorzieningenrechter wenselijk geacht bevel of verbod slechts onrechtmatig handelen kan betreffen.

622. Een aan de jurisprudentie ontleend (bekend) voorbeeld maakt de werking van de congruentie-eis duidelijk. Philips hield een gesloten verkooporganisatie in stand waarbij zij al dan niet via groothandels uitsluitend aan door haar erkende ‘grossiers en detaillisten’ producten verkocht. Aan die grossiers en detaillisten legde Philips bovendien minimum verkoopprijzen op, terwijl zij verder bedong dat de producten uitsluitend aan particulieren zouden worden verkocht. Holst was niet (langer) een door Philips erkende verkoper, maar verkocht niettemin producten van Philips en hield zich daarbij ook niet aan de door Philips bepaalde prijzen. Holst verkreeg die producten van verkopers die

⁸⁶⁹ Snijders, Klaassen & Meijer 2017/339.

⁸⁷⁰ Gerechtshof Leeuwarden 7 oktober 1998, ECLI:NL:GHEE:1998:AB9991, NJ 1999/405.

⁸⁷¹ Dit overigens nog daargelaten dat de voorzieningenrechter niet louter ordenend optreedt, maar recht spreekt. Zijn beslissing kan niet los staan van de juridische positie van partijen.

⁸⁷² Nuninga 2018. Zie ook Nuninga 2022, p. 50.

⁸⁷³ In gelijke zin: Asser/Procesrecht/Boonekamp 2020/21, met verdere verwijzingen.

jegens Philips gehouden waren die goederen niet aan Holst te verkopen. Philips vorderde in kort geding een verbod op die handelwijze.

623. De president in kort geding wees de vordering af, maar het hof oordeelde dat het handelen van Holst onrechtmatig was omdat Holst ‘opzettelijk gelegenheid heeft gegeven tot het plegen van vorenomschreven naar haar eigen voorstelling in grote getale gepleegde wanprestaties.’ Holst wist immers dat verkoop aan hem in strijd was met de instructies van Philips aan haar ‘erkende’ afnemers, maar gaf gelegenheid tot wanprestatie door aan die afnemers het doen van aanbiedingen uit te lokken, en vervolgens tot het verkopen van de producten van Philips met een korting. Philips kan daardoor schade lijden en had zodoende belang bij het gevorderde verbod, aldus het hof. De Hoge Raad overwoog evenwel dat het hof niet had geoordeeld over de vraag of het handelen van Holst ook onrechtmatig zou zijn indien hij de goederen niet onder de door Philips vastgestelde prijzen verkocht. Het verbod had dan ook niet tevens die gedragingen mogen omvatten omdat niet was vastgesteld dat die ook onrechtmatig waren.⁸⁷⁴ Het arrest illustreert aldus de samenhang die nodig is tussen de geschonden norm en het uit te spreken verbod.

624. Iets dergelijks deed zich op wat abstracter niveau voor bij de *kernwapen*-zaak. Gevorderd werd, samengevat weergegeven, een verklaring voor recht dat de inzet van kernwapens of betrokkenheid daarbij, onrechtmatig is. Omdat niet door de burgerlijke rechter op voorhand kan worden geoordeeld dat de inzet van kernwapens in *alle* gevallen onrechtmatig zal zijn, maar beantwoording van die vraag afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval, is een gevorderde verklaring voor recht die niet met al die omstandigheden rekening houdt, onvoldoende concreet.⁸⁷⁵ Ook in dat oordeel is terug te lezen dat een veroordelend dictum beperkt moet zijn tot een onrechtmatige gedraging en niet ook de rechtmatige toepassing van – in dit geval – kernwapens mag omvatten. Bij een verklaring voor recht zoals in die zaak aan de orde was, spreekt dat vanzelf, maar bij een rechterlijk bevel en verbod is dat niet anders.

625. De vrijheid van de rechter wordt dus ook door die congruentie-eis beperkt. Wanneer de rechter overweegt iets toe te wijzen dat het mindere is dan gevorderd, moet hij wel nagaan of de grondslag van het gevorderde ook dat mindere dekt en of het bevel of verbod dat wordt uitgesproken niet verder gaat dan de onderliggende rechtsplichten.

10.3.6 Stelselmatigheid van het handelen en de congruentie-eis

626. Het komt voor dat een bepaald handelen pas door een zekere stelselmatigheid onrechtmatig is terwijl een enkele handeling dat niet is. Omdat ik hiervoor uiteen heb gezet dat het rechterlijk bevel of verbod slechts onrechtmatige handelingen mag verbieden kan een bevel of verbod strikt genomen slechts de reeks handelingen betreffen. Het spreekt vanzelf dat dit vanuit het oogpunt van rechtsbescherming onwenselijk is omdat dan pas kan worden ingegrepen nadat schade is geleden.

627. Deze situatie doet zich bijvoorbeeld voor in gevallen van hinder (geur- of geluidsoverlast). De vraag of hinder onrechtmatig is, is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval, waaronder de frequentie waarin de overlast plaatsvindt. De buurman die eenmalig oliebollen bakt in de achtertuin zal in de regel niet onrechtmatig handelen, hoewel de stankoverlast hinderlijk is. Wanneer hij er echter een gewoonte van maakt in de achtertuin bak-activiteiten te ondernemen zal de frequentie van die activiteiten ertoe kunnen leiden dat het handelen toch onrechtmatig wordt. Datzelfde geldt voor een feest dat eenmalig geluidsoverlast veroorzaakt: hinderlijk, maar niet zonder meer onrechtmatig. Vindt de geluidsoverlast wekelijks plaats, dan wordt het anders.

628. Wanneer een eenmalige handeling in een dergelijk geval niet verboden kan worden, wordt ook de reeks van handelingen die wel onrechtmatig is, niet voorkomen. Het is immers moeizaam om een

⁸⁷⁴ HR 27 april 1962, ECLI:NL:HR:1962:121, NJ 1962/254, m.nt. J.H. Beekhuis (*Holst/Philips*).

⁸⁷⁵ HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC369, NJ 2002/217, m.nt. T. Koopmans (*kernwapens*).

gedaagde te verbieden ‘een serie van feesten te geven’ of ‘stelselmatig geuroverlast te veroorzaken.’ Niet alleen is zo’n veroordeling te onbepaald (wanneer is er immers sprake van een ‘serie’ of ‘stelselmatig’?) maar bovendien kan een serie feesten of stelselmatige overlast niet op één moment plaatsvinden, zodat onduidelijk is wanneer in strijd met het verbod wordt gehandeld. Het is in zo’n geval zaak in de overwegingen van de uitspraak duidelijk te maken dat de onrechtmatigheid gelegen is in het (voorgenomen) stelselmatige karakter van de handeling en dat het daarom gerechtvaardigd is ook een enkele handeling te verbieden.

629. In een arrest van 18 mei 1979 heeft de Hoge Raad al in algemene zin geoordeeld dat het is toegestaan een individuele handeling te verbieden ook indien die handeling slechts door een zekere stelselmatigheid onrechtmatig wordt.⁸⁷⁶ De Hoge Raad overwoog dat het *‘dat het voor de effectiviteit van zijn verbod noodzakelijk (kan) zijn, afzonderlijke handelingen welke deel zouden uitmaken van het gevreesde onrechtmatige gedrag, op straffe van een dwangsom te verbieden.’*

630. In een arrest van 9 januari 1981 (waarin de Hoge Raad het gevraagde verbod van hinder ‘welke naar algemeen in het maatschappelijk verkeer aanvaarde normen onaanvaardbaar is’ te algemeen en te vaag oordeelde) heeft de Hoge Raad herhaald dat het juist vanwege de effectiviteit van het verbod noodzakelijk kan zijn en dus toegestaan is afzonderlijke overtredingen op straffe van een dwangsom te verbieden hoewel niet iedere overtreding op zichzelf reeds een voor de omwonenden onaanvaardbare hinder zou opleveren.⁸⁷⁷

631. Deze oordelen van de Hoge Raad zijn terecht. Indien een individuele overtreding niet verboden kan worden, is het bepaald moeizaam een formulering te vinden waarbij het stelselmatig handelen wel wordt verboden. Vanuit het oogpunt van rechtsbescherming zou dat ook onwenselijk zijn. Uiteindelijk zou dan immers een onrechtmatige (reeks van) gedraging(en) niet voorkomen kunnen worden. De Hoge Raad laat de rechter gelukkig dus ook in dat opzicht vrijheid: voor de effectiviteit van het verbod kan het noodzakelijk zijn die afzonderlijke handelingen te verbieden en ook reeds op een enkele overtreding een dwangsom te stellen.

10.3.7 Conclusie ten aanzien van het petitum

632. De gebondenheid aan het petitum bestaat mijns inziens onverkort. Het zijn partijen die de rechtsstrijd bepalen en die bepalen waarover de rechter heeft te beslissen. Een ongelukkig geformuleerd petitum kan door de rechter niet worden gered, tenzij de stellingen van partijen en het verloop van de discussie die ruimte wel bieden. In alle gevallen kan die ruimte slechts worden gevonden indien voor de gedaagde duidelijk was waartegen hij zich heeft te verweren en hij die mogelijkheid ook daadwerkelijk heeft gehad.

633. Die gebondenheid van de rechter aan het petitum raakt de effectiviteit van de remedie niet of nauwelijks. Partijen moeten in staat worden geacht te beoordelen waarvoor zij de remedie nodig hebben en welk gebod of verbod moet worden uitgesproken. Dat geldt niet alleen in een bodemprocedure, maar ook in een kort geding. Indien het petitum onzorgvuldig is geformuleerd en daardoor een op de materiële positie van partijen aansluitend gebod of verbod niet kan worden uitgesproken, raakt dat niet de doeltreffendheid van het middel, maar wordt dat veroorzaakt door het handelen van partijen, meer specifiek de eiser. Door uitleg van het petitum zal waar nodig zoveel mogelijk aansluiting kunnen worden gevonden bij wat de juiste uitkomst is in het licht van de materiële positie van partijen en zal getracht kunnen worden die materiële positie tot uitdrukking te brengen in het dictum. Op dat dictum en de vrijheid die de rechter heeft bij het formuleren daarvan, ga ik nu nader in.

⁸⁷⁶ HR 18 mei 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC6579, NJ 1979/480, m.nt. L. Wichers Hoeth (*Maxis*).

⁸⁷⁷ HR 9 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4127, NJ 1981/227, m.nt. C.J.H. Brunner.

10.4 *Het dictum*

10.4.1 *Inleiding*

634. Hiervoor heb ik beschreven dat de rechter in belangrijke mate gebonden is aan het petitum. Het petitum is het werk van advocaten, waarop de rechter geen invloed heeft. Die betrekkelijk kleine invloed werkt door in het dictum. Het dictum is weliswaar het werk van de rechter, maar moet door de gebondenheid aan het petitum, bij dat petitum aansluiten.

635. In een veroordelend dictum van een uitspraak komt tot uitdrukking wat van de veroordeelde wordt gevergd, met andere woorden, welke handelingen hem worden verboden of tot het verrichten van welke handelingen hem een bevel wordt gegeven. Dat dictum dient daarom bij voorkeur zelfstandig, maar in ieder geval in samenhang met de overwegingen waarop het is gebaseerd, duidelijk en voldoende concreet te zijn. Niet alleen de veroordeelde moet eruit kunnen afleiden wat hij dient te doen of na te laten, maar ook voor de executerende eiser (en de deurwaarder) dient dat duidelijk te zijn.

636. In veel gevallen roept de formulering van een dictum inhoudende een bevel of verbod geen bijzondere vragen op. Het bevel aan de Staat om een veroordeelde in vrijheid te stellen is in de regel eenvoudig na te komen en bij een straatverbod kan een persoon worden verboden zich gedurende een zekere periode in een bepaalde straat te bevinden. Het wordt al moeilijker wanneer dat verbod zich uitstrekt tot bijvoorbeeld een straal van enkele kilometers rondom een straat of wanneer een (rechts)persoon wordt bevolen *alle* op een auteursrecht inbreuk makende gedragingen te staken. Een veroordelend dictum zal in ieder geval aan de volgende drie vereisten moeten voldoen:

1. duidelijk moet zijn *wie* iets moet doen of nalaten;
2. duidelijk moet zijn *wat* er moet worden gedaan of nagelaten;
3. duidelijk moet zijn *wanneer* of *gedurende welke periode* iets moet worden gedaan of nagelaten.

Ik werk deze drie vereisten hieronder uit. Vooral het tweede en het derde vereiste zijn van belang voor de vraag wanneer het bevel en verbod kunnen worden ingezet als effectieve remedies.

10.4.2 *De veroordeelde partij*

637. Als het goed is volgt uit het dictum eenduidig wie iets moet doen of nalaten. Omdat een verbod of bevel *gevorderd* moet worden, kan dit in principe slechts de gedaagde partij zijn, of een of meer van de gedaagde partijen. Dat laat onverlet dat de positie van derden door het bevel of verbod geraakt kan worden. Dat is in het bijzonder het geval indien de veroordeelde de medewerking van derden voor de uitvoering van het verbod of bevel nodig heeft. Dat staat aan het opleggen van een bevel of een verbod aan de gedaagde niet zonder meer in de weg.⁸⁷⁸

638. Voor de effectiviteit van de remedie roept de vraag wie er kan worden veroordeeld geen bijzondere problemen in het leven. Dat een rechterlijk bevel en verbod slechts in een procedure kan worden verkregen is ook geen onoverkomelijk bezwaar, maar slechts het gevolg van het verbod op eigenrichting.

10.4.3 *De veroordeling zelf: wat moet er worden gedaan of nagelaten?*

639. Het dictum dient duidelijk te omschrijven wat er moet worden gedaan of nagelaten. De veroordeling dient aan te sluiten bij de rechtsplicht die is geschonden of dreigt te worden geschonden

⁸⁷⁸ Zie paragraaf 11.2 waarin ik het geval van de onmogelijkheid van onzelfstandige nakoming bespreek.

en dient niet ook rechtmatig verrichte handelingen te raken.⁸⁷⁹ Met het verbod of bevel wordt immers niet een nieuwe verplichting aan een veroordeelde opgelegd. Er wordt slechts uitgesproken waartoe hij al gehouden was. De veroordeling mag dus ook niet verder strekken dan de rechtsplicht die geschonden is of dreigt te worden geschonden.⁸⁸⁰ Het is weliswaar aantrekkelijk om met een ruim omschreven bevel zeker te stellen dat onrechtmatige gedragingen worden voorkomen, maar zo'n bevel belemmert de veroordeelde ook in de rechtmatige uitoefening van zijn rechten. Zo is het vanuit het perspectief van de belaagde zonder meer aantrekkelijk wanneer het de belager wordt verboden zich überhaupt in de woonplaats van de belaagde te bevinden, maar zo'n verbod gaat in de regel toch te ver omdat niet ieder verblijf in die woonplaats onrechtmatig is.

640. Rechtmatig verrichte handelingen dienen dus niet verboden te worden. Het verbod is immers een antwoord op de (dreigende) normschending en dient daarop dus aan te sluiten. Om te komen tot een juist dictum zal de rechter dus specifiek moeten beoordelen welk handelen onrechtmatig is of welk handelen of nalaten de gevreesde wanprestatie tot stand brengt. Een handelen dat slechts onder omstandigheden onrechtmatig is, kan dus ook slechts onder die omstandigheden worden verboden. Het dictum dient dat tot uitdrukking te brengen omdat het aan de rechter is en niet aan de deurwaarder om de grenzen van het verbod te omschrijven en van de deurwaarder niet kan worden verwacht die grenzen uit de overwegingen van de uitspraak af te leiden.⁸⁸¹

641. Het opleggen van een verbod of een bevel moet voorts en vanwege die eis van congruentie (de samenhang tussen de geschonden rechtsplicht en het bevel of verbod) met een zekere mate van precisie en concreetheid gebeuren.⁸⁸² In veel gevallen is dat geen probleem omdat met een verbod of bevel kan worden aangesloten bij een eerder verrichte (onrechtmatige) gedraging. De buurman die onrechtmatig een van de twee kastanjebomen op de erfgrans heeft omgezaagd kan bijvoorbeeld eenvoudig worden verboden ook de tweede om te zagen, maar hem kan niet worden verboden om alle werkzaamheden aan de gewassen op de erfgrans te staken omdat niet al die werkzaamheden onrechtmatig zullen zijn.

642. Ook vorderingen en veroordelingen die wel uitsluitend betrekking hebben op onrechtmatige handelingen zijn echter niet altijd toelaatbaar. Huydecoper wijst er terecht op dat in de regel niet een bevel aan de buurman kan worden gevorderd om alle verplichtingen uit het burennrecht voortaan stipt na te komen.⁸⁸³ De reden daarvoor is echter niet dat een dergelijk bevel zich ook over rechtmatige handelingen uitstrekt, maar eenvoudigweg dat het te onbepaald is. Het is zonder meer aantrekkelijk voor de eiser als zo'n bevel wordt toegewezen, en het is zeker ook effectief gezien vanuit het oogpunt van rechtsbescherming, maar bij het ontbreken van een reële dreiging van schending van die rechten uit het burennrecht is er geen aanleiding voor zo'n veroordeling. De gedaagde dient daar dus ook niet mee te worden geconfronteerd.

643. Een verbod behoeft ook niet beperkt te zijn tot de reeds verrichte gedraging. Ook vergelijkbare gedragingen kunnen een schending van eenzelfde rechtsplicht vormen en zullen dus, vanzelfsprekend mits gevorderd, onder het verbod kunnen worden gebracht.⁸⁸⁴ Een aan de jurisprudentie ontleend voorbeeld laat dat zien. In een procedure die in de kern betrekking had op het naleven van een concurrentiebeding gebood het hof de aangesproken partij 'zich te onthouden van activiteiten, direct gericht op het in dienst nemen van werknemers (...) die in een periode van zes maanden voor het uit

⁸⁷⁹ Artikel 3:296 BW gebruikt het woord 'daartoe'. Hierover ook Nuninga 2018, die spreekt over de 'congruentie-eis'. In zijn proefschrift gebruikt hij de term 'overeenstemmingseis', Nuninga 2022, p. 50 e.v.

⁸⁸⁰ Blauw 2002, p. 193.

⁸⁸¹ Aldus ook Drion 1962, p. 219.

⁸⁸² Huydecoper 2011/16. Nuninga 2018.

⁸⁸³ Huydecoper 2011/15. Huydecoper gebruikt het voorbeeld om aan te geven dat een bevel niet kan worden gegeven zonder voldoende dreiging dat de gedaagde zich niet aan zijn verplichtingen zal houden. Een dergelijke vordering zal in veel gevallen ook onvoldoende bepaald zijn.

⁸⁸⁴ HR 3 januari 1964, ECLI:NL:HR:1964:13, NJ 1964/445, m.nt. G.J. Scholten (*Lexington*).

elkaar gaan (...) nog werkzaamheden ten behoeve van X hebben verricht.’ De daartegen gerichte cassatieklacht luidde dat het dictum te ruim was geformuleerd omdat niet alleen het ‘stelselmatig, actief en met gebruikmaking van opgedane kennis van het bedrijfsdebet benaderen is verboden’, maar ‘ieder benaderen’ was verboden. Volgens de klacht sloot de veroordeling daardoor niet aan bij de door het hof geformuleerde gedragsregel die was geschonden. De Hoge Raad verwierp die klacht. De omstandigheid dat de gedragingen die aanleiding geven tot een rechterlijk verbod, stelselmatig en actief zijn geweest en dat daarbij gebruik is gemaakt van opgedane kennis van het bedrijfsdebet, brengt volgens de Hoge Raad niet mee dat de rechter niet een ruimer verbod, zonder die kwalificaties, zou mogen opleggen. Daarvoor zal aanleiding bestaan indien dat noodzakelijk is om soortgelijke gedragingen voor de toekomst tegen te gaan.⁸⁸⁵ Voor dat verdergaande verbod bood het overeengekomen concurrentiebeding een grondslag.

644. Uit het arrest volgt duidelijk dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen de verrichte gedraging enerzijds en de geschonden norm anderzijds. De schending van de norm kan veelal op verschillende manieren plaatsvinden. Het zal in veel gevallen voor de hand liggen de verrichte gedraging als uitgangspunt te nemen bij de formulering van het dictum omdat op die manier een zo duidelijk mogelijk gebod of verbod zal kunnen worden geformuleerd: wat is gebeurd mag zich niet herhalen. Maar dat hoeft niet. Het is niet de verrichte gedraging die bepaalt wat wel en niet is toegestaan, maar het is de (geschonden) norm die dat bepaalt. De congruentie-eis tussen verbod of bevel enerzijds en de norm anderzijds staat in zoverre los van een al verrichte gedraging. Dat moet ook wel, omdat anders een louter dreigende schending van een norm niet afgewend zou kunnen worden. Het bevel of verbod kan dus ook in zoverre abstraheren van de al verrichte gedraging dat het ruimer kan zijn dan die verrichte gedraging, mits het niet ook rechtmatige gedragingen verbiedt.

10.4.4 Een verbod in algemene termen

645. Er zijn ook situaties denkbaar waarin een verbod slechts in algemene termen kan worden geformuleerd omdat niet steeds te voorzien is welke gedaante een onrechtmatige handeling zal aannemen. Zo zal een gedaagde kunnen worden bevolen alle op een auteursrecht inbreuk makende gedragingen te staken of kan hem worden verboden dergelijke gedragingen uit te voeren.⁸⁸⁶ Zo’n verbod is weliswaar algemeen geformuleerd, maar het is toch voldoende beperkt te achten omdat het is beperkt tot inbreuk makende gedragingen en daarmee onverminderd aansluit bij de te beschermen norm.

646. Zo’n verbod in algemene termen is dus niet onmogelijk en soms zelfs noodzakelijk. De ondergrens van wat toelaatbaar is, is volgens de Hoge Raad in zijn arrest van 3 januari 1964 *‘dat in de omschrijving van het verbod een afdoende afbakening wordt gevonden ter vaststelling van hetgeen al dan niet onder het verbod begrepen is.’*⁸⁸⁷ Daaraan voegde de Hoge Raad toe dat een redelijke uitleg van een in algemene termen gesteld verbod meebrengt *‘de draagwijdte daarvan beperkt te achten tot handelingen, waarvan in ernst niet kan worden betwijfeld dat zij, mede gelet op de gronden waarop het verbod werd gegeven, inbreuken, als door den rechter verboden, opleveren.’* De Hoge Raad herhaalde deze systematiek in onder meer een arrest van 18 februari 1966 en in een arrest van 5 april 2002.⁸⁸⁸

647. In die eerste zaak was gevorderd de gedaagde te verbieden ‘mondeling of bij geschrifte of op welke wijze ook zich ongunstig uit te laten over het optreden van de Nederlandse Klokkenspel-Vereniging en haar bestuursleden, met name door derzelver objectiviteit en/of deskundigheid in twijfel te wekken’. Probleem van zo’n vordering is vanzelfsprekend dat niet iedere ongunstige uitlating over

⁸⁸⁵ Vgl. HR 9 juli 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC096, NJ 1991/215, m.nt. P.A. Stein.

⁸⁸⁶ Vgl. conclusie A-G Huydecoper vóór HR 4 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0140.

⁸⁸⁷ HR 3 januari 1964, ECLI:NL:HR:1964:13, NJ 1964/445, m.nt. G.J. Scholten (*Lexington*).

⁸⁸⁸ HR 18 februari 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4633, NJ 1966/208, m.nt. G.J. Scholten (*Klokkenspel*) en HR 5 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8183, NJ 2003/356, m.nt. Ch. Gielen.

een ander onrechtmatig is, zelfs niet wanneer iemands deskundigheid in twijfel wordt getrokken. Uit de onderbouwing van de vordering was duidelijk waar het de Klokkenspel-Vereniging om te doen was: de gedaagde Fritsen ondermijnde het vertrouwen in de adviezen van de Klokkenspel-Vereniging door haar in strijd met de waarheid te verwijten dat zij bij haar adviezen een voorkeur voor een bepaalde klokkengieterij aan de dag legde. De president in kort geding wees de vordering af en ook het hof oordeelde dat het gevraagde verbod te ruim was om toe te wijzen omdat Fritsen niet het recht ontzegd kon worden kritiek te uiten, mits het oogmerk van belediging althans niet aanwezig is. De in hoger beroep geformuleerde subsidiaire vordering werd echter toegewezen en hield in dat het Fritsen werd verboden om zich, anders dan binnen verenigingsverband van de Klokkenspel-Vereniging, zodanig over de Klokkenspel-Vereniging uit te laten dat bij derden twijfel kan worden gewekt aan haar integriteit en objectiviteit. Een van de in cassatie geformuleerde klachten hield in dat het verbod te ruim was geformuleerd omdat zowel de term ‘uitlaten’ als de term ‘twijfel kunnen wekken’ als ook de term ‘objectiviteit en integriteit’ zodanig ruim en vaag zijn, dat een rechterlijk verbod alleen met behulp daarvan niet met de noodzakelijke precisie kan worden omschreven. De Hoge Raad verwierp de klacht: de aard van het door het verbod te beschermen belang en de vereiste effectiviteit van de remedie noodzaakte tot een meer algemene veroordeling. Daaraan werd echter toegevoegd dat de draagwijdte van het verbod beperkt moet worden geacht tot handelingen waarvan in ernst niet kan worden betwijfeld dat zij, mede gelet op het belang tegen aantasting waarvan het verbod gegeven is, inbreuken als door de rechter verboden, opleveren.

648. Interessant aan deze overweging is de nadruk die wordt gelegd op de effectiviteit van het verbod. Die effectiviteit vereist – en rechtvaardigt – dat een verbod in algemene termen wordt opgelegd. Daar staat dan tegenover dat de uitleg van het verbod restrictief is: slechts die gedragingen waarvan in ernst niet kan worden betwijfeld dat zij onrechtmatig zijn, vallen onder het verbod. Daarbij komt dan wel weer de nodige waarde toe aan ‘het belang tegen aantasting waarvan het verbod gegeven is.’ Er moet dus een beoordeling van de gewraakte handeling plaatsvinden in het licht van enerzijds het belang dat beschermd moet worden en (voeg ik toe:) de effectiviteit van die bescherming en anderzijds de mate van evidentie waarmee het handelen onder het verbod valt. Het spreekt bijna vanzelf dat de discussie over de uitleg van het dictum en het oordeel over de vraag of een handeling door het verbod of bevel wordt bestreken vooral van belang is voor de vraag of er dwangsommen zijn verbeurd. Die vraag zal veelal door de executierechter moeten worden beantwoord, die daarbij de veroordeling moet uitleggen.⁸⁸⁹

649. Ik noemde hiervoor al dat een verbod niet beperkt hoeft te zijn tot een reeds verrichte gedraging. Met name wanneer er een verbod met een zekere algemene strekking wordt gegeven, is dat van belang. Een verbod met een algemene strekking is immers alleen dan gerechtvaardigd wanneer niet goed te voorspellen is hoe toekomstige inbreuken eruit zullen zien. Een verbod op bijvoorbeeld een merkinbreuk hoeft dus niet alleen betrekking te hebben op de reeds verrichte merkinbreuk, maar kan zich uitstrekken over een volgende (andersoortige) handeling die ook een merkinbreuk kan vormen. Uit een arrest van de Hoge Raad van 5 april 2002 volgt echter dat de executierechter niet kan volstaan met het onderzoek naar de vraag of een latere handeling een merkinbreuk vormt, maar dat hij de in het *Lexington*-arrest geformuleerde maatstaf moet toepassen. Onderzocht moet daarom worden of, mede gelet op de gronden waarop het verbod werd gegeven, in ernst niet kan worden betwijfeld dat die handeling een door de rechter verboden inbreuk oplevert.⁸⁹⁰ Daarbij geldt als uitgangspunt, zo overwoog de Hoge Raad, dat de reikwijdte van een in algemene termen vervat verbod niet beperkt

⁸⁸⁹ Het belang van het executiegeschil bij een in algemene termen geformuleerd verbod heeft ook een Unierechtelijke component. Het HvJ heeft in een merken-zaak geoordeeld dat de verweerder tegen wie zo’n algemeen geformuleerd verbod is uitgesproken, in het stadium van de tenuitvoerlegging moet beschikken over alle waarborgen van een eerlijk proces teneinde het bestaan van een inbreuk of een dreigende inbreuk daadwerkelijk te kunnen aanvechten en zich te kunnen verzetten tegen inbeslagneming. HvJ 17 november 2022, zaak C-175/21, ECLI:EU:C:2022:895, par. 71 (*Harman International Industries/AB*).

⁸⁹⁰ HR 5 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8183, NJ 2003/356, m.nt. Ch. Gielen.

behoeft te zijn tot de herhaling van de handelingen die aanleiding vormden voor de eerdere procedure waarin het verbod werd uitgesproken. Deze overweging is herhaald in een later arrest van 15 april 2005 over gestelde inbreuken op hetzelfde merk als aan de orde in het arrest van 5 april 2002.⁸⁹¹ In die zaak overwoog de Hoge Raad ook nog dat het bezwaar dat wordt gevormd door enige onzekerheid, die mede wordt veroorzaakt doordat toekomstige rechtsontwikkelingen in een verbod niet kunnen worden verdisconteerd, eigen is aan een algemeen luidend verbod. Ik voeg daaraan toe dat dergelijke onzekerheid vanzelfsprekend niet alleen bestaat doordat de rechtsontwikkeling in de toekomst onzeker is, maar in veel gevallen juist ook doordat de vorm waarin toekomstige schendingen van een rechtsplicht kunnen plaatsvinden onzeker is. De Hoge Raad zette vervolgens tegenover elkaar het belang van de partij tegen wie het verbod is uitgesproken en het belang van de partij wiens rechten moeten worden beschermd. De eerste partij zal er belang bij hebben dat het verbod zo concreet mogelijk is, maar ‘in het bijzonder als het gaat om rechten als het onderhavige merkrecht’ kunnen de belangen van de andere partij soms slechts effectief worden beschermd door een meer algemeen verbod. Daarbij speelt blijkens de overwegingen van de Hoge Raad mede een rol dat de schade van dergelijke merk-inbreuken zich vaak moeilijk laat bepalen. Het belang van rechtsbescherming van de rechten van de gelaedeerde wint bovendien aan gewicht ten opzichte van het rechtszekerheidsbelang van de verwerende partij indien die partij zich in het verleden reeds aan inbreuk schuldig heeft gemaakt.

650. Door de strenge *Lexington*-maatstaf voor te schrijven in een executiegeschil wordt enerzijds bewerkstelligd dat een verbod in algemene termen aanvaardbaar is en zich ook uitstrekt tot nieuwe handelingen die niet als zodanig aan het verbod ten grondslag lagen en tegelijkertijd wordt voorkomen dat in de executiefase handelingen die al te ver verwijderd zijn van de handelingen die aanleiding gaven tot het oorspronkelijke verbod, aanleiding geven tot een dwangsom. Voor de effectiviteit van het bevel en verbod is dit vanzelfsprekend belangrijk: indien slechts een verbod tot een merkinbreuk zou kunnen worden gegeven dat is beperkt tot een al verricht handelen zou de inbreukmaker het verrichte handelen iets kunnen aanpassen om het verbeuren van een dwangsom te voorkomen en kan hij de te beschermen norm opnieuw schenden.

651. Uit de hier besproken arresten volgt dat aan de effectiviteit van het bevel of verbod zwaar moet worden getild. Mede omdat schade moeilijk kan worden bepaald, zal een rechthebbende er belang bij hebben dat de inbreuk voorkomen wordt en is het toelaatbaar dat een verbod in meer algemene termen wordt geformuleerd. Opmerkelijk aan het arrest van 15 april 2005 is dat het belang van de eisende partij om verdere inbreuken te voorkomen aan gewicht wint ten opzichte van het belang van de aangesproken partij indien die aangesproken partij zich al eerder aan een inbreuk heeft schuldig gemaakt (rov. 3.5.2, laatste zin). Met andere woorden: wie de fout is ingegaan moet niet klagen als er wat zwaarder geschut wordt ingezet om herhaling te voorkomen. Vanuit het oogpunt van rechtsbescherming is dat te billijken, maar in abstracto ligt het meer voor de hand om te kijken naar de vraag of herhaling op de loer ligt. Als dat risico groter is, lijkt een meer algemeen verbod ook beter te rechtvaardigen, maar een schending van een rechtsplicht behoeft natuurlijk niet in alle gevallen het risico op herhaling te vergroten.

652. De rechter heeft dus een zekere vrijheid om een verbod in algemene termen te formuleren indien dat noodzakelijk is omdat niet te voorzien is hoe een toekomstige schending van een rechtsplicht vorm zal kunnen krijgen. Bij beoordeling van de vraag of in strijd is gehandeld met het verbod dient dat verbod dan vervolgens echter tamelijk stringent te worden uitgelegd. Daarbij geldt als maatstaf voor de executierechter dat de draagwijdte van het verbod beperkt is te achten tot handelingen waarvan in ernst niet kan worden betwijfeld dat zij, mede gelet op de gronden waarop het verbod werd gegeven, inbreuken als door de rechter verboden, opleveren.⁸⁹² Door die uitleg wordt

⁸⁹¹ HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5238, NJ 2006/55, m.nt. Ch. Gielen (*Euromedica/Merck*).

⁸⁹² HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5238, NJ 2006/55, m.nt. Ch. Gielen (*Euromedica/Merck*).

vaak wel, maar soms ook niet een voldoende afbakening gevonden van hetgeen wel en niet onder het verbod is begrepen. Daarmee wordt een belangrijk deel van het probleem verlegd naar de rechter in het executiegeschil. Hoewel het in algemene zin aan te bevelen is te voorkomen dat partijen op een executiegeschil zijn aangewezen, is dat bij een in algemene termen geformuleerd verbod of bevel niet altijd te vermijden.⁸⁹³

653. Toch is niet eenvoudig te zeggen wanneer een verbod in algemene termen wel en niet toelaatbaar is. Zo roepen bijvoorbeeld gevallen van hinder ook problemen op bij het redigeren van het dictum. Het is vanuit het oogpunt van rechtsbescherming aantrekkelijk om overlastgevers zodanig te beperken dat elke vorm van overlast wordt vermeden, maar niet iedere vorm van overlast is onrechtmatig. Een welwillende uitleg van het dictum in het licht van de overwegingen kan in zo'n geval uitkomst bieden. Toen het hof Metsch gebod 'kippen van zijn farm te verwijderen' en niet langer kippen te houden was dat gebod voldoende bepaald omdat het blijkens de achterliggende overweging in het arrest niet de strekking had ook het houden van kippen te verbieden ten aanzien waarvan Metsch zou kunnen aantonen dat daarvan geen overlast was te duchten.⁸⁹⁴ De veroordeling om 'doelmatige technische voorzieningen en organisatorische maatregelen te treffen om de geluidsproductie van de inrichting te beperken' mocht het hof echter te vaag vinden.⁸⁹⁵ En ook een verbod van hinder 'welke naar algemeen in het maatschappelijk verkeer aanvaarde normen onaanvaardbaar is' kan niet worden toegewezen omdat het onvoldoende bepaald is.⁸⁹⁶

654. Een bijzonderheid ten aanzien van het in algemene termen geformuleerde verbod deed zich voor in het *SGP*-arrest. Nadat was geoordeeld dat de Staat zich ten onrechte op het standpunt stelde dat hij ervan mocht afzien maatregelen te treffen tegen het niet toelaten door de SGP van vrouwen op de kandidatenlijsten voor de algemeen vertegenwoordigende organen, moest worden bepaald welke vordering in verband daarmee kon worden toegewezen. Het hof had naar het oordeel van de Hoge Raad terecht geoordeeld dat de Staat gehouden was om maatregelen te nemen die er daadwerkelijk toe leidden dat de SGP het passief kiesrecht aan vrouwen toekent en dat de Staat daarbij een maatregel moet inzetten die effectief is en tegelijkertijd de minste inbreuk maakt op de grondrechten van de (leden van de) SGP. Maar ten aanzien van een uit te spreken bevel om specifieke maatregelen te treffen om een einde te maken aan de discriminatie bestond er wel een belemmering. Die belemmering was in de eerste plaats gelegen in het feit dat de rechter geen wetgevingsbevel mag uitvaardigen. Ook het bevel tot stopzetting van de subsidie kon niet worden gegeven omdat – kort gezegd – de wet daarin niet voorzag. Die belemmeringen hingen vooral samen met de positie van de Staat enerzijds en het feit dat subsidies aan politieke partijen een publiekrechtelijk karakter hebben waarin de burgerlijke rechter niet kan ingrijpen. De Clara Wichmann Stichting had echter ook nog een vordering geformuleerd 'tot het geven van een verbod tot het laten voortbestaan van de onrechtmatige situatie binnen een door de rechter te bepalen termijn'. Toewijzing van die vordering zou zeker effectief kunnen zijn als duidelijk zou zijn hoe die moet worden nageleefd. De Hoge Raad oordeelde echter dat 'niet duidelijk is op grond waarvan de rechter een dergelijk vaag en algemeen verbod toewijsbaar zou kunnen achten.'⁸⁹⁷ Die uitkomst laat zien dat het erg van de omstandigheden van het geval afhankelijk is of een verbod in algemene termen toelaatbaar is. Wie ervoor kiest de nadruk te leggen op effectieve rechtsbescherming zal een in algemene termen geformuleerd bevel en verbod eerder toelaatbaar vinden dan wie hecht aan duidelijkheid voor de gedaagde.

10.4.5 Verbod in algemene termen, tussenconclusie

⁸⁹³ Zie voor de afbakeningsvragen op verschillende rechtsgebieden Deurvorst, in: *GS Onrechtmatige daad*, Rechtsvorderingen, aant. II.2.1.3.6.

⁸⁹⁴ HR 18 april 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC6865, *NJ* 1980/413.

⁸⁹⁵ HR 7 november 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC0018, *NJ* 1981/91, m.nt. M. Scheltema.

⁸⁹⁶ HR 9 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4127, *NJ* 1981/227, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Dam/Beukeboom*).

⁸⁹⁷ HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, *NJ* 2010/388, m.nt. E.A. Alkema (*SGP*).

655. Wanneer we dit beeld bezien, bestaat dus enerzijds de mogelijkheid een verbod in algemene termen op te leggen, mits *‘in de omschrijving van het verbod een afdoende afbakening wordt gevonden ter vaststelling van hetgeen al dan niet onder het verbod begrepen is.’*⁸⁹⁸ Daarbij is bijvoorbeeld toelaatbaar een bevel dat ertoe strekt alle op een auteursrecht inbreuk makende gedragingen te staken of dergelijke gedragingen uit te voeren. Bij problemen zal in een executiegeschil moeten worden onderzocht of het bevel of verbod is overtreden. Daarbij geldt als norm bij een in algemene termen gesteld verbod *‘de draagwijdte daarvan beperkt te achten tot handelingen, waarvan in ernst niet kan worden betwijfeld dat zij, mede gelet op de gronden waarop het verbod werd gegeven, inbreuken, als door den rechter verboden, opleveren.’*

656. Daartegenover staan de situaties waarin de vordering als zodanig te onbepaald is. Een veroordeling om de geluidsproductie te beperken is te onbepaald en ook een verbod op het laten voortbestaan van een onrechtmatige situatie is te onbepaald.

657. Het is niet in algemene zin te omschrijven waarom de ene veroordeling wel toelaatbaar is en de andere niet. Het beeld dat ontstaat is dat, wanneer uit de feiten blijkt dat er een bepaalde gedraging van een partij wordt verwacht, die gedraging in algemene termen omschreven kan worden. Het inbreuk maken op een auteursrecht is op zichzelf al concreter dan ‘het laten voortbestaan van een onrechtmatige situatie’. Voor een veroordeelde is min of meer duidelijk wat er van hem verwacht wordt. Dat geldt zeker wanneer de veroordeling volgt op een eerdere overtreding van de norm. Maar een gebod om ‘geluidsproductie te beperken’ geeft geen norm waarin de veroordeelde houvast kan vinden. Aan de andere kant: als het verbod om kippen te houden zo mag worden uitgelegd dat het geen verbod inhoudt om kippen te houden die geen overlast veroorzaken, zou een gebod om de geluidsproductie te beperken ook zo kunnen worden uitgelegd dat het zich niet uitstrekt over geluidsproductie die (met een zekere evidentie) niet onrechtmatig is. Toch verdient die handelwijze geen aanbeveling omdat het onvermijdelijk een executiegeschil uitlokt.

658. Maatwerk is dus vereist. Het is in alle gevallen aan de rechter om aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval de grens te trekken. Daarbij kan het volgende tot uitgangspunt gelden:

- een bevel of verbod in algemene termen is toegestaan als niet goed te voorzien is in welke vorm een rechtsplicht zal worden geschonden;
- het bevel of verbod kan ook andere gedragingen betreffen dan de reeds verrichte gedragingen;
- in de overwegingen van de uitspraak zal voor de gedaagde houvast moeten kunnen worden gevonden ten aanzien van datgene wat van hem verwacht wordt.
- een in algemene termen vervat bevel of verbod mag zo worden uitgelegd dat het niet ook rechtmatige gedragingen omvat. Daarbij is een zekere evidentie vereist omdat de draagwijdte van het bevel beperkt is te achten tot die gedragingen waarvan *in ernst* niet kan worden betwijfeld dat zij onder het bevel of verbod vallen.
- Het risico bestaat dat een executiegeschil nodig is. Dat risico moet vanuit het oogpunt van een effectieve rechtsbescherming geaccepteerd worden.

10.5 Uitleg van het dictum

659. Een dictum moet weergeven wat er geboden of verboden wordt. In veel gevallen is dat duidelijk omdat een specifieke gedraging wordt verboden of omdat wordt aangesloten bij een eerdere schending van de rechtsplicht en een herhaling daarvan moet worden voorkomen. Het verbod om een kastanjeboom op de erfgrans om te zagen behoeft weinig uitleg. Maar bij een bevel of verbod in

⁸⁹⁸ HR 3 januari 1964, ECLI:NL:HR:1964:13, NJ 1964/445, m.nt. G.J. Scholten (*Lexington*).

algemene termen zal vaak uitleg van het dictum nodig zijn. Dat geldt in het bijzonder indien een vordering die eigenlijk te onbepaald is, toch is toegewezen.

660. Idealiter is een dictum zelfstandig leesbaar en begrijpelijk. Tegelijkertijd staat een dictum natuurlijk niet op zichzelf. Het vloeit (bij voorkeur: logisch) voort uit de overwegingen van de beslissing. Die motivering zal dus handvatten verschaffen bij de uitleg van een dictum. Een voorbeeld is te vinden in de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 25 februari 1994.⁸⁹⁹ In die zaak was in eerste aanleg in kort geding primair gevorderd ‘te beginnen met het treffen van maatregelen die noodzakelijk zijn om de hier bedoelde lozing van PAK’s te beëindigen én die lozing binnen zes maanden geheel te beëindigen.’⁹⁰⁰ Ook de subsidiaire variant strekte ertoe dat de gedaagde moest ‘beginnen met het treffen van maatregelen’. Het ligt voor de hand een dergelijke vordering te onbepaald te achten. In hoger beroep is de vordering gewijzigd. Primair werd gevorderd de lozing van PAK’s binnen zes maanden te beëindigen. Subsidiair werd gevorderd die lozing ‘tot het technisch laagst haalbare niveau terug te brengen’ en meer subsidiair werd gevorderd binnen vier weken de door de Belgische overheid afgegeven lozingsvergunning op alle onderdelen volledig na te leven. Opvallend is dat de primaire vordering heel concreet is, maar dat de subsidiaire vordering weer een tamelijk onbepaald element heeft, namelijk het ‘technisch laagst haalbare niveau.’ Een daartoe strekkende veroordeling zal eenvoudig discussie oproepen over de vraag wat het ‘technisch laagst haalbare niveau’ is. Maar waar het uiteindelijk om ging is dat de uiterst subsidiaire variant betrekking had op de naleving van alle onderdelen van de door de Belgische overheid afgegeven lozingsvergunning. Dat was opmerkelijk omdat de discussie tussen partijen en ook de primaire vordering betrekking had op de zogenaamde PAK’s, terwijl de lozingsvergunning weliswaar voorwaarden bevatte die over die PAK’s gingen, maar evenzeer andere voorwaarden die niet over PAK’s gingen. Die uiterst subsidiaire vordering, tot naleving van de voorwaarden van de Belgische lozingsvergunning, is door het hof toegewezen, op straffe van een behoorlijk forse dwangsom.

661. De lozingsvergunning die door de Belgische overheid was afgegeven bevatte als gezegd een aantal voorwaarden, die deels wel en deels niet op PAK’s betrekking hebben. Het dictum had strikt genomen ook betrekking op de voorwaarden die niet zagen op de PAK’s. Het cassatiemiddel voerde aan dat de veroordeling door het hof ten onrechte betrekking had op de voorwaarden die niet de PAK’s betroffen omdat partijen daarover niet gediscussieerd hadden. De Hoge Raad overwoog dat deze veronderstelling onjuist was. De door het hof uitgesproken veroordeling is weliswaar zeer ruim geformuleerd, maar de door het hof in het dictum tot uitdrukking gebrachte veroordeling moet worden gelezen in verband met de daaraan voorafgaande rechtsoverwegingen. Die overwegingen hebben uitsluitend betrekking op de vergunningsvoorwaarden die handelen over de lozing van PAK’s. De veroordeling moet daarom ook aldus worden begrepen dat deze alleen betrekking heeft op de vergunningsvoorwaarden ten aanzien van de lozing van PAK’s.

662. Opmerkelijk hier is natuurlijk dat het handelen in strijd met de andere vergunningsvoorwaarden evenzeer onrechtmatig zou kunnen zijn. Het dictum van het hof behoefde dus niet in strijd te zijn met het uitgangspunt dat slechts onrechtmatige handelingen worden verboden. Het punt is dat uit de discussie tussen partijen moest worden afgeleid dat over die andere vergunningsvoorwaarden geen geschil bestond. Het ligt dus niet voor de hand dat de vordering daarop wel betrekking had. Een uitleg van het dictum die erop neer komt dat ook overtreding van de andere vergunningsvoorwaarden onrechtmatig is, zou dus leiden tot de conclusie dat het hof meer zou hebben toegewezen dan was gevorderd. Ook dat is een aanwijzing dat het dictum niet op die manier moest worden begrepen.

⁸⁹⁹ HR 25 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1284, NJ 1996/362 (*Sopar*).

⁹⁰⁰ PAK staat voor Polycyclische Aromatische Koolwaterstoffen. Volgens Wikipedia staan PAK’s bekend om hun schadelijke effecten voor verschillende organismen.

663. De formulering dat het dictum moet worden gelezen in het licht van de overwegingen in het lichaam van de uitspraak, is nadien nog herhaald.⁹⁰¹ Deze regel ligt voor de hand. In de overwegingen immers heeft de rechter uiteen gezet wat de gronden voor het te formuleren verbod of bevel zijn. Bij onduidelijkheid van het dictum zal aan de hand van de overwegingen moeten kunnen worden vastgesteld wat de rechter bedoeld heeft.

664. Problematisch wordt het wanneer er een tegenstrijdigheid bestaat tussen het dictum en de daaraan ten grondslag gelegde overwegingen. In de zaak die heeft geleid tot een arrest van de Hoge Raad van 19 april 2019 was iets dergelijks aan de hand.⁹⁰² In die zaak was een bevel gevorderd met een dwangsom van € 50.000,- per dag en een maximum van € 1.000.000,-.⁹⁰³ Het hof sprak het bevel uit en overwoog dat het de gevorderde dwangsom ‘ambtshalve zal matigen omdat de hierna bepaalde dwangsommen een voldoende prikkel tot nakomen lijken te zijn.’ In het dictum werd vervolgens een dwangsom opgelegd van € 50.000,- per dag met een maximum van € 5.000.000,-. Dat maximum was veel hoger dan gevorderd en verhield zich dus niet tot de overweging dat de dwangsom zou worden gematigd. Bij de Hoge Raad gaat het om de vraag of hier sprake is van een voor verbetering vatbare kennelijke fout. Het hof vond van wel en heeft een herstelarrrest had gewezen waarin is overwogen dat de woorden ‘ambtshalve matigen’ moeten worden gelezen als ‘vaststellen.’ Dat oordeel is onjuist omdat van een kennelijke fout geen sprake was. Interessanter voor de uitleg van het dictum is dat de Hoge Raad vaststelt dat niet duidelijk is of het dictum fout is of de overweging. Het kan zijn, zo leg ik het arrest uit, dat het hof per abuis heeft overwogen dat de dwangsom zal worden gematigd (wat minder waarschijnlijk is), maar het is ook mogelijk dat er in het dictum een cijfer ‘0’ te veel is opgenomen (wat waarschijnlijker is). Omdat het dictum moet worden uitgelegd in het licht van de overwegingen waarop het berust, kan niet op voorhand worden gezegd dat aan de tekst van het dictum voorrang toe komt. Ook die beslissing is logisch. Het dictum staat niet op zichzelf, maar hangt samen met de overwegingen en volgt daaruit. Daarmee zou niet te rijmen zijn dat, wanneer er een discrepantie tussen overwegingen en dictum is, te oordelen dat het dictum steeds doorslaggevend is.

665. In de hiervoor besproken gevallen was er sprake van een veroordeling om iets *niet* te doen. Uitleg van een dictum kan vanzelfsprekend ook nodig zijn wanneer een veroordeling is uitgesproken om iets wel te doen. In beginsel is dan geen andere uitleg-maatstaf nodig dan in de gevallen waarin een veroordeling is uitgesproken om iets niet te doen, in die zin dat ook in die gevallen het dictum moet worden gelezen in het licht van de overwegingen in het lichaam van de uitspraak. Een concreet bevel om iets te doen (bijvoorbeeld de levering van 500 stuks van een bepaald goed) zal in de regel weinig vragen oproepen. Als er discussie bestaat over de vraag of aan een bevel (of verbod) is voldaan zal dat in de regel verband houden met de vraag of er dwangsommen zijn verbeurd. Een voorbeeld is te vinden in de zaak die leidde tot een arrest van de Hoge Raad van 20 mei 1994.⁹⁰⁴ In die zaak ging het over de vraag op welke provisiebetalingen aanspraak bestond. Om dat vast te stellen was gevorderd – en op straffe van een dwangsom toegewezen – overlegging van ‘een door een registeraccountant voor akkoord getekend overzicht van alle opdrachten (...)’. Om aan de veroordeling te voldoen zijn vervolgens drie overzichten, met drie brieven van een registeraccountant, overgelegd. Het hof dat vervolgens had te beslissen op de vraag of er dwangsommen waren verbeurd heeft in de onduidelijkheid van de veroordeling aanleiding gezien de draagwijdte van het gebod beperkt uit te leggen en alleen dan een inbreuk op de veroordeling aan te nemen, indien zodanige inbreuk – gelet op het belang van de eisende partij waarvoor het gebod is gegeven – in ernst niet kan

⁹⁰¹ HR 7 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1477, *NJ* 1996/363. Vgl. voorts HR 20 april 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1097, *NJ* 1991/560, m.nt. J.C. Schultsz en HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2553, *NJ* 2000/544; HR 27 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1532, *RvdW* 2014/900.

⁹⁰² HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:580, *NJ* 2019/186.

⁹⁰³ Het arrest illustreert dat de grens tussen bevel en verbod niet scherp is. Het gevorderde bevel zou moeten inhouden ‘zich te onthouden van iedere vorm van opschorting, inhouding of verrekening’ en is dus eigenlijk een verbod.

⁹⁰⁴ HR 20 mei 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1367, *NJ* 1994/652, m.nt. H.E. Ras.

worden betwijfeld. Die maatstaf doet denken aan de *Lexington*-maatstaf die wordt aangelegd bij een bevel of verbod in algemene termen (zie paragraaf 10.4.4.). De Hoge Raad past niet letterlijk dezelfde maatstaf toe, maar herformuleert de overweging van het hof. De bestreden overweging moet volgens de Hoge Raad aldus worden begrepen dat het hof daarin een uitleg heeft gegeven van een door de kantonrechter uitgesproken veroordeling om iets te doen. Bij het geven van deze uitleg heeft het hof het doel en de strekking van de veroordeling tot richtsnoer genomen in die zin dat de veroordeling niet verder strekt dan tot het bereiken van het daarmee gegeven doel. Dit heeft het hof ertoe gebracht de draagwijdte van het gebod in de hier aangegeven zin beperkt op te vatten. En aldus heeft het hof een juiste maatstaf aangelegd bij de uitleg van de veroordeling.

666. Het komt mij voor dat de uitleg die de Hoge Raad aan de door het hof toegepaste maatstaf een iets andere is dan de maatstaf die het hof zelf aanlegde. Het hof gebruikte de woorden ‘in ernst niet kan worden betwijfeld.’ Hiervoor heb ik uiteen gezet dat een veroordeling in algemene bewoordingen toelaatbaar is als niet goed is te voorzien hoe een toekomstige schending van een rechtsplicht eruit ziet. Tegenover de toelaatbaarheid van zo’n veroordeling in algemene bewoordingen, die voor de veroordeelde een bepaalde onzekerheid in het leven roept over wat er van hem wordt verwacht, staat dan de strikte maatstaf bij de vraag of er dwangsommen zijn verbeurd. Die zijn alleen verbeurd indien met een zekere evidentie duidelijk is dat er sprake is van een inbreuk op het bevel of verbod.

667. In deze zaak was niet sprake van een dergelijk gebod in algemene termen. Toepassing van de op die situatie toegespitste maatstaf dat ‘in ernst niet kan worden betwijfeld’ dat er sprake was van een inbreuk, is dan niet zonder meer te rechtvaardigen. De herformulering van de Hoge Raad is beperkter in die zin dat de Hoge Raad aangeeft dat het hof terecht het doel en strekking van de veroordeling tot uitgangspunt heeft genomen in die zin dat de veroordeling niet verder strekt dan nodig voor het daarmee te bereiken doel. Dat leidt tot een tamelijk restrictieve uitleg van de veroordeling die alleszins gerechtvaardigd en logisch is, maar wel iets anders is dan de beoordeling van het handelen aan de hand van de maatstaf of in ernst niet kan worden betwijfeld of dat handelen in strijd is met de veroordeling. In dat laatste geval is het het handelen dat onder het vergrootglas ligt, in het eerste geval de veroordeling. Dat zijn twee kanten van dezelfde medaille en het onderscheid is niet steeds goed te maken. Maar wanneer een veroordeling eenmaal is uitgelegd in het licht van het doel dat daarmee getracht wordt te bereiken, is het niet nodig om vervolgens ook nog eens het handelen terughoudend te toetsen maar dient een open beoordeling plaats te vinden van de vraag of aan de reeds uitgelegde veroordeling is voldaan. Vermoedelijk zou het hof in dit geval overigens niet tot een ander oordeel zijn gekomen. Annotator Ras merkt terecht op dat de beslissing van de Hoge Raad recht doet aan de werkwijze van het hof.

668. De maatstaf dat een veroordeling moet worden uitgelegd in het licht van het doel en de strekking van de veroordeling is later herhaald.⁹⁰⁵ In de zaak die leidde tot een arrest van 23 februari 2007 was een veroordeling tot rectificatie uitgesproken. Die rectificatie is vervolgens verricht, maar daar was commentaar aan toegevoegd. De vraag was of onder die omstandigheden wel was voldaan aan de veroordeling. De Hoge Raad stelde voorop dat de vraag aan de orde was of door commentaar toe te voegen, wel ‘behoorlijk’ uitvoering is gegeven aan de veroordeling. Om die vraag te beantwoorden dient hetgeen ter uitvoering van het veroordelend vonnis is verricht, te worden getoetst aan de inhoud van de veroordeling, zoals deze door uitleg moet worden vastgesteld. Bij die uitleg dient het doel en de strekking van de veroordeling tot richtsnoer te worden genomen in die zin dat de veroordeling niet verder strekt dan tot het bereiken van het daarmee beoogde doel. In dit geval was het doel van de veroordeling om de smet die op de reputatie van de betrokken persoon was geworpen, zoveel mogelijk te herstellen. Om dat doel te bereiken, mocht de rectificatie niet opnieuw worden gevolgd of voorafgegaan door mededelingen en/of commentaar waardoor de reputatie opnieuw in

⁹⁰⁵ Bijvoorbeeld HR 15 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9400, NJ 2004/410 (*Van der Valk Plaza/Eilandgebied Curaçao*); HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3085, NJ 2007/433, m.nt. E.J. Dommering.

diskrediet zou worden gebracht, omdat daardoor de rectificatie weer zou worden ontkracht. De bijzonderheid aan deze zaak is natuurlijk gelegen in het feit dat het bevel tot rectificatie met het impliciete verbod om daar commentaar aan toe te voegen het recht op vrije meningsuiting beperkt. In het licht van het feit dat de beperking daarvan proportioneel moet zijn aan het daarmee nagestreefde doel enerzijds en anderzijds de eis dat een bevel voldoende duidelijk moet zijn afgebakend, moet worden aangenomen dat slechts van een ontkrachting van de rectificatie kan worden gesproken wanneer in redelijkheid niet kan worden betwijfeld dat de toegevoegde mededelingen en/of commentaar dat gevolg hebben.

669. Waar het mij om gaat is dat ook in dit arrest voorop is gesteld dat bij de uitleg van de veroordeling het doel en strekking van de veroordeling tot uitgangspunt dient te worden genomen en dat ervan uit gegaan moet worden dat de veroordeling niet verder strekt dan tot het bereiken van het daarmee beoogde doel. Dat een veroordeling om iets te doen wordt uitgelegd in het licht van het doel van de veroordeling is een logische en nuttige maatstaf. Iedere veroordeling is erop gericht de schending van een rechtsplicht ongedaan te maken en dient, zoals hiervoor als meermaals naar voren is gebracht, niet verder te strekken dan het ongedaan maken of voorkomen van die schending. Aangenomen mag worden dat de rechter die een veroordeling formuleert zijn veroordeling vanuit dat uitgangspunt uitspreekt en dat niet bedoeld is om nog iets anders te bereiken.

10.6 Executiegeschil

670. Hiervoor is het begrip ‘executiegeschil’ al een aantal keer voorbij gekomen. Het executiegeschil is onmisbaar als sluitstuk van het rechterlijk bevel en verbod. Het is de enige plek waar duidelijkheid kan worden verkregen over de uitleg van een dictum en dus - meestal - over de vraag of er dwangsommen zijn verbeurd. In de jurisprudentie van de Hoge Raad is te zien dat het executiegeschil voor diegenen die deel uitmaken van de rechtspraktijk iets vanzelfsprekends is. Zo overwoog de Hoge Raad in een arrest van 21 oktober 1983, dat betrekking had op terugvordering van verleende bijstand: *‘Of te zijner tijd deze voorwaarden zullen zijn vervuld, zal zo nodig aan de orde kunnen komen in een executiegeschil.’*⁹⁰⁶ En ook in een arrest van 23 januari 1998 wordt overwogen: *‘Mocht over de reikwijdte van het verbod toch een verschil van mening ontstaan, dan zal daarover in een executiegeschil kunnen worden beslist.’*⁹⁰⁷ Dat is allemaal waar. En soms kun je als rechter niet overzien welke gevolgen een bevel of verbod heeft. Toch vraag ik er de aandacht voor dat een executiegeschil weliswaar ‘van onze kant van de tafel’ bezien niet ingrijpend is, maar dat het een echte procedure is waarvoor partijen die erin verzeild raken soms forse kosten moeten maken. Een rechter die zich ervan bewust is dat zijn voorgenomen dictum uitvoeringsproblemen zal geven, dient zich nog eens achter de oren te krabben over de vraag of dat dictum wel juist is.

10.7 De vrijheid van de rechter en het Unierecht

671. De nationale rechter moet in sommige gevallen het Unierecht ambtshalve toepassen.⁹⁰⁸ Bij die ambtshalve toepassing doorbreekt de rechter het uitgangspunt van de partij-autonomie omdat hij de grondslag van de stellingen van partijen aanvult.

672. Een vraag die voor de vrijheid van de rechter bij het geven van een rechterlijk bevel of verbod van belang is, is of de verplichting tot ambtshalve toepassing van het Unierecht ook een verplichting meebrengt om buiten de door de eisende partij getrokken grenzen van het petitum te treden. Vanuit het oogpunt van effectieve rechtsbescherming is daar iets voor te zeggen: als de rechter ziet dat het petitum niet zodanig juist is geformuleerd dat de effectieve werking van het Unierecht kan worden

⁹⁰⁶ HR 21 oktober 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4671, *NJ* 1984/804, m.nt. F.H.J. Mijnsen.

⁹⁰⁷ HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2553, *NJ* 2000/544.

⁹⁰⁸ Zie over de ambtshalve toepassing van Unierecht: Ancery 2012. Zie over de reikwijdte van de verplichting tot ambtshalve toepassing van het Unierecht bijvoorbeeld Keus 2019/15.56 en Van Leuken 2018. Zie ook de conclusie van A-G Wissink vóór HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677 en ECLI:NL:PHR:2021:758.

verzekerd, zou hij een dictum kunnen afgeven waarmee die effectieve werking wel wordt gegarandeerd. Tegen die benadering zijn echter bezwaren aan te voeren, die in het bijzonder verband houden met het uitgangspunt dat het partijen zijn die de rechtsstrijd bepalen en dat zij uitsluitend binnen die rechtsstrijd hebben gedebatteerd. Daarom moet worden aangenomen dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming niet ertoe dwingt om buiten de door het petitum getrokken grenzen te treden.

673. Het startpunt bij beantwoording van de vraag of de rechter buiten de grenzen van het petitum mag treden bij de (ambtshalve) toepassing van het Unierecht is het gegeven dat artikel 23 Rv mede het beginsel van hoor en wederhoor beschermt. Dat fundamentele beginsel van procesrecht staat er in ieder geval aan in de weg dat de rechter zonder de andere partij daarover te horen, een bepaalde beslissing neemt.⁹⁰⁹ Dat uitgangspunt onderstreept het belang van de opdracht aan de rechter om als uitgangspunt binnen de grenzen van het petitum te blijven.

674. De vraag of de rechter buiten de grenzen van het petitum om een vordering (zelf moet bedenken en) mag toewijzen om de effectieve werking van het Unierecht te verzekeren is door het Hof van Justitie nog niet beantwoord.⁹¹⁰ Er zijn aan de jurisprudentie van het Hof van Justitie wel aanwijzingen te ontleen voor een ontkennende beantwoording van die vraag. In de eerste plaats is daarvoor nog steeds het arrest *Van Schijndel* van belang.⁹¹¹

675. Van Schijndel verzette zich tegen de verplichte deelneming in een voor hem aangewezen pensioenregeling. Voor het eerst in cassatie voerde hij aan dat de rechter ambtshalve had moeten beoordelen of de verplichte deelneming verenigbaar was met hogere regels van (destijds) gemeenschapsrecht. Die stelling had hij in feitelijke instanties niet aan zijn vordering ten grondslag gelegd en behoorde dus niet tot de rechtsstrijd van partijen. De Hoge Raad legde vervolgens aan het Hof van Justitie onder meer de vraag voor of de rechter gehouden was de mededingingsbepalingen van het Unierecht ambtshalve toe te passen, ook als de rechter de hem in beginsel passende lijdelijkheid zou moeten verzaken omdat hij buiten de grenzen van de rechtsstrijd zou moeten treden en/of zich zou moeten baseren op andere feiten en omstandigheden dan die welke de procespartij die bij de toepassing belang heeft, aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd. Het Hof van Justitie oordeelde dat de rechter die op grond van het nationale recht verplicht is ambtshalve de aan een interne regel van dwingende aard ontleende rechtsgronden in het geding te brengen, ook verplicht is dat te doen met dwingende regels van gemeenschapsrecht. Dit is een toepassing van het gelijkwaardigheidsbeginsel. Ook als de rechter (slechts) de bevoegdheid heeft de dwingende rechtsregel toe te passen, zal hij dat moeten doen. Die toepassing van het gelijkwaardigheidsbeginsel beantwoordt nog niet de vraag of de rechter ambtshalve het Unierecht moet toepassen in het geval hij naar nationaal recht *niet* bevoegd of verplicht is een interne regel van dwingend recht ambtshalve toe te passen. Ook die vraag moet worden beantwoord aan de hand van de *Rewe* en *Comet*-richtlijnen. Bij beantwoording van de vraag of aan de voorwaarden daarvan voldaan wordt, hecht het Hof van Justitie waarde aan het gegeven dat het initiatief voor een procedure bij partijen ligt en dat de rechter daarin alleen kan ingrijpen in uitzonderingsgevallen waarin het openbaar belang zijn ingrijpen vereist. De rechter is daarom niet verplicht om ambtshalve een rechtsgrond in het geding te brengen wanneer hij de hem passende lijdelijkheid zou moeten verzaken door buiten de rechtsstrijd van partijen te treden en zich te baseren

⁹⁰⁹ In zijn arrest van 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677, *NJ* 2022/89, heeft de Hoge Raad benadrukt dat de rechter die een overeenkomst ambtshalve overweegt te vernietigen, de verschenen partijen in de gelegenheid moet stellen zich daarover uit te laten.

⁹¹⁰ Ook de Hoge Raad heeft die vraag nog niet beantwoord. Ambtshalve vernietiging van een overeenkomst in een consumentengeschil leidt tot afwijzing van een wel geformuleerde vordering, niet tot toewijzing van een niet geformuleerde vordering. In zijn conclusie voor HR 12 november 2021 ECLI:NL:HR:2021:1677, *NJ* 2022/89 tekent A-G Wissink aan dat hem ook geen gevallen bekend zijn van ambtshalve veroordelingen tot nakoming van een overeenkomst.

⁹¹¹ HvJ 14 december 1995, zaken C-430 en 431/93, ECLI:EU:C:1995:441, *NJ* 1997/116 en 117, m.nt. H.J. Snijders en P.J. Slot onder *NJ* 1997/118 (*Van Schijndel*).

op andere feiten en omstandigheden dan die welke de partij die bij de toepassing belang heeft, aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd, tenzij de uitoefening van de aan het Unierecht ontleende rechten uiterst moeilijk of zelf onmogelijk wordt gemaakt door de nationale procesregel die daaraan in de weg staat.

676. In het arrest *Van Schijndel* heeft het Hof van Justitie voor die mededingingsrechtelijke zaak het beginsel van partij-autonomie daarmee aanvaard. De rechter dient alleen ambtshalve en buiten de rechtsstrijd van partijen op te treden in uitzonderingsgevallen waarin het openbaar belang zijn ingrijpen vereist. Uit het arrest kan in ieder geval niet worden afgeleid dat het Unierecht vereist dat artikel 23 Rv wordt losgelaten. Het arrest wijst veeleer in een andere richting. De eis dat een partij haar vordering formuleert en dat de rechter de aldus getrokken grenzen respecteert maakt de uitoefening van het Unierecht immers niet uiterst moeilijk of onmogelijk.⁹¹² Die eisende partij kan ook een juiste vordering instellen en dan kan het Unierecht volledig tot zijn werking komen.

677. Op het arrest *Van Schijndel* werd door de Franse regering een beroep gedaan in de zaak *Rampion*.⁹¹³ De Franse regering voerde aan dat in die zaak, waarin de consument van de rechter geen verval van de door hem verschuldigde rente verlangde, deze rechter niet ambtshalve in aanmerking kan nemen dat aan bepaalde formaliteiten bij verstrekking van het krediet niet is voldaan, zonder daarmee ‘ultra petita’ te gaan. Die stelling bood het Hof van Justitie de mogelijkheid op het vraagstuk nader in te gaan. Het Hof van Justitie zag daartoe geen aanleiding omdat de verwijzingsrechter ‘met geen woord’ over die sanctie had gerept.

678. Ook in het *Lintner*-arrest is bevestigd dat de rechter niet ambtshalve buiten de rechtsstrijd van partijen hoeft te treden. Meer specifiek oordeelde het Hof van Justitie dat de rechter niet verplicht is om ook andere bedingen dan die waarvan de consument heeft gesteld dat ze oneerlijk zijn, ambtshalve en individueel te toetsen.⁹¹⁴ De rechter moet blijven binnen de grenzen van voorwerp van het geding, waarmee het Hof van Justitie bedoelt het resultaat dat een partij met haar aanspraken nastreeft, rekening houdend met de daartoe ingestelde vorderingen en aangevoerde middelen. Wat het nagestreefde resultaat is, zal in de regel uit het petitum blijken. Annotator Loos plaatst de beslissing van het Hof van Justitie om die reden nadrukkelijk in het kader van het verbod aan de rechter om buiten het petitum te treden.

679. Ambtshalve toepassing van het Unierecht is met name in consumentenzaken aan de orde. De bescherming aan consumenten wordt geboden door de voorschriften in richtlijnen. Zoals ik hiervoor heb uitgewerkt voor de Richtlijn oneerlijke bedingen (paragraaf 5.8), heeft die Richtlijn vergaande invloed op de remedies waarin het nationale recht moet voorzien. Ten aanzien van de oneerlijke bedingen brengt toepassing van de Richtlijn mee dat een oneerlijk beding buiten toepassing moet blijven. Die sanctie zal veelal toegepast moeten worden in situaties waarin een consument als gedaagde optreedt. In die situaties is de vraag of buiten het petitum moet worden getreden dus niet aan de orde. Maar omgekeerd zou een consument als eiser geconfronteerd kunnen worden met een algemene voorwaarde die een nakomingsvordering tegen de gebruiker van de algemene voorwaarden uitsluit. Die algemene voorwaarde zal al snel als een oneerlijk beding moeten worden gekwalificeerd. Die kwalificatie is echter niet van belang voor het formuleren van het petitum waarin simpelweg nakoming kan worden gevorderd. Het onredelijk bezwarende of oneerlijke karakter van het betreffende beding zal in de procedure aan de orde kunnen worden gesteld en het beding zal door de rechter vernietigd kunnen worden. De ambtshalve toepassing van het Unierecht dwingt dan niet tot ambtshalve aanpassing van het petitum.

⁹¹² Ancery 2012/205 en 206.

⁹¹³ HvJ 4 oktober 2007, zaak C-429/05, ECLI:EU:C:2007:575, NJ 2008/37, m.nt. M.R. Mok (*Rampion*).

⁹¹⁴ HvJ 11 maart 2020, ECLI:EU:C:2020:188, NJ 2020/374, m.nt. M.B.M. Loos (*Lintner*).

680. Een voorbeeld is te vinden in een arrest van de Hoge Raad van 13 november 2021 op prejudiciële vragen. De Hoge Raad heeft daarin een verplichting tot ambtshalve vernietiging aangenomen in geval (bepaalde) informatieverplichtingen uit de artikelen 6:230m en 6:230v BW niet zijn nagekomen.⁹¹⁵ Die artikelen vormen de implementatie van de artikelen 5 en 8 van de Richtlijn consumentenrechten. De ambtshalve vernietiging (geheel of partieel) van de overeenkomst leidt er in dergelijke gevallen echter niet toe dat de rechter buiten het petitum treedt, maar leidt er slechts toe dat een wel geformuleerde vordering wordt afgewezen of dat minder wordt toegewezen dan gevorderd.

681. De conclusie dat het Unierecht niet tot ambtshalve aanpassing van het petitum leidt wordt niet anders indien de consument, die door het oneerlijke beding op het verkeerde been is gezet, als eiser schadevergoeding in plaats van nakoming vordert. De effectieve werking van het Unierecht vereist niet dat de rechter die vordering ambtshalve omzet in een nakomingsvordering – misschien is de consument daar ook helemaal niet op uit. Waar het om gaat is dat de consument die nakoming gewoon had kunnen vorderen en dat de werking van het Unierecht dan op enig moment aan de orde kan komen.⁹¹⁶

682. Ancery plaatst dit vraagstuk in het licht van het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende recht op hoor en wederhoor omdat partijen die worden geconfronteerd met een rechter die ambtshalve een vordering bedenkt en toewijst worden gefrustreerd in hun recht om over die vordering te debatteren.⁹¹⁷ Het is zonder meer waar dat de rechter partijen niet mag confronteren met een vordering die zij niet zelf hebben ingesteld en waarover zij niet hebben kunnen debatteren. Maar als het Unierecht zou vereisen dat de rechter de partij-autonomie laat voor wat deze is om de effectieve werking van het Unierecht te verzekeren, is daar wel een mouw aan te passen. Zo zou de rechter een tussenvonnis kunnen wijzen waarin hij aangeeft voornemens te zijn iets anders toe te wijzen dan gevorderd of hij zou dit op een zitting aan de orde kunnen stellen, waarna partijen zich daarover kunnen uitlaten en/of hun eis kunnen wijzigen.⁹¹⁸ Dit is echter een theoretische discussie: het Unierecht dwingt hier niet toe.⁹¹⁹

683. In het arrest *Heesakkers/Voets* heeft de Hoge Raad erkend dat de appelrechter gehouden is ambtshalve na te gaan of een beding uit het oogpunt van de Richtlijn oneerlijke bedingen, oneerlijk is, ook indien hij daarbij buiten het door de grieven ontsloten gebied moet treden.⁹²⁰ Die zaak had betrekking op een vordering van een aannemer op een consument waarin de verplichting tot betaling van een contractuele rente aan de orde was. Voor de discussie over de vraag wat er moest gebeuren met het beding op grond waarvan die contractuele rente verschuldigd was, speelde geen rol of de rechter buiten het petitum moest treden. Het buiten toepassing laten van het beding zou slechts leiden tot toewijzing van minder dan gevorderd. Het arrest is in zoverre niet van belang voor de vraag die ik hier aan de orde stel. Na zijn vaststelling dat de appelrechter ook buiten het door de grieven ontsloten gebied recht van openbare orde dient toe te passen, overwoog de Hoge Raad tamelijk nadrukkelijk dat die rechter de grenzen van de rechtsstrijd van partijen moet respecteren. Als voorbeeld noemde de Hoge Raad de situatie waarin tegen de toe- of afwijzing van een vordering in hoger beroep niet is opgekomen, zodat de rechter niet bevoegd is over die vordering een beslissing te geven. In het arrest

⁹¹⁵ HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677, *NJ* 2022/89.

⁹¹⁶ Vgl. Ancery 2012/204.

⁹¹⁷ Ancery 2012/206.

⁹¹⁸ De Hoge Raad heeft in het arrest *Heesakkers/Voets* benadrukt dat de rechter die ambtshalve het Unierecht toepast de beginselen van hoor en wederhoor in acht moet nemen en partijen in de gelegenheid moet stellen zich hierover uit te laten en hun stellingen zo nodig aan te passen. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*). Ancery onderkent die mogelijkheid overigens ook, zie Ancery 2012/212.

⁹¹⁹ In de situatie waarin de rechter een overeenkomst ambtshalve wil vernietigen in een procedure tegen een consument, dient hij de verschenen partijen overigens ook in de gelegenheid te stellen zich daarover uit te laten. Zie HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677, *NJ* 2022/89.

⁹²⁰ HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*).

Trudo, waarin de Hoge Raad zijn beslissing in *Heesakkers/Voets* uitlegde is nader uiteen gezet dat de rechter weliswaar buiten de grieven mag treden om de regels van de Richtlijn oneerlijke bedingen toe te passen, maar dat hij binnen de grenzen van de rechtsstrijd moet blijven.⁹²¹

684. Het oordeel van de Hoge Raad in *Heesakkers/Voets* over het voorbeeld, dat in hoger beroep niet is opgekomen tegen een toe- of afwijzing van een vordering, zodat de rechter niet bevoegd is een beslissing daarover te geven, ligt weliswaar voor de hand, maar ik zie er een aanwijzing in dat de rechter ook volgens de Hoge Raad niet buiten het petitum behoeft te treden bij de ambtshalve toepassing van het Unierecht. Dat het voor de hand ligt dat de rechter niet ambtshalve behoeft te oordelen over de toe- of afwijzing van een vordering is omdat de appelrechter niet een bredere toezichthoudende taak heeft buiten de rechtsstrijd van partijen. Er zijn heel veel (juiste en onjuiste) vonnissen waarin over consumentenrechten wordt beslist en die überhaupt niet bij de appelrechter komen. Een nationale appelrechter heeft niet tot taak al die vonnissen te toetsen. Dat is dus niet anders indien een bepaalde vordering deel uitmaakt van een groter geheel van vorderingen en in hoger beroep slechts een of enkele van die vorderingen nog aan de orde zijn.

685. Wat het arrest benadrukt is dat de grenzen van de rechtsstrijd door partijen worden bepaald. Juist het petitum is maatgevend bij het bepalen van de grenzen van de rechtsstrijd. Als de door partijen getrokken grenzen van de rechtsstrijd moeten worden gerespecteerd, ligt het daarom voor de hand ook de grenzen van het petitum te respecteren. Dit betekent dat het recht op effectieve rechtsbescherming geen afbreuk doet aan het nationale uitgangspunt dat de rechter niet buiten het petitum mag treden en niet méér mag toewijzen dan gevorderd. De in artikel 3:296 BW neergelegde eis dat een rechterlijk bevel en verbod gevorderd moeten worden door een partij, zodat zij niet ambtshalve kunnen worden uitgesproken, is dan ook niet in strijd met de eisen die uit het Unierecht volgen.

10.8 Conclusie

686. In dit hoofdstuk heb ik de rol en de vrijheid van de rechter onderzocht. De rechter is vooral gebonden wanneer het aankomt op het geven of weigeren van een bevel of verbod. En hoewel uit mijn zoektocht naar de ruimte voor de rechter mogelijk iets anders afgeleid kan worden beken ik kleur: het is maar goed ook dat de rechter is gebonden. Wie ergens recht op heeft, moet dat recht immers kunnen afdwingen. Het kan en mag niet zo zijn dat een rechter naar eigen inzicht een recht dat iemand toekomt en belangen die daarbij over en weer bestaan, afweegt en dan oordeelt dat het recht weliswaar bestaat, maar in een specifiek geval niet kan worden afgedwongen. Een dergelijke bevoegdheid van de rechter zou niet alleen de rechtszekerheid een forse knauw toebrengen, maar ook afdoen aan de effectiviteit van artikel 3:296 BW. Dat zou niet alleen een probleem zijn ten aanzien van uit supranationaal recht voortvloeiende normen, maar ook ten aanzien van normen die uit zuiver nationaal recht voortvloeien. Zoals ik al eerder in dit boek opmerkte: die normen zijn er niet voor niets.

687. De vrijheid die de rechter in kort geding heeft doet aan dit uitgangspunt niet af. Die vrijheid bestaat immers ook niet in het luchtledige, maar gaat uit van de toets aan normen die moeten kunnen worden afgedwongen. Ook in kort geding is dat het uitgangspunt, zij het dat de rechter in kort geding de rechtsverhouding tussen partijen niet bindend kan vaststellen. De belangenafweging die in kort geding wordt gemaakt houdt met dat voorlopige karakter van het oordeel rekening en weegt tegen elkaar af de ingrijpendheid van de gevolgen van een bevel of verbod en de schade die ontstaat indien een bevel of verbod achterwege blijft. Ook die belangenafweging in kort geding is dus niet een weging in alle vrijheid van de waarde die een bepaalde rechter aan bepaalde rechten toekent.

688. De gebondenheid van de rechter aan rechten die partijen toekomen is dus een groot goed. En tegelijkertijd bestaan ook die rechten niet in het luchtledige. De norm die door de wetgever is geformuleerd is een algemene norm, de toepassing door de rechter is specifiek. In die specifieke

⁹²¹ HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340, NJ 2017/214, m.nt. H.B. Krans (*Trudo*).

toepassing kunnen zich problemen voordoen die door de wetgever niet zijn voorzien, of kan de toepassing van een algemeen rechtsbeginsel zoals het proportionaliteitsbeginsel zich tegen de toepassing van een bepaalde norm in een bepaald geval verzetten. Als noodventiel kunnen dan de leerstukken van redelijkheid en billijkheid en misbruik van recht worden aangewend. Die worden ook in de remediefase toegepast en geven de rechter de mogelijkheid een werkelijk disproportionele remedie te weigeren. Die mogelijkheden doen aan de effectiviteit van de remedie niet af, althans niet in onaanvaardbare mate. Op een disproportionele remedie heeft niemand recht en geen rechtsregel, ook niet artikel 3:296 BW, dwingt tot toepassing van een disproportionele remedie.

689. Ik heb hiervoor uiteengezet dat de ruimte van de rechter in de remedie-fase beperkt is. Maar in de normeringsfase is meer ruimte te vinden, in het bijzonder bij de toepassing van de ongeschreven zorgvuldigheidsnormen of bij de uitleg van een overeenkomst. Het gaat daar weliswaar om een rechterlijke vrijheid die niet strikt met de toepassing van het bevel en verbod te maken heeft (de normeringsfase moet ook worden doorlopen indien schadevergoeding wordt gevorderd), maar wanneer het gaat om de proportionele toepassing van een remedie kan het één niet helemaal los worden gezien van het ander.

690. In hoofdstuk 6 (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 onderzoek naar de rol en de vrijheid van de rechter geeft tegen de achtergrond van deze eisen geen reden tot zorg. Het ontbreken van een discretionaire bevoegdheid van de rechter geeft gewicht aan de eis dat materiële rechten kunnen worden afgedwongen. De wat grotere vrijheid in kort geding doet geen afbreuk aan de preventieve beschikbaarheid of de tijdigheid van de remedie. Ik heb in dit hoofdstuk laten zien dat er voor de rechter ook in de remediefase correctiemechanismen zijn die een proportionele aanwending van het rechterlijk bevel en verbod mogelijk maken. Voor de afschrikkendheid verwijs ik naar hetgeen ik daarover in de conclusie van hoofdstuk 7 opmerkte: het rechterlijk bevel of verbod als zodanig mag wellicht niet afschrikkend werken, in combinatie met een passende dwangsom zullen de meeste veroordeelden hun gedrag erdoor laten leiden.