



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).

13. Conclusie

13.1 Inleiding

840. Het onderzoek was gericht op beantwoording van de volgende vragen: ¹¹¹⁰

- a) *Bestaat een aanspraak op een preventieve remedie?*
- b) *Aan welke eisen moet een remedie voldoen om effectief te zijn?*
- c) *Voldoet de huidige wettelijke regeling van het rechterlijk bevel en verbod aan die eisen?*

De eerste vraag is niet eenduidig te beantwoorden. Wel heb ik kunnen vaststellen welke eisen aan een effectieve remedie kunnen worden gesteld. Het antwoord op de vraag of het rechterlijk bevel en verbod voldoen aan de eisen die aan een effectieve remedie kunnen worden gesteld, luidt per saldo bevestigend. Ik werk die conclusie als volgt uit.

13.2 Het recht op een preventieve remedie

841. Mijn veronderstelling vooraf was dat in ieder geval een remedie preventief beschikbaar moet zijn om in de daarvoor in aanmerking komende gevallen, effectieve rechtsbescherming te kunnen bieden. De onderzoeksvraag was er mede op gericht te onderzoeken of er een recht bestaat op een preventieve remedie, dus een remedie waarmee schending van een rechtsplicht kan worden voorkomen. Het antwoord op die vraag is naar nationaal recht relatief eenvoudig en onomwonden te geven, maar naar supranationaal recht niet.

842. Naar nationaal recht volgt het antwoord op de vraag of er een preventieve remedie beschikbaar moet zijn, op het oog eenvoudigweg uit artikel 3:296 BW. ¹¹¹¹ Afgezien van de in dat artikel opgenomen uitzonderingen geldt als hoofdregel dat een aanspraak bestaat op een preventieve remedie. In de parlementaire toelichting op dit artikel zijn er nauwelijks woorden aan vuil gemaakt, zo vanzelfsprekend was dat kennelijk. Die aanspraak op een preventieve remedie past ook bij de doelen van het procesrecht en het aansprakelijkheidsrecht. ¹¹¹² Het hoofddoel van het procesrecht is immers de verwezenlijking van het materiële recht en het doel van het materiële recht is niet dat het geschonden wordt, maar dat het nageleefd wordt. Die aanspraak op een preventieve remedie bestaat bovendien niet alleen op individueel niveau, maar ook op collectief niveau bij groepsacties of bij algemeen belang acties. ¹¹¹³ Ik heb uitgewerkt dat bij die doelen van het procesrecht en het materiële recht past dat preventief voorkomen moet kunnen worden dat een rechtsplicht wordt geschonden. Artikel 3:296 BW voorziet daarin.

843. De mogelijkheden die artikel 3:296 BW geeft zijn vanzelfsprekend niet onbeperkt. Niet alleen bevat het artikel zelf enkele uitzonderingsgronden, maar het recht op naleving van een rechtsplicht kan ook op andere gronden worden beperkt. Artikel 3:296 BW zelf noemt de wet, de aard van de verplichting en de rechtshandeling als uitzonderingsgronden. Algemene leerstukken die aan een rechterlijk bevel of verbod in de weg staan en die ik heb uitgewerkt zijn de redelijkheid en billijkheid en misbruik van bevoegdheid als verbijzondering daarvan, verval van recht, rechtsverwerking en verjaring. ¹¹¹⁴ Het bestaan van die uitzonderingsgronden doet niet af aan mijn conclusie dat er naar nationaal recht een aanspraak op een preventieve remedie bestaat. De uitzonderingen zijn niet meer dan dat en laten de hoofdregel dus onaangetast.

844. De kous lijkt daarmee naar nationaal recht af. Met die nationaalrechtelijke kous is in zekere zin ook het pleit beslecht voor de aanspraken die uit het supranationale recht voortvloeien. Wanneer

¹¹¹⁰ Paragraaf 1.1.

¹¹¹¹ Hoofdstuk 7.

¹¹¹² Paragraaf 3.2 en 3.3.

¹¹¹³ Hoofdstuk 12.

¹¹¹⁴ Paragraaf 8.5.1, 8.5.2, 8.5.7, 8.5.4 en 8.6.1.

die aanspraken afdwingbare rechtsplichten meebrengen (meestal: voor de Staat), kan via de band van artikel 3:296 BW een preventieve remedie voor die supranationale verplichtingen worden gevonden. Ook die preventieve remedie is niet zonder uitzonderingen of beperkingen. In het bijzonder wanneer de Staat partij in het geding is en hem beleids- of beoordelingsruimte toekomt, of wanneer er een *margin of appreciation* voor de Staat is, zal een bevel of verbod niet steeds kunnen worden uitgesproken.¹¹¹⁵ Ook dat doet geen afbreuk aan de conclusie dat er een aanspraak op een preventieve remedie bestaat. Het bestaan van beleids- of beoordelingsruimte heeft immers geen invloed op de remedie als zodanig, maar beïnvloedt het bestaan (of niet-bestaan) van een bepaalde duidelijk vast te stellen rechtsplicht. Zodra ondanks de beleids- of beoordelingsruimte een rechtsplicht voor een overheidslichaam kan worden vastgesteld, geldt de hoofdregel van artikel 3:296 BW dat die rechtsplicht ook preventief kan worden afgedwongen.

845. Het onderzoek naar de eisen die het supranationale recht stelt aan de (beschikbaarheid en randvoorwaarden van) remedies heb ik uitgevoerd in verband met de vraag welke eisen er aan een effectieve remedie mogen worden gesteld.¹¹¹⁶ Die vraag gaat verder dan alleen het recht op een preventieve remedie als zodanig. Ook een niet-preventieve (vergoedende) remedie zal immers aan bepaalde voorwaarden moeten voldoen. Die voorwaarden heb ik uitgewerkt in de hoofdstukken 4, 5 en 6 en vat ik hieronder nog samen. Als echter wordt aangenomen dat schadevergoeding subsidiair is aan nakoming, dan zal de mate waarin een remedie effectief kan worden geacht, nauw samenhangen met de preventieve beschikbaarheid ervan.

846. Het antwoord op de vraag of naar Unierecht of naar de eisen die uit het EVRM voortvloeien, een preventieve remedie beschikbaar moet zijn, is niet eenduidig te geven. Zonder twijfel laten het Unierecht en het EVRM preventieve remedies toe, zodat het rechterlijk bevel en verbod tot het Unierechtelijke instrumentarium en tot het instrumentarium van het EVRM behoren. Tegelijkertijd is een algemeen geldend recht op een preventieve remedie door het EHRM niet aangenomen. Ook het Hof van Justitie heeft dat niet gedaan. Er zijn echter aanwijzingen te vinden dat een preventieve remedie in veel gevallen wel degelijk wordt vereist.

847. Ten aanzien van het EVRM is uitgemaakt dat een effectieve remedie vereist is om een verdragsschending te beëindigen. Die beëindiging heeft (ook) een preventief karakter omdat een verdere schending wordt voorkomen. Het is vaak geen grote stap van de beëindiging van een schending van een verdragsrecht naar het voorkomen van die schending. Denk aan de situatie waarin ten aanzien van een gedetineerde wordt geoordeeld dat de detentie-omstandigheden in een bepaalde inrichting onmenselijk zijn en moeten worden verbeterd. Een tweede gedetineerde die dreigt te worden overgeplaatst naar diezelfde inrichting zal met goed recht op voorhand die situatie aan de orde moeten kunnen stellen. Niet voor niets vereist artikel 13 EVRM 'a remedy to enforce the substance of the Convention rights.' Hoewel artikel 13 EVRM niet dwingend voorschrijft welke remedies beschikbaar moeten zijn, zijn er dus wel aanwijzingen dat schending van een verdragsrecht moet worden voorkomen als dat nog mogelijk is. De jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot de redelijke termijn¹¹¹⁷ laat vrij helder de voorkeur voor een preventieve remedie boven schadevergoeding zien en in het geval van een dreigende en onomkeerbare schending van het EVRM in een vreemdelingenrechtelijke context, heeft het EHRM aangenomen dat die moet worden voorkomen.

848. Uit de eis van effectieve rechtsbescherming in het Unierecht kan een voorkeur voor een preventieve remedie worden afgeleid, maar de preventieve beschikbaarheid van een remedie heeft niet als algemene eis te gelden. Wel kan aan het Unierecht worden ontleend dat een remedie doeltreffend, evenredig en afschrikkend moeten zijn. Ook daarvoor geldt dat de preventieve beschikbaarheid van een remedie goed in die eisen past, maar er niet noodzakelijkerwijs uit voortvloeit. Tegelijkertijd is

¹¹¹⁵ Paragraaf 12.7 en 12.8.

¹¹¹⁶ Hoofdstuk 4 over het EVRM en hoofdstuk 5 over het Unierecht.

¹¹¹⁷ Paragraaf 4.4.

aanvaard dat voorlopige maatregelen beschikbaar moeten zijn om een situatie die strijdig is met het Unierecht, te beëindigen. De stap naar een volledig preventieve remedie die een strijdigheid voorkomt, is ook hier niet groot. Op specifieke terreinen zoals het aanbestedingsrecht en in het bijzonder het consumentenrecht, worden bovendien wel degelijk preventieve remedies door het Unierecht voorgeschreven. Hoewel het Unierecht niet in algemene zin de beschikbaarheid van een preventieve remedie voorschrijft, is het mede daarom niet moeilijk om te betogen dat er een duidelijke Unierechtelijke voorkeur bestaat voor de daadwerkelijke nalevering van het Unierecht en daarmee voor een preventieve remedie.

13.3 De eisen die aan een preventieve effectieve remedie moeten worden gesteld

849. De tweede onderzoeksvraag was welke eisen aan een effectieve remedie mogen worden gesteld. Als uitkomst van het onderzoek naar de eisen die aan een effectieve remedie kunnen worden gesteld heb ik geformuleerd dat een preventieve effectieve remedie

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

850. In de conclusies van de afzonderlijke hoofdstukken 7-12 heb ik steeds getoetst in hoeverre aan deze eisen wordt voldaan. Deze eisen vloeien deels voort uit het Unierecht, maar kunnen ook binnen een nationaal kader worden toegepast. Zo is de eis dat een remedie afschrikkend is, niet in de nationale jurisprudentie geformuleerd, maar kan hij wel een functie hebben.¹¹¹⁸ Meer impliciet speelt die eis bovendien wel degelijk een rol. Het procesrecht heeft immers mede een ‘bedreigingsfunctie’ die anderen met gelijke plannen als de veroordeelde ervan moet weerhouden die plannen door te zetten. Het uitspreken van een rechterlijk bevel of verbod kan op die manier, hoewel het niet iets verbiedt wat niet al verboden was, of iets opdraagt waartoe iemand niet al gehouden was,¹¹¹⁹ een afschrikkende functie hebben. De afschrikkendheid is dan daarin gelegen dat door het bevel of verbod duidelijk wordt gemaakt dat rechten kunnen worden afgedwongen en gehandhaafd. Wanneer het gaat om daadwerkelijke afschrikking, zijn het echter eerder de dwangmiddelen zoals de dwangsom of lijfswang die in beeld komen, dan het bevel of verbod als zodanig.

851. Een andere eis die aan remedies moet worden gesteld en die in het Unierecht meer aandacht krijgt dan in het nationale recht, is die van de proportionaliteit.¹¹²⁰ Het proportionaliteitsbeginsel speelt in het Unierecht een algemene rol bij de toepassing van remedies. Artikel 3:296 BW stelt niet als voorwaarde dat de nakoming van de rechtsplicht proportioneel moet zijn voordat een rechterlijk bevel of verbod kan worden uitgesproken. De eis van proportionaliteit heeft ook daar echter een correctiefunctie die tot werking komt door de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid of het leerstuk misbruik van bevoegdheid.

852. De eisen van tijdigheid en preventieve beschikbaarheid lopen in zekere mate parallel. Tijdigheid kan betekenen dat een remedie preventief kan worden aangewend. Een niet tijdig aangewende remedie kan echter nog steeds een preventief karakter hebben als de inbreuk op het materiële recht voortduurt.

853. De eis dat materiële rechten kunnen worden afgedwongen sluit nauw aan bij het belangrijkste doel van het procesrecht, namelijk rechtsverschaffing. Ik heb uitgewerkt dat het procesrecht dienend is

¹¹¹⁸ Het is wel een factor die veelal kenbaar wordt gehanteerd bij de toepassing van dwangmiddelen, maar dan speelt het uitsluitend op individueel niveau een rol.

¹¹¹⁹ Paragraaf 7.4 en 10.3.5.

¹¹²⁰ Paragraaf 5.6.

aan het materiële recht. De beschikbaarheid van doeltreffende remedies is daarvoor een voorwaarde en die doeltreffendheid is vooral daarin gelegen dat het materiële recht dat is of dreigt te worden geschonden, wordt gehandhaafd.

13.4 Voldoen het rechterlijk bevel en verbod?

854. De vraag of het rechterlijk bevel en verbod aan die eisen voldoen, kan positief beantwoord worden. De regeling van artikel 3:296 BW maakt het niet alleen mogelijk een dreigende schending van een rechtsplicht af te wenden en op die manier de naleving van materiële rechten af te dwingen, maar in kort geding kan dat ook efficiënt en tijdig gebeuren. Zo bezien voldoet de regeling van artikel 3:296 BW aan de eisen die aan een effectieve remedie kunnen worden gesteld. De grootste zwakte van het rechterlijk bevel en verbod is dat het niets anders is dan de rechterlijke uitspraak dat een veroordeelde iets moet doen of laten waartoe hij al gehouden was. Dat oordeel als zodanig is niet zonder waarde, maar zonder dwangmiddelen heeft het vooral een processuele functie. Een tekortkoming van de remedie zou ik dat toch niet willen noemen. De dwangmiddelen dwangsom en de lijfswang zijn beschikbaar en hebben op hun beurt geen bestaansrecht zonder het rechtelijk bevel of verbod.

855. Wanneer in het onderzoek naar de waarde van het rechterlijk bevel en verbod de positie van de rechter wordt betrokken valt vooral op dat artikel 3:296 BW dwingend is geformuleerd. Het artikel laat de rechter in het bijzonder geen vrijheid een afweging van belangen te maken.¹¹²¹ Voor de effectiviteit van de remedie is dat geen bezwaar. Integendeel, het dwingende karakter van artikel 3:296 BW maakt de uitkomst van een procedure tot op zekere hoogte voorspelbaar en niet afhankelijk van een belangenafweging waarvan de uitkomst onzeker is. Bovendien is er voor een belangenafweging eigenlijk geen goede reden. Als gezegd roept het rechterlijk bevel of verbod geen nieuwe verplichtingen in het leven. De rechter spreekt slechts uit waartoe iemand al gehouden was. Als een schuldeiser recht heeft op een bepaalde prestatie is er op zichzelf geen goede reden om dat recht nader te onderwerpen aan een belangenafweging.

856. Het feit dat er geen ruimte is voor een nadere belangenafweging, behalve in kort geding, laat onverlet dat de nodige uitzonderingen bestaan op de hoofdregel van artikel 3:296 BW. Het artikel zelf noemt de wet, de aard der verplichting en de rechtshandeling. Ook andere leerstukken bieden de rechter echter ruimte om maatwerk te leveren. De redelijkheid en billijkheid en het leerstuk misbruik van bevoegdheid als toepassing daarvan zijn het meest in het oog springend. Met die leerstukken zal ook recht kunnen worden gedaan aan de eis dat een remedie proportioneel moet zijn.

857. In het voorgestelde artikel 5.234 van het gemoderniseerde Belgische Burgerlijk Wetboek wordt naar verwachting opgenomen dat aanspraak op uitvoering in natura (nakoming) bestaat tenzij dat 'abusief' is. Het in navolging van de Belgische wetgever opnemen van die uitzondering in artikel 3:296 BW is niet nodig. Het leerstuk misbruik van bevoegdheid en in brede zin de redelijkheid en billijkheid kan ook zonder dat dit als uitzondering is opgenomen in artikel 3:296 BW, worden toegepast. Om diezelfde reden is het ook niet nodig om bijvoorbeeld in art. 3:296 BW op te nemen dat een bevel of verbod niet kan worden uitgesproken indien niet aan het relativiteitsvereiste wordt voldaan.

858. Als het gaat over effectiviteit van de remedie, is het onvermijdelijk om onder ogen te zien dat het rechterlijk bevel en verbod zonder dwangmiddelen een beperkte (praktische) functie hebben. Een bevel of verbod dat wordt uitgesproken zonder dat er aan die uitspraak een dwangmiddel wordt gekoppeld, kan niet straffeloos door de veroordeelde worden genegeerd, maar het heeft weinig toegevoegde waarde. De veroordeelde die de rechterlijke uitspraak negeert wordt ook daardoor schadelijkt, maar omdat het bevel of verbod geen nieuwe verplichtingen in het leven roept, is de

¹¹²¹ Paragraaf 10.2.

meerwaarde daarvan beperkt. Ook de schending van de onderliggende rechtsplicht zal de dader immers in de regel schadeplichtig hebben gemaakt. Het toepassen van een dwangsom of lijfswang is echter, anders dan het uitspreken van een bevel of verbod, een discretionaire bevoegdheid van de rechter. De rechter die op grond van artikel 3:296 BW gedwongen is een bevel of verbod uit te spreken kan dus weigeren daaraan een dwangsom te verbinden. Die regel is van waarde in de gevallen waarin een dwangsom geen functie vervult, hetgeen veelal in zaken van overheden het geval is, maar in vrijwel alle andere gevallen zal de dwangsom een logisch uitvloeisel zijn van het oordeel dat een bevel of verbod moet worden uitgesproken. Dat roept de vraag op of het niet logisch zou zijn aan het dwingende karakter van artikel 3:296 BW het dwingend opleggen van een dwangmiddel te verbinden om aldus de effectiviteit van de remedie te vergroten. Beantwoording van die vraag noopt tot nader onderzoek naar de vraag of het discretionaire karakter van de dwangsom in de praktijk tot problemen leidt. In dit onderzoek naar de effectiviteit van het rechterlijk bevel en verbod ben ik niet op dergelijke problemen gestuit.

859. In kort geding geldt het dwingende karakter van artikel 3:296 BW niet onverkort. De voorzieningenrechter die vaststelt dat een rechtsplicht is of dreigt te worden geschonden, heeft de vrijheid om een rechterlijk bevel of verbod toch te weigeren. Het oordeel van de Hoge Raad dat artikel 3:296 BW in kort geding toepassing mist, is echter maar in beperkte mate aanvaardbaar. Het uitgangspunt dat verplichtingen moeten worden nagekomen geldt onverminderd in kort geding en het kort geding ontleent zijn bestaansrecht aan de mogelijkheid dat effectief, doelmatig en preventief tegen een schending van een rechtsplicht kan worden opgetreden. Het feit dat de voorzieningenrechter de rechtspositie van partijen niet dwingend vaststelt, is geen overtuigende reden om aan te nemen dat artikel 3:296 BW in kort geding niet geldt. Het probleem van die niet dwingende vaststelling van rechten en plichten zit immers in de vóórfase (de normeringsfase), waar beoordeeld wordt of er een recht of een verplichting bestaat. Als de voorzieningenrechter door het karakter van het kort geding niet kan vaststellen of er een bepaald recht of een bepaalde verplichting bestaat, is dat net als in een bodemprocedure een valide reden om een bevel of verbod te weigeren. Maar als de voorzieningenrechter een bepaald recht of een bepaalde verplichting wel kan vaststellen, zou evenzeer als uitgangspunt moeten gelden dat de nakoming van dat recht of die verplichting moet kunnen worden afgedwongen. De Hoge Raad heeft dit ook als uitgangspunt aanvaard, en dat een belangenafweging tot een andere uitkomst leidt, zal een uitzondering moeten zijn.

860. De effectiviteit van het rechterlijk bevel en verbod komt onder druk te staan wanneer naleving van een bepaalde rechtsplicht onmogelijk is (geworden).¹¹²² Dat ligt in dergelijke gevallen niet zozeer aan de remedie zelf als wel aan het gegeven dat nakoming van het onmogelijke nu eenmaal uitgesloten is. Met die conclusie is te leven en een gelaedeerde zal in dat geval genoeg moeten nemen met schadevergoeding. Moeilijker te verteren zou het zijn wanneer een schuldenaar een door hem te verrichten prestatie ongestraft onmogelijk kan maken en daardoor de schuldeiser het nakijken kan geven. Ik heb uitgewerkt dat een schuldeiser die tijdig van een dreigende onmogelijkheid op de hoogte raakt, in actie kan komen om een passend nakomingsbevel te verkrijgen. Het rechterlijk bevel en verbod zijn daarom ook in dat verband effectieve remedies te noemen.

861. In zaken tegen de overheid¹¹²³, tot slot, vormt het rechterlijk bevel en verbod een krachtig middel om voor groepen mensen een bepaald recht af te dwingen. Dat de overheid een bijzondere positie inneemt hangt in belangrijke mate samen met de vele terreinen waarop de overheid een rol vervult en de daarmee samenhangende beleids- of beoordelingsruimte van overheden. De rechter dient bij het bestaan van een beleids- of beoordelingsruimte een stap terug te doen. Dat heeft belangrijke implicaties voor de rol van de rechter, maar het raakt niet zonder meer de effectiviteit van het rechterlijk bevel en verbod. Dat laat zich als volgt uitleggen. Het rechterlijk bevel en verbod spreken

¹¹²² Hoofdstuk 11.

¹¹²³ Hoofdstuk 12.

uit waartoe iemand al gehouden is. De vraag waartoe een overheidsorgaan gehouden is, hangt in belangrijke mate samen met de vraag naar de beleidsruimte van het overheidsorgaan. Als het overheidsorgaan zelf in belangrijke mate vrij is om te bepalen welk beleid gevoerd zal worden, is van een verplichting tot het voeren van een bepaald specifiek beleid geen sprake. Een rechtsplicht om dat specifieke beleid te voeren ontbreekt in dat geval. Er is dan dus ook geen rechtsplicht die op effectieve wijze kan of moet worden afgedwongen. Het feit dat de rechter in een dergelijk geval ten behoeve van het overheidslichaam een stap terug moet doen, raakt de vóórfase waarin een rechtsplicht wordt vastgesteld (de normeringsfase), maar niet de remediefase. Het is de taak van de rechter om in de vóórfase erop toe te zien dat de grenzen van de beleidsruimte niet te ruim worden gesteld. Die grenzen worden bepaald door de ingeroepen materiële rechten en bijzondere omstandigheden van een bepaald geval. Die bijzondere omstandigheden hangen veelal samen met de overheidstaak in bijvoorbeeld het buitenlands beleid.

862. Het feit dat de overheid een bijzondere taak uitvoert, geeft hem geen *carte blanche*. Met name dient er door de rechter voor gewaakt te worden aan te nemen dat hij geen taak heeft wanneer het handelen van de Staat op het terrein van de internationale politiek en het internationale beleid moet worden getoetst. Ook dergelijk handelen vindt niet in een rechtvacuüm plaats, maar zal in de regel worden bestreken door internationale verplichtingen, waaronder mensenrechtelijke verplichtingen. Het is afhankelijk van die afzonderlijke verplichtingen en rechten in hoeverre de rechter een stap terug moet doen ten gunste van de vrije beleidsruimte van de Staat.

13.5 Ruimte voor verbetering en nader onderzoek?

863. Per saldo stelt het beeld niet teleur. Het rechterlijk bevel en verbod zijn preventief beschikbaar, zijn doelmatig en effectief in te zetten, zeker in kort geding, en ook in zaken tegen de overheid. Het is de taak van de voorzieningenrechter om behoedzaam om te gaan met de ruimte die hem in kort geding is gegeven om een belangenafweging te maken en het is de taak van de rechter om in zaken tegen de overheid niet te snel te denken dat het bestaan van beleidsruimte hem ertoe dwingt een stap terug te doen ten gunste van de overheid.

864. In zaken tussen burgers onderling (waartoe ik bedrijven reken) lijkt er dan ook weinig ruimte voor verbetering van de wettelijke regeling. Feitelijk heeft de rechter in Nederland de ruimte om preventief de nakoming van rechten en verplichtingen te waarborgen. Partijen weten in belangrijke mate ook waar zij aan toe zijn omdat het de rechter niet is toegestaan een belangenafweging te maken. De keerzijde is dat de rechter slechts in beperkte mate de ruimte heeft om in situaties waarin een rechterlijk bevel en verbod disproportioneel zou zijn, met toepassing van onder meer de redelijkheid en de billijkheid, maatwerk te leveren. Een openstaande vraag is of de relatie tussen het rechterlijk bevel en verbod enerzijds en de dwangmiddelen anderzijds aanpassing verdient in die zin dat de rechter gehouden zou moeten zijn steeds een dwangmiddel toe te passen indien hij een bevel of verbod uitspreekt. Om die vraag te beantwoorden zou onderzoek moeten plaatsvinden naar de toepassing van met name de dwangsom en zou onderzocht moeten worden hoe vaak een gevorderde dwangsom wordt geweigerd. Die vraag heeft niet alleen een nationaalrechtelijke, maar ook een Unierechtelijke achtergrond. Naar nationaal recht dringt die vraag zich op in het licht van het ontbreken van een discretionaire bevoegdheid van de rechter bij de toepassing van het rechterlijk bevel en verbod. Er lijkt een discrepantie te bestaan tussen die gebondenheid van de rechter bij het uitspreken van een bevel en verbod enerzijds en de vrijheid bij het toepassen van dwangmiddelen anderzijds. De Unierechtelijke achtergrond volgt uit het arrest *Deutsche Umwelthilfe* van het Hof van Justitie, waarin het Hof van Justitie overwoog dat de rechter die de mogelijkheid heeft om lijfswang toe te passen om de naleving van het Unierecht af te dwingen, daartoe ook gehouden is.¹¹²⁴ Hoewel ik heb geconcludeerd dat die situatie zich voor de Nederlandse rechter niet snel zal voordoen, rijst de vraag hoe de vrijheid van de

¹¹²⁴ Paragraaf 5.10

rechter om bijvoorbeeld af te zien van het opleggen van dwangsommen aan de Staat, zich hiertoe in een Unierechtelijk kader verhoudt.

865. Dat onderzoek gaat de grenzen van dit proefschrift te buiten. In een dergelijk onderzoek zou ook de relatie met de verklaring voor recht kunnen worden betrokken. Een bevel of verbod zonder dwangmiddel schurkt immers praktisch dicht aan tegen de verklaring voor recht dat iemand tot een doen of nalaten gehouden is.

866. In zaken tussen burgers en de overheid zijn er (in ieder geval) twee situaties waarin het rechterlijk bevel en verbod als remedie tekort schiet. In de eerste plaats is dat de situatie waarin een rechterlijke uitspraak te lang op zich laat wachten en daarmee een schending van artikel 6 EVRM dreigt. Een rechterlijk bevel aan een andere rechter om haast te maken laat zich niet goed denken, ook niet als dat rechterlijk bevel de vorm van een bevel aan de Staat als rechtspersoon heeft. Problematisch daarbij is immers niet alleen dat de ene rechter geen bevelen kan geven aan een andere rechter om op een bepaalde wijze te handelen, maar ook dat de Staat geen middelen heeft om een rechter te dwingen in een bepaalde zaak voor een bepaald tijdstip uitspraak te doen. Ik zie daar geen ruimte voor verbetering. Wie zou accepteren dat de Staat manieren in handen zou hebben om ervoor te zorgen dat een rechter een bepaalde zaak bij voorrang behandelt, accepteert ook dat de Staat het in zijn macht heeft om andere (specifieke) zaken bij die ene zaak achter te stellen. Dat risico kan niet aanvaard worden.

867. Het tweede geval waarin het rechterlijk bevel tekort schiet is in die zaken waarin nakoming van een rechtsplicht tot wetgeving dwingt. Het belang van die uitzondering is kleiner geworden met het *Urgenda*-arrest van de Hoge Raad, omdat dat arrest laat zien dat ook zonder dat aan de Staat een bevel wordt gegeven wetgeving met een bepaalde inhoud tot stand te brengen, aan de Staat een bevel kan worden gegeven om bepaalde (beleids)doelen te bereiken, ook als daarvoor wetgeving noodzakelijk is. Daarmee is het feit dat aan de Staat geen wetgevingsbevel kan worden gegeven, geen obstakel meer dat tot de conclusie dwingt dat de effectiviteit van het rechterlijk bevel (en verbod) tekort schiet.

868. Als het verbod om een wetgevingsbevel te geven wel een obstakel zou worden geacht, ligt een oplossing bovendien niet voor de hand. De Staat als rechtspersoon kan de wetgevende macht immers niet dwingen een bepaalde wet aan te nemen. Een dergelijk bevel houdt het risico in zich de Staat te veroordelen tot iets wat wellicht onmogelijk is.

13.6 Conclusie

869. Het rechterlijk bevel en verbod hebben een lange voorgeschiedenis, maar zijn nog bij de tijd. De wettelijke regeling in artikel 3:296 BW voldoet aan de eisen die aan een wettelijke regeling voor een rechterlijk bevel en verbod kunnen worden gesteld. Voor zover een aanspraak bestaat op een preventieve remedie, kan die remedie op grond van het bepaalde in artikel 3:296 BW preventief worden gegeven. Een rechterlijk bevel en verbod kunnen bovendien op relatief efficiënte wijze worden verkregen, terwijl artikel 3:296 BW binnen het ruimere kader van privaatrechtelijke leerstukken ruimte laat voor maatwerk door de rechter.