

Recht, plicht, bevel, verbod

NTBR 2018/21

In deze bijdrage worden de grenzen van het rechterlijk bevel en verbod verkend. In de rechtspraak worden zo nu en dan omwille van de 'effectiviteit' bevelen afgegeven die tot meer verplichten dan de onderliggende rechtsplicht eist. Uit de geschiedenis van de remedie en de relativiteitsleer volgt echter dat tussen het bevel en de onderliggende rechtsplicht altijd overeenstemming moet bestaan: alleen dat waartoe een rechtsplicht bestaat mag afgedwongen worden, niet meer. In dit artikel wordt deze congruentie-eis geïntroduceerd, verklaard en verdedigd.

1. Inleiding

Het rechterlijk bevel en verbod zijn aantrekkelijke middelen om een ander iets te laten doen of te doen laten wat die ander spontaan niet doet of juist niet laten kan. Op grond van art. 3:296 BW kan een gedaagde worden verboden onrechtmatig gedrag te vertonen of worden geboden gedrag te vertonen waartoe hij verplicht is. Omdat het gebod of verbod (hierna samen: het bevel) altijd ziet op gedrag in de toekomst, heeft de remedie een zeker preventief karakter. Vanuit dat oogpunt lijkt het aantrekkelijk het bevel zo in te richten dat niet alleen het onrechtmatige gedrag zelf wordt verboden, maar het ruimer te formuleren zodat men er geruster op kan zijn dat het echte onrechtmatig gedrag zich niet voor zal doen.

Als mijn burenhinderlijk hard muziek draaien na tien uur 's avonds is het een aantrekkelijk idee een gebod de stereo weg te doen te vorderen. Dan gaat de muziek tenminste niet meer aan. Heeft mijn concurrent mijn klantenbestand ontfoetseld, dan heb ik het liefst dat hem in het geheel wordt verboden in mijn geografische markt te opereren. Dan weet ik tenminste zeker dat hij dat klantenbestand niet gebruikt. Dat soort bevelen zijn aantrekkelijk vanuit het perspectief van de eiser en vanuit het perspectief dat het privaatrecht een stevige bijdrage kan leveren aan handhaving van het objectieve recht. Deze bevelen zijn immers uitermate effectief. Vanuit het perspectief van de gedaagde zijn zij echter een stuk minder aantrekkelijk. Waarom, immers, zou van hem iets verlangd kunnen worden waar hij op grond van het materiële recht strikt genomen niet toe verplicht was?

Bij nadere beschouwing valt dan ook op dat dit soort ruim geformuleerd bevelen in strijd te komen met de uitgangspunten van de nakomingsremedie. De formulering van

art. 3:296 BW,² het gesloten systeem van dwangmiddelen³ en de theoretische grondslagen van deze remedie verzetten zich tegen uitbreiding van het bevel tot handelingen die aan onrechtmatig gedrag raken, maar strikt genomen rechtmatig zijn. Het bevel moet congrueren met de onderliggende rechtsplicht.

Die eis van congruentie werd aanvankelijk ook door de Hoge Raad gesteld.⁴ De laatste jaren worden in de rechtspraak niettemin (te) ruime bevelen uitgesproken. Dat heeft gevolgen van verschillende ernst. Soms is een bevel te ruim omdat het dictum in algemene termen opgesteld is. Dat kan nog wel gecorrigeerd worden in een executiegeschil. De Hoge Raad heeft namelijk beslist dat bij algemeen geformuleerde bevelen geldt dat alleen die gedragingen waarvan niet in ernst kan worden betwijfeld dat zij een overtreding van het bevel opleveren tot het verbeuren van dwangsommen leiden.⁵ Het te ruime bevel via die weg corrigeren is niet ideaal – procederen kost immers geld en niet iedere gedaagde durft procederen aan – maar is zo in ieder geval niet onoverkomelijk. In gevallen waar het dictum heel nauwkeurig maar desalniettemin te ruim is opgesteld, rijst echter een groter probleem. Daar is immers een remedie toegewezen die niet gerechtvaardigd wordt door de normschending die eraan ten grondslag ligt en niet meer door 'uitleg' van het bevel gecorrigeerd kan worden. Deze twee gevallen verschillen in ernst, maar voor beide geldt dat euvel – groot of klein – voorkomen kan worden door scherpere aandacht voor de congruentie-eis te hebben.

In dit artikel wordt de congruentie-eis verklaard en verdedigd. Eerst wordt uiteengezet hoe hij zich heeft ontwikkeld (par. 2) en hoe hij het best verklaard kan worden (par. 3). Aan de hand van de inzichten die de historische ontwikkeling en theoretische grondslagen bieden wordt vervolgens betoogd dat de Hoge Raad ten onrechte minder strikt is gaan vasthouden aan de congruentie-eis in het kort geding in het algemeen en ten aanzien van de zogenoemde nevenvorderingen in het bijzonder (par. 4). Aan de hand van een reeks voorbeelden uit lagere rechtspraak wordt geïllustreerd waar het negeren van deze eis problematisch wordt (par. 5). Geconcludeerd wordt dat het negeren van de congruentie-eis ertoe leidt dat rechters belangrijke normatieve keuzes niet open en expliciet maken bij het vaststellen van norm en normschending, maar (al dan niet bewust) verhuld maken bij het formuleren van de remedie. Dat is problema-

1 Citeerwijze: W.Th. Nuninga, 'Recht, plicht, bevel, verbod', *NTBR* 2018/21. LLM MJur. Thijmen Nuninga is PhD Fellow bij de Universiteit Leiden.

2 Art. 3:296 BW, eerste lid, luidt: 'Tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt, wordt hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, *daartoe* door de rechter, op vordering van de gerechtigde, veroordeeld' (mijn cursivering, WThN).
3 Vgl. HR 14 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD6098, NJ 2002/45 (*Van den Wildenberg/Van Leeuwen*), r.o. 3.3.2.
4 HR 16 juni 1911, W9194 (*Suikerman/Staat*); HR 17 januari 1930, NJ 1930/573 (*Ontvanger/Spaarbank*); HR 27 april 1962, NJ 1962/254, m.nt. J.H. Beekhuis (*Holst/Phillips*).
5 HR 3 januari 1964, NJ 1964/445 (*Lexington*).

tisch omdat het de rechtvaardiging aan de remedie doet ontvallen en leidt tot onzekerheid (par. 6).

2. De congruentie-eis van het rechterlijk bevel

Art. 3:296 BW bepaalt dat ‘hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten (...) *daartoe* op vordering van de gerechtigde [wordt] veroordeeld’ (mijn cursivering, WThN). Het woord ‘daartoe’ impliceert dat de gedaagde alleen mag worden veroordeeld zijn rechtsplicht na te leven. Hoewel uit de parlementaire geschiedenis niet valt af te leiden dat daarmee inderdaad congruentie tussen rechtsplicht en bevel beoogd is – art. 3:296 BW wordt daar in nauwelijks besproken⁶ –, volgt het uit de ontstaansgeschiedenis van de remedie wel. Hoewel de remedie niet op compensatie maar op voorkoming gericht is (par. 2.1), betekent dit niet dat de rechter zelf dwangmiddelen in het leven mag roepen om ‘effectieve handhaving’ te bevorderen: ook niet in de vorm van een uitgebreid bevel (par. 2.2).

2.1 Van compensatie naar voorkoming

Het Burgerlijk Wetboek van 1838 kende geen met artikel 3:296 BW vergelijkbare bepaling. In de 19^e en vroege 20^e eeuw konden rechterlijke verboden of geboden alleen worden verkregen ter handhaving van zakelijke rechten⁷ of als schadevergoeding voor reeds geleden onrecht. Zo werd in 1903 in *Rotterdam/Boels* de gemeente Rotterdam weliswaar bevolen een onrechtmatig afgebroken gebouw te herbouwen, maar dan wel bij wijze van schadevergoeding.⁸ Daarmee bleef de rechter bij het beslissen over de toe te wijzen remedie terugkijken naar het reeds begane onrecht op de manier zoals dat nu bij de schadevergoeding in natura van artikel 6:103 BW gebeurt.

Pas in 1914 kwam voor het eerst verandering in die op het verleden gerichte blik van de remedie, doordat de Hoge Raad het in het *Kieft/Otjes*-arrest mogelijk achtte een verbod op voortzetting van onrechtmatig handelen *in de toekomst* toe te wijzen.⁹ Later zou duidelijk worden dat voor toewijzing van een nakomingsveroordeling geen *voorafgaande*

schending van een rechtsplicht vereist is¹⁰ en dat een verbod ten aanzien van alle soorten rechtsplichten kan worden ingeroepen.¹¹ Zolang sprake is van een reële dreiging van normschending en een voldoende materieel belang bij het gevorderde bevel,¹² heeft de eiser recht op toewijzing.¹³ Hiermee verschoof de focus van de remedie van het verleden naar de toekomst en van compensatie naar handhaving.

2.2 Handhaven: alleen met door de wetgever gecreëerde dwangmiddelen

Een rechterlijk bevel *an sich* kan best afschrikwekkend werken. Maar niet alle gedaagden leven veroordelingen na. Dat maakt de roep om aanvullende dwangmiddelen groter. Ten eerste zal niet iedere overtreding tot een geslaagde schadevergoedingsactie leiden. Ten tweede, zelfs als een overtreding van het bevel eveneens een recht op schadevergoeding schept, dan wil dat nog niet zeggen dat daar een afschrikwekkende werking van uitgaat.¹⁴ Voor ‘harde preventie’ lijkt dus meer gewenst. De Hoge Raad is daar in de vroege jaren van de bevelsremedie echter duidelijk over geweest: handhaven mag alleen met door de wetgever gecreëerde dwangmiddelen.

i. De dwangsom

In *Kieft/Otjes* deed de problematiek rondom de handhaven-de kracht van het bevel zich direct voor. Kieft viste regelmatig in het water van een gebied dat in eigendom toebehoorde aan waterschap De Beemster. Otjes vorderde namens het waterschap een verbod jegens Kieft. Het Hof had het gevraagde verbod te vissen toegewezen en versterkt met een dwangsom van f 50,- voor iedere toekomstige overtreding. Daar bestond op dat moment nog geen wettelijke basis voor. A-G Ledebouer meende dat hoewel het verbod inderdaad toegewezen mocht worden, het Hof met het opleggen van een dwangsom zijn boekje te buiten was gegaan:

“Wat het Hof deed is het verschaffen van een dwangmiddel, dat de wet niet kent en dat geheel in strijd is met den geest van onze geheele wetgeving, daar het veronderstelt een aan den rechter gegeven macht, om zonder eenige wettelijke grens, op overtreding van eenig gebod of verbod, zuiver arbitrair eene boete te stellen.”

6 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 895-896. Dit is vermoedelijk het geval omdat ten tijde van het ontwerp de remedie al algemeen aanvaard was. Met Van Nispen kan worden aangenomen dat de ontwikkeling van de remedie als zelfstandige voltooid was met HR 18 augustus 1944, NJ 1944-45/98 (*Gemeente Alkmaar/Provincie Noord-Holland*) als sluitstuk van het drieliuk gevormd met HR 13 november 1914, NJ 1915/98, W 9810, m.nt. E.M. Meijers (*Kieft/Otjes*) en HR 4 maart 1938, NJ 1938/948 (*AVRO/BUMA*), zie: C.J.J.C. van Nispen 1978, *Het rechterlijk verbod en bevel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978 (hierna: Van Nispen 1978), p. 49-51.

7 De eigenaar kon de stoornis van bezit doen eindigen (art. 629 Oud BW) en de eigenaar van een onroerend goed kon een vordering tot amotie instellen (art. 702 Oud BW). Deze remedies zijn nog steeds als bijzondere remedies te vinden in het huidige BW (resp. art. 5:2 BW, 5:54 BW) maar worden gezien als species van het algemene art. 3:296 BW (zie TM Parl. Gesch. Boek 3, p. 895; TM Parl. Gesch. Boek 5, p. 71).

8 HR 13 maart 1903, W 7899 (*Rotterdam/Boels*). Dat lijkt ook juist: het herbouwen van onrechtmatig afgebroken gebouw en het afbreken van onrechtmatig aangebrachte schoren is een adequate vergoeding van de schade. Voor de feiten, zie: Rb. Rotterdam 1 mei 1899, W 7314 (*Rotterdam/Boels*). Vergelijkbaar: HR 13 juni 1913, W 9531 (*Maatschappij van de Weldadigheid/Nicola*).

9 HR 13 november 1914, NJ 1915/98, W 9810, m.nt. E.M. Meijers (*Kieft/Otjes*).

10 HR 4 maart 1938, NJ 1938/948 (*AVRO/BUMA*), betreffende een inbreukverbod op *alle* door BUMA beheerde auteursrechten.

11 HR 18 augustus 1944, NJ 1944-45/98 (*Gemeente Alkmaar/Provincie Noord-Holland*), betreffende een gebod tot nakoming van de plicht de stroomvoorziening te garanderen. Tot deze uitspraak betroffen alle bevelen en verboden handhaving van absolute rechten.

12 Art. 3:303 BW, zie ook: *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/153*: vgl. TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 895; T.R. Bleeker, ‘Voldoende Belang in Collectieve Acties: Drie Maal Artikel 3:303 BW’, *NTBR 2018/20*, (hierna: Bleeker 2018b), par. 3.1.

13 Zie de formulering van art. 3:296 BW en HR 28 juni 1985, NJ 1986/356, m.nt. M. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*). Zie ook: C.J.J.C. van Nispen, *Monografieën BW A11. Sancties in het vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018 (hierna: Van Nispen 2018), p. 13, 32.

14 Zie bijv. W.H. van Boom, *Efficacious enforcement in contract and tort* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006 (hierna: Van Boom 2006), p. 20; W.H. van Boom, ‘Effectuerend Handhaven in het Privaatrecht’, *NJB 2007/826* (hierna: Van Boom 2007) (p. 986).

De Hoge Raad kwam tot hetzelfde oordeel onder de overweging dat volgens de wet veroordelingen zich alleen konden oplossen in schadevergoeding.¹⁵ Deze opvatting werd in de literatuur gedeeld.¹⁶ Resultaat was dat de dwangsom pas als dwangmiddel kon worden toegepast toen zij in 1933 bij wet werd ingevoerd.¹⁷

ii. *De ontwikkeling van de congruentie-eis*

Dezelfde afwijzende houding tegenover versterking van handhaving valt te ontwaren ten aanzien van het bevel waarbij de gedaagde méér wordt verboden dan waartoe hij op grond van zijn rechtsplicht gehouden was. Zo'n ruim geformuleerd gebod of verbod werkt *de facto* als een extra dwangmiddel, omdat het de begunstigde partij toestaat in te grijpen in het rechtmatige handelen van de veroordeelde om onrechtmatig gedrag te voorkomen. Dit soort bevelen wees de Hoge Raad aanvankelijk van de hand.¹⁸

Een duidelijk voorbeeld is *Holst/Phillips*.¹⁹ Phillips onderhield een zogenoemde gesloten verkooporganisatie. Dat wil zeggen dat zij producten alleen verkocht aan bij haar aangesloten verkopers met wie een minimumprijs was afgesproken. Holst en enkele andere handelaren behoorden niet of niet meer tot deze gesloten verkooporganisatie. Toch boden zij begin jaren zestig verschillende Phillips-producten tegen lage prijzen aan. Een dergelijk doorbreken van een verkooporganisatie levert volgens eerdere rechtspraak van de Hoge Raad een onrechtmatige daad op als het (i) bewust; (ii) regelmatig; en (iii) ter bevordering van het eigen bedrijf en ter benadeling van concurrenten geschiedt.²⁰ Phillips meende dat het gedrag van Holst daarop neerkwam en vorderde dat het Holst verboden werd nog Phillips-producten te verhandelen.

Het Hof Amsterdam wees de vordering toe omdat Phillips belang had bij een dergelijk verbod.²¹ De Hoge Raad zag geen brood in die redenering: het was niet onrechtmatig om überhaupt Phillips-producten te verhandelen en dat kon Holst dan ook niet verboden worden.²² Natuurlijk had Phillips wel 'belang' bij het ruime verbod. Voor haar is het veel makkelijker om *iedere* verhandeling van haar producten tegen te gaan dan te moeten zoeken naar verhandeling die 'be-

wust, regelmatig en ter bevordering van het eigen bedrijf van de verkoper' is. Maar op zo een ruim bevel heeft Phillips geen recht. Het bevel kwam er namelijk op neer dat Holst ook rechtmatige verhandeling van Phillips-producten werd verboden. En dat achtte de Hoge Raad niet gepast:²³ er moet overeenstemming bestaan tussen rechtsplicht en remedie. Deze congruentie-eis is in eerdere en latere jurisprudentie terug te vinden²⁴ en auteurs lijken hem vanzelfsprekend te vinden.²⁵

iii. *Handhaving in de 21e eeuw*

Sinds de eeuwwisseling is zowel in de literatuur als bij de (Europese) wetgever meer aandacht gekomen voor het inzetten van het privaatrecht als instrument van handhaving.²⁶ Zoals Van Nispen en Sieburgh terecht opmerken: het is niet altijd duidelijk wat daarmee bedoeld wordt.²⁷ In deze context bedoel ik ermee: het handhaven van het objectieve recht met inzet van privaatrechtelijke remedies.

Er zijn goede argumenten voor (doelmatigheid, betekenis geven aan regels)²⁸ en goede argumenten tegen (onnodig, claimcultuur in de hand werkend, in strijd met gewelds- en bestraffingsmonopolie)²⁹ het meer handhavend inzetten van het privaatrecht te bedenken. Dit is niet de plaats positie in te nemen over de vraag of het privaatrecht *überhaupt* ingezet zou mogen worden om handhaving van het objectieve recht te bevorderen. Wel wil ik me uitspreken over hoe ver verschillende actoren mogen gaan.

Voor zover de wetgever handhaving van het objectieve recht met privaatrechtelijke remedies gepast acht, leg ik me in deze beperkte bespreking graag neer bij het feit dat het op die manier inzetten van het privaatrecht in ieder geval de-

15 HR 13 november 1914, *NJ* 1915/98, *W* 9810, m.nt. E.M. Meijers (*Kieft/Otjes*), p. 2.

16 Zie bijv. P.M. Westerouwen van Meeteren, *De dwangsom (astreinte) in het Nederlandsch recht* (diss. Amsterdam UVA), Baarn: Oranje Nassau 1919.

17 Wet van 29 december 1932, *Stb.* 1932, 676. Voor die tijd werd wel een 'voorwaardelijke schadevergoeding' verbonden aan het bevel. Zoals Beekhoven-Van den Boezem betoogt kon dat best ervaren worden als een dwangsom (zie: M.B. Beekhoven van den Boezem, 'Doel en effect van dwangsom en lijfswang', *BWKJ* 2003/19, p. 164). Toch was deze veroordeling van fundamenteel andere aard dan de dwangsom omdat de hoogte afhankelijk werd gesteld van de te lijden schade in plaats van (daarnaast) de financiële positie van de gedaagde.

18 HR 16 juni 1911, *W* 9194 (*Suikerman/Staat*); HR 17 januari 1930, *NJ* 1930/573 (*Ontvanger/Spaarbank*).

19 HR 27 april 1962, *NJ* 1962/254, m.nt. J.H. Beekhuis (*Holst/Phillips*).

20 HR 11 november 1937, *NJ* 1937/1096, m.nt. E.M. Meijers (*Kolynos*); HR 12 januari 1962, *NJ* 1962/246, m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh (*Nibeja/Grundig*).

21 HR 27 april 1962, *NJ* 1962/254, m.nt. J.H. Beekhuis (*Holst/Phillips*), p. 819-820.

22 HR 27 april 1962, *NJ* 1962/254, m.nt. J.H. Beekhuis (*Holst/Phillips*), p. 824.

23 HR 27 april 1962, *NJ* 1962/254, m.nt. J.H. Beekhuis (*Holst/Phillips*), p. 824.

24 HR 17 januari 1930, *NJ* 1930/573 (*Ontvanger/Spaarbank*); HR 14 juni 1963, *NJ* 1965/82, m.nt. Beekhuis (*EZH/Bailey*); HR 1 december 1972, *NJ* 1972/111, m.nt. L. Wichers Hoeth (*Royal Sluis/Hakkenberg & Hoopman*); HR 24 mei 1985, *NJ* 1987/11, m.nt. C.J.H. Brunner en E.A. Alkema (*Gebiedsverbod*).

25 Van Nispen 1978, p. 408 (hoewel hij deze eis niet lijkt te stellen voor nevenvorderingen, zie: Van Nispen 1978, p. 351-353); Van Nispen 2018, p. 32; H. Drion, 'Rechterlijk bevel en verbod', *RM Themis* 1962, p. 217; J.H. Blaauw, *Het Kort Geding. A. Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 2002 (hierna: Blaauw 2002), p. 193. Een ogenschijnlijke uitzondering is dat bevelen ruim geformuleerd mogen worden als nauwkeurigere omschrijving lastig of onmogelijk is, zoals bij een mogelijke inbreuk op IE-rechten. Aan dat soort bevelen verbindt de Hoge Raad echter de uitlegregel "dat de draagwijdte van het verbod beperkt moet worden geacht tot handelingen waarvan in ernst niet kan worden betwijfeld dat zij (...) inbreuken, als door de rechter verboden, opleveren" (HR 18 februari 1966, *NJ* 1966/208, m.nt. G.J. Scholten (*Klokkenspel*)). De regel werd geïntroduceerd door HR 3 januari 1964, *NJ* 1964/445 (*Lexington*). Zie ook: HR 27 juni 1969, *NJ* 1969/365, m.nt. D.J. Veegens (*Carl Zeiss Jena/Jenaer Glaswerk*); HR 29 maart 1985, *NJ* 1985/592 (*Konsumenten Kontakt/Electrorama*); HR 20 mei 1994, *NJ* 1994/652, m.nt. H.E. Ras (*Van Weezenbeek/Het Financieele Dagblad*); HR 5 april 2002, *ECLI:NL:HR:2002:AD8183*, *NJ* 2003/356, m.nt. Ch. Gielen.

26 Zie bijv. Van Boom 2006; Van Boom 2007; E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: BoomJuridisch 2009; J.S. Kortmann, *The Tort Law Industry* (oratie UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2008 (hierna: Kortmann 2008); C. Sieburgh, 'Gerechtigheid en rechtshandhaving', *WPNR* 2010/6843 (hierna: Sieburgh 2010).

27 Van Nispen 2018, p. 4; Sieburgh 2010, p. 388.

28 Zie bijv. Van Boom 2006, p. 9-10; Van Boom 2007, p. 983-984.

29 Zie bijv. Kortmann 2008, p. 20-22.

mocratisch gelegitimeerd is.³⁰ Voor zover de *rechter* dat zou willen, echter, denk ik daar anders over. Ten eerste sluit het niet aan bij de hiervoor beschreven historische ontwikkeling van deze remedie. Ten tweede meen ik dat een van de fundamentele concepten van ons privaatrecht zich verzet tegen het 'uitvinden' van extra dwangmiddelen ter handhaving: de relativiteitsleer. Hoewel op het eerste gezicht wellicht niet voor de hand liggend, lijkt die leer bij uitstek geschikt de congruentie-eis te verklaren en te rechtvaardigen. Ik licht dat nader toe in paragraaf 3.

3. De congruentie-eis als uitwerking van de relativiteitsgedachte

De congruentie-eis kan het best worden verklaard als een concrete uitwerking van de relativiteitsleer bij bevel en verbod. Dat klinkt misschien vreemd. De relativiteitsleer is vooral bekend uit het schadevergoedingsrecht en wordt dan wel gepresenteerd als instrument om vergaande aansprakelijkheid in te dammen.³¹ Bij bevel en verbod wordt er nu juist geen schade vergoed. Door de relativiteitsleer op die instrumentele manier te bekijken, wordt echter gemist dat de leer een fundamentele betekenis voor het privaatrecht heeft (par. 3.1), dat de leer ook bij bevel en verbod een rol te spelen heeft (par. 3.2) en dat daar de congruentie-eis direct uit volgt (par. 3.3).

3.1 Relativiteit als fundamenteel privaatrechtelijk concept

Toepassing van de relativiteitsleer in het schadevergoedingsrecht draait in de kern om het relateren van een geschonden norm aan een geschaad belang.³² Het werk van Den Hollander laat zien dat toepassing van de relativiteitsleer op de schadevergoedingsremedie een dubbele vertaalslag vergt: enerzijds moet het concrete gedrag aangemerkt worden als normschending (van concreet naar normatief), anderzijds moet bekeken worden of het geschade belang de concreet geleden schade dekt (van normatief naar concreet). Praktisch levert dit drie redeneerstappen op. Eerst moet bekeken worden of het concreet vertoonde gedrag aangemerkt kan worden als een normschending. Dat is een 'normatieve' of 'juridische' kwalificatie van het gedrag. Ten

tweede moet worden nagegaan welke belangen door de geschonden norm worden beschermd. Alleen als de belangen van de eiser worden beschermd door de geschonden norm zal schadevergoeding toewijsbaar zijn. Dat is het zoeken naar een normatief verband. Ten derde moet bekeken worden welke concreet geleden schade daaronder valt. Er wordt een bedrag geplakt op dat geschonden belang.³³ Dat is een concretisering van het geschonden belang.³⁴

Deze drie stappen zijn een gedetailleerde uitwerking van de werking van de relativiteitsleer bij schadevergoeding. De eerste en de laatste stap zijn specifiek toegespitst op de schadevergoedingsremedie: bij andere remedies is er wellicht nog geen normschending en is er wellicht (nog) geen schade. De tweede stap, echter, is van fundamenteel belang voor iedere privaatrechtelijke remedie. Dat zit zo. De privaatrechtelijke procedure kenmerkt zich door een bipolaire structuur waarbij de ene partij stelt recht te hebben op iets (de remedie) waartoe de ander verplicht is.³⁵ Die structuur heeft consequenties voor de voorwaarden voor toewijsbaarheid van een privaatrechtelijke remedie. Zo is ten eerste altijd vereist dat *deze* gedaagde jegens *deze* eiser een plicht had. En omgekeerd: *deze* eiser moest recht hebben op naleving van die norm door *deze* gedaagde. Dat vereiste kennen we ook wel als de persoonsgebonden relativiteit.³⁶ Ten tweede dicteert die structuur dat bij de eiser een recht bestaan op *dat* wat gevorderd wordt en bij de gedaagde moet een plicht bestaan *dat* te geven of te doen.³⁷ Die eis zien we in het Nederlands recht bijvoorbeeld uitgewerkt in het schadegebonden element van de relativiteit van art. 6:163 BW. De eiser heeft geen recht op vergoeding van schade die de norm niet beoogde te voorkomen. Het normatieve verband tussen normschending (door de gedaagde) en het geraakte belang (van de eiser) is van cruciaal belang voor toewijzing van de remedie: het geeft de juridische rechtvaardiging voor toewijzing ervan. Is dat verband er niet, dan hebben we gewoon te maken met een simpel recht aan de kant van de eiser of een simpele rechtsplicht aan de kant van gedaagde. Alleen *voor zover* overeenstemming tussen die twee bestaat kan de remedie worden toegewezen. Die overlap bepaalt zowel of toewijzing mogelijk is als wat de omvang van de toe te wijzen remedie zal zijn.

Er zijn veel gevallen denkbaar waar een dergelijke juridische reden ontbreekt en een bepaalde remedie dus ook niet passend wordt geacht. Het is bijvoorbeeld niet voldoende om te

30 Zie hieronder in par. 4.1 bijvoorbeeld mijn aanvaarding van de nevenvorderingen in het IE-recht als democratisch gelegitimeerd, ondanks hun strijd met de congruentie-eis.

31 Bijv. *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/129*. Bleeker lijkt – in een voor het overige scherpe analyse met daarin de terechte roep om het relativiteitsvereiste een eigen formulering voor de verbodsactie te geven – deze aanname ook te doen door op te merken dat het 'relativiteitsvereiste een oplossing [kan] bieden, nu het de rechter een effectieve correctiemogelijkheid geeft om op basis van de doel en strekking van de norm de kring van personen die bescherming aan de norm ontlenuen af te bakenen': T.R. Bleeker, 'De knellende criteria van het rechterlijk bevel en verbod', in: F. van de Pol e.a. (red.), *Vijftig weeffouten in het BW*, Nijmegen: AA Libri 2017, p. 187-197 (hierna: Bleeker 2017). Beter verwoord: T.R. Bleeker, 'Aansprakelijkheid voor klimaatschade: een driekoppige draak', *NTBR 2018/2* (hierna: Bleeker 2018a) (p. 9).

32 Vgl. P.W. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen* (diss. Leiden), Den Haag: Boomjuridisch 2016 (hierna: Den Hollander 2016), p. 71-86; L. van den Berge, 'Rechtmatig tegenover den een, onrechtmatig tegenover den ander', *RM Themis 2017*, afl. 2, p. 46-48; S. Lindenbergh, *Alles is betrekkelijk* (oratie EUR), Den Haag: BJU 2007.

33 In de Angelsaksische literatuur over dit onderwerp wordt de schadevergoeding ook wel 'the next best thing' genoemd. Zie: R. Stevens, *Torts and Rights*, Oxford: OUP 2007, p. 59; R. Stevens, 'Rights and other things', in: D. Nolan & A. Robertson (red.), *Rights and Private Law*, Oxford: Hart 2012, p. 145.

34 De drie stappen zijn met name inzichtelijk gemaakt met de grafische weergave in Den Hollander 2016, pp. 82.

35 E.J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Oxford: OUP 2012 (hierna: Weinrib 2012a), p. 1.

36 Zie voor deze terminologie bijvoorbeeld: *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/129*.

37 Ten aanzien van de schadevergoedingsremedie heb ik hetzelfde betoogd, zie: W.Th. Nuninga, 'Recht, Plicht, Schade, Begroting', *WPNR 2018/7189*, p. 294-301.

zeggen dat de gedaagde zich dusdanig heeft misdragen dat hij bij wijze van straf maar *punitive damages* moet betalen.³⁸ De eiser heeft daar helemaal geen recht op. Het is ook niet voldoende om te zeggen dat nu de gedaagde verplicht was lichamelijk letsel te voorkomen, hij ook maar zuiver economische schade moet vergoeden.³⁹ Voor toewijzing is steeds vereist dat gezegd kan worden dat *deze* eiser recht heeft op *deze* gevorderde prestatie van *deze* gedaagde.⁴⁰ Dat geldt zonder meer voor de schadevergoedingsremedie, maar zeker ook voor bevel en verbod. Dat ontkennen is het miskennen van het fundamentele karakter van de relativiteitsleer.

3.2 Relativiteit bij bevel en verbod

Toepassing van de relativiteitsleer bij bevel en verbod blijft tot nu toe onderbelicht.⁴¹ Op het eerste gezicht lijkt die toepassing lastig omdat voor het afgeven van een bevel of verbod niet is vereist dat schade al is ingetreden of dreigt in te treden, terwijl schade toch een zo belangrijk onderdeel is van (het schadegebonden element van) de relativiteitsleer.⁴²

De focus op schade miskent echter dat de relativiteitsleer zoals we hem doorgaans in werking zien slechts een concretisering van die leer voor één specifieke remedie is: de schadevergoeding. De vertaalslagen die daarbij gemaakt worden, kunnen simpelweg niet toegepast worden op de verbodsactie. Schade is namelijk niet altijd een element van rechtsplichten.⁴³ Zo zijn gevallen denkbaar waarin geen concrete vermogensschade valt te vrezen, maar toch een verbod toewijsbaar is. Denk aan het geval dat ik dagelijks over het land van een ander loop. Daardoor wordt geen concrete vermogensschade geleden,⁴⁴ maar toch is een verbod hier zonder twijfel toewijsbaar. In andere gevallen is dreiging van schade wel een onmisbaar element van de rechtsplicht, maar ook daar is schade geen vereiste van de remedie. Het open laten staan van een kelderluik is op zichzelf niet onrechtmatig, maar wel als daarmee een onnodig groot risico ontstaat dat anderen daardoor schade kunnen lijden.⁴⁵ De mate van waarschijnlijkheid dat schade zal intreden, is daarmee van belang voor de vraag of een rechtsplicht aangenomen moet worden, maar niet voor toewijzing van de bevelsremedie.⁴⁶

38 A. Beever, 'The Structure of Aggravated and Exemplary Damages', *Oxf J Leg Stud* 2003/23, afl. 1; zie ook: Weinrib 2012b, p. 96.

39 Daar zijn bijzondere normen voor, zie: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/61.

40 Weinrib 2012a, p. 65; Weinrib 2012b, p. 16-17.

41 Zie voor eenzelfde constatering: Bleeker 2017.

42 Alleen een dreiging van schending van de rechtsplicht en voldoende belang bij naleving zijn vereist, zie: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/153; vgl. *TM*, Parl. Gesch. Boek 3, p. 895; Bleeker 2018b, par. 3.1.

43 Bleeker 2018a, p. 8-10.

44 Over de vraag of een blote rechtsinbreuk al schade oplevert, kan worden getwist, maar niet hier.

45 HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136 (*Kelderluik*).

46 Dat onderscheid is belangrijk omdat hiermee duidelijk wordt dat de algemene criteria aangaande dreiging slechts zien op de dreiging dat de rechtsplicht geschonden zal worden. De criteria voor het vaststellen van het vereiste verband tussen gedrag en schade, daarentegen, kunnen per norm verschillen. Dat maakt dat, bijvoorbeeld bij voorzorgverplichtingen, ruimhartiger omgegaan kan worden met dit verband als de mogelijke schade van ingrijpende aard is. Zie: E.R. de Jong, *Voorzorgverplichtingen* (diss. Utrecht), Den Haag: Boomjuridisch 2016, p. 99, 102.

Als eenmaal vastgesteld is dat een rechtsplicht bestaat die dreigt geschonden te worden, dan moet de vraag gesteld worden of *deze* eiser wel nakoming van *deze* gedaagde kan vorderen. Het antwoord op deze vraag hangt ervan af of de eiser een privaatrechtelijk relevant belang heeft dat bij schending in het gedrang zou komen.⁴⁷ Uit *Duwbak Linda* is bekend dat voor toewijzing van schadevergoeding vereist is dat de norm beoogt (i) dit slachtoffer te beschermen; (ii) tegen deze schade; (iii) geleden op deze wijze.⁴⁸ Voor het afgeven van een bevel of verbod is dan vereist dat de norm (i) *deze* eiser beoogt te beschermen in (ii) het in gedrang komende belang tegen (iii) de schending zoals die dreigt.

Een goed voorbeeld is de zaak *Pharmacia/Cosmétique II*. *Cosmétique* bracht een haargroeimiddel (*Dercos*) met de werkzame stof *Aminexil* op de markt. *Pharmacia* meende – naar uiteindelijk bleek: terecht⁴⁹ – dat dit product op grond van de Wet op de Geneesmiddelenvoorziening (*WGV*) als geneesmiddel geregistreerd had moeten worden en vorderde naast schadevergoeding (i) een verbod op het verhandelen van *Dercos*; en (ii) een algeheel verbod op het verhandelen van producten met *Aminexil* zonder voorafgaande registratie. Het hof wees het ruime verbod af omdat de bepalingen van de *WGV* ertoe strekken de volksgezondheid te beschermen en niet om de vermogensbelangen van producenten van of handelaren in geneesmiddelen te beschermen tegen oneerlijke concurrentie.⁵⁰ Het specifieke verbod werd toegewezen omdat, geheel conform de correctie-Langemeijer,⁵¹ de *WGV* wel bijdroeg aan een zorgplicht jegens de concurrent en de rechter die ten aanzien van het product *Dercos* aanwezig en geschonden achtte.⁵² Ook hier zorgt de relativiteitsleer er dus voor dat een privaatrechtelijke remedie alleen kan worden verkregen voor zover *deze* eiser daar recht op heeft.

3.3 De congruentie-eis als uitvloeisel van relativiteit bij bevel en verbod

Wordt geaccepteerd dat relativiteit een rol heeft te spelen bij bevel en verbod en wordt geaccepteerd dat het daarbij gaat om het verbinden van recht en plicht in één normatieve exercitie, dan volgt daar onder meer de congruentie-eis uit. Het verbinden van recht en plicht in één normatieve (daarmee bedoel ik: juridisch-technische) exercitie betekent in concrete termen dat er een volledige overeenstemming tussen recht (van de eiser) en plicht (van de gedaagde) moet

47 Zie bijv. Meijers, die in zijn Toelichting op art. 3:303 BW de vraag wat voldoende belang inhoudt direct verbindt aan de toewijsbaarheid van het bevel of verbod, zie: *TM*, Parl. Gesch. Boek 3, p. 895.

48 Vgl. HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7808, NJ 2006/28 (*Duwbak Linda*).

49 Zie HR 8 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8178, NJ 2003/706, m.nt. G.R.J. de Groot (*Pharmacia/Cosmétique I*).

50 Zie r.o. 3.3, eindarrest hof onder HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, NJ 2009/485 (*Pharmacia/Cosmétique II*).

51 HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, NJ 1961/568 (*Beukers/Dorenbos*).

52 Zie r.o. 22 tussenarrest hof en r.o. 3.3 eindarrest hof onder HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, NJ 2009/485 (*Pharmacia/Cosmétique II*). De Hoge Raad laat zich niet expliciet uit over de omvang van het verbod, maar geleet op het feit dat hij het oordeel van het hof over het relativiteitsvereiste in stand hield, is denkbaar dat *deze* benadering juist was.

bestaan. Alleen voor zover die overeenstemming bestaat, is een privaatrechtelijke remedie gerechtvaardigd. En dat is nu precies wat de congruentie-eis beoogt te bewerkstelligen: de privaatrechtelijke remedie kan de gedaagde nooit tot méér verplichten dan waartoe hij jegens eiser verplicht was.

4. Laat de Hoge Raad de eis varen?

Hoewel de Hoge Raad enige tijd vasthield aan de congruentie-eis, is daar op twee manieren de klad in gekomen. Ten eerste staat hij sinds begin jaren '90 in IE-zaken toe dat naast de hoofdvordering – bijvoorbeeld het bevel de octrooi-inbreuk te staken – ook 'nevenvorderingen' – bijvoorbeeld het bevel de namen van toeleveranciers en afnemers te noemen – worden toegewezen, zonder daarbij expliciet te zoeken naar een onderliggende rechtsplicht. Ten tweede is zijn toepassing van de congruentie-eis in kort geding gedurende de afgelopen decennia enigszins verwaterd.

4.1 Nevenvorderingen

In het IE-recht is de onrechtmatige gedraging waarover geklaagd wordt doorgaans de inbreuk op het recht van intellectuele eigendom. Vanzelfsprekend is het gevorderde verbod dan het 'staken en gestaakt houden' van inbreuk daarop. Sommige eisers stellen daarnaast enkele zogenoemde nevenvorderingen in.⁵³ Nevenvorderingen zien bijvoorbeeld op de vernietiging van de inbreukmakende goederen, het doen van opgave van toeleveranciers of afnemers, of een 'recall'-bevel.⁵⁴

Aanvankelijk leek de Hoge Raad ook bij zulke nevenvorderingen de congruentie-eis te volgen. In *Chloe/Peeters* had het hof een vordering tot opgave van namen en adressen van toeleveranciers van inbreukmakende producten afgewezen omdat daartoe geen rechtsplicht bestond. Zowel A-G Asser als de Hoge Raad konden zich hierin vinden: het was onvoldoende duidelijk geworden waarom Peeters opgave zou moeten doen.⁵⁵ Twee jaar later oordeelde de Hoge Raad in *SKF/Hameco* echter dat voor toewijzing van een dergelijke vordering geen zelfstandig onrechtmatig handelen vereist is. Hameco klaagde over de toewijzing van de nevenvordering tot verstrekking van een lijst met namen en adressen van afnemers aan SKF omdat het hof niet eerst had vastgesteld dat daar een rechtsplicht toe bestond. De Hoge Raad reageerde afwijzend:

“Het onderdeel faalt, omdat voor zulk een veroordeling zulk een onrechtmatig handelen jegens SKF niet vereist was. De rechter kan op vordering van degene jegens wie een onrechtmatige daad is gepleegd, naast een veroordeling om zaken door middel waarvan de onrechtmatige

daad is gepleegd van afnemers terug te nemen, de aansprakelijke persoon veroordelen op een door de rechter te bepalen wijze een lijst van afnemers van die zaken te verstrekken. Zulks vormt, zoals het hof het uitdrukt, een deugdelijk middel om na te gaan of gedaagde aan de veroordeling de zaken terug te nemen voldoet en daarmee een aanvaardbaar zijdelings middel om nakoming van deze veroordeling te verzekeren.”⁵⁶

Hiermee lijkt de Hoge Raad een algemene bevoegdheid van de rechter te creëren nevenvorderingen toe te wijzen om nakoming van de veroordeling te verzekeren. Inmiddels gebeurt dat in het IE-recht op grond van een expliciete wettelijke basis,⁵⁷ maar daarbuiten gebeurt het nog altijd op basis van deze rechtspraak.⁵⁸

Van Nispen betoogt dat dit geen probleem is. Volgens hem *hoeven* nevenvorderingen ook niet te stoelen op een rechtsplicht, omdat zij gerechtvaardigd worden door de behoefte executiegeschillen te voorkomen.⁵⁹ Hij onderschrijft weliswaar dat het afgeven van namen en adressen van leveranciers of afnemers soms (onnodig) schadelijk kan zijn voor de inbreukmakende partij, maar ziet dat liever opgelost door de informatie aan een onafhankelijke derde te verschaffen.⁶⁰ Dat is op zichzelf een pragmatische oplossing, maar lost dat probleem alleen op voor deze specifieke nevenvordering. Bij andere nevenvorderingen zijn andere problemen denkbaar. Gevolg zou zijn dat een lappendeken aan oplossingen nodig is om dit probleem te ondervangen. De rechtszekerheid is daar nu niet bepaald bij gediend en de congruentie-eis wordt nog steeds geweld aangedaan.

De oplossing lijkt dus te liggen in het steeds weer zoeken naar een rechtsplicht. Dat betekent uiteraard niet dat de bevelen die nu als 'nevenvorderingen' worden toegewezen, met een goede redenering niet als 'hoofdvordering' toegewezen zouden kunnen worden. Zoals A-G Asser in zowel *Chloe/Peeters* als *SKG/Hameco* laat zien, is het in veel gevallen heel goed mogelijk een *rechtsplicht* goederen af te ge-

53 Van Nispen 1978, p. 349.

54 Ch. Gielen (red.), *Kort Begrip van het Intellectuele Eigendomsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017 (Hierna: Gielen (red.) 2017), p. 740-744.

55 HR 27 november 1988, ECLI:NL:HR:1987:AD0091, NJ 1988/722, m.nt. D.W.F. Verkade (*Chloe/Peeters*). Waarbij overigens alleen de A-G expliciet wees op de noodzaak van een rechtsplicht.

56 HR 23 februari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1044, NJ 1990/664, m.nt. D.W.F. Verkade (*SKF/Hameco*).

57 Zie bijvoorbeeld: art. 2.22 lid 7 en 3.18 lid 7 BVIE; art. 70 leden 7 en 12 ROW, art. 70 leden 8 en 12 ZPW 2005; art. 28 leden 1 en 10 Aw; art. 17 lid 1 en art. 18a WNR. Dat lijkt uiteraard evengoed in strijd met de congruentie-eis omdat het een vorderingsrecht is zonder dat expliciet een recht of plicht gecreëerd is. Ten aanzien van door de wetgever gecreëerde nevenvorderingen zou echter nog wel betoogd kunnen worden dat – het adagium *ubi ius ibi remedium* omkerende – als de wetgever een remedie creëert, eveneens een recht ontstaat. De creatie van een dergelijk recht door de wetgever is makkelijker te aanvaarden omdat het democratisch mandaat van de wetgever die creatie rechtvaardigt.

58 Zie bijv. t.a.v. laster op websites gehost door een provider: Rb. Amsterdam 25 april 2002, ECLI:NL:RBAMS:2002:AE1935 (*Deutsche Bahn/XS4ALL*); HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4019, NJ 2009/550 (*Lycos/Pessers*). T.a.v. nauwe met IE-recht verbonden onrechtmatige gedragingen: oneerlijke mededinging door vergelijkende reclame: Rb. Haarlem 3 mei 2002 ECLI:NL:RBHAA:2002:AE2465 (*KPN/Pretium*); Rb. Den Haag 8 november 2016, ECLI:NL:RBHAA:2016:13311 (*Natuurlijk beter leven & Aliter Cura/X*); slaafse nabootsing: Rb. 's-Hertogenbosch 2 mei 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AX0691 (*Inter Shop/Free Time Products c.s.*).

59 Van Nispen 1978, p. 353.

60 Van Nispen 1978, p. 351-352.

ven, namen te verstrekken of producten te vernietigen te vinden.⁶¹ Ook hier geldt weer dat dat soms zal lukken en soms niet. Lukt dat, dan is er niets mis met de toewijzing van de vordering. Lukt dat niet, dan is het blijkbaar het goed recht van de inbreukmaker om goederen niet af te geven, niet te vernietigen, of niet zijn leveranciers en afnemers te noemen.

Door de nevenvordering zo te benaderen wordt de toewijsbaarheid niet alleen zuiverder in het systeem van het privaatrecht gepast, maar wordt toewijzing ook afhankelijk gemaakt van een (beter) voorzienbare juridische analyse in plaats van een discretionaire belangenafweging.⁶² Daar bedoel ik het volgende mee. In de juridische redenering kunnen een 'normschendingsfase' en een 'remediefase' onderscheiden worden. In de eerste fase gaat de rechter na welke normen de gedaagde jegens de eiser heeft en, omgekeerd, welke rechten de eiser jegens de gedaagde heeft. Dat is een juridisch-technische exercitie waarin aangesloten wordt bij eerder geformuleerde normen. In de tweede fase stelt hij de remedie vast: de begrotingsfase in het schadevergoedingsrecht en de omvangfase bij bevel en verbod. Daarin heeft hij aanzienlijk meer vrijheid, al is het maar omdat dat oordeel in cassatie niet getoetst kan worden.⁶³ Die vrijheid maakt het voor partijen lastig te doorgronden wat de rechter van belang zal achten. Dat maakt het niet eenvoudig te bepalen waar zij tijdens het partijdebat hun pijlen op moeten richten.

4.2 Kort geding

In recente jaren laat de Hoge Raad de rechter in kort geding veel meer vrijheid in de formulering van verboden en bevelen. Waar in *Holst/Phillips* – eveneens een kort geding – nog strikt werd vastgehouden aan de congruentie-eis, werd diezelfde eis in het vergelijkbare *Maxis/Boekhandelaren*-arrest al niet meer zo strikt aangelegd.⁶⁴ Een aantal uitgevers en boekhandelaren had afspraken over de minimumprijs van boeken. Maxis doorbrak deze gesloten verkooporganisatie van de Nederlandse boekhandelaren door toch boeken aan te bieden tegen een lagere prijs. Maxis kon ten aanzien van één deel van de boeken aantonen dat ze uit België geïmporteerd werden, maar ten aanzien van een ander deel niet. Dat

wekte de indruk dat Maxis profiteerde van de wanprestatie van een of meerdere handelaren in Nederland. De handelaren vorderden een verbod te handelen in deze boeken. Waar eerder nog opgepast moest worden dat niet *rücksichtslos* alle handel werd verboden, overwoog de Hoge Raad hier:

“Wanneer echter, zoals het Hof hier heeft aangenomen, voor de onrechtmatigheid van enig gedrag een zekere stelselmatigheid en frequentie van bepaalde handelingen is vereist, en de rechter in de dreiging dat gedaagde zich aan zulk gedrag zal schuldig maken, aanleiding ziet tot het opleggen van een verbod daarvan, kan het voor de effectiviteit van zijn verbod noodzakelijk zijn, afzonderlijke handelingen welke deel zouden uitmaken van het gevreesde onrechtmatige gedrag, op straffe van een dwangsom te verbieden. Het onderdeel gaat er ten onrechte van uit dat in een dergelijk geval de rechter een zodanige vrijheid niet zou hebben.”

Dat licht heel dicht aan tegen wat in *Holst/Phillips* zo principieel van de hand was geweest. Het gaat hier weliswaar om een schakel in een keten van potentieel onrechtmatig handelen, maar dat neemt niet weg dat die schakel op zichzelf gewoon rechtmatig is. Natuurlijk is het gevorderde verbod 'effectiever' dan het nauwkeuriger geformuleerde verbod, maar, om de redenering maar eens tot het absurde te reduceren, Maxis verbieden überhaupt te handelen is ook 'effectief.' Toch zal niemand *dat* rechtvaardig vinden. Het punt is nu juist op grond van een vaststelling van rechten en plichten *over en weer* tot een genuanceerd oordeel gekomen moet worden. Het beoordelingskader dat de Hoge Raad de rechter hier aanreikt, is te eenzijdig.

Beoogd zou kunnen worden dat de vrijheid die de Hoge Raad de rechter hier geeft, volgt uit het feit dat in kort geding gevraagd wordt om ordemaatregelen waarbij men het niet zo nauw hoeft te nemen met het materiële recht. Die mening is de Hoge Raad in ieder geval toegedaan ten aanzien van de *afwijzing* van een verbod in kort geding. In *Procter & Gamble/Kimberly-Clark* oordeelde hij dat de voorzieningenrechter die voorshands tot het oordeel komt dat een rechtsplicht bestaat die geschonden wordt of dreigt te worden, wat in beginsel betekent dat het gevorderde verbod moet worden toegewezen,⁶⁵ het gevorderde verbod mag afwijzen op grond van een belangenafweging.⁶⁶ Dit blijkt een hellend vlak. De uitspraak in *Procter & Gamble/Kimberly-Clark* leidde de Hoge Raad ertoe, zij het *obiter*, in *Euromedica/Merck* te overwegen dat:

“[o]nverminderd het bepaalde in art. 3:296 BW, dat in kort geding evenwel toepassing mist, [...] het, indien

61 Sub 2.6-2.9 en 2.17-2.18 Conclusie A-G Asser, ECLI:NL:PHR:1990:AD1044, HR 23 februari 1990, NJ 1990/664, m.nt. D.W.F. Verkade (*SKF/Hameco*); Sub 2.14-2.15 en 3.5, Conclusie A-G Asser, ECLI:NL:PHR:1987:AD0091, HR 27 november 1988, NJ 1988/722, m.nt. D.W.F. Verkade (*Chloe/Peeters*).

62 Het is overigens niet slecht gesteld met onze rechtspraak; in een aantal gevallen wordt de nevenvordering wel degelijk afhankelijk gemaakt van het bestaan van een rechtsplicht tot voldoening, zie bijvoorbeeld over de vordering tot het afleggen van rekening en verantwoording: HR 8 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1911, NJ 1996/274, r.o. 3.5; HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1089, NJ 2014/251 (*X/mr. R.E. Blaauw q.q.*), r.o. 3.6. Zie ook ten aanzien van bevelen aan internet providers de gegevens van websitehouders en -gebruikers kenbaar te maken: HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4019, NJ 2009/550, m.nt. Hugenholtz (*Lycos/Pessers*), r.o. 5.3.4; Gerechtshof Leeuwarden 22 mei 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW6296, *Computerrecht* 2012/155 (*Stokke/Marktplaats*), r.o. 11.8-11.9. Van dat laatste geval is overigens ook een geval aan te wijzen waarbij de toewijzing ten onrechte werd gestoeld op enkel het belang van eiser, zie: Rb. Amsterdam 25 april 2002, ECLI:NL:RBAMS:2002:AE1935 (*Deutsche Bahn/XS4ALL*), r.o. 11.

63 Zie bijv. HR 22 maart 1957, NJ 1958/478 (*Van 't Hoof/Coca Cola*).

64 HR 18 mei 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC6579, NJ 1979/480 (*Maxis/Boekhandelaren*).

65 Vgl. de formulering van art. 3:296 BW en HR 28 juni 1985, NJ 1986/356, m.nt. M. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*).

66 HR 15 december 1995, NJ 1996/509, m.nt. D.W.F. Verkade (*Procter & Gamble/Kimberly-Clark*). Verkade meent dat hiermee al gegeven is dat art. 3:296 BW geen toepassing in kort geding vindt. De Hoge Raad spreekt echter slechts over de mogelijkheid tot het afzien van het afgeven van een bevel of verbod. Zie, D.W.F. Verkade, *Ooneerlijke handelspraktijken jegens consumenten*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 83.

sprake is van een gedraging of een dreigende gedraging van de verwerende partij in strijd met hetgeen deze dient te doen of na te laten, in beginsel [is] voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt om op grond van een afweging van de wederzijdse belangen te beslissen of hij desgevorderd een verbod of bevel zal opleggen en, indien hij daartoe overgaat, te bepalen hoe ver dat zich zal uitstrekken.”⁶⁷ (onderstreping WThN).

Hiermee lijkt de Hoge Raad te impliceren dat (i) de grondslag van de vordering – wat art. 3:296 BW voor het bevel toch is – genegeerd mag worden in kort geding; en (ii) dat het de rechter op grond van een belangenafweging vrijstaat een verbod of bevel af te geven dat tot méér verplicht dan het materiële recht doet.⁶⁸ Noch het een, noch het ander past in ons recht.

Ten aanzien van de eerste stelling lijkt voor zich te spreken dat de grondslag van de vordering in kort geding niet genegeerd kan worden.⁶⁹ Natuurlijk is het zo dat met de regels van het bewijsrecht omwille van de snelheid van het geding soepeler mag worden omgesprongen,⁷⁰ maar het is niet zo dat de kortgedingrechter een dorpsoudste is die het materiële recht naast zich neer mag leggen.⁷¹ A-G Verkade suggereert in zijn conclusie bij *Euromedica/Merck* dat deze stelling steun vindt in de uitspraken *AVRO/BUMA*,⁷² *Van 't Hooft/Coca Cola*,⁷³ *Intres/Walt Disney*,⁷⁴ en *Procter & Gamble/Kimberly Clark*.⁷⁵ Maar dat lijkt niet te kloppen. In *AVRO/BUMA* is niet meer beslist dan dat het bevel niet beperkt hoeft te zijn tot reeds gepleegde onrechtmatige handelingen, in *Van 't Hooft/Coca Cola* is beslist dat de vraag of vrees voor herhaling be-

staat, een feitelijk oordeel is dat in cassatie niet getoetst kan worden, en *Procter & Gamble/Kimberly-Clark* en *Intres/Walt Disney* bieden alleen steun voor de stelling dat de rechter van een verbod mag afzien op grond van een belangenafweging. Gelet op het feit dat de Hoge Raad zelf in latere uitspraken art. 3:296 BW weer terloops van toepassing verklaart in kort geding, is niet ondenkbaar dat het hier om een *slip of the pen* gaat.⁷⁶

Mocht de Hoge Raad toch bedoeld hebben dat het de voorzieningenrechter vrijstaat op grond van een belangenafweging tot een ruimer verbod te komen, dan lijkt dat onjuist te zijn. Over de rol van het kort geding moet niet te makkelijk gedacht worden. Ten eerste geldt dat de afwegingen in hoger beroep wel controleerbaar moeten blijven⁷⁷ en dat wordt bij een belangenafweging moeilijker dan bij een materieelrechtelijke toets. Ten tweede spreekt de voorzieningenrechter weliswaar ordemaatregelen uit, maar *de facto* gaat van het kort geding steeds meer een definitiverende werking uit: partijen schikken steeds vaker op basis van het voorlopig oordeel.⁷⁸ Is het verbod dan te ruim, dan wordt er dus geschikt op basis van een onvolledig en onvoldoende in het recht gegrond beeld.

Voor zover enige afwijking al toegestaan zou moeten worden op grond van een belangenafweging, lijkt toch alleen het afzien van toewijzing van de vordering toelaatbaar. Toewijzing is altijd ingrijpender dan afwijzing omdat het dan de rechter is die de loop der dingen beïnvloedt in plaats van (een der) partijen. Kortom: zelfs als *Procter & Gamble/Kimberly-Clark* een juiste rechtsregel bevat – wat gelet op de congruentie-eis überhaupt al niet zo lijkt te zijn – moeten bij de bevoegdheid het verbod *uit te breiden* de nodige vraagtekens geplaatst worden.

5. Wat correcte toepassing van de congruentie-eis te bieden heeft

Of het nu komt door de afgenomen aandacht voor de congruentie-eis of niet, in de lagere rechtspraak zijn de implicaties van het niet nauwgezet toepassen van die eis duidelijk voelbaar. Daarmee is overigens zeker niet gezegd dat de rechters en raadslieden collectief de fout in gaan. Sterker nog: in veel uitspraken is de eis, al dan niet impliciet, heel goed toegepast. Het contrasteren van de goede en minder goede toepassingen maakt hopelijk inzichtelijk wat kan worden gewonnen bij hernieuwde aandacht voor de congruentie-eis. Hier volgt een greep uit de rechtspraak ten aanzien van (par. 5.1) zakelijke acties, (par. 5.2) gebiedsverboden, en (par. 5.3) publicatieverboden.

67 HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5238, NJ 2006/55, m.nt. Ch. Gielen (*Euromedica/Merck*), r.o. 3.5.1. Deze uitspraak heeft gevolg gevonden in Hof 's-Hertogenbosch 4 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:602.

68 Het woord 'onverminderd' impliceert dat de rest van de overweging niet afdoet aan de werking van art. 3:296 BW. Dat is echter lastig te rijmen met (a) de stellige uitspraak dat die bepaling 'in kort geding evenwel toepassing mist'; en (b) de met de tekst van dat artikel strijdige uitleg die volgt.

69 Zie bijvoorbeeld HR 4 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0986, NJ 1993/659, m.nt. D.W.F. Verkade, r.o. 3.4 ("..."). Ook in kort geding gelden de grondbeginselen van een goede procesorde waartoe behoort dat elke rechterlijke beslissing tenminste zodanig moet worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtengang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden – in geval van openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen – controleerbaar en aanvaardbaar te maken. Deze motiveringsplicht heeft uitdrukking gevonden in de art. 121 Grondwet (Gr.w.), 20 Wet RO, 59 en 429k Rv; hoever zij gaat, hangt af van de omstandigheden van het geval." Als de grondslag van de rechtsoverweging genegeerd zou mogen worden lijkt toetsing in hoger beroep lastig.

70 W. Heemskerk, Hugenholtz/Heemskerk, *Hoofdpijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2015 (hierna: Hugenholtz/Heemskerk 2015), p. 179, daar aangehaald: HR 19 januari 1943, NJ 1943/198; HR 21 april 1978, ECLI:NL:HR:1978:AH8582, NJ 1979/194, m.nt. W.H. Heemskerk; HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2720, NJ 1998/682, m.nt. J.B.M. Franken.

71 Zie: G.H.A. Schut, 'Redactionele aantekeningen. De President in kort geding: rechter of dorpsoudste?', *RMThemis* 1985/2, p. 145 e.v. Hoewel volledige discretie eveneens afwijzend op ondergeschikte punten kennelijk anders: E. Korthals Altes, 'De President in kort geding: rechter of dorpsoudste? Een reactie', *RMThemis* 1985/4, p. 332.

72 HR 4 maart 1938, NJ 1938/948 (*AVRO/BUMA*).

73 HR 22 maart 1957, NJ 1958/478 (*Van 't Hooft/Coca Cola*).

74 HR 1 december 1995, NJ 1996/510, m.nt. D.W.F. Verkade (*Intres/Walt Disney*).

75 Sub 6.2 Concl. A-G Verkade, ECLI:NL:PHR:2005:AS5238 bij HR 15 april 2005, NJ 2006/55, m.nt. Ch. Gielen (*Euromedica/Merck*).

76 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1703, NJ 2011/373 (*Thuiskopie/Heldt*), r.o. 3.6.3; HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA2788, NJ 2015/112 (*Tirion/Cruiff*), r.o. 3.8. Zie voor uitspraken van voor die datum bijv. HR 19 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:A00903, NJ 2007/585 (*Philips/Postech*), r.o. 3.4.3.

77 HR 4 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0986, NJ 1993/659, m.nt. D.W.F. Verkade, r.o. 3.4.

78 T.E. Deurvorst, *Schadevergoeding, voldoening van een redelijke gebruiksvergoeding en winstafdracht bij inbreuken op intellectuele eigendomsrechten*, Deventer: Kluwer 1994, p. 126 e.v.

5.1 Zakelijke acties

Verboden gestoeld op zakelijke rechten – op absolute rechten in het algemeen, eigenlijk – komen veel voor en worden vaak keurig toegewezen in overeenstemming met de onderliggende rechtsplicht.⁷⁹ Slechts in één categorie gevallen wordt de congruentie-eis niet zorgvuldig gevolgd en worden vreemde resultaten bereikt: het ontruimingsbevel van een gehuurd pand in kort geding.

Als een huurder de overeenkomst schendt, kan de verhuurder ontbinding vorderen. Anders dan bij de ontbinding van andere overeenkomsten, kan de huurovereenkomst niet buitengerechtelijk worden ontbonden.⁸⁰ Dat kan ook niet in kort geding, aangezien de voorzieningenrechter geen constitutieve vonnissen mag uitspreken.⁸¹ Resultaat is dat ook na dat kort geding-vonnissen gewoon een huurovereenkomst bestaat en de huurder dus het recht heeft in het gehuurde te verblijven. Toch wijzen voorzieningenrechters niet zelden een ontruimingsvordering in kort geding toe op grond van het eigendomsrecht van de verhuurder.⁸² Ten onrechte, want de ontbinding is nog niet uitgesproken en zal wellicht nooit uitgesproken worden. Van Schaick stelt dat de kortgedingrechter daarom moet beoordelen 'of het überhaupt zal komen tot een procedure voor de bodemrechter waarin een vordering tot ontbinding wordt ingesteld respectievelijk wordt toegewezen'.⁸³ Gelet op het constitutieve karakter van de uitspraak in de bodemprocedure lijkt zelfs dat echter nog onvoldoende: totdat die uitspraak er ligt is het verblijf simpelweg niet onrechtmatig.

Natuurlijk zijn gevallen denkbaar waarin het noodzakelijk is dat de huurder de woning verlaat, bijvoorbeeld omdat hij daar een wietplantage heeft of andere huurders lastigvalt. In dat soort gevallen zal het mogelijk zijn een rechtsplicht te vinden zich niet meer in het pand te begeven.⁸⁴ Dat is minder ingrijpend dan een ontruimingsbevel, omdat de huurder niet direct al zijn spullen hoeft te pakken. Behalve dat het bevel een beperktere omvang heeft, zal een dergelijk bevel ook minder snel afgegeven worden; een rechtsplicht het pand te verlaten zal soms best gevonden kunnen worden, maar niet in alle gevallen waarin nu ontruimingsvonnissen worden uitgesproken. Dat legt de door Van Schaick geconstateerde praktijk enigszins aan banden en zorgt ervoor dat het uiteindelijke oordeel van de rechter op een zorgvuldige-

re, beter voorzienbare en vooral transparante vaststelling van rechten en plichten over en weer gestoeld wordt.

5.2 Gebiedsverboden

Voorzieningenrechters in de jaren '70 en '80 waren bereid de pleger van (seksuele) intimidatie uit preventie-overwegingen de toegang tot bepaalde gebieden te ontzeggen.⁸⁵ In het licht van de slachtofferbescherming klinkt dat best wenselijk: hoe verder de pleger van het slachtoffer vandaan bleef, des te kleiner de kans op recidive. In 1985 accepteerde de Hoge Raad de mogelijkheid gebiedsverboden op te leggen in kort geding, maar alleen in die gevallen waarin van de gedaagde gezegd kan worden dat hij *verplicht* was de eiseres te behoeden voor contact.⁸⁶ Alleen in die gevallen kan namelijk gezegd worden dat de gedaagde reeds ten tijde van het instellen van de vordering de plicht had bepaalde gebieden te vermijden. Ook hier moet de congruentie dus gezocht en gevonden worden.

Vaak gaat dat goed.⁸⁷ Zo werd in 2006 een imam die met de Stichting Welzijn voor Moslims in Nederland gebrouilleerd was *wel* de toegang tot de moskeeën die de Stichting in eigendom had ontzegd, maar werd hem *niet* verboden zich in een gebied van 500m rondom de moskee te begeven. Dat is ook juist: alleen ten aanzien van het eerste verbod kon een rechtsplicht (respecteren van het eigendomsrecht) gevonden worden.⁸⁸ Een ander voorbeeld, met omgekeerd resultaat, is een zaak uit 2017 waar een buurvrouw werd verboden honden in haar huis te hebben. Zij had eerder een hond gehad die het buurmeisje had aangevallen. Gelet op het feit dat de confrontatie met honden het emotionele herstel van de dochter ernstig bemoeilijkte was de rechtbank van oordeel dat van eiser mocht worden verwacht dat zij geen honden in huis nam tot eiser en zijn dochter verhuisd waren.⁸⁹ Ook dat lijkt juist: het is niet ongebruikelijk dat wij de plicht hebben schade van anderen te beperken of herstel te bespoedigen.⁹⁰

Maar soms gaat het minder goed en wordt de beslissing gegrond op een belangenafweging. De zaken waarin gedaagde strikt genomen dan 'te veel' wordt verboden (de rechtsplicht is immers niet vastgesteld) zijn meestal wel te billijken. Zo werd een man die zich meerdere malen agressief had gedragen jegens het personeel van de zorginstelling waar zijn moeder verbleef de toegang tot een bepaald deel

79 Zie bijv.: HR 29 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1116, NJ 1994/107 (Van Loon/Blaauwbroek (Kraaiende Hanen)); Rb. Dordrecht 11 juli 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BX3998; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 16 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2165; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 23 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2278; Rb. Overijssel 5 augustus 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3055; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 1 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8789.

80 Art. 7:231 BW.

81 Hugenholtz/Heemskerk 2015, p. 174.

82 Zie A.C. van Schaick, 'Het ontruimingskortgedingvonnis', NTBR 2016/48 (hierna: Van Schaick 2016), (p. 331), vn. 17 en de rechtspraak daar aangehaald.

83 Van Schaick 2016, p. 331.

84 Zoals het Gerechtshof 's-Hertogenbosch – kennelijk toevallig, aangezien het (ten onrechte, zie par. 4.2) van oordeel was dat art. 3:296 BW in kort geding geen toepassing vond – deed in: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:602, r.o. 4.6.

85 Zie bijv. Rb. Amsterdam 1 november 1984, ECLI:NL:RBARN:1984:AH0497, KG 1984, 336; Pres. Rb. Amsterdam 12 juli 1984, ECLI:NL:RBAMS:1984:AH0372, KG 1984, 211; Pres. Rb. Amsterdam 11 okt. 1984, ECLI:NL:RBAMS:1984:AH0470, KG 1984, 309.

86 HR 24 mei 1985, NJ 1987/1, m.nt. C.J.H. Brunner, E.A. Alkema (Gebiedsverbod).

87 Rb. Utrecht 26 augustus 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ6044, JHV 2009/225; Rb. Gelderland 4 augustus 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4939; Rb. Amsterdam 1 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1297.

88 Rb. Den Haag 19 december 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ5352 (Stichting Welzijn voor Moslims in Nederland/Een Imam).

89 Rb. Amsterdam 1 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1297 (De hond van de buren), r.o. 4.1.

90 Daarbij mag nog wel aangetekend worden dat het verbod zich wellicht niet hoefde uit te strekken tot *alle* honden; het houden van een poedel had het herstel van het buurmeisje wellicht niet bemoeilijkt.

van een complex ontzegd, maar behield hij het recht zijn moeder te bezoeken.⁹¹ Een plicht het personeel te mijden werd niet geformuleerd. In een andere zaak werd een man de toegang tot de woonplaats van zijn ex ontzegd nadat hij haar en hun gezamenlijke kinderen met de dood bedreigd had.⁹² Ook hier werd niet gezocht naar een rechtsplicht.

Nu zijn de resultaten in deze zaken alleszins acceptabel. De uitspraken verdienen geen schoonheidsprijs, maar de resultaten hadden ook bij juiste toepassing wel bereikt kunnen worden. Voor mensen die zichzelf aantoonbaar slecht in de hand lijken te hebben (zoals hier) is het niet lastig een rechtsplicht te vinden het gebied helemaal te vermijden.⁹³ Hier maakt het voor het resultaat dus weinig uit dat de congruentie-eis niet terug te zien is in de uitspraak. Toch is ook hier het negeren van die eis niet zonder problemen. Ten eerste geldt, wederom, dat het voor partijen lastig kan zijn de omvang van het verbod aan te vechten als niet goed duidelijk is waar die omvang van afhankelijk wordt gemaakt. Ten tweede kan het paradoxaal genoeg ook nog tot het tegenover gestelde resultaat leiden.

Een goed voorbeeld van een zaak waarin eisers juist *onvoldoende* bescherming lijken te krijgen is een zaak uit 2016 van het Gerechtshof Den Haag. In deze zaak gaat het om voormalige echtgenoten met drie kinderen. De man heeft in het verleden zijn vrouw geprobeerd om te brengen. Hij is daarvoor veroordeeld voor poging tot doodslag. De kinderen zijn als gevolg daarvan getraumatiseerd en worden daarvoor behandeld. De man is nu voorwaardelijk in vrijheid gesteld en de vrouw vordert bij de voorzieningenrechter een straat- en contactverbod. De voorzieningenrechter en het hof wijzen de vordering af omdat "voor toewijzing van ingrijpende maatregelen als een straat- en contactverbod slechts plaats [is] wanneer de veiligstelling van de persoonlijke vrijheid van de vrouw tegen inbreuken daarop door de man op geen andere wijze te bereiken is".⁹⁴ Ook hier wordt te veel gedacht aan preventie van herhaling van het eerdere voorval. De vraag is niet wat voor maatregelen allemaal bedacht kunnen worden om toekomstig onrecht te voorkomen, maar of de man de rechtsplicht heeft actie moeite te doen uit de buurt van de vrouw en kinderen te blijven. Gelet op het trauma van de kinderen is niet uitgesloten dat het hof tot die conclusie had kunnen komen. Het lijkt het er dus op dat het verbod bij juiste toepassing van de eis hier dus juist veel eenvoudiger opgelegd had kunnen worden.⁹⁵

5.3 Publicatieverbod

Als iemand op een of andere manier onrechtmatig over een ander gepubliceerd heeft, kan hem een rectificatiebevel en een verbod op herhaling worden opgelegd.⁹⁶ Vaak stemmen rechtsplicht en verbod volkomen overeen.⁹⁷ Een goed voorbeeld is de voorgenomen publicatie van een boek over het passageproces. Hendrik-Jan Kortterink had enkele getuigenverklaringen uit het passageproces in handen gekregen en wilde die als onderdeel van een boek over dat proces publiceren. Om de eerlijke berechting van verdachten Dino S. en Ali. A. te garanderen, vorderden de Staat en de verdachten een publicatieverbod tot zes maanden na het vonnis. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden wees het verbod toe, omdat het meende dat Kortterink verplicht was de eerlijke berechting niet te bemoeilijken.⁹⁸ Dat lijkt volkomen terecht: het is niet onrechtmatig het boek te publiceren, maar wel in een bepaald tijdvak. Het verbod moet en mag zich dan ook niet minder ver en niet verder uitstreken dan dat tijdvak.

Ook dit gaat niet altijd goed. Een voorbeeld vormt een uitspraak van de Rechtbank Arnhem van 25 februari 2005.⁹⁹ Het gedaagde detectivebureau had in verschillende kranten een advertentie geplaatst waarin het een beloning van € 10.000,- uitloofde voor degene die kon zeggen waar eiseres, werkzaam bij een niet bij naam genoemd advocatenkantoor, zich op een bepaalde datum en bepaald tijdstip bevond. Het detectivebureau kon (of wilde) geen reden aandragen voor zijn uitlatingen. Omdat van de advertentie 'de suggestie uitgaat dat [eiseres] in de uitoefening van het beroep van advocaat een belangrijke fout heeft gemaakt' was de voorzieningenrechter voorshands van oordeel dat gedaagde zich hiervan had moeten onthouden.¹⁰⁰ Naast een volkomen terecht rectificatiebevel, sprak de voorzieningenrechter een verbod uit (i) deze uitlatingen te herhalen; en (ii) zich "op enigerlei andere wijze negatief of suggestief uit te laten over eiseres".¹⁰¹ Met dat tweede deel van het verbod wordt het bevel echter veel groter gemaakt dan wat redelijkerwijs de rechtsplicht van het detectivebureau kan zijn; waarom zou het zich niet negatief over de advocaat mogen uitlaten? Sterker nog, misschien bestaat op enig moment juist een morele plicht *wel* negatieve berichten over de advocaat te delen met het publiek. Natuurlijk zou aan dit dictum in een executiegeschil een beperkte uitleg aan gegeven kunnen worden, maar feit is dat dit het dictum is en dat partijen hiermee de wereld in gestuurd worden. Door in wat ik de remediefase noem het bevel niet te laten congrueren met de rechtsplicht, vindt geen open, juridisch-technisch debat plaats over de omvang van het bevel. In plaats daar-

91 Rb. Rotterdam 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8081 (*Stichting Ouderenhuisvesting Rotterdam/Gedaagde*).

92 Rb. Overijssel 4 november 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4371.

93 Voor een vergelijkbaar betoog ten aanzien van voorzorgplichten zie: B.T.M. van der Wiel, 'Voorzorgverplichtingen. Over aansprakelijkheidsrechtelijke normstelling voor onzekere risico's', *MvV* 2017, p. 16; B.T.M. van der Wiel, 'Looking for trouble. Aansprakelijkheid voor onzekere gevaren', in: A.L.M. Keirse e.a., *Nieuwe risico's, nieuwe claimgebieden (Inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2007)*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 55.

94 Hof Den Haag 8 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3751, r.o. 8.

95 Toegegeven: of dat daadwerkelijk zo is vergt nader feitenonderzoek.

96 Resp. art. 6:167 BW en art. 3:296 BW.

97 Zie bijv.: Hof Den Haag 21 november 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AF1696 (*Regionale Economische Ontwikkeling Midden-Limburg BV/Uitgeversmaatschappij de Limburger*); Rb. Den Haag 8 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:13311 (*Natuurlijk beter leven & Aliter Cura/X*).

98 Hof Arnhem-Leeuwarden 31 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8469 (*Kortterink/Staat*).

99 Rb. Arnhem 25 februari 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AS8145, *NJF* 2005/155.

100 Rb. Arnhem 25 februari 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AS8145, *NJF* 2005/155, r.o. 6-7.

101 Rb. Arnhem 25 februari 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AS8145, *NJF* 2005/155, onder 'Beslissing'.

van wordt de omvang afhankelijk gemaakt van een discretionaire belangenafweging. Het partijdebat wordt daar niet eenvoudiger van.

6. Conclusie

Het op grond van art. 3:296 BW afgegeven bevel en de onderliggende rechtsplicht van gedaagde moeten met elkaar overeenstemmen. Deze eis kan het best gezien worden als een uitvloeisel van de toepassing van de relativiteitsleer bij bevel en verbod. Relativiteit gaat immers niet alleen over gedrag en schade, maar over de fundamentele eis dat toewijzing van een privaatrechtelijke remedie alleen mogelijk is als het recht van eiser daarop overeenstemt met de plicht van gedaagde daaraan te voldoen. De gedaagde kan nooit tot meer verplicht worden dan waar het materiële recht hem tegenover eiser toe verplicht en de eiser kan nooit meer toegewezen krijgen dan waar hij tegenover gedaagde recht op heeft.

Zorgvuldige toepassing van de congruentie-eis zorgt ervoor dat het toegewezen bevel of verbod is afgestemd op de rechtsplichten die uit het materiële recht volgen. Het negeren daarvan leidt ertoe dat van het uiteindelijke bevel of verbod soms niet gezegd kan worden dat het de gedaagde tot handelingen verplicht waartoe hij op grond van het materiële recht gehouden was. Dat is allereerst problematisch omdat daarmee de normatieve rechtvaardiging aan de remedie ontvalt, terwijl dat toch het doel van de juridische redenering moet zijn. Ten tweede kan het de rechtszekerheid beknellen omdat partijen in het partijdebat minder goed kunnen inschatten op grond waarvan de omvang bepaald wordt. De door het recht gedreven analyse in wat ik hier de normschendingsfase heb genoemd wordt immers vervangen door een discretionaire belangenafweging. Dat maakt het lastig voor partijen om tijdens het partijdebat hun pijlen te richten op de omvang van de remedie.

Hiermee is niet gezegd dat een groot deel van de afgegeven verboden en geboden nooit afgegeven had mogen worden. In veel van die gevallen is het heel goed mogelijk een rechtsplicht te vinden die met het bevel of verbod zoals afgegeven overeenstemt. Het aangaan van de uitdaging die plicht te vinden, zorgt er echter voor dat de toegewezen remedie beter gerechtvaardigd is, dat normen openlijk besproken worden, en dat de remedie beter voorspelbaar wordt. De remedie volgt de rechten en plichten van partijen – niet andersom.