

VOORWOORD

Bij de eerste druk

Sancties vormen niet het onderwerp van een gevestigd privaatrechtelijk leerstuk. Dat vooral maakte het schrijven van dit boekje aardig.

Al aanstonds bleek de materie vrij omvangrijk. Om toch in dit kort bestek een beschrijving te kunnen geven van de sancties in het vermogensrecht, in het bijzonder in het NBW, heb ik mij een drietal beperkingen moeten opleggen. Allereerst is in beginsel enkel aandacht besteed aan de sancties in het algemeen deel van ons vermogensrecht, waarmee ik hier de boeken 3 en 6 bedoel. Voorts zijn verwijzingen naar rechtspraak nagenoeg geheel beperkt tot de jurisprudentie van de Hoge Raad. Ten slotte is de rechtsvergelijking beknopt gehouden; waar verwezen kon worden naar een andere studie heb ik dat niet nagelaten.

Hier en daar heb ik voortgeborduurd op ideeën die al in mijn proefschrift zijn te vinden. Op enkele plaatsen zal de lezer autoplagiaat kunnen constateren. Een woord van dank aan mijn compagnon Mr. R.A.A. Duk is op zijn plaats. Hij heeft de tekst kritisch doorgelezen en zijn opmerkingen hebben mij steeds tot heroverweging en veelal tot herformulering aanleiding gegeven. Het manuscript is afgesloten op 1 oktober 1987.

Bij de tweede druk

Ruim vijftien jaar zijn verlopen sedert de verschijning van de eerste druk. Sedertdien is het nieuwe BW in werking getreden en heeft de Hoge Raad een aantal belangrijke arresten gewezen op het terrein van sancties in het vermogensrecht. Proefschriften zoals die van Lindenbergh en Verheij (vergoeding ideële schade), Linssen (winstafgifte), Bakels en Hartlief (ontbinding), Fesevur en Aarts (opschortingsrechten), Frenk (collectieve acties), preadviezen zoals dat van Bolt en Lensingh (privaatrechtelijke boete) en verdere literatuur noopten tot heroverweging van eerder ingenomen standpunten. De invoering van art. 3:305a en 305b gaf de collectieve actie een veel ruimer bereik dan enkel bevelen tot nakoming, zodat deze actie in een eigen hoofdstuk moest worden ondergebracht. Ten slotte heb ik ook aan de opmerkingen van recensenten van de eerste druk (Van Wassenaer, Frenk, Jongbloed en Dirix) aandacht besteed. Dit alles heeft ertoe geleid dat de tweede druk meer is dan een bijwerking van de eerste.

Wederom is een woord van dank aan mijn compagnon mr. R.A.A. Duk op zijn plaats voor zijn kritische opmerkingen.

Het manuscript is afgesloten per 1 maart 2003.

Bij de derde druk

Ruim veertien jaar zijn verlopen sinds de verschijning van de tweede druk. In die tijd zijn vele proefschriften, preadviezen en artikelen verschenen die voor deze monografie van belang zijn. Ik noem de dissertaties van Schelhaas over het boetebeding (2004), Stolp over subsidiariteit en proportionaliteit bij contractuele sancties (2007), Haas over het recht op nakoming (2009), Meurkens over 'punitive damages' (2011), Van Kogelenberg over 'deliberate breach of contract' (2012) en Emaus over fundamentele rechtsschending (2013); verder het preadvies van Kortmann en Sieburgh over 'handhaving door Nederlands privaatrecht' (2009) en dat van Tzankova over collectieve acties (2015). Ik heb deze literatuur en de relevante rechtspraak van met name de Hoge Raad zo goed mogelijk verwerkt en daarbij voor ogen gehouden dat deze monografie niet te zeer mocht uitdijen.

Mijn dank gaat uit naar mijn oud-compagnons mr. R.A.A. Duk en jhr. mr. J.L.R.A. Huydecoper; zij hebben de tekst kritisch doorgelezen en hun commentaar was voor mij waardevol.

Het manuscript is afgesloten per 15 november 2017.

Leidschendam, november 2017

C.J.J.C. van Nispen

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

Verkort geciteerde literatuur / XI

HOOFDSTUK 1

Inleiding / 1

- 1 Sancties; afbakening / 1
- 2 Sancties als afbakening? / 2
- 3 Sancties en handhaving / 4
- 4 Sanctionering als privaatrechtelijk leerstuk / 4
- 5 Mogelijke doelstellingen van privaatrechtelijke sanctionering / 6
- 6 Beginselen bij sanctionering / 7

HOOFDSTUK 2

Sancties in het BW / 11

- 7 Het actiënrecht in het BW / 11
- 8 Het bevel tot nakoming / 12
- 9 De aanspraak op schadevergoeding / 14
- 10 Tekortkomingen van de schadevergoeding als sanctie / 14
- 11 Andere sancties (1) / 16
- 12 Andere sancties (2) / 17
- 13 Algemene kenmerken / 19
- 14 Systematische opmerkingen / 20

HOOFDSTUK 3

Het bevel tot nakoming / 25

- 15 Art. 3:296 / 25
- 16 Redelijkheid en billijkheid / 27
- 17 Art. 6:168 / 28
- 18 Meer grenzen aan het recht op nakoming? / 29
- 19 Het belangvereiste van art. 3:303 / 30
- 20 Meer vrijheid voor de rechter? / 32

HOOFDSTUK 4

De aanspraak op schadevergoeding / 35

21 Inleiding / 35

A. ALGEMENE OPMERKINGEN / 35

22 De omzettingsfiguur / 35

23 De vorm van de schadevergoeding / 37

24 Het boetebeding / 38

B. ANDERE VERGOEDING DAN VAN MATERIËLE SCHADE / 40

25 Smartengeld; art. 6:106 lid 1 sub b / 40

26 Smartengeld; art. 6:106 lid 1 sub a / 42

27 'Punitive damages' / 42

28 Winstafgifte; rechtsgrond / 44

29 Winstafgifte in het IE-recht / 46

30 Winstafgifte; art. 6:104 / 47

HOOFDSTUK 5

De bevrijding van eigen verplichting / 49

31 Inleiding / 49

A. Ontbinding / 50

32 Toepassingsgebied / 50

33 Het wilsrecht en zijn beperkingen / 52

34 Ontbindingsverklaring / 54

35 Ontbindingsvordering / 55

36 Gevolgen / 56

37 Anticipatory breach / 57

B. Vernietiging / 59

38 Het wilsrecht en zijn beperkingen / 59

39 Vernietigingsverklaring / 61

40 Vernietiging in rechte / 62

41 Gevolgen / 62

42 Art. 3:54 en 6:230 / 63

HOOFDSTUK 6

Opschortingsrechten / 67

43 Inleiding / 67

44 Het algemene opschortingsrecht / 68

45 Wijze van uitoefening / 70

46 Gevolgen / 71

47 De exceptio non adimpleti contractus / 71

48 De onzekerheidsexceptie / 73

49 Het retentierecht / 74

HOOFDSTUK 7

Collectieve acties / 77

50 Inleiding / 77

51 Nieuwe mogelijkheden en problemen / 78

52 Voor welke personen? / 79

53 Private rechtspersonen; art. 3:305a / 79

54 Subsidiair karakter vordering / 81

55 Overheidslichamen / 82

56 Art. 3:305b / 83

HOOFDSTUK 8

Slot / 85

57 Afsluitende opmerkingen / 85

Register rechtspraak / 87

Artikelenregister / 91

Trefwoordenregister / 97

Monografieën BW / 101

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1 Sancties; afbakening

Dit boekje handelt over sancties in het vermogensrecht. Het begrip 'sanctie' wordt in ruime zin genomen: zowel de (door het recht geregelde) reacties op overtreding van een verplichting als de maatregelen van preventie ingeval overtreding dreigt.

Van Dale geeft als betekenissen van sanctie: 1. bekrachtiging, erkenning of goedkeuring door een daartoe bevoegd gezag van een bestaande toestand of van een genomen besluit of maatregel; 2. *middel om de naleving van een voorschrift of verdragsbepaling af te dwingen of als straf voor een overtreding*. Het gaat hier dus om sancties in laatsbedoelde zin.

In de juridische literatuur wordt het begrip 'sanctie' vaak in engere zin gebezigd door daaronder niet maatregelen van preventie te begrijpen; zie onder meer Asser/Scholten, *Algemeen deel*, 1974, p. 25, en in Scholtens voetspoor J.J. Oostenbrink, *Administratieve sancties* (diss. Utrecht), Den Haag: VUGA 1967, p. 3, alsmede Duk 1973, p. 11 en noot 20, en *Recht en slecht. Beginselen van een algemene rechtsleer*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 212-215.

Onder de verplichtingen in het vermogensrecht versta ik in dit bestek die welke voortvloeien uit civiele verbintenissen enerzijds en de rechtsplichten waarnaar art. 6:162 verwijst anderzijds.

De (passieve zijde van de) verbintenis is een species van het begrip 'rechtsplicht'. Zie voor het criterium nader Toelichting-Meijers, p. 458, Parl. Gesch. Boek 6, p. 38: "Het ontwerp neemt als uitgangspunt, dat alleen bij die rechtsplichten, waarmee een subjectief vermogensrecht correspondeert van degene jegens wie de rechtsplicht bestaat, wordt gesproken van verbintenissen." Niet-nakoming van een verbintenis levert een tekortkoming op. Bij de overige rechtsplichten heet overtreding een onrechtmatige daad.

Het rechtstheoretische probleem wanneer een regeling in het privaatrecht een rechtsplicht oplegt en het aan niet-opvolgen van de regel verbonden rechtsgevolg een sanctie mag heten, blijft hier verder rusten (bijv.: is schending van de legitieme portie te zien als overtreding van een rechtsnorm, waarop de wet de bevoegdheid van de legitimaris tot inkorting als sanctie stelt?; zie hieromtrent Asser/Scholten, t.a.p., en Duk 1973, p. 13).

Uit de zo-even gegeven afbakening volgt dat de zogenoemde plicht tot schadebeperking – op straffe van verlies van de aanspraak op vergoeding der extra schade – en de onderzoeksplicht van de crediteur – op straffe van verval van het klachtrecht – hier buiten beschouwing blijven. Deze oneigenlijke verplichtingen worden met een aan de Duitse doctrine ontleende term wel '*Obligeheden*' genoemd.

Ten slotte blijft hier ook de verplichting uit natuurlijke verbintenis buiten beschouwing. Een natuurlijke verbintenis is rechsens niet afdwingbaar, dat wil zeggen dat niet enkel geen nakoming kan worden bevolen, maar ook bij niet-nakoming geen aanspraak op schadevergoeding ontstaat, enz.; zie Toelichting-Meijers, p. 466-467 op art. 6.1.1.4, Parl. Gesch. Boek 6, p. 85.

Een bepaald rechtsgevolg kan al dan niet een sanctie inhouden; de verschijningsvorm van de sancties is niet exclusief.

Men onderscheide de termen 'sanctie' en 'rechtsgevolg'. Een preventieve maatregel zoals een rechterlijk verbod is op zichzelf geen rechtsgevolg van zeker rechtsfeit; wel plegen daarbij, voorwaardelijk, aan overtreding rechtsgevolgen te worden verbonden.

De door het recht geregelde reacties op overtreding – hetzij deze van rechtswege intreden, zoals nietigheid *ipso iure* of de verbintenis tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad, hetzij deze door de gerechtigde moeten worden ingeroepen, zoals de vernietiging of ontbinding van een rechtshandeling – houden wel rechtsgevolgen in. Zodanige rechtsgevolgen kunnen echter ook anders dan bij wege van sanctie op overtreding van een norm intreden; zie ook hierna, nr. 31.

2 Sancties als afbakening?

De aanwezigheid van geïnstitutionaliseerde sancties onderscheidt naar de gangbare opvatting rechtsstelsels van andere stelsels van gedragsnormen.

Zie hieromtrent onder meer Duk 1973, p. 7-9 (die zelf sancties niet als essentieel voor recht ziet; zie *RMThemis* 1994, p. 383) en vergelijk J.G.J. Rinkes e.a. (red.), *Van Apeldoorn's Inleiding tot de studie van het Nederlandse recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 52, 57 en 59-60.

Bij pogingen om het privaatrecht af te grenzen van straf- en bestuursrecht is in de wijze van sanctionering der regels vaak een onderscheidend kenmerk gezien. Zo is bij de opzet van het BW ter onderscheiding van administratief en privaatrecht gekozen voor het criterium of de handhaving van de norm in handen van belanghebbenden zelf of van de overheid is gelegd, en met name of de handhaving geschiedt met rechtsmiddelen die voor het privaatrecht typerend zouden zijn: civiele acties tot nakoming, tot schadevergoeding, ofwel tot ontbinding of vernietiging van rechtsverhoudingen en verklaring van recht.

Aldus Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht* (Mon. BW nr. A1) 2017/12, verwijzend naar Toelichting-Meijers, p. 12, Parl. Gesch., alg. deel, p. 129. Kortmann & Sieburgh 2009, p. 255, merken op dat het wezen van een rechtsnorm niet kan worden gedefinieerd door te verwijzen naar het rechtsmiddel dat de wetgever ter handhaving van die norm creëert of naar de plaats in de codificatie waar de wetgever dat rechtsmiddel onderbrengt. Maar wat het wezen van die rechtsnorm betreft rijst weer de vraag of alle materiële normen thuishoren in een bepaald rechtsgebied; zie hierover uitvoeriger de tweede druk, p. 3.

Uit de geciteerde passage in de Toelichting-Meijers blijkt dat deze uitgaat van een begrip 'handhaving', dat de sancties in de ruime, in nr. 1 bedoelde, zin omvat: zowel de (door het recht geregelde) reacties op overtreding van een verplichting als de maatregelen van preventie ingeval overtreding dreigt.

Thans kan echter niet meer worden gezegd dat alle genoemde rechtsmiddelen voor het privaatrecht typerend zouden zijn.

Bij de Wet van 4 juni 1981, *Stb.* 409, ter invoering van (inmiddels oud) art. 28a Hinderwet is de dwangsom als bestuursrechtelijke sanctie geïntroduceerd, en deze is vervolgens snel in dit rechtsgebied geprolifereerd; zie thans afd. 5.3.2 Awb.

Ook de schadevergoeding is inmiddels een bestuursrechtelijke sanctie. De in de bestuursrechtspraak ontwikkelde mogelijkheid om op te komen tegen een zelfstandig schadebesluit heeft uiteindelijk geleid tot de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten van 31 januari 2013, *Stb.* 2013, 50.

In het strafrecht zijn bij de Wet van 23 december 1992, *Stb.* 1993, 29, als vermogensmaatregelen de ontkenning van het wederrechtelijk verkregen voordeel en schadevergoeding, respectievelijk art. 36e en 36f Sr, opgenomen.

Wel kan worden aangeknoopt bij de vraag of de handhaving van normen in handen is gelegd van belanghebbenden zelf of van de overheid. Waar de handhaving van normen in

handen van de overheid is gelegd, kan de laatste decennia een verschuiving van straf- naar bestuursrechtelijke handhaving worden geconstateerd.

Zo is bij de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften van 3 juli 1989, *Stb.* 300, strafrechtelijke handhaving vervangen door bestuursrechtelijke handhaving via de bestuurlijke boete. Vanaf het midden van de jaren negentig is in het bestuursrecht zelf in vele bijzondere wetten aan bestuursorganen de bevoegdheid gegeven om burgers en bedrijven boeten op te leggen; zie thans titel 5.4 Awb.

In het privaatrecht is de handhaving van normen in beginsel in handen van belanghebbenden, maar voor het strafrecht blijft een harde kern over.

In 1965 trok L.H.C. Hulsman, *Handhaving van recht* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 1965, uit de eigen 'technicité' van het civielrechtelijk handhavingssysteem – in *civilibus* treedt de ene justitiabele op tegen de andere en vordert *pro se* – de conclusie dat op het terrein van het gemene recht, dat wil zeggen waar geen bijzondere betrekkingen bestaan tussen de burger en de administratie, de strafrechter met handhaving moet worden belast ongeval (1) de benadeelde in de regel niet in staat zal zijn degene die het nadeel veroorzaakte, te identificeren en (2) het onrecht in de regel onvoldoende geïndividualiseerd nadeel teweeg zal brengen om het instellen van een civiele actie te rechtvaardigen, en voorts het strafrecht moet worden ingeschakeld als het onrecht maatschappelijk zo nadelig is dat uit een oogpunt van opsporing of sanctie niet met civielrechtelijke handhaving kan worden volstaan.

G.J.M. Corstens, *Civielrechtelijke, administratiefrechtelijke of strafrechtelijke rechtshandhaving* (preadvies NJV), Zwolle: Tjeenk Willink 1984, huldigde 'een niet-essentialistische beschouwingwijze over de verschillende sanctiestelsels' en ging onder meer ervan uit 'dat er geen situaties zijn die per se als strafbaar feit door de wetgever moeten worden aangemerkt' (p. 22). Het EHRM denkt hierover blijkens zijn uitspraak van 26 maart 1985, *NJ* 1985, 525 (*X en Y/Nederland*) anders (het ging om een geval waarin een geestelijk gehandicapte minderjarige was bewogen tot ontuchtige handelingen): "The Court finds that the protection afforded by the civil law in the case of wrongdoing of the kind inflicted on Miss Y is insufficient. This is a case where fundamental values and essential aspects of private life are at stake. Effective deterrence is indispensable in this area and it can be achieved only by criminal-law provisions; indeed, it is by such provisions that the matter is normally regulated."

Inmiddels heeft ons strafrecht de invloed van Europa ondergaan en is er een heel corpus van materieel EU-strafrecht; zie J. Ouwkerk, 'Europeanisering van het Nederlandse strafrecht. Blessing in disguise', *NJB* 2013, p. 2986-2993, en P.A.M. Mevis, 'Verdere harmonisatie van het materiële strafrecht?', in P.A.M. Verrest & S. Struijk (red.), *Landelijke Strafrechtsdag 2016. De invloed van de Europese Unie op het strafrecht*, Den Haag: Boom 2016, p. 93-106.

In toenemende mate vindt handhaving door meer dan één rechtsstelsel plaats. Deze ontwikkeling roept nieuwe vragen omtrent afstemming op.

Vanouds vindt parallelle handhaving plaats door straf- en privaatrecht. De benadeelde kon van de inbreker zijn schade vorderen, terwijl de strafrechter een vrijheidsstraf of geldboete oplegde. De gedachte dat hier een zekere afstemming zou passen, is niet nieuw: indien de dader de benadeelde(n) schadeloos stelt, zou de strafrechtelijke reactie milder kunnen zijn.

In het Europese mededingingsrecht is sedert de laatste eeuwwisseling geopteerd voor een combinatie van bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving. Op zichzelf is het juist dat degenen die door een inbreuk op het mededingingsrecht schade hebben geleden, van de dader(s) vergoeding kunnen verkrijgen. Doordat de privaatrechtelijke sanctionering doorgaans de bestuursrechtelijke volgt, kan echter geen afstemming tussen beide wijzen van sanctionering geschieden. Ook lopen de benadeelden hierdoor een groter insolventierisico dan de mededingingsautoriteiten.

Een andere vorm van parallelle handhaving is gekozen in het consumentenrecht: naast de civiele (eventueel collectieve) acties van consumenten en concurrenten is er plaats voor bestuursrechtelijke handhaving door de Autoriteit Consument en Markt (en voor financiële diensten en activiteiten de Autoriteit Financiële Markten); de MVT (*Kamerstukken II* 2007, 30411, nr. 3) p. 6 bij de Wet handhaving

consumentenbescherming beklemtoon dat de Autoriteit Consument en Markt alleen dient op te treden 'indien de collectieve belangen van consumenten worden geschonden en het systeem van civielrechtelijke handhaving niet effectief blijkt te functioneren'. Zie nader D.W.F. Verkade, *Onerlijke handelspraktijken jegens consumenten* (Mon. BW nr. B49a), 2016/67 e.v.

Zie over parallelle handhaving via bestuursrecht en privaatrecht ook A.J.C. de Moor-Van Vugt, A.P. Klap en T. de Lange, 'Parallele handhaving: match of mismatch? Het combinatieprincipe opnieuw bezien', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2017, p. 164-173.

3 Sancties en handhaving

Na de laatste eeuwwisseling is het begrip 'handhaving van/door privaatrecht' in het middelpunt van de belangstelling komen te staan.

De term 'handhaving' werd een populair onderwerp na de impressionistisch getinte rede over rechtshandhavingstekorten van W.H. van Boom, *Efficacious enforcement in contract and tort*, Den Haag: Boom 2006; zie ook zijn artikelen 'Effectuerend handhaven in het privaatrecht', *NJB* 2007, p. 982-991, en 'Iets over handhaving in het privaatrecht', *WPNR* 2008, 6772 (themanummer). Opstellen over de meest uiteenlopende privaatrechtelijke en procesrechtelijke onderwerpen zijn nadien onder de noemer 'handhaving' gebundeld en gepresenteerd: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht. Vijftien bijdragen over handhaving van het privaatrecht en privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: Boom 2009, en W.H. van Boom, J.H. van Dam-Lely en S.D. Lindenbergh, *Rake remedies. Opstellen over handhaving van rechten, naleving van plichten en sanctionering van verkeerd gedrag in het privaatrecht*, Den Haag: Boom 2011. Zie verder F.W. Grosheide (red.), *Handhaving van intellectuele eigendom*, Amsterdam: deLex 2016.

Niet steeds is duidelijk wat onder rechtshandhaving wordt begrepen. Ik versta hieronder: mogelijkheden om rechtsregels te doen naleven. Rechtshandhaving geschiedt in het algemeen door toezicht op naleving van regels, opsporing van overtredingen en (bedreiging met en oplegging van) sancties. In het privaatrecht ligt het zwaartepunt bij de sancties.

Normen worden door burgers en bedrijven doorgaans zonder meer nageleefd. Hiervoor zorgen overtuiging, gewoonte, het individuele geweten, angst voor reputatieschade en andere psychologische factoren (vgl. I. Giesen, 'Handhaven met een toefje psychologie', *WPNR* 2009, 6817, p. 845-847). In het straf- en bestuursrecht vinden verder toezicht en opsporing in beginsel van overheidswege plaats, in het privaatrecht moeten burgers en bedrijven zelf toezien op respectering van hun rechten. Sommige bedrijven hebben uitgebreide afdelingen om 'counterfeit' op te sporen. Rechtenorganisaties als Buma/Stemra zorgen zowel voor toezicht, opsporing en vervolging, opdat de auteursrechten van hun aangeslotenen worden gerespecteerd. Eenzelfde takenpakket rust op de houder van een collectief of certificeringsmerk bij het toezicht op degenen die zo'n merk mogen gebruiken.

Kortmann & Sieburgh, p. 252-253, hanteren een veel enger begrip 'handhaving': het voorkomen van normschendend gedrag door de burger aan te sporen daarvan af te zien (p. 286). Zij stellen de handhavende functie tegenover de herstellende en richten zich primair op de privaatrechtelijke handhaving van normen die het individuele belang overstijgen (p. 256). De schadevergoedingsplicht heeft volgens hen geen handhavingsfunctie maar kan als neveneffect een handhavende werking hebben (p. 258). Dit voert hen dan tot de conclusie dat handhaving in de betekenis die zij daaraan toekennen, in het geldende privaatrecht een ondergeschikte rol speelt (p. 278).

Zoals in nr. 2 al opgemerkt, gaat de Toelichting-Meijers, p. 12, ook van een ruime opvatting over handhaving uit en begrijpt zij daaronder civiele acties tot nakoming, tot schadevergoeding, tot ontbinding of vernietiging van rechtsverhoudingen of verklaring van recht.

4 Sanctionering als privaatrechtelijk leerstuk

Anders dan in het straf- en bestuursrecht is in het privaatrecht tot eind vorige eeuw nauwelijks aandacht besteed aan het algemene probleem hoe rechtsnormen optimaal kunnen worden gehandhaafd.

In het *strafrecht* staat de sanctionering welhaast constant ter discussie met in de tijd wisselende accenten (sanctiemodaliteiten, depenalisering, verhouding tot het tuchtrecht, ontwikkeling van het ordeningsrecht, afdoening 'lichte' zaken door OM via strafbeschikking, enz.).

In het *bestuursrecht* is de problematiek rond 1970 in algemene zin aan de orde gesteld; zie de in nr. 1 al vermelde dissertatie van Oostenbrink en zijn preadvies over administratieve sancties voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, *Administratieve sancties in Nederland (een fiscaal- en administratiefrechtelijk probleem)*, Zwolle: Tjeenk Willink 1971, alsmede Van Angeren 1971. Nadien is een omvangrijk stelsel van bestuurlijke handhavingsmiddelen opgetrokken, waarvan vooral de bestuurlijke boete tot constante discussie leidt; zie onder meer F.M.J. den Houdijker, 'Rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties: een bron van spanning?' (preadvies Jonge VAR 2005), Den Haag: Boom 2006, en de preadviezen VAR Vereniging voor Bestuursrecht 2014 van C.L.G.F.H. Albers e.a., *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?* Den Haag: Boom 2014.

De eerste mij bekende monografie over sancties (in hoofdzaakelijk) het *vermogensrecht* is van de hand van F.H. Lawson, *Remedies of English law*, Middlesex: Penguin Books 1972 (eerste druk), en Lawson 1980 (tweede druk). Zie eerste druk, p. 7: "It is a book on 'what a person can obtain' in English law if his rights have been infringed. Oddly enough, this question has never been asked before in a comprehensive and systematic way." Verderop (p. 9) wordt 'the lack of any comprehensive literature on the subject in the laws of the European Continent' geconstateerd, ja zelfs: "There is, indeed, no adequate translation of 'legal remedy', with all the overtones it conveys, in any European language with which I am familiar."

Zie verder D.M. Walker, *The law of civil remedies in Scotland*, Edinburgh: Green 1974, en voor deelstudies met veel rechtsvergelijkende gegevens, G.H. Treitel, *Remedies for breach of contract: A comparative account*, Oxford: Clarendon 1991, en N. Rose (red.), *Pre-emptive remedies in Europe*, London: Longman 1992.

Gedurende zeer lange tijd is de schadevergoeding de privaatrechtelijke sanctie bij uitstek geweest. Er is veel geschreven over de rechtsgrond van die sanctie, maar slechts zelden klonk een functioneel (of: instrumenteel) getinte benadering door.

Een uitzondering maak ik voor het proefschrift van W.F. Wertheim, *Aansprakelijkheid voor schade buiten overeenkomst* (diss. Leiden), Leiden: IJdo 1930, die ten onzent mijns inziens als een voorloper van de functionele benadering is te beschouwen; zie met name p. 23-24 en 56. Bij hem vinden wij al de gedachte aan private boete (p. 37-39) en winstafgifte (p. 75).

Zeer geleidelijk is evenwel aandacht ontstaan voor de (mogelijke) doelstellingen van de privaatrechtelijke sanctionering.

Heel vroeg – relatief gesproken – vindt men deze benaderingswijze al in een artikel uit 1955 van C.A. Wright, 'The law of remedies as a social institution', *XVIII University of Detroit Law Journal* (1955) p. 376 e.v., inz. 377: "This notion that compensation is the goal is so familiar, the words come off judicial and pedagogical tongues so trippingly, that the uncritical student may well suppose that it must be ever thus. But in truth the 'indemnity principle' is only one of at least five principles from which a law of remedies might be constructed." (De andere vier zijn volgens Wright: *specific relief, restitution, punishment of the wrongdoer, a schedule of the recovery possible for each kind of wrong.*)

In constante rechtspraak heeft het HvJ EG vanaf 1989 benadrukt dat de lidstaten moeten voorzien in doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties om het EU-recht te handhaven. Dit heeft als een katalysator gewerkt voor de huidige belangstelling voor sancties in het privaatrecht.

De constante rechtspraak van het HvJ EG vangt aan met HvJ EG 21 september 1989, C-68/88, *Jur.* 1989, p. 2965 (*Commissie/Griekenland*). Het Hof verlangt niet een bepaalde sanctie, mits zij maar doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend is. Als de nationale wetgever kiest voor (louter) een of meer privaatrechtelijke sancties, zullen die aan deze maatstaven moeten voldoen, wil men niet een rechtshandhavingstekort

creëren. Het ligt voor de hand deze gedachte door te trekken naar ander dan EU-recht; ook die regels zullen adequaat handhaafbaar moeten zijn.

5 Mogelijke doelstellingen van privaatrechtelijke sanctionering

Als men de sanctionering van privaatrechtelijke normen functioneel benadert, dient men zich allereerst af te vragen welke doelstellingen daarmee zouden kunnen worden nagestreefd. Als mogelijke doelstellingen kunnen worden genoemd:

a. het voorkomen van dreigend onrecht

Men zal hierbij allereerst aan het bevel tot nakoming (zie hoofdstuk 3) denken, maar ook het boetedebing (zie nr. 24) en de opschortingsrechten (zie hoofdstuk 6) hebben speciale preventie als primaire functie.

b. het goedmaken van geleden schade

Hiertoe strekt de verbintenis tot vergoeding van de materiële schade en die tot vergoeding van immateriële schade in gevallen van fysiek of psychisch letsel, maar ook de ontbinding en vernietiging (zie hoofdstuk 5) zijn erop gericht – ruw gezegd – de gerechtigde te brengen in de financiële toestand waarin hij zou hebben verkeerd bij correct gedrag van zijn wederpartij.

Vaak wordt vooral met betrekking tot de verbintenis tot vergoeding van materiële schade beweerd dat speciale en generale preventie hiervan slechts een neveneffect is; S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Mon. BW nr. B34) 2014/9. Dat denkbeeld is een gevolg van de oude focus op compensatie. Door de rechter toegekende schadevergoedingen leiden wel degelijk tot gedragsbeïnvloeding, met name ook bij bedrijven, overheden en andere organisaties; zie enkele voorbeelden bij T. Hartlief, *WPNR* 2008, 6772, p. 769.

c. genoegdoening voor de benadeelde

Dit is het doel van de verbintenis tot vergoeding van de zogenoemde immateriële schade in gevallen van inbreuk op een persoonlijkheidsrecht (zie nr. 25).

d. bestraffing van de aansprakelijke persoon

Tot voor kort werd ten onzent algemeen aanvaard dat dit doel vreemd was aan het privaatrecht; thans is echter een kentering te bespeuren, maar naar mijn mening zouden we niet de weg van privaatrechtelijke beboeting moeten opgaan (zie nr. 27).

e. ongedaanmaking van de verrijking van de aansprakelijke persoon

Hiertoe strekt de actie tot winstafgifte (zie nr. 28-30).

f. handhaving van rechten

Dit doel is eigen aan het sanctiestelsel als geheel; in hun onderlinge samenhang behoren de sancties de speciale en generale preventie zo goed mogelijk te verzekeren, al kunnen in ernstige gevallen strafrechtelijke sancties niet ontbreken (zie nr. 2).

Rechtsnormen moeten (ook) in het privaatrecht optimaal worden gehandhaafd; als een norm alleen privaatrechtelijk wordt gehandhaafd, moet de sanctionering voldoen aan de maatstaven dat zij doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend is; zie hiervoor, nr. 4.

De rijkdom van zijn sanctiearsenaal is medebepalend voor de vraag welk onrecht aan het privaatrecht wordt toebedeeld en daarmee voor de vraag op welke terreinen de rechtsvorming zich (mede) *in civilibus* voltrekt, met andere woorden voor de maatschappelijke betekenis van het privaatrecht.

Zolang schadevergoeding de remedie bij uitstek was in geval van overtreding van buitencontractuele normen, kon het privaatrecht geen effectieve bescherming bieden aan immateriële waarden als eer, lichamelijke integriteit, naam, portret en privacy. De ontwikkeling van de verbodsactie en de vergoeding van zogenoemde immateriële schade maakten het zinvol zulke waarden als civiele rechtsbelangen te erkennen. Typerend is bijvoorbeeld HR 22 juni 1973, NJ 1973, 386 (*Bedding/Amsterdam*) inzake drinkwaterfluoridering. Dit arrest illustreert tevens dat handhaving in een civiele procedure ertoe leidt dat ook de rechtsvorming met betrekking tot zulke waarden (mede) door de burgerlijke rechter geschiedt. Vergelijk Hulsman, a.w. (nr. 2), p. 7.

Zo ook leidt het toelaten van collectieve acties ertoe dat het privaatrecht de bestrijding van onrecht dat over vele personen uitwaaiert (bijv. een groot aantal consumenten treft), niet langer geheel aan straf- of bestuursrecht hoeft over te laten; zie nader hierna, nr. 51.

Eigenlijk prealabel aan de vraag hoe rechtsnormen optimaal kunnen worden gehandhaafd, is die of het privaatrecht bepaalde maatschappelijke feiten en verschijnselen wel via sancties op gedragsplichten moet regelen.

Een voorbeeld biedt de schadevergoeding aan slachtoffers van verkeersongevallen; is een 'first-party'-verzekering – met als centrale doelstelling: bescherming van slachtoffers – niet te prefereren boven een 'third-party'-stelsel, gezien de onbevredigende resultaten waartoe een aansprakelijkheidssysteem in de praktijk blijkt te leiden en de hoge uitvoeringskosten die het bovendien met zich brengt? Zie hieromtrent met name A.R. Bloembergen, *Dient de wettelijke aansprakelijkheid bij verkeersongevallen vervangen te worden door een stelsel van verzekering?* (preadvies NJV), Zwolle: Tjeenk Willink 1967, en NJB 1973, p. 961 e.v., 1978, p. 693 e.v., en 1980, p. 925 e.v., en M. van Dam, *Verkeersongevallen. Een rechtseconomisch, empirisch en positiefrechtelijk onderzoek naar de werking van aansprakelijkheid, verzekering en veiligheidsregulering in het verkeer* (diss. Maastricht), Den Haag: Boom 2001.

6 Beginselen bij sanctionering

Geen enkele sanctie is inherent aan of een logisch uitvloeisel van een norm. Elke sanctie is het resultaat van een door de wetgever of in de rechtspraak genomen beslissing dat het gerechtvaardigd is een norm of normencomplex onder nader aan te geven voorwaarden op een bepaalde wijze te handhaven.

Hierover is wel anders geoordeeld. Zo meende Meijers, WPNR 2242, p. 599 l.k., VPO II, p. 72, dat uit een zakelijk recht logisch niet meer voortvloeit 'dan dat niemand *opzettelijk* den gerechtigde zal kunnen storen zonder een nadeelig rechtsgevolg daarvan te ondervinden' (mijn cursivering; vN), waarbij hij met dat nadelig rechtsgevolg doelde op schadevergoeding; met andere woorden de plicht tot schadevergoeding is zijns inziens de logische reactie op doleuze inbreuk. Meijers – zie *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden: Universitaire Pers 1958, p. 45 – achtte het zeer twijfelachtig 'of men de rechtsoverdracht tot nakoming als kenmerk van de vermogensrechtelijke rechtsoverdracht mag beschouwen'.

Daarentegen vindt R.J. Polak, *Aanspraak en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: Tjeenk Willink 1949, p. 43 dat de verbodbaarheid van rechtsens niet te dulden gedrag aan de civiele rechtsorde inherent is. Maar de sprong van een afkeuringsoordeel naar een reparatienorm (schadevergoedingsplicht) is volgens hem slechts schijnbaar vanzelfsprekend; hierin zou nog een stuk vergeldingsreminiscentie steken (p. 6).

Aan een sanctiesysteem mag allereerst de eis worden gesteld dat het doelmatig is, dat wil zeggen bijdraagt aan optimale rechtshandhaving.

Zie nader hierna, in het bijzonder nr. 10, waar wordt uiteengezet dat de schadevergoeding als voornaamste reactie op normschending in sommige opzichten tekortschiet.

Zie omtrent de aan een sanctiesysteem te stellen eisen ook Van Angeren 1971, p. 1-7.

Daarnaast ligt het in de rede dat de sanctie niet onevenredig mag zijn met de zwaarte van het belang dat door de betrokken verplichting wordt beschermd, c.q. de mate waarin dat belang eventueel is aangetast. Het middel mag niet erger zijn dan de kwaal.

Op dit terrein hebben tot (enige) discussie aanleiding gegeven de zijdelingse executiemiddelen die aan preventieve maatregelen plegen te worden gekoppeld, dwangsom en lijfswang.

De *dwangsbepaling* dreigt met verbeurte van een boete ten gunste van een particulier, welke veel groter kan zijn dan de door deze geleden schade. S.N. van Opstall heeft daarom (aanvankelijk) bepleit de dwangsom ten goede van de Staat te laten komen, zie *Enkele opmerkingen over de dwangsom* (oratie Utrecht), Groningen: Wolters 1955, p. 12-14. Zie ook de kritiek op de vigerende dwangsomregeling van Blaauw 1981, p. 58-59, en Kortmann & Sieburgh 2009, p. 285 en 298-299. De geldende dwangsomregeling functioneert naar mijn mening in het algemeen behoorlijk; het is riskant om de Staat als derde partij daarbij te betrekken, omdat die zich niet tot de rol van passieve ontvanger zal beperken, maar naar moet worden gevreesd met een eigen agenda zand in de machine zal strooien.

Het instituut van de *lijfswang* is meer omstreden; zie R.P. Cleveringa, *Mr. W. Van Rossem's Verklaring van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering II*, Zwolle: Tjeenk Willink 1972, aant. 1 ad art. 585. Het leidt tot vrijheidsbeneming als sanctie op niet-nakoming van privaatrechtelijke verplichtingen; F.M.J. Jansen en H. Stein hebben in hun bewerkingen van de *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering* boek II titel 5, afdeling 1, aant. 2, betoogd dat zulks in strijd zou zijn met althans de geest van art. 4 en 5 EVRM; anders de huidige bewerkster M.B. Beekhoven van den Boezem. Vergelijk EV I en MO over art. 3.11.6, Parl. Gesch. Boek 3, p. 914.

De kritiek op dit dwangmiddel deel ik niet. Het recht, ook het privaatrecht, mag scherpe tanden hebben. In de rechtspraak van de Hoge Raad is wat de lijfswang betreft geen terughoudendheid te bespeuren; zie HR 5 december 1986, NJ 1987, 527 (X/Y).

Ten slotte mag voor zover een norm alleen privaatrechtelijk wordt gehandhaafd, worden verlangd dat de sanctionering afschrikwekkend is. De zijdelingse executiemiddelen die aan preventieve maatregelen worden gekoppeld, zijn zeker als zodanig te kwalificeren. De reactie op een gepleegde normschending schiet echter tekort indien deze louter strekt tot herstel van het geschiede onrecht (hoezeer deze notie bij ideële schade flexibel is) en de dader het met de daad behaalde voordeel laat behouden.

Voor het privaatrecht geldt niet dat bij sanctionering telkens een rechterlijke instantie, hetzij als sanctionerend, hetzij als controlerend orgaan, dient te worden ingeschakeld. In alle gevallen kán de rechter worden geadieerd.

Van Angeren 1971, p. 6-7, heeft voor het administratief recht als vereiste gepostuleerd dat bij de uitoefening van dwangmiddelen een rechterlijke instantie, hetzij als sanctionerend hetzij als controlerend orgaan, dient te worden ingeschakeld (aan dit vereiste wordt overigens in het administratieve recht niet meer voldaan); vergelijk Corstens, a.w. (nr. 2), p. 54-55. Dit geldt niet voor het privaatrecht; er is juist een

sterke tendens om de sanctionering steeds minder in foro te doen geschieden; zie nader hierna, nr. 13. Wel behoudt de rechter dan een controlerende taak indien een partij hem daartoe benadert.

Zo ook leidt het toelaten van collectieve acties ertoe dat het privaatrecht de bestrijding van onrecht dat over vele personen uitwaaiert (bijv. een groot aantal consumenten treft), niet langer geheel aan straf- of bestuursrecht hoeft over te laten; zie nader hierna, nr. 51.

