

3. In HR 18 december 2009, *NJ* 2010/111 en HR 4 februari 2011, *NJ* 2011/368 heeft de Hoge Raad bepaald dat bij het instellen van een rechtsmiddel tegen een partij met een bekende woon- of verblijfplaats in een lidstaat van de Betekeningsverordening, dan wel het Betekeningsverdrag, mag worden volstaan met betekening ex art. 63 Rv. Dit artikel bepaalt dat een exploit waarbij een rechtsmiddel wordt ingesteld (ook) kan worden uitgebracht aan het kantoor van de advocaat of deurwaarder bij wie degene voor wie het exploit is bestemd, laatstelijk ter zake woonplaats heeft gekozen (de 'kantoorbetekening').

4. Art. 115 Rv bepaalt welke (minimale) termijn van dagvaarding in acht dient te worden genomen bij betekening aan buitenlandse gedaagden. Deze termijn bedraagt (i) ten minste vier weken indien de gedaagde een bekende woonplaats of een bekend werkelijk verblijf buiten Nederland heeft in een lidstaat waar de Betekeningsverordening van toepassing is, dan wel in een staat die in Europa is gelegen en die partij is bij het Haags Betekeningsverdrag (art. 115 lid 1 Rv), (ii) ten minste drie maanden indien de gedaagde noch in Nederland, noch in een lidstaat waar de Betekeningsverordening van toepassing is, noch in een staat die in Europa is gelegen en die partij is bij het Haags Betekeningsverdrag, een bekende woonplaats of een bekend werkelijk verblijf heeft (art. 115 lid 2 Rv) en (iii) ten minste een week indien de gedaagde in Nederland geen bekende woonplaats of bekend werkelijk verblijf heeft, en het exploit in Nederland wordt gedaan aan de gedaagde in persoon, dan wel aan een door de gedaagde voor deze zaak gekozen woonplaats (art. 115 lid 3 Rv).

5. In HR 15 april 2011, *NJ* 2011/369 heeft de HR reeds bepaald dat bij betekening op de voet van art. 63 Rv aan een buitenlandse partij op grond van het Haags Betekeningsverdrag, de minimale dagvaardingstermijn van een week van art. 115 lid 3 Rv kan worden aangehouden. In dat geval is namelijk sprake van betekening aan een gekozen woonplaats in Nederland als bedoeld in art. 115 lid 3 Rv.

6. In het onderhavige arrest heeft de HR bepaald dat deze minimale dagvaardingstermijn van een week van art. 115 lid 3 Rv ook kan worden gehanteerd in geval van betekening op de voet van art. 63 Rv indien niet het Betekeningsverdrag, maar de Betekeningsverordening van toepassing is.

7. Met deze beslissing lijkt het antwoord op de vraag welke dagvaardingstermijn dient te worden gehanteerd bij betekening op de voet van art. 63 Rv aan een buitenlandse partij eenvoudig; in alle gevallen kan een termijn van een week worden gehanteerd. Volgens de Hoge Raad is het hanteren van deze termijn van dagvaarding echter niet onder alle omstandigheden voldoende. Zoals de Hoge Raad namelijk ook expliciet in deze uitspraak heeft overwogen, zal de rechter die over de verstekverlening dient te beslissen in verband met het verdedigingsbelang niet direct het gevraagde verstek verlenen als degene voor wie het exploit is bestemd niet is verschenen en er aanleiding bestaat eraan te twifelen of het exploit de gedaagde heeft bereikt. Indien de langere termijn van art. 115 lid 1, dan wel art. 115 lid 2 in acht wordt genomen, wordt onzes inziens deze onzekerheid zo veel mogelijk uitgesloten. Hoewel de Hoge Raad overigens wel aangeeft dat een termijn van een week niet snel te kort zal zijn, omdat volgens de Hoge Raad doorgaans mag worden aangenomen "dat de moderne communicatiemiddelen het mogelijk maken dat de advocaat aan wiens kantoor op de voet van art. 63 lid 1 Rv het rechtsmiddelexploot wordt gedaan, in de regel erin zal slagen om binnen de termijn van een week te bewerkstelligen dat dit stuk degene bereikt voor wie het is bestemd." (zie r.o. 2.4.2). Overigens zou de hantering van de korte dagvaardingstermijn van een week ook in de weg kunnen staan aan tenuitvoerlegging van het eventueel verkregen verstekvonnis, indien de rechter die moet

oordeelen op een verzoek tot tenuitvoerlegging oordeelt dat de gedaagde, als gevolg daarvan, onvoldoende gelegenheid heeft gekregen voor het voeren van verweer. Dit volgt uit art. 45 jo. art. 43 aanhef en onderdeel 2 EEX-verordening. Ook daarom kan het geraden zijn veiligheidshalve toch de langere termijn van art. 115 lid 1, dan wel art. 115 lid 2 Rv te hanteren.

8. In de onderhavige casus is verstek verleend. De termijn van 23 dagen waarop was gedagvaard, is langer dan een week.

Daarnaast was er volgens de Hoge Raad geen aanleiding om eraan te twifelen of de dagvaarding Westinvest had bereikt.

M.C. van Rijswijk
P.H. Frerichs
Griph law & tax

62

Hoge Raad
20 februari 2015, nr. 13/06135
ECLI:NL:HR:2015:396
ECLI:NL:PHR:2014:2117
(mr. Numann, mr. Streefkerk, mr. Drion, mr. Polak, mr. Tanja-van den Broek)
(concl. A-G mr. Wesseling-van Gent)
Noot M. Teekens

Opheffing dwangsom. Nakoming veroordeling onmogelijk?

De rechter die de dwangsom heeft opgelegd, kan deze dwangsom op vordering van de veroordeelde onder meer opheffen of verminderen in geval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen. Een veroordeling tot herstel van een muur in oude toestand door verwijdering van een betonnen fundering is niet reeds onmogelijk indien een blijvende additionele voorziening ter voorkoming van schade noodzakelijk is, ondanks dat deze additionele voorziening geen onderdeel was van de situatie in de oude toestand.

[RV art. 661 lid d]

Verweersters in cassatie wonen naast eisers in cassatie. De grotendeels vrijstaande woning van verweersters is voorzien van een aanbouw met bibliotheek. Eisers wensen verkoeling in de vorm van een zwembad die wordt aangelegd ter hoogte van de bibliotheek. De fundering van het zwembad wordt voor een deel gelegd onder de fundering van de bibliotheek en daardoor zijn de eigendomsrechten van een muur van verweersters in het geding.

Eisers worden in eerste aanleg onder andere veroordeeld de spouwmuur van verweersters in de oude toestand te herstellen door onder andere de aangebrachte betonnen fundering onder de woning van verweersters te verwijderen op straffe van een dwangsom. Een kort geding schorst de tenuitvoerlegging totdat een onherroepelijke uitspraak is verkregen.

Eisers worden in hoger beroep wederom veroordeeld om de spouwmuur/zijmuur van verweersters binnen 12 weken na betekening van het arrest in de oude toestand te (doen) herstellen door de in opdracht van eisers ten behoeve van de aanleg van het zwembad aangebrachte fundering onder die muur/zijmuur van de bibliotheek

te (doen) verwijderen, met als toevoeging dat die muur niet mag worden beschadigd. Dit eveneens op straffe van een dwangsom. Eisers hebben zich tegen de executie van het arrest verzet met een executie kort geding. Na verlies is hoger beroep ingesteld. Eisers stellen een vordering in bij het hof op basis van art. 611d Rv. Bij hetzelfde hof wordt gevorderd de tenuitvoerlegging van de dwangsom onmiddellijk op te heffen, op te schorten dan wel het bedrag daarvan te verminderen. De veroordeling zou gedeeltelijk niet uitvoerbaar zijn nu de verwijdering van de aangebrachte fundering en herstel van de oorspronkelijke situatie door het storten van zwart zand onder de muur niet zonder beschadiging van de muur/zijmuur van de bibliotheek zou kunnen plaatsvinden. Eisers beroepen zich hierbij onder andere op een rapportage waaruit volgt dat herstel in de oude toestand zonder schade te veroorzaken welhaast onmogelijk is zonder het treffen van één of meerdere blijvende risicobeperkende uitvoeringsmethoden. Eisers stellen dat het onmogelijk is de muur zonder schade in de oude toestand te herstellen en dat toepassing van een van de blijvende risicobeperkende uitvoeringsmethoden niet hetzelfde is als de muur in oude toestand te herstellen.

Het hof concludeert dat nergens uit volgt dat de hoofdveroordeling niet kan worden nagekomen. Het vereiste herstel in de oude toestand strekt ertoe dat de door eisers wederrechtelijk aangebrachte wijzigingen ongedaan worden gemaakt en dat het begrip 'oude toestand' daarom ook niet al te letterlijk mag worden opgevat. Als het wegnemen van de door eisers aangebrachte fundering tot gevolg heeft dat voorzieningen ter voorkoming van schade aan de muur noodzakelijk worden die in de oude toestand niet noodzakelijk waren, betekent dit dat die voorzieningen getroffen moeten worden en niet dat herstel in de oude toestand onmogelijk is en er dus niets meer hoeft te gebeuren. Eisers gaan in cassatie en verzetten zich tegen dit oordeel van het hof.

In haar conclusie gaat A-G E.M. Wesseling-van Gent ervan uit dat de hoofdveroordeling inhoudt dat het herstel in de oude toestand moet worden uitgevoerd zonder de muur te beschadigen. Volgens haar oordeelt het hof dat van een onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen geen sprake is omdat uit de rapportages blijkt dat verwijdering van de aangebrachte fundering wel mogelijk is als nadien een hulpconstructie wordt aangebracht om de schade aan de muur zo veel mogelijk te beperken. Dat zou betekenen dat het hof in feite constateert dat het voor eisers inderdaad praktisch onmogelijk is om te voldoen aan de hoofdveroordeling tot herstel in de oude toestand door het verwijderen van de fundering zonder de spouwmuur/zijmuur van de bibliotheek te beschadigen. Het hof zou een nadere en tevens andere invulling aan de hoofdveroordeling hebben gegeven door te overwegen dat het begrip 'oude toestand' niet al te letterlijk mag worden opgevat en de verplichting op te leggen om noodzakelijke voorzieningen te treffen ter voorkoming van schade. Indien naleving van de hoofdveroordeling onmogelijk is, dient dát te worden vastgesteld en niet de hoofdveroordeling te worden aangepast.

De Hoge Raad gaat contrair en overweegt dat het hof – gebruikmakend van de door het BenGH ontwikkelde maatstaf – heeft onderzocht of het onredelijk zou zijn om van eisers meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan zij hebben betracht en of eisers sinds hun veroordeling redelijkerwijze al het mogelijke hebben gedaan om aan de hoofdveroordeling te voldoen. Daarbij heeft het hof de mogelijkheden betrokken waarover eisers beschikken om in overeenstemming met de strekking van de hoofdveroordeling de spouwmuur van de bibliotheek in de oude toestand te (doen) herstellen door de ten behoeve van de aanleg van het zwembad aangebrachte fundering onder die muur te (doen) verwijderen zonder die muur te beschadigen. In dat verband heeft het hof onder meer gewezen op de laatste van de drie in de rapportage vermelde risicobeperkende uitvoeringsmethoden. Het hof zou daarmee, in het

kader van de uitoefening van zijn bevoegdheid uit hoofde van art. 611d lid 1 Rv, de uitgesproken hoofdveroordeling hebben uitgelegd, maar deze niet hebben verbeterd, aangevuld of gewijzigd. De klacht dat het hof de mogelijkheid van een hulpconstructie ambtshalve heeft bijgebracht, mist hiermee volgens de Hoge Raad feitelijke grondslag.

1. [eiser 1],
 2. [eiseres 2],
- beiden wonende te [woonplaats],
Eisers tot cassatie,
advocaat: mr. J.H. van Gelderen,
tegen
1. [verweerder 1],
 2. [verweester 2],
- beiden wonende te Weert,
Verweerders in cassatie,
niet verschenen.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [eiser] c.s en [verweerder] c.s.

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

1. Feiten¹ en processuele voorgeschiedenis²

1.1 Verweerders in cassatie, [verweerder] c.s., zijn eigenaren van de woning aan de [a-straat 1] te [plaats]. Deze woning ligt naast de woning van [eiser] c.s. aan de [a-straat 1]. De woning van [verweerder] c.s. betreft een (grotendeels) vrijstaande woning, aan de linkerzijde (gezien vanaf de [a-straat]) voorzien van een aanbouw die in 1971 is gebouwd en vergund als volière (thans door [verweerder] c.s. betiteld als bibliotheek, welke benaming hierna zal worden aangehouden) en een garage.

1.2 [eiser] c.s. zijn in mei 2007 gestart met de bouw van een zwembad in de oprit aan de rechterzijde van hun (grotendeels) vrijstaande woning (dus de zijde grenzend aan de woning van [verweerder] c.s.) ter hoogte van de bibliotheek. De fundering van dit zwembad is voor een deel gelegd onder de fundering van de bibliotheek van [verweerder] c.s. Het zwembad is vervolgens nog voorzien van een overkapping, bestaande uit een muur en een dak.

1.3 [verweerder] c.s. hebben [eiser] c.s. op 24 juni 2008 gedagvaard voor de rechtbank Roermond en daarbij – kort samengevat – gevorderd dat voor recht wordt verklaard dat zij eigenaar zijn van de (spouw)muur waartegen het zwembad is aangelegd, dat [eiser] c.s. worden veroordeeld de inbreuk op dit eigendomsrecht te staken en de oorspronkelijke toestand te herstellen, dat het betonnen blok onder de fundering wordt verwijderd dan wel een constructieve ont koppeling van hun woning met het zwembad tot stand word toegebracht, en dat [eiser] c.s. worden veroordeeld tot het nemen van maatregelen tot beëindiging van de door [verweerder] c.s. bij het gebruik van het zwembad ondervonden geluidsoverlast.

[eiser] c.s. hebben gemotiveerd verweer gevoerd.

Vervolgens heeft de rechtbank op 24 september 2008 een tussenvonnis gewezen, en heeft op 12 december 2008 een compa-

1 Voor zover thans van belang. Zie voor een volledig overzicht van de feiten rov. 1.a. t/m 1.k. van het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 14 februari 2012, alsmede rov. 2.1 van het vonnis van de rechtbank Roermond van 9 juni 2010.

2 Eveneens voor zover in cassatie van belang. Zie o.m. rov. 2.1-2.3 van het in cassatie bestreden arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 3 september 2013 en rov. 1 en 3 van het vonnis van de rechtbank Roermond van 9 juni 2010.

ritie en descende plaatsgevonden. Daarna hebben partijen nog conclusies gewisseld en hebben beide partijen producties in het geding gebracht. Op 3 maart 2010 heeft pleidooi plaatsgevonden, waarbij beide partijen pleitnota's in het geding hebben gebracht.

1.4 De rechtbank heeft bij vonnis van 9 juni 2010:

- (i) voor recht verklaard dat [verweerder] c.s. eigenaren zijn van de spouwmuur;
- (ii) [eiser] c.s. veroordeeld tot het staken van alle inbreuken op het eigendomsrecht van de spouwmuur door deze binnen zes weken na betekening van het vonnis in de oude toestand te herstellen door het wegnemen van de aangebrachte isolatie, de dakbedekking, stucwerk en andere materialen en de muur te herstellen, en [eiser] c.s. verboden nieuwe inbreuken op bedoeld eigendomsrecht te plegen;
- (iii) [eiser] c.s. veroordeeld de door hen aangebrachte betonnen fundering onder de woning van [verweerder] c.s. te verwijderen en de oude situatie te herstellen binnen zes weken na betekening van het vonnis;
- (iv) bepaald dat [eiser] c.s. een dwangsom van € 5000,= verbeuren voor iedere dag dat zij na ommekomst van de in (ii) en (iii) genoemde termijn van zes weken aan het daarin bepaalde niet voldoen, waarbij het bedrag waarboven geen dwangsommen meer zullen worden verbeurd, is bepaald op € 100.000,=;
- (v) [eiser] c.s. veroordeeld in de proceskosten van [verweerder] c.s.;
- (vi) het vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad verklaard;
- (vii) het meer of anders gevorderde afgewezen.

1.5 Bij vonnis van 29 juli 2010 heeft de voorzieningenrechter in de rechtbank Roermond op vordering van [eiser] c.s. de tenuitvoerlegging van het vonnis van 9 juni 2010 geschorst totdat een onherroepelijke uitspraak in die zaak is verkregen, zulks onder voorwaarden waaraan [eiser] c.s. hebben voldaan³.

1.6 [eiser] c.s. zijn, onder aanvoering van vier grieven, van het vonnis van 9 juni 2010 in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof 's-Hertogenbosch. [verweerder] c.s. hebben deze grieven bestreden en hebben, onder aanvoering van één grief, incidenteel hoger beroep ingesteld [eiser] c.s. hebben de incidentele grief bestreden, waarna beide partijen nog een akte hebben genomen.

1.7 Bij arrest van 14 februari 2012 heeft het hof:

- het vonnis waarvan beroep vernietigd op het punt van de hiervoor onder 1.4 weergegeven veroordelingen (ii) en (iii), en in zoverre opnieuw rechtdoende:
- [eiser] c.s. veroordeeld tot het staken van alle inbreuken op het eigendomsrecht van [verweerder] c.s. ten aanzien van de spouwmuur/zijmuur van de bibliotheek door deze binnen 12 weken na betekening van het arrest in de oude toestand te (doen) herstellen door:
- de in opdracht van [eiser] c.s. ten behoeve van de aanleg van het zwembad aangebrachte fundering onder die muur/zijmuur van de bibliotheek te (doen) verwijderen zonder die muur te beschadigen;
- de isolatie, dakbedekking, het stucwerk, andere materialen en de aangebrachte/gebouwde tuinmuur/erfafscheiding, voor zover aangebracht, gebouwd, c.q. gebruikt als onderdeel of onderdelen van een bouwwerk, tegen genoemde muur, weg te (doen) nemen zonder die muur te beschadigen;
- [eiser] c.s. verboden nieuwe inbreuken te plegen op voormeld eigendomsrecht van [verweerder] c.s.;

3 Zie rov. 2.2 van het in cassatie bestreden arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 3 september 2013. Genoemd vonnis van de voorzieningenrechter ontbreekt in het door [eiser] c.s. in cassatie overgelegde procesdossier.

- het vonnis voor het overige bekrachtigd;
- [eiser] c.s. veroordeeld in de kosten van het hoger beroep;
- het in hoger beroep door [verweerder] c.s. meer of anders gevorderde afgewezen.

1.8 In de memorie van antwoord van [verweerder] c.s. van 31 juli 2012 in de hierna onder 2 te bespreken procedure wordt gesteld dat [eiser] c.s. – naar aanleiding van het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 14 februari 2012 – bij dagvaarding van 1 mei 2012 een executiegeschil op de voet van art. 438 Rv. aanhangig hebben gemaakt bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Roermond. De stellingen die [eiser] c.s. in die procedure hebben ingenomen, zouden niet wezenlijk verschillen van de stellingen die zij in de hierna onder 2 te bespreken procedure hebben ingenomen.

De voorzieningenrechter van de rechtbank Roermond zou in dit executiegeschil uitspraak hebben gedaan op 15 mei 2012, waarbij de vorderingen van [eiser] c.s. volledig zouden zijn afgewezen, en [eiser] c.s. zouden tegen laatstgenoemde uitspraak in hoger beroep zijn gekomen⁴. De uitkomst van dat mogelijke hoger beroep is onbekend. [eiser] c.s. hebben in de onderhavige cassatieprocedure slechts zijdelings naar het hier bedoelde executiegeschil verwezen in hun schriftelijke toelichting onder 13. Zij hebben in cassatie echter geen processtukken betreffende die procedure overgelegd⁵.

2. *Procesverloop van de onderhavige procedure*⁶

2.1 [eiser] c.s. hebben [verweerder] c.s. bij dit geding inleidende dagvaarding van 8 mei 2012 gedagvaard voor het gerechtshof 's-Hertogenbosch. Zij hebben daarbij met een beroep op art. 61ud Rv. – zakelijk weergegeven – gevorderd dat het hof de tenuitvoerlegging van de dwangsom waartoe [eiser] c.s. bij het door het hof bekrachtigde vonnis van de rechtbank Roermond van 9 juni 2010 zijn veroordeeld, met onmiddellijke ingang zal opheffen, subsidiair de tenuitvoerlegging van die dwangsom tot een in goede justitie te bepalen termijn zal opschorten, meer subsidiair de tenuitvoerlegging van die dwangsom tot een in goede justitie te bepalen bedrag zal verminderen, een en ander met veroordeling van [verweerder] c.s. in de kosten van het geding.

[verweerder] c.s. hebben de vordering bij memorie van antwoord betwist.

2.2 Na verdere aktewisseling heeft het hof de vorderingen van [eiser] c.s. bij arrest van 3 september 2013 afgewezen.

2.3 [eiser] c.s. hebben tegen dit arrest tijdig⁷ beroep in cassatie ingesteld.

Tegen [verweerder] c.s. is verstek verleend.

[eiser] c.s. hebben hun standpunt schriftelijk toegelicht.

3 *Bespreking van het cassatiemiddel*

3.1 Streckking van het middel⁸ is dat het hof niet heeft mogen dan wel kunnen oordelen dat zich voor [eiser] c.s. geen onmogelijkheid als bedoeld in art. 61ud Rv. voordoet om te kunnen voldoen aan de veroordeling op straffe van een dwangsom in het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 14 februari 2012 tot herstel in de oude toestand door het verwijderen van de ten behoeve van het zwembad aangebrachte fundering onder

4 Zie deze memorie van antwoord onder 9-14.

5 [eiser] c.s. verwijzen onder 13 van de schriftelijke toelichting wel naar productie 6 bij de memorie van antwoord (van [verweerder] c.s.), maar bij het in cassatie overgelegde exemplaar van die memorie ontbreken de in die memorie genoemde producties.

6 Zie rov. 1.1-1.2 van het in cassatie bestreden arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 3 september 2013.

7 De cassatiedagvaarding is op 26 november 2013 uitgebracht.

8 Zie de inleiding op het middel onder I van de cassatiedagvaarding.

de spouwmuur/zijmuur van de bibliotheek zonder die muur te beschadigen.

De zes onderdelen van het middel⁹ voeren daartoe diverse rechts- en motiveringsklachten aan.

*Juridisch kader*¹⁰

3.2 Een op de voet van art. 611a Rv. door de rechter opgelegde dwangsom kan worden geëxecuteerd indien de veroordeelde na betekening en bevel tot voldoening niet aan de hoofdveroordeling voldoet, dus het gebod niet nakomt of het verbod overtreedt. Uitgangspunt voor de executie van de dwangsom is vervolgens dat een eenmaal verbeurde dwangsom ten volle toekomt aan de partij die de veroordeling heeft verkregen en dat deze partij de dwangsom ten uitvoer kan leggen krachtens de titel waarbij zij is vastgesteld (art 611c Rv.).

3.3 Art. 611d Rv. bepaalt dat de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, deze dwangsom op vordering van de veroordeelde onder meer kan opheffen of verminderen in geval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen.

Gelet op het hiervoor vermelde uitgangspunt dient de rechter restrictief met deze mogelijkheden om te gaan. De vraag of de hoofdveroordeling al dan niet terecht is uitgesproken, komt niet voor behandeling in aanmerking in de procedure van art. 611d Rv. en speelt derhalve daarbij geen rol. Daarbij moet worden bedacht dat tegen de uitspraak waarbij de dwangsom werd opgelegd rechtsmiddelen hebben opengestaan en dat de procedure op de voet van art. 611d lid 1 Rv. er niet toe mag leiden dat nog eens een extra procedure wordt gecreëerd waarin (via een extra opengesteld rechtsmiddel) nogmaals wordt geoordeeld over de juistheid van de hoofdveroordeling¹¹. In het verlengde daarvan bepaalt het tweede lid dat de rechter de dwangsom niet kan opheffen voor zover zij reeds was verbeurd voordat de onmogelijkheid intrad.

3.4 Met betrekking tot het begrip ‘onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen’ heeft het Benelux Gerechtshof bij arrest van 25 september 1986¹² het volgende geoordeeld:

“15. O. dat van “onmogelijkheid” als bedoeld in genoemde bepaling sprake is indien zich een situatie voordoet waarin de dwangsom als dwangmiddel – dit wil zeggen als geldelijke prikkel om nakoming van de veroordeling zoveel mogelijk te verzekeren – naar de woorden van de Gemeenschappelijke MvT op art. 4 “zijn zin verliest”;

16. O. dat dit laatste in een geval als het onderhavige, waarin niet tijdig aan de hoofdveroordeling is voldaan, moet worden aangenomen indien het onredelijk zou zijn meer inspanning

en zorgvuldigheid te vergen dan de veroordeelde heeft betracht;”

In zijn noot onder dit arrest wijst Heemskerk er op¹³ dat het Benelux Gerechtshof de term “onmogelijkheid” niet in objectieve, maar in subjectieve zin uitlegt, en dat derhalve rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden waarin de veroordeelde verkeert.

3.5 Bij arrest van 29 april 2008 heeft het Benelux Gerechtshof, na de kern van de hiervoor geciteerde rechtsoverwegingen 15 en 16 van zijn arrest uit 1986 te hebben vooropgesteld, overwogen dat de rechter dus dient te onderzoeken of de veroordeelde sinds zijn veroordeling redelijkerwijze al het mogelijke heeft gedaan om aan de hoofdveroordeling te voldoen. De onmogelijkheid om de hoofdveroordeling uit te voeren moet dan ook in beginsel worden beoordeeld aan de hand van feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan ná de hoofdveroordeling. De rechter mag evenwel, indien de gestelde onmogelijkheid een gevolg is van door de veroordeelde vóór de veroordeling gemaakte fouten, hiermede – zij het slechts in bijzondere omstandigheden – rekening houden bij de beantwoording van de vraag of en in hoeverre hij van de hem in art. 611d Rv. verleende discretionaire bevoegdheid gebruik zal maken. Daarbij valt met name te denken aan gedragingen van de veroordeelde die hij, in het zicht van de mogelijke veroordeling, welbewust heeft verricht om de naleving daarvan te bemoeilijken of te beletten¹⁴.

3.6 Ook de Hoge Raad heeft meermalen beslist dat het voor de veroordeelde in de zin van art. 611d Rv. onmogelijk is om aan de veroordeling te voldoen als het onredelijk zou zijn meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan de veroordeelde heeft betracht, waarbij de Hoge Raad heeft overwogen dat aan het voorschrift van art 611d Rv. mede de gedachte ten grondslag ligt dat moet worden voorkomen dat een zijdelings executiemiddel als de dwangsom het karakter krijgt van een privatieve straf en voorts dat in bijzondere omstandigheden rekening kan worden gehouden met eigen gebrek aan zorgvuldigheid van de veroordeelde vóór de hoofdveroordeling¹⁵.

3.7 De maatstaf van rechtsoverweging 16 van het hiervoor onder 3.4 geciteerde arrest van het Benelux Gerechtshof van 25 september 1986 wijkt, aldus de Hoge Raad, niet af van hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid in het gegeven geval meebrengen¹⁶.

De vraag of de rechter buiten het geval van art. 611d Rv. een verbeurde dwangsom op grond van de redelijkheid en billijkheid

¹³ Onder 9.

¹⁴ Zie BenGH 29 april 2008, ECLI:NL:XX:2008:BD4245 (NJ 2008, 309), rov. 7-8. Vgl. ook de gemeenschappelijke memorie van toelichting van de Benelux-overeenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom, Kamerstukken II, 1975-1976, 13 788 (R 1015), nr. 4, p. 19: “Het gaat hier om een bevoegdheid waarvan de uitoefening aan het oordeel van de rechter is overgelaten, zodat deze rekening kan houden met alle omstandigheden, met name met de blijvende of tijdelijke aard van de onmogelijkheid, met de vraag of er volledige of gedeeltelijke onmogelijkheid is en ook met de wijze waarop de schuldenaar wellicht zelf de onmogelijkheid heeft veroorzaakt.”

¹⁵ Zie o.m. HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0004 (NJ 2012, 528, m.nt. A.I.M. van Mierlo), rov. 3.4.2; HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5887 (NJ 2003, 521), rov. 3.5.2; en HR 21 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2906 (NJ 2000, 13), rov. 3.3. Zie ook Beekhoven van den Boezem, a.w., 2007, nr. 16.5.2 en Jongbloed, a.w., nr. 164.

¹⁶ Zie o.m. HR 21 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2906 (NJ 2000, 13), rov. 3.3; en HR 22 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0832 (NJ 1993, 598, m.nt. H.J. Snijders), rov. 3.2, waarover Beekhoven van den Boezem, a.w., 2007, nr. 16.5.3.

⁹ Zie de cassatiedagvaarding onder II t/m VII. De onderdelen zijn van kopjes voorzien.

¹⁰ De belangrijkste literatuur over de dwangsom van Boek 2, titel 5, derde afdeling van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (art. 611a-i Rv.) is M.B. Beekhoven van den Boezem, De dwangsom in het burgerlijk recht (diss. Groningen), 2007 en haar bewerking van Burgerlijke Rechtsvordering (losbl.) art. 611a-i Rv., alsmede A.W. Jongbloed, De privaatrechtelijke dwangsom, 2007, en zijn bewerking – samen met Van den Heuvel – van T&C Rv, art. 611a-i Rv. Zie ook de gemeenschappelijke memorie van toelichting van de Benelux-overeenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom, Kamerstukken II, 1975-1976, 13 788 (R 1015).

¹¹ Zie HR 15 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9400 (NJ 2004, 410), rov. 3.5. Zie ook Jongbloed, a.w., nr. 155; Jongbloed & Van den Heuvel 2012 (T&C Rv), art. 611d Rv, aant. 2.

¹² ECLI:NL:XX:1986:AC9501 (NJ 1987, 909, m.nt. W.H. Heemskerk). Zie ook de gemeenschappelijke memorie van toelichting van de Benelux-overeenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom, Kamerstukken II, 1975-1976, 13 788 (R 1015), nr. 4, p. 19-20.

mag opheffen of verminderen, moet op grond van de rechtspraak van het Benelux Gerechtshof en de Hoge Raad ontkennend worden beantwoord¹⁷. Indirecte toetsing aan hetgeen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar is, is volgens Beekhoven van den Boezem in sommige gevallen wel mogelijk¹⁸.

3.8 In gevallen waarin matiging of opheffing van een opgelegde dwangsom op grond van art. 61ud Rv. niet tot de mogelijkheden behoort, kan aansluiting worden gezocht bij de leerstukken 'misbruik van recht' (art. 3:13 BW, dat ingevolge art. 3:15 BW ook buiten het vermogensrecht van toepassing is voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet) en 'geen belang, geen actie' (art. 3:303 BW)¹⁹.

Het bestreden arrest

3.9 Ik merk allereerst op dat [eiser] c.s. bij arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 14 februari 2012 – voor zover thans van belang – zijn veroordeeld tot het in de oude toestand (doen) herstellen van de spouwmuur/zijmuur van de bibliotheek door de aangebrachte fundering onder die muur/zijmuur van de bibliotheek te (doen) verwijderen zonder die muur te beschadigen²⁰. Het hof heeft die veroordeling (hierna: de hoofdveroordeling) zo geformuleerd "dat uitsluitend wordt gedaan wat nodig is om de onrechtmatige toestand op te heffen"²¹. Aan de hoofdveroordeling heeft het hof, door bekrachtiging van het vonnis waarvan beroep in zoverre, een dwangsom verbonden van € 5000,= voor iedere dag dat [eiser] c.s. niet aan deze veroordeling voldoen, met een maximum van € 100.000,=.

De voorwaarde "zonder die muur te beschadigen" ontbrak in het dictum van het vonnis van de rechtbank Roermond, maar deze toevoeging wordt in het arrest van het hof van 14 februari 2012 niet nader gemotiveerd. Wel merkt het hof in rechtsoverweging 3.2 van zijn thans bestreden arrest op dat het (in zijn eerdere arrest van 14 februari 2012) de beslissing van de rechtbank heeft vernietigd "en een concretisering heeft gegeven die in het dictum van de rechtbank ontbrak".

3.10 [eiser] c.s. hebben gesteld dat het in de oude toestand herstellen inhoudt dat de door hen aangebrachte betonnen fundering wordt weggehaald en dat er vervolgens weer zwart zand onder de spouwmuur/zijmuur wordt aangebracht²².

De hoofdveroordeling houdt daarmee m.i. in dat dit proces wordt uitgevoerd zonder dat de muur wordt beschadigd.

3.11 Om te adstrueren dat zij in de onmogelijkheid verkeren om aan de hoofdveroordeling te voldoen, hebben [eiser] c.s. in de onderhavige procedure tot opheffing, opschorting of vermindering van de hen opgelegde dwangsom in de eerste plaats gesteld dat het proces van in de oude toestand brengen van de spouwmuur/zijmuur van de bibliotheek niet kan worden verricht zonder dat zij de kans lopen dat de muur wordt beschadigd. Ge-

let op het hiervoor onder 3.9 geconstateerde feit dat het hof aan het gebod tot verwijdering van de fundering de voorwaarde heeft toegevoegd dat de muur daarbij niet mag worden beschadigd, kon deze stelling niet eerder worden ingenomen.

3.12 [eiser] c.s. hebben zich daartoe beroepen op achtereenvolgens:

- een op 12 april 2012 in hun opdracht uitgebracht rapport van [A] B.V. (hierna: rapport[age] [A]);

- een aan hun aannemer Caris Totaal Bouw gerichte brief van 3 mei 2012 van [betrokkene 1], als senior adviseur geotechniek verbonden aan Fugro GeoServices B.V. (hierna: [betrokkene 1]);

- een op 22 maart 2012 geregistreerde rapportage van het Bureau Handhaven Bouw van de gemeente Weert.

Het hof bespreekt deze rapportages in de rechtsoverwegingen 4.3 en 4.4 (rapport [A]), 4.5 (brief van [betrokkene 1]) en 4.6 (rapportage gemeente Weert).

3.13 Met betrekking tot de conclusie van het rapport van [A] alsmede de constatering in de rapportage van de gemeente Weert dat het louter terugbrengen in de oude staat door het verwijderen van de aangebrachte fundering schade zal opleveren aan de muur, oordeelt het hof in de rechtsoverwegingen 4.4 en 4.6 als volgt:

"4.4 Het rapport van [A] maakt wel duidelijk dat het wegnemen van de door [eiser] [c.s.] aangebrachte fundering een lastig karwei is waarbij aanzienlijke zorg en mogelijk ook aanzienlijke kosten besteed moeten worden aan het vermijden van beschadiging van de muur. Er valt echter geenszins uit af te leiden dat dit karwei onuitvoerbaar is. Daarbij moet bedacht worden dat het vereiste herstel in de oude toestand ertoe strekt dat de door [eiser] wederrechtelijk aangebrachte wijzigingen ongedaan worden gemaakt en dat het begrip "oude toestand" daarom ook niet al te letterlijk mag worden opgevat. Als het wegnemen van de door [eiser] aangebrachte fundering tot gevolg heeft dat voorzieningen ter voorkoming van schade aan de muur noodzakelijk worden die in de oude toestand niet noodzakelijk waren, betekent dit dat die voorzieningen getroffen moeten worden en niet dat herstel in de oude toestand onmogelijk is en er dus niets meer hoeft te gebeuren. (...).

4.6 Ook de rapportage van de gemeente Weert leidt niet tot de conclusie dat verwijdering van de betonnen fundering zonder beschadiging van de muur onuitvoerbaar is.

Zij vermeldt wel als de mening van de rapporterende ambtenaar [betrokkene 2] dat het terugbrengen van de fundering in de oorspronkelijke staat moeilijk tot onmogelijk is uit te voeren en daarvoor wordt ook wel een motivering gegeven, maar die gaat ervan uit dat het gebruik van een hulpconstructie daarbij niet toegelaten is, een uitgangspunt dat het hof, zoals hiervoor onder 4.4 reeds is overwogen, onjuist acht."

3.14 Het hof oordeelt aldus dat van een onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen geen sprake is omdat uit het rapport [A] en de rapportage van de gemeente Weert blijkt dat verwijdering van de aangebrachte fundering wel mogelijk is als nadien een hulpconstructie wordt aangebracht om de schade aan de muur zoveel mogelijk te beperken.

Dat betekent in de eerste plaats dat het hof in feite constateert dat het voor [eiser] c.s. inderdaad praktisch onmogelijk²³ is om te voldoen aan de hoofdveroordeling tot herstel in de oude toestand door het verwijderen van de fundering zonder de spouwmuur/zijmuur van de bibliotheek te beschadigen.

3.15 Zoals hiervoor vermeld, is vaste rechtspraak dat de onmogelijkheid om de hoofdveroordeling uit te voeren in beginsel

17 Zie BenGH 9 maart 1987, ECLI:NL:XX:1987:AB7786 (NJ 1987, 910, m.nt. W.H. Heemskerk), rov. 10, waarin het hof expliciet heeft geoordeeld dat de rechter uitsluitend in geval van "onmogelijkheid" (als bedoeld in art. 61ud Rv.) bevoegd is om een dwangsom op te heffen of te verminderen. In gelijke zin eerder o.m. HR 6 februari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC4145 (NJ 1982, 182, m.nt. W.H. Heemskerk), rov. 4; en hof Amsterdam 20 januari 1984, ECLI:NL:GHAMS:1984:AC8267 (NJ 1985, 431), rov. 5.2. Zie daarover ook Beekhoven van den Boezem, a.w., 2007, nr. 15.4.1 en Jongbloed, a.w., nr. 165.

18 Zie Beekhoven van den Boezem, a.w., 2007, nr. 15.4.2 e.v.

19 Vgl. Beekhoven van den Boezem, a.w., 2007, nr. 15.2.1-15.2.2 en Jongbloed, a.w., nr. 165, met verwijzingen naar jurisprudentie.

20 Zie het dictum van genoemd arrest.

21 Zie rov. 15, ad a t/m c.

22 Zie rov. 4.2 van het bestreden arrest.

23 Zie daarover Beekhoven van den Boezem, a.w., 20047, nr. 16.5.2.

moet worden beoordeeld aan de hand van feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan ná de hoofdveroordeling. De onmogelijkheid blijkt door de overgelegde rapportages van den aanvang af besloten te hebben gelegen in de hoofdveroordeling zoals het hof deze heeft geconcretiseerd. Daarmee is het tevens een onmogelijkheid als bedoeld in art. 611d Rv.²⁴.

3.16 In de tweede plaats geeft het hof om aan de hiervoor genoemde consequentie te ontkomen een nadere en tevens andere invulling aan de hoofdveroordeling: (i) het begrip ‘oude toestand’ mag niet al te letterlijk worden opgevat en (ii) als het wegnemen van de door [eiser] c.s. aangebrachte fundering tot gevolg heeft dat voorzieningen ter voorkoming van schade aan de muur noodzakelijk worden die in de oude toestand niet noodzakelijk waren, betekent dit dat die voorzieningen getroffen moeten worden. Het hof legt vervolgens aan [eiser] c.s. de verplichting op om de noodzakelijke voorzieningen ter voorkoming van schade te treffen²⁵.

3.17 M.i. geeft de nadere invulling van de verplichting van [eiser] c.s. en het oprekken van het begrip ‘oude toestand’ blijk van een onjuiste rechtsopvatting van het begrip ‘onmogelijkheid’ in art. 611d Rv. Indien naleving van de hoofdveroordeling onmogelijk is, dient dát te worden vastgesteld en niet de hoofdveroordeling te worden aangepast.

Het oordeel geeft voorts blijk van een onjuiste taakopvatting van de art. 611d-rechter. Het is m.i. niet aan deze rechter om een andere hoofdveroordeling te formuleren. Ik meen dat daarvoor steun kan worden gevonden in het arrest van het Benelux Gerechtshof van 27 juni 2008, waarin wordt geoordeeld dat de taak van de dwangsomrechter (de art. 611d-rechter) een andere is dan die van de rechter die heeft te oordelen over een executiegeschil (dit kan in voorkomend geval dezelfde rechter zijn als de rechter die de dwangsom heeft uitgesproken). Deze laatste is uitsluitend bevoegd om te beoordelen of de hoofdveroordeling al dan niet is uitgevoerd²⁶. Of zoals A-G Dubrulle het in zijn conclusie vóór dit arrest uitdrukt: volgens de rechtspraak van het Benelux Gerechtshof “is de dwangsomrechter (...) enkel bevoegd om te ‘raken’ aan de dwangsom en niet aan de veroordeling.”

In het verlengde daarvan komt aan de dwangsomrechter m.i. ook niet de bevoegdheid toe om een hoofdveroordeling te ‘verbeteren’ of ‘aan te vullen’. Daarbij laat ik dan nog daar dat ingevolge het bepaalde in de art. 31 lid 1 en 32 lid 1 Rv. de rechter niet tot een verbetering of aanvulling overgaat dan na partijen in de gelegenheid te hebben gesteld zich daarover uit te laten, hetgeen het hof in het onderhavige geval niet heeft gedaan, en het hof voorts zijn uitspraak niet ambtshalve mag aanvullen.

3.18 Daarnaast heeft het hof niet – althans niet kenbaar – beoordeeld of het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid van [eiser] c.s. kan worden gevergd dat zij in de in de rapportages van [A] en de gemeente Weert geschetste omstandigheden tot verwijdering van de aangebrachte fundering overgaan, maar heeft het slechts geoordeeld dat als deze verwijdering tot gevolg heeft dat voorzieningen ter voorkoming van schade aan de

muur noodzakelijk worden die in de oude toestand niet noodzakelijk waren, die voorzieningen dan maar moeten worden getroffen. In dat oordeel ligt geen afweging besloten of het, rekening houdend met alle omstandigheden van het geval, redelijkerwijs van [eiser] c.s. kan worden gevergd dat zij noodzakelijke voorzieningen ter voorkoming van schade treffen²⁷.

3.19 [eiser] c.s. hebben voorts met verwijzing naar het rapport [A] en de brief van [betrokkene 1] gesteld dat zij in de onmogelijkheid verkeren om aan de hoofdveroordeling te voldoen omdat het proces van het in de oude toestand brengen van de muur, al dan niet met toepassing van een hulpconstructie om de muur te stabiliseren, (i) een resultaat oplevert dat schade veroorzaakt aan de muur en (ii) dit proces niet resulteert in een toestand die beter/minder slecht is dan de door [eiser] c.s. aangebrachte fundering. Volgens [eiser] c.s. is het dan ook onredelijk om van hen meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan zij hebben betracht, zodat in zoverre ook van een onmogelijkheid in de zin van art. 611d Rv. sprake is.

3.20 Zowel in het rapport [A] als in de brief van [betrokkene 1] wordt erop gewezen dat de aangebrachte fundering een gunstiger uitwerking heeft op de stabiliteit van de muur dan de oorspronkelijke zandlaag. In de brief van [betrokkene 1] van 3 mei 2012²⁸ wordt aan het slot zelfs vermeld: “Bovenstaand in oenschouw nemend is het geotechnisch gezien zeer onwenselijk om de fundering van de tuinmuur in zijn oorspronkelijke staat te herstellen. De technische noodzaak daartoe ontgaat ons volledig.”

Het oordeel van het hof dienaangaande is als volgt:

“4.5 De brief van [betrokkene 1] voegt aan het rapport van [A] niet noemenswaardig toe. [betrokkene 1] geeft als zijn mening dat het voldoende verdichten van de aanvulling (kennelijk: van de ondergrond bij verwijdering van de betonnen fundering) zeer lastig, zo niet onmogelijk zal zijn, maar geeft daarvoor geen motivering. Hij volstaat met (op zichzelf tamelijk overtuigend) uiteen te zetten dat de fundering van de muur door het handelen van [eiser] als het ware verbeterd is en dat bij het herstellen van de oorspronkelijke staat weer een instabiele en slechtere situatie ontstaat. Daarmee ziet hij er echter aan voorbij dat het handelen van [eiser] nu eenmaal onrechtmatig is bevonden en dat de bouwtechnische deugdelijkheid ervan daaraan niet afdoet. Bovendien verdient opmerking dat de oorspronkelijke staat van de fundering van de muur nu wel in bouwtechnische zin instabiel kan zijn, maar desondanks wel 35 jaar voor zover bekend zonder problemen stand heeft gehouden.”

3.21 In de eigen bewoordingen van het hof is “tamelijk overtuigend” aangetoond dat de door [eiser] c.s. aangebrachte fundering een betere en stabielere situatie oplevert dan hoe het in de oude toestand was.

Terzijde: ik weet niet precies wat het hof met “tamelijk” overtuigend bedoelt; iets overtuigt of niet.

Ik ga er dan ook vanuit dat [betrokkene 1] in de visie van het hof overtuigend heeft aangetoond dat de fundering van de muur door het handelen van [eiser] c.s. is verbeterd en dat bij het herstellen van de oorspronkelijke staat weer een instabiele en slechtere situatie ontstaat, maar dat dat het hof niet op andere gedachten brengt met betrekking tot het begrip ‘onmogelijk-

24 Burgerlijke Rechtsvordering, Beekhoven van den Boezem, art. 611d, aant. 3: “Onmogelijkheid als bedoeld in art. 611d Rv. omvat het geval waarin het naleven van de hoofdveroordeling reeds onmogelijk was op het moment waarop zij werd uitgesproken.”

25 [eiser] c.s. merken in dat verband in de schriftelijke toelichting onder 12 op dat [verweerder] c.s. ongetwijfeld een punt zouden hebben gehad indien [eiser] c.s. (uit eigen beweging) voorzieningen ter voorkoming van schade zouden hebben getroffen, omdat [verweerder] c.s. dan met recht en rede zouden kunnen stellen dat ‘de oude toestand’ nog steeds niet hersteld was.

26 BenGH 27 juni 2008, ECLI:NL:XX:2008:BE8660 (NJ) 2008, 399), rov. 10 en 14.

27 Of in de bewoordingen van A-G Huydecoper onder 35 van zijn conclusie vóór HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5887 (NJ) 2003, 521): valt de prestatie ter zake waarvan de veroordeelde wordt aangesproken binnen/buiten het bereik van wat hij in redelijkheid moet presteren om aan die veroordeling te voldoen.

28 Productie 4 bij de inleidende dagvaarding.

heid' als bedoeld in art. 61ud Rv. Deze indruk wordt versterkt door het vervolg dat het hof eraan geeft (ik paraphraseer): de fundering is nu eenmaal onrechtmatig aangebracht en moet dus worden afgebroken.

3.22 Dit oordeel geeft m.i. eveneens blijk van een onjuiste rechtsopvatting van het begrip 'onmogelijkheid' in art. 61ud Rv. Het leidt naar mijn mening tot een onbillijk resultaat: de verplichting tot het verwijderen van de fundering waardoor een instabiele situatie ontstaat en de kans op schade aan de muur vergroot, moet worden opgevangen door het verplicht aanbrengen van een hulpconstructie teneinde hetzelfde resultaat te bereiken.

Het oordeel laat voorts geen afweging zien met betrekking tot de ambtshalve bij te brengen vraag welk belang [verweerder] c.s. hebben bij de vervanging van de fundering door een voorziening die exact dezelfde functie heeft als die fundering. In zoverre zou voor de matiging of opheffing van de opgelegde dwangsom ook aansluiting kunnen worden gezocht bij art. 3:303 BW.

3.23 Het middel slaagt mitsdien in zoverre.

Het bestreden arrest dient te worden vernietigd en de zaak moet naar een ander hof te worden verwezen. Ik geef het verwijzingshof in overweging een schikkingscomparitie te gelasten. Het komt mij voor dat deze zaak zich daar bij uitstek voor leent, zeker na cassatie en verwijzing²⁹.

4 Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 3 september 2013 en tot verwijzing.

Hoge Raad:

1 Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- het vonnis in de zaak 87536/HA ZA 08-465 van de rechtbank Roermond van 9 juni 2010;
 - het arrest in de zaak 200.070.358/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 14 februari 2012;
 - het arrest in de zaak 200.106.832/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 3 september 2013.
- Het arrest van het hof van 3 september 2013 is aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof van 3 september 2013 hebben [eiser] c.s. beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Tegen [verweerder] c.s. is verstek verleend.

De zaak is voor [eiser] c.s. toegelicht door hun advocaat.

De conclusie van de Advocaat-Generaal E.M. Wesseling-van

Gent strekt tot vernietiging van het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 3 september 2013 en tot verwijzing.

3 Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [verweerder] c.s. zijn eigenaren van een woning te [plaats]. Deze woning ligt (gezien vanaf de weg) rechts naast de woning van [eiser] c.s. De woning van [verweerder] c.s. is een (grotendeels) vrijstaande woning, aan de linkerzijde (gezien vanaf de weg) voorzien van een aanbouw die in 1971 is gebouwd en vergund als volière (thans door [verweerder] c.s. betiteld als bibliotheek), en een garage.

(ii) [eiser] c.s. zijn in mei 2007 gestart met de bouw van een zwembad in de oprit aan de rechterzijde van hun (grotendeels) vrijstaande woning (de zijde grenzend aan de woning van [verweerder] c.s.) ter hoogte van de bibliotheek. De fundering van dit zwembad is voor een deel gelegd onder de fundering van de bibliotheek van [verweerder] c.s. Het zwembad is vervolgens nog voorzien van een overkapping, bestaande uit een muur en een dak.

(iii) Op vordering van [verweerder] c.s. heeft de rechtbank Roermond bij vonnis van 9 juni 2010, voor zover in cassatie van belang:

(a) voor recht verklaard dat [verweerder] c.s. eigenaar zijn van de spouwmuur [opmerking Hoge Raad: dat is de linker zijmuur van de aanbouw];

(b) [eiser] c.s. veroordeeld tot het staken van alle inbreuken op het eigendomsrecht van de spouwmuur, door deze binnen zes weken na betekening van het vonnis in de oude toestand te herstellen door het wegnemen van de aangebrachte isolatie, de dakbedekking, stucwerk en andere materialen en de muur te herstellen, en [eiser] c.s. verboden nieuwe inbreuken te plegen op bedoeld eigendomsrecht;

(c) [eiser] c.s. veroordeeld de door hen aangebrachte betonnen fundering onder de woning van [verweerder] c.s. te verwijderen en de oude situatie te herstellen binnen zes weken na betekening van het vonnis;

(d) bepaald dat [eiser] c.s. een dwangsom van € 5000,- verbeuren voor iedere dag dat zij na ommekomst van de in (b) en (c) vermelde termijn van zes weken aan het daarin bepaalde niet voldoen, waarbij het bedrag waarboven geen dwangsommen meer zullen worden verbeurd, is bepaald op € 100.000,-;

(e) het vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

(iv) Bij arrest van 14 februari 2012 heeft het hof 's-Hertogenbosch, voor zover in cassatie van belang:

(a) het vonnis van 9 juni 2010 vernietigd wat betreft de hiervoor in 3.1 onder (iii) weergegeven veroordelingen (b) en (c), en in zoverre opnieuw rechtdoende:

(b) [eiser] c.s. veroordeeld tot het staken van alle inbreuken op het eigendomsrecht van [verweerder] c.s. ten aanzien van de spouwmuur/zijmuur van de bibliotheek door deze binnen twaalf weken na betekening van het arrest in de oude toestand te (doen) herstellen door:

- de in opdracht van [eiser] c.s. ten behoeve van de aanleg van het zwembad aangebrachte fundering onder die muur/zijmuur van de bibliotheek te (doen) verwijderen zonder die muur te beschadigen;

- de isolatie, dakbedekking, het stucwerk, andere materialen en de aangebrachte/gebouwde tuinmuur/erfafscheiding, voor zover aangebracht, gebouwd, dan wel gebruikt als onderdeel van onderdelen van een bouwwerk, tegen genoemde muur, weg te (doen) nemen zonder die muur te beschadigen;

(c) [eiser] c.s. verboden nieuwe inbreuken te plegen op voormeld eigendomsrecht van [verweerder] c.s.;

(d) het vonnis voor het overige bekrachtigd.

²⁹ In de inleidende dagvaarding van 8 mei 2012 wordt onder 33-34 melding gemaakt van correspondentie tussen de advocaten van partijen waaruit zou blijken dat er mogelijkheden waren om in onderling overleg tot een oplossing te komen. Onder 39-40 wordt gesproken van een voorstel van [eiser] c.s. tot mediation. En onder 44-45 wordt melding gemaakt van de bereidheid van [eiser] c.s. om tot een redelijke oplossing te komen. Een en ander wordt niet echt ontkend in de memorie van antwoord (zie bv. hetgeen daar onder 22 wordt opgemerkt). Onder 27 van de memorie van antwoord wordt zelfs expliciet vermeld dat [eiser] heeft gepoogd te overleggen met diverse partijen, waaronder [verweerder] c.s. Zie ook rov. 4.7, tweede volzin van het bestreden arrest.

3.2 In het onderhavige geding hebben [eiser] c.s. [verweerder] c.s. gedagvaard voor het hof, en met een beroep op art. 611d lid 1 Rv gevorderd – voor zover in cassatie van belang – dat het hof de tenuitvoerlegging van de dwangsom waartoe [eiser] c.s. zijn veroordeeld (bij het hiervoor in 3.1 onder (iii) genoemde vonnis, dat in zoverre is bekrachtigd in het hiervoor in 3.1 onder (iv) genoemde arrest), met onmiddellijke ingang zal opheffen, subsidiair de tenuitvoerlegging van die dwangsom tot een in goede justitie te bepalen termijn zal opschorten, meer subsidiair de tenuitvoerlegging van die dwangsom tot een in goede justitie te bepalen bedrag zal verminderen.

[verweerder] c.s. hebben de vordering van [eiser] c.s. betwist.

3.3 Het hof heeft de vordering van [eiser] c.s. afgewezen. Daartoe heeft het hof, voor zover in cassatie van belang, als volgt overwogen.

Aan hun vordering tot opheffing, opschorting of vermindering van de dwangsom hebben [eiser] c.s. ten grondslag gelegd dat hetgeen waartoe zij zijn veroordeeld, gedeeltelijk niet uitvoerbaar is, namelijk het weghalen van de aangebrachte fundering zonder beschadiging van de muur/zijmuur van de bibliotheek. Bij het vereiste terugbrengen in de oude staat, hetgeen impliceert dat in plaats van de betonnen fundering weer zwart zand onder de muur moet worden aangebracht, is immers de kans op beschadiging zeer groot. Hiertoe beroepen [eiser] c.s. zich op (i) een op 12 april 2012 in hun opdracht uitgebracht rapport van [A] B.V. (hierna: rapport van [A]), (ii) een aan hun aannemer Caris Totaal Bouw gerichte brief van 3 mei 2012 van [betrokkene 1], als senior adviseur geotechniek verbonden aan Fugro Geoservices B.V. (hierna: [betrokkene 1]), en (iii) een op 22 maart 2012 geregistreerde rapportage van het Bureau Handhaven Bouw van de gemeente Weert. (rov. 4.2).

In deze drie stukken wordt ingegaan op de noodzaak tot en de mogelijkheden en risico's van herstel van de muur/zijmuur in de oude toestand door het verwijderen van de aangebrachte fundering onder die muur/zijmuur. Dienaangaande heeft het hof overwogen:

“4.3 Het rapport van [A] (...) noemt een drietal risicobeperkende uitvoeringsmethoden:

1. Injecteren van de ondergrond tussen de ondermetselingen;
2. Aanbrengen gestabiliseerd zand tussen de ondermetselingen;
3. Aanbrengen stalen ondersteuning onder bestaande funderingsstrook;

en vermeldt ook diverse daaraan verbonden bezwaren. Die bezwaren zijn voor de methoden 1 en 2 dat bepaalde risico's van beschadiging van de muur blijven bestaan of ontstaan en voor methode 3 dat een nieuwe voorziening wordt aangebracht die dezelfde functie heeft als de te verwijderen fundering.

4.4 Het rapport van [A] maakt wel duidelijk dat het wegnemen van de door [eiser] aangebrachte fundering een lastig karwei is waarbij aanzienlijke zorg en mogelijk ook aanzienlijke kosten besteed moeten worden aan het vermijden van beschadiging van de muur. Er valt echter geenszins uit af te leiden dat dit karwei onuitvoerbaar is. Daarbij moet bedacht worden dat het vereiste herstel in de oude toestand ertoe strekt dat de door [eiser] wederrechtelijk aangebrachte wijzigingen ongedaan worden gemaakt en dat het begrip 'oude toestand' daarom ook niet al te letterlijk mag worden opgevat. Als het wegnemen van de door [eiser] aangebrachte fundering tot gevolg heeft dat voorzieningen ter voorkoming van schade aan de muur noodzakelijk worden die in de oude toestand niet noodzakelijk waren, betekent dit dat die voorzieningen getroffen moeten worden en niet dat herstel in de oude toestand onmogelijk is en er dus niets meer hoeft te gebeuren. Het rapport miskent dat en maakt daardoor ook niet duidelijk waarom methode 3 geen soelaas zou kunnen

bieden. Het hof laat daarbij nog daar dat het rapport van [A] geen aandacht besteedt aan de mogelijkheid om na het aanbrengen van stalen ondersteuning en het verwijderen van de betonnen fundering alsnog de ondergrond te injecteren of gestabiliseerd zand aan te brengen en goed te verdichten om vervolgens de stalen ondersteuning weer te verwijderen. Ook wordt in het rapport van [A] niet gesproken over de mogelijkheid de druk op de ondergrond van de bibliotheek te verminderen door het hele zwembad (of een deel daarvan) te verwijderen.

4.5 De brief van [betrokkene 1] voegt aan het rapport van [A] niet noemenswaardig toe. [betrokkene 1] geeft als zijn mening dat het voldoende verdichten van de aanvulling (kennelijk: van de ondergrond bij verwijdering van de betonnen fundering) zeer lastig, zo niet onmogelijk zal zijn, maar geeft daarvoor geen motivering. Hij volstaat met (op zichzelf tamelijk overtuigend) uiteen te zetten dat de fundering van de muur door het handelen van [eiser] als het ware verbeterd is en dat bij het herstellen van de oorspronkelijke staat weer een instabiele en slechtere situatie ontstaat. Daarmee ziet hij er echter aan voorbij dat het handelen van [eiser] nu eenmaal onrechtmatig is bevonden en dat de bouwtechnische deugdelijkheid ervan daaraan niet afdoet. Bovendien verdient opmerking dat de oorspronkelijke staat van de fundering van de muur nu wel in bouwtechnische zin instabiel kan zijn, maar desondanks wel 35 jaar voor zover bekend zonder problemen stand heeft gehouden.

4.6 Ook de rapportage van de gemeente Weert leidt niet tot de conclusie dat verwijdering van de betonnen fundering zonder beschadiging van de muur onuitvoerbaar is. Zij vermeldt wel als de mening van de rapporterende ambtenaar [betrokkene 2] dat het terugbrengen van de fundering in de oorspronkelijke staat moeilijk tot onmogelijk is uit te voeren en daarvoor wordt ook wel een motivering gegeven, maar die gaat ervan uit dat het gebruik van een hulpconstructie daarbij niet toegelaten is, een uitgangspunt dat het hof, zoals hiervoor onder 4.4 reeds is overwogen, onjuist acht.

(...)

4.8 Uit het hiervoor overwogene volgt dat [eiser] onvoldoende heeft toegelicht waarop hij zijn mening dat nakoming van de hem opgelegde veroordeling niet uitvoerbaar is, baseert.”

3.4 Het middel komt met rechts- en motiveringsklachten op tegen het oordeel van het hof dat zich voor [eiser] c.s. geen onmogelijkheid als bedoeld in art. 611d lid 1 Rv voordoet om te kunnen voldoen aan de veroordeling – uitgesproken in het hiervoor in 3.1 onder (iv) genoemde arrest van 14 februari 2012 – om op straffe van een dwangsom de spouwmuur/zijmuur van de bibliotheek in de oude toestand te (doen) herstellen door de ten behoeve van de aanleg van het zwembad aangebrachte fundering onder die muur/zijmuur te (doen) verwijderen zonder die muur te beschadigen.

3.5.1 Op grond van art. 611d lid 1 Rv kan de rechter die een dwangsom heeft opgelegd, op vordering van de veroordeelde, de dwangsom opheffen, de looptijd ervan opschorten gedurende de door hem te bepalen termijn of de dwangsom verminderen, in geval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen.

3.5.2 Art. 611d lid 1 Rv berust op de Benelux-Overeenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom (Trb. 1974, 6) (hierna: de EW) en is gelijklopend aan art. 4 lid 1 EW.

3.6.1 Blijkens rechtspraak van het BenGH moet art. 4 lid 1 EW als volgt worden uitgelegd.

3.6.2 Wat betreft de bevoegdheid van de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, om daarvan terug te komen, is in BenGH

27 juni 2008, zaak A 2007/2/11, ECLI:NL:XX:2008:BE8660, NJ 2008/399 (Oosterbosch/Hoho-Meers) als volgt overwogen: “9 Uit de Gemeenschappelijke Memorie van Toelichting moet worden afgeleid dat het de rechter die de dwangsom heeft opgelegd niet is toegestaan om terug te komen van zijn beslissing een dwangsom als prikkel tot uitvoering van de hoofdveroordeling op te leggen, en dat hij enkel over het al dan niet behoud en de omvang van de dwangsom opnieuw kan beslissen in geval van onmogelijkheid om aan de nog niet uitgevoerde hoofdveroordeling te voldoen.

10 Uit het voorgaande volgt dat de dwangsomrechter aan artikel 4, lid 1, van de Eenvormige Benelux-wet Dwangsom niet de bevoegdheid kan ontlenen om de dwangsom opnieuw te beoordelen, wanneer die beoordeling niet gebeurt om na te gaan of de opgelegde dwangsom nog zin heeft als prikkel tot uitvoering van de hoofdveroordeling, dus in het kader van een mogelijke opheffing, schorsing of aanpassing van de dwangsom. (...)”

3.6.3 Van onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen als bedoeld in art. 4 lid 1 EW is sprake indien zich een situatie voordoet waarin de dwangsom als dwangmiddel – dat wil zeggen: als geldelijke prikkel om nakoming van de veroordeling zoveel mogelijk te verzekeren – zijn zin verliest. Dit laatste moet worden aangenomen in een geval waarin niet tijdig aan de hoofdveroordeling is voldaan, indien het onredelijk zou zijn om meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan de veroordeelde heeft betracht. (Vgl. BenGH 25 september 1986, zaak A 1984/5, ECLI:NL:XX:1986:AC9501, NJ 1987/909 (Van der Graaf/Agio))

Het vorenstaande brengt mee dat de rechter uit hoofde van art. 4 lid 1 EW dient te onderzoeken of de veroordeelde sinds zijn veroordeling redelijkerwijze al het mogelijke heeft gedaan om aan de hoofdveroordeling te voldoen. De onmogelijkheid om de hoofdveroordeling uit te voeren moet dan ook in beginsel worden beoordeeld aan de hand van feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan na de hoofdveroordeling. (Vgl. BenGH 29 april 2008, zaak A 2006/5/12, ECLI:NL:XX:2008:BD4245, NJ 2008/309 (Pet Center/Schouten))

3.7.1 Onderdeel I bevat geen klacht.

3.7.2 Voor zover onderdeel II klaagt dat het hof in rov. 4.4 in strijd met de hiervoor in 3.6.2-3.6.3 vermelde rechtspraak van het BenGH de in het arrest van 14 februari 2012 uitgesproken hoofdveroordeling heeft verbeterd, aangevuld of gewijzigd, mist het feitelijke grondslag.

Het hof heeft – gebruikmakend van de door het BenGH ontwikkelde maatstaf (zie hiervoor in 3.6.3) – onderzocht of het onredelijk zou zijn om van [eiser] c.s. meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan zij hebben betracht en of [eiser] c.s. sinds hun veroordeling redelijkerwijze al het mogelijke hebben gedaan om aan de hoofdveroordeling te voldoen. Daarbij heeft het hof de mogelijkheden betrokken waarover [eiser] c.s. beschikken om – in overeenstemming met de strekking van de hoofdveroordeling – de spouwmuur van de bibliotheek in de oude toestand te (doen) herstellen door de ten behoeve van de aanleg van het zwembad aangebrachte fundering onder die muur te (doen) verwijderen zonder die muur te beschadigen. In dat verband heeft het hof onder meer gewezen op de laatste van de drie in het Rapport van [A] vermelde “risicobeperkende uitvoeringsmethoden”, bestaande in het aanbrengen van stalen ondersteuning onder de bestaande funderingsstrook.

Aldus heeft het hof, in het kader van de uitoefening van zijn bevoegdheid uit hoofde van art. 611d lid 1 Rv, de in het arrest van 14 februari 2012 uitgesproken hoofdveroordeling uitgelegd, maar deze niet verbeterd, aangevuld of gewijzigd.

Anders dan onderdeel II betoogt, is de uitleg die het hof aan de hoofdveroordeling heeft gegeven, niet onbegrijpelijk.

3.7.3 Onderdeel III klaagt dat de door het hof in de rov. 4.4 en 4.6 geopperde mogelijkheid van het gebruik van een hulpconstructie door geen van partijen is gesteld noch een feit van algemene bekendheid of ervaringsregel behelst, en kennelijk door het hof louter ambtshalve en dus ten onrechte is bijgebracht. Ook klaagt het onderdeel over onbegrijpelijkheid van het oordeel van het hof.

Deze klacht miskent dat het rapport van [A], waarop [eiser] c.s. zich hebben beroepen, drie “risicobeperkende uitvoeringsmethoden” vermeldt, waarvan de derde – het aanbrengen van stalen ondersteuning onder de bestaande funderingsstrook – door het hof kennelijk is aangemerkt als een van [eiser] c.s. in redelijkheid te vergen maatregel ter voorkoming van schade aan de muur. De klacht dat het hof de mogelijkheid van een hulpconstructie ambtshalve heeft bijgebracht, mist dus feitelijke grondslag. Dit oordeel is voorts niet onbegrijpelijk.

Aan het voorgaande doet niet af dat het hof eigener beweging nog een vierde mogelijkheid heeft gesuggereerd (na het aanbrengen van de stalen fundering de ondergrond injecteren of gestabiliseerd zand aanbrengen en goed verdichten, waarna de stalen ondersteuning weer kan worden verwijderd); deze door het hof genoemde mogelijkheid is immers ten overvloede genoemd, en zijn oordeel rust dan ook niet daarop.

3.7.4 Volgens de onderdelen II, III, IV en V is het oordeel van het hof onjuist, althans onbegrijpelijk in het licht van bepaalde passages in het rapport van [A], de brief van [betrokkene 1] en de rapportage van de gemeente Weert.

De lezing en de waardering van dergelijke stukken is voorbehouden aan de feitenrechter en kan in cassatie slechts op begripelijkheid worden onderzocht. Niet gezegd kan worden dat het oordeel van het hof met betrekking tot deze stukken onbegripelijk is.

3.7.5 Onderdeel VI strekt ten betoge dat het hof is voorbijgegaan aan de gevolgen die zijn verbonden aan het mogelijk verbeuren van de (volledige) dwangsommen door [eiser] c.s.

Deze klacht ziet eraan voorbij dat de beoordeling van dergelijke gevolgen niet toekomt aan de rechter die op de voet van art. 611d lid 1 Rv oordeelt over de onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen. Het is aan de rechter die oordeelt in een executiegeschil om te onderzoeken in hoeverre de veroordeelde heeft voldaan aan de hoofdveroordeling, en welke gevolgen onvolledige voldoening heeft voor het verbeuren van de opgelegde dwangsom.

3.7.6 Onderdeel VII mist zelfstandige betekenis.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt [eiser] c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerder] c.s. begroot op nihil.

NOOT

1. Een uit de hand gelopen burenruzie die de rechtspraak behoorlijk bezighoudt. Ik kom in elk geval tot de volgende chronologische optelsom: procedure eerste aanleg, executie kort geding, hoger beroep vonnis eerste aanleg, executie kort geding, hoger beroep executie kort geding, dagvaarding op basis van art. 611d Rv, gevolgd door cassatie. Ik sluit niet uit dat deze opsomming niet volledig is.

2. Gelukkig is het juridische onderwerp in deze procedure een stuk interessanter dan het geschil dat partijen feitelijk bezig zal houden. De ondergrondse eigendoms kwestie is heus niet de aanleiding van de burenruzie. Enerzijds begrijp ik overigens wel

dat het hoogst vervelend is om in een bibliotheek het geschreeuw, gespertel en de bommetjes van de burens in het zwembad aan te moeten horen, maar anderzijds is er bijna niets leuker dan een bij herhaling feilloze uitvoering van een bommetje.

3. Onderhavige procedure gaat over de vraag wanneer het onmogelijk is om een hoofdveroordeling na te komen, zodat een dwangsom kan worden opgeheven. Van onmogelijkheid is sprake indien zich een situatie voordoet waarin de dwangsom als prikkel tot nakoming van de hoofdveroordeling zijn zin verliest. De hoofdveroordeling kan feitelijk niet worden nagekomen of het is onredelijk van de veroordeelde meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan hij heeft betracht (BenGH 25 september 1986, NJ 1987/909, BenGH 25 mei 1999, NJ 2000/14, HR 13 juni 2003, NJ 2003, 521, BenGH 29 april 2008, NJ 2008/309).

4. Voor de vraag of het onmogelijk is een hoofdveroordeling na te komen of te beoordelen of van de veroordeelde niet meer inspanningen en zorgvuldigheid te vergen dan deze heeft betracht, is veelal de uitleg van de hoofdveroordeling relevant. Een in het dictum van een rechterlijk vonnis uitgesproken veroordeling moet worden gelezen in verband met de overwegingen waarop deze steunt (HR 23 januari 1998, NJ 2000/544). Bij de uitleg van een vonnis dienen voorts het doel en de strekking van de veroordeling tot richtsnoer te worden genomen met dien verstande dat de veroordeling niet verder strekt dan het bereiken van het daarmee beoogde doel (HR 15 november 2002, NJ 2004/410, HR 19 januari 2007, NJ 2007/59 en HR 23 februari 2007, NJ 2007/433).

5. De Hoge Raad overweegt in deze zaak dat het hof bij de toepassing van art/ 611d Rv de hoofdveroordeling slechts heeft uitgelegd en binnen die uitleg van eisers ook mag worden verwacht dat zij een van de blijvende risicobeperkende uitvoeringsmethode(n) toepassen om aan die hoofdveroordeling te kunnen voldoen. Een duidelijke onderbouwing ten aanzien van het doel en strekking van de hoofdveroordeling ontbreekt. Dit valt, mede gezien de uitgebreide conclusie van A-G E.M. Wesseling-van Gent, te betreuren.

6. Voor haar conclusie dat het hof de hoofdveroordeling zo heeft geformuleerd dat uitsluitend wordt gedaan wat nodig is om de onrechtmatige toestand op te heffen valt veel te zeggen. Het ongedaan maken van de eigendomsinbreuk staat centraal. Het hof voegde ook het onderdeel "zonder die muur te beschadigen" toe aan de eerder door de rechtbank uitgesproken veroordeling. De hoofdveroordeling strekt er derhalve toe dat de oude toestand wordt hersteld zonder schade toe te brengen, om zo de onrechtmatige toestand op te heffen.

7. Uit de rapportage die eisers in de procedure tot opheffing van de dwangsom hebben aangehaald volgt dat het niet onmogelijk is om de oude toestand te herstellen, maar er is aanzienlijke kans op schade. Daarom worden drie risicobeperkende uitvoeringsmethoden genoemd die blijvend van karakter zijn, te weten: 1. injecteren van de ondergrond tussen de ondermetselingen, 2. aanbrengen van gestabiliseerd zand tussen de ondermetselingen en 3. aanbrengen van stalen ondersteuning onder de bestaande funderingsstrook. Deze schadebeperkende uitvoeringsmethoden waren geen onderdeel van de procedure waarin de hoofdveroordeling werd uitgesproken. De hoofdveroordeling houdt daar geen rekening mee. Toepassing van een schadebeperkende uitvoeringsmethode resulteert feitelijk in een andere situatie dan herstel in de oude toestand. Slechts met toepassing hiervan kan de muur van verweersters zonder schade worden hersteld, maar niet exact in de oude toestand. Kortom: om te kunnen voldoen aan het onderdeel 'herstel zonder schade' van de hoofdveroordeling, kan

niet worden voldaan aan het onderdeel 'herstel in oude toestand' van diezelfde hoofdveroordeling.

8. De hoofdveroordeling laat geen ruimte voor toepassing van de blijvende risicobeperkende uitvoeringsmethoden ten behoeve van het herstel, omdat daarmee evident wordt afgeweken van de situatie in de oude toestand. Bij procedures op basis van art. 611d Rv is het uitdrukkelijk niet de bedoeling dat er een nieuwe inhoudelijke behandeling plaatsvindt en evenmin bestaat de mogelijkheid om de hoofdveroordeling te wijzigen en/of aan te vullen. Van dat laatste lijkt nu toch sprake. Het oprekken van het begrip 'oude toestand' is riskant. Door het geven van een bredere uitleg aan de hoofdveroordeling ontstaat rechtsonzekerheid voor beide partijen. Die onzekerheid zal sneller leiden tot dwangsomgeschillen.

9. Wel moet worden opgemerkt dat indien de uitkomst van onderhavige procedure was geweest dat het voor eisers onmogelijk is om aan de hoofdveroordeling te kunnen voldoen, er een onwenselijke situatie zou ontstaan. Verweersters zouden dan een nieuwe procedure moeten starten om de eigendomsinbreuk alsnog ongedaan te maken. Mogelijk heeft de Hoge Raad in deze zaak de grenzen opgezocht bij het geven van een (te) ruime invulling aan de hoofdveroordeling ter beëindiging van de rechtsstrijd. Of dat heeft gewerkt is onbekend.

10. Wel is duidelijk dat de gevoerde procedures slechts gaan over het verwijderen van de fundering en niet over het zwembad zelf (Gerechtshof 's-Hertogenbosch, d.d. 3 september 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4038, overweging 4.4). De kans bestaat dat het echte geschil nog steeds niet is opgelost en van de bibliotheek en het zwembad nog steeds weinig wordt genoten.

M. Teekens

TeekensKarstens advocaten notarissen

404

63

Hoge Raad
20 februari 2015, nr. 14/00582
ECLI:NL:HR:2015:397
(mr. Numann, mr. Heisterkamp, mr. Drion,
mr. Polak, mr. Tanja-van den Broek)
Noot M.R. Rijks

Merkenrecht. Inbreukvordering op grond van art. 2.20 lid 1 onder b en c Benelux Verdrag inzake de Intellectuele Eigendom ('BVIE').

Maatstaf beoordeling verwarringsgevaar bij geringe mate van overeenstemming en maatstaf beoordeling ongerechtvaardigd voordeel trekken doordat het publiek een verband legt tussen merk en teken.

Benelux Verdrag inzake de Intellectuele Eigendom art. 2.20 lid 1 onder b en c

Hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te volstaan met het oordeel dat de vesten van verweerder in cassatie met geen van de rood-wit merken van Ajax voldoende gelijkenis vertonen om tot relevante overeenstemming te concluderen. In het oordeel van het hof dat de vesten met geen van de rood-wit merken voldoende gelijkenis vertonen om tot relevante overeenstemming te concluderen, ligt besloten dat het hof enige mate van overeenstemming aanwezig acht. Beoordeling van het gestelde verwarringsgevaar (art. 2.20 lid 1 sub b BVIE) of verband (art. 2.20 lid 1