

Instantie

Hoge Raad

Datum

04-10-2019

Zaaknummer

18/01823

Vakgebied(en)

Civiel recht algemeen (V)

Burgerlijk procesrecht (V)

Brondocumenten en formele relaties

ECLI:NL:HR:2019:1530, Uitspraak, Hoge Raad (Civiele kamer), 04-10-2019; (Cassatie)

- In cassatie op: ECLI:NL:GHARL:2018:2206, (Gedeeltelijke) vernietiging met verwijzen
- Conclusie: ECLI:NL:PHR:2019:551, Gevolgd
- Nationale procedure voortgezet met: ECLI:NL:GHSHE:2020:3973

ECLI:NL:PHR:2019:551, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 24-05-2019

- Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2019:1530, Gevolgd

Beroepschrift, Hoge Raad, 01-05-2018

Vindplaatsen

NJB 2019/2119

NJ 2019/391

RvdW 2019/1018

RBP 2019/87

JIN 2019/180 met annotatie van Vaan, R.A.G. de

JBPr 2020/3 met annotatie van Jongbloed, A.W.

JIN 2019/180 met annotatie van Vaan, R.A.G. de

JBPR 2020/3 met annotatie van Jongbloed, A.W.

Uitspraak 04-10-2019

Inhoudsindicatie

Procesrecht. Dwangsom (art. 611a Rv). Mogelijkheid tot aanpassing in hoger beroep van in eerste aanleg opgelegde dwangsom bij geheel of gedeeltelijk in stand laten van de hoofdveroordeling, ook voor zover die dwangsom ziet op het verleden; beoordelingsmaatstaf.

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

CIVIELE KAMER

Nummer 18/01823

Datum 4 oktober 2019

ARREST

In de zaak van

1. STICHTING APPINGEDAMMER BRONS MOTOREN MUSEUM,gevestigd te Haulerwijk,

2. SARGASSO MARINE SERVICE B.V.,gevestigd te Grootegast,

EISERESSEN tot cassatie, verweersters in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,

hierna gezamenlijk: Sargasso c.s.,

advocaat: mr. M.E. Bruning,

tegen

CONTROL SEAL B.V.,gevestigd te Appingedam,

VERWEERSTER in cassatie, eiseres in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,

hierna: Control Seal,

advocaat: mr. P.A. Fruytier.

1. Procesverloop

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

- a. het vonnis in de zaak 4338201 CV EXPL 15-10063 van de voorzieningenrechter in de rechtbank Noord-Nederland van 13 maart 2015;
- b. het arrest in de zaak 200.168.443/01 van het gerechtshof Leeuwarden van 6 maart 2018.

Sargasso c.s. hebben tegen het arrest van het gerechtshof beroep in cassatie ingesteld. Control Seal heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld.

Partijen hebben over en weer een verweerschrift tot verwerping van het beroep ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor Control Seal mede door mr. M.E. Loomeyer.

De conclusie van de Advocaat-Generaal E.M. Wesseling-van Gent strekt in het principale cassatieberoep en in het voorwaardelijke incidentele cassatieberoep tot vernietiging van het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 6 maart 2018 en tot verwijzing.

De advocaten van partijen hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2. Uitgangspunten en feiten

2.1

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Control Seal verhuurde delen van het perceel Farmsumerweg 43 te Appingedam aan Sargasso, aan de Stichting en aan een derde. De huurprijs bedroeg voor de drie huurders tezamen in totaal € 2.000,-- per maand.

- (ii) In 2014 zijn de verhoudingen tussen Sargasso c.s. en Control Seal bekoeld. Dit heeft geleid tot diverse procedures. Deze procedures hadden onder meer betrekking op aanzienlijke huurachterstanden van Sargasso c.s.
- (iii) Control Seal heeft de huurovereenkomsten met Sargasso c.s. opgezegd onder aanzegging van de ontruiming tegen 1 november 2014, respectievelijk 1 februari 2015. Sargasso c.s. hebben aan de kantonrechter verlenging van de ontruimingstermijn verzocht met een jaar.
- (iv) Bij brief van 5 februari 2015 heeft Control Seal aan Sargasso c.s. bericht dat zij eind februari 2015 zal starten met diverse urgente reparaties aan het gehuurde en dat het gehuurde in verband hiermee gedurende een periode van zes tot twaalf maanden gesloten wordt. Control Seal verzoekt Sargasso c.s. in deze brief het gehuurde zo spoedig mogelijk te verlaten.
- (v) Op 26 februari 2015 is Control Seal met de werkzaamheden aan het gehuurde begonnen.
- (vi) Bij beschikking van 3 april 2015 heeft de kantonrechter de termijn voor de ontruiming van Sargasso c.s. met een jaar verlengd tot 1 november 2015, respectievelijk 1 februari 2016. De kantonrechter heeft een daarop volgend verzoek van Sargasso c.s. tot verdere verlenging afgewezen en Sargasso c.s. veroordeeld tot ontruiming vóór 30 april 2016. Aan die veroordeling hebben Sargasso c.s. voldaan.

2.2.1

In dit kort geding hebben Sargasso c.s. gevorderd – samengevat en voor zover in cassatie van belang – Control Seal te veroordelen (i) Sargasso c.s. onbelemmerde toegang tot het gehuurde te verlenen, (ii) de werkzaamheden aan het gehuurde te staken en (iii) het gehuurde wind- en waterdicht te maken, steeds op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 50.000,-- per dag, met een maximum van € 5.000.000,--.

2.2.2

De voorzieningenrechter heeft de vorderingen van Sargasso c.s. grotendeels toegewezen.^[1] Het dictum van het vonnis luidt – voor zover in cassatie van belang – als volgt:

“7.1 veroordeelt Control Seal binnen één (1) uur na betekening van dit vonnis aan [Sargasso c.s.] en hun bezoekers de vrije en onbeperkte toegang te verschaffen tot het gehuurde aan de Farmsumerweg 43 te Appingedam, en deze toegang als zodanig ook onbeperkt verschaft te houden, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 25.000,00, voor iedere dag of deel daarvan dat Control Seal in gebreke blijft hieraan te voldoen, met een maximum aan te verbeuren dwangsommen van € 1.000.000,00;

(...)

7.3

veroordeelt Control Seal binnen één (1) uur na betekening van dit vonnis de werkzaamheden aan het gehuurde te staken en gestaakt te houden, tenzij [Sargasso c.s.] door de werkzaamheden (vanwege passende maatregelen) in hun bedrijfsvoering niet gehinderd worden en geen schade lijden, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 25.000,00, voor iedere dag of deel daarvan dat Control Seal in gebreke blijft om aan dit vonnis te voldoen, met een maximum aan te verbeuren dwangsommen van € 1.000.000,00;

7.4

veroordeelt Control Seal om binnen 24 uren na betekening van dit vonnis te bewerkstelligen dat [Sargasso c.s.] in het gebruik van het gehuurde als groothandel, respectievelijk museum niet worden gehinderd door wind en neerslag, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 25.000,00, voor iedere dag of deel daarvan dat Control Seal in gebreke blijft om aan dit vonnis te voldoen, met een maximum aan te verbeuren dwangsommen van € 1.000.000,00.”

2.2.3

Het hof heeft het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vorderingen van Sargasso c.s. afgewezen.^[2] Hiertoe heeft het hof het volgende overwogen.

Ten aanzien van het spoedeisend belang

Sinds de feitelijke ontruiming van het gehuurde in april 2016 hebben Sargasso c.s. geen belang meer bij de gevraagde voorzieningen. Reeds om die reden kan het vonnis van de voorzieningenrechter niet ongewijzigd in stand blijven. (rov. 4.2) Het hof dient evenwel, met het oog op de vraag of al dan niet terecht dwangsommen zijn verbeurd, te beoordelen of de voorzieningenrechter de vorderingen van Sargasso c.s. terecht heeft toegewezen. Daarbij dient het hof het in hoger beroep gevoerde debat in acht te nemen en de vorderingen te beoordelen naar de toestand zoals die zich in hoger beroep voordoet, afgezien van de omstandigheid dat het spoedeisend belang inmiddels is komen te vervallen. (rov. 4.3)

Ten aanzien van de hoofdveroordelingen

De voorzieningenrechter heeft de veroordelingen onder 7.1 en 7.3 – met uitzondering van de hoogte van de daaraan verbonden dwangsommen – terecht uitgesproken. (rov. 4.10 en 4.13)

Met betrekking tot de veroordeling onder 7.4 is Control Seal op zichzelf terecht veroordeeld om het nadeel weg te nemen

dat Sargasso c.s. ondervonden van de ontijdig verwijderde (dak)ramen, maar de gebruikte formulering in die veroordeling is ongelukkig en een ruimere begunstigingstermijn was op zijn plaats geweest. (rov. 4.11)

Ten aanzien van de dwangsommen

Control Seal heeft – anders dan in eerste aanleg – in hoger beroep verweer gevoerd tegen de hoogte van de opgelegde dwangsommen. (rov. 4.15)

Bij de beoordeling van de hoogte van een door de rechter in eerste aanleg opgelegde dwangsom die ziet op een situatie in het verleden, dient de appelrechter terughoudend te toetsen, terwijl de feitelijke gevolgen van het daadwerkelijk verbeuren van dwangsommen bij die beoordeling geen rol dienen te spelen. Voorkomen moet worden dat een wanverhouding ontstaat tussen het belang van de dwangsomcrediteur bij de dwangsomveroordeling en rechtszekerheid enerzijds en de gerechtvaardigde belangen van de debiteur tegen excessen anderzijds. (rov. 4.16)

De appelrechter dient alleen dan in te grijpen in een opgelegde dwangsom voor een periode in het verleden, als ten minste een aanmerkelijke kans op een exces in de hiervoor bedoelde zin in de oorspronkelijke veroordeling besloten lag. (rov. 4.17)

De dwangsommen, gesteld op het niet naleven van de onder 7.1, 7.3 en 7.4 uitgesproken veroordelingen, hadden een bedrag van telkens € 2.500,-- per dag met een maximum van € 50.000,-- niet moeten overschrijden. (rov. 4.18)

Het vonnis waarvan beroep komt niet voor bekrachtiging in aanmerking, ook niet wat betreft het verleden, omdat geen van de daarin opgenomen veroordelingen integraal voor bekrachtiging in aanmerking komt. (rov. 4.19)

Het staat het hof niet vrij om uitsluitend de dwangsom te verlagen, met instandhouding van de rest van de veroordeling. De veroordeling met de bijbehorende dwangsom vormt één geheel en krijgt haar werking door betekening, zodat een gewijzigde veroordeling op straffe van een dwangsom opnieuw betekend moet worden. Dit is voor het verleden zinloos. Het achteraf bepalen welke sanctie in verhouding tot de overtreding staat, verdraagt zich ook niet goed met het wezen van de dwangsomveroordeling als privaatrechtelijk executiemiddel: de dwangsomveroordeling moet steeds gericht zijn op de toekomst. Leidend voor de bepaling van de hoogte van de dwangsom moet zijn welk bedrag in een optimale preventieve werking voorziet en niet welk bedrag een passende sanctie voor het gedrag van de veroordeelde oplevert. (rov. 4.20)

De veroordelingen onder 7.1 en 7.3 kunnen niet bekrachtigd worden vanwege de hoogte van de daarop gestelde dwangsom. De veroordeling onder 7.4 heeft naast de te hoge dwangsom ook nog eens een te korte begunstigingstermijn. (rov. 4.21)

Slotsom

Het hof zal het vonnis waarvan beroep vernietigen, voor de toekomst omdat er geen spoedeisend belang meer aanwezig is en voor het verleden op de in rov. 4.20 vermelde gronden. (rov. 4.23)

3. Beoordeling van het middel in het principale beroep

3.1.1

De onderdelen 1.2 en 1.3 van het middel zijn gericht tegen het oordeel dat het de appelrechter niet vrijstaat om uitsluitend de dwangsom te verlagen met instandhouding van de hoofdveroordelingen en dat om die reden het vonnis van de voorzieningenrechter voor het verleden niet kan worden bekrachtigd. Het hof heeft volgens deze onderdelen miskend dat het de als 'terecht' aangemerkte hoofdveroordelingen in stand had kunnen en moeten laten en dat een wijziging van de daaraan verbonden dwangsom niet eraan in de weg staat dat die dwangsom kan worden verbeurd in de periode tussen de betekening van de uitvoerbare beslissing in eerste aanleg en die van de beslissing in hoger beroep.

3.1.2

Op grond van art. 611a Rv kan de rechter op vordering van een der partijen de wederpartij veroordelen tot betaling van een dwangsom voor het geval dat aan de hoofdveroordeling niet wordt voldaan. Dit voorschrift berust op de Benelux-Overeenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom van 26 november 1973. [3.1](#)

Uit de rechtspraak van het Benelux-Gerechtshof [4.1](#) volgt dat indien de rechter in eerste aanleg met toepassing van art. 611a Rv een dwangsom heeft opgelegd, en de rechter in hoger beroep de hoofdveroordeling geheel of gedeeltelijk in stand laat, hij dat kan doen onder vermindering, vermeerdering of volledige afwijzing van de dwangsom die door de rechter in eerste aanleg aan de hoofdveroordeling was verbonden. Ook volgt uit die rechtspraak dat indien sprake is van een vermindering, de dwangsom die de rechter in eerste aanleg had opgelegd, tot het verminderde bedrag kan worden verbeurd in de periode tussen de betekening van de uitvoerbare beslissing van de rechter in eerste aanleg en de betekening van de beslissing in hoger beroep.

Het andersluidende oordeel van het hof is dus onjuist. De onderdelen 1.2 en 1.3 slagen.

3.2

De overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de

rechtsontwikkeling.

4. Beoordeling van het middel in het voorwaardelijke incidentele beroep

4.1

Nu blijkt het onder 3 overwogene het middel in het principale beroep doel treft, is de voorwaarde waaronder het incidentele beroep is ingesteld vervuld, zodat het daarin voorgestelde middel moet worden onderzocht.

4.2.1

Onderdeel 1.1 klaagt dat het hof (in rov. 4.16-4.17) een onjuiste maatstaf heeft geformuleerd voor de beoordeling van de hoogte van een door de rechter in eerste aanleg opgelegde dwangsom die ziet op een situatie in het verleden. Het hof heeft volgens het onderdeel ten onrechte overwogen dat de appelrechter in een dergelijk geval terughoudend dient te toetsen en slechts kan ingrijpen als in de oorspronkelijke veroordeling een aanmerkelijke kans op een exces besloten ligt.

Onderdeel 1.2 is gericht tegen de overweging van het hof (in rov. 4.16) dat bij de beoordeling van de hoogte van een door de rechter in eerste aanleg opgelegde dwangsom die ziet op een situatie in het verleden, de feitelijke gevolgen van het daadwerkelijk verbeuren van dwangsommen geen rol dienen te spelen.

4.2.2

Deze onderdelen treffen doel. De rechter dient de hoogte van de dwangsom vast te stellen naar de aard en omstandigheden van het geval, in het bijzonder ook de financiële toestand en het gedrag van de schuldenaar.^[5.] Tot de omstandigheden van het geval kunnen ook de feitelijke gevolgen behoren die voor de schuldenaar voortvloeien uit het daadwerkelijk verbeuren van dwangsommen. Een en ander geldt onverkort wanneer de appelrechter de hoogte beoordeelt van een in eerste aanleg opgelegde dwangsom, ook voor zover die ziet op het verleden.^[6.] Dit strookt met het algemene uitgangspunt dat in hoger beroep een nieuwe beoordeling plaatsvindt. Met het voorgaande is niet verenigbaar dat de appelrechter de hoogte van een in eerste aanleg uitgesproken dwangsomveroordeling, ook voor zover die ziet op het verleden, slechts terughoudend zou kunnen toetsen en daarin alleen zou kunnen ingrijpen als in de oorspronkelijke dwangsomveroordeling een aanmerkelijke kans op een exces besloten ligt.

4.3

Voor zover onderdeel 1.4 voortbouwt op de onderdelen 1.1 en 1.2 slaagt het eveneens.

Onderdeel 1.3 kan niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de daarin aangevoerde klacht niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

5. Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep en in het incidentele beroep:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 6 maart 2018;
- verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;

in het principale beroep voorts:

- veroordeelt Control Seal in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Sargasso c.s. begroot op € 978,99 aan verschotten en € 2.600,-- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien Control Seal deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan;

in het incidentele beroep voorts:

- veroordeelt Sargasso c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Control Seal begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2.600,-- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien Sargasso c.s. deze niet binnen veertien dagen na heden hebben voldaan.

Dit arrest is gewezen door de vicepresident E.J. Numann als voorzitter en de raadsheren M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek, C.E. du Perron en H.M. Wattendorff, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer C.E. du Perron op 4 oktober 2019.

Voetnoten Uitspraak 04-10-2019

[1.]

Rb. Noord-Nederland 13 maart 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:1180.

[\[2.\]](#)

Hof Arnhem-Leeuwarden 6 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2206.

[\[3.\]](#)

Trb. 1974, 6.

[\[4.\]](#)

Vgl. BenGH 20 april 2010 (zaak A 2009/1), ECLI:NL:XX:2010:BN3277, NJ 2010/434 ([...] c.s./[...]), rov. 11-13.

[\[5.\]](#)

[Kamerstukken II 1975/76, 13788](#) (R 1015), nr. 4, p. 16 (Gemeenschappelijke Memorie van Toelichting van de Benelux-Overeenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom).

[\[6.\]](#)

Vgl. HR 6 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6631, rov. 3.4 (laatste alinea) en HR 30 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6343, rov. 3.3.

Conclusie 24-05-2019

Inhoudsindicatie

Procesrecht. Dwangsom (art. 611a Rv). Mogelijkheid tot aanpassing in hoger beroep van in eerste aanleg opgelegde dwangsom bij geheel of gedeeltelijk in stand laten van de hoofdveroordeling, ook voor zover die dwangsom ziet op het verleden; beoordelingsmaatstaf.

PROCUREUR-GENERAAL

BIJ DE

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer 18/01823

Zitting 24 mei 2019

CONCLUSIE

E.M. Wesseling-van Gent

In de zaak

1. Stichting Appingedammer Brons Motoren Museum

2. Sargasso Marine Service B.V.

tegen

Control Seal B.V.

In deze kortgedingzaak zijn in eerste aanleg verschillende met dwangsommen versterkte veroordelingen uitgesproken. Hangende het hoger beroep is het spoedeisend belang aan de hoofdveroordelingen komen te ontvallen. Het hof heeft met het oog op de vraag of al dan niet terecht dwangsommen zijn verbeurd, beoordeeld of het vonnis in eerste aanleg juist was geweest. Het hof heeft met betrekking tot drie van de vier hoofdveroordelingen geoordeeld dat deze terecht zijn uitgesproken. Naar het oordeel van het hof zijn de door de voorzieningenrechter daaraan verbonden dwangsommen excessief, maar staat het hof niet vrij uitsluitend de dwangsom te verlagen en de rest van de veroordeling in stand te houden. In het principale en het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep wordt aan de orde gesteld of een appelrechter de dwangsom (met werking voor het verleden) mag verlagen, met instandhouding van de rest van de veroordeling, en of een appelrechter alleen dan kan ingrijpen in een opgelegde dwangsom voor een periode in het verleden, indien ten minste een aanmerkelijke kans op een exces in de oorspronkelijke veroordeling besloten lag. Verder stelt het principale cassatieberoep

de zgn. 'afstemmingsregel' aan de orde.

1. Feiten^[1] en procesverloop^[2]

1.1 Eiseres tot cassatie onder 1 (hierna: de museumstichting) houdt zich sinds 2005 bezig met het voeren en in stand houden van het Brons Motoren Museum en het beheer en onderhoud van de collectie Brons scheepsmotoren. De museumstichting is een particulier initiatief zonder overheidssubsidie. Brons scheepsmotoren zijn in Appingedam gebouwd tussen 1907 en de jaren '80 van de twintigste eeuw.

Eiseres tot cassatie onder 2 (hierna: Sargasso) is een onderneming die onder meer een groothandel in verbrandingsmotoren, pompen en compressoren voert. Zij handelt ook in gebruikte Brons scheepsmotoren.

Tussen Sargasso en de museumstichting (hierna gezamenlijk: Sargasso c.s.) bestaan personele banden.

1.2 Verweerster in cassatie (hierna: Control Seal) is een onderneming die ventielen/afsluiters en aanverwante producten voor de olie- en gaswinning en de petrochemische industrie produceert. Zij heeft in 2006 het fabrieksterrein van de oude Brons Motorenfabriek in eigendom verkregen door een activatransactie met de Amerikaanse opvolger van Brons. Control Seal verkreeg daarbij ook het bedrijfsarchief en de bedrijfscollectie van de Brons Motorenfabriek.

1.3 De museumstichting heeft sinds 1 februari 2008 van Control Seal een deel van het perceel Farmsumerweg 43 te (9902 BL) Appingedam gehuurd, kadastraal bekend onder de sectie G, perceel 3583, het voormalige Brons fabriekscomplex en daarvan Gebouw 43, ook wel bekend als "Oude fabriek met Witte kantoor".

1.4 De huurprijs bedroeg € 2.000,- per maand. De museumstichting fungeerde, met instemming van Control Seal, jarenlang als onderverhuurder voor Sargasso, alsmede sinds 1 januari 2012 voor stichting De Zijlen, een sociale werkplaats, die een deel van het verhuurde pand onderhuurde tegen een kale huurprijs van € 912,60 per maand. De museumstichting heeft tot en met 2012 een aanzienlijke huurachterstand laten ontstaan van rond de € 100.000,-.

1.5 Artikel 7 van de huurovereenkomst bepaalt:

"Onderhoud aan het pand is voor huurder. Verhuurder zal geen investeringen in onderhoud doen. (Bij het onbruikbaar worden van het gebouw kan huurder geen aanspraak maken op vervangende huisvesting of reparatie door verhuurder en eindigt het huurcontract)."

1.6 Sinds november 2013 is er op verzoek van Control Seal een wijziging doorgevoerd, in die zin dat Control Seal vanaf die datum rechtstreeks aan de verschillende genoemde onderhuurders verhuurt. Sinds november 2013 werd derhalve een deel van het perceel Farmsumerweg 43 te (9902 BL) Appingedam, van Control Seal gehuurd door Sargasso, de museumstichting en stichting De Zijlen. De huurprijs is in totaal voor de drie huurders gelijk aan de oude huurprijs. Over andere voorwaarden is wel onderhandeld tussen partijen, maar daarover is geen overeenstemming ontstaan.

1.7 Tussen Sargasso c.s. en Control Seal zijn de verhoudingen in 2014 bekoeld, hetgeen heeft geleid tot een kort geding over de Brons-motorenshow in augustus 2014. Control Seal is daarbij in het ongelijk gesteld en veroordeeld om deze show te gehangen en gedogen. Daarna zijn meer procedures gevolgd, onder meer over de aanzienlijke huurachterstanden van de museumstichting en Sargasso.

1.8 De huurovereenkomsten met Sargasso en de museumstichting zijn door Control Seal opgezegd bij brieven van respectievelijk 4 en 30 september 2014. Daarbij is ontruiming aangezegd tegen 1 november 2014, respectievelijk 1 februari 2015.

1.9 Sargasso c.s. hebben in dat kader op de voet van art. 7:230a lid 1 BW een verzoekschrift ingediend bij de kantonrechter (locatie Groningen), met daarin het (voorwaardelijke) verzoek om de termijn waarbinnen ontruiming zou moeten plaatsvinden, te verlengen tot één jaar na het eindigen van deze huurovereenkomst, derhalve tot en met 1 november 2015

respectievelijk 1 februari 2016. De mondelinge behandeling van dat verzoekschrift was op 26 maart 2015.

1.10 Bij brief van 5 februari 2015 heeft Control Seal Sargasso c.s. het volgende bericht:

“We willen u informeren dat er een urgente status is ontstaan omtrent het genoemde gebouw en waar u zich op dit moment huisvestigt. Het gebouw zal op zeer korte termijn onderwerp zijn van grote urgente verbouwing en reconstructie. Het is ons onder de aandacht gebracht dat wij met spoed het resterende asbest binnen en buiten het gebouw [dienen?] te verwijderen. De huidige installaties voldoen niet meer aan de huidige normen en veiligheidsregels. Het is ons onder de aandacht gebracht dat door de leeftijd van het gebouw (ongeveer 130 jaar) en langdurig gebrek aan onderhoud en investeringen in het gebouw er een urgente situatie is ontstaan en dat de veiligheid in het gebouw niet langer te garanderen is, onder de huidige condities. Door deze urgente situatie en om het gebouw te redden is er op korte termijn groot onderhoud nodig. [Het] onderhoud betreft ondermeer:

Controleren, vernieuwen evt. vervangen van alle elektrische leidingen en installaties om het brandgevaar te verkleinen. Het is noodzakelijk om de verwarmingsinstallatie en gastoevoer te controleren, vervangen of te vernieuwen om de installatie weer te laten voldoen aan de huidige regelgeving en het risico op brandgevaar te verkleinen. Het is noodzakelijk om het dak te repareren, omdat de dakconstructie wegens langdurig lekken is aangetast en het gevaar dreigt dat deze instort.

Het is noodzakelijk om de ramen en deuren te repareren omdat er veel corrosie is en het risico bestaat dat ramen uit de sponningen vallen en dat hierbij gewonden vallen.

Het is noodzakelijk om het gebouw weer te laten voldoen aan de bestaande veiligheidsregelgeving, milieu eisen etc. Voortzetting van de huidige situatie zonder uitvoer van bovenstaande verbeteringen, kunnen fatale gevolgen hebben voor de ingezetenen i.v.m. een sterk verhoogd risico op brandgevaar of instortingsgevaar.

In het belang van de veiligheid is noodzakelijk om het gebouw voor een periode te sluiten om de reconstructies uit te voeren. De reconstructietijd wordt geschat op 6 tot 12 maanden. De urgente reparaties zijn al enkele jaren ingepland en zullen starten vanaf einde februari 2015. We verontschuldigen ons voor dit ongemak maar onze mening is dat veiligheid voorop staat. We moeten het gebouw redden voor de toekomst en de veiligheid kunnen garanderen.

Omdat de huurcontracten zijn opgezegd, adviseren wij u om het gebouw zsm. te evacueren en om een alternatieve ruimte te zoeken voor de toekomst. Na de reconstructie is de verwachting dat het gebouw in gebruik wordt genomen voor uitbreiding van de groei van Control Seal en zullen er in eerste instantie naar verwachting 20 werknemers in ondergebracht worden. Op langere termijn worden er naar verwachting werkplaatsen gecreëerd voor 50 werknemers. De reconstructie is opgezet om het uiterlijk van het gebouw te behouden in originele staat, echter de installaties zullen voldoen aan de huidige standaards, regel-en wetgeving.”

1.11 Bij e-mail van 24 februari 2015 heeft de advocaat van Sargasso c.s. Control Seal gewezen op het ontbreken van een plan van aanpak met betrekking tot de geplande werkzaamheden. Bovendien is Control Seal gewezen op haar verplichting om enige overlast tot een noodzakelijk minimum te beperken en dat in dat verband het gehuurde (inclusief dak) deugdelijk afgesloten dient te blijven. Control Seal heeft daarop niet gereageerd.

1.12 Op 26 februari 2015 is Control Seal met de werkzaamheden op het dak van het gehuurde begonnen. De arbeidsinspectie heeft het werk op vrijdag 27 februari 2015 laten stilleggen en de werklieden van het dak doen halen. Nadat het werk enige dagen heeft stil gelegen, zijn de werkzaamheden weer hervat.

1.13 Bij beschikking van 3 april 2015 heeft de kantonrechter te Groningen de termijn voor ontruimingsbescherming van Sargasso en de museumstichting met één jaar verlengd tot 1 november 2015 dan wel 1 februari 2016. Een daarop volgend verzoek tot verdere verlenging is door de kantonrechter afgewezen, waarna Sargasso en de museumstichting zijn veroordeeld tot ontruiming vóór 30 april 2016. Aan die veroordeling hebben Sargasso en de museumstichting voldaan.

1.14 Na deze kortgedingprocedure in eerste aanleg waarbij Control Seal in het ongelijk is gesteld, hebben partijen nog verschillende procedures gevoerd, waaronder een executiekortgeding (door Control Seal gedeeltelijk verloren) en een

bodemprocedure waarin onder meer 1 miljoen euro aan verbeurde dwangsommen is opgeëist door Sargasso c.s. Zij hebben op grond van die vordering ook getracht het faillissement van Control Seal te bewerkstelligen, hetgeen tot op het moment van het wijzen van het bestreden arrest niet is gelukt. Zowel tegen het vonnis in het executiekortgeding als tegen het vonnis in de bodemzaak van 24 mei 2016 is door Control Seal hoger beroep ingesteld. Geen van beide procedures was ten tijde van het bestreden arrest in staat van wijzen.

1.15 In het vonnis in de bodemzaak van 24 mei 2016^[3] heeft de kantonrechter vastgesteld dat de museumstichting sedert augustus 2009 geen huur meer heeft betaald en dat Sargasso vanaf 1 januari 2015 geen gebruiksvergoeding meer heeft betaald en dat de huurachterstand van de museumstichting per 1 juli 2015 € 119.007,- bedroeg en de betalingsachterstand van Sargasso € 4.382,-. De kantonrechter heeft het beroep van Sargasso c.s. op kwijtschelding van de achterstanden verworpen, evenals het beroep op verrekening met beweerdelijk gedane investeringen, omdat artikel 7 van het huurcontract daaraan in de weg staat.

1.16 De kantonrechter heeft de opgevorderde maximale dwangsom van 1 miljoen euro op grond van het in deze procedure aangevochten vonnis in kort geding die was gesteld op de verplichting om het verhuurde weer wind- en waterdicht^[4] af te werken, toegewezen. De kantonrechter heeft vastgesteld, in navolging van de executierechter in het executiekortgeding, dat niet aan de veroordeling is voldaan. De bezwaren tegen dit vonnis heeft de kantonrechter ter zijde geschoven nu die thuis horen in de onderhavige procedure.

1.17 Het hof heeft bij arrest in incident van 18 april 2017 de uitvoerbaarheid van het vonnis in de bodemprocedure geschorst.

1.18 Sargasso c.s. hebben Control Seal bij dit geding inleidende dagvaarding van 6 maart 2015 in kort geding gedagvaard voor de voorzieningenrechter in de rechtbank Noord-Nederland, locatie Groningen. Sargasso c.s. hebben daarbij – zakelijk weergegeven en voor zover thans van belang – gevorderd, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, dat Control Seal wordt veroordeeld om (i) hun de onbelemmerde toegang tot het gehuurde te verstrekken; (ii) de bij de gehuurde horende parkeerplaatsen ter beschikking te stellen; (iii) de werkzaamheden aan het gehuurde te staken en (iv) het gehuurde binnen één uur na betekening van het te wijzen vonnis wind- en waterdicht te maken. De onder (i), (iii) en (iv) omschreven voorzieningen zijn elk gevorderd op straffe van verbeurde van een dwangsom van € 50.000,- per dag met een maximum van € 5 miljoen; het onder (ii) gevorderde op straffe van verbeurde van een dwangsom van € 5.000,- per dag met een maximum van € 100.000,-. Daarnaast hebben Sargasso c.s. gevorderd (v) om bij gebreke van voldoening aan het onder (i) tot en met (iv) gevorderde Sargasso c.s. te machtigen een en ander zelf te bewerkstelligen met behulp van de sterke arm.^[5]

1.19 Sargasso c.s. hebben aan hun vorderingen, samengevat, ten grondslag gelegd dat het verhuurde tot aan het begin van de werkzaamheden in redelijke staat verkeerde, dat Control Seal hen als het ware de oorlog heeft verklaard, dat Control Seal tracht om Sargasso c.s. uit het gehuurde te krijgen en dat zonder reden alle daklichten en ramen van het gehuurde zijn ingeslagen.^[6]

1.20 Control Seal hebben verweer gevoerd en vorderingen in reconventie ingesteld.^[7]

1.21 De voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 13 maart 2015 in conventie de hiervoor onder 1.18 vermelde vorderingen (gedeeltelijk) toegewezen^[8], met beperking van de dwangsommen als in het dictum is weergegeven.^[9] Het dictum luidt in zoverre als volgt^[10]:

“7.1. veroordeelt Control Seal binnen één (1) uur na betekening van dit vonnis aan Sargasso en Brons^[11] en hun bezoekers de vrije en onbeperkte toegang te verschaffen tot het gehuurde aan de Farmsumerweg 43 te Appingedam, en deze toegang als zodanig ook onbeperkt verschaft te houden, zulks op straffe van verbeurde van een dwangsom van € 25.000,00, voor iedere dag of deel daarvan dat Control Seal in gebreke blijft hieraan te voldoen, met een maximum aan te verbeuren dwangsommen van € 1.000.000,00;

7.2. veroordeelt Control Seal binnen één (1) uur na betekening van dit vonnis, te gehengen en te gedogen, dat Sargasso en Brons en hun bezoekers onverkort en onbeperkt gebruik kunnen maken van de parkeerplaatsen bij het gehuurde, zulks op straffe van verbeurde van een dwangsom van € 5.000 voor iedere dag of deel daarvan dat Control in gebreke blijft om aan dit vonnis te voldoen, met een maximum aan te verbeuren dwangsommen van € 50.000,00;

7.3. veroordeelt Control Seal binnen één (1) uur na betekening van dit vonnis de werkzaamheden aan het gehuurde te staken en gestaakt te houden, tenzij Sargasso en Brons door de werkzaamheden (vanwege passende maatregelen) in hun bedrijfsvoering niet gehinderd worden en geen schade leiden, zulks op straffe van verbeuren van een dwangsom van € 25.000,00 voor iedere dag of deel daarvan dat Control Seal in gebreke blijft om aan dit vonnis te voldoen, met een maximum aan te verbeuren dwangsommen van € 1.000.000,00;

7.4. veroordeelt Control Seal om binnen 24 uren na betekening van dit vonnis te bewerkstelligen dat Sargasso en Brons [...] in het gebruik van het gehuurde als groothandel, respectievelijk museum niet worden gehinderd door wind en neerslag, zulks op straffe van verbeuren van een dwangsom van € 25.000,00 voor iedere dag of deel daarvan dat Control Seal in gebreke blijft om aan dit vonnis te voldoen, met een maximum aan te verbeuren dwangsommen van € 1.000.000,00;

7.5. machtigt Sargasso en Brons om bij gebreke van voldoening aan de veroordelingen onder 7.1 tot en met 7.4 Sargasso en Brons een en ander zelf te bewerkstelligen, met behulp van de sterke arm van politie en justitie en op kosten van Control Seal (...)"

1.22 De voorzieningenrechter heeft het vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad verklaard en het in conventie meer of anders gevorderde afgewezen. Daarnaast zijn de vorderingen in reconventie afgewezen.

1.23 Control Seal is, onder aanvoering van negentien grieven, van dit vonnis in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden. Zij heeft in hoger beroep – zakelijk weergegeven en voor zover thans van belang – gevorderd dat het hof dit vonnis zal vernietigen en, opnieuw rechtdoende, Sargasso c.s. alsnog niet-ontvankelijk zal verklaren in hun vorderingen, althans deze vorderingen zal afwijzen en de vorderingen in reconventie alsnog zal toewijzen.^[12]

1.24 Sargasso c.s. hebben de grieven bestreden.

1.25 Het hof heeft bij arrest van 21 maart 2017 een comparitie van partijen gelast, die op 21 juni 2017 is aangevangen en vervolgens op 30 juni 2017 en 10 januari 2018 is voortgezet.

1.26 Vervolgens heeft het hof bij arrest van 6 maart 2018, voor zover thans van belang, het vonnis van 13 maart 2015 vernietigd en de vorderingen van beide partijen afgewezen.

1.27 Sargasso c.s. hebben tegen dit arrest tijdig^[13] cassatieberoep ingesteld.

Control Seal heeft in het principale cassatieberoep geconcludeerd tot verwerping van en voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld.

Sargasso c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep.

Beide partijen hebben hun standpunt schriftelijk toegelicht, waarna Sargasso c.s. nog hebben gerepliceerd.^[14]

2. Bespreking van het principale cassatiemiddel

2.1

Het cassatiemiddel bestaat uit twee onderdelen en verschillende subonderdelen.

2.2

Onderdeel 1 is in de kern gericht tegen rov. 4.15-4.21 en 4.23 waarin het hof een oordeel heeft gegeven over (de hoogte van) de opgelegde dwangsommen. Alvorens de bestreden rechtsoverwegingen te citeren, schets ik eerst (kort) de relevante context ervan.

2.3

Het bestreden arrest betreft het hoger beroep van een in eerste aanleg gewezen kortgedingvonnis waarin ten gunste van Sargasso c.s. veroordelingen zijn uitgesproken waaraan dwangsommen zijn verbonden.

2.4

Indien in hoger beroep de vraag moet worden beantwoord of een in kort geding verlangde voorziening, hetzij na toewijzing daarvan hetzij na weigering daarvan in eerste aanleg, in hoger beroep voor toewijzing in aanmerking komt, dient mede te worden beoordeeld of de eisende partij ten tijde van het arrest van het hof bij die voorziening (nog) belang heeft, en voorts of dat belang nog voldoende spoedeisend is.^[15] Deze afweging dient te geschieden aan de hand van de stand van zaken op het moment van het oordeel in hoger beroep.^[16] Hierbij kunnen nieuwe feiten in aanmerking worden genomen, waaronder feiten die voortvloeien uit de uitspraak in eerste aanleg.^[17]

2.5

Het hof heeft het voorgaande vooropgesteld in rov. 4.1, in cassatie niet bestreden, en daaraan - voor het onderhavige geval waarin de voorzieningen in eerste instantie zijn toegewezen - de betekenis gegeven dat een dergelijke beoordeling er feitelijk op neerkomt of de getroffen voorziening in appel geheel althans gedeeltelijk, ook voor de toekomst in stand moet blijven.

Vervolgens heeft het hof deze invulling toegepast in de, eveneens in cassatie niet bestreden, rov. 4.2 en 4.3.

2.6

Het hof heeft in rov. 4.2 vastgesteld dat Sargasso c.s. sinds de feitelijke ontruiming van het gehuurde in april 2016 geen belang meer hebben bij de door hen gevraagde voorlopige voorzieningen, en dat het kortgedingvonnis waarvan beroep reeds op deze grond niet ongewijzigd in stand kan blijven. Daarop aansluitend heeft het hof in rov. 4.3 overwogen dat het, met het oog op de vraag of al dan niet terecht dwangsommen zijn verbeurd, dient te beoordelen of de voorzieningenrechter de vorderingen van Sargasso c.s. terecht heeft toegewezen (zie hierna onder 2.19 e.v.).

2.7

Het hof heeft in dit verband – samengevat – geoordeeld dat:

- (i) de veroordeling onder 7.1 van het vonnis van de voorzieningenrechter – afgezien van de hoogte van de dwangsom – terecht is opgelegd (rov. 4.13);
- (ii) de veroordeling onder 7.2 onvoldoende duidelijk is geformuleerd en dan ook niet in stand kan blijven (rov. 4.14)^[18];
- (iii) de veroordeling onder 7.3 – uitgezonderd de hoogte van de dwangsom en het dwangsommaximum – terecht is uitgesproken, ook wat betreft de begunstigingstermijn (rov. 4.10) en
- (iv) Control Seal op zich onder 7.4 terecht is veroordeeld om het nadeel dat Sargasso c.s. ondervonden van de ontijdig verwijderde (dak)ramen weg te nemen, maar dat de gebruikte formulering ongelukkig is en het meer voor de hand had gelegen dat Control Seal zou zijn veroordeeld om maatregelen te treffen die het binnentreden van wind en vocht tot het gehuurde als gevolg van het verwijderen van ramen en daklichten zouden voorkomen en dat daarvoor een enigszins ruimere begunstigingstermijn van twee dagen extra (drie dagen in totaal) op zijn plaats was geweest (rov. 4.11).

2.8

Deze oordelen komen er m.i.^[19] op neer dat drie van de vier voorzieningen (7.1, 7.3 en 7.4) terecht door de voorzieningenrechter zijn toegewezen en dat de veroordeling onder 7.2 van het vonnis in appel geen stand zou hebben gehouden. De aan de (terechte) veroordelingen onder 7.1, 7.3 en 7.4 verbonden dwangsom acht het hof echter te hoog.

2.9

Vervolgens heeft het hof, voor zover thans van belang, als volgt geoordeeld:

“De opgelegde dwangsommen

4.15

De voorzieningenrechter heeft terecht geconstateerd dat in eerste aanleg geen verweer is gevoerd tegen de hoogte van de dwangsommen; dit lag ook niet voor de hand, omdat ook Control Seal in eerste aanleg eenzelfde astronomisch hoge dwangsom gevorderd heeft. De voorzieningenrechter heeft de door hem opgelegde dwangsom - waarbij het in dit geschil dus met name gaat om de dwangsom bij de veroordeling sub 7.4 (in de nummering die het hof aanhoudt.) - gematigd tot de nog steeds buitengewoon forse bedragen van € 25.000 per dag en een maximum van € 1 miljoen. In appel vecht Control Seal deze bedragen wel aan.

4.16

Het hof stelt voorop dat bij de beoordeling van de hoogte van een door de rechter in eerste aanleg opgelegde dwangsom die ziet op een situatie in het verleden, de appelrechter terughoudend dient te toetsen, terwijl de feitelijke gevolgen van het daadwerkelijk verbeuren van dwangsommen bij die beoordeling geen rol dienen te spelen. De dwangsom dient als dwangmiddel om de veroordeelde partij een bepaalde handeling te laten verrichten of juist daarvan af te zien. De dwangsom behoeft niet in verhouding te staan tot de eventuele schade en dient een effectieve prikkel te geven aan de veroordeelde partij. Dit betekent evenwel niet dat de voorzieningenrechter geen rekening dient te houden met proportionaliteit, in de zin van het gewicht van de sanctie in verhouding tot het gewicht van de bij de nakoming betrokken belangen. Voorkomen moet worden dat een wanverhouding ontstaat tussen het belang van de dwangsomcrediteur bij de dwangsomveroordeling en rechtszekerheid enerzijds en de gerechtvaardigde belangen van de debiteur tegen excessen anderzijds.

4.17

Het voorgaande betekent naar 's hofs oordeel dat de appelrechter alleen dan in moet grijpen in een opgelegde dwangsom voor een periode in het verleden, indien tenminste een aanmerkelijke kans op een exces in de hiervoor bedoelde zin in de oorspronkelijke veroordeling besloten lag.

4.18

In dit geval gaat het om het belemmeren van (gewezen) huurders om in het gehuurde te blijven totdat zij tot ontruiming gedwongen worden[.] Het totale gehuurde (inclusief het deel dat door de stichting De Zijlen werd gehuurd die niet in deze procedure is betrokken), had een huurprijs van € 2.000,- per maand. Hoewel er enige reden was om de dwangsom iets hoger dan gebruikelijk te bepalen omdat Control Seal in het eerste kort geding een dwangsomveroordeling tot het daarop gestelde maximum van € 30.000,- had laten vollopen, blijft het navrant dat de dwangsom per dag zoals die is opgelegd, meer bedraagt dan het tienvoudige van de verschuldigde maandhuur. Voorts is het maximum van de te verbeuren dwangsommen op 1 miljoen euro gezet, zijnde het 40-voudige van de initiële dwangsom. Het is het hof ambtshalve bekend dat binnen de rechtbank Noord-Nederland als beleidsregel geldt dat het maximum in beginsel op 20 maal de initiële dwangsom wordt gesteld. Bij een dergelijk hoog maximum, gegeven de slechte verstandhouding tussen partijen, was te voorzien dat dit miljoen een grote aantrekkingskracht uit zou oefenen op een armlastige partij als Sargasso c.s. (die niet voor niets een enorme huurachterstand hadden) als mogelijkheid voor een frisse start elders met een aardig startkapitaaltje, waardoor een vervolgdebat over opzettelijke verhindering van nakoming van de verplichtingen - dat in de bodemprocedure is gevoerd - al enigszins in de lucht hing. Naar 's hofs oordeel hadden de initiële dwangsommen gesteld op het niet naleven van de onder 7.1, 7.3 en 7.4 uitgesproken veroordelingen telkens een bedrag van € 2.500,- per dag met een maximum van € 50.000,- niet moeten overschrijden.

4.19

Het voorgaande betekent dat het hof van oordeel is dat het vonnis waarvan beroep in conventie, ook voor wat betreft het verleden, niet voor bekrachtiging in aanmerking komt omdat geen van de veroordelingen integraal voor bekrachtiging in aanmerking komt.

4.20

Het hof is van oordeel dat het hem niet vrijstaat uitsluitend de dwangsom [te] verlagen met instandhouding van de rest van de veroordeling. De veroordeling met de bijbehorende dwangsom vormt één geheel en verkrijgt haar werking door betekening (vgl. ook parket HR 16 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:930). Een gewijzigde veroordeling op straffe van verbeurte van een dwangsom dient dan ook opnieuw betekend te worden, hetgeen voor het verleden zinloos is. Het achteraf bepalen welke sanctie in verhouding tot de overtreding staat, verdraagt zich ook niet goed met het wezen van de dwangsomveroordeling als privaatrechtelijk executie-middel: de dwangsomveroordeling dient steeds gericht te zijn op de toekomst. Voor de vaststelling van de hoogte van de dwangsom moet steeds leidend zijn welk bedrag in een optimale preventieve werking voorziet, niet welk bedrag voor het gedrag van de veroordeelde een passende sanctie oplevert. Wanneer om een excessieve dwangsom is verzocht en deze is ook opgelegd, dan komt de vernietiging van die dwangsom voor risico van de dwangsomcrediteur. Overigens staat deze niet geheel met lege handen, nu een dergelijke beslissing niet raakt aan de vraag of ook aanspraak bestaat op vergoeding van daadwerkelijk geleden schade.

4.21

Uitgaande van de onder 3.5 weergegeven nummering overweegt het hof dat de veroordeling onder 7.1 niet bekrachtigd kan worden vanwege de hoogte van de daarop gestelde dwangsom[.] De veroordeling onder 7.2 sneuvelt reeds op een gebrek aan bepaalbaarheid, de veroordeling onder 7.3 sneuvelt eveneens op de hoogte van de dwangsom; De veroordeling 7.4 heeft naast de te hoge dwangsom ook nog eens een te korte begunstigingstermijn, terwijl de veroordeling sub 7.5 zelfstandige betekenis ontbeert.

(...)

4.23

Het hof zal het vonnis waarvan beroep vernietigen, zowel voor de toekomst nu geen spoedeisend belang meer aanwezig is als voor het verleden op de hiervoor onder 4.20 weergegeven gronden.”

2.10

Kern van de overwegingen van het hof is dat

- (i) Control Seal in hoger beroep de hoogte van de opgelegde dwangsommen aanvecht;
- (ii) de appelrechter bij de beoordeling van de hoogte van een door de rechter in eerste aanleg opgelegde dwangsom die ziet op een situatie in het verleden, terughoudend moet toetsen en geen acht moet slaan op de feitelijke gevolgen van het daadwerkelijk verbeuren van dwangsommen vanwege het karakter van de dwangsom als dwangmiddel;
- (iii) maatstaf voor die beoordeling is of de oorspronkelijk opgelegde dwangsom proportioneel was;
- (iv) de in deze zaak opgelegde dwangsommen excessief waren en
- (v) de initiële dwangsommen die waren gesteld op het niet naleven van de onder 7.1, 7.3 en 7.4 uitgesproken veroordelingen, telkens niet hoger dan een bedrag van € 2.500,- per dag met een maximum van € 50.000,- hadden moeten zijn;
- (vi) het hof van oordeel is dat het hem niet vrijstaat uitsluitend de dwangsom te verlagen met instandhouding van de rest van de veroordeling, en
- (vii) een gewijzigde veroordeling op straffe van verbeurte van een dwangsom opnieuw betekend dient te worden, hetgeen voor het verleden zinloos is;
- (viii) het vonnis van de voorzieningenrechter integraal dient te worden vernietigd.

2.11

Bij de beoordeling van onderdeel 1 neem ik verder het volgende tot uitgangspunt.

Dwangsommen; art. 611a-i Rv^[20]

2.12

De art. 611a-i Rv, die op de Benelux-Overeenkomst houdende de eenvormige wet betreffende de dwangsom van 26 november 1973^[21] (hierna: de Benelux-Overeenkomst onderscheidenlijk de Eenvormige wet) berusten, bevatten regels ten aanzien van de dwangsom.

2.13

Art. 611a Rv regelt de bevoegdheid van de rechter tot het opleggen van een dwangsom. Voor zover thans van belang, kan de rechter op grond van het eerste lid op vordering van een der partijen de wederpartij veroordelen tot betaling van een geldsom voor het geval dat aan de hoofdveroordeling^[22] niet zijnde een veroordeling tot betaling van een geldsom - niet wordt voldaan. De rechter heeft dus een discretionaire bevoegdheid bij de beoordeling of grond bestaat om aan een uitgesproken veroordeling een dwangsom te verbinden (zie in art. 611a lid 1 Rv: ‘de rechter kan’)^[23], alsook wat betreft de vaststelling van de hoogte van de dwangsomveroordeling.^[24] Daarmee strookt dat de partij die vordert dat zijn wederpartij wordt veroordeeld tot betaling van een dwangsom, ermee kan volstaan een dwangsom te vorderen zonder daarbij het bedrag (en de modaliteiten; zie art. 611b Rv) aan te geven.^[25] Heeft de eiser zijn dwangsomvordering wel gespecificeerd, dan kan de rechter de dwangsom zowel op een lager^[26] als op een hoger^[27] bedrag vaststellen.

2.14

Overigens kan een dwangsom ingevolge het tweede lid van art. 611a Rv ook voor het eerst in verzet of in hoger beroep worden gevorderd^[28], maar dat geval doet zich in deze zaak niet voor.

2.15

De appelrechter heeft de bevoegdheid de dwangsom vast te stellen op een lager of hoger bedrag dan in eerste aanleg was toegewezen.^[29] Daartoe is niet noodzakelijk dat in hoger beroep een specifieke grief is gericht tegen de hoogte van de dwangsom; het staat de appelrechter vrij om, indien de eerste rechter een dwangsom heeft opgelegd en de hoofdveroordeling waaraan de dwangsom was verbonden in hoger beroep opnieuw aan de orde is gesteld, het bedrag en de modaliteiten van die dwangsom in zijn beoordeling te betrekken.^[30]

2.16

Het derde lid van art. 611a Rv bepaalt dat de dwangsom niet kan worden verbeurd vóór de betekening van de uitspraak waarbij zij is vastgesteld. Op grond van art. 611c Rv komt de dwangsom, eenmaal verbeurd, ten volle toe aan de partij die

de veroordeling heeft verkregen en kan deze partij de dwangsom ten uitvoer leggen krachtens de titel waarbij zij is vastgesteld.

2.17

Ook een veroordeling in kort geding kan met een dwangsom worden versterkt.^[31.] Een dergelijke dwangsomveroordeling draagt een definitief karakter en de verschuldigdheid van deze dwangsom is niet afhankelijk van de in de hoofdzaak te geven beslissing.^[32.]

In de arresten *Ciba Geigy/Voorbraak*^[33.] en *Kempkes/Samsom*^[34.] heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een andersluidend oordeel in de bodemprocedure dan dat van de rechter in kort geding er niet aan in de weg staat dat eenmaal verbeurde dwangsommen verschuldigd blijven. Wel heeft de partij die door dreiging met executie zijn wederpartij heeft gedwongen zich naar een in kort geding gegeven verbod (of gebod) te gedragen, onrechtmatig gehandeld wanneer hij, naar achteraf uit de uitspraak in het bodemgeschil blijkt, niet het recht had van de wederpartij te vergen dat deze zich van de desbetreffende handeling onthield (of die verrichtte). Aan die aansprakelijkheid staat, als uitgangspunt, het enkele feit dat de veroordeelde partij geen hoger beroep heeft ingesteld tegen het vonnis niet in de weg.^[35.]

Deze rechtspraak heeft tot de nodige kritiek geleid.^[36.]

2.18

Anders dan in het hiervoor onder 2.17 omschreven geval van een 'andersluidende oordeel in de bodemzaak' heeft de dwangsomveroordeling geen definitief karakter in het geval een met een dwangsom versterkte hoofdveroordeling in kort geding in hoger beroep wordt vernietigd.^[37.]

Op grond van art. 611c lid 1 Rv kan de partij die de veroordeling heeft verkregen de dwangsom ten uitvoer leggen 'krachtens de titel' waarbij zij is vastgesteld. Vernietiging van deze titel in hoger beroep – die onmiddellijke werking heeft^[38.] – heeft tot gevolg dat – met terugwerkende kracht – de rechtsgrond komt te ontvallen aan hetgeen ter uitvoering van dat vonnis is verricht.^[39.] De partij die aan de veroordeling heeft voldaan, heeft krachtens art. 6:203 lid 3 BW jegens de ontvanger recht op ongedaanmaking daarvan (of krachtens art. 6:210 lid 2 BW op vergoeding van de waarde van de verrichte prestatie).^[40.] Dit geldt dus ook voor de dwangsom^[41.]; eventueel reeds verbeurde dwangsommen zijn achteraf gezien niet verbeurd, en eventueel reeds ingevorderde dwangsommen zijn onverschuldigd betaald.^[42.]

Een andersluidende beslissing van de appelrechter heeft dus werking 'ex tunc'.

Ontbreken spoedeisend belang voor beoordeling van in eerste aanleg toegewezen vorderingen waaraan een dwangsom is verbonden

2.19

In de rechtspraak van de Hoge Raad is enkele malen aan de orde geweest hoe de appelrechter dient om te gaan met de situatie waarin bij in eerste aanleg toegewezen voorzieningen in hoger beroep geen (spoedeisend) belang meer bestaat (zie onder 2.4 hiervoor over de toetsing 'ex nunc') en aan de in eerste aanleg toegewezen veroordelingen dwangsommen zijn gekoppeld.^[43.]

2.20

In het arrest *Meccano/Remco Toys*^[44.] ging het om een in kort geding in eerste aanleg op een drietal gronden (slaafse nabootsing, inbreuk op beeldmerk en het niet voldoen aan veiligheidsvoorschriften) aan Remco Toys en Otto Simon op straffe van een dwangsom gegeven bevelen, o.a. om de distributie en verkoop in Nederland van bepaald speelgoed te staken. In hoger beroep handhaafde het hof slechts één grond (slaafse nabootsing) en oordeelde het hof dat in hoger beroep geen spoedeisend belang meer bestond bij de in eerste aanleg gegeven bevelen voor zover gebaseerd op de beide andere gronden. Het hof heeft vervolgens het vonnis in eerste aanleg vernietigd en Remco Toys en Otto Simon op straffe van een dwangsom bevelen de distributie en verkoop van het speelgoed gestaakt te houden.

Meccano betoogde in cassatie dat het hof heeft miskend dat zij nog steeds belang had bij toewijzing van de door het hof alsnog geweigerde nevenvoorzieningen, kort weergegeven, in verband met de – als gevolg van de vernietiging bestaande – verplichting reeds geïncasseerde dwangsommen terug te betalen en het risico aansprakelijk te worden gehouden voor schade die Otto Simon door de tenuitvoerlegging mocht hebben geleden.

De Hoge Raad oordeelde echter als volgt:

"3.5 (...) Het Hof had als appelrechter de taak de feiten opnieuw te onderzoeken en – binnen de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep – te beoordelen in hoeverre de vorderingen van Meccano naar de stand van zaken ten tijde van 's Hofs uitspraak voor toewijzing in aanmerking kwamen. Daarbij heeft het Hof terecht onderzocht of Meccano ten tijde van 's Hofs uitspraak nog voldoende belang had bij de gevorderde nevenvoorzieningen.

(...) Anders dan het middel veronderstelt, was het hof niet verplicht rekening te houden met de omstandigheid dat de vernietiging van het vonnis van de President tot gevolg heeft dat de titel voor de tenuitvoerlegging van dit vonnis, in het bijzonder voor het incasseren van dwangsommen, is weggevallen. Het risico van tenuitvoerlegging van een vonnis dat nog geen kracht van gewijsde heeft, is immers voor de executant.

Opmerking verdient nog dat, indien het Hof met de bedoelde omstandigheid rekening had willen houden op een wijze als aangegeven in de conclusie van het Openbaar Ministerie onder 2.5, zulks niet tot bekrachtiging van het vonnis van de President zou hebben kunnen leiden, aangezien de verwerping van de twee hiervoor bedoelde stellingen (merkinbreuk en onveiligheid) tot een gewijzigde formulering van de veroordelingen III tot en met VII zou hebben genoopt.”

2.21

In de zaak die leidde tot het arrest Telfort/Scaramea^[45] was Telfort in eerste aanleg op straffe van een dwangsom veroordeeld om aan Scaramea de interconnectie-capaciteit ter grootte van 5000 poorten ter beschikking te stellen. Het hof had dit vonnis bekrachtigd, zij het met uitzondering van het in het dictum genoemde aantal van 5000 poorten, en in zoverre opnieuw rechtdoende, dat aantal poorten bepaald op 1656. Omdat het hof van oordeel was dat Telfort ten onrechte was veroordeeld tot de levering van 5000 poorten en de in kort geding in eerste aanleg uitgesproken veroordeling wijzigde in die zin dat Telfort destijds 1656 had moeten leveren, bekrachtigde het hof het vonnis van de president (gedeeltelijk). Telfort klaagde in cassatie dat het hof had miskend dat het als appelrechter tot taak had de feiten opnieuw te onderzoeken en – binnen de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep – te beoordelen in hoeverre de vordering van Scaramea naar de stand van zaken ten tijde van zijn uitspraak nog toewijsbaar was, waarbij het hof mede had te onderzoeken, zo het verweer van Telfort daartoe aanleiding gaf, of Scaramea ten tijde van zijn uitspraak nog voldoende (spoedeisend) belang had bij haar vordering.^[46] Dienaangaande overwoog de Hoge Raad, kort gezegd, dat het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk het hoger beroep aldus had opgevat dat, met het oog op de vraag in hoeverre Telfort de bij het in hoger beroep bestreden vonnis bepaalde dwangsommen had verbeurd, aan het oordeel van het hof uitsluitend de vraag was onderworpen of dit vonnis juist was geweest en dat de omstandigheid dat in hoger beroep een spoedeisend belang zou ontbreken, niet eraan in de weg hoeft te staan dat het in eerste aanleg gewezen vonnis juist is geweest.^[47] Vervolgens overwoog de Hoge Raad als volgt:

“3.5 Uit hetgeen hiervoor is overwogen, volgt dat het Hof, uitgaande van zijn opvatting omtrent de rechtsstrijd in hoger beroep, geen uitspraak behoefde te doen over de vraag of Telfort alsnog 1656 poorten aan Scaramea diende te leveren. Ofschoon het zich bij de beoordeling van het hoger beroep derhalve kon beperken tot de vraag in hoeverre Telfort terecht was veroordeeld tot de levering van 5000 poorten, had het, nu het deze vraag ontkennend beantwoordde en de door de President uitgesproken veroordeling wijzigde in die zin dat Telfort destijds 1656 poorten had moeten leveren, het vonnis van de President behoren te vernietigen (vgl. HR 22 januari 1999, nr. 16771, *NJ* 1999, 381). Zou het Hof de grond voor zijn inkleding van het dictum, te weten bekrachtiging van het bestreden vonnis van de President, met dien verstande dat het aantal te leveren poorten is bepaald op het door het Hof juist geachte aantal, hebben gezocht in de gedachte dat aldus de aan de veroordeling verbonden dwangsom in stand zou blijven, dan geeft deze gedachtengang blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Nu Telfort in de onmogelijkheid verkeerde ten aanzien van de veroordeling tot levering van 5000 poorten en zij naar het oordeel van het Hof destijds slechts aan een andere veroordeling kon voldoen, te weten die tot levering van het aantal van 1656 poorten, zou immers bekrachtiging van het vonnis wat betreft de dwangsom erop neerkomen dat met terugwerkende kracht een dwangsom wordt verbonden aan een andere veroordeling, hetgeen niet alleen in strijd is met de te dezen vereiste rechtszekerheid, maar ook niet strookt met het karakter van de dwangsom als prikkel tot nakoming van de veroordeling.”^[48]

2.22

In hun conclusies voor genoemde uitspraken hebben de A-G's Langemeijer en Bakels uiteengezet dat de appelrechter in voorkomend geval een splitsing kan aanbrengen in die zin dat hij oordeelt dat de vordering in hoger beroep – bij een gebrek aan (spoedeisend) belang – niet voor toewijzing in aanmerking komt, maar dat in eerste aanleg grondslag voor een dwangsomveroordeling bestond.^[49]

Bij splitsing wordt voorkomen dat door vernietiging van de in eerste aanleg gegeven uitspraak de aan de veroordeling verbonden dwangsom met terugwerkende kracht niet verschuldigd blijkt.

2.23

De mogelijkheid van splitsing is daarnaast met zoveel woorden aan de orde geweest in het arrest X/Berregratte.^[50] In die zaak ging het om een veroordeling van een verhuurder, Berregratte, om aan de huurder, kort gezegd, onmiddellijk het rustig genot van de onroerende zaak te verschaffen, op straffe van een dwangsom. Het hof heeft dit vonnis vernietigd (behalve wat betreft de tegen Berregratte uitgesproken proceskostenveroordeling) en de vorderingen van de huurder alsnog afgewezen. Daartoe oordeelde het hof, kort gezegd, dat de door Berregratte in acht genomen opzegtermijn niet aanvaardbaar was, maar het hof achtte in hoge mate waarschijnlijk dat de bodemrechter zal oordelen dat de redelijke opzegtermijn die Berregratte in acht had moeten nemen inmiddels was verstreken, wat naar het oordeel van het hof betekende dat geen plaats meer was voor toewijzing van de door de huurder gevorderde voorzieningen. De Hoge Raad overwoog:

“3.5 Het middel klaagt allereerst (...) dat het hof buiten de rechtsstrijd is getreden door het vonnis van de kantonrechter ook wat betreft de opgelegde dwangsommen te vernietigen, ofschoon Berregratte in appel slechts betoogd heeft dat de

dwangsommen gelimiteerd of gematigd dienden te worden en geen grief heeft aangevoerd tegen de oplegging van de dwangsommen zelf. Deze klacht mist feitelijke grondslag. Klaarblijkelijk heeft het hof de eerste appelgrief van Berregratte in die zin opgevat dat Berregratte daarmee opkwam tegen toewijzing van de vorderingen van Van der Vliet, en dus mede tegen de oplegging van dwangsommen. De klacht kan dus niet tot cassatie leiden. (...)

3.7 (...)

De door het hof aan zijn beslissing ten grondslag gelegde overwegingen kunnen niet anders worden begrepen dan dat het hof het door de kantonrechter uitgesproken vonnis in kort geding slechts heeft willen vernietigen voor zover de daarbij gegeven voorzieningen haar werking nog doen gelden na het tijdstip waarop naar het waarschijnlijke oordeel van de bodemrechter een redelijke door Berregratte in acht te nemen opzegtermijn zou zijn verstreken. In dit licht is de algehele vernietiging door het hof van dat vonnis (behalve wat betreft de proceskostenveroordeling), met gevolg dat de aanspraak van Van der Vliet op betaling van door Berregratte vóór bedoeld tijdstip eventueel verbeurde dwangsommen vervalt, onbegrijpelijk gemotiveerd.”

Aanpassing verbeurde dwangsom

2.24

In de hiervoor reeds besproken zaak Telfort/Scaramea had het hof (rov. 4.28) de vraag opgeworpen of, nu Telfort binnen de gestelde termijn van 8 dagen in de feitelijke onmogelijkheid verkeerde meer dan 1656 poorten te leveren, de door de president aan de veroordeling verbonden dwangsom op een lager bedrag moest worden bepaald (en die vraag vervolgens ontkennend beantwoord). In zijn annotatie bij het arrest van de Hoge Raad in deze zaak heeft Snijders opgemerkt (onder 4) dat het hof aldus heeft laten zien dat de appelrechter in samenhang met zijn vermindering van de veroordeling in eerste aanleg, de op basis van die veroordeling verbeurde dwangsommen kan aanpassen.^[51] Volgens Snijders had het Benelux-Gerechtshof dat al beslist in zijn arrest van 15 april 1992 (*Wewer/Nije*)^[52] omdat die uitspraak veronderstelt dat de appelrechter na zijn gedeeltelijke bekrachtiging en gedeeltelijke vernietiging van het vonnis in eerste aanleg andermaal een beslissing over de dwangsom mag nemen, die volgens hem kan neerkomen op een vermindering in plaats van een vervanging van de dwangsomveroordeling in eerste aanleg.

2.25

Dit arrest *Wewer/Nije* handelde over de vraag welke rechter bevoegd is om een dwangsom op de voet van art. 611d Rv te herzien. Het Benelux-Gerechtshof oordeelde dat, indien de rechter in eerste aanleg aan een of meer door hem uitgesproken hoofdveroordelingen een veroordeling tot betaling van een dwangsom heeft verbonden en vervolgens de rechter in hoger beroep in enigerlei vorm eveneens tot een of meer hoofdveroordelingen en een daaraan verbonden veroordeling tot betaling van een dwangsom komt, als regel de rechter in eerste aanleg heeft te gelden als de ‘rechter die de dwangsom heeft opgelegd’ in de zin van de art. 4 en 6 van de Eenvormige Beneluxwet. Dit wordt alleen anders wanneer in het dictum van de beslissing in hoger beroep:

- a. uitdrukkelijk is uitgesproken dan wel uit het dictum onmiskenbaar duidelijk blijkt dat de appelrechter de uitspraak van de rechter in eerste aanleg op het stuk van de hoofdveroordeling waaraan de veroordeling tot betaling van de dwangsom was verbonden, dan wel op het stuk van de laatstbedoelde veroordeling geheel of ten dele heeft vernietigd en op een van deze punten een van de uitspraak in eerste aanleg afwijkende beslissing heeft gegeven; of
- b. de appelrechter met instandhouding van de door de rechter in eerste aanleg uitgesproken hoofdveroordeling en de daaraan verbonden dwangsom een nieuwe hoofdveroordeling heeft uitgesproken en daaraan hetzij een nieuwe dwangsom hetzij de reeds door de rechter in eerste aanleg opgelegde dwangsom heeft verbonden.

Alleen in die gevallen heeft de rechter in hoger beroep te gelden als de rechter die de dwangsom heeft opgelegd (in het onder B bedoelde geval ook ten aanzien van de door hem instandgehouden hoofd- en dwangsomveroordeling van de rechter in eerste aanleg).

2.26

Volgens Beekhoven van den Boezem is verdedigbaar dat vermindering van de dwangsom in appel bij gehele bekrachtiging van de hoofdveroordeling niet geoorloofd is, maar is het risico van dit betoog gelegen in de kans dat de rechter in plaats daarvan er niet voor kiest de dwangsomveroordeling geheel in stand te laten, maar besluit deze geheel te vernietigen. Lijkt de rechter daartoe geneigd, dan is h.i. opportuun de stelling te betrekken dat vermindering van dwangsommen in appel de devolutieve werking van het appel recht doet.^[53]

2.27

Inmiddels is m.i. door het Benelux-Gerechtshof bij arrest van 20 april 2010^[54] duidelijkheid verschaft.

In de Belgische zaak die tot dit arrest leidde, werd aan het Benelux-Gerechtshof de prejudiciële vraag voorgelegd of - in de weergave van het Benelux-Gerechtshof (onder 5) - de artikelen 1 en 3 van de Eenvormige wet (= art. 611a en 611c Rv) betreffende de dwangsom aldus moeten worden uitgelegd dat indien de rechter in hoger beroep de beslissing van de eerste

rechter op het punt van de hoofdveroordeling gedeeltelijk bekrachtigt en op het punt van de dwangsom wijzigt en aldus heeft te gelden als de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, de dwangsom kan worden verbeurd in de periode tussen de betekening van de uitvoerbare beslissing van de rechter in eerste aanleg en de betekening van de beslissing in hoger beroep.

Het Benelux-Gerechtshof heeft in zijn arrest allereerst zijn kernoverwegingen uit het arrest Wewer/Nije weergegeven en overwogen dat dat arrest een vraag tot uitlegging van de artikelen 4 en 6 van de Eenvormige wet beantwoordde en dat de thans gevraagde uitlegging niet een bevoegdheidsconflict betreft, maar de vraag of een dwangsom kan worden verbeurd die door de rechter in eerste aanleg is opgelegd, maar die door de rechter in hoger beroep is gewijzigd met gedeeltelijke bekrachtiging van de hoofdveroordeling. Vervolgens heeft het Benelux-Gerechtshof als volgt overwogen en beslist:

“10. Uit de bepalingen van de artikelen 1 en 3 van de Eenvormige wet betreffende de dwangsom volgt dat het verschuldigd zijn van de dwangsom zijn grondslag vindt in de rechterlijke uitspraak waarbij zij is opgelegd en dat op grond van die uitspraak, wanneer na de betekening ervan aan de in de uitspraak aangegeven voorwaarden wordt voldaan, de dwangsom ten volle verschuldigd is en zonder nieuwe rechterlijke uitspraak kan worden ten uitvoer gelegd.

11. Uit de aangehaalde noch uit de overige bepalingen van de Eenvormige wet betreffende de dwangsom volgt dat, wanneer de uitspraak waarbij een dwangsom is vastgesteld, in hoger beroep op het punt van de dwangsom wordt gewijzigd en op het punt van de hoofdveroordeling gedeeltelijk wordt bekrachtigd, uitsluitend een dwangsom kan worden verbeurd vanaf de betekening van de beslissing in hoger beroep. Anders oordelen zou ertoe leiden dat de dwangsomschuldenaar niet meer ertoe wordt aangezet een, al zij het op risico van de dwangsomschuldeiser, uitvoerbare veroordeling te voldoen.

12. Wanneer de rechter in hoger beroep de hoofdveroordeling die de eerste rechter heeft uitgesproken, gedeeltelijk bekrachtigt en de door de eerste rechter opgelegde dwangsom wijzigt, betekent dit niet dat hoe dan ook de dwangsom die de eerste rechter heeft opgelegd, niet meer kan worden verbeurd in de periode tussen de betekening van de uitvoerbare beslissing van de rechter in eerste aanleg en de betekening van de beslissing in hoger beroep. In voormelde periode kan bij overtreding van een gedeelte van de hoofdveroordeling een dwangsom worden verbeurd ten aanzien van dat gedeelte, mits onmiskenbaar duidelijk is dat de rechter in hoger beroep een dwangsom in stand heeft gehouden voor dit gedeelte van de in eerste aanleg uitgesproken hoofdveroordeling.

13. Opmerking verdient dat wanneer de rechter in hoger beroep de hoofdveroordeling (gedeeltelijk) in stand houdt, met betrekking tot de dwangsom het volgende geldt:

- wanneer de rechter in hoger beroep de dwangsom vermindert, is in dat geval de verbeurde dwangsom beperkt tot het laagste bedrag,
- wanneer de rechter in hoger beroep de dwangsom vermeerderd, is in dat geval de dwangsom die verbeurd is tussen de betekening van de uitvoerbare beslissing van de rechter in eerste aanleg en de betekening van de beslissing in hoger beroep, beperkt tot het bedrag van de dwangsom die de eerste rechter heeft opgelegd en is de hogere dwangsom slechts verbeurd vanaf de betekening van de beslissing in hoger beroep,
- wanneer de rechter in hoger beroep de dwangsom volledig afwijst, dan is de dwangsom die de eerste rechter heeft opgelegd, niet verbeurd.”

2.28

Uit deze uitspraak volgt m.i. regelrecht dat het de appelrechter is toegestaan de in eerste aanleg toegewezen vorderingen gedeeltelijk te bekrachtigen maar de daaraan gekoppelde dwangsom te verlagen.^[55]

Dit brengt voor het onderhavige geval mee dat het het hof als appelrechter vrijstond bij zijn oordeel dat de veroordelingen onder 7.1, 7.3 en 7.4 terecht zijn opgelegd, het vonnis van de voorzieningenrechter in zoverre te bekrachtigen en tegelijkertijd de daaraan verbonden dwangsommen te verminderen tot het bedrag dat het hof in rov. 4.18 heeft genoemd en daarnaast het vonnis waarvan beroep te vernietigen met betrekking tot de veroordeling onder 7.2. Het oordeel van het hof in de rov. 4.19 en 4.20 geeft derhalve blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

2.29

Anders dan in de schriftelijke toelichting (onder 3) van Sargasso c.s. wordt gesteld met betrekking tot het ontbreken van rechtspraak van het Benelux-Gerechtshof, bevat het hiervoor genoemde arrest van 20 april 2010 met betrekking tot hetgeen in subonderdeel 1.3 naar voren is gebracht m.i. een zodanige duidelijkheid over de uitleg van de Eenvormige wet dat geen vragen van uitleg hoeven te worden gesteld. Er is dan ook sprake van een situatie als bedoeld in art. 6 lid 4 onder 1 van de Benelux-Overeenkomst 'dat er redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan omtrent de oplossing van de gerezen vraag van uitleg' (acte clair).^[56] Voor het overige – het gaat hier immers om de bijzondere situatie dat het belang bij de voorzieningenrechter is komen te ontvallen en uitsluitend met het oog op de vraag of al dan niet terecht dwangsommen zijn verbeurd, is beoordeeld of de voorzieningenrechter de vorderingen terecht heeft toegewezen – is sprake van een vraag van nationaal procesrecht zodat m.i. ook in zoverre geen aanleiding bestaat de onder 2.28 voorgestane gevolgtrekking als vraag voor te leggen aan het Benelux-Gerechtshof.^[57]

Beoordeling onderdeel 1

2.30

Subonderdeel 1.3 klaagt onder meer dat het hof, nu het had geoordeeld dat de hoofdveroordelingen onder 7.1, 7.3 en 7.4 'terecht' waren uitgesproken en het hof in rov. 4.18 concludeerde dat op het niet naleven van deze hoofdveroordelingen in ieder geval telkens een bedrag van € 2.500,- per dag met een maximum van € 50.000,- had kunnen (en behoren te) worden opgelegd, in zoverre ten onrechte (wat betreft het verleden) heeft geoordeeld dat het bestreden vonnis diende te worden vernietigd om de in rov. 4.19-4.21 vermelde redenen en gronden.

2.31

Uit het voorgaande volgt dat deze klacht doel treft.
Het onderdeel behoeft voor het overige geen behandeling.

2.32

Onderdeel 2, dat is gericht tegen rov. 4.10-4.21, klaagt in drie subonderdelen dat het hof ten onrechte zijn oordelen niet heeft afgestemd op het vonnis van de kantonrechter van 24 mei 2016.^[58.] Dat vonnis is, aldus het onderdeel, het in de bodemzaak gewezen eindvonnis.

2.33

De rechter die in kort geding beslist op een vordering tot het geven van een voorlopige voorziening nadat de civiele bodemrechter een vonnis in de hoofdzaak heeft gewezen, dient in beginsel zijn vonnis af te stemmen op het oordeel van die bodemrechter, ongeacht of dit oordeel is gegeven in een tussenvonnis of in een eindvonnis, in de overwegingen of in het dictum van het vonnis, en ongeacht of het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan.^[59.] Aan deze 'afstemmingsregel' ligt ten grondslag dat de rechtsverhouding tussen partijen in een contradictoir gevoerde bodemprocedure, anders dan in kort geding, zo nodig na bewijslevering en rapportage door deskundigen, in beginsel bindend tussen partijen wordt vastgesteld, afgezien van de mogelijkheid daartegen een rechtsmiddel in te stellen.^[60.]

2.34

In de procedure die heeft geleid tot bedoeld eindvonnis van de kantonrechter in de rechtbank Noord-Nederland van 24 mei 2016, heeft Control Seal in conventie o.m. een verklaring voor recht gevorderd dat zij aan de veroordelingen die zijn opgelegd bij vonnis van de voorzieningenrechter van 13 maart 2015 heeft voldaan, althans te verklaren voor recht dat zij geen dwangsommen heeft verbeurd.^[61.] Sargasso c.s. hebben in reconventie o.m. een verklaring voor recht gevorderd dat Control Seal het vonnis van de voorzieningenrechter van 13 maart 2015 niet (volledig) heeft nageleefd en aan dwangsommen € 1.000.000,- heeft verbeurd en haar te veroordelen tot betaling van dit bedrag aan Sargasso c.s.^[62.]

2.35

De kantonrechter heeft dit geschil in zijn vonnis van 24 mei 2016 getypeerd als een bodemexecutiegeschil (rov. 5.13 en 5.16) waarin de vraag moet worden beantwoord of dwangsommen zijn verbeurd (rov. 5.16). Maatstaf bij de beantwoording van de vraag is, aldus de kantonrechter in het vervolg van rov. 5.16, dat de executierechter dient te onderzoeken of de door de rechter verlangde prestatie waaraan de dwangsom als sanctie is verbonden, is verricht en dat de executierechter daarbij niet tot taak heeft de rechtsverhouding zelfstandig opnieuw te beoordelen.^[63.] De kantonrechter heeft in dit verband ook overwogen dat Control Seal hoger beroep heeft ingesteld tegen (o.m.) het kortgedingvonnis van 13 maart 2015, dat in die procedure zal worden beoordeeld of dat vonnis in stand kan blijven en dat de kantonrechter daar in de bodemprocedure geen oordeel over kan geven (rov. 5.17).

2.36

Laatstgenoemde oordelen zijn juist: de executierechter beoordeelt op de voet van art. 438 Rv uitsluitend de geoorlooftheid van de executie en niet de tussen partijen bestaande rechtsverhouding.
Gelet op de hiervoor onder 2.33 vermelde ratio van de afstemmingsregel, stuit het onderdeel reeds hierop af.

2.37

Nu subonderdeel 1.3 van het principale cassatieberoep slaagt en het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 6 maart 2018 dient te worden vernietigd, is de voorwaarde waaronder het incidentele cassatieberoep is ingesteld, vervuld.

3. Bespreking van het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep

3.1

Het incidentele cassatieberoep, dat bestaat uit een onderdeel en vier subonderdelen, is gericht tegen (de eerste volzin van)

rov. 4.16 en rov. 4.17 (hiervoor geciteerd onder 2.9). Zakelijk weergegeven heeft het hof daarin geoordeeld dat de appelrechter bij de beoordeling van de hoogte van een door de rechter in eerste aanleg opgelegde dwangsom die ziet op een situatie in het verleden, terughoudend dient te toetsen en alleen dan moet ingrijpen in een opgelegde dwangsom voor een periode in het verleden als de sanctie in verhouding tot het gewicht van de bij de nakoming betrokken belangen excessief is.

3.2

Volgens *subonderdeel 1.1* heeft het hof miskend dat de door de appelrechter aan te leggen toets ter beoordeling van de hoogte van de door de rechter in eerste aanleg opgelegde dwangsom niet verschilt van de door de rechter in eerste aanleg zelf aan te leggen, op alle relevante omstandigheden gebaseerde toets, waarbij het hof ook rekening mag houden met ten tijde van het hoger beroep gebleken feiten en omstandigheden.

Subonderdeel 1.2 klaagt dat het hof voorts of in ieder geval heeft miskend dat bij de beoordeling van de hoogte van de dwangsom ook de (voorzienbare, voor de schuldenaar negatieve) feitelijke gevolgen van het daadwerkelijke verbeuren van dwangsommen (zoals voorzienbare beslagen^[64.] en faillissementsaanvragen door de schuldeiser^[65.] op basis van verbeurde dwangsommen) een rol spelen. Volgens het subonderdeel geldt dat ook indien de appelrechter de door de rechter in eerste aanleg opgelegde dwangsom dient te beoordelen. Voor zover het hof heeft geoordeeld dat de gevolgen van verbeuring van de dwangsom voor de vermogenspositie van de schuldenaar geen rol spelen bij de vaststelling van de hoogte van de dwangsom, heeft het hof eveneens blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, aldus het subonderdeel.

3.3

Beide subonderdelen zijn terecht voorgesteld.

In de gemeenschappelijke memorie van toelichting van de Benelux-Overeenkomst is ter toelichting op art. 1 van de Eenvormige wet (= art. 611a Rv) de dwangsom gekenschetst aan de hand van de volgende beginselen:

“a. De dwangsom is niet een straf, d.w.z. een strafrechtelijke boete als sanctie op een inbreuk op de openbare orde. Zij ligt geheel op het gebied van het burgerlijk recht.

b. De dwangsom dient echter ook niet verward te worden met schadevergoeding, ook niet met vergoeding van schade welke de schuldeiser in de toekomst zou lijden. In de opzet van het onderhavige ontwerp bestaat er immers geen enkel verband tussen doel en omvang van de dwangsom enerzijds en van de schadevergoeding anderzijds; integendeel, de hoogte van de dwangsom moet worden vastgesteld al naar de aard en omstandigheden van het geval, in het bijzonder ook de financiële toestand en het gedrag van de schuldenaar en eventueel het bestaan van een boetebeding.

c. De dwangsom moet, ook al onderscheidt zij zich van de gangbare executiemiddelen, beschouwd worden als een dwangmiddel om de uitvoering van een rechterlijke uitspraak te verkrijgen. Zij komt in wezen overeen met de gijzeling in het burgerlijk en handelsrecht.”^[66.]

Verder wordt als doel van de dwangsom in deze toelichting vermeld de schuldenaar aan te sporen om zijn verplichtingen tegenover de schuldeiser na te komen.^[67.]

3.4

Zoals hiervoor vermeld, heeft de rechter een discretionaire bevoegdheid bij de beoordeling of grond bestaat om aan een uitgesproken veroordeling een dwangsom te verbinden. Die discretionaire bevoegdheid strekt zich ook uit tot de hoogte van de dwangsom en het bepalen van modaliteiten ervan. Daarbij kan ‘maatwerk’^[68.] worden geleverd. Bij het bepalen van omvang, bedrag en tijdseenheid van de dwangsom spelen, aldus Jongbloed, onder meer factoren als waarde van de hoofdveroordeling en financiële draagkracht van de schuldenaar een rol en zullen de belangen en omstandigheden van beide partijen moeten worden afgewogen.^[69.] Daarbij dient het doel van de dwangsom niet uit het oog te worden verloren. Het hof heeft in rov. 4.16 de proportionaliteit tussen gewicht van de sanctie in verhouding van het gewicht van de bij nakoming betrokken belangen ook met zoveel woorden genoemd.

3.5

Het lijkt erop dat het hof de bestreden maatstaf heeft geformuleerd in het licht van zijn oordelen in rov. 4.17 dat het hier gaat om het ingrijpen in een opgelegde dwangsom voor een periode in het verleden en in rov. 4.19 en 4.20 dat gedeeltelijke bekrachtiging voor het verleden (tot het bedrag dat de appelrechter passend acht) niet mogelijk is en dat de veroordeling geheel dient te worden vernietigd, waartegen in het principale cassatieberoep met succes is opgekomen.

3.6

Anders kan ik niet verklaren waarom het hof vervolgens in rov. 4.18, waarin het zelf een oordeel heeft gegeven over welk dwangsombedrag het in de gegeven omstandigheden passend zou hebben geacht (telkens een bedrag van € 2.500,- per dag met een maximum van € 50.000,-) geen enkele terughoudendheid aan de dag heeft gelegd. Het hof heeft daarbij o.m. overwogen dat het in dit geval gaat om het belemmeren van (gewezen) huurders om in het gehuurde te blijven totdat zij tot ontruiming gedwongen worden, dat de huurprijs € 2.000,- per maand was, en dat, hoewel er enige reden was om de

dwangsom iets hoger te bepalen dan gebruikelijk, het navrant is dat de opgelegde dwangsom per dag meer bedraagt dan het tienvoudige van de maandhuur. Verder heeft het hof ten aanzien van het gestelde maximum van € 1 miljoen overwogen dat dit het 40-voudige van de initiële dwangsom is, terwijl binnen de rechtbank Noord-Nederland als beleidsregel geldt dat het maximum in beginsel op 20 maal de initiële dwangsom wordt gesteld en, kort gezegd, een dergelijk hoog maximum een grote aantrekkingskracht zou uitoefenen op Sargasso c.s., waardoor een vervolgedebat over opzettelijke verhindering van nakoming al enigszins in de lucht hing.

3.7

Subonderdeel 1.3 klaagt dat het hof met zijn oordeel in rov. 4.17 voorts of in ieder geval heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, voor zover het heeft geoordeeld dat voor de beoordeling van de hoogte van de dwangsom enkel relevant is of er een aanmerkelijke kans is op een in de – met de dwangsom versterkte – hoofdveroordeling besloten liggend excès in verhouding tot de gerechtvaardigde belangen van de schuldenaar.

3.8

M.i. faalt deze klacht bij gebrek aan feitelijke grondslag. Het hof heeft overwogen dat de appelrechter alleen dan moet ingrijpen in een opgelegde dwangsom voor een periode in het verleden, indien ten minste een aanmerkelijke kans op een excès 'in de hiervoor bedoelde zin' in de oorspronkelijke veroordeling besloten lag. Daarmee verwijst het hof m.i. terug naar wat het in rov. 4.16 heeft overwogen over proportionaliteit en het voorkomen van een wanverhouding tussen het belang van de dwangsomcrediteur bij de dwangsomveroordeling en rechtszekerheid enerzijds en de gerechtvaardigde belangen van de debiteur tegen excessen anderzijds. M.i. biedt dit geen aanknopingspunt voor de door het subonderdeel veronderstelde lezing dat bij de beoordeling van de hoogte van de dwangsom (enkel) relevant is of in de hoofdveroordeling zulke excessen besloten liggen.

3.8

Volgens *subonderdeel 1.4*, tot slot, betekent het slagen van (een van) de klachten uit de voorgaande subonderdelen dat het oordeel in rov. 4.18 evenmin in stand kan blijven. Dit subonderdeel slaagt als gevolg van het slagen van de subonderdelen 1.1 en 1.2.

4. Conclusie in het principale en voorwaardelijk incidentele cassatieberoep

De conclusie strekt in het principale cassatieberoep en in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep tot vernietiging van het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 6 maart 2018 en tot verwijzing.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

Voetnoten Conclusie 24-05-2019

[1.]

Zie rov. 2.1-2.17 van het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 6 maart 2018.

[2.]

Voor zover thans van belang. Zie voor het volledige procesverloop in eerste aanleg het vonnis van 13 maart 2015, rov. 1.1-1.2 en voor het volledige procesverloop in hoger beroep de arresten van 21 maart 2017, rov. 2.1-2.2 en 6 maart 2018, rov. 1.1.

[3.]

Zie productie 1 bij de memorie van antwoord.

[4.]

In rov. 2.16 van het bestreden arrest staat "weer- en winddicht". Dit beschouw ik gelet op rov. 3.1 als een verschrijving.

[5.]

Zie rov. 3.1 van het vonnis van 13 maart 2015 en de samenvatting in rov. 3.1 van het arrest van 6 maart 2018.

[6.]

Zie rov. 3.1 van het arrest van 6 maart 2018.

[7.]

Zie rov. 3.3 van het vonnis van 13 maart 2015 en de samenvatting in rov. 3.2 van het arrest van 6 maart 2018. De vorderingen in reconventie zijn in cassatie niet van belang.

[8.]

Met dien verstande dat de rechtbank met betrekking tot de vordering onder (iv) heeft overwogen dat Control Seal aan Sargasso en Brons zoveel als

redelijkerwijs mogelijk het ongestoord huurgenot moeten verschaffen en er mitsdien voor zal moeten zorgen dat zij in het gebruik van het gehuurde als groothandel respectievelijk museum niet wordt gehinderd door wind en neerslag (rov. 5.3) en met betrekking tot de vordering onder (iii) dat deze niet ongeclausuleerd toewijsbaar is, nu Sargasso en Brons zich er niet tegen hebben verzet dat Control Seal zal doorgaan met de werkzaamheden aan het dak als zij daardoor geen schade lijden en niet gehinderd worden in hun bedrijfsvoering (rov. 5.4).

[9.]

Zie rov. 5.5 van het vonnis van 13 maart 2015. Het hof spreekt in rov. 3.4 van het arrest van 6 maart 2018 over matiging van de dwangsommen.

[10.]

De dictumonderdelen zijn in het vonnis klaarblijkelijk abusievelijk (zie ook onder 5.5) genummerd 5.1, 5.2 etc. in plaats van 7.1 e.v.

[11.]

De museumstichting is door de voorzieningenrechter aangeduid als 'Brons'.

[12.]

Zie ook rov. 1.3 van het arrest van 6 maart 2018.

[13.]

De procesinleiding in cassatie is op 1 mei 2018, aldus binnen de geldende cassatietermijn van acht weken na de uitspraak (art. 402 lid 2 Rv in verbinding met art. 399 lid 2 Rv), ingediend in het portaal van de Hoge Raad.

[14.]

De overgelegde procesdossiers stemmen niet geheel overeen. In het A-dossier bevinden zich een losse producties 2 en 7 in eerste aanleg zijdens Control Seal (Rapportage dakinspectie RaNo+ van 27 februari 2015, inclusief pagina's 8 t/m 12 onderscheidenlijk Inspectierapport Brons Museum van RaNo+ van 15 januari 2015), die zich niet in het B-dossier bevinden. Achter de brief van mr. Woertman van 10 maart 2015 bevinden zich in het A-dossier de producties 1 t/m 9, behorende bij de inleidende dagvaarding; in het B-dossier niet. In het A-dossier bevinden zich voorts twee brieven van mr. Woertman van 11 maart 2015 (stuknummers 3 en 4), die in het B-dossier ontbreken. In het A-dossier ontbreekt de pleitnota van mr. Slinkman van 11 maart 2015. In het B-dossier ontbreekt productie 3 bij de memorie van antwoord, en productie 2 is in het A- en B-dossier niet geheel gelijk. In het A-dossier ontbreekt het tussenarrest van 21 maart 2017 en de brief van mrs. Barendregt en Klok van 2 juni 2017 met productie (zie stuknummers 11 en 12 in het B-dossier), en bevindt zich een tussenarrest van 13 juni 2017 dat geen betrekking heeft op de onderhavige procedure. In het A-dossier ontbreekt voorts de beslissing van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 1 augustus 2017 op het wrakingsverzoek (zie stuknummer 16 in het B-dossier) (maar bevinden zich wel een verweerschrift en pleitaantekeningen met betrekking tot dat wrakingsincident).

[15.]

Zie HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3437, NJ 2003/343 m.nt. H.J. Snijders (*Telfort/Scaramea*), rov. 3.4.

[16.]

Zie naast het in de vorige noot genoemde arrest Telfort/Scaramea o.m. HR 23 februari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2000, NJ 1996/395, rov. 3.5 (waar het ging om een bodemprocedure), HR 30 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6341, NJ 2001/389 m.nt. H.J. Snijders (*[...]*), rov. 3.4.2 en HR 16 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY9707, NJ 2007/117 (*Adidas/Marca*), rov. 4.2.1. Zie in deze zin: *Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4* 2018/252 (onder vii).

[17.]

Zie HR 10 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0571, NJ 1992/564. Zie in deze zin: T.F.E. Tjong Tjin Tai, GS Burgerlijke Rechtsvordering, art. 254 Rv (2018), aant. 19.2.

[18.]

Met betrekking tot de veroordelingen onder 7.1 en 7.2 heeft het hof in rov. 4.12 overwogen dat deze in appel een minder belangrijke rol spelen omdat de executierechter ten aanzien van die veroordelingen in het vonnis in kort geding van 1 mei 2015 in het executiegeschil heeft overwogen dat niet vast staat dat deze veroordelingen zijn overtreden en de executie ten aanzien van die veroordelingen heeft geschorst.

[19.]

Uit rov. 4.21 van het bestreden arrest leid ik af dat de veroordeling onder 7.4 naar het oordeel van het hof, afgezien van de hoogte van de dwangsom en de begunstigingstermijn, in stand kan blijven.

[20.]

Ingevoerd bij de Wet van 23 maart 1977, *Stb.* 1977, 184. 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 GS Burgerlijke Rechtsvordering, art. 611a-i Rv (2017), alsmede A.W. Jongbloed, *De privaatrechtelijke dwangsom*, 2015, en zijn bewerking – samen met N.W.M. van den Heuvel – van T&C Rv, art. 611a-i Rv (2018). 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. 1-4 (hierna ook: de GMvT).

[21.]

Trb. 1974, 6.

[22.]

De hoofdveroordeling is het rechterlijk bevel iets te doen of niet te doen dan wel een zaak te geven; zie BenGH 1 juli 1988, ECLI:NL:XX:1988:AB7689, NJ 1988/1030 m.nt. W.H. Heemskerck (*Servais/Blégny*), rov. 18.

[23.]

Zie o.m. HR 19 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0872, NJ 1993/624 m.nt. A.H.J. Swart (*[...]/Staat*), rov. 3.4 en HR 30 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6343, NJ 2000/535 (*[...]/De Nederlandse Antillen*), rov. 3.3. Zie ook Beekhoven van den Boezem a.w. 2007, par. 8.3.1.

[24.]

Zie o.m. het in de vorige voetnoot aangehaalde arrest *[...]/De Nederlandse Antillen* en zie ook Beekhoven van den Boezem a.w. 2007, par. 8.3.2.

[\[25.\]](#)

Zie BenGH 2 april 1984, ECLI:NL:XX:1984:AG4782, *NJ* 1984/704 m.nt. W.H. Heemskerk (*Valois/Elit*), waarnaar in HR 6 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6631, *NJ* 2007/35 m.nt. G.R. Rutgers (*Fortuna/ [...]*), rov. 3.4 wordt verwezen.

[\[26.\]](#)

Zie o.m. de conclusie van A-G Krings vóór het arrest Valois/Elit, hiervoor aangehaald, met literatuurverwijzing en mijn conclusie (onder 2.5) vóór het arrest [...]/De Nederlandse Antillen, hiervoor aangehaald.

[\[27.\]](#)

Zie BenGH 17 december 1992, ECLI:NL:XX:1992:AD1802, *NJ* 1993/545 m.nt. H.J. Snijders (*APC/Bisoux*). Daarover bestond discussie. Zie in dat verband o.m. de conclusie vóór dit arrest van A-G Janssens de Bisthoven en de noot van Snijders (onder 3-6) bij dit arrest, met verwijzingen naar literatuur, alsmede Beekhoven van den Boezem a.w. 2007, p. 131-132.

[\[28.\]](#)

De reden hiervoor is blijkens de gemeenschappelijke memorie van toelichting dat niet uitgesloten is dat de onwil van de schuldenaar eerst aan de dag treedt na de eerste rechterlijke beslissing, zie de GMvT, p. 17.

[\[29.\]](#)

Zie o.m. het arrest [...]/De Nederlandse Antillen, hiervoor aangehaald, rov. 3.3 in verbinding met rov. 3.1; HR 19 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK6150, *NJ* 2010/295 m.nt. S. Perrick, rov. 3.4.

[\[30.\]](#)

Zie HR 6 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6631, *NJ* 2007/35 m.nt. G.R. Rutgers, (*Fortuna/ [...]*), rov. 3.4; HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1703, *NJ* 2011/373 (*Thuiskopie/X*), rov. 3.7.2.

[\[31.\]](#)

Vaste rechtspraak, zie o.m. HR 23 januari 1941, ECLI:NL:HR:1941:6, *NJ* 1941/433 (*Molenbeek/De Vries*) en HR 31 mei 1964, ECLI:NL:HR:1963:AB6523, *NJ* 1966/336 (*De Magneet*). Zie ook uitdrukkelijk de GMvT, p. 16.

[\[32.\]](#)

Zie het in de vorige voetnoot aangehaalde arrest De Magneet.

[\[33.\]](#)

Zie HR 16 november 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4901, *NJ* 1984/547 m.nt. W.H. Heemskerk (*Ciba Geigy/Voorbraak*), rov. 3.4.

[\[34.\]](#)

Zie HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0992, *NJ* 1990/434 m.nt. W.H. Heemskerk (*Kempkes/Samson*), rov. 3.2.

[\[35.\]](#)

Zie het hiervoor aangehaalde arrest Ciba Geigy/Voorbraak, rov. 3.5. Zie over de terzijdestelling van de met dwangsom versterkte kortgedingveroordeling als gevolg van een andersluidend bodemvonnis nader Beekhoven van den Boezem a.w. 2007, hoofdstuk 14, Jongbloed a.w. 2015, par. 10.6 en de daar aangehaalde oudere literatuur (p. 89-90), M.B. Beekhoven van den Boezem, GS Burgerlijke Rechtsvordering, art. 611c Rv (2017), aant. 5, A.W. Jongbloed en N.W.M. van den Heuvel, T&C Burgerlijke Rechtsvordering, art. 611c Rv (2018), aant. 4 en T.F.E. Tjong Tjin Tai, GS Burgerlijke Rechtsvordering, art. 257 Rv (2018), aant. 4 en 8.2.

[\[36.\]](#)

Zie o.m. Heemskerk in zijn noten onder *NJ* 1984/547 en *NJ* 1990/434, waar Beekhoven van den Boezem zich bij aansluit (a.w. 2007, par. 14.2.3 en t.a.p. 2017).

[\[37.\]](#)

Zie hierover o.m. Beekhoven van den Boezem a.w. 2007, hoofdstuk 13 en GS Burgerlijke Rechtsvordering, art. 611c Rv (2017), aant. 4.

[\[38.\]](#)

Zie o.m. HR 28 september 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4866, *NJ* 1985/83 m.nt. W.H. Heemskerk (*B./Staat*) en HR 14 december 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0084, *NJ* 1991/307.

[\[39.\]](#)

Zie o.m. HR 8 oktober 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC0523, *NJ* 1977/485 m.nt. W.H. Heemskerk (*Maring/Staat*).

[\[40.\]](#)

Zie o.m. HR 19 februari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2854, *NJ* 1999/367, rov. 3.3, tweede alinea.

[\[41.\]](#)

Zie BenGH 14 april 1983, ECLI:NL:XX:1983:AG4567, *NJ* 1983/615 m.nt. W.H. Heemskerk (*Vanschoonbeek*), waarin het Benelux-Gerechtshof heeft overwogen, kort weergegeven, dat noch uit art. 1 en 3 van de Eenvormige wet (= art. 611a onderscheidenlijk 611c Rv), noch uit de overige bepalingen van de Eenvormige wet blijkt dat er enige reden is om, wat de tenuitvoerlegging betreft, ten aanzien van de verbeurde dwangsom anders te oordelen dan ten aanzien van de andere rechtsgevolgen van een tenietgedane rechterlijke uitspraak, welke rechtsgevolgen in beginsel door het desbetreffende nationale recht worden bepaald.

[\[42.\]](#)

Vgl. bijv. HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2828, *NJ* 1999/381 m.nt. D.W.F. Verkade (*Meccano/Remco Toys*).

[\[43.\]](#)

Zie ook de omschrijving in de conclusie van A-G Huydecoper (onder 5) vóór HR 20 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6591, *NJ* 2011/240 (*X/Stichting Berregratte*).

[\[44.\]](#)

Vindplaats in noot 42.

[\[45.\]](#)

HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3437, *NJ* 2003/343 m.nt. H.J. Snijders (*Telfort/Scaramea*).

[\[46.\]](#)

Zie conclusie van A-G Bakels (onder 2.10) vóór het arrest.

[\[47.\]](#)

Rov. 3.4.

[\[48.\]](#)

Vgl. ook HR 4 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8748, *NJ* 2007/721, rov. 3.3.

[\[49.\]](#)

Zie de conclusie van A-G Langemeijer (onder 2.5) vóór HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2828, *NJ* 1999/381 m.nt. D.W.F. Verkade (*Meccano/Remco Toys*) en de conclusie van A-G Bakels (onder 2.12 en 2.16) vóór HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3437, *NJ* 2003/343 m.nt. H.J. Snijders (*Telfort/Scaramea*). Zie tevens de conclusie van A-G Huydecoper (onder 6) vóór het hierna te bespreken arrest HR 20 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6591, *NJ* 2011/240 (*X/Stichting Berregratte*) en de conclusie van A-G Van Peursesem (onder 3.8) vóór HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:661, *RvdW* 2016/521. Beekhoven van den Boezem leidde in haar proefschrift uit het arrest Meccano/Remco Toys af dat de Hoge Raad een splitsing van de appelbeslissing in een oordeel ex tunc en ex nunc niet uitsluit, maar dat de appelrechter daartoe niet gehouden was (a.w. 2007, par. 13.5.3.1-13.5.3.2). H.i. heeft de executant van het vonnis in eerste aanleg in geval van veranderende omstandigheden recht op een toetsing ex tunc ((a.w. 2007, par. 13.5.3.2). Zij adviseerde de dwangsomcrediteur (dan ook) om, indien ten tijde van de appelprocedure sinds de uitspraak van een met dwangsommen versterkte veroordeling zich omstandigheden hebben voorgedaan die mogelijk meebrengen dat de veroordeling zich voor de toekomst niet voor bekrachtiging leent, (al dan niet subsidiair) te vragen om een splitsing van de beoordeling ex tunc/ex nunc. Weliswaar bestaat geen recht op een gesplitste beoordeling, maar voor het aanbrengen van een splitsing ex tunc/ex nunc kunnen overtuigende argumenten worden aangevoerd, aldus Beekhoven van den Boezem (a.w. 2007, par. 19.2.2.1, onder kopje 'ex tunc/ex nunc-beoordeling in appel'). Beekhoven van den Boezem ziet in het hierna te bespreken arrest *X/Berregratte* een 'ander oordeel op dit punt' (zie *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 611c Rv, aant. 4, tweede tekstblok).

[\[50.\]](#)

HR 20 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6591, *NJ* 2011/240 (*X/Berregratte*).

[\[51.\]](#)

Anders: Beekhoven van den Boezem a.w. 2007, par. 13.5.4.4. Zie ook par. 13.5.6, waar Beekhoven van den Boezem meer in het algemeen ingaat op de vraag in hoeverre het, bij het in stand blijven van de hoofdveroordeling, mogelijk is de dwangsomveroordeling wat betreft de verstreken periode partieel te vernietigen.

[\[52.\]](#)

Zie BenGH 15 april 1992, ECLI:NL:XX:1992:AC4118, *NJ* 1992/648 (*Wewer/Nije*). Deze uitspraak is gevolgd op door de Hoge Raad aan het Benelux-Gerechtshof gestelde vragen van uitleg, zie HR 19 april 1991, ECLI:NL:HR:1991:AD1386, *NJ* 1991/629 m.nt. J.B.M. Vranken. Zie voor het vervolg HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1011, *NJ* 1993/629. Vgl. ook BenGH 14 juni 2013, ECLI:NL:XX:2013:372, *NJ* 2014/210 m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Alphacom/Belgacom*).

[\[53.\]](#)

A.w. 2007, par. 19.2.2.1, onder kopje 'gedeeltelijke bekrachtiging in appel'.

[\[54.\]](#)

BenGH 20 april 2010, ECLI:NL:XX:2010:BN3277, *NJ* 2010/434 (*[...] e.a./ [...]*).

[\[55.\]](#)

Zie ook L.J.R.A. Huydecoper, Reële executie, Mon. BW A13, 2011, nr. 54.

[\[56.\]](#)

Zie bijv: HR 25 mei 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD6609, *NJ* 1991/354 m.nt. H.J. Snijders (*Waldorp/Mediameervoud*).

[\[57.\]](#)

Verg. de conclusie van A-G Bakels vóór het arrest Telfort/Scaramea onder 2.21.

[\[58.\]](#)

Overgelegd als prod. 1 bij de memorie van antwoord.

[\[59.\]](#)

Zie o.m. HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1128, *NJ* 2015/266 m.nt. J.W. Zwemmer, rov. 3.3.2; HR 7 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0015, *NJ* 2011/304 m.nt. H.B. Krans (*[...] / [...] en [...]*), rov. 3.4.2-3.4.3; HR 19 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5870, *NJ* 2001/407 m.nt. H.J. Snijders (*Staat/NVV c.s.*), rov. 3.2.

[\[60.\]](#)

Zie HR 24 april 2015, hiervoor aangehaald, rov. 3.3.3.

[\[61.\]](#)

Zie rov. 2.1 onder VI van het vonnis van 24 mei 2016.

[\[62.\]](#)

Zie rov. 2.2 onder 4 van het vonnis van 24 mei 2016.

[\[63.\]](#)

De kantonrechter verwijst daarbij naar HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0431, *NJ* 2007/59 (*New Millenium Telecom services/Aruba*). Zie rov. 3.3 van dat arrest alsmede HR 15 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9400, *NJ* 2004/410 (*[...] /Eilandgebied Curaçao*), rov. 3.5.

[\[64.\]](#)

Verwezen wordt naar de memorie van grieven onder 27, 98-99, 137-140 en 271.

[\[65.\]](#)

Verwezen wordt naar de memorie van grieven onder 141-150 en 271.

[\[66.\]](#)

GMvT, p. 16.

[\[67.\]](#)

Zie de GMvT, p. 19.

[\[68.\]](#)

Zie voor het gebruik van deze term C.J.J. van Maanen en M.M.M. Tillema, Exorbitant oplopende dwangsommen: preventie en redres, *TCR* 1995, p. 1-4. Zie ook Jongbloed, a.w., par. 6.1.

[\[69.\]](#)

Jongbloed, a.w., par. 6.1. Zie ook Beekhoven van den Boezem, a.w., hoofdstuk 9, Huydecoper, a.w., nr. 51 en diens conclusie vóór HR 6 januari 2006, onder 29.

Beroepschrift 01-05-2018

PROCESINLEIDING IN CASSATIE

BIJ DE HOGE RAAD DER NEDERLANDEN ALS BEDOELD IN ART. 407 LID 1 (NIEUW) Rv

Eiseressen tot cassatie zijn

- (1) de stichting **STICHTING APPINGEDAMMER BRONS MOTOREN MUSEUM**, gevestigd te Haulerwijk, hierna: **ABMM**,
- (2) de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **SARGASSO MARINE SERVICE B.V.**, gevestigd te Grootegast, hierna: **SARGASSO**

(hierna gezamenlijk: **ABMM c.s.**), te dezer zake woonplaats gekozen hebbende te (2514 JL) 's-Gravenhage aan de Alexanderstraat nr. 10, ten kantore van de advocaat bij de Hoge Raad der Nederlanden **mr. M.E. Bruning**, die eiseressen tot cassatie als haar advocaat aanwijzen om in dit geding in cassatie als zodanig op te treden en haar te vertegenwoordigen.

Verweerster in cassatie is

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **CONTROL SEAL B.V.**, gevestigd te Appingedam,

(hierna: **CONTROL SEAL**), die te dezer zake laatstelijk woonplaats heeft gekozen ten kantore van haar (proces)advocaat uit de vorige instantie(s) de heer mr. L.A.M. Barendregt, kantoorhoudende te (9723 ZA) Groningen aan de Helperpark nr. 302 (YSPEERT ADVOCATEN).

ABMM c.s. stellen door indiening van de procesinleiding op de voet van art. 407 (nieuw) Rv beroep in cassatie in tegen het (eind)arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden, afdeling civiel recht, handel, gewezen onder **zaaknummer 200.168.443/01** in kort geding en uitgesproken op **6 maart 2018** tussen ABMM C.S. als geïntimeerden, oorspronkelijke eiseressen in conventie tevens verweerders in reconventie, en CONTROL SEAL als appellante, oorspronkelijk gedaagde in conventie tevens eiseres in reconventie.

Verweerster kan in het geding in cassatie **ten laatste verschijnen op WOENSDAG 30 MEI 2018**, (niet in persoon maar) door tussenkomst van en vertegenwoordigd door een advocaat bij de Hoge Raad der Nederlanden. De enkelvoudige civiele kamer van de Hoge Raad behandelt de zaken, vermeld op het in art. 15 van het Besluit orde van dienst gerechten bedoelde overzicht van zaken, op de vrijdagen die worden genoemd in hoofdstuk 1 van het Procesreglement van de Hoge Raad voor civiele vorderingszaken (*STCRT*. 2017/5928) om 10:00 uur. De behandeling van de zaken vindt plaats in het gebouw aan het Korte Voorhout 8 (2511 EK) te 's-Gravenhage.

Essentie van deze zaak in cassatie

In deze slepende huurzaak hebben partijen opeenvolgende korte gedingen gevoerd over zeer achterstallig onderhoud aan het gehuurde en andere beperkingen van het huurgenot. Bij vonnis van 13 maart 2015 heeft de voorzieningenrechter verhuurder Control Seal o.m. veroordeeld tot het verschaffen aan ABMM c.s. van vrije en onbeperkte toegang tot het gehuurde op verbeurte van een dwangsom met een maximum van € 1.000.000,-- (sub 7.1), het gehengen van het gebruik van parkeerplaatsen (sub 7.2), het staken van hinderlijke werkzaamheden aan het gehuurde op verbeurte van een dwangsom met een maximum van € 1.000.000,-- (sub 7.3) en het binnen 24 uur treffen van maatregelen die bewerkstelligen dat ABMM c.s. in het gebruik van het gehuurde als groothandel en museum niet worden gehinderd door wind en neerslag op verbeurte van een dwangsom met een maximum van € 1.000.000,-- (sub 7.4).

In het daartegen door Control Seal ingestelde hoger beroep heeft het hof geoordeeld dat de veroordelingen sub 7.1, 7.3 en 7.4 terecht waren maar de daarbij gestelde dwangsommen buitenproportioneel hoog zijn en lager hadden moeten zijn bepaald, reden waarom deze hoofdveroordelingen en dwangsommen volgens het hof niet konden worden bekrachtigd, en het kortgedingvonnis integraal is vernietigd.

ABMM c.s. betogen in cassatie dat het hof miskende dat het op grond van art. 611d Rv (c.q. art. 4 lid 1 van de Eenvormige wet betreffende de dwangsom) niet bevoegd was, althans niet uitsluitend vanwege de hoogte van de in eerste aanleg opgelegde dwangsommen, de dwangsomveroordelingen te vernietigen om de dwangsommen als 'excessief en 'astronomisch hoog' te verminderen tot nihil. Daarnaast betogen ABMM c.s. dat het hof ten onrechte niet heeft afgestemd op het in de bodemprocedure gewezen vonnis van de kantonrechter, waardoor de inhoud van het hofarrest in het licht daarvan ook onbegrijpelijk is.

Uitgangspunten en klachten in cassatie

In cassatie kan worden uitgegaan van de door de voorzieningenrechter van de rechtbank in rov. 2.1 t/m 2.9 van het vonnis van 6 maart 2015 en door het hof in rov. 2 van zijn arrest vastgestelde vaststaande feiten, die het aangevuld met andere feiten die in deze procedure zijn komen vast te staan (rov. 2.1 t/m 2.17) voor zijn beoordeling tot uitgangspunt heeft genomen.

Als onbestreden gelaten, geldt daarnaast als uitgangspunt hetgeen het hof, met uitzondering van de zinssnede tussen gedachtestreepjes in rov. 4.10 en 4.13 (eerste volzin), heeft geoordeeld in rov. 4.6 t/m 4.10, rov. 4.11 eerste volzin, rov. 4.13 en rov. 4.15 eerste volzin(nen).

ABMM c.s. voeren op grond van art. 407 lid 2 (nieuw) Rv, tegen voormeld hofarrest aan als

Middel tot cassatie

schending van het recht en/of tot nietigheid leidend verzuim. van (wezenlijke) vormen, doordat het hof heeft overwogen en beslist op de wijze als vermeld in het bestreden arrest, en op die gronden heeft recht gedaan als in het dictum van dit arrest is omschreven, welk dictum als hier herhaald en ingelast moet(en) worden beschouwd, ten onrechte zulks om één of meer van de volgende, voor zover nodig (MEDE) IN ONDERLINGE VERBAND EN SAMENHANG te lezen en te beoordelen, redenen.

Vanwege de volgende rechts- en motiveringsklachten kunnen ABMM c.s. zich niet verenigen met hetgeen het hof in zijn arrest voor het overige in rov. 4.10, 4.11, 4.13, 4.15 t/m 4.21, 4.23 en 4.25 en, daarop voortbouwend, wat betreft het geding in conventie (opnieuw rechtdoende) in het dictum heeft geoordeeld en beslist, op de wijze en gronden waarop het hof heeft gedaan.

Door bij zijn beoordeling van het hoger beroep, in het kader van de toetsing van de juistheid van het in eerste aanleg gewezen vonnis en de bij veroordelingen sub 7.1, 7.2, 7.3 en 7.4 (volgens de in rov. 3.5 aangepaste nummering) van het dictum in conventie opgelegde dwangsommen, **eerst** te oordelen dat in het beroepen vonnis veroordeling sub 7.3, ook wat betreft de begunstigingstermijn, 'terecht' is uitgesproken (rov. 4.10), Control Seal in veroordeling sub 7.4 'terecht' is veroordeeld om het nadeel dat ABMM c.s. van de ontijdig verwijderde (dak)ramen ondervond weg te nemen (rov. 4.11), en veroordeling sub 7.1 'terecht' als ordemaatregel is opgelegd (rov. 4.13), en vervolgens in rov. 4.15 t/m 4.21 te oordelen en beslissen dat veroordeling sub 7.1 niet kon worden bekrachtigd vanwege de hoogte van de daarop gestelde dwangsom, veroordeling sub 7.3 eveneens sneuvelde op de hoogte van de dwangsom en veroordeling sub 7.4 naast de te hoge dwangsom ook nog eens een te korte begunstigingstermijn had (rov. 4.21), heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent zijn bevoegdheid en mogelijkheden om in hoger beroep de door de voorzieningenrechter in eerste aanleg bij deze **veroordelingen sub 7.1, 7.3 en 7.4** opgelegde dwangsommen te verminderen, op de wijze, de gronden en in de mate als het deed. Daarbij heeft het hof zijn (beperkte) taak als appelrechter in kort geding miskend na het inmiddels door de kantonrechter in de bodemprocedure tussen partijen gewezen vonnis van 24 mei 2016 (prod. 1 MvA), op wiens oordelen in het bodemvonnis het hof zijn oordelen over veroordelingen sub 7.1, 7.3 en 7.4 in zijn arrest ten onrechte niet, volledig, heeft afgestemd. Althans zijn de bestreden oordelen van het hof zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk in het licht van de inhoud van dat bodemvonnis c.q. de oordelen van de bodemrechter.

Deze algemene rechts- en motiveringsklachten wordt als volgt nader uitgewerkt.

Onderdeel 1: hof heeft bij veroordelingen 7.1, 7.3 en 7.4 opgelegde dwangsommen ten onrechte herzien

1.1

Immers, krachtens art. 611d lid 1 Rv, ontleend aan art. 4 lid 1 van de Eenvormige wet betreffende de dwangsom, kan (in beginsel alleen) 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 ingeval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen. Op grond van die bepaling(en) kan daarom een vordering tot herziening van de in eerste aanleg opgelegde dwangsom uitsluitend worden gebracht voor de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, aan wiens (exclusieve) bevoegdheid niet afdoet dat er hoger beroep tegen de veroordeling in eerste aanleg is ingesteld en de appelrechter nog geen uitspraak heeft gedaan (zie

BenGH 14 juni 2013, NJ 2014/210). Volgens rechtspraak van het Benelux-Gerechtshof heeft dan ook in gevallen als het onderhavige, onder de hier gegeven omstandigheden, als regel te gelden dat, als de rechter in eerste aanleg aan een of meer door hem uitgesproken hoofdveroordelingen een veroordeling tot betaling van een dwangsom heeft verbonden en vervolgens de rechter in hoger beroep in enigerlei vorm eveneens tot een of meer hoofdveroordelingen en een daaraan verbonden veroordeling tot betaling van een dwangsom komt, de rechter in eerste aanleg wordt aangemerkt als de 'rechter die de dwangsom heeft opgelegd' (in de zin van art. 4 lid 1 van de Eenvormige wet betreffende de dwangsom), **tenzij** in het dictum van de beslissing in hoger beroep:

- (A) uitdrukkelijk is uitgesproken dan wel uit het dictum onmiskenbaar duidelijk blijkt dat de appelrechter de uitspraak van de rechter in eerste aanleg **op het stuk van de hoofdveroordeling** waaraan de veroordeling tot betaling van de dwangsom was verbonden, **dan wel op het stuk van laatstbedoelde [dwangsom]veroordeling** geheel of ten dele heeft **vernietigd** en op een van deze punten een van de uitspraak in eerste aanleg **afwijkende beslissing** heeft gegeven, in welk geval de rechter in hoger beroep heeft te gelden als de '*rechter die de dwangsom heeft opgelegd*'; of
- (B) de appelrechter **met instandhouding van de door de rechter in eerste aanleg uitgesproken hoofdveroordeling en de daaraan verbonden dwangsom een nieuwe hoofdveroordeling** heeft uitgesproken en daaraan hetzij een **nieuwe dwangsom** hetzij de reeds door de rechter in eerste aanleg opgelegde dwangsom heeft verbonden, in welk geval de appelrechter ook ten aanzien van de door hem instandgehouden hoofdveroordeling van de eerste rechter met de daaraan verbonden dwangsom heeft te gelden als '*de rechter die de dwangsom heeft opgelegd*'

(zie hiervoor BenGH 15 april 1992, NJ 1992/648 en BenGH 20 april 2010, NJ 2010/434).

Met inachtneming van het vorenstaande, heeft het hof met de hier bestreden oordelen en beslissing in het dictum van zijn arrest om de 'terechte' hoofdveroordelingen in het dictum van het vonnis in conventie sub 7.1, 7.3 en 7.4 niet te bekrachtigen '*ook voor wat betreft het verleden (...) omdat geen van de veroordelingen integraal voor bekrachtiging in aanmerking komt*' (rov. 4.19) vanwege de hoogte van de daarop gestelde dwangsommen (rov. 4.21), miskend dat het niet had te gelden als 'de rechter die de dwangsom heeft opgelegd' in de zin van art. 611d Rv (c.q. art. 4 lid 1 van de Eenvormige wet betreffende de dwangsom) en (ook) niet bevoegd was om met instandhouding van de door de voorzieningenrechter ('terecht') uitgesproken hoofdveroordelingen sub 7.1, 7.3 en 7.4 de daarop gestelde ('excessieve') dwangsom te herzien en/of verminderen voor zover het hof hoofdveroordelingen sub 7.1, 7.3 en 7.4 als 'terecht' in stand (ongemoeid) liet en voor de daaraan verbonden dwangsomveroordeling afwijkend zou hebben beslist. Door te oordelen en beslissen op de wijze en gronden als vermeld in rov. 4.15 – 4.21 (i.h.b. 4.20) en 4.23, heeft het hof aldus blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, nu in deze zaak zich niet de hiervóór **sub b** vermelde situatie voordoet en het hof in de gegeven situatie aan hoofdveroordelingen sub 7.1, 7.3 en 7.4 wat betreft het verleden niet op het stuk van de daaraan verbonden dwangsomveroordeling(en) afwijkend kon beslissen tot volledige vernietiging en herziening van die dwangsomveroordeling(en), zodat ook geen sprake was van de hiervóór **sub a** vermelde situatie waarin het hof zou hebben te gelden als '*de rechter die de dwangsom heeft opgelegd*' in de zin van art. 611d Rv (c.q. art. 4 lid 1, juncto art. 1, 3 en 6, van de Eenvormige wet betreffende de dwangsom).

1.2

Bovendien, of althans, heeft het hof in/met zijn hiervóór bestreden oordelen miskend dat op grond van het (in cassatie onbestreden) overwogene in rov. 4.9, 4.10, 4.11 en 4.13 de als 'terechte' veroordelingen in conventie aangemerkte hoofdveroordelingen in het dictum van het beroepen vonnis sub 7.1, 7.3 en 7.4, (ook) voor wat betreft het verleden, had kunnen en moeten in stand laten c.q. in stand heeft gelaten en aldus in het dictum van zijn arrest dan ook (of althans) in zoverre had kunnen en behoren te bekrachtigen. Door te oordelen en beslissen dat het vonnis waarvan beroep in conventie, ook voor wat betreft het verleden, niet kon worden bekrachtigd op de grond dat geen van deze veroordelingen integraal voor bekrachtiging in aanmerking kwam (rov. 4.19 en 4.21), heeft het ten aanzien van, ten minste en in elk geval, hoofdveroordelingen sub 7.1 en 7.3 alsmede hoofdveroordeling sub 7.4 blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting nu het na bevestigende beantwoording van de vraag in hoeverre Control Seal 'terecht' sub 7.1, 7.3 en 7.4 was veroordeeld tot de prestatie waartoe de voorzieningenrechter haar had veroordeeld, het beroepen vonnis in zoverre niet had behoren te vernietigen (vgl. HR 31 mei 2002, NJ 2003/343).

1.3

Daarmee, of daarnaast, heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting in/met zijn oordelen (rov. 4.23) tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep zowel voor de toekomst als voor het verleden om de in rov. 4.20 vermelde gronden, samengevat, dat het hem niet vrijstond uitsluitend de dwangsom te verlagen met instandhouding van de rest van de veroordeling(en) omdat zij samen één geheel vormt en haar werking verkrijgt door betekening waardoor een gewijzigde veroordeling op straffe van verbeurte van een dwangsom dan ook opnieuw dient te worden betekend hetgeen voor het verleden zinloos is. Immers, het hof zag aldus eraan voorbij dat indien de rechter in hoger beroep — zoals het had moeten doen (**SUB 1.2**) — de in eerste aanleg uitgesproken hoofdveroordeling deels bekrachtigt maar de in eerste aanleg opgelegde dwangsom wijzigt (en dan zou gelden als de rechter die de dwangsom heeft opgelegd), de in eerste aanleg

opgelegde dwangsom niettemin kan worden verbeurd in de periode tussen de betekening van de uitvoerbare beslissing van de rechter in eerste aanleg en die van de beslissing in hoger beroep mits onmiskenbaar duidelijk is dat de rechter in hoger beroep een dwangsom in stand heeft gehouden voor dit gedeelte van de in eerste aanleg uitgesproken hoofdveroordeling (zie o.m. BenGH 20 april 2010/ NJ 2010/434). Nu het hof had geoordeeld dat hoofdveroordelingen sub 7.1, 7.3 en 7.4 'terecht' waren uitgesproken c.q. opgelegd en het hof in rov. 4.18 concludeerde dat op het niet naleven van deze hoofdveroordelingen, in ieder geval, telkens een bedrag van € 2.500,- per dag met een maximum van € 50.000,- had kunnen (en behoren te) worden opgelegd, heeft het hof (althans) in zoverre ten onrechte (wat betreft het verleden) geoordeeld en beslist dat het beroepen vonnis niet kon worden bekrachtigd en diende te worden vernietigd om de in rov. 4.19 t/m 4.21 vermelde redenen en gronden.

1.4

Voorts, of althans, heeft het hof door in rov. 4.9 – 4.21 en 4.23 te oordelen en beslissen op de wijze en gronden als het heeft gedaan tot gehele vernietiging van het beroepen vonnis voor wat betreft de hoofdveroordelingen sub 7.1, 7.3 en 7.4 met de daaraan verbonden dwangsomveroordelingen en tot herziening en vermindering van deze in eerste aanleg opgelegde dwangsomveroordelingen (ook voor wat betreft het verleden tot nihil), een **verkeerde maatstaf** aangelegd en aldus blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting nu op de voet van art. 611d lid 1 Rv c.q. art. 4 lid 1 van de Eenvormige wet betreffende de dwangsom het hof (ook) als 'de rechter die een dwangsom heeft opgelegd' de door de voorzieningenrechter in eerste aanleg opgelegde dwangsom, uitsluitend, kon en mocht opheffen, de looptijd ervan opschorten gedurende de door hem te bepalen termijn of de dwangsom verminderen 'in geval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeelte-lijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen' (lid 1 slot), en het hof de dwangsom niet kon/mocht opheffen of verminderen '[v]oor zover de dwangsom verbeurd was' voordat de onmogelijkheid intrad (lid 2). Gelet op het bepaalde in art. 611d lid 1 Rv was het hof niet bevoegd om buiten de in dit artikel genoemde situatie(s) over te gaan tot het vernietigen van de dwangsomveroordelingen in eerste aanleg en tot herziening/wijziging c.q. opheffing of vermindering/verlaging van de hoogte van de in het beroepen vonnis opgelegde dwangsommen. Hieraan doet niet af dat in de visie van het hof sprake was van een 'astronomisch hoge dwangsom' zoals gematigd door de voorzieningenrechter tot de 'nog steeds buitengewoon forse bedragen van € 25.000 per dag en een maximum van € 1 miljoen' (rov. 4.15) welke dwangsom volgens het hof per dag meer zou bedragen dan het tienvoudige van de maanduur waarbij het maximum van 1 miljoen het 40-voudige van de dwangsom bedraagt en een te grote aantrekkingskracht zou (kunnen zijn gaan) uitoefenen als 'mogelijkheid voor een frisse start elders met een aardig startkapitaaltje' voor z.i. armlastige partij ABMM c.s. (rov. 4.18). Het hof heeft ten onrechte om deze in rov. 4.15 t/m 4.21 vermelde redenen en gronden de door de voorzieningenrechter naast hoofdveroordeling sub 7.1, 7.3 en 7.4 opgelegde dwangsomveroordelingen vernietigd en herzien c.q. opgeheven dan wel verminderd zonder te beoordelen en onderzoeken c.q. aan zijn beslissing ten grondslag te leggen of (en dat) er sprake was van een, door Control Seal gestelde, blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor haar als veroordeelde om aan de hoofd-veroordeling te voldoen (art. 611d lid 1 Rv). Daarnaast heeft het hof ten onrechte ook niet in zijn beoordeling en beslissing betrokken dat en in hoeverre de in eerste aanleg opgelegde dwangsom verbeurd was vóórdat de onmogelijkheid voor Control Seal was ingetreden, nu ingevolge het bepaalde in art. 611d lid 2 Rv, ten minste en in ieder geval, het hof deze dwangsomveroordelingen in het dictum van het beroepen vonnis niet kon /mocht opheffen of verminderen voor zover die dwangsommen, in het verleden, door Control Seal reeds waren/zijn verbeurd.

Indien het hof dit alles niet miskende maar wel in zijn beoordeling en oordeelsvorming heeft betrokken heeft het zijn arrest niet naar de eisen der wet met voldoende redenen omkleed nu uit de motivering in rov. 4.15 tot en met 4.21 en 4.23 niet blijkt of, dat en waarom het hof van oordeel is dat onder de aldaar gegeven omstandigheden sprake is van de in art. 611d Rv bedoelde situatie aan de zijde van Control Seal (van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid om aan de hoofdveroordelingen sub 7.1, 7.3 en 7.4 te kunnen voldoen). Deze oordelen zijn dan ook onbegrijpelijk in het licht van de vaststelling in rov. 4.15 dat de voorzieningenrechter terecht had geconstateerd dat Control Seal tegen de hoogte van de (door ABMM c.s. geëiste) dwangsommen geen verweer had gevoerd, wat volgens het hof niet voor de hand lag omdat Control Seal in eerste aanleg (reconventie) eenzelfde astronomisch hoge dwangsom heeft gevorderd. Nu de hoogte van dwangsommen tussen partijen niet in geschil was, is onbegrijpelijk dat het hof niettemin, om de in rov. 4.18 en 4.20 vermelde gronden en (beweeg)redenen, de hoogte van de bij hoofdveroordelingen sub 7.1, 7.3 en 7.4 opgelegde dwangsommen heeft herzien c.q. verminderd (tot nihil) op de wijze als het in zijn arrest heeft gedaan.

Onderdeel 2: Hof stemde ten onrechte zijn oordelen in kort geding niet af op die van de bodemrechter

2.1

Bovendien, of althans, heeft het hof de bestreden oordelen over hoofdveroordeling sub 7.1, 7.3 en/of 7.4 en de daaraan verbonden dwangsomveroordeling(en) in het vonnis van de voorzieningenrechter waarvan beroep ten onrechte niet, in overeenstemming met de vaste rechtspraak van de Hoge Raad (zie o.m. HR 19 mei 2000, NJ 2001/407 en HR 7 januari 2011, NJ 2011/304), afgestemd op het oordeel van de kantonrechter in het in de bodemprocedure gewezen eindvonnis van 24 mei 2016. Zoals ABMM c.s. hebben aangevoerd,^[1] had de kantonrechter in dat vonnis uitgemaakt dat het

kortgedingvonnis ertoe strekte haar te dwingen zulke noodvoorzieningen te treffen dat ABMM c.s. geen last zouden hebben van weersinvloeden, de door Control Seal getroffen maatregelen (aanbrengen van zeilen en plaatmateriaal) echter onvoldoende zijn geweest en zij niet heeft voldaan aan de hoofdveroordeling sub 7.4 om te bewerkstelligen dat ABMM c.s. niet door wind en neerslag zouden worden gehinderd (rov. 5.13–5.18), reden waarom volgens de kantonrechter het niet onredelijk of in strijd met de billijkheid is dat ABMM c.s. in de bodemprocedure de door Control Seal verbeurde forse dwangsommen opeist. Uitgaande van het onrechtmatig handelen van Control Seal zag de kantonrechter in dit bodemvonnis geen aanleiding om de inmiddels verbeurde dwangsommen te matigen:

‘5.20

(...) Uitgangspunt van de wettelijke regeling is immers dat een eenmaal verbeurde dwangsom voor het gehele bedrag verbeurd blijft en dat de rechter, buiten het bepaalde in art. 611d lid 1 Rv. om, niet tot aanpassing van het bedrag van de verbeurde dwangsom of opheffing van de verplichting tot betaling daarvan mag of kan overgaan. De voorzieningenrechter heeft in haar vonnis van 1 mei 2015 de vraag onder ogen gezien of de dwangsom moest worden opgeheven, opgeschort of verminderd en die vraag in het licht van artikel 611d Rv, beoordeeld. De dwangsom is ten aanzien van de veroordeling onder [lees: 7.4, adv.] niet aangepast omdat — anders dan Control Seal had aangevoerd, — zij feitelijk aanzienlijk meer tijd heeft gehad om aan de veroordeling te voldoen.’

Omdat Control Seal volgens de kantonrechter na het kortgedingvonnis (van 13 maart. 2015) op straffe van een dwangsom ervoor diende te zorgen dat ABMM c.s. niet door wind en neerslag zou worden gehinderd, had Control Seal verdergaande maatregelen om verdere schade te voorkomen moeten nemen dan alleen het aanbrengen van zeilen met latten en nooddeuren, wat zij niet heeft gedaan (en, in plaats daarvan, aan het pand vernielingen aanrichtte), terwijl zij naar het oordeel van de kantonrechter daarvoor, in ieder geval met de gelaste 24 uur of zo spoedig mogelijk daarna, ‘*genoeg tijd*’ heeft gehad (rov. 5.23), zodat ABMM c.s. recht en belang heeft de verbeurde dwangsommen ten uitvoer te leggen en in verband daarmee beslag te leggen (rov. 5.24).

Weliswaar heeft het hof in rov. 4.11, tweede volzin (slot), met juistheid overwogen dat het zich als kortgedingrechter moet richten naar wat de bodemrechter had overwogen, waarmee het vorenbedoelde jurisprudentiële ‘afstemmingsregel’ kennelijk en terecht in zijn beoordeling en oordeelsvorming heeft tot uitgangspunt genomen. Het hof heeft echter ten onrechte en onbegrijpelijkerwijs zijn oordelen in rov. 4.11 en 4.21 inhoudelijk niet afgestemd op de voormelde oordelen van de kantonrechter in het bodemvonnis waar het van oordeel is dat de begunstigingstermijn van 24 uur in hoofdveroordeling sub 7.4 te kort is geweest omdat de daarin gebruikte formulering ongelukkig was en gelet op het rapport van RaNo+ en de contractuele onderhoudsplicht van ABMM c.s. het meer voor de hand had gelegen dat Control Seal zou zijn veroordeeld maatregelen te treffen die het binnentreden van wind en vocht tot het gehuurde als gevolg van het — door haar onrechtmatig — verwijderen van ramen en daklichten zouden voorkomen, waarvoor naar het oordeel van het hof een ‘*enigszins ruimere begunstigingstermijn van twee dagen extra (drie dagen in totaal na betekening)*’ op zijn plaats zou zijn geweest. Aldus heeft het hof ten onrechte zijn oordeel niet afgestemd op, c.q. is het afgeweken, van de oordelen van de kantonrechter in het bodemvonnis van 24 mei 2016 dat Control Seal in de gegeven situatie onvoldoende maatregelen heeft getroffen om te bewerkstelligen dat ABMM c.s. in het gehuurde niet door wind en neerslag zouden worden gehinderd, waarvoor naar het oordeel van de kantonrechter Control Seal niet had kunnen volstaan met het aanbrengen van zeilen met latten, plaatmateriaal en nooddeuren (rov. 5.14–5.18 en 5.23–5.24) terwijl zij ook met inachtneming van de in veroordeling sub 7.4 vermelde begunstigingstermijn van 24 uur daarvoor ‘*genoeg tijd*’ heeft gehad (zie rov. 5.23, slot). Indien het hof van oordeel was dat het voor wat betreft de korte begunstigingstermijn van 24 uren na betekening van het kortgedingvonnis in rov. 4.11 en 4.21 zijn oordelen niet hoefde af te stemmen op deze oordelen van de kantonrechter als bodemrechter, getuigen die oordelen van een onjuiste rechtsopvatting over reikwijdte en toepassing van vorenbedoelde ‘afstemmingsregel’. Indien het hof dit niet miskende, zijn deze van de inhoud van het bodemvonnis afwijkende oordelen in rov. 4.11 en 4.21 onbegrijpelijk.

2.2

Daarmee, of daarnaast, heeft het hof wat betreft de hoogte van de in eerste aanleg aan hoofdveroordeling sub 7.1, 7.3 en/of 7.4 verbonden dwangsom(men) en het maximum van de te verbeuren dwangsommen ten onrechte niet (ook) zijn oordelen in rov. 4.10, 4.11, 4.13 en 4.19 t/m 4.21, inhoudelijk, afgestemd op de oordelen van de kantonrechter in het bodemvonnis van 24 mei 2016 waar deze immers heeft geoordeeld dat de hoogte ervan weliswaar fors was maar het niet onredelijk of in strijd met de billijkheid is dat ABMM c.s. onder de gegeven, SUB 2.1 vermelde, omstandigheden deze dwangsommen opeist (rov. 5.18) en dat er geen aanleiding was voor matiging van die dwangsommen en (of althans) de dwangsom ten aanzien van de hoofdveroordeling sub 7.4 (ook) niet in het kortgedingvonnis van 1 mei 2015 is aangepast (opgeheven of verminderd) omdat ‘— anders dan Control Seal had aangevoerd, — zij feitelijk aanzienlijk meer tijd heeft gehad om aan de veroordeling te voldoen’ (rov. 5.20). In het licht van deze oordelen van de kantonrechter in het bodemvonnis zijn aldus onbegrijpelijk — c.q. innerlijk tegenstrijdig — de hiervóór bestreden oordelen van het hof dat de aan hoofdveroordeling sub 7.1 en 7.3 verbonden dwangsomveroordeling en (althans) de dwangsomveroordeling opgelegd bij hoofdveroordeling sub 7.4 in de gegeven situatie te hoog c.q. ‘excessief’ is (geweest).

2.3

Voor zover het hof in (rov. 4.10 t/m 4.21 van) zijn arrest van oordeel is geweest dat de afstemmingsregel slechts beperkte toepassing vond omdat (vaststond dat) tegen het eindvonnis van de kantonrechter van 24 mei 2016 in de bodemprocedure hoger beroep is ingesteld, getuigt 's hofs kennelijk oordeel dan ook van een onjuiste rechtsopvatting. Volgens de in 2.1 vermelde rechtspraak van de Hoge Raad moet de afstemmingsregel door de rechter in kort geding worden toegepast **ONGEACHT** of het oordeel van de bodemrechter is gegeven in een tussenvonnis of in een eindvonnis, in de overwegingen of in het dictum van het bodemvonnis en ongeacht of het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan, reden waarom de rechter in kort geding bij die afstemming ook niet de kans van slagen van een tegen het bodemvonnis ingesteld rechtsmiddel mag betrekken. Een uitzondering op dit beginsel acht de Hoge Raad slechts mogelijk als het bodemvonnis klaarblijkelijk op een misslag berust en de zaak zo spoedeisend is dat de beslissing op het tegen het bodemvonnis aangewend rechtsmiddel niet kan worden afgewacht dan wel indien sprake is van een zodanige wijziging van omstandigheden dat moet worden aangenomen dat de bodemrechter ingeval hij daarvan op de hoogte zou zijn geweest, tot een andere beslissing zou zijn gekomen. Laatstbedoelde uitzonderingsgevallen zijn in dit geding gesteld noch gebleken, en heeft het hof evenmin vastgesteld en betrokken in de beoordeling en oordeelsvorming. Als het hof in zijn arrest van oordeel is geweest dat van deze uitzondering(en) hier sprake was, heeft het zijn arrest niet naar de eisen der wet met (voldoende) redenen omkleed omdat uit de gegeven motivering niet kan worden opgemaakt dat en op grond waarvan het hof afweek van de afstemmingsregel.

Gegrondbevinding van (één of meer klachten van) deze middelonderdelen betekent dat al wat het hof, op daarin bestreden oordelen voortbouwend, overigens heeft geoordeeld en beslist in rov. 4.10–4.23 en 4.25, en het daarop voortbouwende dictum, ook niet in stand kan blijven.

Mitsdien

het de Hoge Raad behage om het in cassatie bestreden, in kort geding tussen ABMM c.s. en Control Seal onder **zaaknummer 200.168.443/01** op **6 maart 2018** gewezen en uitgesproken, arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden, te vernietigen, met een zodanige verdere voorziening, mede ten aanzien van de proceskosten in alle instanties, zoals de Hoge Raad in goede justitie geraden voorkomt waarbij ABMM c.s. vorderen dat de toe te wijzen proceskostenvergoeding zal worden vermeerderd met de wettelijke rente daarover, te rekenen vanaf veertien dagen na de datum van het arrest van de Hoge Raad.

Den Haag, 1 mei 2018

Advocaat

Voetnoten Beroepschrift 01-05-2018

[1.]

MvA blz. 4–5.