

Hoge Raad, 20 mei 1994, Uitleg veroordeling**PROCESRECHT****Uitleg veroordeling**

- [Bij uitleg veroordeling dienen doel en strekking van de veroordeling tot richtsnoer te worden genomen in dier voege dat de veroordeling niet verder strekt dan tot het bereiken van het daarmee beoogde doel](#)

De bestreden rechtsoverweging moet aldus worden begrepen dat het Hof daarin een uitleg heeft gegeven van de door de Kantonrechter uitgesproken veroordeling van HFD om iets te doen. Bij het geven van deze uitleg heeft het Hof het doel en de strekking van de veroordeling tot richtsnoer genomen in dier voege dat de veroordeling niet verder strekt dan tot het bereiken van het daarmee beoogde doel. Dit heeft het Hof ertoe gebracht de draagwijdte van het gebod in de hier aangegeven zin beperkt op te vatten. Aldus oordelend heeft het Hof een juiste maatstaf bij de uitleg van de veroordeling aangelegd. Die uitleg zelf kan, als voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt, in cassatie niet op juistheid worden getoetst, is niet onbegrijpelijk en voldoende gemotiveerd.

Vindplaatsen: NJ 1994, 652, m.nt. HER;

Hoge Raad, 20 mei 1994

(Snijders, Mijnsen, Heemskerk, Nieuwenhuis, Swens-Donner)

1. [X], te Lausanne-Ouchy, Zwitserland,
2. De rechtspersonen naar het recht van het Vorstendom Liechtenstein Arfils Stiftung en Wefils Stiftung, te Vaduz, Liechtenstein,
3. Bureau voor Publiciteit "Plaats" BV, te 's-Gravenhage, eisers tot cassatie, adv. mr. R.S. Meijer, tegen
Het Financieele Dagblad BV, te Amsterdam, verweerster in cassatie, adv. mr. R.M. Schutte.

1. Het geding in feitelijke instanties

Verweerster in cassatie - verder te noemen: HFD - heeft bij exploiten van 22 februari 1990 eisers tot cassatie - verder te noemen: [X] c.s. dan wel afzonderlijk: [X], de beide Stiftungen en Plaats BV - op verkorte termijn gedagvaard voor de Rechtbank te Amsterdam en gevorderd:

- (1) te verklaren voor recht dat HFD middels de reeds verstrekte overzichten aan de onder f gegeven beslissing van het vonnis van de Kantonrechter op 26 mei 1989, onder rolnummer 3438/87 gewezen, geheel, althans (groten)deels heeft voldaan;
- (2) elk van [X] c.s. te bevelen de aangevangen executie te staken, respectievelijk achterwege te laten en opheffing van de gelegde beslagen te gelasten, althans voor zover zulks het, in goede justitie te bepalen evenredig gedeelte van de dwangsom in verhouding tot het deel van de prestatie waarvan de uitvoering niet heeft plaatsgevonden, te boven gaat, zulks op straffe van een dwangsom van f 100 000 per dag.

Nadat [X] c.s. tegen de vorderingen verweer hadden gevoerd, heeft de Rechtbank bij vonnis van 30 januari 1991 Plaats BV bevolen de aangevangen executie te staken en alle overige vorderingen afgewezen.

Tegen dit vonnis hebben [X], de beide Stiftungen en Plaats BV hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te Amsterdam, waarna HFD incidenteel hoger beroep heeft ingesteld.

Daarbij heeft HFD haar eis vermeerderd en gevorderd: primair:

(1) te verklaren voor recht dat HFD reeds door de verstreking van de op 25 juli 1989 aan [X] c.s. toegezonden overzichten, geheel, althans zodanig heeft voldaan aan de onder f gegeven beslissing van het vonnis van de Kantonrechter op 26 mei 1989 onder rolnummer 3438/87 gewezen, dat zulks geen deugdelijke grond oplevert voor [X] c.s. om het innen van dwangsommen te rechtvaardigen;

(2) [X] c.s. ieder voor zich te bevelen de aangevangen executie te staken, respectievelijk achterwege te laten, zulks op straffe van een dwangsom van f 100 000 per dag;

(3) [X] c.s. ieder voor zich te veroordelen tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan HFD te betalen f 909 236,38, te vermeerderen met de wettelijke rente met ingang van 7 november 1991 over f 787 048,70, met ingang van 20 november 1991 over f 82 064,43, met ingang van 30 november 1991 over f 23 079,71 en met ingang van 17 december 1991 over f 17 043,38, telkens tot op de dag van de betaling.

subsidiair: (...)

Bij arrest van 17 december 1992 heeft het Hof Plaats BV niet-ontvankelijk verklaard in haar beroep en het bestreden vonnis, voor zover aan zijn oordeel onderworpen, vernietigd. In zoverre opnieuw rechtdoende heeft het Hof voor recht verklaard dat HFD door de verstreking van de op 25 juli 1989 aan [X] c.s. toegezonden overzichten zodanig aan het vonnis van de Kantonrechter, op 26 mei 1989 onder rolnummer 3438/87 gewezen, heeft voldaan, dat zulks geen deugdelijke grond oplevert voor [X] c.s. om het innen van dwangsommen te rechtvaardigen. Voorts heeft het Hof [X] en de beide Stiftungen bevolen ieder voor zich de op grond van dit vonnis van de Kantonrechter aangevangen executie van dwangsommen te staken respectievelijk achterwege te laten, zulks op straffe van een dwangsom van f 100 000 per dag, en [X] en de beide Stiftungen veroordeeld aan HFD te betalen f 909 236,38, vermeerderd met de wettelijke rente zoals omschreven in de memorie van grieven, en het meer of anders gevorderde afgewezen.

(...)

3. Beoordeling van de ontvankelijkheid van Plaats BV in haar beroep

Het Hof heeft Plaats BV niet-ontvankelijk verklaard in haar hoger beroep. Nu in cassatie geen klachten zijn aangevoerd tegen deze beslissing, is Plaats BV niet-ontvankelijk in haar cassatieberoep.

4. Beoordeling van het middel

4.1. Deze zaak betreft een executiegeschil waarin het gaat om de vraag of HFD al of niet heeft voldaan aan

een door de Kantonrechter te Amsterdam bij vonnis van 26 mei 1989 uitgesproken veroordeling en of HFD in verband daarmee dwangsommen heeft verbeurd.

In de aan genoemd vonnis voorafgaande procedure hebben [X] c.s. aanspraak gemaakt op provisiebetaling ter zake van kort voor en na het einde van de agentuurovereenkomst (1 januari 1988) gesloten en door HFD niet verantwoorde advertentiecontracten.

In het kader van deze aanspraak hebben zij gevorderd dat HFD een door een registeraccountant voor akkoord getekend overzicht overlegt van alle opdrachten die zij tot 1 januari 1988 heeft ontvangen en niet aan [X] c.s. heeft bevestigd, voorts van alle opdrachten die zij heeft ontvangen in de periode van 1 januari 1988 tot 15 februari 1988. Tevens hebben zij overlegging gevorderd van een overzicht van tot 1 januari 1988 van of via Connections ontvangen orders voor zover niet reeds provisie aan hen is voldaan, voorts van per 1 januari 1988 voorbereide orders. Aan de hand van deze overzichten wilden [X] c.s. het bedrag van hun aanspraak berekenen.

De Kantonrechter heeft de in de vorige alinea vermelde vorderingen toegewezen en HFD veroordeeld de bedoelde overzichten, voor akkoord ondertekend door een registeraccountant, binnen twee maanden na de dag van de uitspraak aan [X] c.s. over te leggen, op verbeurde van een dwangsom van f 1000 per dag.

HFD heeft binnen de in het vonnis genoemde termijn een drietal overzichten, met drie brieven van een registeraccountant, aan [X] c.s. doen toekomen.

[X] c.s. hebben op 22 januari 1990 executoriale beslagen gelegd tot verhaal van volgens hen door HFD verschuldigde dwangsommen.

HFD heeft vervolgens de hiervoor onder 1 omschreven vorderingen ingesteld, die door het Hof in hoger beroep zijn toegewezen.

4.2. Het Hof heeft in rov. 5.11 geoordeeld dat het verstrekken van de overzichten ten doel had het [X] c.s. mogelijk te maken hun provisie-aanspraken jegens HFD te berekenen. Het heeft geoordeeld dat de bewoordingen van de door de Kantonrechter uitgesproken veroordeling ruimte voor een verschillende interpretatie van de inhoud van het gebod openlaten. Het heeft daarin aanleiding gezien in het onderhavige geval de draagwijdte van het gebod beperkt uit te leggen en derhalve alleen dan een inbreuk op de veroordeling aan te nemen, indien een zodanige inbreuk - gelet op het belang van [X] c.s. waarvoor het gebod is gegeven - in ernst niet kan worden betwijfeld. Het Hof heeft dit aldus samengevat dat, indien een verschillende interpretatie van het gebod denkbaar en verdedigbaar is, het Hof ten gunste van de lezing van HFD zal beslissen, tenzij het belang van [X] c.s. om hun provisie-aanspraken te kunnen berekenen - naar ook HFD had moeten begrijpen - de doorslag behoort te geven.

4.3. Onderdeel I.1 van het middel bestrijdt rov. 5.11 met een rechtsklacht en een motiveringsklacht.

De bestreden rechtsoverweging moet aldus worden begrepen dat het Hof daarin een uitleg heeft gegeven van de door de Kantonrechter uitgesproken veroordeling van HFD om iets te doen. Bij het geven van deze uitleg

heeft het het doel en de strekking van de veroordeling tot richtsnoer genomen in dier voege dat de veroordeling niet verder strekt dan tot het bereiken van het daarmee beoogde doel. Dit heeft het Hof ertoe gebracht de draagwijdte van het gebod in de hier aangegeven zin beperkt op te vatten.

Aldus oordelend heeft het Hof een juiste maatstaf bij de uitleg van de veroordeling aangelegd. Die uitleg zelf kan, als voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt, in cassatie niet op juistheid worden getoetst, is niet onbegrijpelijk en voldoende gemotiveerd.

4.4. Onderdeel I.2, dat is gericht tegen rov. 5.12, mist feitelijke grondslag voor zover het ervan uitgaat dat het Hof daarin heeft geoordeeld dat in het door het Hof bedoelde geval de executierechter de dwangsom kan verminderen of opheffen dan wel het verbeuren daarvan kan matigen of tenietdoen. Rov. 5.12 heeft slechts betrekking op de vraag of al dan niet dwangsommen zijn verbeurd.

Voor het overige kan het onderdeel evenmin tot cassatie leiden. De beantwoording van de vraag of dwangsommen zijn verbeurd, dient in een geval als het onderhavige plaats te vinden door een toetsing van de ter uitvoering van het veroordelend vonnis verrichte handelingen aan de inhoud van de veroordeling, zoals deze door uitleg moet worden vastgesteld.

Het Hof geeft geen blijk dit te hebben miskend. Weliswaar spreekt het van geringe afwijkingen van de veroordeling, maar het heeft hier kennelijk geringe afwijkingen van de letterlijke tekst van de veroordeling op het oog, die, indien getoetst aan de veroordeling zoals naar haar strekking opgevat, geen grond opleveren voor het oordeel dat dwangsommen zijn verbeurd. Het stond het Hof vrij bij zijn uitleg van de veroordeling maatstaven van redelijkheid en billijkheid te hanteren.

4.5. Onderdeel I.3 mist naast de onderdelen I.1 en I.2 zelfstandige betekenis. Het daarin aangevoerde brengt geen verandering in de beoordeling van de voorafgaande onderdelen.

4.6. Voor zover de onderdelen II tot en met VII op onderdeel I voortbouwen, moeten zij het lot daarvan delen. Ook voor het overige kunnen de daarin aangevoerde klachten niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 101a RO, geen nadere motivering, nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

5. Beslissing

De Hoge Raad:

verklaart Plaats BV niet-ontvankelijk in haar beroep; verwerpt het door [X] en de beide Stiftungen ingestelde beroep;

veroordeelt [X] c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van HFD begroot op f 7057,20 aan verschotten en f 3000 voor salaris.

**Conclusie Advocaat-Generaal Vranken
Inzet van het geschil in cassatie**

1. De onderhavige zaak betreft een executiegeschil over de vraag of het Dagblad zijn met een dwangsom versterkte veroordeling om aan [X] c.s. bepaalde financiële overzichten te verschaffen, is nagekomen. In het bijzonder onderdeel I van het cassatiemiddel stelt enkele principiële kwesties aan de orde, zoals de bij de uitleg door de executierechter te hanteren maatstaf en de vraag of indien de veroordeelde slechts op geringe punten het bevel niet is nagekomen, de redelijkheid en billijkheid kan worden gehanteerd als argument om het verbeurd zijn van dwangsommen niet gerechtvaardigd te achten.

Relevante feiten en procesverloop

2. De in deze zaak vaststaande feiten zijn - in appel onbestreden - opgenomen in r.o. 1 sub a t/m e van het rechtbank-vonnis. Zij beslaan 4 bladzijden. Het hof heeft in appel de feiten en het procesverloop nog eens kort samengevat in r.o. 5.1 t/m 5.8. Ik moge daarnaar verwijzen en mij op deze plaats beperken tot enkele hoofdpunten.

3. Tussen [X] en het Dagblad heeft gedurende een veertigtal jaren een agentuurovereenkomst bestaan die [X] in Nederland het alleenrecht gaf tot het sluiten van advertentiecontracten voor het Dagblad. De overeenkomst is door het Dagblad beëindigd per 1 januari 1988.

4. [X] c.s. hebben daarop bij de kantonrechter betaling gevorderd van een bedrag van ongeveer 47 miljoen gulden, alsmede een declatoir dat zij gerechtigd zijn tot de normale provisies over bepaalde, in de stukken nader omschreven advertenties en opdrachten. Aan de verklaring voor recht was op straffe van een dwangsom verbonden de vordering tot het verschaffen van door een register-accountant voor accoord ondertekende financiële overzichten.

5. De onderhavige zaak heeft alleen betrekking op deze overzichten (Ook voor andere aspecten van het geschil hebben partijen al tot en met de Hoge Raad geprocedeerd: zie HR 13 november 1992, NJ 1993, 667.). Ik citeer de relevante beslissing van de kantonrechter onder f van zijn vonnis van 26 mei 1989 (CvA, prod. 1; MvA en MvG inc. appel, prod. 1), waarbij voor gedaagde gelezen moet worden het Dagblad en voor eisers sub 1 en 2 resp. [X] en de twee Stiftungen:

"Gedaagde wordt veroordeeld om binnen twee maanden na de dag van deze uitspraak aan eisers sub 1 en 2 overzichten over te leggen als hiervoor onder 9, 11, 14 en 16 aangeduid, welke overzichten voor akkoord dienen te zijn ondertekend door een register-accountant, verbonden aan het kantoor Klijnveld, Kraayenhof en Co., op verbeurde van een dwangsom van f 1000 voor iedere dag of gedeelte daarvan gedurende welke gedaagde niet aan deze veroordeling zou voldoen (onderdelen 9,11, 14 en 16)."

6. Het Dagblad heeft binnen de door de kantonrechter gestelde termijn van twee maanden enkele overzichten met begeleidende brieven van de accountant (hierna: KPMG) aan [X] c.s. doen toekomen. [X] c.s. hebben de overzichten en brieven voorzover betrekking hebbend op de onderdelen 9 en 16 als een onvolledige en niet toereikende nakoming van het bevel van de kantonrechter aangemerkt en uit dien hoofde aanspraak

gemaakt op de dwangsommen. Op 22 januari 1990 hebben zij executoriaal derdenbeslag gelegd onder de ABN en de Postbank.

7. Het executoriaal derdenbeslag is het begin geweest van een serie procedures tussen partijen over de kwestie van de overzichten. Er is/wordt gestreden op drie fronten:

a. een executiegeschil op vordering van het Dagblad tot het staken van de executie van de dwangsommen. De President heeft deze vordering op 15 februari 1990 toegewezen totdat de kantonrechter in een binnen een week door het Dagblad aan te spannen procedure op de voet van art. 611d Rv zal hebben beslist (prod. CvE). In hoger beroep is de vordering bij arrest van 18 april 1991 alsnog afgewezen behalve voorzover het betreft Plaats BV (prod. 17 MvG).

b. Inmiddels was op 22 februari 1990 de art. 611d Rv-procedure bij de kantonrechter gestart. De kantonrechter heeft in die procedure de beslissing aangehouden totdat in het onderhavige executiegeschil onherroepelijk zal zijn beslist (vonnis van 21 juni 1991, overgelegd als prod. 20 MvG). Zijn op zichzelf juiste overweging - zie HR 21 juni 1991, NJ 1991, 725 (Minquell/Demmenie) - is geweest dat aan de vraag of een eventuele niet-voldoening te wijten is aan onmogelijkheid in de zin van art. 611d Rv, vooraf gaat de vraag of het Dagblad aan zijn veroordeling voldaan heeft. Deze laatste vraag is onderwerp van het onderhavige executiegeschil. Een voorlopige voorzieningen-procedure tot opheffing van de dwangsom heeft de kantonrechter afgewezen bij vonnis van 27 september 1991 (prod. 4 MvA, MvG inc. appel).

c. het onderhavige executiegeschil, ingesteld op de voet van art. 435 (oud) Rv door het Dagblad bij de rechtbank. De vordering is een tweeledige: een verklaring voor recht dat het Dagblad met de verstrekte overzichten geheel, althans (grotendeels) voldaan heeft aan het hiervoor geciteerde bevel van de kantonrechter, alsmede een bevel tot het algeheel, althans naar evenredigheid met het niet nagekomen deel van het bevel, staken van de executie en opheffen van de beslagen.

8. De rechtbank heeft alle vorderingen afgewezen, behalve die tegen Plaats BV, die veroordeeld is de executie van de dwangsommen te staken. In appel heeft het hof, na Plaats BV niet-ontvankelijk te hebben verklaard, het vonnis van de rechtbank vernietigd en voor recht verklaard dat het Dagblad met de toegezonden overzichten en de brieven van KPMG zodanig voldaan heeft aan het vonnis van 26 mei 1989 dat "zulks geen deugdelijke grond oplevert voor [X] c.s. om het innen van de dwangsommen te rechtvaardigen". Voorts heeft het hof [X] en de Stiftungen bevolen de executie van de dwangsommen te staken en de reeds geëxecuteerde dwangsommen van ruim f 900 000 terug te betalen.

9. Het is van deze beslissing dat [X], de Stiftungen en Plaats BV in cassatie zijn gekomen met een uit 7 onderdelen bestaand middel. Het beroep is tijdig ingesteld. Het Dagblad heeft tot verwerping geconcludeerd. Elk der partijen heeft haar standpunt schriftelijk uitvoerig doen toelichten. Er is gere- en dupliceerd.

Ontvankelijkheid Plaats BV.

10. Aangezien in cassatie geen klachten zijn aangevoerd tegen de beslissing van het hof omtrent de niet-ontvankelijkheid van Plaats BV in appel, dient deze vennootschap ook in cassatie niet-ontvankelijk te worden verklaard.

Bespreking van het cassatiemiddel

11. De inleidende dagvaardingen in de onderhavige zaak zijn betekend vóór de inwerkingtreding van het nieuwe recht op 1 januari 1992, waarbij ook de regeling omtrent executiegeschillen is herzien. Onder meer is art. 435 (oud) Rv bij die gelegenheid geschrapt en opgegaan in het huidige art. 438 Rv. (PG wijz. Rv, p. 87 jo p. 79/81 en p. 93/102, met name p. 94/5). Ingevolge art. 15 OW II in verbinding met art. 16-27 OW II is op het onderhavige executiegeschil nog steeds het oude recht van toepassing. Zie ook HR 3 april 1992, NJ 1992, 426 (Staat/Meyer).

Onderdeel I.1: de uitlegmaatstaf

12. Het hof heeft in r.o. 5.11 uitdrukkelijk de maatstaf geformuleerd aan de hand waarvan het beoordeelt of het Dagblad met de verstrekte overzichten heeft voldaan aan het bevel van de kantonrechter. Daartoe heeft het overwogen dat de rechtsoverwegingen 9 en 16 van het vonnis van de kantonrechter in meer algemene termen zijn geformuleerd en ruimte laten voor een verschillende interpretatie. Vervolgens heeft het hof overwogen dat de overzichten er toe strekken om het [X] c.s. mogelijk te maken hun provisie-aanspraken te berekenen en dat, gerelateerd aan deze provisie-aanspraken de dwangsommen tot een aanzienlijk bedrag kunnen oplopen.

"Dit alles geeft in het onderhavige geval aanleiding de draagwijdte van het gebod beperkt uit te leggen en derhalve alleen dan een inbreuk op de veroordeling van de kantonrechter aan te nemen indien een zodanige inbreuk - gelet op het belang van [X] c.s. waarvoor het gebod is gegeven - in ernst niet kan worden betwijfeld. Dit komt er op neer dat, indien een verschillende interpretatie van het gebod denkbaar en verdedigbaar is, het hof ten gunste van de lezing van HFD zal beslissen tenzij het belang van [X] c.s. om hun provisie-aanspraken te kunnen berekenen - naar ook HFD had moeten begrijpen - de doorslag behoort te geven."

13. Onderdeel I.1 bestrijdt deze overweging met de klacht dat het hof zijn taak als executierechter heeft miskend. Kort samengevat betoogt het dat de executierechter de juiste c.q. meest aannemelijke lezing van het bevel moet vaststellen en dat hij daarbij geen voorrang mag toekennen aan elke (nog) denkbare en verdedigbare uitleg van de veroordeelde. De slechts bij wijze van uitzondering geformuleerde verwijzing naar de ratio van de veroordeling maakt dit niet anders. Voorts vraakt het onderdeel de door het hof voor zijn uitlegmaatstaf geformuleerde gronden, te weten de hoogte van de dwangsommen in verhouding tot de waarde van de provisie, alsmede 's hofs kwalificatie van het bevel als in meer algemene termen omschreven en dan ook poly-interpretabel. Volgens [X] c.s. ligt het eerste in wezen van een dwangsomveroordeling besloten en is het tweede onjuist althans onbegrijpelijk.

14. De uitlegmaatstaf van het hof lijkt sterk te zijn geïnspireerd door HR 3 januari 1964, NJ 1964, 445 (Lexington) en HR 18 februari 1966, NJ 1966, 208 (Klokkenspel). Het Lexington-arrest betrof een verbod naar aanleiding van een merkinbreuk. Een dergelijk verbod behoeft zich niet te beperken tot een verbod op herhaling in dezelfde vorm, aldus de Hoge Raad, maar het kan zich bij een dreiging van inbreuk in andere vormen ook daartoe uitstreken. Meestal zullen deze andere vormen niet precies te voorzien zijn. Het gevolg hiervan is dat het verbod noodgedwongen in meer algemene termen moet luiden. Dat mag, mits het voldoende afgebakend is. Of hieraan is voldaan, is een kwestie van uitleg. In dit verband overwoog de Hoge Raad, dat

"... een redelijke uitlegging van een verbod als het onderhavige meebrengt de draagwijdte daarvan beperkt te achten tot handelingen, waarvan in ernst niet kan worden betwijfeld, dat zij, mede gelet op de gronden waarop het verbod werd gegeven, inbreuken, als door den rechter verboden, opleveren".

15. In het Klokkenspel-arrest - het geval betrof een verbod om zich anders dan binnen verenigingsverband zodanig over de vereniging of haar bestuursleden uit te laten dat bij derden twijfel kon worden gewekt aan hun integriteit of objectiviteit - is deze overweging vrijwel letterlijk herhaald. Alleen is de zinsnede "mede gelet op de gronden waarop het verbod is gegeven" vervangen door "mede gelet op het belang tegen aantasting waarvan het beroep is gegeven".

16. De restrictieve interpretatieregule van het "in ernst niet kunnen betwijfelen" is voorts nog gehanteerd in HR 27 juni 1969, NJ 1969, 365 (Jena) over een verbod tot merkinbreuk en in HR 29 maart 1985, NJ 1985, 592 (Konsumenten Kontakt/Electrorama) over een verbod de eigen verkoopprijzen te vergelijken met irreëel hoge adviesprijzen. Hetzelfde doet A-G Koopmans in zijn conclusie voor HR 9 juli 1990, NJ 1991, 215 ad cassatie onderdeel 3.1. De Hoge Raad gaat er niet op in, maar beperkt zich tot een toetsing in concreto van het oordeel van de lagere rechter. Ook in andere gevallen stelt hij zich meestal zo op, waarbij het oordeel van de lagere rechter als in beginsel feitelijk heeft te gelden. Zie o.m. HR 14 oktober 1988, NJ 1989, 36 over een verbod tot het gebruik van het merk of de handelsnaam Caterpillar; HR 18 oktober 1991, NJ 1992, 4 over een verbod betreffende een concurrentiebeding, en Onrechtmatige Daad II B (Van Nispen), nr. 216I en 219.

17. In de literatuur is omstreden of de restrictieve interpretatieregule voor alle verboden geldt dan wel alleen voor verboden die in algemene termen zijn vervat. Van Nispen, Het rechterlijk verbod en bevel, 1978, p. 426 verdedigt het laatste - zij het dat zijn standpunt moet worden gezien tegen de achtergrond dat hij de regel eigenlijk helemaal afwijst (t.a.p., p. 435/6) -, evenals A-G Asser in zijn conclusie voor HR 14 oktober 1988, NJ 1989, 36 en G.J. Scholten in zijn noten onder de arresten Lexington en Klokkenspel. Twee recensenten van het proefschrift van Van Nispen, te weten Pels Rijcken in WPNR 5595 (1982), p. 92/3 en Schenk in RM Themis, 1979, p. 317 achten daarentegen de regel op alle

rechterlijke verboden van toepassing. Beiden doen dat mede ter beantwoording van de door Van Nispen geuite kritiek op de rechtspraak van de Hoge Raad. Van Nispen meent dat deze rechtspraak tot niet te rechtvaardigen verschillen aanleiding geeft. Onder meer wijst hij er op dat bij een algemeen verbod de veroordeelde vrijwel altijd een deskundige zal weten te vinden die van mening is dat de gevolgde wijze van nakoming van het verbod geen overtreding oplevert. Kan de rechter dan nog oordelen dat "in ernst niet betwijfeld kan worden" dat de gevolgde wijze wél een inbreuk oplevert? Pels Rijcken en Schenk delen deze kritiek, maar in plaats van om die reden de interpretatieregels te verwerpen, zoals Van Nispen doet, bepleiten zij een algemene gelding ervan voor alle rechterlijke verboden. Pels Rijcken is hierin het meest uitgesproken. Voor hem telt hierbij overigens ook zwaar het argument dat het onderscheid tussen in algemene termen en niet in algemene termen geformuleerde verboden nauwelijks te maken is, waardoor de met de regel beoogde rechtszekerheid zijns inziens al meteen ondergraven is. Oudelaar, Civielrechtelijke executiegeschillen, diss. 1992 laat zich over de hier beschreven controverse niet uit.

18. Hoe te oordelen? Voorop dient te staan dat in beginsel een verbod - of, zoals in het onderhavige geval, een bevel - met zoveel mogelijk precisie omschreven moet worden. Vast staat echter dat dit in een aantal gevallen niet kan. Men kan dan twee wegen volgen. De eerste is dat men toch zoveel mogelijk precisie eist en op voorhand voor lief neemt dat ten aanzien van alle niet door het verbod bestreken gedragingen steeds opnieuw de rechter moet worden ingeschakeld om een verbod af te dwingen. In deze benadering vermijdt men executiegeschillen, maar lokt men nieuwe verbodsprocedures uit. De tweede weg is dat men in algemene termen opgelegde verboden wel accepteert. Dan echter gebeurt het omgekeerde: men vermijdt nieuwe verbodsprocedures, maar de prijs hiervoor is een toename van het aantal executiegeschillen.

19. De Nederlandse rechter heeft voor de tweede weg gekozen, zij het met beperkingen. Die beperkingen zijn gericht op het indammen van het gevaar van teveel executiegeschillen. Dit gebeurt enerzijds door zekere bepaalbaarheidseisen te stellen aan algemeen geformuleerde verboden - zie reeds het Lexington-arrest en voorts o.m. HR 12 december 1975, NJ 1976. 495, alsook meer in het algemeen Onrechtmatige Daad II B (Van Nispen), nr. 216I -, anderzijds door een maatstaf aan te reiken om te kunnen bepalen hoe ver een algemeen verbod in ieder geval niet strekt. De maatstaf staat partijen zelf ten dienst en als zij er niet uitkomen de executie- of dwangsomrechter.

Daarnaast is de maatstaf ook richtsnoer voor derden, bijvoorbeeld bij het profiteren of uitlokken van overtreding van een rechterlijk verbod of bevel.

20. Ik zou dit willen aanmerken als de ratio van de restrictieve interpretatieregels van het Lexington-arrest: de algemeenheid van het verbod wordt getemperd door een uitleg die de executant niet toestaat op alle slakken zout te leggen. Een andere opvatting zou de veroor-

deelde iedere manoeuvreerruimte ontnemen en dat zou onredelijk zijn. Die onredelijkheid speelt niet bij een concreet verbod, omdat de veroordeelde dan (beter) weet waar hij aan toe is.

Ik teken hierbij het volgende aan. A-G Asser heeft in zijn conclusie voor HR 14 oktober 1988, NJ 1989, 36 opgemerkt dat de Lexington-regel aansluit bij de praktijk, omdat "een executierechter bij serieuze twijfel of een gedraging valt onder een in algemene termen vervat verbod al min of meer van nature geneigd zal zijn geen verbodsschending aan te nemen". Ik zeg hem dit graag na, maar heb mij afgevraagd of deze neiging-van-nature niet een interpretatiecanon is die altijd geldt. Bij interpretatie gaat het immers altijd om het vaststellen van de redelijke zin van het verbod of bevel. Daartoe kan behoren een zekere beoordelingsmarge bij oprechte, ernstige twijfel.

Toch aarzel ik, omdat hoe concreter het verbod of bevel is hoe minder beoordelingsmarge aan de veroordeelde toekomt. Alleen een uitleg die apert onredelijk is of die tot een zinledige of overbodige prestatie zou dwingen, zal hij naast zich neer kunnen leggen, maar dit hoeft niet hetzelfde te zijn als ernstige twijfel.

21. Hiervan uitgaande rijst de vraag hoe algemeen een verbod of bevel moet zijn geformuleerd wil de restrictieve interpretatieregels toepasselijk zijn. Pels Rijcken heeft, als gezegd, betoogd dat deze vraag niet te beantwoorden is. In abstracto kan dit inderdaad niet, maar moet dat ook? Mij lijkt van niet, omdat de rechter meestal niet kan volstaan met te zeggen dat een verbod of bevel algemeen luidt of niet. Behalve wanneer het voor zich spreekt of wanneer de stellingen van partijen daartoe geen aanleiding geven, zal hij zijn oordeel moeten motiveren. In cassatie kan dit getoetst worden, beperkt weliswaar in verband met het grotendeels feitelijke karakter ervan, maar toch. Om een voorbeeld te noemen: het zal niet zo kunnen zijn dat uit de enkele omstandigheid dat een verbod of bevel aanleiding geeft tot interpretatie, al kan worden geconcludeerd tot de kwalificatie "algemeen". Interpretatiekwesies doen zich ook bij concrete verboden voor. Wat dit betreft is er geen verschil met de uitleg van wetteksten. Ook die kunnen op zeker ogenblik niet vermoede interpretatieverschillen oproepen, maar dit feit alleen rechtvaardigt nog niet om te spreken van een vage norm.

22. In het onderhavige geval heeft het hof het bevel van de kantonrechter aangemerkt als "in meer algemene termen" geformuleerd en "dan ook" ruimte latend voor verschillende interpretaties. [X] c.s. hebben deze kwalificatie als onjuist, althans als onbegrijpelijk bestreden in onderdeel I.1. Ik meen dat hun klacht terecht is. Ik grond dit oordeel op:

a. de tekst van het bevel, zoals omschreven in het vonnis van de kantonrechter (dictum jo r.o. 9 en 16);
b. de wijze waarop het Dagblad in deze procedure geantwoord heeft op de bezwaren van [X] c.s. tegen de verschafte overzichten.

23. Ad a: De kantonrechter heeft in zijn vonnis van 26 mei 1989 geschilpunt voor geschilpunt afgedaan. In r.o. 9 heeft hij beslist over uit hoofde van de agentuurovereenkomst niet-verantwoorde opdrachten en in r.o. 16

over van of via Connections ontvangen en voorbereide opdrachten. De desbetreffende overwegingen en het daarop aansluitende dictum lezend, kan ik niet inzien wat hieraan algemeen is. Het begrip "overzicht" is op zichzelf duidelijk, evenals het begrip "opdracht" voor advertentiecontracten. Ook over de met name genoemde bronnen van deze opdrachten kan geen misverstand bestaan: de agentuurovereenkomst en de opdrachten van of via Connections. Hetzelfde geldt m.i. voor de eis dat een register-accountant de overzichten voor accoord moet ondertekenen. Zeker in verband met de bestaande Gedrags- en beroepsregels voor accountants acht ik deze eis voldoende bepaalbaar en duidelijk. Dat partijen er desondanks langdurig over hebben gediscussieerd, is veroorzaakt door de wijze waarop KPMG de accoordverklaring tot uitdrukking heeft gebracht. Duidelijk is voorts dat het moet gaan om door het Dagblad aan [X] c.s. - in verband met de provisiebetaling - nog niet verantwoorde orders. Er is een termijn genoemd van "tot 1 januari 1988" en (r.o. 9) "van 1 januari 1988 tot 15 februari 1988". De laatste termijn is niet voor tweeërlei uitleg vatbaar, de eerste wel, althans qua begintijdstip. Maar is dit voldoende om daarmee het bevel als "in algemene termen omschreven" aan te merken? Wat mij betreft geenszins. Algemeen zou het bevel geweest zijn indien de kantonrechter bijvoorbeeld zou hebben overwogen dat het Dagblad zodanige gegevens aan [X] c.s. moet verschaffen dat deze in staat zijn hun (nog niet gehonoreerde) provisieaanspraken te berekenen. Dat heeft de kantonrechter evenwel niet gedaan. Hij is veel concreter en precieser geweest. Natuurlijk kan men alles wel algemeen of onduidelijk vinden. Maar het gaat niet om subjectieve gevoelens of meningen. beslissend is wat een objectieve buitenstaander redelijkerwijs als de inhoud van het bevel kan opvatten.

24. Ad b: Ook de wijze waarop het Dagblad in de procedure geantwoord heeft op de klachten van [X] c.s. omtrent de verschafte overzichten, ondersteunt de door het hof gegeven kwalificatie van het bevel niet. Steeds opnieuw heeft het Dagblad aangevoerd, kort gezegd, dat het geen overzichten als door de kantonrechter bevolen kon verstrekken, omdat de daarop te vermelden gegevens niet voor de accountants controleerbaar in zijn administratie waren vermeld, waardoor dezen geen goedkeurende verklaring konden afgeven, terwijl het toch op die verklaring aankwam.

Het aantal passages in de stukken waaruit dit blijkt, is te omvangrijk om hier alle vermeld te worden. Ik beperk mij tot de meest sprekende.

Eerste aanleg: CvR, nr. 16 (ingangdatum overzichten tot 1 januari 1988), nr. 17 (opdrachten of contracten), nr. 23 (overzichten Connections) en met name pleitnota Dagblad, p. 4, p. 5, p. 7/8, p. 8 i.f., p. 9 (alleen niet bevestigde opdrachten), p. 10 (uitbreidingen) en p. 13 midden: het enige dat aan de overzichten werkelijk van belang is, is dat zij door de accountants zijn goedgekeurd, alsmede p. 13 i.f. jo p. 14/15: het Dagblad stelt zich op het standpunt dat de mening van de accountants doorslaggevend is.

Weezenbeek c.s. hebben de stellingen van het Dagblad ook in deze zin gelezen (o.m. pleitnota [X] c.s., p. 5 midden).

Appel: MvA, p. 3/4, p. 9 en p. 12, 13 en 14 resp. betreffende de incidentele grieven 1, 2 en 3. Zie voorts prod. 6 MvA (een brief van KPMG d.d. 10 april 1991), p. 1 laatste drie alinea's en p. 2. Uit de pleitnota Dagblad, p. 34 wordt op soortgelijke wijze als in de pleitnota in eerste aanleg (p. 13 jo 14/15) de positie van de accountants beslissend geacht: door hun goedkeurend oordeel te verbinden aan de overzichten gaven de accountants te kennen dat deze voldaan aan het bevel van de kantonrechter, aldus het Dagblad (p. 4 midden).

Ik verwijs in dit verband ook naar de bij MvA, incidentele MvG door het Dagblad overgelegde nieuwe overzichten: inhoudelijk beantwoorden zij volgens het Dagblad beter aan het bevel dan de eerdere overzichten, maar zij konden niet worden voorzien van een goedkeurende accountantsverklaring.

25. De opstelling van het Dagblad is niet ingegeven door problemen die het gevolg zijn van een te algemeen geformuleerd bevel. De problemen vloeien veeleer voort uit de volgens het Dagblad onverenigbaarheid van de twee elementen van het bevel, te weten de inhoud van het overzicht en de goedkeurende verklaring van de accountants. Het een kon niet samen met het ander. Een dergelijk dilemma duidt op onmogelijkheid in de zin van art. 611d Rv. Zo ook het hof op de enige plaats in zijn arrest waarin het refereert aan de stellingname van het Dagblad op dit punt (r.o. 5.18). In dezelfde zin HR 14 mei 1976, NJ 1977, 375, waarin geoordeeld is dat wanneer de veroordeelde bij de nakoming afhankelijk is van een derde en deze derde niet meewerkt of niet kan meewerken, de veroordeelde zich op art. 611b lid 2 (oud) Rv - thans art. 611d Rv - kan beroepen. Voor meer gegevens Burgerlijke Rechtsvordering (Jansen), ad art. 611d, aant. 2.

Ik noem in dit verband tevens het eigen standpunt van het Dagblad in de art. 611d Rv-procedure, onder meer in de antwoord-akte (prod. 19 MvG), waar met een verwijzing naar de brief van de accountants van 10 april 1991 uit het feit dat op de door de kantonrechter bevolen overzichten geen goedkeuring kon worden verkregen, de conclusie wordt getrokken dat sprake is van onmogelijkheid. Anders gezegd: dezelfde argumenten die in de onderhavige procedure gehanteerd worden voor de stelling dat aan de veroordeling is voldaan, zijn in de art. 611d Rv-procedure - inclusief de voorlopige voorzieningen-procedure (hierboven nr. 7 sub b) - aanleiding voor een beroep op onmogelijkheid. Zie voorts de Toelichting, nr. 22 en Dupliek, nr. 2 van het Dagblad in cassatie. Over de daarin aangesneden verhouding tussen onmogelijkheid en redelijke uitleg, kom ik in nr. 34-36 te spreken.

26. Het hof heeft zijn beslissing dat in het onderhavige geval sprake is van een "in algemene termen omschreven" bevel niet gemotiveerd. In het licht van de hiervoor weergegeven gedingstukken is deze kwalificatie zonder nadere toelichting niet begrijpelijk. Daarmee ontvalt tevens de grondslag aan de beslissing van het hof de restrictieve interpretatieregels toepasselijk te ach-

ten. Althans en in ieder geval is bij een bevel als het onderhavige de door het hof op voorhand en in algemene zin uitgesproken voorrang van de interpretatie van het Dagblad boven die van [X] c.s. niet gerechtvaardigd.

Nog afgezien van de vraag of uit het Lexington-arrest wel een voorrangregel als door het hof verwoord, voortvloeit. Ik ben er bepaald huiverig voor zo'n regel aan te nemen. Zie in dit verband ook HR 28 april 1989, NJ 1990, 583 (Liszky/Harman) over de contra preferentem-regel bij de uitleg van algemene voorwaarden, waaruit eveneens van een terughoudende opstelling blijkt.

27. Onderdeel I.1 acht ik derhalve terecht voorgesteld. Dat het hof de toepasselijkheid van de restrictieve interpretatieregel voorts heeft doen steunen op de wanverhouding tussen dwangsommen en de waarde van de nog te verrichten prestaties, behoeft bij deze stand van zaken geen afzonderlijke bespreking meer.

Onderdeel I.2: beperkende werking van redelijkheid en billijkheid bij dwangsomveroordelingen

28. In r.o. 5.12 heeft het hof als tweede regel vooropgesteld dat zich nog het geval kan voordoen dat weliswaar door het Dagblad niet volledig aan het bevel van de kantonrechter is voldaan, maar dat de afwijking - in aanmerking genomen de strekking van het bevel - zo gering of van zo geringe aard is dat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen deugdelijke grond kan opleveren om het verbeurd zijn van dwangsommen te rechtvaardigen. Het hof past de regel toe in r.o. 5.22, 5.24, 5.32, 5.33, 5.34 en 5.40.

29. [X] c.s. bestrijden de regel in onderdeel I.2 als rechtens onjuist c.q. in strijd met de taak van de executierechter, althans als onvoldoende gemotiveerd. De klacht voert naar (tenminste) twee probleemvelden. Het eerste betreft de bevoegdheidsafbakening tussen dwangsom- en executierechter, het tweede de verhouding tussen de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid en de onmogelijkheid van art. 611d Rv. Beide probleemvelden vallen slechts ten dele samen. Het onderhavige geval bevindt zich precies op het snijvlak.

30. De taak van een executierechter is een beperkte. Het wettelijk stelsel is gebaseerd op het uitgangspunt dat de tenuitvoerlegging van een executorialie titel zo min mogelijk moet worden belemmerd. Aldus met zoveel woorden HR 6 januari 1989, NJ 1989, 387 (Doopsgezind Verzorgingshuis). Er zijn een paar gronden waarop hij zich met de executie van een vonnis mag inlaten. De bekendste is misbruik van bevoegdheid. Daarvan is o.m. sprake wanneer het vonnis klaarblijkelijk op een juridische of feitelijke misslag berust.

Uitgebreid hierover - alsmede over enkele andere gronden waarop de executierechter zich met vonnissen moet of kan inlaten - met name Oudelaar, *Civielrechtelijke executiegeschillen*, diss. 1992, p. 272-324 (272-275, 307-310, 319), met verwijzing naar de in deze relevante arresten van HR 22 april 1983, NJ 1984, 145 (Ritzen/Hoekstra); HR 24 februari 1989, NJ 1989, 551 (Comprifalt/Compri) en HR 19 oktober 1990, NJ 1991, 6. Inmiddels kan hieraan worden toegevoegd HR 30

oktober 1992, NJ 1993, 4 (Zegwaard/De Baat) en HR 5 november 1993, NJ 1994, 154 (De Wit/Van den Berg).

31. De terughoudende opstelling van de executierechter geldt ook wanneer hij, zoals in casu, moet beoordelen of de veroordeelde het bevel is nagekomen. Hierbij is onvermijdelijk dat hij het bevel interpreteert. Het staat hem echter niet vrij bij wege van interpretatie het bevel inhoudelijk te veranderen.

32. Het voorgaande krijgt een extra accent bij een executiegeschil over dwangsommen. Dienaangaande heeft de wetgever in art. 611d Rv voorzien in een bevoegdheid tot verandering van de opgelegde dwangsom, welke bevoegdheid

a. strikt beperkt is tot het geval van onmogelijkheid en
b. bij uitsluiting toekomt aan de rechter die de dwangsom heeft opgelegd en niet aan de executierechter of aan de gewone rechter (BenGH 25 september 1986, NJ 1987, 909 (Van der Graaf/Agio). Over de vraag wie als dwangsomrechter heeft te gelden o.m. HR 19 april 1991, NJ 1991, 629 (Wewer/Nije) met vervolg in BenGH 15 april 1992, NJ 1992, 648 en HR 25 juni 1993, NJ 1993, 629).

33. Op zichzelf lijkt dit stelsel een duidelijke afbakening van bevoegdheden in te houden. Toegespitst op het concrete geval lijkt er tevens uit te volgen dat het hof niet de bevoegdheid had om het verbeuren van dwangsommen te toetsen aan redelijkheid en billijkheid. De klacht van onderdeel I.2 zou dan terecht zijn opgeworpen, maar ik ben nog niet zover.

34. Ik begin met HR 22 januari 1993, NJ 1993, 598 (Rupako/Karsten). In deze dwangsomprocedure had het hof overwogen dat de tussen crediteuren en debiteuren te betrachten redelijkheid en billijkheid zich er in het gegeven geval tegen verzetten aanspraak te maken op het verbeuren van een dwangsom. In cassatie werd dit oordeel bestreden met de klacht dat een dwangsom alleen op de gronden genoemd in art. 611d Rv kan worden opgeheven of verminderd en niet op gronden ontleend aan het beginsel van redelijkheid en billijkheid. De Hoge Raad las evenwel in de beslissing van het hof geen beroep op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid. Zijns inziens blijkt uit het arrest dat het hof

"- kennelijk ervan uitgaande dat zulks strookt met de eisen van redelijkheid en billijkheid - zijn oordeel heeft gegrond op onmogelijkheid voor Karsten om aan (een deel van) de veroordeling te voldoen in de zin van art. 611d Rv".

35. Redelijkheid en billijkheid zijn in dit arrest als interpretatiefactoren gebruikt bij de uitleg van het begrip onmogelijkheid. Op soortgelijke wijze kunnen zij interpretatiefactoren zijn bij de uitleg van het bevel of verbod ter beantwoording van de vraag of er aan voldaan is. Het ligt zelfs voor de hand dit aan te nemen, omdat interpreteren altijd gericht is op het vaststellen van de redelijke zin. Soms is de redelijkheid preponderant aanwezig, soms niet. Hoe minder precies de gegevens zijn op basis waarvan moet worden vastgesteld of een bepaald gedrag al dan niet door het verbod of bevel bestreken wordt, des te meer de redelijkheid zich zal laten gelden. Er is immers niets anders. Daar-

naast en in ieder geval zorgt de redelijkheid voor een zekere ondergrens. Hiermee doel ik op het verschijnsel dat wanneer verschillende interpretaties denkbaar zijn, niet gauw gekozen zal worden voor een interpretatie die in de concrete situatie tot een absurd, zinloos of onmogelijk resultaat voert. Het is het uit de rechtsvindingsliteratuur bekende redelijkheidspostulaat dat hierin doorklinkt en dat voor verboden en bevelen op dezelfde manier geldt als voor wetteksten (al kan vervolgens natuurlijk blijken dat het postulaat het toch tegen de werkelijkheid moet afleggen).

36. Het voorgaande roept de vraag op wanneer sprake is van een redelijke interpretatie die leidt tot de slotsom dat het verbod of bevel niet overtreden is enerzijds en wanneer sprake is van een door de redelijkheid (mede) bepaalde onmogelijkheid om het verbod of bevel na te komen anderzijds. Tot het eerste is de executierechter wel bevoegd, tot het tweede niet. In het onderhavige geval behoef ik mij echter over deze vraag niet het hoofd te breken, omdat mijns inziens het hof in r.o. 5.12 op geen van beide functies van redelijkheid en billijkheid het oog heeft gehad. De eerste functie valt weg omdat het hof er van uit gaat dat het Dagblad niet volledig aan het bevel heeft voldaan.

Dit is ook het verschil met het geval beslist in HR 21 juni 1991, NJ 1991, 725 (Minquell/Demmenie), waarin het hof (r.o. 8) weliswaar een bijna gelijkkluidende formule had gebezigd als het hof in het onderhavige geval ("geen deugdelijke grond opleveren om het verbeurd zijn van dwangsommen te rechtvaardigen"), maar waarbij dit geschiedde als resultaat van een in de r.o. 3-7 neergelegd oordeel dat de met een dwangsom gesancioneerde verplichting was nagekomen. In het onderhavige geval gaat het hof in r.o. 5.12 juist van het omgekeerde geval uit, te weten dat het bevel niet volledig is nagekomen.

Voorts heeft het hof de geringe afwijking niet gepardonneerd met het argument dat het Dagblad al het redelijk mogelijke heeft gedaan om wél volledig na te komen. Hieruit volgt dat ook de onmogelijkheid van art. 611d Rv, zoals omschreven door BenGH 25 september 1986, NJ 1987, 909, waarnaar de Hoge Raad in de genoemde uitspraak van 22 januari 1993, NJ 1993, 598 (Rupako/Karsten) verwijst, voor het hof niet de basis heeft gevormd van de regel van r.o. 5.12.

37. Een, voorzover hier relevant, derde functie van de redelijkheid en billijkheid is de beperkende werking. Ik onderscheid verschillende vormen:

- a. een algemene vorm zoals gepositieerd voor het verbintenissenrecht in art. 6:2 en art. 6:248 BW
- b. een matigingsbevoegdheid
- c. een beperking op dezelfde wijze als geldt bij de ontbinding wegens wanprestatie (de tekortkoming mag niet zo bijzonder of van zo geringe aard zijn dat zij de ontbinding niet rechtvaardigt - art. 6:265 BW)
- d. een beperking naar evenredigheid van het wél nagekomen deel op dezelfde wijze als geldt voor ontbinding wegens wanprestatie en voor de uitoefening van het opschortings- en reclamerecht (resp. art. 6:270 BW; art. 6:262 lid 2 jo art. 6:263 lid 2 BW en art. 7:39 lid 2 BW).

38. Ik meen dat het hof in r.o. 5.12 de redelijkheid en billijkheid in deze beperkende functie heeft gehanteerd. Alleen is niet meteen duidelijk op welke van de vier onderscheiden vormen het hof (vooral) het oog heeft gehad. Voor de beoordeling in cassatie doet dit er echter niet toe behoudens in één geval. Ik doel op het volgende. Heemskerk heeft in zijn noten onder HR 6 februari 1981, NJ 1982, 182 en, krachtiger, onder BenGH 9 maart 1987, NJ 1987, 910 verdedigd dat indien de veroordeling niet inhoudt dat de dwangsom ook verbeurd is bij gedeeltelijke niet nakoming, de executierechter in het geval dat gedeeltelijk is nagekomen, bij wege van uitleg kan beslissen dat de dwangsom slechts naar evenredigheid verschuldigd is. Een nieuwe rechterlijke uitspraak acht hij daarvoor niet nodig. Indien deze opvatting juist is, zal de uitleg die de executierechter geeft aan het vonnis van de dwangsomrechter, in cassatie slechts beperkt getoetst kunnen worden: uitleg is nu eenmaal grotendeels feitelijk van aard. Bovendien zal indien de opvatting van Heemskerk juist is waarschijnlijk een soortgelijk betoog kunnen worden gehouden ten aanzien van vorm c. Ook dienaangaande kan de executierechter het vonnis van de dwangsomrechter uitleggen in de zin dat niet bedoeld is de dwangsom reeds bij geringe of bijzondere afwijkingen te laten verbeuren.

39. Ik geloof echter niet dat in het onderhavige geval, waarin de formule van "geheel of gedeeltelijk niet-nakomen" inderdaad ontbreekt, de beslissing van het hof in r.o. 5.12 berust op een uitleg van het vonnis van de kantonrechter van 26 mei 1989 in een van de twee zojuist geschetste betekenissen. Nergens in r.o. 5.12 is een verwijzing naar het vonnis van de kantonrechter te vinden. Overduidelijk formuleert het hof een algemene regel, meer in het bijzonder een regel die het samen met die van r.o. 5.11 vooropstelt om aan te geven door welke gezichtspunten het zich laat leiden bij de beoordeling van de vraag of het opstraffe van een dwangsom opgelegd bevel is nagekomen of niet. De daarmee tot uitdrukking gebrachte opvatting over wat geldend recht is, is in cassatie ten volle toetsbaar.

40. Iets anders is dat een evenredige vermindering bij gedeeltelijke nakoming of bij een slechts geringe afwijking onder omstandigheden wenselijk kan zijn. Ook in meer algemene zin kan behoefte bestaan aan een matiging of aan een beperking op grond van redelijkheid en billijkheid (vormen a en b). Zie o.m. de noot van Heemskerk onder BenGH 25 september 1986, NJ 1987, 909; Roelvink, stelling 11 en 12, Advocaten, 1989, p. 466; R. Blaauw, Executiemiddelen, Preadvies Ned. Ver. voor Rechtsvergelijking, 1980, p. 12 en Jongbloed, De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht, 1991, p. 110/1. Met name bij gewijzigde omstandigheden of in situaties waarin de dwangsom het effect heeft van een "vermogensrechtelijke doodstraf", alsook wanneer gedeeltelijk aan de veroordeling is voldaan, schiet de hardheid, die nu eenmaal aan een dwangsom veroordeling eigen is, soms wellicht te ver door.

41. De vraag is echter of deze wenselijkheid vervuld kan worden, met andere woorden of een beroep op de

beperkende werking van redelijkheid en billijkheid geoorloofd is náást de onmogelijkheid van art. 611d Rv. Voorzover redelijkheid en billijkheid met onmogelijkheid samenvallen, zie ik na HR 22 januari 1993, NJ 1993, 598 (Rupako/Karsten) geen probleem meer.

Indien het antwoord bevestigend luidt, dient vervolgens beslist te worden of (ook) de executierechter bevoegd is te toetsen aan de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid dan wel dat op dezelfde wijze als bij de onmogelijkheid deze bevoegdheid strikt gereserveerd dient te blijven voor de dwangsomrechter.

42. Ik heb overwogen of over deze vragen het oordeel van het Benelux Gerechtshof moet worden verzocht. Wat betreft de eerste: in de art. 611d Rv-procedure van Rupako/Karsten heeft de Hoge Raad het niet nodig gevonden prejudiciële vragen te stellen. Het onderhavige geval ligt anders, omdat het hierbij niet gaat om de uitleg van het begrip onmogelijkheid en de betekenis van redelijkheid en billijkheid daarbij, maar om de vraag of onmogelijkheid enerzijds en redelijkheid en billijkheid anderzijds afzonderlijke betekenis hebben en ieder voor zich grond kunnen zijn voor het matigen, verminderen, opschorten, opheffen of anderszins teniet doen van dwangsommen. Dit is een vraag van uitleg van de Eenvormige Wet. Toch zie ik geen reden voor een prejudiciële vraag. Ik meen dat uit de beslissingen van BenGH 25 september 1986, NJ 1987, 909 en BenGH 9 maart 1987, NJ 1987, 910 met voldoende duidelijkheid volgt dat het antwoord ontkennend moet luiden. Ik verwijs daartoe in het bijzonder naar r.o. 10 van laatstgenoemde uitspraak, waarin is overwogen.

"dat de tekst en de toelichting op art. 4 lid 1 buiten twijfel stellen dat de rechter uitsluitend in geval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen, bevoegd is om een dwangsom op te heffen of te verminderen".

Vergelijk ook r.o. 18 van het arrest waarin is geoordeeld dat aan de wanverhouding tussen de verschuldigde dwangsommen en de nog te verrichten prestaties geen argument kan worden ontleend voor een ingrijpen in de dwangsomveroordeling. Het systeem van de EW is derhalve op dit punt zeer strikt. Voordien was dat in Nederland ook al zo. Zie HR 6 februari 1981, NJ 1982, 182, waarin tevens met zoveel woorden is uitgesproken dat ook aan redelijkheid en billijkheid op zichzelf geen argument kan worden ontleend voor een vermindering van de dwangsom (r.o. 4).

43. Dit wil niet zeggen dat in de onder nr. 40 genoemde situaties van te ver doorschietende hardheid nooit iets gedaan kan worden. Dat kan wel, maar het zal moeten gebeuren via de weg van art. 611d Rv, d.w.z. via een nog ruimere interpretatie van het begrip onmogelijkheid dan het Benelux Gerechtshof reeds huldigt. Zie in dezelfde zin Heemskerk in zijn noot onder BenGH 25 september 1986, NJ 1987, 909 sub 13 en wellicht thans ook de Hoge Raad in het arrest Rupako/Karsten.

44. Het voorgaande bevat tevens een tweede, zelfstandige reden waarom geen van de in nr. 41 onderscheiden vragen eerst aan het Benelux Gerechtshof behoeft te worden voorgelegd: gesteld al dát in de een of andere

vorm getoetst mag worden aan de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, dan zal dit moeten gebeuren door de dwangsomrechter en niet (ook) door executierechter, waarvan in het onderhavige geval sprake is. Een ander systeem zou best denkbaar en verdedigbaar geweest zijn, bijvoorbeeld op grond van praktische argumenten,

Het onderhavige geval is er een voorbeeld van.

Partijen zijn gedwongen om twee verschillende procedures te voeren over iets dat op zichzelf als primaire en subsidiaire vordering ook heel goed in één procedure afgedaan kan worden,

maar het systeem van de EW laat dit niet toe. Een ander standpunt zou namelijk tot de merkwaardige situatie leiden dat de dwangsomrechter exclusief bevoegd is ten aanzien van de onmogelijkheid, maar dat hij ten aanzien van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid de bevoegdheid moet delen met de executierechter. Anders en vanuit de executierechter bekeken: de executierechter zou in die situatie niet bevoegd zijn tot het mindere (de onmogelijkheid), maar wel tot het meerdere. Dat lijkt mij uit een oogpunt van systematiek niet verdedigbaar.

Een exclusieve bevoegdheid op dit punt voor de executierechter is natuurlijk helemaal uit den boze.

45. De Hoge Raad kan derhalve zelf over onderdeel I.2 oordelen. Uit het voorafgaande moge volgen dat ik het onderdeel gegrond acht.

Onderdeel I.3

46. Dit onderdeel mist naast de onderdelen I.1 en I.2 zelfstandige betekenis.

Onderdelen II-VII

47. Indien, zoals ik concludeer, de twee regels die het hof bij zijn beoordeling van de zaak heeft vooropgesteld in cassatie geen standhouden, zullen de in de onderdelen II-VII van het cassatiemiddel aangesneden kwesties na verwijzing opnieuw, maar dan in het licht van de uitspraak van de Hoge Raad moeten worden gewogen. Uiteraard ben ik indien Uw Raad tot een ander oordeel komt, desgewenst gaarne bereid tot een nadere conclusie over de onderdelen II-VII.

De conclusie strekt tot niet-ontvankelijkheid van Plaats BV in haar cassatieberoep en - wat betreft [X] en de twee Stiftungen - tot vernietiging en verwijzing.