



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Matiging van verbeurde dwangsommen: artikel 611d Rv: een onmogelijk artikel?

Ploum, M.J.R.

Citation

Ploum, M. J. R. (2022). Matiging van verbeurde dwangsommen: artikel 611d Rv: een onmogelijk artikel? *Tijdschrift Voor De Procespraktijk*, 2022(3), 82-88. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3513658>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3513658>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Matiging van verbeurde dwangsommen

M.J.R. PLOUM*

Artikel 611d Rv: een onmogelijk artikel?

Wanneer nakoming van de hoofdveroordeling tijdelijk of blijvend, geheel of gedeeltelijk onmogelijk is geworden, kan de dwangsomdebiteur een beroep doen op artikel 611d Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). De rechter heeft dan de bevoegdheid om de dwangsom op te schorten, te verminderen of op te heffen. Wanneer niet aan het onmogelijkheids criterium wordt voldaan, kan de dwangsom echter niet op een andere grond, zoals de redelijkheid en billijkheid, worden gematigd. Deze strenge regel levert in de praktijk soms onbevredigende resultaten op. Reparatie van de wet stelt de rechter in staat zuiver maatwerk te leveren en aansluiting te zoeken bij de behoeften uit de rechtspraak.

1. Inleiding

Niemand kan tot het onmogelijke worden gehouden. Wanneer de rechter een dwangsomveroordeling heeft uitgesproken, is het mogelijk dat na enige tijd blijkt dat de debiteur niet aan de hoofdverplichting kan voldoen. De wet biedt de debiteur in dat geval een 'onstappingsroute'. De rechter die de dwangsom heeft opgelegd, heeft namelijk op grond van artikel 611d lid 1 Rv – ook wel artikel 4 Benelux-Overeenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom (Eenvormige Wet of EW) – de bevoegdheid om op vordering van de veroordeelde de dwangsom op te heffen, de looptijd ervan op te schorten gedurende een door hem te bepalen termijn of de dwangsom te verminderen indien sprake is van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen.¹ Wanneer niet aan het onmogelijkheids criterium wordt voldaan, kan de dwangsom echter niet op een andere grond worden gematigd. Deze strenge regel levert in de praktijk soms onbevredigende resultaten op. Binnen de rechtspraak wordt naar creatieve oplossingen gezocht om onbillijkheden zo veel mogelijk te voorkomen. Het is de vraag in hoeverre die pragmatische, rechterlijke oplossingen in de pas lopen met de huidige wetgeving. In dit artikel wordt daarom aan de hand van relevante jurisprudentie een overzicht gegeven van de mogelijkheden een verbeurde dwangsom te bestrijden. Hierbij wordt ingegaan op de omvang van het begrip 'onmogelijkheid' (par. 2), de rol die de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid bij matiging van een dwang-

som kan spelen (par. 3) en de knelpunten die zich hierbij kunnen voordoen. Tot slot wordt besproken hoe deze knelpunten zouden kunnen worden weggenomen (par. 4).

2. De omvang van het begrip 'onmogelijkheid'

Om een succesvol beroep te kunnen doen op artikel 611d Rv moet het voor de veroordeelde onmogelijk zijn geworden om aan de hoofdveroordeling te voldoen. Dat doet in de praktijk de vraag rijzen wat eigenlijk moet worden verstaan onder het begrip 'onmogelijkheid'. Dat sprake is van onmogelijkheid in het schoolvoorbeeld waarin een schilderij niet meer kan worden geleverd, omdat het verloren is gegaan tijdens een brand, is evident. Of sprake is van onmogelijkheid is echter niet altijd zo duidelijk. Stel bijvoorbeeld dat een bedrijf op rechterlijk bevel alle dossiers betreffende een cliënt binnen tien dagen uit zijn archief moet halen. Het archief is echter niet optimaal toegankelijk waardoor het niet mogelijk is om binnen dat tijdsbestek de dossiers in kwestie over te dragen. Kan die prestatie dan toch van de veroordeelde worden geleverd?² Over hoe ruim het onmogelijkheidsbegrip moet worden uitgelegd, heeft het Benelux-Gerechtshof dan ook meerdere arresten gewezen. In *Van der Graaf/Agio* heeft het Benelux-Gerechtshof geoordeeld dat niet de vraag of het absoluut onmogelijk is om aan de hoofdveroordeling te voldoen, maar de vraag of de dwangsom zijn zin – een financiële prikkel tot nakoming – heeft verlo-

* M.J.R. Ploum Msc is masterstudent (civiel recht) aan de rechtenfaculteit van de Universiteit Leiden. Dit artikel is een bewerking van haar afgeronde masterscriptie.

1. Hiervoor gebruik ik in dit artikel ook wel de term 'matigen'.

2. W.H. Heemskerk, annotatie bij BenGH 25 september 1986, ECLI:NL:XX:1986:AC9501, NJ 1987/909, nr. 9.

ren doorslaggevend is.³ Het criterium luidt dat sprake is van onmogelijkheid in de zin van artikel 611d Rv indien 'het onredelijk zou zijn meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan de veroordeelde heeft betracht'.⁴ Het begrip 'onmogelijkheid' wordt door het Benelux-Gerechtshof niet objectief, maar subjectief uitgelegd. Dat betekent dat de rechter de omstandigheden waarin de veroordeelde verkeert, zoals die in het voorbeeld van het archief, mag meewegen in zijn oordeel.⁵ Een belangrijk gezichtspunt is daarnaast hoe de veroordeelde zich heeft opgesteld.⁶ Doordat het onmogelijkheidsbegrip subjectief wordt ingevuld, ontstaat dus enige speling voor de feitenrechter.

In *Greenib Car/Aaltink* breidt het Benelux-Gerechtshof het onmogelijkheidsbegrip verder uit. De feiten zijn als volgt. In eerste instantie is in een kort geding een dwangsom opgelegd. Wanneer nieuwe feiten aan het licht komen, start Greenib Car een tweede kortgedingprocedure. In die tweede kortgedingprocedure wordt de dwangsomverplichting uit de eerste procedure ongedaan gemaakt. Bovendien wordt het vonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaard. Tegen die beslissing gaat Aaltink succesvol in hoger beroep. Hierdoor herleeft de betalingsverplichting voor Greenib Car die in de eerste kortgedingprocedure is opgelegd. De afweging die hier gemaakt moet worden is de volgende. Enerzijds voldoet Greenib Car niet aan het criterium uit *Van der Graaf/Agio*. Er is geen enkele inspanning of zorgvuldigheid betracht om aan de hoofdveroordeling te voldoen, terwijl dit feitelijk wel mogelijk was. Anderzijds is het zeer begrijpelijk dat Greenib Car geen aanstalten heeft gemaakt om aan de hoofdveroordeling te voldoen. Hij was immers door het tweede kortgedingvonnis ontslagen van de verplichting om aan die hoofdveroordeling te voldoen.⁷ Om dan toch betaling van de verbeurde dwangsommen – een bedrag dat inmiddels was opgelopen tot maar liefst f 1.820.000 – af te dwingen, komt erg onredelijk voor. Het Benelux-Gerechtshof vindt de oplossing in de gemeenschappelijke memorie van toelichting. Daarin is neergelegd dat sprake is van onmogelijkheid als de dwangsom geen financiële prikkel tot nakoming meer vormt, en daarmee dus zijn zin verliest.⁸ Nu Greenib Car in de periode tussen het tweede – uitvoerbaar bij voorraad verklaarde – vonnis en de vernietiging van datzelfde vonnis in hoger beroep mocht vertrouwen dat hij van zijn verplichting ontslagen was, verloor de dwangsom op dat moment haar zin. Het Benelux-Gerechtshof oordeelde daarom dat er in die periode sprake was van onmogelijkheid.

Hoewel het weliswaar begrijpelijk, zo niet logisch, is dat Greenib Car niet nakomt, is van onmogelijkheid

strikt gezien denk ik geen sprake. Over deze ruime interpretatie, ook wel extensieve interpretatie genoemd, van artikel 611d Rv door het Benelux-Gerechtshof bestaat in de literatuur discussie. Mijns inziens kunnen twee stromingen worden onderscheiden. De ene stroming, onder meer aangehangen door Beekhoven van den Boezem, meent dat deze extensieve interpretatie van het onmogelijkheidsbegrip dogmatisch gezien te ver gaat. Hoewel het volgens de subjectieve maatstaf uit *Van der Graaf/Agio* mogelijk was de hoofdveroordeling na te komen, heeft Greenib Car geen enkele poging gedaan om aan haar verplichtingen te voldoen. Van onmogelijkheid in de zin van het huidige artikel 611d Rv kan daarom gewoonweg geen sprake zijn.⁹ Daarnaast heeft deze ruime interpretatie begripsvervaging tot gevolg. Doordat niet meer duidelijk is wat partijen moeten verstaan onder 'onmogelijkheid' ontstaat rechtsonzekerheid. Moet ik de verbeurde dwangsom nu betalen of niet?¹⁰

De andere stroming juicht een extensieve interpretatie juist toe. Zo merkt Heemskerk op dat een dwangsom een vermogensrechtelijke doodstraf kan zijn. Normaliter beslist de rechter over in het verleden gelegen feiten en omstandigheden. Wanneer de rechter een dwangsomveroordeling oplegt, creëert hij echter een voorlopige verbintenis die tot leven kan komen door feiten die zich in de toekomst voordoen. Hoewel de rechter zijn uiterste best doet om een rechtvaardig oordeel te vellen, kan hij nu eenmaal niet in een glazen bol kijken. Het is mogelijk dat door onverwachte toekomstige omstandigheden de dwangsom haar zin verliest en daardoor haar doel als geldelijke prikkel tot nakoming voorbijschiet. Dat dan wellicht geen sprake is van onmogelijkheid in strikte zin, zou geen reden moeten zijn om het recht toch tot het einde toe te volgen. Een dwangsomveroordeling is zo ingrijpend dat die onder omstandigheden mensenlevens kan ruïneren. Dat kan niet de bedoeling van het recht zijn. Daarom moet artikel 611d Rv een ruime(re) mogelijkheid bieden om te oordelen dat sprake is van onmogelijkheid, zodat de rechter zich van zijn vroegere vonnis los kan maken als de dwangsom haar doel voorbij schiet.¹¹ Ik betwijfel echter of de huidige wettekst voor zo een ruime opvatting voldoende grondslag biedt.

2.1. Het onmogelijkheidsbegrip verder ingekleurd door de Hoge Raad

De toetsingsmaatstaf voor onmogelijkheid die uit *Van der Graaf/Agio* volgt, is ook in nationale rechtspraak verder uitgewerkt. Een mooi voorbeeld hiervan is het arrest *Rupako/Karsten*.¹² Het ging in deze zaak om het volgende. Rupako meent dat Karsten verplicht is om een dwangsom aan haar te betalen, omdat aan een gering gedeelte van de hoofdveroordeling niet tijdig

3. BenGH 25 september 1986, ECLI:NL:XX:1986:AC9501, NJ 1987/909, r.o. 15.

4. BenGH 25 september 1986, ECLI:NL:XX:1986:AC9501, NJ 1987/909, r.o. 16.

5. Heemskerk, NJ 1987/909, nr. 9.

6. A.W. Jongbloed, 'Verbeurde van dwangsommen: onmogelijkheid en eigen schuld', TCR 2011/1, p. 26.

7. BenGH 25 mei 1999, ECLI:NL:XX:1999:AD3060, NJ 2000/14, r.o. 11.

8. BenGH 25 mei 1999, ECLI:NL:XX:1999:AD3060, NJ 2000/14, r.o. 13.

9. M.B. Beekhoven van den Boezem, *De dwangsom in het burgerlijk recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2007, p. 280.

10. Beekhoven van den Boezem 2007, p. 283.

11. Heemskerk, NJ 1987/909, nr. 13.

12. HR 22 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0832, NJ 1993/598.

is voldaan. Op het moment van betekening van het vonnis wist Rupako echter dat Karsten bereid was om aan de hoofdveroordeling te voldoen. Het gerechtshof oordeelde dat de eisen van redelijkheid en billijkheid te betrachten tussen crediteuren en debiteuren daarom meebrengen dat Rupako geen aanspraak kan maken op de verbeurde dwangsom. Nu Karsten vrijwillig de hoofdveroordeling wilde voldoen, was de dwangsom niet meer nodig om hem daartoe te bewegen. Kortom, de zin van de dwangsom viel weg. Feitelijk toetst het gerechtshof hier rechtstreeks aan de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Dat wil zeggen, er wordt getoetst of de executie van de verbeurde dwangsom in strijd is met artikel 6:248 lid 2 Burgerlijk Wetboek (BW). Dat kan volgens de Hoge Raad niet door de beugel. Wel komt de Hoge Raad met een andere oplossing. Hoewel de redelijkheid en billijkheid geen zelfstandige grond voor matiging van de dwangsom opleveren, spelen zij toch een rol binnen artikel 611d Rv. De eisen van redelijkheid en billijkheid liggen namelijk besloten in de onmogelijkheidstoets van artikel 611d Rv.¹³ Volgens Van Maanen en Tillema zijn de nationaalrechtelijke redelijkheid en billijkheid en de maatstaf van het Benelux-Gerechtshof echter niet hetzelfde. De nationaalrechtelijke redelijkheid en billijkheid plooiën zich naar de mal van de in *Van der Graaf/Agio* geformuleerde maatstaf van het Benelux-Gerechtshof.¹⁴

3. De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid: een grond voor matiging?

Hoewel het onmogelijkheidsbegrip, zoals hierboven beschreven, steeds verder wordt opgerekt, kan het zijn dat een dwangsomdebiteur toch achter het net vist. De hoofdveroordeling is niet onmogelijk geworden in de zin van artikel 611d Rv, maar matiging op een andere grond is volgens de gemeenschappelijke memorie van toelichting niet mogelijk.¹⁵ In dergelijke gevallen wordt nog wel eens een beroep gedaan op algemene nationaalrechtelijke leerstukken zoals misbruik van bevoegdheid, rechtsverwerking en de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid. Nu de dwangsomregeling in het nationale recht is ingebed, is een beroep op deze beginselen in principe toegestaan.¹⁶ De bespreking van misbruik van bevoegdheid en rechtsverwerking gaat het bestek van dit artikel helaas te buiten. Wel zal ik de toepassing van de redelijkheid en billijkheid als zelfstandige matigingsgrond bespreken. Over de juiste toepassing daarvan bestaat namelijk in de literatuur en jurisprudentie verdeeldheid. Die verdeeldheid heeft er zelfs toe geleid dat de Commissie cassatie in belang

der wet verzocht heeft om duidelijkheid over de vraag of matiging op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid mogelijk is.¹⁷

Over de vraag of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een zelfstandige grond voor mindering kan vormen, heeft het Benelux-Gerechtshof zich in 1987 uitgelaten.¹⁸ In het arrest *Trenning/Krabben* was sprake van de volgende situatie. Trenning was onder meer veroordeeld tot het afgeven van de inventaris aan Krabben. In de veroordeling werd een lijst opgenomen met de zaken die hieronder vallen, waaronder zeventien stuks rundvee en afrasteringsdraad. Daarbij is een dwangsom gesteld op 'elk geheel of gedeeltelijk in gebreke blijven om aan een of meer der opgelegde lasten te voldoen'.¹⁹ Er is dus één dwangsomveroordeling uitgesproken voor het voldoen van meerdere prestaties. Na verloop van tijd is een deel van die prestaties verricht, een deel is onmogelijk geworden en een deel, hoewel mogelijk, is onverricht gebleven. Ten aanzien van dat laatste deel is Trenning in gebreke gebleven. Door de 'geheel of gedeeltelijk'-formule was het echter niet mogelijk, zo oordeelde het Benelux-Gerechtshof, om de dwangsom gedeeltelijk te matigen. Ook het feit dat er een wanverhouding was ontstaan tussen de hoogte van de dwangsom (f 5.000 per dag) en de waarde van de nog onverrichte prestatie (het afleveren van onder meer een rol prikkeldraad), kon naar oordeel van het Benelux-Gerechtshof geen grond opleveren voor matiging van de dwangsom. Daarbij verwijst het naar de gemeenschappelijke memorie van toelichting waaruit volgt dat opschorting, opheffing of vermindering van een dwangsom op andere grond dan artikel 4 EW – of artikel 611d Rv – uitgesloten is.²⁰ Het oordeel van het Benelux-Gerechtshof is zeer streng. Matiging op een andere grond dan artikel 611d Rv is niet mogelijk, ook niet als executie van de dwangsom in strijd zou zijn met de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Binnen het leerstuk van onmogelijkheid is toetsing aan artikel 6:248 lid 2 BW slechts op twee momenten toegestaan: bij de uitleg van de veroordeling en bij de vraag of er sprake is van onmogelijkheid in de zin van artikel 611d Rv.²¹ Een rechtstreekse, van artikel 611d Rv losstaande, toets aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is niet geoorloofd.²²

Hoewel de uitspraak vanuit strikt juridisch perspectief bezien denk ik juist is, wordt zij wel gezien als een van de ongelukkigste uitspraken van de laatste jaren.²³ De wanverhouding tussen het bedrag dat Trenning moet betalen (f 5.000 per dag) en de prestatie (een rol prik-

13. HR 22 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0832, NJ 1993/598, r.o. 3.3.

14. C.J.J. van Maanen & M.M.M. Tillema, 'Exorbitant oplopende dwangsommen: preventie en redres', *TCR* 1995, afl. 1, p. 3.

15. *Kamerstukken II 1975/76*, 13788, nr. 4, p. 19.

16. Wet Goedkeuring van de op 26 november 1973 te 's-Gravenhage tot stand gekomen Benelux Overeenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom (*Stb.* 1977, 183).

17. Commissie cassatie in het belang der wet, Verslag 2015, p. 12.

18. BenGH 9 maart 1987, ECLI:NL:XX:1987:AB7786, NJ 1987/910, m.nt. W.H. Heemskerk.

19. BenGH 9 maart 1987, ECLI:NL:XX:1987:AB7786, NJ 1987/910, m.nt. W.H. Heemskerk, r.o. 3.

20. *Kamerstukken II 1975/76*, 13788, nr. 4, p. 19.

21. M.B. Beekhoven van den Boezem, 'Matiging van verbeurde dwangsommen; redelijk onmogelijk?', *WPNR* 2001/6432, p. 102.

22. BenGH 9 maart 1987, ECLI:NL:XX:1987:AB7786, NJ 1987/910, m.nt. W.H. Heemskerk, r.o. 17-18.

23. Zie hetstreekblad.nl/artikel/779207/boek-over-ongelukkigste-vonnissen-van-de-twintigste-eeuw.html.

keldraad die hij zes jaar na het vonnis nog in zijn bezit heeft) is gigantisch. Het schuurt dat de dwangsom hier niet kan worden gematigd: waar is het *recht*?! Heemskerk beargumenteert dat artikel 611d Rv zo ruim mogelijk moet worden geïnterpreteerd. Het is immers het enige instrument dat de rechter in handen heeft om in te grijpen indien onbillijkheden zich voordoen.²⁴ Ook Jongbloed meent dat deze wijzigingsmarge te nauw is. Gedeeltelijke onmogelijkheid zou het volgens hem mogelijk moeten maken de dwangsom aan te passen. Het is per slot van rekening goed mogelijk dat, buiten de macht van de schuldenaar om, een gedeelte van de prestaties na de veroordeling onmogelijk wordt. Het is dan niet redelijk om het volledige bedrag voor de overige verplichtingen in stand te houden.²⁵

3.1. Verkapte rechtstreekse toetsing aan de redelijkheden billijkheid?

Nog voor *Trenning/Krabben* liet de Hoge Raad zich ook al uit over de vraag of een verbeurde dwangsom op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan worden gematigd. De Hoge Raad oordeelde toen al dat matiging van een dwangsom op grond dat executie daarvan in strijd zou zijn met de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid daarom niet is toegestaan. Een dwangsom is bedoeld als een prikkel tot nakoming van de hoofdveroordeling. Een rechtstreekse toets zou afbreuk doen aan de aard van de dwangsom.²⁶ Dit kan echter in sommige situaties een spanningsveld opleveren. Het kan zo zijn dat als het recht strikt wordt gevolgd en er geen sprake blijkt van onmogelijkheid, executie toch onredelijk is. Tegelijkertijd kan die onredelijkheid niet worden opgelost door aan de redelijkheid en billijkheid te toetsen.

Hoewel in zaken als *Greenib Car/Aaltink* en *Rupako/Karsten* rechtstreekse toetsing aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid wordt verworpen, lijkt via de achterdeur van het onmogelijkheidsbegrip dezelfde uitkomst te worden bereikt als wanneer wél rechtstreeks aan de redelijkheid en billijkheid zou zijn getoetst. Oftewel, kan worden gesteld dat de Hoge Raad en het Benelux-Gerechtshof verkapt rechtstreeks aan de redelijkheid en billijkheid toetsen? In de literatuur wordt wel aangenomen dat die vraag bevestigend moet worden beantwoord.²⁷ Ik sluit mij bij die opvat-

ting aan. Men kan zich afvragen hoe wenselijk het is dat verkapt aan de redelijkheid en billijkheid wordt getoetst. Een andere matigingsgrond dan artikel 611d Rv is immers door de Beneluxwetgever bewust uitgesloten.²⁸ Het feit dat deze oplossingen nodig zijn, is mijns inziens echter een indicatie dat de behoeften van de rechtspraak schuren met de mogelijkheden die artikel 611d Rv biedt.

3.2. De matigingsclausule: een (on)mogelijke ontsnappingsroute?

Wanneer men het bovenstaande in oenschouw neemt, lijkt het vrij eenvoudig: rechtstreekse toetsing aan de redelijkheid en billijkheid om zo een verbeurde dwangsom te matigen, is onmogelijk. Toch is er in de lagere rechtspraak een manier gezocht om bevoegdheid voor deze rechtstreekse toetsing te creëren. Dit heeft ertoe geleid dat zo nu en dan in het dictum van een vonnis of arrest een zogenoemde matigingsclausule wordt verdisconteerd.²⁹ De formulering van zo een clausule luidt bijvoorbeeld: 'Voorts zal worden bepaald dat de dwangsommen vatbaar zijn voor matiging door de rechter, voor zover handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, mede in aanmerking genomen de mate van verwijtbaarheid daarvan.'³⁰ Met name rechtbank Oost-Brabant maakt regelmatig gebruik van dergelijke matigingsclausules.³¹ Het is echter maar de vraag of deze clausule een rechtsgeldige bevoegdheid creëert. Onder meer advocaat-generaal Vlas is van mening dat, nu rechtstreekse toetsing volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad en het Benelux-Gerechtshof niet is toegestaan, niet plotseling door het opnemen van deze bepaling bevoegdheid kan ontstaan.³² Ook de gerechtshoven achten het verbinden van een matigingsclausule aan een dwangsomveroordeling in de regel onjuist.³³

Daarnaast bestaat er binnen de literatuur enige discussie over de vraag of een dwangsom op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid kan worden gematigd. Zo meende Heemskerk al in zijn annotatie bij *Van der Graaf/Agio* dat 'de verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid'. Volgens hem kan dit beginsel, dat zo fundamenteel is voor ons vermogensrecht, daarom niet door de Eenvormige Wet aan de

24. Heemskerk, *NJ* 1987/910, nr. 7.

25. A.W. Jongbloed, *De dwangsom in het Nederlands privaatrecht*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1991, p. 122.

26. HR 6 februari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4144, *NJ* 1981/379, r.o. 4.

27. Beekhoven van den Boezem 2001, p. 103.

28. *Kamerstukken II* 1975/76, 13788, nr. 4, p. 19.

29. Zie bijvoorbeeld: Rb. Dordrecht (pres.) 21 november 1985, *KG* 1986/6; Rb. Haarlem (pres.) 12 mei 1989, *KG* 1989/234; Hof 's-Gravenhage 29 september 1993, *NJ* 1994/615; Rb. Leeuwarden (pres.) 23 januari 1997, *KG* 1997/148; Rb. Utrecht 9 april 1997, *BIE* 1997/77; Hof 's-Hertogenbosch 14 februari 2000, *KG* 2000/92; Rb. Oost-Brabant 12 januari 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:169, *NJF* 2017/183; Hof Den Haag 10 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1196; Rb. Oost-Brabant 23 maart 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:1763; Rb. Oost-Brabant 2 april 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:1996; Rb. Oost-Brabant 30 april 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:2424.

30. Zie bijvoorbeeld: Rb. 's-Gravenhage 10 februari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BL3501.

31. Rb. Oost-Brabant 28 april 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2270; Rb. Oost-Brabant 1 december 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6907; Rb. Oost-Brabant 12 januari 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:169, *NJF* 2017/183; Rb. Oost-Brabant 9 september 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:5128; Rb. Oost-Brabant 23 maart 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:1763; Rb. Oost-Brabant 2 april 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:1996; Rb. Oost-Brabant 30 april 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:2424; Rb. Oost-Brabant 18 mei 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:2626; Rb. Oost-Brabant 12 juni 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:2984.

32. Concl. A-G Vlas, ECLI:NL:PHR:2015:941, voor HR 12 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3092, randnr. 2.22-2.23.

33. Hof 's-Hertogenbosch 3 februari 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AO4136, r.o. 7.14; Hof Den Haag 11 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2044, r.o. 13; Hof 's-Hertogenbosch 30 september 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2976, r.o. 3.14.3.

kant worden geschoven.³⁴ Naar ik meen is de Eenvormige Wet echter wel degelijk in staat is om een fundamenteel beginsel als de redelijkheid en billijkheid opzij te zetten. Doordat de dwangsomregeling in ons nationale recht is ingebed, zijn nationaalrechtelijke beginselen in principe van toepassing. Desalniettemin kunnen deze beginselen worden ingeperkt als dat nodig is om in het keurslijf van de Eenvormige Wet te passen. De Eenvormige Wet is namelijk een verdrag en op grond van artikel 94 Grondwet (Gw) heeft de internationale rechtsorde immers voorrang op de nationale wet. De gemeenschappelijke memorie van toelichting maakt zonneklaar dat matiging van een dwangsom niet toelaatbaar is op een andere grond dan artikel 611d Rv.³⁵ Artikel 611d Rv biedt op dit moment geen mogelijkheid om rechtstreeks aan de redelijkheid en billijkheid te toetsen. Dat heeft tot gevolg dat de eisen van redelijkheid en billijkheid, hoe fundamenteel voor ons vermogensrecht ook, moeten wijken. Zij kunnen – onder het huidige recht – geen rechtmatige matigingsgrond opleveren. Ook niet in de vorm van een matigingsclausule.

Zouden zij wel worden toegepast, dan wordt rechtsongelijkheid in de hand gewerkt. Het hoofddoel van de Eenvormige Wet is unificatie van de dwangsomregeling in de Benelux-landen. In Nederland worden dwangsommen sporadisch gematigd op grond van een rechtstreekse toets aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. In België wordt echter sceptisch tegen de redelijkheid en billijkheid, of goede trouw, als zelfstandige toets aangekeken. Daar heerst de opvatting dat de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid kan leiden tot gemakkelijksoplossingen en willekeur.³⁶ Het leerstuk wordt gezien als een instrument dat rechters de mogelijkheid geeft om het recht te vervangen met hun eigen opvattingen.³⁷ Er wordt daarom in de literatuur weinig tot geen aandacht besteed aan de vraag of rechtstreekse toetsing aan de redelijkheid en billijkheid matiging van de dwangsom mogelijk maakt. Wagner liet zich als een van de weinigen uit over het leerstuk. Hij meent dat slechts onder zeer uitzonderlijke omstandigheden de redelijkheid en billijkheid een grond kunnen bieden om een verbeurde dwangsom te matigen.³⁸ Het is dan ook niet verrassend dat in België bijna nooit een dwangsom op grond van de redelijkheid en billijkheid is gematigd.³⁹ Als dat in Nederland daarentegen wél

regelmatig gebeurt, doet dat afbreuk aan de beoogde unificatie van de Benelux-landen.

Bovendien zou het gebruik van matigingsclausules een procedure opleveren die vergelijkbaar is met het Franse systeem van de voorlopige dwangsom. Het is in Frankrijk gebruikelijk om een dwangsom, ook wel *astreinte*, (bewust) op een te hoog bedrag vast te stellen.⁴⁰ Daarop volgt enige tijd later een tweede terechtzitting waarbij wordt vastgesteld of de schuldenaar een bedrag verschuldigd is en zo ja, hoe hoog dat bedrag wordt. De dwangsom die in eerste instantie is opgelegd, is dus voorlopig: een *astreinte provisoire*. Dit systeem is zowel door de Nederlandse wetgever in 1933 als door de Benelux-wetgever in 1979 uitdrukkelijk verworpen.⁴¹ Met het oog op de rechtszekerheid is ervoor gekozen om de dwangsom – in tegenstelling tot het Franse systeem – een definitief karakter te geven (art. 611c Rv).⁴² De dwangsomveroordeling zelf is een geldige titel om een dwangsom te verbeuren. Het is dus niet nodig om in een extra procedure een nieuwe executoriale titel te verwerven.⁴³ De ruimte die de Franse rechter heeft om een opgelegde dwangsom later alsnog te wijzigen, is in strijd met dat definitieve karakter.⁴⁴ Wat het precieze bedrag wordt dat de debiteur verschuldigd is, blijft onzeker. Om diezelfde reden zijn matigingsclausules ook in strijd met artikel 611c Rv. Daarnaast zal het aantal gerechtelijke procedures door dit systeem toenemen.⁴⁵

Tot slot kan worden beargumenteerd dat een matigingsclausule een onaanvaardbare inbreuk op het gezag van gewijsde oplevert.⁴⁶ Hoewel Heemskerk van mening is dat een inbreuk op het gezag van gewijsde onder omstandigheden kan worden gerechtvaardigd, denk ik dat terughoudendheid hier gepast is.⁴⁷ Het gezag van gewijsde is een essentieel beginsel en onlosmakelijk verbonden met waarborging van de rechtszekerheid. Dat voor artikel 611d Rv een uitzondering op dit beginsel wordt gemaakt, is mijns inziens redelijk. Toch dient voorzichtig te worden omgegaan met goedkeuring van extra uitzonderingen als een matigingsclausule.⁴⁸

Concluderend, om aan te sluiten bij het gerechtshof Amsterdam: ‘de matigingsclausule past niet in het stelsel van onze wet’.⁴⁹ Toetsing aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ligt besloten in de maatstaf die het Benelux-Gerechtshof in *Van der Graaf/Agio* heeft geformuleerd. Een matigingsclausule

34. Heemskerk, *NJ* 1987/910, nr. 12.

35. *Kamerstukken II* 1975/76, 13788, nr. 4, p. 19.

36. E. Dirix, ‘Over de beperkende werking van de goede trouw’, *Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht* 1988, p. 663.

37. F. Dumon, *Billijkheid en recht*, Mededelingen aan de Kon. Acad. voor Wet., Lett. en Schone Kunsten van België, 1980, p. 17-18.

38. K. Wagner, *Burgerlijk procesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen: Maklu 2014, p. 841-844.

39. Een enkel voorbeeld is te vinden in *RW* 2005-2006, p. 1151 e.v.

40. Jongbloed 1991, p. 105.

41. T.B. Arends, A.M.B. Munsters & A.W. Jongbloed, ‘De (on)mogelijkheid om dwangsommen te matigen op grond van de redelijkheid en billijkheid’, *BER* 2017/4, p. 27.

42. Beekhoven van den Boezem 2001, p. 107.

43. A.W. Jongbloed, *Executierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 46.

44. Arends, Jongbloed & Munsters 2017, p. 26.

45. Arends, Jongbloed & Munsters 2017, p. 29.

46. Concl. A-G Vlas, ECLI:NL:PHR:2015:941, bij HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3092, punt 2.23.

47. Heemskerk, *NJ* 1987/910, nr. 7.

48. Jongbloed 1991, p. 107-108.

49. Hof Amsterdam 9 januari 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AI1861, KG 2003/44, r.o. 4.10.

biedt geen instrument om een verbeurde dwangsom te bestrijden.

4. Aansluiting op de behoeften uit de rechtspraktijk

De in dit artikel geschetste dilemma's waar de rechtspraktijk dikwijls mee wordt geconfronteerd, kunnen mijns inziens worden teruggebracht tot twee knelpunten: (1) de rechter volgt artikel 611d Rv strikt, maar dit kan bij de naleving van de uitspraak tot ongewenste situaties leiden (*Trenning/Krabben*); (2) de rechter gaat de reikwijdte van artikel 611d Rv te buiten en voorkomt daarmee dergelijke situaties (*Greenib Car/Aaltink*).

Ten aanzien van het eerste knelpunt is enige relativeering op zijn plaats. Er bestaat namelijk consensus over het feit dat *Trenning/Krabben* een zeer ongelukkige uitspraak is. Sterker nog, het vonnis werd in het jaar 2000 verkozen tot de ongelukkigste uitspraak van de twintigste eeuw.⁵⁰ Hoewel de uitspraak nog wel eens wordt aangehaald, bijvoorbeeld door advocaat-generaal Verkade in zijn conclusie voor Hoge Raad 15 februari 2008, is het dus maar de vraag of een rechter ooit nog een vergelijkbare uitspraak zal doen.⁵¹ De rechtspraktijk zal dus vermoedelijk zelden direct met dit knelpunt worden geconfronteerd.

Het is daarom het tweede knelpunt dat het meeste gewicht in de schaal legt. Extensieve interpretatie van artikel 611d Rv, zoals in *Greenib Car/Aaltink*, komt feitelijk neer op verkapte toetsing aan de redelijkheid en billijkheid. Ondanks het redelijke eindresultaat meen ik dat deze benadering *an sich* eveneens onwenselijk is. De huidige wettekst en de gemeenschappelijke memorie van toelichting bieden in mijn ogen namelijk onvoldoende grondslag voor zo een ruime interpretatie van artikel 611d Rv. Bovendien zet *Greenib Car/Aaltink* de deur open voor precedentwerking. Hoewel dat tot op heden nog niet vaak is voorgekomen, kunnen daardoor in de (lagere) rechtspraak de grenzen van artikel 611d Rv steeds verder worden opgezocht. Er wordt nu een uitzondering gemaakt voor sprekende gevallen als in *Greenib Car/Aaltink*, maar *what's next*? Ook Beekhoven van den Boezem is van mening dat de huidige wettekst, ondanks het enige redelijke eindresultaat, onvoldoende grondslag voor de ruime opvatting van het Benelux-Gerechtshof biedt. Zij stelt daarom een wetwijziging voor. Het huidige criterium kan worden vervangen door de ratio van artikel 611d Rv. Dit betekent dat matiging mogelijk moet zijn wanneer de dwangsom geheel of gedeeltelijk haar zin als

financiële prikkel tot nakoming heeft verloren.⁵² Met inachtneming van de omstandigheid dat dit voorstel in feite codificatie van jurisprudentie behelst en dat de Benelux-wetgever deze ratio zelf heeft bepaald, lijkt deze wijziging niet al te ingrijpend.⁵³ Het is daarom de verwachting dat het wijzigingsvoorstel hierdoor voor de andere Benelux-landen minder bezwaarlijk is.⁵⁴ Verder is het criterium dat de dwangsom haar zin verloren moet hebben veel meer omvattend dan het criterium onmogelijkheid alleen. Het creëert ruimte voor de rechter om per geval te bepalen of er voldoende grond is voor matiging. Hoewel ik ook van mening ben dat het zuiverder zou zijn om een breder matigingscriterium dan het huidige artikel 611d Rv te formuleren, kleven er mijns inziens ook diverse bezwaren aan het voorstel van Beekhoven van den Boezem. Dit criterium, dat de dwangsom haar zin verloren moet hebben, is ogenschijnlijk veel soepeler dan het huidige criterium. Hierdoor ontstaat het risico dat, zoals ook in het Franse systeem gebruikelijk is, dwangsomdebiteuren in een tweede procedure matiging van de dwangsom vorderen. Kortom, deze formulering zet de deur open voor tal van extra procedures.⁵⁵ Dit schuurt met het definitieve karakter van de dwangsom. Dat is een in mijn ogen onwenselijke ontwikkeling. Daarnaast kan deze formulering geen oplossing bieden voor elk probleem. Zo zal waarschijnlijk niet worden voldaan aan het vereiste dat de dwangsom haar zin heeft verloren in de situatie waarin de schuldeiser geen belang heeft bij de tenuitvoerlegging van de dwangsomveroordeling.⁵⁶ Bovendien is het maar de vraag in hoeverre dit voorstel het probleem van rechtsonzekerheid en precedentwerking oplost. Het criterium geeft de rechter immers niet meer houvast dan de jurisprudentie hem nu biedt. Een wijzigingsvoorstel dat deze bezwaren in mijn ogen wegneemt, is het volgende:

'De rechter die een dwangsom heeft opgelegd, kan op vordering van de veroordeelde de dwangsom opheffen, de looptijd ervan opschorten gedurende de door hem te bepalen termijn of de dwangsom verminderen in geval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen, of wanneer bijzonder klemmende omstandigheden daartoe nopen.' [wijziging is cursief, MP]

In de gemeenschappelijke memorie van toelichting kan een niet-limitatieve lijst worden opgenomen met omstandigheden die kunnen worden aangemerkt als 'bijzonder klemmend'. Op die manier wordt het artikel niet te zeer opgerekt, maar krijgt de rechter wel vol-

50. Zie hetstreekblad.nl/artikel/779207/boek-over-ongelukkigste-vonnissen-van-de-twintigste-eeuw.html.

51. Concl. A-G Verkade, ECLI:NL:PHR:2008:BB8095, bij HR 15 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB8095, punt 4.26.

52. Zie ook L. van der Boom, *De excessieve dwangsom*, Weert: Celsus 2019, p. 99. Op p. 103 voegt Van der Boom aan het criterium toe dat handhaving van de verbeurde dwangsom naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet zijn. Dit voorstel heeft denk ik geen kans van slagen. Deze wetwijziging kan namelijk alleen op het niveau van de Benelux-wetgever plaatsvinden (art. 2 EW). Dit betekent dat met onze buurlanden consensus moet worden bereikt over de wijziging van de Eenvormige Wet. Het is mijn inschatting dat België niet akkoord zal gaan met een wetwijziging die erin resulteert dat de redelijkheid en billijkheid een additionele matigingsgrond vormen, gelet op zijn kritische houding tegenover het leerstuk.

53. Beekhoven van den Boezem 2001, p. 105-106.

54. Beekhoven van den Boezem 2001, p. 106.

55. Beekhoven van den Boezem 2001, p. 105.

56. Beekhoven van den Boezem 2001, p. 106.

doende ruimte om in zeer uitzonderlijke situaties toch in te grijpen. Uit de jurisprudentie van het Benelux-Gerechtshof kan een aantal situaties worden gedestilleerd waarbij het spaak loopt. Naar mijn mening is daarvan in ten minste de volgende gevallen sprake:

(1) er is een wanverhouding ontstaan tussen de dwangsom en het geringe gedeelte van de hoofdverdeling dat niet is nagekomen; (2) de niet-nakoming van de hoofdveroordeling kan niet aan de schuldenaar worden toegerekend; (3) de schuldeiser heeft geen belang meer bij de tenuitvoerlegging van de hoofdveroordeling.

Bovendien zie ik meerwaarde in het vastleggen van verschillende gezichtspunten voor de rechter. Het is bijvoorbeeld een overweging om in de toepassing van het wijzigingsvoorstel onderscheid te maken tussen een dwangsom die is opgelegd aan een professionele partij of aan een zwakkere partij. Om te voorkomen dat de dwangsom alsnog een punitief karakter krijgt, moet de dwangsom tot op zekere hoogte in verhouding staan tot het niet naleven van de hoofdveroordeling. Dat wil zeggen, er moet een afschrikwekkend effect vanuit gaan, maar dit mag niet het redelijke overschrijden. Daarom moet de rechter mijns inziens rekening houden met de financiële draagkracht van burgers of kleine partijen, zoals zzp'ers, en de weerslag die een dwangsom daarop heeft. Dit kan hij van tevoren doen bij het bepalen van de hoogte van de dwangsom. Het is bijvoorbeeld wenselijk om een maximum te verbinden aan de dwangsom, met name als deze wordt opgelegd aan een partij met een beperkte financiële draagkracht. In de huidige gemeenschappelijke memorie van toelichting wordt dit ook al als gezichtspunt genoemd bij artikel 611a Rv.⁵⁷ Maar ook in de gevallen dat een beroep wordt gedaan op artikel 611d Rv moet de financiële draagkracht als gezichtspunt worden meegenomen. Een wanverhouding tussen nakoming van de hoofdprestatie en betaling van de dwangsom zal in de regel immers sneller kunnen ontstaan bij een partij met minder financiële draagkracht.

Daarnaast is ook de aard van de veroordeling en het nadeel dat de wederpartij ervaart van niet-naleving relevant. Bekende Rijdende Rechter-voorbeelden waarbij burens bakkeleien over overhangende begroeiing kunnen niet een-op-een worden vergeleken met een multinationale onderneming die haar hoofdverplichting om geen milieuschadelijke stoffen meer in de Rijn te lozen niet nakomt. De hoofdveroordeling van een professionele partij zal namelijk veelal gepaard gaan met grotere financiële en maatschappelijke belangen dan bij de hoofdveroordeling van een zwakkere partij het geval is. Daarmee bedoel ik niet te zeggen dat een hard onderscheid moet worden gemaakt tussen zwakkere en professionele partijen. Bij veroordelingen van een zwakkere partij kunnen immers soms ook grote maatschappelijke of financiële belangen betrokken zijn. Het gaat er mijns inziens om dat de rechter terughoudender moet zijn met het matigen van een dwangsom als deze is opgelegd aan een – in de regel professionele – partij met grote financiële draagkracht

en als bij de naleving van de hoofdveroordeling grote maatschappelijke en/of financiële belangen betrokken zijn. Kortom, dit instrument moet de rechter in staat stellen maatwerk te bieden.

5. Conclusie

Zoals hierboven meermaals geconstateerd, veroorzaakt de krappe reikwijdte van artikel 611d Rv dikwijls dilemma's voor de rechtspraak. Nakoming van de hoofdveroordeling is soms strikt gezien niet onmogelijk, maar als de dwangsomdebiteur toch tot betaling gehouden zou zijn, dan zou de dwangsom volledig haar doel voorbijschieten. De rechter heeft in die gevallen waarin executie onredelijk is geen zuiver instrument in handen om de dwangsom alsnog te matigen. De wetgever heeft matiging op basis van een andere grond dan artikel 611d Rv immers uitgesloten, waardoor de rechter aan het daarin geformuleerde onmogelijkheids criterium is gebonden. De derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid kan dan ook geen zelfstandige matigingsgrond opleveren, ook niet als er een matigingsclausule in het dictum is verdisconteerd. Het is mijns inziens wenselijk om door reparatie van de wet de rechter de bevoegdheid te geven een verbeurde dwangsom te matigen indien bijzonder klemmende omstandigheden daartoe nopen. Op die manier krijgt de rechter een instrument in handen waarmee hij maatwerk kan leveren zonder daarbij afbreuk aan artikel 611d Rv te doen.

57. Kamerstukken II 1975/76, 13788, nr. 4, p. 16.