



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Het rechterlijk bevel en verbod als remedie

Helm, J.J. van der

### Citation

Helm, J. J. van der. (2023, May 16). *Het rechterlijk bevel en verbod als remedie*. *Burgerlijk Proces & Praktijk*. Wolters Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3618335>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3618335>

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

## 11. Onmogelijkheid

### 11.1 Inleiding

**691.** Een aannemersbedrijf in de regio Den Haag prijst zichzelf aan met de slogan ‘wonderen verrichten wij direct, voor het onmogelijke hebben wij iets meer tijd nodig.’<sup>922</sup> Het is een risico om met dat bedrijf in zee te gaan, want tot het onmogelijke is niemand gehouden. Dat uitgangspunt vormt in beginsel ook een beletsel voor een bevel tot nakoming van een onuitvoerbare verbintenis. Maar de consequentie daarvan is dat een schuldeiser met lege handen blijft staan, althans dat hij genoeg moet nemen met een minder bevredigende remedie dan nakoming, als uitvoering van een verbintenis onmogelijk is (of is geworden). In dit hoofdstuk onderzoek ik of dat aanvaardbaar is. Die vraag naar de aanvaardbaarheid dringt zich in het bijzonder op in de gevallen waarin de schuldenaar zich zelf in de positie heeft gebracht waarin het voor hem onmogelijk is geworden de verbintenis na te komen. Een van de vragen die ik onderzoek is daarom of een schuldeiser dergelijk gedrag zou kunnen laten verbieden. Met andere woorden: kan een schuldeiser een rechterlijk bevel of verbod vragen dat ertoe strekt te voorkomen dat de nakoming van een verbintenis onmogelijk wordt?

### 11.2 Definitie van onmogelijkheid

**692.** Ik definieer de onmogelijkheid als een situatie waarin de prestatie waartoe de schuldenaar gehouden is tijdelijk of blijvend niet kan worden uitgevoerd. Die aldus gedefinieerde onmogelijkheid zegt niets over de vraag of een tekortkoming daardoor niet meer toerekenbaar is. Die vraag moet zelfstandig worden gezien, zoals ik hierna zal uitwerken. Onmogelijkheid bestaat zowel in contractuele situaties als in buitencontractuele situaties. In het laatste geval doet onmogelijkheid zich vooral voor wanneer iemand ertoe gehouden is iets achterwege te laten, maar hij die verboden handeling heeft verricht voordat de rechter een bevel of verbod kan opleggen.

**693.** Of een bepaalde situatie een onmogelijkheid in het leven roept, is vanzelfsprekend niet in algemene zin te zeggen. Het zal in veel gevallen van de omstandigheden van het geval afhangen en, zoals hierna nog zal blijken, van de van de schuldenaar te vergen inspanningen. Niet iedere tegenslag voor de schuldenaar levert een onmogelijkheid op waarachter hij zich kan verschuilen, maar daar staat tegenover dat onevenredige inspanningen niet kunnen worden verwacht.

**694.** Onder het begrip onmogelijkheid vallen de evidente situaties zoals die waarin de te leveren zaak teniet is gegaan en die waarin de verplichting om iets niet te doen reeds is geschonden. En ook het bekende voorbeeld van de trouwjurk die wegens een tijdelijke onmogelijkheid pas na de bruiloft kan worden geleverd, zal te kwalificeren zijn als een onmogelijke prestatie omdat levering van de trouwjurk na de bruiloft niet aan de overeenkomst voldoet. Van onmogelijkheid kan ook sprake zijn als de schuldenaar zichzelf in de onmogelijke positie heeft gebracht. De verkoper van een huis die het huis nogmaals verkoopt en ook levert aan de tweede koper, verkeert door zijn eigen handelen in een positie van onmogelijkheid ten opzichte van de eerste koper. En datzelfde geldt voor de verhuurder die op grond van een in hoger beroep vernietigd vonnis een huurder uit de huurwoning heeft gezet en die huurwoning inmiddels aan een ander heeft verhuurd. Hoewel door de vernietiging van het vonnis zijn verplichting tot het verschaffen van huurgenot kan herleven, kan hij aan die verplichting niet meer voldoen.<sup>923</sup>

**695.** Maar er zijn grensgevallen die de moeite waard zijn om te onderzoeken. Is bijvoorbeeld de tomatenkweker die zich ertoe verbindt op jaarbasis een aantal kilo's tomaten aan de supermarktketen te verkopen gevrijwaard indien door een ziekte zijn gewas vergaat? Dat zal er van afhangen of hij

---

<sup>922</sup> Of andersom, maar dat maakt voor mijn betoog geen verschil.

<sup>923</sup> Bij grote verhuurders, met meerdere woningen, kan daaraan getwijfeld worden. Veelal zal enig huurgenot wel verschaft kunnen worden, maar de huurovereenkomst strekt er in de regel toe een specifieke woning te verhuren, niet om enig huurgenot te verschaffen.

gehouden is uitsluitend door hemzelf gekweekte tomaten van die soort te leveren en zo niet, of hij in de gelegenheid is elders dezelfde tomaten in te kopen. In dat geval – waarin de soort nog te leveren is en de overeenkomst toestaat dat elders gekweekte tomaten worden geleverd – is er geen sprake van een verhindering in de nakoming en dus ook niet van onmogelijkheid.<sup>924</sup> Dat is anders wanneer hij als enige een unieke soort levert die – in ieder geval voor dat seizoen – teniet gaat. Dat is ook anders indien het voor de klanten van de supermarkt van belang is dat de bewuste tomaten van deze kweker komen, zelfs al zijn het soortzaken.

**696.** De huisschilder die zich ertoe verbindt een woonhuis te schilderen en vervolgens haar arm breekt, zal zich in de regel kunnen laten vervangen en er is dan geen sprake van onmogelijkheid in de nakoming. Maar wanneer de overeenkomst erin voorziet dat juist zij het huis zou schilderen vanwege haar bijzondere bekwaamheid met betrekking tot het te verrichten werk ontstaat er een andere situatie. Voor een portretschilder is het evident dat een armbreuk een onmogelijkheid oplevert, zij het in de regel een tijdelijke.<sup>925</sup>

### **11.3 Vormen van onmogelijkheid**

**697.** De onmogelijkheid tot het verrichten van een prestatie kan in verschillende vormen bestaan. Al die vormen kunnen tijdelijk of blijvend (definitief) zijn. Tijdelijke onmogelijkheid is van voorbijgaande aard, bijvoorbeeld wanneer een bepaalde dienst door een overheidsmaatregel tijdelijk niet geleverd kan worden. Bij definitieve onmogelijkheid is nakoming voor altijd onmogelijk geworden, zoals het geval is bij een onherstelbare ondeugdelijke nakoming of een onontkoombare niet-nakoming.<sup>926</sup> Een tijdelijke onmogelijkheid kan overigens een definitieve worden indien de te leveren prestatie voor een bepaald tijdstip moet worden verricht en er daarna geen belang mee bij bestaat.<sup>927</sup> Ik noemde hiervoor al de situatie waarin een bestelde trouwjurk tijdelijk niet leverbaar is en die tijdelijkheid duurt tot na de bruiloft. Voor deze bruid is er daarna geen belang meer bij het ontvangen van de trouwjurk, zodat de tijdelijke onmogelijkheid in deze relatie een blijvende is geworden.<sup>928</sup> De tijdigheid van de levering is in dat voorbeeld een element van de verbintenis dat bij schending niet kan worden hersteld.

**698.** Gebruikelijk is het onderscheid tussen objectieve (ook wel absolute, volstreckte of theoretische) onmogelijkheid enerzijds en subjectieve (relatieve) onmogelijkheid anderzijds.<sup>929</sup> Bij objectieve onmogelijkheid is de prestatie voor eenieder en in de regel ook blijvend onmogelijk, bijvoorbeeld omdat de verschuldigde zaak verloren is gegaan. Maar ook wanneer een verbintenis om iets niet te doen is geschonden, kan dat niet meer ongedaan worden gemaakt en is er sprake van objectieve onmogelijkheid.

**699.** Bij relatieve onmogelijkheid is de nakoming hetzij voor de (deze) schuldenaar onmogelijk geworden, hetzij praktisch te bezwaarlijk geworden.<sup>930</sup> Ook een morele of juridische (wettelijke) belemmering wordt onder de relatieve onmogelijkheid geschaard.<sup>931</sup> Dat een praktische bezwaarlijkheid tot onmogelijkheid leidt, spreekt op het eerste gezicht niet erg aan. Praktische bezwaarlijkheid zal immers bij het aangaan van de overeenkomst te voorzien kunnen zijn geweest. Het

<sup>924</sup> Vgl. Asser/Sieburgh 6-I 2020/341.

<sup>925</sup> Maar ook daar geldt dat wanneer het portret geschilderd moest worden om te worden aangeboden bij een verjaardag of een jubileum, de tijdelijke onmogelijkheid een blijvende kan worden indien er daarna geen belang meer bij de prestatie bestaat.

<sup>926</sup> Hijma & Olthof 2020, p. 258. PG Boek 6, p. 484.

<sup>927</sup> De Jong, Krans & Wissink 2018/136 en Krans & Wissink 2022/136.

<sup>928</sup> Het voorbeeld is ontleend aan Hofmann-Van Opstall 1976, p. 129.

<sup>929</sup> Zie voor de verschillende vormen van absolute onmogelijkheid in het Duitse recht: Haas 2009, p. 248. Zie over het onderscheid nader De Jong, Krans & Wissink 2018/135, Krans & Wissink 2022/135 en Asser/Sieburgh 6-I 2020/335.

<sup>930</sup> Asser/Sieburgh 6-I 2020/335. Haas 2009, p. 247 e.v.

<sup>931</sup> De Jong, Krans & Wissink 2018/135, Krans & Wissink 2022/135.

gaat bij deze gevallen echter in de regel om een praktische bezwaarlijkheid die later is opgekomen. Die bezwaarlijkheid moet dan zo groot zijn dat de nakoming buitenproportionele offers vraagt van de schuldenaar waardoor het onredelijk is nakoming te verlangen.<sup>932</sup> Te denken is aan de situatie waarin de uitvoering van een opdracht ertoe leidt dat de opdrachtnemer (en zijn gezin) wegens een mogelijke blootstelling aan een virus daarna dagenlang in quarantaine moeten gaan en geen verdere werkzaamheden kunnen verrichten. De uitvoering van de opdracht is dan geenszins onmogelijk, maar in redelijkheid niet van de opdrachtnemer te verwachten. Het gaat bij deze vorm van relatieve onmogelijkheid dus om de situatie waarin het ondoenlijk is van de schuldenaar nakoming te verwachten.<sup>933</sup> Deze situatie wordt ook wel aangeduid als *risico-onmogelijkheid*.<sup>934</sup> De aard van het risico hoeft daarbij overigens geen constante te zijn. Als door het nemen van maatregelen het risico mogelijk kan worden verkleind kan de situatie ontstaan waarin toch van de schuldenaar nakoming kan worden gevergd.

**700.** Een dergelijke situatie, waarin door het risico dat een opdrachtnemer loopt van hem niet verlangd kan worden de opdracht uit te voeren, zou overigens ook onder de morele onmogelijkheid zijn te vangen omdat van de opdrachtnemer niet gevergd kan worden dat hij het risico op blootstelling aan het virus neemt. En, om bij dit voorbeeld te blijven, toen de Belgische overheid in het begin van de coronacrisis containers op de grenswegen met Nederland plaatste en de grenzen aldus niet alleen juridisch maar ook feitelijk sloot voor het niet-noodzakelijke verkeer, deed zich een (juridische) onmogelijkheid voor ten aanzien van de uitvoering van grensoverschrijdende verbintenissen die als niet-noodzakelijk werden beschouwd. Theoretisch kan het overheidsvoorschrift worden geschonden om de verbintenis ten uitvoer te leggen, maar aanvaard is dat de verplichting om de overheidsregels na te leven zwaarder weegt dan de verplichting tot naleving van de overeenkomst.<sup>935</sup> De containers konden bovendien maar moeilijk worden genegeerd.

**701.** Relatieve onmogelijkheid bestaat voorts indien er (andere) juridische belemmeringen zijn voor de nakoming. Een voorbeeld is te vinden in het arrest *Oosterhuis/Unigro*.<sup>936</sup> Oosterhuis had zijn bedrijfspand met woning niet alleen aan Unigro verhuurd, maar (daarna) ook nog aan een derde. Toen Unigro in kort geding nakoming vorderde beriep Oosterhuis zich op de onmogelijkheid daarvan: hij had het bedrijfspand en de woning inmiddels aan een ander verhuurd. Het hof verwierp dat verweer omdat het van oordeel was dat het te wijzen arrest grond voor ontbinding van de overeenkomst met de derde zou vormen, zij het tegen schadevergoeding, waarna Oosterhuis jegens Unigro zou kunnen nakomen. De Hoge Raad dacht daar anders over en oordeelde met zoveel woorden dat een veroordeling tot nakoming van een verbintenis door de schuldenaar moet afstuiten op de onmogelijkheid voor de schuldenaar om die verbintenis ten tijde van de veroordeling na te komen, zij het dat het recht op schadevergoeding blijft bestaan. De Hoge Raad voegde daaraan toe dat deze regel ook geldt wanneer de schuldenaar zichzelf in de toestand heeft gebracht waardoor nakoming voor hem onmogelijk is geworden en dat met de situatie van onmogelijkheid op een lijn moet worden gesteld het geval dat de schuldenaar de macht over de zaak wel kan herwinnen, maar slechts door het brengen van offers die in redelijkheid niet van hem gevergd kunnen worden. Uit het arrest volgt dus ook dat in een situatie waarin nakoming niet volstrekt onmogelijk is, maar daarvoor van de schuldenaar een disproportionele inspanning wordt gevergd, een daartoe strekkende veroordeling achterwege moet blijven.<sup>937</sup>

---

<sup>932</sup> De Jong, Krans & Wissink 2018/ 135.

<sup>933</sup> Hofmann-Van Opstall 1976, p. 128.

<sup>934</sup> Goedmakers 1998/33.

<sup>935</sup> Vgl. Asser/Sieburgh 6-I 2020/338.

<sup>936</sup> HR 21 mei 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5738, NJ 1977/73, m.nt. G.J. Scholten (*Oosterhuis/Unigro*).

<sup>937</sup> Volgens Goedmakers volgt uit dit arrest dat de rechter een 'veroordeling tot nakoming die onmogelijk is zonder bezwaar kan toewijzen.' Goedmakers 1998/35. Die conclusie is te kort door de bocht.

**702.** In het huurrecht is bij de regeling van de gebreken wettelijk voorzien (artikel 7:206 lid 1 BW) in de situatie waarin het herstel van gebreken onmogelijk is of ‘uitgaven vereist die in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs niet van de verhuurder zijn te vergen.’ Relatief recent deed zich een situatie voor die aan *Oosterhuis/Unigro* deed denken: een advocatenkantoor huurt in een kantorencomplex op de bovenste verdiepingen kantooruimte. De lager gelegen verdiepingen worden daarna verhuurd aan een hogeschool, die daar ook dagonderwijs gaat verzorgen. De algemene ruimtes worden ontsierd door drankautomaten ten behoeve van de studenten en ingericht in de huisstijl van de hogeschool. De studenten veroorzaken bovendien geluidsoverlast. Het advocatenkantoor is van mening dat zij niet meer krijgt wat zij heeft gehuurd, namelijk hoogwaardige kantooruimte. Zij stelt dat sprake is van een gebrek in de zin van artikel 7:204 BW en vordert in een procedure tegen de verhuurder dat de hogeschool wordt verboden ter plaatse dagonderwijs te verzorgen. De kantonrechter heeft deze vordering op straffe van een forse dwangsom toegewezen. Het hof deelt wel het oordeel van de kantonrechter dat sprake is van een gebrek, maar wijst de vordering toch af. De vordering van het advocatenkantoor komt er immers op neer dat de verhuurder verplicht wordt contractbreuk te plegen tegenover de hogeschool. Dat zal zulke hoge kosten meebrengen dat het hof, oordelend in kort geding, het niet voldoende aannemelijk achtte dat de bodemrechter een dergelijke vordering zou toewijzen.<sup>938</sup>

**703.** Opmerkelijk is dat het hof de afwijzing van de vordering niet in de sleutel van de onmogelijkheid zet, maar in de sleutel van de onredelijke inspanning.<sup>939</sup> Het is immers niet goed in te zien hoe de verhuurder in dit geval kon bewerkstelligen dat haar andere huurder haar rechten uit haar eigen huurovereenkomst met de verhuurder niet zou gebruiken. In zoverre was er ook sprake van een juridische onmogelijkheid om aan het advocatenkantoor het huurgenot te verschaffen waarop het recht had.

**704.** Jongbloed spreekt in een min of meer vergelijkbare situatie van een *feitelijke onmogelijkheid* en geeft als voorbeeld de feestredenaar die op hetzelfde tijdstip op twee verschillende plaatsen over twee verschillende jubilarissen de loftrumpet moet steken.<sup>940</sup> Hij zal niet aan beide verbintenissen kunnen voldoen omdat hij nu eenmaal niet op hetzelfde tijdstip op twee plaatsen kan zijn.

**705.** Een vorm van relatieve onmogelijkheid is de onmogelijkheid van *zelfstandige* nakoming. De onmogelijkheid van zelfstandige nakoming doet zich voor indien een prestatie wel kan worden nagekomen, maar niet door de schuldeiser zelfstandig of alleen. Bij het eerste kan worden gedacht aan de aan bed gekluisterde bejaarde die wordt veroordeeld een schutting af te breken. Hij zal daarvoor een derde moeten inschakelen. Een dergelijke onmogelijkheid van zelfstandige nakoming doet zich overigens in veel gevallen voor: ook veel gezonde juristen zullen derden moeten inschakelen om een schutting te verwijderen of in ieder geval om er een deugdelijk op te bouwen. Het spreekt vrijwel voor zich dat een dergelijke onmogelijkheid niet in de weg staat aan nakoming: in de regel zal er best een hovenier bereid kunnen worden gevonden om een schutting te verwijderen of te plaatsen. Problematisch wordt het wanneer er voor de uitvoering van de verbintenis specifieke kennis of een specifieke vaardigheid vereist is. Wanneer ik mij ertoe verbind mijn verkochte huis te leveren met een nog aan te brengen kunstwerk van Banksy is dat niet alleen onverstandig, maar zal dat vermoedelijk ook onmogelijk zijn. Indien de kunstenaar weigert voor mij de muurschildering aan te brengen kan ik dat niet oplossen door een andere kunstenaar te vragen en ontstaat er voor mij een onmogelijkheid omdat ik niet in staat ben die verbintenis zelfstandig na te komen.<sup>941</sup>

---

<sup>938</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10500, *WR* 2021/78, m.nt. L.F. Birnie.

<sup>939</sup> Dat zal te maken hebben met de wijze waarop het verweer is ingestoken.

<sup>940</sup> Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:296 BW, aant. 6. Ik heb eerder mijn aarzelingen uitgesproken of in een dergelijk geval inderdaad niet een bevel tot nakoming kan worden gegeven omdat vermoedelijk een van beide feestredes wel uitgesproken kan worden. Zie Van der Helm 2019/33.

<sup>941</sup> Het voorbeeld is in zoverre slecht gekozen dat niet duidelijk is wie er achter de naam Banksy schuil gaat, zodat het al problematisch is een verzoek te doen om de muurschildering aan te brengen.

**706.** Een ander voorbeeld waarin het ging om nakoming die niet door de veroordeelde alleen kon worden uitgevoerd, is te vinden in een arrest van 16 december 1977 van de Hoge Raad. In die zaak was kraker Hiep veroordeeld om ‘met de zijnen’ de gekraakte percelen te ontruimen.<sup>942</sup> De Hoge Raad overwoog in de eerste plaats dat die veroordeling meebrengt dat kraker Hiep niet alleen zelf die percelen moet ontruimen, maar ook moet bewerken ‘*uiteraard voor zover dat in zijn vermogen ligt*’ dat ook die zijnen zich verwijderen. Daar voegt de Hoge Raad aan toe dat de mogelijkheid dat Hiep buiten staat zal blijken te bewerkstelligen dat ook de zijnen zich verwijderen, het hof ‘*mede gelet op het bepaalde bij art. 611b in verbinding met art. 611 Rv., niet behoefde te weerhouden aan zijn veroordelingen een dwangsom te verbinden.*’ Deze veroordeling legde op Hiep een verplichting die hij niet alleen kon nakomen. Tegelijkertijd was deze veroordeling zo geformuleerd dat zijn verplichting feitelijk niet verder strekte dan een inspanningsverplichting.

**707.** De Hoge Raad heeft recent herhaald dat het feit dat de medewerking van derden nodig is om een verplichting na te komen (hetgeen een *onmogelijkheid* van zelfstandige nakoming impliceert), niet aan een daartoe strekkende veroordeling versterkt met een dwangsom, in de weg hoeft te staan.<sup>943</sup> In die zaak had het hof geoordeeld dat de eigenaren van een perceel ten behoeve waarvan een noodweg was aangewezen, een dwangsom zouden verbeuren indien gebruikers en huurders zich niet aan de voorwaarden van de noodweg zouden houden. De eigenaren waren dus afhankelijk van de huurders en gebruikers om de veroordeling na te leven. De Hoge Raad verwierp de daartegen gerichte klacht met het oordeel dat de omstandigheid dat voor de nakoming van de hoofdveroordeling de medewerking van anderen dan de veroordeelde nodig is, niet in de weg hoeft te staan aan het opleggen van een dwangsom. Indien nadien blijkt dat het niet aan de veroordeelde, maar aan anderen ligt dat aan de hoofdveroordeling niet wordt voldaan, staat de weg van artikel 611d Rv (opheffen dwangsom in geval van onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen) open.

**708.** De Hoge Raad voegde daaraan toe dat van onmogelijkheid in de zin van artikel 611d Rv sprake is, indien zich de situatie voordoet waarin de dwangsom als dwangmiddel, dus als geldelijke prikkel tot nakoming, haar zin verliest. Daarvan is sprake indien het onredelijk zou zijn om van de veroordeelde meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan hij al heeft betracht. De rechter moet daarom uit hoofde van artikel 611d Rv onderzoeken of de veroordeelde sinds zijn veroordeling redelijkerwijs al het mogelijke heeft gedaan om aan de hoofdveroordeling te voldoen. Als de medewerking van derden nodig is, moet de veroordeelde dus al het mogelijke doen om ervoor te zorgen dat deze anderen hun noodzakelijke medewerking verlenen. Als die situatie zich al voordoet voordat de veroordeling wordt uitgesproken, is voor oplegging van de dwangsom geen plaats.

**709.** Het arrest van de Hoge Raad had strikt genomen betrekking op de oplegging van een dwangsom en niet op de hoofdveroordeling zelf. Met betrekking tot die veroordeling tot betaling van een dwangsom oordeelde de Hoge Raad dat die niet onmogelijk was in het geval medewerking van derden noodzakelijk is. Daarmee is op zichzelf niets gezegd over de hoofdveroordeling. Maar omdat de veroordeling tot betaling van een dwangsom een bijkomende en afhankelijke veroordeling is, zal voor de hoofdveroordeling hetzelfde moeten worden aangenomen.

**710.** Per saldo is het beeld aldus dat oplegging van een bevel of verbod aan een partij die medewerking van een ander nodig heeft om daaraan te voldoen niet ontoelaatbaar is. De zelfstandige nakoming van de verbintenis is in een dergelijk geval weliswaar onmogelijk, maar van de veroordeelde moet het in een dergelijk geval redelijk zijn te verlangen dat hij al het mogelijke doet om derden ertoe te bewegen hun medewerking te verlenen. In het geval van huurders of gebruikers hoeft dat niet ingewikkeld te zijn: in de huurovereenkomst kunnen de voorwaarden waaraan moet worden voldaan worden opgenomen als bijzondere voorwaarden. In het geval van de kraker Hiep ligt het ingewikkelder. Tussen hem en de andere krakers zal er geen contractuele band bestaan op

---

<sup>942</sup> HR 16 december 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC6138, NJ 1978/561, m.nt. W.H. Heemskerk.

<sup>943</sup> HR 13 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1783, NJ 2020/427.

grond waarvan Hiep hen kon verplichten het gekraakte pand met hem te verlaten. Dat gegeven vertaalt zich in de vraag of hij ‘al het mogelijke heeft gedaan’ om die anderen tot medewerking te bewegen. Als een veroordeelde daartoe geen feitelijke middelen heeft zal ook niet kunnen worden aangenomen dat hij tekort is geschoten. Evenmin zou hem in een dergelijk geval, als dat op voorhand duidelijk is, een bevel of verbod moeten worden opgelegd.

#### **11.4 Gevolgen van onmogelijkheid naar Belgisch recht**

**711.** Naar Belgisch recht is het voorgaande niet anders. Ook naar Belgisch recht is niemand gehouden tot het onmogelijke. Van onmogelijkheid is sprake indien een prestatie om juridische of materiële redenen niet kan worden uitgevoerd. Die onmogelijkheid moet wel absoluut en blijvend zijn.<sup>944</sup> Een absoluut en blijvend onmogelijke verbintenis is naar Belgisch recht nietig. Als het voorwerp van de verbintenis op zichzelf mogelijk is, maar de schuldenaar niet bij machte is om deze uit te voeren is de verbintenis echter geldig. Om die reden kan de morele onmogelijkheid niet tot nietigheid van de verbintenis leiden. De kunstenaar die het werk niet tot stand kan brengen wegens gebrek aan inspiratie is onverminderd gehouden te presteren. Omdat hij echter niet met dwang tot die prestatie kan worden gedwongen, zal de niet-nakoming zich moeten oplossen in schadevergoeding.<sup>945</sup>

#### **11.5 Bewijslast onmogelijkheid**

**712.** Zoals ik hiervoor uiteen heb gezet is voor het verkrijgen van een bevel of verbod een (dreigende) tekortkoming in de nakoming van een verbintenis uit overeenkomst vereist of een dreigend onrechtmatig handelen. De partij die een vordering strekkende tot een bevel of een verbod instelt, moet feiten stellen en zo nodig bewijzen waaruit volgt dat aan de voorwaarden is voldaan. Indien aan die voorwaarden is voldaan is de vordering toewijsbaar. Het bestaan van een onmogelijkheid is een gegeven dat aan de toewijsbaarheid in de weg staat. Het is een zelfstandig rechtsfeit dat tot afwijzing van de op zichzelf toewijsbare vordering leidt. Daarmee is de onmogelijkheid een bevrijdend verweer.

**713.** De stelplicht en de bewijslast van feiten waaruit de onmogelijkheid volgt rusten dus op de aangesproken partij.<sup>946</sup> Valk wijst er in dat verband terecht op dat als van een andere lezing wordt uitgegaan, waarbij de *mogelijkheid* van nakoming als voorwaarde wordt gesteld, er een extra vereiste voor toewijzing wordt toegevoegd aan artikel 3:296 BW waarvan in dat geval eiser de stelplicht en de bewijslast zou dragen. Overtuigende redenen daarvoor zijn er niet.

#### **11.6 Relatie met overmacht**

**714.** Overmacht en onmogelijkheid zijn begrippen die nauw samenhangen. Het begrip overmacht wordt in de huidige wetgeving niet gedefinieerd. Onder het oude recht werd een tekortkoming die de schuldenaar wél kon worden toegerekend aangeduid als wanprestatie en een tekortkoming die de schuldenaar niet konden worden toegerekend als overmacht. Omdat de terminologie onvoldoende scherp werd geacht is zij in de huidige wet niet meer gebruikt.<sup>947</sup> De definitie wordt in de literatuur nog wel gebruikt, dus in die zin dat overmacht een tekortkoming is die niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend.<sup>948</sup> Onmogelijkheid in een van de hiervoor besproken definities lijkt daarvoor een voorwaarde, maar die voorwaarde is in artikel 6:75 BW niet gesteld.<sup>949</sup> Het is echter moeilijk te bedenken dat een situatie waarin nakoming niet (tijdelijk of blijvend) onmogelijk is, wel overmacht

---

<sup>944</sup> Vansweevelt & Weyts 2019/360.

<sup>945</sup> Vansweevelt & Weyts 2019/360.

<sup>946</sup> Valk 2017.

<sup>947</sup> PG Boek 6, p. 253.

<sup>948</sup> Asser/Sieburgh 6-I 2020/332. De Jong, Krans & Wissink 2018/132 en Krans & Wissink 2022/132. Hijma & Olthof 2020, p. 251

<sup>949</sup> Vgl. Hijma & Olthof 2020, p. 252

zal opleveren.<sup>950</sup> Een tijdelijke of blijvende onmogelijkheid van nakoming kan echter wel een wanprestatie opleveren omdat die tijdelijke of blijvende onmogelijkheid toerekenbaar kan zijn aan de schuldenaar. De toerekenbaarheid en de onmogelijkheid zijn dus twee los van elkaar te beoordelen omstandigheden.<sup>951</sup> Overmacht veronderstelt vrijwel steeds een tekortkoming die hierin bestaat dat de nakoming absoluut of relatief onmogelijk is, waarbij de onmogelijkheid niet aan de schuldenaar toerekenbaar is. Overmacht impliceert daarom vrijwel steeds onmogelijkheid van nakoming, maar onmogelijkheid levert niet steeds overmacht op.<sup>952</sup> Het enkele bestaan van onmogelijkheid betekent immers niet dat schuld in de zin van artikel 6:75 BW niet aanwezig is.

**715.** Als overmacht onmogelijkheid impliceert ligt het voor de hand aan te nemen dat overmacht zonder onmogelijkheid niet kan bestaan. Het bestaan van overmacht dwingt dan tot de conclusie dat een rechterlijk bevel tot nakoming is uitgesloten. Als een uitzondering op die regel wordt aanvaard, dus als overmacht aanvaard wordt zonder dat sprake is van onmogelijkheid, is denkbaar dat een vordering tot schadevergoeding daarop afstuit, maar een bevel tot nakoming wel kan worden gegeven. In de literatuur is die mogelijkheid aanvaard, maar slechts in een uitzonderlijk geval. Zo wijst Sieburgh op het voorbeeld dat in de parlementaire geschiedenis wordt genoemd: het geval dat de schuldenaar door een oorzaak die hem niet kan worden toegerekend het bestaan van de verbintenis niet kende of van de inhoud daarvan een verkeerde voorstelling had.<sup>953</sup> In de parlementaire toelichting is als specifiek voorbeeld genoemd ‘degene die een door vererving op hem overgegangene schuld niet is nagekomen doordat het bericht van overlijden van de erfflater hem niet tijdig heeft bereikt.’<sup>954</sup> Ook Hijma & Olthof wijzen op deze passage in de parlementaire geschiedenis en merken op dat de wetgever de eis van onmogelijkheid voor niet-toerekening als zodanig heeft laten vallen omdat er uitzonderingen denkbaar zijn geacht.<sup>955</sup> Haas verwerpt echter de mogelijkheid van overmacht zonder onmogelijkheid. Hij wijst erop dat in het voorbeeld dat in de parlementaire geschiedenis is opgenomen, sprake is van een tijdelijke overmacht die verviel op het moment waarop de schuldenaar bekend raakte met de schuld.<sup>956</sup> De situatie waarin er sprake is van overmacht zonder een verhindering (onmogelijkheid) is daarom een uitzondering.

**716.** De vraag of er sprake is van overmacht, dus een niet-toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis, is daarom een vraag die feitelijk veelal aan de orde komt wanneer de niet-nakoming en de onmogelijkheid van nakoming een feit is, en dus wanneer het te laat is voor een nakomingsbevel. De overmachtsvraag is in dat stadium vooral relevant voor de vraag of er schadevergoeding moet worden betaald. Bij een geslaagd beroep op overmacht vervalt niet alleen de verplichting tot schadevergoeding, maar normaliter ook de verplichting tot het verrichten van de primaire prestatie.<sup>957</sup> Het een kan immers niet goed los van het ander worden gezien. Als enerzijds de verplichting tot schadevergoeding vervalt door een beroep op overmacht, kan anderzijds niet een verplichting tot nakoming voor de schuldenaar blijven bestaan.<sup>958</sup> Hijma & Olthof tekenen aan dat de nakomingsvordering *op feitelijke gronden* is uitgesloten, bij blijvende onmogelijkheid definitief, bij tijdelijke onmogelijkheid tot het einde daarvan.<sup>959</sup> Het gebruik van de woorden ‘op feitelijke gronden’ suggereert dat de nakomingsvordering in juridische zin niet vervalt door de onmogelijkheid. Bij een tijdelijke onmogelijkheid is dat inderdaad het geval: zodra de onmogelijkheid is opgeheven kan de

<sup>950</sup> Hierover uitvoerig: Haas 2009, p. 96 e.v.

<sup>951</sup> De Jong, Krans & Wissink 2018/134 en Krans & Wissink 2022/134.

<sup>952</sup> Asser/Sieburgh 6-I 2020/332. Hijma & Olthof 2020, p. 252. Goedmakers 1998/31.

<sup>953</sup> Asser/Sieburgh 6-I 2020/340.

<sup>954</sup> PG Boek 6, p. 263.

<sup>955</sup> Hijma & Olthof 2020, p. 252. Cauffman & Croes, GS Verbintenissenrecht, art. 6:75 BW, aant. 1.4.

<sup>956</sup> Haas 2009, p. 97.

<sup>957</sup> Haas 2009, p. 95. Van Rossum & Kuypers 2015, p. 113.

<sup>958</sup> In gelijke zin Van Hofmann-Opstall 1976, p. 34. Hijma & Olthof 2020, p. 255. Uit artikel 6:79 BW volgt dat schuldeiser die in staat is zelf zich door verrekening of executie het verschuldigde te verschaffen, bevoegd is dat te doen.

<sup>959</sup> Hijma & Olthof 2020, p. 255.



nakoming weer worden afgedwongen. Bij een blijvende onmogelijkheid is de nakomingsvordering niet alleen op feitelijke gronden, maar ook op juridische gronden uitgesloten.

**717.** Voor een beroep op overmacht is volgens de parlementaire toelichting niet van belang of de ‘verhinderend tot nakoming’ reeds bij het ontstaan van de verbintenis aanwezig was, dan wel eerst later is ingetreden. In beide gevallen komt het aan op beoordeling van de vraag naar de toerekenbaarheid.<sup>960</sup>

### **11.7 Onmogelijkheid en garantie**

**718.** Het belang van de onmogelijkheid van nakoming als zodanig, dus los van de vraag naar de toerekenbaarheid, wordt duidelijk wanneer die onmogelijkheid wordt bezien in het licht van een gegeven garantie.

**719.** Het begrip ‘garantie’ is niet vastomlijnd en de inhoud ervan moet worden achterhaald door de contractsbepalingen uit te leggen.<sup>961</sup> Tjittes omschrijft een garantie als een verklaring van de debiteur omtrent het bestaan of ontbreken van een feit, bij de af- of aanwezigheid waarvan de debiteur jegens de crediteur (toerekenbaar) tekortschiet in de nakoming van de overeenkomst. Ook de verplichting om op een bepaald moment een zekere prestatie te leveren kan volgens hem als garantie worden aangeduid.<sup>962</sup> Zodoende kunnen er twee soorten garanties bestaan: garanties ten aanzien van een bepaalde prestatie enerzijds en garanties ten aanzien van het bestaan of het ontbreken van bepaalde feiten anderzijds. Garanties hebben vooral een functie bij het vaststellen van een tekortkoming. Een discussie daarover is te voorkomen door een bepaalde prestatie te garanderen. Zo overwoog de Hoge Raad in het arrest *Multi Vastgoed/Nethou* dat een garantieverplichting zoals in die zaak aan de orde was, meebrengt dat het achterwege blijven van de gegarandeerde eigenschappen van een geleverde zaak zonder meer een tekortkoming oplevert van de debiteur.<sup>963</sup>

**720.** Volgens de parlementaire geschiedenis staat een gegeven garantie aan ieder beroep op overmacht in de weg. Een gegeven garantie wordt dan ook beschouwd als een situatie waarin de schuldenaar bij voorbaat elk beroep heeft prijs gegeven op de mogelijkheid dat een tekortkoming hem niet zou zijn toe te rekenen.<sup>964</sup> Indien sprake is van een garantieverplichting heeft dan ook als hoofdregel te gelden dat een beroep op overmacht niet mogelijk is.<sup>965</sup>

**721.** Toch zal moeten worden aanvaard dat een nakomingbevel bij een onmogelijke maar gegarandeerde prestatie, moet worden afgewezen. Ik zal hierna uitwerken dat dit voor iedere onmogelijke prestatie geldt en dus ook voor de gegarandeerde prestatie. Ook uit dat gegeven blijkt dat de onmogelijkheid als zodanig zelfstandig moet worden beschouwd van de vraag naar de toerekening. Door de gegeven garantie zal de tekortkoming immers toerekenbaar zijn, maar is een nakomingsbevel toch niet toelaatbaar.

**722.** De onmogelijkheid als zodanig en als feitelijk gegeven, dus los van de vraag of die toerekenbaar is, is in alle stadia voor de rechter die wordt geconfronteerd met een vordering tot een bevel of verbod van belang omdat de onmogelijkheid, of die nu toerekenbaar is of niet, in de weg zal staan aan de nakomingsbevel. Ik werk dat hierna uit.

### **11.8 Gevolgen voor het bevel en verbod**

---

<sup>960</sup> PG Boek 6, p. 293.

<sup>961</sup> Asser/Hijma 7-I 2019/492.

<sup>962</sup> Tjittes 2018, p. 417.

<sup>963</sup> HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, NJ 2001/79 (*Multi Vastgoed/Nethou*).

<sup>964</sup> PG Boek 6, p. 262.

<sup>965</sup> Van Rossum & Kuypers 2015, p. 32. Tjittes 2018, p. 443.

**723.** Om te bepalen wat de gevolgen voor een op te leggen rechterlijk bevel of verbod zijn indien sprake is van een onmogelijkheid, zal ik in de eerste plaats onderzoeken wat er met de verbintenis gebeurt indien nakoming onmogelijk is.

**724.** Het Ontwerp van Boek 6 bevatte een artikel 6.1.10.3 dat bepaalde dat een niet-toerekenbare, *blijvende* verhindering als schuldvernietigend moet worden aangemerkt. Een blijvende verhindering zou, met andere woorden, de verbintenis teniet doen gaan. Dat artikel is geschrapt omdat het niets zou toevoegen aan de regeling van artikel 6:75 BW.<sup>966</sup> De schrapping van het voorgestelde artikel is aldus toegelicht dat ‘een verhindering van nakoming, die niet aan de schuldenaar is toe te rekenen, een verweer oplevert zowel tegen de vordering tot nakoming als tegen een vordering tot schadevergoeding.’<sup>967</sup> In lid 1 van het voorgestelde artikel 6.1.10.3 was dit ‘samengevat’ door voor het geval van een definitieve verhindering te zeggen dat de verbintenis door blijvende overmacht tenietgaat. Een tijdelijke verhindering laat de verbintenis volgens de toelichting in stand.<sup>968</sup>

**725.** Ook de toelichting op artikel 6:74 BW gaat ervan uit dat een verbintenis waarvan de nakoming onmogelijk is geworden wordt *omgezet* in een verbintenis tot schadevergoeding.<sup>969</sup> Het gebruik van het woord ‘omzetten’ duidt erop dat de oorspronkelijke verbintenis volgens de wetgever een ander karakter aanneemt en dus teniet gaat.

**726.** Daar staat echter volgens diezelfde toelichting tegenover dat een schuldenaar die zich niet op overmacht *wenst* te beroepen en nakomt ondanks een mogelijk beroep op overmacht, niet achteraf kan betogen dat de verbintenis van rechtswege teniet is gegaan om de prestatie als onverschuldigd te kunnen terugvorderen.<sup>970</sup> Deze situatie zal uitzonderlijk zijn omdat, zoals ik hiervoor heb uitgewerkt, onmogelijkheid in de regel een voorwaarde is voor een geslaagd beroep op overmacht. Van een keuze voor de schuldenaar tussen nakomen en niet-nakomen lijkt dan geen sprake. Belangrijker is dat een schuldeiser in een wederkerige overeenkomst, die wordt geconfronteerd met een beroep op overmacht door zijn wederpartij, zich op de niet-nakoming door die wederpartij kan beroepen om zijn eigen prestatie op te schorten. In zoverre blijft de verbintenis dus bestaan.<sup>971</sup>

**727.** Uitgangspunt van de wetgever was aldus dat een onmogelijkheid leidt tot het tenietgaan van de verbintenis, behalve wanneer de wederpartij uit het voortbestaan van die verbintenis een zeker recht kon afleiden. Een nakomingsbevel is evenwel uitgesloten.<sup>972</sup>

**728.** Ook in de jurisprudentie is als uitgangspunt aanvaard dat onmogelijkheid van nakoming in de weg staat aan een nakomingsbevel. Al in het *Stalen vaten*-arrest uit 1917 overwoog de Hoge Raad dat een schuldenaar die zich op overmacht kan beroepen wanneer hij tot schadevergoeding wordt aangesproken, dat ook kan doen wanneer hij wordt aangesproken tot het leveren van de prestatie zelf.<sup>973</sup> Daarmee is wel duidelijk dat de (feitelijke) onmogelijkheid aan nakoming in de weg staat, maar nog niet dat de verbintenis zelf daardoor teniet gaat. Dat laatste overwoog de Hoge Raad echter met zoveel woorden in een arrest van 7 mei 1925.<sup>974</sup> Door de overmacht waardoor partij Blijdenstein werd verhinderd aan zijn verplichting tot levering te voldoen, werd hij volgens de Hoge Raad ook van zijn verbintenis bevrijd.

---

<sup>966</sup> PG Boek 6, p. 488.

<sup>967</sup> PG Boek 6, p. 488.

<sup>968</sup> PG Boek 6, p. 484.

<sup>969</sup> PG Boek 6, p. 261.

<sup>970</sup> PG Boek 6, p. 488.

<sup>971</sup> PG Boek 6, p. 488.

<sup>972</sup> Zie in dit verband ook impliciet de TM bij het voorgestelde artikel 6.1.8.12: ‘Zolang een volledige en behoorlijke nakoming mogelijk is, behoeft de schuldeiser met iets anders geen genoegen te nemen.’ PG Boek 6, p. 307.

<sup>973</sup> HR 2 november 1917, *NJ* 1917, p. 1136 (*Stalen vaten*).

<sup>974</sup> HR 7 mei 1925, *NJ* 1925, p. 997 (*Kolbermoor/Van Kempen qq*).

**729.** In een arrest van 9 mei 1969 had de Hoge Raad te oordelen over de situatie waarin verkopers van een pand niet meer eigenaar van dat pand waren omdat zij het inmiddels aan een derde hadden geleverd.<sup>975</sup> Van de verkopers was gevorderd dat zij hun medewerking zouden verlenen aan het tot stand brengen van de definitieve akte tot overdracht aan de eiser van het gekochte pand. Rechtbank en hof oordeelden dat die vordering kon worden toegewezen omdat de verplichting tot medewerking aan het opmaken van de akte niet onmogelijk werd gemaakt door de omstandigheid dat de verkoper geen eigenaar van het verkochte meer was. De Hoge Raad vernietigde dat arrest omdat de vordering ertoe strekte dat het onroerend goed aan de koper zou worden geleverd. Daarvoor was wel degelijk nodig dat de verkopers nog eigenaar waren van het pand. Daaraan doet volgens de Hoge Raad niet af dat het hof had overwogen dat de verplichting tot levering niet kwam te vervallen doordat de verkopers na het aangaan van de overeenkomst het pand aan een derde verkochten. Met dat oordeel is niet gezegd dat de verbintenis niet ook teniet zou gaan door de daadwerkelijke overdracht van het pand aan een derde. De Hoge Raad spreekt slechts van de verbintenis tot levering in verband met de verkoop aan een derde. Die verkoop als zodanig leidt nog niet tot onmogelijkheid van levering. Die onmogelijkheid ontstaat pas bij de daadwerkelijke levering aan de derde. Op zijn vroegst op dat moment gaat ook de eerste verbintenis tot levering teniet. Annotator Drion is niet te spreken over de uitkomst. Hij ziet geen verschil met de situatie van soortkoop, waarbij ‘niemand eraan zal twijfelen dat een vordering tot levering kan worden toegewezen, ook al is de verkoper op het moment van de veroordeling nog geen eigenaar van de te leveren goederen.’ Het is hem onduidelijk waarom dat bij een onroerend goed principieel anders zou liggen. Hij verwacht kennelijk van de verkoper dat deze ervoor zorgt weer eigenaar van het onroerend goed te worden door ‘het drievoudige’ van de koopprijs te bieden. Het is de vraag of dat in redelijkheid van een verkoper te verwachten is. Die vraag zal eerder bevestigend kunnen worden beantwoord indien de verkoper door zijn wanprestatie tegen de eerste koper een aanzienlijk hogere koopprijs heeft weten te bewerkstelligen dan in de situatie waarin hij door bijvoorbeeld een misverstand in de veronderstelling verkeerde dat de koper niet zou kunnen afnemen en aldus tot zijn wanprestatie is gekomen. Maar ook dan zal gelden dat nakoming niet kan worden verlangd indien daarvoor een onredelijke prestatie van de schuldenaar moet worden verlangd.<sup>976</sup>

**730.** Een al wat recenter voorbeeld is te vinden in het hiervoor al besproken arrest *Oosterhuis/Unigro*.<sup>977</sup> Oosterhuis had zijn bedrijfspand en woning niet alleen aan Unigro verhuurd, maar (daarna) ook nog aan een derde. Toen Unigro in kort geding nakoming vorderde beriep Oosterhuis zich op de onmogelijkheid daarvan: hij had het bedrijfspand en de woning inmiddels aan een ander verhuurd. De Hoge Raad oordeelde dat een veroordeling tot nakoming van een verbintenis door de schuldenaar moet afstuiten op de onmogelijkheid voor de schuldenaar om die verbintenis ten tijde van de veroordeling na te komen, zij het dat het recht op schadevergoeding blijft bestaan. De Hoge Raad voegde daaraan toe dat deze regel ook geldt wanneer de schuldenaar zichzelf in de toestand heeft gebracht waardoor nakoming voor hem onmogelijk is geworden en dat met die situatie op een lijn moet worden gesteld het geval dat de schuldenaar deze macht wel kan herwinnen, maar slechts door het brengen van offers die in redelijkheid niet van hem gevergd kunnen worden.

**731.** De Hoge Raad zegt in dit arrest niet dat de verbintenis teniet is gegaan door de onmogelijkheid, maar beperkt zich tot het oordeel dat de nakomingsvordering niet kon worden toegewezen. Dat oordeel is herhaald in het arrest *Budde/Toa Moa* van 27 juni 1997.<sup>978</sup> In die zaak ging het om de afgifte van een door Budde in opdracht van (een rechtsvoorganger van) Toa Moa gebouwd schip dat bijna was voltooid. Het problematische was dat Budde dat schip ook aan een ander had verkocht (en overgedragen). Dat weerhield de rechtbank en het hof er niet van de vordering toe te

---

<sup>975</sup> HR 9 mei 1969, ECLI:NL:HR:1969:AC0848, *NJ* 1969/338, m.nt. H. Drion.

<sup>976</sup> Goedmakers 1998/37.

<sup>977</sup> HR 21 mei 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5738, *NJ* 1977/73, m.nt. G.J. Scholten (*Oosterhuis/Unigro*).

<sup>978</sup> HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2401, *NJ* 1997/641 (*Budde/Toa Moa*). Zie ook Asser Procesrecht / Van Schaick 2 2016/62.

wijzen. De Hoge Raad overwoog dat het oordeel van het hof dat Budde niet bevoegd was (in de zin van artikel 3:84 lid 1 BW) geweest het schip aan een derde over te dragen niet juist was en dat de overdracht aan die derde in ieder geval heeft geleid tot onmogelijkheid van nakoming jegens Toa Moa, zodat die overdracht aan toewijzing van haar nakomingsvordering in de weg zou hebben gestaan. Opmerking verdient hier overigens dat van een onmogelijkheid natuurlijk maar in beperkte zin sprake was. Budde was kennelijk scheepsbouwer. Het reeds bijna voltooide schip kon hij niet meer aan Toa Moa overdragen, maar dat het voor hem onmogelijk was nog een schip te bouwen volgt niet uit het arrest.<sup>979</sup> De vordering van Moa Toa was daar evenwel niet op gericht.

**732.** De Hoge Raad overwoog in het arrest *Multi Vastgoed* van 5 januari 2001 dat een crediteur de keuze heeft tussen nakoming, voor zover deze nog mogelijk is en schadevergoeding in enigerlei vorm.<sup>980</sup> Hierin is dus meer impliciet de regel herhaald dat onmogelijkheid van nakoming aan een nakomingsvordering in de weg staat.

**733.** De Jong meent dat er een ‘kern van waarheid’ zit in de conclusie dat de verbintenis teniet gaat indien sprake is van blijvende onmogelijkheid.<sup>981</sup> Maar ook hij wijst erop dat de verbintenis een zekere werking blijft behouden omdat de schuldeiser bij een wederkerige overeenkomst waaruit de verbintenis voortvloeit tot ontbinding kan overgaan. Daarbij sluit ook aan dat artikel 6:79 BW bepaalt dat de schuldeiser wiens schuldenaar door een hem niet toe te rekenen oorzaak verhinderd is na te komen, bevoegd is zich door executie of verrekening het verschuldigde te verschaffen, wanneer hij daartoe in staat is. Die bepaling laat zien dat de verbintenis niet in algehele zin teniet is gegaan. In dat geval zou de hier bedoelde bevoegdheid immers geen grondslag hebben.

**734.** Ook Haas concludeert dat een succesvol beroep op overmacht (dat veelal onmogelijkheid impliceert) de schuldenaar bevrijdt van zijn nakomingsverplichting.<sup>982</sup> Hij acht in een dergelijk geval de nakomingsvordering overigens ook niet toewijsbaar vanwege het ontbreken van belang in de zin van artikel 3:303 BW, maar stelt kennelijk voorop dat de primaire plicht tot nakoming vervalt.<sup>983</sup> En ook bij Van Opstall is al te vinden dat de primaire verplichting vervalt bij blijvende onmogelijkheid.<sup>984</sup> Goedmakers zoekt de grondslag voor de onmogelijkheid van de nakomingsplicht in artikel 6:2 BW, maar gaat er eveneens van uit dat een nakomingsbevel onmogelijk is.<sup>985</sup>

**735.** Zowel in de parlementaire geschiedenis, als in de jurisprudentie als in de literatuur wordt aldus aangenomen dat de onmogelijkheid leidt tot het vervallen van de verbintenis voor zover het betreft de daaruit voortvloeiende verplichting tot nakoming, zij het dat die verbintenis voortleeft voor zover de schuldeiser daaraan enig recht (anders dan nakoming) kan verbinden. Daarmee is, los van het feitelijke gevolg dat de onmogelijkheid heeft, al gegeven dat een nakomingsbevel onmogelijk is. Dat de onmogelijkheid tot nakoming aan het opleggen van een bevel in de weg staat, is in algemene zin ook logisch: als een prestatie niet kan worden geleverd, heeft het geen zin iemand daartoe te veroordelen, al helemaal niet op straffe van een dwangsom.

**736.** De wet gaat er (impliciet) ook vanuit dat, wanneer nakoming onmogelijk is, slechts schadevergoeding resteert. Artikel 6:87 lid 1 BW spreekt met zoveel woorden uit dat, voor zover nakoming niet reeds blijvend onmogelijk is, de verbintenis wordt omgezet in een tot vervangende schadevergoeding, wanneer de schuldenaar in verzuim is en de schuldeiser hem schriftelijk mededeelt

---

<sup>979</sup> Het bouwen van een ander schip zou overigens ook beschouwd kunnen worden als een andere prestatie. Vgl. HR 22 mei 1982, ECLI:NL:HR:1981:AG4192, NJ 1982/59, m.nt. C.J.H.B. Brunner (*Van der Gun/Farmex*).

<sup>980</sup> HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, NJ 2001/79 (*Multi Vastgoed*).

<sup>981</sup> Krans, De Jong & Wissink 2018/135. In gelijke zin Krans & Wissink 2022/135.

<sup>982</sup> Haas 2009, p. 94.

<sup>983</sup> Vgl. Haas 2009, p. 245.

<sup>984</sup> Van Opstall 1976, p. 343.

<sup>985</sup> Goedmakers 1998/39.

dat hij schadevergoeding in plaats van nakoming vordert. Die keuze voor de schuldeiser is er blijkens deze bepaling niet indien de nakoming wel blijvend onmogelijk is.<sup>986</sup>

**737.** Tijdelijke onmogelijkheid staat vanzelfsprekend aan het opleggen van een bevel niet in de weg.<sup>987</sup> De tijdelijke onmogelijkheid kan er wel toe leiden dat de schuldeiser zijn recht op nakoming niet onmiddellijk kan effectueren.<sup>988</sup> De rechter die in een dergelijk geval een bevel of verbod uitspreekt, zal zich van die tijdelijke onmogelijkheid bewust moeten zijn en zijn veroordeling daarop moeten afstemmen.

### **11.9 De effectiviteit van de remedie en de reële executie**

**738.** Het gegeven dat onmogelijkheid in de weg staat aan nakoming doet vanzelfsprekend afbreuk aan de effectiviteit van het rechterlijk bevel en verbod als remedie. Tegelijkertijd is die afbreuk relatief. Het is niet zozeer het tekortschieten van de remedie dat de schuldeiser hier met lege handen achterlaat, maar het gegeven dat de prestatie onmogelijk is. Daar helpt geen enkele remedie tegen, behalve schadevergoeding en ontbinding.

**739.** In de parlementaire toelichting op artikel 6:74 BW is echter opgenomen dat de rechter het verweer dat nakoming op feitelijke gronden onmogelijk is, niet snel zal moeten aanvaarden.<sup>989</sup> Interessant is dat daar ook de suggestie wordt gedaan dat het redelijk zal zijn de schuldeiser in de gelegenheid te stellen door middel van reële executie te trachten de hem verschuldigde prestatie alsnog te ‘achterhalen’. Zo kan de schuldeiser zelf ondervinden of de prestatie werkelijk onmogelijk is. Het is de vraag of dit een werkbare oplossing is.

**740.** Reële executie is die vorm van tenuitvoerlegging waarbij, zonder medewerking van de schuldenaar, het resultaat gelijk is aan het resultaat dat bij vrijwillige nakoming zou zijn bewerkstelligd.<sup>990</sup> Uit artikel 3:297 BW volgt dat, indien een prestatie door reële executie wordt afgedwongen, dit dezelfde rechtsgevolgen heeft als die van een vrijwillige nakoming.

**741.** Een bevel om iets te doen kan niet in die zin worden afgedwongen dat de schuldenaar daadwerkelijk wordt gedwongen om zelf iets te presteren.<sup>991</sup> Er kunnen dwangmiddelen worden aangewend om de schuldenaar aan te moedigen tot actie over te gaan, maar als hij nalatig blijft, is er geen middel om hem tot daadwerkelijke actie aan te zetten. De kunstenaar kan, met andere woorden, niet (fysiek) worden gedwongen een portret te maken. Er zijn wel andere middelen mogelijk om hem tot actie aan te zetten of om erin te voorzien dat de schuldeiser krijgt waarop hij recht heeft. Ik teken bij al die gevallen aan dat het voor de schuldeiser vrijwel steeds te verkiezen zal zijn dat de schuldenaar zelfstandig overgaat tot voldoening aan het bevel.

**742.** Artikel 3:299 lid 1 BW voorziet erin dat de rechter een machtiging verleent aan de aanspraakgerechtigde om zelf datgene te doen wat de schuldenaar zou moeten doen. Het tweede lid maakt het mogelijk dat datgene wat in strijd met een verplichting tot nalaten is verricht, teniet wordt gedaan. Voor beide gevallen bepaalt het derde lid dat de kosten voor rekening van de schuldenaar zijn. Een machtiging als in dit artikel voorzien kan goed worden verleend bij het geven van een bevel of een verbod. De machtiging zal dan echter een subsidiair karakter hebben: voor het geval het bevel of verbod niet wordt nagekomen, beschikt de schuldeiser over een machtiging om zelf datgene te bewerkstelligen wat moest worden gedaan, of teniet te doen wat moest worden nagelaten. Dat die optie minder aantrekkelijk is dan de situatie waarin de schuldenaar zelf aan zijn verplichtingen voldoet, spreekt voor zich. Niet alleen brengt de machtiging mee dat de schuldeiser de nodige actie

---

<sup>986</sup> Zie ook PG Boek 6, p. 301.

<sup>987</sup> Deurvorst, in: *GS Onrechtmatige daad*, Rechtsvorderingen, aant.II.2.1.2.10.

<sup>988</sup> PG Boek 6, p. 261.

<sup>989</sup> PG Boek 6, p. 261.

<sup>990</sup> Jongbloed 2017, p. 30. Zie over reële executie bijvoorbeeld Jongbloed 1987 en Huydecoper 2011. Verder ook Hugenholtz/Heemskerk 2021/238 e.v.

<sup>991</sup> Hugenholtz/Heemskerk 2021/237. Ook Stolker, in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, aant. 3 bij art. 3:299 BW.

moet ondernemen, maar ook moet hij in eerste instantie kosten maken en het zal in veel gevallen onzeker zijn of die op de kennelijk onwillige schuldenaar kunnen worden verhaald.

**743.** Datzelfde geldt in zekere zin voor de in artikel 3:300 BW neergelegde mogelijkheid voor de rechter om te bepalen dat de uitspraak dezelfde kracht heeft als een in wettige vorm opgemaakte akte. Hoewel die oplossing minder activiteiten van de schuldenaar vereist dan het geval is na de verkrijging van een machtiging als bedoeld in artikel 3:299 BW, is het opmaken van een akte tussen partijen te verkiezen al is het maar omdat partijen beter in staat zijn dan de rechter om te overzien wat precies de inhoud van de betreffende akte zou moeten zijn.<sup>992</sup> Opmerking verdient overigens dat, wanneer de rechter onvoorwaardelijk bepaalt dat zijn uitspraak dezelfde kracht heeft als een in wettige vorm opgemaakte akte, er bij een bevel tot medewerking aan het opmaken van een dergelijke akte natuurlijk geen belang meer is. Die uitspraak neemt dan onmiddellijk de plaats in van de handeling tot het verrichten waarvan aan de schuldenaar een bevel wordt gegeven.<sup>993</sup> De eiser die zowel een gebod vordert als een maatregel gebaseerd op artikel 3:300 BW dient zijn vordering dus zorgvuldig te formuleren en de maatregel op grond van artikel 3:300 BW te vorderen voor het geval de schuldenaar niet vrijwillig aan het bevel voldoet. Bij de toepassing van artikel 3:300 BW verdient verder nog opmerking dat, hoewel niet uitgesloten, een dergelijk vonnis volgens de wetgever bij voorkeur niet uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard.<sup>994</sup> De eiser die dat toch vordert doet er goed aan ook dat deel van die vordering te motiveren.

**744.** Ik noem bij de opsomming van de voor het rechterlijk bevel en verbod relevante vormen van reële executie nog de in de wet geregelde wijze tot ontruiming van een onroerende zaak. Die ontruiming zal vooraf moeten worden gegaan door een rechterlijk bevel tot ontruiming ('met al het zijne en de zijnen') en, op de voet van artikel 555 Rv, betekening van de executoriale titel door de deurwaarder. Artikel 556 Rv bepaalt vervolgens dat de gedwongen ontruiming door de deurwaarder geschiedt. Vorderingen die ertoe strekken dat de eiser – veelal de eigenaar – wordt gemachtigd de ontruiming zelf te bewerkstelligen, stuiten hierop af.<sup>995</sup>

**745.** Mijns inziens biedt deze reële executie in geen van de gevallen een alternatief voor een bevel om een onmogelijke prestatie te leveren. Het heeft weinig toegevoegde waarde om een vordering tot nakoming af te wijzen omdat de nakoming onmogelijk is, maar de schuldeiser in de gelegenheid te stellen het onmogelijke zelf te verrichten. De gedachte dat een schuldeiser zelf kan ondervinden of een prestatie mogelijk of onmogelijk is gaat eraan voorbij dat de rechter aan de hand van de stellingen van partijen zal moeten onderzoeken of er sprake is van een onmogelijkheid. Als die er is, is een veroordeling tot nakoming onmogelijk. Als die onmogelijkheid er niet is, is een veroordeling tot nakoming mogelijk en kan subsidiair aan de schuldeiser een van de hiervoor besproken mogelijkheden worden geboden. Maar die mogelijkheden van reële executie zijn er vanzelfsprekend niet om een processuele onzekerheid over een verhindering te ondervangen.

### ***11.10 De effectiviteit van de remedie en het voorkómen van onmogelijkheid***

**746.** Voor de vraag of in een geval van onmogelijkheid een rechterlijk bevel of verbod kan worden gegeven is de toerekenbaarheid niet van belang. Ook als de schuldenaar zichzelf in een positie van onmogelijkheid heeft gebracht, en de onmogelijkheid hem dus kan worden toegerekend, kan geen nakoming worden gevorderd.<sup>996</sup> Dat is een wat onbevredigende conclusie. De schuldeiser staat, als het op nakoming aankomt, met lege handen terwijl de schuldenaar mogelijk profiteert van zijn eigen

---

<sup>992</sup> Dit bezwaar kan tot op zekere hoogte ondervangen worden door de rechter een concept-akte aan te reiken die aan het vonnis kan worden gehecht en bij de inhoud waarvan de rechter kan aansluiten.

<sup>993</sup> Vgl. in dit verband, zij het over oplegging van een dwangsom, Jongbloed 2015/112.

<sup>994</sup> PG Boek 3, p. 899.

<sup>995</sup> Zie bijvoorbeeld vnr. Den Haag 26 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9449 en hof Den Haag 8 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3460.

<sup>996</sup> PG Boek 6, p. 488. Schadevergoeding is dan vanzelfsprekend wel mogelijk.

wanprestatie. Ik onderzoek daarom de vraag of de schuldeiser middelen heeft om de onmogelijkheid te voorkomen. Ik neem de hiervoor al genoemde casus Toa Moa/Budde als vertrekpunt.<sup>997</sup>

**747.** Die casus, die ik hiervoor al even kort omschreef, was als volgt. De rechtsvoorganger van Toa Moa kocht met een overeenkomst van 10 april 1988 van Budde een door Budde te bouwen schip van het type Dutch Concept 1200 voor een bedrag van NLG 300.000,-. Toa Moa voldeed een substantieel deel van de koopprijs. Toen het schip, althans een schip, bijna was voltooid, vorderde zij aflevering van het schip. Budde verweerde zich met de stelling dat hij een ander schip had gebouwd, namelijk een Dutch Concept 1300 (in plaats van 1200) en dat hij dat schip had verkocht en overgedragen aan een zekere H. Smits.

**748.** De president in kort geding wees de vordering tot aflevering toe en het hof verwierp de grieven. Het hof verwierp het verweer van Budde dat hij een ander schip had gebouwd en oordeelde dat Budde niet bevoegd was het schip aan een derde te verkopen omdat hij gehouden was de overeenkomst met (de voorganger van) Toa Moa na te komen.

**749.** Zoals ik hiervoor besprak, oordeelde de Hoge Raad dat de onmogelijkheid van nakoming jegens Toa Moa in de weg staat aan toewijzing van de nakomingsvordering. De Hoge Raad oordeelde ook dat het hof ten onrechte had overwogen dat Budde *niet bevoegd* was over het schip te beschikken en het te verkopen. Als eigenaar van het gebouwde schip had hij op grond van artikel 3:84 lid 1 BW de bevoegdheid om over het schip te beschikken. De Hoge Raad overweegt vervolgens:

*‘Mocht het Hof hebben bedoeld dat Budde, doordat hij zich had verbonden het schip aan Toa Moa over te dragen, jegens de laatste niet bevoegd was het schip aan een derde over te dragen en dat Budde daarom, ondanks overdracht van het schip aan een derde, nog steeds kon worden veroordeeld het schip met toebehoren aan Toa Moa in eigendom over te dragen en af te leveren, dan heeft het Hof miskend dat volgens de door de Hoge Raad in zijn voormelde arrest aanvaarde regel, overdracht van het schip aan een derde zou hebben geleid tot onmogelijkheid van nakoming jegens Toa Moa, zodat die overdracht aan toewijzing van haar nakomingsvordering in de weg zou hebben gestaan.’*

**750.** De vraag die de Hoge Raad in deze overweging (logischerwijs, want de vraag lag niet voor) niet beantwoordt is de vraag wat er zou zijn gebeurd als Toa Moa, indien zij op de hoogte zou zijn geweest van de voorgenomen verkoop en levering aan Smits, een verbod ten aanzien van die verkoop en levering zou hebben gevorderd. Als een dergelijk verbod kan worden toegewezen, geeft dat het rechterlijk bevel en verbod als remedie in dat stadium weer wat meer tanden.

**751.** Er zijn in dit voorbeeld meerdere scenario's te bedenken. Ik werk de volgende uit, waarbij ik overigens de casus aanpas:

- a) de vordering tot levering van Toa Moa is opeisbaar en het schip is al aan de derde verkocht, maar nog niet aan de derde geleverd;
- b) de vordering tot levering van Toa Moa is nog niet opeisbaar en het schip is al wel aan de derde verkocht, maar nog niet geleverd;
- c) de vordering tot levering van Toa Moa is opeisbaar en het schip is nog niet aan de derde verkocht.

**752.** De situatie onder c) is vanzelfsprekend de meest eenvoudige. Van verplichtingen van de verkoper jegens de derde is nog geen sprake, terwijl de vordering van Toa Moa opeisbaar is. Een verbod tot verkoop en levering aan de derde is hier in principe niet eens nodig, volstaan kan worden met een bevel tot afgifte (levering) op straffe van een dwangsom. Een verbod tot verkoop aan de derde, eveneens op straffe van een dwangsom is natuurlijk niet uitgesloten, maar het is niet direct in te zien welk belang daarbij bestaat.

---

<sup>997</sup> HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2401, NJ 1997/641 (Budde/Toa Moa).

**753.** Het geval onder a) is (ook) door de wet geregeld. Er is sprake van botsende rechten op levering en uit artikel 3:298 BW volgt dat in de onderlinge verhouding tussen de twee schuldeisers als hoofdregel heeft te gelden dat het oudste recht op levering voor gaat. Die regel heeft echter alleen betrekking op de onderlinge rechten van de schuldeisers. Ten opzichte van de schuldenaar hebben zij ieder een recht op levering / afgifte en dat recht kunnen zij afdwingen. Van een onmogelijkheid is in die situatie geen sprake zolang er niet aan een van de schuldeisers is geleverd.

**754.** Het geval onder b) roept het meeste vragen op. Toa Moa kan nog geen afgifte vorderen omdat haar vordering nog niet opeisbaar is. Zij kan op grond van artikel 3:296 lid 2 BW wel vorderen dat een bevel tot afgifte wordt uitgesproken onder tijdsbepaling, maar daarmee voorkomt zij strikt genomen niet de levering aan de derde. Die levering aan de derde leidt tot onmogelijkheid van levering aan Toa Moa en zal dus onherroepelijk tot wanprestatie jegens Toa Moa leiden. Het bevel tot afgifte onder een tijdsbepaling impliceert daarmee echter een verbod om aan de derde te leveren. Door die levering zal de verkoper immers het bevel tot afgifte niet meer kunnen nakomen. Ervan uitgaande dat aan het bevel dwangsommen zijn verbonden, zullen die dwangsommen dan worden verbeurd.<sup>998</sup> Op die manier kan Toa Moa haar positie toch versterken en is de effectiviteit van het bevel gewaarborgd.

### **11.11 Conclusie**

**755.** Het rechterlijk bevel en verbod zijn niet effectief in het geval de prestatie onmogelijk is. Een onmogelijke prestatie kan immers niet worden afgedwongen en het bevel en verbod als zodanig kunnen de onmogelijkheid ook niet opheffen. De vraag is of dat erg is.

**756.** Praktisch gezien is het dat wel. Ik heb hiervoor uiteengezet dat een van de belangrijke doelen van het burgerlijk (proces)recht is de nakoming van verbintenissen en het voorkomen van onrechtmatigheid. Wanneer de onmogelijkheid een feit is, staat de schuldeiser met lege handen wanneer het op de nakoming aan komt en een gepleegd onrechtmatig handelen kan niet meer ongedaan worden gemaakt. Juridisch bezien is het echter geen probleem dat een bevel of verbod bij onmogelijkheid niet kan worden toegepast. Er is geen regel waaruit volgt dat een partij moet worden veroordeeld het onmogelijke te doen.

**757.** In hoofdstuk 6 (nummer 292) heb ik geconcludeerd dat een preventieve remedie effectief is wanneer zij

- a) materiële rechten kan afdwingen
- b) tijdig is
- c) een afschrikkende functie heeft en
- d) proportioneel is.

Voor de situatie waarin een prestatie onmogelijk is of is geworden, is het rechterlijk bevel en verbod niet meer preventief beschikbaar, maar wanneer onmogelijkheid dreigt kan het preventieve karakter van het rechterlijk bevel en verbod juist wel zijn werking hebben. Een schuldeiser kan op dat moment de nakoming afdwingen, al dan niet onder tijdsbepaling en op straffe van een dwangsom. Die afgedwongen nakoming impliceert een bevel aan de schuldenaar de onmogelijkheid te voorkomen. Bij dreigende onmogelijkheid die bekend is bij de schuldeiser zal het rechterlijk bevel of verbod daarom een zekere effectiviteit behouden en daarmee de doelen van het burgerlijk (proces)recht kunnen blijven dienen. De tijdigheid van de remedie speelt in dit verband geen andere rol dan de preventieve beschikbaarheid en de onmogelijkheid van de prestatie roept ook geen bijzondere vragen op ten aanzien van de proportionaliteit en afschrikkendheid van de remedie.

---

<sup>998</sup> Ik laat de mogelijkheden van beslag buiten beschouwing.