

A 97/2/9

BENELUX - GERECHTSHOF

COUR DE JUSTICE BENELUX

GRIFFIE
Regentschapsstraat 39
1000 BRUSSEL
Tel. 02/519.38.61
Telefax 02/513.42.06

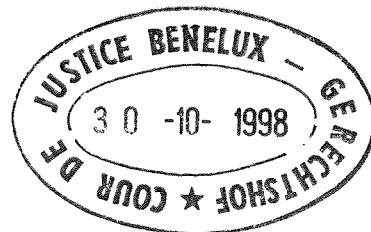
GREFFE
Rue de la Régence 39
1000 BRUXELLES
Tél. 02/519.38.61
Téléfax 02/513.42.06

BENELUX - GERECHTSHOF

REGENTSCHAPSSTRAAT 39
1000 BRUSSEL
TEL. 519.38.61

COUR DE JUSTICE BENELUX

RUE DE LA RÉGENCE 39
1000 BRUXELLES
TÉL. 519.38.61



Zaak nr. A 97/2

A 97/2/9

BENELUX-GERECHTSHOF

Conclusie van de plv. advocaat-generaal L. Strikwerda inzake:

**de vennootschap onder firma
Autobedrijf Joh. Aaltink**

tegen

**de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Greenib Car B.V.**

Korte beschrijving van de zaak

1. Het verwijzingsarrest (Gerechtshof te Arnhem 22 juli 1997, r.o. 2.2) is uitgegaan van de volgende feiten.

"a) Greenib is importeur van Hyundai automobielen, onderdelen en accessoires in Nederland. Greenib heeft in Nederland een dealernetwerk opgezet. Sinds 1982 is Aaltink krachtens een met Greenib gesloten dealerovereenkomst dealer van Hyundai automobielen. Tussen partijen is in 1994 een geschil ontstaan over het al dan niet beëindigd zijn van de dealerovereenkomst.

b) Bij kort geding vonnis van 7 december 1994 is Greenib verboden om, zolang de dealerovereenkomst met Aaltink niet rechtsgeldig is beëindigd, Aaltink te behandelen in strijd met haar verplichtingen uit hoofde van de dealerovereenkomst, op straffe van verbeurte van een dwangsom van f 10.000,- voor iedere dag dat Greenib in strijd handelt met dit verbod. Greenib heeft tegen dit vonnis geen hoger beroep ingesteld.

c) Het vonnis van 7 december 1994 is bij deurwaardersexploit van 22 maart 1995 aan Greenib betekend met het bevel om aan de met een dwangsom versterkte veroordeling te voldoen. Tot 10 april 1995 heeft Greenib aan de hieruit voortvloeiende verplichting tot nakoming van de dealerovereenkomst voldaan, daarna echter niet meer in verband met het navolgende.

d) Bij kort geding vonnis van 31 maart 1995 is Greenib op haar verzoek ontslagen uit haar verplichtingen de dealerovereenkomst na te komen terstond nadat Greenib bij aangetekende brief deze overeenkomst wegens gewichtige redenen met onmiddellijke ingang heeft beëindigd. Deze gewichtige redenen waren volgens het voorlopig oordeel van de president: de schending door Aaltink van het concurrentieverbod en de vertrouwensregel, in samenhang met de slechte verstandhouding tussen partijen.

Het vonnis is uitvoerbaar bij voorraad verklaard. Aaltink heeft op 13 april 1995, dus tijdig, hoger beroep ingesteld tegen dit vonnis.

e) Greenib heeft bij aangetekende brief van 5 april 1995 de dealerovereenkomst met Aaltink met onmiddellijke ingang beëindigd.

f) Bij schriftelijke aanmaning van 9 oktober 1995 heeft Aaltink op de voet van artikel 3:324 van het Burgerlijk Wetboek de verjaring van de sedert 10 april 1995, uit hoofde van het kort geding vonnis van 7 december 1994, verbeurde dwangsommen gestuit. In deze brief heeft Aaltink tevens aan Greenib rechtsmaatregelen aangekondigd teneinde betaling te bewerkstelligen van f 1.820.000,-

(het totale bedrag aan verbeurde dwangsommen over de periode van 10 april 1995 tot 9 oktober 1995).

g) Bij faxbericht van 18 oktober 1995 heeft Aaltink verduidelijkt dat bedoelde aanmaning is te begrijpen als een stuitingshandeling en dat Aaltink zich de aanspraak op de verbeurde dwangsommen voorbehoudt. Aaltink heeft verklaard niet te zullen afzien van executie van het vonnis van 7 december 1994, maar dit thans - wegens het ingestelde hoger beroep tegen het vonnis van 31 maart 1995 - nog niet opportuun te achten.

h) Bij dagvaarding van 9 april 1996 heeft Aaltink Greenib gedagvaard voor de rechtbank te 's-Gravenhage met oproeping om op 28 januari 1997 te verschijnen. Daarbij heeft Aaltink gevorderd Greenib te veroordelen tot betaling van een bedrag van f 3.650.000,- wegens sedert 10 april 1995 verbeurde dwangsommen, te vermeerderen met f 10.000,- voor elke dag dat Greenib vanaf 1996 verzuimt te voldoen aan het verbod dat de president bij kort geding vonnis van 7 december 1994 heeft uitgesproken. Voorts heeft Aaltink vergoeding gevorderd van alle schade die zij door de wanprestatie van Greenib heeft geleden, welke schade is op te maken bij staat.

i) Bij arrest van dit hof van 4 juni 1996 is het onder d) bedoelde kort geding vonnis van 31 maart 1995 vernietigd en zijn de vorderingen van Greenib afgewezen. Greenib heeft tegen dit arrest geen beroep in cassatie ingesteld."

2. Greenib heeft bij dagvaarding van 25 oktober 1995 het onderhavige kort geding aangespannen voor de President van de Rechtbank te Almelo. Voor zover thans in het geding voor het Benelux-Gerechtshof van belang heeft zij, na wijziging van eis, (subsidiar) gevorderd de bij vonnis van 7 december 1994 opgelegde dwangsom op te heffen per 31 maart 1995 dan wel vanaf die datum op te schorten zolang het uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis van 31 maart 1995 in stand is, zulks op grond van de stelling - zakelijk weergegeven - dat er sprake is van een (tijdelijke) onmogelijkheid in de zin van art. 611d Rv om te voldoen aan het aan haar opgelegde verbod bij het vonnis van 7 december 1994, namelijk gedurende de periode dat dat vonnis van 31 maart 1995 ten uitvoer gelegd kon worden, ook als dat vonnis in hoger beroep wordt vernietigd. Aaltink heeft tegen het gevorderde verweer gevoerd en geconcludeerd tot afwijzing hiervan.

3. De President heeft bij vonnis van 22 november 1995 het gevorderde afgewezen.

4. Van dit vonnis is Greenib in hoger beroep gekomen bij het Gerechtshof te Arnhem.

5. Het Hof heeft bij arrest van 15 oktober 1996 bepaald dat een comparitie van partijen zal worden gehouden om een schikking te beproeven aansluitend op de te houden pleidooien. Vervolgens heeft het Hof bij arrest van 14 januari 1997 partijen in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de met betrekking tot de subsidiaire vordering van Greenib aan het Benelux-Gerechtshof te stellen vraag van uitleg. Bij het reeds genoemde arrest van 22 juli 1997 heeft het Hof aan het Benelux-Gerechtshof verzocht bij wege van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over de volgende vraag:

"Kan een veroordeelde met succes een beroep doen op tijdelijke onmogelijkheid in de zin van artikel 611d van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en kan op grond daarvan de looptijd van een opgelegde dwangsom worden opgeschort, in de situatie dat hij een hem bij vonnis in kort geding (waartegen geen hoger beroep is ingesteld) opgelegd verbod om zich te gedragen in strijd met zijn verplichtingen uit een overeenkomst zolang die overeenkomst niet rechtsgeldig is beëindigd, niet nakomt, nadat en omdat die veroordeelde op basis van nieuwe door hem gestelde feiten een uitspraak in kort geding - uitvoerbaar bij voorraad - heeft verkregen van dezelfde president, inhoudende dat hij wordt ontslagen van de verplichtingen uit de overeenkomst zoals bedoeld in het eerste vonnis, en wel voor wat betreft de periode dat het tweede vonnis, waarvan de wederpartij van de veroordeelde in hoger beroep was gekomen, nog niet was vernietigd?"

6. Partijen hebben bij het Benelux-Gerechtshof memories en nadere memories ingezonden en vervolgens voor dit Hof pleidooi doen voeren.

Bespreking van de gestelde vraag

7. De aan het Benelux-Hof gestelde vraag betreft mede - zo niet in de eerste plaats - een kwestie van uitlegging van intern Nederlands procesrecht, namelijk de vraag wat de uitwerking is van het tweede kort geding vonnis (het vonnis van 31 maart 1995), zolang het niet is vernietigd, op de verbindende werking en/of de executorialle kracht van het eerste kort geding vonnis (het vonnis van 7 december 1994). Deze vraag kan in dit geding voor het Benelux-Gerechtshof niet worden onderzocht. Het is immers niet de taak van het Benelux-Gerechtshof om te oordelen over vragen van uitlegging van intern recht. De aan de gestelde vraag voorafgaande vraag of het tweede kort geding vonnis gedwongen tenuitvoerlegging van de hoofdveroordeling van het eerste kort geding uitsluit, met als gevolg dat de dwangsom in het geheel niet verschuldigd was (BenGH 5 juli 1985, zaak nr. A 84/3, Jur. 1985, p. 115, NJ 1986, 19 nt. WHH, RW 1985-1986, p. 929), moet derhalve blijven rusten.

8. Zoveel is zeker, dat in de feiten waarvan het verwijzingsarrest is uitgegaan, in het bijzonder de onder d) en e) opgesomde feiten, alsmede in de aan het Benelux-Gerechtshof gestelde vraag besloten ligt dat het Gerechtshof te Arnhem ervan is uitgegaan dat Greenib door het tweede kort geding vonnis (het vonnis van 31 maart 1995) in ieder geval werd ontslagen van haar verplichting tot nakoming van de dealerovereenkomst zoals bedoeld in het eerste kort geding vonnis (het vonnis van 7 december 1994) en aldus werd ontslagen van de verplichting tot naleving van het bij dat eerste kort geding vonnis opgelegde verbod. In het licht hiervan komt de aan het Benelux-Gerechtshof gestelde vraag erop neer of door het tweede kort geding vonnis bewerkte ontslag van de verplichting tot naleving van het bij het eerste kort geding vonnis opgelegde verbod voor Greenib een onmogelijkheid om aan dat verbod te voldoen in de zin van art. 611d lid 1 Rv kan opleveren.

9. In het arrest van Uw Hof van 25 september 1986, zaak nr. A

84/5, Jur. 1986, p. 20, NJ 1987, 909 nt. WHH, RW 1986-1987, is overwogen dat van "onmogelijkheid" in de zin van art. 4 lid 1 Eenvormige Beneluxwet betreffende de dwangsom, waarmee art. 611d lid 1 Rv overeenstemt, sprake is "indien zich een situatie voordoet waarin de dwangsom als dwangmiddel - dat wil zeggen als geldelijke prikkel om nakoming van de veroordeling zoveel mogelijk te verzekeren - naar de woorden van de Gemeenschappelijke Memorie van Toelichting op art. 4 'zijn zin verliest'" en dat dit laatste zich kan voordoen, "indien het onredelijk zou zijn meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan de veroordeelde heeft betracht".

10. In zijn noot onder dit arrest in de NJ merkt W.H. Heemskerk met instemming op dat het Benelux-Gerechtshof een redelijk ruime uitleg aan het begrip "onmogelijkheid" geeft en dit begrip niet objectiveerd, maar in subjectieve zin opvat. Het lijkt hem raadzaam bij de uitleg van "onmogelijkheid" in art. 611d Rv aan de knopen bij de gedachte van art. 6:75 BW. Het wettelijk begrip "onmogelijkheid om aan de veroordeling te voldoen" verwijst naar overmacht in de zin van niet-toerekenbare tekortkoming. Het gaat hier immers ook om het niet nakomen van een verbintenis, aldus Heemskerk. Verwant aan deze denkbeelden is de opvatting van A.W. Jongbloed, *De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht*, 1991, blz. 107, nt. 6, die betoogt dat een beroep van de schuldenaar op een na de veroordeling ontstane rechtvaardigingsgrond op één lijn moet worden gesteld met onmogelijkheid om de veroordeling na te komen. Zie voorts G.L. Ballon, *Dwangsom*, 1980, nr. 218-222, die erop wijst dat de rechter ten deze beschikt over een ruime beoordelingsvrijheid en de onmogelijkheid kan laten berusten op de meest verschillende oorzaken, waaronder psychische of morele onmogelijkheid om aan de veroordeling te voldoen. Te wijzen valt voorts op HR 22 januari 1993, NJ 1993, 598 nt HJS, waarin werd overwogen dat de eisen van redelijkheid en billijkheid te betrachten tussen crediteuren en debiteuren niet afwijken van wat de maatstaf van het Benelux-Gerechtshof voor de toepassing van art. 611d Rv ("indien het onredelijk zou zijn meer inspan-

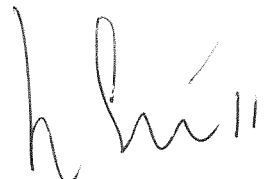
ning en zorgvuldigheid te vergen dan de veroordeelde heeft betracht") reeds meebrengt.

11. In aanmerking genomen dat in de feiten waarvan het verwijzingsarrest is uitgegaan besloten ligt dat Greenib door het tweede kort geding vonnis (het vonnis van 31 maart 1995) werd ontslagen van de verplichting tot naleving van het bij het eerste kort geding vonnis (het vonnis van 7 december 1994) aan haar opgelegde verbod, zou ik menen dat in het licht van de ruimhartige uitleg van het begrip "onmogelijkheid" door Uw Hof in het genoemde arrest van 25 september 1986 het antwoord op de gestelde vraag bevestigend moet luiden. Voor wat betreft de periode gedurende welke het tweede kort geding vonnis nog niet was vernietigd, was Greenib immers ontslagen van haar verplichting tot nakoming van de dealerovereenkomst zoals bedoeld in het eerste kort geding vonnis, zodat over die periode van Greenib nakoming van het bij dat vonnis aan haar opgelegde verbod niet kon en mocht worden verlangd. De dwangsom als prikkel tot nakoming had derhalve zijn zin verloren.

Conclusie

De conclusie strekt ertoe dat Uw Hof de gestelde vraag bevestigend zal beantwoorden.

's-Gravenhage, 30 oktober 1998



plv. A-G