ECLI:NL:PHR:2015:941

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum conclusie	12-06-2015
Datum publicatie	16-10-2015
Zaaknummer	14/03599
Formele relaties	Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2015:3092, Gevolgd
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	Procesrecht. Executiegeschil. Dwangsom verbeurd? Beroep op gezag van gewijsde arbitrale uitspraak naar Engels recht. Onderbouwing beroep op buitenlands recht.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl JBPR 2017/44 met annotatie van prof. mr. S.J. Schaafsma JIN 2015/225 met annotatie van J. van Weerden

Conclusie

14/03599

Mr. P. Vlas

Zitting, 12 juni 2015

Conclusie inzake:

ICL-IP Europe B.V.

(hierna: ICL)

tegen

de rechtspersoon naar buitenlands recht Potasse & Produits Chimiques S.A.S.,

gevestigd te Thann, Frankrijk

(hierna: PPC)

In deze zaak komt onder meer de vraag aan de orde of het hof de matigingsbevoegdheid van de rechter met betrekking tot verbeurde dwangsommen heeft miskend.

1. **Feiten[1] en procesverloop**

1.1 De feiten en het procesverloop komen in het kort op het volgende neer. ICL is leverancier van elementair broom. Zij is de rechtsopvolgster van Eurobrom B.V. (hierna: Eurobrom). PPC is een

onderneming die zich bezighoudt met het ontwikkelen en produceren van verschillende broomderivaten. Op 1 oktober 1995 hebben een rechtsvoorgangster van PPC (Albermarle PPC) en Eurobrom een overeenkomst gesloten ter zake van de koop/verkoop en levering van broom (hierna: de overeenkomst), waarin onder meer een arbitrageclausule is opgenomen.

1.2 Begin 2007 heeft Eurobrom aan PPC bericht de overeenkomst niet langer geldig te achten en de leveranties van broom met ingang van 16 februari 2007 te beëindigen. Uiteindelijk zijn de leveranties pas in mei 2008 stopgezet.

1.3 Het beëindigen van de leveranties heeft geleid tot verschillende procedures tussen partijen, welke deels gelijktijdig zijn gevoerd. Het betreft twee procedures in kort geding, een arbitrale procedure en de onderhavige procedure.

1.4 De *eerste* procedure betreft een in mei 2008 aangespannen kort geding door PPC tegen Eurobrom. PPC heeft gevorderd dat de voorzieningenrechter Eurobrom zou gebieden conform de overeenkomst broom te leveren op de gebruikelijke wijze, totdat onherroepelijk over de geldigheid van de overeenkomst in een arbitrale procedure zou zijn geoordeeld, op straffe van een dwangsom van € 500.000,- per dag.

1.5 De voorzieningenrechter in de rechtbank 's-Gravenhage heeft bij vonnis van 28 mei 2008 (hierna: het Haagse vonnis) Eurobrom geboden conform de overeenkomst broom te leveren. Het dictum van dit vonnis luidt als volgt:

'De voorzieningenrechter:

gebiedt Eurobrom conform de tussen partijen op 1 oktober 1995 gesloten overeenkomst, behoudens de in artikel 1.1 genoemde verplichting tot het betrekken van haar gehele behoefte aan elementair broom bij Eurobrom, aan PPC elementair broom door PPC op de gebruikelijke wijze besteld te leveren, totdat onherroepelijk is beslist over de geldigheid van de overeenkomst in een arbitrale procedure, een en ander op straffe van een dwangsom van € 50.000,- per dag of gedeelte van een dag dat Eurobrom dit gebod niet of niet volledig nakomt, met een maximum van € 5.000.000,-;

bepaalt dat de op te leggen dwangsom vatbaar is voor matiging door de rechter, voor zover handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, zulks mede in aanmerking genomen de mate waarin de veroordeling is voldaan, de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid daarvan;

(…)'.

1.6 Eurobrom is tegen dit vonnis in hoger beroep gekomen.

1.7 PPC heeft in mei 2010 ICL gesommeerd om aan haar een bedrag van € 5.000.000,- aan verbeurde dwangsommen binnen veertien dagen te betalen. Bedoelde betaling is daarop niet gevolgd, waarna PPC ten laste van ICL executoriaal derdenbeslag heeft gelegd onder verschillende banken. Teneinde de beslagen te doen opheffen heeft ICL op 22 juli 2010 een bankgarantie doen stellen tot een bedrag van € 5.005.000,-.

1.8 Het hof 's-Gravenhage heeft bij arrest van 31 mei 2011 het Haagse vonnis bekrachtigd. Tegen dit arrest is geen cassatieberoep ingesteld.

1.9 De *tweede* procedure betreft een procedure in kort geding die in september 2008 door PPC tegen

ICL is aangespannen toen de uitvoering van het Haagse vonnis voor geschillen tussen partijen zorgde. Volgens PPC heeft ICL geen juiste uitvoering aan het Haagse vonnis gegeven door niet te voldoen aan haar verplichting om het door PPC op de gebruikelijke wijze bestelde elementaire broom aan PPC te leveren.

1.10 Bij vonnis van 6 november 2008 heeft de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam geoordeeld dat – kort gezegd – PPC niet kan verlangen dat, nu de prijs voor broom op de markt aanzienlijk hoger ligt dan de contractprijs, totdat de arbiter anders heeft beslist, ICL aanzienlijk meer gaat leveren dan PPC in het verleden gebruikelijk was te bestellen.[2]

1.11 PPC is van dit vonnis in hoger beroep gekomen. ICL heeft vervolgens incidenteel hoger beroep ingesteld. Bij arrest van 28 april 2009 heeft het hof Amsterdam het principaal hoger beroep verworpen en in het incidenteel hoger beroep het vonnis vernietigd en, opnieuw rechtdoende, het door PPC gevorderde afgewezen. Daarbij heeft het hof, voor zover hier van belang, het volgende overwogen:

'(…)

Volgens de strekking van het betoog van ICL moeten de woorden *op de gebruikelijke wijze besteld* (mede) worden gelezen als *de gebruikelijke hoeveelheid* zodat het vonnis van 28 mei 2008 van de Haagse voorzieningenrechter aldus zou moeten worden gelezen, dat ICL (slechts) verplicht is *de gebruikelijke hoeveelheid* (of: *de gebruikelijk bestelde hoeveelheid*) elementair broom aan PPC te leveren.

Het hof kan ICL hierin niet volgen. Zonder behoorlijke toelichting, die ontbreekt, valt in redelijkheid niet in te zien op grond waarvan de *wijze van bestelling* (mede) moet worden gelezen als de *bestelde hoeveelheid* (…)

Het voorgaande brengt mee, dat niet voor redelijke twijfel vatbaar is, dat ICL op grond van het – uitvoerbaar bij voorraad verklaarde en met een dwangsom versterkte – gebod van de Haagse voorzieningenrechter verplicht is de broomleveranties voort te zetten binnen de grenzen van de overeenkomst van 1 oktober 1995. Dat betekent tevens, dat niet valt in te zien (…) welk (spoedeisend) belang PPC heeft bij een tweede veroordeling met dwangsom als onder (i) gevorderd. Het enkele feit, dat ICL het – duidelijke – vonnis verkeerd leest, is voor het aannemen van zodanig belang niet toereikend.

(…)'.[3]

1.12 Tegen dit arrest van het hof Amsterdam is geen cassatieberoep ingesteld.

1.13 In 2008 is tussen partijen tevens een *arbitrageprocedure* in Engeland gestart. De arbiter heeft op 11 maart 2010 in de *First Partial Award* in de arbitrageprocedure onder meer geoordeeld dat de overeenkomst geldig is. Vervolgens is op 14 april 2010 door de raadsman van PPC aan de arbiter het volgende bericht:

'(…)

Further, PPC would note that it does not intend tot pursue its monetary claim for the breach of the Bromine Supply Agreement set out in its Statement of Defence dated 23 February 2009 and is thus willing to withdraw such claim with prejudice. ICL-IP's concerns are therefore fully addressed'.

1.14 De arbiter heeft op 6 september 2010 in zijn *Final Award by Consent* (hierna: het arbitraal vonnis), voor zover thans van belang, het volgende overwogen:

'1. The representatives of the Claimant ("ICL-IP") and the Defendant ("PPC) have notified me of an agreement covering the matters outstanding following my First Partial Award in this matter dated 11 March 2010, namely the payment of costs bij ICL-IP to PPC and the dismissal of PPC's claim under Part

III of its Statement of Defence, namely paragraphs 98 to 103, and Part IV, namely the second and third bullet points under paragraph 104 of the same document.

(…)

4. Dismissal of PPC's claim

4.1. PPC's claim identified in its Statement of Defence dated 23 February 2009 at Part III. Paragraphs 98 to 103 inclusive, and Part IV, the second and third bullet points under paragraph 104 therefore is fully and finally dismissed with prejudice.

(…)'.

1.15 Vervolgens is een *derde* procedure voor de Nederlandse overheidsrechter aangespannen: ICL heeft PPC op 28 juni 2011 voor de rechtbank Amsterdam gedagvaard en primair een verklaring voor recht gevorderd dat ICL geen van de bij het Haagse vonnis opgelegde dwangsommen heeft verbeurd en dat PPC wordt veroordeeld tot het staken en gestaakt houden van de tenuitvoerlegging van dat vonnis en tot afgifte aan ICL van de ten gunste van PPC gestelde bankgarantie, op straffe van verbeurte van een eenmalige dwangsom van € 5.000.000,-. Subsidiair heeft ICL gevorderd dat de rechtbank PPC verbiedt het Haagse vonnis verder ten uitvoer te leggen dan tot een door de rechtbank te bepalen bedrag, op straffe van een dwangsom van € 5.000.000,- ten aanzien van de veroordelingen.

1.16 Bij vonnis van 18 april 2012 heeft de rechtbank Amsterdam (i) voor recht verklaard dat ICL geen van de bij het Haagse vonnis opgelegde dwangsommen heeft verbeurd, (ii) PPC veroordeeld tot het staken en gestaakt houden van de tenuitvoerlegging van het Haagse vonnis, en (iii) PPC veroordeeld tot onmiddellijke afgifte van de bankgarantie.

1.17 PPC is van dit vonnis in hoger beroep gekomen. Bij tussenarrest van 8 april 2014 heeft het hof Amsterdam kort weergegeven het volgende overwogen. Aan de afwijzing van de in de arbitrageprocedure gevorderde verklaring voor recht dat ICL niet aan haar leveringsverplichting heeft voldaan, komt geen gezag van gewijsde toe, nu deze beslissing is gebaseerd op een schikking tussen partijen en niet op een eigen oordeel van de arbiter (rov. 3.4). Het beroep dat PPC doet op jurisprudentie van het Benelux Gerechtshof omtrent de bevoegdheid over de verbeurte van een dwangsom te oordelen gaat niet op, nu geen sprake is van toepassing van art. 611d Rv door het hof als executierechter, maar het hof dient te beoordelen of sprake is van 'Force Majeure' zoals gedefinieerd in de overeenkomst (rov. 3.6). Voor de vraag welke termijn van bestelling moet worden aangehouden, moet worden uitgegaan van art. 2.2 van de overeenkomst, waarin een termijn van 90 dagen dan wel van 180 dagen is bepaald (rov. 3.7). Ten aanzien van de vraag of de executierechter de verbeurde dwangsommen kan matigen, slaagt het beroep van PPC op art. 611d Rv, dat opheffing of aanpassing van de dwangsom aan de dwangsomrechter voorbehoudt (rov. 3.8). Het hof heeft de zaak naar de rol verwezen voor akte zijdens PPC om aan te geven welke bestellingen in de periode van 28 mei 2008 tot 6 september 2010 niet (volledig) zijn geleverd door ICL (rov. 3.9).

1.18 Bij arrest van 29 april 2014 heeft het hof bepaald dat tegen het op 8 april 2014 gewezen arrest tussentijds beroep in cassatie kan worden ingesteld.

1.19 ICL heeft tegen het arrest van het hof van 8 april 2014 (tijdig) cassatieberoep ingesteld. PPC heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht, waarna door ICL is gerepliceerd.

2 Bespreking van het cassatiemiddel

2.1 Het cassatiemiddel bevat drie onderdelen, uiteenvallend in verschillende subonderdelen, en is gericht tegen rov. 3.4, 3.5 en 3.8 van het bestreden arrest.

2.2 In de kern komt het geschil tussen partijen neer op de vraag of ICL dwangsommen heeft verbeurd op grond van het Haagse vonnis, gewezen in de hierboven genoemde eerste procedure. Het cassatiemiddel klaagt in dat kader over het oordeel dat het hof heeft gegeven over de vraag of aan een in het buitenland gewezen arbitraal schikkingsvonnis gezag van gewijsde toekomt, in welk verband ook de werking van een dergelijk arbitraal vonnis aan de orde wordt gesteld. Voorts wordt geklaagd over het oordeel dat het hof heeft gegeven over de matigingsbevoegdheid van de rechter met betrekking tot (verbeurde) dwangsommen.

2.3 Bij de bespreking van het cassatiemiddel stel ik het volgende voorop. Het is vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat de partij die door de rechter in kort geding is veroordeeld, zich aan het gebod/verbod dient te houden zolang dat van kracht is, in dier voege dat een andersluidend oordeel in de bodemprocedure er niet aan in de weg staat dat eenmaal verbeurde dwangsommen verschuldigd blijven.[4] De verschuldigdheid van dwangsommen die zijn verbeurd op grond van het niet voldoen aan een in kort geding gegeven rechterlijk bevel, wordt niet opgeheven door een (later) oordeel in de bodemprocedure dat anders luidt dan dat van de rechter in kort geding.[5] Een en ander laat onverlet dat de partij die door dreiging met executie van het kortgedingvonnis de wederpartij dwingt tot nakoming van dat vonnis, onrechtmatig heeft gehandeld wanneer zij, naar achteraf blijkt uit de uitspraak in de bodemprocedure, niet het recht had van de wederpartij te vergen dat deze zich aan het in het kortgedingvonnis vervatte gebod/verbod diende te houden. Voorts mag gegeven de aard van het kortgedingvonnis ervan worden uitgegaan dat de partij die met executie dreigde, wist althans behoorde te weten dat zij haar handelen baseerde op een voorlopige maatregel, zodat de door dit handelen veroorzaakte schade in beginsel als door haar schuld veroorzaakt heeft te gelden. Deze oplossing is maatschappelijk meer gerechtvaardigd dan de omgekeerde oplossing, die erop neerkomt dat de partij die zich onder dreiging met executie aan het gebod/verbod heeft gehouden, in beginsel de schade moet dragen, ook al blijkt achteraf het door de eisende partij in kort geding gepretendeerde recht niet te bestaan.[6]

2.4 De in het cassatiemiddel aan de orde gestelde vraag of aan een in het buitenland gewezen arbitraal schikkingsvonnis gezag van gewijsde toekomt, is daarmee naar mijn mening in zoverre niet relevant. Zelfs wanneer wordt aangenomen dat aan het arbitrale vonnis gezag van gewijsde toekomt, en de inhoud daarvan kan worden aangemerkt als 'een andersluidende beslissing in de bodemprocedure', dan nog kan dat arbitrale vonnis er niet toe leiden dat de verschuldigdheid van dwangsommen wordt opgeheven die zijn verbeurd op grond van het niet voldoen aan een in kort geding gegeven rechterlijk bevel.

2.5 ICL heeft tegen het arrest van het hof 's-Gravenhage van 31 mei 2011, waarbij het in het Haagse vonnis aan ICL opgelegde gebod op straffe van een dwangsom is bekrachtigd, geen cassatieberoep ingesteld. Daarmee 'staat' deze dwangsomveroordeling. Het nadien gewezen arbitraal schikkingsvonnis kan naar mijn mening er niet toe leiden dat de verschuldigdheid van (mogelijk) door ICL verbeurde dwangsommen wordt opgeheven.

2.6 Ten overvloede merk ik op dat het vorenstaande niet weg neemt dat PPC door de dreiging met executie van het Haagse vonnis mogelijk onrechtmatig jegens ICL heeft gehandeld, wanneer zij niet het recht had om van ICL te vergen dat deze zich aan het in het Haagse vonnis vervatte verbod zou houden. Daarvan zou bijvoorbeeld sprake kunnen zijn, wanneer een onderdeel van de tussen partijen tot stand gekomen schikkingsovereenkomst is dat PPC afziet van haar aanspraak op door ICL (reeds) verbeurde dwangsommen. Dit vergt evenwel een feitelijke beoordeling van (de inhoud van) de tussen partijen tot stand gekomen schikkingsovereenkomst.[7] Daarnaast geldt nog dat de (executie)rechter, indien zich na verbeurte van de dwangsom een nieuwe, geen overmacht opleverende omstandigheid heeft voorgedaan, kan toetsen of de titel waarbij de dwangsom is opgelegd, nog doeltreffend en uitvoerbaar is.[8]

2.7 Een andere vraag is of in de onderhavige zaak wel sprake is van door ICL verbeurde dwangsommen. In dat kader is van belang of ICL het in het Haagse vonnis aan haar opgelegde gebod al dan niet is nagekomen, waarbij van belang is of ICL een beroep kan doen op overmacht in de zin van de tussen partijen gesloten overeenkomst. Op dit punt heeft het hof in zijn tussenarrest nog geen oordeel gegeven. In het vervolg van de procedure bij het hof kunnen deze aspecten een rol spelen, maar zij zijn niet relevant voor de beoordeling van het onderhavige cassatieberoep.

2.8 Ik kom thans toe aan de bespreking van de verschillende onderdelen van het middel. Onderdeel 1 klaagt in de kern dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd van partijen is getreden door te oordelen dat aan de afwijzing van de in de arbitrageprocedure gevorderde verklaring voor recht dat ICL niet aan haar leveringsverplichting heeft voldaan, geen gezag van gewijsde toekomt, nu deze beslissing is gebaseerd op een schikking tussen partijen en niet op een eigen oordeel van de arbiter. Dit tegen de achtergrond van de omstandigheid dat de rechtbank in rov. 4.3 van het vonnis van 18 april 2012 heeft geoordeeld dat aan het arbitraal vonnis gezag van gewijsde toekomt. Subonderdeel 1.1 voert aan dat PPC hiertegen geen grief heeft gericht, zodat het hof gebonden was aan deze eindbeslissing van de rechtbank. Subonderdeel 1.2 betoogt dat het hof voor zover het heeft geoordeeld dat PPC wel een grief van die strekking heeft aangevoerd, heeft miskend dat voor grieven de eis geldt dat zij behoorlijk in het geding naar voren moeten worden gebracht zodat zij voor de rechter en de wederpartij voldoende kenbaar zijn.

2.9 De beide subonderdelen lenen zich voor een gezamenlijke behandeling. PPC heeft in haar memorie van grieven in grief II aangevoerd dat de rechtbank heeft miskend dat de vordering van PPC in de arbitrageprocedure niet is afgewezen, maar door PPC is ingetrokken. PPC betoogt in haar memorie van grieven dat ICL door de arbitrale beslissing van 6 september 2010 (Final Award by Consent):

> 'weer te geven als een afwijzing van de (ingetrokken) vorderingen van PPC met betrekking tot de wanprestatie van ICL, probeert ICL ten onrechte een gerechtelijke vaststelling met gezag van gewijsde te construeren, welke vaststelling alsnog en met terugwerkende kracht in de weg zou staan aan het verbeuren en daarmee de verschuldigdheid van de dwangsommen door ICL wegens het niet voldoen aan het Haagse Gebod'.[9]

2.10 Kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft het hof in een en ander een grief van PPC gelezen tegen het oordeel van de rechtbank dat aan het arbitraal vonnis gezag van gewijsde toekomt. Ook ICL lijkt zich daarvan bewust, getuige haar opmerking in haar memorie van antwoord onder 5.15 dat zij in eerste aanleg reeds met succes heeft betoogd dat ook een arbitraal schikkingsvonnis gezag van gewijsde krijgt, zelfs indien er geen inhoudelijk oordeel zou zijn gegeven, en dat grief II om die reden niet kan slagen. Het hof is derhalve niet buiten de grenzen van de rechtsstrijd van partijen getreden en heeft evenmin miskend dat deze grief niet behoorlijk door PPC in het geding naar voren zou zijn gebracht. De subonderdelen 1.1 en 1.2 falen mitsdien.

2.11 Subonderdeel 1.3 klaagt dat indien het hof heeft geoordeeld dat zijn oordeel niet in strijd is met het oordeel van de rechtbank, dit onbegrijpelijk is. Het subonderdeel faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag. Het hof heeft immers geen oordeel van die strekking gegeven.

2.12 Subonderdeel 1.4 klaagt dat het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting indien het heeft geoordeeld dat het ambtshalve van het oordeel van de rechtbank mocht en moest afwijken, omdat de vraag of aan een arbitraal (schikkings)vonnis gezag van gewijsde toekomt de openbare orde raakt. Het subonderdeel betoogt dat die vraag niet een regel betreft die een zodanig fundamenteel karakter heeft dat deze in onze rechtsorde, zonder dat daarop (via een grief) een beroep is gedaan, ambtshalve mag en moet worden toegepast.

2.13 Ook dit subonderdeel faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag. Het hof heeft immers niet geoordeeld dat van het oordeel van de rechtbank omtrent het gezag van gewijsde ambtshalve

moet worden afgeweken op grond van de openbare orde, maar het hof is van dit oordeel van de rechtbank afgeweken naar aanleiding van de grief die het kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft gelezen in de memorie van grieven van PPC (zie onder 2.9 hierboven).

2.14 Onderdeel 2 is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 3.4 dat aan het arbitraal vonnis geen gezag van gewijsde toekomt. Het onderdeel betoogt dat het hof onjuist of onvoldoende gemotiveerd heeft (i) dat beslissingen in de *Final Award by Consent* die de rechtsbetrekking in geschil betreffen, ingevolge art. 236 Rv in samenhang met de art. 1059 en 1069 Rv (oud)[10] en art. III van het Arbitrageverdrag van New York van 10 juni 1958[11] bindende kracht hebben tussen partijen; (ii) dat het gezag van gewijsde enkel toekomt aan de beslissingen van de arbiter die gegrond zijn op zijn beoordeling van het geschil, en (iii) dat aan de afwijzing van de verklaring voor recht dat ICL niet aan haar leveringsverplichting heeft voldaan, geen gezag van gewijsde toekomt, nu deze beslissing is gebaseerd op een schikking tussen partijen en niet op een eigen oordeel van de arbiter.

2.15 In het licht van hetgeen ik hierboven onder 2.3-2.7 heb geschreven, is de vraag of aan het arbitraal schikkingsvonnis gezag van gewijsde toekomt niet relevant voor de beantwoording van de vraag of ICL op grond van het in het Haagse vonnis aan haar opgelegde gebod dwangsommen heeft verbeurd. Die vraag dient te worden beantwoord door de Nederlandse (executie)rechter op basis van het Nederlandse procesrecht. Het gaat immers niet om de vraag naar de erkenning en tenuitvoerlegging van het arbitraal schikkingsvonnis in Nederland, maar om de beoordeling van de vraag of ICL op basis van het kortgedingvonnis, waarbij aan haar een gebod op straffe van een dwangsom is opgelegd, daadwerkelijk dwangsommen is verschuldigd op de grond dat zij zich niet aan dat Nederlandse kortgedingvonnis heeft gehouden. Bij die beoordeling komt geen betekenis toe aan (de inhoud van) het arbitraal vonnis (voor zover dat al zou moeten worden aangemerkt als 'een andersluidende beslissing in de bodemprocedure'), zodat ook de werking van dat vonnis en (de omvang van) het gezag van gewijsde daarvan in dat kader niet van belang zijn. ICL mist derhalve belang bij de behandeling van onderdeel 2, zodat het niet tot cassatie kan leiden.

2.16 Onderdeel 3 is gericht tegen het in rov. 3.8 vervatte oordeel van het hof dat art. 611d Rv en de ratio daarvan in de weg staan aan een algemene bevoegdheid van de rechter om op grond van de redelijkheid en billijkheid tot matiging van de dwangsom over te gaan.

2.17 Art. 611d Rv, dat gebaseerd is op art. 4 lid 1 van de Eenvormige Benelux-wet Dwangsom, bepaalt dat de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, op vordering van de veroordeelde de dwangsom kan opheffen, de looptijd ervan kan opschorten of de dwangsom verminderen in geval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen. De rechter dient restrictief met opheffing, opschorting of vermindering van de dwangsom om te gaan. De vraag of de hoofdveroordeling al dan niet terecht is uitgesproken, is geen kwestie die voor behandeling in de procedure van art. 611d Rv in aanmerking komt. Hierbij is van belang dat tegen de uitspraak waarbij de dwangsom werd opgelegd rechtsmiddelen hebben opengestaan en dat de procedure op de voet van art. 611d lid 1 Rv geen extra procedure is waarin nogmaals wordt geoordeeld over de juistheid van de hoofdveroordeling. Art. 611d lid 2 Rv bepaalt dan ook dat de rechter de dwangsom niet kan opheffen of verminderen voor zover zij reeds was verbeurd voordat de onmogelijkheid intrad.[12]

2.18 Het Benelux Gerechtshof heeft over het begrip 'onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen' bij arrest van 25 september 1986[13] het volgende overwogen:

'15. O. dat van "onmogelijkheid" als bedoeld in genoemde bepaling sprake is indien zich een situatie voordoet waarin de dwangsom als dwangmiddel – dit wil zeggen als geldelijke prikkel om nakoming van de veroordeling zoveel mogelijk te verzekeren – naar de woorden van de Gemeenschappelijke MvT op art. 4 "zijn zin verliest";

16. O. dat dit laatste in een geval als het onderhavige, waarin niet tijdig aan de hoofdveroordeling

is voldaan, moet worden aangenomen indien het onredelijk zou zijn meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan de veroordeelde heeft betracht;'.

2.19 In zijn arrest van 29 april 2008[14] heeft het Benelux Gerechtshof deze beslissing herhaald en daaraan toegevoegd dat de rechter dient te onderzoeken of de veroordeelde sinds zijn veroordeling redelijkerwijze al het mogelijke heeft gedaan om aan de hoofdveroordeling te voldoen (rov. 7). Vervolgens heeft het Benelux Gerechtshof in rov. 8 overwogen:

'Uitgangspunt moet daarom zijn dat het daarbij in de eerste plaats gaat om de inspanningen en zorgvuldigheid die de veroordeelde sedert de uitspraak aan de dag heeft gelegd. De onmogelijkheid om de hoofdveroordeling uit te voeren moet dan ook in beginsel beoordeeld worden aan de hand van feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan na de hoofdveroordeling. De rechter mag evenwel, indien de gestelde onmogelijkheid een gevolg is van door de veroordeelde voor de veroordeling gemaakte fouten, hiermede, zij het slechts in bijzondere omstandigheden, rekening houden bij de beantwoording van de vraag of en in hoeverre hij van de hem in art. 4, lid 1 (Eenvormige Benelux-wet Dwangsom; A-G) verleende discretionaire bevoegdheid gebruik zal maken. Daarbij valt met name te denken aan gedragingen van de veroordeelde die hij, in het zicht van de mogelijke veroordeling, welbewust heeft verricht om de naleving daarvan te bemoeilijken of te beletten'.

2.20 Deze maatstaf wijkt niet af van hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid in het gegeven geval meebrengen.[15] Buiten het geval van art. 611d Rv mag de rechter een verbeurde dwangsom niet op grond van de redelijkheid en billijkheid opheffen of verminderen.[16]

2.21 Gelet op het bovenstaande heeft het hof in rov. 3.8 van het bestreden arrest geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het oordeel van het hof is ook niet onbegrijpelijk of anderszins onvoldoende gemotiveerd.

2.22 De omstandigheid dat de voorzieningenrechter in het dictum van het Haagse vonnis heeft bepaald dat de op te leggen dwangsom vatbaar is voor matiging door de rechter, voor zover handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, doet hieraan niet af. In dit dictum moet naar mijn mening slechts een algemene verwijzing worden gelezen naar de bevoegdheden die de (dwangsom)rechter toekomen op grond van het bepaalde in art. 611d Rv, zulks met inachtneming van de genoemde restricties.

2.23 Uit de reeds vermelde jurisprudentie van het Benelux Gerechtshof blijkt dat de (dwangsom)rechter niet bevoegd is om aan de eisen van redelijkheid en billijkheid te toetsen nadat dwangsommen zijn verbeurd. Die matigingsbevoegdheid kan evenmin worden gebaseerd op een overweging in een rechterlijke uitspraak. Een bepaling in een rechterlijke uitspraak die de rechter de bevoegdheid toekent op die uitspraak desgewenst op een later moment terug te komen, betekent bovendien een onaanvaardbare inbreuk op het gezag van gewijsde.[17] Voor zover zou moeten worden aangenomen dat de voorzieningenrechter in het dictum van het Haagse vonnis een specifiek voor de onderhavige dwangsomveroordeling bedoelde matigingsbevoegdheid heeft willen opnemen, gelden daarvoor dus dezelfde restricties als voor de uit art. 611d Rv voortvloeiende matigingsbevoegdheid. Voor zover het onderdeel klaagt dat het hof de rechtskracht van het dictum van het Haagse vonnis heeft miskend, faalt het mitsdien.

2.24 Verder klaagt het onderdeel (onder 3.4) dat het hof in rov. 3.5 en 3.8 ervan uit is gegaan dat ICL haar beroep op het dictum van het Haagse vonnis slechts heeft onderbouwd door te stellen dat zij de veroordeling gedeeltelijk is nagekomen, en dat het hof aldus een onbegrijpelijke uitleg van de stellingen van ICL heeft gegeven, nu het hof andere door ICL ingeroepen omstandigheden niet (kenbaar) bij zijn oordeel heeft betrokken. ICL heeft in dit verband verwezen naar passages in de processtukken in feitelijke instanties. Volgens het onderdeel heeft het hof de devolutieve werking van het appel miskend.

2.25 Het (sub)onderdeel faalt. In de passages in de processtukken in feitelijke instanties waarnaar ICL heeft verwezen, heeft ICL betoogd dat zij volledig aan het Haagse vonnis heeft voldaan, althans dat zij het Haagse vonnis vrijwel geheel heeft nageleefd, zodat zij geen althans slechts een gedeelte van de maximaal te verbeuren dwangsom kan hebben verbeurd. Het hof heeft een samenvatting van die strekking opgenomen in de eerste alinea van rov. 3.5, en heeft in de overige alinea's van rov. 3.5 de standpunten van partijen kort weergegeven. Vervolgens is het hof in rov. 3.6 ingegaan op de vraag of ICL een beroep op overmacht kan doen ingevolge het bepaalde in art. 7 van de overeenkomst. Het hof heeft geoordeeld dat het beroep dat PPC in dat verband heeft gedaan op de jurisprudentie van het Benelux Gerechtshof niet opgaat, nu geen sprake is van toepassing van art. 611d Rv door het hof als executierechter, maar dat beoordeeld moet worden of sprake is van *Force Majeure* zoals gedefinieerd in de overeenkomst. Ook heeft het hof in rov. 3.6 overwogen dat indien sprake is van *Force Majeure*, in dat geval volgens de overeenkomst ook geen sprake is van een *default* dan wel aansprakelijkheid, zodat ICL in een dergelijk geval het gebod om aan PPC conform de overeenkomst op gebruikelijke wijze besteld broom te leveren niet heeft overtreden, en zij dus geen dwangsommen heeft verbeurd. Anders dan het (sub)onderdeel betoogt, kan niet worden gezegd dat het hof het door ICL aangevoerde niet (kenbaar) bij zijn oordeel heeft betrokken, dat het hof zijn oordeel onvoldoende (begrijpelijk) zou hebben geformuleerd, of dat het hof de devolutieve werking van het hoger beroep heeft miskend.

2.26 Ten overvloede merk ik op dat het hof in rov. 3.6 slechts heeft geoordeeld dat ICL ingevolge het bepaalde in art. 7 van de overeenkomst een beroep zou kunnen doen op overmacht, maar nog geen oordeel heeft gegeven over het al dan niet slagen van een dergelijk beroep.[18] Daarmee heeft het hof dus ook nog geen oordeel gegeven over de vraag of ICL het in het Haagse vonnis aan haar opgelegde gebod al dan niet is nagekomen, en over de (mogelijke) verschuldigdheid van dwangsommen in dat verband. Op hetgeen door ICL is aangevoerd kan derhalve in het kader van die beoordeling (nogmaals) acht worden geslagen in het vervolg van de procedure bij het hof.

3 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

---

[1] Zie rov. 2.1-2.1.20 van het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 8 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4228, alsmede rov. 2.1-2.20 van het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 18 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW4305.

[2] In rov. 2.1.14 van het thans in cassatie bestreden arrest is het dictum van het vonnis van de voorzieningenrechter geciteerd.

[3] In rov. 2.1.16 van het thans in cassatie bestreden arrest is deze overweging van het arrest van het hof Amsterdam van 28 april 2009 weergegeven.

[4] Zie HR 16 november 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4901, NJ 1985/547, m.nt. L. Wichers Hoeth en W.H. Heemskerk, rov. 3.4.

[5] Zie HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0992, NJ 1990/434, m.nt. W.H. Heemskerk, rov. 3.2.

[6] Vgl. de in de voorgaande voetnoten genoemde jurisprudentie. Zie over de verschuldigdheid van dwangsommen op grond van een kortgedingvonnis ná een andersluidend oordeel in de (later gevoerde) bodemprocedure ook M.B. Beekhoven van den Boezem, De dwangsom in het burgerlijk recht, diss. Groningen, 2007, nr. 14.1-14.5; Beekhoven van den Boezem, Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 611c Rv, aant. 5; A.W. Jongbloed, De privaatrechtelijke dwangsom, 2015, nr. 152-153; Jongbloed & Van den Heuvel, T&C Rv, 2014, art. 611c Rv, aant. 4.

[7] Over (de inhoud van) de tussen partijen tot stand gekomen schikkingsovereenkomst heeft het hof echter (nog) geen oordeel gegeven, zoals door PPC terecht wordt geconstateerd in haar schriftelijke toelichting, onder 4 en 5. In die schriftelijke toelichting wordt onder 53 in fine tevens terecht opgemerkt dat het cassatiemiddel ook niet klaagt over (het beroep op) een (mogelijke) contractuele binding van PPC op basis van die schikkingsovereenkomst.

[8] Zie BenGH 30 september 2010, ECLI:NL:XX:2010:BO2939, NJ 2013/350, m.nt. A.I.M. van Mierlo, rov. 12-13.

[9] Zie de memorie van grieven onder 64, alsmede onder 67-69 (toelichting op grief II), 78-81 (toelichting op grief III) en 87 (toelichting op grief IV), alwaar PPC – kort samengevat – het ontbreken van een inhoudelijke beoordeling door de arbiter heeft aangevoerd als reden waarom aan de *Final Award by Consent* geen gezag van gewijsde toekomt, en het vonnis van de rechtbank op die grond moet worden vernietigd. Vgl. in dat verband ook grief IV, waarin PPC heeft aangevoerd dat de rechtbank ten onrechte rechtsgevolgen (namelijk het gezag van gewijsde; A-G) toekent aan een intrekking c.q. afwijzing van een verklaring voor recht in de arbitrageprocedure voor de beoordeling van de vraag of ICL dwangsommen heeft verbeurd.

[10] De genoemde artikelen zijn met ingang van 1 januari 2015 gewijzigd krachtens de Wet van 2 juni 2014, Stb. 2014, 200 (modernisering van het arbitragerecht). Op grond van het overgangsrecht van art. IV lid 4 van die wet geldt in de onderhavige procedure nog het arbitragerecht zoals dit tot 1 januari 2015 heeft gegolden.

[11] Verdrag over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken, gesloten te New York op 10 juni 1958, Trb. 1958, 145.

[12] Zie ook onder 3.2-3.8 van de conclusie van A-G Wesseling-van Gent vóór HR 20 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:396, RvdW 2015/344.

[13] BenGH 25 september 1986, zaak A 1984/5, ECLI:NL:XX:1986:AC9501, NJ 1987/909, m.nt. W.H. Heemskerk. Zie ook de gemeenschappelijke memorie van toelichting van de Benelux-overeenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom, Kamerstukken II, 1975-1976, 13 788 (R 1015), nr. 4, p. 19-20.

[14] BenGH 29 april 2008, zaak A 2006/5/12, ECLI:NL:XX:2008:BD4245, NJ 2008/309.

[15] Zie HR 21 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2906, NJ 2000/13, rov. 3.3; en HR 22 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0832, NJ 1993/598, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.2; Beekhoven van den Boezem, diss., 2007, nr. 16.5.3.

[16] Zie BenGH 9 maart 1987, zaak A 85/2, ECLI:NL:XX:1987:AB7786, NJ 1987/910, m.nt. W.H. Heemskerk, rov. 10.

[17] Zie Beekhoven van den Boezem, diss., 2007, nr. 8.4.2.4. Zie ook de volgende rechtspraak waarin is overwogen dat een rechterlijke matigingsclausule geen ruimere bevoegdheden schept dan die reeds voortvloeien uit art. 611d Rv: Hof Amsterdam 9 januari 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AI1861, KG 2003/44, rov. 4.10; Hof 's-Hertogenbosch 3 februari 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AO4136, NJF 2004/306, rov. 7.13-7.14; Hof 's-Hertogenbosch 20 juli 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AQ5691, rov. 4.17; Hof 's-Hertogenbosch 26 augustus 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BF0425, rov. 4.23. *Anders*: Vzr. rechtbank 's-Gravenhage 18 april 2003, ECLI:NL:RBSGR:2003:AI1931, KG 2003/138, rov. 3.10, waarin is overwogen dat de bevoegdheid van de rechter om te bepalen dat de dwangsom op grond van redelijkheid en billijkheid kan worden gematigd niet in strijd is met art. 611d Rv en dat deze beperking niet afdoet aan het karakter van prikkel tot nakoming.

[18] Zie ook rov. 3.9 van het in cassatie bestreden arrest.