

# Jurisprudentiebespreking

prof. mr. A.W. Jongbloed, mr. N. Amiel en mr. J.R.M. Nelen

**TvHB 2021/05**

**Hoge Raad**  
**13 november 2020**

**ECLI:NL:HR:2020:1783**

**Dit arrest is gewezen door de vicepresident M.V. Polak als voorzitter en de raadsheren T.H. Tanja van den Broek, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff en F.J.P. Lock.**

**Met noot van mr. S.H.J. de Bruijn<sup>1</sup>**

**NJ 2020/427, NJB 2020/2815, RVR 2021/1**

**Beroep in cassatie tegen het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 19 maart 2019**

## Samenvatting

**Procesrecht, dwangsom, voorwaarden, inspanningsplicht veroordeelde, naleving door huurders, door toedoen huurders onmogelijkheid aan hoofdveroordeling te voldoen, aanwijzing noodweg**

*Kernvragen van dit arrest zijn of aan een veroordeling van de eigenaar van het ingesloten erf tot naleving van de voorwaarden die worden gesteld aan het gebruik van de noodweg, een dwangsom kan worden verbonden als deze voorwaarden moeten worden nageleefd door derden, en of voorwaarden (en zo ja, welke) aan de aanwijzing als noodweg kunnen worden verbonden. Aanleiding vormt een procedure met betrekking tot de drie naast elkaar gelegen percelen A, B en C. De in- en uitritten van de percelen A en C naar de openbare weg lopen over perceel B en zijn door de eigenaren van de percelen A en C vanaf de aankoop van die percelen gebruikt. Wanneer perceel B van eigenaar wisselt, laat de nieuwe eigenaar weten dat de eigenaren van de percelen A en C niet langer zonder meer gebruik mogen maken van de in- en uitritten op perceel B. De eigenaren van de percelen A en C vorderen de in- en uitritten aan te wijzen als noodweg ten dienste van hun percelen. De Hoge Raad overweegt dat, voor zover voor de voldoening aan de hoofdveroordeling medewerking van anderen nodig is, de veroordeelde redelijkerwijs al het mogelijke dient te doen om ervoor te zorgen dat deze anderen hun noodzakelijke medewerking verlenen. Niet uitgesloten is dat de veroordeelde aan deze inspanningsplicht heeft voldaan voordat de hoofdveroordeling wordt uitgesproken en dat*

*dus op voorhand moet worden aangenomen dat het onredelijk is om meer inspanning en zorgvuldigheid te verlangen. In dat geval is sprake van onmogelijkheid in de zin van art. 611d lid 1 Rv en kan een dwangsom niet haar functie als prikkel tot nakoming vervullen en is voor de oplegging daarvan geen plaats. Aan de aanwijzing tot noodweg kunnen voorwaarden worden verbonden. Of voorwaarden moeten verbonden en, zo ja, welke, hangt af van de afweging tussen enerzijds het belang van het ingesloten erf bij een behoorlijke exploitatie van dat erf overeenkomstig de bestemming en anderzijds het belang van het bezwaarde erf om zo min mogelijk overlast van de noodweg te ondervinden. Bij de aanwijzing van een noodweg kan niet worden bepaald dat de eigenaar van het ingesloten erf ook delen van het bezwaarde erf mag gebruiken die niet zijn aangewezen als noodweg.*

## Hoge Raad

*[eisers 1 t/m 8],*  
wonende te [woonplaats],  
eisers tot cassatie, verweerders in het incidentele cassatieberoep,  
hierna gezamenlijk: [eisers],  
advocaten: T.T. van Zanten en I.M.A. Lintel,  
tegen  
*[verweerder],*  
wonende te [woonplaats],  
verweerder in cassatie, eiser in het incidentele cassatieberoep,  
advocaat: J.H.M. van Swaaij  
(...)

## 2 Uitgangspunten en feiten

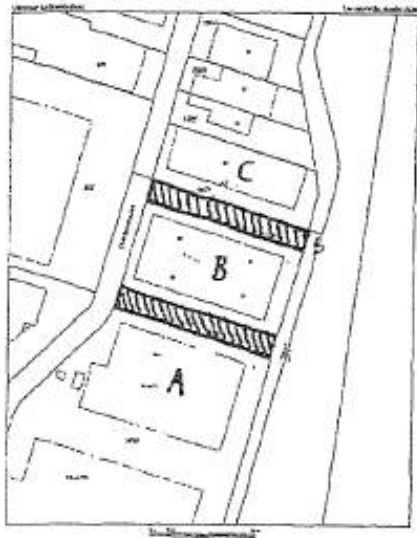
2.1 Deze zaak gaat over de aanwijzing van een noodweg. In cassatie is aan de orde of aan een veroordeling van de eigenaar van het ingesloten erf tot naleving van de voorwaarden die worden gesteld aan het gebruik van de noodweg, een dwangsom kan worden verbonden als deze voorwaarden moeten worden nageleefd door derden, zoals huurders of gebruikers van het ingesloten erf. Voorts is aan de orde welke voorwaarden aan de aanwijzing als noodweg kunnen worden verbonden.

2.2 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- i. In [plaats] bevindt zich [het bedrijventerrein]. Op dit terrein is aan de [a-straat] een aantal percelen ontwikkeld door daar bedrijfshallen te plaatsen.
- ii. eisers hebben in 1992 twee percelen met bedrijfshallen gekocht, gelegen aan de [a-straat 1] (hierna: perceel C) en aan de [a-straat 4-5] (hierna: perceel A).
- iii. In 2012 heeft [verweerder] in eigendom gekregen het tussen de percelen A en C gelegen per-

1. Sebastian de Bruijn is advocaat bij Houthoff te Amsterdam.

- ceel met bedrijfshal, gelegen aan de [a-straat 2-3] (hierna: perceel B).
- iv. De in- en uitritten van de percelen A en C naar de openbare weg (hierna: in- en uitritten, respectievelijk – voor zover door rechtbank en hof gehanteerd – inritten) lopen over perceel B. [eisers] hebben deze in- en uitritten vanaf de aankoop van de percelen A en C gebruikt.
  - v. Het voorgaande laat zich als volgt weergeven, waarbij de in- en uitritten schuin zijn gearceerd:



(vi) Medio 2012 heeft [verweerder] aan [eisers] laten weten dat zij niet zonder meer gebruik mogen maken van de in- en uitritten.

2.3 [eisers] vorderen – voor zover in cassatie nog van belang – de in- en uitritten aan te wijzen als noodwegen voor voetgangers, fietsers, gemotoriseerd verkeer en in het bijzonder vrachtverkeer, ten dienste van de percelen A en C.

Voor het geval de vordering van [eisers] zou worden toegewezen, heeft [verweerder] in reconventie gevorderd dat aan de aanwijzing van de in- en uitritten als noodwegen voorwaarden worden verbonden en dat [eisers] bij het niet naleven van deze voorwaarden een dwangsom verbeuren.

2.4 De rechtbank heeft onder meer voor recht verklaard dat de inritten hebben te gelden als noodweg voor alle soorten verkeer ten dienste van de percelen A en C. Zij heeft [eisers] op straffe van een dwangsom veroordeeld de inritten aldus te gebruiken:

- i. de inritten worden enkel aangewend om te komen van de [a-straat] naar de gebouwen op de percelen A en C en om te gaan van de betreffende gebouwen naar de [a-straat],
- ii. er worden geen vrachtwagencombinaties, auto's en/of ander materieel op de inritten geparkeerd of gestald, en
- iii. er wordt geen gebruik gemaakt van de op perceel B gelegen parkeerplaatsen.

2.5.1 Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en de in- en uitritten aangewezen als noodwegen voor voetgangers, fietsers, gemotoriseerd verkeer en in het bijzonder voor vrachtverkeer ten dien-

ste van de percelen A en C. Aan deze aanwijzing heeft het hof de volgende voorwaarden verbonden:

- i. de inritten worden enkel aangewend om te komen van de [a-straat] naar de bedrijfsverzamelcomplexen,
- ii. het gebruik laat niet toe dat op die inritten vrachtwagencombinaties, auto's en/of ander materieel worden geparkeerd en/of gestald, anders dan het kortdurend stilstaan ten behoeve van in- en uitstappen en laden en lossen, en
- iii. er mag gebruik worden gemaakt van de op perceel B gelegen parkeerplaatsen, mits de vrachtwagencombinaties maximaal een meter uitsteken in de daartoe aangewezen parkeervakken.<sup>2</sup>

2.5.2 Verder heeft het hof onder meer:

- voor recht verklaard dat deze voorwaarden ook gelden voor de partijen aan wie [eisers] het recht van gebruik van de (bedrijfsgebouwen op de) aan [eisers] toebehorende percelen A en C en het gebruik van de in- en uitritten op het aan [verweerder] toebehorende perceel B hebben toegekend of toekennen, en
- eisers veroordeeld tot betaling van een dwangsom per dag of gedeelte daarvan dat [eisers] en/of hun huurders, gebruikers en bezoekers de hiervoor vermelde voorwaarden overtreden.

2.5.3 Het hof heeft hiertoe – voor zover in cassatie van belang – als volgt overwogen.

Bij de beoordeling of de in- en uitritten als noodweg moeten worden aangewezen, gaat het erom of bij het ontbreken van de noodweg een behoorlijke exploitatie van het ingesloten erf bij een normale bestemming, gelet op de aard van dat erf, onmogelijk is, waarbij niet ter zake doet wat de 'normale exploitatie' van een gemiddeld (vergelijkbaar) bedrijf eist. De vordering tot aanwijzing van de in- en uitritten als noodwegen wordt toegewezen. (rov. 6.9-6.10)

De vraag is vervolgens welke voorwaarden moeten worden verbonden aan het gebruik van de in- en uitritten als noodweg en wie zich aan deze voorwaarden moeten houden. (rov. 6.11)

Het belang van [verweerder] is erop gericht dat hij en zijn huurders zo min mogelijk overlast ondervinden van het gebruik van de in- en uitritten door [eisers] Dat is ook in overeenstemming met het karakter van een noodweg. In dat kader heeft [verweerder] aangevoerd dat de noodwegen niet mogen worden gebruikt voor het parkeren en stallen van vrachtwagens en auto's en dat de parkeervakken op perceel B daar ook niet voor mogen worden aangewend. Anderzijds hebben [eisers] er een rechtmatig belang bij dat hun huurders daadwerkelijk doelmatig gebruik kunnen maken van de in- en uitritten ten behoeve van het bereiken van de bedrijfspanden en het bezorgen en in- en uitladen van goederen ten behoeve van die bedrijfspanden. Daarmee strookt dat het deze huurders en hun gebruikers en bezoekers ten behoeve van het in- en uitstappen en het laden en lossen is toegestaan om kortdurend stil te staan ten behoeve van die handelingen. [eisers] hebben verder

2. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2445.

voldoende onderbouwd dat lange vrachtwagencombinaties niet anders kunnen dan (maximaal) een meter uitsteken op de parkeervakken. Ook dit gebruik zal daarom aan [eisers] en hun huurders, gebruikers en bezoekers worden toegestaan. (rov. 6.12) [verweerder] heeft er een gerechtvaardigd belang bij dat niet alleen [eisers], maar juist ook de feitelijke gebruikers van de bedrijfspanden zich zullen houden aan de voorwaarden. De voorwaarden zullen daarom ook worden opgelegd aan de huurders, gebruikers en bezoekers. De aan overtreding van deze voorwaarden te verbinden dwangsom zal ook door [eisers] worden verbeurd indien de huurders, gebruikers of bezoekers de voorwaarden overtreden. Dat dit mogelijksterwijs voor [eisers] tot uitvoeringsproblemen leidt, is inherent aan het feit dat zij gebruik wensen te maken van het perceel van [verweerder] en het feit dat dit gebruik zo gering mogelijk dient te zijn. (rov. 6.13)

### 3 Beoordeling van het middel in het principale beroep

3.1.1 Onderdeel 1 van het middel klaagt onder meer dat het hof (in rov. 6.13) ten onrechte heeft geoordeeld dat [eisers] een dwangsom verbeuren als de huurders, gebruikers en bezoekers aan wie zij het gebruik van perceel A of C hebben toegekend of toekennen, de voorwaarden voor het gebruik van de in- en uitritten als noodweg niet naleven.

Volgens het onderdeel heeft het hof hiermee allereerst miskend dat het niet mogelijk is om een dwangsomveroordeling op te leggen voor het geval een ander dan degene tot wie de hoofdveroordeling is gericht, een met die hoofdveroordeling strijdige handeling verricht.

Het onderdeel klaagt voorts dat het hof heeft miskend dat een dwangsomveroordeling in ieder geval niet kan worden opgelegd indien vaststaat dat het voor de veroordeelde onmogelijk is om aan de hoofdveroordeling te voldoen. Volgens het onderdeel is van een dergelijke onmogelijkheid in dit geval sprake, nu [eisers] alles hebben gedaan wat kan worden verwacht en wat in hun macht ligt om te voorkomen dat de huurders, gebruikers en bezoekers de hoofdveroordeling niet naleven.

3.1.2 Op grond van art. 611a lid 1 Rv kan de rechter op vordering van een van partijen de wederpartij veroordelen tot betaling van een dwangsom voor het geval aan de hoofdveroordeling niet wordt voldaan. De omstandigheid dat voor de nakoming van de hoofdveroordeling de medewerking van anderen dan de veroordeelde nodig is, hoeft daaraan niet in de weg te staan. Wanneer een dwangsomveroordeling is opgelegd en nadien blijkt dat het niet aan de veroordeelde, maar aan anderen ligt dat niet aan de hoofdveroordeling wordt voldaan, kan de veroordeelde zich tegen de executie van de dwangsom verweren op de voet van (thans) art. 611d lid 1 Rv.<sup>3</sup>

3.1.3 Ingevolge art. 611d lid 1 Rv kan de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, op vordering van de

veroordeelde de dwangsom (onder meer) opheffen in geval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen. Van onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen als bedoeld in deze bepaling is sprake indien zich een situatie voordoet waarin de dwangsom als dwangmiddel – dat wil zeggen: als gelijkelijke prikkel om nakoming van de veroordeling zoveel mogelijk te verzekeren – haar zin verliest. Dit laatste moet worden aangenomen indien niet of niet tijdig aan de hoofdveroordeling is voldaan, maar het onredelijk zou zijn om meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan de veroordeelde heeft betracht. Dit brengt mee dat de rechter uit hoofde van art. 611d lid 1 Rv dient te onderzoeken of de veroordeelde sinds zijn veroordeling redelijkerwijze al het mogelijke heeft gedaan om aan de hoofdveroordeling te voldoen. De onmogelijkheid om de hoofdveroordeling uit te voeren moet dan ook in beginsel worden beoordeeld aan de hand van feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan na de hoofdveroordeling.<sup>4</sup>

3.1.4 Uit hetgeen hiervoor in 3.1.2-3.1.3 is overwogen volgt dat de veroordeelde, voor zover voor de voldoening aan de hoofdveroordeling medewerking van anderen nodig is, redelijkerwijs al het mogelijke dient te doen om ervoor te zorgen dat deze anderen hun noodzakelijke medewerking verlenen. Het is niet uitgesloten dat de veroordeelde aan deze inspanningsplicht heeft voldaan voordat de hoofdveroordeling wordt uitgesproken en dat dus op voorhand moet worden aangenomen dat het onredelijk is om meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen, waarmee sprake is van onmogelijkheid in de zin van art. 611d lid 1 Rv. In dat geval kan een dwangsom niet haar functie als prikkel tot nakoming vervullen en is voor de oplegging daarvan geen plaats.

3.1.5 In dit geval houdt de door het hof uitgesproken hoofdveroordeling in dat de voorwaarden voor gebruik van de in- en uitritten ook gelden voor de huurders, gebruikers en bezoekers aan wie [eisers] het recht van gebruik van de percelen A en C en de in- en uitritten toekennen of hebben toegekend. Het hof heeft aan deze hoofdveroordeling een dwangsomveroordeling jegens [eisers] verbonden. Volgens het hof is de omstandigheid dat dit mogelijksterwijs tot uitvoeringsproblemen voor [eisers] leidt, inherent aan het feit dat zij gebruik wensen te maken van het perceel van [verweerder] en dat dit gebruik zo gering mogelijk dient te zijn (rov. 6.13).

In dit oordeel van het hof ligt besloten dat het hof het standpunt van [eisers] – inhoudende dat zij al voordat de hoofdveroordeling werd uitgesproken redelijkerwijze al het mogelijke hadden gedaan om ervoor te zorgen dat de huurders, gebruikers en bezoekers zich zouden houden aan de voorwaarden voor het gebruik van de in- en uitritten en dat daarmee sprake is van onmogelijkheid in de zin van art. 611d lid 1 BW – heeft verworpen. Dit oordeel is feitelijk en niet onbegrijpelijk.

3. HR14 mei 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC3576 en HR 16 december 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC6138.

4. Vgl. HR 20 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:396, rov. 3.6.3 en HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1941, rov. 3.2.

3.1.6 Op grond van het vorenstaande falen de hiervoor in 3.1.1 weergegeven klachten.

3.2.1 Onderdeel 2 klaagt dat het hof een onbegrijpelijk oordeel heeft gegeven door aan de aanwijzing van de noodweg de voorwaarde te verbinden: "de inritten worden enkel aangewend om te komen van de [a-straat] naar de bedrijfsverzamelcomplexen", zonder daaraan toe te voegen dat de inritten ook kunnen worden gebruikt om te gaan van de bedrijfsverzamelcomplexen naar de [a-straat].

3.2.2 Mede in het licht van het partijdebat en de rov. 6.10-6.12, heeft het hof met de aan de aanwijzing als noodweg gestelde voorwaarde "de inritten worden enkel aangewend om te komen van de [a-straat] naar de bedrijfsverzamelcomplexen" onmiskenbaar tevens bedoeld toe te staan dat de in- en uitritten worden gebruikt om te gaan van de bedrijfsverzamelcomplexen naar de [a-straat]. De klacht kan bij gebrek aan feitelijke grondslag dan ook niet tot cassatie leiden.

3.3 De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

#### 4 Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

4.1.1 Onderdeel 1 van het middel klaagt onder meer dat het hof (in rov. 6.12) ten onrechte als voorwaarden aan de aanwijzing tot noodweg heeft verbonden dat kortdurend stilstaan in verband met laden en lossen en in- en uitstappen is toegestaan en dat gebruik mag worden gemaakt van de op perceel B gelegen parkeerplaatsen, mits de vrachtwagencombinaties maximaal een meter uitsteken in de daartoe aangewezen parkeervakken. Volgens het onderdeel heeft het hof hiermee miskend dat aan de aanwijzing tot noodweg alleen voorwaarden verbonden kunnen worden die het gebruik dat van die noodweg gemaakt mag worden, beperken en dus geen voorwaarden die dat gebruik juist verruimen.

4.1.2 Op grond van art. 5:57lid 1 BW kan de eigenaar van een erf dat geen behoorlijke toegang heeft tot een openbare weg, van de eigenaars van de naburige erven te allen tijde aanwijzing van een noodweg ten dienste van zijn erf vorderen. Voor het antwoord op de vraag of een noodweg moet worden aangewezen is in het algemeen beslissend of bij het ontbreken van die noodweg een behoorlijke exploitatie van het ingesloten erf bij een normale bestemming, van de aard als het erf in het gegeven geval heeft, niet mogelijk is.<sup>5</sup>

Aan de aanwijzing tot noodweg kunnen voorwaarden worden verbonden.<sup>6</sup> Of voorwaarden aan de aanwijzing tot noodweg moeten worden verbonden en, zo ja, welke, hangt af van het resultaat van de afweging die moet worden gemaakt tussen enerzijds

het belang van het ingesloten erf, welk belang bestaat in een behoorlijke exploitatie van dat erf overeenkomstig de bestemming die het erf heeft, en anderzijds het belang van het bezwaarde erf om zo min mogelijk overlast van de noodweg te ondervinden.

4.1.3 Het hof heeft aan de aanwijzing tot noodweg onder meer de voorwaarde verbonden dat het niet is toegestaan op de in- en uitritten vrachtwagencombinaties, auto's of ander materieel te parkeren of te stallen, anders dan het kortdurend stilstaan in verband met laden en lossen en in- en uitstappen.

Het hof heeft in rov. 6.12 vooropgesteld dat het belang van [verweerder] erop is gericht dat hij en zijn huurders zo min mogelijk overlast ondervinden van het gebruik van de noodwegen door [eisers]. Vervolgens heeft het overwogen dat [eisers] een rechtmatig belang erbij hebben dat hun huurders een daadwerkelijk doelmatig gebruik kunnen maken van de in- en uitritten, ten behoeve van het bereiken van de bedrijfspanden en het bezorgen en in- en uitladen van goederen ten behoeve van die bedrijfspanden en dat om die reden moet worden toegestaan dat de huurders en hun gebruikers en bezoekers kortdurend op de noodwegen stilstaan om te laden en te lossen of in en uit te stappen. Dit oordeel strookt met hetgeen hiervoor in 4.1.2 is overwogen en is voor het overige feitelijk en niet onbegrijpelijk, zodat de hiervoor in 4.1.1 weergegeven klacht in zoverre faalt.

4.1.4 De andere door het onderdeel bestreden voorwaarde die het hof aan de aanwijzing tot noodweg heeft verbonden luidt: "er mag gebruik worden gemaakt van de op perceel B gelegen parkeerplaatsen, mits de vrachtwagencombinaties maximaal een meter uitsteken in de daartoe aangewezen parkeervakken". De daartegen gerichte klacht slaagt. Het hof heeft niet vastgesteld dat de op perceel B gelegen parkeerplaatsen deel uitmaken van de als noodweg aangewezen in- en uitritten. Bij het uitgangspunt dat dit niet het geval is, heeft het hof miskend dat in het kader van de aanwijzing van een noodweg niet kan worden bepaald dat de eigenaar van het ingesloten erf ook delen van het bezwaarde erf mag gebruiken die niet zijn aangewezen als noodweg.

4.2 De overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

#### 5 Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

- verwerpt het beroep;

(...)

in het incidentele beroep:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 19 maart 2019;

- verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;

(...)

Dit arrest is gewezen door de vicepresident M.V. Polak als voorzitter en de raadsheren T.H. Tanja-van den Broek, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff en F.J.P.

5. HR 9 juli 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0958, rov. 3.2.

6. HR 14 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1483, rov. 3.9.

Lock (...).

## Commentaar

### *Inleiding en feitencomplex*

Het huurrecht kent zijn eigen specifieke en uitgebreide regeling, waarvan de huurrechtsspecialist (uiteraard) goed op de hoogte zal zijn. Regelgeving en jurisprudentie uit andere rechtsgebieden kan daarbij vaak ook van belang zijn. Hierbij kan uiteraard gedacht worden aan het verbintenissenrecht, maar ook het mededingingsrecht, bestuursrecht én het burennrecht. In dat laatste rechtsgebied heeft de Hoge Raad eind 2020 een arrest gewezen dat ook voor het huurrecht van belang kan zijn. De zaak die tot dit arrest heeft geleid gaat over drie (deel)onderwerpen: (i) de aanwijzing van een noodweg, (ii) de voorwaarden die aan een dergelijke aanwijzing kunnen worden verbonden en (iii) het verbinden van een dwangsom aan de voorwaarden voor de aanwijzing van een noodweg in het geval die voorwaarden (mede) moeten worden nageleefd door derden, zoals huurders. Hierna zal achtereenvolgens op deze onderwerpen worden ingegaan, voorafgegaan door een korte beschrijving van de feiten van de zaak en de uitkomst. De zaak die tot deze uitspraak leidde, draaide om drie naast elkaar gelegen percelen: de percelen A, B en C. Op de percelen zijn bedrijfshallen gelegen. De toegang tot de percelen A en C naar de openbare weg loopt via perceel B. Vanaf de aankoop van de percelen A en C gebruikten de eigenaren daarvan de via perceel B lopende in- en uitritten. De situatie is in weergegeven in een tekening die is opgenomen in rechtsoverweging 2.2(v) van het arrest van de Hoge Raad. Toen perceel B op een gegeven moment van eigenaar veranderde, liet de nieuwe eigenaar van perceel B de eigenaren van de percelen A en C weten dat zij niet langer zonder meer gebruik mochten maken van de in- en uitritten.

In feitelijke instanties is komen vast te staan dat de vordering tot aanwijzing als noodweg toewijsbaar is – tegen dit oordeel is in cassatie niet meer opgekomen.<sup>7</sup> In cassatie zijn daardoor nog twee punten aan de orde. Ten eerste welke voorwaarden aan de aanwijzing als noodweg kunnen worden verbonden. Ten tweede of aan een veroordeling van de eigenaar van het ingesloten erf tot naleving van de voorwaarden die worden gesteld aan het gebruik van de noodweg een dwangsom kan worden verbonden, als deze voorwaarden (mede) moeten worden nageleefd door derden, zoals huurders of gebruikers van het ingesloten erf. Over het eerste punt overweegt de Hoge Raad dat dit afhangt van de afweging tussen enerzijds het belang van het ingesloten erf bij een behoorlijke exploitatie van dat erf overeenkomstig de bestemming en anderzijds het belang van het bezwaarde erf om zo min mogelijk overlast van de noodweg te ondervinden. Niet mag worden bepaald dat de eigenaar

7. De eigenaar van perceel B had zich bij het hof nog wel – zonder succes – tegen de aanwijzing van de noodweg verzet, zie par. 1.20 van de conclusie van A-G E.M. Wesseling-van Gent bij het hier besproken arrest, ECLI:NL:PHR:2020:490.

van het ingesloten erf ook delen van het bezwaarde erf mag gebruiken die niet zijn aangewezen als noodweg. Ten aanzien van het tweede punt overweegt de Hoge Raad dat voor zover voor de voldoening aan de hoofdveroordeling medewerking van anderen nodig is, de veroordeelde redelijkerwijs al het mogelijke dient te doen om ervoor te zorgen dat deze anderen hun noodzakelijke medewerking verlenen. Niet uitgesloten is dat de veroordeelde aan deze inspanningsplicht heeft voldaan voordat de hoofdveroordeling wordt uitgesproken en dat dus op voorhand moet worden aangenomen dat het onredelijk is om meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen. In dat geval is sprake van onmogelijkheid in de zin van art. 611d lid 1 Rv en kan een dwangsom niet haar functie als prikkel tot nakoming vervullen en is voor de oplegging daarvan geen plaats.

### *(i) Aanwijzing als noodweg*

Hoewel de aanwijzing als noodweg zelf in cassatie niet meer aan de orde was, wordt daar in deze paragraaf voor een beter begrip eerst op ingegaan. De aanwijzing van een noodweg is geregeld in art. 5:57lid 1 BW,<sup>8</sup> op grond van welk artikel de eigenaar van een erf dat geen behoorlijke toegang heeft tot een openbare weg, van de eigenaars van de naburige erven te allen tijde aanwijzing van een noodweg ten dienste van zijn erf kan vorderen. Art. 5:57BW maakt deel uit van titel 5.4 BW,<sup>9</sup> welke titel ook wel wordt aangeduid als 'het burennrecht', en die de verplichtingen en bevoegdheden van eigenaren van naburige erven regelt. Titel 5.4 BW betreft een nadere regeling van het eigendomsrecht van onroerende zaken, dat in titel 5.3 BW is neergelegd, maar heeft in bepaalde gevallen ook gevolgen voor anderen dan eigenaars.<sup>10</sup> In titel 5.4 BW of elders in het BW is geen definitie te vinden van het in (onder meer) art. 5:57 BW gebruikte begrip 'erf', maar blijkens de parlementaire geschiedenis van titel 5.4 BW gaat het om een "'grondstuk', waarbij zowel aan land- als aan waterpercelen moet worden gedacht, en inclusief eventuele op het grondstof staande opstallen." Volgens de parlementaire geschiedenis kan de term 'erf' ook een opstal, los van de grond, omvatten.<sup>11</sup> Een erf betreft dus (i) een onbebouwd stuk grond; (ii) een stuk grond met opstallen; of (iii) een opstal zonder ondergrond. Uit de zinsnede 'te allen tijde' in art. 5:57lid 1 BW volgt dat de vordering tot het aanwijzen van een noodweg niet verjaart. Indien de eigenaar van het naburige erf weigert een noodweg aan te wijzen, dan kan de rechter die vaststellen.<sup>12</sup>

8. Art. 5:57lid 1 BW: "De eigenaar van een erf dat geen behoorlijke toegang heeft tot een openbare weg of een openbaar vaarwater, kan van de eigenaars van de naburige erven te allen tijde aanwijzing van een noodweg ten dienste van zijn erf vorderen tegen vooraf te betalen of te verzekeren vergoeding van de schade welke hun door die noodweg wordt berokkend."

9. Titel 5.4 BW behandelt de bevoegdheden en verplichtingen van eigenaars van naburige erven.

10. Vgl. TM, *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 175, en Van Acht, GS Zakelijke rechten, titel 4 Boek 5 BW, aant. 1, Wolters Kluwer (digitaal: actueel t/m 5 juni 2018).

11. MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 123.

12. Stolker, *T&C BW*, commentaar op art. 5:57BW, digitaal: actueel t/m 1 januari 2021.

In 1990 heeft de Hoge Raad in het arrest *Sint Willebrordus Stichting* bepaald dat voor het antwoord op de vraag of een noodweg moet worden aangewezen in het algemeen beslissend is of bij het ontbreken van die noodweg een behoorlijke exploitatie van het ingesloten erf bij een normale bestemming van het erf mogelijk is.<sup>13</sup> Het gaat dus om de exploitatie van een specifiek erf: het ingesloten erf. Niet van belang is wat voor de normale exploitatie van een vergelijkbaar erf met die bestemming nodig is.<sup>14</sup> Art. 5:57BW biedt geen grondslag voor het recht op een uitweg op de openbare weg<sup>15</sup> – daarvoor gelden andere, niet-privaatrechtelijke regelingen.<sup>16</sup> Zoals al uit de term 'noodweg' blijkt, moet voor de aanwijzing van een noodweg nood bestaan om een succesvol beroep op art. 5:57BW te kunnen doen.<sup>17</sup>

Uit art. 5:57lid 1 BW volgt dat voor de aanwijzing van de noodweg aan de eigenaar van het naburige erf die de noodweg toestaat vooraf een schadevergoeding dient te worden betaald of verzekerd. Indien echter de noodweg is toegestaan zonder aanspraak te hebben gemaakt op een vergoeding, is het recht nadien een schadevergoeding te vorderen niet verloren gegaan, zo heeft de Hoge Raad bepaald.<sup>18</sup> Indien zich na aanwijzing van de noodweg onvoorziene omstandigheden voordoen, waardoor de noodweg een grotere last aan de eigenaar van het erf veroorzaakt dan waarmee bij het bepalen van de aanvankelijk vergoeding rekening was gehouden, kan de rechter het bedrag van de vergoeding verhogen (art. 5:57lid 2 BW). Bij de aanwijzing van een noodweg dient rekening te worden gehouden met "*het belang van het ingesloten erf, dat via de noodweg de openbare weg zo snel mogelijk kan worden bereikt, en met het belang van de bezwaarde erven om zo weinig mogelijk overlast van de noodweg te ondervinden*" (art. 5:57lid 3 BW). Er dient dus een afweging plaats te hebben tussen hiervoor genoemde belangen. Het gaat dan niet meer om de vraag of een noodweg kan worden aangewezen – die vraag is al beantwoord aan de hand van de vraag of normale exploitatie van ingesloten erf zonder noodweg (on)mogelijk is (*HR Sint Willebrordus Stichting*) – maar om de vraag hoe deze noodweg op een voor beide erven zo gunstig mogelijke wijze kan worden aangewezen.

(ii) *Voorwaarden aan de aanwijzing als noodweg*

De Hoge Raad heeft in zijn arrest *Verdegaal/Warmerdam* bepaald dat aan de aanwijzing als noodweg voorwaarden kunnen worden verbonden. In datzelfde arrest heeft de Hoge Raad ook duidelijk gemaakt dat art. 5:57lid 1 BW niet toelaat dat elke voorwaarde, ongeacht haar aard en haar bezwaarlijkheid voor de eigenaar van het ingesloten erf, wordt opgelegd. Bepaalde voorwaarden kunnen zo bezwarend zijn voor de eigenaar van het ingesloten erf, dat zij niet voor oplegging in aanmerking komen.<sup>19</sup>

In het in deze noot behandelde arrest, dat aan duidelijkheid weinig te wensen overlaat, herhaalt de Hoge Raad de regel van art. 5:57lid 1 BW (zie hierboven) en de uitgangspunten uit zijn eerdere arresten *Sint Willebrordus Stichting*<sup>20</sup> en *Grootscholten/Van der Stok*.<sup>21</sup> De Hoge Raad voegt daaraan in het in deze noot behandelde arrest toe dat het antwoord op de vraag of voorwaarden aan de aanwijzing tot noodweg moeten worden verbonden en, zo ja, welke, afhangt van het resultaat van de belangenafweging tussen enerzijds het belang van het ingesloten erf bij een behoorlijke exploitatie van dat erf overeenkomstig de bestemming, en anderzijds het belang van het bezwaarde erf om zo min mogelijk overlast van de noodweg te ondervinden.

Uit dit oordeel kan worden opgemaakt dat voor het onder voorwaarden aanwijzen van een noodweg dus verschillende belangenafwegingen moeten worden gemaakt. De eerste belangenafweging heeft plaats bij het aanwijzen van de noodweg: het belang van het ingesloten erf, om via de noodweg de openbare weg zo snel mogelijk te bereiken, dient te worden afgewogen tegen het belang van het bezwaarde erf om zo min mogelijk overlast van de noodweg te ondervinden (art. 5:57lid 3 BW). Vervolgens dient een belangenafweging plaats te vinden om te bepalen of, en, zo ja, welke voorwaarden aan de aanwijzing van de noodweg worden verbonden: het belang van het bezwaarde erf om zo min mogelijk overlast te ondervinden moet worden afgewogen tegen het belang van het ingesloten erf bij een behoorlijke exploitatie. Voor de eigenaar van een ingesloten erf is het dus voor zowel het bewerkstelligen van de aanwijzing van een noodweg als het verbinden van voorwaarden aan die aanwijzing van belang duidelijk te maken dat een normale exploitatie van het erf bij gebreke daarvan onmogelijk is. Voor de eigenaar van het bezwaarde erf is het zowel bij de aanwijzing van de noodweg als voor het eventueel verbinden van voorwaarden aan die aanwijzing belangrijk te wijzen op de overlast die daarmee gepaard gaat.

De Hoge Raad oordeelt met betrekking tot het onder voorwaarden aanwijzen van een noodweg tot slot dat het hof heeft miskend dat in het kader van de aanwijzing van een noodweg niet kan worden bepaald dat de eigenaar van het ingesloten erf ook delen van het bezwaarde erf mag gebruiken die niet

13. HR 9 juli 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0958, r.o. 3.2, NJ 1990/733 (*Sint Willebrordus Stichting*).

14. HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2554, r.o. 3.7, NJ 1998/457 (*Grootscholten/Van der Stok*).

15. MvA II en NvW, *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 216-217.

16. Van Acht, *GS Zakelijke rechten*, commentaar op art. 5:57 BW, aant. 3, digitaal: actueel t/m 27 november 2015, die verwijst naar art. 14 Wegenwet en de Verkeerswet.

17. Vgl. rb. Arnhem 23 december 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK9743, r.o. 4.3, waarin wordt overwogen dat nu "*vast staat dat het erf van [de partij die aanwijzing van een noodweg vorderde] grenst aan de openbare weg (...) en aan de openbare weg van een toegang is voorzien, (...) een nood situatie als bedoeld in artikel 5:57BW zich niet voor[doet].*"

18. HR 30 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2762, r.o. 4.1.1, NJ 1999/305 m.nt. W.M. Kleijn (*Samander/Aladin*).

19. HR 14 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1483, r.o. 3.9, NJ 1995/564, m.nt. W.M. Kleijn (*Verdegaal/Warmerdam*).

20. HR 9 juli 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0958, r.o. 3.2, NJ 1990/733.

21. HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2554, r.o. 3.7, NJ 1998/457.

zijn aangewezen als noodweg. De tegen het oordeel van het hof gerichte klacht, dat een van de voorwaarden van de aanwijzing van de noodweg was dat de op perceel B gelegen parkeerplaatsen (eveneens) gebruikt mochten worden, slaagt dan ook. Dit oordeel kan weinig verbazing wekken, nu het specifiek het als noodweg aangewezen deel van het bezwaarde erf is dat door de eigenaar van het ingesloten erf kan worden gebruikt. Daarmee zou niet in lijn zijn dat ook niet als noodweg aangewezen delen van het bezwaarde erf door de eigenaar van het ingesloten erf zouden kunnen worden gebruikt.

### (iii) Dwangsom

Dan het punt of aan een veroordeling van de eigenaar van het ingesloten erf tot naleving van de voorwaarden die worden gesteld aan het gebruik van de noodweg een dwangsom kan worden verbonden, wanneer die voorwaarden (mede) moeten worden nageleefd door derden, zoals huurders of gebruikers van het ingesloten erf.

De rechter kan op vordering van een der partijen de wederpartij veroordelen tot betaling van een dwangsom voor het geval aan de hoofdveroordeling niet wordt voldaan, onverminderd het eventuele recht op schadevergoeding (art. 611a lid 1 Rv). De omstandigheid dat voor de nakoming van een verplichting de medewerking van anderen nodig is, hoeft aan een veroordeling op grond van art. 611a lid 1 Rv niet in de weg te staan, zo heeft de Hoge Raad bepaald: wanneer het niet aan de veroordeelde maar aan de anderen ligt dat aan de veroordeling niet wordt voldaan, kan de veroordeelde zich op de wijze als voorzien in art. 611d lid 1 Rv verweren tegen executie van de dwangsom.<sup>22</sup>

Op grond van art. 611d lid 1 Rv kan de rechter die een dwangsom heeft opgelegd deze op vordering van de veroordeelde opheffen in geval van blijvende of tijdelijk, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen. De artikelen 611a-i Rv, waaronder dus art. 611d Rv, zijn gebaseerd op de Benelux Overeenkomst houdende de eenvormige wet betreffende de dwangsom: een verdrag tussen Nederland, België en Luxemburg (hierna: 'Eenvormige wet').<sup>23</sup> Art. 611d lid 1 Rv is de uitwerking van art. 4 lid 1 Eenvormige wet. Het Benelux-Gerechtshof heeft over art. 4 lid 1 Eenvormige wet overwogen dat uit de Gemeenschappelijke Memorie van Toelichting van dit artikel moet worden afgeleid dat het de rechter die de dwangsom heeft opgelegd niet is toegestaan om terug te komen van zijn beslissing een dwangsom als prikkel tot uitvoering van de hoofdveroordeling op te leggen, en dat hij enkel over het al dan niet behouden en (opnieuw) over de omvang van de dwangsom kan beslissen in geval van onmogelijkheid om aan de nog niet uitgevoerde hoofdveroordeling te voldoen. De dwangsomrechter

kan aan art. 4 lid 1 Eenvormige wet niet de bevoegdheid ontlenen om de dwangsom opnieuw te beoordelen, wanneer die beoordeling niet plaatsheeft om na te gaan of de opgelegde dwangsom nog zin heeft als prikkel tot uitvoering van de hoofdveroordeling, dus in het kader van een mogelijke opheffing, schorsing of aanpassing van de dwangsom.<sup>24</sup> Zoals Van Mierlo heeft opgemerkt, is de reden dat de rechter zo restrictief dient om te gaan met de mogelijkheden die art. 611d Rv biedt om de opgelegde dwangsom op te heffen, te schorsen of aan te passen, gelegen in het feit dat al 'gewone' rechtsmiddelen hebben opengestaan of nog openstaan tegen de hoofdveroordeling en de in dezelfde uitspraak aan die hoofdveroordeling verbonden dwangsom.<sup>25</sup>

De Hoge Raad heeft in 2015 bepaald dat het aan de rechter die oordeelt in een executiegeschil – de executierechter – is om te onderzoeken in hoeverre de veroordeelde heeft voldaan aan de hoofdveroordeling, en welke gevolgen onvolledige voldoening heeft voor het verbeuren van de opgelegde dwangsom.<sup>26</sup> Met verwijzing naar een uitspraak van het Benelux-Gerechtshof over art. 4 lid 1 eenvormige wet betreffende de dwangsom heeft de Hoge Raad geoordeeld dat van onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen sprake is indien zich een situatie voordoet waarin de dwangsom als dwangmiddel zijn zin verliest. 'Dwangmiddel' moet daarbij worden opgevat als geldelijke prikkel om nakoming van de veroordeling zoveel mogelijk te verzekeren. Dat zich zo een situatie voordoet, moet in een geval waarin niet tijdig aan de hoofdveroordeling is voldaan, worden aangenomen indien het onredelijk zou zijn van de veroordeelde meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan deze heeft betracht.<sup>27</sup> Dit brengt mee dat de executierechter dient te onderzoeken of de veroordeelde sinds zijn veroordeling redelijkerwijs al het mogelijke heeft gedaan om aan de hoofdveroordeling te voldoen. De onmogelijkheid om de hoofdveroordeling uit te voeren moet dan ook in beginsel worden beoordeeld aan de hand van feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan na de hoofdveroordeling, aldus de Hoge Raad (opnieuw met verwijzing naar een uitspraak van het Benelux-Gerechtshof).<sup>28</sup>

24. BenGH 27 juni 2008, zaak A 2007/2/11, ECLI:NL:XX:2008:BE8660, NJ 2008/399 (*Oosterbosch/Hoho-Meers*).

25. A.I.M. van Mierlo, noot bij HR 20 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:396, NJ 2017/123 (*Kloppel/Ockers*), onder 3.

26. HR 20 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:396 (*Kloppel/Ockers*), r.o. 3.6.3, NJ 2017/123, m.nt. A.I.M. van Mierlo; HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1941, r.o. 3.2, NJ 2020/21 en *JBPr* 2020/19, m.nt. A.W. Jongbloed.

27. HR 20 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:396 (*Kloppel/Ockers*), r.o. 3.7.5, NJ 2017/123, m.nt. A.I.M. van Mierlo, met verwijzing naar BenGH 25 september 1986, zaak A 1984/5, ECLI:NL:XX:1986:AC9501, NJ 1987/909 (*Van der Graaf/Agio*); HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1941 (*D'Olmehorst/X*), r.o. 3.2, NJ 2020/21 en *JBPr* 2020/19 m.nt. A.W. Jongbloed.

28. HR 20 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:396 (*Kloppel/Ockers*), r.o. 3.6.3, NJ 2017/123, m.nt. A.I.M. van Mierlo, met verwijzing naar BenGH 29 april 2008, zaak A 2006/5/12, ECLI:NL:XX:2008:BD4245, NJ 2008/309 (*Pet Center/Schouten*); HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1941 (*D'Olmehorst/X*), r.o. 3.2, NJ 2020/21 en *JBPr* 2020/19, m.nt. A.W. Jongbloed.

22. HR 14 mei 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC3576, NJ 1977/375, m.nt. W.H. Heemskerk; HR 16 december 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC6138, NJ 1978/561, m.nt. W.H. Heemskerk. De hier aangehaalde arresten zien op art. 611b Rv, dat voor 1 januari 1978 het executiegeschil, dat nu in art. 611d lid 1 Rv is geregeld, regelde.

23. *Trb.* 1974, 6.

Volgens Beekhoven van den Boezem is de lijn in de hiervoor weergegeven jurisprudentie van de Hoge Raad dat een dwangsomkwestie een redelijke uitkomst moet hebben, maar benadrukt de Hoge Raad in zijn arrest over dit onderwerp dat voorafging (2019) aan het hier behandelde arrest wel het onderscheid tussen de dwangsomrechter en de executierechter aan te leggen maatstaf.<sup>29</sup> Jongbloed heeft opgemerkt dat voor het antwoord op de vraag of de veroordeelde na de veroordeling voldoende inspanning en zorgvuldigheid heeft betracht, van belang is hoe de veroordeelde zich heeft opgesteld. De veroordeelde zal meestal het voordeel van de twijfel krijgen wanneer medewerking van een derde, op wiens handelen de veroordeelde geen of nauwelijks invloed heeft, noodzakelijk is.<sup>30</sup>

In het hier behandelde arrest verduidelijkt de Hoge Raad dat uit de eerdere jurisprudentie volgt dat de veroordeelde, voor zover voor de voldoening aan de hoofdveroordeling medewerking van anderen nodig is, redelijkerwijs al het mogelijke dient te doen om ervoor te zorgen dat deze anderen hun noodzakelijke medewerking verlenen. Het is niet uitgesloten dat reeds aan deze inspanningsplicht is voldaan voordat de hoofdveroordeling wordt uitgesproken en dat dus op voorhand moet worden aangenomen dat het onredelijk is om meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen, waarmee sprake is van onmogelijkheid in de zin van art. 611d lid 1 Rv, aldus de Hoge Raad. In dat geval kan een dwangsom niet haar functie als prikkel tot nakoming vervullen en is voor de oplegging daarvan geen plaats, zo oordeelt de Hoge Raad.

Met dit oordeel maakt de Hoge Raad duidelijk dat de dwangsomrechter er bij zijn beoordeling van de vordering tot het verbinden van een dwangsom aan een hoofdveroordeling dient mee te wegen te houden of het naleven van die hoofdveroordeling op dat moment niet onmogelijk is in de zin van art. 611d lid 1 Rv. Van die onmogelijkheid is ook sprake wanneer de veroordeelde voordat de hoofdveroordeling is uitgesproken aan zijn inspanningsplicht heeft voldaan en het onredelijk is meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen. Nu de ratio van de dwangsom is druk uit te oefenen op de schuldenaar, zodat deze de tegen hem uitgesproken hoofdveroordeling zal nakomen,<sup>31</sup> lijkt mij dat alleszins terecht. Indien al bij het opleggen van de dwangsom duidelijk is dat het naleven van de hoofdveroordeling onmogelijk is, kan voor de toekomst immers geen preventieve werking uitgaan van de dwangsom, zodat verbeurte en executie van dwangsommen enkel nog bestraffend zouden werken, zoals Beekhoven van den Boezem al opmerkte.<sup>32</sup>

Het hof had aan een hoofdveroordeling, die inhield dat de voorwaarden voor gebruik van de in- en uitritten ook gelden voor de huurders, gebruikers en bezoekers aan wie de eigenaren van de percelen A en C het recht van gebruik van de percelen A en C en de in- en uitritten toekennen of hebben toegekend, een dwangsom verbonden. Volgens het hof was de omstandigheid dat dit voor de eigenaars van percelen A en C mogelijk tot uitvoeringsproblemen zou leiden inherent aan het feit dat zij gebruik wensen te maken van het perceel van de eigenaar van perceel B en dat dit gebruik zo gering mogelijk dient te zijn. De Hoge Raad oordeelt hierover dat in dit oordeel besloten ligt dat het hof het standpunt van de eigenaars van de percelen A en C heeft verworpen. Dit standpunt kwam er volgens de Hoge Raad op neer dat zij al voordat de hoofdveroordeling werd uitgesproken redelijkerwijze al het mogelijke hadden gedaan om ervoor te zorgen dat de huurders, gebruikers en bezoekers zich zouden houden aan de voorwaarden voor het gebruik van de in- en uitritten en dat daarmee sprake is van onmogelijkheid in de zin van art. 611d lid 1 BW. Dit oordeel is volgens de Hoge Raad feitelijk en niet onbegrijpelijk.

#### Conclusie

Uit het hier besproken arrest kan worden opgehaald dat voor het onder voorwaarden aanwijzen van een noodweg verschillende belangenafwegingen moeten worden gemaakt en dat dus voor het aanwijzen van een noodweg en het verbinden van voorwaarden aan die aanwijzing de volgende stappen dienen te worden gevolgd:

1. Moet er een noodweg worden aangewezen? Voor het antwoord op deze vraag is van belang of zonder die noodweg een normale exploitatie van het ingesloten erf onmogelijk is. Zo ja, dan kan een noodweg worden aangewezen.
2. Waar moet de noodweg worden aangewezen? Deze vraag dient te worden beantwoord aan de hand van de *eerste belangenafweging*: het belang van het ingesloten erf, om via de noodweg de openbare weg zo snel mogelijk te bereiken, dient te worden afgewogen tegen het belang van het bezwaarde erf om zo min mogelijk overlast van de noodweg te ondervinden (art. 5:57lid 3 BW). Bepaald dient te worden welke aanwijzing van de noodweg het meeste recht doet aan de belangen van beide erven.
3. Kunnen er voorwaarden worden verbonden aan de aanwijzing van de noodweg en, zo ja, welke? Voor het antwoord op deze vraag dient de *tweede belangenafweging* plaats te hebben: het belang van het bezwaarde erf om zo min mogelijk overlast te ondervinden moet worden afgewogen tegen het belang van het ingesloten erf bij een behoorlijke exploitatie.

Met betrekking tot de dwangsom is in het hier besproken arrest duidelijk gemaakt dat de dwangsomrechter bij zijn beoordeling van de vordering tot het verbinden van een dwangsom aan een hoofdveroordeling dient mee te wegen of het naleven van die hoofdveroordeling op dat moment niet onmogelijk is in de zin van art. 611d lid 1 Rv. Als voor voldoening aan de hoofdveroordeling medewerking van anderen noodzakelijk is en de veroordeelde voorafgaand

29. Beekhoven van den Boezem, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 611d Rv, aant. 3, digitaal: actueel t/m 13 mei 2020.

30. A.W. Jongbloed, 'Verbeurte van dwangsommen: onmogelijkheid en 'eigen schuld'', *TCR* 2011/1, p. 26.

31. Jongbloed, T&C Rv, commentaar op art. 611a Rv, aant. 4, digitaal: actueel t/m 29 december 2020.

32. Zie het over de maatstaf die de dwangsomrechter moet aanleggen bij de beoordeling van de vraag of de oplegging van de dwangsom moet worden gehandhaafd en niet bij de door de executierechter aan te leggen maatstaf, zie Beekhoven van den Boezem, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 611d Rv, aant. 3, digitaal: actueel t/m 13 mei 2020.



aan het uitspreken van de hoofdveroordeling al het mogelijke heeft gedaan om ervoor te zorgen dat deze anderen hun noodzakelijke medewerking verlenen, is sprake van onmogelijkheid als bedoeld in art. 611d lid 1 Rv.

*Belang voor de huurrechtelijke praktijk*

Voor de huurrechtpraktijk verdient het aanbeveling dit arrest in gedachten te houden wanneer wordt gevorderd een dwangsom te verbinden aan de hoofdveroordeling, wanneer de veroordeelde voor de nakoming van de hoofdveroordeling afhankelijk is van derden, zoals (bevoegde (onder)huurders. De (onder)verhuurder die zich met een vordering tot het verbinden van een dwangsom aan een hoofdveroordeling geconfronteerd ziet, en voor de nakoming van de hoofdveroordeling afhankelijk is van een of meer (onder)huurders, dient te stellen en te bewijzen dat hij op dat moment redelijkerwijs al het mogelijke heeft gedaan om ervoor te zorgen dat de (onder)huurder(s) zich houdt/houden aan de hoofdveroordeling. Afhankelijk van de hoofdveroordeling zou dit kunnen worden aangetoond aan de hand van correspondentie van de (onder)verhuurder aan de (onder)huurder(s) of een specifiek hierop gerichte bepaling in (een allonge bij) de onderhuurovereenkomst (waarin de verplichting waarop de hoofdveroordeling ziet, ook aan de onderhuurder is opgelegd, al dan niet op straffe van een boete). Hiermee staat echter niet automatisch vast dat nakoming van de hoofdveroordeling door de onderverhuurder inderdaad reeds onmogelijk is. Andersom zou de partij die vordert een dwangsom te verbinden aan de nakoming van de hoofdveroordeling kunnen stellen dat de onderverhuurder juist nog niet redelijkerwijs al het mogelijke heeft gedaan om ervoor te zorgen dat de hoofdveroordeling wordt nagekomen en dat dit dus in de toekomst nog mogelijk is, zodat de dwangsom haar functie als prikkel tot nakoming kan blijven vervullen. Gedacht kan ook worden aan de verhuurder die wordt veroordeeld tot het verschaffen van ongestoord huurgenoet aan zijn huurder, maar voor de nakoming daarvan afhankelijk is van het gedrag van een of meer andere huurders in een *multi-tenant*-gebouw. Die verhuurder zal dan duidelijk moeten maken dat hij redelijkerwijs al het mogelijke heeft gedaan om ervoor te zorgen dat de huurders het ongestoord huurgenoet van de andere huurder niet aantasten, terwijl die huurder zou kunnen stellen dat dit juist nog niet het geval is, zodat van een dwangsom nog steeds een preventieve werking zou uitgaan.