

Dwangsom verminderen of maximum bepalen

Enkele knelpunten



[Karen Piteus]
Assistent Instituut
procesrecht UGent
en advocaat

Een arrest van het hof van beroep te Antwerpen¹ nodigt uit een aantal principes met betrekking tot de dwangsom in herinnering te brengen, met name de mogelijkheid van de rechter om in bepaalde gevallen een dwangsom te verminderen (art. 1385*quinquies* Ger. W.) en de mogelijkheid een maximum te bepalen (art. 1385*ter* Ger. W.).

In deze bijdrage worden enkele pijnpunten onder de aandacht gebracht, met name welke rechter is bevoegd om de dwangsom te milderen, waar ligt de grens tussen de bevoegdheid van de dwangsomrechter en deze van de executierechter, wat moet worden verstaan onder "onmogelijkheid" om aan de hoofdveroordeling te voldoen? Hierna wordt getracht deze vragen te beantwoorden aan de hand van rechtspraak en rechtsleer.

- I. Mogelijkheid om de dwangsom te verminderen 1
 - A. Bevoegdheid: dwangsomrechter versus executierechter 2-7
 - B. "Onmogelijkheid" om de hoofdveroordeling te voldoen 8
 - 1. Het begrip "onmogelijkheid" 9-13
 - 2. Dwaling en putatieve onmogelijkheid 14-16
 - 3. Gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid 17-19
 - 4. Blijvende of tijdelijke onmogelijkheid 20
- II. Maximumbedrag van een dwangsom
 - A. De werking van dit stelsel 21-24
 - B. Een maximumbedrag in een procedure tot herziening? ... 25-27

I. Mogelijkheid om de dwangsom te verminderen (art. 1385*quinquies* Ger. W.)

1. Hierna worden twee elementen onder de aandacht gebracht, elk met hun eigen problematiek: de bevoegdheid om een dwangsom te verminderen en het begrip 'onmogelijkheid'.

A. Bevoegdheid: dwangsomrechter versus executierechter

2. De beslagrechter (executierechter) doet krachtens artikel 149⁸ Ger. W. uitspraak over alle executiegeschillen. Op grond van deze bepaling is voor de beslagrechter een bijzondere rol weggelegd inzake de dwangsom². Zo doet de beslagrechter, in het kader van een executiegeschil, uitspraak over de vraag of dwangsommen al dan niet verbeurd zijn. Ook de vraag of een bepaalde gedraging een inbreuk ople-

vert op de hoofdveroordeling, evenals de vraag hoeveel inbreuken voorliggen of hoeveel tijdseenheden verstreken zijn, behoort tot de bevoegdheid van de beslagrechter³. Desgevallend kan de beslagrechter een onderzoeksmaatregel bevelen⁴.

De beslagrechter zal in het kader van een executiegeschil slechts nagaan of aan de voorwaarden voor de verbeurte van de dwangsom voldaan is, zonder de omvang of modaliteiten van de dwangsom te kunnen wijzigen⁵.

3. De bevoegdheid om de dwangsom te herzien, komt toe aan de rechter die haar heeft opgelegd. Artikel 1385*quinquies*, eerste lid Ger. W. bepaalt: "De rechter die een dwangsom heeft opgelegd, kan op vordering van de veroordeelde de dwangsom opheffen, de looptijd ervan opschorten gedurende de door hem te bepalen termijn of de dwangsom verminderen in geval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen." Dit betekent dat de rechter de dwangsom kan aanpassen of wijzigen wanneer hij informatie ontvangt die, indien hij ze had gekend op het ogenblik waarop hij de dwangsom uitsprak, hem ertoe zou gebracht hebben alsdan geen dwangsom op te leggen⁶. Deze rechtspleging voor de dwangsomrechter heeft geen schorsende werking⁷.

1 Antwerpen 30 juli 2002, *NjW* 2003, 1337 (in dit nummer van *NjW*)

2 A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Faculté de Droit de Liège, 1987, p. 614, nr. 976.

3 K. WAGNER, *Dwangsom*, A.P.R., Antwerpen, Kluwer, 2003, p. 44-45, nr. 43.

4 G. DE LEVAL en J. VAN COMPERNOLLE, *Les problèmes posés par l'exécution de l'astreinte, in X., Dix ans d'application de l'astreinte. Tien jaar toepassing van de dwangsom*, Brussel, Créadif, 1991, (237) 258, nr. 23; Cass. 25 september 2000, *Arr. Cass.*

2000, nr. 490; *Pas.* 2000, I, nr. 490; *P.&B.* 2001, 114, noot K.W.

5 G. DE LEVAL en J. VAN COMPERNOLLE, *l.c.*, (237) 253, nr. 19; G. CLOSSET-MARCHAL, *Demande de révision et prescription de l'astreinte: compétences respectives du juge du fond et du juge des saisies*, (noot onder Luik 4 november 1991), *T.B.B.R.* 1992, (419) 422. Zie ook: Cass. 26 juni 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 1480; *Pas.* 1987, I, 1328; *R.W.* 1987-88, 1476.

6 G.L. BALLON, *Over de bevoegdheid inzake de*

onmogelijkheid aan een hoofdveroordeling onder verbeurte van een dwangsom te voldoen, (noot onder Benelux Gerechtshof 12 februari 1996), *A.J.T.* 1995-96, (332) 332, nr. 1.

7 E. DIRIX, *Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom*, in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom. Referatenbundel van de studiedag Jura Falconis, 8 maart 1998*, Leuven, Jura Falconis v.z.w., 1999, (37) 53, nr. 28.

In deze bijdrage wordt een overzicht geboden van enkele knelpunten inzake dwangsom. Meer bepaald wordt aandacht besteed aan de artikelen 1385quinquies en 1385ter Ger. W. Artikel 1385quinquies Ger. W. betreft de mildering van de dwangsom door de dwangsomrechter ingeval van onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen. De bevoegdheid van de dwangsomrechter versus deze van de executierechter en het begrip "onmogelijkheid" worden toegelicht. Artikel 1385ter Ger. W. handelt over de modaliteiten van de dwangsom. In het bijzonder komt aan bod het opleggen van een maximumbedrag waarboven geen dwangsom meer wordt verbeurd.

Cette contribution offre un aperçu de quelques difficultés dans la matière de l'astreinte. L'attention est plus spécialement portée sur les articles 1385quinquies et 1385ter C. jud. L'article 1385quinquies C. jud. concerne la réduction de l'astreinte par le juge qui l'a ordonnée si le condamné est dans l'impossibilité de satisfaire à la condamnation principale. La compétence du juge de l'astreinte par rapport à celle du juge d'exécution et la notion d'"impossibilité" sont examinées. L'article 1385ter C. jud. traite des modalités de l'astreinte. La fixation d'un montant maximum au-delà duquel plus aucune astreinte n'est encourue fait aussi l'objet d'un examen particulier.

Karen PITEUS, "Dwangsom verminderen of maximum bepalen. Enkele knelpunten", *NjW* 2003, 1323-1327.

4. Het Benelux Gerechtshof heeft in zijn arrest van 12 februari 1996 geopteerd voor een duidelijke afbakening van de bevoegdheden van de dwangsomrechter en de executierechter. Het Hof oordeelde: "Artikel 4, eerste lid van de Eenvormige Beneluxwet betreffende de dwangsom moet aldus worden uitgelegd dat de bevoegdheid toegekend aan de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, om de dwangsom op te heffen in geval van onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen, exclusief is en er aan in de weg staat dat in een executiegeschil betreffende de eventueel verbeurde dwangsom een andere rechter dan degene die de dwangsom heeft opgelegd, zou beslissen dat, ook al heeft de veroordeelde de hoofdveroordeling niet uitgevoerd, de dwangsom wegens overmacht niet verbeurd is."⁸

Dit arrest is niet vrij van kritiek. Er is een verschil tussen de opheffing, opschorting of vermindering van de dwangsom door de dwangsomrechter en de vaststelling door de executierechter dat in een bepaald geval de inbreuk wegens overmacht niet aan de debiteur kan worden toegerekend. Bovendien moet het principe van overmacht ook in het executierecht als verweer kunnen gelden. Ten slotte stoot deze oplossing op praktische bezwaren. De verplichte gang naar de dwangsomrechter zal, zeker wanneer inmiddels hoger beroep werd ingesteld, de debiteur aan grote financiële gevaren blootstellen⁹.

5. In 1996 oordeelde het Hof van Cassatie¹⁰ dat de beslissing waarbij de tenuitvoerlegging van de dwangsom wordt geweigerd om reden dat genoegzaam is voldaan aan de hoofdveroordeling vóór de betekening van de beslissing die de dwangsom heeft opgelegd, geen executiegeschil uitmaakt in de zin van artikel 1498 Ger. W. en derhalve niet tot de bevoegdheid van de executierechter behoort, doch tot de bevoegdheid van de dwangsomrechter.

6. Het Hof van Cassatie heeft in zijn arrest van 2 mei 1996¹¹ een mogelijkheid opengelaten voor de beslagrechter als executierechter: deze kan bewarende maatregelen nemen, indien hij van oordeel is dat de dwangsomrechter één van de in artikel 1385quinquies Ger. W. genoemde voorzieningen zal treffen. De beslagrechter moet de kwaliteit van de titel onderzoeken. Wanneer over de niet-nakoming van de debiteur ernstige betwisting mogelijk is of wanneer de titel onvoldoende duidelijk is, dan voldoet de titel van de schuldeiser niet en kan de beslagrechter de tenuitvoerlegging schorsen tot aan de beslissing van de dwangsomrechter. Hierdoor wordt niet de dwangsom geschorst, maar enkel haar tenuitvoerlegging¹².

7. De beslagrechter kan niet om billijkheidsredenen de opheffing van de dwangsom verhinderen. Wanneer de hoofdveroordeling niet wordt nagekomen, dan is de dwangsom verschuldigd. Enkel in geval van onmogelijkheid kan de dwangsomrechter de dwangsom milderen. Dit belet evenwel niet dat de executierechter rekening kan houden met de leerstukken van rechtsmisbruik, uitvoering te goeder trouw en rechtsverwerking. Zo besliste de Nederlandse Hoge Raad dat de executierechter, gelet op de geringe afwijking tussen de nakoming en de letterlijke tekst van de veroordeling, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid mag oordelen dat de dwangsom niet is verbeurd¹³.

B. "Onmogelijkheid" om de hoofdveroordeling te voldoen

8. Artikel 1385quinquies Ger. W. met betrekking tot de opheffing en schorsing van de dwangsom vindt zijn grondslag in de billijkheid: niemand kan tot het onmogelijke gehouden worden. Deze bepaling verhindert dat de dwangsom aanleiding zou kunnen geven tot onbillijke resultaten in situaties waarin de

8 Benelux Gerechtshof 12 februari 1996, *R.W.* 1995-96, 1298, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN; *J.T.* 1996, 280; *P.&B.* 1996, 62, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN; *A.J.T.* 1995-96, 330, noot G.L. BALLON.

9 E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag, A.P.R.*, Antwerpen, Kluwer, 2001, p. 58, nr. 83; E. DIRIX, *Executieproblemen m.b.t. de dwangsom, De Gerechtsd.* 1997-98, (61) 72, nr. 28.

10 Cass. 22 januari 1996, *Arr. Cass.* 1996, nr. 45; *Pas.* 1996, I, nr. 45.

11 Cass. 2 mei 1996, *Arr. Cass.* 1996, nr. 143; *Pas.* 1996, I, nr. 143; *R.W.* 1996-97, 656, verwijzende noot.

12 E. DIRIX en K. BROECKX, o.c., p. 58, nr. 83; E. DIRIX, *Executieproblemen m.b.t. de dwangsom, De Gerechtsd.* 1997-98, (61) 72, nr. 28.

13 H.R. 20 mei 1994 en H.R. 22 januari 1993, aangehaald in E. DIRIX, *Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom*, in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom. Referatenbundel van de studiedag Jura Falconis, 8 maart 1998*, Leuven, Jura Falconis v.z.w., 1999, (37) 52, nr. 27. Het argument van rechtsmisbruik werd niet aanvaard in een arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 16 oktober 2001. De Vlaamse

overheid maakte in het geval van een stedenbouwmisdrijf geen gebruik van de mogelijkheid om zelf tot afbraak over te gaan, maar vorderde de verbeurde dwangsommen in. Het hof oordeelde dat de toepassing van de rechterlijke beslissing, zoals de rechter het bepaald heeft en mits eerbiediging van de wettelijke bepalingen terzake onmogelijk tot rechtsmisbruik aanleiding kan geven (Antwerpen 16 oktober 2001, *A.J.T.* 2001-02, 521, noot S. DE TAEYE).

veroordeelde niet of niet meer over de mogelijkheid beschikt om behoorlijk te presteren¹⁴.

1. Het begrip "onmogelijkheid"

9. Het begrip "onmogelijkheid" moet in zijn gebruikelijke betekenis worden geïnterpreteerd, meer bepaald wordt een feit of gebeurtenis bedoeld die zich niet kan voordoen, die niet realiseerbaar is¹⁵.

In navolging van het Benelux Gerechtshof¹⁶ oordeelde het Hof van Cassatie dat van onmogelijkheid in de zin van artikel 4, eerste lid van de Eenvormige Beneluxwet (art. 1385quinquies Ger. W.) 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 Memorie van Toelichting op artikel 4 "zijn zin verliest". Dit kan zich voordoen indien het onredelijk zou zijn meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan de veroordeelde heeft betracht¹⁷.

Volgens het Benelux Gerechtshof kan er sprake zijn van onmogelijkheid in de zin van artikel 4, eerste lid van de Eenvormige Beneluxwet betreffende de dwangsom wanneer een eerste vonnis, waarbij een met een dwangsom versterkt verbod is uitgesproken om zich te gedragen in strijd met een overeenkomst, en de veroordeelde dit verbod niet nakomt, omdat hij nadien een vonnis heeft verkregen dat hem ontslaat de verplichtingen uit die overeenkomst na te leven en wel voor wat de periode betreft dat het tweede vonnis nog niet was vernietigd¹⁸.

10. Hoewel de regel uit artikel 1385quinquies Ger. W. een belangrijke uitzondering vormt op de kracht van gewijsde van de oorspronkelijke beslissing en derhalve restrictief moet worden benaderd, wordt het begrip "onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen" niet gereduceerd tot "overmacht"¹⁹. De beoordeling van overmacht is strenger dan de beoordeling van onmogelijkheid. Opdat er sprake zou zijn van overmacht, is niet alleen vereist dat behoorlijk presteren onmogelijk is, doch ook dat de als overmacht geldende gebeurtenis onvoorzienbaar en onontkoombaar was²⁰. De veroordeelde mag de onmogelijkheid evenwel niet geheel of gedeeltelijk aan eigen opzet of nalatigheid te danken hebben²¹. Aan de rechter wordt terzake een ruime appreciatiebevoegdheid toegekend.

Een onmogelijkheid kan zich in hoofde van de veroordeelde partij voordoen, wanneer deze, om aan de hoofdveroordeling te voldoen, de medewerking van een derde behoeft. Indien zij immers over deze derde geen gezag kan uitoefenen, zal het niet zeker zijn of zij aan de hoofdveroordeling gevolg zal kunnen geven. De omstandigheid dat de medewerking van een derde vereist is voor de uitvoering van de hoofdveroordeling, verhindert in principe niet dat

De rechter kan de dwangsom aanpassen of wijzigen wanneer hij informatie ontvangt die, indien hij ze had gekend op het ogenblik waarop hij de dwangsom uitsprak, hem ertoe zou gebracht hebben alsdan geen dwangsom op te leggen.

een dwangsom wordt opgelegd. Indien de medewerking van de derde niet kan verkregen worden, zal de schuldenaar zich op de onmogelijkheid tot nakomen kunnen beroepen²².

11. Op te merken valt dat de onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen, de enige omstandigheid is die aanleiding kan geven tot een toepassing van artikel 1385quinquies Ger. W. Wanneer de niet- of niet-tijdige uitvoering van de hoofdveroordeling het gevolg is van een vergissing van de veroordeelde, kan de dwangsom niet gemilderd worden op grond van artikel 1385quinquies Ger. W.²³ Ook een moeilijkheid is onvoldoende om de dwangsom te milderen²⁴. De onmogelijkheid moet bovendien ingetreden zijn voordat de dwangsom verbeurd is. Voorzover de dwangsom verbeurd was voordat de onmogelijkheid intrad, kan de rechter haar niet opheffen of verminderen (art. 1385quinquies, tweede lid Ger. W.).

12. Het bestaan van een onmogelijkheid is een rechtsfeit, waarvan het bewijs met alle middelen van recht kan worden bewezen, met inbegrip van getuigen en vermoedens²⁵.

13. De onmogelijkheid kan van allerlei aard zijn: materieel, juridisch²⁶ en uitzonderlijk zelfs moreel²⁷.

2. Dwaling en putatieve onmogelijkheid

14. Een bijzonder toepassingsgeval van de onmogelijkheid is de dwaling omtrent de juiste draagwijdte van de hoofdveroordeling.

Dwaling aangaande de precieze draagwijdte van de hoofdveroordeling volstaat niet opdat er sprake zou zijn van onmogelijkheid in de zin van artikel 1385quinquies Ger. W. Het moet gaan om een dwaling die niet toerekenbaar is aan de veroordeelde²⁸. De dwaling moet evenwel niet absoluut onoverwinnelijk zijn opdat zij in aanmerking zou komen als grondslag voor een onmogelijkheid²⁹.

14 K. WAGNER, Artikel 1385quinquies Ger. W., in X., *Artikelsgewijze Commentaar Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Kluwer, 1999, (1) 17-18, nr. 18; K. WAGNER, *Dwangsom, A.P.R.*, Antwerpen, Kluwer, 2003, p. 147-148, nr. 157.

15 Brussel 2 mei 1989, *J.L.M.B.* 1990, 377, noot P. KILESTE.

16 Benelux Hof 25 september 1986, *Benelux Jur.* 1986, 23; *R.W.* 1986-87, 1337, concl. advocaat-generaal E. KRINGS; *N.J.* 1987, 909, noot W.H.H.

17 Cass. AR C.99.0298.N, 30 mei 2002, te raadplegen op: <http://www.cass.be>.

18 Benelux Hof 25 mei 1999, *R.W.* 1999-00, 914, noot E. DIRIX.

19 E. DIRIX, *Dwangsom en overmacht*, (noot onder Benelux Gerechtshof 25 mei 1999), *R.W.* 1999-00,

(916) 916, nr. 1.

20 Brussel 30 mei 2000, in K. WAGNER, *Casebook 20 jaar dwangsom*, Gent, Mys & Breesch, 2001, nr. 183.

21 K. WAGNER, Artikel 1385quinquies Ger. W., in X., *Artikelsgewijze Commentaar Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Kluwer, 1999, (1) 18, nr. 19; K. WAGNER, *Dwangsom, A.P.R.*, Antwerpen, Kluwer, 2003, p. 148, nr. 158; K. WAGNER, *Dwangsom en onmogelijkheid*, *NjW* 2002-03, (228) 232.

22 G.L. BALLON, De veroordeling onder verbeurte van een dwangsom op het domein van het handels- en het economisch recht, in X., *Dix ans d'application de l'astreinte. Tien jaar toepassing van de dwangsom*, Brussel, Créadif, 1991, (215) 229, nr. 29.

23 Cass. 3 november 1994, *Arr. Cass.* 1994, II, 926; *Pas.* 1994, II, 907; *R.W.* 1994-95, 1436.

24 Antwerpen 16 februari 1999, *A.J.T.* 1999-00, 410.

25 Brussel 30 mei 2000, in K. WAGNER, *Casebook 20 jaar dwangsom*, Gent, Mys & Breesch, 2001, nr. 183.

26 Benelux Hof 25 mei 1999, *R.W.* 1999-00, 914, noot E. DIRIX; Brussel 7 december 1999, in K. WAGNER, *Casebook 20 jaar dwangsom*, Gent, Mys & Breesch, 2001, nr. 182.

27 Rb. Luik 19 december 2001, *P.&B.* 2002, 196.

28 Antwerpen 9 februari 1998, *A.J.T.* 1998-99, 396, noot G.L. BALLON.

29 K. WAGNER, Artikel 1385quinquies Ger. W., in X., *Artikelsgewijze Commentaar Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Kluwer, 1999, (1) 22, nr. 25; K. WAGNER, *Dwangsom, A.P.R.*, Antwerpen, Kluwer, 2003, p. 152, nr. 165; K. WAGNER, *Dwangsom en onmogelijkheid*, *NjW* 2002-03, (228) 234.

Bij een gedeeltelijke onmogelijkheid, dit wil zeggen dat de uitvoering voor het overige wel mogelijk blijft, behoudt de dwangsom voor dat deel wel haar reden van bestaan.

- 30 E. KRINGS, Conclusie voor Benelux Gerechtshof 25 september 1986, *R.W.* 1986-87, (1333) 1338, nr. 13.
- 31 Benelux Hof 25 september 1986, *Benelux Jur.* 1986, 23; *R.W.* 1986-87, 1337, concl. advocaat-generaal E. KRINGS; *N.J.* 1987, nr. 909, noot W.H.H.
- 32 E. KRINGS, Conclusie voor Benelux Gerechtshof 25 september 1986, *R.W.* 1986-87, (1333) 1342, nr. 19.
- 33 Voor een toepassing: Brussel 2 mei 1989, *J.L.M.B.* 1990, 377, noot P. KILESTE.
- 34 Cass. 24 april 1970, *Arr. Cass.* 1970, 789; zie ook: art. 793 *Ger. W.*
- 35 K. WAGNER, Artikel 1385quinquies *Ger. W.*, in *X., Artikelsgewijze Commentaar Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Kluwer, 1999, (1) 22-23, nr. 26; K. WAGNER, Dwangsom, *A.P.R.*, Antwerpen, Kluwer, 2003, p. 152-153, nr. 166; K. WAGNER, Dwangsom en onmogelijkheid, *Njw* 2002-03, (228) 234. Voor een voorbeeld: *Rb. Leuven* 7 februari 1995, *T.B.B.R.* 1997, 337. De rechtbank oordeelde dat de dwangsom eerst wordt verbeurd vanaf de betekening van het interpretatief vonnis.
- 36 Benelux Hof 9 maart 1987, *N.J.* 1987, nr. 910, concl. advocaat-generaal E. KRINGS, noot W.H.H.
- 37 I. MOREAU-MARGRÈVE, *Principes généraux*, in *X., Dix ans d'application de l'astreinte. Tien jaar toepassing van de dwangsom*, Brussel, Créadif, 1991, (9) 43.
- 38 Benelux Hof 9 maart 1987, *N.J.* 1987, nr. 910, concl. advocaat-generaal E. KRINGS, noot W.H.H.
- 39 Zie ook: W. HUGENHOLTZ en W.H. HEEMSKERK, Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht, 's-Gravenhage, VUGA Uitgeverij B.V., 1998, p. 322, nr. 284.

15. Nauw verwant met de dwaling is de figuur van de putatieve onmogelijkheid. Een putatieve onmogelijkheid is een onmogelijkheid waarvan men denkt dat zij bestaat doch die in feite niet bestaat³⁰. Voor vraagstukken van putatieve onmogelijkheid kan verwezen worden naar het arrest van het Benelux Gerechtshof van 25 september 1986³¹. Er kunnen twee soorten van putatieve onmogelijkheid worden onderscheiden. In een eerste situatie meent de veroordeelde dat de te verrichten prestatie onmogelijk is, terwijl dit in werkelijkheid niet zo is. In een tweede situatie meent de veroordeelde dat hij de hoofdveroordeling tijdig en volledig is nagekomen, terwijl dit in werkelijkheid niet zo is. Beantwoordt de putatieve onmogelijkheid aan het begrip "onmogelijkheid" in de zin van artikel 4, eerste lid *Eenvormige Beneluxwet* (art. 1385quinquies *Ger. W.*)? In zijn conclusie bij het arrest van het Benelux Gerechtshof van 25 september 1986 schrijft Krings dat de dwaling op zichzelf niet volstaat, maar dat zij in genen dele aan de schuld van de veroordeelde mag toe te schrijven zijn. De rechter moet bij het beoordelen van die dwaling rekening houden met de omstandigheden van het geval en onder meer nagaan of, gelet op die omstandigheden, de dwaling ook zou begaan worden door ieder redelijk en voorzichtig persoon³².

16. Dwaling en putatieve onmogelijkheid kunnen hun oorzaak vinden in de onnauwkeurige omschrijving van de hoofdveroordeling³³. Het is mogelijk dat maanden of jaren later een verbeterende of interpretatieve beslissing gewezen wordt. Deze beslissing mag geen wijziging of aanvulling inhouden van hetgeen werkelijk werd beslist noch een vaststelling toevoegen om wettelijk te maken hetgeen werkelijk werd beslist³⁴. Na het wijzen van de interpretatieve of verbeterende beslissing wordt de oorspronkelijke beslissing geacht nooit een andere betekenis te hebben gehad. Het spreekt voor zich dat dit voor de veroordeelde onder verbeurte van een dwangsom verregaande financiële gevolgen kan hebben. In zulke situaties kan artikel 1385quinquies *Ger. W.* toepassing vinden en vermijden dat de veroordeelde na de interpretatieve of verbeterende beslissing plots een fenomenaal bedrag zou hebben verbeurd, als gevolg van het principe dat de oorspronkelijke beslissing geacht wordt nooit een andere betekenis te hebben gehad dan wat werd bepaald in de interpretatieve of verbeterende beslissing³⁵.

3. Gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid

17. De wetgever voorziet in de mogelijkheid tot mildering niet alleen in geval van gehele onmogelijkheid, maar ook in geval van gedeeltelijke onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen. Gedeeltelijke onmogelijkheid kan aanleiding geven tot gehele of gedeeltelijke opheffing van de dwangsom.

18. In een arrest van 9 maart 1987 sprak het Benelux Gerechtshof zich uit over het geval dat de rechter een partij op straffe van één dwangsom heeft veroordeeld tot het verrichten van een aantal

verschillende prestaties, en daarbij heeft bepaald dat deze dwangsom wordt verbeurd voor elk geheel of gedeeltelijk in gebreke blijven om één of meer van die prestaties te verrichten. In dat geval laat artikel 4 van de *Eenvormige Wet* (art. 1385quinquies *Ger. W.*) niet toe dat die rechter op een daartoe strekkende vordering van de veroordeelde de dwangsom opheft of vermindert, indien van die prestaties een gedeelte door de veroordeelde is verricht, ten aanzien van een ander gedeelte sprake is van onmogelijkheid tot het verrichten ervan door de veroordeelde en het overige gedeelte onverricht is gebleven zonder dat van zodanige onmogelijkheid sprake is³⁶.

De mogelijkheid tot toepassing van artikel 1385quinquies *Ger. W.* hangt derhalve af van de formulering van de veroordeling door de dwangsomrechter. Indien de rechter - zoals *in casu* - de dwangsom heeft gekoppeld aan het geheel of gedeeltelijk in gebreke blijven om één of meer van die prestaties te verrichten, blijft de volle dwangsom van kracht als gevolg van deze uitspraak. De redactie van het vonnis of arrest waarbij de dwangsom wordt opgelegd, is van groot belang voor een mogelijke mildering van de dwangsom³⁷.

Het Benelux Gerechtshof oordeelde verder dat indien in vermeld geval, van de prestaties een gedeelte onverricht is gebleven zonder dat te dien aanzien van onmogelijkheid tot zodanige verrichting sprake is, en dientengevolge een wanverhouding is ontstaan tussen enerzijds de dwangsom en anderzijds de waarde van het onverricht gebleven gedeelte van de prestaties, die wanverhouding voor de rechter die de dwangsom had opgelegd, geen grond kan opleveren om haar op een daartoe strekkende vordering van de veroordeelde op te heffen of te verminderen³⁸.

19. Het standpunt van het Benelux Gerechtshof is voor kritiek vatbaar. De dwangsom vormt een drukingsmiddel om de schuldenaar tot de uitvoering van de rechterlijke beslissing te nopen. Indien die uitvoering buiten de wil van de schuldenaar om onmogelijk is geworden, heeft het geen zin tot uitvoering te willen dwingen. Bij een gedeeltelijke onmogelijkheid, dit wil zeggen dat de uitvoering voor het overige wel mogelijk blijft, behoudt de dwangsom voor dat deel wel haar reden van bestaan. In dat geval kan de rechter de dwangsom in evenredigheid tot de onmogelijkheid verminderen³⁹. Hij zou de dwangsom niet volledig mogen opheffen, vermits de reden van bestaan ervan steeds blijft voortduren voor het deel van de prestatie waarvan de uitvoering wel mogelijk is. De prikkel moet worden gehandhaafd.

Wanneer de veroordeelde uit eigen wil een deel van de hoofdveroordeling niet uitvoert, wordt de dwangsom voor dat gedeelte verbeurd.

In het aan het Benelux Gerechtshof voorgelegde geval werd de hoofdveroordeling voor een gedeelte uitgevoerd, voor een ander gedeelte vrijwillig niet uitgevoerd en voor het overige bevond de schuldenaar zich in de onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen.

De vraag is dan of de rechter een keuze heeft: kan hij de dwangsom volledig handhaven, omdat een gedeelte van de veroordeling vrijwillig niet werd uitgevoerd of moet hij een vermindering toestaan, omdat de veroordeelde voor een deel in de onmogelijkheid verkeert de veroordeling uit te voeren? Samen met Krings moet worden aangenomen dat er alleen aanleiding kan zijn tot vermindering van de dwangsom naar evenredigheid tot het deel van de prestatie waarvan de uitvoering onmogelijk is. Dat in dergelijk geval een wanverhouding kan ontstaan tussen het bedrag van de dwangsom en de waarde van de niet-uitgevoerde prestatie, is op zichzelf geen

toereikende grond tot opheffing of vermindering van de dwangsom⁴⁰.

4. Blijvende of tijdelijke onmogelijkheid

20. Overeenkomstig artikel 1385quinquies Ger. W. kan zowel de blijvende als de tijdelijke onmogelijkheid aanleiding geven tot mildering van de dwangsom. In geval van blijvende onmogelijkheid is het weinig zinvol de looptijd van de dwangsom tijdelijk op te schorten. Zodra vaststaat dat de onmogelijkheid in geen dele te wijten is aan de handelwijze van de veroordeelde, dringt een volledige opheffing van de dwangsom zich op, indien vaststaat dat de uitvoering van de prestatie definitief onmogelijk is⁴¹.

II. Maximumbedrag van een dwangsom (art. 1385ter Ger. W.)

A. De werking van dit stelsel

21. Overeenkomstig artikel 1385ter Ger. W. kan de rechter de dwangsom hetzij op een bedrag ineens, hetzij op een bedrag per tijdseenheid of per overtreding vaststellen. In de laatste twee gevallen kan de rechter eveneens een bedrag bepalen waarboven geen dwangsom meer verbeurd wordt. Deze ruime appreciatiebevoegdheid bij het bepalen van de modaliteiten van de dwangsom wordt aan de rechter verleend teneinde de doelstelling van de dwangsom zo goed mogelijk te realiseren. De dwangsom strekt ertoe de veroordeelde partij aan te zetten tot uitvoering van de hoofdveroordeling. De dwangsomrechter moet er derhalve voor zorgen dat de niet-uitvoering van de hoofdveroordeling voor de schuldenaar meer nadeel oplevert dan het uitvoeren ervan⁴². Bij het bepalen van de hoogte van de dwangsom zal de rechter vooral rekening houden met de financiële draagkracht van de veroordeelde en met de verwachte weerstand tegen de uitvoering van de hoofdveroordeling⁴³.

22. De mogelijkheid voor de beslagrechter om een maximumbedrag te bepalen in de gevallen waarin een dwangsom per tijdseenheid of per overtreding wordt vastgesteld, kan vanuit verschillende overwegingen ingegeven zijn. Ten eerste kan een maximumbedrag worden bepaald vanuit billijkheids-overwegingen. In het bijzonder wanneer het gaat om een verbod of gebod dat de veroordeelde per vergissing, uit onachtzaamheid of door tegenslag kan overtreden, is een maximumbedrag mogelijkerwijze aangewezen⁴⁴. Ten tweede kan een maximumbedrag worden bepaald om het instituut van de dwangsom niet in diskrediet te brengen. Dit zou kunnen gebeuren indien de dwangsom een astronomisch bedrag zou kunnen bereiken, dat waarschijnlijk toch nooit zou kunnen worden ingevorderd. Ten derde kan de rechter een maximumbedrag aangewezen achten om de gelijkheid onder de schuldeisers niet te sterk aan te tasten⁴⁵.

23. Bij het opleggen van een maximumbedrag moet de rechter ervoor zorgen dat dit bedrag hoog genoeg is, zodat de veroordeelde niet de verbeurde van de dwangsom verkiest boven de uitvoering van de hoofdveroordeling⁴⁶.

24. Artikel 1385ter Ger. W. vermeldt enkel dat de rechter een bedrag kan bepalen waarboven geen dwangsom meer verbeurd wordt. Nochtans moet worden aangenomen dat de rechter ook een maximumtermijn kan opleggen⁴⁷. Er bestaat in feite geen verschil tussen het bepalen van een maxi-

De omstandigheid dat de medewerking van een derde vereist is voor de uitvoering van de hoofdveroordeling, verhindert in principe niet dat een dwangsom wordt opgelegd.

mumtermijn en het bepalen van een maximumbedrag, aangezien het bepalen van een maximumtermijn zal neerkomen op een directe begroting van een maximumbedrag waarboven geen dwangsom meer zal worden verbeurd⁴⁸.

B. Een maximumbedrag in een procedure tot herziening?

25. In het eerder geciteerde arrest van het hof van beroep te Antwerpen⁴⁹ moest geoordeeld worden over een hoger beroep tegen een beschikking van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen van 31 mei 2001, waarbij de vordering tot herziening van de dwangsom op grond van artikel 1385quinquies Ger. W., onmogelijkheid tot uitvoeren, werd afgewezen als ongegrond.

Het hof acht de voorgehouden onmogelijkheid om te voldoen aan de hoofdveroordeling, niet bewezen en stelt derhalve dat er geen grond is aangetoond om met toepassing van artikel 1385quinquies Ger. W. de gevorderde opschorting van de dwangsom te bevelen.

26. Het hof stelt vast dat ten gevolge van de tenuitvoerlegging van de dwangsommen de veroordeelden verplicht werden een aanzienlijk bedrag te kantonneren bij de Deposito- en Consignatiekas. Aldus wordt aangetoond dat, indien boven het gekantonneerde bedrag nog dwangsommen zouden vervallen, er een wanverhouding zou ontstaan tussen partijen. Mede gelet op de omstandigheid dat het rechterlijk bevel gewezen is bij voorraad en het feit dat de bodemrechter klaarblijkelijk nog niet werd geadieerd, is het voor het hof des te duidelijker dat de wanverhouding tussen inbreuk en sanctie van aard is dat zij de grenzen van de redelijkheid overschrijft. Het hof bepaalt dan ook met toepassing van artikel 1385ter Ger. W. een bedrag waarboven geen dwangsommen meer vervallen.

27. Deze redenering van het hof doet vragen rijzen. Enerzijds stelt het hof vast dat een onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen niet is bewezen en derhalve geen toepassing kan worden gemaakt van artikel 1385quinquies Ger. W. Anderzijds wordt vastgesteld dat er een wanverhouding zou ontstaan tussen inbreuk en sanctie en wordt een maximumbedrag bepaald waarboven geen dwangsommen meer worden verbeurd op grond van artikel 1385ter Ger. W.

De dwangsom milderden of een maximumbedrag bepalen komt in wezen op hetzelfde neer. Door toepassing te maken van artikel 1385ter Ger. W. omzeilt het hof de voorwaarden van artikel 1385quinquies Ger. W., dat restrictief moet worden geïnterpreteerd. Enkel een onmogelijkheid kan aanleiding geven tot een toepassing van artikel 1385quinquies Ger. W. Een wanverhouding tussen het bedrag van de dwangsom en de waarde van de niet-uitgevoerde prestatie is op zichzelf geen toereikende grond tot opheffing of vermindering van de dwangsom⁵⁰.

- 40 E. KRINGS, Conclusie voor Benelux Gerechtshof 9 maart 1987, *N.J.* 1987, (3055), 3055-3056.
- 41 Antwerpen 15 januari 2001, *T. Gez.* 2001-02, 163.
- 42 J. VAN COMPERNOLLE, L'astreinte, Brussel, Larcier, 1992, p. 46-47, nr. 53.
- 43 K. WAGNER, Dwangsom, *A.P.R.*, Antwerpen, Kluwer, 2003, p. 23, nr. 23.
- 44 K. WAGNER, Artikel 1385ter Ger. W., in X., *Artikelsgewijze Commentaar Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Kluwer, 1999, (1) 9, nr. 8.
- 45 G.L. BALLON, Dwangsom, *A.P.R.*, Gent, Story-Scientia, 1980, p. 28, nr. 67; I. MOREAU-MARGRÈVE, *l.c.*, (9) 37.
- 46 J. VAN COMPERNOLLE, *o.c.*, p. 48, nr. 55.
- 47 Cass. 31 januari 1995, *Arr. Cass.* 1995, 107; *Pas.* 1995, I, 107.
- 48 G.L. BALLON, Dwangsom, *A.P.R.*, Gent, Story-Scientia, 1980, p. 29, nr. 72; K. WAGNER, Artikel 1385ter Ger. W., in X., *Artikelsgewijze Commentaar Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Kluwer, 1999, (1) 9, nr. 8.
- 49 Antwerpen 30 juli 2002, *NjW* 2003, 1337 (in dit nummer van *NjW*).
- 50 E. KRINGS, Conclusie voor Benelux Gerechtshof 9 maart 1987, *N.J.* 1987, (3055), 3055-3056.