

Dwangsom 2003-2009

Kris WAGNER

Advocaat bij de balie te Brussel

Inleiding

Deze bijdrage is bedoeld als een overzicht van rechtspraak en rechtsleer m.b.t. de dwangsom in de periode 2003-2009. In het APR-trefwoord *Dwangsom*, verschenen in 2003, is de stof bijgehouden tot eind 2002. Wanneer dit voor een goed begrip noodzakelijk is, worden in wat volgt nochtans kort een aantal basisprincipes m.b.t. de dwangsom in herinnering gebracht. Elementen van vóór de hier behandelde periode kunnen ook aan bod komen om een en ander in perspectief te plaatsen. De gevolgde structuur en ordening van de stof, evenals de opfrissing van een aantal basisprincipes, is gebaseerd op voormeld APR-trefwoord. Binnen het beknopte bestek van deze bijdrage kon geen exhaustiviteit worden nagestreefd. Sommige onderwerpen zijn van groot praktisch belang, maar gaven in de voorbije jaren geen aanleiding tot vernieuwende rechtspraak (bv.: de verjaring¹ van verbeurde dwangsommen)². Dergelijke onderwerpen blijven dan ook buiten beschouwing. Relevantie voor de praktijk was het voornaamste criterium om uit te maken of een bepaalde beslissing al dan niet besproken wordt.

I. Algemeen

A. Begrippen

1. Definitie

1. De dwangsom is een bijkomende veroordeling van de schuldenaar om aan de schuldeiser een geldsom te betalen, zonder enig verband met de schade die de schuldeiser ondergaat of zal ondergaan ingevolge niet- of niet-tijdige uitvoering

¹. Een vordering instellen tot uitlegging van de beslissing die een dwangsom oplegt, schorst de verjaring van de dwangsom niet (Cass. 5 december 2008, www.cass.be).

². Een onderwerp dat wegens plaatsgebrek niet kon worden behandeld, is de problematiek van de dwangsom ter afdwining van een bevel tot eedaflegging (boedelbeschrijving door de notaris). Zie daarover: Vred. Zomergem 5 december 2008, *TGR* 2009, 241; Rb. Brussel 29 april 2008, *RW* 2008-09, 937; Vred. Sint-Niklaas 8 augustus 2007, *RW* 2008-09, 1326; Vred. Charleroi 28 februari 2007, *Rev.not.b.* 2007, 229; Vred. Beauraing-Dinant-Gedinne 19 december 2006, *Rev.not.b.* 2007, 233; Vred. Fosses-la-Ville 14 november 2006, *Rev.not.b.* 2007, 218; Vred. Brasschaat 11 april 2006, *T.Not.* 2007, 86, noot Th. VAN SINAY; Vred. Zottegem-Herzele 13 december 2005, *T.Not.* 2006, 284, noot Th. VAN SINAY; D. STERCKX, "Difficultés de l'inventaire et astreintes" (noot onder Vred. Anderlecht 17 oktober 2006), *Rev.not.b.* 2007, 228.

van de hoofdverbintenis, teneinde aldus op de schuldenaar druk uit te oefenen opdat hij de tegen hem uitgesproken hoofdveroordeling zou nakomen. Zij wordt meestal berekend per dag vertraging in de uitvoering van de veroordeling of per overtreding van de veroordeling³.

2. Terminologie

2. Het begrip "dwangsom" wordt in een dubbele betekenis gebruikt. Nu eens verwijst de term naar de *geldsom* die de veroordeelde moet betalen ingevolge het niet respecteren van het gebod of verbod uitgesproken door de rechter, dan weer naar de *voorwaardelijke veroordeling* uitgesproken door de rechter ter ondersteuning van de hoofdveroordeling. Uit de context waarin het begrip wordt gebruikt, blijkt doorgaans wat bedoeld wordt, zodat het dubbele gebruik van de term "dwangsom" omzeggens geen aanleiding tot verwarring geeft.

3. Eenvormige Beneluxwet betreffende de dwangsom

3. De dwangsom, zoals geregeld in de artikelen 1385*bis* tot 1385*nonies* Ger.W., werd ingevoerd bij wet van 31 januari 1980 (BS 20 februari 1980), houdende goedkeuring van de Benelux-Overeenkomst houdende de eenvormige wet betreffende de dwangsom, ondertekend te 's-Gravenhage op 26 november 1973. Het Benelux-Gerechtshof waakt, middels het systeem van prejudiciële vraagstelling, over de eenvormige toepassing van de regeling in de Benelux.

II. Rechtsaard van de dwangsom

A. Indirect executiemiddel

4. De dwangsom is een indirect executiemiddel van burgerlijke aard⁴. Sommige auteurs menen dat de dwangsom geen middel tot tenuitvoerlegging is, omdat de regeling van de artikelen 1385*bis* e.v. Ger.W. niet is opgenomen in Deel V van het Gerechtelijk Wetboek ("Bewarend beslag en middelen tot tenuitvoerlegging"). Juister is de stelling dat de dwangsom geen *rechtstreeks* middel tot tenuitvoerlegging is.

3. M. STORME, "Een revolutionaire hervorming: de dwangsom", *TPR* 1980, 223; vgl. M. STORME, "De dwangsom", *RW* 1962-63, 1321 en J. RONSE, "De dwangsom in het Belgische recht" in VERENIGING VOOR DE VERGELIJKENDE STUDIE VAN HET RECHT VAN BELGIË EN NEDERLAND (ed.), *Jaarboek 1961-1962 - VIII*, Antwerpen, Zwolle, De Sikkel, Tjeenk Willink, s.d., 107.

4. J.H. BLAAUW, *Het kort geding. A. Algemeen deel*, Deventer, Kluwer, 2002, 209; E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag* in *APR* 2001, 14; A. JONGBLOED, *De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht*, 1991, 3; H. STEIN, *Reële executie in Monografieën nieuw BW*, Deventer, Kluwer, 1990, 36.

B. Voorwaardelijkheid

5. Een dwangsom kan slechts worden verbeurd op voorwaarde dat de veroordeelde de hem opgelegde verplichting niet naar behoren uitvoert. De voorwaardelijkheid is een wezenskenmerk van de dwangsom. Zij is als prikkel tot nakoming nooit bedoeld om daadwerkelijk te worden verbeurd.

De veroordeelde moet steeds de kans hebben door behoorlijke uitvoering van de hoofdveroordeling te ontsnappen aan de verbeurte van de dwangsom. Dit impliceert dat de behoorlijke uitvoering van de hoofdveroordeling *mogelijk* moet zijn, aangezien niemand tot het onmogelijke kan worden gehouden ("*ultra posse nemo tenetur*"). Als de behoorlijke uitvoering van de hoofdveroordeling enige tijd in beslag neemt, moet aan de veroordeelde voldoende tijd gegund worden om te kunnen voldoen aan de hem opgelegde verplichting.

C. Bijkomende veroordeling

6. De veroordeling tot een dwangsom bestaat slechts als accessorium van de veroordeling ingevolge de hoofdvordering. Een belangrijk gevolg hiervan is dat, als de beslissing over de hoofdvordering vernietigd wordt, de dwangsom ook geen reden van bestaan meer heeft⁵. Reeds verbeurde en ingevorderde dwangsommen die het gevolg zijn van een vernietigde beslissing over de hoofdvordering, moeten worden terugbetaald.

D. Definitief karakter

7. Als uitgangspunt geldt dat eens verbeurde dwangsommen, verbeurd blijven. Op het beginsel "eens verbeurd, blijft verbeurd" bestaan slechts enkele uitzonderingen, die limitatief dienen te worden toegepast⁶. De wetgever voorzag in uitzonderingen op het definitief karakter van verbeurde dwangsommen in drie gevallen, namelijk bij onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen (art. 1385*quinquies* Ger.W.), bij overlijden van de veroordeelde (art. 1385*septies* Ger.W.) en ingevolge de verjaring (art. 1385*octies* Ger.W.).

Het definitief karakter van de dwangsom in het Benelux-systeem is erop gericht de werkzaamheid van de dwangsom te verhogen, net zoals het principe dat verbeurde dwangsommen ten volle toekomen aan de partij die de veroordeling heeft verkregen (neergelegd in de eerste zin van art. 1385*quater* Ger.W.). De veroordeelde kan de veroordeling niet zomaar naast zich neerleggen, in de hoop of verwachting dat de rechter in een volgende fase zal oordelen hoeveel de veroordeelde uiteindelijk moet betalen ingevolge zijn inbreuken op de veroordeling.

⁵. E. KRINGS, conclusie voor Beneluxhof 14 april 1983, RW 1983-84, 227 en NJ 1983, nr. 615.

⁶. Brussel 30 januari 2007 in H. DE BAUW (ed.), *Jaarboek handelspraktijken & Mededinging* 2007, Mechelen, Kluwer, 2008, 727.

E. Drukkingsmiddel zonder indemnitair karakter

8. De dwangsom is een bijkomende veroordeling die erop gericht is de veroordeelde tot nakoming van de hoofdveroordeling aan te sporen⁷. De dwangsom is geen schadevergoeding⁸.

Het is geenszins vereist dat het bedrag van de dwangsom op enige wijze in verband zou staan met een mogelijke schade in hoofde van de eisende partij⁹.

Integendeel, de dwangsom is precies een middel om de debiteur ertoe aan te zetten de hoofdveroordeling (tijdig) uit te voeren. Opdat de dwangsom als indirect executiemiddel voldoende prikkelend zou zijn, moet het bedrag ervan voldoende hoog zijn.

Er mag zelfs sprake zijn van een wanverhouding tussen het bedrag van de dwangsom en de schade die de schuldeiser in geval van niet-uitvoering van de hoofdveroordeling zou kunnen lijden¹⁰.

Wanneer echter die wanverhouding te groot is geworden, werd geoordeeld dat geen dwangsommen meer konden worden verbeurd boven een bepaald bedrag. De (appel)rechter steunde dat oordeel op artikel 1385ter Ger.W.¹¹. Hoewel wij in ons recht geen *liquidation de l'astreinte* kennen naar Frans model¹², stelt men vast dat de rechters in hoger beroep, geconfronteerd met enorme bedragen aan verbeurde dwangsommen, soms toch *post factum* alsnog een maximum opleggen. Een variatie daarop, waarop dezelfde principes toepassing vinden, betreft het opleggen van een *lager* maximum door de appelrechter¹³. Die praktijk moet niet steeds worden afgekeurd. De appelrechter vermog na te gaan of de modaliteiten van de dwangsom opgelegd door de eerste rechter, passend waren in de gegeven omstandigheden¹⁴. Ook in het procesrecht mag niet geduld worden dat een partij de eisen van betamelijkheid en goede trouw terzijde schuift¹⁵. Wanneer de dwangsom werkelijk is opgelopen tot onredelijke hoogten, vermog de appelrechter inderdaad te oordelen dat de eerste rechter in het vonnis *a quo* met

7. X. MALENGREAU, "L'introduction de l'astreinte en droit belge", RGAR 1981, nr. 10348, p. 2.
8. I. MOREAU-MARGRÈVE, "L'astreinte", *Ann.fac.dr.Lg.* 1982, 14; M. STORME, "Een revolutionaire hervorming: de dwangsom", TPR 1980, 226, nr. 9.
9. Brussel 30 mei 2000, *Casebook 20 jaar dwangsom*, nr. 183; J. LAENENS, "Procedureaspecten" in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 31.
10. J. LAENENS, "Procedureaspecten" in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 31; M. STORME (noot onder Brussel 22 april 1980), RW 1981-82, 335; M. STORME, "Een revolutionaire hervorming: de dwangsom", TPR 1980, 237, nr. 26.
11. Antwerpen 30 juli 2002, NJW 2003, 1337.
12. De eisende partij kan dan ook, na de betekening van de rechterlijke uitspraak die een dwangsom oplegt, overgaan tot invordering van verbeurde dwangsommen indien aan de voorwaarden voor de verbeurte voldaan is, zonder dat zij een nieuwe rechterlijke uitspraak behoeft (Cass. 10 november 2005, www.cass.be). Zie ook: Cass. 12 mei 2006, www.cass.be.
13. Antwerpen 17 februari 2010, 2009/RK/257, *onuitg.* – in die zaak werd het maximum wel heel drastisch verlaagd, van 2.500.000 euro naar een schamele 140.000 euro. Een andere variatie is eenvoudigweg het opleggen van een lagere dwangsom, zie bv.: Brussel 19 september 2006, P&B 2007, 378.
14. Cass. 14 december 2007, www.cass.be.
15. E. DIRIX, "Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom" in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 52; zie ook: K. BROECKX, "De bevoegdheid van de beslagrechter: een verkenning van de mogelijkheden en van de beperkingen", *Goed Procesrecht – goed procederen 2002-2003*, Mechelen, Kluwer, 2004, 558, met verwijzing naar Hoge Raad 20 mei 1994, NJ 1994, nr. 653.

toepassing van artikel 1385^{ter} Ger.W. een maximum had moeten opleggen (vanzelfsprekend veronderstelt dit dat het wel degelijk gaat om de appelrechter voor wie het hoger beroep tegen de dwangsomuitspraak aanhangig is). De appelrechter vermog zulks slechts te doen in uitzonderlijke omstandigheden (zeer hoog opgelopen dwangsommen, of een eisende partij die zelf laakbaar gehandeld heeft, of in omstandigheden waarin de veroordeling intussen al lang naar behoren of ongeveer naar behoren werd uitgevoerd, enz.). Zo niet zou de veroordeelde partij erop kunnen speculeren dat de appelrechter allicht toch de dwangsom zal maximeren, en zou de dwangsom haar werking als prikkel tot nakoming kunnen verliezen of verminderd zien.

Indien daarentegen de dwangsom onvoldoende hoog zou zijn, zou de veroordeelde kunnen verkiezen de dwangsommen te verbeuren en de hoofdveroordeling niet na te komen. Een van de wezenlijke doelstellingen van het instituut van de dwangsom, nl. het gezag en de werkzaamheid van rechterlijke uitspraken versterken, kan door te lage dwangsommen worden bedreigd¹⁶.

De wet zelf benadrukt dat er geen verband is tussen de dwangsom en eventuele schadevergoeding. Artikel 1385^{bis} eerste volzin, *in fine* Ger.W. bepaalt dat een dwangsom kan worden opgelegd "onverminderd het recht op schadevergoeding indien daartoe gronden zijn". Het feit dat de dwangsom een pressiemiddel is, erop gericht de veroordeelde aan te sporen de veroordeling "uit eigen beweging" uit te voeren, heeft als belangrijk gevolg dat verbeurde dwangsommen door de veroordeelde betaald, niet in rekening dienen te worden gebracht bij de begroting van de schade die de eisende partij leed.

Verbeurde dwangsommen komen op grond van artikel 1385^{quater} Ger.W. integraal toe aan de partij die de veroordeling heeft verkregen, maar dit doet geen afbreuk aan het niet-indemnitaire karakter van de dwangsom¹⁷.

III. De veroordeling tot de dwangsom

A. Onaantastbare beoordelingsbevoegdheid van de rechter

1. Omschrijving

9. Procespartijen kunnen de rechter in geen enkele omstandigheid dwingen om een dwangsom op te leggen. Evenmin is een situatie denkbaar waarin de rechter, indien hij een bepaald oordeel zou wensen uit te spreken, genoodzaakt zou zijn om aan zijn oordeel een dwangsom te verbinden.

¹⁶. M. STORME, "Een revolutionaire hervorming: de dwangsom", *TPR* 1980, 227, nr. 9.

¹⁷. E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag* in *APR* 2001, 15.

Het gegeven dat de rechter een dwangsom "kan" opleggen, betekent dat hij hiertoe geenszins verplicht is wanneer een partij dat vraagt. De rechter is vrij om al dan niet in te gaan op een verzoek van een partij om een veroordeling kracht bij te zetten met een dwangsom¹⁸. De vraag of een dwangsom opportuun is in een bepaald geval, is steeds onderworpen aan 's rechters onaantastbare beoordelingsvrijheid¹⁹.

Niet vereist is dat de veroordeling tot een dwangsom ten belope van een bepaald bedrag wordt gevraagd²⁰.

2. *De rechter kan niet ambtshalve een dwangsom opleggen*

10. De rechter kan een dwangsom niet ambtshalve aan zijn uitspraak verbinden²¹. De dwangsom moet worden gevorderd²².

Artikel 1385bis Ger.W. bepaalt uitdrukkelijk dat de rechter *op vordering van één der partijen* kan veroordelen tot een dwangsom voor het geval dat aan de hoofdveroordeling niet wordt voldaan²³.

3. *De rechter kan de dwangsom ambtshalve verhogen*

11. Aangezien de dwangsom als voornaamste doelstelling heeft het gezag van rechterlijke uitspraken te verhogen en de rechter vrij de modaliteiten ervan bepaalt, verhindert niets dat de rechter een hogere dwangsom uitspreekt dan gevorderd²⁴.

Het Benelux-Gerechtshof oordeelde dat de woorden "op vordering van één der partijen" in artikel 1385bis Ger.W. niet met zich brengen dat de rechter gebonden zou zijn door het bedrag of de modaliteiten voorgesteld door de eisende partij²⁵.

Het Benelux-Gerechtshof verklaarde in zijn arrest van 17 december 1992 voor recht dat een veroordeling tot een hogere dwangsom dan door de eisende partij aangegeven kan worden uitgesproken.

18. C. PANIER, "Le pouvoir d'appréciation souveraine du juge statuant sur une demande d'astreinte", (noot onder Beneluxhof 17 december 1992 en Cass. 22 april 1993), *JLMB* 1993, 1012.

19. Brussel 30 mei 2000, *Casebook 20 jaar dwangsom*, nr. 183.

20. Beneluxhof 17 december 1992, *RW* 1992-93, 846, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN, *JLMB* 1993 (verkort), 1010, noot C. PANIER en *NJ* 1993, nr. 545.

21. Brussel 14 januari 1994, *JLMB* 1996, 834; D. LINDEMANS, "Het bekomen van de dwangsom", *Tien jaar toepassing van de dwangsom, a.w.*, 1991, nr. 13, p. 60.

22. Beneluxhof 2 april 1984, *RW* 1983-84, 2681, concl. E. KRINGS, *JT* 1984 (verkort), 614 en *NJ* 1984, nr. 704.

23. G. D'HOORE, conclusie voor Beneluxhof 29 november 1993, *RW* 1993-94, (705), 706, *P&B* 1994, 9, noot D. LINDEMANS en *NJ* 1994, nr. 371.

24. A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile, a.w.*, 1987, 600.

25. Beneluxhof 17 december 1992, *RW* 1992-93, 846, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN, *JLMB* 1993 (verkort), 1010, noot C. PANIER en *NJ* 1993, nr. 545.

Als de veroordeelde verweer heeft kunnen voeren nopens het beginsel van de dwangsom, kan de rechter de dwangsom ambtshalve verhogen zonder een heropening van de debatten te moeten bevelen²⁶.

4. *Wijze van vaststelling van de hoogte en modaliteiten van de dwangsom*

12. De rechter oordeelt onaantastbaar over de modaliteiten van de dwangsom (hoogte van het bedrag, hoeveel tijd de veroordeelde gegund wordt om alsnog aan zijn verplichting te voldoen, enz.)²⁷.

Bij het bepalen van de hoogte van het bedrag zal de rechter vooral rekening houden met de financiële draagkracht van de veroordeelde en met de verwachte weerstand tegen de uitvoering van de hoofdveroordeling²⁸. De doelmatigheid van de dwangsom moet 's rechters voornaamste bekommernis zijn bij het vaststellen van het bedrag en de modaliteiten ervan²⁹.

Een discrepantie tussen de hoogte van de dwangsom en de betwiste belangen is niet uitgesloten. In de praktijk bestaat er vaak een verband tussen de belangen die op het spel staan en de hoogte van de dwangsom. Zo'n verband is niet verkeerd, maar het is evenmin vereist.

Het bedrag van de dwangsom moet voldoende hoog zijn om te vermijden dat de veroordeelde van oordeel zou zijn dat de verbeurte van de dwangsom een kleiner nadeel oplevert dan het voordeel dat hij zou kunnen realiseren door de rechterlijke veroordeling te miskennen³⁰.

De vraag of de dwangsom dermate hoog mag zijn dat zij de schuldenaar kan doen afstevenen op de financiële ondergang, moet op genuanceerde wijze worden beantwoord. Als het in de concrete omstandigheden volstrekt zeker is dat een overtreding van het rechterlijke gebod of verbod niet mogelijk is zonder welbewuste kwaadwilligheid van de schuldenaar, mag een dwangsom dermate hoog zijn dat het verbeuren ervan voor de schuldenaar een weinig aantrekkelijk vooruitzicht is.

Indien bijvoorbeeld aan de uitgever van een onzedig maandblad verbod wordt opgelegd om zinnenprikkelende foto's te publiceren van een bekende en al wat rijpere tv-presentatrice, dewelke zich jaren voorheen als onbekende frisse twin-

²⁶ Cass. 22 april 1993, RW 1993-94, 370, verwijzende noot en *JLMB* 1993, 1010, noot C. PANIER; J. LAENENS, "Procédureaspecten" in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 31; C. PANIER, "Le pouvoir d'appréciation souveraine du juge statuant sur une demande d'astreinte", (noot onder Benelux-hof 17 december 1992 en Cass. 22 april 1993), *JLMB* 1993, 1012.

²⁷ H.R. 4 november 1988, *NJ* 1989, nr. 244.

²⁸ Voorz. Arbrb. Brussel 9 juli 1985, RW 1985-86, 966; E. PENNING, "Le référé ordinaire en droit luxembourgeois", *Bulletin du Cercle François Laurent*, (Lux.) 1989, nr. 6; M. STORME, "Een revolutionaire hervorming: de dwangsom", *TPR* 1980, 226.

²⁹ W. HUGENHOLTZ en W. H. HEEMSKERK, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, 's-Gravenhage, Vuga, 1998, 316.

³⁰ Bergen 14 november 1991, *RRD* 1992, 133.

tigjarige studente had laten fotograferen, dan lijkt een forse dwangsom aangewezen³¹. Een eenmalige dwangsom van 2.500 euro zou de uitgever allicht graag betalen, aangezien de meerverkoop dit naar verwachting vlug zou compenseren. Een dwangsom van 25.000 euro *per exemplaar* van het blad dat verschijnt in strijd met het verbod, zoals in casu opgelegd door de rechtbank van koophandel te Brussel, maakt van de overtreding van het rechterlijk verbod een optie die zakelijk niet interessant is.

Wanneer er sprake is van een gebod of verbod waarvan het denkbaar is dat het te goeder trouw kan worden overtreden (per vergissing, uit onwetendheid of ten gevolge van tegenslag), zal de rechter best vermijden dat het verbeuren van de dwangsom voor de veroordeelde een financiële catastrofe betekent. Een nauwkeurige verwoording van het betrokken gebod of verbod en van de modaliteiten van de dwangsom is essentieel, zodat de veroordeelde precies weet waaraan hij zich moet houden³². Een precieze verwoording van het na te leven gebod of verbod is in alle omstandigheden belangrijk, ook wanneer de zaak technisch ingewikkeld is en de aanstelling van een gerechtsdeskundige zich opdringt. De rechter mag zijn rechtsmacht niet uit handen geven en kan bijgevolg een partij niet eenvoudigweg veroordelen om zich te schikken naar wat een gerechtsdeskundige (in de toekomst) zal bevelen. Wel mogelijk is een veroordeling om loyaal mee te werken aan een deskundig onderzoek³³. Na de uitvoering van het deskundig onderzoek (en nadat de partijen over de resultaten ervan tegenspraak hebben kunnen voeren), kan de rechter vanzelfsprekend wel een maatregel bevelen die neerkomt op een bevel tot naleving van technische richtlijnen aangegeven door de gerechtsdeskundige.

Zie voor meer details over de driehoek rechter – dwangsom – gerechtsdeskundige: K. WAGNER, “Maatregelen onder verbeurte van een dwangsom: nauwkeurig te formuleren, zonder overdracht van rechtsmacht” (noot onder Cass. 27 februari 2009), RW 2009-10, 43.

13. De rechter kan, ongeacht de modaliteiten voorgesteld door de eisende partij, de dwangsom vaststellen op een bedrag ineens, op een bedrag per inbreuk, of op een bedrag per dag – of enige andere tijdseenheid – vertraging. De rechter kan een maximum vaststellen waarboven geen dwangsommen meer worden verbeurd. Hierboven (*cf.* randnr. 2) werd ook een geval aangehaald waarin de appelrechter *post factum* alsnog een maximum oplegt, dit steunend op artikel 1385ter Ger.W.

14. Wanneer de rechter een dwangsom per inbreuk oplegt, is het mogelijk dat de veroordeelde door het stellen van één materiële handeling, meerdere inbreuken begaat (en dus meermaals de opgelegde dwangsom verbeurt). Een arrest van

³¹. Kh. Brussel 24 februari 1995, *Ing.Cons.* 1995, 333, noot L. MULLER.

³². Zie voor een toepassing: Antwerpen 1 juni 2005, *P&B* 2005, 233.

³³. X, “Loyale medewerking aan een deskundig onderzoek kan worden bevolen onder verbeurte van een dwangsom” (noot onder Beslagr. Brussel 18 januari 2000), *AJT* 1999-2000, 654.

het hof van beroep te Brussel d.d. 16 maart 2004 biedt daarvan een voorbeeld³⁴. Er werd een verbodsmaatregel opgelegd die onder meer een verbod inhield om reclame te maken zonder over een voldoende voorraad te beschikken; verbod om toepassing te maken van het lokvogelprocedé (producten van een bekend merk aanbieden in een reclamefolder, maar in de winkel gelijkaardige producten aanbieden van een ander merk); verbod om te verkopen met verlies. In die omstandigheden kon het aanbieden van één enkel artikel (een kraan met douchestangset) aanleiding geven tot verbeurte van meermaals de opgelegde dwangsom. Als ten tijde van de uitspraak reeds duidelijk is dat iets dergelijks aan de orde kan zijn, kan het nuttig zijn na te gaan of het opleggen van een maximum opportuun is. Mocht de rechter om redenen eigen aan het geval menen dat het niet opportuun is dat één materiële handeling aanleiding kan geven tot verbeurte van meerdere dwangsommen, dan staat het hem uiteraard vrij daar uitdrukking aan te geven bij de bepaling van de modaliteiten van de maatregel. Als bv. iemand snoepjes zou verkopen die een merkinbreuk opleveren, kan het nuttig zijn te preciseren dat bv. één zakje snoep aanleiding geeft tot verbeurte van éénmaal de opgelegde dwangsom, ook al zou het teken dat de merkinbreuk oplevert afgedrukt staan op ieder afzonderlijk snoepje. Als er echter sprake is van slaafse namaak en als de namaaksnoepjes bv. ook nog eens giftig zouden zijn (m.a.w. als er sprake is van laakbaar gedrag en als niet denkbaar is dat de maatregel wordt overtreden op basis van een eenvoudige onachtzaamheid), moeten de modaliteiten in beginsel niet te mild zijn.

5. *Het verlenen van een termijn*

15. In bepaalde gevallen is het aangewezen de veroordeelde een zekere tijd te gunnen om alsnog zijn verplichting na te leven³⁵. Dit zal met name nuttig zijn wanneer de uitvoering van de hoofdveroordeling materieel enige tijd in beslag neemt. Luidens artikel 1385bis, *in fine* Ger.W. kan de rechter bepalen dat de veroordeelde pas na verloop van een zekere termijn de dwangsom zal kunnen verbeuren. Het staat de rechter vrij om de veroordeelde een bepaalde termijn toe te kennen, waarvan hij onaantastbaar de looptijd bepaalt. Indien geen vertrekpunt van de termijn wordt bepaald, geldt de betekening als vertrekpunt³⁶. De dag waarop betekend werd, is niet in de termijn begrepen indien de dwangsom wordt opgelegd per dag vertraging.

Ook wanneer dit niet gevorderd werd, kan de rechter een termijn toestaan. Het toekennen van een termijn behoort tot de modaliteiten van de dwangsom, waarover de rechter onaantastbaar oordeelt.

³⁴. Brussel 16 maart 2004 in H. DE BAUW (ed.), *Jaarboek handelspraktijken & mededinging 2004*, Mechelen, Kluwer, 2005, 694.

³⁵. Bv. bevel aan een mede-eigenares in een appartementsgebouw om, binnen een termijn van vijftien dagen na de betekening, haar door tientallen duiven vervuilde appartement te laten reinigen en ontsmetten door een gespecialiseerde firma, en verbod aan de betrokkene om nog graan op het dak te plaatsen waarmee zij de duiven voederde (Vred. Schaarbeek 18 december 2003, *Rev.coprop. et droit imm.* 2006, 36).

³⁶. Cass. 4 december 1990, *Pas.* 1991, I, 330, *RW* 1991-92, 119.

CLOSSET-MARCHAL bevestigt dat de artikelen 48 tot 57 Ger.W. van toepassing zijn op een termijn die de rechter toestaat op grond van artikel 1385*bis*, *in fine* Ger.W.³⁷.

Dit standpunt had o.m. tot gevolg dat indien de laatste dag om een prestatie te verrichten een zaterdag, zondag of wettelijke feestdag was, de termijn moet worden verlengd tot de eerstvolgende werkdag³⁸. Het ter zake niet toepasselijk achten van de verlenging van de termijn ingevolge artikel 53 Ger.W., zou volgens sommigen onverenigbaar zijn met een van de wezenskenmerken van de dwangsom, namelijk haar voorwaardelijk karakter³⁹. Wanneer de rechter een termijn toekent om de geboden prestatie te verrichten, moet de veroordeelde over de volle termijn kunnen beschikken. Een mogelijke inkorting van de termijn door de toevallige omstandigheid dat de vervaldag een zaterdag, zondag of wettelijke feestdag is, zou onaanvaardbaar zijn. Met name bij zeer korte termijnen (een of twee dagen), kan dit van belang zijn, zo werd destijds door sommige auteurs verdedigd⁴⁰.

N.a.v. een arrest van het Hof van Cassatie d.d. 11 december 2003 (www.cass.be) heeft het Benelux-Gerechtshof zich over deze kwestie uitgesproken. Het hierboven aangehaalde standpunt werd niet gevolgd. Met name oordeelde het Benelux-Gerechtshof in een arrest van 16 december 2004 dat de in artikel 1 lid 4 van de eenvormige wet betreffende de dwangsom (in België omgezet in art. 1385*bis* lid 4) bedoelde termijn naar zijn aard geen termijn is die moet worden beschouwd als een procesrechtelijke termijn die beheerst wordt door het nationale recht van elk der lidstaten⁴¹. Die termijn wordt niet zonder meer verlengd tot de eerstvolgende werkdag wanneer hij vervalt op een zaterdag, een zondag of een wettelijke feestdag⁴².

De feiten die aanleiding gaven tot dat arrest illustreren zelf dat dit oordeel toch aanleiding kan geven tot vrij krasse resultaten. Een verzekeringsmaatschappij werd veroordeeld om bepaalde documenten af te geven, onder verbeurte van een dwangsom van 20 miljoen oude Belgische franken per dag vertraging om aan de hoofdveroordeling te voldoen "vanaf 12 uur na de betekening van de beschikking".

De beschikking wordt betekend op vrijdag 14 juli 2000 om 18 uur.

De documenten werden afgegeven op maandag 17 juli 2000. Dit gaf, zo blijkt uit het arrest van het Hof van Cassatie van 11 december 2003 (www.cass.be) aanleiding tot verbeurte van een dwangsom wegens 2 dagen vertraging, d.w.z. maar liefst 991.574,10 euro.

³⁷. 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), *TBBR* 1992, 420. Zie in dezelfde zin: Brussel 4 oktober 1995, *P&B* 1996, 129.

³⁸. K. WAGNER, *Dwangsom in APR*, Mechelen, Kluwer, 2003, nr. 30, p. 29.

³⁹. *Idem.*

⁴⁰. *Idem.*

⁴¹. Beneluxhof 16 december 2004, www.courbeneluxhof.be, *JLMB* 2005, 189 en *TMR* 2005, 278, noot P. VANSANT.

⁴². Zie ook: Cass. 3 juni 2005, *P&B* 2006, 249 (zelfde zaak als Beneluxhof 16 december 2004).

Het arrest van 16 december 2004 is wat het is: men kan dit betreuren of er kritiek op uitoefenen, dat neemt niet weg dat een ommekeer in de rechtspraak weinig waarschijnlijk lijkt.

Naargelang in wiens schoenen men staat, zal men rekening moeten houden met de gevolgen van die rechtspraak. De veroordeelde (met name wanneer het instellen van een rechtsmiddel geen schorsende werking heeft) kan in een dergelijk geval best de betekening niet afwachten, wanneer het risico bestaat dat – gelet op de verwoording in de uitspraak – iets zoals hierboven beschreven zich voordoet. De eisende partij die in omstandigheden zoals hierboven aangehaald “toevallig” op een vrijdagavond na 18 uur laat overgaan tot betekening, handelt wellicht niet op de meest nobele of grootmoedige wijze, maar het gegeven dat men in het procesrecht niet deloyaal mag handelen, impliceert nu ook weer geen verplichting om zich te gedragen als een koorknaap. Het feit dat men in de ogen van sommigen misschien moreel afkeurenswaardig handelt, volstaat nog niet om te besluiten dat sprake is van rechtsmisbruik. Slechts wanneer vaststaat dat geen enkele redelijke en zorgvuldige partij zich de houding van de eisende partij zou eigen maken, kan in deze context sprake zijn van rechtsmisbruik (zie ook randnrs. 27, 41, 44 en 55).

Degene die wellicht nog het meest rekening mag houden met de hierboven besproken rechtspraak, is de rechter zelf. De omstandigheden van de zaak zullen doorslaggevend zijn. Wanneer een rechterlijk bevel erop gericht is een uiterst urgente, een gevaarlijke, een zeer hinderlijke of vergelijkbare toestand te verhelpen, dan moet het begrip “werkdag” misschien niet meteen voor het geestesoog verschijnen, met name wanneer de veroordeelde een natuurlijke persoon of éénmansvennootschap is die de prestatie zelf kan uitvoeren (zonder hulp te moeten inschakelen van bv. vaklieden of andere derden). Wanneer echter een dergelijke bijzondere urgentie niet voorligt en wanneer de veroordeelde een rechtspersoon is wiens activiteit in het weekend of op feestdagen stilligt (o.m. banken, verzekeringsmaatschappijen, overheidsinstellingen, grote ondernemingen, enz.), dan past toch enige voorzichtigheid.

Zoals gezegd zullen de omstandigheden doorslaggevend zijn. In de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van het Benelux-Gerechtshof d.d. 16 december 2004, was de betekening op een vrijdagavond om 18u op zijn minst “verdacht”. Zoals gezegd was die betekening wellicht niet abusief (men had niet speciaal bijna een week gewacht bv. – de uitspraak dateerde van de dag ervoor), maar het valt toch niet uit te sluiten dat in een dergelijk geval een beroep op artikel 1385*quinquies* Ger.W. aanleiding zou kunnen geven tot het oordeel dat er sprake was van onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen tijdens het weekend. De onmogelijkheid van artikel 1385*quinquies* is immers geen absolute onmogelijkheid. Iets is onmogelijk in de zin van artikel 1385*quinquies* Ger.W. wanneer het redelijkerwijze onmogelijk is om de hoofdveroordeling uit te voeren, d.w.z. wanneer van de veroordeelde inspanningen verlangd worden die de eisende partij zelf niet zou willen leveren. Wanneer

men alle omstandigheden in acht neemt, stelt men vast dat de verzekeringsmaatschappij na de veroordeling niet het been heeft willen stijf houden (ze gaf de documenten af op maandag). De eisende partijen hebben dus maandag bekomen waar zij recht op hadden ingevolge een beschikking van de donderdag daarvoor. In die omstandigheden daar bovenop nog eens bijna een miljoen euro aan de eisende partijen gunnen, gaat toch uitermate ver. Bij de beoordeling van de onmogelijkheid in de zin van artikel 1385 *quinquies* Ger.W., mogen trouwens billijkheidsoverwegingen in acht worden genomen. Om dergelijke problemen te vermijden, mag de rechter bij het opleggen van een termijn de besproken rechtspraak in gedachte houden en een termijn opleggen van bv. twee werkdagen na de betekening. Doelbewust laten overgaan tot betekening op een vrijdagavond om 18 uur (of om 20.59 uur) kan dan geen aanleiding geven tot onwenselijke resultaten zoals hierboven beschreven.

16. Kan de rechter de veroordeelde een gebod opleggen om iets te doen binnen een termijn van één week vanaf de datum van de uitspraak? Dat is inderdaad mogelijk, doch men dient de precieze gevolgen daarvan voor de dwangsom goed voor ogen te houden. Het hof van beroep te Bergen legde ooit een dwangsom op die verbeurd werd voor elke overtreding begaan "à partir du troisième jour suivant la date du présent arrêt"⁴³. Mocht het bevel opgelegd in een dergelijke uitspraak overtreden zijn, dan kan de dwangsom niet verbeurd worden vanaf de uitspraak, maar slechts na het verstrijken van drie dagen na de betekening, niettegenstaande de bewoordingen van de veroordeling. De onwettigheid van een dergelijke veroordeling heft de door de wet gestelde voorwaarde niet op⁴⁴. Indien de rechter een gebod oplegt om iets te doen binnen een termijn van twee maanden na de uitspraak, kan de dwangsom ten vroegste twee maanden na de betekening worden verbeurd⁴⁵.

De rechter zou, zoals gezegd, een verbod of gebod kunnen opleggen dat door de veroordeelde moet worden nageleefd vanaf de uitspraak. Dit betreft enkel het obligatoire aspect van de veroordeling. Aan een verbod na te leven vanaf de uitspraak kan de rechter een dwangsom verbinden, die echter slechts kan worden verbeurd vanaf de betekening⁴⁶. Als de rechter in zulke gevallen een termijn preciseert, dewelke bijvoorbeeld begint te lopen vanaf de uitspraak of vanaf de kennisgeving van de uitspraak, kan de veroordeelde de dwangsom enkel verbeuren na het verstrijken van dezelfde termijn vanaf de betekening⁴⁷.

17. Het toestaan van een termijn hangt nauw samen met het voorwaardelijk karakter van de dwangsom. De dwangsom is nooit bedoeld om effectief te worden verbeurd. Zij is integendeel slechts een prikkel tot nakoming. Aangezien niemand kan worden gehouden tot het onmogelijke ("*ultra posse nemo*

⁴³. Bergen 2 maart 1988, *JT* 1988, 361.

⁴⁴. Luik 18 september 2007, *Rev. not. b.* 2008, 230; Beslagr. Leuven 7 februari 1995, *TBBR* 1995, 517.

⁴⁵. Bergen 3 juni 1994, *JLMB* 1994, 1310; Luik 8 oktober 2001, *JLMB* 2002, 320, noot G.D.L.

⁴⁶. Voorz. Rb. Gent 9 oktober 1992, *TORB* 1993-94, 276.

⁴⁷. Luik 8 oktober 2001, *JLMB* 2002, 320, noot G.D.L.

tenetur”), dient de rechter voor prestaties die enige tijd in beslag nemen een termijn toe te kennen.

Wanneer aan de veroordeelde een bepaalde termijn wordt toegekend om aan de hoofdveroordeling te voldoen, dient hij over de volledige termijn te beschikken vanaf de betekening⁴⁸. Pas vanaf dat ogenblik wordt de veroordeelde geacht te weten dat de eisende partij erop staat dat de veroordeling wordt uitgevoerd.

Artikel 1 vierde lid van de eenvormige wet werd omgezet in artikel 1385*bis* vierde lid Ger.W., dat luidt: “De rechter kan bepalen dat de veroordeelde pas na verloop van een zekere termijn de dwangsom zal kunnen verbeuren”. Het staat de rechter vrij deze termijn te verwoorden zoals hij het passend acht, met dien verstande dat die termijn – ongeacht de door de rechter gebruikte bewoordingen – nooit een aanvang kan nemen vóór de betekening. Als de rechter bijvoorbeeld een termijn van drie maanden toekent om aan de hoofdveroordeling te voldoen, gaat het inderdaad om een termijn in de zin van artikel 1385*bis* vierde lid Ger.W.

Als de rechter een termijn van “drie maanden vanaf de uitspraak” toekent, zullen pas dwangsommen kunnen worden verbeurd nadat drie maanden na de betekening zijn verstreken. De bewoordingen “vanaf de uitspraak” (of onverschillig welke andere bewoordingen) kunnen immers het betekeningsvereiste zoals neergelegd in artikel 1385*bis* derde lid Ger.W. niet opheffen. Als de rechter een termijn wenst toe te kennen opdat de veroordeelde zich zou kunnen conformeren aan de hoofdveroordeling, geschiedt dit omdat de uitvoering van de prestatie geacht wordt enige tijd te vergen.

Niet alleen op theoretische grondslagen moet men ervan uitgaan dat de veroordeelde over de volledige hem gegunde termijn dient te beschikken vanaf de betekening (de veroordeelde wordt slechts vanaf de betekening geacht te weten dat de eisende partij erop staat dat de veroordeling wordt uitgevoerd). Ook een praktisch argument noopt tot dit besluit. Stel dat de rechtbank van eerste aanleg de veroordeelde op verzoek van de buurman gebiedt om bepaalde aanpassingswerken te verrichten, binnen een termijn van drie maanden na de uitspraak. Het gaat per hypothese om een vonnis dat uitvoerbaar bij voorraad is, zodat de veroordeelde de uitvoerbaarheid van het vonnis niet zou kunnen schorsen door het instellen van hoger beroep. Welnu, de veroordeelde wordt niet geacht vanaf de uitspraak te weten dat de buurman erop staat dat het vonnis wordt uitgevoerd. De eisende partij zou kunnen wachten tot de termijn van drie maanden na de uitspraak verstreken is, en pas dan overgaan tot betekening. Dit soort speculatie zou de dwangsom afwenden van haar fundamentele doelstelling, namelijk de veroordeelde aansporen tot het behoorlijk uitvoeren van de rechterlijke beslissing.

Over deze kwestie werd in de periode 2003-2009 belangrijke rechtspraak gewezen. Met name het arrest van het Benelux-Gerechtshof van 25 juni 2002

⁴⁸ E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag* in *APR* 2001, 52.

(*P&B* 2003, noot K. WAGNER) en het arrest van het Hof van Cassatie van 23 maart 2003 (RW 2004-05, 137, noot K. WAGNER) zijn op dit stuk van belang.

Beide arresten gaven aanleiding tot uitvoerige rechtsleer (zie de verwijzingen hieronder). *Brevitatis causa* wordt daar in deze bijdrage niet in detail op ingegaan maar wordt verwezen naar de hieronder aangehaalde rechtsleer. In ieder geval staat vast dat de controverse in de rechtsleer hierover eigenlijk niet zou mogen bestaan, omdat er duidelijk slechts één juist standpunt is, nl. het standpunt zoals vertolkt door het Hof van Cassatie in het arrest d.d. 23 maart 2003. Daarin oordeelt het Hof van Cassatie dat wanneer de dwangsomrechter een termijn bepaalt voor de uitvoering van de hoofdveroordeling en oordeelt dat de opgelegde dwangsom eerst zal verschuldigd zijn na verloop van die termijn, deze termijn, wat de dwangsom betreft, de strekking heeft aan de veroordeelde nog enige tijd te geven de veroordeling na te komen zonder dat de niet-nakoming de verbeurte van de dwangsom tot gevolg heeft⁴⁹.

De rechter kan een uitvoeringstermijn opleggen vanaf de uitspraak, maar dit betreft enkel het obligatoir aspect van de uitspraak (waartoe is de veroordeelde gehouden?). Wat het executoir aspect van de uitspraak betreft (waartoe kan de veroordeelde worden gedwongen?), en dus ook wat de dwangsom (die een indirect executiemiddel is) betreft, geldt slechts één vertrekpunt van enige termijn, ongeacht of het gaat om een uitvoeringstermijn dan wel om een respijttermijn, nl. de betekening. Welke verwoording de rechter ook gebruikt, het vertrekpunt van enige termijn (van welke aard ook) kan, wat de verbeurte van de dwangsom betreft, zich nooit bevinden op enig tijdstip voorafgaand aan de betekening.

De strekking verdedigd door dhr. VANSANT, moet derhalve worden verworpen. Die auteur is werkzaam voor de administratie en hij vertolkt in rechtsleer een standpunt dat toevallig de stedenbouwkundige administratie erg goed uitkomt, op grond van argumenten die allerm minst overtuigen – zo bv. dat de regeling van de dwangsom toch de openbare orde raakt: natuurlijk raakt de regeling m.b.t. de dwangsom de openbare orde, aangezien zij strekt tot de versterking van het gezag van rechterlijke uitspraken, maar dat gegeven staat geheel los van het betekeningsvereiste en het voorwaardelijk karakter van de dwangsom en doet daaraan geen afbreuk.

VANSANT heeft wel de intellectuele eerlijkheid om de juiste strekking samen te vatten (weliswaar met een *captatio benevolentiae* die de onjuistheid van zijn standpunt niet kan verhullen): “Tenoren zoals DIRIX en WAGNER verdedigden dat elke door de rechter gegeven termijn, ongeacht of het gaat om een termijn voor het uitvoeren van de hoofdveroordeling dan wel om een respijttermijn in de zin van artikel 1385bis Ger.W., voor wat betreft de verbeurte van de dwangsom, steeds eerst vanaf de betekening van de uitspraak kon beginnen te lopen.

⁴⁹. Zie ook: Gent 12 maart 2004, *NJW* 2004, 1353.

De termijn om de hoofdveroordeling uit te voeren moest immers, wat betreft de dwangsom, evenzeer beschouwd worden als een termijn in de zin van artikel 1385bis Ger.W.”⁵⁰.

Waar het echter fout loopt, is wanneer de geciteerde P. VANSANT een noot schrijft onder het arrest van het Benelux-Gerechtshof van 16 december 2004 en meent in dat arrest te kunnen lezen dat het Hof van Cassatie zijn rechtspraak zoals vervat in het arrest van 23 maart 2003 niet zou kunnen volhouden. Immers, het arrest van het Benelux-Gerechtshof van 16 december 2004 gaat helemaal niet over de problematiek aan de orde in het arrest van 23 maart 2003. Het wekt dan ook verwondering dat een auteur meent een arrest van het Hof van Cassatie te moeten bekritisieren op basis van een arrest van het Benelux-Gerechtshof dat over iets anders gaat (geen automatische verlenging van een termijn in de zin van lid 4 van artikel 1385bis tot de eerstvolgende werkdag – de zgn. “uitvoerings-termijn” die volgens het Benelux-Gerechtshof van verschillende aard en strekking is, blijft in het arrest van 2004 geheel buiten beeld – over het vertrekpunt van die termijn valt in het arrest van 2004 nog minder te vinden). Over dit probleem is op dit ogenblik een prejudiciële vraag aanhangig bij het Benelux-Gerechtshof, zodat het laatste woord hierover nog niet gezegd is.

Zie voor een meer gedetailleerde bespreking over deze problematiek⁵¹:

- DIRIX, E., “Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom” in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 37, ook verschenen (in het Nederlands en in het Frans) in *De Gerechtsdeurwaarder/L’Huissier de Justice* 1998, 61;
- MAES, B., “Vanaf welk tijdstip is een dwangsom verbeurd bij een veroordeling wegens een stedenbouwmisdrijf met herstel in de vorige staat binnen een bepaalde termijn?” (noot onder Cass. 28 maart 2003), *RABG* 2003, 975;
- VANSANT P., “Hersteltermijn en dwangsomtermijn: één termijn met twee gedaanten” (noot onder Cass. 23 maart 2003), *TMR* 2003, 611;
- VANSANT P., “Hersteltermijn en dwangsomtermijn alias uitvoeringstermijn en respijttermijn ná het arrest van het Benelux Gerechtshof van 16 december 2004: de fata morgana van de duale termijn dan toch doorprikt” (noot onder Beneluxhof 16 december 2004), *TMR* 2005, 278;
- WAGNER, K., *Casebook 20 jaar dwangsom*, Gent, Mys & Breesch, 2001, 369;
- WAGNER, K., “Dwangsom en uitvoerings- of respijttermijn” (noot onder Beneluxhof 25 juni 2002), *P&B* 2003, 47;
- WAGNER, K., “Dwangsom en de januskop van de uitvoerings- en respijttermijn” (noot onder Cass. 28 maart 2003), *RW* 2004-05, 137.

⁵⁰. P. VANSANT, “Hersteltermijn en dwangsomtermijn alias uitvoeringstermijn en respijttermijn ná het arrest van het Benelux Gerechtshof van 16 december 2004: de fata morgana van de duale termijn dan toch doorprikt” (noot onder Beneluxhof 16 december 2004), *TMR* 2005, 278.

⁵¹. Zie ook: Gent 2 oktober 2007, *P&B* 2008, 148.

6. *Bepaling van een maximum*

18. Het staat de rechter vrij, telkens wanneer hij een dwangsom per inbreuk of per tijdseenheid uitspreekt, een maximum te bepalen waarboven geen dwangsommen kunnen worden verbeurd. Een maximum waarboven geen dwangsommen meer kunnen worden verbeurd, dient niet noodzakelijkerwijze te worden uitgedrukt als een bepaalde geldsom. Dit maximumbedrag kan ook worden uitgedrukt bij wege van een formule, door bijvoorbeeld te bepalen dat de veroordeling tot betaling van een dwangsom slechts geldt voor een periode van drie maanden⁵².

Ook al vermeldt artikel 1385^{ter} Ger.W. dat de rechter "een bedrag" kan bepalen waarboven geen dwangsommen meer worden verbeurd, dan moet men erkennen dat het bepalen van een maximumtermijn eigenlijk niet verschilt van het bepalen van een maximumbedrag, aangezien men binnen de perken van die termijn hoe dan ook een bedrag zal moeten berekenen.

Verskillende overwegingen kunnen de rechter ertoe brengen een maximum te bepalen. Ten eerste kan een maximum aangewezen zijn vanuit billijkheidsoverwegingen. In het bijzonder wanneer het gaat om een gebod of verbod waarvan het denkbaar is dat de veroordeelde het per vergissing, uit onachtzaamheid of ten gevolge van tegenslag kan overtreden, is een maximumbedrag mogelijkerwijze aangewezen. Ten tweede kan de rechter een maximum aangewezen achten om de gelijkheid van de schuldeisers niet bovenmatig aan te tasten. Ten derde kan de rechter een maximum opleggen om te vermijden dat dwangsommen zouden oplopen tot fabelachtige bedragen, zodat zij de geloofwaardigheid van het instituut van de dwangsom zouden bedreigen.

Indien de rechter een maximum oplegt, moet hij zich ervoor hoeden dit onvoldoende hoog vast te stellen. Wanneer het maximum te laag zou zijn, zou de veroordeelde de verbeurte van de dwangsom kunnen verkiezen boven de uitvoering in natura van zijn verplichting. Dat zou niet stroken met de doelstelling van de dwangsom, die erop gericht is de uitvoering in natura van rechterlijke uitspraken te bevorderen.

Zoals vermeld, is het opleggen van een maximum met name aangewezen in de gevallen waarin denkbaar is dat een veroordeelde ongelukkig en te goeder trouw is, of waarin te verwachten valt dat de veroordeelde door pech of eigen onachtzaamheid die reeds plaatsvond voorafgaand aan de veroordeling, de hoofdveroordeling misschien niet of niet volledig zal kunnen uitvoeren.

Zie over het geval waarin de veroordeelde door onzorgvuldige of opzettelijke gedragingen voorafgaand aan de veroordeling, de naleving van de hoofdveroordeling onmogelijk maakt: Beneluxhof 29 april 2008, www.courbeneluxhof.be. In dat arrest werd geoordeeld dat in het geval de onmogelijkheid die de veroordeelde aanvoert het gevolg is van een eigen gebrek aan zorgvuldigheid, daterend

⁵² Cass. 31 januari 1995, *Arr.Cass.* 1995, 107.

van voor de veroordeling, de rechter op grond hiervan slechts onder bijzondere omstandigheden de verzachtingsmaatregelen van artikel 1385*quinquies* mag weigeren⁵³. Dergelijke situaties zijn niet alleen relevant in het kader van artikel 1385*quinquies*, maar ook bij de beoordeling van het probleem dat hier onderzocht wordt, nl. wanneer is het opleggen van een maximum opportuun.

Wanneer bv. een erfgenaam een schilderij moet afgeven aan een mede-erfgenaam, maar het schilderij wordt kort voor de rechtsdag opzettelijk verkocht (of naar bewering verkocht), zonder dat de rechter weet of het reeds aan de koper geleverd werd (of zonder dat van de beweerde verkoop overtuigend bewijs wordt voorgelegd), waarbij misschien ook twijfels bestaan over de goede trouw van de koper, dan zou een dwangsom zonder limiet en per dag vertraging, ondanks alles erg kras zijn. Men mag arglistige kuiperijen niet aanmoedigen, maar anderzijds moet de rechter vermijden iemand te ruïneren omwille van een misstap (met name als die misstap – misschien – reeds onherroepelijk plaatsvond voorafgaand aan de uitspraak). Beter lijkt in zulke gevallen een dwangsom op te leggen met een maximum van bv. tweemaal of driemaal (of tienmaal) de marktwaarde van het schilderij, zodat – indien het alsnog mogelijk zou zijn – de veroordeelde waarschijnlijk zal kiezen voor de afgifte overeenkomstig het rechterlijk bevel.

Zie ook randnr. 2 i.v.m. het opleggen, *post factum*, van een maximum door de appelrechter.

B. Bevoegde rechter

1. Algemene opmerkingen

19. Artikel 1385*bis* Ger.W. bepaalt in zijn aanhef dat “de rechter” een dwangsom kan opleggen. De wet bevat met andere woorden geen enkele beperking met betrekking tot welke rechter een dwangsom kan opleggen.

Ingevolge de wet van 19 mei 1998 kunnen ook arbiters een dwangsom opleggen (wet van 19 mei 1998 tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de arbitrage, BS 7 augustus 1998). In principe kan zowel de arbiter als elke rechter behorend tot de rechterlijke orde, voor zover hij er om gevraagd wordt, een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom uitspreken.

De voorzitter zetelend op eenzijdig verzoekschrift kan een dwangsom opleggen, ook al is de tegenpartij onbekend⁵⁴.

⁵³. Zie ook: Cass. 17 oktober 2008, www.cass.be.

⁵⁴. Zie voor een toepassing: Voorz. Rb. Luik 10 maart 2003, *JLMB* 2003, 751.

2. Taak en bevoegdheid van de beslagrechter inzake dwangsommen

20. Het lijkt geen twijfel dat de beslagrechter een dwangsom kan opleggen wanneer hem dat gevraagd wordt⁵⁵. In de praktijk is dat relatief zeldzaam.

21. De beslagrechter 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 dwangsom. De beslagrechter kan verbeurde dwangsommen niet verminderen of opheffen, tenzij ingeval hij (uitzonderlijk) zelf de rechter is die de dwangsom heeft opgelegd en de veroordeelde hem op grond van artikel 1385^{quinquies} Ger.W. vraagt om de dwangsom te verminderen of op te heffen wegens onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen⁵⁶.

De beslagrechter kan evenmin een dwangsom verbinden aan een uitspraak die niet in een dwangsom voorzagt⁵⁷.

De beslagrechter doet, in het kader van een executiegeschil, uitspraak over de vraag of dwangsommen al dan niet verbeurd zijn⁵⁸. Ook de vraag of een bepaalde gedraging een inbreuk oplevert op de hoofdveroordeling, evenals de vraag hoeveel inbreuken voorliggen of hoeveel tijdseenheden verstreken zijn, behoort tot de bevoegdheid van de beslagrechter. Hoewel de beslagrechter een dwangsomuitspraak die werkelijk onduidelijk is niet mag interpreteren, is hij wel bevoegd om in het kader van een executiegeschil over dwangsommen vast te stellen dat de uitspraak duidelijk is en geen interpretatie behoeft⁵⁹. De beslagrechter is tevens bevoegd om na te gaan of de titel op grond waarvan de dwangsommen verbeurd zijn, nog wel zijn actualiteit behouden heeft⁶⁰.

De beslagrechter kan dus de draagwijdte van de uitvoerbare titel onderzoeken en hij mag daarbij rekening houden met de inhoud van het beschikkend gedeelte, maar ook met datgene wat in de motivering staat⁶¹.

⁵⁵ S. DAVID-CONSTANT, "La fin d'une disgrâce: l'avènement de l'astreinte en droit belge", *Etudes dédiées à Alex Weill*, Parijs, Dalloz, 1983, 191; G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, Luik, Fac. dr. Liège, 1987, 57; E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag* in APR 2001, 16; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile, a.w.*, 1987, 601 en 616, noot 4; J.-L. LEDOUX, "Les saisies - Chronique de jurisprudence 1989-1996", *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, nr. 15, Brussel, Larcier, 1997, 27; D. LINDEMANS, "Het bekomen van de dwangsom", *Tien jaar toepassing van de dwangsom, a.w.*, 1991, nr. 6, p. 56; M. STORME, "Les astreintes" in A. FETTWEIS en E. GUTT (eds.), *Les voies conservatoires et d'exécution - bilan et perspectives*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1982, nr. 12, p. 200.

⁵⁶ 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), *TBBR* 1992, (416), 422.

⁵⁷ J.-L. LEDOUX, "Les saisies - Chronique de jurisprudence 1989-1996", *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, nr. 15, Brussel, Larcier, 1997, 28.

⁵⁸ G. DE LEVAL, *Traité des saisies, a.w.*, 1987, 59; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile, a.w.*, 1987, 614.

⁵⁹ Zie voor een toepassing: Antwerpen 25 juni 2003, *NJW* 2004, 448. Zie ook: Cass. 22 februari 2007, www.cass.be.

⁶⁰ Beslagr. Hasselt 11 maart 2008, *RW* 2008-09, 717; Beslagr. Brussel 3 september 2003, *JLMB* 2004, 333; Beslagr. Gent 31 mei 2005, *TMR* 2005, 568. Zie ook: K. WAGNER, "Het lot van de dwangsom na regularisatie van een stedenbouwkundige inbreuk" (noot onder Antwerpen 14 februari 2007 en Beslagr. Mechelen 20 april 2007), *P&B* 2009, 101.

⁶¹ Beslagr. Antwerpen 10 november 2003, *RW* 2004-05, 472.

Wanneer een tenuitvoerlegging in het buitenland wordt voorbereid, is de beslagrechter bevoegd om in een declaratoire uitspraak vast te stellen welk het bedrag is van de verbeurde dwangsommen⁶².

De bevoegdheid van de beslagrechter om uitspraak te doen over de vraag of dwangsommen al dan niet verbeurd zijn, is een exclusieve bevoegdheid. In een arrest van 20 oktober 2008 (www.cass.be en RW 2008-09, 1191) bevestigt het Hof van Cassatie: "De regeling van de dwangsom gaat aldus uit van een strikte taakverdeling tussen de rechter die de dwangsom oplegt, de dwangsomrechter, en de rechter die moet oordelen over het al dan niet verbeurd zijn ervan, de beslagrechter. Deze taakverdeling staat eraan in de weg dat een andere rechter kennisneemt van de vraag of de dwangsom is verbeurd ook al gaat het daarbij om een verweer op een voor die rechter ingestelde hoofdvordering".

Wanneer de dwangsomrechter uitspraak doet op grond van artikel 1385^{quinquies} Ger.W., is hij niet bevoegd om kennis te nemen van een vordering die strekt tot vaststelling dat de hoofdveroordeling is nagekomen⁶³. Die bevoegdheid komt toe aan de beslagrechter. Geoordeeld werd tevens dat de dwangsomrechter, ook los van enige vordering ingesteld op grond van artikel 1385^{quinquies} Ger.W., niet bevoegd is om bij een declaratoire uitspraak vast te stellen of al dan niet dwangsommen werden verbeurd (nu dit de uitvoering van de uitspraak betreft, gaat het om een exclusieve bevoegdheid van de beslagrechter)⁶⁴.

3. De strafrechter

22. Het staat vast dat de dwangsom geen straf is in de zin zoals gebruikt in het Strafwetboek⁶⁵. Het belangrijkste gevolg hiervan is dat de strafrechter haar niet ambtshalve kan uitspreken⁶⁶.

Aangezien het openbaar ministerie een partij is in een strafproces, kan een dwangsom door het openbaar ministerie worden gevorderd in alle gevallen waarin het als hoofdpartij optreedt⁶⁷.

De rechtspraak, inclusief die van het Benelux-Gerechtshof, kent aan het openbaar ministerie als partij in een strafproces uitdrukkelijk het recht toe om een dwangsom te vorderen⁶⁸.

⁶². Voorz. Rb. Luik 17 september 2003, *JLMB* 2003, 1595.

⁶³. Beneluxhof 27 juni 2008, www.courbeneluxhof.be; Cass. 14 november 2008, www.cass.be; A. VANDERHAEGHEN, "Bevoegdheid van de dwangsomrechter" (noot onder Beneluxhof 27 juni 2008), *NJW* 2009, 27.

⁶⁴. Antwerpen 27 april 2009, *AM* 2009, 616.

⁶⁵. Gemeensch. M.v.T., *Parl.St.* Kamer 1977-78, nr. 353, 16. Vgl. de opsomming van de straffen in art. 7 Sw.

⁶⁶. J. LAENENS, "Procedureaspecten" in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 30.

⁶⁷. S. DAVID-CONSTANT, "La fin d'une disgrâce: l'avènement de l'astreinte en droit belge", *Etudes dédiées à Alex Weill*, Parijs, Dalloz, 1983, 191; D. LINDEMANS, "Het bekomen van de dwangsom", *Tien jaar toepassing van de dwangsom, a.w.*, 1991, nrs. 14-16. Voor een toepassing zie: Gent 16 januari 1991, *TMR* 1993, 323, en i.h.b. 341-342.

⁶⁸. Beslagr. Mechelen 8 maart 1996, *RW* 1997-98, 85; Brussel 19 november 1984, *Pas.* 1985, 15 en *RW* 1986-87, 667.

Het Benelux-Gerechtshof overwoog dat het openbaar ministerie gerechtigd is steeds als het als hoofdpartij optreedt (d.w.z. niet bij wege van advies) oplegging van een dwangsom te vorderen en dat de dwangsom niet is uitgesloten wanneer de hoofdveroordeling op het algemeen belang betrekking heeft⁶⁹.

Het openbaar ministerie geldt, telkens wanneer het optreedt als partij (d.w.z. niet bij wege van advies), als één van de partijen die een dwangsom kan vorderen⁷⁰.

C. In welke stand van het geding kan een dwangsom worden gevorderd?

1. *Verzet of hoger beroep*

23. Artikel 1385bis tweede lid Ger.W. bepaalt uitdrukkelijk dat een dwangsom ook voor het eerst in verzet of in hoger beroep kan worden gevorderd. In de praktijk zal dit met name nuttig zijn ingeval de eisende partij een veroordeling in eerste aanleg heeft bekomen die uitvoerbaar bij voorraad is, maar die door de verwerende partij niet uit eigen beweging wordt nageleefd.

2. *De latere procedure gericht op het verkrijgen van een dwangsom*

24. De problematiek van de latere procedure gericht op het verkrijgen van een dwangsom, komt o.m. aan bod in de volgende bijdragen:

- MIGNOLET, O., "La concomitance de l'astreinte et de la condamnation principale", *JT* 2007, 453;
- WAGNER, K., "Feiten die een misdrijf opleveren kunnen worden verboden op straffe van een dwangsom, ook in een latere uitspraak" (noot onder Rb. Brussel 24 november 1999), *RW* 2000-01, 60;
- WAGNER, K., "Een dwangsom kan worden opgelegd in een latere procedure" (noot onder Vred. Sint-Kwintens-Lennik 13 december 1999), *AJT* 2000-01, 472;
- WAGNER, K., "Welke rechter kan een dwangsom in een latere procedure opleggen: over het keuzerecht tussen de eerste rechter, de appelrechter, of de ingevolge de algemene bevoegdheidsregels bevoegde rechter" (noot onder Brussel 20 november 2000), *P&B* 2001, 139;
- WAGNER, K., "De exceptie van gewijsde is een onbestaande klip in de latere procedure gericht op het bekomen van een bevel onder verbeurte van een dwangsom om zich te gedragen conform een vroegere veroordeling" (noot onder Voorz. Kh. Kortrijk 12 september 2003), *TRV* 2004, 358;
- WAGNER, K., *Dwangsom* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2003, nrs. 78-82.

⁶⁹. Beneluxhof 6 februari 1992, *RW* 1991-92, (1019), 1027, concl. JANSSENS DE BISTHOVEN.

⁷⁰. G. D'HOORE, conclusie voor Beneluxhof 29 november 1993, *RW* 1993-94, (705), 706, *P&B* 1994, 9, noot D. LINDEMANS en *NJ* 1994, nr. 371.

Er zijn talloze redenen waarom de rechter een uitspraak kan wijzen waarin hij *geen* dwangsom oplegt. De meest voor de hand liggende reden is dat geen der partijen zulks vraagt. In dat geval kan de rechter het ook niet ambtshalve (ingevolge art. 1385*bis* Ger.W. luidens hetwelk de rechter "op vordering van één der partijen" een dwangsom kan opleggen). De partijen kunnen op hun beurt goede of minder goede redenen hebben om geen dwangsom te vorderen: niet aan gedacht, of niet gedacht dat de wederpartij de uitspraak niet behoorlijk zou naleven. Ook mogelijk is dat een dwangsom wel gevorderd wordt, maar dat de rechter dit niet opportuun acht (om de verhoudingen tussen de partijen niet verder te verzuren, aangezien de partijen misschien nog met elkaar moeten omgaan, bv. omdat zij burens zijn of omdat zij samen een gemeenschappelijk kind opvoeden). Het gegeven dat niets erop wijst dat de veroordeelde partij de uitspraak niet behoorlijk zal naleven, kan voor de rechter ook een reden zijn om een gevorderde dwangsom af te wijzen.

De problematiek hier aan de orde, betreft de vraag of de rechter vervolgens in een latere uitspraak alsnog een dwangsom vermag op te leggen, verbonden aan een gebod tot naleving van de vroegere rechterlijke uitspraak (of een verbod tot overtreding ervan). Immers: als een rechter geen dwangsom verbindt aan zijn uitspraak om iets te doen, niet te doen of te geven (wat zoals gezegd het gevolg kan zijn van allerlei omstandigheden, die na de uitspraak kunnen evolueren), dreigt de uitspraak dode letter te blijven wanneer directe executie (= rechtstreekse uitvoering) niet mogelijk is. Als iemand bv. veroordeeld wordt om iets af te geven, is directe executie niet mogelijk als men niet weet waar het af te geven voorwerp zich bevindt.

Over deze problematiek heeft jarenlang een controverse bestaan. Verscheidene twistvragen rezen in dit verband: bevat de gemeenschappelijke memorie van toelichting geen passage die een dwangsom in een latere procedure zou uitsluiten? Als het dan toch zou kunnen, kan dit dan enkel door de rechter die de oorspronkelijke uitspraak gewezen heeft? Is er geen sprake van uitputting van rechtsmacht? Is de exceptie van gewijsde geen hinderpaal?

De invoering van een artikel 387*ter* in het Burgerlijk Wetboek bij wet van 18 juli 2006 heeft de controverse (in België) beëindigd voor wat betreft sommige aspecten van het familierecht⁷¹. Dat artikel bepaalt in essentie dat ingeval één van de ouders weigert de rechterlijke beslissingen met betrekking tot de huisvesting van de kinderen of het recht op persoonlijk contact uit te voeren, de zaak opnieuw voor de bevoegde rechter kan worden gebracht (in principe degene die de niet-nageleefde beslissing heeft gewezen, tenzij de zaak inmiddels bij een andere rechter aanhangig is gemaakt). De rechter kan onder meer nieuwe onderzoeksmaatregelen verrichten, zoals een maatschappelijke enquête of een deskundigenonderzoek, of een verzoeningspoging ondernemen, of bemiddeling voorstellen. Hij kan echter ook nieuwe beslissingen nemen met betrekking tot

⁷¹. Zie voor een toepassing: Gent 13 september 2007, *RABG* 2008, 750.

het ouderlijk gezag of de huisvesting van het kind. De rechter kan luidens de nieuwe wetsbepaling een dwangsom uitspreken om te waarborgen dat de te nemen beslissing zal worden nageleefd en, in die hypothese, stellen dat voor de tenuitvoerlegging van die dwangsom, artikel 1412 Ger.W. van toepassing is. De beslissing is van rechtswege uitvoerbaar bij voorraad. Die wetsbepaling is eveneens van toepassing wanneer de rechten van de partijen geregeld zijn door een overeenkomst zoals voorzien in artikel 1288 Ger.W. (echtscheiding door onderlinge toestemming). De zaak wordt bij de rechtbank aanhangig gemaakt door middel van een verzoekschrift op tegenspraak, of in geval van absolute noodzaak, bij eenzijdig verzoekschrift.

Het is inderdaad onaanvaardbaar dat iemand zijn of haar kind of kinderen maandenlang of jarenlang niet kan zien omwille van tegenwerking van de andere ouder, zodat het goed is dat de wetgever instrumenten aanreikt om in deze aangelegenheden zo snel als mogelijk, en met zo weinig mogelijk drempels, een efficiënte en nuttige uitspraak te bekomen⁷².

De nieuwe wetsbepaling beëindigt weliswaar de controverse op het gebied van het familierecht, maar de controverse hier aan de orde strekt zich uit over talloze andere domeinen dan het familierecht.

25. De problematiek van de dwangsom in een latere procedure, bestaat grosso modo uit een drietal vraagstukken, met name: (1) kan een dwangsom in een latere uitspraak worden opgelegd? (basisvraag); (2) welke rechter is daarvoor bevoegd? (bevoegdheidsvraag); (3) wat met de exceptie van gewijsde, en meer bepaald: wat als de rechter in de vroegere uitspraak weigert een dwangsom op te leggen, kan dit dan later alsnog? (gewijsde-vraag).

Beknoptheidshalve wordt niet elk detail van de voorgeschiedenis van de controverse uit de doeken gedaan, precies omdat hierover al veel geschreven is. Voor meer bijzonderheden wordt in wat volgt verwezen naar de literatuur.

Meer over de eerste vraag: K. WAGNER, "Een dwangsom kan worden opgelegd in een latere procedure" (noot onder Vred. Sint-Kwintens-Lennik 13 december 1999), *AJT* 2000-01, 472. Zie ook: K. WAGNER, "Feiten die een misdrijf opleveren kunnen worden verboden op straffe van een dwangsom, ook in een latere uitspraak" (noot onder Rb. Brussel 24 november 1999), *RW* 2000-01, 60.

Meer over de tweede vraag: K. WAGNER, "Welke rechter kan een dwangsom in een latere procedure opleggen: over het keuzerecht tussen de eerste rechter, de appelrechter, of de ingevolge de algemene bevoegdheidsregels bevoegde rechter" (noot onder Brussel 20 november 2000), *P&B* 2001, 139.

⁷² Zie ook: P. SENAËVE en G. ONKELINX, "Overzicht van rechtspraak (1995-2003) – De aanwending van de dwangsom inzake huwelijk en echtscheiding", *EJ* 2003, 150; K. WAGNER, "Dwangsom en omgangsregeling" (noot onder Antwerpen 8 februari 2000), *AJT* 2001-02, 334. Zie voor een toepassing van een dwangsom gekoppeld aan een verbod om de uitoefening van een omgangsrecht te dwarsbomen (los van het nieuwe art. 387ter BW): Antwerpen 24 maart 2004, *RW* 2005-06, 1310. Zie ook: Beslagn. Gent 7 december 2004, *TGR* 2005, 46.

Meer over de derde vraag: K. WAGNER, "De exceptie van gewijsde is een onbestaande klip in de latere procedure gericht op het bekomen van een bevel onder verbeurte van een dwangsom om zich te gedragen conform een vroegere veroordeling" (noot onder Voorz. Kh. Kortrijk 12 september 2003), TRV 2004, 358.

Het Benelux-Gerechtshof heeft op 17 december 2009 over deze problematiek een belangrijk principiële arrest gewezen (cf. www.courbeneluxhof.be). De conclusie van de advocaat-generaal voorafgaand aan dat arrest is interessant, omdat daaruit ook blijkt waaruit de controverse voortvloeit, nl. een (misbegrepen) passage uit de gemeenschappelijke memorie van toelichting. De advocaat-generaal geeft toe dat de opvatting volgens dewelke een dwangsom wel in een latere procedure kan worden opgelegd, beantwoordt aan een behoefte van de praktijk, maar merkt dan vrij radicaal op dat die opvatting "lijnrecht tegenover de gemeenschappelijke memorie van toelichting" staat (cf. nr. 10 van de conclusie).

Het gaat meer bepaald over een passage luidens dewelke "de hoofdveroordeling en de veroordeling tot betaling van een dwangsom in een en dezelfde uitspraak moeten worden vervat"⁷³. Wie dat als uitgangspunt neemt, zoals de advocaat-generaal, dreigt in het kamp te belanden van degenen die menen dat een dwangsom niet in een latere procedure kan worden opgelegd⁷⁴.

Andere auteurs noemen het standpunt volgens hetwelk geen dwangsom kan worden opgelegd in een latere procedure, "zeer formalistisch"⁷⁵. De opvatting dat een dwangsom wel in een latere procedure kan worden opgelegd, wordt verder nog verdedigd in: D. DÉOM, "Le recours à l'astreinte" in X. (ed.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, 463, nr. 11; F. GRANDHENRY, noot onder Vred. Thuin 26 oktober 1992, *T.Vred.* 1993, 130; J. LAENENS, "Procedureaspecten" in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 29-30; M. STORME, "Een decennium dwangsom" in M. STORME (ed.), *Procederen in nieuw België en komend Europa*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 337; M. STORME, "In de ban van de dwangsom" in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 18; K. WAGNER, *Dwangsom* in APR, Mechelen, Kluwer, 2003, nrs. 78 e.v. – waar over de andere opvatting wordt gezegd dat zij "strikt gezien veeleer als 'verkeerd' dan als 'formalistisch' moet worden bestempeld, daar zij niet eens wordt ingegeven door de letter van de wet".

⁷³. Gemeensch. M.v.T., *Parl.St.* Kamer 1977-78, nr. 353, 16, *in fine*; aangehaald in nr. 10 van de conclusie.

⁷⁴. Zie in die zin: G.L. BALLON, *Dwangsom* in APR 1980, nrs. 50 en 51; D. LINDEMANS, "Het bekomen van de dwangsom" in C.I.E.A.U. (ed.), *Tien jaar toepassing van de dwangsom*, Brussel, Créadif, 1991, nrs. 3-5; X. MALENGREAU, "L'introduction de l'astreinte en droit belge", *RGAR* 1981, nr. 10348, randnummer 13; O. MIGNOLET, "La concomitance de l'astreinte et de la condamnation principale", *JT* 2007, 453; V. POULEAU, "Astreinte et droit familial", *JT* 1987, 201, nr. 6; J. VAN COMPERNOLLE, "Astreinte", *Rép.not.*, T. XIII, IV, 6, 1992, nr. 13, p. 29; J. VAN COMPERNOLLE en O. MIGNOLET, "L'astreinte: règles générales et champ d'application" in G. de LEVAL en J. VAN COMPERNOLLE (eds.), *Saisies et astreinte*, Formation permanente CUP, Luik, CUP, 2003, 207.

⁷⁵. I. MOREAU-MARGRÈVE, "L'astreinte", *Ann.fac.dr.Lg.* 1982, 63-64.

De fameuze passage uit de gemeenschappelijke memorie van toelichting, heeft slechts een beperkte betekenis. In een vroegere bijdrage schreef ondergetekende daarover: "Uit die passage kan evenwel niet worden afgeleid dat een dwangsom in een latere procedure niet meer kan worden opgelegd. Het begrip 'hoofdveroordeling' heeft geen betrekking op 'de eerste tussen partijen uitgesproken veroordeling'. Vanzelfsprekend moet een dwangsom steeds verbonden zijn aan een hoofdveroordeling, d.i. een gebod om iets te doen, iets te geven of iets niet te doen. Iemand veroordelen tot een dwangsom zonder daaraan een hoofdveroordeling te koppelen, is ondenkbaar, aangezien elke veroordeling tot een dwangsom voorwaardelijk en accessoir is. De dwangsom wordt slechts verbeurd indien de veroordeelde de door de rechter opgelegde veroordeling, waarvan de dwangsom een accessorium is, niet behoorlijk uitvoert. Een dwangsom moet in ieder geval verbonden zijn aan een hoofdveroordeling, doch niets vereist dat de hoofdveroordeling de eerste tussen partijen uitgesproken veroordeling is, en niets verhindert dat de rechter bij de omschrijving van zijn hoofdveroordeling zou verwijzen naar een vroeger opgelegd gebod of verbod"⁷⁶.

Het aangehaalde standpunt kon de advocaat-generaal niet overtuigen, aangezien hij schrijft: "K. WAGNER meent dat de discussie hierover terug te voeren is tot een verkeerde inschatting van het begrip 'hoofdveroordeling' in de zin van artikel 1 § 1 van de eenvormige wet betreffende de dwangsom, dat helemaal geen betrekking zou hebben op de eerste tussen de partijen uitgesproken veroordeling. Niets verhindert volgens de auteur dat de eisende partij in een latere procedure vraagt dat de rechter bij wijze van hoofdveroordeling de verwerende partij het gebod oplegt een vroegere veroordeling na te leven, met daaraan gekoppeld een dwangsom. De auteur meent dat er op dat ogenblik sprake is van een 'hoofdveroordeling', waaraan de accessoire veroordeling tot de dwangsom wordt gekoppeld. De rechter zou volgens die opvatting een partij kunnen veroordelen om een vroegere veroordeling na te leven en aan die hoofdveroordeling een dwangsom verbinden, zolang hij het gezag van gewijsde van de eerdere uitspraak niet miskent. De gevorderde zaak in de zin van artikel 23 Ger.W. zou, aldus de auteur, niet dezelfde zijn indien in de vroegere procedure geen dwangsom werd gevorderd. Deze originele zienswijze kan niet worden goedgekeurd".

Het Benelux-Gerechtshof sluit zich niet aan bij de visie van de advocaat-generaal.

Het Benelux-Gerechtshof oordeelt integendeel geheel naar goed recht m.b.t. de passage uit de parlementaire voorbereiding (waar de onjuiste opvatting van de advocaat-generaal ook op gesteund is) dat daar geen beslissende betekenis aan toekomt. De parlementaire voorbereiding, zo overweegt het Benelux-Gerechtshof, beoogt in die passage immers enkel wat gebruikelijk is en benadrukt het

⁷⁶, K. WAGNER, "Een dwangsom kan worden opgelegd in een latere procedure" (noot onder Vred. Sint-Kwintens-Lennik 13 december 1999), *AJT* 2000-01, 475.

accessoir karakter van de dwangsom, zonder echter uit te sluiten dat in een aparte beslissing later nog over de dwangsom wordt geoordeeld.

26. De eerste prejudiciële vraag door het hof van beroep te Antwerpen gesteld aan het Benelux-Gerechtshof luidt: "Moet artikel 1 § 1 en 2 van de eenvormige wet betreffende de dwangsom aldus worden uitgelegd dat de hoofdveroordeling en de veroordeling tot betaling van een dwangsom in één en dezelfde uitspraak moeten worden vervat, dan wel dat het opleggen van een dwangsom ook in een latere uitspraak mogelijk is?"

Het antwoord van het Benelux-Gerechtshof op de eerste prejudiciële vraag (*cf.* wat hierboven de "basisvraag" werd genoemd) luidt: "De dwangsom kan ook in een latere uitspraak worden opgelegd". Daarmee is een eerste punt van de controverse beslecht, en heeft de juiste opvatting reeds op een eerste punt gezegevierd.

27. De tweede vraag betreft de bevoegdheid. Daarover merkt de advocaat-generaal op dat een "dwangsom niet kan worden opgelegd in een latere procedure, niet door dezelfde rechter noch door de ingevolge de algemene bevoegdheidsregels aangewezen rechter". Ook wat deze tweede vraag betreft, is het standpunt van de advocaat-generaal de exacte tegenpool van wat verdedigd werd in de rechtsleer gewijd aan dit aspect van de problematiek⁷⁷.

Het Benelux-Gerechtshof volgt het standpunt van de advocaat-generaal niet en oordeelt m.b.t. de tweede prejudiciële vraag dat een latere uitspraak over de dwangsom niet noodzakelijk moet uitgaan van de rechter die de eerste veroordeling heeft uitgesproken.

Zo is het bv. denkbaar dat in een uitspraak ten gronde geen dwangsom wordt opgelegd (bv. wegens niet gevorderd). Na de uitspraak blijkt de veroordeelde niet bereid tot behoorlijke uitvoering ervan, spijs het voorliggen van een uitvoerbare veroordeling. De veroordeling om iets te doen, niet te doen of te geven, wordt met de voeten getreden. Het is denkbaar dat de zaak ingevolge de evolutie der omstandigheden dringend is geworden. De partij die in het bodemgeschil in het gelijk werd gesteld, kan zich dan overeenkomstig de uitspraak van het Benelux-Gerechtshof perfect richten tot, bijvoorbeeld, de kortgedingrechter, met een vordering strekkende tot het verkrijgen van een bevel in de trant van: "bevelen dat partij X zich gedraagt overeenkomstig het beschikkend gedeelte van het vonnis d.d.... uitgesproken door... in de zaak gekend onder algemeen rolnr...., onder verbeurte van een dwangsom...".

⁷⁷. Zie: K. WAGNER, "Welke rechter kan een dwangsom in een latere procedure opleggen: over het keuzerecht tussen de eerste rechter, de appelrechter, of de ingevolge de algemene bevoegdheidsregels bevoegde rechter" (noot onder Brussel 20 november 2000), *P&B* 2001, 139.

28. Ten derde is de vraag aan de orde of de rechter in een latere procedure nog een dwangsom kan opleggen, ook al was dit in een vroegere procedure reeds gevorderd maar geweigerd.

De derde prejudiciële vraag is er meer bepaald op gericht te weten of, wanneer de rechter die de eerste veroordeling heeft uitgesproken een gevorderde dwangsom niet zou opleggen, een dwangsom dan alsnog in geval van gewijzigde omstandigheden kan worden opgelegd in een latere procedure, zoals o.a. in geval van aanhoudende onwil van de veroordeelde partij.

De advocaat-generaal merkt hierover op dat het gezag van gewijsde van een eindvonnis waarin de rechter een gevorderde dwangsom niet heeft opgelegd voor het geval dat de schuldenaar de in dezelfde beslissing uitgesproken hoofdveroordeling niet nakomt, de schuldeiser verhindert later opnieuw de veroordeling tot betaling van een dwangsom te vorderen. De advocaat-generaal verwijst naar een aantal auteurs die dat onderschrijven (zie de verwijzingen in voetnoot 14 van de conclusie), en citeert vervolgens: "*Contra* K. WAGNER, *Dwangsom* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 80, nr. 79; volgens deze laatste auteur kan in een tweede procedure wel nog een dwangsom worden gevraagd, zelfs al was er een dwangsom gevorderd in de eerste procedure, zij het enkel indien zij in de eerste procedure werd afgewezen om opportuniteitsgronden en in omstandigheden die later veranderd zijn".

Ook wat betreft het antwoord op de derde prejudiciële vraag, oordeelt het Benelux-Gerechtshof *contra* de conclusie van de advocaat-generaal en besluit dat ingeval de rechter die de eerste veroordeling heeft uitgesproken, zonder voorbehoud en beredeneerd de oplegging van een dwangsom uitsluit, een dwangsom in een latere procedure in beginsel niet meer mogelijk is. Maar, zo vervolgt het Benelux-Gerechtshof: "Dit belet evenwel niet dat wanneer krachtens het nationale recht de inhoud van de hoofdveroordeling ingevolge gewijzigde omstandigheden opnieuw aan een rechter kan worden voorgelegd, de rechter in dit kader alsnog een dwangsom of gewijzigde dwangsom kan opleggen".

29. Met het antwoord op de derde prejudiciële vraag slaat het Benelux-Gerechtshof meerdere vliegen in één klap en wordt meteen het antwoord gegeven op een volgende mogelijke twistvraag, nl.: kan de rechter in een latere procedure een hogere dwangsom opleggen, of een dwangsom met een hoger maximum of zonder maximum, wanneer in de eerste procedure aan de hoofdveroordeling een dwangsom werd gekoppeld die naderhand te laag blijkt, of gekoppeld aan een te laag maximum? Het antwoord hierop luidt, blijkens het antwoord op de derde prejudiciële vraag: ja, op voorwaarde dat er sprake is van gewijzigde omstandigheden.

Stel dat in de eerste procedure de eiser een dwangsom van 1.000 euro per inbreuk vraagt. De rechter legt een hoofdveroordeling op (d.i. een begrip dat gebruikt wordt in art. 1385*bis* Ger.W. ter onderscheiding van de accessoire

veroordeling tot de dwangsom), gekoppeld aan een dwangsom van 100 euro per inbreuk. De veroordeelde legt de veroordeling naast zich neer, bv. omdat hij aan iedere inbreuk 500 euro verdient.

Kan, ingevolge het principiële arrest van het Benelux-Gerechtshof van 17 december 2009, de eiser een nieuwe procedure inleiden waarin hij wederom een dwangsom vordert van 1.000 euro per inbreuk, in de hoop ditmaal een dwangsom te bekomen van 1.000 euro per inbreuk en minstens meer dan 100 euro per inbreuk? In een dergelijke casuspositie lijkt het *prima facie* verkieslijk om in de latere procedure een dwangsom te vorderen van 1.001 of 1.500 of 2.000 euro per inbreuk. Zo sluit men discussie uit over de vraag of het gevorderde voorwerp niet hetzelfde is in de zin van artikel 23 Ger.W.⁷⁸. Stel dat in de eerste procedure een vordering werd ingesteld strekkende tot het bekomen van een gebod tot staking van een oneerlijke handelspraktijk. In de latere procedure is precies dezelfde problematiek aan de orde, behalve dan dat de kennelijk onwillige of kwaadwillige veroordeelde partij de vroegere uitspraak niet naleeft omdat er een te lage dwangsom aan verbonden is. Is het dan echt noodzakelijk om ervoor te zorgen dat men als eiser een hogere dwangsom vordert dan vroeger, om te onderstrepen dat het voorwerp van de vordering verschillend is? Hoewel zo iets allicht niet schaaft, is het niet noodzakelijk. Immers, een vordering tot staking van een oneerlijke handelspraktijk (d.i. per hypothese de vordering in de eerste procedure, die aanleiding gaf tot de te lage dwangsom) is fundamenteel een andere vordering dan een vordering strekkende tot naleving van een gebod of verbod vervat in een vroegere rechterlijke uitspraak die niet wordt nageleefd. In de eerste procedure stonden in principe enkel private belangen op het spel (of minstens toch op de eerste plaats – in het voorbeeld van de staking van een oneerlijke handelspraktijk staan uiteraard ook andere belangen op het spel dan die van de betrokken handelaar; een eerlijk handelsverkeer overstijgt zijn private belangen).

Wanneer vervolgens blijkt dat die (uitvoerbare) rechterlijke uitspraak niet wordt nageleefd en dat de dwangsom te laag was om een efficiënte geldelijke prikkel te zijn, dan staan in de latere procedure (op de eerste plaats ook) andere dan private belangen op het spel. De dwangsom is er precies op gericht het gezag van rechterlijke uitspraken te versterken, zijnde een kwestie die het algemeen belang raakt (zonder respect voor rechterlijke uitspraken is er geen rechtsstaat meer). Verbeurde dwangsommen vormen een sanctie vanwege de miskennis van het gezag van een rechterlijke uitspraak (vandaar trouwens het niet-indemnitaire karakter van de dwangsom).

Een vordering gericht op het bekomen van een bevel tot naleving van een vroegere rechterlijke uitspraak, heeft dus per definitie een ander voorwerp dan een vordering tot het bekomen van een bevel, bijvoorbeeld, tot staking van een oneerlijke handelspraktijk. De eiser kan bijgevolg niet stranden op de exceptie

⁷⁸. Meer over het begrip "voorwerp" van de vordering: B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 225 e.v.

van gewijsde, wanneer hij in de latere procedure vordert dat een bevel wordt opgelegd om een vroegere rechterlijke uitspraak (die nog niet bestond ten tijde van de instelling van de vroegere vordering) na te leven. Met name in het geval waarin tijdens de eerste procedure geen dwangsom werd gevorderd, kan het voorgaande met enige stelligheid geaffirmeerd worden.

In het geval in de eerste procedure een dwangsom reeds gevorderd werd (doch niet toegekend, of toegekend met een te laag bedrag of onaangepaste modaliteiten), is wel vereist dat er sprake is van gewijzigde omstandigheden. Het kan immers niet de bedoeling zijn dat een eisende partij in wier voordeel dwangsommen verbeurd zijn, systematisch ook nog eens een nieuwe procedure opstart strekkende tot het bekomen van een hogere dwangsom (argumenterend dat het feit dat dwangsommen verbeurd zijn, aantoonde dat de opgelegde dwangsom te laag was).

Het loutere feit dat dwangsommen verbeurd zijn, is weinig relevant in deze context. Het feit daarentegen dat de eiser geconfronteerd wordt met een kennelijk onwillige of kwaadwillige wederpartij, kan wel relevant zijn. De omstandigheden van het geval zullen bepalend zijn, want een bepaalde vorm van onwil om een rechterlijke veroordeling uit te voeren, kan in sommige gevallen zelfs begrijpelijk zijn. Zo is het denkbaar dat iemand door een hof van beroep veroordeeld wordt om een bepaalde prestatie te verrichten, onder verbeurte van een dwangsom. Stel dat vervolgens een voorziening in cassatie wordt ingesteld. Een voorziening in cassatie heeft in burgerlijke zaken, zoals bekend, geen schorsende werking. Het betreft een buitengewoon rechtsmiddel, m.a.w. volgens de letter van de wet is een arrest van een hof van beroep, ook al wordt het nog bestreden voor het Hof van Cassatie, wel degelijk in kracht van gewijsde getreden (cf. art. 28 Ger.W.). Het arrest is nochtans niet onherroepelijk en definitief. Als de uitvoering van de prestatie zeer zware inspanningen vergt voor de veroordeelde partij en als er aan de zijde van de eisende partij geen sprake is van urgentie (geen ernstig nadeel of ernstige ongemakken bij het uitblijven van daadwerkelijke uitvoering), en als de eisende partij onvoldoende garanties kan bieden dat wat zij ontvangt desgevallend ook naderhand nog kan worden teruggegeven (nl. na cassatie), dan zou men eventueel, afhankelijk van de concrete omstandigheden, (uitzonderlijk) kunnen oordelen dat aandringen op daadwerkelijke uitvoering van de veroordeling abusief is. Het is in zulke omstandigheden aannemelijk dat in een nieuwe procedure nog een hogere dwangsom vorderen onverdedigbaar is, ook al is er per hypothese wel sprake van onwil van de veroordeelde partij om het arrest reeds uit te voeren.

Of er ingevolge de rechtspraak van het Benelux-Gerechtshof jaarlijks slechts een handvol procedures zullen worden gevoerd gericht op het bekomen van dwangsommen in latere procedures, dan wel of hierover een heus apart contentieux zal ontstaan, kan op dit ogenblik niet worden ingeschat (hoewel eerstgenoemd alternatief waarschijnlijker lijkt). Vast staat dat de rechter die geconfronteerd wordt met een dergelijke vordering, beschikt over allerlei instrumenten om de

vordering toe te kennen of af te wijzen. Zeker in de gevallen waarin vroeger reeds een dwangsom werd opgelegd, past de nodige voorzichtigheid en mag de rechter zich ertoe beperken om alsnog een hogere dwangsom (of een dwangsom volgens andere modaliteiten) te verbinden aan een gebod tot naleving van een vroegere rechterlijke uitspraak, wanneer de daarin opgelegde dwangsom – of het uitgesproken maximum, of de opgelegde modaliteiten – *kennelijk* te laag of anderszins onaangepast waren, in het licht van de later gebleken houding van de veroordeelde partij.

De rechter is immers in geen enkele situatie verplicht een dwangsom op te leggen (in geen enkele zaak, ongeacht of de dwangsom gevorderd wordt in de eerste procedure dan wel in een latere procedure). De rechter kan dit steeds weigeren, zelfs op de loutere grondslag dat een dwangsom hem niet opportuun voorkomt⁷⁹.

30. Betekent het besproken arrest nu dat er een stortvloed aan nieuwe procedures op gang zal worden gebracht, waarbij men te pas en te onpas vordert dat aan een eerste veroordeling alsnog een dwangsom wordt gekoppeld, of dat aan een hoofdveroordeling waaraan wel reeds een dwangsom was gekoppeld, vervolgens een hogere dwangsom moet worden gekoppeld? Verhoopt mag worden, zoals reeds aangegeven, dat het zo'n vaart niet zal lopen. Immers: *lites finiri oportet* (het past dat geschillen beëindigd worden). Het feit dat de veroordeelde partij dwangsommen verbeurt, is vanzelfsprekend op zich geen reden voor de eisende partij om te zeggen: ziedaar, men verbeurt dwangsommen, ze zullen dus wel te laag zijn, zoniet zou de veroordeelde behoorlijk gepresteerd hebben.

Wie zich de gevallen voor de geest haalt waarin in een latere procedure gevraagd wordt een vroeger reeds opgelegde dwangsom te wijzigen (wat in principe zal neerkomen op andere modaliteiten, of een hoger bedrag, of een hoger of afgeschaft maximum), stoot – benevens de vereiste gewijzigde omstandigheden – telkens weer op de figuur van de kennelijk onwillige of kwaadwillige veroordeelde partij. Zoals hierboven toegelicht, is onwil om een uitspraak daadwerkelijk uit te voeren, bovendien niet in alle omstandigheden onredelijk (soms – weliswaar zeer uitzonderlijk – is aandringen op daadwerkelijke uitvoering onvoorzichtig).

Het vereiste van de gewijzigde omstandigheden sluit uit dat pleiters er een gewoonte van zouden maken om, telkens wanneer dwangsommen verbeurd worden, later nog eens een nieuwe procedure in te stellen in de hoop een nog hogere dwangsom te verkrijgen.

De leer geconsacreerd in het besproken arrest d.d. 17 december 2009 bevat m.a.w. voldoende nuances en beperkingen om een stortvloed van nieuwe procedures uit te sluiten.

⁷⁹. J. VAN COMPERNOLLE en O. MIGNOLET, "L'astreinte: règles générales et champ d'application" in G. DE LEVAL en J. VAN COMPERNOLLE (eds.), *Saisies et astreinte*, Formation permanente CUP, Luik, CUP, 2003, 219.

31. Ook van de eisende partij mag trouwens de nodige redelijkheid en gematigdheid verlangd worden. Het loutere feit dat een rechterlijke uitspraak niet wordt nageleefd, kan misschien in sommige gevallen wel een reden zijn om in een latere procedure alsnog een dwangsom te vorderen als dat voorheen niet werd gevraagd, maar rechtvaardigt op zich nog niet om later een dwangsom (of een gewijzigde dwangsom) te vorderen, wanneer dit in de eerste procedure wel werd gevorderd maar niet werd verkregen (of in te gering geachte vorm). Als de loutere niet-naleving van de vroegere uitspraak het enige probleem is, kan men bezwaarlijk spreken van gewijzigde omstandigheden.

Stel dat de eisende partij een vonnis verkrijgt waarin de veroordeelde wordt veroordeeld tot afgifte van een schilderij dat 100 waard is, onder verbeurte van een dwangsom van 10 per dag vertraging, met een maximum van 200. Het feit dat het maximum bereikt is, is als zodanig nog geen voldoende reden om dan maar meteen een nieuwe procedure in te leiden, gericht op het verkrijgen van een hoger of geen maximum. Ook al is de dwangsom niet-indemnitaire van aard, dan nog blijft de bewegingsruimte van de eisende partij ingeperkt door de vereisten van redelijkheid en goede trouw, of door het verbod van rechtsmisbruik, met inbegrip van een verbod van procesrechtsmisbruik, dat meer en meer erkend wordt als een richtsnoer voor het volledige procesverloop⁸⁰.

Veel zal afhangen van de concrete omstandigheden en van de vraag of er een partij in het geding is die zich onbetamelijk of onredelijk gedraagt. Ook in het procesrecht mag immers niet geduld worden dat een partij de eisen van betamelijkheid en goede trouw terzijde schuift⁸¹.

32. De door het Benelux-Gerechtshof geconsacreerde leer mag, gelet op wat voorafgaat, in al zijn onderdelen worden bijgevalen, omdat die leer intrinsiek voldoende nuances en reserves bevat om misbruiken of onwenselijke resultaten te vermijden. Misschien toch één puntje van voorzichtige, bescheiden en constructieve kritiek.

Het Hof had wellicht iets duidelijker mogen verwoorden dat een eerste veroordeling, waar geen dwangsom aan verbonden is, niet in een later stadium een "hoofdveroordeling" kan worden, ook al ligt in die uitspraak de substantie verrat van wat nu eigenlijk van de veroordeelde verlangd wordt. Een uitspraak waar geen dwangsom aan verbonden is, kan nooit de hoofdveroordeling worden. De latere uitspraak waar per hypothese een dwangsom aan verbonden wordt, is zelf steeds de hoofdveroordeling, ook al gaat het om een beknopt gebod tot naleving van een vroegere rechterlijke uitspraak (waar misschien niet

⁸⁰. Zie: M. STORME, "Over het tergend geding voor een roekeloze vriendschap. Beschouwingen m.b.t. het procesrechtsmisbruik" in *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 67; M.E. STORME, "L'obligation de procéder de manière diligente et raisonnable: une obligation indépendante du fond de l'affaire" (noot onder Brussel 25 januari 1990), *JLMB* 1991, 457; K. WAGNER, *Sancties in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2007, p. 357, nr. 334 en p. 531, nr. 570.

⁸¹. E. DIRIX, "Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom" in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 52; zie ook: K. BROECKX, "De bevoegdheid van de beslagrechter: een verkenning van de mogelijkheden en van de beperkingen", *Goed Procesrecht – goed procederen 2002-2003*, Mechelen, Kluwer, 2004, 558, met verwijzing naar Hoge Raad 20 mei 1994, NJ 1994, nr. 653.

eens de substantie in neergelegd is van wat van de veroordeelde precies verlangd wordt, hoewel het aanbeveling verdient om zulks in de latere veroordeling toch te expliciteren). Vooral voor Franstalige juristen is het van belang goed voor ogen te houden dat het begrip "hoofdveroordeling" in artikel 1385*bis* Ger.W. nergens anders in het procesrecht voorkomt (in die betekenis) dan in artikel 1385*bis* Ger.W. (en art. 1385*quinquies*, dat ook betrekking heeft op de dwangsom) en dat die uitdrukking aldaar een zeer specifieke en beperkte betekenis heeft, nl. louter ter onderscheiding van die veroordeling tegenover de accessoire veroordeling tot de dwangsom. Waar ligt immers het gevaar voor misverstanden: in de Franse versie van artikel 1385*bis* wordt het begrip "hoofdveroordeling" weergegeven als... "condamnation principale". Men moet dus goed opletten wat men zegt als men de woorden "condamnation principale" in de mond neemt. Immers, dat begrip betekent in het Frans natuurlijk ook eenvoudigweg: de voornaamste veroordeling, de belangrijkste veroordeling. Wanneer de rechter iemand veroordeelt om iets te geven, iets te doen of iets niet te doen, zonder daar een dwangsom aan te verbinden, bestaat dus zeker in Franstalige teksten een risico op verwarring: die veroordeling (per hypothese de enige waarin expliciet staat wat de veroordeelde nu precies moet doen) kan men al vlug gaan beschouwen als de "condamnation principale". Als men uitgaat van dat misverstand, is de conclusie al vlug getrokken dat daar in een later stadium geen dwangsom aan kan worden verbonden...

Een voorbeeld maakt het belang van het onderscheid duidelijk. Stel dat een partij veroordeeld wordt om iets te geven (bv. de broncode van software). De bodemrechter legt dit bevel op in een uitspraak die niet uitvoerbaar bij voorraad is, zonder dwangsom. Er volgt hoger beroep. Vervolgens doet er zich een evolutie voor, als gevolg waarvan de toestand voor de eisende partij hoogdringend is geworden (haar economisch voortbestaan is als gevolg van de geëvolueerde omstandigheden plots volledig afhankelijk geworden van toegang tot die broncode, en er is een stuk opgedoken waaruit blijkt dat de in eerste aanleg veroordeelde partij volkomen te kwader trouw is). De kortgedingrechter kan dan, in de lijn van het besproken arrest, een voorlopige maatregel opleggen (bv. afgifte van de broncode, in afwachting van een uitspraak van de appelrechter), onder verbeurte van een dwangsom. Stel dat de uitspraak van de bodemrechter een beschikkend gedeelte bevat van meerdere bladzijden (bv. de exacte omschrijving van welke software precies). Welnu, in dit voorbeeld zou de kortgedingrechter een bevel kunnen opleggen in de zin van: "bevelen dat de veroordeelde zich voorlopig gedraagt overeenkomstig het beschikkend gedeelte van de uitspraak van de bodemrechter d.d.... gekend onder algemeen rolnummer..., in afwachting van een arrest van de appelrechter, en dit onder verbeurte van een dwangsom van x euro per dag vertraging te rekenen vanaf de betekening".

Als men in dergelijke (uitzonderlijke) omstandigheden geen kennis heeft van de uitspraak van de bodemrechter, weet men niet eens wat men exact moet doen. Het is in die omstandigheden gevaarlijk al vlug te menen dat de uitspraak van de bodemrechter de "belangrijkste uitspraak" ("condamnation principale") is,

maar het betreft niet de "hoofdveroordeling" in de zin van artikel 1385*bis* ("condamnation principale"). Immers, in dit voorbeeld is gekozen voor een uitspraak van de bodemrechter die niet uitvoerbaar bij voorraad is: als daar een dwangsom aan verbonden zou zijn, zou die vanzelfsprekend niet kunnen worden verbeurd hangende het hoger beroep, nu een dwangsom slechts kan worden verbeurd wanneer zij verbonden is aan een uitvoerbare hoofdveroordeling⁸². De "hoofdveroordeling" is in dit voorbeeld wel degelijk de uitspraak van de kortgedingrechter, waarin een bevel wordt opgelegd om zich te gedragen overeenkomstig een andere rechterlijke uitspraak.

Het feit dat het begrip "hoofdveroordeling" slechts gebruikt wordt ter onderscheiding van de accessoire veroordeling tot de dwangsom, wordt nog geïllustreerd door het feit dat aangenomen wordt dat ook een accessoire uitspraak (bv. een publicatie die enkel kan gebeuren door de veroordeelde partij) kracht kan worden bijgezet met een dwangsom⁸³.

Het geval waarin een dwangsom in een latere uitspraak zou worden verbonden aan (een bevel tot naleving van) een uitspraak die niet uitvoerbaar bij voorraad is, doch wel bestreden door een hoger beroep, zal uiteraard een extreme zeldzaamheid zijn. Als er af en toe geschillen zullen rijzen over dwangsommen in latere procedures, zal het in principe uitspraken betreffen die toch minstens uitvoerbaar bij voorraad zijn. In een normale en courante situatie kan de eisende partij hangende een procedure in hoger beroep geen aanspraak maken op daadwerkelijke uitvoering van het bestreden vonnis waarvan de uitvoerbaarheid geschorst is, laat staan dat zij dan in een latere procedure aanspraak zou kunnen maken op naleving onder verbeurte van een later opgelegde dwangsom, in afwachting van een uitspraak van de rechter in hoger beroep. Dat uitzonderlijke geval illustreert wel dat het van belang is goed voor ogen te houden welke uitspraak nu precies de "hoofdveroordeling" is (nl. de uitspraak waar de dwangsom aan verbonden wordt).

Als de latere uitspraak dan toch enkel zou verwijzen naar een vroegere uitspraak (met daarin de substantie van wat van de veroordeelde verlangd wordt), dan verdient het wel aanbeveling om in dat geval op zijn minst de beide uitspraken samen te laten betekenen. Goed voor ogen houden wat nu precies de hoofdveroordeling is, is uiteraard ook van belang voor wat betreft het betekenisvervate in artikel 1385*bis* Ger.W.: zolang de hoofdveroordeling niet betekend werd, kunnen geen dwangsommen verbeurd worden⁸⁴. Het feit dat de vroegere uitspraak (destijds) betekend werd, volstaat niet opdat dwangsommen zouden kunnen worden verbeurd ingevolge de latere uitspraak houdende een bevel tot naleving van de vroegere uitspraak, maar dan onder verbeurte van een

⁸² E. DIRIX, "Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom" in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 40.

⁸³ G.L. BALLON, "De veroordeling onder verbeurte van een dwangsom op het domein van het handels- en economisch recht" in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 67.

⁸⁴ E. DIRIX, "Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom" in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 44.

dwangsom. Opdat dwangsommen kunnen worden verbeurd, moet immers de hoofdveroordeling worden betekend.

Het is ook denkbaar dat in de latere uitspraak een uitvoeringstermijn of een respijttermijn wordt toegekend, d.i. een termijn gegund aan de veroordeelde voor de behoorlijke naleving van de bevolen prestatie, gedurende dewelke de dwangsom niet kan worden verbeurd: een dergelijke termijn kan, wat de dwangsom betreft, enkel beginnen te lopen vanaf de betekening – in het hier onderzochte geval betreft het uiteraard de betekening van de (in dit geval per hypothese latere) uitspraak waarin de dwangsom wordt verbonden aan een gebod tot naleving van een vroegere uitspraak. Enig ander tijdstip is conceptueel ondenkbaar: het kan natuurlijk niet zijn dat in een latere uitspraak iets bevolen wordt dat onverenigbaar zou zijn met één van de basiskenmerken van de dwangsom, nl. haar voorwaardelijk karakter. Ook dit punt illustreert goed wat nu precies de “hoofdveroordeling” is, in alle gevallen, ook wanneer een dwangsom in een latere procedure wordt opgelegd: het gaat steeds om de uitspraak waarin de rechter een dwangsom oplegt, gekoppeld aan een verbod om iets te doen, iets niet te doen of iets te geven. Concreet zal het bij een dwangsom in een latere procedure gaan om een bevel om iets te doen (nl. zich te gedragen conform een vroegere rechterlijke uitspraak) of iets niet te doen (dus het spiegelbeeld, nl. een verbod om zich te gedragen in strijd met een vroegere rechterlijke uitspraak).

Een correct gebruik van de term “hoofdveroordeling” komt, zo moet worden toegegeven, niet echt duidelijk uit de verf in het arrest van 17 december 2009 (wellicht omdat in de prejudiciële vraagstelling het begrip “hoofdveroordeling” ook niet zuiver wordt gebruikt). Maar ja, zo blijft er nog een terminologische kwestie te verduidelijken voor een volgende gelegenheid, ook al verheffen de inhoudelijke beslissingen vervat in het besproken arrest zich boven elke kritiek.

33. Het feit dat eminente auteurs als o.m. J. VAN COMPERNOLLE, G.L. BALLON en D. LINDEMANS een opvatting verdedigd hebben die ook door advocaat-generaal J.F. LECLERCQ gevolgd werd, maar die uiteindelijk door het Benelux-Gerechtshof over de hele lijn verworpen wordt, illustreert dat men over deze problematiek inderdaad tussen redelijke mensen van mening kan verschillen⁸⁵. Vandaar ook het belang voor de verdedigers van de stelling die nu door het Benelux-Gerechtshof onderschreven werd, om voldoende oog te hebben voor de nodige nuances en correctiemechanismen.

In het licht van het bovenstaande, is het ook interessant om het standpunt van O. MIGNOLET even te onderzoeken, nu de meest uitgebreide en best doordachte bijdrage over deze problematiek, voor wat betreft het kamp van de tegenstanders, van zijn hand is. Die auteur stelt: “K. WAGNER a eu le mérite de prolonger la réflexion et de rechercher de manière plus complète un fondement théorique permettant de justifier une absence de simultanéité entre le prononcé de la

⁸⁵. Zie voor een toepassing: Luik 28 juni 2005, JT 2005, 697 (niet meer actueel in het licht van Beneluxhof 17 december 2009).

condamnation et celui de l'astreinte qui en garantit l'efficacité. Sa thèse originale est la suivante: un juge condamne une partie à une obligation de faire ou de ne pas faire sans l'assortir d'une astreinte. Le bénéficiaire du jugement estime nécessaire, pour garantir l'exécution de celui-ci, d'obtenir une astreinte. Il lui suffit pour cela de saisir un juge afin qu'il ordonne au condamné d'exécuter la condamnation principale, mais cette fois sous peine d'astreinte. Le fait que le second jugement porte, sous astreinte, condamnation à respecter la condamnation contenue dans le premier jugement ou mieux, qu'il réitère celle-ci éventuellement abrégée ou modifiée en l'assortissant d'une astreinte, implique que c'est ce second jugement qui contient la 'condamnation principale' au sens de l'article 1385*bis* du Code judiciaire et non le premier jugement qui n'était pas assorti d'une astreinte. Ainsi, la notion de 'condamnation principale' prévue par la loi uniforme se voit octroyer une portée autonome, distincte de celle qu'elle peut revêtir en droit commun. Par ailleurs, le second jugement contenant à la fois la 'condamnation principale' et l'astreinte, l'obligation de simultanéité est respectée puisque les deux éléments se retrouvent dans une seule et même décision. Poussant son raisonnement, l'auteur indique qu'au vu de l'autonomie du premier jugement par rapport au second (ce dernier portant la 'condamnation principale'), il faudrait admettre très simplement que le juge susceptible de prononcer le second jugement soit, au choix du demandeur, le juge qui a prononcé la condamnation antérieure ou un autre juge. Malgré le mérite de la réflexion qui a mené à la position de K. WAGNER, les fondements de celle-ci ne nous paraissent pas convaincants⁸⁶.

Hoewel MIGNOLET de aangehaalde visie bekritiseert, geeft hij er toch een heldere samenvatting van. De bezwaren van MIGNOLET worden in wat volgt onderzocht. Ten eerste ziet de auteur een probleem i.v.m. het gezag van gewijsde. Dat probleem is echter onbestaande in zoverre een vordering strekkende tot het horen opleggen van een bevel tot naleving van een vroegere rechterlijke uitspraak (houdende een veroordeling tot A), fundamenteel een ander voorwerp heeft dan een vordering strekkende tot het horen opleggen van veroordeling A. Zie hierboven: wat op het spel staat in de latere procedure, is het gezag van een rechterlijke uitspraak. Natuurlijk is het goed mogelijk dat de veroordeelde, om zich behoorlijk te conformeren aan het verbod of gebod, in beide gevallen A moet doen, m.a.w. precies hetzelfde. Dat doet geen afbreuk aan het feit dat een vordering strekkende tot het horen opleggen van een bevel tot naleving van een rechterlijke uitspraak niet hetzelfde voorwerp heeft als de vordering in de vroegere procedure, zodat de exceptie van gewijsde geen klip vormt waarop de vordering kan stranden.

Een volgend bezwaar vat O. MIGNOLET als volgt samen: "On ajoutera d'ailleurs à cet égard qu'en plus de nier l'existence du premier jugement et l'effet positif qu'il peut produire, la thèse de K. WAGNER suggère qu'en faisant droit à la

⁸⁶ O. MIGNOLET, "La concomitance de l'astreinte et de la condamnation principale", *JT* 2007, 456, voetnoten en paragraafindeling weggelaten.

seconde demande, le juge puisse reformuler la condamnation contenue dans le premier jugement (par exemple pour le présenter sous une forme plus synthétique). Même si l'auteur insiste pour qu'en procédant à cette nouvelle formulation, le juge veille à ne pas toucher à l'autorité de chose jugée du premier jugement, on ne peut négliger le risque qu'il le fasse involontairement (en changeant le sens de la première décision) ou qu'il procède à une interprétation des termes de celui-ci (en dehors des strictes conditions posées par le Code judiciaire pour mettre en oeuvre une procédure d'interprétation), sous couvert d'une nouvelle formulation ou d'une abréviation"⁸⁷.

In die paragraaf geeft de auteur m.i. toch blijk van een vrij grote argwaan tegenover de rechter en een beperkt geloof in zijn kunde. Wie gemakshalve tegemoet zou willen komen aan het bezwaar van MIGNOLET, zou kunnen zeggen: geen probleem, dan moet de rechter die in een latere procedure een dwangsom oplegt, zich maar onthouden van enige samenvatting of wijziging van hetgeen vroeger bevolen werd, en het letterlijk overnemen. Dat zou echter een gemakoplossing zijn, want er zijn wel degelijk gevallen denkbaar waarin het nuttig kan zijn dat de rechter in de latere procedure de prestatie iets preciezer omschrijft, of bij de verwoording van zijn bevel rekening houdt met latere omstandigheden. Procesverhoudingen zijn immers bij uitstek dynamische en evoluerende gegevens.

Een voorbeeld kan dit verduidelijken. In een vonnis van de rechtbank van koophandel te Brussel van 8 december 2009 (AR/09/2144, *onuitg.*) wordt melding gemaakt van een vordering (voorlopige maatregelen op grond van art. 19 Ger.W.) van een aantal ontevreden aandeelhouders strekkende tot het bekomen van een dwangsom van 5 miljard euro (verbod aan B. bank om zich te ontdoen van haar aandelen F. bank), naast andere dwangsommen (500 miljoen euro per inbreuk, o.m. te koppelen aan een verbod om afbreuk te doen aan de operationele capaciteit van de F. bank als zelfstandige entiteit binnen de B. bank, bijgevolg: bevel tot behoud van de informaticasystemen, back office, en van ieder departement dat onmisbaar is voor de werking van een bank). De rechtbank merkt geheel naar goed recht op dat kolossale dwangsommen worden gevorderd, maar dat voorzichtigheid zich opdringt omdat, in het licht van wat gevorderd werd, een inbreuk per vergissing niet a priori kan worden uitgesloten, en de vordering bovendien bijzonder onprecies was (een bevel tot behoud van de autonomie van de F. Bank is inderdaad vaag). Kortom, er wordt in het vonnis helemaal geen dwangsom opgelegd. Wel is het zo dat de NV F. een bevel wordt opgelegd om bepaalde documenten voor te leggen op grond van artikel 877 Ger.W., zonder dat de rechtbank aan dat bevel een dwangsom koppelt. Welnu, stel dat de veroordeelde in een dergelijk geval zou weigeren die documenten voor te leggen. Dat zou een typisch geval zijn waarin de leer bevestigd door het Benelux-Gerechtshof zijn nut zou kunnen bewijzen. Eén van de onderdelen van

⁸⁷. O. MIGNOLET, "La concomitance de l'astreinte et de la condamnation principale", *JT* 2007, 456, voetnoten en paragraafindeling weggelaten.

het beschikkend gedeelte maakt melding van: "het rapport M.S. voorgesteld aan de Raad van Bestuur van F. op... oktober 2008". Als nu bv. zou blijken dat geweigerd wordt om dat rapport voor te leggen, maar dat inmiddels ook aan het licht komt dat aan dat rapport belangrijke bijlagen gehecht zijn, dan zou het uitermate onwenselijk zijn dat de rechter die in een latere uitspraak een dwangsom oplegt overeenkomstig de leer bevestigd door het Benelux-Gerechtshof, niet eens de mogelijkheid zou hebben om (het bevel tot naleving van) de vroegere uitspraak desgewenst te preciseren, aan te vullen of te verfijnen (in het gegeven – denkbeeldige – voorbeeld: bevel om ook de bijlagen bij het rapport neer te leggen). Het omgekeerde standpunt miskent het evolutief karakter van de procesverhouding en dreigt aanleiding te geven tot onpraktische, onnuttige of zelfs onuitvoerbare resultaten.

Het probleem dat de rechter in de latere uitspraak de vroegere uitspraak zou interpreteren (buiten de strikte voorwaarden waarbinnen zulks in de regeling van het Gerechtelijk Wetboek mogelijk is), zoals MIGNOLET aanhaalt, is niet aan de orde indien men goed voor ogen heeft welke de "hoofdveroordeling" is (*cf. supra*). De rechter die een bevel tot naleving van een vroegere uitspraak oplegt, en aan zijn bevel een dwangsom koppelt, is immers de rechter die de hoofdveroordeling uitspreekt, d.i. een autonome veroordeling die hij modaliseert in functie van de omstandigheden van het geding.

Dit brengt ons tot een laatste punt opgemerkt door MIGNOLET: "Par ailleurs, on rappellera que, selon K. WAGNER, la 'condamnation principale' reprise dans le second jugement, qui contiendrait le contenu (éventuellement abrégé) de la condamnation antérieure, aurait une existence propre et autonome qui ne la ferait pas dépendre du sort de la condamnation antérieure. C'est d'ailleurs ce que l'auteur présente comme un des points forts de sa thèse, permettant de lier plus sûrement, sur le plan procédural, le sort de l'astreinte à celui de la 'condamnation principale', mais également de rendre la 'condamnation principale' prononcée dans le second jugement indépendante de la condamnation antérieure. Selon lui, cette indépendance permettrait d'empêcher que la partie condamnée ne voit soudain appliquer une astreinte à une décision antérieure qu'elle ne s'attendait pas à devoir respecter sous peine d'astreinte et d'éviter qu'il faille une double signification, du jugement contenant la première condamnation et du jugement ultérieur contenant l'astreinte, pour que celle-ci soit due. Mais concrètement cela reviendrait à dire, par exemple, que si la première condamnation est réformée sur opposition ou en appel, la seconde pourrait subsister. Il y aurait alors contradiction entre le jugement sur opposition ou en appel (relatif à ce premier jugement) qui aurait l'autorité de chose jugée en ce qu'il rejetterait la demande relative à la première condamnation et le second jugement, admettant la même demande si ce n'est qu'il l'assortit d'une astreinte. Pour tout ces motifs, nous ne pouvons nous rallier à la thèse de K. WAGNER"⁸⁸.

⁸⁸. O. MIGNOLET, "La concomitance de l'astreinte et de la condamnation principale", *JT* 2007, 457, voetnoten en paragraafindeling weggelaten.

Zal de leer bevestigd door het Benelux-Gerechtshof aanleiding geven tot de problemen en contradicties waar MIGNOLET voor vreest? Bij een oppervlakkige beschouwing misschien wel, na grondige analyse niet.

Immers, de rechter die een dwangsom oplegt in een latere procedure, kan zulks in principe op twee manieren doen. Een hypothetisch voorbeeld zou zijn: "bevelen X tot naleving van de uitspraak van de rechtbank van koophandel te Brussel d.d. 8 december 2009 gekend onder AR/09/2144 en meer in bijzonder tot naleving van de maatregel bevolen en beschreven op p. Y van het beschik-kend gedeelte van voormeld vonnis strekkende tot voorlegging van de aldaar opgesomde documenten".

Als het bevel in de latere uitspraak op die manier verwoord wordt, blijkt daaruit duidelijk dat het autonoom karakter van de latere uitspraak, relatief is. Uit een dergelijke verwoording blijkt dat, wanneer het eerste vonnis zou worden ongedaan gemaakt ingevolge de aanwending van een rechtsmiddel, de latere uitspraak waaraan een dwangsom wordt verbonden zonder voorwerp wordt. Als daarentegen in hoger beroep een bevel wordt opgelegd, niet tot het voorleggen van een opsomming van 6 soorten documenten, maar wel 8 (d.i. een gedeeltelijke hervorming die een uitbreiding inhoudt), dan impliceert dit niet dat de latere uitspraak waaraan een dwangsom werd verbonden, automatisch ook de in hoger beroep vermelde documenten zou beogen. In deze hypothese heeft de appelrechter immers reeds kennis van de uitspraak waarbij naderhand een dwangsom werd verbonden aan een bevel tot naleving van het vonnis *a quo*, zodat het aan de appelrechter toekomt om uitspraak te doen over (1) de dwangsom in het algemeen, als de latere uitspraak waarbij een dwangsom werd opgelegd een beslissing is van een kortgedingrechter, die in deze hypothese ophoudt uitwerking te hebben wanneer de bodemrechter later in hoger beroep uitspraak doet; of (2) de dwangsom gekoppeld aan de documenten van het type 7 en het type 8 in het gegeven voorbeeld (d.i. de nieuwe maatregelen) indien de latere uitspraak waarbij de rechter een dwangsom koppelde aan een bevel tot naleving van het vonnis *a quo* een uitspraak was van een bodemrechter, waartegen geen hoger beroep aanhangig is voor de betrokken appelrechter.

De andere mogelijkheid is dat de autonomie van de latere uitspraak "absoluut" is, d.w.z. dat de rechter in de latere uitspraak niet zegt: bevelen... zich te gedragen overeenkomstig de rechterlijke uitspraak d.d....", maar wel, bijvoorbeeld, "bevelen X tot uitvoering van prestatie A (bv. voorlegging van een reeks nader gepreciseerde documenten), onder verbeurte van een dwangsom...".

Als dan de vroegere uitspraak in hoger beroep hervormd of vernietigd wordt, is er geen sprake van een tegenstrijdigheid. Vonnis 1 zegt: u moet documenten voorleggen. Vonnis 2 zegt: u moet documenten voorleggen, onder verbeurte van een dwangsom. Arrest 1 zegt: u hoeft de documenten niet voor te leggen. In de ogen van sommigen zou dit tegenstrijdig kunnen lijken, maar het is in werkelijkheid geen tegenstrijdigheid. Het is te vergelijken met het geval waarin een luitenant en een majoor aan een soldaat hetzelfde bevel geven. Als nu later zou

blijken dat het bevel van de luitenant wordt ingetrokken, is dat geen tegenstrijdigheid: de soldaat weet nog steeds precies wat hij moet doen (nl. het bevel van de majoor naleven). Anders wordt het pas in de hypothese waarin de appelrechter in het aangehaalde voorbeeld zou zeggen: wij leggen aan X een verbod op om de documenten over te leggen. Dan is er wél een tegenstrijdigheid (dit zou ook een "juridische onmogelijkheid" kunnen uitmaken die desgevallend aanleiding kan geven tot opheffing of matiging van de dwangsom wegens onmogelijkheid om de hoofdveroordeling na te leven in de zin van art. 1385 *quinquies* Ger.W.).

Is dat echter een reden om, zoals MIGNOLET doet, de hele leer zoals geconsacreerd door het Benelux-Gerechtshof te verwerpen? Zeker niet. De aangehaalde situatie zal immers, als men er goed over nadenkt, in hoge mate een puur theoretisch probleem blijken te zijn. Als de appelrechter zegt: u mag de documenten niet voorleggen, dan is dat enkel een probleem indien een bodemrechter aan het vonnis *a quo* later een dwangsom verbonden heeft. Als het gaat om een uitspraak van de kortgedingrechter, houdt die immers van rechtswege op gevolg te hebben bij een andersluidende beslissing van een bodemrechter (die weliswaar geen afkeuring behelst van de uitspraak van de kortgedingrechter, want die uitspraak was enkel bedoeld om de toestand van de partijen voorlopig te regelen; meer daarover in het aangehaalde APR-trefwoord *Dwangsom*, nrs. 113 e.v.).

Als het daarentegen gaat om een uitspraak van een bodemrechter, lijkt het uiterst twijfelachtig of de appelrechter, die uitspraak moet doen over het hoger beroep hangende tegen het eerste vonnis, nog wel kan zeggen: u mag de documenten niet voorleggen, wanneer een bodemrechter in de latere uitspraak heeft gezegd: u moet de documenten voorleggen (in een zgn. "absoluut autonome" en niet "relatief autonome" uitspraak, m.a.w. een uitspraak die volledig zelfstandig het bevel expliciteert zonder zich te beperken tot een verwijzing naar de vroegere uitspraak). In deze hypothese is de appelrechter niet gevat met een hoger beroep tegen de uitspraak van de bodemrechter die later een dwangsom verbonden heeft aan het eerste vonnis (wat voor de appelrechter het vonnis *a quo* is). Het gezag van gewijsde van die latere uitspraak van de bodemrechter, dringt zich in dat geval ook op aan de hogere rechtsinstantie. Gevolg: ook hier is het gevaar van echte tegenstrijdigheden wederom uitgesloten.

De mogelijkheid om tegen de latere uitspraak (waarin een dwangsom wordt opgelegd, verbonden aan een bevel tot naleving van een vroegere uitspraak) ook een rechtsmiddel aan te wenden en desgevallend een beroep te doen op de regels van samenvoeging wegens samenhang, zal naar verwachting het gevaar op tegenstrijdige uitspraken helemaal tot nietige proporties herleiden.

Kortom, de bezwaren van de strekking zoals verdedigd door MIGNOLET, VAN COMPERNOLLE, LINDEMANS en anderen (d.i. de strekking die aanvankelijk de meerderheidsopvatting uitmaakte: MIGNOLET, *a.w.*, 455), zijn ernstig genoeg om

het voorwerp uit te maken van een ietwat uitvoerige bespreking, maar blijken bij nadere reflectie alleszins onverdedigbaar.

34. Verhoopt mag worden dat het besproken arrest van het Benelux-Gerechtshof d.d. 17 december 2009 de controverse definitief beslecht. Het arrest van het Benelux-Gerechtshof is m.i. een overwinning voor de rechtszekerheid en voor de rechtzoekende. Zoals gezegd zijn er talloze redenen denkbaar waarom in een vroegere uitspraak geen dwangsom wordt opgelegd. Wanneer de rechtzoekende vervolgens geconfronteerd wordt met een wederpartij die weigert de rechterlijke uitspraak behoorlijk na te leven, dan verhindert de strekking die nu door het Benelux-Gerechtshof geconsacreerd werd, dat de rechtzoekende geen verdere juridische instrumenten ter beschikking heeft om het recht te laten zegenen.

D. Verbeurte van de dwangsom

1. *Het betekeningsvereiste*

35. Het betekeningsvereiste neergelegd in artikel 1385bis derde lid Ger.W., geeft aanleiding tot verschillende vraagstukken. In de volgende randnummers wordt onderzocht wat dit vereiste precies inhoudt en waar het beginpunt van de verbeurte ligt bij dwangsommen per tijdseenheid of per inbreuk. Er wordt ook aandacht besteed aan de vraag of een beslissing die betekend werd na de uitspraak in eerste aanleg, opnieuw betekend moet worden na een bevestigende beslissing in hoger beroep.

Wanneer voldaan is aan het betekeningsvereiste, volstaat dit nog niet opdat de dwangsom zou kunnen worden verbeurd. De betekening is een noodzakelijke, doch geen voldoende voorwaarde voor de verbeurte van de dwangsom. Zij is slechts één van de voorwaarden voor de verbeurte van de dwangsom. Naast de betekening, moet er uiteraard een inbreuk voorliggen. Het moet gaan om een inbreuk op een rechterlijke uitspraak die een dwangsom oplegt en die (a) in kracht van gewijsde is gegaan, of (b) uitvoerbaar bij voorraad is, of (c) niet uitvoerbaar bij voorraad is, doch (nog) niet aangevochten door een gewoon rechtsmiddel. Het Benelux-Gerechtshof heeft immers in een arrest van 5 juli 1985 geoordeeld dat de dwangsom niet kan worden verbeurd gedurende de tijd dat wegens het instellen van een rechtsmiddel de gedwongen tenuitvoerlegging van de hoofdveroordeling is geschorst⁸⁹.

De wet vereist de betekening van de uitspraak waarin een dwangsom wordt opgelegd. Voor de verbeurte van de dwangsom is niet vereist dat de eisende partij na de betekening de veroordeelde nog uitdrukkelijk zou aanmanen⁹⁰. Ook wanneer de eisende partij na de betekening geen aanmaningen, herinnerings-

⁸⁹. Beneluxhof 5 juli 1985, RW 1985-86, 929, concl. E. KRINGS en NJ 1986, nr. 19, concl. E. KRINGS en noot W.H.H.

⁹⁰. Beslagr. Gent 7 december 2004, TGR 2005, 46. De betekening van pv's waarin inbreuken worden vastgesteld, is derhalve ook niet noodzakelijk.

brieven of soortgelijke documenten verstuurt en geheel het stilzwijgen bewaart, kan de dwangsom verbeurd worden⁹¹. Er bestaat in het dwangsomrecht niet zoiets als een "aanmaningsvereiste". Wanneer een advocaat van een partij laat overgaan tot betekening met miskenning van zijn deontologische verplichting om dat te melden aan de raadsman van de tegenpartij, blijft dit deontologisch probleem zonder gevolgen voor de verbeurte van de dwangsom. Voor wat de verbeurte van de dwangsom betreft, blijft een dergelijke betekening geldig⁹².

Uit het betekeningsvereiste vloeit uiteraard ook een omgekeerd gevolg voort: wanneer wordt vastgesteld dat een veroordeling behoorlijk werd uitgevoerd vóór de betekening, kan geen dwangsom verbeurd worden.

36. Artikel 1385bis derde lid Ger.W. bepaalt dat de dwangsom niet kan worden verbeurd vóór de betekening van de uitspraak waarbij zij is vastgesteld. Volgens FETTWEIS kan aan het betekeningsvereiste ook worden voldaan door kennisgeving (*notification*)⁹³. De term betekening (*signification*) in artikel 1385bis derde lid Ger.W. beoogt volgens FETTWEIS slechts het *quod plerumque fit*. Het Hof van Cassatie heeft dit standpunt niet gevolgd. Uit het arrest van 9 oktober 1989 blijkt dat het Hof van oordeel is dat een kennisgeving niet beantwoordt aan het betekeningsvereiste van artikel 1385bis Ger.W.⁹⁴. De recentere rechtspraak bevestigt dit⁹⁵.

37. Het feit dat een partij uitdrukkelijk berust in een uitspraak, doet geen afbreuk aan het betekeningsvereiste⁹⁶. De berusting houdt slechts in dat de veroordeelde partij afstand doet van haar recht om rechtsmiddelen aan te wenden tegen de beslissing (art. 1044 Ger.W.). De berusting is een handeling die uitgaat van de veroordeelde partij. De betekening zoals vereist door artikel 1385bis derde lid Ger.W., heeft tot doel de veroordeelde ervan op de hoogte te brengen dat de schuldeiser staat op de uitvoering van de veroordeling. Het doel van de betekening is niet beperkt tot het louter ter kennis brengen van het bestaan van de uitspraak⁹⁷. Enkel de eisende partij kan haar intentie om de uitvoering van de veroordeling af te dwingen tot uitdrukking brengen. Deze intentie kan nooit blijken uit een handeling uitgaande van de veroordeelde⁹⁸.

⁹¹. K. WAGNER, "Geen dwangsom kan worden verbeurd vóór de betekening van de uitspraak waarbij zij is vastgesteld, doch een ingebrekestelling, aanmaning of bevel is geenszins vereist" (noot onder Gent 26 juni 2001), *AJT* 2001-02, 459.

⁹². Luik 17 november 2003, *JLMB* 2005, 412.

⁹³. A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile, a.w.*, 1987, 601, noot 3.

⁹⁴. Cass. 9 oktober 1989, *JTT* 1989, 452; G. DE LEVAL, *Jurisprudence du Code Judiciaire*, Hoofdstuk XXIII ("De l'astreinte"), Brugge, la Charte, 1997, losbl., commentaar bij art. 1385bis, 15.

⁹⁵. Gent 16 september 2003, *TMR* 2003, 641.

⁹⁶. Beslagn. Verviers 18 december 1998, *JLMB* 1999, 424; Brussel 10 november 1995, *JLMB* 1996, 459; G. DE LEVAL, *Jurisprudence du Code Judiciaire*, Hoofdstuk XXIII ("De l'astreinte"), Brugge, la Charte, 1997, losbl., commentaar bij art. 1385bis, 17; E. DIRIX, *Executieproblemen...*, Jura Falconis Libri, 1999, 45.

⁹⁷. M. ROOSEMONT, "Het vereiste van betekening voor de verbeuring van de dwangsom" (noot onder Antwerpen 19 oktober 1999), *RW* 1999-2000, 1194.

⁹⁸. Brussel 10 oktober 1995, *JLMB* 1996, 460.

38.
een
ver
spr
beu
dw
beu
ver
hel

39.
gev
eer
dir
vó
wc
de
eer
uit
wc
stu

Uit
eer
me
da
art

Vc
me

40
wc
de
rec
lin
ve
ho
ee
"r
ni

99.
100.

38. De betekening van de uitspraak waarin de veroordeling onder verbeurte van een dwangsom vervat ligt, moet gebeuren op verzoek van de partij die de veroordeling bekomen heeft. Zijn er meer dan twee partijen en werd de uitspraak betekend op verzoek van een partij die geen veroordeling onder verbeurte van een dwangsom bekomen heeft, dan zal dit niet volstaan opdat de dwangsom kan worden verbeurd. Indien zij wel een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom heeft bekomen, zal de enkele betekening op haar verzoek slechts de verbeurte van de dwangsom te haren opzichte tot gevolg hebben⁹⁹.

39. Beslissingen waarin de veroordeelde wordt aangespoord iets te doen, te geven of na te laten *vanaf de uitspraak*, onder verbeurte van een dwangsom van een bepaald bedrag per dag vertraging, zijn rechtsgeldig voor zover de bewoordingen van de beslissing niet impliceren dat de dwangsom kan worden verbeurd vóór de betekening. Op grond van artikel 1385bis derde lid Ger.W. zijn de woorden "per dag vertraging", als zij niet gepreciseerd zijn, te rekenen "vanaf de betekening". Een dag vertraging betekent niet 24 uur vertraging, maar wel een dag in de zin van artikel 52 Ger.W. (tenzij indien de rechter een termijn uitgedrukt in werkdagen toestaat; dat is nuttig indien de veroordeelde een bevel wordt opgelegd om iets te doen dat slechts mogelijk is op werkdagen, bv. een stuk neerleggen ter griffie).

Uitspraken daarentegen waarin een gebod of verbod wordt opgelegd waaraan een dwangsom wordt gekoppeld per dag vertraging vanaf een welbepaald moment dat zich chronologisch kan bevinden vóór de betekening, zoals de datum van de uitspraak of de datum van de kennisgeving, zijn strijdig met artikel 1385bis derde lid Ger.W.

Voor dwangsommen per inbreuk geldt dat geen rekening mag worden gehouden met inbreuken die plaatsvonden voor de betekening.

40. Opdat *na een appelprocedure* (opnieuw) dwangsommen zouden kunnen worden verbeurd, is een (nieuwe) betekening van de eerste uitspraak, benevens de betekening van de appelbeslissing, in de regel vereist¹⁰⁰. Immers, indien de rechter in eerste aanleg aan een of meer door hem uitgesproken hoofdveroordelingen een veroordeling tot betaling van een dwangsom heeft verbonden en vervolgens de rechter in hoger beroep in enigerlei vorm eveneens tot een of meer hoofdveroordelingen en een daaraan verbonden veroordeling tot betaling van een dwangsom komt, heeft als regel de rechter in eerste aanleg te gelden als de "rechter die de dwangsom heeft opgelegd". Op deze algemene regel dat een nieuwe betekening van de eerste beslissing vereist is, bestaan de volgende

⁹⁹. Beslagr. Luik 6 september 1995, *Act.dr.* 1996, 77.

¹⁰⁰. Beneluxhof 15 april 1992, *Benelux Jur.*, Deel 13, 91, RW 1991-92, 1425, concl. Th.B. TEN KATE, NJ 1992, nr. 648, concl. Th.B. TEN KATE. Zie voor een toepassing: Beslagr. Rb. Hasselt 2 december 2003, RW 2005-06, 33.

afwijkingen (hetgeen impliceert dat een nieuwe betekening vereist is voor alle gevallen die niet vallen onder de volgende categorieën):

- (1.) In het dictum van de appelbeslissing is uitdrukkelijk uitgesproken dat de appelrechter de uitspraak van de eerste rechter op het stuk van de hoofdveroordeling waaraan een dwangsom was verbonden geheel of ten dele hervormt (uitdrukkelijke hervorming van de hoofdveroordeling);
- (2.) Uit het dictum van de appelbeslissing blijkt onmiskenbaar duidelijk dat de appelrechter de uitspraak van de eerste rechter op het stuk van de hoofdveroordeling waaraan een dwangsom was verbonden geheel of ten dele hervormt (impliciete hervorming van de hoofdveroordeling)¹⁰¹;
- (3.) De appelrechter houdt de hoofdveroordeling van de eerste rechter weliswaar in stand, doch spreekt een nieuwe hoofdveroordeling uit, gekoppeld aan een nieuwe dwangsom of aan dezelfde dwangsom zoals uitgesproken in eerste aanleg (nieuwe hoofdveroordeling en eventueel nieuwe dwangsom);
- (4.) De appelrechter wijzigt de door de eerste rechter opgelegde dwangsom, uiteraard zonder ze af te schaffen (gewijzigde dwangsom);
- (5.) De appelrechter legt een dwangsom op zonder dat in eerste aanleg een dwangsom werd opgelegd, wegens niet gevorderd of niet toegekend (voor het eerst een dwangsom).

41. Voor een aantal andere vraagstukken i.v.m. het betekeningsvereiste, wordt beknoptheidshalve verwezen naar de volgende literatuur¹⁰²:

- ROOSEMONT, M., "Het vereiste van betekening voor de verbeuring van de dwangsom" (noot onder Antwerpen 19 oktober 1999), *RW* 1999-2000, 1191;
- VANLERSBERGHE, P., "De dwangsomrechter en de betekeningsvereiste" (noot onder Cass. 7 november 2005), *RABG* 2006, 379;
- VANSANT, P., "Verbeuring van de dwangsom en betekening van het verwepingsarrest in strafzaken" (noot onder Cass. 28 maart 2003), *TMR* 2003, 615;
- VERBEKE, R., "Noodzakelijke betekeningen na (cassatie)beroep tegen een beslissing waarbij een dwangsom wordt opgelegd" (noot onder Cass. 28 maart 2003), *RABG* 2003, 986;
- WAGNER, K., "Geen dwangsom kan worden verbeurd vóór de betekening van de uitspraak waarbij zij is vastgesteld, doch een ingebrekestelling, aanmaning of bevel is geenszins vereist" (noot onder Gent 26 juni 2001), *AJT* 2001-02, 459;
- WAGNER, K., "Dwangsom en het betekeningsvereiste bij cassatie in strafzaken" (noot onder Cass. 28 maart 2003), *RW* 2004-05, 382.

^{101.} Zie voor een toepassing: Cass. 7 november 2005, *P&B* 2006, 235.

^{102.} Zie ook: Cass. 7 november 2005, *P&B* 2006, 235; Cass. 6 mei 2005, *P&B* 2006, 37; Antwerpen 10 april 2007, *P&B* 2007, 373; Gent 2 juni 2005, *TGR* 2006, 27.

2. *Niet voldoen aan de hoofdveroordeling*

42. Het is van groot belang dat de rechter het gebod of verbod waaraan hij een dwangsom verbindt zo precies mogelijk omschrijft. Als de veroordeelde in het ongewisse blijft over waartoe hij precies veroordeeld werd, kan hij zich beroepen op de onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen zoals bedoeld in artikel 1385 *quinquies* Ger.W.¹⁰³. Dit betekent dat de dwangsom kan worden opgeheven, opgeschort of verminderd, door de rechter die haar heeft opgelegd, indien de veroordeelde een inbreuk begaat op de hoofdveroordeling die het gevolg is van dwaling die niet aan hem te wijten is. Uiteraard is dit slechts mogelijk voor inbreuken die betrekking hebben op het onduidelijke deel van de hoofdveroordeling. De veroordeelde blijft alleszins gehouden tot datgene waarover redelijkerwijze geen onduidelijkheid kan bestaan, ook al zijn de grenzen in het randgebied van de hoofdveroordeling vaag.

De precieze verwoording van het gebod of verbod onder verbeurte van een dwangsom is essentieel om discussie te vermijden aangaande de vraag wat "niet voldoen aan de hoofdveroordeling" inhoudt. Bij de beoordeling van die laatste vraag dient men oog te hebben voor redelijkheid en billijkheid¹⁰⁴. Wie bij wijze van spreken een gebod wordt opgelegd om een grote berg zand te verwijderen, kan niet worden aangesproken indien na de verwijdering van de berg nog twee of drie zandkorrels worden aangetroffen. De grens tussen enerzijds een exacte uitvoering en anderzijds slordigheid of nalatigheid die gelijkstaat met niet-behoorlijke uitvoering van de prestatie, kan in sommige gevallen alleen aan de hand van redelijkheid en billijkheid worden afgebakend. Daarbij mag rekening worden gehouden met de door de veroordeelde verrichte inspanningen en met het ten bate van de eisende partij verwezenlijkte resultaat¹⁰⁵.

Bij de interpretatie van het rechterlijk gebod of verbod – m.a.w. bij de bepaling van wat al dan niet inbreukmakend gedrag is – moet het nodige gezond verstand aan de dag gelegd worden. Wanneer door het gedrag van de veroordeelde de doelstellingen van het rechterlijk gebod of verbod verwezenlijkt werden – wanneer dat gebod of verbod m.a.w. naar de geest werd nageleefd – doch er volgens een overdreven strenge interpretatie van dat gebod of verbod toch nog een afwijking kan voorliggen van de letter van datgene wat bevolen werd, dient de geest van het gebod of verbod te primeren op de letter ervan. In de bewoordingen van het Hof te Leeuwarden: bij de interpretatie van een dwangsomveroordeling dienen doel en strekking van de veroordeling tot richtsnoer te worden genomen¹⁰⁶. Ook het Hof van Cassatie oordeelde dat "het doel en de strekking van de veroordeling" als richtsnoer moet worden genomen bij de toetsing van de handelingen verricht ter uitvoering van de veroordeling¹⁰⁷. Dit betekent ook,

¹⁰³. Antwerpen 9 februari 1998, *AJT* 1998-99, 394, noot G.L. BALLON.

¹⁰⁴. Gent 22 januari 2004, *P&B* 2004, 75.

¹⁰⁵. Zie voor een toepassing: Beslagr. Brussel 12 september 2003, *AM* 2004, 373.

¹⁰⁶. Hof Leeuwarden 5 september 2001, *NJ* 2002, nr. 175.

¹⁰⁷. Cass. 10 november 2005, www.cass.be.

aldus het Hof van Cassatie, dat de veroordeling geacht wordt niet verder te strekken dan tot het bereiken van het daarmee beoogde doel¹⁰⁸.

Het is, zoals nader toegelicht in het APR-trefwoord *Dwangsom* (p. 97) ook mogelijk om een veroordeling om iets te doen na te leven door... niets te doen. Dit werd inmiddels bevestigd in de rechtspraak: "Il s'agit dès lors en l'espèce d'une situation où plusieurs parties ont été condamnées à des prestations différentes pour obtenir un même résultat de sorte que si une des parties effectue sa prestation, celle des autres devient sans objet, le résultat étant obtenu. Dans ces conditions on peut considérer qu'il a été satisfait à la décision judiciaire même si une des parties n'a pas réellement effectué la prestation à laquelle elle avait été condamnée (voir en ce sens K. WAGNER, *Dwangsom* in APR, p. 97, *in fine*)"¹⁰⁹.

3. Bewijsregeling

43. De bewijslast om aan te tonen dat de veroordeelde zijn verplichting niet nakomt, rust in beginsel op de partij die de veroordeling bekwam¹¹⁰. Op grond van het principe "*actori incumbit probatio*", moet de partij die beweert dat de dwangsom verbeurd is, bewijzen dat aan de voorwaarden voor de verbeurte van de dwangsom voldaan is¹¹¹. Dit bewijs moet niet worden geleverd bij de aanvang van de invordering van verbeurde dwangsommen, doch slechts naderhand in het kader van een executiegeschil voor de beslagrechter uitgelokt door de veroordeelde¹¹².

Aangezien de verbeurte van een dwangsom in bepaalde gevallen een ernstige vermogensaantasting voor de veroordeelde tot gevolg kan hebben, moet het door de rechter opgelegde gebod of verbod strikt worden geïnterpreteerd¹¹³. De veroordeelde moet precies weten waaraan hij zich moet houden, zonder dat er ruimte kan zijn voor uitbreidende of analogische interpretatie van het rechterlijk gebod of verbod¹¹⁴.

Het rechterlijk gebod mag ruim geformuleerd zijn, als het maar voldoende duidelijk is. In sommige gevallen brengt de aard van het te beschermen recht mee, dat een efficiënte omschrijving van het verbod of gebod slechts kan

¹⁰⁸. Zie eveneens: Cass. 9 februari 2007, www.cass.be.

¹⁰⁹. Brussel 28 oktober 2003, RRD 2005, 47.

¹¹⁰. Ofschoon de vaststelling door een gerechtsdeurwaarder één van de meest courante bewijsmiddelen is om inbreuken onder verbeurte van een dwangsom aan te tonen, is het voorliggen van een dergelijke vaststelling als zodanig niet vereist, daar rechtsfeiten kunnen worden bewezen met alle middelen van recht: Antwerpen 12 december 2007 in H. DE BAUW (ed.), *Jaarboek handelspraktijken & Mededinging 2007*, Mechelen, Kluwer, 2008, 348.

¹¹¹. Bergen 3 juni 1994, *JLMB* 1994, 1310; I. MOREAU-MARGRÈVE, "L'astreinte", *Ann.fac.dr.Lg.* 1982, 83.

¹¹². E. DIRIX, *Executieproblemen...*, Jura Falconis Libri, 1999, 48.

¹¹³. E. DIRIX, *ibid.*, 49; Antwerpen 25 juni 2003, *NJW* 2004, 448; Beslagr. Antwerpen 10 november 2003, *RW* 2004-05, 472.

¹¹⁴. Antwerpen 5 februari 2008, *NJW* 2009, 454.

geschieden in vrij algemene bewoordingen¹¹⁵. Daarbij moet uiteraard worden gehandeld binnen de perken van artikel 6 Ger.W.

In zo'n geval blijft de draagwijdte van het verbod of gebod beperkt tot handelingen waarvan in ernst niet kan worden betwijfeld dat zij een inbreuk opleveren¹¹⁶. Bij redelijke twijfel of een bepaalde gedraging al dan niet plaatsvond, kan geen dwangsom worden verbeurd¹¹⁷. Evenzo bij redelijke twijfel of een bepaalde gedraging een inbreuk oplevert. Ernstige twijfel speelt hier steeds in het voordeel van de veroordeelde¹¹⁸. De beslagrechter te Antwerpen overwoog terecht dat de dwangsom maar verbeurd kan worden verklaard wanneer de gewraakte handeling zonder redelijke discussie een schending oplevert van de door de dwangsomrechter opgelegde verplichting¹¹⁹.

44. Wanneer een gerechtsdeurwaarder een aantal vaststellingen verricht op een bepaalde dag, maar hij zijn proces-verbaal van vaststelling slechts enkele dagen later opstelt, tast dit de geldigheid of bewijskracht van het proces-verbaal niet aan¹²⁰. Eén proces-verbaal van vaststellingen kan ook betrekking hebben op vaststellingen verricht op verschillende dagen. De kosten van een proces-verbaal m.b.t. feiten die aanleiding geven tot verbeurte van een dwangsom, behoren tot de gerechtskosten¹²¹.

45. Het gegeven dat degene tegen wie de vaststellingen gericht zijn, daar niet onmiddellijk kennis van krijgt, doch slechts op een later tijdstip (bv. slechts tijdens de procedure), is op zich weinig relevant¹²². Niettemin moet hier wel rekening worden gehouden met het verbod van rechtsmisbruik en met de doelstellingen van de dwangsom. De dwangsom is bedoeld als prikkel tot behoorlijke naleving. Zij is nooit bedoeld om daadwerkelijk te worden verbeurd: de veroordeelde moet steeds de kans hebben gehad om door behoorlijke naleving van de hoofdveroordeling te ontsnappen aan de verbeurte van de dwangsom. In principe weet de veroordeelde ingevolge de betekening dat de eisende partij aandringt op uitvoering van de hoofdveroordeling. Vandaar dat voor de verbeurte van de dwangsom een aanmaning of ingebrekestelling niet vereist is. Uitzonderlijk mag nochtans rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat toch rechtsmisbruik voorligt, met name in de gevallen waarin duidelijk is dat de eisende partij geen enkele belangstelling vertoont in daadwerkelijke naleving van de hoofdveroordeling maar enkel belust is op incasseren

¹¹⁵. H. STEIN, "Commentaar bij de artikelen 611a-611i ("Van dwangsom")" in X. (ed.), *Burgerlijke rechtsverordening*, Kluwer, 1991, losbl., 1302.

¹¹⁶. H.R. 18 februari 1966, NJ 1966, nr. 208; A. A. VAN ROSSUM, "Dwangsom. Recente ontwikkelingen", NJB 1996, 1493.

¹¹⁷. E. DIRIX, *Executieproblemen...*, Jura Falconis Libri, 1999, 50-51.

¹¹⁸. Beslagr. Antwerpen 23 mei 1989, RW 1989-90, 308; D. LINDEMANS, "Het bekomen van de dwangsom", *Tien jaar toepassing van de dwangsom, a.w.*, 1991, nr. 32, p. 69.

¹¹⁹. Beslagr. Antwerpen 10 november 2003, RW 2004-05, 472.

¹²⁰. Luik 17 november 2003, JLMB 2005, 413.

¹²¹. Luik 17 november 2003, JLMB 2005, 413.

¹²². Luik 17 november 2003, JLMB 2005, 413.

van verbeurde dwangsommen¹²³. Dit blijft nochtans een gevaarlijk hellend vlak: executiegeschillen over verbeurde dwangsommen mogen niet verworden tot intentieprocessen over de bedoelingen van de eisende partij. De veroordeelde partij heeft ten slotte een veroordeling opgelopen en de uitspraak is per hypothese betekend. De veroordeelde partij kan dus per hypothese het nodige doen om de hoofdveroordeling behoorlijk na te leven. Het in voetnoot aangehaalde geval (Bergen 15 juni 2005, *JT* 2005, 555) illustreert niettemin dat er omstandigheden zijn waarin de houding van de eisende partij rechtsmisbruik kan opleveren.

Wanneer de veroordeelde helemaal niets gedaan heeft na de hoofdveroordeling, in gevallen waarin behoorlijke naleving een actieve handeling veronderstelt van de veroordeelde, dan valt in principe moeilijk in te zien hoe de houding van de eisende partij abusief kan zijn. Wanneer daarentegen de veroordeelde wel aanzienlijke inspanningen geleverd heeft tot behoorlijke naleving van de hoofdveroordeling en de eisende partij doelbewust heeft nagelaten te wijzen op het blijven bestaan van minieme inbreuken, of inbreuken waarvan het denkbaar is dat zij aan de aandacht van de veroordeelde zijn ontsnapt, kan uitzonderlijk sprake zijn van rechtsmisbruik wanneer de eisende partij opzettelijk de tijd heeft laten verstrijken met geen andere bedoeling dan de som van de verbeurde dwangsommen te laten oplopen tot een volkomen disproportioneel bedrag.

Wanneer er een zeer groot tijdsverloop is tussen de rechterlijke uitspraak die een dwangsom oplegt en de vaststelling van inbreuken, mag in bepaalde omstandigheden van de eisende partij verlangd worden dat zij vooraf de verwerende partij in gebreke stelt (d.w.z. herinneren aan het bestaan van de rechterlijke uitspraak en aandringen op naleving daarvan)¹²⁴. De rechter mag daarbij rekening houden met alle omstandigheden van de zaak: met name als het gaat om gedragingen die intrinsiek niet of nauwelijks laakbaar zijn¹²⁵, of om een verbod ten laste van een (grotere) onderneming (dus: tijdsverloop geeft aanleiding tot personeelsverloop, zodat de kans stijgt dat niemand zich de veroordeling nog herinnert), of om kolossale bedragen aan verbeurde dwangsommen, of een combinatie van dat alles, dan mag in een dergelijk geval al vlugger worden geoordeeld dat geen redelijk persoon zich de houding van de eisende partij zou aanmeten.

¹²³. Zie voor een toepassing: Bergen 15 juni 2005, *JT* 2005, 555. Na tien jaar wachten stelt de eisende partij (The Scotch Whisky Association) vast dat er bij verwerende partij Match een product wordt aangeboden onder de benaming "Midway Blended Whisky Original Blend" wat een inbreuk uitmaakte op het verbod (ruim tien jaar eerder uitgesproken) om iets "Whisky" te noemen terwijl het product slechts 1,5% Schotse Whisky bevatte en voor de rest vooral bestond uit een beetje bourbon en heel veel Canadese whisky. Het verbod uit 1991 legde een dwangsom op van 50.000 frank per inbreukmakende fles. De inbreukmakende stock bestond uit ruim 23.000 flessen, wat de rekening aan dwangsommen deed oplopen tot ruim 29,3 miljoen euro. Het Hof te Bergen oordeelt naar goed recht dat tien jaar wachten en dan plots een bevel betekenen, zonder enige voorafgaande ingebrekestelling, abusief is en blijk geeft van de loutere wens om verbeurde dwangsommen te incasseren, zonder werkelijke belangstelling in daadwerkelijke naleving van het rechterlijk gebod of verbod.

¹²⁴. Bergen 15 juni 2005, *JT* 2005, 555.

¹²⁵. Zo bv. is het allerm minst evident dat men een mengsel van Canadese whisky, een beetje bourbon en een heel klein beetje Schotse whisky, niet mag verkopen als "Midway Blended Whisky Original Blend" (cf. het geval aangehaald in de vorige voetnoot).

4. *Invloed van redelijkheid en billijkheid*

46. Het komt voor dat een (hoge) dwangsom wordt opgelegd en dat een schuldenaar maar zeer licht tekortkomt aan zijn verplichting. Zal in zulke gevallen de dwangsom steeds onverbiddelijk verbeurd zijn? Heeft de rechter de bevoegdheid om op grond van redelijkheid en billijkheid matigend op te treden ter zake van verbeurde dwangsommen?

Deze vraag dient te worden onderscheiden van de problematiek van artikel 1385*quinquies* Ger.W. Dit laatste artikel heeft betrekking op de vraag of en wanneer de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, de bevoegdheid heeft om verbeurde dwangsommen op te heffen of te verminderen in geval van blijvende of tijdelijke onmogelijkheid voor de schuldenaar om aan de hoofdveroordeling te voldoen. De vraag die hier onderzocht wordt, is of de rechter de bevoegdheid heeft om verbeurde dwangsommen te verminderen of op te heffen indien de schuldenaar slechts op geringe wijze tekortkomt aan zijn verplichting, door bijvoorbeeld één dag te laat te presteren indien hem daartoe door de rechter een termijn van drie maanden na de betekening was gegund.

47. Redelijkheid en billijkheid kunnen op verschillende momenten de oordeelsvorming van de rechter beïnvloeden, op basis van te onderscheiden aanknopingspunten in de eenvormige wet betreffende de dwangsom. Allereerst kan de rechter redelijkheid en billijkheid betrekken in zijn oordeel over de vraag of het opportuun is een dwangsom op te leggen. Het al dan niet opleggen van een dwangsom vormt een discretionaire bevoegdheid, slechts vatbaar voor een marginale toetsing in cassatie¹²⁶. Het aanknopingspunt in de wet is hier de aanhef van artikel 1385*bis*. "De rechter *kan*" een partij veroordelen tot een dwangsom, doch hij is hiertoe nooit verplicht. Niets verhindert dat de rechter in deze fase van zijn oordeelsvorming rekening houdt met de eisen van redelijkheid en billijkheid.

Een ander moment waar redelijkheid en billijkheid ter sprake kunnen komen, is wanneer de dwangsom reeds verbeurd is, maar de schuldenaar onmogelijk aan de hoofdveroordeling kan voldoen. Dat is de situatie beoogd in artikel 1385*quinquies*¹²⁷.

Redelijkheid en billijkheid kunnen ook een rol spelen bij de vraag wat "niet voldoen" betekent.

De situatie die hier beoogd wordt, is wanneer de veroordeling tot een dwangsom reeds is uitgesproken, er geen sprake is van een onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen en er evenmin discussie kan bestaan over de vraag of al dan niet voldaan is aan de hoofdveroordeling. Het gaat met andere

¹²⁶. H.R. 19 februari 1993, NJ 1993, nr. 624 en *Rechtspraak van de Week* 1993, 66.

¹²⁷. Voor een toepassing: Luik 9 oktober 2007, *Rev.not.b.* 2008, 353. Bij de vraag of er sprake is van onmogelijkheid, mogen billijkheidsoverwegingen mede in acht worden genomen.

woorden om de gevallen waarin de schuldenaar ontegensprekelijk tekortkomt aan zijn hoofdveroordeling, zij het slechts in geringe mate.

De vraag of de rechter in de situatie zoals hier bedoeld matigend kan optreden, dient in het systeem van de eenvormige wet betreffende de dwangsom in beginsel negatief te worden beantwoord. Een kleinere tekortkoming kan geen aanleiding geven tot een vermindering van de dwangsom. Als de inbreuk vaststaat, heeft dit de verbeurte van de opgelegde dwangsom tot gevolg. Er bestaat niet zoiets als een gedeeltelijke verbeurte van een dwangsom. De dwangsom is m.a.w. ondeelbaar wat de verbeurde bedragen betreft¹²⁸. Dit moet niet worden beschouwd als onbillijk, doch slechts als een verhoging van de prikkelende werking van de dwangsom. Zij is nu eenmaal een aanmoediging tot behoorlijke uitvoering die de veroordeelde partij niet lichtzinnig in de wind kan slaan. Deze eigenschap van de dwangsom mag de rechter wel aanzetten tot behoedzaamheid bij zijn oordeelsvorming. In het bijzonder dient de rechter zich te behoeden voor fenomeen hoge dwangsommen die kunnen worden verbeurd ten gevolge van een eenmalige inbreuk waarvan het denkbaar is dat hij per vergissing, uit onachtzaamheid of bij vergetelheid wordt begaan (*cf. supra*, randnr. 12).

Zie voor een toepassing van dit beginsel het vonnis van de rechtbank van koophandel te Brussel dd. 8 december 2009 (AR/09/2144, *onuitg.*), waarin o.m. een dwangsom van 5 miljard euro gevorderd werd, maar die op volgende goede gronden werd afgewezen: "Que (...) ce sont des astreintes (...) qui sont demandées à concurrence de montants colossaux (comme le sont les enjeux du litige) mais sans distinguer le cas de manquement partiel ou insignifiant; que c'est la prudence qui s'impose car un manquement, même purement accidentel, n'est pas a priori à exclure, d'autant que la mesure visant à préserver l'autonomie de F. Banque est quant à elle spécialement imprécise".

Het mag worden benadrukt dat een overtreding begaan per vergissing het mechanisme van de verbeurte van de dwangsom op precies dezelfde wijze in werking stelt als een weloverwogen inbreuk. Opdat de dwangsom zou worden verbeurd, is geen weloverwogen bedoeling van de veroordeelde tot miskenning van het rechterlijk gebod of verbod vereist¹²⁹. De intentie of de morele ingesteldheid van de veroordeelde is niet relevant voor wat de verbeurte van de dwangsom betreft¹³⁰. De rechter mag er wel rekening mee houden bij het bepalen van de modaliteiten van de dwangsom. Ten aanzien van goedmenende partijen past mildheid bij het bepalen van de modaliteiten van de dwangsom. Enkel manifeste kwade trouw, koppigheid of misprijzen voor de rechterlijke macht in hoofde van de veroordeelde mag aanleiding geven tot zeer hoog oplopende dwangsommen.

48. In zeer uitzonderlijke omstandigheden kunnen redelijkheid en billijkheid toch aanleiding geven tot een verlichting ten gunste van een veroordeelde partij

¹²⁸. E. DIRIX, *Executieproblemen...*, Jura Falconis Libri, 1999, 51.

¹²⁹. E. DIRIX, *Executieproblemen...*, Jura Falconis Libri, 1999, 50.

¹³⁰. Beslagn. Brussel 22 augustus 2005, *Computerrecht* 2006, 29.

die ontegensprekelijk tekortkwam, zij het slechts in onbeduidende mate. Binnen de systematiek van de eenvormige Beneluxwet zijn er weinig mogelijkheden om te ontkomen aan dwangsommen, als er geen sprake is van een onmogelijkheid om (tijdig) aan de hoofdveroordeling te voldoen. De wetgever koos voor een dwangsom met een definitief karakter. Desalniettemin is de Belgische (en Nederlandse) regeling van de dwangsom ingebed in het geheel van het procesrecht, zodat rechtsfiguren als rechtsverwerking of rechtsmisbruik toepassing kunnen vinden¹³¹.

Als geen redelijk mens zich de houding van de eisende partij zou eigen maken, kan de invordering van verbeurde dwangsommen rechtsmisbruik opleveren¹³². Het gaat hier vanzelfsprekend om zeldzame situaties. Het loutere feit dat de invordering van de dwangsom voor de eisende partij een belangrijk voordeel oplevert, volstaat allerm minst opdat er sprake zou kunnen zijn van rechtsmisbruik¹³³. In tegenstelling tot bij louter contractuele wanprestatie, moet men er steeds rekening mee houden dat de veroordeelde wiens vermogen wordt aange-tast door de invordering van verbeurde dwangsommen, de prijs betaalt voor een miskennen van het gezag van een rechterlijke uitspraak. Rechtsmisbruik kan derhalve slechts voorliggen wanneer de houding van de veroordeelde geen beduidende miskennen van een rechterlijke uitspraak oplevert en daarenboven de invordering van de dwangsom voor de eisende partij een voordeel met zich zou brengen dat kennelijk niet in verhouding staat tot het nadeel dat hierdoor door de veroordeelde wordt geleden.

Als de eisende partij middels een dwangsom bekwam dat de veroordeelde wezenlijk tegemoetkwam aan zijn verplichtingen, doch de eisende partij vordert lange tijd nadien nog dwangsommen in wegens een onbeduidende overtreding die is blijven voortduren, zonder dat zij de veroordeelde daar ooit op attendeerde, kan er sprake zijn van rechtsverwerking¹³⁴.

Het hof van beroep te Gent oordeelde in een dergelijke casus dat de dwangsom niet verschuldigd was, aangezien de houding van de eisende partij rechtsmisbruik opleverde – het ging om een houding die, aldus werd naar goed recht geoordeeld, niet beantwoordde aan de eisen van betamelijkheid en goede trouw¹³⁵. De eisende partij had, na een zo goed als volledige uitvoering van de hoofdveroordeling door de veroordeelde, een onbeduidende inbreuk laten voortduren zonder de veroordeelde daarop te attenderen. Vervolgens liet de eisende partij overgaan tot betekening van een bevel tot betaling van dwangsommen m.b.t. de voorbije zes maanden.

¹³¹. E. DIRIX, *Executieproblemen...*, Jura Falconis Libri, 1999, 52.

¹³². H.R. 20 mei 1994, *NJ* 1994, nr. 652; H.R. 22 januari 1993, *NJ* 1993, 598.

¹³³. Antwerpen 16 oktober 2001, *AJT* 2001-02, 521, noot S. DE TAEYE.

¹³⁴. Hof 's-Gravenhage 29 september 1993, *NJ* 1994, nr. 615.

¹³⁵. Gent 22 januari 2004, *P&B* 2004, 75.

5. *De invloed van een later aangewend rechtsmiddel of van een latere bodemprocedure*

49. In de praktijk rijzen niet zelden problemen aangaande de invloed van een later aangewend rechtsmiddel. Het begrip rechtsmiddel wordt hier in een zeer ruime betekenis aangewend en duidt zowel op het instellen van een gewoon of buitengewoon rechtsmiddel, als op het inleiden van een bodemprocedure na een kort geding.

Wat is bijvoorbeeld het lot van dwangsommen verbeurd ingevolge een maatregel opgelegd door de rechter in kort geding die naderhand beëindigd wordt door de bodemrechter? Dezelfde vraag geldt voor dwangsommen verbeurd ingevolge een beslissing die in hoger beroep niet bevestigd wordt¹³⁶. De conclusies van E. Krings voor de arresten van het Benelux-Gerechtshof van 14 april 1983 en 5 juli 1985 zijn op dit stuk een uitstekende leidraad¹³⁷.

50. In de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van 14 april 1983, had de rechter een bevel uitgesproken onder verbeurte van een dwangsom, in een beslissing die uitvoerbaar bij voorraad was. De veroordeelde partij stelde hoger beroep in. De eisende partij liet beslag leggen, ter invordering van de dwangsommen die ingevolge de niet-naleving van de beroepen beslissing verbeurd waren. De verwerende partij stelde een vordering in voor de beslagrechter, om opheffing van het beslag te bekomen. De beslagrechter stelde een prejudiciële vraag aan het Benelux-Gerechtshof, aangezien er inmiddels een arrest van het hof van beroep was tussengekomen dat de titel waarop de dwangsom steunde teniet-deed. De vraag rees of een partij een beslissing waarbij een dwangsom wordt toegekend ten uitvoer kan leggen, hoewel de titel waarbij de dwangsom is opgelegd, teniet is gedaan in de loop van de tenuitvoerlegging, maar voor de beëindiging ervan.

Alvorens de vraag te onderzoeken, brengt E. KRINGS in zijn conclusie voor het besproken arrest een aantal basisbeginselen die de dwangsom beheersen in herinnering. Aangezien de dwangsom een aansporing is die de rechter aan de veroordeelde partij geeft, om haar ertoe aan te zetten de uitgesproken veroordeling na te leven, hangt zij nauw samen met de tenuitvoerlegging van de veroordeling.

De dwangsom heeft niet zozeer betrekking op de vraag waartoe de veroordeelde gehouden is (de obligatoire kracht van een veroordeling), maar wel op de manier waarop de veroordeelde kan worden aangespoord of gedwongen om zijn verplichting uit te voeren (de executoriale kracht van een veroordeling)¹³⁸. Een dwangsom kan met andere woorden niet verbeurd worden zolang er geen

¹³⁶. Zie hierover: M. VANDERMERSCH, "Incidence sur l'astreinte de la réformation en appel de la décision entreprise", (noot onder Brussel 4 november 1993), *TBBR* 1995, 234.

¹³⁷. E. KRINGS, conclusie voor Beneluxhof 5 juli 1985, *RW* 1985-86, 930; E. KRINGS, conclusie voor Beneluxhof 14 april 1983, *RW* 1983-84, 223.

¹³⁸. A. JONGBLOED, *De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht*, 1991, 137.

uitvoerbare titel voorhanden is. Het Benelux-Gerechtshof heeft in een arrest van 5 juli 1985 bevestigd dat de dwangsom niet kan worden verbeurd gedurende de tijd dat wegens het instellen van een rechtsmiddel de gedwongen tenuitvoerlegging van de hoofdveroordeling is geschorst¹³⁹.

Het verzet of hoger beroep heeft in de regel opschortende kracht. Door het aanwenden van deze rechtsmiddelen ontstaat de kans dat de beslissing van de eerste rechter later hervormd of vernietigd wordt. Deze onzekerheid in acht nemend, is het logisch dat de eisende partij haar wederpartij niet reeds kan dwingen de veroordeling uit te voeren¹⁴⁰.

Een uitzondering op dit principe is de uitvoerbaarheid bij voorraad¹⁴¹. Om te vermijden dat een partij louter om dilatoire redenen hoger beroep zou instellen, kan een beslissing die uitvoerbaar bij voorraad is – omdat de rechter haar op verzoek van een partij uitvoerbaar bij voorraad heeft verklaard, of omdat het gaat om een uitspraak in kort geding (art. 1039 Ger.W.) of gewezen zoals in kort geding – voorlopig reeds ten uitvoer worden gelegd. De partij die overgaat tot tenuitvoerlegging van een beslissing die uitvoerbaar bij voorraad is, doet dit vanzelfsprekend op eigen risico¹⁴². Mocht naderhand blijken dat de eerste rechter een beslissing heeft genomen die in verzet of hoger beroep teniet wordt gedaan, zal de partij die overging tot voorlopige tenuitvoerlegging haar wederpartij moeten vergoeden¹⁴³. Dit betekent niet enkel dat reeds ingevorderde dwangsommen moeten worden terugbetaald, maar ook dat de schade die het gevolg is van de gedwongen tenuitvoerlegging moet worden vergoed, zonder dat kwade trouw of foutief gedrag in hoofde van de partij die overging tot de gedwongen tenuitvoerlegging vereist is¹⁴⁴.

Voor wat betreft interesten: indien dwangsommen moeten worden terugbetaald die waren ingevorderd in het kader van een voorlopige tenuitvoerlegging, zijn er interesten verschuldigd op de ontvangen bedragen, te rekenen vanaf de betaling (art. 1398 lid 2 Ger.W.). Indien dwangsommen moeten worden terugbetaald die waren ingevorderd buiten het kader van enige voorlopige uitvoerbaarheid (bv. op grond van een arrest dat later in cassatie wordt vernietigd), zijn er slechts interesten verschuldigd indien kwade trouw is aangetoond (art. 1378 BW)¹⁴⁵.

51. Een fundamenteel onderscheid dat men bij de beoordeling van vraagstukken aangaande de invloed van een later aangewend rechtsmiddel steeds voor ogen moet houden, is het volgende. Indien een rechter in kort geding een maatregel

¹³⁹. Beneluxhof 5 juli 1985, RW 1985-86, 929, concl. E. KRINGS en NJ 1986, nr. 19, concl. E. KRINGS en noot W.H.H. Zie voor een recente toepassing: Luik 29 juni 2001, JT 2002, 9.

¹⁴⁰. Luik 29 juni 2001, JT 2002, 9.

¹⁴¹. Zie over dit begrip: K. WAGNER, "De appelrechter kan de voorlopige tenuitvoerlegging niet doen schorsen of verbieden, doch kan wel de vernietiging uitspreken van de onrechtmatig gewezen beslissing om een vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren" (noot onder Brussel 30 oktober 2001), P&B 2002, 49.

¹⁴². Luik 24 oktober 1997, JLM 1998, 322.

¹⁴³. E. KRINGS, conclusie voor Beneluxhof 14 april 1983, RW 1983-84, 226.

¹⁴⁴. Luik 24 oktober 1997, JLM 1998, 322.

¹⁴⁵. Antwerpen 5 februari 2008, NJW 2009, 454.

treft die de toestand van de partijen voorlopig regelt, in afwachting dat de bodemrechter voor recht zegt welke de rechten en plichten van partijen zijn, tracht hij te vermijden dat een onherstelbare toestand zou ontstaan. Vanzelfsprekend kan de kortgedingrechter een maatregel die hij oplegt, kracht bijzetten met een dwangsom. De bedoeling daarvan zal er vaak in bestaan de voortzetting van een verboden handeling te ontraden. Welnu, als een partij tegen de beschikking in kort geding hoger beroep instelt en de rechter in beroep oordeelt dat er geen reden was om de beschikking uit te spreken, dan betekent dit dat de beschikking vernietigd wordt. Het gaat om een vernietiging *ex tunc*, alsof de beschikking nooit bestaan heeft.

Indien daarentegen tegen een beschikking in kort geding geen rechtsmiddel wordt aangewend, maar de bodemrechter oordeelt bij de beslechting van het geschil ten gronde dat de aanspraken van de partij tegen wie het gebod of verbod van de kortgedingrechter gericht was, gerechtigd zijn, is de situatie de volgende. Als – lapidair uitgedrukt – de verliezer in kort geding de winnaar in de bodemprocedure wordt, zonder dat een rechtsmiddel tegen de beschikking in kort geding werd aangewend, is er geen sprake van een vernietiging van de beschikking in kort geding. De beschikking verdwijnt in zo'n geval niet, maar houdt op uitwerking te hebben (*ex nunc*). Of zoals E. KRINGS het uitdrukt, het feit dat bij de uitspraak over de zaak zelf blijkt dat de oorspronkelijke hoofdvordering niet gegrond zou zijn, behelst geen afkeuring van de voorlopige maatregelen die in kort geding zijn getroffen. De titel houdende die voorlopige maatregelen is, aldus de eminente magistraat, rechtsgeldig gebleven en de uitvoering ervan houdt pas op bij de definitieve uitspraak over de zaak zelf¹⁴⁶.

Dit alles heeft belangrijke gevolgen voor de dwangsom. Zolang er een uitvoerbare hoofdveroordeling bestaat, kan een dwangsom verbeurd worden. Zij is (en blijft) verbeurd, doch zal niet verder verbeurd worden, wanneer de titel krachtens dewelke zij werd opgelegd, ophoudt uitwerking te hebben, zonder te worden vernietigd. Wanneer die titel daarentegen verdwijnt door vernietiging, zullen ook de verbeurde dwangsommen verdwijnen. Zij kunnen als accessorium geen zelfstandig bestaan leiden. Mochten zij reeds ingevorderd zijn, dan moeten zij bij een vernietiging worden teruggegeven¹⁴⁷.

52. Samengevat komt het voorgaande erop neer dat wanneer een uitspraak in een bodemprocedure of een kortgedingprocedure in verzet of hoger beroep wordt tenietgedaan, ook de accessoria van die uitspraak verdwijnen. Verbeurde dwangsommen vervallen, reeds ingevorderde dwangsommen moeten worden terugbetaald, de oorspronkelijke toestand moet desgevallend worden hersteld en er kan aanleiding zijn tot het betalen van schadevergoeding. Een tenuitvoerlegging die reeds werd aangevat maar die nog niet voleindigd was, moet na vernietiging van de titel waarop zij steunt uiteraard worden stopgezet.

¹⁴⁶. E. KRINGS, conclusie voor Beneluxhof 14 april 1983, RW 1983-84, 227.

¹⁴⁷. Zie voor een toepassing: Luik 23 november 2004, JT 2005, 273.

Ingeval de rechter evenwel in een kort geding een maatregel oplegt die de toestand van de partijen voorlopig regelt, en hij hieraan een dwangsom verbindt, zonder dat er tegen 's rechters beschikking een rechtsmiddel wordt aangewend, wordt deze titel niet vernietigd indien de rechter ten gronde zou oordelen dat er geen reden is om de voorlopige maatregel te handhaven. De dwangsommen verbeurd ingevolge de overtreding van het gebod of verbod opgelegd door de kortgedingrechter, blijven verbeurd indien de beschikking niet vernietigd wordt ingevolge de aanwending van een rechtsmiddel. Bijgevolg zal in deze situatie de partij die de dwangsom in kort geding bekwam, ook na de uitspraak ten gronde nog kunnen overgaan tot uitvoeringsmaatregelen, wanneer zou blijken dat de in kort geding veroordeelde niet uit eigen beweging overgaat tot betaling van de verbeurde dwangsommen. De bodemrechter kan niet bevelen dat dwangsommen die werden ingevorderd ingevolge een uitspraak van de kortgedingrechter, worden terugbetaald¹⁴⁸.

IV. Hoofdveroordelingen die al dan niet met een dwangsom versterkt kunnen worden

A. Het begrip hoofdveroordeling

53. Het begrip "hoofdveroordeling" waarvan sprake in artikel 1385*bis* Ger.W., moet worden begrepen in tegenstelling tot de (voorwaardelijke) veroordeling tot een dwangsom, dewelke een accessorium is van de veroordeling waaraan de rechter een dwangsom verbindt¹⁴⁹. Indien de veroordeelde het gebod of verbod vervat in de veroordeling – ter onderscheiding van de voorwaardelijke veroordeling tot de dwangsom "hoofdveroordeling" genaamd – niet of niet tijdig uitvoert, zal de veroordeelde de dwangsom verbeuren.

Dit betekent dat een dwangsom kan worden verbonden aan een veroordeling die op zich genomen een accessorium van een andere veroordeling is¹⁵⁰.

54. Aangezien het begrip "hoofdveroordeling" in artikel 1385*bis* Ger.W. te begrijpen is in tegenstelling tot de veroordeling krachtens dewelke de dwangsom wordt uitgesproken, mag het begrip "hoofdveroordeling" niet worden verward met het begrip "eindveroordeling". Elk bevel van de rechter om iets te doen, iets te geven of iets na te laten kan met een dwangsom kracht worden bijgezet, ook al ligt het niet vervat in een vonnis of arrest waardoor een geschil definitief wordt beslecht¹⁵¹.

¹⁴⁸. Kh. Gent 5 december 2003, TGR 2004, 11.

¹⁴⁹. G. DE LEVAL, "L'instruction sans obstructions" in VERHEYDEN-JEANMART en VAN COMPERNOLLE (eds.), *La preuve*, Colloquium 12 en 13 maart 1987, U.C.L., p. 27; I. MOREAU-MARGREVE, "L'astreinte", *Ann.fac.dr.Lg.* 1982, 65.

¹⁵⁰. D. LINDEMANS, "Het bekomen van de dwangsom", *Tien jaar toepassing van de dwangsom, a.w.*, 1991, nr. 32, p. 69.

¹⁵¹. G. D'HOORE, conclusie voor Beneluxhof 29 november 1993, RW 1993-94, (705), 706, *P&B* 1994, 9, noot D. LINDEMANS en NJ 1994, nr. 371.

Een dwangsom kan worden opgelegd in een vonnis alvorens recht te doen, uiteraard voor zover de rechter daar om gevraagd wordt.

Vorderingen ter zake van de nakoming van een arbeidsovereenkomst kunnen luidens artikel 1385bis laatste lid Ger.W. geen aanleiding geven tot een dwangsom. De tekst van de wet maakt geen onderscheid tussen individuele dan wel collectieve arbeidsovereenkomsten. Meestal wordt geoordeeld dat vorderingen strekkende tot nakoming van collectieve arbeidsovereenkomsten, geen aanleiding kunnen geven tot dwangsommen¹⁵². Soms wordt – ten onrechte – geoordeeld in tegenovergestelde zin: Arbrb. Namen 23 oktober 2003, *JTT* 2004, 125. De wetgever was van oordeel dat er geen plaats was voor dwangsommen in arbeidsverhoudingen. De wet spreekt van “vorderingen ter zake van de nakoming van arbeidsovereenkomsten”, zonder onderscheid tussen individuele dan wel collectieve arbeidsovereenkomsten.

B. Veroordeling om iets te doen, iets te geven of iets na te laten

55. Aan de meeste veroordelingen om iets te doen, iets te geven of iets na te laten kan een dwangsom worden verbonden. Het voorwerp van het rechterlijk verbod of gebod mag ook een recht betreffen waarop nog geen inbreuk is gemaakt, mits dat recht maar ernstig bedreigd is.

Dat beginsel ligt trouwens uitdrukkelijk in het Gerechtelijk Wetboek vervat, met name in artikel 18 tweede lid, luidens hetwelk de rechtsvordering kan worden toegelaten, indien zij, zelfs tot het verkrijgen van een verklaring van recht, is ingesteld om schending van een ernstig bedreigd recht te voorkomen.

C. Voorwaarden waaraan de hoofdveroordeling moet voldoen

1. De opgelegde prestatie moet mogelijk zijn

56. Allereerst moet de prestatie opgelegd aan de veroordeelde mogelijk zijn, aangezien niemand tot het onmogelijke kan worden gehouden¹⁵³.

Het adagium *ultra posse nemo tenetur* vindt in het dwangsomrecht op twee momenten toepassing. Allereerst bij het uitspreken van de veroordeling op straffe van een dwangsom, aangezien de rechter geen verbod of gebod mag opleggen dat door de veroordeelde onmogelijk kan worden nageleefd. De dwangsom, als prikkel die de veroordeelde moet aansporen tot uitvoering in

¹⁵². Zie K. WAGNER, *Dwangsom in APR*, Mechelen, Kluwer, 2003, 181 en de verwijzingen aldaar.

¹⁵³. F. GLANSDORFF: “La légalisation de l’astreinte en droit belge: la loi du 31 janvier 1980 portant approbation de la Convention Benelux du 26 novembre 1973”, *JT* 1980, 312; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, T. VII, a.w., 1931, nr. 789, p. 88.

natura van zijn verplichting, verschilt wezenlijk van de schadevergoeding bij equivalent. Mocht de uitvoering in natura van een verbintenis niet meer mogelijk zijn, zal de debiteur enkel nog gehouden zijn tot vervangende schadevergoeding.

De wetgever voorzag in een aantal waarborgen om te vermijden dat een partij tot het onmogelijke zou worden veroordeeld. Krachtens artikel 1385*bis* derde lid Ger.W. kan een dwangsom niet worden verbeurd voor de betekening van de uitspraak waarbij zij is vastgesteld. Aldus wordt vermeden dat de veroordeelde dwangsommen verbeurt ingevolge een veroordeling die hem niet bekend is of waarvan hem niet bekend is dat de partij die ze bekwam erop staat dat ze wordt uitgevoerd.

Een volgende waarborg ligt vervat in het laatste lid van artikel 1385*bis* Ger.W., krachtens hetwelk de rechter kan bepalen dat de veroordeelde pas na verloop van een zekere termijn de dwangsom zal kunnen verbeuren. De veroordeelde moet voldoende tijd worden gegund om een prestatie die enige tijd vergt behoorlijk te kunnen uitvoeren. Belangrijk is dat de veroordeelde in elk geval over de nodige tijd moet beschikken om aan de verbeurte van de dwangsom te kunnen ontsnappen. Het afbreken van een wederrechtelijk opgericht bouwsel is een klassiek voorbeeld van een prestatie waarvoor de veroordeelde een bepaalde termijn moet worden gegund. Het aanvangspunt van deze termijn kan (wat de dwangsom betreft) in geen geval samenvallen met het ogenblik van de uitspraak. Deze termijn kan ten vroegste beginnen te lopen vanaf de betekening¹⁵⁴. Indien geen aanvangspunt werd vastgesteld, geldt de betekening als vertrekpunt. De termijn wordt in stedenbouwstrafzaken niet zelden bepaald vanaf het in kracht van gewijsde treden van de veroordeling¹⁵⁵. Ondanks het gegeven dat in strafzaken dat tijdstip zich kan bevinden lang vóór de betekening, geldt ook daar dat, wat de dwangsom betreft, enige aan de veroordeelde partij gegunde termijn slechts kan beginnen te lopen vanaf de betekening.

Een tweede moment waarbij tot uiting komt dat niemand tot het onmogelijke kan worden gehouden, is de regeling van artikel 1385*quinquies* Ger.W., op grond waarvan de rechter die een dwangsom heeft opgelegd, haar kan opheffen, opschorten of verminderen indien het voor de veroordeelde tijdelijk of definitief onmogelijk is geworden om aan de hoofdveroordeling te voldoen.

2. *Het moet gaan om een uitspraak waarin een veroordeling vervat ligt*

57. Een dwangsom kan slechts worden verbonden aan een veroordeling om iets te doen, iets te geven of iets niet te doen. Het ligt voor de hand dat geen dwangsom kan worden verbonden aan een vonnis waarin geen veroordeling

¹⁵⁴ E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag* in APR 2001, 52.

¹⁵⁵ Gent 29 maart 1996, TGR 1996, 42; Cass. 4 december 1990, RW 1991-92, 119, noot D. D'HOOGHE.

vervat ligt. Aldus kan geen dwangsom worden verbonden aan een declaratoir vonnis of aan een akkoordvonnis.

Als de rechter daarentegen niet slechts akte neemt van een akkoord tussen partijen, doch daarenboven een of meerdere partijen, op vordering van een of meerdere andere partijen, onder verbeurte van een dwangsom veroordeelt om de bepalingen van het akkoord na te leven, spreekt hij geen akkoordvonnis in de strikte zin van het woord uit. Hij doet in dat geval meer dan akte nemen van het akkoord tot stand gekomen tussen de partijen. De rechter legt in dat geval een veroordeling op aan een of meerdere (eventueel alle) partijen om iets te doen, iets te geven of iets niet te doen. Of de rechter ingaat op het verzoek van de partijen om een dwangsom uit te spreken, en volgens welke modaliteiten, blijft onderworpen aan zijn onaantastbare beoordelingsvrijheid. Een akkoord van beide partijen om de rechter te vragen inbreuken op het akkoord te sanctioneren met een dwangsom, bindt de rechter geenszins.

3. *De fundamentele rechten en vrijheden moeten in acht genomen worden*

58. Veroordelingen onder verbeurte van een dwangsom mogen geen afbreuk doen aan de menselijke waardigheid. In principe mag een dwangsom niet worden opgelegd indien zij ertoe strekt een prestatie af te dwingen waarvan de uitvoering kennelijk zou indruisen tegen de morele, religieuze, artistieke, wetenschappelijke of filosofische overtuigingen van de veroordeelde, tenzij wanneer in de concrete omstandigheden zou blijken dat zulks redelijkerwijze niet opweegt tegen de rechtmatige belangen van de wederpartij.

Het bovenstaande neemt niet weg dat een dwangsom kan worden verbonden aan een normale verplichting uit de rechtsstaat. Aldus werd bijvoorbeeld naar goed recht geoordeeld dat een dwangsom kan worden verbonden aan een verplichting tot eedaflegging en dat een overtuiging als Getuige van Jehova niet kan worden aanvaard als eedbelemmerende hindernis (de eedformule bevat niet eens de aanroeping van enige Godheid)¹⁵⁶.

4. *Verbod van rechtsmisbruik*

59. Indien de uitvoering van de prestatie een onevenredig nadeel zou opleveren voor de veroordeelde, dat manifest niet in verhouding staat tot het voordeel dat de eisende partij uit de uitvoering kan bekomen, is het evenmin aangewezen een dwangsom uit te spreken. De dwangsom mag geen middel zijn om rechtsmisbruik te honoreren.

Men mag nochtans niet te snel besluiten dat er sprake is van rechtsmisbruik, aangezien de dwangsom niet enkel wordt uitgesproken in het belang van de

¹⁵⁶. Vred. Westerlo 17 maart 2000, AJT 1999-2000, 798.

eisende partij, maar ook de versteviging van de autoriteit van de rechterlijke macht beoogt. Rechtsmisbruik kan ter zake enkel voorliggen in flagrante gevallen, waarin geen redelijk mens zich de houding van de eisende partij zou eigen maken (zie voor een toepassing: Gent 22 januari 2004, *P&B* 2004, 75, besproken *supra* onder randnr. 44; nl. het beslist niet-unieke geval van een eiser die bekomt dat de hoofdveroordeling in essentie wordt uitgevoerd, terwijl een onbeduidende inbreuk blijft voortduren, waarna de eiser de veroordeelde daarop niet attendeert en wacht tot de dwangsommen zijn opgelopen tot een zo hoog mogelijk bedrag en na iets minder dan 6 maanden een bevel tot betalen laat betekenen). Zie over rechtsmisbruik tevens *supra*, randnrs. 9, 27, 41 en 44.

D. Veroordeling tot betaling van een geldsom

60. In principe kan geen dwangsom worden gekoppeld aan veroordelingen tot betaling van een geldsom. De ratio van deze uitzonderingsbepaling vervat in artikel 1385*bis* eerste lid tweede volzin Ger.W., is dat de opstellers van de eenvormige Benelux-dwangsomwet ervan uitgingen dat de uitvoering van veroordelingen tot betaling van een geldsom voldoende gewaarborgd wordt door andere executiemiddelen, in het bijzonder het beslag¹⁵⁷. De opstellers van het Benelux-Verdrag waren van oordeel dat de dwangsom, als indirect executiemiddel, principieel overbodig was bij veroordelingen tot betalingen van een geldsom – hoewel dit niet betekent dat een dwangsom overbodig is in alle gevallen waar de eisende partij beschikt over directe executiemiddelen¹⁵⁸ – zodat de eisende partij tot uitvoering kan overgaan zonder medewerking van de debiteur.

Een voorbeeld van een geval dat geldt als een veroordeling tot betaling van een geldsom, zodat daaraan geen dwangsom kan worden verbonden, is een bevel van de kortgedingrechter aan een partij om een geldsom ter beschikking te stellen van een andere partij in het kader van een voorlopige regeling van de contractuele betrekkingen tussen die partijen¹⁵⁹.

Een ander voorbeeld is een rechterlijk bevel aan de belastingadministratie om aan de wederpartij een geldsom terug te betalen die overeenkomt met een belastingtegoed¹⁶⁰. Dit geldt als een veroordeling tot betaling van een geldsom.

¹⁵⁷. Gemeensch. M.v.T., *Parl.St.* Kamer 1977-78, nr. 353, 16.

¹⁵⁸. Zie voor een toepassing: Vred. Jette 6 oktober 2004, *T.App.* en *Immonecht* 2006, 43. Bevel om een pand te verlaten onder verbeurte van een dwangsom, met tegelijk machtiging voor de eisende partij om te laten overgaan tot uitdrijving van de veroordeelde door de gerechtsdeurwaarder.

¹⁵⁹. Beneluxhof 24 mei 2004, www.courbeneluxhof.be, NJ 2004, 4595 en JT 2005, 266; Cass. 28 oktober 2004, JLMB 2005, 813 en *P&B* 2005, 63 (zelfde zaak als Beneluxhof 24 mei 2004, inzake Commerzbank). Zie ook Cass. 28 oktober 2004, www.cass.be (inzake Texaco).

¹⁶⁰. Beneluxhof 24 oktober 2005, www.courbeneluxhof.be; Cass. 2 juni 2006, www.cass.be (zelfde zaak als Beneluxhof 24 oktober 2005).

V. Aanpassing of herziening van de opgelegde dwangsom

A. De mildering van de dwangsom bij onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen

1. Grondslag van de milderingsbevoegdheid

61. Artikel 1385*quinquies* Ger.W. regelt in wezen slechts één (uit verschillende onderdelen samengestelde) aangelegenheid, namelijk de bevoegdheid van de rechter die de dwangsom heeft opgelegd (hierna ook kortweg "de dwangsom-rechter") om matigend op te treden indien er sprake is van een onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de veroordeling onder verbeurte van een dwangsom te voldoen. Deze aangelegenheid, van groot praktisch belang, gaf aanleiding tot een zeer uitvoerige rechtspraak.

De uitgebreidheid van de rechtspraak was onvermijdelijk, aangezien artikel 1385*quinquies* Ger.W. wegens de aard van het erin geregelde onderwerp, slechts als een open norm kon worden verwoord.

2. De rechter die de dwangsom heeft opgelegd

62. De bevoegdheid om recht te spreken op grond van artikel 1385*quinquies* komt krachtens de aanhef van deze bepaling toe aan de rechter die een dwangsom heeft opgelegd, met uitsluiting van enige andere rechter. De wetgever was van oordeel dat de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, het best geplaatst is om de door hem uitgesproken dwangsom te milderen indien er voor de veroordeelde een onmogelijkheid rijst de veroordeling behoorlijk na te leven. Die rechter wordt geacht het best te weten hoe de uitvoering van zijn uitspraak dient te geschieden. Tevens wordt hij geacht het best te kunnen beoordelen of de omstandigheden die de veroordeelde aanvoert om een mildering te verkrijgen, opwegen tegen de redenen die aanleiding hebben gegeven tot de veroordeling tot een dwangsom¹⁶¹.

Als een bepaalde kamer van een rechtbank een dwangsom heeft opgelegd, is die kamer de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, ook al is zij in een later stadium anders samengesteld.

Het instellen van een vordering op grond van artikel 1385*quinquies* Ger.W. heeft geen schorsende werking¹⁶².

¹⁶¹. E. KRINGS, concl. voor Beneluxhof 25 september 1986, RW 1986-87, (1333), 1335, nr. 5.

¹⁶². Beslagn. Gent 31 mei 2005, TMR 2005, (568) 571.

63. Als de rechter in eerste aanleg een dwangsom heeft toegekend, en de rechter in hoger beroep bevestigt het bestreden vonnis zonder meer, dan geldt de rechter in eerste aanleg als de rechter die de dwangsom heeft opgelegd.

64. Als de rechter in eerste aanleg een dwangsom heeft afgewezen, en de rechter in hoger beroep legt wel een dwangsom op, dan dient een vordering gesteund op artikel 1385*quinquies* Ger.W. rechtstreeks gebracht te worden voor de rechter die, zetelend in hoger beroep, de dwangsom heeft opgelegd. Hetzelfde geldt wanneer in eerste aanleg geen dwangsom werd gevraagd en de eisende partij met toepassing van artikel 1385*bis* tweede lid Ger.W. voor het eerst in hoger beroep een dwangsom heeft gevraagd en bekomen.

Als de veroordeelde zijn vordering tot mildering rechtstreeks voor een hof van beroep brengt, in de gevallen waarin het hof van beroep geldt als de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, dan beschikt de in het ongelijk gestelde partij uiteraard niet meer over de mogelijkheid een afwijzend arrest van het hof van beroep aan de beoordeling van een hogere feitelijke instantie te onderwerpen. Hetzelfde geldt in de situatie waarin de rechtbank van eerste aanleg, zetelend in hoger beroep, uitspraak doet over een vordering gesteund op artikel 1385*quinquies* Ger.W. Tegen een dergelijke uitspraak is geen hoger beroep mogelijk, zelfs al heeft de vrederechter nooit uitspraak gedaan op grond van artikel 1385*quinquies* Ger.W.¹⁶³. Dat is niet problematisch, aangezien er volgens vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie geen algemeen rechtsbeginsel bestaat dat een recht op dubbele aanleg zou garanderen¹⁶⁴.

65. In de vorige randnummers werd vermeld wie de rechter is die de dwangsom heeft opgelegd in de eenvoudige gevallen, met name wanneer er in hoger beroep een loutere bevestiging volgt van het bestreden vonnis, of wanneer in hoger beroep voor het eerst een dwangsom wordt opgelegd.

Voor de bevoegdheidsverdeling in de "hard cases", waarin bijvoorbeeld de rechter in hoger beroep het bestreden vonnis gedeeltelijk hervormt, biedt het arrest van het Benelux-Gerechtshof van 15 april 1992 een duidelijk richtsnoer¹⁶⁵.

Het uitgangspunt is dat de appelrechter slechts belast wordt met de beoordeling van nieuw in te leiden geschillen in gevallen waarin dit om bijzondere redenen gewenst is¹⁶⁶. In het algemeen geldt derhalve de rechter in eerste aanleg als de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, in de zin van artikel 1385*quinquies*

¹⁶³. Brussel 30 juni 2000, *JT* 2001, 761; Brussel 7 maart 2003, *JT* 2003, 445.

¹⁶⁴. Zie de verwijzingen bij K. BROECKX, *Het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, Antwerpen, Maklu, 1995, p. 323, noot 2.

¹⁶⁵. Beneluxhof 15 april 1992, *Benelux Jur.*, Deel 13, 91, *RW* 1991-92, 1425, concl. Th.B. TEN KATE, *NJ* 1992, nr. 648, concl. Th.B. TEN KATE.

¹⁶⁶. Th.B. TEN KATE, concl. voor Beneluxhof 15 april 1992, *RW* 1991-92, 1428, nr. 27.

Ger.W.¹⁶⁷. De appelrechter geldt slechts als rechter die de dwangsom heeft opgelegd in de volgende gevallen:

- (1.) In het dictum van de appelbeslissing is uitdrukkelijk uitgesproken dat de appelrechter de uitspraak van de eerste rechter op het stuk van de hoofdveroordeling waaraan een dwangsom was verbonden geheel of ten dele hervormt (uitdrukkelijke hervorming van de hoofdveroordeling);
- (2.) Uit het dictum van de appelbeslissing blijkt onmiskenbaar duidelijk dat de appelrechter de uitspraak van de eerste rechter op het stuk van de hoofdveroordeling waaraan een dwangsom was verbonden geheel of ten dele hervormt (impliciete hervorming van de hoofdveroordeling);
- (3.) De appelrechter houdt de hoofdveroordeling van de eerste rechter weliswaar in stand, doch spreekt een nieuwe hoofdveroordeling uit, gekoppeld aan een nieuwe dwangsom of aan dezelfde dwangsom zoals uitgesproken in eerste aanleg (nieuwe hoofdveroordeling en eventueel nieuwe dwangsom);
- (4.) De appelrechter wijzigt de door de eerste rechter opgelegde dwangsom, uiteraard zonder ze af te schaffen (gewijzigde dwangsom);
- (5.) De appelrechter legt een dwangsom op zonder dat in eerste aanleg een dwangsom werd opgelegd, wegens niet gevorderd of niet toegekend (voor het eerst een dwangsom).

66. In sommige gevallen kan de rechtbank van eerste aanleg, zetelend in hoger beroep tegen een beslissing van de vrederechter (of van de politierechter), gelden als de rechter die de dwangsom heeft opgelegd. De vordering gesteund op artikel 1385*quinquies* dient dan voor de rechtbank van eerste aanleg te worden gebracht. Men zou kunnen argumenteren dat de vordering ingeleid op grond van artikel 1385*quinquies* een nieuwe vordering is, waarover de rechtbank van eerste aanleg – die per hypothese in hoger beroep een dwangsom had opgelegd – als eerste rechter oordeelt, zodat tegen de beslissing nog hoger beroep zou openstaan. Dat laatste wordt echter door de rechtsleer niet aanvaard¹⁶⁸. Immers, de rechtbank van eerste aanleg is in een dergelijke situatie bevoegd op grond van artikel 1385*quinquies* Ger.W., in haar hoedanigheid van rechtbank die de dwangsom heeft opgelegd. Heeft zij de dwangsom opgelegd zetelend in hoger beroep, dan wordt zij geacht uitspraak te doen over de uitspraak op grond van artikel 1385*quinquies* in hoger beroep. Hetzelfde geldt voor de rechtbank van koophandel, wanneer zij zetelt in hoger beroep tegen de in artikel 577 tweede lid Ger.W. omschreven beslissingen van de vrederechter. Dienvolgens staat in zulke gevallen geen hoger beroep open bij het hof van beroep. Dit werd ook door de rechtspraak bevestigd¹⁶⁹.

¹⁶⁷. Beneluxhof 15 april 1992, RW 1991-92, 1430.

¹⁶⁸. G.L. BALLON, *Dwangsom* in APR 1980, p. 73, nrs. 204-206.

¹⁶⁹. Brussel 30 juni 2000, JT 2001, 761; Brussel 7 maart 2003, JT 2003, 445.

67. Er zijn gevallen waarin het arrest van het Benelux-Gerechtshof van 15 april 1992 geen uitsluitel biedt. Het gaat in het bijzonder om de gevallen waarin een onmogelijkheid rijst na de uitspraak in eerste aanleg, maar nog voor de uitspraak in hoger beroep. Vanzelfsprekend stelt het probleem zich enkel als het gaat om een uitspraak die uitvoerbaar bij voorraad is, of indien het gaat om dwangsommen verbeurd tussen de betekening en het ogenblik waarop het rechtsmiddel werd aangewend. Bij de bespreking over de wijze waarop de veroordeelde zijn vordering op grond van artikel 1385*quinquies* aanhangig moet maken, wordt vermeld dat – zolang nog geen uitspraak werd gedaan in hoger beroep – de veroordeelde een keuzerecht heeft tussen enerzijds een dagvaarding voor de rechter die in eerste aanleg de dwangsom heeft opgelegd, of anderzijds een beroep op de voormelde bepaling bij conclusie voor de appelrechter¹⁷⁰.

3. *Dwangsomrechter versus executierechter*

68. De beslagrechter die kennisneemt van een executiegeschil over verbeurde dwangsommen die hij niet zelf heeft opgelegd (d.i. de “executierechter”), is niet bevoegd om de dwangsom op te heffen, te verminderen of om de looptijd ervan op te schorten op grond van een onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen in de zin van artikel 1385*quinquies* Ger.W. Die bevoegdheid is krachtens artikel 1385*quinquies* Ger.W. exclusief voorbehouden aan de rechter die de dwangsom heeft opgelegd (d.i. de “dwangsomrechter”)¹⁷¹.

De bijzonderheden van deze aangelegenheid worden onderzocht bij de bespreking van de taak en de bevoegdheid van de beslagrechter (zie boven randnrs. 14 e.v.).

Het arrest van het Benelux-Gerechtshof van 12 februari 1996 legt artikel 4 eerste lid van de eenvormige Beneluxwet betreffende de dwangsom uit¹⁷².

Het Benelux-Gerechtshof is uiteraard niet bevoegd om zich uit te spreken over het nationale recht en doet aldus in voormeld arrest geen uitspraak over de bevoegdheid van de executierechter ingeval hij vaststelt dat de veroordeelde een voorziening gestoeld op artikel 1385*quinquies* Ger.W. heeft ingeleid of zal inleiden voor de dwangsomrechter. Een arrest van het Hof van Cassatie d.d. 2 mei 1996 is van belang in dat verband¹⁷³. Het Hof laat namelijk *expressis verbis* de mogelijkheid open van “maatregelen van bewarende aard die hij [d.i. de executierechter] kan treffen wanneer hij van oordeel is dat de dwangsomrechter desgevraagd één van de in artikel 1385*quinquies* genoemde voorzieningen zal treffen”.

¹⁷⁰. Zie voor een toepassing: Rb. Charleroi 4 februari 2004, *JLMB* 2004, 753. Bepaalde rechtspraak verwerpt dit keuzerecht: Voorz. Kh. Dendermonde 16 augustus 2005, *RW* 2005-06, 1150.

¹⁷¹. Zie voor een toepassing: Gent 22 april 2003, *TMR* 2003, 630.

¹⁷². Beneluxhof 12 februari 1996, nr. A94/3, “Leslee Sports/Snauwaert”, *RW* 1995-96, 1298, concl. JANSSENS DE BISTHOVEN en *Casebook* 20 jaar dwangsom, nr. 163.

¹⁷³. Cass. 2 mei 1996, *RW* 1996-97, 656, verwijzende noot.

De "bewarende maatregel" bij uitstek die de executierechter kan bevelen wanneer de veroordeelde zich heeft of zal beroepen op een onmogelijkheid in de zin van artikel 1385*quinquies* Ger.W., is een schorsing van de tenuitvoerlegging totdat uitspraak zal gedaan zijn over de voorziening op grond van artikel 1385*quinquies* Ger.W. De schorsing van de tenuitvoerlegging kan verbonden worden aan de voorwaarde dat die voorziening binnen een bepaalde periode moet worden ingeleid. Het opleggen van zo'n voorwaarde is aangewezen ingeval de voorziening nog niet aanhangig is bij de sluiting van de debatten voor de executierechter, omdat de veroordeelde partij anders zou kunnen blijven stilzitten.

4. *Op vordering van de veroordeelde*

69. Opdat de dwangsomrechter de bevoegdheid neergelegd in artikel 1385*quinquies* Ger.W. zou kunnen uitoefenen, moet de veroordeelde hem dat vragen. Dat is ook logisch in het systeem van de eenvormige Beneluxwet op de dwangsom, aangezien de executierechter de dwangsom, eenmaal zij verbeurd is, niet meer kan milderen. Op het ogenblik dat de dwangsomrechter zijn veroordeling uitspreekt onder verbeurte van een dwangsom, is de onmogelijkheid hem per definitie niet bekend. Als de dwangsomrechter een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom zou uitspreken in de wetenschap dat de hoofdveroordeling door de veroordeelde niet of niet tijdig kan worden uitgevoerd, zou hij het voorwaardelijk karakter van de dwangsom, zoals neergelegd in artikel 1385*bis* Ger.W., miskennen. Wanneer na de uitspraak een onmogelijkheid rijst (of bekend geraakt), zal in de meeste gevallen de rechtsmacht van de dwangsomrechter uitgeput zijn, zodat een nieuwe vordering moet worden ingeleid.

De instelling van een voorziening op grond van artikel 1385*quinquies* Ger.W. is niet aan een termijn onderworpen. Het komt voor dat de voorziening tot mildering van de dwangsom pas wordt aangewend jaren na de uitspraak en lang na het verstrijken van alle termijnen voor de aanwending van een rechtsmiddel. Niets verzet zich daartegen. De afwezigheid van een termijn impliceert evenwel niet dat men zich nog zou kunnen beroepen op artikel 1385*quinquies* Ger.W. op het moment dat de normale verzetsmogelijkheden in een tenuitvoerlegging op grond van verbeurde dwangsommen reeds uitgeput zijn. Immers, indien een bevel betekend wordt ter invordering van verbeurde dwangsommen, moet de veroordeelde per definitie op dat ogenblik weten dat de behoorlijke uitvoering van de prestatie onmogelijk was.

70. In de meerderheid der gevallen wordt een vordering tot mildering op grond van artikel 1385*quinquies* ingeleid bij dagvaarding. Dat is evenwel niet noodzakelijkerwijze de weg om zo'n vordering aanhangig te maken¹⁷⁴. Het kan zijn dat de onmogelijkheid blijkt na de uitspraak in eerste aanleg, maar nog voor de

¹⁷⁴. Arbh. Luik (afd. Namen) 12 februari 2008, *Soc.Kron.* 2008, 486.

beëindiging van de rechtsstrijd in hoger beroep. In dat geval kan de vordering worden ingeleid bij conclusie¹⁷⁵. Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 27 oktober 1988 bevestigd dat het appelgerecht, dat kennis neemt van het hoger beroep tegen een beslissing waarbij een dwangsom werd opgelegd, moet onderzoeken of de mogelijkheid voorzien in artikel 1385*quinquies* dient te worden benut, wanneer het appelgerecht de dwangsom bevestigt en de veroordeelde zich beroept op de onmogelijkheid om de hoofdveroordeling na te leven¹⁷⁶.

Het hoger besproken criterium zoals aangereikt door het Benelux-Gerechtshof in zijn arrest van 15 april 1992, blijft zonder invloed op de situatie beoogd in het cassatiearrest van 27 oktober 1988. Hieruit volgt dat, wanneer de appelrechter een loutere bevestiging uitspreekt, men *stricto sensu* nog niet weet of hij de bevoegdheid zoals voorzien in artikel 1385*quinquies* kan uitoefenen. Lapidair uitgedrukt, kan hij dit wel indien de veroordeelde artikel 1385*quinquies* inroept bij conclusie (of in de akte van hoger beroep), doch niet wanneer de voorziening op grond van artikel 1385*quinquies* wordt ingeleid bij dagvaarding. Of nog: wanneer de appelrechter een loutere bevestiging heeft uitgesproken, moet een voorziening op grond van artikel 1385*quinquies* worden ingeleid bij de rechter die in eerste aanleg de dwangsom had opgelegd. Wanneer de appelrechter daarentegen een loutere bevestiging zal uitspreken, is hij (doch niet uitsluitend hij) bevoegd om uitspraak te doen op grond van artikel 1385*quinquies*, na daartoe door de veroordeelde gevorderd te zijn bij conclusie of in de akte van hoger beroep. Aangezien de veroordeelde per definitie niet weet of de rechter in hoger beroep een loutere bevestiging zal uitspreken, blijft ook de rechter die de dwangsom in eerste aanleg had opgelegd, bevoegd om kennis te nemen van een vordering ingeleid bij dagvaarding op grond van artikel 1385*quinquies*¹⁷⁷. Zolang geen uitspraak gedaan is in hoger beroep, heeft de veroordeelde derhalve de keuze om te dagvaarden op grond van artikel 1385*quinquies* voor de rechter die de dwangsom had opgelegd in eerste aanleg, of om zich te beroepen op die bepaling in zijn conclusie (of in de akte van hoger beroep) voor de rechter in hoger beroep¹⁷⁸. In het bijzonder wanneer hoger beroep hangende is tegen een beschikking gewezen in kort geding, kan de rechtszekerheid slechts gebaat zijn met een snelle nieuwe beslissing van de voorzitter aangaande een onmogelijkheid, gerezen ingevolge omstandigheden die de voorzitter niet bekend waren op het ogenblik dat hij de dwangsom oplegde.

Het alhier bepleite keuzerecht van de veroordeelde vindt steun in de door K. BROECKX besproken beginselen inzake de devolutieve werking¹⁷⁹. Aangezien de

¹⁷⁵. De vordering kan ook worden ingeleid bij verzoekschrift tot hoger beroep: Arbh. Luik (afd. Namen) 12 februari 2008, *Soc.Kron.* 2008, 486.

¹⁷⁶. Cass. 27 oktober 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, I, 242.

¹⁷⁷. Voorz. Kh. Brussel 28 oktober 1994, *JT* 1995, 154.

¹⁷⁸. Zie voor een toepassing van dit keuzerecht: Rb. Charleroi 4 februari 2004, *JLMB* 2004, 753. De rechtbank zetelde als appelrechter m.b.t. een hoger beroep tegen een vonnis van de vrederechter, en aanvaardde dat het debat over de onmogelijkheid gevoerd werd voor de appelrechter.

¹⁷⁹. Er is niettemin rechtspraak waarin dit keuzerecht expliciet verworpen wordt: Arbh. Luik (afd. Namen) 12 februari 2008, *Soc.Kron.* 2008, 486; Voorz. Kh. Dendermonde 16 augustus 2005, *RW* 2005-06, 1150.

partijen zelf de perken bepalen waarbinnen de appelrechter uitspraak moet doen over de aan de eerste rechter voorgelegde betwisting, staat het de veroordeelde vrij om ook na het instellen van hoger beroep, een vordering op grond van artikel 1385*quinquies* Ger.W. bij dagvaarding in te leiden voor de eerste rechter.

De bevoegdheid van de rechter in eerste aanleg is gesteund op artikel 1385*quinquies* Ger.W., dat de bevoegdheid om uitspraak te doen over een vordering tot mildering wegens onmogelijkheid toevertrouwt aan de rechter die de dwangsom heeft opgelegd. De bevoegdheid van de rechter in hoger beroep is gesteund op het gegeven dat die rechter, op grond van zijn beslissing, de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, kan worden, zodat hij toepassing kan maken van artikel 1385*quinquies* Ger.W. Indien daarentegen de appelrechter, nadat de veroordeelde in de akte van hoger beroep of bij conclusie toepassing vorderde van artikel 1385*quinquies* Ger.W., beslist dat de dwangsom moet worden opgeheven wegens onmogelijkheid, moet men toegeven dat de appelrechter eigenlijk nooit een dwangsom heeft opgelegd, ook niet volgens de criteria zoals aangereikt door het Benelux-Gerechtshof in het arrest van 12 februari 1996. Strikt gezien is een volledige opheffing (i.t.t. een vermindering) door de appelrechter van een in eerste aanleg opgelegde dwangsom, wegens later gebleken onmogelijkheid, geen toepassing van artikel 1385*quinquies* Ger.W. Conceptueel gezien gaat het eigenlijk om een toepassing van artikel 1385*bis* Ger.W., omdat de appelrechter die een dwangsom volledig opheft nooit "de rechter die een dwangsom heeft opgelegd" wordt. Toch is de appelrechter, indien de veroordeelde ervoor kiest hem de kwestie voor te leggen, bevoegd om kennis te nemen van een verzoek tot mildering van de dwangsom ingevolge een onmogelijkheid gerezen na de initiële uitspraak, aangezien hij in ieder geval op het ogenblik van zijn uitspraak "de rechter die een dwangsom heeft opgelegd" in de zin van artikel 1385*quinquies* kan worden. Als de appelrechter in het licht van de inhoud van zijn uitspraak nooit die rechter wordt, kan een argument dat melding maakt van een onmogelijkheid in de zin van artikel 1385*quinquies*, alleszins gelden als een omstandigheid die het opleggen van een dwangsom niet opportuun maakt. In het laatste geval is de appelrechter bevoegd op grond van artikel 1385*bis* Ger.W. om de in eerste aanleg uitgesproken dwangsom op te heffen. Gelet op de evolutieve aard van de procesverhouding, mag de rechter in hoger beroep oordelen over het geschil zoals dat sedert de inleiding van het geding geëvolueerd is¹⁸⁰. De rechter mag derhalve rekening houden met feiten die zich na het eerste vonnis hebben voorgedaan¹⁸¹.

Van belang is derhalve dat de appelrechter die verbeurde dwangsommen opheft wegens onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen, moet kunnen gelden als de rechter die de dwangsom heeft opgelegd (volgens de criteria aangereikt door het arrest Beneluxhof van 12 februari 1996). Artikel 1385*quinquies* Ger.W. kan m.a.w. door de appelrechter slechts worden toege-

¹⁸⁰. K. BROECKX, *a.w.*, p. 288, nr. 633.

¹⁸¹. K. BROECKX, *a.w.*, p. 281, nr. 618.

past indien hij de dwangsommen slechts *gedeeltelijk* opheft en hij door zijn uitspraak kan gelden als de rechter die de dwangsom heeft opgelegd. De appelrechter die niet geldt als rechter die de dwangsom heeft opgelegd doch wel, met toepassing van artikel 1385*quinquies* Ger.W., de dwangsom volledig opheft, miskent voormelde wetsbepaling¹⁸². De appelrechter kan de dwangsom slechts volledig opheffen op grond van artikel 1385*bis* Ger.W., bijvoorbeeld door vast te stellen dat die wetsbepaling door de eerste rechter geschonden werd, of door vast te stellen dat het opleggen van een dwangsom *ab initio* niet opportuun was.

5. *Wijze van aanpassing*

a. *Opheffing*

71. In sommige gevallen kan een opheffing van de dwangsom aangewezen zijn. Uit de tekst van artikel 1385*quinquies* blijkt dat de wetgever met "opheffing" van de dwangsom de gehele opheffing van alle reeds verbeurde dwangsommen bedoelt, ofwel de gehele opheffing van de bijkomende veroordeling tot de dwangsom als zodanig. De eerste soort opheffing is een kwijtschelding voor het verleden, die echter niet verder in het verleden kan terugreiken dan het ogenblik waarop de onmogelijkheid ontstaan is. De tweede soort opheffing houdt in dat ook in de toekomst geen dwangsom meer zal kunnen worden verbeurd. Het gaat dan om een gehele afschaffing van een dwangsom in een bepaalde procesverhouding, die evenmin als de eerste vorm van opheffing verder in het verleden kan teruggrijpen dan het tijdstip waarop de onmogelijkheid ontstaan is.

Beide soorten opheffing zijn mogelijk in alle situaties van onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen. In theorie kan de rechter bijgevolg een opheffing toestaan bij een gedeeltelijke of een tijdelijke onmogelijkheid. Zoiets lijkt slechts te rechtvaardigen indien de eisende partij na het uitspreken van de hoofdveroordeling op laakbare wijze gehandeld heeft.

b. *Opschorting van de looptijd van de dwangsom*

72. De opschorting van de looptijd van de dwangsom houdt in dat aan de veroordeelde meer tijd gegund wordt. Praktisch gesproken komt de opschorting van de looptijd van de dwangsom op het volgende neer. Ofwel heeft de rechter de veroordeelde reeds een bepaalde termijn toegekend om de prestatie uit te voeren, en dan komt een opschorting van de looptijd van de dwangsom neer op een verlenging van die termijn. Ofwel heeft de rechter geen termijn toegekend, maar blijkt naderhand dat er eigenlijk wel een termijn nodig was om aan de veroordeling te kunnen voldoen. In dat geval betekent een opschorting van de looptijd van de dwangsom dat het tijdstip vanaf hetwelk de dwangsom kan

¹⁸². Cass. 15 mei 1998, *Arr. Cass.* 1998, 256 en *Pas.* 1998, 256; Luik 18 november 2004, *RRD* 2005, 28.

worden verbeurd (d.w.z. de datum van de betekening als het gaat om een dwangsom per inbreuk met onmiddellijke ingang, of de dag na de betekening, als het gaat om een dwangsom per dag vertraging) naar een later tijdstip wordt verschoven.

c. Vermindering

73. De vermindering van de dwangsom onderscheidt zich van de opheffing door haar gedeeltelijk karakter. Zij is daarom vooral bij een gedeeltelijke onmogelijkheid aangewezen. In het bijzonder wanneer de houding van de veroordeelde, spijs een gedeeltelijke of tijdelijke onmogelijkheid, toch nog laakbaar is, lijkt een vermindering aangewezen.

6. De onmogelijkheid

a. Het begrip onmogelijkheid

74. Artikel 1385*quinquies* Ger.W. vindt zijn grondslag in de billijkheid. Deze wetsbepaling is een toepassing van het beginsel *nemo ad impossibile tenetur potest*. Hetzelfde beginsel vindt men ook in de verwoording *ultra posse nemo tenetur*. Niemand kan tot het onmogelijke gehouden worden.

De dwangsom is een prikkel bedoeld om de veroordeelde tot behoorlijke uitvoering van een rechterlijk gebod of verbod aan te sporen.

75. De tragiek van het "wel willen maar niet kunnen" staat centraal in artikel 1385*quinquies* Ger.W. Het begrip onmogelijkheid (niet kunnen) is het kernbegrip van deze wetsbepaling.

Onder het voorbehoud dat de onmogelijkheid die de veroordeelde aan eigen gebrek aan zorgvuldigheid te danken heeft, niet geldt als onmogelijkheid in de zin van artikel 1385*quinquies* Ger.W.¹⁸³, heeft het begrip onmogelijkheid dezelfde (ruime en niet-vastomlijnde) betekenis als in het dagelijkse spraakgebruik¹⁸⁴. Zie voor een geval waarin de veroordeelde zich door zijn eigen optreden in een moeilijke situatie gebracht heeft: Corr. Gent 20 juni 1997, TGR 1997, 233.

Als iemand onmogelijk een bepaalde prestatie kan verrichten, betekent dit dat het onredelijk zou zijn van die persoon de uitvoering van die prestatie te verlangen. Wie van iemand het onmogelijke verlangt, wenst van de betrokkene

¹⁸³. Cass. 14 oktober 2004, RW 2005-06, 859, noot C. CAUFFMAN en RCJB 2005, 717, noot O. MIGNOLET; Corr. Antwerpen 17 februari 2004, TMR 2005, 227; Corr. Leuven 13 december 1999, TMR 2000, 403; S. DE TAEYE, "De dwangsom wegens stedenbouwmisdrijf: een maatregel die beklijft" (noot onder Antwerpen 16 oktober 2001), AJT 2001-02, 525.

¹⁸⁴. Brussel 2 mei 1989, JLMB 1990, 377, noot P. KILESTE; G.L. BALLON, "Problemen i.v.m. het verbeuren en verhalen van opgelegde dwangsommen" (noot onder Antwerpen 9 februari 1998), AJT 1998-99, 397.

een inspanning te bekomen die groter is dan de inspanning die de vragende partij redelijkerwijze zelf zou wensen te leveren¹⁸⁵.

Het begrip onmogelijkheid moet niet moet worden begrepen in absolute termen. Wanneer bijvoorbeeld de veroordeelde gebod wordt opgelegd om een zonder vergunning gebouwde reusachtige varkensstal af te breken en de bebouwde oppervlakte in de oorspronkelijke staat te herstellen, moet men niet gaan speculeren over de vraag hoeveel tijd absoluut nodig is om de prestatie mogelijk te maken. Als bijvoorbeeld vijfhonderd arbeiders dag en nacht werken, is misschien maar heel weinig tijd nodig om de prestatie te verrichten. Zulke overwegingen zijn irrelevant bij de beoordeling van de onmogelijkheid in de zin van artikel 1385*quinquies* Ger.W.

Steeds onder het voorbehoud dat de onmogelijkheid die de veroordeelde geheel of gedeeltelijk aan eigen opzet of nalatigheid te danken heeft, strenger beoordeeld wordt, mag men de vraag of iets onmogelijk is, gelijkstellen met de vraag of iets *redelijkerwijze* onmogelijk is. Wanneer de rechter meent dat volgens het standpunt van de eisende partij redelijkerwijze meer inspanningen vereist zijn dan de eisende partij zelf bereid zou zijn te leveren, mag hij vaststellen dat er sprake is van een onmogelijkheid in de zin van artikel 1385*quinquies* Ger.W. Er is met andere woorden sprake van onmogelijkheid in de zin van artikel 1385*quinquies* Ger.W. indien het onredelijk zou zijn om meer inspanning en zorgvuldigheid van de veroordeelde te vergen dan hij heeft betracht¹⁸⁶.

Een loutere verslechtering van de situatie van de veroordeelde, of het loutere feit dat de te leveren prestatie moeilijker geworden is dan ten tijde van het opleggen van de dwangsom, volstaat niet opdat er een onmogelijkheid zou voorliggen¹⁸⁷.

Volledigheidshalve mag nog worden opgemerkt dat de onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen, de enige omstandigheid is waarin een dwangsom kan worden gemilderd op grond van artikel 1385*quinquies* Ger.W. Zelfs al is er geen sprake van een weloverwogen bedoeling van de veroordeelde om een rechterlijk gebod of verbod te miskennen, doch de niet- of niet-tijdige uitvoering van de hoofdveroordeling is het loutere gevolg van een vergissing van de veroordeelde, dan kan de dwangsom niet op grond van artikel 1385*quinquies* Ger.W. gemilderd worden¹⁸⁸.

76. De vraag of er in een bepaald geval sprake is van onmogelijkheid (evenals de vraag welke gevolgen daaraan verbonden dienen te worden) is een feitenkwestie, onderworpen aan de onaantastbare beoordeling van de feitenrechter¹⁸⁹. De cassatierechter kan op die beoordeling niettemin een marginale toetsing

¹⁸⁵. Vgl. Hof 's-Gravenhage 21 mei 1992, *NJ* 1993, nr. 238.

¹⁸⁶. Hof 's-Gravenhage 21 mei 1992, *NJ* 1993, nr. 238; Beneluxhof 25 september 1986, *RW* 1986-87, 1333, concl. E. KRINGS; Hoge Raad der Nederlanden 13 juni 2003, *NJ* 2003, 4054.

¹⁸⁷. Arbh. Antwerpen 18 november 1985, *Soc.Kron.* 1986, 82.

¹⁸⁸. Cass. 3 november 1994, *RW* 1994-95, 1436.

¹⁸⁹. Cass. 28 oktober 2008, www.cass.be; Brussel 30 mei 2000, *Casebook 20 jaar dwangsom*, nr. 183; Kh. Antwerpen 5 januari 1994, *RW* 1994-95, 752.

uitoefenen: hij kan dus wel beslissen dat uit de elementen die de feitenrechter in beschouwing heeft genomen, deze wettig heeft kunnen afleiden dat de behoorlijke verrichting van de opgelegde prestatie onmogelijk was¹⁹⁰.

77. Artikel 1385*quinqüies* Ger.W. bepaalt in zijn laatste lid dat de rechter de dwangsom niet kan opheffen of verminderen voor zover de dwangsom verbeurd was voordat de onmogelijkheid intrad. Zie voor een toepassing van die regel: Antwerpen 24 april 2003, *NJW* 2003, 1003.

b. Aard van de onmogelijkheid

78. Uit het vorige randnummer blijkt dat de onmogelijkheid in artikel 1385*quinqüies* Ger.W. geen absolute onmogelijkheid is, doch wel relatieve onmogelijkheid die wordt afgemeten volgens de maatstaf van wat redelijkerwijze onmogelijk is.

Het bewijs van het bestaan van een onmogelijkheid is het bewijs van een rechtsfeit, dat met alle middelen van recht kan worden geleverd, met inbegrip van getuigen en vermoedens¹⁹¹.

De onmogelijkheid kan van velerlei aard zijn. Er kan sprake zijn van een materiële onmogelijkheid, een juridische onmogelijkheid¹⁹², of uitzonderlijk zelfs van een morele onmogelijkheid¹⁹³. Het aanvaarden van een morele onmogelijkheid moet nochtans met grote omzichtigheid geschieden, aangezien men niet mag zwichten voor allerlei chicanes van de veroordeelde. Als bijvoorbeeld een ex-echtgenote veroordeeld wordt om loyaal mede te werken aan de uitoefening van een omgangsrecht van de andere ouder met een gemeenschappelijk kind, en zij ontdekt dat de vader gedurende de periode dat hij zijn omgangsrecht uitoefent het kind klaarblijkelijk mishandelt, zou er een situatie kunnen voorliggen waarin het voor de veroordeelde moreel onmogelijk is de rechterlijke veroordeling behoorlijk na te leven. De veroordeelde zou uiteraard het bewijs moeten leveren van haar beweringen.

Een juridische onmogelijkheid werd aanvaard door het Benelux-Gerechtshof in zijn arrest van 25 mei 1999. Het Hof verklaarde in deze zaak voor recht dat van onmogelijkheid in de zin van artikel 1385*quinqüies* Ger.W. sprake kan zijn in de situatie dat bij een eerste vonnis in kort geding waartegen geen hoger beroep is ingesteld een met een dwangsom versterkt verbod is uitgesproken om zich te gedragen in strijd met de verplichtingen uit een overeenkomst zolang die overeenkomst niet rechtsgeldig is beëindigd, en de veroordeelde dit verbod niet nakomt, nadat en omdat die veroordeelde een uitspraak in kort geding – uitvoerbaar bij voorraad – heeft verkregen van dezelfde voorzitter, als gevolg

¹⁹⁰. E. KRINGS, concl. voor Beneluxhof 25 september 1986, nr. A 84/5, *Benelux Jur.*, Deel 7, 17, *RW* 1986-87, 1333 en *NJ* 1987, nr. 909, noot W.H.H.

¹⁹¹. Brussel 30 mei 2000, *Casebook 20 jaar dwangsom*, nr. 183.

¹⁹². Brussel 7 december 1999, *Casebook 20 jaar dwangsom*, nr. 182.

¹⁹³. Arbh. Luik (afd. Namen) 12 februari 2008, *Soc.Kron.* 2008, 486.

waarvan hij is ontslagen van de verplichtingen uit de overeenkomst zoals bedoeld in het eerste vonnis, en wel voor wat betreft de periode dat het tweede vonnis, waarvan de wederpartij van de veroordeelde in hoger beroep was gekomen, nog niet was vernietigd¹⁹⁴.

79. De zgn. *putatieve onmogelijkheid* (de veroordeelde meende behoorlijk te hebben gepresteerd; ofwel meende de veroordeelde dat sprake was van een onmogelijkheid om behoorlijk te presteren, die in werkelijkheid niet bestond) wordt hier beknoptheidshalve niet in detail besproken. Zie meer hierover: K. WAGNER, *Dwangsom* in APR, Mechelen, Kluwer, 2003, nr. 167, p. 153 e.v. Samengevat wordt aldaar de lat gelegd op het niveau van de *verschoonbare dwaling* (*erreur excusable*). Er is sprake van een verschoonbare dwaling als mag worden aangenomen dat een redelijk persoon in dezelfde omstandigheden ook zou hebben gedwaald¹⁹⁵. Zie voor een toepassingsgeval: Brussel 25 september 2003, JT 2004, 385. In het geciteerde arrest wordt – op het eerste gezicht – een strengere toets gehanteerd en wordt de lat gelegd op het niveau van de *onoverwinnelijke dwaling* (*erreur invincible*). De onoverwinnelijke dwaling is – volgens sommigen – een dwaling die zou zijn begaan door eenieder, zelfs door de meest voorzichtige en bedachtzame persoon¹⁹⁶.

Er zijn twee mogelijkheden: (1) ofwel is die invulling van het begrip “onoverwinnelijke dwaling” te streng, of (2) ofwel is het vereisen van onoverwinnelijke dwaling vooraleer sprake kan zijn van putatieve onmogelijkheid te streng. Immers: als de veroordeelde redelijkerwijze kon aannemen (1) dat hij behoorlijk heeft gepresteerd, of (2) dat de uitvoering van de hoofdveroordeling (voor het overige, dus naast datgene wat hij desgevallend reeds heeft gedaan) onmogelijk was – waarbij die overtuiging in de beide gevallen gesteund was op een dwaling die de eisende partij in dezelfde omstandigheden geplaagd ook had kunnen begaan, handelend op normaal zorgvuldige wijze – dan zou het onredelijk zijn van de veroordeelde een grotere inspanning te verlangen. Dan is er m.a.w. sprake van (putatieve) onmogelijkheid. Nochtans betekent het voorgaande niet dat het hof van beroep te Brussel in het aangehaalde arrest van 25 september 2003 manifest te streng zou hebben geoordeeld, want men vereist weliswaar een “*erreur invincible*”, doch men preciseert: “*L'impossibilité peut être putative, c'est-à-dire consister en une erreur du débiteur qui pense, à tort, avoir satisfait, intégralement et à temps, à la condamnation principale. Cela n'est cependant possible qu'en cas d'erreur invincible, c'est-à-dire si l'erreur n'est pas attribuable à la faute de la partie qui l'invoque; pour s'en assurer le juge doit vérifier si, vu les circonstances de l'affaire, le comportement de cette partie est ou non usuel et raisonnable*”¹⁹⁷. Kortom, in die – m.i. correcte – interpretatie van het begrip

¹⁹⁴. Beneluxhof 25 mei 1999, zaak A 97/2, *Benelux Jur.*, Deel 20, 2, concl. STRIKWERDA, RW 1999-2000, 914, concl. STRIKWERDA, noot E. DIRIX, NJ 2000, nr. 14, concl. STRIKWERDA, noot H.J.S. en *Ars Aequi* 2000, 49, noot G. RUTGERS.

¹⁹⁵. W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 120.

¹⁹⁶. C. CAUFFEMAN, “*De vertrouwensleer*”, *Comm. Bijz. Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., 19.

¹⁹⁷. Brussel 25 september 2003, JT 2004, 385.

“onoverwinnelijke dwaling” wordt dat begrip eigenlijk een perfect synoniem van het begrip “verschoonbare dwaling”. Het is dus niet verkeerd te stellen dat voor putatieve onmogelijkheid een onoverwinnelijke dwaling wordt vereist, op voorwaarde dat men aanvaardt dat het begrip onoverwinnelijke dwaling een synoniem is van verschoonbare dwaling. Hoe daarentegen de “de meest voorzichtige en bedachtzame persoon” handelt (*cf.* CAUFFMAN), is m.i. rehtens niet relevant. Wie het begrip “onoverwinnelijke dwaling” invult aan de hand van dat criterium, geeft aan dat begrip een nutteloze invulling.

c. *Onmogelijkheid versus overmacht*

80. Het begrip onmogelijkheid van artikel 1385*quinquies* Ger.W. moet niet worden verward met overmacht¹⁹⁸. Wat redelijkerwijze onmogelijk is, levert niet noodzakelijkerwijze een situatie van overmacht op. De beoordeling van overmacht is strenger dan de beoordeling van onmogelijkheid. Als de veroordeelde te goeder trouw meende volledig te hebben gepresteerd conform het rechterlijk gebod of verbod onder verbeurte van een dwangsom, waarbij ieder redelijk mens in dezelfde omstandigheden geplaatst eveneens zou hebben gemeend volledig te hebben gepresteerd, dan kan er sprake zijn van onmogelijkheid, doch niet noodzakelijkerwijze van overmacht.

De onmogelijkheid in de zin van artikel 1385*quinquies* Ger.W. dient niet te voldoen aan de vereisten die in het burgerlijk recht voor overmacht worden gesteld. 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* was¹⁹⁹. Onvoorzienbaarheid en onontkoombaarheid zijn niet vereist opdat er sprake zou kunnen zijn van onmogelijkheid in de zin van artikel 1385*quinquies* Ger.W. Het volstaat dat de onmogelijkheid in genen dele aan het gedrag van de veroordeelde te wijten is.

d. *Blijvende of tijdelijke onmogelijkheid*

81. Het belang van de uitdrukkelijke vermelding in de wet van zowel de blijvende als de tijdelijke onmogelijkheid, is er voornamelijk in gelegen dat de wetgever heeft willen aanstippen dat ook tijdelijke onmogelijkheid kan volstaan opdat de rechter de dwangsom zou kunnen matigen. De wijze waarop de rechter de dwangsom matigt (geheel opheffen, gedeeltelijk verminderen), is niet afhankelijk van de aard van de onmogelijkheid. Tijdelijke onmogelijkheid kan aanleiding geven tot gehele opheffing van de dwangsom.

Bij een blijvende onmogelijkheid, heeft de rechter in theorie wel de bevoegdheid om een opschorting van de looptijd van de dwangsom uit te spreken, doch daarin lijkt een zekere ongerijmdheid verscholen te liggen.

¹⁹⁸. E. DIRIX, “Dwangsom en overmacht (noot onder Beneluxhof 25 mei 1999), RW 1999-2000, 916.

¹⁹⁹. Brussel 30 mei 2000, *Casebook 20 jaar dwangsom*, nr. 183.

Zodra vaststaat dat de onmogelijkheid in genen 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 is. Zie voor een toepassing waarbij sprake was van "blijvende en totale onmogelijkheid", met gehele opheffing van de dwangsom als gevolg: Antwerpen 15 januari 2001, *T.Gez.* 2001-02, 163.

e. *Gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid*

82. Met de uitdrukkelijke vermelding in de wet van zowel de gehele als de gedeeltelijke onmogelijkheid, heeft de wetgever willen benadrukken dat ook gedeeltelijke onmogelijkheid aanleiding kan geven tot mildering van de dwangsom. Gedeeltelijke onmogelijkheid kan aanleiding geven tot gehele opheffing van de dwangsom. Als de houding van de veroordeelde niettegenstaande de gedeeltelijke onmogelijkheid toch laakbaar is, ofschoon zij niet de grondslag vormt van de gedeeltelijke onmogelijkheid, lijkt een gedeeltelijke vermindering meer aangewezen dan een volledige opheffing. Gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid die geheel of gedeeltelijk te wijten is aan gebrek aan zorgvuldigheid van de veroordeelde, heeft in beginsel de verbeurte van de dwangsom tot gevolg, zonder mogelijkheid tot enige mildering op grond van artikel 1385^{quinquies} Ger.W.²⁰⁰.

Literatuurlijst

- BALLON, G.L., *Dwangsom* in *APR*, Gent, Story-Scientia, 1980, 110 p.
- BALLON, G.L., "De veroordeling onder verbeurte van een dwangsom op het domein van het handels- en het economisch recht" in C.I.E.A.U. (ed.), *Dix ans d'application de l'astreinte/Tien jaar toepassing van de dwangsom*, Brussel, Créadif, 1991, 217.
- BALLON, G.L., "Dwangsom en akkoordvonnis" (noot onder Voorz. Kh. Luik 21 februari 1991) in H. DE BAUW (ed.), *Jaarboek handelspraktijken 1991*, Brussel, Story-Scientia, 1992, 545.
- BALLON, G.L., "Problemen i.v.m. het verbeuren en verhalen van opgelegde dwangsommen" (noot onder Antwerpen 9 februari 1998), *AJT* 1998-99, 396.
- BALLON, G.L., "De veroordeling onder verbeurte van een dwangsom op het domein van het handels- en het economisch recht" in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 61.

²⁰⁰. Zie ook: Beneluxhof 29 april 2008, www.courbeneluxhof.be, dat besproken wordt onder randnr. 12 *supra*; Cass. 17 oktober 2008, www.cass.be; N. CLIJMANS, "De beoordeling in de tijd van de onmogelijkheid om aan de veroordeling onder dwangsom te voldoen" (noot onder Cass. 17 oktober 2008), *RABG* 2009, 371.

- BALLON, G.L., "Het verbeuren van een dwangsom voor verboden vermeldingen die voorkomen op een webpagina" (noot onder Antwerpen 30 november 1999), *AJT* 1999-2000, 944.
- BEEKHOVEN VAN DEN BOEZEM, M.B., *De dwangsom in het burgerlijk recht*, proefschrift RU Groningen, Serie Burgerlijk procesrecht & Praktijk, Deventer, Kluwer, 2007.
- BOLS, P., "De dwangsomvordering volgens het nieuwe decreet op de ruimtelijke ordening" (noot onder Arbitragehof 28 maart 2002), *RW* 2002-03, 1161.
- BREWAEYS, E., "Wat is een termijn om een proceshandeling te stellen?", *P&B* 2006, 253.
- BROECKX, K., "Actuele knelpunten inzake beslag – Executie van dwangsommen" in ORDE VAN ADVOCATEN TE KORTRIJK (ed.), *Sancties en nietigheden*, Brussel, Larcier, 2003, 333.
- CLIJMANS, N., "De beoordeling in de tijd van de onmogelijkheid om aan de veroordeling onder dwangsom te voldoen" (noot onder Cass. 17 oktober 2008), *RABG* 2009, 371.
- CLOSSET-MARCHAL, G., "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), *TBBR* 1992, 416.
- COMPAGNION, B. en SAUDOYEZ, A.-F., "L'astreinte et le droit de la famille", *Divorce* 2005, 69.
- DAVID-CONSTANT, S., "La fin d'une disgrâce: l'avènement de l'astreinte en droit belge", *Etudes dédiées à Alex Weill*, Parijs, Dalloz, 1983, 191.
- DE LEVAL, G., "Observations sur l'astreinte" (noot onder Voorz. Luik 2 juli 1980), *JL* 1980, 241.
- DE LEVAL, G. en VAN COMPERNOLLE, J., "Les problèmes posés par l'exécution de l'astreinte" in C.I.E.A.U. (ed.), *Dix ans d'application de l'astreinte*, Brussel, Créadif, 1991, 237.
- DE LEVAL, G., "Le contentieux suscité par le recouvrement de l'astreinte. Bref aperçu de la jurisprudence récente" in G. DE LEVAL en J. VAN COMPERNOLLE (eds.), *Saisies et astreinte*, Luik, Formation permanente CUP, 2003, 195.
- DENYS, M., "De dwangsom in de stedenbouw" in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 169.
- DE TAEYE, S. en WEYMEERSCH, W., *Procedures voor de Raad van State*, Gent, Mys & Breesch, 2000, 369 p.
- DE TAEYE, S., "De herstellplicht en de dwangsomvordering in de monumenten- en ruimtelijkeorderingsregelgeving", *TROS* 2000, 53, *err. TROS* 2000, 144.

- DE TAEYE, S., "De dwangsom wegens stedenbouwmisdrijf: een maatregel die beklijft" (noot onder Antwerpen 16 oktober 2001), *AJT* 2001-02, 524.
- DE VROEDE, P. en BALLON, G., "De dwangsom, met overzicht van de toepassing door de stakingsrechters" in P. DE VROEDE en G. BALLON (eds.), *Handelspraktijken*, Antwerpen, Kluwer, 1986, 733.
- DE WILDE, A., "De dwangsom en stedenbouwmisdrijven" in JURA FALCONIS. (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 181.
- D'HOOGHE, D. en SCHUTYSER, B., "De administratieve dwangsom" in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 133.
- DHOORE, A.-M., "Een jaar toepassing van de dwangsom/Een onderzoek van de rechtspraak", *RW* 1981-82, 302. Dezelfde tekst verscheen ook in het Frans: "Un an d'application de l'astreinte/Un examen de la jurisprudence", *JT* 1981, 534.
- DIRIX, E., "Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom" in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 37, ook verschenen (in het Nederlands en in het Frans) in *De Gerechtsdeurwaarder/L'Huissier de Justice*, 1998, 61.
- DIRIX, E., "Dwangsom en overmacht" (noot onder Beneluxhof 25 mei 1999), *RW* 1999-2000, 914.
- GLANSDORFF, F., "Pour un meilleur usage du produit des astreintes" in X, *Liber amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la resolution des conflits. Utopie ou réalité?*, Brussel, Larcier, 2007, 323.
- GRELLA, V., "Quelques questions particulières en matière d'astreinte", *Rechtskroniek voor de vrede- en politierechters* 2009, 467.
- GULDIX, E., "De dwangsom eindelijk legaal", *T.Vred.* 1980, 129.
- FRAIPONT, P., "Le pouvoir du juge correctionnel d'assortir d'astreinte une condamnation ordonnant la remise en état des lieux" (noot onder Beneluxhof 6 februari 1992), *JLMB* 1992, 589.
- JONGBLOED, A.W., *De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht*, Lelystad, Vermande, 1991, 183 p.
- JONGBLOED, A.W., *De privaatrechtelijke dwangsom*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2007, 117 p.
- KOHL, A., "Astreinte et production de documents dans le cadre de la fixation du montant d'une pension alimentaire" (noot onder Rb. Luik 14 februari 1991), *JLMB* 1991, 974.
- LAENENS, J., "De verjaring van de dwangsom" (noot onder Beslagr. Brussel 8 oktober 1991), *RW* 1993-94, 234.

- LAENENS, J., "Procedureaspecten" in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 29.
- LAGASSE, D., "L'astreinte et le droit administratif en droit belge" in C.I.E.A.U. (ed.), *Dix ans d'application de l'astreinte*, Brussel, Créadif, 1991, 79.
- LEFRANC, P., "De dwangsomrechter in stedenbouwdelicten" (noot onder Gent 25 juni 2004), *TMR* 2005, 109.
- LEWALLE, P., "L'astreinte garantie de l'efficacité des arrêts d'annulation prononcés par le Conseil d'Etat. Examen du droit français et du droit belge" in X, *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Parijs, Dalloz, 1992, 579.
- LINDEMANS, D., "Het bekomen van de dwangsom" in C.I.E.A.U. (ed.), *Tien jaar toepassing van de dwangsom*, Brussel, Créadif, 1991, 51.
- LOOSVELDT, F. "De dwangsom: reikwijdte, toepassingsgebied en enkele betwistingen ter zake", *AJT-Dossier* 1994-95, 93.
- LUST, S., "De Raad van State en de dwangsom. Enkele beschouwingen naar aanleiding van het arrest A.S.B.L. Ligue Royale belge pour la protection des oiseaux, nr. 55.155 van 13 september 1995", *RW* 1996-97, 381.
- MAES, B., "Vanaf welk tijdstip is een dwangsom verbeurd bij een veroordeling wegens een stedenbouwmisdrijf met herstel in de vorige staat binnen een bepaalde termijn?" (noot onder Cass. 28 maart 2003), *RABG* 2003, 975.
- MALENGREAU, X., "L'introduction de l'astreinte en droit belge", *RGAR* 1981, nr. 10348.
- MIGNOLET, O., "La concomitance de l'astreinte et de la condamnation principale", *JT* 2007, 453.
- MIGNOLET, O., "La révision de l'astreinte: une impossible équation?" (noot onder Cass. 14 oktober 2004), *RCJB* 2005, 726.
- MOREAU-MARGRÈVE, I., "L'astreinte", *Ann.fac.dr.Lg.* 1982, 11.
- MOREAU-MARGRÈVE, I., "Principes généraux" in C.I.E.A.U. (ed.), *Dix ans d'application de l'astreinte*, Brussel, Créadif, 1991, 9.
- NYSSSEN, B., "L'astreinte et le droit social" in C.I.E.A.U. (ed.), *Dix ans d'application de l'astreinte*, Brussel, Créadif, 1991, 191.
- OPDEBEEK, I., *De Raad van State en de dwangsom*, Verslagboek van de studieavond van 7 december 1992 over de wijzigingen aan de Raad van State-wet, Antwerpen, Centrum voor Beroepsvervolmaking in de rechten, z.d., 45 p.
- PANIER, C., "Le pouvoir d'appréciation souveraine du juge statuant sur une demande d'astreinte" (noot onder Benelux Hof 17 december 1992 en Cass. 22 april 1993), *JLMB* 1993, 1012.

- PATART, D., "L'astreinte judiciaire et l'astreinte devant le Conseil d'Etat", *Ann.dr.Louvain* 1998, 79.
- PITEUS, K., "Dwangsom verminderen of maximum bepalen? Enkele knelpunten", *NJW* 2003, 1327.
- POULEAU, V., "Astreinte et droit familial", *JT* 1987, 201.
- RASSCHAERT, W., "De opheffing van de dwangsom en de regularisatievergunning" (noot onder Antwerpen 14 juni 2002), *RABG* 2003, 86.
- RENCHON, J.-L., "Le recours à l'astreinte dans les relations familiales", *RTDF* 1986, 297.
- RENCHON, J.-L., "L'astreinte et le droit de la famille" in C.I.E.A.U. (ed.), *Dix ans d'application de l'astreinte*, Brussel, Créadif, 1991, 149.
- RONSE, J., "De dwangsom in het Belgische recht" in VERENIGING VOOR DE VERGELIJKENDE STUDIE VAN HET RECHT VAN BELGIË EN NEDERLAND (ed.), *Jaarboek 1961-1962 – VIII*, Antwerpen, Zwolle, De Sikkel, Tjeenk Wilink, s.d., 107-117.
- ROOSEMONT, M., "Het vereiste van betekening voor de verbeuring van de dwangsom" (noot onder Antwerpen 19 oktober 1999), *RW* 1999-2000, 1191.
- SCHOORS, T. en DEBAENE, P., "De dwangsom in een grensoverschrijdende context", *RW* 2005-06, 1001.
- SCHUTYSER, B. en D'HOOGHE, D., "De administratieve dwangsom" in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 133.
- SENAEVE, P., "De dwangsom", Commentaar bij de artikelen 1385bis-1385nonies Ger.W., *Commentaar Personen- en Familierecht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, losbl., 34 p.
- SENAEVE, P., "De dwangsom in het personen- en familierecht" in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 83.
- SENAEVE, P. en ONKELINX, G., "Overzicht van rechtspraak (1995-2003) – De aanwending van de dwangsom inzake huwelijk en echtscheiding", *EJ* 2003, 150.
- STERCKX, D., "Difficultés de l'inventaire et astreintes" (noot onder Vred. Anderlecht 17 oktober 2006), *Rev.not.b.* 2007, 228.
- STORME, M., "De dwangsom", *RW* 1962-63, 1321.
- STORME, M., "Een revolutionaire hervorming: de dwangsom", *TPR* 1980, 222, ook verschenen in: STORME, M. (ed.), *Procesrecht vandaag*, Antwerpen, Kluwer, 1980, 222.
- STORME, M., noot onder Brussel 22 april 1980, *RW* 1981-82, 335.

- STORME, M., "Interpretatie van de Eenvormige Wet op de dwangsom" (noot onder Benelux Hof 9 juli 1981), *RW* 1981-82, 308.
- STORME, M., "Les astreintes" in A. FETTWEIS en E. GUTT (eds.), *Les voies conservatoires et d'exécution – Bilan et perspectives*, Brussel, Jeune Barreau, 1982, 195.
- STORME, M., "De dwangsom: einde van een nachtmerrie bij weekendbezoek van de kinderen", *RW* 1982-83, 311.
- STORME, M., "De dwangsom herbezocht" in W. HEEMSKERK *et al.* (eds.), *Een goede procesorde. Opstellen aangeboden aan Mr. W. L. Haardt*, Deventer, Kluwer, 1983, 125.
- STORME, M., "De titel van de dwangsom" (noot onder Beslagr. Gent 24 januari 1983), *RW* 1983-84, 1423.
- STORME, M., "L'astreinte en droit belge: six ans d'application" in CENTRE INTERUNIVERSITAIRE DE DROIT COMPARÉ (éd.), *Rapports belges (vol. 1) au XII^e Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 1986, 209.
- STORME, M., "Een decennium dwangsom" in M. STORME (ed.), *Procederen in nieuw België en komend Europa*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 327.
- STORME, M., "De dwangsom in Europees perspectief" in C.I.E.A.U. (ed.), *Tien jaar toepassing van de dwangsom*, Brussel, Créadif, 1991, 141.
- STORME, M., "In de ban van de dwangsom" in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 15.
- TOLLENAERE, V., "De verjaring van de dwangsom: de stuiting" (noot onder Luik 30 april 1999), *TBBR* 2001, 300.
- VAN COMPERNOLLE, J. en DE LEVAL, G., "Les problèmes posés par l'exécution de l'astreinte" in C.I.E.A.U. (ed.), *Dix ans d'application de l'astreinte*, Brussel, Créadif, 1991, 237.
- VAN COMPERNOLLE, J., "Astreinte", *Rép.not.*, Brussel, Larcier, 1992, T. XIII, boek IV, afd. 6, 91 p.
- VAN COMPERNOLLE, J. en MIGNOLET, O., "L'astreinte: règles générales et champ d'application" in G. DE LEVAL en J. VAN COMPERNOLLE (eds.), *Saisies et astreinte*, Luik, Formation permanente CUP, 2003, 195.
- VAN COMPERNOLLE, J., "L'astreinte", Brussel, Larcier, 2007, 106 p.
- VANDERHAEGHEN, A., "Nakoming van hoofdveroordeling en vordering van intrest op terug te betalen dwangsommen" (noot onder Antwerpen 5 februari 2008), *NJW* 2009, 456.

- VANDERHAEGHEN, A., "Bevoegdheid van de dwangsomrechter" (noot onder Beneluxhof 27 juni 2008), *NJW* 2009, 27.
- VANDERMERSCH, M., "Incidence sur l'astreinte de la réformation en appel de la décision entreprise" (noot onder Brussel 4 november 1993), *TBBR* 1995, 234.
- VAN DER PLANCKE, V., "Harcèlement et astreinte" (noot onder Brussel 12 januari 1999), *Div.Act.* 2002, 84.
- VAN HERREWEGHE, V., "Wasdom van de dwangsom" (noot onder Cass. 17 juni 1994), *R.Cass.* 1994, 319.
- VAN HOOGENBEMT, H., "De dwangsom in arbeidsgeschillen" in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 117.
- VANLERSBERGHE, P., "De dwangsomrechter en de betekeningsvereiste" (noot onder Cass. 7 november 2005), *RABG* 2006, 379.
- VANLERSBERGHE, P., "Restitutieplicht na vernietiging in hoger beroep van een uitvoerbare titel en bevoegdheid van de rechter in kort geding tot het opleggen van een dwangsom tot nakoming van deze restitutieplicht" (noot onder Voorz. Kh. Kortrijk 12 september 2003), *RABG* 2003, 1009.
- VAN MULLEN, J., "Vers une légalisation de l'astreinte en droit belge?", *JT* 1977, 37.
- VANSANT P., "Hersteltermijn en dwangsomtermijn: één termijn met twee gedaanten" (noot onder Cass. 23 maart 2003), *TMR* 2003, 611.
- VANSANT P., "Hersteltermijn en dwangsomtermijn alias uitvoeringstermijn en respijttermijn ná het arrest van het Benelux-Gerechtshof van 16 december 2004: de fata morgana van de duale termijn dan toch doorprikt" (noot onder Beneluxhof 16 december 2004), *TMR* 2005, 278.
- VANSANT, P., "Verbeuring van de dwangsom en betekening van het verwerpings-arrest in strafzaken" (noot onder Cass. 28 maart 2003), *TMR* 2003, 615.
- VERBEKE, R., "Noodzakelijke betekenings na (cassatie)beroep tegen een beslissing waarbij een dwangsom wordt opgelegd" (noot onder Cass. 28 maart 2003), *RABG* 2003, 986.
- VERHELST, I., "De dwangsom in het arbeidsrecht" (noot onder Cass. 30 november 1998), *Rec.Cass.* 1999, 157.
- VERNIMME, I., "De stuiting van de verjaring van de dwangsom ingevolge een bevel tot betaling en de onmogelijkheid aan verplichtingen onder verbeurde van een dwangsom te voldoen" (noot onder Brussel 6 april 1995), *AJT* 1995-96, 172.
- WAGNER, K., "Commentaar bij de artikelen 1385bis-1385nonies Ger.W.", *Commentaar Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Kluwer, 1999, losbl., 186 p.

- WAGNER, K., "Over de verjaring van de dwangsom" (noot onder Cass. 8 april 1999), *Rec.Cass.* 2000, 8. W
- WAGNER, K., "Feiten die een misdrijf opleveren kunnen worden verboden op straffe van een dwangsom, ook in een latere uitspraak" (noot onder Rb. Brussel 24 november 1999), *RW* 2000-01, 60. W
- WAGNER, K., "Een dwangsom kan worden opgelegd in een latere procedure" (noot onder Vred. Sint-Kwintens-Lennik 13 december 1999), *AJT* 2000-01, 472. W
- WAGNER, K., *Casebook 20 jaar dwangsom*, Gent, Mys & Breesch, 2001, 576 p. W
- WAGNER, K., "Welke rechter kan een dwangsom in een latere procedure opleggen: over het keuzerecht tussen de eerste rechter, de appelrechter, of de ingevolge de algemene bevoegdheidsregels bevoegde rechter" (noot onder Brussel 20 november 2000), *P&B* 2001, 139. W
- WAGNER, K., "Dwangsom en omgangsregeling" (noot onder Antwerpen 8 februari 2000), *AJT* 2001-02, 334. W
- WAGNER, K., "Geen dwangsom kan worden verbeurd vóór de betekening van de uitspraak waarbij zij is vastgesteld, doch een ingebrekestelling, aanmaning of bevel is geenszins vereist" (noot onder Gent 26 juni 2001), *AJT* 2001-02, 459. X,
- WAGNER, K., "Dwangsommen uitgesproken op vordering van het openbaar ministerie komen toe aan het ambt van het openbaar ministerie" (noot onder Antwerpen 27 september 2000), *RW* 2001-02, 789.
- WAGNER, K., "De beslagrechter die uitspraak doet in een executiegeschil over verbeurde dwangsommen, vermag een onderzoeksmaatregel te bevelen met het oog op de vaststelling van het precieze aantal inbreuken" (noot onder Cass. 25 september 2000), *P&B* 2001, 114.
- WAGNER, K., "Dwangsom en onmogelijkheid", *NJW* 2002, 228.
- WAGNER, K., "(1) Zowel de dwangsomrechter als de beslagrechter zijn bevoegd om vast te stellen dat de hoofdveroordeling behoorlijk werd nageleefd; (2) Maximering van de dwangsom door de appelrechter (met name bij naleving naar de geest maar niet naar de letter)" (noot onder Antwerpen 30 juli 2002), *P&B* 2002, 291.
- WAGNER, K., *Dwangsom in APR*, Mechelen, Kluwer, 2003, 225 p.
- WAGNER, K., "Dwangsom en uitvoerings- of respijttermijn" (noot onder Beneluxhof 25 juni 2002), *P&B* 2003, 47.
- WAGNER, K., "Dwangsom en de januskop van de uitvoerings- en respijttermijn" (noot onder Cass. 28 maart 2003), *RW* 2004-2005, 137.

- WAGNER, K., "De exceptie van gewijsde is een onbestaande klip in de latere procedure gericht op het bekomen van een bevel onder verbeurte van een dwangsom om zich te gedragen conform een vroegere veroordeling" (noot onder Voorz. Kh. Kortrijk 12 september 2003), *TRV* 2004, 358.
- WAGNER, K., "Dwangsom en het betekenisvereiste bij cassatie in strafzaken" (noot onder Cass. 28 maart 2003), *RW* 2004-05, 382.
- WAGNER, K., "Actuele problemen inzake de dwangsom", *Goed Procesrecht – goed procederen 2002-2003*, Kluwer, 2004, 85.
- WAGNER, K., "Het lot van de dwangsom na regularisatie van een stedenbouwkundige inbreuk" (noot onder Antwerpen 14 februari 2007 en Besl. Mechelen 20 april 2007), *P&B* 2009, 101.
- WAGNER, K., "Maatregelen onder verbeurte van een dwangsom: nauwkeurig te formuleren, zonder overdracht van rechtsmacht", *RW* 2009-10, 578.
- WAGNER, K., "The coercive civil fine ('astreinte') in Belgium" in A. JONGBLOED (ed.), *Astreinte and imprisonment for debt* in M. STORME & P. MEIJKNECHT (series eds.), *Procedural law in the European Union*, Kluwer Law International, ter perse.
- X, "Loyale medewerking aan een deskundig onderzoek kan worden bevolen onder verbeurte van een dwangsom" (noot onder Besl. Brussel 18 januari 2000), *AJT* 1999-2000, 654.

© Groep De Boeck NV, Brussel, 2010
Departement Larcier Gent
Coupure Rechts 298 – 9000 Gent

Verantwoordelijke uitgever: Georges Hoyos, Afgevaardigd bestuurder, Groep De Boeck

Opmaak: proxess.be

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

ISBN: 978-2-8044-3943-9

Depot: 2010/0031/135

Inhoudstafel

Voorwoord	III
Dwangsom 2003-2009	I
Kris WAGNER	
De instaatstelling van de zaak	81
Eric BREWAEYS	
De bevrijdende verjaring: een stand van zaken.	97
Stefan RUTTEN	
Bewarend beslag in vogelvlucht.	115
Dirk SCHEERS	
Voorlopige tenuitvoerlegging en kantonement na uitvoerend beslag	141
Karen BROECKX	
Deskundigenonderzoek in een moderne procesvoering: volstaan de wetten van 15 mei 2007 en 30 december 2009?	171
Patrick HOFSTRÖSSLER	
De nieuwe sanctieleer: gemiste kansen?	203
Bruno MAES	
De devolutive werking van het hoger beroep	223
PIET Taelman	

MEESTER VAN HET PROCES

topics gerechtelijk recht

Permanente Vorming 2009-2010

EDITOR:

VLAAMSE CONFERENTIE BIJ DE BALIE TE ANTWERPEN

AUTEURS:

Kris WAGNER (Advocaat bij de balie te Brussel)

Eric BREWAEYS (Staatsraad, Docent Procesrecht Vrije Universiteit Brussel)

Stefan RUTTEN (Professor Gerechtelijk recht Universiteit Antwerpen)

Dirk SCHEERS (Beslagrechter Rechtbank van eerste aanleg Antwerpen, Lector Plantijn Hogeschool Antwerpen)

Karen BROECKX (Raadsheer hof van beroep Gent en Hoofddocent Universiteit Gent)

Patrick HOFSTRÖSSLER (Advocaat balies Antwerpen en Brussel)

Bruno MAES (Professor Vrije Universiteit Brussel, Advocaat Hof van Cassatie)

Piet Taelman (Decaan en Professor Universiteit Gent, vakgroep Procesrecht, Arbitrage en Internationaal Privaatrecht)



MEESTER VAN HET PROCES

De Vlaamse Conferentie bij de Balie te Antwerpen organiseert jaarlijks een hoogstaand en praktijkgericht vormingsprogramma.

Voor de permanente vorming in het gerechtelijk jaar 2009-2010 koos de Vlaamse Conferentie bij de Balie te Antwerpen als centrale thema het "gerechtelijk recht". Dit boek bundelt de diverse bijdragen van de studiemiddagen die werden georganiseerd.

Wie dit boek uitleest, wordt meteen 'Meester van het Proces'.

Inhoud:

- *Dwangsom 2003-2009*, Kris WAGNER, Advocaat bij de balie te Brussel
- *De instaatstelling van de zaak*, Eric BREWAEYS, Staatsraad, Docent Procesrecht Vrije Universiteit Brussel
- *De bevrijdende verjaring: een stand van zaken*, Stefan RUTTEN, Professor Gerechtelijk recht aan de Universiteit Antwerpen
- *Bewarend beslag in vogelvlucht*, Dirk SCHEERS, Beslagrechter in de Rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen, Lector Plantijn Hogeschool Antwerpen
- *Voorlopige tenuitvoerlegging en kantonement na uitvoerend beslag*, Karen BROECKX, Raadsheer hof van beroep Gent en Hoofddocent Universiteit Gent
- *Deskundigenonderzoek*, Patrick HOFSTRÖSSLER, Advocaat bij de balies te Antwerpen en Brussel
- *De nieuwe sanctieleer: gemiste kansen?*, Bruno MAES, Professor aan de Vrije Universiteit Brussel, Advocaat bij het Hof van Cassatie
- *Hoger beroep*, Piet Taelman, Decaan en Professor Universiteit Gent, vakgroep Procesrecht, Arbitrage en Internationaal Privaatrecht

Eerder verschenen in deze reeks bij Larcier:

- Kort Geding (2009)

 **larcier**
www.larcier.com

MEEPROC

ISBN: 978-2-8044-3943-9



9 782804 439439