

ALGEMENE PRAKTISCHE RECHTSVERZAMELING

DWANGSOM

Kris WAGNER
Instituut voor Gerechtelijk Recht K.U. Leuven
Advocaat

2003



E.Story-Scientia

In deze verhandeling is de stof bijgehouden tot 1 december 2002

ISBN 90 5928 163 2

D 2003 2664 13

© 2003, Kluwer uitgevers

Raghen Business Park

Motstraat 30

B-2800 Mechelen

Tel.: 0800/14500 (gratis oproepnummer)

www.kluwer.be

Behoudens de uitdrukkelijk bij Wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvuldigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande en schriftelijke toestemming van de uitgever.

Inhoud

	Blz.
INHOUD	V
AFKORTINGEN EN CITEERWIJZEN	XI
LIJST VAN VERKORT GECITEERDE LITERATUUR	XIII
LITERATUURLIJST	XV
	Nrs.
Hfdst. I ALGEMEEN	1-4
Afd. I BEGRIPPEN	1-2
§ 1. Definitie	1
§ 2. Terminologie	2
Afd. II ONTSTAANSGESCHIEDENIS	3-4
§ 1. Toestand in België voor de invoering van de Eenvormige Wet	3
§ 2. Eenvormige Benelux-Wet betreffende de dwangsom	4
Hfdst. II RECHTSAARD	5-16
Afd. I INDIRECT EXECUTIEMIDDEL	5-6
Afd. II VOORWAARDELIJKHEID	7
Afd. III BIJKOMENDE VEROORDELING	8
Afd. IV DEFINITIEF KARAKTER	9-11
Afd. V DRUKKINGSMIDDEL ZONDER INDEMNITAIR KARAKTER	12-14
§ 1. De dwangsom is een drukkingsmiddel dat niet strekt tot vergoeding van schade	12-13
§ 2. De dwangsom heeft geen invloed op de schadebegroting	14
Afd. VI PRIVATE STRAF	15-16
Hfdst. III DE VEROORDELING TOT DE DWANGSOM	17-119
Afd. I ONAANTASTBARE BEOORDELINGSBEVOEGDHEID VAN DE RECHTER	17-38
§ 1. Omschrijving	17-19
§ 2. De rechter kan niet ambtshalve een dwangsom opleggen	20-21
§ 3. De rechter kan de dwangsom ambtshalve verhogen	22
§ 4. Wijze van vaststelling van hoogte en modaliteiten van de dwangsom	23-24
§ 5. Motiveringsplicht	25
§ 6. Invloed van andere maatregelen	26

§ 7.	Het verlenen van een termijn	27-34
§ 8.	Bepaling van een maximum	35-36
§ 9.	Over de vrees dat de veroordeelde zijn verplichting niet zal nakomen	37-38
Afd. II	BEVOEGDE RECHTER	39-61
§ 1.	Algemene opmerkingen	39
§ 2.	Voorzitter	40-41
§ 3.	Taak en bevoegdheid van de beslagrechter inzake dwangsommen	42-55
§ 4.	Strafrechter	56-59
§ 5.	Arbiters	60
§ 6.	Raad van State	61
Afd. III	AAN WIE KAN EEN DWANGSOM WORDEN OPGELEGD?	62-75
§ 1.	Natuurlijke persoon	62-66
§ 2.	Onbekenden	67-68
§ 3.	Feitelijke vereniging	69
§ 4.	Rechtspersoon: problematiek van de hulppersonen	70
§ 5.	Bestuur	71
§ 6.	Prestatie van een derde	72-74
§ 7.	Hoofdelijke schuldenaars	75
Afd. IV	IN WELKE STAND VAN HET GEDING KAN EEN DWANGSOM WORDEN GEVORDERD?	76-82
§ 1.	Verzet of hoger beroep	76
§ 2.	Cassatie	77
§ 3.	De latere procedure gericht op het verkrijgen van een dwangsom	78-82
Afd. V	VERBEURTE VAN DE DWANGSOM	83-116
§ 1.	Betekenisvereiste	83
	A. Probleemstelling	83
	B. Kennisgeving geldt niet als betekening	84
	C. Berusting of akkoord maakt betekening niet overbodig	85-86
	D. Welke partij moet betekenen?	87
	E. Geen dwangsom kan worden verbeurd voor de betekening	88-95
	F. Hoger beroep en (nieuwe) betekening	96-97
§ 2.	Niet voldoen aan de hoofdveroordeling	98
§ 3.	Bewijsregeling	99-103
§ 4.	Invloed van redelijkheid en billijkheid	104-106
§ 5.	Dwangsom vastgesteld op een bedrag ineens	107
§ 6.	Dwangsom per tijdseenheid	108
§ 7.	Dwangsom per inbreuk	109-112
	A. Algemeen	109
	B. Een voortdurende inbreuk versus de voortdurende reeks inbreuken	110-111
	C. Gevallen waarin onduidelijk is wanneer een nieuwe handeling een nieuwe inbreuk oplevert	112
§ 8.	De invloed van een later aangewend rechtsmiddel of van een latere bodemprocedure	113-116
Afd. VI	VEREFFENING VAN DE DWANGSOM	117-119
§ 1.	Verbeurde dwangsommen komen toe aan de partij die de veroordeling bekam	117-118
§ 2.	Een nieuwe titel is niet vereist	119

Hfdst. IV	HOOFDVEROORDELINGEN DIE AL DAN NIET MET EEN DWANGSOM VERSTERKT KUNNEN WORDEN	120-143
Afd. I	BEGRIIP HOOFDVEROORDELING	120-122
Afd. II	VEROORDELING OM IETS TE DOEN, IETS TE GEVEN OF IETS NA TE LATEN	123-124
Afd. III	VOORWAARDEN WAARAAN DE HOOFDVEROORDELING MOET VOLDOEN	125-132
	§ 1. De opgelegde prestatie moet mogelijk zijn	125
	§ 2. Het moet gaan om een uitspraak waarin een veroordeling vervat ligt	126
	§ 3. De fundamentele rechten en vrijheden moeten in acht genomen worden	127-131
	§ 4. Verbod van rechtsmisbruik	132
Afd. IV	VEROORDELING TOT BETALING VAN EEN GELDSOM	133-138
	§ 1. Strikte interpretatie	133-136
	§ 2. Afgifte van een bepaalde geldsom	137
	§ 3. Betaling binnen een bepaalde termijn	138
Afd. V	HET AFLEGGEN VAN EEN EED	139
Afd. VI	BEVEL TOT PERSOONLIJKE VERSCHIJNING	141
Afd. VII	WETENSCHAPPELIJKE EN ARTISTIEKE PRESTATIES	143
Hfdst. V	AANPASSING OF HERZIENING VAN DE OPGELEGDE DWANGSOM	144-174
Afd. I	MILDERING VAN DE DWANGSOM BIJ ONMOGELIJKHEID OM AAN DE HOOFDVEROORDELING TE VOLDOEN	144-169
	§ 1. Grondslag van de milderingsbevoegdheid	144
	§ 2. De rechter die de dwangsom heeft opgelegd	145-150
	§ 3. Dwangsomrechter versus executierechter	151
	§ 4. Op vordering van de veroordeelde	152-153
	§ 5. Wijze van aanpassing	154-156
	A. Opheffing	154
	B. Opschorting van de looptijd van de dwangsom	155
	C. Vermindering	156
	§ 6. Onmogelijkheid	157-163
	A. Het begrip onmogelijkheid	157-159
	B. Aard van de onmogelijkheid	160
	C. Onmogelijkheid versus overmacht	161
	D. Blijvende of tijdelijke onmogelijkheid	162
	E. Gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid	163
	§ 7. Enkele belangrijke soorten toepassingsgevallen van onmogelijkheid	164-168
	A. De dwaling in het algemeen	165
	B. Dwaling voorafgaand aan een interpretatieve of verbeterende beslissing	166
	C. Putatieve onmogelijkheid	167-168
	§ 8. Geen vereffening naar Frans model	169
Afd. II	MILDERING VAN DE DWANGSOM BIJ OVERLIJDEN	170-174
	§ 1. Overlijden van de veroordeelde	171

§ 2.	Verbeurte van de dwangsom door de erfgenamen of andere recht-verkrijgenden	172
§ 3.	Mildering van de dwangsom na overlijden	173
§ 4.	Overlijden van de eisende partij	174
Hfdst. VI	FAILLISSEMENT VAN DE VEROORDEELDE	175-176
Afd. I	TIJDENS HET FAILLISSEMENT VAN DE VEROORDEELDE WORDEN GEEN DWANGSOMMEN VERBEURD	175
Afd. II	VERBEURDE DWANGSOMMEN WORDEN NIET TOT HET PAS-SIEF TOEGELATEN	176
Hfdst. VII	VERJARING VAN DE DWANGSOM	177-201
Afd. I	GRONDSLAG, AARD EN VOORWERP VAN DE VERJARINGS-TERMIJN VAN ZES MAANDEN	177-182
§ 1.	Grondslag	177
§ 2.	Aard	178-179
§ 3.	Tijdstip waarop men het middel van de verjaring kan opwerpen	180
§ 4.	Voorwerp	181-182
Afd. II	VERTREKPUNT VAN DE VERJARINGSTERMIJN	183-189
§ 1.	Vertrekpunt van de verjaring van de dwangsom in het algemeen	183
§ 2.	Vertrekpunt van de verjaring van de dwangsom zonder maximum	184-188
§ 3.	Vertrekpunt van de verjaring wanneer de rechter een maximum heeft opgelegd	189
Afd. III	BEREKENINGSWIJZE VAN DE TERMIJN	190-192
Afd. IV	SCHORSING VAN DE VERJARING IN HET ALGEMEEN	193-194
Afd. V	DE BIJZONDERE SCHORSINGSREGELS VAN ARTIKEL 1385OC-TIES, TWEDE EN DERDE LID, GER. W.	195-198
§ 1.	Faillissement	195
§ 2.	Ieder wettelijk beletsel voor de tenuitvoerlegging van de dwangsom	196
§ 3.	De eisende partij kon redelijkerwijze niet bekend zijn met de ver-beurte der dwangsom	197-198
Afd. VI	STUITING VAN DE VERJARING	199-201
Hfdst. VIII	BEVOEGDHEID EN APPELLABILITEIT	202-205
Afd. I	DE DWANGSOM HEEFT GEEN INVLOED OP DE BEPALING VAN DE RECHTERLIJKE BEVOEGDHEID	202
Afd. II	DWANGSOM EN APPELLABILITEIT	203-205
Hfdst. IX	DE DWANGSOM IN ENKELE AFZONDERLIJKE RECHTSTAKKEN	206-230
Afd. I	DWANGSOM IN HET SOCIAAL RECHT	206-213
§ 1.	Uitvoering van arbeidsovereenkomsten	209-212
§ 2.	Afgifte van sociale documenten	213

INHOUD

IX

Afd. II	DWANGSOM IN HET PERSONEN- EN FAMILIERECHT	214-221
	§ 1. Dwangsom en het recht van de persoon op lichamelijke integriteit	214-216
	§ 2. Dwangsom in het familierecht	217-221
Afd. III	DWANGSOM OP HET TERREIN VAN RUIMTELIJKE ORDENING EN STEDENBOUW	222-226
Afd. IV	DWANGSOM IN HET INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT	227-230
	§ 1. Buitenlandse veroordelingen	227-228
	A. Het EEX is niet van toepassing	227
	B. Het EEX vindt toepassing	228
	§ 2. Gevolgen van een Belgische veroordeling onder dwangsom in het buitenland	229-230
	A. Verbeurte van de dwangsom	229
	B. Invordering van verbeurde dwangsommen	230
Hfdst. X	RAAD VAN STATE EN BESTUURLIJKE DWANGSOM	231-244
Afd. I	DE CONTROVERSE VOORAFGAAND AAN HET ARREST VAN HET BENELUX-GERECHTSHOF VAN 1 JULI 1988	231
Afd. II	INVOERING VAN DE WET VAN 17 OKTOBER 1990	232
Afd. III	ANNULATIEBEROEP	233-242
	§ 1. Toepassingsvoorwaarden	233-234
	§ 2. Procedure	235-242
Afd. IV	VORDERING TOT SCHORSING	243-244
		Blz.
ZAAKREGISTER		219

AFKORTINGEN EN CITEERWIJZEN

De afkortingen en citeerwijzen gebeurden volgens de aanbevelingen van de Interuniversitaire Commissie Juridische Verwijzingen en Afkortingen.

Andere afkortingen

H.R.	Hoge Raad der Nederlanden
N.J.	Nederlandse Jurisprudentie
N.J.B.	Nederlands Juristenblad
Rv.	(Nederlands) Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
W.P.N.R.	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

LIJST VAN VERKORT GECITEERDE LITERATUUR

- G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980: G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, Gent, Story-Scientia, 1980, 110 p.
- G. DE LEVAL en J. VAN COMPERNOLLE, in *Dix ans d'application de l'astreinte*, 1991: G. DE LEVAL en J. VAN COMPERNOLLE, "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.
- E. DIRIX, "Executieproblemen...", Jura Falconis Libri, 1999: E. DIRIX, "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.
- E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag*, in *A.P.R.*, 2001: E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag*, in *A.P.R.*, Antwerpen, Story-Scientia, 2001, 573 + XXV p.
- A. JONGBLOED, *De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht*, 1991: A.W. JONGBLOED, *De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht*, Lelystad, Vermande, 1991, 183 p.
- J. VAN COMPERNOLLE, "Astreinte", in *Rép. not.*, T. XIII, IV, 6, 1992: J. VAN COMPERNOLLE, "Astreinte", in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1992, T. XIII, boek IV, afd. 6, 91 p.
- Casebook 20 jaar dwangsom*: K. WAGNER, *Casebook 20 jaar dwangsom*, Gent, Mys & Breesch, 2001, 576 p.
- Commentaar bij art. 1385bis [of: *ter, quater*, enz.] Ger. W., in *Comm. Ger.* 1999: K. WAGNER, Commentaar bij de artikelen 1385bis-1385nonies Ger. W., in P. DEPUYDT, J. LAENENS, D. LINDEMANS en S. RAES (eds.), *Commentaar Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Kluwer, 1999, losbl., 186 p.

LITERATUURLIJST

- BALLON, G. L., *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 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), *A.J.T.* 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.
- BALLON, G. L., "Het verbeuren van een dwangsom voor verboden vermeldingen die voorkomen op een webpagina", (noot onder Antwerpen 30 november 1999), *A.J.T.* 1999-2000, 944.
- 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), *T.B.B.R.* 1992, 416.
- DAVID-CONSTANT, S., "La fin d'une disgrâce: l'avènement de l'astreinte en droit belge", in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Parijs, Dalloz, 1983, 191.
- DE LEVAL, G., "Observations sur l'astreinte", (noot onder Voorz. Rb. Luik 2 juli 1980), *J.L.* 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.
- 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 herstelplicht en de dwangsomvordering in de monumenten- en ruimtelijkeordnungsregelgeving", *T.R.O.S.* 2000, 53, *err. T.R.O.S.* 2000, 144.
- DE TAEYE, S., "De dwangsom wegens stedenbouwmisdrijf: een maatregel die beklijft", (noot onder Antwerpen 16 oktober 2001), *A.J.T.* 2001-02, 524.
- 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", *R.W.* 1981-82, 302. Dezelfde tekst verscheen ook in het Frans: "Un an d'application de l'astreinte / Un examen de la jurisprudence", *J.T.* 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 Benelux-Gerechtshof 25 mei 1999), *R.W.* 1999-2000, 914.
- 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 Benelux-Gerechtshof 6 februari 1992), *J.L.M.B.* 1992, 589.
- JONGBLOED, A. W., *De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht*, Lelystad, Vermande, 1991, 183 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), *J.L.M.B.* 1991, 974.
- LAENENS, J., "De verjaring van de dwangsom", (noot onder Beslagn. Brussel 8 oktober 1991), *R.W.* 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.
- LINDEMANS, D., "Het bekomen van de dwangsom", in C.I.E.A.U. (ed.), *Tien jaar toepassing van de dwangsom*, Brussel, Créadif, 1991, 51.
- 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", *R.W.* 1996-97, 381.
- MALENGREAU, X., "L'introduction de l'astreinte en droit belge", *R.G.A.R.* 1981, nr. 10348.
- MOREAU-MARGRÈVE, I., "L'astreinte", *Ann. Fac. dr. Liège* 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.
- NYSEN, 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., z.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), *J.L.M.B.* 1993, 1012.
- POULEAU, V., "Astreinte et droit familial", *J.T.* 1987, 201.
- RENCHON, J.-L., "Le recours à l'astreinte dans les relations familiales", *Rev. trim. dr. fam.* 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 Sikkell, Tjeenk Willink, s.d., 107-117.
- ROOSEMONT, M., "Het vereiste van betekening voor de verbeuring van de dwangsom", (noot onder Antwerpen 19 oktober 1999), *R.W.* 1999-2000, 1191.
- 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., in *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.
- STORME, M., "De dwangsom", *R.W.* 1962-63, 1321.
- STORME, M., "Een revolutionaire hervorming: de dwangsom", *T.P.R.* 1980, 222, ook verschenen in: STORME, M. (ed.), *Procesrecht vandaag*, Antwerpen, Kluwer, 1980, 222.
- STORME, M., noot onder Brussel 22 april 1980, *R.W.* 1981-82, 335.
- STORME, M., "Interpretatie van de Eenvormige Wet op de dwangsom", (noot onder Benelux Hof 9 juli 1981), *R.W.* 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 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 Beslagn. Gent 24 januari 1983), *R.W.* 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), *T.B.B.R.* 2001, 299.
- 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", in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1992, T. XIII, boek IV, afd. 6, 91 p.
- VANDERMERSCH, M., "Incidence sur l'astreinte de la réformation en appel de la décision entreprise", (noot onder Brussel 4 november 1993), *T.B.B.R.* 1995, 234.
- VAN HOOGENBEMT, H., "De dwangsom in arbeidsgeschillen", in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 117.
- VAN MULLEN, J., "Vers une légalisation de l'astreinte en droit belge?", *J.T.* 1977, 37.
- 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 verbeurte van een dwangsom te voldoen", (noot onder Brussel 6 april 1995), *A.J.T.* 1995-96, 172.
- WAGNER, K., Commentaar bij de artikelen 1385bis-1385nonies Ger. W., in *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.
- 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), *R.W.* 2000-01, 60.
- WAGNER, K., "Een dwangsom kan worden opgelegd in een latere procedure", (noot onder Vred. Sint-Kwintens-Lennik 13 december 1999), *A.J.T.* 2000-01, 472.
- WAGNER, K., *Casebook 20 jaar dwangsom*, Gent, Mys & Breesch, 2001, 576 p.
- WAGNER, K., "Welke rechter kan een dwangsom in een latere procedure opleggen: over het keuzerecht tussen de eerste rechter, de appèlrechter, of de ingevolge de algemene bevoegdheidsregels bevoegde rechter", (noot onder Brussel 20 november 2000), *P. & B.* 2001, 139.
- WAGNER, K., "Dwangsom en omgangsregeling", (noot onder Antwerpen 8 februari 2000), *A.J.T.* 2001-02, 334.
- 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), *A.J.T.* 2001-02, 459.
- 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), *R.W.* 2001-02, 789.
- WAGNER, K., "The coercive civil fine ('astreinte') in Belgium", in Jongbloed, A. (ed.), *Astreinte and imprisonment for debt*, in Storme, M. & Meijknecht, P. (series eds.), *Procedural law in the European Union*, Kluwer Law International, ter perse.
- K.W., "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.
- X., "Loyale medewerking aan een deskundig onderzoek kan worden bevolen onder verbeurte van een dwangsom", (noot onder Beslagr. Brussel 18 januari 2000), *A.J.T.* 1999-00, 654.

HOOFDSTUK I ALGEMEEN

AFDELING I

BEGRIPPEN

§ 1. Definitie

1 De dwangsom werd door Marcel STORME, in navolging van Jan RONSE, omschreven als 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 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 veroordeling (M. STORME, "Een revolutionaire hervorming: de dwangsom", *T.P.R.* 1980, 223; vgl. M. STORME, "De dwangsom", *R.W.* 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).

§ 2. Terminologie

2 Het begrip "dwangsom" wordt in een dubbele betekenis gebruikt. Nu eens verwijst de term naar de g e l d s o m die de veroordeelde moet betalen ingevolge het niet-respecteren van het gebod of verbod uitgesproken door de rechter, dan weer naar de v o o r w a a r d e l i j k e v e r o o r d e l i n g 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.

AFDELING II

ONTSTAANSGESCHIEDENIS

§ 1. Toestand in België voor de invoering van de Eenvormige Wet

3 Vóór de inwerkingtreding van de Eenvormige Wet betreffende de dwangsom (in België op 1 maart 1980), werd het instituut van de dwangsom door de Belgische rechtspraak niet aanvaard, in de lijn van een arrest van het Hof van

Cassatie van 24 januari 1924 (Cass. 24 januari 1924, *Pas.* 1924, 151, concl. TERLINDEN).

Het Hof overwoog: "Attendu qu'il appartient à la loi de déterminer les voies d'exécution qu'elle autorise; Attendu qu'aucune disposition légale ne permet au juge civil de sanctionner ses injonctions par des condamnations pécuniaires à titre de pure contrainte, peine privée ou menace; Que, s'il le fait, il excède ses pouvoirs; (...) Qu'en prononçant dans ces termes une astreinte qui n'apparaît point comme la réparation du préjudice devant résulter de l'inexécution de la décision, mais présente la nature et le caractère définis ci-dessus, l'arrêt attaqué a violé notamment les articles 1142, 1226 et 1229 du Code civil" (*Pas.* 1924, 159). Dit arrest verbrak een arrest van het Hof van Beroep te Luik waarin een dwangsom uitgesproken door de kortgedingrechter werd bevestigd, ten belope van 100 frank per dag vertraging indien de gemeente niet de elektriciteit opnieuw zou afsluiten. De elektriciteitsmaatschappij had de stroom afgesneden nadat een aantal abonnees niet betaalden. Het terug aansluiten van de stroom door de gemeente werd beschouwd als een feitelijkheid die de rechten van de elektriciteitsmaatschappij op onrechtmatige wijze aantastte (Luik 9 december 1921, *Pas.* 1923, II, 39).

Er bestond voor in de invoering van de Eenvormige Benelux-Wet betreffende de dwangsom nochtans rechtspraak waarin een onwillige partij werd veroordeeld tot een bepaalde som die zij verschuldigd was per dag vertraging bij de uitvoering van een rechterlijk bevel. Daarbij werd deze som uitdrukkelijk bestempeld als de schade die de schuldeiser geacht werd te lijden als gevolg van het (toekomstig) stilzitten van de debiteur.

Bij wijze van voorbeeld wordt verwezen naar een arrest van het Hof van Cassatie van 9 juni 1975, waarin een arrest van het Hof van Beroep te Luik bevestigd wordt (Cass. 9 juni 1975, *Pas.* 1975, 970 en *J.T.* 1975, 532). In die zaak werd de eiser ertoe veroordeeld om een recht van antwoord te laten verschijnen in het tijdschrift *Testaankoop* binnen twee maanden na de uitspraak van het arrest, onder dreiging van 100 frank per dag vertraging na de verleende termijn. Deze som werd uitdrukkelijk bestempeld als zijnde geen dwangsom – die door de toenmalige heersende rechtsleer en rechtspraak verworpen werd – maar wel als een schadevergoeding gebaseerd op artikel 1382 B.W., begroot in verhouding tot het aantal dagen gedurende dewelke de rechtskrenking ten opzichte van de benadeelde partij voortduurde. Verder zou volgens de motivering van het bestreden arrest die veroordeling overeenstemmen met een werkelijk geleden schade en zou zij niet louter ter afschrikking bedoeld zijn. De motivering op grond waarvan het Hof van Cassatie het cassatiemiddel verwerpt, is verrassend kort. Het Hof citeert de overweging van het Hof te Luik waarin de opgelegde som van 100 frank per dag vertraging bestempeld werd als een vergoeding van werkelijk geleden schade die niet slechts ter afschrikking bedoeld was, en overweegt vervolgens dat de veroordeling slechts het volledige herstel van de geleden schade tot voorwerp heeft.

In het principiesarrest van 1924 overwoog het Hof onder meer dat nieuwe executiemiddelen slechts bij wet kunnen worden ingevoerd. De rechtsleer sloot zich aan bij het door het Hof van Cassatie ingenomen standpunt, doch stond niet afkerig tegenover de zgn. schadevergoeding *ad futurum* (A. BRAAS, *Précis de procédure civile*, Brussel, Bruylant, 1929, 550; R. DEKKERS, *Handboek van burgerlijk recht*, Deel II, Antwerpen, Standaard, 1957, nr. 387, p. 221; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Deel III, Brussel, Bruylant, 1967, nr. 160-164; A. KLUYSKENS, *De verbintenissen*, Antwerpen, Standaard, 1943, nr. 73, p. 148). Aangezien de dwangsom in ons land inderdaad bij wet werd ingevoerd, heeft het Hof van Cassatie het standpunt verwoord in 1924 nooit moeten verlaten.

§ 2. Eenvormige Benelux-Wet betreffende de dwangsom

4 De dwangsom, zoals geregeld in de artikelen 1385*bis* tot 1385*nonies* Ger. W., werd ingevoerd bij Wet van 31 januari 1980 (*B.S.* 20 februari 1980), houdende goedkeuring van de Benelux Overeenkomst houdende Eenvormige Wet betreffende de dwangsom, ondertekend te 's-Gravenhage op 26 november 1973.

De dwangsom werd door de practici enthousiast onthaald en werd van in den beginne veelvuldig toegepast (zie voor een overzicht van de rechtspraak na één jaar toepassing van de dwangsom: A.-M. DHOORE, "Een jaar toepassing van de dwangsom / Een onderzoek van de rechtspraak", *R.W.* 1981-82, 302. Dezelfde tekst verscheen ook in het Frans: "Un an d'application de l'astreinte / Un examen de la jurisprudence", *J.T.* 1981, 534).

De Eenvormige Benelux-Wet op de dwangsom is in ruime mate gebaseerd op de destijds bestaande Nederlandse wetgeving (R. M. BLAAUW, "Verbod, bevel, dwangsom", *T.P.R.* 1980, 985; A. JONGBLOED, *De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht*, 1991, 12; E. KRINGS, conclusie voor Benelux Hof 14 april 1983, *R.W.* 1983-84, 225 en *N.J.* 1983, nr. 615). Bijgevolg wordt in wat volgt indien nodig ook verwezen naar Nederlandse rechtspraak van voor de inwerkingtreding van de Benelux-Wet op de dwangsom. De Nederlandse rechtspraak van na de inwerkingtreding van de Eenvormige Wet is vanzelfsprekend ook voor België een belangrijke rechtsbron, aangezien zij uit dezelfde regelen ontspruit.

Het Benelux-Gerechtshof waakt, middels het systeem van prejudiciële vraagstelling, over de eenvormige toepassing van de regeling in de Benelux.

Over de werking en de bevoegdheden van het Benelux-Gerechtshof zie: F. DUMON, *Benelux-Gerechtshof*, in *A.P.R.*, Gent, Story-Scientia, 1984, 290 p.; F. DUMON, *La Cour de Justice Benelux*, Brussel, Bruylant, 1980, 459 p.; E. KRINGS, "Eenvormige wetten in de Beneluxlanden en de werking van het Benelux-Gerechtshof", in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 671; R. SOETAERT, "Procederen voor het Benelux-Gerechtshof", in M. STORME (ed.), *Procederen in nieuw België en komend Europa*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 599.

Omwille van het geringe praktische belang dat de ontstaansgeschiedenis van de dwangsom thans heeft, wordt voor meer bijzonderheden dienaangaande verwezen naar de wat oudere literatuur (G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980, 3-19 en I. MOREAU-MARGRÈVE, "L'astreinte", *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 11-14).

HOOFDSTUK II RECHTSAARD

AFDELING I

INDIRECT EXECUTIEMIDDEL

5 De dwangsom is een indirect executiemiddel van burgerlijke aard (J.H. BLAAUW, *Het kort geding. A. Algemeen deel*, Deventer, Kluwer, 2002, 209; E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag*, in *A.P.R.*, 2001, 14; A. JONGBLOED, *De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht*, 1991, 3; H. STEIN, *Reële executie*, in *Monografieën nieuw B.W.*, Deventer, Kluwer, 1990, 36). 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. Rechtstreekse tenuitvoerlegging of directe executie is de vorm van tenuitvoerlegging waarbij de schuldenaar daadwerkelijk wordt gedwongen de prestatie te (laten) verrichten waartoe hij zich verbonden heeft of werd veroordeeld (E. DIRIX en K. BROECKX, *a.w.*, 4). De dwanguitvoering is in die zin rechtstreeks dat medewerking van de debiteur niet vereist is (bv. bij een beslag, of bij een machtiging tot verrichting van een prestatie op kosten van de debiteur, of bij uitdrijving in huurzaken). Het gedogen van de debiteur volstaat voor een reële verwezenlijking van de prestatie. Hiermee niet te verwarren is de parate executie of dadelijke uitwinning, waarvan sprake is wanneer de schuldeiser het recht heeft om zich te verhalen op de goederen van de debiteur zonder daartoe over een uitvoerbare titel te beschikken (een recht dat bv. toekomt aan de pandhoudende schuldeiser). Indirecte executie daarentegen ligt voor wanneer het dwangmiddel de schuldeiser als zodanig geen genoegdoening verschaft, maar erop gericht is de debiteur aan te sporen zelf over te gaan tot behoorlijke uitvoering *in natura* van de prestatie.

Uit het feit dat de regeling betreffende de dwangsom niet in deel V van het Gerechtelijk Wetboek werd opgenomen, kan men geen besluit afleiden over de aard van de dwangsom. MOREAU-MARGRÈVE merkt terecht op dat de plaats van de regeling van de dwangsom, net voor in plaats van in boek V van het Gerechtelijk Wetboek, een ongelukkige keuze is geweest (I. MOREAU-MARGRÈVE, “L’astreinte”, *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 12). In het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering kreeg de dwangsom een logischer plaats toebedeeld, met name in het Tweede Boek (“Van de gerechtelijke tenuitvoerlegging van vonnissen, beschikkingen en authentieke akten”).

De inleidingen in het procesrecht bespreken de dwangsom in hoofdstukken waarin in essentie deel V van het Gerechtelijk Wetboek wordt besproken. B. MAES behandelt de dwangsom in zijn *Inleiding tot het gerechtelijk privaatrecht* in een hoofdstuk "De beslagen en de tenuitvoerlegging" (B. MAES, *Inleiding tot het gerechtelijk privaatrecht*, Brugge, Die Keure, 2001, 259). J. LAENENS bespreekt de dwangsom in zijn inleidend werk onder de afdeling "Executie" en hij vermeldt daarbij het onderscheid tussen rechtstreekse en onrechtstreekse tenuitvoerlegging (J. LAENENS, *Gerechtelijk privaatrecht en bewijsrecht*, Antwerpen, U.I.A., 1989, 61).

Nederlandse juristen zijn met dit laatste onderscheid meer vertrouwd, aangezien er in Nederland nog een tweede indirect executiemiddel bestaat naast de dwangsom, nl. de lijfswang (J.H. BLAAUW, *Het kort geding. A. Algemeen deel*, Deventer, Kluwer, 2002, 212; W. HUGENHOLTZ en W. H. HEEMSKERK, *Hoofdpijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag, Elsevier, 2002, 257; F. JANSEN, *Executie- en beslagrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1990, 244). De lijfswang wordt in Nederland nog zelden toegepast, mede omdat artikel 5 van het E.V.R.M. maar heel weinig ruimte laat voor civielrechtelijke vrijheidsberoving. Aangezien de lijfswang in België met de invoering van de dwangsom werd afgeschaft, is de dwangsom naar Belgisch recht het enige indirecte executiemiddel. De lijfswang werd in België afgeschaft krachtens artikel 4 van de Wet van 31 januari 1980 (*B.S.* 20 februari 1980).

JANSEN noemt de dwangsom "een indirect executiemiddel ter verkrijging van een reële prestatie" (F. JANSEN, *Executie- en beslagrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1990, 273). Ook volgens STEIN is de dwangsom wel degelijk een executiemiddel, met name een zijdelings (d.i. indirect) executiemiddel, zoals de lijfswang (H. STEIN, Commentaar bij de artikelen 611a-611i ("Van dwangsom"), in X. (ed.), *Burgerlijke rechtsvordering*, Kluwer, 1991, losbl., 1286 en 1305. In dezelfde zin: R. P. CLEVERINGA, *Mr. W. Van Rossem's verklaring van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1972, 1274; E. DIRIX, *Beslagrecht*, Leuven, Acco, 1999, 18; E. GULDIX, "De dwangsom eindelijk legaal", *T. Vred.* 1980, 159).

Ofschoon de dwangsom in Frankrijk in menig opzicht verschilt van de dwangsom in de Benelux, wordt ook de Franse "astreinte" beschouwd als een "voie indirecte d'exécution" (G. TAORMINA, *Le nouveau droit des procédures d'exécution et de distribution*, Parijs, Editions du J.N.A., 1993, 268).

FETTWEIS verdedigt een minderheidsopvatting volgens dewelke "l'astreinte n'est pas une modalité de l'exécution forcée" (A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Faculté de droit, 1987, 599). Desalniettemin behandelt FETTWEIS de dwangsom in een hoofdstuk betreffende "Les saisies conservatoires et les voies d'exécution". Hij stelt dat men voor de uitvoering van vonnissen en arresten niet steeds zijn toevlucht moet nemen tot middelen tot tenuitvoerlegging. Als enig voorbeeld van een dergelijk middel dat wel gericht is op het bekomen van de uitvoering, zonder volgens hem een executiemiddel te zijn, vermeldt FETTWEIS de dwangsom.

Het minderheidsstandpunt voorgestaan door FETTWEIS, wordt nog verdedigd door enkele andere auteurs, die menen dat "l'astreinte n'est pas une voie d'exécution puisqu'elle ne tend pas directement à la satisfaction du créancier" (D. DÉOM, "Le recours à l'astreinte", in X. (ed.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, 457; G. MARTY, P. RAYNAUD en P. JESTAZ,

Droit civil – Les obligations, Parijs, Sirey, 1989, T. 2, nr. 290, p. 255; I. MOREAU-MARGRÈVE, “Principes généraux”, in C.I.E.A.U. (ed.), *Dix ans d'application de l'astreinte / Tien jaar toepassing van de dwangsom*, Brussel, Créadif, 1991, 26). K. BAERT meent dat de dwangsom geen executiemiddel is omdat zij tegen de overheid kan worden aangewend. De uitvoeringsimmunititeit van de overheid zou zich verzetten tegen de aanwending van enig executiemiddel tegen de overheid (K. BAERT, “De dwangsom ook tegen de overheid”, (noot onder Voorz. Rb. Gent 14 juli 1981), *R.W.* 1981-82, 695). Die opvatting over de uitvoeringsimmuniteit van de overheid is thans evenwel achterhaald (zie Cass. 24 april 1998, *Arr. Cass.* 1998, 210, *Pas.* 1998, 210 en *R.W.* 2000-01, 1196, noot S. BRIJS).

De minderheidsopvatting gaat uit van een te enge opvatting van de executiemiddelen. Men moet zich ervoor hoeden het begrip “executiemiddelen” gelijk te schakelen met “directe executiemiddelen”.

6 De omstandigheid dat de dwangsom een indirect executiemiddel van burgerlijke aard is, impliceert niet dat enig belang zou toekomen aan de vraag of rechtstreekse gedwongen uitvoering van de hoofdveroordeling al dan niet mogelijk is.

Bij de beoordeling van de vraag of een dwangsom kan worden opgelegd, dient men geen rekening te houden met de omstandigheid dat rechtstreekse gedwongen uitvoering van de hoofdveroordeling al dan niet mogelijk is. Het doel van de dwangsom is de rechtstreekse uitvoering van de verbintenissen te waarborgen, ook in de gevallen waarin de rechtstreekse gedwongen uitvoering niet mogelijk is (G. D'HOORE, conclusie voor Benelux Hof 29 november 1993, *R.W.* 1993-94, (705), 707).

De verplichting van de aannemer om een dak te herstellen is bv. niet vatbaar voor rechtstreekse gedwongen uitvoering, maar zij kan wel met een dwangsom kracht worden bijgezet (zie voor een uitspraak waarin een aannemer veroordeeld werd tot het vervangen van enkele beglazing door dubbele beglazing en soortgelijke prestaties: Vred. Bilzen 1 september 1980, *R.W.* 1981-82, 338, noot X. en *Casebook 20 jaar dwangsom*, nr. 74). Er is in zo'n geval geen sprake van dwang op de persoon, aangezien de schuldenaar enkel indirect, via de dreiging van een aantasting van zijn vermogen, tot uitvoering van de hoofdveroordeling wordt geprikkeld.

Het Benelux-Gerechtshof heeft bevestigd dat de omstandigheid dat de hoofdveroordeling niet vatbaar is voor tenuitvoerlegging door rechtstreekse executie met behulp van de sterke arm, niet eraan in de weg staat dat zij kracht wordt bijgezet door een dwangsom (Benelux Hof 29 november 1993, *R.W.* 1993-94, 705, concl. G. D'HOORE, *P. & B.* 1994, 9, noot D. LINDEMANS en *N.J.* 1994, nr. 371, concl. G. D'HOORE).

Omgekeerd vormt het ter beschikking staan van directe executiemiddelen geen hinderpaal voor het opleggen van een dwangsom (Luik 25 september 1985, *J.L.* 1986, 465, noot F. CLOSE; Antwerpen 24 december 1982, *R.W.* 1982-83, 227, noot G. L. BALLON; D. LINDEMANS, “Het bekomen van de dwangsom”, in *Tien jaar toepassing van de dwangsom, a.w.*, 1991, nr. 38, p. 72). Een dwangsom kan er toe bijdragen dat de partij die de veroordeling bekwam, gespaard blijft van de bijkomende onzekerheid, moeite en kosten als gevolg van de aanwending van een rechtstreeks executiemiddel (zie ook verder, nr. 122).

Zie voor een toepassing: Cass. 10 maart 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, nr. 357, p. 651. Het Hof overweegt dat het Vlaamse Gewest (burgerlijke partij) een rechtmatig belang kan laten gelden om de nakoming van de veroordeling tot herstel inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw zoveel mogelijk door de veroordeelde zelf te laten uitvoeren. Samen met de veroordeling onder verbeurte van een dwangsom op verzoek van de burgerlijke partij wordt aan de gemachtigde ambtenaar en het college van burgemeester en schepenen machtiging verleend om zelf de plaats in de vorige staat te herstellen, indien de veroordeelde dit niet doet binnen de hem verleende termijn van één jaar.

De rechter kan in eenzelfde beslissing een dwangsom opleggen en machtiging verlenen om een beroep te doen op de openbare macht (Voorz. Rb. Luik 18 juni 1998, *J.T.T.* 1998, 447).

AFDELING II

VOORWAARDELIJKHEID

7 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.

AFDELING III

BIJKOMENDE VEROORDELING

8 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 heeft (E. KRINGS, conclusie voor Benelux Hof 14 april 1983, *R.W.* 1983-84, 227 en *N.J.* 1983, nr. 615). Reeds verbeurde en ingevorderde dwangsommen die het gevolg zijn van een vernietigde beslissing over de hoofdvordering, moeten worden terugbetaald (voor meer bijzonderheden over de gevolgen van een later aangewend rechtsmiddel of een latere bodemprocedure, zie verder, nrs. 113 e.v.).

Een andere toepassing van dit principe ligt voor bij vernietiging van een uitspraak op strafgebied, waaraan een wettelijk verplichte herstelmaatregel onder verbeurte van een dwangsom verbonden was. Bij vernietiging van de uitspraak op strafgebied, valt de grondslag weg voor herstelmaatregelen uitgesproken als verplichte aanvulling van de strafrechtelijke veroordeling, zodat ook eventuele daaraan verbonden dwangsommen automatisch verdwijnen (Cass. 20 januari 1993, *Arr. Cass.* 1993, I, 74 en *Pas.* 1993, I, 67).

AFDELING IV

DEFINITIEF KARAKTER

9 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 toegepast. 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 artikel 1385*quater*). 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.

In ons recht bestaat geen “liquidation de l’astreinte”, zoals in Frankrijk (zie hierover: F. CHABAS, “La réforme de l’astreinte”, *Recueil Dalloz Sirey*, Chronique 1992, 299; E. DU RUSQUEC, “Astreintes”, in X. (ed.), *Juris-classeur de procédure civile*, Parijs, Editions du Juris-classeur, 1994, losbl., Fasc. 2130, nr. 136, p. 14; G. MARTY, P. RAYNAUD en P. JESTAZ, *Droit civil – Les obligations*, Parijs, Sirey, 1989, T. 2, nr. 298, p. 263; J. VINCENT, *Voies d’exécution et procédures de distribution*, Parijs, Dalloz, 1976, 18; J. VINCENT en S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Parijs, Dalloz, 1994, nr. 543, p. 397).

Het Benelux recht kent het onderscheid tussen “astreintes provisoires” en “astreintes définitives” niet (zie over dit onderscheid: J. BORÉ en L. BORÉ, “Astreintes”, in X. (ed.), *Répertoire de droit civil*, Parijs, Dalloz, 1996, T. II, losbl., p. 11, nr. 62; P. MALAURIE en L. AYNÈS, *Cours de droit civil – Les obligations*, Parijs, Editions Cujas, 1985, nr. 641, p. 454; A. PENNEAU, “Liquidation par provision et révision pour l’avenir d’une astreinte par le juge des référés”, (noot onder Versailles 22 januari 1992), *Recueil Dalloz Sirey*, Sommaires commentés 1992, 405; G. TAORMINA, *Le nouveau droit des procédures d’exécution et de distribution*, Parijs, Editions du J.N.A., 1993, 268).

10 Het definitief karakter van verbeurde dwangsommen houdt n i e t in dat de rechter die uitspraak doet ingevolge de aanwending van een rechtsmiddel, de bestreden beslissing niet meer zou kunnen hervormen.

Niettemin geldt als uitgangspunt dat de appèlrechter slechts afbreuk mag doen aan het definitief karakter van verbeurde dwangsommen indien de bestreden uitspraak met een onwettigheid behept is of indien de eerste rechter de feiten verkeerd beoordeeld heeft. De loutere omstandigheid dat – ingevolge een eerste vonnis dat zowel in feite als in rechte correct was – dwangsommen daadwerkelijk verbeurd werden, zal in de regel niet volstaan om een vermindering van de verbeurde dwangsommen te verantwoorden. Als het eerste vonnis in feite en in rechte correct was, bewijst de verbeurde van de dwangsommen slechts dat de veroordeelde zich ten onrechte niet aan de uitspraak gehouden heeft. Oordelen dat de dwangsommen misschien toch wat hoog opgelopen zijn en ze op die grondslag in hoger beroep verminderen, neigt naar een “liquidation de l’astreinte” naar Frans model, die door de wetgever verworpen werd om de werkzaamheid van het instrument van de dwangsom te verhogen.

Slechts in uitzonderlijke omstandigheden – met name wanneer de dwangsommen tot zulke ongerijmde hoogten opliepen dat zij toch nooit zullen kunnen worden ingevorderd, zodat zij de geloofwaardigheid van de rechterlijke uitspraak niet ten goede komen – kan de appèlrechter die kennis neemt van een rechtsmiddel tegen een eerste beslissing die zowel in feite als in rechte correct is, oordelen dat het bedrag van de dwangsom onoordeelkundig hoog werd vastgesteld. Strikt gezien gaat het dan niet eens om een uitspraak die in feite en in rechte correct was, maar wel om een uitspraak die reeds *ab initio* met een gebrek behept was: de omstandigheid dat de dwangsom tot ongerijmde hoogten is opgelopen, kan geacht worden voort te vloeien uit de onaangepastheid van het bedrag ervan. Voorzichtigheid blijft nochtans geboden: het feit dat een dwangsom hoog opgelopen is, kan in sommige omstandigheden ook het gevolg zijn van de koppigheid of onwilligheid van de veroordeelde. Wanneer in hoger beroep te gemakkelijk geoordeeld zou worden dat het bedrag van de dwangsom onoordeelkundig hoog was vastgesteld in eerste aanleg, zou dat afbreuk dreigen te doen aan het afschrikkend karakter (en derhalve ook de werkzaamheid) van de dwangsom.

11 Ter afronding van deze overwegingen over het definitief karakter van de dwangsom, passen enkele bemerkingen aangaande het verband tussen de dwangsom en het urgentievereiste in hoger beroep.

De volgende situatie kan zich voordoen. In eerste aanleg is er urgentie en wordt door de voorzitter in kort geding een verbod opgelegd onder verbeurte van een dwangsom. Een sprekend voorbeeld zou zijn een verbod om historisch waardevolle bomen naast een oprijlaan om te zagen, uitgesproken op verzoek van de buurman. Stel dat de veroordeelde partij de beschikking naast zich neerlegt, alle bomen omzaagt, en vervolgens hoger beroep aantekent. Wat is de weerslag van het urgentievereiste in hoger beroep op deze situatie?

Men dient de precieze draagwijdte en gevolgen van het urgentievereiste in hoger beroep voor ogen te houden. Het gegeven dat de urgentie door de kortgedingrechter zowel in eerste aanleg als in hoger beroep niet alleen op het ogenblik van de inleiding van de vordering maar ook op het moment van de sluiting der debatten moet worden beoordeeld (Cass. 11 mei 1998, *Arr. Cass.* 1998, 231, *Pas.*, I, 1998, 231), heeft niet als gevolg dat het hof van beroep in het gegeven voorbeeld de vordering van de oorspronkelijke eisende partij noodzakelijkerwijze moet afwijzen. Dat zou vanzelfsprekend een zeer onbilijk resultaat zijn, maar het zou bovendien de veroordeelde aansporen om de veroordeling te miskennen. Immers, indien alle bomen omgezaagd zijn, kan de eisende partij voor het hof van beroep onmogelijk volhouden dat de situatie nog dringend is. De politiek van het voldongen feit mag niet worden aangemoedigd.

Andere situaties zijn denkbaar, waarbij de opvatting dat de vordering bij gebrek aan hoogdringendheid in hoger beroep noodzakelijkerwijze moet worden afgewezen misschien geen aanmoediging inhoudt om het in eerste aanleg uitgesproken gebod of verbod te miskennen, doch waarbij een dergelijke opvatting minstens een aanmoediging zou zijn om een procedure in hoger beroep te laten aanslepen, of zelfs om hoger beroep aan te tekenen tegen een beschikking die op het moment dat zij gewezen werd, klaarblijkelijk in elk opzicht naar goed recht werd uitgesproken.

Het moge duidelijk zijn dat een afwijzing van de vordering met vernietiging van de in eerste aanleg uitgesproken beschikking, niet steeds het gevolg behoort te zijn van de vaststelling dat er in hoger beroep geen urgentie meer voorligt.

Welke gevolgtrekking dient de appèlrechter die het ontbreken van urgentie vaststelt dan wel te maken? Eerst en vooral dient te worden nagegaan of er op het ogenblik waarop de eerste rechter de debatten sloot, urgentie voorlag. Indien de appèlrechter vaststelt dat de eerste rechter reeds op dat ogenblik verkeerd geoordeeld heeft, kan een hervorming van de beschikking aangewezen zijn. Indien een kortgedingbeschikking waaraan een dwangsom verbonden was ingevolge de aanwending van een rechtsmiddel vernietigd wordt, verdwijnen ook alle accessoria van die uitspraak, met inbegrip van de dwangsom. Bij een vernietiging ingevolge de aanwending van een rechtsmiddel dienen – in tegenstelling tot een andersluidende beslissing in een latere bodemprocedure, die geen afkeuring behelst van de in kort geding uitgesproken maatregel en die slechts *ex nunc* werkt – reeds ingevorderde dwangsommen te worden terugbetaald (meer hierover verder, nrs. 113 e.v.).

Indien daarentegen de appèlrechter vaststelt dat er in eerste aanleg wel degelijk urgentie voorlag doch dat zulks in hoger beroep niet meer het geval is, kan hij de in eerste aanleg uitgesproken maatregel niet zonder meer bevestigen, aangezien urgentie ook vereist wordt bij de sluiting van de debatten in hoger beroep. Naast het toekennen of het afwijzen van de vordering tot het opleggen van een voorlopige maatregel, kan de appèlrechter in een dergelijke situatie

kiezen voor een derde optie, namelijk de vordering *z o n d e r v o o r w e r p* verklaren. De appèlrechter kan met andere woorden vaststellen dat er geen urgentie meer voorligt – zodat de maatregel voor de toekomst niet meer kan worden bevestigd – doch dat er wel urgentie voorlag in eerste aanleg, dat de maatregel alsdan terecht werd uitgesproken, dat verbeurde dwangsommen verbeurd blijven en dat de gevorderde maatregel gelet op de ontstentenis van urgentie in hoger beroep zonder voorwerp geworden is. Het resultaat van die beoordeling is dan vergelijkbaar met de situatie waarbij na een kort-gedingbeslissing door de bodemrechter een andersluidend oordeel gewezen wordt (zie verder, nrs. 113 e.v.): verbeurde dwangsommen blijven verschuldigd, een niet-voltooide tenuitvoerlegging mag worden voortgezet, doch er kunnen na de uitspraak van de appèlrechter die vaststelt dat de vordering zonder voorwerp geworden is, geen nieuwe dwangsommen verbeurd worden.

Een voorbeeld van een uitspraak waarin door een hof van beroep geheel in overeenstemming met het vorenstaande werd geoordeeld, vindt men in: Luik 15 november 2000, *J.L.M.B.* 2001, 335.

AFDELING V

DRUKKINGSMIDDEL ZONDER INDEMNITAIR KARAKTER

§ 1. De dwangsom is een drukkingsmiddel dat niet strekt tot vergoeding van schade

12 De dwangsom is een bijkomende veroordeling die erop gericht is de veroordeelde tot nakoming van de hoofdveroordeling aan te sporen (X. MALENGREAU, “L’introduction de l’astreinte en droit belge”, *R.G.A.R.* 1981, nr. 10348, p. 2). De dwangsom is geen schadevergoeding (I. MOREAU-MARGRÈVE, “L’astreinte”, *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 14; M. STORME, “Een revolutionaire hervorming: de dwangsom”, *T.P.R.* 1980, 226, nr. 9).

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 partij (Brussel 30 mei 2000, *Casebook 20 jaar dwangsom*, nr. 183; Voorz. Kh. Dendermonde 2 maart 1988, *R.W.* 1988-89, 964, noot DE VROEDE; G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980, nr. 61, p. 25; J. LAENENS, “Procedureaspecten”, in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 31; 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 Sikkels, Tjeenk Willink, s.d., 107; L. SCHUERMANS, D. SIMOENS, A. VAN OEVELEN, e.a., “Overzicht van rechtspraak – onrechtmatige daad – schade en schadeloosstelling (1977-1982)”, *T.P.R.* 1984, (511), 589; H. STEIN, Commentaar bij de artikelen 611a-611i (“Van dwangsom”), in X. (ed.), *Burgerlijke rechtsvordering*, Kluwer, 1991,

losbl., 1305; M. STORME, "Een revolutionaire hervorming: de dwangsom", *T.P.R.* 1980, 223, nr. 2; M. STORME, "De dwangsom", *R.W.* 1962-63, 1321).

Integendeel, de dwangsom is precies een middel om de debiteur ertoe aan te zetten de hoofdveroordeling (tijdig) uit te voeren (Voorz. Arbrb. Brussel 9 juli 1985, *R.W.* 1985-86, 966; Voorz. Kh. Mechelen 10 oktober 1980, *T.B.H.* 1981, III, 532). Opdat de dwangsom als indirect executiemiddel voldoende prikkelend zou zijn, moet het bedrag ervan voldoende hoog zijn.

Voor een toepassing zie: Hof Amsterdam 16 maart 1989, *N.J.* 1990, nr. 149. In het geschil dat aanleiding gaf tot dit arrest, werd een Nederlandse vennootschap veroordeeld om het volledige adres van de fabrikant van inbreukmakende truien mede te delen aan de Italiaanse Lotto binnen twee dagen na de betekening. Het meedelen van dit adres was volgens de Nederlandse vennootschap zelf maar een "kwesitie van vijf minuten werk", doch zij was niettemin te laat. Als reden voor de laattijdige uitvoering riep de Nederlandse vennootschap in dat haar kantoor rond het jaareinde onvolledig bezet was. In hoger beroep vocht zij onder meer de hoogte van de dwangsom aan. Het Hof Amsterdam verwerpt het verweer en stelt dat een dwangsom van 50.000 gulden per dag niet te hoog is, gelet op de functie van de dwangsom als prikkel tot nakoming.

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 lijden (G. L. BALLON, "De nieuwe wet op de dwangsom", *R.W.* 1980, 2021; J. LAENENS, "Procedureaspecten", in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 31; M. STORME, noot onder Brussel 22 april 1980, *R.W.* 1981-82, 335; M. STORME, "Een revolutionaire hervorming: de dwangsom", *T.P.R.* 1980, 237, nr. 26; S. N. VAN OPSTALL, "De dwangsom in het Nederlandse recht", in VERENIGING VOOR DE VERGELIJKENDE STUDIE VAN HET RECHT VAN BELGIË EN NEDERLAND (ed.), *Jaarboek 1961-1962 — VIII*, Antwerpen, Zwolle, De Sikkell, Tjeenk Willink, s.d., 124).

Indien de dwangsom onvoldoende hoog zou zijn, zou de veroordeelde kunnen verkiezen de dwangsommen te verbeuren en de hoofdveroordeling niet na te komen (G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980, nr. 61, p. 25). 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 bedreigd (M. STORME, "Een revolutionaire hervorming: de dwangsom", *T.P.R.* 1980, 227, nr. 9).

De wet zelf benadrukt dat er geen verband is tussen de dwangsom en eventuele schadevergoeding. Artikel 1385bis Ger. W., eerste volzin, *in fine*, 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.

De voorzitter van de arbeidsrechtbank zetelend in kort geding kan derhalve, niettegenstaande

artikel 4 van de C.A.O.-Wet, een dwangsom opleggen, aangezien het niet gaat om een vergoeding van de schade geleden door de eisende partij, maar wel om een middel om de veroordeelde te dwingen de veroordeling uit te voeren (Voorz. Arbrb. Brussel 9 juli 1985, *R.W.* 1985-86, 965).

De dwangsom is op de eerste plaats de prijs die de veroordeelde betaalt vanwege het miskennen van het gezag van de rechterlijke macht (M. STORME, "Een decennium dwangsom", in M. STORME (ed.), *Procederen in nieuw België en komend Europa*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 339; M. STORME, "In de ban van de dwangsom", in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 16). Niets verhindert bijgevolg dat de schuldeiser, naast de dwangsom, nog schadevergoeding wegens niet-nakoming vordert (Gemeensch. M.v.T., *Parl. St. Kamer* 1977-78, nr. 353, 17).

13 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 dwangsom (E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag*, in *A.P.R.*, 2001, 15).

Bijgevolg is het woordgebruik van een arrest dat de veroordeling uitspreekt "au paiement d'une indemnité forfaitaire, à titre d'astreinte, pour tout jour" etc., enigszins ongelukkig. Het gaat immers niet om een schadevergoeding, wat blijkt uit de precisering in het dispositief dat "cette indemnité forfaitaire (...) sera due pour tout fait commis à partir du troisième jour suivant la date du présent arrêt, à minuit, sans préjudice de tous autres droits et actions tendant à l'indemnisation du dommage effectivement subi ensuite du refus d'exécution" (Bergen 2 maart 1988, *T. Vred.* 1988, 301). Als het werkelijk zou gaan om een "indemnité forfaitaire", zou dit vanzelfsprekend wel verrekenend moeten worden bij de begroting van de werkelijk geleden schade. Het doel van de dwangsom is niet schadeloosstelling, maar wel de niet-uitvoering van een rechterlijke uitspraak ontmoedigen. Volledigheidshalve mag nog worden opgemerkt dat een veroordeling tot een dwangsom "à partir du troisième jour suivant la date du présent arrêt" niet afdwingbaar is, wegens strijdigheid met artikel 1385^{bis}, derde lid Ger. W., op grond waarvan de dwangsom niet kan worden verbeurd voor de betekening van de uitspraak waarbij zij is vastgesteld (zie daarover verder, nrs. 83 e.v.).

Het feit dat in het systeem van de Eenvormige Benelux-Wet verbeurde dwangsommen toekomen aan de partij die de veroordeling heeft verkregen, is er voornamelijk op gericht de werkzaamheid van het instituut van de dwangsom te verhogen. Mochten verbeurde dwangsommen niet toekomen aan de eisende partij, maar bv. gestort worden in een speciaal fonds, zoals het geval is bij de bestuurlijke dwangsom opgelegd door de Raad van State, dan zou men kunnen verwachten dat veroordelingen onder dwangsom veel minder vaak zouden worden gevraagd.

Ook een gemengd systeem is denkbaar, waarbij verbeurde dwangsommen voor de helft toekomen aan de eisende partij, voor de andere helft aan de fiscus, zoals het geval was in de regeling van het Rijksbesluit van de Reichstag van Regensburg van 1654 (aangehaald door O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, a.w., 1992, p. 5, noot 7).

In het systeem van de Eenvormige Benelux-Wet draagt het welbegrepen eigen belang van de partij die de veroordeling vraagt bij tot de verhoging van het gezag van rechterlijke uitspraken, hetgeen vanzelfsprekend een zaak van algemeen belang is (Vgl. M. STORME, "L'astreinte en droit belge: six ans d'application", in CENTRE INTERUNIVERSITAIRE DE DROIT COMPARÉ (ed.), *Rapports*

belges au XIIe Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, Antwerpen, Kluwer/Bruylant, 1986, 212).

De partij die een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom vraagt, is er niet toe gehouden te bewijzen dat zij ingeval van niet-nakoming van de hoofdveroordeling schade zou lijden (Arbh. Brussel 1 oktober 1987, *J.T.T.* 1987, 442).

§ 2. De dwangsom heeft geen invloed op de schadebegroting

14 In het vorige randnummer werd uiteengezet dat de dwangsom erop gericht is de veroordeelde te prikkelen om de hoofdveroordeling uit te voeren, opdat hij aan de aantasting van zijn vermogen ingevolge de verbeurte van de dwangsom zou ontsnappen. Indien de dwangsom geen vergoeding van schade is, maar zij niettemin ten volle toekomt aan de partij die de veroordeling heeft verkregen, mag de rechter dan met verbeurde dwangsommen rekening houden bij de begroting van de door de eisende partij werkelijk geleden schade? In principe zal het antwoord op deze vraag, gelet op de hoger uiteengezette principes, ontkennend zijn (Gemeensch. M.v.T., *Parl. St.* Kamer 1977-78, nr. 353, 17; E. DIRIX, *Beslagrecht*, Leuven, Acco, 1999, 16-17). De dwangsom is immers niet bedoeld als vergoeding van geleden schade (E. KRINGS, conclusie voor Benelux Hof 14 april 1983, *R.W.* 1983-84, 223 en *N.J.* 1983, nr. 615).

Dwangsom en schadevergoeding zijn cumuleerbaar (Gent 11 januari 1990, *R.W.* 1989-90, 1226; G. L. BALLON, "De nieuwe wet op de dwangsom", *R.W.* 1980, 2021; G. DE LEVAL, *Jurisprudence du Code Judiciaire*, Hoofdstuk XXIII ("De l'astreinte"), Brugge, La Charte, 1997, losbl., commentaar bij art. 1385bis, 20; P. DE VROEDE, "Overzicht van rechtspraak (1976-1982) – De wet op de handelspraktijken", *T.P.R.* 1983, (865), 1014; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, a.w., 1987, 600; 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", *J.T.* 1980, 312; M. STORME, "Een revolutionaire hervorming: de dwangsom", *T.P.R.* 1980, 230, nr. 13; J. VAN MULLEN, "Vers une légalisation de l'astreinte en droit belge?", *J.T.* 1977, p. 42, nr. 38).

Ingeval een schadelijdende partij haar vordering kan becijferen aan de hand van stukken, is het de rechter niet geoorloofd van het aldus bewezen bedrag een gedeelte af te houden dat zou overeenstemmen met de reeds ingevorderde dwangsommen. In Frankrijk is dit niet anders (A. PENNEAU, "L'indépendance de l'astreinte par rapport aux dommages-intérêts", *Recueil Dalloz Sirey*, Sommaires commentés 1992, 277).

Ingeval de schade slechts *ex aequo et bono* kan worden begroot, geldt evenzeer het beginsel dat schadevergoeding in principe erop gericht dient te zijn de volledige schade te vergoeden (J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, in *A.P.R.*, Gent, Story-Scientia, 1984, nr. 363, p. 259). Als er zich bij de begro-

ting van de vergoeding van de schade moeilijkheden voordoen omdat geen stukken voorhanden zijn waaruit een bepaald bedrag kan worden afgeleid, dient de rechter bij het bepalen van een billijk bedrag reeds ingevorderde dwangsommen buiten beschouwing te laten. Aangezien de dwangsom geen schadevergoeding is maar wel een prikkel tot nakoming, is het evident dat ingevorderde dwangsommen niet kunnen worden afgehouden van een schadebedrag dat aan de hand van stavingsstukken begroting is. Het zou weinig coherent zijn reeds ingevorderde dwangsommen wel in rekening te brengen ingeval de omvang van de vordering slechts naar billijkheid kan worden begroot, omwille van de toevallige omstandigheid dat de schade niet (of niet volledig) aan de hand van stavingsstukken begroting is. De billijke begroting van de schade geschiedt aan de hand van geleden schade. Herstel van de schade behoort niet tot de finaliteit van reeds ingevorderde dwangsommen, zodat zij bij de billijke schadebegroting buiten beschouwing dienen te blijven.

AFDELING VI

PRIVATE STRAF

15 De dwangsom is geen strafrechtelijke sanctie. Niettemin noemt een vrijwel unanieme rechtsleer de dwangsom een "private straf" (of een "burgerlijke boete").

Zie: G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980, nr. 60, p. 24; J. BORÉ en L. BORÉ, "Astreintes", in X. (ed.), *Répertoire de droit civil*, Parijs, Dalloz, 1996, T. II, losbl., p. 15, nr. 95; E. DIRIX, "Executieproblemen...", Jura Falconis Libri, 1999, 49; E. DIRIX en K. BROECKX, "Overzicht van rechtspraak – Beslagrecht – 1991-1996", *T.P.R.* 1996, 1402; A. FETTWIS, *Manuel de procédure civile*, a.w., 1987, 600; F. GLANSORFF, "La légalisation de l'astreinte en droit belge: la loi du 31 janvier 1980 portant approbation de la Convention Benelux du 26 novembre 1973", *J.T.* 1980, 312; E. GULDIX, "De dwangsom eindelijk legaal", *T. Vred.* 1980, 130 en 160; J. LINSMEAU, "L'arbitrage volontaire en droit privé belge", in *Répertoire pratique du droit belge*, Complément, T. 7, Brussel, Bruylant, 1990, p. 44, nr. 221; P. MALAURIE en L. AYNÈS, *Cours de droit civil – Les obligations*, Parijs, Editions Cujas, 1985, nr. 641, p. 454; X. MALENGREAU, "L'introduction de l'astreinte en droit belge", *R.G.A.R.* 1981, nr. 10348, p. 2; I. MOREAU-MARGRÈVE, "L'astreinte", *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 41; M. STORME, "De dwangsom in Europees perspectief", in C.I.E.A.U. (ed.), *Dix ans d'application de l'astreinte / Tien jaar toepassing van de dwangsom*, Brussel, Créadif, 1991, 147; J. VAN COMPERNOLLE, "Astreinte", in *Rép. not.*, T. XIII, IV, 6, 1992, nr. 11, p. 28; M. VANDERMERSCH, "Incidence sur l'astreinte de la réformation en appel de la décision entreprise", (noot onder Brussel 4 november 1993), *T.B.B.R.* 1995, 234; V. VAN HERREWEGHE, "Dwangsom 1981-1985", *T.R.D.-Dossier* 1986, nr. 1, p. 9 (Bijlage bij *T.R.D.* 1986, nr. 7); J. VAN MULLEN, "Vers une légalisation de l'astreinte en droit belge?", *J.T.* 1977, 42.

Het private element ligt er ten eerste in dat de dwangsom slechts kan worden opgelegd op vordering van een partij en ten tweede dat verbeurde dwangsommen ten volle toekomen aan de partij die de veroordeling heeft verkregen.

Sommige auteurs verzetten zich tegen de omschrijving van de dwangsom als een private straf (A. JONGBLOED, *De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht*, 1991, 3).

De meerderheidsopvatting verdient bijval, evenwel onder het volgende voorbehoud. Als men de dwangsom omschrijft als een private straf, kan hiermee enkel de dwangsom bedoeld worden als *geldsom* die de veroordeelde verschuldigd wordt ten gevolge van de niet-uitvoering van een rechterlijke veroordeling (over de dubbele betekenis van de term dwangsom, zie boven nr. 2). De dwangsom in de betekenis van een *bijkomende veroordeling* als pressiemiddel gericht op het bekomen van de uitvoering *in natura* van verbintenissen kan bezwaarlijk gelden als private straf, aangezien de veroordeelde steeds aan de verbeurte van de dwangsom kan ontsnappen door het rechterlijk gebod of verbod behoorlijk uit te voeren. Om deze reden is de omschrijving van Simone DAVID-CONSTANT van de dwangsom als een “*peine privée prononcée par le juge*” niet geheel accuraat (S. DAVID-CONSTANT, “*La fin d’une disgrâce: l’avènement de l’astreinte en droit belge*”, in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Parijs, Dalloz, 1983, 189). De voorwaardelijke veroordeling onder verbeurte van een dwangsom is voor de veroordeelde geen private straf in de zin van een negatief gevolg ten gevolge van de transgressie van een norm. Enkel het pecuniair nadeel dat de veroordeelde ondergaat indien hij ervoor kiest het rechterlijk gebod of verbod te schenden, kan een dergelijk negatief gevolg zijn. De dwangsom is in een eerste fase een bedreiging, die zich in een tweede fase kan omvormen tot een private straf (G. MARTY, P. RAYNAUD en P. JESTAZ, *Droit civil – Les obligations*, Parijs, Sirey, 1989, t. 2, nr. 290, p. 255-256).

PLANIOL en RIPERT benadrukten reeds het voorwaardelijk karakter van de dwangsom, die niet bedoeld is om daadwerkelijk te worden verbeurd (M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, a.w., 1931, p. 94, nr. 793). Zij argumenteren terecht dat de dwangsom, in de betekenis van een voorwaardelijke veroordeling die erop gericht is de veroordeelde tot een prestatie aan te zetten, eigenlijk geen private straf kan zijn. De voorwaardelijke veroordeling is immers preventief van aard, niet repressief. Als (doch slechts als) de veroordeelde door kwade wil of onachtzaamheid dwangsommen laat verbeuren – die hij aan de tegenpartij verschuldigd is – is er inderdaad sprake van een private straf.

16 Als private straf geven verbeurde dwangsommen geen aanleiding tot betaling van registratierechten (Verslag namens de commissie voor de justitie uitgebracht door de heer STORME, *Parl. St. Senaat B.Z.* 1979, nr. 177/2, 9; G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980, nr. 60, p. 24; G. DE LEVAL, *Jurisprudence du Code Judiciaire*, Hoofdstuk XXIII (“De l’astreinte”), Brugge, La Charte, 1997, losbl., commentaar bij art. 1385bis, 22; X. MALENGREAU, “L’introduction de l’astreinte en droit belge”, *R.G.A.R.* 1981, nr. 10348, p. 2; I. MOREAU-MARGRÈVE, “L’astreinte”, *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 85; V. VAN HERREWEGHE, “Dwangsom 1981-1985”, *T.R.D.-Dossier* 1986, nr. 1, p. 9 (Bijlage bij *T.R.D.* 1986, nr. 7).

Het gegeven dat de dwangsom geen straf is, heeft als gevolg dat een dwangsom die voor het eerst in hoger beroep wordt opgelegd, of waarvan de modaliteiten in hoger beroep verzwaard worden (hoger bedrag, kortere termijn, enz.), niet geldt als strafverzwaring. Bijgevolg is voor een veroordeling tot een dwangsom niet vereist dat zij met eenparige stemmen wordt uitgesproken (Cass. 9 juni 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, nr. 606, p. 1365).

HOOFDSTUK III DE VEROOORDELING TOT DE DWANGSOM

AFDELING I

ONAAANTASTBARE BEOORDELINGSBEVOEGDHEID VAN DE RECHTER

§ 1. Omschrijving

17 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.

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 dwangsom (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), *J.L.M.B.* 1993, 1012). De vraag of een dwangsom opportuun is in een bepaald geval, is steeds onderworpen aan ’s rechters onaantastbare beoordelingsvrijheid (Brussel 30 mei 2000, *Casebook 20 jaar dwangsom*, nr. 183).

Niet vereist is dat de veroordeling tot een dwangsom ten belope van een bepaald bedrag wordt gevraagd (Benelux Hof 17 december 1992, *R.W.* 1992-93, 846, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN, *J.L.M.B.* 1993 (verkort), 1010, noot C. PANIER en *N.J.* 1993, nr. 545).

Het Benelux-Gerechtshof oordeelde dat de woorden “op vordering van één der partijen” niet met zich brengen dat de partij die de veroordeling onder dwangsom vraagt, gehouden zou zijn het bedrag en de modaliteiten aan te geven (Benelux Hof 2 april 1984, *R.W.* 1983-84, 2681, concl. E. KRINGS, *J.T.* 1984 (verkort), 614 en *N.J.* 1984, nr. 704. Zie voor enkele toepassingen: Corr. Gent 3 januari 1995, *T.M.R.* 1995, 140; Corr. Gent 13 december 1994, *T.M.R.* 1996, 373).

18 De feitenrechter oordeelt onaantastbaar of het uitspreken van een dwangsom opportuun is. De vraag of men staat voor een geval waar het opleggen van een dwangsom niet zinvol zou zijn, vormt een onderdeel van de opportuniteitsbeoordeling.

Bij de algemene opportuniteitsbeoordeling kan de rechter zich slechts laten leiden door de concrete omstandigheden van het geval. Bij de beoordeling van de meer bijzondere vraag of het verbinden van een dwangsom aan een bepaald

soort veroordeling zinvol is of niet, kan het volgende criterium houvast bieden. Een prestatie waarvan het resultaat niet kan worden beoordeeld op grond van objectieve (in de zin van algemeen aanvaarde) maatstaven of vaststellingen (bv. de regels van goed vakmanschap), maar slechts volgens subjectieve waardeoordelen, kan in principe niet door middel van een dwangsom worden afgedwongen.

Gelet op het ruime toepassingsgebied van de dwangsom en het uitzonderlijk karakter van veroordelingen waaraan geen dwangsom kan worden verbonden, lijkt het aangewezen om in geval van twijfel te besluiten dat een dwangsom mogelijk is (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. 6, p. 197). Dit volstaat uiteraard nog niet om te besluiten dat een dwangsom in een bepaalde casus ook opportuun is.

19 De onaantastbare beoordelingsbevoegdheid van de feitenrechter inzake de dwangsom valt uiteen in twee luiken. Ten eerste is de rechter nooit verplicht in te gaan op een verzoek van een partij om een dwangsom uit te spreken. Dit eerste aspect, dat de vraag beantwoordt of de rechter in bepaalde gevallen verplicht is een dwangsom uit te spreken, wordt beheerst door artikel 1385*bis* Ger. W. Krachtens de aanhef van die bepaling "kan" de rechter ingaan op een verzoek om een dwangsom uit te spreken, zonder hiertoe ooit verplicht te zijn.

Het tweede aspect van de onaantastbare beoordelingsbevoegdheid van de rechter inzake de dwangsom, beantwoordt de vraag volgens welke modaliteiten de rechter de dwangsom kan uitspreken. Het gaat m.a.w. om de vraag hoe de rechter een dwangsom kan vaststellen. Artikel 1385*ter* Ger. W. geeft het antwoord op deze vraag. Luidens deze bepaling heeft de rechter de keuze uit een dwangsom bestaande uit een bedrag ineens, een dwangsom per tijdseenheid, of per overtreding. In de laatste twee gevallen kan de rechter een maximumbedrag bepalen, om te vermijden dat de dwangsom zou oplopen tot astronomische bedragen.

§ 2. De rechter kan niet ambtshalve een dwangsom opleggen

20 De rechter kan een dwangsom niet ambtshalve aan zijn uitspraak verbinden (Cass. 29 oktober 2002, www.cass.be; Brussel 14 januari 1994, *J.L.M.B.* 1996, 834; D. LINDEMANS, "Het bekomen van de dwangsom", in *Tien jaar toepassing van de dwangsom, a.w.*, 1991, nr. 13, p. 60; M. STORME, "Een revolutionaire hervorming: de dwangsom", *T.P.R.* 1980, 231, nr. 14). De dwangsom moet worden gevorderd (Benelux Hof 2 april 1984, *R.W.* 1983-84, 2681, concl. E. KRINGS, *J.T.* 1984 (verkort), 614 en *N.J.* 1984, nr. 704).

Deze regel is in kort geding niet anders (J.H. BLAAUW, *Het kort geding. A. Algemeen deel*, Deventer, Kluwer, 2002, 208). De Hoge Raad der Nederlanden vernietigde een arrest waarin overwogen werd dat de voorzitter bevoegd

is om aan een door hem opgelegd verbod een dwangsom te verbinden, ook wanneer dat niet is gevraagd (H.R. 25 mei 1990, *N.J.* 1991, nr. 354).

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 voldaan (G. D'HOORE, conclusie voor Benelux Hof 29 november 1993, *R.W.* 1993-94, (705), 706, *P. & B.* 1994, 9, noot D. LINDEMANS en *N.J.* 1994, nr. 371). Aan de woorden "op vordering van één der partijen" komt nochtans geen verdere betekenis toe dan dat de rechter slechts een dwangsom kan opleggen wanneer dat regelmatig gevorderd werd (Cass. 7 november 1995, *Arr. Cass.* 1995, nr. 479, p. 980). De parlementaire voorbereiding vermeldt dat dit vereiste erop gericht is te vermijden dat de rechter een dwangsom zou uitspreken bij wijze van stijlclausule (Gemeensch. M.v.T., *Parl. St.* Kamer 1977-78, nr. 353, 16).

Het Hof van Cassatie zag zich genoodzaakt in een arrest van 29 november 1996 eraan te herinneren dat het uitspreken van een dwangsom zonder dat dit gevorderd werd, strijdig is met artikel 1385bis Ger. W. (Cass. 29 november 1996, *R.W.* 1997-98 (verkort), 57). Ook het Hof van Beroep te Brussel diende dit beginsel in een arrest van 24 augustus 1995 in herinnering te brengen (Brussel 24 augustus 1995, in H. DE BAUW en E. GYBELS (eds.), *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 1995*, Diegem, Kluwer, 1996, 87). Zie ook: Cass. 29 oktober 2002, www.cass.be.

Aangezien de dwangsom geen strafsancie is – zij komt in tegenstelling tot de strafrechtelijke geldboetes niet toe aan de overheid doch aan de partij die haar heeft gevorderd – komt het aan de strafrechter evenmin toe om ambtshalve een dwangsom te koppelen aan een hoofdveroordeling (Antwerpen 11 oktober 1990, *R.W.* 1990-91 (verkort), 754; J. LAENENS, "Procedureaspecten", in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 30).

21 De Franse wetgever daarentegen heeft aan de rechter uitdrukkelijk de bevoegdheid toegekend om een dwangsom ambtshalve op te leggen. Artikel 33 van de Franse Wet van 9 juli 1991 bepaalt dat "tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision" (Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, portant réforme des procédures civiles d'exécution, *Journal Officiel*, 14 juli 1991, p. 9228. De tekst van de wet is ook opgenomen in *Recueil Dalloz Sirey*, Législation 1991, 317. Zie ook: J. BORÉ en L. BORÉ, "Astreintes", in X. (ed.), *Répertoire de droit civil*, Parijs, Dalloz, 1996, T. II, losbl., nr. 46, p. 8; E. DU RUSQUEC, "Astreintes", in X. (ed.), *Juris-classeur de procédure civile*, Parijs, Editions du Juris-classeur, 1994, losbl., Fasc. 2130, nr. 90, p. 11). Deze regel is één van de belangrijke verschillen tussen het Franse systeem en het Benelux dwangsomrecht. Die verschillen hebben tot gevolg dat behoedzaamheid is aangewezen bij verwijzingen naar Franse rechtsleer en rechtspraak inzake dwangsommen (X. MALENGREAU, "L'introduction de l'astreinte en droit belge", *R.G.A.R.* 1981, nr. 10348).

Dat de dwangsom niet ambtshalve kan worden uitgesproken, betekent nochtans niet dat de partij die haar vordert ook uitdrukkelijk het woord "dwangsom" zou dienen te gebruiken. Hoger werd reeds toegelicht dat het bedrag en de modaliteiten van de dwangsom niet noodzakelijkerwijze dienen te worden gepreciseerd door de eisende partij (Benelux Hof 2 april 1984, *R.W.* 1983-84, 2681, concl. E. KRINGS, *J.T.* 1984 (verkort), 614 en *N.J.* 1984, nr. 704). Het volstaat dat de eisende partij de veroordeling van haar wederpartij vraagt "op straffe van dwangsom", of "onder verbeurte van 100 euro per overtreding", of "op straffe van 500 euro per dag vertraging" of een andere gelijkaardige formulering.

De Hoge Raad oordeelde dat de feitenrechter rechtsgeldig een dwangsom kan opleggen indien de vordering (in subsidiaire orde) strekt tot "uitvoerbaarverklaring bij (...) een zodanig dwangmiddel als Uw Hof in goede justitie zal vermenen te behoren" (H.R. 16 december 1994, *N.J.* 1995, nr. 289). Hieruit blijkt dat het vereiste dat de dwangsom door één der partijen dient te worden gevorderd, soepel wordt geïnterpreteerd.

§ 3. De rechter kan de dwangsom ambtshalve verhogen

22 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 gevorderd (A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, a.w., 1987, 600).

De mogelijkheid voor de rechter om de dwangsom ambtshalve te verhogen, werd aanvankelijk in de rechtsleer betwist. Sommige rechtsgeleerden waren destijds van oordeel dat de rechter *ultra petita* zou oordelen indien hij een hogere dwangsom zou opleggen dan het door de eisende partij vooropgestelde bedrag (G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980, nr. 62, p. 26). I. MOREAU-MARGRÈVE verdedigde het standpunt dat de rechter de gevraagde dwangsom wel kan verhogen (I. MOREAU-MARGRÈVE, "L'astreinte", *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 63).

Het Benelux-Gerechtshof bracht uitsluitsel en oordeelde dat de woorden "op vordering van één der partijen" in artikel 1385*bis* Ger. W. niet met zich brengen dat de rechter gebonden zou zijn door het bedrag of de modaliteiten voorgesteld door de eisende partij (Benelux Hof 17 december 1992, *R.W.* 1992-93, 846, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN, *J.L.M.B.* 1993 (verkort), 1010, noot C. PANIER en *N.J.* 1993, nr. 545. Zie ook: Cass. 22 april 1993, *R.W.* 1993-94 (verkort), 370, verwijzende noot, gewezen na de prejudiciële vraag die uitmondde in Benelux Hof 17 december 1992).

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. Deze rechtspraak ligt in de lijn van het reeds geciteerde arrest van het Benelux-Gerechtshof van 2 april 1984

(Benelux Hof 2 april 1984, *R.W.* 1983-84, 2681, concl. E. KRINGS, *J.T.* 1984 (verkort), 614 en *N.J.* 1984, nr. 704).

Voor een toepassing uit de rechtspraak van het beginsel dat de dwangsom ambtshalve mag worden verhoogd, zie: Voorz. Kh. Brussel 5 april 1994, *J.T.* 1994 (verkort), 659. Dezelfde beschikking is gepubliceerd met als datum 13 januari 1994 in *D.A.O.R.* 1994, nr. 32, 85.

Het Hof van Cassatie bracht dit beginsel in zijn arrest van 21 september 1993 in herinnering (Cass. 21 september 1993, *Arr. Cass.* 1993, nr. 359, p. 726). Een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom moet worden gevorderd, maar de rechter oordeelt vrij over de modaliteiten. De voorstellen van de eisende partij zijn voor de rechter suggesties die hem geenszins binden. Een te lage dwangsom zou de veroordeelde naast zich neer kunnen leggen, wat het gezag van de rechterlijke macht dreigt aan te tasten.

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 bevelen (Cass. 22 april 1993, *R.W.* 1993-94, 370, verwijzende noot en *J.L.M.B.* 1993, 1010, noot C. PANIER; J. LAENENS, "Procedureaspecten", 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), *J.L.M.B.* 1993, 1012).

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

23 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.) (H.R. 4 november 1988, *N.J.* 1989, nr. 244; Voorz. Kh. Mechelen 10 oktober 1980, *T.B.H.* 1981, 532).

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 hoofdveroordeling (Voorz. Arrbrb. Brussel 9 juli 1985, *R.W.* 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", *T.P.R.* 1980, 226). De doelmatigheid van de dwangsom moet 's rechters voornaamste bekommernis zijn bij het vaststellen van het bedrag en de modaliteiten ervan (G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980, nr. 61, p. 25; W. HUGENHOLTZ en W. H. HEEMSKERK, *Hoofddlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag, Elsevier, 2002, 259).

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 miskennen (Bergen 14 november 1991, *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 133). De dwangsom is erop gericht de weerstand van de veroordeelde te breken (M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1931, nr. 787, p. 84).

De vraag of de dwangsom dermate hoog mag zijn dat zij de schuldenaar kan doen afstevnen 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 bv. aan de uitgever van een maandblad verbod wordt opgelegd om zinnenprikkelende foto's te publiceren van een bekende TV-presentatrice, dewelke zich jaren voorheen als onbekende twintigjarige studente had laten fotograferen, dan lijkt een forse dwangsom aangewezen (Kh. Brussel 24 februari 1995, *Ing.-Cons.* 1995, 333, noot L. MULLER). Een eenmalige dwangsom van 100.000 frank zou de uitgever allicht graag betalen, aangezien de meerverkoop dit naar verwachting vlug zou compenseren. Een dwangsom van 1 miljoen frank p e r e x e m p l a a r 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 houden.

24 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 opgelegde dwangsom mag zelfs hoger zijn dan wat de eisende partij vorderde. De rechter kan een maximum vaststellen waarboven geen dwangsommen meer worden verbeurd, of hij kan een progressieve dwangsom opleggen (bv. 100 euro voor de eerste dag vertraging na de betekening, 200 voor de tweede dag, 300 voor de derde dag, enz.) (I. MOREAU-MARGRÈVE, “Principes généraux”, in *Dix ans d'application de l'astreinte, a.w.*, 1991, 37; J. VAN COMPERNOLLE, “Astreinte”, in *Rép. not.*, t. XIII, IV, 6, 1992, nr. 29, p. 35). Voorbeelden van dergelijke progressieve dwangsommen werden in de gepubliceerde rechtspraak niet aangetroffen. Dat hangt allicht samen met de bekommernis de dwangsom niet al te snel te laten oplopen tot astronomische hoog-

ten enerzijds, en met de wens om overdreven ingewikkelde berekeningen te vermijden anderzijds.

De rechter kan ook een dwangsom per uur vertraging uitspreken.

Voor toepassingen van dwangsommen per uur zie: Voorz. Rb. Gent 9 oktober 1992, *T.O.R.B.* 1993-1994, 276 (verplichting tot afgifte aan deurwaarder van examenvragen en originele examenkopij, op eenzijdig verzoekschrift van examinandus, onder verbeurte van dwangsom van 20.000 frank per uur vertraging); Voorz. Rb. Gent 12 juli 1993, *T.G.R.* 1994, 23; Arrondissementsrechtbank Breda 1 juni 1965, *N.J.* 1965, nr. 337.

Niets verhindert de rechter om rekening te houden met redelijkheid en billijkheid bij het uitoefenen van zijn discretionaire bevoegdheid om een verzoek tot het opleggen van een dwangsom te honoreren of af te wijzen. Redelijkheid en billijkheid kunnen de rechter ook tot leidraad dienen bij het bepalen van de modaliteiten van de dwangsom.

Een dwangsom per uur mag slechts worden uitgesproken wanneer dit redelijkerwijze verantwoord is, meer bepaald wanneer de onmiddellijke uitvoering van de bevolen prestatie volstrekt noodzakelijk voorkomt. Uiteraard moet het daarbij gaan om een prestatie waarvan de behoorlijke uitvoering slechts weinige ogenblikken vergt. Indien de prestatie bestaat uit een onthouding (iets niet blijven doen), mag een dwangsom per uur vertraging slechts opgelegd worden indien de onmiddellijke stopzetting van de verboden handeling redelijkerwijze mogelijk is.

Wanneer er sprake is van een prestatie waarvan de behoorlijke uitvoering enige tijd vergt (om iets te doen, of om iets niet meer te doen), blijft een dwangsom per uur vertraging als zodanig wel mogelijk, doch kan het aangegeven zijn de veroordeelde een bepaalde termijn toe te kennen (die, indien nodig, uitgedrukt mag worden in een aantal uren na de betekening). Essentieel is dat bij een dwangsom per uur vertraging met onmiddellijke ingang vanaf de betekening, erover gewaakt wordt dat het voorwaardelijk karakter van de dwangsom in acht genomen wordt.

§ 5. Motiveringsplicht

25 Indien de vordering van een partij die een dwangsom vorderde integraal wordt afgewezen (of minstens het gedeelte van de vordering waaraan de gevraagde dwangsom was verbonden wordt afgewezen), dient de rechter niet te motiveren waarom hij geen dwangsom oplegt. Immers, de afwijzing van de vordering werd per hypothese reeds gemotiveerd, zodat motiveren waarom geen dwangsom wordt opgelegd in dat geval overbodig wordt. De dwangsom, die uit haar aard zelve steeds een accessorium is, kan niet worden toegekend wanneer zij niet verbonden is aan een hoofdveroordeling. Wanneer de hoofdvordering wordt afgewezen, volgt daaruit als logisch gevolg dat ook de dwangsom niet kan worden toegekend, zonder noodzaak van uitdrukkelijke motivering aangaande de dwangsom. In een dergelijk geval vormt de motivering die de afwijzing van de hoofdvordering schraagt, het impliciete antwoord

op eventuele middelen of argumenten over de dwangsom door de afgewezen partij ontwikkeld in haar conclusies.

Slechts wanneer de hoofdvordering (minstens gedeeltelijk) wordt toegekend, kan er aanleiding bestaan ook de gevorderde dwangsom op te leggen. Wanneer evenwel een dwangsom wordt gevorderd zonder dat de eisende partij een middel of argument ontwikkelt aangaande de vraag waarom een dwangsom moet worden opgelegd, mag de rechter de dwangsom afwijzen zonder specifieke motivering dienaangaande.

Slechts in de hypothese waarin de hoofdvordering geheel of gedeeltelijk wordt toegekend en de eisende partij tevens een dwangsom had gevorderd waaromtrent zij een specifiek middel of argument had ontwikkeld, dient de rechter bij afwijzing van de dwangsom te motiveren waarom hij haar niet toekent. Aangezien het opleggen van een dwangsom – hoe uitvoerig de vordering in dat verband ook onderbouwd moge zijn – steeds onder de onaantastbare beoordelingsbevoegdheid van de feitenrechter valt, vermag hij zijn motivering te beperken tot de overweging dat een dwangsom niet opportuun is, of dat niet waarschijnlijk is dat een dwangsom zal bijdragen tot behoorlijke uitvoering, of dat de dwangsom de verhouding tussen partijen nodeloos onder druk zou zetten, of een motivering van vergelijkbare aard.

Wanneer de dwangsom wordt toegekend, doch de verwerende partij dienaangaande geen middel of argument in een regelmatig neergelegde conclusie ontwikkelde, dient de rechter niet te motiveren waarom hij een dwangsom oplegt.

Slechts wanneer de verwerende partij aangaande de dwangsom in een regelmatig neergelegde conclusie een specifiek verweermiddel of argument ontwikkelde, dient de rechter te motiveren waarom hij een dwangsom oplegt. Ook hier kan de motivering in de regel beknopt blijven, in het bijzonder wanneer de verwerende partij een middel of argument ontwikkelt volgens hetwelk de dwangsom niet opportuun is. Andere middelen, volgens dewelke een dwangsom in een bepaalde casus bv. niet mogelijk is (de verwerende partij meent bv. dat sprake is van een vordering terzake van de nakoming van een arbeids-overeenkomst), kunnen wel aanleiding geven tot de noodzaak van een enigszins omstandiger motivering, ofschoon een onvoldoende omstandige motivering als zodanig niet in aanmerking komt als een schending van de motiveringsplicht in de zin van art. 149 van de Grondwet. Slechts de niet beantwoording van een middel of argument vervat in een regelmatig neergelegde conclusie (of alles wat gelijk staat met de afwezigheid van redengeving, zoals bv. een duistere of dubbelzinnige redengeving) kan schending van de motiveringsplicht opleveren. Een antwoord dat door een partij geacht wordt een onvoldoende beantwoording op te leveren van een middel of argument aangevoerd in een regelmatig neergelegde conclusie, kan geen schending van art. 149 G.W. inhouden.

§ 6. Invloed van andere maatregelen

26 Mocht in een overeenkomst reeds een boetebeding vervat liggen, verhindert dit niet dat ook een dwangsom wordt gevorderd (J.H. BLAAUW, *Het kort geding. A. Algemeen deel*, Deventer, Kluwer, 2002, 209). Een geldig boetebeding is een forfaitaire raming van de schade die een contractspartij lijdt of geacht wordt te lijden bij wanprestatie van de wederpartij, terwijl dwangsom en schadevergoeding geen verband met elkaar houden (X. MALENGREAU, “L’introduction de l’astreinte en droit belge”, *R.G.A.R.* 1981, nr. 10348, p. 1, *verso*; zie boven, nrs. 12-14).

Aangezien de regeling van de dwangsom de essentiële belangen van de samenleving raakt (Cass. 3 juni 1996, *Arr. Cass.* 1996, 529 en *J.T.T.* 1996, 391), kunnen partijen in een overeenkomst niet overeenkomen dat zij afstand doen van hun recht om een dwangsom te vorderen (G. DE LEVAL, *Jurisprudence du Code Judiciaire*, Hoofdstuk XXIII (“De l’astreinte”), Brugge, La Charte, 1997, losbl., commentaar bij art. 1385*bis*, 4; G. DE LEVAL en J. VAN COMPERNOLLE, in *Dix ans d’application de l’astreinte*, 1991, 241, voetnoot 474; E. DIRIX en G. L. BALLON, *Factuur*, in *A.P.R.*, Deurne, Kluwer, 1993, p. 148, nr. 262; I. MOREAU-MARGRÈVE, “L’astreinte”, *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 88-89; R. KRUIHOF, “Contractuele aansprakelijkheidsregelingen”, *T.P.R.* 1984, (233), 283).

Na de veroordeling ervoor kiezen de dwangsom niet of slechts gedeeltelijk in te vorderen blijft uiteraard mogelijk (I. MOREAU-MARGRÈVE, “Principes généraux”, in *Dix ans d’application de l’astreinte*, a.w., 1991, 18-19).

§ 7. Het verlenen van een termijn

27 In bepaalde gevallen is het aangewezen de veroordeelde een zekere tijd te gunnen om alsnog zijn verplichting na te leven. Dit zal met name nuttig zijn wanneer de uitvoering van de hoofdveroordeling materieel enige tijd in beslag neemt. Luidens artikel 1385*bis*, *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 vertrekpunt (Cass. 4 december 1990, *Pas.* 1991, I, 330, *R.W.* 1991-92, 119). 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.

In tegenstelling tot wat STORME meent, moet de rechter niet “slechts bij hoge uitzondering” een gratietermijn toestaan, doch wel in alle gevallen waarin het onredelijk zou zijn van de veroordeelde de naleving van de hoofdveroordeling

vanaf de betekening te vergen (M. STORME, "Een revolutionaire hervorming: de dwangsom", *T.P.R.* 1980, 232). Indien de veroordeelde aantoonde dat de hem toegestane termijn te kort was om de bevolen prestatie uit te voeren, staat men voor een geval waarin artikel 1385*quinquies* Ger. W. toepassing kan vinden.

28 De omvang van de termijn is geheel onderworpen aan 's rechters onaanastbare beoordelingsbevoegdheid. Aldus kan de rechter bepalen dat de veroordeelde de dwangsom slechts zal verbeuren indien binnen een maand na de betekening van de beslissing de verplichting niet werd uitgevoerd (Vred. Brugge 13 oktober 1980, *R.W.* 1981-82, 332).

De rechter kan bv. ook bepalen dat de dwangsom slechts zal worden verbeurd na verloop van drie werkdagen na de betekening. De Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel preciseert in een beschikking van 16 december 1982 wat dit inhoudt. Als zijn beschikking op donderdag 16 december betekend wordt, zal de veroordeelde de dwangsom slechts verbeuren vanaf woensdag 22 december, de drie werkdagen, *dies a quo* niet inbegrepen, zijnde 17, 20 en 21 december (Voorz. Kh. Brussel 16 december 1982, *J.T.* 1983, 345). Als de beschikking op vrijdag 17 december betekend wordt, zo voegt de voorzitter eraan toe, zal de dwangsom slechts verbeurd worden vanaf donderdag 23 december 1983 (de drie werkdagen zijn dan 20, 21 en 22 december).

29 Het toestaan van een termijn kan ook bij een verplichting om iets niet te doen zinvol zijn, met name als het gaat om een verplichting om iets niet meer te doen. Bij een verplichting om iets niet te doen heeft het toestaan van een termijn geen zin, wanneer het gaat om een onthouding dewelke geen stopzetting van een handeling veronderstelt.

Indien bv. een partij verbod wordt opgelegd om zinnenprikkelende foto's te publiceren die jaren voorheen genomen werden, toen de afgebeelde persoon nog geen bekendheid genoot als TV-presentatrice, heeft het toestaan van een termijn om zich te conformeren aan het verbod geen zin (Kh. Brussel 24 februari 1995, *Ing.-Cons.* 1995, 333, noot L. MULLER). De rechtbank erkent dat mejuffrouw D., dewelke bekendheid geniet als radio- en T.V.-presentatrice in Vlaanderen en Nederland, het recht heeft om de toestemming tot publicatie die zij jaren geleden als (onbekende) twintigjarige studente gegeven heeft in te trekken. Op grond van het persoonlijkheidsrecht op afbeelding kan men toestemming tot publicatie van foto's steeds terugtrekken, in het bijzonder wanneer de foto's de intimiteit van de persoon raken. De betrokken presentatrice werd veroordeeld tot schadevergoeding (enkel de kosten van de fotoreportage, gederfde winst werd niet bewezen geacht). Aan de uitgever van het blad "P." wordt verbod opgelegd de foto's op enigerlei wijze te publiceren, onder verbeurte van een dwangsom van 1 miljoen frank per exemplaar van "P." waarin de foto's in strijd met het verbod zouden verschijnen. De kansen op een executiegeschil worden beperkt door het verbod zeer precies te omschrijven. Niet enkel publicatie in binnen- en buitenlandse edities van het blad "P." wordt verboden, maar ook publicatie in de "P."-tijdschriftenspecial, de "P."-kalender, in boekvorm, of bij wijze van reclame-uiting. Het meedelen van de foto's aan derden wordt gesanctioneerd met een dwangsom van 5 miljoen frank per inbreuk.

30 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. (G. CLOSSET-MARCHAL, "Demande de révision et prescription de l'astreinte: compétences respectives du juge du fond et du juge des saisies", (noot onder Luik 4 november 1991), *T.B.B.R.* 1992, 420). Zie in dezelfde zin: Brussel 4 oktober 1995, *P. & B.* 1996, 129.

Aldus kan de dwangsom van 250 euro per dag vertraging opgelegd in een vonnis betekend op 28 februari 2002, waarin de veroordeelde een bevel wordt opgelegd om een illegaal kippenhok af te breken binnen een termijn van een maand na de betekening, slechts worden verbeurd indien de prestatie op woensdag 3 april 2002 nog niet werd uitgevoerd. De termijn van een maand begint te lopen de dag na de akte of gebeurtenis die de termijn deed ingaan (art. 52 Ger. W.). De *dies a quo* is met andere woorden niet in de termijn inbegrepen. 1 maart 2002 is de eerste dag van de termijn, die vervolgens wordt gerekend (aangezien hij in maanden is uitgedrukt) van de zoveelste tot de dag voor de zoveelste. De laatste dag is aldus 31 maart 2002 (*dies ad quem* is in de termijn begrepen). 31 maart 2002 is een zondag, 1 april 2002 is een wettelijke feestdag (tweede Paasdag), zodat de prestatie nog kan worden uitgevoerd op dinsdag 2 april 2002, tot 23:59. Als op woensdag 3 april 2002 de prestatie volledig uitgevoerd wordt tussen 6 en 7 uur 's ochtends, heeft de veroordeelde eenmaal 250 euro verbeurd.

In de geschetste casuspositie waarin per hypothese een termijn van een maand toegekend wordt voor een prestatie die slechts weinig tijd vergt, lijkt een verlenging tot de eerstvolgende werkdag niet cruciaal. Niettemin is de verlenging tot de eerstvolgende werkdag, wanneer de vervalddag van de termijn geen werkdag is, een belangrijk beginsel. Het terzake niet toepasselijk achten van de verlenging van de termijn ingevolge artikel 53 Ger. W., zou onverenigbaar zijn met een van de wezenskenmerken van de dwangsom, namelijk haar voorwaardelijk karakter. 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 vervalddag 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.

Bij de bespreking van artikel 138⁵octies Ger. W. zal worden toegelicht dat artikel 53 Ger. W. niet van toepassing is op de verjaringstermijn. Dat is ook logisch, omdat de veroordeelde partij, ten gunste van wie de verjaringstermijn loopt, erop mag vertrouwen dat de verjaring van de dwangsom is ingetreden zodra de verjaringstermijn verstreken is. De toevallige omstandigheid dat de vervalddag een zaterdag, zondag of wettelijke feestdag is, keert zich ook bij de verjaring niet tegen de veroordeelde.

31 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” (Bergen 2 maart 1988, *J.T.* 1988, 361). 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 op (Beslagnr. Leuven 7 februari 1995, *T.B.B.R.* 1995, 517). 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 verbeurd (Bergen 3 juni 1994, *J.L.M.B.* 1994, 1310; Luik 8 oktober 2001, *J.L.M.B.* 2002, 320, noot G.D.L.).

Een voorbeeld van een hervorming van een beschikking waarin de rechter ten onrechte een dwangsom had opgelegd dewelke verbeurd werd vanaf de uitspraak, ligt vervat in: Brussel 2 november 1989, *T.M.R.* 1994 (verkort), 42 en *Journ. Proc.* 1989, nr. 161, 30, noot B. JADOT en F. OST. Het Hof verklaart de hogere beroepen ongegrond, behalve voor wat de dwangsom betreft. Het Hof zegt voor recht dat de dwangsom opgelegd door de eerste rechter slechts uitwerking zal hebben te rekenen vanaf de dag na de betekening van het arrest.

De Beslagrechter te Verviers oordeelde dat – nadat de veroordeelde door de voorzitter van de rechtbank van koophandel bevel was opgelegd om iets te doen binnen een termijn van één maand na de uitspraak – de dwangsom kan worden verbeurd vanaf de dag na de betekening, indien ten minste één maand na de uitspraak verstreken is voor de betekening (Beslagr. Verviers 16 december 1994, *Act. dr.* 1996, 63. In dezelfde zin: Beslagr. Verviers 18 december 1998, *J.L.M.B.* 1999, 422). Deze uitspraak kan niet worden bijgetreden. Het toestaan van een termijn hangt nauw samen met het voorwaardelijk karakter van de dwangsom. Indien een termijn van één maand wordt opgelegd vanaf de uitspraak, beschikt de veroordeelde mogelijkerwijze niet meer over de nodige tijd om te voldoen aan de uitspraak, indien men, zoals de Beslagrechter te Verviers ten onrechte deed, zou oordelen dat het verstrijken van de termijn voor de betekening wel in rekening mag worden gebracht. Zolang er niet betekend is, wordt de veroordeelde niet geacht te weten dat de eisende partij erop staat dat de veroordeling wordt uitgevoerd.

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Verviers, zetelend in hoger beroep, veroordeelde in een vonnis van 13 mei 1987 een partij om een afsluiting te verwijderen binnen twee weken vanaf het vonnis, onder verbeurte van een dwangsom van 1.000 frank per dag vertraging na het verstrijken van de vermelde termijn (Cass. 22 juni 1989, *Pas.* 1989, 1168 en *R.W.* 1990-91 (verkort), 98). Het Hof van Cassatie verbrak het vonnis, aangezien de rechter niet zonder schending van artikel 1385bis, derde lid Ger. W. vermag te oordelen dat de dwangsom eisbaar is na verloop van een termijn van twee weken te rekenen vanaf de uitspraak (Cass. 22 juni 1989, *Pas.* 1989, 1168 en *R.W.* 1990-91 (verkort), 98).

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 na het verstrijken van de toegekende termijn, te rekenen vanaf de betekening (Luik 8 oktober 2001, *J.L.M.B.* 2002, 320, noot G.D.L.; Voorz. Rb. Gent 9 oktober 1992, *T.O.R.B.* 1993-94, 276).

Aldus kan de rechter een gebod opleggen om iets te doen binnen dertig dagen na de kennisgeving van de beslissing en, bij gebreke hieraan te voldoen, tot betaling van een dwangsom van 3000 frank per dag vertraging. Een dergelijke veroordeling houdt niet in dat de dwangsom na verloop van dertig dagen na de kennisgeving van het arrest verbeurd wordt. De veroordeling houdt enkel de verplichting in om iets te doen binnen 30 dagen na de kennisgeving. Dit heeft betrekking op datgene wat de veroordeelde zou moeten doen (het ob-

ligatoire aspect van de veroordeling). De vraag op welke wijze de veroordeelde daartoe gedwongen kan worden (het executoriale aspect) wordt *in casu* door de feitenrechter beantwoord als volgt: door verbeurde van een dwangsom van 3000 frank per dag vertraging. De veroordeling is rechtens verantwoord, aldus het Hof van Cassatie, omdat de rechter niet moet precisieren dat de dwangsom slechts na de betekening van de beslissing kan worden verbeurd (Cass. 9 oktober 1989, *J.T.T.* 1989, 452).

Uit het voorgaande blijkt dat het – om discussie te vermijden – geen aanbeveling verdient een termijn op te leggen om iets te doen vanaf de uitspraak. Aangezien de dwangsom toch maar kan worden verbeurd na verloop van eenzelfde termijn te rekenen vanaf de betekening, kan de rechter beter meteen een termijn toestaan vanaf de betekening.

32 In een uitspraak van de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel van 5 mei 1980 (*J.T.* 1981, 538) wordt een partij verbod opgelegd om nog langer verwarringstichtende etiketten op chocopotten te gebruiken. Tevens wordt die partij bevolen een aantal aanpassingen op haar etiketten aan te brengen.

De uitspraak houdt onder meer een bevel tot staken in “(...) de mettre les produits en vente sous la présentation actuelle pour le 30 juin 1980”. De termijn toegestaan voor de behoorlijke naleving van de uitspraak wordt als volgt verwoord: “Condamnons la S.A. Côte d’Or à une astreinte de 50.000 F par jour de vente des produits sous la forme interdite à l’expiration du délai précisé ci-dessous ou, dans la mesure où le jugement n’a pas été signifié pour le 30 juin 1980, à partir de la signification de notre jugement”. Die formulering van de toegestane termijn verdient geen bijval. Het vervangen van etiketten op chocopotten is een prestatie die een zekere tijd in beslag neemt.

Indien er sprake is van “mild parasitair” gedrag, zoals in die zaak het geval scheen te zijn, kan het aangewezen zijn een termijn toe te staan van bv. een tweetal maanden, zodat de verwerende partij niet verplicht wordt haar volledige voorraad uit de kleinhandel terug te halen. Een dergelijke kostelijke inspanning lijkt slechts te moeten worden opgelegd aan een partij die kennelijk parasitair of te kwader trouw heeft gehandeld (bv. bij slaafse namaak), of indien zulks noodzakelijk is in het licht van andere belangen (bv.: de gezondheid of veiligheid van de consument). Het gegeven dat de rechter in die zaak een kleine twee maanden heeft willen toestaan om een einde te maken aan een ongeoorloofde handelspraktijk, is geheel aanvaardbaar.

De formulering van die termijn staat evenwel op gespannen voet met het betekeningsvereiste van art. 1385*bis* Ger. W. en met het gegeven dat de rechter enkel een dwangsom mag verbinden aan een prestatie waarvan de uitvoering mogelijk is. Meer bepaald zegt de rechter (in een uitspraak van 5 mei) dat de veroordeelde partij een prestatie moet verrichten voor 30 juni 1980. Indien op die datum nog niet betekend zou zijn, aldus het vonnis, wordt de dwangsom verbeurd daags na de betekening.

Art. 1385*bis*, derde lid Ger. W. bepaalt dat de dwangsom niet kan worden verbeurd vóór de betekening van de uitspraak waarbij zij is vastgesteld. Wanneer de rechter een termijn toestaat, kan deze pas een aanvang nemen vanaf de betekening (zie boven, nr. 31). Zolang er niet betekend is, wordt de veroordeelde partij, zoals reeds gezegd, niet geacht te weten dat de eisende partij erop staat dat de uitspraak wordt uitgevoerd.

Wat is evenwel het praktische gevolg van een uitspraak behept met een onwettigheid in verband met het betekeningsvereiste van art. 1385*bis* Ger. W.? De onwettigheid van de veroordeling heft de door de wet gestelde voorwaarde niet op. Zij geeft de veroordeelde evenmin het recht om zijn parasitair gedrag ongestoord voort te zetten. In de zaak over de chocopotten kan de dwangsom pas worden verbeurd indien tussen het tijdstip van de betekening enerzijds en de eerste in aanmerking te nemen inbreuk anderzijds, een tijdsspanne is verstreken die minstens gelijk is aan de tijdsspanne tussen 5 mei en 30 juni (*anders*: Beslagr. Verviers 18 december 1998, *J.L.M.B.* 1999, 422; Beslagr. Verviers 16 december 1994, *Act. dr.* 1996, 63). Enkel op die manier beschikt de veroordeelde voor de uitvoering van de bevolen prestatie over de volle door de rechter toegestane termijn (in dezelfde zin: I. MOREAU-MARGRÈVE, noot onder Corr. Dinant 27 februari 1985, *Aménagement* 1987, 112).

33 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 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 betekening (E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag*, in *A.P.R.*, 2001, 52). Pas vanaf dat ogenblik wordt de veroordeelde geacht te weten dat de eisende partij erop staat dat de veroordeling wordt uitgevoerd.

34 Een uitspraak van het Hof van Cassatie van 9 juni 1998 (*Arr. Cass.* 1998, 294 en *Pas.* 1998, I, 294) verdient nog enige aandacht. In dat arrest aanvaardt het Hof dat een dwangsom kan worden verbeurd indien, na het verstrijken van de door de rechter toegekende termijn die begint te lopen vanaf de uitspraak, de betekening plaatsvond voor het verstrijken van die termijn. Dat stuit op ernstige bezwaren. Immers, het toestaan van een termijn hangt nauw samen met het voorwaardelijk karakter van de dwangsom. De veroordeelde wordt pas vanaf de betekening geacht te weten dat de eisende partij erop staat dat de veroordeling wordt uitgevoerd.

De door de rechter toegestane termijn kan pas beginnen te lopen vanaf de betekening. Er anders over oordelen houdt een miskennis in van het voorwaardelijk karakter van de dwangsom. Bovendien zou zulks de deur openen voor misbruiken (zie in dezelfde zin: E. DIRIX, "Overzicht van rechtspraak.

Beslag en collectieve schuldenregeling (1997-2001)”, *T.P.R.* 2002, (1187), 1197). De eisende partij zou, in gevallen waarin de uitvoering van de prestatie noodzakelijkerwijze enige tijd in beslag neemt, kunnen wachten met de betekening tot vlak voor het einde van de termijn, en op die manier gegarandeerd dwangsommen laten verbeuren (bv. wanneer de uitspraak uitvoerbaar bij voorraad is, zodat het instellen van een rechtsmiddel de verbeurde der dwangsom niet schorst).

De uitspraak die het Benelux-Gerechtshof zal wijzen naar aanleiding van de prejudiciële vraag gesteld door het Hof van Cassatie in zijn arrest van 16 juni 2000, zal op dit stuk ongetwijfeld van belang zijn. In dat arrest (Cass. 16 juni 2000, *Casebook 20 jaar dwangsom*, nr. 153) stelt het Hof de volgende vragen aan het Benelux-Gerechtshof: 1) Is de termijn door de dwangsomrechter aan een veroordeelde verleend om een hoofdveroordeling uit te voeren, een termijn in de zin van artikel 1, vierde lid, van de Eenvormige wet? 2) Moet artikel 1 van de Eenvormige wet betreffende de dwangsom aldus worden uitgelegd dat wanneer de dwangsomrechter heeft bepaald dat de veroordeelde pas na een zekere termijn de dwangsom zal kunnen verbeuren en de betekening van die uitspraak waarbij de dwangsom is vastgesteld gebeurt na het verstrijken van de termijn, die termijn slechts kan ingaan vanaf de betekening van de uitspraak?

Kort voor het ter perse gaan van de tekst werd kennisgenomen van het arrest van het Benelux-Gerechtshof van 25 juni 2002, waarin het Hof als volgt antwoordt op de bij arrest d.d. 16 juni 2000 gestelde vragen:

(1) “De termijn die de dwangsomrechter aan de veroordeelde heeft verleend om de hoofdveroordeling uit te voeren, is geen termijn in de zin van artikel 1, vierde lid, van de Eenvormige Wet;”

(2) “De termijn als bedoeld in artikel 1, vierde lid, van de Eenvormige Wet gaat pas in op het moment van de betekening van de uitspraak waarbij de dwangsom is bepaald.” (Benelux Hof 25 juni 2002, *T. Mil.* 2002, 423, noot P. VANSANT, *N.J.B.* 2002, 1419, weergave).

Aangezien slechts na de voltooiing van het manuscript kennis werd genomen van het arrest d.d. 25 juni 2002, ontbreekt hier de ruimte voor een omstandige analyse van en commentaar bij het arrest. Wij beperken ons derhalve tot het aanhalen van de volgende passages:

“Indien de rechter aldus beslist dat de dwangsom eerst na verloop van een zekere termijn kan worden verbeurd, dan begint die termijn pas te lopen vanaf de betekening van de rechterlijke beslissing. Wordt door het instellen van een rechtsmiddel de uitvoerbaarheid van de hoofdverbintenis geschorst, dan loopt de termijn niet verder en gaat hij eerst opnieuw lopen na het einde van de schorsing en na de betekening van de uitspraak in hoger beroep en de bekrachtigde uitspraak. De schuldeiser die hiertegen bezwaar heeft, dient aan de appelrechter een verkorting van de termijn te vragen.

Is hiervan verschillend het geval dat de rechter een termijn voor de uitvoering van de hoofdveroordeling heeft bepaald? Volgens het Hof van Beroep te Brussel is een termijn om de hoofdveroordeling uit te voeren geheel verschillend van een termijn op grond van art. 1385*bis* Ger. W. betreffende het verbeuren van de dwangsom. Volgens het Hof neemt de termijn die wordt gegund om de hoofdveroordeling na te komen, een aanvang vanaf de uitspraak en niet vanaf de betekening ervan (Brussel 4 oktober 1995, *P. & B.* 1996, 129). Die oplossing overtuigt niet. Ook hier moet worden aangenomen dat de termijn eerst vanaf de betekening begint te lopen. Er anders over oordelen maakt van de respijttermijn eerder een valstrik." (E. DIRIX, "Executieproblemen...", *a.w.*, 46, voetnoten weggelaten).

Elders hebben wij over deze kwestie het volgende geschreven:

"Artikel 1, vierde lid van de Eenvormige Wet werd omgezet in art. 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 bv. een termijn van drie maanden toekent om aan de hoofdveroordeling te voldoen, gaat het inderdaad om een termijn in de zin van art. 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." (*Casebook 20 jaar dwangsom*, noot onder Cass. 16 juni 2000, 369).

De opvatting dat de termijn die de dwangsomrechter aan de veroordeelde heeft verleend om de hoofdveroordeling uit te voeren, géén termijn is in de zin van art. 1385*bis*, vierde lid Ger. W. (d.i. een termijn door de rechter bepaald na verloop waarvan pas dwangsommen zullen verbeurd kunnen worden) en daarvan verschilt in aard en strekking, overtuigt derhalve niet. Het antwoord van het Benelux-Gerechtshof in het arrest d.d. 25 juni 2002 op de tweede prejudiciële vraag, verdient uiteraard alle bijval. Wat het antwoord op de eerste vraag betreft, moet een ommekeer in de rechtspraak verhoopt worden.

§ 8. Bepaling van een maximum

35 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 bv. te bepalen dat de veroordeling tot betaling van een dwangsom slechts geldt voor een periode van drie maanden (Cass. 31 januari 1995, *Arr. Cass.* 1995, 107).

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 billijkheids-overwegingen. 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.

Te lage maxima zijn, zoals blijkt uit een arrest van het Hof van Beroep te Gent van 11 september 2001 (*A.J.T.* 2001-02, 675), geen louter denkbeeldig fenomeen. In 1980 overlijdt de zoon van een echtpaar. In 1991 wordt de echtscheiding uitgesproken. De vrouw wenst nog steeds een laatste rustplaats te krijgen in de grafkelder waarin reeds haar zoon rust. De ex-echtgenoot had echter de naam van de vrouw laten verwijderen van de grafzerk. De man wordt veroordeeld om de naam van de vrouw opnieuw te laten aanbrengen op de grafzerk, onder verbeurte van een dwangsom van 15.000 frank per dag vertraging en met een maximum van 150.000 frank. Indien partijen evenwel door het loutere feit van de procedure al hebben blij gegeven van onverzoenbaarheid en/of hardnekkigheid, dreigt een maximum van (slechts) 150.000 frank de prikkelende werking van de dwangsom te ondergraven.

Artikel 1385^{octies} Ger. W., betreffende de korte verjaringstermijn van zes maanden, spruit voort uit de bekommernis van de wetgever om te vermijden dat dwangsommen ongerijmde hoogten zouden bereiken. Mocht de rechter van oordeel zijn dat de verjaringstermijn van zes maanden op zich onvol-

doende garantie biedt ter voorkoming van dwangsommen die zouden oplopen tot absurde hoogten, kan dit een reden zijn die hem ertoe brengt de dwangsom te maximaleren.

De vraag hoe hoog een bedrag moet zijn om absurd te zijn, is grotendeels afhankelijk van de financiële draagkracht van de veroordeelde. Een bedrag dat de financiële draagkracht van de veroordeelde ver overstijgt, is niet noodzakelijk absurd. Het gegeven dat de veroordeelde slechts een beperkte financiële draagkracht heeft, volstaat op zich niet om te besluiten dat het bepalen van een maximumbedrag aangewezen is. De rechter dient alle ter zake doende omstandigheden in acht te nemen.

In gevallen waarin het volstrekt zeker is dat het rechterlijk gebod of verbod uitsluitend kan worden overtreden door manifeste kwaadwilligheid, koppigheid of misprijzen voor de rechterlijke macht in hoofde van de veroordeelde, is het vaststellen van een maximumbedrag principieel overbodig.

36 Men dient de precieze draagwijdte van de vaststelling van een maximumbedrag voor ogen te houden. Artikel 1385^{ter} Ger. W. reikt verder dan dat de rechter een bedrag kan vaststellen, waarboven verbeurde dwangsommen niet meer kunnen worden *in g e v o r d e r d*. De wet stelt dat de rechter een bedrag kan bepalen waarboven geen dwangsom meer *v e r b e u r d* wordt. De Franse tekst van art. 1385^{ter} stipuleert dat de veroordeling tot de dwangsom “cessera ces effets” zodra het maximum bereikt is. Dit betekent dat, indien verbeurde dwangsommen eenmaal een bepaalde hoogte bereiken, er geen nieuwe dwangsommen verbeurd worden. De verbeurde van de dwangsom houdt m.a.w. op door het bereiken van het vastgestelde maximum.

Dit is vooral belangrijk voor de verjaring. Op het ogenblik dat het maximum bereikt is, neemt de verjaringstermijn van zes maanden een aanvang. Zodra die verstrijkt zonder dat de eisende partij begonnen is met de invordering van de verbeurde dwangsommen, is de veroordeelde principieel niets meer verschuldigd, behoudens schorsing en stuiting.

Het verband tussen het bepalen van een maximum en de aanvang van de verjaring wordt verhelderd door het arrest van de Hoge Raad van 1 juli 1994, en vooral door de conclusie van Advocaat-Generaal Vranken bij dit arrest (H.R. 1 juli 1994, *N.J.* 1994, nr. 669, concl. VRANKEN, noot H. E. R.).

Een huiseigenaar was veroordeeld om bepaalde herstellingen uit te voeren aan de woning betrokken door zijn huurder, binnen een termijn van twee maanden na de betekening, met een maximum van 5000 gulden. De herstellingen werden niet uitgevoerd. Op een bepaald moment wordt, ingevolge het stilzitten van de veroordeelde, het bedrag van 5000 gulden verbeurd. Zes maanden na dat ogenblik zijn alle dwangsommen verjaard.

De uitleg van de eiser in cassatie komt erop neer dat hij zelfs nog vijf jaar later 5000 gulden kan invorderen, op grond van het feit dat gedurende de zes maanden voorafgaand aan de invordering, de inbreuk van de niet-herstelling van de gebreken nog steeds gepleegd werd, waarbij 50 dagen (d.w.z. minder dan zes maanden) volstaan om met een dwangsom van 100 gulden per dag vertraging te komen tot een bedrag van 5000 gulden. De Hoge Raad verwerpt deze uitleg.

Advocaat-Generaal Vranken biedt voor het oordeel van de Hoge Raad een dubbele grondslag aan. Een tekstargument kan worden geput uit (het Nederlandse equivalent van) artikel 1385^{ter} Ger. W., krachtens hetwelk boven het door de rechter vastgestelde maximumbedrag geen nieuwe dwangsommen meer worden verbeurd. Daarnaast wijst de Advocaat-Generaal erop dat de uitleg van de eiser aanleiding geeft tot het onwenselijke resultaat dat de eisende partij jarenlang kan stilzitten, en dan plots mag besluiten toch de verbeurde dwangsommen te incasseren, zij het beperkt tot het door de rechter vastgestelde maximum.

De interpretatie van de Hoge Raad lijkt niet voor betwisting vatbaar. Als de rechter een maximum bepaalt waarboven geen dwangsommen verbeurd worden, wordt de rechtszekerheid op een dubbele manier bevorderd. Ten eerste weten de partijen precies tot welk bedrag de dwangsom kan oplopen. Ten tweede weten de partijen ook dat, zodra het maximum bereikt is, geen nieuwe dwangsommen kunnen worden verbeurd, zodat het verjaringsmechanisme tot gevolg heeft dat zes maanden later niets meer kan worden ingevorderd (behoudens schorsing en stuiting van de verjaring). De eisende partij kan, wanneer het maximum bereikt is, wel een nieuwe veroordeling nastreven, waarbij de omstandigheid dat de vorige veroordeling niet werd nageleefd, de rechter kan aanzetten tot het uitspreken van een zwaardere dwangsom, of tot het weglaten van een maximum. Om niet te stranden op de exceptie van gewijsde, zal de eisende partij er zorg voor dragen in een dergelijke situatie het voorwerp van de vordering aan te passen in het licht van de nieuwe omstandigheden.

§ 9. Over de vrees dat de veroordeelde zijn verplichting niet zal nakomen

37 In de praktijk duiken soms misverstanden op aangaande het bestaan of ontbreken van de vrees dat de schuldenaar zijn verplichting niet zal nakomen. Belangrijk in dit verband is dat het bestaan van een dergelijke vrees niet vereist is opdat een dwangsom zou kunnen worden opgelegd. Er rust derhalve op de eisende partij geen bewijslast om aan te tonen dat een dergelijke vrees zou bestaan.

STORME zegt dat de kwestie van de “vrees” uit het dwangsomvocabularium moet worden gebannen (M. STORME, “Een decennium dwangsom”, in M. STORME (ed.), *Procederen in nieuw België en komend Europa*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 336). Dat gaat wellicht iets te ver. De vrees dat de schuldenaar niet of niet tijdig zal presteren, kan een plaats innemen in het dwangsomvocabularium, zij het een beperkte plaats. Het gaat zoals gezegd allermist om een vereiste. Toch kan de rechter zich bij zijn onaantastbare opportuniteitsbeoordeling laten leiden door de overweging dat er in de omstandigheden van het geval geen aanleiding is tot een dwangsom, omdat er geen vrees bestaat dat de veroordeelde niet zal presteren.

Voor een goed voorbeeld: Arrb. Gent 11 januari 1984, *R.W.* 1984-85, 2214 (geen vrees voorhanden dat de curator zijn verplichtingen niet zal nakomen, hoewel een dwangsom tegen een curator principieel wel mogelijk is).

Van advocaten kan in principe verwacht worden dat zij, als medewerkers van het gerecht, rechterlijke beslissingen spontaan naleven. Niettemin sluit geen enkele regel het uitspreken van een dwangsom tegen een advocaat uit. Met name wanneer de omstandigheden van de zaak aanleiding geven tot de vrees dat de betrokken advocaat niet spontaan gehoor zal geven aan de uitspraak, kan een dwangsom overwogen worden (voor een toepassing: Gent 22 juni 2001, *T.G.R.* 2001, 340 – afgifte dossier).

Mocht de eisende partij redenen hebben om te vrezen dat de wederpartij niet of niet tijdig zal presteren, mag de rechter daar rekening mee houden bij zijn opportuniteitsoordeel (Gent 24 januari 1997, *A.J.T.* 1996-97, 500, noot F. NICHOLS).

38 De wetgever heeft aan het instituut van de dwangsom een zo ruim mogelijke toepassing willen geven (Gemeensch. M.v.T., *Parl. St.* Kamer 1977-78, nr. 353, 15-16; J. VAN MULLEN, “Vers une légalisation de l’astreinte en droit belge?”, *J.T.* 1977, p. 39, nr. 16). Principieel kan aan elke veroordeling om iets te doen, iets te geven of iets na te laten een dwangsom worden verbonden, met uitzondering van de veroordelingen tot betaling van een geldsom of de vorderingen ter zake van de nakoming van arbeidsovereenkomsten. De loutere omstandigheid dat de eisende partij er niet in zou slagen om aan te tonen dat er vrees is dat de debiteur niet of niet tijdig zal presteren, kan op zich nooit volstaan om een dwangsom af te wijzen. Immers, als die vrees niet bestaat, heeft de veroordeelde evenmin iets te vrezen: hij zal de hoofdveroordeling tijdig uitvoeren en hij zal zodoende aan de verbeurte van de dwangsom ontsnappen.

Op grond van het vorenstaande kan de formulering van LAMBRECHTS niet geheel worden bijgetreden: “Indien moet worden gevreesd dat het herstel *in natura* op onwil zou stuiten, kunnen twee soorten maatregelen de uitvoering van het strafvonnis op burgerlijk gebied verzekeren: de dwangsom en de toestemming tot uitvoering op kosten van de veroordeelde.” (W. LAMBRECHTS, *Overzicht van het Belgisch milieurecht*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 54). Een preciezere formulering zou zijn dat een herstelmaatregel verbonden aan een uitspraak van de strafrechter inzake een milieu-misdrijf kan worden afgedwongen langs indirecte wijze middels een dwangsom of op directe wijze, door toestemming tot uitvoering op kosten van de veroordeelde, waarbij beide dwangmiddelen cumulatief kunnen worden opgelegd (zie voor een voorbeeld van cumulatieve toepassing van beide dwangmiddelen: Cass. 10 maart 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, nr. 357, p. 650). Dit vermijdt de connotatie dat de rechter een dwangsom enkel zou kunnen uitspreken indien moet worden gevreesd dat de veroordeelde zich onwillig zal betonen.

Ook wanneer er geen redenen zijn om te vrezen dat de schuldenaar niet naar behoren zal presteren, kan de rechter een dwangsom opportuun achten. De dwangsom moet niet noodzakelijkerwijze worden gestoeld op enige vrees. Zij kan ook bedoeld zijn om de schuldenaar “aan te moedigen” om behoorlijk te presteren (F. HAUMONT, *L’urbanisme – Région Wallonne*, Brussel, Larcier, 1996, nr. 1069, p. 795).

AFDELING II

BEVOEGDE RECHTER

§ 1. Algemene opmerkingen

39 Artikel 1385bis 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, *B.S.* 7 augustus 1998). In principe kan zowel de arbiter (meer hierover verder, nr. 60) als elke rechter behorend tot de rechterlijke orde, voorzover hij er om gevraagd wordt, een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom uitspreken.

§ 2. Voorzitter

40 In de vroegste jaren na de invoering van de Eenvormige Benelux-Wet op de dwangsom, ontstond soms twijfel over de vraag of ook de voorzitter zettend in kort geding kan veroordelen tot een dwangsom. Deze twijfel was onder meer ingegeven door het feit dat de voorzitter in kort geding geen schadevergoeding kan opleggen (P. MARCHAL, *Les référés*, Brussel, Larcier, 1992, nrs. 33 en 35). De wet zelf bepaalt nochtans uitdrukkelijk dat de rechter de wederpartij kan veroordelen tot een dwangsom, “onverminderd het recht op schadevergoeding indien daartoe gronden zijn”. Hieruit blijkt reeds dat de bevoegdheid om te veroordelen tot een dwangsom niet veronderstelt dat de rechter ook een schadevergoeding zou mogen opleggen (G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980, nr. 88, p. 34 en nrs. 92-93, p. 35-36; C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, T. II, “La compétence”, Brussel, Larcier, 1981, 334). De voorzitter in kort geding heeft zonder twijfel de bevoegdheid om een dwangsom op te leggen, en hij maakt hiervan sinds de invoering van de dwangsom in het Belgisch recht veelvuldig gebruik.

Ook de Luxemburgse rechtsleer bevestigt deze bevoegdheid: cf. E. PENNING, “Le référé ordinaire en droit luxembourgeois”, *Bulletin du Cercle François Laurent* (Lux.) 1989, nr. 6. Voor een interessante toepassing zie: Brussel 6 oktober 1983, *T.B.H.* 1984, 365 en *J.T.* 1984, 134, noot L. VAN BUNNEN; dwangsom van 10 miljoen frank per dag opgelegd aan Volvo indien de gevolgen van een opzegging van een concessionaris niet worden opgeschort in afwachting van de beslechting van de zaak ten gronde. De concessionaris was opgezegd nadat de directeur-generaal een brief had verspreid onder het personeel waarin hij enerzijds benadrukte dat perfecte kennis van het Nederlands vereist was voor de medewerkers die in contact kwamen met Nederlandstalige klanten, maar waarin hij anderzijds meedeelde: “Il [notre fondateur] respectait bien entendu toutes les autres cultures et plus particulièrement la culture flamande. (...) Je souhaite cependant, dis-je, qu'on veuille à utiliser dans nos rapports, entre nous, entre vous, dans les bureaux, dans les corridors, etc. la langue française en souvenir de notre fondateur.” De dwangsom opgelegd door de voorzitter in kort geding werd bevestigd door het Hof van Beroep. Zie ook: Brussel 24 juni

1982, *R.W.* 1983-84, 295; Voorz. Kh. Brussel 16 oktober 1981, *R.P.S.* 1981, 273; Voorz. Rb. Kortrijk 8 oktober 1981, *R.W.* 1983-84, 260; Voorz. Rb. Luik 2 februari 1984, *J.L.* 1984, 121; Voorz. Kh. Antwerpen 25 januari 1985, *J.T.* 1985, 688, noot L. VAN BUNNEN; Voorz. Rb. Dinant 7 mei 1990, *Journ. Proc.* 1990, nr. 177, 36, noot J.-M. D. (uitsluiting leerling door vrije school einde maand maart werd beschouwd als rechtsmisbruik).

De voorzitter van de arbeidsrechtbank zetelend in kort geding kan een veroordeling uitspreken onder verbeurte van een dwangsom (Voorz. Arbrb. Namen 29 december 1989, *J.T.T.* 1990, 43).

Ook de voorzitter zetelend zoals in kort geding heeft deze bevoegdheid (G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980, nrs. 94-95, p. 36-37). Dit geldt tevens voor de voorzitter zetelend zoals in kort geding dewelke uitspraak doet over een vordering tot staking gegrond op artikel 220 van de Wet op de financiële transacties en de financiële markten (Voorz. Kh. Brussel 21 september 1992, *T.R.V.* 1993, 41, noot J. TYTECA, *T.B.H.* 1992, 1007 en *Bank- en Financiewezenen* 1992, 553 (met in het opschrift per vergissing 28 i.p.v. 21 september 1992)).

Indien de tegenpartij verstek laat, blijft een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom mogelijk (Kh. Antwerpen 5 januari 1994, *R.W.* 1994-95, 752; Voorz. Arbrb. Luik 10 februari 1986, *J.T.T.* 1986, 454 en *Soc. Kron.* 1986, 110; Voorz. Rb. Luik 2 juli 1980, *J.L.* 1980, 241, noot G. DE LEVAL; X. MALENGREAU, "L'introduction de l'astreinte en droit belge", *R.G.A.R.* 1981, nr. 10348, randnummer 12; V. POULEAU, "Astreinte et droit familial", *J.T.* 1987, 201, nr. 5, *in fine*; M. STORME, "Een revolutionaire hervorming: de dwangsom", *T.P.R.* 1980, 236, nr. 25).

Een bevel tot staking in het kader van de Wet Handelspraktijken, kan kracht worden bijgezet met een dwangsom.

Zie bv.: Voorz. Kh. Bergen 16 mei 1980, *J.T.* 1981, 537. In die zaak werd een dwangsom opgelegd van 50.000 frank per overtreding van een bevel van de voorzitter om een merkenrechtelijke inbreuk te staken. Interessant in die beslissing is ook dat de voorzitter overweegt dat het risico dat de inbreuken zouden voortduren weliswaar klein is, maar dat er niettemin aanleiding bestaat om ingeval van nieuwe inbreuk na de betekening toch een dwangsom op te leggen. Dit illustreert dat er geen bewijslast rust op de eisende partij om aan te tonen dat er gegronde vrees zou bestaan dat de veroordeelde zich aan zijn verplichting zou onttrekken (meer hierover boven, nrs. 37 e.v.). Zie ook: Voorz. Kh. Gent 23 april 1981, *R.W.* 1981-82, 328; stakingsbevel om benaming "Streekkrant" voor handelsdoeleinden te gebruiken onder verbeurte van dwangsom van 500.000 frank per inbreuk. De Brusselse voorzitter oordeelde dat de destijds alombekende slogan "Lada uw beste aankoop" bescherming genoot en dat de slogan "Subaru uw beste aankoop" verwarringstichtende reclame uitmaakte (Voorz. Kh. Brussel 17 maart 1982, *Ing.-Cons.* 1982, 78, noot B. VAN REEPINGHEN). De voorzitter legde een dwangsom op van 50.000 frank per dag of gedeelte van een dag tijdens dewelke in strijd met het stakingsbevel zou worden gehandeld. Zie ook: Voorz. Kh. Mechelen 10 oktober 1980, *T.B.H.* 1981, 532; Voorz. Kh. Brussel 15 oktober 1980, *R.W.* 1981-82, 322 en *T.B.H.* 1981, 528. Voor een overzicht van beslissingen uit de eerste helft van de jaren 1980 waarin een dwangsom verbonden wordt aan een stakingsbevel zie: P. DE VROEDE en G. L. BALLON, *Handelspraktijken*, Antwerpen, Kluwer, 1985, nr. 1472, p. 738.

De voorzitter kan een dwangsom opleggen in een beslissing alvorens recht te doen (zie verder, nr. 121).

Een voorbeeld hiervan vormt een uitspraak waarbij een partij gebod wordt opgelegd om loyaal mede te werken aan een deskundig onderzoek, op straffe van een dwangsom van 250.000 frank

per inbreuk en/of per achtergehouden document dat niet aan de deskundige wordt overhandigd binnen een bepaalde termijn na diens schriftelijk verzoek daartoe (Beslagr. Brussel 18 januari 2000, *A.J.T.* 1999-00, 654 en *Casebook 20 jaar dwangsom*, nr. 192).

De voorzitter kan een dwangsom verbinden aan voorlopige maatregelen hangende een strafonderzoek. Die bevoegdheid wordt geenszins doorkruist door het adagium “Le criminel tient le civil en état” (Voorz. Rb. Tongeren 15 november 1982, *R.W.* 1983-84, 263 en *Casebook 20 jaar dwangsom*, nr. 10). Dat principe heeft als belangrijkste doelstelling te vermijden dat er tegenstrijdigheden zouden ontstaan tussen uitspraken van de burgerlijke rechters en de strafrechters (bv.: de burgerlijke rechter zou in een eerdere uitspraak geen fout bewezen achten, terwijl de strafrechter naderhand toch een veroordeling zou uitspreken). Indien de strafrechter eerst vrijspreekt en de burgerlijke rechter naderhand toch veroordeelt wegens een onrechtmatige daad, levert zulks uiteraard niet *ipso facto* een tegenstrijdigheid op (de strafrechter kan bv. vrijspreken wegens afwezigheid van het moreel element van het misdrijf, terwijl niettemin een schadeverwekkend feit ingevolge gebrek aan voorzorg plaatsvond). Dit maakt meteen duidelijk dat dwangsommen – niettegenstaande “Le criminel tient le civil en état” – niet alleen kunnen worden verbonden aan voorlopige maatregelen uitgesproken in kort geding, maar eigenlijk ook door de (civiele) bodemrechter. Zodra elke mogelijke tegenstrijdigheid tussen de uitkomst van de strafprocedure en de burgerlijke procedure uitgesloten is, vermag de civiele rechter reeds een dwangsom uit te spreken hangende het strafonderzoek. Vaak zal het weliswaar gaan om maatregelen die gelijken op voorlopige maatregelen zoals uitgesproken door de voorzitter in kort geding. Het zal alleszins nooit kunnen gaan om uitspraken van de civiele rechter die reeds hangende het strafonderzoek impliceren dat bepaalde feiten relevant voor de strafprocedure, niet bewezen of niet foutief geacht worden (voor een voorbeeld van een uitspraak van de civiele bodemrechter, hangende een strafonderzoek voor gelijkaardige feiten als waarvan een verbod gevorderd werd: Rb. Brussel 6 december 1999, *Casebook 20 jaar dwangsom*, nr. 86).

41 In geval van absolute noodzaak kan ook de voorzitter in een procedure op eenzijdig verzoekschrift een dwangsom opleggen (Voorz. Rb. Luik 18 juni 1998, *J.T.T.* 1998, 447 (verbod tot versperring van de toegang van een onderneming door stakingspiketten waarvan de bemanning voortdurend wisselt; 50.000 frank per inbreuk); Voorz. Rb. Gent 9 oktober 1992, *T.O.R.B.* 1993-94, 276; Voorz. Rb. Charleroi 23 maart 1990, *R.R.D.* 1990, 371; Voorz. Rb. Antwerpen 13 oktober 1983, *R.W.* 1983-84, 1991, noot D. VOORHOOF en J. BAERT; Voorz. Rb. Nijvel 28 oktober 1981, *J.T.* 1982, 374; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Faculté de droit, 1987, 600; M. STORME, “Een decennium dwangsom”, in M. STORME (ed.), *Procederen in nieuw België en komend Europa*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 334; V. VAN HERREWEGHE, “Dwangsom 1981-1985”, *T.R.D.-Dossier* 1986, nr. 1, p. 6 en p. 15 (Bijlage bij *T.R.D.* 1986, nr. 7).

Het is evident dat gevallen waarin een dwangsom wordt opgelegd in een procedure op eenzijdig verzoekschrift, relatief zeldzaam zijn.

Voor een interessante toepassing zie: Voorz. Rb. Gent 27 oktober 1998, *A.J.T.* 1998-99, 354 (verbod verspreiding boek waarin de eer en de goede naam van verzoekers in het gedrang worden gebracht, onder verbeurte van een dwangsom van 10.000 frank per nog in de handel aangetroffen exemplaar van het boek na het verstrijken van 24 uur na de betekening). Deze beschikking werd ingetrokken bij beschikking van de voorzitter te Gent van 30 oktober 1998, op grond van het grondwettelijk censuurverbod (Voorz. Rb. Gent 30 oktober 1998, *A.J.T.* 1998-99, 354). Over de dwangsom en het publicatieverbod: D. VOORHOOF en J. BAERT, "Verbod tot het verspreiden van een boek?", (noot onder Voorz. Rb. Antwerpen 13 oktober 1983), *R.W.* 1983-84, 1991.

Een typevoorbeeld van een beschikking op eenzijdig verzoekschrift waaraan een dwangsom kan worden verbonden, is het bevelschrift waarbij maatregelen worden opgelegd die gericht zijn tegen verweerders die niet op zekere, precieze en exhaustieve wijze kunnen worden geïdentificeerd, zoals onder meer de deelnemers aan stakingspiketten (Voorz. Rb. Luik 18 juni 1998, *J.T.T.* 1998, 447; Voorz. Rb. Nijvel 23 april 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1256; Voorz. Rb. Luik 3 januari 1996, *J.L.M.B.* 1996, 311; Voorz. Rb. Brussel 9 juni 1992, *J.T.* 1993, 315; Voorz. Rb. Brussel, 12 mei 1992, *J.T.T.* 1992, 412).

Ook in een procedure op eenzijdig verzoekschrift is er geen gevaar dat een partij zou worden veroordeeld tot een dwangsom die buiten haar medeweten hoog oploopt, aangezien de veroordeelde de dwangsom pas kan verbeuren na de betekening van de beslissing krachtens dewelke zij wordt opgelegd (art. 1385*bis*, derde lid Ger. W. Zie verder, nrs. 83 e.v.).

Dit wordt geïllustreerd door een beschikking van de Luikse voorzitter, waarin een dwangsom werd opgelegd aan een aantal personen die een school blokkeerden in het kader van een stakingsactie (Voorz. Rb. Luik 3 mei 1996, *J.L.M.B.* 1996, 802). Enkele leerkrachten, directieleden en ouders leidden een procedure op eenzijdig verzoekschrift in, erop gericht om vrije toegang tot de school te verzekeren. Een probleem dat een procedure op eenzijdig verzoekschrift rechtvaardigde, was dat de personen die de poorten blokkeerden meestal weigerden zich te identificeren, zodat zij niet konden worden gedagvaard in een contradictoire procedure. Het opleggen van een verbod aan bepaalde *nominatim* omschreven personen, zou bovendien niet efficiënt zijn, omdat zij snel door andere personen zouden worden vervangen. De voorzitter legt derhalve een aan eenieder gericht verbod op om de toegang tot de school te verhinderen, en verbindt een dwangsom van 25.000 frank aan elke overtreding van zijn beschikking. Hij verklaart zijn beschikking uitvoerbaar op eenvoudig vertoon van de expeditie ervan, behalve voor wat de eisbaarheid van de dwangsom betreft. Artikel 1385*bis*, derde lid Ger. W. bepaalt immers dat een dwangsom niet kan worden verbeurd vóór de betekening van de uitspraak waarbij zij is vastgesteld. Het volstond dat een gerechtsdeurwaarder overging tot een betekening aan de persoon van de individuen die zich aan de schoolpoort hadden vastgeketend, opdat de dwangsom kon worden verbeurd. Allicht zal de pecuniaire prikkel van de dwangsom in een dergelijke situatie efficiënter (en humaner) zijn dan de dreiging van directe executie door de openbare macht. De beschikking illustreert bovendien dat een dwangsom in beginsel ook kan worden verbonden aan veroordelingen die kunnen worden uitgevoerd door directe executie.

Sommige auteurs menen de voorzitter de bevoegdheid een dwangsom op te leggen in een procedure op eenzijdig verzoekschrift te moeten ontfangen (D. LINDEMANS, "Het bekomen van de dwangsom", in C.I.E.A.U. (ed.), *Dix ans d'application de l'astreinte / Tien jaar toepassing van de dwangsom*, Brussel, Créadif, 1991, nr. 6, p. 56, nr. 17, p. 62 en nr. 19, p. 63). Aldus houdt D. LINDEMANS vol dat – aangezien artikel 1385*bis* Ger. W. bepaalt dat de rechter een dwangsom kan opleggen op vordering van één der partijen – een dwangsom slechts mogelijk zou zijn in procedures met meer dan één partij

(D. LINDEMANS, "Het bekomen van de dwangsom", in *Tien jaar toepassing van de dwangsom, a.w.*, 1991, nr. 17, p. 62). Deze opvatting dient te worden verworpen. De woorden "één der partijen" van artikel 1385bis Ger. W. begoet slechts het *quod plerumque fit*, doch verzetten zich er niet tegen dat indien er slechts één procespartij is, het volstaat dat deze partij de rechter verzoekt om een dwangsom op te leggen (J. VAN COMPERNOLLE, "Astreinte", in *Rép. not.*, t. XIII, IV, 6, 1992, nr. 40, p. 40). De tekst van de wet sluit een dwangsom niet uit bij beschikkingen op eenzijdig verzoekschrift, en de toepassingen in de rechtspraak getuigen van het nut van een dwangsom in gevallen waar een procedure ingeleid bij dagvaarding redelijkerwijze mogelijk noch nuttig zou zijn (Voorz. Rb. Gent 13 februari 1990, *T.R.V.* 1992, 325). Dagvaarden kan om uiteenlopende redenen uitgesloten zijn, bv. omdat de tegenpartij niet *nominatim* bekend is (Voorz. Rb. Luik 3 mei 1996, *J.L.M.B.* 1996, 802) of omdat de zaak te spoedeisend is.

Bv. indien een elektriciteitsmaatschappij de stroom afsnijdt van een restaurant, dat aanzienlijke voorraden levensmiddelen in diepvriezers bewaart en dat de energiefacturen enkele minuten na de onderbreking betaald heeft (Voorz. Rb. Marche-en-Famenne 16 mei 1984, *J.L.* 1984, 392 en *R.R.D.* 1984, 331). De voorzitter legt een gebod op aan de elektriciteitsmaatschappij om voorlopig de stroom terug aan te sluiten onder verbeurte van een dwangsom van 1.000 frank per dag vertraging vanaf de betekening. Zie voor een gelijkaardig geval: Voorz. Rb. Dinant 26 september 1984, *Journ. Proc.* 1984, nr. 52, p. 28, noot J.-M. DERMAGNE. Zie ook: Voorz. Rb. Namen 6 september 1984, *Journ. Proc.* 1984, nr. 48, p. 30, met goedkeurende noot J.-M. DERMAGNE. De voorzitter verbiedt in een beschikking op eenzijdig verzoekschrift verdere lozingen van giftig afval totdat de partij tegen wie het verbod is gericht aantoonde aan de toepasselijke reglementering te beantwoorden, onder verbeurte van een dwangsom van 50.000 frank per overtreding. Voor andere toepassingen zie: Voorz. Rb. Luik 3 januari 1984, *J.L.* 1986, 598; Voorz. Rb. Brussel 5 augustus 1987, *T.S.R.* 1987, 464.

De vraag of een dwangsom kan worden opgelegd in een procedure ingeleid op eenzijdig verzoekschrift, werd beslecht door het Benelux-Gerechtshof in zijn arrest van 29 november 1993 (Benelux Hof 29 november 1993, *R.W.* 1993-94, 705, concl. G. D'HOORE, P. & B. 1994, 9, noot D. LINDEMANS en N.J. 1994, nr. 371, concl. G. D'HOORE). Het Hof overweegt dat het feit dat een bevel is gegeven in het kader van een rechtspleging op eenzijdig verzoekschrift, niet verhindert dat een dwangsom wordt opgelegd aan degene tegen wie het bevel gericht is. Het Hof interpreteert het woord "wederpartij" in artikel 1 van de Eenvormige Benelux-Wet op de dwangsom (1385bis Ger. W.) niet als "gedingpartij", doch als "degene tegen wie het bevel is verzocht en aan wie het is opgelegd".

Een andere illustratie van het gegeven dat de begrippen "partijen" en "wederpartij" in artikel 1385bis Ger. W. niet samenvallen met "gedingpartij", is het feit dat de gemachtigde ambtenaar, ook zonder gedingpartij te zijn, een bevel kan vorderen tot herstel van de plaats in de vorige staat, onder verbeurte van een dwangsom (Cass. 7 november 1995, *Arr. Cass.* 1995, nr. 479, p. 980).

§ 3. Taak en bevoegdheid van de beslagrechter inzake dwangsommen

42 Het lijkt geen twijfel dat de beslagrechter een dwangsom kan opleggen wanneer hem dat gevraagd wordt (G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980, nr. 96, p. 37; S. DAVID-CONSTANT, "La fin d'une disgrâce: l'avènement de

l'astreinte en droit belge", in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Parijs, Dalloz, 1983, 191; G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, Luik, Faculté de droit, 1987, 57; E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag*, in *A.P.R.*, 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", in *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).

Een typevoorbeeld van een beschikking van de beslagrechter waaraan een dwangsom wordt gekoppeld, is een bevel tot opheffing van een beslag. Vaak legt de beslagrechter een bevel op om een beslag op te heffen binnen een bepaalde termijn, bij gebreke waarvan zijn beschikking zal gelden als handlichting. Een dergelijke formulering sluit het opleggen van een dwangsom niet uit (Antwerpen 18 mei 1983, *R.W.* 1983-84, 2693; G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, Luik, Faculté de droit, 1987, 58). Toch plegen beslagrechters in zulke gevallen de dwangsom nogal eens af te wijzen op opportuniteitsgronden (Beslagr. Verviers 2 juni 1995, *Act. dr.* 1996, 178; Beslagr. Luik 10 december 1990, *J.L.M.B.* 1991, 412). Zie hierover ook verder, onder nr. 55.

Een bevel van de beslagrechter om iets te doen of niet te doen, kan kracht worden bijgezet met een dwangsom. Aldus legde de Beslagrechter te Brussel een dwangsom op van 50.000 frank aan de beslagene voor het geval hij de notaris of kandidaat-kopers het beslagen onroerend goed niet zou laten bezoeken (Beslagr. Brussel 19 januari 1987, A.R. 33857, onuitg., geciteerd door G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, a.w., 1987, 58, voetnoot 244).

43 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 voldoen (G. CLOSSET-MARCHAL, "Demande de révision et prescription de l'astreinte: compétences respectives du juge du fond et du juge des saisies", (noot onder Luik 4 november 1991), *T.B.B.R.* 1992, (416), 422).

De beslagrechter kan evenmin een dwangsom verbinden aan een uitspraak die niet in een dwangsom voorzag (J.-L. LEDOUX, "Les saisies — Chronique de jurisprudence 1989-1996", *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, nr. 15, Brussel, Larcier, 1997, 28).

De beslagrechter doet, in het kader van een executiegeschil, uitspraak over de vraag of dwangsommen al dan niet verbeurd zijn (G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, a.w., 1987, 59; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, a.w., 1987,

614). 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. De beslagrechter is (weliswaar niet-exclusief) bevoegd om nog vóór de aanvatting van een tenuitvoerlegging maar ter voorbereiding ervan, een declaratoire uitspraak te wijzen waarin hij vaststelt of er dwangsommen verbeurd zijn en zo ja voor welk bedrag (zie verder, nr. 126).

44 De beslagrechter oordeelt over de vraag of aan de voorwaarden voor de verbeurte van de dwangsom voldaan is. Dit omvat bv. de bevoegdheid om te onderzoeken of de eisende partij de niet-naleving van de hoofdveroordeling door de veroordeelde naar genoegen van recht bewijst. Op de eisende partij rust de bewijslast om aan te tonen dat alle voorwaarden voor de verbeurte van de dwangsom verenigd zijn en dat de veroordeelde in gebreke is gebleven (G. CLOSSET-MARCHAL, "Demande de révision et prescription de l'astreinte: compétences respectives du juge du fond et du juge des saisies", (noot onder Luik 4 november 1991), *T.B.B.R.* 1992, (416), 423; I. MOREAU-MARGRÈVE, "L'astreinte", *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 83).

De bewijslast die op de eisende partij rust, neemt niet weg dat zij beslag kan leggen op grond van verbeurde dwangsommen, zonder enig bewijs te moeten leveren op het moment van het beslag (E. DIRIX, "Executieproblemen...", *Jura Falconis Libri*, 1999, 48). Het bewijs dat aan de voorwaarden voor de verbeurte van de dwangsom voldaan is, moet slechts worden geleverd indien de veroordeelde het beslag aanvecht en een executiegeschil uitlokt voor de beslagrechter (Beslagr. Brussel 30 november 1987, *J.T.* 1988 (verkort), 251; G. DE LEVAL en J. VAN COMPERNOLLE, in *Dix ans d'application de l'astreinte*, 1991, 254).

De voorwaarden om tot een uitvoerend beslag over te gaan, moeten vervuld zijn op het ogenblik van het beslag. Als men dat gegeven als uitgangspunt neemt, kan men van mening verschillen over de vraag of de beslagrechter (of het hof van beroep, optredend als executierechter) in het kader van een executiegeschil over verbeurde dwangsommen, een onderzoeksmaatregel vermag op te leggen met het oog op de vaststelling van het precieze aantal inbreuken.

Het bewijs dat men over de kwestie van mening kan verschillen, wordt geleverd door een arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 24 juni 1993 (Brussel 24 juni 1993, *J.T.* 1994, 103 en *Casebook 20 jaar dwangsom*, nr. 29). In dat arrest overwoog het Hof van Beroep dat een uitvoerend beslag slechts kan worden gelegd "pour choses liquides et certaines, en vertu de l'article 1494 du Code judiciaire; Qu'en ordonnant une mesure d'instruction, la preuve des infractions alléguées n'est rapportée qu'après la date de la saisie, de sorte qu'à cette date la créance ne revêtait pas ces caractères (...) Qu'en outre le juge des saisies n'est pas compétent pour ordonner une telle mesure, puisque son pouvoir d'appréciation se limite en l'espèce à la régularité de la saisie-exécution pratiquée en vertu du titre exécutoire".

De strekking vertegenwoordigd door het arrest van het Hof van Beroep te Brussel d.d. 24 juni 1993, moet in het licht van het arrest van het Hof van Cassatie van 25 september 2000 als voorbijgestreefd worden beschouwd (Cass. 25 september 2000, *Arr. Cass.* 2000, 490, *Pas.* 2000, I, 490, *R.W.* 2000-01, 1590 en *P. & B.* 2001, 114, noot K.W.). De bewijslast om aan te tonen dat de veroordeelde partij inbreuken beging op een verbod of gebod onder verbeurte van een dwangsom, rust weliswaar op de eisende partij, doch de omstandigheid dat die partij nog niet over alle bewijselementen beschikt op het ogenblik van de betekening van een bevel, verhindert niet dat zij de tenuitvoerlegging aanvat. Op het ogenblik van de aanvatting van de tenuitvoerlegging, hoeft de eisende partij op wie de bewijslast rust, niets aan te tonen. Zij dient het bewijs pas later te leveren, in het kader van het executiegeschil gevoerd voor de beslagrechter. Niets verhindert dat de beslagrechter een onderzoeksmaatregel beveelt met het oog op het nagaan van het precieze aantal inbreuken. Een dergelijke onderzoeksmaatregel impliceert niet dat er enige omkering van de bewijslast zou voorliggen (Cass. 25 september 2000, aangehaald). De beslagrechter kan, op vordering van de eisende partij, de veroordeelde zelfs onder verbeurte van een dwangsom bevelen om loyaal mede te werken aan het deskundig onderzoek gericht op de vaststelling van het aantal inbreuken (X., “Loyale medewerking aan een deskundig onderzoek kan worden bevolen onder verbeurte van een dwangsom”, (noot onder Beslagr. Brussel 18 januari 2000), *A.J.T.* 1999-00, 654).

Op het ogenblik van de aanvatting van de tenuitvoerlegging moet er inderdaad een zekere, vaststaande en opeisbare schuldvordering *b e s t a a n*, doch het *b e w i j s* van dat bestaan kan later geleverd worden. Wanneer het bewijs later daadwerkelijk geleverd wordt, blijkt meteen dat op het ogenblik van de aanvatting van de tenuitvoerlegging, de zekere, vaststaande en opeisbare schuldvordering *r e e d s b e s t o n d*.

Ten slotte mag nog worden opgemerkt dat het standpunt van het Hof van Cassatie neergelegd in het arrest van 25 september 2000, eigenlijk niet nieuw is. In een arrest van 26 juni 1987 overwoog het Hof reeds dat het “aan de beslagrechter en eventueel aan de rechter in hoger beroep stond na te gaan of de aangekochte cassettes al dan niet piraatcassettes waren; dat zij eventueel een onderzoek in dat verband mochten bevelen” (Cass. 26 juni 1987, *R.W.* 1987-88, 1475 en *Casebook 20 jaar dwangsom*, nr. 23). Het bestreden arrest, dat besliste dat geen dwangsommen verbeurd waren daar op het ogenblik van het beslag “in strijd met artikel 1494 van het Gerechtelijk Wetboek geen zekere en vaststaande schuldvordering bewezen was”, werd wegens schending van art. 1385*quater*, art. 1494 en 1498 Ger. W. vernietigd.

De op de eisende partij rustende bewijslast wordt derhalve in zekere zin verzacht, door de mogelijkheid toch over te gaan tot tenuitvoerlegging op een ogenblik dat de inbreuken reeds werden gepleegd, doch het bewijs van het precieze aantal ervan nog niet kan worden geleverd. De verplichting van de veroordeelde om loyaal mede te werken aan een eventueel deskundig onderzoek dat erop gericht is het precieze aantal inbreuken vast te stellen, is niet in

strijd met enig "verbod van auto-incriminatie", daar een dergelijk verbod in burgerlijke zaken niet bestaat. In burgerlijke zaken rust op alle partijen de verplichting loyaal mede te werken aan de bewijsvoering (X., "Loyale medewerking aan een deskundig onderzoek kan worden bevolen onder verbeurte van een dwangsom", (noot onder Beslagr. Brussel 18 januari 2000), *A.J.T.* 1999-00, 654).

Een tweede verzachting van de bewijslast van de eisende partij ligt vervat in het criterium van de "gewone gang van zaken". Wanneer zij bv. 10 inbreuken op positieve wijze bewijst, doch volgens het criterium van de normale gang van zaken blijkt dat in totaal 100 inbreuken plaatsvonden, dan kan de eisende partij beslag laten leggen voor een bedrag van 100 maal de opgelegde dwangsom. De bewijslast om aan te tonen dat de feiten zich niet hebben voorgedaan volgens de normale gang van zaken, rust op de veroordeelde (E. DIRIX, "Executieproblemen...", *Jura Falconis Libri*, 1999, 48).

Typevoorbeeld van een geval waarin van dat criterium gebruik kan worden gemaakt, is de situatie waarbij een handelaar verbod wordt opgelegd een bepaald uithangbord te gebruiken, onder verbeurte van een dwangsom van X euro per dag vertraging. Wanneer dan een gerechtsdeurwaarder vaststelt dat op de eerste en laatste dag van een maand het bord er nog hangt, mag ervan uitgegaan worden dat het bord er de hele maand heeft gehangen, tenzij de veroordeelde handelaar kan aantonen dat zulks niet het geval was.

45 Naar Belgisch recht vormt de veroordeling door de rechter die een dwangsom oplegt, de titel op grond waarvan de dwangsom verschuldigd wordt (A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, a.w., 1987, 601; X. MALENGREAU, "L'introduction de l'astreinte en droit belge", *R.G.A.R.* 1981, nr. 10348, p. 4). Ons recht kent zoals hoger vermeld, in tegenstelling tot Frankrijk, geen "liquidation de l'astreinte" (zie boven, nr. 9).

In het Benelux systeem heeft de veroordeelde zich aan de veroordeling te houden, zonder het bedrag van de dwangsom in een volgende fase te kunnen aanvechten. Zodra de uitspraak die de dwangsom oplegt betekend is, kan de schuldenaar de dwangsom beginnen te verbeuren, uiteraard na het verstrijken van de eventuele aan de veroordeelde gegunde termijn voor uitvoering (Cass. 26 juni 1987, *R.W.* 1987-88, 1475 en *Pas.* 1987, 1328. Zie ook: Benelux Hof 14 april 1983, *R.W.* 1983-84, 223, concl. E. KRINGS en *N.J.* 1983, nr. 615, concl. E. KRINGS). De schuldeiser kan verbeurde dwangsommen invorderen, zonder dat hiertoe een nieuwe rechterlijke uitspraak vereist is (E. KRINGS, conclusie voor Benelux Hof 14 april 1983, *R.W.* 1983-84, 227 en *N.J.* 1983, nr. 615; G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980, nr. 108, p. 41).

46 De taak van de beslagrechter inzake dwangsommen is er in beginsel toe beperkt om, ingeval hij geadieerd wordt naar aanleiding van een executiegeschil over verbeurde dwangsommen, na te gaan of de schuldeiser die is overgegaan tot tenuitvoerlegging op grond van een veroordeling die een dwangsom oplegt, daartoe gerechtigd was (Brussel 10 december 1992, *P. & B.* 1993, 20; Beslagr. Antwerpen 14 november 1991, *R.W.* 1991-92, 1477; Luik 4 november 1991, *T.B.B.R.* 1992, 416, noot G. CLOSSET-MARCHAL). De veroorde-

ling krachtens dewelke een dwangsom wordt opgelegd, is uit haar aard een voorwaardelijke veroordeling. De veroordeelde moet steeds over de mogelijkheid beschikken aan de verbeurte van de dwangsom te ontsnappen, door iets te doen, te geven of na te laten.

De beslagrechter zal in het kader van een executiegeschil slechts nagaan of aan de voorwaarden voor verbeurte van de dwangsom voldaan is, zonder de omvang of modaliteiten van de dwangsom te kunnen wijzigen (Brussel 10 december 1992, *P. & B.* 1993, 20; G. DE LEVAL en J. VAN COMPERNOLLE, in *Dix ans d'application de l'astreinte*, 1991, 253; J. LAENENS, "Overzicht van rechtspraak – De bevoegdheid (1979-1992)", *T.P.R.* 1993, (1479), 1525-1526). De titel op grond waarvan de dwangsom verschuldigd is, blijft steeds de veroordeling op grond waarvan de schuldeiser is overgegaan tot tenuitvoerlegging.

47 Ingeval een schuldeiser beslag legt op grond van verbeurde dwangsommen en de veroordeelde het beslag aanvecht voor de beslagrechter, dan kan de schuldeiser voor de beslagrechter niet vorderen dat de beslagene op grond van nieuwe overtredingen na het beslag veroordeeld zou worden tot een hoger bedrag dan het bedrag waarvoor beslag werd gelegd. Een dergelijke vordering is onontvankelijk (Beslagr. Antwerpen 14 november 1991, *R.W.* 1991-92, 1477). Immers, de dwangsom wordt ten uitvoer gelegd krachtens de titel waarbij zij werd opgelegd, zonder dat een nieuwe veroordeling vereist is (Beslagr. Turnhout 6 december 2001, *T. Mil.* 2002, 370; E. DIRIX en K. BROECKX, "Overzicht van rechtspraak – Beslagrecht – 1991-1996", *T.P.R.* 1996, 1402; M. STORME, "De titel van de dwangsom", (noot onder Beslagr. Gent 24 januari 1983), *R.W.* 1983-84, 1423).

Een executiegeschil naar aanleiding van een verzet tegen een tenuitvoerlegging gericht op de invordering van verbeurde dwangsommen, houdt aanvechting in van de a a n g e v a t t e t e n u i t v o e r l e g g i n g (waarvan de eerste daad meestal een bevel tot betalen is). Dat executiegeschil kan geen betrekking hebben op dwangsommen die verbeurd zouden zijn wegens inbreuken die plaatsvonden na de eerste daad van de aangevatte tenuitvoerlegging. Zulke later verbeurde dwangsommen kunnen onmogelijk het voorwerp uitmaken van een voorheen betekend bevel (E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag*, in *A.P.R.*, 2001, 55). De invordering van de later verbeurde dwangsommen vereist een nieuwe tenuitvoerlegging, meestal dus – indien het gaat om een beslag voorafgegaan door een bevel – de betekening van een nieuw bevel (V. TOLLENAERE, "De verjaring van de dwangsom: de stuiting", (noot onder Luik 30 april 1999), *T.B.B.R.* 2001, 299).

Indien de beslagrechter geadieerd wordt naar aanleiding van een verzet tegen een beslag gelegd op grond van verbeurde dwangsommen, is hij enkel bevoegd om na te gaan of de dwangsommen die aanleiding gaven tot het beslag, daadwerkelijk verbeurd zijn (Luik 4 november 1991, *T.B.B.R.* 1992, (416), 417, noot G. CLOSSET-MARCHAL). De beslagrechter gaat de rechtmatigheid en de regelmatigheid van het beslag na, zonder het bedrag waarvoor het beslag

gelegd werd te kunnen verhogen. De rechtmatigheid en regelmatigheid van een beslag moeten vaststaan op het ogenblik van de betekening van het exploit. Indien dwangsommen worden verbeurd na dat ogenblik, is voor de invordering van die later verbeurde dwangsommen een nieuw uitvoerend beslag vereist (Luik 30 april 1999, *T.B.B.R.* 2001, 299; Beslagr. Antwerpen 14 november 1991, *R.W.* 1991-92, 1477).

48 Wat echter als de initiële veroordeling intrinsiek onduidelijk is, en het geschil tussen de partijen zich niet beperkt tot de vraag of aan de voorwaarden ervan al dan niet voldaan is? In zulke gevallen komt het aan de beslagrechter niet toe de veroordeling die de dwangsom oplegt te interpreteren (G. CLOSSET-MARCHAL, "Demande de révision et prescription de l'astreinte: compétences respectives du juge du fond et du juge des saisies", (noot onder Luik 4 november 1991), *T.B.B.R.* 1992, (416), 423; J. STUYCK, "De vordering tot staking: samenloopregels en uitvoering van het bevel tot staking", in J. STUYCK (ed.), *Handelspraktijken anno 1996*, Antwerpen, Kluwer, 1996, p. 264, nr. 78).

Op grond van het beginsel *eius est interpretari cuius est condere*, neergelegd in de artikelen 793 en 795 Ger. W., komt het aan de rechter die een onduidelijke of dubbelzinnige beslissing heeft gewezen zelf toe om de beslissing uit te leggen, zonder de daarin bevestigde rechten uit te breiden, te beperken of te wijzigen. Deze regel moet echter met gezond verstand worden beoordeeld. Voorzover de rechter moet nagaan of het opgelegde verbod of gebod al dan niet is overtreden, waarbij hij de gedragingen van de veroordeelde toetst aan de precieze draagwijdte van de titel waarin de dwangsom vervat ligt, verhindert artikel 795 Ger. W. niet dat de beslagrechter bevoegd is op grond van artikel 1498 Ger. W.

Men staat slechts voor een interpretatieprobleem in het uitzonderlijk geval waarin de beslagrechter oordeelt dat hij aan de hand van de titel op grond waarvan de schuldeiser tot tenuitvoerlegging is overgegaan, onmogelijk kan uitmaken of al dan niet een dwangsom verbeurd is. De beslagrechter die kennis neemt van een executiegeschil, kan vaststellen dat de titel die de dwangsom oplegt duidelijk is en geen interpretatie behoeft (Beslagr. Namen 20 januari 1984, *R.R.D.* 1984, 221; A. FETTWEIS, *Précis de droit judiciaire, T. II, La compétence*, Brussel, Larcier, 1971, nr. 412, p. 238; A. FETTWEIS, *Bevoegdheid*, Antwerpen, Standaard, 1971, nr. 412, p. 228).

Bij een gebod of verbod dat niet anders dan in ruime bewoordingen kon worden omschreven, kan de beslagrechter vaststellen dat een bepaalde gedraging redelijkerwijze niet anders dan als inbreukmakend kan worden beschouwd.

Bij redelijke twijfel over de vraag of een bepaalde gedraging al dan niet een inbreuk oplevert, kan de beslagrechter vaststellen dat de eisende partij niet tegemoetkomt aan haar bewijslast. Het hoeft daarbij niet noodzakelijkerwijze te gaan om een onduidelijkheid of dubbelzinnigheid van de hoofdveroordeeling. Het feit dat het bewijsrisico ten laste van de eisende partij valt, betekent

niet dat telkens wanneer de eisende partij geconfronteerd wordt met het bewijsrisico, een interpretatieprobleem zou rijzen dat de bevoegdheid van de beslagrechter overstijgt (E. DIRIX, "Executieproblemen...", Jura Falconis Libri, 1999, 49).

49 In het kader van een executiegeschil voor de beslagrechter, mag de veroordeelde het middel van verjaring van de dwangsom opwerpen. De beslagrechter kan kennis nemen van dit middel, aangezien verjaring tot gevolg heeft dat één van de wezenlijke voorwaarden voor de invordering van de dwangsom niet meer vervuld zijn (G. CLOSSET-MARCHAL, "Demande de révision et prescription de l'astreinte: compétences respectives du juge du fond et du juge des saisies", (noot onder Luik 4 november 1991), *T.B.B.R.* 1992, (416), 423; V. TOLLENAERE, "De verjaring van de dwangsom: de stuiting", (noot onder Luik 30 april 1999), *T.B.B.R.* 2001, 299).

50 Wanneer dwangsommen verbeurd zijn en de veroordeelde niet wenst over te gaan tot vrijwillige betaling van de verbeurde dwangsommen, kan de eisende partij overgaan tot rechtstreekse executie, door uitwinning op het vermogen van de veroordeelde.

In de praktijk is de eerste daad van tenuitvoerlegging meestal de betekening van een bevel, althans wanneer er sprake is van een uitvoerend beslag op roerend of onroerend goed (Beslagr. Luik 20 september 1993, *J.L.M.B.* 1993, 1289, noot G. DE LEVAL; J. LAENENS, "De verjaring van de dwangsom", (noot onder Beslagr. Brussel 8 oktober 1991), *R.W.* 1993-94, 235; I. VERNIMME, "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), *A.J.T.* 1995-96, 172).

Aan een uitvoerend beslag onder derden gaat, teneinde de doeltreffendheid van de maatregel te verhogen, geen bevel vooraf (E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag*, in *A.P.R.*, 2001, 451). Het beslag wordt in dat geval onmiddellijk bij de derde gelegd, met een aanzegging van het beslag bij deurwaardersexploot aan de beslagene binnen acht dagen (art. 1539, *in fine* Ger. W.). Als de veroordeelde meent dat de dwangsom niet of niet meer verschuldigd is, kan hij een executiegeschil uitlokken dat beslecht wordt door de beslagrechter, hier-toe bevoegd op grond van artikel 1498 Ger. W.

Behoudens het uitzonderlijk geval waarin de beslagrechter zelf een dwangsom heeft opgelegd, is hij in de meeste executiegeschillen aangaande verbeurde dwangsommen niet de dwangsomrechter. De term executierechter wordt gebruikt ter aanduiding van de beslagrechter die niet zelf de dwangsom heeft opgelegd. Zonder verdere precisering, wordt met beslagrechter de executierechter bedoeld.

De beslagrechter kan zelf ook dwangsommen opleggen en geldt in dat geval als dwangsomrechter, d.i. de rechter die de dwangsom heeft opgelegd. Gebruik van de term "executierechter" vermijdt aldus verwarring. In de zaak *Leslee Sports / Snauwaert* (Benelux Hof 12 februari 1996, *R.W.*

1995-96, 1298, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN) bv. was de Beslagrechter te Dinant de dwangsomrechter en de Beslagrechter te Kortrijk de executierechter.

51 In het kader van een geschil over verbeurde dwangsommen, oordeelt de beslagrechter of de eisende partij gerechtigd was tot tenuitvoerlegging over te gaan. Hij onderzoekt met andere woorden of er inderdaad dwangsommen verbeurd zijn.

Wat de beslagrechter niet kan, is verbeurde dwangsommen opheffen, verminderen of anderszins milderen op grond van een onmogelijkheid waarmee de veroordeelde geconfronteerd werd, tenzij in het uitzonderlijk geval waarin de beslagrechter zelf de dwangsomrechter is. Artikel 1385*quinquies* behoudt die bevoegdheid uitdrukkelijk voor aan de rechter die de dwangsom heeft opgelegd. Men kan zich gemakkelijk inbeelden dat zulks in de praktijk aanleiding heeft gegeven tot discussies.

52 Het Benelux-Gerechtshof heeft zich in een arrest van 12 februari 1996 uitgesproken over de afbakening van de bevoegdheden van de dwangsomrechter tegenover die van de executierechter (Benelux Hof 12 februari 1996, *R.W.* 1995-96, 1298, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN).

Het gaat hier om de zaak *Leslee Sports / Snauwaert* (A 94/3), die niet mag worden verward met de zaak *O.M. / Van der Haegen* (A 94/4), van dezelfde datum. De zaak *O.M. / Van der Haegen* (zie verder, nr. 222-223) heeft betrekking op artikel 1 van de Eenvormige Benelux-Wet (artikel 1385*bis* Ger. W.).

Het arrest in de zaak *Leslee Sports / Snauwaert* lag in de lijn van vroegere rechtspraak van het Hof (Benelux Hof 25 september 1986, *R.W.* 1986-87, 1333, concl. E. KRINGS).

De situatie die aanleiding gaf tot het arrest van 12 februari 1996, was de volgende. De veroordeelde (N.V. Snauwaert) werd bevel opgelegd om iets te doen onder verbeurte van een dwangsom van 250.000 frank per dag vertraging. Meer bepaald werd de veroordeelde bevel opgelegd om een partij tennisrackets, die zij in beslag had laten nemen op grond van een beslag inzake namaak, terug te geven aan de eisende partij (*Leslee Sports*). De dwangsomrechter was de Beslagrechter te Dinant. Enkele dagen na de uitspraak van de dwangsomrechter, maar nog voor de betekening, worden de tennisrackets in beslag genomen door de onderzoeksrechter te Brussel, die de klacht met burgerlijke partijstelling van Snauwaert wegens inbreuken op de merkenwet onderzoekt.

Ruim drie maanden na de betekening heeft Snauwaert de tennisrackets nog steeds niet teruggegeven (d.w.z. niet kunnen teruggeven, aangezien zij in beslag genomen werden door de onderzoeksrechter) en wordt aan Snauwaert een bevel tot betaling van 25.000.000 frank betekend, op grond van verbeurde dwangsommen. Snauwaert gaat in verzet voor de Beslagrechter te Dinant, die zich territoriaal onbevoegd verklaart op grond van artikel 633 Ger. W. Het bevel tot betaling werd betekend op de maatschappelijke zetel van N.V. Snauwaert te Roeselare, zodat de Beslagrechter te Kortrijk territoriaal bevoegd was als executierechter. Een verzet tegen een tenuitvoerlegging op grond van verbeurde dwangsommen moet men brengen voor de executierechter, niet voor de dwangsomrechter. Het feit dat, zoals *in casu*, de dwangsomrechter toevallig een beslagrechter is, doet hieraan geen afbreuk.

De Beslagrechter te Kortrijk wees het verzet af. Het Hof van Beroep te Gent oordeelde vervolgens dat de niet-teruggave van de tennisrackets, gelet op het strafrechtelijk beslag door de onderzoeksrechter, niet aan Snauwaert toe te rekenen was. Het Hof van Beroep te Gent oordeelde dat er sprake was van een toestand van overmacht, waarvan het vaststellen niets had uit te staan met de

bevoegdheid op grond van artikel 1385*quinquies* Ger. W. Mitsdien besliste het Hof van Beroep te Gent dat de dwangsom niet was verbeurd.

Tegen de beslissing van het Hof van Beroep te Gent werd een voorziening in cassatie ingesteld, en het Hof van Cassatie stelde een prejudiciële vraag tot uitlegging aan het Benelux-Gerechtshof. De conclusie van Advocaat-Generaal Janssens de Bisthoven werpt een helder licht op de hele problematiek. Het Hof van Beroep te Gent trad op als executierechter en oordeelde in die hoedanigheid dat de dwangsom niet verbeurd was wegens overmacht. De vraag of dit mogelijk was zonder schending van artikel 1385*quinquies* Ger. W., betreft in wezen een bevoegdheidsprobleem.

De executierechter oordeelt niet over de zaak zelf, doch is wel bevoegd om te toetsen of de uitvoerbare titel nog actueel of doeltreffend is. Hij kan vaststellen dat de titel geen uitvoerbare kracht meer bezit (B. JANSSENS DE BISTHOVEN, concl. voor Benelux Hof 12 februari 1996, *R.W.* 1995-96, 1300). Oordelen dat de dwangsom niet verbeurd is wegens onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen, komt daarentegen krachtens artikel 1385*quinquies* exclusief toe aan de dwangsomrechter. Wat het Hof van Beroep te Gent wel had kunnen doen, is vaststellen dat de uitvoerbare titel wegens de overmachtssituatie ondoeltreffend was (B. JANSSENS DE BISTHOVEN, concl. voor Benelux Hof 12 februari 1996, *R.W.* 1995-96, 1301). Door de gevolgtrekking te maken dat de dwangsom niet verbeurd was, eigende het Hof van Beroep zich de bevoegdheid toe die exclusief toekomt aan de rechter die de dwangsom heeft opgelegd. Het Hof had zich ertoe moeten beperken de tenuitvoerlegging op te schorten.

In overeenstemming met de conclusie van Advocaat-Generaal Janssens de Bisthoven, verklaart het Benelux-Gerechtshof in het arrest van 12 februari 1996 voor recht dat artikel 4, eerste lid, van de Eenvormige Benelux Dwangsomwet (omgezet in artikel 1385*quinquies*, eerste lid Ger. W.) aldus moet worden uitgelegd dat de bevoegdheid toegekend aan de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, om de dwangsom op te heffen in geval van onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen, exclusief is en eraan in de weg staat dat in een executiegeschil betreffende de eventueel verbeurde dwangsommen de executierechter in plaats van de dwangsomrechter zou beslissen dat de dwangsom niet verbeurd is (Benelux Hof 12 februari 1996, *R.W.* 1995-96, 1303).

Indien de beslagrechter geconfronteerd wordt met een situatie waarin de veroordeelde onmogelijk aan de hoofdveroordeling kon voldoen, kan hij de dwangsom niet milderen op grond van artikel 1385*quinquies* Ger. W. Hij kan slechts de tenuitvoerlegging opschorten, in afwachting van een uitspraak van de dwangsomrechter tot mildering van de dwangsom op vordering van de veroordeelde. Enkel in het uitzonderlijk geval waarin de executierechter en de dwangsomrechter een en dezelfde rechter zijn, zou de veroordeelde in het kader van een verzetsprocedure voor de executierechter een tegenvordering kunnen instellen op grond van artikel 1385*quinquies* Ger. W.

De oplossing die het Benelux-Gerechtshof in zijn arrest van 12 februari 1996 heeft aangereikt, lijkt de enige oplossing die in overeenstemming te brengen is met de tekst en de systematiek van artikel 1385*quinquies* Ger. W. De keuze van de wetgever om de mildering van de dwangsom exclusief voor te behouden aan de dwangsomrechter, is onder meer een uitdrukking van het gegeven dat verbeurde dwangsommen in beginsel definitief verbeurd zijn, en dat zij enkel in uitzonderlijke omstandigheden gemilderd kunnen worden. Als men de beslagrechter de bevoegdheid zou verlenen om toepassing te maken van

artikel 1385*quinquies* Ger. W., dreigt men af te stevenen op een systematische “liquidation de l’astreinte” naar Frans model, waarbij de beslagrechter bij elke tenuitvoerlegging op grond van verbeurde dwangsommen uitspraak zou kunnen doen over welk bedrag de veroordeelde uiteindelijk verschuldigd is. De wetgever heeft dit model verworpen, met de bedoeling de doeltreffendheid van het instituut van de dwangsom te verhogen.

53 Er bestaat een strekking in de rechtsleer die erop wijst dat het arrest van het Benelux-Gerechtshof van 12 februari 1996 aanleiding geeft tot een enigszins omslachtig resultaat. De meest eminente vertegenwoordiger van deze strekking is E. DIRIX (E. DIRIX, “Executieproblemen...”, Jura Falconis Libri, 1999, 53-54).

In het geval waarover het Benelux-Gerechtshof oordeelde, zou de veroordeelde inderdaad genoodzaakt worden een nieuwe dagvaarding uit te brengen voor de dwangsomrechter (*in casu* de Beslagrechter te Dinant), aldaar de opheffing van de dwangsom wegens onmogelijkheid tot naleving van de hoofdveroordeling na te streven, om vervolgens weer voor het Hof van Beroep te Gent (de executierechter) voor recht te horen zeggen dat de beslaglegger niet gerechtigd was tot tenuitvoerlegging over te gaan. De opmerking van E. DIRIX dat er een verschil is tussen opheffing, opschorting en vermindering door de dwangsomrechter enerzijds, en de vaststelling door de executierechter dat een bepaalde inbreuk wegens overmacht niet kan worden toegerekend aan de debiteur, moet volledig worden bijgetreden (*t.a.p.*, 54). Het punt is echter dat, wanneer de executierechter vaststelt dat een bepaalde inbreuk wegens onmogelijkheid om behoorlijk te presteren niet aan de veroordeelde kan worden toegerekend, hij geen opheffing, opschorting of vermindering (drie begrippen alhier samengevat onder de noemer “mildering van de dwangsom”) in de zin van artikel 1385*quinquies* kan uitspreken (Cass. 2 mei 1996, *R.W.* 1996-97, 656, verwijzende noot). Wel kan de beslagrechter in een dergelijke situatie de tenuitvoerlegging schorsen, tot aan de beslissing van de dwangsomrechter.

Het belangrijkste argument van E. DIRIX tegen de oplossing voorgestaan door het Benelux-Gerechtshof in het arrest van 12 februari 1996, lijkt te zijn dat die oplossing stuit op “grote praktische bezwaren” (E. DIRIX, “Executieproblemen...”, Jura Falconis Libri, 1999, 54). Een dergelijk argument kan overtuigend zijn in gevallen waarin de tekst en de systematiek van de wet geen uitsluitsel geven en men mede op grond van rechtspolitieke overwegingen een oplossing dient te kiezen. In situaties daarentegen waarin de tekst en de systematiek van de wet duidelijk zijn, zoals het geval is bij artikel 1385*quinquies* Ger. W., kan men een oplossing die op dwingende wijze uit de wet volgt betreuren, maar kan men een oplossing die praktischer geacht wordt, bezwaarlijk in de plaats stellen van de door de wetgever gekozen formule.

Elders merkt E. DIRIX terecht op dat de bevoegdheid om de dwangsom aan te passen (opheffen, verminderen of opschorten) uitsluitend toekomt aan de rechter die de dwangsom heeft opgelegd (E. DIRIX, *Beslagrecht*, Leuven, Ac-

co, 1999, 19). Hij voegt daaraan toe dat de beslagrechter niettemin kan oordelen “dat de niet nakoming van de opgelegde verplichting niet aan de schuldenaar is toe te rekenen wegens overmacht.” (idem). Deze uitspraak is geheel correct (in dezelfde zin: J. LAENENS, “Procedureaspecten”, in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 33-34). Ter ondersteuning hiervan verwijst DIRIX naar een uitspraak van de Antwerpse beslagrechter van 23 mei 1989 (Beslagnr. Antwerpen 23 mei 1989, *R.W.* 1989-90, 308). Waar de opvatting van DIRIX evenwel niet kan worden gevolgd, is wanneer de geleerde auteur uit het gegeven dat de beslagrechter kan oordelen dat de niet-nakoming van de opgelegde verplichting niet aan de veroordeelde kan worden toegerekend wegens onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen, de gevolgtrekking maakt dat de beslagrechter kan oordelen dat de dwangsom niet verbeurd is. Volgens het te verkiezen standpunt, vermag de beslagrechter in de genoemde hypothese slechts de gevolgtrekking maken dat de tenuitvoerlegging geschorst wordt (in dezelfde zin: Cass. 2 mei 1996, *R.W.* 1996-97, 656, verwijzende noot).

Een bijkomende moeilijkheid die maakt dat de opvatting van DIRIX inderdaad slechts door een tamelijk fijne – doch duidelijke – grens onderscheiden kan worden van de keuze gemaakt door het Benelux-Gerechtshof, is dat de beslagrechter wel de bevoegdheid moet worden toegekend om na te gaan of aan de voorwaarden voor de verbeurte voor de dwangsom is voldaan. Als men de problematiek vanuit deze invalshoek benadert, zou men op het eerste gezicht kunnen oordelen dat de beslagrechter dan toch ook moet kunnen oordelen dat de dwangsom niet verbeurd is bij een onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen. Immers, in zo’n situatie oordelen dat de dwangsom toch verbeurd zou zijn, lijkt niet alleen strijdig met de billijkheid, doch ook met het voorwaardelijk karakter van de dwangsom, die als prikkel tot behoorlijke uitvoering van rechterlijke uitspraken de veroordeelde enkel kan aansporen indien de naleving van de hoofdveroordeling mogelijk is. Welnu, de bevoegdheid van de beslagrechter om na te gaan of aan de voorwaarden voor de verbeurte van de dwangsom voldaan is, kan uitmonden in een tweeledig resultaat.

Als de beslagrechter bv. vaststelt dat de dwangsom verjaard is, doet hij geen uitspraak over het verschuldigd zijn van de dwangsom, doch stelt hij vast dat de dwangsom niet meer kan worden ten uitvoer gelegd. Het voorwerp van de verjaring is het recht van de eisende partij om verbeurde dwangsommen ten uitvoer te leggen door uitwinning op het vermogen van de veroordeelde. Het eerste mogelijke resultaat is derhalve dat de beslagrechter vaststelt dat de eisende partij niet (meer) gerechtigd is om tot tenuitvoerlegging over te gaan.

Als de beslagrechter vaststelt dat een bepaalde gedraging van de veroordeelde niet met zekerheid als een inbreuk op de hoofdveroordeling kan worden beschouwd (zonder dat er sprake is van een onduidelijkheid van de hoofdveroordeling die een interpretatieprobleem zou scheppen dat de bevoegdheid van de beslagrechter overstijgt), stelt de beslagrechter vast dat de eisende partij niet gerechtigd is om over te gaan tot tenuitvoerlegging, omdat geen dwang-

som verbeurd was. Als aan de voorwaarden voor de verbeurte van de dwangsom niet voldaan is, kan de beslagrechter inderdaad vaststellen dat de dwangsom niet verbeurd is (het tweede mogelijke resultaat, naast de vaststelling dat er een obstakel is dat zich tegen de tenuitvoerlegging verzet). Er is daarbij geen sprake van enige mildering van verbeurde dwangsommen, aangezien er in die situatie nooit een dwangsom verbeurd werd. Ook indien bv. tweemaal de opgelegde dwangsom verbeurd is, doch de beslagrechter stelt vast dat drie andere handelingen niet kunnen worden beschouwd als inbreukmakend gedrag, is er geen sprake van mildering van de dwangsom. In die situaties kan de beslagrechter vaststellen dat de dwangsom slechts tweemaal verbeurd is, zonder dat hij de bevoegdheid van artikel 1385*quinquies* Ger. W. uitoefent.

54 De bevoegdheid van de beslagrechter inzake situaties waarin sprake is van onmogelijkheid in de zin van artikel 1385*quinquies* Ger. W., kan als volgt worden samengevat. Als er sprake is van een onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen, en de eisende partij betekent een bevel tot betaling wegens verbeurde dwangsommen, heeft de beslagrechter niet de bevoegdheid tot het besluit te komen dat geen dwangsommen verbeurd zijn, een resultaat waartoe hij wel kan komen op grond van de vaststelling dat aan de voorwaarden voor de verbeurte van de dwangsom niet voldaan is. Eenmaal de dwangsom verbeurd is, blijft zij in beginsel verbeurd. Verbeurde dwangsommen kunnen enkel gemilderd worden door de dwangsomrechter. De beslagrechter die vaststelt dat aan de voorwaarden voor de verbeurte van de dwangsom niet voldaan is, kan dit slechts in situaties waarin de dwangsom nooit verbeurd werd. Eens blijkt dat dwangsommen inderdaad verbeurd zijn, kan de beslagrechter ze niet meer opheffen, opschorten of verminderen. Hij kan met andere woorden geen mildering uitspreken op grond van artikel 1385*quinquies* Ger. W.

Naast de vraag of aan de voorwaarden voor de verbeurte van de dwangsom voldaan is, onderzoekt de beslagrechter ook of de eisende partij gerechtigd was over te gaan tot tenuitvoerlegging. Hier is het mogelijk dat de beslagrechter vaststelt dat de eisende partij geen recht had om tot tenuitvoerlegging over te gaan, en dat zij dat recht definitief verloren heeft (bv. bij verjaring). In dat geval kan de beslagrechter de eisende partij definitief in het ongelijk stellen. Als de beslagrechter vaststelt dat de veroordeelde onmogelijk aan de hoofdveroordeling kon voldoen, kan hij niet de reeds verbeurde dwangsommen milderen, doch hij kan wel de tenuitvoerlegging schorsen, totdat uitspraak is gedaan door de dwangsomrechter over de onmogelijkheid.

De schorsing van de tenuitvoerlegging kan verbonden worden aan de voorwaarde dat de vordering op grond van art. 1385*quinquies* Ger. W. binnen een bepaalde periode moet worden ingeleid. Het opleggen van zo'n voorwaarde is aangewezen ingeval die vordering nog niet aanhangig is bij de sluiting van de debatten voor de executierechter, omdat in het omgekeerde geval de veroordeelde partij zou kunnen blijven stilzitten.

55 Een opmerking past ten slotte nog aangaande de veroordelingen waarbij iemand een bevel wordt opgelegd om een rechtshandeling uit te voeren binnen een bepaalde termijn, bij het verstrijken waarvan de uitspraak zal gelden als titel. Een klassiek voorbeeld hiervan is de uitspraak die de opheffing van een beslag beveelt binnen een bepaalde termijn, bij gebreke waarvan de beslissing zelf zal gelden als titel tot opheffing. In principe kan aan een dergelijke veroordeling wel een dwangsom worden verbonden, maar in de praktijk zal dit meestal niet nuttig zijn, aangezien de uitspraak zelf het beoogde resultaat bewerkstelligt, zonder medewerking van de veroordeelde partij. De Beslagrechter te Verviers weigert in een uitspraak van 2 juni 1995 in te gaan op een verzoek om een dwangsom te verbinden aan een gebod om een beslag op te heffen, omdat het vonnis als handlichting zou gelden indien de veroordeelde niet binnen acht dagen na de betekening van het vonnis de formaliteiten van de handlichting vervuld heeft (Beslagr. Verviers 2 juni 1995, *Act. dr.* 1996, 178). De toegevoegde waarde van een dwangsom zou hier inderdaad gering zijn.

§ 4. Strafrechter

56 Het staat vast dat de dwangsom geen straf is in de zin zoals gebruikt in het Strafwetboek (Gemeensch. M.v.T., *Parl. St. Kamer* 1977-78, nr. 353, 16. Vgl. de opsomming van de straffen in art. 7 Sw.). Het belangrijkste gevolg hiervan is dat de strafrechter haar niet ambtshalve kan uitspreken (J. LAE-NENS, "Procedureaspecten", in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 30). De dwangsom is, zoals hierboven opgemerkt, een indirect executiemiddel van burgerlijke aard (zie boven, nr. 5). De strafrechter die uitspraak doet over de burgerlijke rechtsvordering om herstel *in natura* van de schade ten gevolge van een misdrijf te waarborgen, kan een dwangsom opleggen indien hij daartoe gevorderd wordt (Cass. 5 december 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, I, nr. 220, p. 476; G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980, nr. 97, p. 37).

57 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 optreedt (S. DAVID-CONSTANT, "La fin d'une disgrâce: l'avènement de l'astreinte en droit belge", in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Parijs, Dalloz, 1983, 191; D. LINDEMANS, "Het bekomen van de dwangsom", in *Tien jaar toepassing van de dwangsom, a.w.*, 1991, nrs. 14-16. Voor een toepassing zie: Gent 16 januari 1991, *T.M.R.* 1993, 323, en i.h.b. 341-342). A. VANDEPLAS was destijds van mening dat het openbaar ministerie geen bevoegdheid heeft om de toepassing van een dwangsom te vorderen (A. VANDEPLAS, "Het herstel van de plaats en de dwangsom", (noot onder Cass. 19 september 1989), *R.W.* 1989-90, 777). Niettemin bevestigt de gemeenschappelijke memorie van toelichting dat het openbaar ministerie de bevoegdheid heeft om een dwangsom te vorderen (Gemeensch. M.v.T., *Parl. St. Kamer* 1977-78, nr. 353, 16).

De huidige 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 vorderen (Beslagr. Mechelen 8 maart 1996, *R.W.* 1997-98, 85; Brussel 19 november 1984, *Pas.* 1985, 15 en *R.W.* 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 heeft (Benelux Hof 6 februari 1992, *R.W.* 1991-92, (1019), 1027, concl. JANSSENS DE BISTHOVEN). Aldus kan het openbaar ministerie de rechter vragen een bevel tot verwijdering van afval op grond van het Afvalstoffendecreet te versterken met een dwangsom (Gent 9 juni 1992, *T.M.R.* 1994, 209).

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 vorderen (G. D'HOORE, conclusie voor Benelux Hof 29 november 1993, *R.W.* 1993-94, (705), 706, *P. & B.* 1994, 9, noot D. LINDEMANS en *N.J.* 1994, nr. 371).

In een arrest van het Hof van Beroep te Gent uit 1992 werd een dwangsom gevorderd door het Openbaar Ministerie, doch toegekend aan het Vlaamse Gewest, in de persoon van de Gemeenschapsminister van Leefmilieu en Infrastructuur en dit ter bestemming van het Milieu- en Natuurfonds (Gent 9 juni 1992, *T.M.R.* 1994, 209). Op grond van artikel 1385^{quater} Ger. W., krachtens hetwelk de dwangsom ten volle toekomt aan de partij die de veroordeling heeft verkregen, komt een dwangsom gevorderd door het Openbaar Ministerie in principe toe aan het ambt van het Openbaar Ministerie (Beslagr. Mechelen 8 maart 1996, *R.W.* 1997-98, 85). Het lijkt zeer twijfelachtig of een veroordeling krachtens dewelke de dwangsom toekomt aan een derde, verenigbaar is met artikel 1385^{quater} Ger. W. Er is rechtspraak die de mogelijkheid om een dwangsom uit te spreken ten voordele van een buiten het geding staande derde (bv. het World Wild Life Fund) uitdrukkelijk uitsluit (Arrondissementsrechtbank Arnhem 18 december 1973, *N.J.* 1974, nr. 65). Ook BALLON sluit deze mogelijkheid uit (G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980, nr. 162, p. 59). Bij arrest van 23 maart 1993 van dezelfde kamer van het Hof van Beroep te Gent werd op verzet geen dwangsom meer uitgesproken omdat de afvalstoffen inmiddels verwijderd waren. Zie ook verder, nr. 118.

58 Aangezien er over de bevoegdheid van de strafrechter om een dwangsom op te leggen in de praktijk nogal wat onduidelijkheid bestaat, past het een aantal uitgangspunten te preciseren. De bevoegdheid van de strafrechter op burgerlijk vlak is in essentie beperkt tot het oordelen over de schadevergoeding die de burgerlijke partij toekomt ten gevolge van het misdrijf (R. VERSTRAETEN, *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 1999, 138). Vele auteurs omschrijven de burgerlijke vordering uit een misdrijf als louter p a t r i m o n i e l (zie bv.: S. VAN DYCK, "De rechtspersoon als burgerlijke partij in de strafprocedure", *T.R.V.* 2001, 14). Beter is echter de burgerlijke vordering uit een misdrijf – die inderdaad minstens in theorie niet op bestraffing gericht is – te omschrijven als r e p a r a t o i r o f h e r s t e l g e r i c h t. Herstelmaatregelen *in natura* leveren immers niet noodzakelijk een verbetering op van de patrimoniale toestand van de burgerlijke partij.

Naast herstel van schade uitspreken, *in natura* of bij equivalent, kan de strafrechter ook de teruggave bevelen (strikt gezien kan de teruggave worden beschouwd als een vorm van herstel van de schade *in natura*, maar niet alle vormen van herstel van schade *in natura* bestaan uit een teruggave in de enge betekenis). In een engere betekenis duidt het begrip teruggave op het teruggeven van goederen die aan de eigenaar werden ontnomen en die in handen van het gerecht zijn gekomen (A. VANDEPLAS, "Teruggave", in *Commentaar Strafrecht en Strafvordering*, Kluwer, 1998, losbl., p. 2). In een ruimere betekenis gaat het om alle maatregelen gericht op het tenietdoen van de gevolgen van een misdrijf, in de zin van een *restitutio in integrum* of een *Wiedergutmachung* (A. VANDEPLAS, "Teruggave", in *Commentaar Strafrecht en Strafvordering*, Kluwer, 1998, losbl., p. 2). In deze ruimere betekenis heeft de teruggave als doelstelling de feitelijke toestand, zoals die bestond voor het misdrijf werd gepleegd, te herstellen. Aangezien de teruggave tot doel heeft de sporen van een misdrijf uit te wissen, om als het ware de schade aangericht aan de samenleving te herstellen, raakt zij de openbare orde (Cass. 27 maart 1899, *Pas.* 1899, I, 153). De rechter kan de teruggave bijgevolg ambtshalve uitspreken, zelfs als er geen burgerlijke partij is (Cass. 18 november 1912, *Pas.* 1912, I, 445). Niettegenstaande de teruggave behoort tot de publieke vordering, gaat het om een maatregel van burgerlijke aard (A. VANDEPLAS, "Het herstel van de plaats en de dwangsom", (noot onder Cass. 19 september 1989), *R.W.* 1989-90, 777). VANDEPLAS geeft toelichting bij het gegeven dat een maatregel kan behoren tot de publieke vordering maar toch van burgerlijke aard kan zijn. Voor het overige past voorzichtigheid bij het raadplegen van de geciteerde noot: het standpunt van VANDEPLAS dat het openbaar ministerie geen dwangsom zou kunnen vorderen, werd door het Benelux-Gerechtshof niet gevolgd (Benelux Hof 6 februari 1992, *R.W.* 1991-92, (1019), 1027, concl. JANSSENS DE BISTHOVEN). Bijgevolg kan een bevel tot teruggave opgelegd door de strafrechter kracht worden bijgezet met een dwangsom, uiteraard op voorwaarde dat een partij de rechter gevraagd heeft een dwangsom op te leggen.

De herstelmaatregelen inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw kunnen als een bijzondere vorm van teruggave worden beschouwd, weliswaar met de precisering dat zij niet ambtshalve kunnen worden opgelegd (Cass. 19 september 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, nr. 41, p. 83, *Pas.* 1990, nr. 41, p. 76 en *R.W.* 1989-90, 777; A. VANDEPLAS, "De afzonderlijke beslissing over het herstel van de plaats", (noot onder Brussel 8 maart 1994), *R.W.* 1993-94, 1367. Een dergelijke herstelmaatregel moet door de administratieve overheden of door een burgerlijke partij worden gevraagd (B. JANSSENS DE BISTHOVEN, conclusie voor Benelux Hof 6 februari 1992, *R.W.* 1991-92, 1025-1026).

Het principiële uitgangspunt is derhalve dat er geen ruimte is voor een veroordeling door de strafrechter tot een dwangsom – die immers burgerlijk van aard is – indien het gebod of verbod opgelegd door de rechter noch het herstel *in natura* van de schade geleden door het slachtoffer beoogt, noch de teruggave, noch een burgerlijke herstelmaatregel gesteund op wetgeving inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw of inzake afvalstoffen.

Aldus beschikt de strafrechter niet over de bevoegdheid om een dronken chauffeur die in een gracht is beland, onder verbeurte van een dwangsom verbod op te leggen nog in dronken toestand te rijden. De strafrechter kan geen dwangsom opleggen met het oog op het vermijden van recidive (A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, a.w., 1987, 602). De belangrijkste juridische dreiging die een dergelijke chauffeur boven het hoofd hangt, is dat hij bij een volgende overtreding een zwaardere straf kan oplopen wegens herhaling. Zelfs mocht er per hypothese een burgerlijke partij zijn, dan kan de strafrechter geen verbod opleggen aan de veroordeelde om niet meer dronken te rijden onder verbeurte van een dwangsom, aangezien men redelijkerwijze niet inziet hoe een dergelijk verbod verband zou houden met het herstel van de schade geleden door de burgerlijke partij.

Een verbod om nieuwe misdrijven te plegen onder verbeurte van een dwangsom is in ons recht weliswaar niet mogelijk (D. LINDEMANS, "Het bekomen van de dwangsom", in *Tien jaar toepassing van de dwangsom*, a.w., 1991, nr. 7, p. 56), doch de dwangsom kan in het strafrecht wel een belangrijke rol spelen als instrument ter ondersteuning van het herstel *in natura* van de schade veroorzaakt door een misdrijf.

Een voorbeeld kan dit toelichten. Ingeval een persoon slachtoffer wordt van slagen en verwondingen toegebracht door een (ex-)partner en men in de concrete omstandigheden redelijkerwijze kan vrezen dat de dader zijn gedrag zal herhalen, precies omwille van het feit dat het gaat om (ex-)partners, kan de strafrechter op vordering van de burgerlijke partij een dwangsom verbinden aan een verbod om het slachtoffer nog te slaan of om nog het gezelschap van het slachtoffer op te zoeken. Immers, een dergelijk verbod beoogt slechts het herstel *in natura* van de (morele) schade van het slachtoffer. De vrees die het slachtoffer doorstaat om nog te worden geslagen of te worden bedreigd door de dader, is een rechtstreeks gevolg van het misdrijf. Het gaat om een nadeel dat zonder het misdrijf niet zou hebben bestaan. De dwangsom lijkt het aangewezen middel om deze vrees weg te nemen, om met andere woorden de (morele) schade te herstellen.

Telkens wanneer men in de concrete omstandigheden redelijkerwijze kan vrezen of verwachten dat de burgerlijke partij in de toekomst opnieuw slachtoffer zal worden van een misdrijf gepleegd door de betrokken dader, heeft de strafrechter de bevoegdheid om op vordering van de burgerlijke partij aan de dader een gebod of verbod onder verbeurte van een dwangsom op te leggen, dat gericht is op het tenietdoen of verminderen van de vrees dat de gepleegde feiten zich zullen herhalen. De strafrechter heeft dezelfde bevoegdheid wanneer aannemelijk is dat de burgerlijke partij bijkomende morele schade zal lijden door met de dader van het misdrijf opnieuw te worden geconfronteerd.

In sommige naburige landen heeft de rechter een vergelijkbare bevoegdheid. Het instituut dat in Engeland het dichtst aanleunt bij de dwangsom is *contempt of court* (Zie hierover: J. HERBOTS, "Rechterlijk gebod en verbod in Engeland, in het bijzonder in het contractenrecht", *T.P.R.* 1983, 1049). In het bijzonder *civil contempt of court*, een instituut dat bestaat naast *criminal contempt of court*, heeft in vele gevallen een vergelijkbare doelstelling als de dwangsom (C. J. MILLER, *Contempt of Court*, Oxford, Clarendon Press, 1989, 407). Maakt bv. *criminal contempt of court* uit: een terechtzitting verstoren door het verspreiden van lachgas in een zittingszaal waar een rechtbank een pornografie-zaak behandelt (*Balogh v. Crown Court at St. Albans*, [1974] 3 All ER 283, CA), of de rechter een "dirty tyrannical old dog" noemen (*Mayberry v. Pennsylvania*, U.S. Supreme Court, 400 US 455 (1971)), of zich na een ongunstige uitspraak uitkleeden en zich naakt voor de rechtbank ter aarde werpen (*Gohoho v. Lintas Export Advertising Services*, *The Times*, 21 januari 1964) (geciteerd door C. J. MILLER, *Contempt of Court*, a.w., 1989, 97, 107 en 108). In de recente Engelse rechtspraak bestaan veroordelingen wegens *civil contempt of court* van personen die inbreuk maken op een rechterlijk verbod "restraining a person from molesting another", in overeenstemming met de hierboven toegelichte mogelijkheid (*Harmsworth v. Harmsworth* [1987], 3 All English Reports 816; *Wright v. Jess*, [1987], 2 All English Reports 1067; *Lee v. Walker*, [1985], 1 All

English Reports 781, geciteerd door C. J. MILLER, *Contempt of Court*, Oxford, Clarendon Press, 1989, 410, noot 26).

Het gebod of verbod opgelegd door de strafrechter dient nauwkeurig geformuleerd te zijn. Het kan een bevel inhouden zich te onthouden van strafbare handelingen (verbod om de eisende partij opnieuw slagen en verwondingen toe te brengen) of van niet-strafbare handelingen (zich niet meer op het gebied van een bepaalde gemeente begeven bv.).

In zeer ernstige gevallen kan de strafrechter, op vordering van de burgerlijke partij, een bevel opleggen onder verbeurte van een dwangsom aan de dader van een zwaarwichtig vergriep (moord, verkrachting, enz.) om, in zoverre hij in vrijheid is, te verhuizen naar een plaats op minstens X kilometer van de woonplaats van het slachtoffer, en zich niet meer te begeven op het grondgebied van een bepaald arrondissement of zelfs een bepaalde provincie. Al deze maatregelen beogen slechts het herstel *in natura* van de schade die het slachtoffer leed ten gevolge van het misdrijf. Uiteraard houden zulke maatregelen een beperking in van de persoonlijke vrijheid van de veroordeelde, maar dat doet een verbod om piano te spelen op bepaalde uren ook (Hof 's-Gravenhage 21 mei 1970, *N.J.* 1971, nr. 94: een beroeps pianist mag, zolang hij geen afdoende geluidsisolatie aanbrengt, enkel nog repeteren op bepaalde uren, onder verbeurte van een dwangsom van 200 gulden per overtreding). De rechter zal in de concrete omstandigheden moeten afwegen of de beperking van de persoonlijke vrijheid van de veroordeelde in redelijke verhouding staat tot het belang dat de burgerlijke partij bij de herstelmaatregel heeft.

59 De hierboven uiteengezette beginselen sluiten aan bij de rechtspraak van het Hof van Cassatie. Het arrest van 4 januari 1984 is belangwekkend in dit verband (Cass. 4 januari 1984, *R.W.* 1984-85, 536, *J.T.* 1984, 345 en *T.B.H.* 1984, 411, noot G. L. BALLON).

De strafrechter had een lokale radio veroordeeld wegens overtreding van een bepaling van het Koninklijk Besluit van 20 augustus 1981 houdende reglementering van lokale radio's. Meer in het bijzonder had de lokale radio zonder vergunning handelsreclame uitgezonden in strijd met het vermelde K.B., hetgeen op grond van de Wet van 30 juli 1979 betreffende de radioberechtiging een wanbedrijf uitmaakte. De R.T.B.F. had zich burgerlijke partij gesteld, aangezien de stijging van de reclame-inkomsten van een lokale zender de kwaliteit van de lokale uitzendingen kon verhogen, waardoor het aantal luisteraars van de R.T.B.F. dreigde te verminderen. Het Hof van Beroep te Luik had aan de R.T.B.F. een morele schadevergoeding van 1 frank toegekend, alsmede een dwangsom van 100.000 frank per dag waarop Radio Basse-Meuse nog zonder vergunning reclame zou uitzenden. Het Hof van Cassatie overweegt dat het verbod om nog enige reclameboodschap uit te zenden, met de daaraan verbonden dwangsom, niet kan worden beschouwd als het herstel van de schade die is veroorzaakt door het misdrijf. De dwangsom had, aldus het Hof, als doelstelling de herhaling van het misdrijf voor de toekomst te verhinderen (Cass. 4 januari 1984, *R.W.* 1984-85, 541, *J.T.* 1984, 345 en *T.B.H.* 1984, 412, noot G. L. BALLON).

Vaast VAN HERREWEGHE meent dat het Hof in de besproken uitspraak oordeelt dat een dwangsom niet kan worden verbonden aan een verbod of gebod geldend voor de toekomst (V. VAN HERREWEGHE, "Dwangsom 1981-1985", *T.R.D.-Dossier* 1986, nr. 1, p. 8 (Bijlage bij *T.R.D.* 1986, nr. 7)). Die lezing van het besproken arrest verdient geen bijval. Het arrest van 4 januari 1984 overweegt dat het verbod *in casu* "niet kan worden beschouwd als de vergoeding van de schade die is veroorzaakt" door het misdrijf. *A contrario*, in de gevallen waarin het wel gaat om een maatregel die herstel van de schade beoogt, kan de strafrechter hieraan op vordering van de burgerlijke partij een dwangsom verbinden. Immers, het Hof overweegt dat "de benadeelde partij het recht heeft om de rechtsvordering tot herstel van de door een misdrijf veroorzaakte

schade te vervolgen voor de strafrechter". V. VAN HERREWEGHE meent ten onrechte dat het Hof van Cassatie geoordeeld heeft "dat de strafrechter zich enkel [mag] bezighouden met het verleden; hem is elke uitspraak nopens de toekomst verboden" (V. VAN HERREWEGHE, *t.a.p.*, 8). De overweging van het Hof dat een dwangsom niet kan worden verbonden aan een maatregel "bedoeld om herhaling van die daden voor de toekomst te verhinderen", is immers een gevolgtrekking uit de overweging dat het verbod om nog reclame zonder vergunning uit te zenden, *in casu* niet kon worden beschouwd als herstel van de schade veroorzaakt door het misdrijf. De woorden "die daden" in de aangehaalde overweging van het Hof hebben betrekking op wat *in casu* het misdrijf uitmaakte.

Zoals hoger reeds uiteengezet, kan de rechter geen verbod onder verbeurte van een dwangsom opleggen dat erop gericht is nieuwe misdrijven te plegen, aangezien de dwangsom burgerlijk van aard is en de bevoegdheid van de strafrechter op burgerlijk vlak in essentie beperkt is tot maatregelen gericht op het herstel van de schade geleden door het slachtoffer, de teruggave, en de herstelmaatregelen inzake ruimtelijke ordening, stedenbouw en afvalstoffen. Bijgevolg verzet de rechtspraak van het Hof van Cassatie zich er niet tegen dat de rechter zulke maatregelen uitspreekt onder verbeurte van een dwangsom, ook voor de toekomst. Het tegendeel aannemen zou, zoals VAN HERREWEGHE opmerkt, "weinig proceseconomisch" zijn. Hij verwoordt zijn kritiek, op grond van een foutieve lezing van het besproken arrest van 4 januari 1984, met de volgende boutade: "De burgerlijke partij is verplicht om, dadelijk na de strafrechtelijke uitspraak, naar de burgerlijke rechter te hollen om verbod te horen opleggen voor de toekomst nog dergelijke daden te stellen, onder verbeurte van een dwangsom." (V. VAN HERREWEGHE, *t.a.p.*, 8).

Een voorbeeld ter illustratie van het bovenstaande is het arrest van het Hof van Beroep te Gent van 16 januari 1991 (Gent 16 januari 1991, *T.M.R.* 1993, 323, en i.h.b. 341-342). Het Hof van Cassatie verwierp de voorziening tegen dit Gentse arrest (Cass. 30 juni 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 1045 en *T.M.R.* 1993, 322). Het betreft een uitspraak waarbij de strafrechter, op vordering van het openbaar ministerie, een bevel oplegt om giftig afval te verwijderen, onder verbeurte van een dwangsom van 5.000 frank per dag vertraging. Vanzelfsprekend had de maatregel van de teruggave handelingen tot voorwerp dewelke in de toekomst dienden te worden gesteld.

Aangezien aan een maatregel van teruggave een dwangsom kan worden verbonden, ook voor handelingen die in de toekomst dienen te worden verricht, ziet men niet in waarom een dwangsom niet mogelijk zou zijn bij maatregelen gericht op herstel *in natura* van de schade veroorzaakt door een misdrijf, dewelke toekomstige handelingen of onthoudingen als voorwerp hebben. Het arrest van het Hof van Cassatie van 4 januari 1984 verzet zich hiertegen niet, maar biedt integendeel een toetssteen aan. De toets die het Hof van Cassatie in het besproken arrest hanteert, is de volgende. Kan de maatregel door de strafrechter uitgesproken onder verbeurte van een dwangsom, worden beschouwd als herstel van de schade geleden door het slachtoffer van het misdrijf? Wanneer dit het geval is, mag de strafrechter een dwangsom opleggen. Deze toets illustreert dat de vraag of de door de strafrechter geboden of verboden handelingen een misdrijf uitmaken, niet relevant is.

De afbakening van de bevoegdheid van de strafrechter geschiedt ten deze niet aan de hand van de vraag of de geboden of verboden handelingen een misdrijf uitmaken, doch op grond van het criterium of de hoofdveroordeling tot doel heeft de (materiële of morele) schade van het slachtoffer *in natura* te herstellen.

DE VROEDE en BALLON interpreteren het Cassatie-arrest van 4 januari 1984 in de zin dat de strafrechter de veroordeelde wel een dwangsom kan opleggen teneinde deze ertoe te dwingen zijn verplichtingen tegenover de burgerlijke partij na te komen, voor zover deze niet in het betalen van een geldsom bestaan. Maar, zo voegen zij eraan toe, de strafrechter kan een verbod om nog verder de daden te stellen die het misdrijf uitmaken niet uitspreken onder verbeurte van een dwangsom (P. DE VROEDE en G. L. BALLON, *Handelspraktijken*, Antwerpen, Kluwer, 1985, nr. 1465, p. 735).

Ingeval de strafrechter een verbod oplegt aan de dader van een zeer ernstig misdrijf om het grondgebied van de gemeente of de provincie waar het slachtoffer woont nog te betreden, maken de verboden handelingen (een bepaald gebied betreden) op zich geen misdrijf uit. Een verbod om iemand nieuwe slagen en verwondingen toe te brengen, heeft daden als voorwerp die op zich wel een misdrijf uitmaken. Als in de concrete omstandigheden blijkt dat een dergelijk verbod kan worden beschouwd als het herstel van de (morele) schade die het slachtoffer lijdt ten gevolge van het misdrijf (met name de redelijke angst voor herhaling), verzet het arrest van het Hof van Cassatie van 4 januari 1984 zich niet tegen een verbod uitgesproken door de strafrechter onder verbeurte van een dwangsom (zie ook: G. L. BALLON, "Le juge répressif et l'astreinte", (noot onder Cass. 4 januari 1984), *T.B.H.* 1984, 413).

Het bovenstaande standpunt ligt in de lijn van de recentere rechtspraak van het Benelux-Gerechtshof. Het Hof heeft in een arrest van 6 februari 1992 voor recht gezegd dat een dwangsom kan worden opgelegd door de strafrechter ten einde de tenuitvoerlegging te verzekeren van de maatregel van het herstel in de vorige toestand (Benelux Hof 6 februari 1992, *R.W.* 1991-92, 1019, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN, *J.L.M.B.* 1992, 589, noot P. FRAIPONT en *N.J.* 1992, 353, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN). Ten eerste gaat het hier om handelingen die in de toekomst gesteld moeten worden, en ten tweede kan het niet-verrichten van de handelingen een misdrijf uitmaken. Toch is een dwangsom mogelijk, omdat de maatregel gericht is op het herstel van de vorige toestand, en niet op het verbieden van misdrijven in de toekomst.

§ 5. Arbiters

60 Gedurende bijna twee decennia was het voor arbiters in België niet mogelijk om in een arbitrale beslissing een dwangsom op te leggen (J. LINSMEAU, "L'arbitrage volontaire en droit privé belge", in *Répertoire pratique du droit belge*, Complément, t. 7, Brussel, Bruylant, 1990, p. 44, nr. 221). Artikel 1385bis Ger. W. bepaalt in zijn aanhef dat "de rechter" een dwangsom kan opleggen. De "rechter" is elke rechter die deel uitmaakt van de rechterlijke

orde, zodat arbiters daar niet onder vallen (G. L. BALLON, "De dwangsom in arbitrale uitspraken", (noot onder Rb. Luik 6 maart 1984), *Tijdschrift voor Arbitrage*, 1985, 28; G. DE LEVAL, noot onder Rb. Luik 6 maart 1984, *J.L.* 1984, 197).

In Nederland was de situatie op dit stuk jarenlang anders, aangezien op het einde van de afdeling over de dwangsom in het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een artikel 611i werd toegevoegd, dat luidt: "Onder rechter in deze afdeling worden mede scheidsmannen begrepen." Het Gerechtelijk Wetboek bevatte tot aan de invoering van de Wet van 19 mei 1998 (*B.S.* 7 augustus 1998) geen equivalente bepaling.

Sinds enkele jaren is ook op dit punt de situatie tussen Nederland en België dezelfde, aangezien bij Wet van 19 mei 1998 een artikel 1709*bis* werd ingevoegd in het Gerechtelijk Wetboek, dat luidt als volgt: "De arbiters kunnen een partij veroordelen tot het betalen van een dwangsom. De artikelen 1385*bis* tot *octies* zijn van overeenkomstige toepassing."

Een verschil met de procedure voor de gewone rechter blijft dat een dwangsom opgelegd in een arbitrale beslissing slechts kan worden verbeurd na de betekening van het vonnis waarbij door de rechter exequatur aan de arbitrale beslissing verleend wordt. Niet alleen de mogelijkheid om tot uitwinning op het vermogen van de veroordeelde over te gaan, doch ook de loutere verbeurte van de dwangsom (d.i. slechts het ontstaan van een betalingsverplichting zonder rechtstreekse vermogensaantasting), zijn afhankelijk van het bestaan van een uitvoerbare titel, wat een arbitraal vonnis zonder exequatur niet is.

Nadat een arbitraal college zijn taak vervuld heeft, wordt het ontbonden. Indien later "de rechter die een dwangsom heeft opgelegd" in de zin van artikel 1385*quinquies* of 1385*septies* Ger. W. moet worden aangesproken, wegens respectievelijk de onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen, of wegens overlijden van de veroordeelde, dan worden de bevoegdheden gegrond op de voormelde artikelen uitgeoefend door de rechter die de arbitrale beslissing zijn exequatur heeft verleend (meer hierover: P. Taelman, "De arbiters en hun bevoegdheden", *T.P.R.* 1999, (1709), 1722).

§ 6. Raad van State

61 De Raad van State kan een dwangsom opleggen, doch niet volgens het stelsel van de Eenvormige Benelux-Wet op de dwangsom, zoals omgezet in de artikelen 1385*bis* tot 1385*nonies* Ger. W.

Aangezien de dwangsom opgelegd door de Raad van State beheerst wordt door bijzondere wetgeving, wordt hieraan een afzonderlijk hoofdstuk gewijd (zie verder, nrs. 231 e.v.).

AFDELING III

AAN WIE KAN EEN DWANGSOM WORDEN OPGELEGD?

§ 1. Natuurlijke persoon

62 Bij het veroordelen van een natuurlijke persoon onder verbeurte van een dwangsom kunnen zich verschillende problemen voordoen. Eigen aan de natuurlijke persoon, in tegenstelling tot de rechtspersoon, is dat hij zich bevindt in een continuüm tussen gezond en minder gezond van geest. Daarnaast wordt in de volgende paragraaf de problematiek besproken van een veroordeling gericht tegen een of meerdere personen wier identiteit op het ogenblik van de veroordeling niet bekend is. Ofschoon het probleem van de niet *nominatim* bekende tegenpartij zich hoofdzakelijk voordoet bij natuurlijke personen, gelden op dit stuk *mutatis mutandis* dezelfde regels voor rechtspersonen.

63 Vooreerst wordt de vraag onderzocht of een dwangsom kan worden opgelegd aan een persoon op wie deze prikkel tot nakoming mogelijkerwijze weinig indruk maakt, ten gevolge van diens geestestoestand.

Het Hof te 's-Gravenhage oordeelde over een situatie die in de praktijk wel vaker voorkomt (Hof 's-Gravenhage 18 september 1987, *N.J.* 1988 (verkort), nr. 712). Een persoon werd door een andere persoon op zeer opdringerige wijze benaderd, door een reeks telefoontjes, brieven, kaartjes en cadeautjes. De persoon die de overlast bezorgde erkende dat zij manisch depressief was en dat zij in de loop der jaren meermaals was opgenomen in psychiatrische inrichtingen. Het slachtoffer was een praktiserend arts en zijn gezin, zodat de mogelijkheid van een geheim telefoonnummer redelijkerwijze niet openstond. De handelingen gesteld door de vrouw in kwestie werden door het Hof beschouwd als een ontoelaatbare inbreuk op de rust, de privacy en het ongestoorde sociaal leven van de arts en zijn gezin. De raadsman van de vrouw wierp op dat haar gedrag het gevolg was van een geestelijke tekortkoming en haar derhalve niet kon worden verweten. Het Hof overweegt dat dit de onrechtmatigheid van de gewraakte handelingen niet opheft en dat van de arts en de zijnen niet kon worden gevergd het onrechtmatige gedrag te dulden. Het Hof bekrachtigt het door de president opgelegde verbod onder verbeurte van een dwangsom.

Deze beslissing verdient bijval. Men zou kunnen opwerpen dat de dwangsom, indien zij haar prikkelende functie verliest omdat de veroordeelde daar omwille van zijn geestestoestand mogelijkerwijze niet gevoelig voor is, in zulke situaties erg dicht komt bij een schadevergoeding per inbreuk. Dit neemt niet weg dat ook het verschaffen van rechtsherstel een wezenlijke doelstelling van de dwangsom is, naast het verhogen van het gezag van rechterlijke uitspraken. Zeer zwaar weegt dit argument niet, aangezien de dwangsom werkelijke nakoming door de schuldenaar van zijn verbintenis beoogt en zij geen vergoeding van schade is. Belangrijker is dat niemand vermoed wordt geheel ongevoelig te zijn voor de dreiging van de dwangsom. Meer nog, eigenlijk wordt de dwangsom geacht indruk te maken op alle zich in vrijheid bevindende personen.

Er bestaat geen regel die vereist dat personen tegen wie een dwangsom wordt uitgesproken over bepaalde mentale capaciteiten moeten beschikken. Veeleer dan te speculeren over de geestestoestand van de betrokkene, dient de rechter bij het uitoefenen van zijn appreciatiebevoegdheid oog te hebben voor de onrechtmatigheid van het te beoordelen gedrag.

Vanzelfsprekend kan een contactverbod onder verbeurte van een dwangsom ook worden uitgesproken tegen een persoon die gezond van geest is, of van wie de geestelijke toestand onduidelijk is (in dezelfde zin: A. JONGBLOED, *De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht*, 1991, 88).

64 Los van de geestelijke toestand van de persoon die een ander herhaaldelijk overlast bezorgt, moet worden opgemerkt dat artikel 114 van de “Belgacomwet” niet verhindert dat een slachtoffer van telefoonterreur een beroep kan doen op het instituut van de dwangsom om de onrechtmatige toestand te beëindigen, indien de identiteit van de persoon die overlast bezorgt bekend is.

Art. 114 van de Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven (*B.S.* 27 maart 1991, *err.* *B.S.* 20 juli 1991) bevat een reeks strafbepalingen, waaronder in paragraaf 8 een geldboete van 500 tot 500.000 frank en/of gevangenisstraf van één tot vier jaar voor de persoon die de openbare telecommunicatie-infrastructuur of andere middelen van telecommunicatie gebruikt om overlast te veroorzaken aan zijn correspondent of schade te berokkenen (zie over dit misdrijf: A. VANDEPLAS, “Misbruik van telecommunicatiemiddelen”, in *Commentaar Strafrecht en Strafvordering*, Kluwer, Antwerpen, 1998, losbl., 7 pp.).

Een dwangsom is in zulke situaties mogelijkerwijze efficiënter dan een klacht met burgerlijke partijstelling voor de onderzoeksrechter op grond van art. 114 van de Belgacomwet. Het feit dat een strafonderzoek geopend is, maakt op sommige plegers van telefoonterreur wellicht minder indruk dan de wetenschap dat elke onrechtmatige oproep een aantasting van hun vermogen kan veroorzaken.

65 De rechtspraak oordeelt dat inbreuken op iemands recht op rust en privacy betoegeld kunnen worden met een dwangsom (Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage 26 maart 1970, *N.J.* 1972, nr. 165). Eenieder heeft het recht, zowel in de privé- als in de werksfeer, om niet zonder redelijke noodzaak herhaaldelijk door een ander op opdringerige wijze te worden benaderd door opbellen, observeren, naroeven, e.d. Eenieder heeft het recht zelf uit te maken met wie hij in contact wil treden of blijven. Ook hulpverleners hebben het recht niet te worden lastiggevallen door hun cliënten of patiënten, aangezien laatstgenoemden desnoods maar bij een andere hulpverlener te rade moeten gaan. *In casu* ging het om een maatschappelijk werkster. De arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage (hierboven aangehaald) legt een dwangsom van 100 gulden per overtreding op, met een maximum van 5.000 gulden.

Het opleggen van een contactverbod houdt vanzelfsprekend een inbreuk in op de persoonlijke vrijheid van de betrokkene, maar dit is slechts het gevolg van een inbreuk door de betrokkene gepleegd op de persoonlijke vrijheid van anderen. Bij de afweging van de belangen der partijen, prevaleren de rechten van de lastiggevallen partij op die van de lastigvallende partij (A. JONGBLOED, *De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht*, 1991, 88). Eigen aan een dwangsom in dergelijke gevallen is dat een eenmalige inbreuk op het contactverbod, bestaande uit gedrag dat op zichzelf schier nooit zou volstaan om een contactverbod uit te spreken, wel kan volstaan om de dwangsom te doen ver-

beuren (H.R. 9 januari 1981, *N.J.* 1981, nr. 227). Zie over het contactverbod ook verder, nr. 103.

Een voorbeeld van gedrag dat op zich genomen volstrekt normaal is, maar dat omschreven werd als “juridische stalking” wanneer het eindeloos herhaald wordt, is... iemand dagvaarden (Rb. Almelo 14 augustus 2002, *N.J.* 2002, p. 3658, nr. 491).

66 De Wet van 30 oktober 1998 die “stalking” (belaging) strafbaar maakt, kan slechts worden toegejuicht.

De Wet van 30 oktober 1998 (*B.S.* 17 december 1998) voegt een artikel 442bis in het Strafwetboek, volgens hetwelk degene die een persoon heeft belaagd terwijl hij wist of had moeten weten dat hij door zijn gedrag de rust van die bewuste persoon ernstig zou verstoren, gestraft wordt met gevangenisstraf van vijftien dagen tot twee jaar en/of een geldboete van vijftig tot driehonderd frank. Het gaat om een klachtmisdrijf. Voor een commentaar bij deze wet, zie: L. STEVENS, “Stalking strafbaar”, *R.W.* 1998-99, 1377.

Deze wet betekent nochtans niet dat de rol van de dwangsom op het terrein van belaging (*harcèlement*) uitgespeeld zou zijn (zie voor een recente toepassing: Vred. Westerlo 22 januari 2000, *A.J.T.* 2000-01, 548 – contactverbod opgelegd door de vrederechter in het kader van dringende en voorlopige maatregelen tussen echtgenoten). Integendeel, de praktijk leert dat sommige slachtoffers van belaging de “zachtere” aanpak van een civiele procedure – en in het bijzonder de snelle aanpak van het kort geding – verkiezen boven de “hardere” (en vooral tragere) strafrechtelijke weg.

Een beschikking van de Brusselse Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg van 16 december 1998 is om verschillende redenen meldenswaardig (Vorz. Rb. Brussel 16 december 1998, *Casebook 20 jaar dwangsom*, nr. 19). Het betrof een typische situatie van belaging. Een man die het einde van zijn relatie met een vrouwelijke bediende van een multinationale onderneming niet kon verwerken, liet verschillende boodschappen na op het antwoordapparaat van de vrouw, waarin hij trachtte haar te doen geloven dat hij seropositief was. Tevens verstuurde hij een anonieme brief met scheldproza en een computerdiskette, naar een tiental collega's van het slachtoffer werkzaam in de Belgische zetel van haar werkgever, alsmede naar verscheidene tientallen vestigingen van de onderneming verspreid over de hele wereld. De diskette bevatte een aantal pornografische taferelen, waarbij de belager door een computermanipulatie de gezichten van de vrouwelijke protagonisten had vervangen door het gezicht van zijn ex-vriendin. Tevens bevatte de diskette twee niet-getruceerde foto's van de vrouw, gefotografeerd toen zij in betere tijden een bad nam ten huize van haar voormalige gezelschap.

De voorzitter legt een totaal contactverbod op, onder verbeurte van een dwangsom van 50.000 frank per overtreding. Het contactverbod hield onder meer een verbod in om nog boodschappen, foto's of voorwerpen met betrekking tot of afkomstig uit de verhouding met de vrouw te versturen naar de Belgische of buitenlandse vestigingen van haar werkgever, “et ce par tout moyen, en ce compris, mais sans limitation, par téléphone, téléfax, répondeur automatique, voice mail, courrier ordinaire ou courrier spécial, e-mail ou autre moyen de communication”. De precieze verwoording van het dispositief is lovenswaardig. Als de veroordeelde precies weet waaraan zich te houden, lijkt de kans hoger dat een dwangsom haar doelstelling bereikt: nl. de correcte naleving van het rechterlijk bevel. Tegelijk neemt de kans op executiegeschillen af.

Naast een goed voorbeeld van een contactverbod, is de besproken uitspraak ook interessant om een andere reden. De rechter verbindt een dwangsom aan een rechterlijk verbod, waarbij handelingen niet slechts in België, maar ook in het buitenland verboden worden. Een verbod begaan in het buitenland, kan aanleiding geven tot verbeurte van een dwangsom in België. In het bijzonder

wanneer alle partijen Belg zijn en de eisende partij verbeurde dwangsommen slechts verhaalt op goederen in België, rijzen er geen bijzondere internationaalprivaatrechtelijke problemen aangaande een verbod of gebod met internationale of zelfs wereldwijde werking uitgesproken door een Belgische rechter.

§ 2. Onbekenden

67 De problematiek van de veroordeling onder verbeurte van een dwangsom jegens personen wier identiteit niet bekend is, werd hoger reeds aangekaart (zie boven, nr. 41).

In een beschikking op eenzijdig verzoekschrift legde de Luikse voorzitter verbod op aan eenieder om de toegang tot een school te versperren (Voorz. Rb. Luik 3 mei 1996, *J.L.M.B.* 1996, 802). De voorzitter oordeelde dat de stakers die de schoolpoorten met kettingen en hangsloten afsloten, zich schuldig maakten aan een ernstige aantasting van subjectieve rechten (recht op arbeid van de werkwillige leerkrachten, recht op onderwijs van de leerlingen), waaraan onmiddellijk een einde moest komen. Een dwangsom werd opgelegd, niettegenstaande de identiteit van de stakers op het moment van het uitspreken van de veroordeling niet bekend was (in dezelfde zin: Voorz. Rb. Nijvel 23 april 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1256; Voorz. Rb. Brussel 12 mei 1992, *J.T.T.* 1992, 412).

Er bestaat nochtans rechtspraak in tegenovergestelde zin (Arrondissementsrechtbank Rotterdam 3 juni 1980, *N.J.* 1980, nr. 570). De arrondissementsrechtbank te Rotterdam legde in een verstekvonnis van 3 juni 1980 een bevel op aan een aantal bezetters zonder recht noch titel van zgn. kraakpanden om de panden te verlaten. De rechtbank overweegt dat een onbekend manspersoon die zich weigert te identificeren kan worden gedagvaard, omdat zulks voor de betekening aan de persoon geen onoverkomelijke problemen stelt. Ze weigert evenwel een dwangsom te verbinden aan haar veroordeling (die uitvoerbaar was met behulp van de openbare macht), op grond van de overweging dat voor de executie van de dwangsom de namen van de gedaagden wel essentieel zijn. Ofschoon het goed mogelijk is dat het in de concrete omstandigheden niet opportuun was een dwangsom op te leggen, verdient de motivering van deze uitspraak geen bijval. Uiteraard kunnen er aangaande de *i n v o r d e r i n g* van de dwangsom (in de zin van een som geld) problemen van praktische aard ontstaan indien een onbekend manspersoon zich in strijd met een rechterlijk gebod in een bepaald pand bevindt, maar dit vormt geen hinderpaal voor het *u i t s p r e k e n* van een dwangsom (in de zin van een bijkomende voorwaardelijke veroordeling, ter ondersteuning van een rechterlijk gebod of verbod). Zelfs als de identiteit van de veroordeelde op het moment van het uitspreken van de veroordeling niet bekend is, kan niet worden uitgesloten dat deze later alsnog bekend raakt. Het gaat om een probleem dat op het ogenblik van de uitspraak relevantie mist en dat naderhand tijdens een executiegeschil kan worden opgelost.

Het zou best kunnen dat de identiteit van stakers makkelijker bekend raakt dan die van krakers, maar dit betreft in wezen slechts de opportuniteitsbeoordeling. De loutere overweging dat een dwangsom niet opportuun was, bv. omdat zij bij gebreke aan executiemogelijkheden waarschijnlijk toch nooit lastens de krakers zou kunnen worden ingevorderd, had kunnen volstaan om tot hetzelfde resultaat te komen. Zeer overtuigend zou een dergelijke

motivering nochtans niet zijn, omdat het ontbreken van executiemogelijkheden op het ogenblik van de uitspraak niet noodzakelijkerwijze inhoudt dat er ook op het moment van de invordering van verbeurde dwangsommen geen executiemogelijkheden zouden zijn.

Er bestaat geen algemene regel die zich verzet tegen het uitspreken van een dwangsom tegen onbekenden, in het bijzonder wanneer aan de volgende voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet het verbod of gebod opgelegd aan de onbekenden voldoende nauwkeurig omschreven zijn. Ten tweede moet de rechterlijke beslissing die een dwangsom oplegt, regelmatig betekend worden.

68 Uit het bovenstaande blijkt dat er voor het opleggen van een dwangsom tegen onbekenden eigenlijk geen andere voorwaarden gelden dan de regels die voor elke dwangsom gelden. Dit betekent niet dat de omstandigheid dat de veroordeelde onbekend is, zonder enige praktische consequentie blijft.

De normaal voorzichtige burger mag niet verschalkt worden in zijn gerechtvaardigde verwachtingen en mag niet onverhoeds geconfronteerd worden met de verbeurte van dwangsommen ingevolge gedragingen die niet kennelijk onrechtmatig zijn.

Op grond daarvan mag men besluiten dat de dwangsom tegen onbekenden *inbeginsel* enkel mag worden uitgesproken wanneer het verboden gedrag op zich, dus ook zonder dwangsom, kennelijk onrechtmatig is.

Activisten die zich bv. vastketenen aan een poort, mogen geacht worden te weten dat hun handwijze onrechtmatig is en dat de benadeelde wellicht zal trachten zich recht te verschaffen. Wanneer de gerechtsdeurwaarder in zo'n geval overgaat tot betekening aan de persoon, dient hij met betrekking tot het betekende stuk niet noodzakelijkerwijze veel toelichting te verschaffen. Toelichting lijkt in zo'n geval niet vereist, maar blijft niettemin wenselijk.

Er zijn evenwel situaties denkbaar waarbij aan onbekenden een gebod of verbod wordt opgelegd, zonder dat het betrokken gedrag als zodanig kennelijk onrechtmatig is. Wanneer de gerechtsdeurwaarder in zulke gevallen overgaat tot betekening van een uitspraak die een dwangsom oplegt met onmiddellijke ingang, kan de bestemming van de betekening derhalve verrast worden in zijn gerechtvaardigde verwachtingen (namelijk dat normale gedragingen niet plots aanleiding blijken te geven tot de verbeurte van een dwangsom).

Bij een betekening aan de persoon van een onbekende (d.w.z. een persoon die onbekend was bij de procesvoering, doch die zich slechts identificeert op of omstreeks het ogenblik dat de gerechtsdeurwaarder wenst over te gaan tot betekening) verdient het daarom aanbeveling dat de gerechtsdeurwaarder niet louter de handelingen verricht die gebruikelijk zijn bij een betekening aan de persoon (afgifte van een afschrift van het exploit en de betekende akte; vraag of men bereid is te tekenen voor ontvangst), doch dient hij tevens de betrokkene erop te wijzen dat deze dwangsommen zal verschuldigd zijn indien hij zich niet conform het betekende rechterlijk bevel gedraagt.

Die toelichting is weliswaar ook wenselijk bij gedragingen die op zich kennelijk onrechtmatig zijn, maar zij is in hogere mate aanbevelingswaardig wanneer het gedrag dat door de rechterlijke uitspraak geboden of verboden wordt, op zich genomen niet kennelijk onrechtmatig is. Eventueel kan de gerechtsdeurwaarder in zijn exploot uitdrukkelijk akteren dat hij bij de betekening de aandacht van de betrokkene gevestigd heeft op de verbeurte van de dwangsom.

Toelichten dat een dwangsom kan worden verbeurd, is uiteraard principieel overbodig wanneer voor de behoorlijke uitvoering van de veroordeling een bepaalde termijn gegund wordt, aangezien de persoon die onbekend was bij de procesvoering en aan wie betekend wordt, in dat geval de tijd krijgt om kennis te nemen van de volledige inhoud van de betekende akte en hij hierover desnoods advies kan inwinnen.

Indien er bv. sprake is van een situatie waarbij activisten zich vastketenden aan een poort, en de verhindering of bemoeilijking van de toegang verboden werd op straffe van een dwangsom van 500 euro per uur na de betekening, lijkt het redelijk te vereisen dat de gerechtsdeurwaarder de activisten er uitdrukkelijk op wijst dat indien zij zich niet onmiddellijk de toegang vrijmaken, zij een som van 500 euro verschuldigd zijn voor elk uur tijdens hetwelk gedrag plaatsvindt dat verboden is (waarbij er sprake is van één uur vertraging vanaf het moment dat 60 minuten na de betekening verstreken zijn). Aangezien het in zo'n geval gaat om gedrag dat op zich kennelijk onrechtmatig is, mag niettemin aangenomen worden dat de betekening (aan de persoon) volstaat, met name omdat de wet geen andere vereisten stelt dan de betekening. Indien in een dergelijke situatie de gerechtsdeurwaarder niet akteert dat hij de betrokkene heeft uitgelegd dat deze een dwangsom kan beginnen te verbeuren, heeft zulks geen weerslag op de mogelijkheid van verbeurte van de dwangsom.

De toelichting door de gerechtsdeurwaarder bij de betekening aan de persoon is wenselijk wanneer een dwangsom wordt opgelegd aan onbekenden. Dergelijke toelichting is ook wenselijk in de bijzondere situatie waarbij (1) een dwangsom wordt uitgesproken bij verstek of op eenzijdig verzoekschrift, (2) de uitspraak aanleiding kan geven tot onmiddellijke verbeurte van de dwangsom (bv. een dwangsom per inbreuk zonder respijtermijn), en (3) de veroordeelde door de gerechtsdeurwaarder toevalligerwijze wordt aangetroffen bij de betekening (aan de woonplaats, aan de verblijfplaats of aan de persoon).

Bij veroordelingen op tegenspraak weet de veroordeelde per definitie dat er een risico bestaat dat de betekende uitspraak een dwangsom kan inhouden, zodat men niet inziet waarom het wenselijk zou zijn dat de gerechtsdeurwaarder hem daar bij de betekening nog eens uitdrukkelijk toelichting over verschaft.

Bij verstekbeslissingen (of beslissingen gewezen op eenzijdig verzoekschrift tegen *nominatim* bekende personen) bestaat de mogelijkheid dat de veroordeelde verrast wordt door de veroordeling, zodat het in die situatie ook aanbeveling verdient dat de gerechtsdeurwaarder de betrokkene wijst op het risico van de verbeurte van dwangsommen (weerom in het bijzonder bij gedragingen die op zich genomen niet kennelijk onrechtmatig zijn). Bij verstekbeslissingen of beslissingen op eenzijdig verzoekschrift is die uitdrukkelijke toelichting door de gerechtsdeurwaarder evenwel een loutere kwestie van hof-

felijkheid, daar bij de betekening van zulke beslissingen alle mogelijke betekeningswijzen denkbaar zijn (met of zonder persoonlijk contact tussen de gerechtsdeurwaarder en de bestemming van de betekening), in tegenstelling tot het geval van de betekening aan de onbekende, waar de betekening per definitie aan de persoon geschiedt (zoals bij betekeningen aan vastgeketende activisten). Bovendien geschiedt bij onbekenden de betekening aan de persoon van iemand die – in tegenstelling tot de bij verstek veroordeelde – nooit gedagvaard werd.

Samenvattend kan men stellen dat toelichting door de gerechtsdeurwaarder aangaande het risico van verbeurte van de dwangsom wenselijk is in alle situaties waar die toelichting mogelijk is en waar zij ertoe kan bijdragen dat de bestemming van de betekening daadwerkelijk de kans geboden wordt de betekende uitspraak behoorlijk uit te voeren.

§ 3. Feitelijke vereniging

69 Aangezien de feitelijke vereniging geen rechtspersoonlijkheid bezit, kan zij niet in rechte gedaagd worden. Zij kan als zodanig ook niet in rechte optreden. Een eis gericht tegen een feitelijke vereniging, dient men te richten tegen alle leden van de feitelijke vereniging afzonderlijk (meer hierover: K. WAGNER, “Collectieve acties in het Belgisch recht”, *P. & B.* 2001, 153).

Voor wat de feitelijke vereniging als eisende partij betreft, rijzen er aangaande de dwangsom geen bijzondere vragen. Een feitelijke vereniging die een dwangsom wenst te bekomen, zal dit moeten doen middels een eis geformuleerd door al haar leden, of middels mandatering.

De feitelijke vereniging als verwerende partij daarentegen, stelt de dwangsom wel voor een uitdaging. Wanneer een feitelijke vereniging bv. bron is van ernstige burenhinder, kan de buurman de feitelijke vereniging niet als zodanig dagvaarden met het oog op het bekomen van een verbod onder dwangsom om verdere hinder te veroorzaken. Dit betekent uiteraard niet dat de betrokkene de hinder lijdzaam moet ondergaan. In een eerste hypothese kent hij alle namen van de leden van de feitelijke vereniging. In dat geval kan hij alle leden dagvaarden. Nochtans is het denkbaar dat de feitelijke vereniging bestaat uit vele tientallen of zelfs honderden personen. Als de eisende partij een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom zou willen nastreven, zou dit betekenen dat zij mogelijkerwijze enorme bedragen aan dagvaardingskosten zou oplopen, uiteraard met het risico die kosten zelf te moeten dragen indien haar eis zou worden afgewezen. Een oplossing voor dit probleem schuilt in de tweede hypothese, waarbij de eisende partij geen of slechts enkele namen kent van de leden van de feitelijke vereniging. In die situatie gelden de in de vorige paragraaf besproken regels inzake de dwangsom uitgesproken lastens onbekenden.

Indien de eisende partij minstens één naam kent van een lid van de feitelijke vereniging, is een tegensprekelijke procedure te verkiezen boven een procedure op eenzijdig verzoekschrift. Het bekomen van een dwangsom op eenzijdig verzoekschrift is weliswaar mogelijk, doch enkel in uitzonderlijke gevallen waarin sprake is van absolute noodzaak. De eis aanhangig gemaakt in een dagvaarding die wordt betekend aan een lid van een feitelijke vereniging, dient te worden gericht tegen de gedaagde, alsmede tegen de onbekenden die deel uitmaken van de feitelijke vereniging en die zich schuldig maken aan de door de eisende partij bestreden rechtskrenking. Dezelfde methode kan worden gevolgd wanneer meerdere namen bekend zijn, doch het laten betekenen van een dagvaarding lastens al die verschillende personen onredelijke inspanningen van de eisende partij zou vergen.

Volledigheidshalve weze benadrukt dat de figuur van de dwangsom gericht tegen onbekenden wel een versoepeling met zich brengt inzake het aanhangig maken van de vordering, maar dat hierdoor op geen enkele wijze afbreuk wordt gedaan aan het betekeningsvereiste. Slechts de leden van de feitelijke vereniging aan wie het vonnis of arrest houdende de dwangsom betekend werd, kunnen dwangsommen verbeuren.

§ 4. Rechtspersoon: problematiek van de hulppersonen

70 De veroordeling onder verbeurte van een dwangsom van rechtspersonen, geeft in de praktijk weinig aanleiding tot specifieke problemen. Ingeval een rechtspersoon een bevel wordt opgelegd om iets te doen, lijkt er zich vooral een moeilijkheid te kunnen voordoen wanneer de prestatie een bijzondere vaardigheid vereist die enkel aanwezig was bij een persoon die geen orgaan of aangestelde meer is van de rechtspersoon. Als het mogelijk is om die persoon te vervangen, mag in principe van de rechtspersoon worden verlangd hiervoor het nodige te doen. Mocht vervanging niet mogelijk zijn, dan kan de rechtspersoon zich desgevallend beroepen op de onmogelijkheid zoals bedoeld in artikel 1385*quinquies* Ger. W.

Ingeval een rechtspersoon een bevel wordt opgelegd om iets niet te doen (een verbod), moet de rechtspersoon in principe het nodige doen opdat het verbod wordt nageleefd (T. J. VAN DER PLOEG, "Is een rechterlijk bevel of verbod met dwangsom tegen een rechtspersoon mogelijk in geval van onrechtmatige daden door zijn autonome organen?", *N.J.B.* 1979, 684). Mocht een hulppersoon een handeling stellen die op straffe van dwangsom verboden is (bv. een arbeider draait een kraan open waardoor giftig afval geloosd wordt), dan zal de rechtspersoon slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden kunnen ontsnappen aan de verbeurte van de dwangsom. Met name lijkt de rechtspersoon in een dergelijk geval te moeten aantonen dat de hulppersoon gehandeld heeft buiten de bediening waarvoor hij werd aangesteld en dit met de bedoeling zichzelf een persoonlijk voordeel te verschaffen of met het opzet de rechtspersoon te benadelen. Een bijkomend vereiste lijkt te zijn dat de rechtspersoon de kwestieuze gedraging redelijkerwijze niet heeft kunnen voorkomen.

In zulke omstandigheden zou artikel 1385^{quinquies} Ger. W. toepassing kunnen vinden, met opheffing of vermindering van de dwangsom als gevolg.

Ingeval een derde (een ontslagen werknemer bv.) een handeling stelt die jegens de rechtspersoon op straffe van een dwangsom verboden is, zodat de handeling m.a.w. geheel zonder tussenkomst van organen, aangestelden of andere hulppersonen van de rechtspersoon geschied is, kan een dwangsom in bepaalde omstandigheden toch worden verbeurd, met name als de rechtspersoon niet de nodige voorzorgsmaatregelen getroffen heeft om de verboden handeling te verhinderen.

§ 5. Bestuur

71 Het lijkt geen twijfel dat de Staat en andere publiekrechtelijke rechtspersonen zowel een dwangsom kunnen vorderen alsook veroordeeld kunnen worden onder verbeurte van een dwangsom (Benelux Hof 6 februari 1992, *R.W.* 1991-92, (1019), 1027, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN, *J.L.M.B.* 1992, 589, noot P. FRAIPONT en *N.J.* 1992, 353, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN).

Aanvankelijk hoorde men soms de mening in de (lagere) rechtspraak dat een dwangsom tegen het bestuur niet kon worden uitgesproken, omdat van het bestuur mocht worden verwacht dat het rechterlijke veroordelingen zou uitvoeren (M. STORME, noot onder Voorz. Rb. Gent 14 juli 1981, *R.W.* 1981-82, 691).

Aldus doken soms overwegingen op zoals: "Le prononcé d'une astreinte contre un pouvoir public est (...) inutile parce que, si les services publics centraux cessaient de s'incliner devant les décisions judiciaires, on ne vivrait plus dans le régime voulu par notre Constitution" (Voorz. Rb. Luik 31 januari 1989, geciteerd door G. RAVARANI, "La responsabilité civile de l'état et des collectivités publiques", *Pasicrisie luxembourgeoise* 1992, 270; vgl. Voorz. Rb. Brussel, 31 augustus 1989, *J.T.* 1990, 444).

De praktijk heeft uitgewezen dat het bestuur als veroordeelde partij rechterlijke veroordelingen niet steeds loyaal uitvoert, zodat een dwangsom soms onmisbaar is (K. BAERT, "De dwangsom ook tegen de overheid", (noot onder Voorz. Rb. Gent 14 juli 1981), *R.W.* 1981-82, 695).

De opvatting dat een dwangsom tegen het bestuur kan worden uitgesproken, is thans niet meer voor betwisting vatbaar (L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 533; D. DÉOM, "Le recours à l'astreinte", in X. (ed.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, 458; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Faculté de droit, 1987, 599; E. GULDIX, "De dwangsom eindelijk legaal", *T. Vred.* 1980, 153; W. HUGENHOLTZ en W. H. HEEMSKERK, *Hoofdpijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, 's-Gravenhage, Vuga, 1998, 319; J. LAENENS, *Gerechtigd privaatrecht en bewijsrecht*, Antwerpen, U.I.A., 1989, 62; J. LINSMEAU, "L'immunité d'exécution des pouvoirs publics", in X. (ed.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, 495; P. MARCHAL, *Les référés*, Brussel, Larcier, 1992, nr. 33, p. 67; I. MOREAU-MARGRÈVE, "L'astreinte", *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 75; H. STEIN, Commentaar bij de artikelen 611a-

611i ("Van dwangsom"), in X. (ed.), *Burgerlijke rechtsvordering*, Kluwer, 1991, losbl., 1306; M. STORME, "Een revolutionaire hervorming: de dwangsom", *T.P.R.* 1980, 231, nr. 15).

Rechterlijke uitspraken waarbij de overheid veroordeeld wordt onder verbeurte van een dwangsom zijn geen zeldzaamheid.

Zie bv.: Voorz. Rb. Brussel 18 februari 2000, *T. Aann.* 2000, 186; Voorz. Rb. Luik 25 maart 1996, *J.L.M.B.* 1996, 679; Voorz. Rb. Antwerpen 26 juni 1991, *R.W.* 1991-92, 236; Voorz. Rb. Brussel 14 maart 1991, *R.W.* 1990-91, 1443; Voorz. Rb. Tongeren 5 maart 1990, *T.B.B.R.* 1991, 89; Voorz. Rb. Charleroi 23 augustus 1990, *J.L.M.B.* 1991, 19; Voorz. Rb. Nijvel 30 januari 1990, *J.T.* 1991, 152; Voorz. Rb. Charleroi 17 januari 1990, *J.T.* 1990, 362; Voorz. Rb. Mechelen 23 januari 1989, *T.B.B.R.* 1990, 175; Voorz. Rb. Gent 1 juli 1987, *F.J.F.* 1987, 283; Bergen 12 juli 1985, *J.L.M.B.* 1987, 16; Voorz. Rb. Charleroi 10 januari 1983, *J.L.* 1983, 171; Voorz. Rb. Gent 14 juli 1981, *R.W.* 1981-82, 690, noot M. STORME en noot K. BAERT; Vred. Brussel 20 mei 1981, *R.W.* 1981-82, 696, noot M.S.; Arrondissementsrechtbank 's-Hertogenbosch 2 april 1980, *N.J.* 1980, nr. 619.

De dwangsom is een nuttig instrument gebleken in de rechterlijke controle op de administratieve overheid (A. ALEN, *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Deurne, Kluwer, 1995, 721). De uitvoeringsimmunititeit van de overheid geldt niet voor de verbeurte van de dwangsom, aangezien dit indirecte executiemiddel enkel aanleiding geeft tot een betalingsverplichting van de overheid (D. DÉOM, "Le recours à l'astreinte", in X. (ed.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, 458 en 460; J. LINSMEAU, "L'immunité d'exécution des pouvoirs publics", in X. (ed.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, 496). Er is geen sprake van een directe vermogensaantasting. Het eigendomsrecht van de overheid blijft ongeschonden. De uitvoeringsimmunititeit van de overheid, zoals geregeld in artikel 1412bis Ger. W., kan slechts uitwerking hebben zodra een schuldeiser wenst over te gaan tot een aantasting van het vermogen van de overheid door het leggen van beslag, bv. om verbeurde dwangsommen in te vorderen (zie over de uitvoeringsimmunititeit van de overheid in het algemeen: S. BRIJS, "De absolute uitvoeringsimmunititeit thans ook doorbroken bij reële executie", (noot onder Cass. 24 april 1998), *R.W.* 2000-01, 1196; B. PEETERS, "De immunititeit van de overheid tegen gedwongen uitvoering", in M. STORME (ed.), *Procederen in nieuw België en komend Europa*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 421).

§ 6. Prestatie van een derde

72 Het komt voor dat een dwangsom wordt verbonden aan een uitspraak die van de veroordeelde verlangt een prestatie van een derde te bewerkstelligen. Een voorbeeld hiervan is het arrest van de Hoge Raad van 16 december 1977 (H.R. 16 december 1977, *N.J.* 1978, nr. 561).

Een groep krakers had in 1976 gebouwen van de Amro Bank in Amsterdam bezet. Na intensief spoorwerk had de bank de identiteit van drie krakers achterhaald, die elk afzonderlijk in kort geding werden gedaagd. De discussie in cassatie had betrekking op de vraag of een dwangsom kan worden verbonden aan een bevel tot ontruiming opgelegd aan een persoon en "de zijnen". De Hoge Raad gaf een bevestigend antwoord op deze vraag. "De zijnen" waren *in casu* de andere krakers die samen met de eiser tot cassatie hadden deelgenomen aan de zorgvuldig voorbereide

kraakactie. De Hoge Raad overweegt dat de mogelijkheid dat de veroordeelde niet in staat zou blijken bij zijn ontruiming van de gekraakte gebouwen ook het heengaan van de zijnen te bewerkstelligen, niet verhindert dat een dwangsom wordt opgelegd. De afbakening van de verantwoordelijkheid van de veroordeelde voor het doen en laten van de zijnen dient niet noodzakelijkerwijze plaats te vinden op het ogenblik van de uitspraak. Voor meer details over het arrest van de Hoge Raad van 16 december 1977, zie: R. M. BLAAUW, "Verbod, bevel, dwangsom", *T.P.R.* 1980, 985; F. J. DE VRIES, "Verbod, bevel en dwangsom", *T.P.R.* 1983, 1349.

Rechtstechnisch valt op deze oplossing weinig aan te merken. Niettemin zou een meer praktische oplossing voor een dergelijk probleem erin bestaan dat geen bevel wordt opgelegd aan de *nominatim* bekende persoon en "de zijnen", doch wel aan alle personen tegen wie het bevel (of verbod) in wezen gericht is (*in casu* alle krakers). Het gaat dan om een gebod of verbod gericht tegen onbekenden. Aldus vermijdt de eisende partij te stranden op de klip van de onmogelijkheid voor de *nominatim* bekende veroordeelde om aan de veroordeling te voldoen.

73 Ook mogelijk is dat aan een buiten het geding staande derde een bevel onder verbeurte van een dwangsom wordt opgelegd, bv. een bevel op grond van artikel 877 Ger. W. om bepaalde documenten over te leggen (M. STORME, "Voorwoord. Dertig jaar leven met de dwangsom", in *Tien jaar toepassing van de dwangsom, a.w.*, 1991, 7; V. VAN HERREWEGHE, "Wasdom van de dwangsom", *Rec. Cass.* 1994, 319). Een bevel tot het afleggen van een verklaring van derde beslagene kan met een dwangsom worden afgedwongen (J. LAENENS, "Procedureaspecten", in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 34).

Een typisch voorbeeld van een dwangsom opgelegd aan een derde, ligt voor wanneer aan een werkgever bevel wordt opgelegd om bepaalde documenten voor te leggen waaruit de inkomenssituatie blijkt van een werknemer, die verwickeld is in een echtscheidingsprocedure (A. KOHL, "Astreinte et production de documents dans le cadre de la fixation du montant d'une pension alimentaire", (noot onder Rb. Luik 14 februari 1991), *J.L.M.B.* 1991, 974). Uiteraard moet de derde de mogelijkheid geboden worden zijn opmerkingen te formuleren, op grond van artikel 878, tweede lid Ger. W. (Rb. Luik 14 februari 1991, *J.L.M.B.* 1991, 974, noot A. KOHL).

74 Uit het vorige randnummer blijkt dat het hebben van de hoedanigheid van derde, vreemd aan de procedure, niet volstaat om een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom uit te sluiten (zie ook de verwijzingen bij: D. LINDEMANS, noot onder Benelux Hof 29 november 1993, *P. & B.* 1994, 9, noot 1 en 2). Niettemin kan aan de notaris geen dwangsom worden opgelegd om een inventarisatie voort te zetten (Voorz. Rb. Gent 1 maart 1993, *T. Not.* 1994, 473, noot F. BLONTROCK). De reden hiervoor is niet zozeer het feit dat de notaris een derde is, maar wel dat de rechter niet de bevoegdheid heeft de notaris tot inventarisatie te veroordelen. Bij weigering van de notaris om een inventaris voort te zetten, kan slechts in de vervanging door een andere notaris voorzien worden.

Bij het onderzoek van de positie van de "prestatie van een derde", dient niet enkel te worden onderzocht of de prestatie van een derde onder verbeurte van een dwangsom kan worden afgedwongen. Ook van belang is de vraag welke

de gevolgen zijn voor de dwangsom van de omstandigheid dat voor de behoorlijke uitvoering van een prestatie door de veroordeelde, hij de medewerking van een derde behoeft.

De omstandigheid dat voor een behoorlijke uitvoering van de hoofdveroordeling de medewerking van een derde vereist is, die evenwel onvoldoende diligent blijkt te handelen, levert niet noodzakelijkerwijze onmogelijkheid in de zin van art. 1385*quinquies* Ger. W. op. Dat kan in bepaalde omstandigheden – zoals in een geval waarover het Brusselse arbeidshof oordeelde (Arbh. Brussel 18 november 1985, *Soc. Kron.* 1986, 84) – onbillijk lijken, doch er anders over oordelen zou (1) de draagwijdte van art. 1385*quinquies* Ger. W. miskennen, en (2) de deur openzetten voor allerlei chicanes en misbruiken van de veroordeelde partij.

Prestaties die de veroordeelde niet kan verrichten zonder de medewerking van derden, kunnen worden bevolen op straffe van een dwangsom (Gent 25 februari 2000, *T.M.R.* 2000, 402; J.H. BLAAUW, *Het kort geding. A. Algemeen deel*, Deventer, Kluwer, 2002, 208), in het bijzonder wanneer redelijkerwijze kan worden verwacht dat de veroordeelde die medewerking zal kunnen verkrijgen.

Indien de veroordeelde er niet in slaagt behoorlijk te presteren ingevolge de laattijdigheid van een derde wiens medewerking vereist was, dan dient de rechter na te gaan of dat in de omstandigheden een onmogelijkheid om behoorlijk te presteren oplevert. Wanneer het gaat om een derde die zich in de invloedssfeer van de veroordeelde bevindt, of wanneer het gaat om een derde die als lasthebber van de veroordeelde aansprakelijkheid kan oplopen voor zijn onzorgvuldig handelen, dan kan de wanprestatie van de veroordeelde in beginsel niet geacht worden het gevolg te zijn van een onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen.

De Hoge Raad der Nederlanden aanvaardde in een geval waarin de laattijdigheid van de veroordeelde te wijten was aan een notaris wiens medewerking noodzakelijk was voor een behoorlijke verrichting van de bevolen prestatie, dat er sprake was van onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen (H.R. 21 mei 1999, *N.J.* 2000, nr. 13). Dat arrest strookt met het bovenstaande criterium, aangezien de notaris zich – minstens in het geval waarover de Hoge Raad oordeelde – niet in de invloedssfeer van de veroordeelde bevond en de veroordeelde erop mocht vertrouwen dat de notaris zich tijdig van de hem gegeven opdracht zou kwijten.

§ 7. Hoofdelijke schuldenaars

75 Wanneer de rechter een hoofdelijke veroordeling uitspreekt, kan hij aan ieder van de veroordeelde partijen een dwangsom opleggen voor het geval niet aan de hoofdveroordeling wordt voldaan (Benelux Hof 17 december 1998, *R.W.* 1998-99, 1071, concl. DU JARDIN). De ondeelbaarheid van de hoofdveroordeling heeft niet tot gevolg dat de accessoire veroordeling tot een

dwangsom ondeelbaar zou worden (G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980, nr. 174, p. 62). De dwangsom is d e e l b a a r wat betreft de personen lastens wie zij kan worden opgelegd. Het gebruik van termen als deelbaar of ondeelbaar moet met de nodige voorzichtigheid geschieden, omdat de dwangsom o n d e e l b a a r is wat de verbeurde bedragen betreft (E. DIRIX, "Executieproblemen...", *Jura Falconis Libri*, 1999, 51). Dit houdt in dat een kleine inbreuk niet slechts een gedeelte van het door de rechter uitgesproken bedrag kan doen verbeuren.

Wanneer de rechter een dwangsom wenst te verbinden aan een hoofdelijke hoofdveroordeling, heeft hij de keuze tussen een dwangsom gericht tegen elk van de veroordeelden afzonderlijk, of een enkele hoofdelijke dwangsom.

Een hoofdelijke dwangsom wordt verbeurd zodra de hoofdelijke hoofdveroordeling niet of niet tijdig wordt uitgevoerd en de overige voorwaarden voor de verbeurte van de dwangsom vervuld zijn.

Een afzonderlijke dwangsom opgelegd aan hoofdelijk veroordeelden, brengt uit haar aard zelf met zich dat een veroordeelde nooit de gevolgen moet dragen van een gedraging die uitsluitend in de invloedssfeer van een andere veroordeelde ligt. Dit kan van belang zijn bij een hoofdelijke hoofdveroordeling die een verbod oplegt aan meerdere partijen. Als één van de partijen een inbreuk begaat, is een enkele hoofdelijke dwangsom in zo'n situatie meteen door alle hoofdelijk veroordeelden verschuldigd. Als de eisende partij vervolgens enkel lastens de partij die de inbreuk beging, overgaat tot invordering van de verbeurde dwangsom, doet zich geen probleem voor. De eisende partij heeft uiteraard het recht om een hoofdelijke dwangsom in te vorderen lastens alle hoofdelijk veroordeelden. Of dat ook in overeenstemming is met de beginselen van het dwangsomrecht, is afhankelijk van de omstandigheden van de zaak, en meer bepaald van het volgende criterium. Als partij A een inbreuk begaat en de eisende partij gaat over tot uitwinning van de dwangsom op het vermogen van partij B (waarbij partij A en B beiden hoofdelijk veroordeeld zijn), dan is zulks in overeenstemming met de principes die het dwangsomrecht beheersen, op voorwaarde dat (de gedraging van) de partij die de inbreuk beging zich bevindt in de invloedssfeer van de partij wier vermogen wordt aangetast. Een typevoorbeeld is een geval waarin de inbreukmakende partij de vennootschap is waarvan de andere veroordeelde afgevaardigd bestuurder is.

Het criterium volgens hetwelk de inbreukmakende partij zich in de invloedssfeer moet bevinden van de partij lastens dewelke uitvoeringsmaatregelen worden getroffen, is gesteund op het voorwaardelijk karakter van de dwangsom. Eenieder die onder verbeurte van een dwangsom wordt veroordeeld, moet de kans krijgen te ontsnappen aan de verbeurte van de dwangsom door een behoorlijke uitvoering van de hoofdveroordeling. Bij een hoofdelijke hoofdveroordeling om iets te doen, zal het vermelde criterium uitsluitel kunnen geven in gevallen waarin niet alle hoofdelijk veroordeelden in staat zijn de prestatie te verrichten, of wanneer ze hiervoor minstens de medewerking

nodig hebben van andere hoofdelijk veroordeelden. Als daarentegen elk van de hoofdelijk veroordeelden zelf de opgelegde prestatie kan bewerkstelligen, valt de inbreukmakende partij per definitie in de invloedssfeer van de partij lastens dewelke uitvoeringsmaatregelen worden getroffen, omdat in die situatie de inbreuk aan eenieder van de hoofdelijk veroordeelden kan worden toegerekend.

AFDELING IV

IN WELKE STAND VAN HET GEDING KAN EEN DWANGSOM WORDEN GEVORDERD?

§ 1. Verzet of hoger beroep

76 Artikel 138*bis*, tweede lid Ger. W. bepaalt uitdrukkelijk dat een dwangsom ook voor het eerst in verzet of in hoger beroep kan worden gevorderd (zie voor enkele toepassingen: Brussel 9 oktober 1981, *T.B.H.* 1982, 316; Brussel 22 april 1980, *R.W.* 1981-82 (verkort), 334, noot M. STORME). 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. In zulke gevallen kan het aangewezen zijn dat de rechter zetelend in hoger beroep (eventueel na korte debatten op de inleidingszitting) in een tussenvonnis of -arrest een dwangsom verbindt aan de uitspraak. Bij de beoordeling van de vraag of een dwangsom mogelijk is, wordt geen onderscheid gemaakt naargelang het gaat om een eindvonnis of vonnis in de hoofdzaak dan wel een vonnis op tussengeschild of een incidenteel vonnis (G. D'HOORE, conclusie voor Benelux Hof 29 november 1993, *R.W.* 1993-94, (705), 706).

§ 2. Cassatie

77 Principieel kan een dwangsom in elke stand van een geding worden gevorderd, voorzover het gaat om een geding waarin de rechter gevraagd wordt een veroordeling uit te spreken om iets te doen, iets te geven of iets na te laten. De rechter kan ook in een vonnis alvorens recht te doen een partij een bevel opleggen onder verbeurte van een dwangsom (zie verder, nr. 121).

Aangezien het Hof van Cassatie in zijn arresten geen veroordeling tot een doen, geven of laten uitspreekt, is er geen ruimte voor het vorderen van een dwangsom in cassatie.

Op de regel dat het Hof van Cassatie geen dwangsom kan uitspreken bestaat één uitzondering: bij de berechting van een minister of een samen met een minister vervolgd persoon doet het Hof uitspraak over de grond van de zaak en is een dwangsom denkbaar (bv. verbonden aan een herstelmaatregel opgelegd aan de veroordeelde, of aan een bevel tot het overmaken van een stuk opgelegd aan een derde). In het licht van de huidige libellerings van de Grondwet, zal deze

uitzondering mettertijd nog slechts van rechtshistorisch belang zijn (zie de artt. 103, 125 en 147 G.W.).

Het is niet vereist dat een middel met betrekking tot de regelen inzake de dwangsom reeds voor de feitenrechter wordt ingeroepen. De wet op de dwangsom beoogt niet enkel het belang van de schuldeiser bij de uitvoering *in natura* door de schuldenaar van zijn verbintenissen, maar is er ook op gericht het gezag van de rechterlijke beslissingen te versterken en de tenuitvoerlegging ervan te vereenvoudigen (Gemeensch. M.v.T., *Parl. St. Kamer* 1977-78, nr. 353, 15; M. STORME, "In de ban van de dwangsom", in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 16). Bijgevolg raakt deze wet de essentiële belangen van de samenleving. Op grond hiervan overwoog het Hof van Cassatie dat de wet op de dwangsom van openbare orde is. Een middel gegrond op de bepalingen inzake de dwangsom mag bijgevolg voor het eerst in cassatie worden aangevoerd (Cass. 3 juni 1996, *Arr. Cass.* 1996, nr. 204, p. 529 en *J.T.T.* 1996, 391).

§ 3. De latere procedure gericht op het verkrijgen van een dwangsom

78 Er bestaat onenigheid over de draagwijdte van het gegeven dat de rechter nooit een uitspraak kan verlenen waarin hij uitsluitend een dwangsom oplegt, zonder een hoofdveroordeling uit te spreken. De bron van heel wat twijfel hieromtrent is een passage uit de gemeenschappelijke memorie van toelichting, waarin wordt opgemerkt dat de dwangsom geldt als een veroordeling die afhankelijk is van de hoofdveroordeling, "zodat de hoofdveroordeling en de veroordeling tot betaling van een dwangsom in een en dezelfde uitspraak moeten worden vervat" (Gemeensch. M.v.T., *Parl. St. Kamer* 1977-78, nr. 353, 16, *in fine*). Op grond van deze passage namen sommige auteurs nogal strenge standpunten in.

J. VAN COMPERNOLLE meent dat de hoofdveroordeling en de dwangsom simultaan moeten worden uitgesproken, zodat men geen procedure kan inspannen met als doel het bekomen van een dwangsom wegens de niet-uitvoering van een vorige veroordeling (J. VAN COMPERNOLLE, "Astreinte", in *Rép. not.*, t. XIII, IV, 6, 1992, nr. 13, p. 29. In dezelfde zin: G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980, nrs. 50 en 51; D. LINDEMANS, "Het bekomen van de dwangsom", in *Tien jaar toepassing van de dwangsom, a.w.*, 1991, nrs. 3-5; X. MALENGREAU, "L'introduction de l'astreinte en droit belge", *R.G.A.R.* 1981, nr. 10348, randnummer 13; V. POULEAU, "Astreinte et droit familial", *J.T.* 1987, 201, nr. 6).

De auteur geeft toe dat deze oplossing een "praktisch nadeel" vertoont, doch hij reikt slechts één mogelijke oplossing aan. Die bestaat erin om aan de rechter te vragen, voorzover hij het opleggen van een dwangsom niet opportuun acht, de zaak wat de dwangsom betreft aan te houden en naar de rol te verwijzen. De eisende partij kan dan indien nodig terug voor dezelfde rechter

verschijnen, zodat deze laatste kan oordelen in het licht van de gedragingen van de veroordeelde na de veroordeling (J. VAN COMPERNOLLE, "Astreinte", in *Rép. not.*, t. XIII, IV, 6, 1992, nr. 29, p. 35).

Andere auteurs, zoals MOREAU-MARGRÈVE, nemen een standpunt in dat beter aansluit bij de eisen van de praktijk. MOREAU-MARGRÈVE meent dat men de eisende partij die een veroordeling in haar voordeel bekwam zonder dwangsom, de mogelijkheid van een dwangsom niet mag ontnemen, wanneer na het uitspreken van de veroordeling blijkt dat de veroordeelde de veroordeling niet uitvoert (I. MOREAU-MARGRÈVE, "L'astreinte", *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 63-64). Zij noemt de oplossing volgens dewelke een dwangsom niet meer mogelijk is, indien zij niet voor de eerste veroordeling werd gevraagd, "zeer formalistisch". Ook in het bijzonder lezenswaardige advies van advocaat-generaal MISSAL voor het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 23 februari 1995, wordt het eerste standpunt formalistisch genoemd (J. F. MISSAL, advies voor Antwerpen 23 februari 1995, *A.J.T.* 1994-95, 574). F. GRANDHENRY noemt het eerste standpunt "weinig praktisch" (F. GRANDHENRY, noot onder Vred. Thuin 26 oktober 1992, *T. Vred.* 1993, 130). D. DÉOM wijst erop dat het te streng zou zijn om de eisende partij het voordeel van een dwangsom te ontfangen, indien voorheen geen dwangsom werd gevraagd of opgelegd omdat de debiteur gedurende de voorgaande procedure nog niet de indruk had gegeven zich te willen onttrekken aan de uitvoering van de veroordeling (D. DÉOM, "Le recours à l'astreinte", in X. (ed.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, 463, nr. 11).

M. STORME benadrukt eveneens dat de praktijk heeft aangetoond dat er behoefte bestaat aan een interpretatie volgens dewelke een dwangsom in een latere uitspraak mogelijk moet zijn (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). Ook J. LAENENS verkiest de oplossing volgens dewelke een dwangsom in een latere procedure mogelijk moet zijn (J. LAENENS, "Procedureaspecten", in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 29-30). Dit past trouwens geheel in de systematiek van artikel 1385bis, tweede lid Ger. W., volgens hetwelk een dwangsom ook voor het eerst in verzet of hoger beroep kan worden gevraagd. De strenge formalistische opvatting volgens dewelke de dwangsom enkel ter gelegenheid van de eerste procedure kan worden gevraagd, lijkt daarmee een minderheidsstandpunt uit te maken. In recente rechtspraak wordt die opvatting – die strikt gezien veeleer als "verkeerd" dan als "formalistisch" moet worden bestempeld, daar zij niet eens wordt ingegeven door de letter van de wet – eveneens verworpen (Antwerpen 23 mei 2000, *R.W.* 2000-01, 883).

79 Men dient te aanvaarden dat men de rechter nooit mag vragen slechts een dwangsom uit te spreken. Gelet op het accessoir karakter van de dwangsom, moet zij steeds aan een hoofdveroordeling verbonden zijn. De interpretatie

volgens dewelke geen dwangsom meer mogelijk is, indien zij niet voor de eerste veroordeling gevraagd wordt, is niet alleen onbillijk, doch vloeit bovendien niet op noodzakelijke wijze voort uit de tekst van de wet (vergelijk: G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980, nrs. 50 en 51; X. MALENGREAU, "L'introduction de l'astreinte en droit belge", *R.G.A.R.* 1981, nr. 10348, randnummer 13). Men dient aan te nemen dat een gebod of verbod van de rechter om iets te doen, iets te geven of iets na te laten, een gebod kan zijn om een rechterlijk gebod of verbod vervat in een vroegere veroordeling na te leven, uiteraard indien het gaat om een prestatie die middels een dwangsom kan worden afgedwongen. Het lijkt aangewezen dat de rechter in het beschikkend gedeelte van de tweede uitspraak niet slechts verwijst naar de vorige uitspraak, maar preciseert welke gedragingen verbeurte van de dwangsom zullen teweegbrengen. Indien de rechter in de tweede uitspraak enkel verwijst naar de vorige uitspraak, zonder de relevante bepalingen uit het beschikkend gedeelte over te nemen, zou er zich een netelig probleem voordoen indien naderhand de eerste uitspraak vernietigd of hervormd wordt, zonder dat een rechtsmiddel tegen de tweede uitspraak was ingesteld. Als een uitspraak slechts verwijst naar een vorige uitspraak, zonder zelf een in precieze bewoordingen verwoord rechterlijk gebod of verbod te bevatten, kan zij moeilijk anders dan als een accessorium van de eerste uitspraak worden opgevat, zodat zij bij verdwijnen van de eerste veroordeling automatisch hetzelfde lot zou ondergaan.

De correcte interpretatie van het gegeven dat een dwangsom steeds verbonden moet zijn aan een hoofdveroordeling, houdt in dat de dwangsom inderdaad vervat moet zijn in een en dezelfde uitspraak als de hoofdveroordeling, maar dat het niet noodzakelijkerwijze moet gaan om de eerste veroordeling tussen partijen uitgesproken. Als er in de procedure die uitmondde in de vroegere veroordeling geen dwangsom gevraagd was, kan die veroordeling wel dienstig zijn om een nieuwe veroordeling, met dwangsom, rechtens te verantwoorden (in dezelfde zin: Rb. Mechelen 26 juni 1996, *R.W.* 1996-97, 1140). Vanzelfsprekend moet de rechter bij een latere veroordeling het gewijsde van de eerste veroordeling eerbiedigen. Als er wel een dwangsom gevorderd was in de eerste procedure, kan in een tweede procedure enkel een dwangsom gevraagd worden indien zij in de eerste procedure werd afgewezen op opportuiniteitsgronden en in omstandigheden die later veranderd zijn.

80 De rechtspraak is eveneens verdeeld. Bepaalde hoven en rechtbanken oordelen volgens de strekking zoals verdedigd door VAN COMPERNOLLE (Voorz. Rb. Namen 31 juli 1996, *J.T.* 1997, 101; Brussel 7 maart 1988, *J.T.* 1988, 360, verwijzende noot; Voorz. Rb. Brussel 22 maart 1993, *R.R.D.* 1995, 77). De jeugdkamer van het Hof van Beroep te Antwerpen oordeelde – ietwat cynisch – dat de partijen maar “voldoende diligent moeten zijn om samen met de hoofdveroordeling telkens een dwangsom te vragen waar dit mogelijk is” (Antwerpen 23 februari 1995, *A.J.T.* 1994-95, 574, andersluidend advies J. F. MISSAL). Andere rechtspraak volgt het standpunt volgens hetwelk een dwangsom in een latere procedure wel mogelijk is, zolang er maar een hoofdveroor-

deling wordt uitgesproken (Rb. Mechelen 26 juni 1996, *R.W.* 1996-97, 1140; Rb. Mechelen 21 oktober 1993, *T.B.B.R.* 1995, 263). De Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik bevestigt in een vonnis van 14 februari 1991 dat een vordering gericht op het bekomen van een dwangsom ook ontvankelijk is na een vroegere uitspraak die niet in acht werd genomen (Rb. Luik 14 februari 1991, *J.L.M.B.* 1991, 974, noot A. KOHL). Daarbij kan de niet-naleving van de vorige uitspraak de grondslag bieden voor het uitspreken van een bevel onder dwangsom tot verrichting van de prestatie die in de vroegere uitspraak reeds werd bevolen.

81 De hierboven besproken controverser zou eigenlijk niet mogen bestaan, daar zij gebaseerd op een verkeerde inschatting van het begrip “hoofdveroordeling”, dat helemaal geen betrekking heeft op de eerste tussen partijen uitgesproken veroordeling (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), *R.W.* 2000-01, 60; K. WAGNER, “Een dwangsom kan worden opgelegd in een latere procedure”, (noot onder Vred. Sint-Kwintens-Lennik 13 december 1999), *A.J.T.* 2000-01, 472; *Casebook 20 jaar dwangsom*, nr. 138).

Het begrip “hoofdveroordeling” in art. 1385bis Ger. W. heeft geen zelfstandige betekenis en wordt slechts gebruikt ter onderscheiding van de accessoire veroordeling tot de dwangsom. Het begrip “hoofdveroordeling” komt in ons procesrecht slechts voor in art. 1385bis Ger. W. Wanneer een partij een bepaalde uitvoerbare beslissing waarin zij wordt veroordeeld om iets te doen, iets te geven of iets niet te doen naast zich neerlegt, kan de eisende partij een nieuwe procedure inleiden. Wat men in de nieuwe procedure beoogt, is niet louter het bekomen van een dwangsom, aangezien men nooit slechts een dwangsom kan vorderen. Men vraagt steeds een hoofdveroordeling met daaraan gekoppeld een dwangsom (de veroordeelde moet in ieder geval de gelegenheid hebben te ontsnappen aan de verbeurte van de dwangsom door naleving van de hoofdveroordeling). Men kan in de latere procedure evenwel vragen dat de rechter bij wijze van hoofdveroordeling de verwerende partij het gebod oplegt een vroegere veroordeling na te leven, met daaraan gekoppeld een dwangsom.

82 Voor welke rechter moet de latere vordering (gericht op het bekomen van een dwangsom verbonden aan een veroordeling gesteund op of verwijzend naar een vroegere veroordeling) worden ingesteld? Drie mogelijkheden zijn denkbaar: (1) enkel de rechter die de betrokken vroegere veroordeling heeft uitgesproken is bevoegd; (2) de normale bevoegdheidsregels vinden toepassing; (3) de partij die de vordering wil instellen heeft een keuzerecht – zowel de rechter die de vroegere veroordeling heeft uitgesproken als de rechter die bevoegd zou zijn op grond van de normale bevoegdheidsregels komen in aanmerking.

Sommigen zijn van oordeel dat een latere procedure, gericht op het bekomen van een dwangsom verbonden aan een vroegere veroordeling (juister: verbonden aan een nieuwe veroordeling gestoeld op een vroegere veroordeling), noodzakelijkerwijze moet worden gebracht voor dezelfde rechter als de rechter die de eerste veroordeling heeft uitgesproken (G. DE LEVAL, "Observations sur l'astreinte", (noot onder Voorz. Rb. Luik 2 juli 1980), *Jur. Liège* 1980, 243; I. MOREAU-MARGRÈVE, "L'astreinte", *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 65). Dat berust evenwel op een misverstand. Immers, de rechter kan nooit zomaar een op zich staande dwangsom uitspreken. Een dwangsom is altijd accessoir. Zij is ook steeds voorwaardelijk. Zij is bedoeld als pressiemiddel om de veroordeelde tot behoorlijke uitvoering van de hoofdveroordeling aan te moedigen. Indien een bepaalde veroordeling niet wordt nageleefd, kan een rechter nadien nooit zomaar een dwangsom aan die vroegere veroordeling toevoegen. Een eindveroordeling die geen hoofdveroordeling is, omdat er geen dwangsom aan verbonden is, kan nooit achteraf worden uitgebreid en retroactief de hoedanigheid van hoofdveroordeling verwerven. Indien zoiets wel mogelijk zou zijn, zou dat kunnen impliceren dat, indien de vordering wordt toegewezen, de veroordeelde *a posteriori* te vernemen krijgt dat hij bepaalde dwangsommen verbeurd heeft, zonder dat hem de mogelijkheid geboden werd door behoorlijke uitvoering van de veroordeling alsnog aan de verbeurde van de dwangsom te ontsnappen.

Wie meent dat de dwangsom noodzakelijkerwijze moet worden uitgesproken door dezelfde rechter als de rechter die de eerste veroordeling uitsprak, verliest uit het oog dat de latere uitspraak niet slechts een dwangsom oplegt, maar wel een *veroordeling* uitspreekt (d.i. trouwens de hoofdveroordeling in de zin van art. 1385bis Ger. W., m.a.w. het bevel om iets te doen, iets te geven of iets niet te doen, waaraan de accessoire veroordeling tot de dwangsom wordt gekoppeld). Bij de verwoording van die hoofdveroordeling, kan de rechter verwijzen naar een vroeger reeds uitgesproken veroordeling. Het dispositief van de eerste veroordeling kan vele bladzijden bestaan, en de latere veroordeling waaraan voor het eerst een dwangsom wordt verbonden kan bestaan uit enkele regels, doch dat verleent de eerste veroordeling, mogelijkerwijze de enige veroordeling waarin de substantie is neergelegd van datgene wat van de veroordeelde verlangd wordt, niet de hoedanigheid van "hoofdveroordeling", daar dit begrip geen betrekking heeft op de "belangrijkste" tussen partijen uitgesproken veroordeling. De rechter kan – zolang hij maar het gewijsde van de vroegere uitspraak niet miskent – een partij dus *veroordeelen* om een vroegere veroordeling na te leven. Aan die nieuwe veroordeling kan een dwangsom worden verbonden. De omstandigheid dat een dwangsom (weliswaar als accessorium) wordt gevraagd, volstaat reeds opdat de exceptie van gewijsde geen toepassing zou vinden. De "gevorderde zaak" in de zin van art. 23 Ger. W. is niet dezelfde indien in de vroegere procedure nog geen dwangsom gevorderd werd.

Uit de tekst en de systematiek van de wet vloeit niet voort dat vereist zou zijn dat de latere procedure wordt ingeleid voor dezelfde rechter (K. WAGNER, "Welke rechter kan een dwangsom in een latere procedure opleggen: over het keuzerecht tussen de eerste rechter, de *appèlrechter*, of de ingevolge de algemene bevoegdheidsregels bevoegde rechter", (noot onder Brussel 20 november 2000), *P. & B.* 2001, 139). Het is aldus denkbaar dat de rechtbank van eerste aanleg aan een partij een gebod (zonder dwangsom) oplegt, en dat vervolgens blijkt dat de veroordeelde de (uitvoerbare) beslissing niet naleeft, doch dat ingevolge de evolutie der omstandigheden de zaak voor de eisende partij hoogdringend is geworden. Een nieuwe procedure kan aldus worden ingeleid voor de voorzitter in kort geding (Antwerpen 23 mei 2000, *R.W.* 2000-01, 883).

De opvatting volgens dewelke de nieuwe procedure uitsluitend zou kunnen worden ingeleid voor de rechter die uitspraak deed in de allereerste procedure tussen dezelfde partijen, vindt geen steun in enige wetsbepaling. Bij de beoordeling van de vraag voor welke rechter men de nieuwe procedure wenst in te leiden, worden de normale bevoegdheidsregels niet uitgesloten. Art. 1385*bis* Ger. W. bevat in dit opzicht geen enkele bevoegdheidsbeperkende regel.

Art. 1385*quinquies* Ger. W. bevat in tegenstelling tot artikel 1385*bis* wel een bevoegdheidsbeperkende regel. Een vordering tot opheffing van verbeurde dwangsommen op grond van de onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen, kan uitsluitend worden ingeleid voor de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, omdat de tekst van artikel 1385*quinquies* Ger. W. dat uitdrukkelijk bepaalt (Benelux Hof 12 februari 1996, nr. A94/3, "Leslee Sports / Snauwaert", *R.W.* 1995-96, 1298, concl. JANSSENS DE BISTHOVEN en *Casebook 20 jaar dwangsom*, nr. 163).

Art. 1385*bis* Ger. W. bevat daarentegen wel een bevoegdheidsverlenende regel. Dit artikel bepaalt onder meer dat de rechter op vordering van één der partijen de wederpartij kan veroordelen tot betaling van een geldsom, dwangsom genaamd, voor het geval dat aan de hoofdveroordeling niet wordt voldaan. Deze zinsnede moet geacht worden een bevoegdheidsverlenende regel te bevatten, en wel in die zin dat deze bepaling een partij het keuzerecht verschaft om een vordering gericht op het verkrijgen van een veroordeling onder dwangsom bestaande uit een bevel om een vroegere veroordeling na te leven, naar keuze van de eiser kan worden gebracht voor de rechter die de vroegere veroordeling heeft uitgesproken, dan wel voor de rechter die ingevolge de algemene bevoegdheidsregelen wordt aangewezen om kennis te nemen van de vordering.

Bij de invoering van art. 1385*quinquies* Ger. W. was de wetgever van oordeel dat de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, het best geplaatst is om te oordelen of de uitvoering van de hoofdveroordeling later onmogelijk blijkt te zijn (E. KRINGS, concl. voor Benelux Hof 25 september 1986, *R.W.* 1986-87, (p. 1333), p. 1335, nr. 5). De doelstellingen die de wetgever ertoe gebracht

hebben de vordering tot mildering van de dwangsom wegens onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen, exclusief te laten beoordelen door de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, zijn (slechts) deels ook van toepassing bij een vordering die strekt tot het verkrijgen van een veroordeling met dwangsom die een bevel inhoudt om een vroegere veroordeling na te leven. De rechter die deze vroegere veroordeling heeft uitgesproken, mag geacht worden als geen ander te weten wat hij met die veroordeling bedoeld heeft en welke precieze draagwijdte eraan gegeven moet worden. Als de hoofdveroordeling waaraan een dwangsom verbonden wordt, bestaat uit een bevel om een vroegere veroordeling na te leven, kan die hoofdveroordeling in zekere zin beschouwd worden als een accessorium van de vroegere veroordeling, zodat art. 1385*bis* Ger. W. beschouwd kan worden als de wettelijke grondslag voor een (facultatieve) bevoegdheidsverlening. In het licht van de niet-uitdrukkelijke uitsluiting van de toepassing van de normale bevoegdheidsregels (in tegenstelling tot de bevoegdheidsverlenende regel van art. 1385*quinquies* Ger. W., die tegelijkertijd een bevoegdheidsbeperkende regel is en toepassing van die bepaling door alle andere rechters dan de rechter die de dwangsom heeft opgelegd uitsluit) moet worden besloten dat de bevoegdheid van de rechter die de vroegere veroordeling uitsprak niet exclusief is en er niet aan in de weg staat dat de rechter die krachtens de algemene bevoegdheidsregels bevoegd is, kennis neemt van een vordering tot het opleggen van een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom strekkende tot behoorlijke uitvoering van een in een vroegere veroordeling reeds vervatte verplichting. Een dergelijke interpretatie van art. 1385*bis* Ger. W. sluit aan bij bestaande rechtspraak (zie bv. reeds: Voorz. Rb. Luik 2 juli 1980, *Jur. Liège* 1980, 241, noot G. DE LEVAL en *Casebook 20 jaar dwangsom*, nr. 73).

Deze interpretatie heeft een dubbel voordeel. Ten eerste wordt de mogelijkheid om de vordering te brengen voor de rechter die de vroegere veroordeling heeft uitgesproken niet uitgesloten, zodat de rechter die het best geplaatst is om in te schatten wat de precieze draagwijdte van zijn veroordeling is, bevoegd blijft. Ten tweede is ook de aanspreking van andere rechters mogelijk, zodat in dringende gevallen het beroep op de kortgedingrechter mogelijk blijft en zodat nutteloze bevoegdheidsbetwistingen en -incidenten hier uitgesloten zijn.

AFDELING V

VERBEURTE VAN DE DWANGSOM

§ 1. Betekeningsvereiste

A. PROBLEEMSTELLING

83 Het betekeningsvereiste neergelegd in artikel 1385*bis*, 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 geschorst (Benelux Hof 5 juli 1985, *R.W.* 1985-86, 929, concl. E. KRINGS en *N.J.* 1986, nr. 19, concl. E. KRINGS en noot W.H.H.).

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 aanmanen. Ook wanneer de eisende partij na de betekening geen aanmaningen, herinneringsbrieven of soortgelijke documenten verstuurt en geheel het stilzwijgen bewaart, kan de dwangsom verbeurd worden (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), *A.J.T.* 2001-02, 459). Er bestaat in het dwangsomrecht niet zoiets als een “aanmaningsvereiste” (zie ook verder, nr. 90, en de verwijzingen aldaar).

Het betekeningsvereiste geeft in de meeste gevallen aanleiding tot vraagstukken over de mogelijke verbeurte van dwangsommen, die in de volgende randnummers onderzocht worden. Uit het betekeningsvereiste vloeit echter ook

een omgekeerd gevolg voort: wanneer wordt vastgesteld dat een veroordeling behoorlijk werd uitgevoerd vóór de betekening, kan geen dwangsom verbeurd worden.

B. KENNISGEVING GELDT NIET ALS BETEKENING

84 Artikel 1385*bis*, 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*) (A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, a.w., 1987, 601, noot 3). De term betekening (*signification*) in artikel 1385*bis*, 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 1385*bis* Ger. W. (Cass. 9 oktober 1989, *J.T.T.* 1989, 452; G. DE LEVAL, *Jurisprudence du Code Judiciaire*, Hoofdstuk XXIII ("De l'astreinte"), Brugge, La Charte, 1997, losbl., commentaar bij art. 1385*bis*, 15).

C. BERUSTING OF AKKOORD MAAKT BETEKENING NIET OVERBODIG

85 Het feit dat een partij uitdrukkelijk berust in een uitspraak, doet geen afbreuk aan het betekeningsvereiste (Beslagnr. Verviers 18 december 1998, *J.L.M.B.* 1999, 424; Brussel 10 november 1995, *J.L.M.B.* 1996, 459; G. DE LEVAL, *Jurisprudence du Code Judiciaire*, Hoofdstuk XXIII ("De l'astreinte"), Brugge, La Charte, 1997, losbl., commentaar bij art. 1385*bis*, 17; E. DIRIX, "Executieproblemen...", *Jura Falconis Libri*, 1999, 45). 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 1385*bis*, 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 (G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980, nr. 100, p. 39). Het doel van de betekening is niet beperkt tot het louter ter kennis brengen van het bestaan van de uitspraak (M. ROOSEMONT, "Het vereiste van betekening voor de verbeuring van de dwangsom", (noot onder Antwerpen 19 oktober 1999), *R.W.* 1999-2000, 1194). 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 veroordeelde (Brussel 10 oktober 1995, *J.L.M.B.* 1996, 460).

86 Indien de partijen overeenkomen dat de betekening achterwege blijft, kan de dwangsom niet worden verbeurd (Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 1969, *N.J.* 1969, nr. 444).

D. WELKE PARTIJ MOET BETEKENEN?

87 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 hebben (Beslagr. Luik 6 september 1995, *Act. dr.* 1996, 77).

E. GEEN DWANGSOM KAN WORDEN VERBEURD VOOR DE BETEKENING

88 Het wekt verwondering dat, spijs de duidelijke bewoordingen van artikel 1385*bis*, derde lid Ger. W., toch nog uitspraken opduiken waarin veroordelingen worden uitgesproken zoals "(...) et ce dans les 12 heures de la présente ordonnance; à défaut de ce faire, le condamnons dès à présent et pour lors à payer au demandeur une astreinte de 2.000 francs par jour de retard." (Voorz. Rb. Charleroi 25 augustus 1986, *R.R.D.* 1986, 415).

Voor een ander voorbeeld, zie: Rb. Verviers 13 november 1984, *J.L.M.B.* 1986, 473 (dwangsom na verstrijken van een termijn van een jaar "à dater du jugement"). Of nog: "(...) condamnons au paiement d'une astreinte (...) à partir de la date de la présente ordonnance." (Voorz. Rb. Nijvel 28 oktober 1981, *J.T.* 1982, 374). Miskent evenzeer het betekeningsvereiste van artikel 1385*bis* Ger. W., een gebod om iets te doen "pour le vendredi 24 août 1990 à 9 heures du matin au plus tard, la condamnons à compter de ce jour à une astreinte de trois cent mille francs par jour de retard" (Voorz. Rb. Charleroi 23 augustus 1990, *J.L.M.B.* 1991, 19). Af en toe duiken zelfs arresten van hoven van beroep op waarin het betekeningsvereiste van artikel 1385*bis* Ger. W. manifest miskend wordt. Het Hof van Beroep te Bergen legde ooit een dwangsom op die ten eerste geheel verkeerdelijk bestempeld werd als "une indemnité forfaitaire, à titre d'astreinte" en die, ten tweede, verbeurd werd voor elke overtreding begaan "à partir du troisième jour suivant la date du présent arrêt" (Bergen 2 maart 1988, *J.T.* 1988, 361). 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.

Het Hof van Beroep te Antwerpen legde nog in 2000 een veroordeling op "onder verbeurte van een dwangsom van 50.000 F. per dag vanaf de vierde dag na uitspraak van dit arrest" (Antwerpen 9 mei 2000, *A.J.T.* 2000-01, 824, noot W. RASSCHAERT).

Hierboven werd reeds uiteengezet dat een dwangsom verbonden aan een uitspraak die een gebod of verbod oplegt dat na te leven is vanaf het verstrijken van een bepaalde termijn na de uitspraak, slechts kan worden verbeurd na het verstrijken van eenzelfde termijn na de betekening (zie boven, nrs. 31-34, i.v.m. de bijzonderheden aangaande de verbeurte van een dwangsom na verloop van een zekere termijn).

89 Merkwaardig zijn de volgende overwegingen in een arrest van het Hof van Beroep te Bergen: "Attendu que l'appelante prétend que l'astreinte ne pouvait prendre cours qu'à dater de la signification de l'ordonnance; Attendu que le juge des référés a le pouvoir de condamner à une astreinte une autorité

administrative, d'en fixer le montant et la date de prise en cours (...); Attendu qu'en vertu de l'article 1039 alinéa 2 du code judiciaire, les ordonnances de référé sont exécutoires par provision; Attendu (...) qu'il y a lieu de confirmer l'ordonnance entreprise dans toutes ses dispositions" (Bergen 15 september 1987, *R.R.D.* 1988 (verkort), 67). Helaas werd het beschikkend gedeelte van het arrest niet gepubliceerd en blijkt uit de tekst evenmin welke bewoordingen de bestreden beschikking precies gebruikte. De geciteerde overwegingen doen echter vermoeden dat het Hof een beschikking bekrachtigde waarin de voorzitter een dwangsom oplegde te rekenen vanaf zijn uitspraak. De verwijzing naar artikel 1039, tweede lid Ger. W. wekt in dit opzicht verwondering, omdat zij irrelevant is.

Krachtens artikel 1385*bis*, derde lid Ger. W. kan een dwangsom niet worden verbeurd vóór de betekening van de uitspraak waarbij zij is vastgesteld, en in kort geding is dit niet anders. De uitvoerbaarheid bij voorraad, dewelke in kort geding niet moet worden gevorderd, aangezien beschikkingen gewezen in kort geding op grond van artikel 1039, tweede lid Ger. W. van rechtswege uitvoerbaar bij voorraad zijn, doet wel afbreuk aan de schorsende werking van het hoger beroep, maar in geen enkel opzicht aan het betekeningsvereiste van artikel 1385*bis*, derde lid Ger. W. (zie ook over de uitvoerbaarheid bij voorraad: 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). Indien het besproken arrest inderdaad overweegt dat het de voorzitter in kort geding op grond van artikel 1039, tweede lid Ger. W. vrij staat het aanvangspunt van de verbeurte van de dwangsom te bepalen op een punt dat zich kan bevinden voor de betekening, dan geeft het arrest blijk van een verkeerde rechtsopvatting.

90 In een arrest van het Arbeidshof te Brussel van 10 augustus 1988 wordt een bevel opgelegd om iets te doen binnen acht dagen te rekenen vanaf de datum van de uitspraak, onder verbeurte van een dwangsom van 1.000 frank per dag vertraging, op voorwaarde dat de veroordeelde uitdrukkelijk wordt aangemaand zijn verplichting uit te voeren (Arbh. Brussel 10 augustus 1988, *Soc. Kron.* 1989, 54). Ook deze uitspraak wekt verwondering. Het is immers denkbaar dat, zonder dat er sprake is van een betekening, de veroordeelde wordt aangemaand na het verstrijken van de termijn van acht dagen vanaf de datum van de uitspraak. De veroordeelde zou in zulke omstandigheden geen dwangsommen kunnen verbeuren. Indien daarentegen de eisende partij op grond van een dergelijke uitspraak overgaat tot invordering van verbeurde dwangsommen wegens inbreuken begaan meer dan acht dagen na de betekening én de aanmaning, zou het betekeningsvereiste van artikel 1385*bis* Ger. W. in acht genomen zijn. Ongebruikelijk in de besproken uitspraak is bovendien dat een uitdrukkelijke aanmaning wordt vereist. De wet vereist slechts de betekening, maar de betekening volstaat opdat de veroordeelde de dwangsom zou kunnen verbeuren, indien ook aan alle andere voorwaarden voor de

verbeurte van de dwangsom voldaan is (E. DIRIX, "Executieproblemen...", Jura Falconis Libri, 1999, 45). Een uitdrukkelijke aanmaning is geenszins vereist (G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980, nr. 100, p. 39; E. DIRIX, *Beslagrecht*, Leuven, Acco, 1999, 19; M. STORME, "Een revolutionaire hervorming: de dwangsom", *T.P.R.* 1980, 237, nr. 27). Niettemin mag de rechter in zijn uitspraak een uitdrukkelijke aanmaning na de betekening vereisen zonder artikel 1385*bis* Ger. W. te schenden, en dit op grond van zijn onaantastbare appreciatiebevoegdheid aangaande de modaliteiten van de dwangsom. Het nut van zo'n bijkomend aanmaningsvereiste is meestal onbestaande.

Op grond van het voorlaatste lid van artikel 1385*bis* Ger. W. kan de dwangsom niet worden verbeurd voor de betekening. Op grond van het laatste lid van deze wetsbepaling kan het tijdstip wel later liggen. MOREAU-MAGRÈVE meent nochtans dat de rechter geen uitdrukkelijke aanmaning kan vereisen zonder artikel 1385*bis* Ger. W. te miskennen (I. MOREAU-MAGRÈVE, noot onder Corr. Dinant 27 februari 1985, *Amén.* 1987, 112). Dit standpunt kan niet worden bijgetreden. Het voorlaatste lid van artikel 1385*bis* Ger. W. bepaalt inderdaad dat geen dwangsom kan verbeurd worden voor de betekening, maar op grond van het laatste lid van artikel 1385*bis* Ger. W. kan de rechter wel bepalen dat de dwangsom slechts verbeurd wordt vanaf een bepaald ogenblik na de betekening.

91 Samengevat komt het bovenstaande erop neer dat beslissingen waarin de veroordeelde wordt aangespoord iets te doen, te geven of na te laten v a n a f d e u i t s p r a a k, onder verbeurte van een dwangsom van een bepaald bedrag per dag vertraging, rechtsgeldig zijn voorzover de bewoordingen van de beslissing niet impliceren dat de dwangsom kan worden verbeurd vóór de betekening. Op grond van artikel 1385*bis*, 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 1385*bis*, derde lid Ger. W.

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

92 Indien de rechter een bevel oplegt met onmiddellijke ingang, dan kan de daaraan verbonden dwangsom, uitgesproken per dag vertraging, verbeurd worden vanaf de aanvang van het etmaal na het etmaal tijdens hetwelk het vonnis betekend werd.

Aldus werd bevel opgelegd aan een milieugroepering om versperringen van een bedrijfsterrein te verwijderen. Het bevel werd opgelegd in een beschikking van 26 maart 1993, naast een verbod om de vrije toegang en uitgang van de fabriek te belemmeren, onder verbeurte van een dwangsom van 100.000 frank per persoon en per inbreuk op de beschikking per dag vertraging. De beschikking

werd op 26 maart 1993 om 14:35 uur betekend. In een dergelijk geval, zo overweegt het Hof van Beroep te Brussel, mag met alle inbreuken vastgesteld vanaf 27 maart rekening worden gehouden voor de verbeurte van de dwangsom, ongeacht het tijdstip van enige overtreding op 27 maart (Brussel 15 september 1997, *R.W.* 1997-98, 1445). Het standpunt van de veroordeelde, nl. dat slechts rekening mocht worden gehouden met overtredingen vanaf 27 maart om 14:34 uur, wordt door het Hof verworpen. Een veroordeling "per persoon en per inbreuk per dag vertraging" hield *in casu* in dat de instrumenterende gerechtsdeurwaarder niet enkel het aantal milieuactivisten op het bedrijfsterrein (in de hijskraan en in de zouttrechter) telt, maar ook het aantal personenwagens op de spoorweg, etc. Voor elke activist en voor elk voorwerp (auto, spandoek, etc.) in strijd met het bevel geteld door de gerechtsdeurwaarder, wordt 100.000 frank verbeurd.

Het besproken arrest past het beginsel toe dat een veroordeling die onmiddellijk ingaat en waaraan een dwangsom gekoppeld wordt per dag vertraging, inhoudt dat elke veroordeling vastgesteld vanaf middernacht na de betekening, aanleiding kan geven tot verbeurte van dwangsommen. Door de verwerping van het standpunt van de veroordeelde – nl. de woorden "per dag vertraging" interpreteren als 24 uur na de betekening – bevestigt het Hof van Beroep impliciet doch zeker dat de regel dat de termijn gerekend wordt van middernacht tot middernacht (art. 52 Ger. W.), ook inzake de dwangsom toepassing vindt (uiteeraard op voorwaarde dat de termijn in dagen werd uitgedrukt; zie het volgende randnummer voor dwangsommen per uur vertraging).

Over de toepasselijkheid van artikel 52 Ger. W. bestaat nochtans discussie. G. DE LEVAL meent dat deze bepaling slechts van toepassing is op de procedure-termijnen, en niet op de termijn die de veroordeelde gegund wordt om een bepaalde prestatie te verrichten (G. DE LEVAL, *Jurisprudence du Code Judiciaire*, Hoofdstuk XXIII ("De l'astreinte"), Brugge, La Charte, 1997, losbl., commentaar bij art. 1385*bis*, 17). In het geval waarin een partij veroordeeld wordt om iets te doen, iets te geven of iets na te laten met onmiddellijke ingang onder verbeurte van een dwangsom per dag vertraging, is er geen sprake van een termijn die de veroordeelde gegund wordt om een bepaalde prestatie te verrichten. Het verwijderen van spandoeken, van auto's op reinsporen en van activisten uit hijskranen en zouttrechters, zijn prestaties die slechts enkele minuten vergen. In alle normale gevallen verstrijkt er voldoende tijd tussen het tijdstip van de betekening en middernacht om de bevolen prestatie voor middernacht te verrichten. In het uitzonderlijke geval waarin de rechter toelating verleent om over te gaan tot betekening buiten de normale tijdstippen, zou een eisende partij (al dan niet te kwader trouw) kunnen laten overgaan tot betekening om 23:59 uur. In zo'n geval kan de veroordeelde zich beroepen op de onmogelijkheid zoals voorzien in artikel 1385*quinquies* Ger. W. Dit zou enkel mogelijk zijn voor inbreuken begaan tussen het tijdstip van de betekening en het verstrijken van de tijdsspanne die nodig is om de bevolen prestatie uit te voeren. Als met andere woorden de activisten er de volgende middag nog staan, kunnen ook na een betekening kort voor middernacht dwangsommen verbeurd zijn.

93 Het beginsel neergelegd in artikel 52 Ger. W., krachtens hetwelk de termijn gerekend wordt van middernacht tot middernacht, vindt geen toepassing ingeval de rechter een gebod of verbod uitspreekt (desgevallend uitvoer-

baar op de minuut) waaraan hij een dwangsom verbindt van een bepaald bedrag p e r u u r vertraging. Art. 52 Ger. W. is weliswaar in principe van toepassing op termijnen aan de veroordeelde gegund om een bepaalde prestatie te verrichten (zie vorig randnr.), maar de hypothese van een termijn in uren uitgedrukt, wordt door die wetsbepaling niet beoogd en valt buiten het toepassingsgebied ervan. In een dergelijk geval begint de termijn te lopen vanaf het moment van de betekening, uiteraard onder het voorbehoud dat de schuldenaar over voldoende tijd moet beschikken om de veroordeling naar behoren uit te voeren. Een veroordeling tot betaling van een dwangsom is steeds een voorwaardelijke veroordeling. De veroordeelde moet de mogelijkheid hebben om aan de verbeurte van de dwangsom te ontsnappen, door de hoofdveroordeling *in natura* uit te voeren (G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980, nr. 48, p. 20). Als het nakomen van de verplichting minder dan een uur vergt, kan een verplichting worden uitgesproken die onmiddellijk moet worden uitgevoerd, onder verbeurte van een dwangsom per uur vertraging vanaf de betekening. Er is in zo'n geval sprake van één uur vertraging vanaf het moment dat 60 minuten na de betekening verstreken zijn.

Het afgeven van examenvragen en examenkopij, vergt uit de aard der zaak in principe geen volledig uur. Wanneer in een dergelijk geval de voorwerpen drie kwartier na de betekening worden afgegeven, is er geen sprake van een uur vertraging en is derhalve geen dwangsom verbeurd (Voorz. Rb. Gent 9 oktober 1992, *T.O.R.B.* 1993-1994, 276).

Ook iemand vrijlaten uit de gevangenis (bij wijze van beëindiging van een onwettige voorlopige hechtenis) moet redelijkerwijze binnen een uur na de betekening kunnen worden uitgevoerd (Voorz. Rb. Gent 12 juli 1993, *T.G.R.* 1994, 23).

Het verwijderen van een afluisterinstallatie kan daarentegen wat meer tijd vergen, zodat de rechter de veroordeelde een termijn van 6 uren na de betekening gunde om de installatie waarmee hij zijn burens afluisterde te verwijderen (Arrondissementsrechtbank Breda 1 juni 1965, *N.J.* 1965, nr. 337).

94 In de twee voorgaande randnummers werd de vraag onderzocht wat het betekenisvereiste impliceert voor veroordelingen onder verbeurte van een dwangsom per tijdseenheid. In wat volgt wordt besproken vanaf wanneer een dwangsom per inbreuk kan worden verbeurd.

Als de dwangsom wordt opgelegd per inbreuk, kan zij worden verbeurd terstond vanaf de betekening, met name in gevallen waarin het gaat om een verbod om iets te doen (E. DIRIX, "Executieproblemen...", *Jura Falconis Libri*, 1999, 45).

Wanneer het gaat om een verbod om iets te blijven doen, moet aan de veroordeelde de nodige tijd worden gegund om de verboden handeling stop te zetten of om de gevolgen van zijn handeling ongedaan te maken. Een verbod om iets te blijven doen, kan een gebod inhouden om een prestatie te verrichten die enige tijd vergt.

Men kan bv. denken aan een verbod opgelegd aan een groep actievoerders om de toegang tot een bedrijf te versperren. Mocht het gaan om een dwangsom per inbreuk en één van de inbreuken bestond erin dat een grote hoop mest voor de toegangspoort van de onderneming werd gestort, dan kan de dwangsom slechts worden verbeurd na het verstrijken van de tijdsspanne tussen de

betekening enerzijds en het ogenblik waarop voldoende tijd verstreken is om de prestatie te kunnen verrichten anderzijds. De bepaling van de precieze duur van deze tijdsspanne is uiteraard een feitenkwestie, doch het einde van deze tijdsspanne kan zich nog in hetzelfde etmaal bevinden als de betekening.

Als de rechter daarentegen een dwangsom had opgelegd "per dag waarop een inbreuk plaatsvindt", dan kan de dwangsom pas worden verbeurd vanaf de aanvang van het etmaal na het etmaal tijdens hetwelk de betekening plaatsvond. Dit blijkt bv. uit het reeds aangehaalde arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 15 september 1997, waarin een dwangsom "per persoon en per inbreuk per dag vertraging" ter beoordeling voorlag. Bij een betekening op 26 maart om 14:35, mag rekening gehouden worden met alle inbreuken vanaf 27 maart, ongeacht hun tijdstip (Brussel 15 september 1997, *R.W.* 1997-98, 1445).

95 Onmiddellijke verbeurte (d.i. verbeurte van de dwangsom wegens inbreuken die plaatsvonden tijdens hetzelfde etmaal als de betekening) is ook mogelijk bij een dwangsom per inbreuk verbonden aan een gebod om iets te doen of iets te geven, ofschoon in de praktijk een dergelijke dwangsom in vele gevallen niet per inbreuk, doch per tijdseenheid wordt uitgesproken.

Wanneer een gebod wordt opgelegd aan milieuactivisten om een bedrijfsterrein te verlaten, en de gerechtsdeurwaarder stelt enkele ogenblikken na de betekening vast dat een activist verklaart te weigeren het terrein te verlaten, heeft dit de verbeurte van een dwangsom per inbreuk tot gevolg. Opdat ook een dwangsom "per inbreuk en per dag" zou kunnen worden verbeurd, zal de eisende partij moeten wachten tot middernacht, aangezien (in dagen uitgedrukte) termijnen op grond van artikel 52 Ger. W. gerekend worden van middernacht tot middernacht.

F. HOGER BEROEP EN (NIEUWE) BETEKENING

96 Een volgende vraag die in de praktijk van groot belang kan zijn, is of een beslissing die na de uitspraak in eerste aanleg betekend werd en die vervolgens bevestigd wordt in hoger beroep, opnieuw dient te worden betekend opdat dwangsommen kunnen worden verbeurd.

De volgende situatie deed zich voor in een geval waarover de Hoge Raad oordeelde. Een partij wordt bevel opgelegd om een aantal bewarende beslagen op te heffen binnen vier dagen na betekening van het vonnis, onder verbeurte van een dwangsom van 5.000 gulden per dag vertraging (H.R. 12 januari 1996, *N.J.* 1998, nr. 295). Nog voor de termijn van vier dagen na de betekening verstreken was, stelt de verwerende partij hoger beroep in, tegen een vonnis dat niet uitvoerbaar bij voorraad was verklaard. Het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch bevestigt het bestreden vonnis, iets meer dan negen maanden na datum van het vonnis. Op 11 maart 1992 wordt het arrest van het Hof betekend, met bevel om binnen vier dagen na die datum de gelegde bewarende beslagen op te heffen. De opheffing van de beslagen geschiedt niet binnen vier dagen, maar wel één dag te laat, namelijk op maandag 16 maart 1992. De eisende partij verdedigt het standpunt dat de verwerende partij 260.000 gulden aan dwangsommen heeft verbeurd. De eisende partij berekent immers dat drie dagen verstreken waren na de betekening van het vonnis in eerste aanleg, vooraleer de toegestane termijn van vier dagen geschorst werd door het instellen van het hoger beroep. Na de uitspraak in hoger beroep begint volgens de eisende partij de termijn van vier dagen verder te lopen. Op grond van die berekeningswijze komt de eisende partij tot de conclusie dat 52 dagen na de termijn van vier dagen zijn verlopen, met verbeurte van 260.000 gulden aan dwangsommen tot gevolg. De vraag rijst hier of na een betekening van een uitspraak gewezen in eerste aanleg die niet uitvoerbaar bij voorraad is verklaard en die in hoger beroep bevestigd wordt,

een nieuwe betekening vereist is. De Hoge Raad overweegt dat dit probleem noopt tot interpretatie van de Eenvormige Benelux-Wet op de dwangsom en stelt daarom een prejudiciële vraag aan het Benelux-Gerechtshof.

Het Benelux-Gerechtshof beantwoordde in zijn arrest van 12 mei 1997 de vraag als volgt (Benelux Hof 12 mei 1997, *R.W.* 1997-98, 71, concl. TH. B. TEN KATE, *err.*, *R.W.* 1997-98, 416 en *N.J.* 1998, nr. 296). Indien de rechter in eerste aanleg aan een door hem uitgesproken hoofdveroordeling een dwangsom heeft verbonden en vervolgens de rechter in hoger beroep de aan de veroordeelde partij betekende uitspraak in eerste aanleg – waarvan de nog niet voltooide tenuitvoerlegging door het hoger beroep was geschorst – heeft bekrachtigd, brengt het betekeningsvereiste mee dat de bekrachtigde uitspraak opnieuw, samen met de uitspraak in hoger beroep, aan de veroordeelde moet worden betekend alvorens (opnieuw) dwangsommen kunnen worden verbeurd. Enkele weken vooraleer het Benelux-Gerechtshof uitspraak deed, wees het Hof van Beroep te Antwerpen een uitspraak in dezelfde zin (Antwerpen 3 maart 1997, *R.W.* 1996-97, 1366).

Ingeval de rechter in eerste aanleg aan de veroordeelde een termijn heeft toegestaan, en binnen deze toegestane termijn de tenuitvoerlegging werd geschorst door het hoger beroep, dan zal, aldus het Benelux-Gerechtshof, na het einde van de schorsing en na een nieuwe betekening, de toegestane termijn opnieuw (a.h.w. “vanaf nul”) ingaan, zodat de veroordeelde niet terstond na het einde van de schorsing dwangsommen verbeurt.

Deze oplossing verdient bijval, zowel uit praktische overwegingen als op theoretische gronden. Het is evident dat in de besproken casus het standpunt van de eisende partij aanleiding gaf tot een exorbitant hoge dwangsom, ten gevolge van een geringe laattijdigheid van de veroordeelde. Indien een zeer spoedige uitvoering van de verplichting van de veroordeelde voor de eisende partij werkelijk van vitaal belang was geweest, dan had de eisende partij in eerste aanleg maar de uitvoerbaarheid bij voorraad moeten vorderen. Het nadeel dat de veroordeelde zou ondervinden indien het standpunt van de eisende partij gevolgd werd, woog allerminst op tegen het voordeel dat de eisende partij had kunnen genieten bij een tijdige uitvoering. Daarnaast dient men voor ogen te houden wat een door de rechter toegestane termijn (*in casu* vier dagen) in de praktijk inhoudt. De veroordeelde gebruikt deze termijn niet enkel om de nodige maatregelen te treffen voor de uitvoering van zijn verplichting, maar hij zal deze termijn ook gebruiken om zich te beraden over de vraag of een hoger beroep aangewezen is. Indien hij dan op het laatste ogenblik toch besluit om hoger beroep aan te tekenen, wordt de tenuitvoerlegging geschorst totdat over het hoger beroep uitspraak is gedaan. Na de beslissing in hoger beroep, per hypothese een algehele bevestiging van de eerste beslissing, zal de veroordeelde opnieuw over de volledige termijn toegestaan door de eerste rechter moeten beschikken. Immers, de rechter was van oordeel dat de veroordeelde een bepaalde tijdsspanne moest worden gegund om hem de mogelijkheid te bieden de veroordeling uit te voeren. Het instellen van een rechtsmiddel kan in principe niet tot gevolg hebben dat deze termijn op enige

wijze gereduceerd, of op zijn minst in stukjes verdeeld wordt (tenzij wanneer de rechter in hoger beroep de bestreden beslissing geheel of gedeeltelijk hervormt en een kortere termijn toekent).

Bovendien is de betekening er niet enkel op gericht de gewezen beslissing ter kennis te brengen van de veroordeelde. Zij strekt er in de eerste plaats toe de veroordeelde mede te delen dat de partij die de veroordeling bekwaam erop staat dat zij wordt uitgevoerd (M. ROOSEMONT, "Het vereiste van betekening voor de verbeuring van de dwangsom", (noot onder Antwerpen 19 oktober 1999), *R.W.* 1999-2000, 1194). Indien een partij een uitspraak in eerste aanleg gewezen liet betekenen, vereist de rechtszekerheid dat de bevestigende uitspraak in hoger beroep ook betekend wordt, opdat dwangsommen zouden kunnen worden verbeurd. Het is niet omdat een schuldeiser na een uitspraak in eerste aanleg overgaat tot betekening, dat hij na een uitspraak in hoger beroep er nog steeds op aandringt dat de veroordeling wordt uitgevoerd. De oplossing door het Benelux-Gerechtshof in zijn arrest van 12 mei 1997 gekozen, werd voordien reeds verdedigd in de rechtsleer (A. A. VAN ROSSUM, "Hernieuwde betekening en het verbeuren van dwangsommen", *Advocatenblad* 1996, 555).

97 Het arrest van 15 april 1992 bevat het criterium van het Benelux-Gerechtshof om uit te maken wie de rechter is die de dwangsom heeft opgelegd ingeval van hoger beroep. De vraag wie de rechter is die de dwangsom heeft opgelegd kwam in dat arrest aan bod omdat die kwestie doorslaggevend is voor de bevoegdheid om uitspraak te doen over een voorziening gestoeld op art. 1385*quinquies* Ger. W. (mildering van de dwangsom wegens onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen).

Het arrest van 12 mei 1997 heeft betrekking op het betekeningsvereiste in de situatie van een loutere bekrachtiging na hoger beroep. Indien de rechter in eerste aanleg aan een door hem uitgesproken hoofdveroordeling een dwangsom heeft verbonden en vervolgens de rechter in hoger beroep die uitspraak heeft bekrachtigd, moet de bekrachtigde uitspraak zoals reeds vermeld opnieuw, tezamen met de uitspraak in hoger beroep, aan de veroordeelde partij worden betekend alvorens (opnieuw) dwangsommen kunnen worden verbeurd (zie voor een vergelijkbaar geval: Cass. 20 september 2002, www.cass.be).

Het arrest van 12 mei 1997 heeft slechts betrekking op casusposities waarin de uitspraak van eerste rechter eenvoudigweg bekrachtigd wordt. Een nieuwe betekening van de eerste uitspraak is na een loutere bekrachtiging zinvol, omdat de veroordeelde partij na een betekening van slechts de bekrachtigende beslissing in hoger beroep op grond van dat vonnis of arrest niet kan uitmaken welk gebod of verbod hem wordt opgelegd. Na een nieuwe betekening van het eerste vonnis mag de veroordeelde geacht worden (1) te weten dat de eisende partij aandringt op uitvoering en, (2) op de hoogte te zijn van de inhoud van het rechterlijk gebod of verbod.

Talloe andere casusposities zijn evenwel denkbaar. Is een nieuwe betekening van de eerste beslissing vereist indien de rechter in hoger beroep de eerste beslissing niet of slechts in geringe mate wijzigt, doch de appèlrechter in het dictum van zijn uitspraak wel uitdrukkelijk een dwangsom oplegt? Wat indien de eerste beslissing gedeeltelijk gewijzigd wordt, doch ongewijzigd blijft op het stuk van de hoofdveroordeling die aanleiding gaf tot een dwangsom? Wat indien de hoofdveroordeling en de dwangsom ongewijzigd blijven, doch de appèlrechter tot die beslissing komt op grond van een andere motivering? Wat indien in eerste aanleg geen en in hoger beroep wel een dwangsom wordt opgelegd?

Een onderzoek van elke afzonderlijke hypothese dringt zich niet op. De volgende vuistregel biedt een richtsnoer voor alle denkbare hypothesen. Opdat dwangsommen na een uitspraak in hoger beroep (opnieuw) zouden kunnen worden verbeurd, is een nieuwe betekening van de uitspraak in eerste aanleg gewezen slechts vereist indien de rechter in hoger beroep niet kan worden beschouwd als de rechter die de dwangsom heeft opgelegd.

Men kan het beginsel ook de volgende wijze formuleren. Voor de verbeurte van dwangsommen na een appèlbeslissing is de betekening van zowel de appèlbeslissing als de eerste beslissing vereist, indien – gelet op de aard van de beslissing gewezen in hoger beroep – de beslissing van de eerste rechter moet worden beschouwd als de uitspraak waarbij de dwangsom is vastgesteld in de zin van art. 1385*bis* Ger. W.

Dit vereiste vloeit voort uit art. 1385*bis*, derde lid Ger. W. luidens hetwelk geen dwangsom kan worden verbeurd vóór de betekening van de uitspraak “waarbij zij is vastgesteld”. De vraag welke de uitspraak is waarbij de dwangsom is vastgesteld, moet worden beantwoord volgens de criteria die bepalen welke de rechter is die een dwangsom heeft opgelegd in de zin van art. 1385*quinquies* Ger. W. Die criteria werden reeds uitgewerkt door de rechtspraak, waarbij vooral het arrest van het Benelux-Gerechtshof van 15 april 1992 van belang is.

Het bovenstaande kan dus nog op een derde manier verwoord worden. Voor de verbeurte van dwangsommen na een appèlprocedure is een nieuwe betekening van de uitspraak gewezen in eerste aanleg vereist, samen met de uitspraak gewezen in hoger beroep, wanneer de appèlrechter niet geldt als de rechter die de dwangsom heeft opgelegd in de zin van art. 1385*quinquies* Ger. W. Deze formulering is uiteraard slechts een parafrasering van de eerste formulering. Het begrip “uitspraak waarbij de dwangsom is vastgesteld” zoals gebruikt in art. 1385*bis*, derde lid Ger. W. moet immers geacht worden geen andere betekenis te hebben dan een uitspraak gewezen door “de rechter die een dwangsom heeft opgelegd” in de zin van art. 1385*quinquies* Ger. W.

Gemakshalve wordt in wat volgt een lijst geboden waarin de verschillende hypothesen vermeld worden, aan de hand van de bewoordingen gebruikt door het Benelux-Gerechtshof. De hierna volgende lijst is evenwel niet meer dan

een overzicht dat door eenvoudige deductie – en samenlezing van een aantal arresten van het Benelux-Gerechtshof – kan worden afgeleid uit het voorgaande.

Opdat na een *appèl*procedure (opnieuw) dwangsommen zouden kunnen worden verbeurd, is een (nieuwe) betekening van de eerste uitspraak, benevens de betekening van de *appèl*beslissing, i n d e r e g e l vereist. (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 a f w i j k i n g e n (hetgeen impliceert dat een nieuwe betekening vereist is voor alle gevallen die niet vallen onder de volgende categorieën):

- (1) In het dictum van de *appèl*beslissing is uitdrukkelijk uitgesproken dat de *appèl*rechter 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 *appèl*beslissing blijkt onmiskenbaar duidelijk dat de *appèl*rechter 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 *appèl*rechter 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 *appèl*rechter wijzigt de door de eerste rechter opgelegde dwangsom, uiteraard zonder ze af te schaffen (gewijzigde dwangsom);
- (5) De *appèl*rechter legt een dwangsom op zonder dat in eerste aanleg een dwangsom werd opgelegd, wegens niet gevorderd of niet toegekend (voor het eerst een dwangsom).

§ 2. Niet voldoen aan de hoofdveroordeling

98 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. (Antwerpen 9 februari 1998, *A.J.T.* 1998-1999, 394, noot G. L. BALLON). 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 hoofdver-

oordeling 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 inhoud van het begrip hoofdveroordeling wordt in een volgend hoofdstuk toegelicht (zie verder, nrs. 120-122).

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 billijkheid. 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 resultaat.

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 genomen (Hof Leeuwarden 5 september 2001, *N.J.* 2002, nr. 175).

Er zijn situaties denkbaar waarbij voldaan kan worden aan een gebod om *i e t s t e d o e n* door... *n i e t s t e d o e n*. Het meest voor de hand liggende voorbeeld daarvan is wanneer meerdere partijen hoofdelijk veroordeeld worden tot een prestatie en één partij geheel voldoet aan de prestatie, zodat de andere kan blijven stilzitten. Ook mogelijk is dat twee partijen veroordeeld worden tot twee verschillende prestaties, doch dat door de prestatie van de ene partij, de prestatie van de andere zonder voorwerp, achterhaald of zelfs onmogelijk wordt.

Een voorbeeld kan dit toelichten. Wanneer de rechter een merkinbreuk wil verbieden, kan hij bv. de fabrikant van een inbreukmakend product een gebod opleggen om zijn voorraad te vernietigen en een distributiebedrijf gebieden om al het nodige te doen opdat geen enkel inbreukmakend product nog op de markt komt. Er zijn omstandigheden denkbaar waarin het zinvol kan zijn om in zo'n situatie twee verschillende geboden op te leggen, met name wanneer niet duidelijk is welke

voorraad zich nog bij de fabrikant dan wel reeds bij de distributeur bevindt. Indien vervolgens echter blijkt dat geen enkel product zich bij de distributeur bevindt, kan de distributeur voldoen aan het hem opgelegde gebod om iets te doen (nl. de nodige maatregelen treffen opdat geen enkel product nog op de markt komt)... door niets te doen. In een dergelijke situatie zou een letterlijke interpretatie van het gebod (nl. vaststellen dat de distributeur op een bepaalde datum nog steeds niets gedaan heeft met het oog naleving van het gebod) grondig verkeerd zijn (*summum ius, summa iniuria*).

§ 3. Bewijsregeling

99 De bewijslast om aan te tonen dat de veroordeelde zijn verplichting niet nakomt, rust in beginsel op de partij die de veroordeling bekwaam (zie boven, nr. 44, over de taak van de beslagrechter). 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 is (Bergen 3 juni 1994, *J.L.M.B.* 1994, 1310; I. MOREAU-MARGRÈVE, “L’astreinte”, *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 83). 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 veroordeelde (E. DIRIX, “Executieproblemen...”, *Jura Falconis Libri*, 1999, 48).

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 geïnterpreteerd (E. DIRIX, *t.a.p.*, 49). 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 verbod.

100 Een bijkomende grond voor de restrictieve interpretatie van het rechterlijk gebod of verbod, is dat verbeurde dwangsommen gelden als private straf (Brussel 25 april 1991, *J.T.* 1991, 771; E. DIRIX en K. BROECKX, “Overzicht van rechtspraak – Beslagrecht – 1991-1996”, *T.P.R.* 1996, 1402; zie boven nrs. 15-16 over de dwangsom als private straf). Restrictief interpreteren betekent nochtans niet strikter interpreteren dan wat de rechter redelijkerwijze bedoeld heeft. Het betekent enkel dat uitbreiding per analogie niet toegelaten is (zie boven, nr. 48, in verband met interpretatieproblemen en de bevoegdheid van de beslagrechter).

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 geschieden in vrij algemene bewoordingen (H. STEIN, Commentaar bij de artikelen 611a-611i (“Van dwangsom”), in X. (ed.), *Burgerlijke rechtsvordering*, Kluwer, 1991, losbl., 1302). 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 opleveren (H.R. 18 februari 1966, *N.J.* 1966, nr. 208; A. A. VAN ROSSUM, "Dwangsom. Recente ontwikkelingen", *N.J.B.* 1996, 1493). Bij redelijke twijfel of een bepaalde gedraging al dan niet plaatsvond, kan geen dwangsom worden verbeurd (E. DIRIX, "Executieproblemen...", *Jura Falconis Libri*, 1999, 50-51). Evenzo bij redelijke twijfel of een bepaalde gedraging een inbreuk oplevert. Ernstige twijfel speelt hier steeds in het voordeel van de veroordeelde (Beslagnr. Antwerpen 23 mei 1989, *R.W.* 1989-90, 308; D. LINDEMANS, "Het bekomen van de dwangsom", in *Tien jaar toepassing van de dwangsom*, a.w., 1991, nr. 32, p. 69).

101 Restrictief interpreteren zonder beperkender te interpreteren dan wat de rechter redelijkerwijze kan hebben bedoeld, is bijwijken een moeilijke evenwichtsoefening.

Ingeval de stakingsrechter een gebod oplegt om een welomschreven oneerlijke handelspraktijk te staken, onder verbeurte van een dwangsom van 500 euro per inbreuk, zal de veroordeelde volgens sommigen slechts 500 euro verbeuren mocht er sprake zijn van één type inbreuk, maar van voortdurende aard. Zelfs al duurt die ene inbreuk maandenlang, dan kan er volgens die strekking slechts sprake zijn van één inbreuk, als de dwangsom verbeurd wordt per inbreuk, zonder verdere precisering. Het gaat hier om een iets te beperkende interpretatie. Een mogelijke oplossing om te vermijden dat de dwangsom in zulke omstandigheden herleid wordt tot een eenvoudige afkoop-som, bestaat erin ervan uit te gaan dat de rechter met zijn gebod of verbod per inbreuk redelijkerwijze slechts kon hebben bedoeld dat elke dag waarop de inbreuk voortduurt, aanleiding geeft tot de verbeurte van eenmaal de opgelegde dwangsom.

Om betwisting te vermijden, kan men bij voortdurende inbreuken best een dwangsom per tijdseenheid vorderen, ofwel een dwangsom per inbreuk gekoppeld aan een tijdseenheid, zodat het voortduren van de inbreuk en het verstrijken van de tijdseenheid de verbeurte van nieuwe dwangsommen tot gevolg heeft.

Een toepassing is "een dagelijkse dwangsom van 100.000 frank per vastgestelde inbreuk" (Voorz. Kh. Brussel 4 december 1996, in H. DE BAUW en E. GYBELS (eds.), *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 1996*, Diegem, Kluwer, 1997, (377), 382). Dit betekent dat, ook al is er slechts sprake van één voortdurende inbreuk, elke dag tijdens dewelke de inbreuk wordt vastgesteld, de verbeurte van 100.000 frank met zich brengt.

102 Het bewijs dat een rechterlijk gebod of verbod waaraan een dwangsom werd verbonden niet werd nageleefd, is het bewijs van een rechtsfeit. Als zodanig kan dit bewijs in principe met alle middelen van recht geleverd worden, met inbegrip van getuigen en vermoedens (E. DIRIX, *Beslagrecht*, Leuven, Acco, 1999, 19).

Wanneer bv. een gebod wordt opgelegd om een boekhouding voor te leggen, onder verbeurte van een dwangsom van 500 euro per achtergehouden document, is het in de concrete omstandigheden denkbaar dat het zeker is dat er minstens 50 documenten zijn achtergehouden, zonder dat het positief bewijs daarvan geleverd kan worden. Als men in zulke omstandigheden (d.w.z. bij een gebod om iets te doen waarbij het juiste aantal inbreuken niet kan worden vastgesteld zolang er geen begin van uitvoering van de prestatie is) het bewijs bij middel van vermoedens wil vermijden, dient men een dwangsom per tijdseenheid te vorderen.

103 Aangezien de bewijsregeling behoort tot de bevoegdheid van de wetgever, komt het in beginsel niet toe aan de rechter strengere regels op te leggen. Op grond daarvan mag de rechter slechts het bewijs bij vaststelling door een gerechtsdeurwaarder vereisen indien dit redelijkerwijze als noodzakelijk voorkomt om executiegeschillen te vermijden.

Wanneer bv. een verbod wordt opgelegd aan een milieugroepering om aanwezig te zijn op de bedrijfsterreinen van een fabriek, onder verbeurte van 100.000 frank per persoon die zich in strijd met het verbod op het bedrijfsterrein zou bevinden, ziet men niet in hoe het precieze aantal activisten aanwezig op het bedrijfsterrein kan worden vastgesteld zonder gerechtsdeurwaarder (Brussel 15 september 1997, *R.W.* 1997-98, 1445). Een enkel proces-verbaal van vaststelling mag betrekking hebben op verrichtingen uitgevoerd door de gerechtsdeurwaarder op verschillende dagen (Brussel 15 september 1997, *R.W.* 1997-98, 1445).

In het algemeen is een vaststelling bij gerechtsdeurwaarder nuttig en soms nodig wanneer het gaat om inbreuken waarbij sprake is van een zekere continuïteit en waarbij het doen van precieze vaststellingen belangrijk is voor de verbeurte van de dwangsom. Met name bij metingen of tellingen van voortdurende toestanden waarvan het bewijs na afloop ervan niet meer kan worden geleverd, is een vaststelling bij gerechtsdeurwaarder aangewezen.

Een volgende categorie van inbreuken waarbij het in bepaalde omstandigheden aangewezen kan zijn een vaststelling bij gerechtsdeurwaarder te vereisen, zijn inbreuken waarbij sprake is van een zekere continuïteit en die gewoonlijk plaatsvinden in ruimten waar geen onafhankelijke getuigen aanwezig zijn. Het typevoorbeeld hiervan is de weigering om een omgangsrecht van de andere ouder met een minderjarig kind te laten uitoefenen. Het Hof van Beroep te Gent vereiste in een arrest van 22 december 1997 in een dergelijke situatie een vaststelling bij gerechtsdeurwaarder (Gent 22 december 1997, *T.G.R.* 1998, 71).

Als het daarentegen gaat om inbreuken die enkel vast te stellen zijn op toevallige tijdstippen en mogelijkerwijze met grote intervallen, lijkt het onredelijk een vaststelling bij gerechtsdeurwaarder te vereisen.

Een voorbeeld van het voorgaande is een verbod om een bedrijfspand te betreden, "onder verbeurte van een dwangsom van 100.000 frank per vastgestelde overtreding, te bewijzen middels een gerechtsdeurwaarder" (Voorz. Rb. Kortrijk 26 oktober 1995, *T.G.R.* 1996, 23).

Wanneer een contactverbod wordt opgelegd, waarbij een persoon verbod wordt opgelegd om iemand op te bellen, te schrijven, te achtervolgen of aan te spreken, is een vaststelling bij gerechtsdeurwaarder in de praktijk niet altijd mogelijk. Een contactverbod is een typevoorbeeld van een rechterlijke uitspraak waarvan de overtredingen enkel op toevallige tijdstippen en mogelijkerwijs met grote intervallen vast te stellen (zie voor enkele voorbeelden van uitspraken waarin een contactverbod wordt opgelegd: *Casebook 20 jaar dwangsom*, nrs. 19, 79 en 86).

Zie over de problematiek van de gerechtsdeurwaarder die vaststellingen verricht zonder zijn hoedanigheid bekend te maken (en die bv. optreedt als pseudo-koper van een inbreukmakend product): *Casebook 20 jaar dwangsom*,

noot onder nr. 24 en E. DIRIX, “Overzicht van rechtspraak. Beslag en collectieve schuldenregeling (1997-2001)”, *T.P.R.* 2002, (1187), 1199.

Er bestaat geen algemene regel die zou verbieden dat inbreuken onder verbeurte van een dwangsom worden vastgesteld door personen die zich op verzoek van de eisende partij hebben begeven naar een bepaalde plaats, zoals de plaats waar de veroordeelde zijn activiteiten verricht (Hof Leeuwarden 5 september 2001, *N.J.* 2002, p. 1255, nr. 175).

§ 4. Invloed van redelijkheid en billijkheid

104 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 terzake 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 bv. één dag te laat te presteren indien hem daartoe door de rechter een termijn van drie maanden na de betekening was gegund.

105 Redelijkheid en billijkheid kunnen op verschillende momenten de oordeelsvorming van de rechter beïnvloeden, op basis van te onderscheiden aanknopingspunten in de Eenvormige Wet op 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 cassatie (H.R. 19 februari 1993, *N.J.* 1993, nr. 624 en *Rechtspraak van de Week* 1993, 66). Het aanknopingspunt in de wet is hier de aanhef van artikel 1385*bis*. “De rechter k a n” 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* (zie nrs. 144 e.v.).

Redelijkheid en billijkheid kunnen ook een rol spelen bij de vraag wat “niet voldoen” betekent (zie nr. 98).

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 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 op 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 betreft (E. DIRIX, "Executieproblemen...", Jura Falconis Libri, 1999, 51). 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 fenomenaal 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 (zie boven, nr. 23).

Niettemin moet 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 vereist (E. DIRIX, "Executieproblemen...", Jura Falconis Libri, 1999, 50). De intentie of de morele ingesteldheid van de veroordeelde is niet relevant voor wat de verbeurte van de dwangsom betreft. 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 mogen aanleiding geven tot zeer hoog oplopende dwangsommen.

106 In zeer uitzonderlijke omstandigheden kunnen redelijkheid en billijkheid toch aanleiding geven tot een verlichting ten gunste van een veroordeelde partij die ontegensprekelijk tekortkwam, zij het slechts in onbeduidende mate. Binnen de systematiek van de Eenvormige Benelux-Wet 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 vinden (E. DIRIX, "Executieproblemen...", *Jura Falconis Libri*, 1999, 52).

Als geen redelijk mens zich de houding van de eisende partij zou eigen maken, kan de invordering van verbeurde dwangsommen rechtsmisbruik opleveren (H.R. 20 mei 1994, *N.J.* 1994, nr. 652; H.R. 22 januari 1993, *N.J.* 1993, 598). 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 rechtsmisbruik (Antwerpen 16 oktober 2001, *A.J.T.* 2001-02, 521, noot S. DE TAEYE). In tegenstelling tot bij louter contractuele wanprestatie, moet men er steeds rekening mee houden dat de veroordeelde wiens vermogen wordt aangetast door de invordering van verbeurde dwangsommen, de prijs betaalt voor een miskenning van het gezag van een rechterlijke uitspraak. Rechtsmisbruik kan derhalve slechts voorliggen wanneer de houding van de veroordeelde geen beduidende miskenning 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 tegemoet kwam aan zijn verplichtingen, doch de eisende partij vordert lange tijd nadien nog dwangsommen in wegens een onbeduidende overtredding die is blijven voortduren, zonder dat zij de veroordeelde daar ooit op attendeerde, kan er sprake zijn van rechtsverwerking (Hof 's-Gravenhage 29 september 1993, *N.J.* 1994, nr. 615).

§ 5. Dwangsom vastgesteld op een bedrag ineens

107 Een dwangsom vastgesteld op een bedrag ineens is de zeldzaamste vorm van de dwangsom. Behoudens in uitzonderlijke gevallen, is deze modaliteit van de dwangsom te vermijden. In situaties waar aan de veroordeelde een gebod of verbod wordt opgelegd dat hij maar één keer kan overtreden, of waar de eerste inbreuk het gekrenkte recht derwijze fnuikt dat een tweede of volgende inbreuk omzeggens geen verschil meer uitmaakt, kan een dwangsom vastgesteld op een bedrag ineens nuttig zijn.

Zie bv. Voorz. Kh. Brussel 4 oktober 2002, eenz. verz., onuitg., R.R. 116/2002. De begunstigde van een borgstelling op eerste verzoek toegestaan door een bank wenste de bank aan te spreken tot betaling. De hoofdschuldenaar meende dat de aanspreking van de bank onrechtmatig was, en bekwam op eenzijdig verzoekschrift een verbod gericht tegen de bank om te betalen, onder verbeurde van een dwangsom bepaald op een bedrag ineens (gelijk aan het litigieuze bedrag).

§ 6. Dwangsom per tijdseenheid

108 Een dwangsom die verbeurd wordt per tijdseenheid is, samen met de dwangsom per inbreuk, de meest courante verschijningsvorm van de dwangsom.

De tijdseenheid waarvan sprake in artikel 1385^{ter} Ger. W., is in de praktijk meestal een dag.

Er zijn ook gevallen waarin een dwangsom p e r u u r vertraging wordt uitgesproken.

Zie voor enkele voorbeelden: Voorz. Rb. Gent 12 juli 1993, *T.G.R.* 1994, 23 (beëindiging van onwettige voorlopige hechtenis onder verbeurte van dwangsom van 25.000 frank per uur vanaf het uur van de betekening); Voorz. Rb. Gent 9 oktober 1992, *T.O.R.B.* 1993-1994, 276 (verplichting tot afgifte aan deurwaarder van examenvragen en originele examenkopij op eenzijdig verzoekschrift van examinandus onder verbeurte van dwangsom van 20.000 frank per uur vertraging).

Een dwangsom per uur vertraging kan zinvol zijn. Marcel STORME gaat nog verder en meent dat een dwangsom in bepaalde gevallen per tijdseenheid van m i n u t e n in plaats van uren of dagen moet worden opgelegd. STORME haalt als voorbeeld aan: "om de trieste afbraak van waardevolle gebouwen door gewetenloze beroeps-'casseurs' te voorkomen" (M. STORME, "Een decennium dwangsom", in M. STORME (ed.), *Procederen in nieuw België en komend Europa*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 336). Ofschoon een dwangsom per minuut vertraging niet onverenigbaar lijkt met de tekst van artikel 1385^{ter} Ger. W., is zij niet wenselijk, omdat men zich gemakkelijk kan voorstellen dat zij aanleiding zou geven tot onoverkomelijke executiemoeilijkheden.

PLANIOL en RIPERT vermelden het geval van een boer die veroordeeld werd om landbouwgrond goed te onderhouden, onder verbeurte van een dwangsom p e r j a a r (Douai 18 augustus 1844, *Sirey*, 45. 2. 292, geciteerd door M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, a.w., 1931, p. 84, nr. 787, voetnoot 2).

Elke denkbare tijdseenheid is bruikbaar, behoudens tijdseenheden korter dan een uur, om de vermelde reden. Naast het uur en de dag, kan ook een dwangsom verbeurd worden per werkdag vertraging, per week, per maand, per trimester, enz.

De berekeningswijze die moet worden gebruikt om het aanvangspunt van een dwangsom per tijdseenheid vast te stellen, wordt besproken in de nrs. 91-95.

§ 7. Dwangsom per inbreuk

A. ALGEMEEN

109 Een dwangsom per inbreuk is aangewezen wanneer aan de veroordeelde een gebod of verbod wordt opgelegd, zonder dat een bepaalde tijdsspanne in acht moet worden genomen. Het begrip "overtreding" in artikel 1385^{ter} Ger. W. moet worden begrepen in de zin van een "inbreuk", d.w.z. de betekenis die deze term in het dagelijkse taalgebruik heeft.

Wanneer de rechter bv. een contactverbod uitspreekt, wordt van de veroordeelde geen prestatie voor een bepaald tijdstip verlangd. Een dwangsom per inbreuk is in zo'n geval de meest zinvolle optie. Meer algemeen kan men

stellen dat in de gevallen waar van de veroordeelde verlangd wordt iets niet te doen, principieel een dwangsom per inbreuk aangewezen is. Wanneer van de veroordeelde verlangd wordt iets te geven of te doen, impliceert dat uit de aard der zaak iets geven of doen voor een bepaald tijdstip, zodat men in zulke situaties in eerste instantie steeds de mogelijkheid van een dwangsom per tijdseenheid in overweging moet nemen.

Bij de keuze tussen een dwangsom per inbreuk of per tijdseenheid, moet de rechter zich laten leiden door een dubbele bekommernis: (a) welke modaliteit is waarschijnlijk de meest efficiënte, in de zin dat zij de veroordeelde het best zal aansporen om zijn verplichting uit te voeren; (b) welke modaliteit zal waarschijnlijk het minst aanleiding geven tot betwistingen.

Beide bekommernissen hangen nauw samen. Ingeval de rechter een gebod oplegt om iets te doen voor een bepaald tijdstip, kan een dwangsom per inbreuk aanleiding geven tot executiemoeilijkheden indien er geen begin van uitvoering is. Wanneer bv. een partij gebod wordt opgelegd om een boekhouding over te maken aan een gerechtsdeskundige, onder verbeurte van een dwangsom van 15.000 euro per achtergehouden document, rijst er inderdaad een probleem als er geen enkel document wordt overgemaakt. Een bijkomende moeilijkheid zou in zo'n geval rijzen indien de rechter geen tijdstip bepaalt voor hetwelk de verplichting moet worden uitgevoerd. In zulke gevallen, d.w.z. gevallen waarbij de veroordeelde een gebod wordt opgelegd om iets te doen (wat uit de aard der zaak binnen een bepaalde tijdsspanne moet geschieden) en waarbij het exacte aantal inbreuken enkel kan worden vastgesteld indien er (laattijdig) een begin van uitvoering van de prestatie is, lijkt veeleer een dwangsom per tijdseenheid aangewezen.

B. ÉÉN VOORTDURENDE INBREUK VERSUS DE VOORTDURENDE REEKS INBREUKEN

110 Een interessante verwoording van het beschikkend gedeelte vindt men in een vonnis van de voorzitter van de Brusselse Rechtbank van Koophandel van 4 december 1996 (Voorz. Kh. Brussel 4 december 1996, in H. DE BAUW en E. GYBELS (eds.), *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 1996*, Diegem, Kluwer, 1997, (377), 382). Daarin beveelt de voorzitter “de staking van de voormelde inbreuk onder verbeurte van een dagelijkse dwangsom van 100.000 frank per vastgestelde inbreuk vanaf de betekening van dit vonnis”. De dwangsom op die wijze verwoord, is een dwangsom per inbreuk. Een dwangsom “per inbreuk en per dag”, leunt dichter aan bij een dwangsom per inbreuk dan bij een dwangsom per tijdseenheid. Zij is niet te onderscheiden van een “dagelijkse dwangsom per inbreuk”. Zulke gecombineerde formuleringen blijken vaak twijfel te vermijden. Bij gecombineerde formuleringen kan er soms twijfel ontstaan over de vraag of er een dwangsom per tijdseenheid, dan wel per overtreding voorligt, maar dat geeft in de praktijk zelden aanleiding tot problemen.

Indien bv. een handelsonderneming met vestigingen verspreid over het hele land gebod wordt opgelegd om een verboden handelspraktijk te staken (in het vermelde vonnis van 4 december 1996 een gezamenlijk aanbod) en de rechter spreekt enkel een dwangsom uit per overtreding, hoeveel dwangsommen zijn er dan verbeurd indien op een bepaalde dag de inbreuk plaatsvindt in vestigingen in Aarschot, Doornik, Hasselt, Leuven en Turnhout? Bij een dwangsom van 2000 euro opgelegd "per inbreuk", zonder verdere precisering, aan één enkele veroordeelde partij, luidt het antwoord in principe, wanneer het zoals *in casu* gaat om één enkele inbreuk die bestaat uit een voortdurende toestand (of preciezer, in het geval van een gezamenlijk aanbod: één enkele inbreuk bestaande uit een reeks handelingen waarvan de gevolgen van voortdurende aard zijn): 2000 euro. Zelfs wanneer de eisende partij twintigmaal op één dag in elk van de vestigingen de inbreuk vaststelt, is er slechts 2000 euro verbeurd.

Ingeval een partij gebod wordt opgelegd om een einde te maken aan een verboden gezamenlijk aanbod, en de eisende partij stelt op twintig verschillende dagen in twintig vestigingen van de veroordeelde partij vast dat de inbreuk nog steeds voortduurt, is er dan slechts 2000 euro verbeurd als het gaat om een dwangsom van 2000 euro per inbreuk, zonder precisering? Hier wordt men geconfronteerd met het gegeven dat strikte interpretatie niet inhoudt dat men strikter moet interpreteren dan wat de rechter redelijkerwijze bedoeld kan hebben. Als de rechter een gebod oplegt om een verboden gezamenlijk aanbod te staken onder verbeurte van een dwangsom van 2000 euro per inbreuk, kan de rechter dan bedoeld hebben dat de veroordeelde, in ruil voor 2000 euro, zijn verboden gedrag ongestoord mag voortzetten? Zulks kan bezwaarlijk de bedoeling van de rechter geweest zijn. Een dergelijke keuze laten aan de veroordeelde strookt allerminst met de fundamentele doelstelling van de dwangsom, die erop gericht is de uitvoering *in natura* van rechterlijke veroordelingen te bevorderen. Het afkopen van de veroordeling door het betalen van éénmaal het bedrag van de dwangsom staat daar haaks op.

De oplossing die de voorkeur verdient, is een strikte interpretatie van het begrip *één voortdurende inbreuk*. Dit betekent dat bij voortdurende toestanden steeds moet worden onderzocht of er wel degelijk slechts één enkele voortdurende inbreuk voorligt, in tegenstelling tot een *voortdurende reeks inbreuken*. Een voortdurende inbreuk levert slechts de verbeurte op van éénmaal een dwangsom die werd opgelegd per inbreuk en zonder verdere precisering. Een voortdurende reeks inbreuken, levert daarentegen zoveel maal de dwangsom op als er inbreuken in de reeks vervat liggen. Een materiële handeling (of een in de tijd beperkte reeks materiële handelingen) waarvan de gevolgen blijven voortduren, kan een voortdurende reeks inbreuken opleveren (een voorbeeld hiervan zou kunnen zijn de instandhouding van een webstek waarop men reclame voert die strijdig is met de eerlijke handelsgebruiken). Ook onthoudingen kunnen een voortdurende reeks inbreuken opleveren, bv. de weigering om een boekhouding aan een expert over te maken in het kader van een deskundig onderzoek.

111 Een dwangsom per inbreuk is niet steeds de meest aangepaste vorm om een einde te maken aan inbreuken van voortdurende aard, ook al kan een interpretatie die uitgaat van een voortdurende reeks inbreuken in plaats van één enkele voortdurende inbreuk, in vele gevallen de verlamming van de

rechterlijke uitspraak vermijden. Een dwangsom “per dag en per inbreuk” of “per dag waarop inbreuken worden vastgesteld”, kan aangewezen zijn om interpretatievraagstukken te vermijden. Elke dag waarop een inbreuk wordt vastgesteld, geeft dan aanleiding tot verbeurte van éénmaal de opgelegde dwangsom (tenzij bij een dwangsom “per dag en per inbreuk” inbreuken van verschillende aard worden vastgesteld op eenzelfde dag, of inbreuken van dezelfde aard die niet van voortdurende aard zijn; dan dient men de opgelegde dwangsom te vermenigvuldigen met het aantal verschillende inbreuken vastgesteld op elke dag). Of anders geformuleerd: indien er sprake is van verschillende inbreuken (al dan niet deel uitmakend van een voortdurende reeks) of zelfs van één enkele voortdurende inbreuk, vastgesteld op verschillende dagen, zal de veroordeelde onder verbeurte van een dwangsom “per dag waarop inbreuken worden vastgesteld” een bedrag verbeuren gelijk aan het bedrag van de dwangsom, vermenigvuldigd met het aantal verschillende dagen.

Indien er een reeks vaststellingen plaatsvond van een voortdurende toestand, gespreid over verschillende dagen, waarbij niet op elke dag van de periode vaststellingen verricht werden, mag de rechter in de concrete omstandigheden oordelen dat – indien er geen reden is om aan te nemen dat de toestand zich op bepaalde dagen gewijzigd heeft – de dwangsommen verbeurd zijn voor elke dag uit de gehele periode. De rechter vermag m.a.w. te oordelen volgens het criterium van de gewone gang der zaken, in dier voege dat de bewijslast om aan te tonen dat de situatie afweek van de normale gang van zaken, op de veroordeelde rust (E. DIRIX, “Executieproblemen...”, *Jura Falconis Libri*, 1999, 48).

C. GEVALLEN WAARIN ONDUIDELIJK IS WANNEER EEN NIEUWE HANDELING EEN NIEUWE INBREUK OPLEVERT

112 Er zijn talloze situaties denkbaar waarbij een dwangsom die zonder meer per inbreuk, of zonder meer per dag vertraging wordt vastgesteld, niet de meest aangewezen oplossing is.

In het geval dat aanleiding gaf tot de beschikking van de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Nijvel van 28 oktober 1981, wordt verbod opgelegd aan de veroordeelde om pamfletten te verspreiden waarin de kiezers worden aangespoord om niet te stemmen voor een persoon wiens naam en foto op het pamflet afgebeeld staan (Voorz. Rb. Nijvel 28 oktober 1981, *J.T.* 1982, 374). Die persoon wordt er in het pamflet van beschuldigd de belangrijkste politieke verantwoordelijke te zijn voor de slechte gang van zaken in de gemeente, voor de oprichting van een fabriek in een woongebied in strijd met alle voorschriften, enz. De voorzitter verbindt een dwangsom van 300 frank per pamflet dat wordt gepubliceerd of verspreid in strijd met zijn verbod. In die situatie was een dwangsom per inbreuk, met name per pamflet gepubliceerd of verspreid in strijd met het verbod, een prima optie. Een kleine variant van deze situatie toont een niet te verwaarlozen beperking van een dwangsom per inbreuk. Stel dat de veroordeelde geen pamfletten had gedrukt waarin de kiezer wordt aanbevolen om niet voor een bepaald persoon te stemmen, maar de veroordeelde dezelfde boodschap verkondigt via een luidspreker op een wagen gemonteerd, waarmee hij in de streek rondtoert. Indien de rechter in deze situatie een verbod oplegt om zich negatief uit te laten over een bepaald persoon, op straffe van een dwangsom van 100 euro per inbreuk, zonder verdere precisering, rijst er een ernstige moeilijkheid. Wat indien de veroordeelde een hele

dag rondtoert met zijn wagen, en via zijn luidspreker de hele dag zijn politieke vijand beledigt? Gelet op de strikte interpretatie van de dwangsom, moet in dit voorbeeld het antwoord luiden: 100 euro per inbreuk (of per reeks handelingen bestaande uit inbreuken die moeilijk van elkaar te onderscheiden zijn) vastgesteld op een bepaalde dag. Het gaat hier om inbreuken waarbij onmogelijk kan worden vastgesteld wanneer een inbreuk begint en eindigt, tenminste wanneer het beschikkend gedeelte van de veroordeling hierover geen details bevat. Het is evenmin duidelijk wanneer een volgende inbreuk aanvangt. In zulke situaties kan er slechts sprake zijn van één enkele inbreuk per dag. Er ligt strikt gezien geen voortdurende toestand voor, maar het probleem is dat men de verboden handelingen begaan voor en na een middagpauze, of voor en na het binnenrijden van een bepaalde straat, moeilijk van elkaar kan onderscheiden.

Wanneer er daarentegen een nieuwe dag begint, zou het onredelijk zijn te menen dat er slechts sprake is van één en dezelfde inbreuk, gespreid over verschillende dagen. Om betwistingen te vermijden, kan de rechter in zulke gevallen zijn verbod maar beter preciseren, door bv. een dwangsom uit te spreken "per dag waarop inbreuken worden vastgesteld". Dan zou het gaan om een dwangsom per tijdseenheid, waarbij de tijdseenheid gedefinieerd wordt in functie van de vaststelling van inbreuken. Zoiets kan nuttig zijn indien er sprake is van een reeks inbreuken waarbij niet kan worden vastgesteld vanaf welk ogenblik nieuwe handelingen ook een nieuwe inbreuk opleveren.

Indien daarentegen een contactverbod wordt uitgesproken van 250 euro per inbreuk, en de veroordeelde belt de eisende partij tien keer op een bepaalde dag op, is er wel degelijk sprake van verbeurte van 10 maal 250 euro, omdat het stellen van een nieuwe handeling (iemand opbellen) meteen ook een nieuwe inbreuk oplevert. Indien een contactverbod wordt uitgesproken en de eisende partij wordt gedurende tien minuten, een uur, een halve dag of een hele dag achtervolgd door de veroordeelde, kan principieel slechts één dwangsom verbeurd worden. Men kan hier onmogelijk vaststellen wanneer een nieuwe handeling een nieuwe inbreuk oplevert. Dit laatste voorbeeld illustreert dat niet enkel van de rechter die de dwangsom uitspreekt zorgvuldigheid wordt verwacht, maar dat ook redelijkheid verlangd wordt van de rechter die tijdens een executiegeschil het aantal inbreuken dient te bepalen. Zelfs met de meest precieze formulering kan de rechter onmogelijk alle gevallen voorzien. Dat is trouwens niet nodig. Het volstaat dat de rechter de mogelijkheden tot betwisting maximaal beperkt.

§ 8. De invloed van een later aangewend rechtsmiddel of van een latere bodemprocedure

113 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 bv. 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 wordt (zie hierover: M. VANDERMERSCH, "Incidence sur l'astreinte de la réformation en appel de la décision entreprise", (noot onder Brussel 4 november 1993), *T.B.B.R.* 1995,

234). 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 leidraad (E. KRINGS, conclusie voor Benelux Hof 5 juli 1985, *R.W.* 1985-86, 930; E. KRINGS, conclusie voor Benelux Hof 14 april 1983, *R.W.* 1983-84, 223).

114 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. Hierboven werd uiteengezet dat de dwangsom een indirect middel van tenuitvoerlegging is (zie boven, nr. 5).

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) (A. JONGBLOED, *De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht*, 1991, 137). Een dwangsom kan met andere woorden niet verbeurd worden zolang er geen 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 geschorst (Benelux Hof 5 juli 1985, *R.W.* 1985-86, 929, concl. E. KRINGS en N.J. 1986, nr. 19, concl. E. KRINGS en noot W.H.H.). Zie voor een recente toepassing: Luik 29 juni 2001, *J.T.* 2002, 9.

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 niets reeds kan dwingen de veroordeling uit te voeren (Luik 29 juni 2001, *J.T.* 2002, 9).

Een uitzondering op dit principe is de uitvoerbaarheid bij voorraad (zie over dit begrip: K. WAGNER, "De appèlrechter 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). 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 (artikel 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 risico (Cass. 7 april 1995, *Arr. Cass.* 1995, 383, *P. & B.* 1996, 74, *Pas.* 1995, I, 396 en *R.W.* 1995-96, 184, noot K. BROECKX; Luik 24 oktober 1997, *J.L.M.B.* 1998, 322). 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 vergoeden (E. KRINGS, conclusie voor Benelux Hof 14 april 1983, *R.W.* 1983-84, 226). 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 is (Luik 24 oktober 1997, *J.L.M.B.* 1998, 322).

115 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 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 (zie boven, nrs. 40 e.v.). 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 zelf (E. KRINGS, conclusie voor Benelux Hof 14 april 1983, *R.W.* 1983-84, 227).

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 teruggegeven.

116 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.

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.

AFDELING VI

VEREFFENING VAN DE DWANGSOM

§ 1. Verbeurde dwangsommen komen toe aan de partij die de veroordeling bekwaam

117 De eerste zin van artikel 1385*quater* Ger. W. beantwoordt de vraag aan wie verbeurde dwangsommen toekomen. De keuze van de wetgever om verbeurde dwangsommen ten volle te laten toekomen aan de partij die de veroordeling heeft verkregen, is erop gericht de werkzaamheid van het instituut van de dwangsom te verhogen.

Op grond van artikel 1385*quater* Ger. W., kan de rechter een dwangsom gevorderd door een bepaalde partij, niet toekennen aan een buiten het geding staande derde. De Arrondissementsrechtbank te Arnhem oordeelde dat een vordering van een dwangsom, toe te wijzen aan een buiten het geding staande derde (*in casu* een organisatie die het lot van wilde dieren ter harte nam), niet voor toewijzing in aanmerking kwam (Arrondissementsrechtbank Arnhem 18 december 1973, *N.J.* 1974, nr. 65). De rechtbank voegt daaraan toe dat het eisers uiteraard vrij staat om ingevorderde dwangsommen te schenken aan een derde.

118 Hoger werd reeds vermeld dat het Openbaar Ministerie, telkens wanneer het optreedt als hoofdpartij (d.w.z. niet bij wege van advies) een veroordeling onder verbeurde van een dwangsom kan vorderen (zie boven, nr. 57). Welnu, er duiken soms veroordelingen op, na vordering van een dwangsom door het Openbaar Ministerie, die moeilijk verenigbaar zijn met de tekst van artikel 1385*quater*, eerste volzin Ger. W. Het gaat om veroordelingen waarbij de dwangsom, nadat zij gevorderd werd door het Openbaar Ministerie, wordt toegekend aan een buiten het geding staande derde, zoals bv. het Milieu- en Natuurfonds van het Vlaamse Gewest.

Het Hof van Beroep te Gent legde ooit een dwangsom op van 7.500 frank per dag vertraging, waarbij de dwangsom was gevorderd door het Openbaar Ministerie, doch toekwam aan het Vlaamse Gewest, in de persoon van de gemeenschapsminister van leefmilieu, en dit ter bestemming van het MINA-fonds (Gent 9 juni 1992, *T.M.R.* 1994, 209; in dezelfde zin: Corr. Gent 8 november 1994, *T.M.R.* 1996, 293). De Correctionele Rechtbank te Charleroi legde een dwangsom op, enkel op vordering van het Openbaar Ministerie, die toekwam aan het Waalse Gewest, vertegenwoordigd door de Minister van ruimtelijke ordening en stedenbouw (Corr. Charleroi 28 maart 1994, *J.L.M.B.* 1996, 847). Het Hof van Beroep te Brussel legde een dwangsom op, enkel op vordering van het Openbaar Ministerie, die toekwam aan de Belgische Staat, ministerie van openbare werken (Brussel 19 november 1984, *R.W.* 1986-87, 667, *Pas.* 1985, II, 15).

Op grond van artikel 1385*quater* Ger. W., komt een dwangsom gevorderd door het Openbaar Ministerie toe aan het ambt van het Openbaar Ministerie.

De uitspraken die verbeurde dwangsommen, uitgesproken op vordering van het Openbaar Ministerie, toekennen aan enigerlei ministerie of aan een instelling zoals het MINA-fonds, zijn om een dubbele reden bezwaarlijk goed te keuren. Ten eerste bepaalt artikel 1385^{quater} Ger. W. uitdrukkelijk dat de dwangsom, eenmaal verbeurd, ten volle toekomt aan de partij die de veroordeling heeft verkregen. Ten tweede is het Openbaar Ministerie niet louter een orgaan van de uitvoerende macht, zodat de stap van een dwangsom bekomen op vordering van het Openbaar Ministerie, doch toegekend aan een Minister, moeilijk te begrijpen is. Die stap wordt helemaal onbegrijpelijk wanneer de dwangsom gevorderd door het Openbaar Ministerie wordt toegekend aan een Gewest (Beslagn. Mechelen 8 maart 1996, *R.W.* 1997-98, 85). Beide hebben slechts gemeenschappelijk dat ze het algemeen belang dienen. Voor het overige hebben zij een fundamenteel verschillende opdracht. Een vage gemeenschappelijkheid in de aard van hun opdracht volstaat niet om hen als één en dezelfde partij in de zin van artikel 1385^{quater} Ger. W. te beschouwen.

In tegenstelling tot de grote meerderheid van de ambtenaren van de administratieve orde, die slechts handelen krachtens delegatie van de bevoegde minister en uit diens naam, handelt de procureur-generaal krachtens een delegatie hem rechtstreeks gegeven door de Natie zelf (J. MATTHIJS, *Openbaar Ministerie*, in *A.P.R.*, Gent, Story-Scientia, 1983, p. 77, nr. 164). Spijts het toezicht van de Minister van Justitie (zie bv. artikel 143 Ger. W.), handelt het Openbaar Ministerie geenszins als een vertegenwoordiger van de Minister van Justitie. Het toezicht van de Minister heeft betrekking op de wijze waarop het Openbaar Ministerie zijn activiteiten uitoefent, en of daarbij de regelen aangaande de eer, de kiesheid en de waardigheid in acht worden genomen (J. MATTHIJS, *a.w.*, p. 86, nr. 179). Niettegenstaande het optreden van het Openbaar Ministerie verschillend is van het optreden van de zetelende magistratuur, werkt het Openbaar Ministerie toch mede aan de uitoefening van de rechterlijke macht, door de rechter bij te staan inzake de interpretatie van de wet (J. MATTHIJS, *a.w.*, p. 87, nr. 182). Uitspraken die dwangsommen gevorderd door het Openbaar Ministerie toekennen aan een derde, al dan niet een drager van het staatsgezag, miskennen de eigenheid en de bijzondere taak van het Openbaar Ministerie.

§ 2. Een nieuwe titel is niet vereist

119 De tweede zin van artikel 1385^{quater} Ger. W. is de uitdrukking van het definitief karakter van verbeurde dwangsommen. Eens verbeurd, blijft verbeurd, behoudens de wettelijke correctiemechanismen voorzien in de artikelen 1385^{quinquies}, 1385^{septies} en 1385^{octies} Ger. W. (zie boven, nr. 9).

De titel zelf waarin de (voorwaardelijke) veroordeling tot de dwangsom vervat ligt, volstaat om te kunnen overgaan tot invordering van verbeurde dwangsommen (Beslagn. Gent 24 januari 1983, *R.W.* 1983-84, 1423, noot M. STORME; E. DIRIX, "Executieproblemen...", *Jura Falconis Libri*, 1999, 47). De eisende partij kan eenvoudigweg overgaan tot uitvoeringsmaatregelen.

len, zonder vooraf een nieuwe titel of enige toelating te moeten bekomen (G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980, nr. 108, p. 41; E. DIRIX, *Beslagrecht*, Leuven, Acco, 1999, 19; M. STORME, "De titel van de dwangsom", (noot onder Beslagr. Gent 24 januari 1983), *R.W.* 1983-84, 1423). De eisende partij dient bij de aanvang van de tenuitvoerlegging niets aan te tonen (E. DIRIX, "Executieproblemen...", *Jura Falconis Libri*, 1999, 48). Enkel indien de veroordeelde tegen de tenuitvoerlegging opkomt in een executiegeschil, zal de eisende partij moeten bewijzen dat aan alle voorwaarden voor de verbeurte van de dwangsom voldaan is (zie boven, nr. 44, over de taak en bevoegdheid van de beslagrechter inzake dwangsommen).

HOOFDSTUK IV

**HOOFDVEROORDELINGEN DIE AL DAN NIET MET EEN
DWANGSOM VERSTERKT KUNNEN WORDEN**

AFDELING I

BEGRIIP HOOFDVEROORDELING

120 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 verbindt (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-MARGRÈVE, “L’astreinte”, *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 65). 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 is (D. LINDEMANS, “Het bekomen van de dwangsom”, in *Tien jaar toepassing van de dwangsom*, a.w., 1991, nr. 32, p. 69).

Een voorbeeld hiervan is te vinden in de uitspraak van de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Oudenaarde van 2 februari 1988 (Voorz. Kh. Oudenaarde 2 februari 1988, *T.B.H.* 1988, 964, noot G. L. BALLON). De voorzitter legt een bevel tot staking op (stopzetting van beledigende gastronomische kritiek) en spreekt, als accessorium van zijn stakingsbevel, de verplichting uit zijn beslissing te publiceren. Aan beide verplichtingen wordt een dwangsom verbonden. Dit strookt geheel met de tekst en de geest van artikel 1385*bis* Ger. W. (G. L. BALLON, “De veroordeling krachtens de Wet Handelspraktijken wegens slechtmaking: een middel om perskritiek op een onderneming te beteugelen?”, (noot onder Voorz. Kh. Oudenaarde 2 februari 1988), *T.B.H.* 1988, 970-971).

Een bevel tot teruggave is een ander voorbeeld van een mogelijke hoofdveroordeling die op zich een accessorium van een andere veroordeling uitmaakt (over de teruggave, zie boven, nr. 58). Het Hof van Beroep te Gent overweegt in een arrest van 16 januari 1991 dat de veroordeling tot teruggave (*in casu* bestaande uit verwijdering van giftig afval) een bevel is om iets te doen waaraan een dwangsom kan worden verbonden (Gent 16 januari 1991, *T.M.R.* 1993, 323, en i.h.b. 341-342). Het Hof van Cassatie verwierp de voorziening tegen dit Gentse arrest: Cass. 30 juni 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 1045 en *T.M.R.* 1993, 322). Het Hof overweegt in hetzelfde arrest dat het begrip “hoofdveroordeling” in de zin van artikel 1385*bis* Ger. W. moet worden begrepen “in het licht van de ‘bijveroordeling’ tot het betalen van een dwangsom” (Gent 16 januari 1991, *T.M.R.* 1993, 341-342).

121 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 beslecht (G. D’HOORE, conclusie voor Benelux Hof 29 november 1993, *R.W.* 1993-94, (705), 706, *P. & B.* 1994, 9, noot D. LINDEMANS en *N.J.* 1994, nr. 371).

Een dwangsom kan worden opgelegd in een vonnis alvorens recht te doen, uiteraard voorzover de rechter daar om gevraagd wordt (G. DE LEVAL, “L’instruction sans obstructions”, in VERHEYDEN-JEANMART en VAN COMPERNOLLE (eds.), *La preuve*, Colloquium 12 en 13 maart 1987, Louvain-la-Neuve, U.C.L., 1987, 26; I. MOREAU-MARGRÈVE, “Principes généraux”, in C.I.E.A.U. (ed.), *Dix ans d’application de l’astreinte / Tien jaar toepassing van de dwangsom*, Brussel, Créadif, 1991, 23). Een dergelijke beslissing geldt als een “hoofdveroordeling” in de zin van artikel 1385*bis*, eerste lid Ger. W. (anders: G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980, nr. 122, p. 45). De rechter de bevoegdheid ontzeggen om een dwangsom te verbinden aan een bevel dat de toestand van de partijen voorlopig regelt, zou een onaanvaardbare uitholling betekenen van de bevoegdheid die de rechter ontleent aan artikel 19, tweede lid Ger. W.

In een vonnis alvorens recht te doen van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Nijvel, op grond van art. 19, tweede lid Ger. W., wordt in een geschil van burenhinder aan de stad Waver en aan de regie der gebouwen verbod opgelegd om nog afval te storten op een terrein naast dat van de eisende partij, in afwachting van een uitspraak over de grond van de zaak. Een dwangsom van 50.000 frank per overtreding van het gebod werd opgelegd, nadat hierover in korte debatten was gepleit op de inleidingszitting met toepassing van art. 735 Ger. W. (Rb. Nijvel 29 juni 1993, *J.L.M.B.* 1995 (verkort), 448, noot A. LEBRUN). Zie ook: Brussel 16 december 1994, *J.T.* 1995, 239.

Een typisch voorbeeld van een beslissing alvorens recht te doen waaraan de rechter een dwangsom kan verbinden, is wanneer de rechter een deskundig onderzoek beveelt en hij de partijen bevel oplegt hieraan op loyale wijze mede te werken (Voorz. Kh. Mechelen 5 juli 1995, *A.R.* 1995/1916/K.G., onuitg.; 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., 26; C. PANIER, noot onder Voorz. Rb. Huy 23 februari 1982, *J.T.* 1982, 547). Aldus kan de rechter een bevel tot overlegging van een boekhouding opleggen (Rb. Mechelen 26 juni 1996, *R.W.* 1996-97, 1140). Vanzelfsprekend mag een gebod om loyaal mede te werken aan een deskundig onderzoek geen (niet-verwaarloosbare) inbreuk op de lichamelijke integriteit van de veroordeelde impliceren (C. PANIER, noot onder Voorz. Rb. Huy 23 februari 1982, *J.T.* 1982, 547; M. STORME, “Een decennium dwangsom”, in M. STORME (ed.), *Procederen in nieuw België en komend Europa*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 333; zie verder, nr. 214-216).

122 De hoofdveroordeling in de zin van artikel 1385*bis* Ger. W. moet, zoals eerder besproken, niet noodzakelijkerwijze een titel zijn die aanleiding kan geven tot rechtstreekse gedwongen tenuitvoerlegging (E. KRINGS, conclusie voor Cass. 23 maart 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, nr. 423 en *R.W.* 1984-85, 15; zie ook boven, nr. 6). De vraag of de eisende partij beschikt over andere executiemiddelen om de uitvoering van de hoofdveroordeling te bekomen, heeft geen relevantie voor wat de dwangsom betreft.

Zo bv. doet de omstandigheid dat de rechter de gemachtigde ambtenaar c.q. stedenbouwkundige inspecteur toelating kan verlenen om, bij niet-uitvoering door de veroordeelde, zelf in het herstel van de plaats in de vorige toestand of in de uitvoering van de werken te voorzien, geen afbreuk aan het door de rechter aan de veroordeelde gegeven bevel om de plaats in de vorige toestand te herstellen (zie verder, nrs. 222 e.v.). Zo'n bevel (nl. om iets te doen) houdt een hoofdveroordeling in als bedoeld in artikel 1385*bis* Ger. W. (Cass. 7 november 1995, *Arr. Cass.* 1995, nr. 479, p. 980). Rechters plegen bij hun opportunitetoordeel soms rekening te houden met de omstandigheid dat zij, bij gebreke aan uitvoering door de veroordeelde, de gemachtigde ambtenaar toelating kunnen verlenen om de herstelmaatregel zelf uit te voeren. Het komt al eens voor dat een dwangsom op deze grond wordt afgewezen (Luik 13 december 1995, *R.D.P.* 1996, 339; Corr. Namen 17 maart 1993, *R.D.P.* 1993, 797; Rb. Brugge 15 september 1988, *R.W.* 1988-89, 1442; Luik 25 september 1985, *J.L.* 1986, 465, noot F. CLOSE; zie ook de verwijzingen bij: F. HAUMONT, *L'urbanisme – Région Wallonne*, Brussel, Larcier, 1996, 885, noot 6). Dit is tot op zekere hoogte vergelijkbaar met de weigering van de beslagrechter om een dwangsom op te leggen indien hij oordeelt dat zulks niet opportuun is omdat bij niet-tijdige opheffing van het beslag 's rechters beslissing zal gelden als handlichting, met dit verschil dat uitvoering door de gemachtigde ambtenaar op kosten van de veroordeelde een langdurige, dure en riskante aangelegenheid betreft (zodat die mogelijkheid eigenlijk geen grond vormt om een dwangsom af te wijzen), in tegenstelling tot opheffing van een beslag krachtens een rechterlijke uitspraak, waar geen vergelijkbare nadelen aan verbonden zijn (zie ook S. DE TAEYE, "De dwangsom wegens stedenbouwmisdrijf: een maatregel die beklijft", (noot onder Antwerpen 16 oktober 2001), *A.J.T.* 2001-02, 524).

Belangrijk is vooral dat het voorhanden zijn (of omgekeerd, het ontbreken) van een ander executiemiddel op zich niet volstaat om een dwangsom *a priori* uit te sluiten (zie boven, nr. 6).

De motivering dat een ander executiemiddel kan worden aangewend, is met name in stedenbouwzaken nogal wankel als grondslag voor de afwijzing van een dwangsom. De gemachtigde ambtenaar heeft er volgens het Hof van Cassatie een gerechtvaardigd belang bij de veroordeelde zelf tot uitvoering aan te sporen, aangezien uitvoering door de gemachtigde ambtenaar (of meer algemeen, door de eisende partij zelf, op kosten van de veroordeelde) een aantal ernstige ongemakken en risico's met zich kan brengen (Cass. 10 maart 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, nr. 357, p. 651; Cass. 5 december 1989, *Arr. Cass.*

1989-90, nr. 220, p. 479; Cass. 28 april 1987, *Pas.* 1987, nr. 502, p. 1002 en *R.W.* 1987-88, 260, verwijzende noot. Zie verder, nr. 134 en nr. 224).

AFDELING II

VEROORDELING OM IETS TE DOEN, IETS TE GEVEN OF IETS NA TE LATEN

123 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 (H.R. 4 maart 1938, *N.J.* 1938, nr. 948; H. OUDELAAR, *Recht halen – Inleiding tot het executie- en beslagrecht*, Deventer, Kluwer, 1987, 44; voor een toepassing: Kh. Brussel 24 februari 1995, *Ing.-Cons.* 1995, 333, noot L. MULLER (zie de bespreking van dit vonnis in nrs. 23 en 29).

Dat beginsel ligt trouwens uitdrukkelijk in het Gerechtelijk Wetboek vervat, met name in art. 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.

Wat een verplichting tot niet doen inhoudt, en welke moeilijkheden de afdwingbaarheid *in natura* ervan met zich brengt, wordt treffend geïllustreerd door de Engelse zaak *Lumley v. Wagner* ([1852] 1 De Gex, M'Naghten & Gordon (in *English Reports*), (604), 619 en 42 *English Reports*, (687), 693, geciteerd door O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, Tübingen, Mohr, 1992, 174, noot 66).

Johanna Wagner had zich ertoe verplicht om gedurende drie maanden op te treden in *Her Majesty's Theatre* te Londen, uitgebaat door Benjamin Lumley. De diva – hofcantatrice van de Pruisische koning en een nichtje van Richard – had zich er tevens toe verbonden gedurende die periode in geen ander theater te zingen. Het contract bepaalde: "Mademoiselle Wagner engages herself not to use her talents at any other theatre, nor in any concert or reunion, public or private, without the written authorization of Mr. Lumley." (42 *English Reports*, 688). Interessante achtergrondinformatie over de protagonisten van deze zaak vindt men in: A. G. SALMON, "A statue to a leading case", *The Solicitor's Journal* 1973, vol. 117, 160.

Niettegenstaande deze verplichting, sloot de diva een contract met Lumley's aartsrivaal Frederick Gye, directeur van de *Royal Italian Opera* in Covent Garden. Op vraag van (ex-advocaat) Lumley werd een verbod opgelegd aan de gevierde prima donna om elders dan in *Her Majesty's Theatre* te zingen. Lord Chancellor St. Leonards overwoog: "It is true that I have not the means of compelling her to sing, but she has no cause of complaint if I compel her to abstain from the commission of an act which she has bound herself not to do, and thus possibly cause her to fulfil her engagement." (Geciteerd door O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, a.w., 1992, 174, noot 68).

De zaak illustreert onder meer hoe een bevel tot onthouding gemakkelijker afdwingbaar is dan een verplichting om te doen. Vaststellen dat de diva zingt in een theater waar ze contractueel niet mag zingen, is eenvoudig. Als men haar onder verbeurte van een dwangsom verbiedt om elders te zingen, zal zij zich ervan onthouden elders te zingen, als de dwangsom maar hoog genoeg is. De diva verplichten om te zingen kan echter niet, zoals de Lord Chancellor terecht opmerkt.

124 Het verbod of gebod opgelegd aan de veroordeelde moet voldoende nauwkeurig geformuleerd zijn, zodat hij precies weet waaraan zich te houden. Aldus is een gebod van de rechter “om een einde te maken aan verwarringstichtende nabootsing”, zonder precisering welke elementen verwarring veroorzaken, gedoemd om aanleiding te geven tot een betwisting voor de beslagrechter (Beslagr. Brugge 22 november 1988, A.R. 46.093, 46.097 en 50.176, onuitg., aangehaald door D. LINDEMANS, “Het bekomen van de dwangsom”, in C.I.E.A.U. (ed.), *Dix ans d'application de l'astreinte / Tien jaar toepassing van de dwangsom*, Brussel, Créadif, 1991, nr. 34, p. 70). Een verplichting om “binnen de gebruikelijke termijnen te leveren” lijkt hetzelfde lot beschoren (E. DIRIX, “Executieproblemen...”, Jura Falconis Libri, 1999, 49).

AFDELING III

VOORWAARDEN WAARAAN DE HOOFDVEROORDELING MOET VOLDOEN

§ 1. De opgelegde prestatie moet mogelijk zijn

125 Allereerst moet de prestatie opgelegd aan de veroordeelde mogelijk zijn, aangezien niemand tot het onmogelijke kan worden gehouden (F. GLANS-DORFF: “La légalisation de l'astreinte en droit belge: la loi du 31 janvier 1980 portant approbation de la Convention Benelux du 26 novembre 1973”, *J.T.* 1980, 312; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, T. VII, a.w., 1931, nr. 789, p. 88).

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 (A. JONGBLOED, *De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht*, 1991, 66; I. MOREAU-MARGRÈVE, “L'astreinte”, *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 17-18). De dwangsom, als prikkel die de veroordeelde moet aansporen tot uitvoering *in 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 (voor een toepassing: Cass. 10 maart 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, nr. 357, p. 650 (termijn van één jaar); meer hierover onder nrs. 83 e.v.). 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 bekwaam erop staat dat ze wordt uitgevoerd. Hoger werd reeds aangestipt dat een dwangsom ook bij verstek kan worden uitgesproken (Kh. Antwerpen 5 januari 1994, *R.W.* 1994-95, 752; Arrbrb. Bergen 4 december 1989, *J.L.M.B.* 1990, 682; zie boven, nr. 40).

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 in geen geval samenvallen met het ogenblik van de uitspraak. Deze termijn kan ten vroegste beginnen te lopen vanaf de betekening (E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag*, in *A.P.R.*, 2001, 52). Indien geen aanvangspunt werd vastgesteld, geldt de betekening als vertrekpunt. De termijn kan een aanvangspunt hebben dat na de betekening ligt, bv. het in kracht van gewijsde treden van de veroordeling (Gent 29 maart 1996, *T.G.R.* 1996, 42; Cass. 4 december 1990, *R.W.* 1991-92, 119, noot D. D'HOOGHE). Meer hierover, zie boven, nr. 33.

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 (G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980, nr. 213, p. 76).

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

126 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 vervat ligt. Aldus kan geen dwangsom worden verbonden aan een declaratoir vonnis (A. JONGBLOED, *De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht*, 1991, 89-91; H. STEIN, Commentaar bij de artikelen 611a-611i ("Van dwangsom"), in X. (ed.), *Burgerlijke rechtsvordering*, Kluwer, 1991, losbl., 1302; S. N. VAN OPSTALL, "De dwangsom in het Nederlandse recht", in VERENIGING VOOR DE VERGELIJKENDE STUDIE VAN HET RECHT VAN BELGIË EN NEDERLAND (ed.), *Jaarboek 1961-1962 — VIII*, Antwerpen, Zwolle, De Sikkell, Tjeenk Willink, s.d., 129). Het bekomen van een declaratoir vonnis waarin bepaald wordt welk bedrag aan dwangsommen verbeurd is ingevolge een vroegere veroordeling, is daarentegen wel mogelijk, zoals uitdrukkelijk bevestigd in de gemeenschappelijke memorie van toelichting (gemeensch. M.v.T., *Parl. St.* Kamer 1977-78, nr. 353, 18). Om nutteloze bevoegdheidsproblemen te vermijden, moet

aanvaard worden dat zowel de rechter die de uitspraak wees als de beslagrechter bevoegd zijn om zo'n declaratoire uitspraak te doen (de eerste omdat hij de uitspraak wees, de laatste omdat men kan volhouden dat het een executiegeschil betreft).

Aan een akkoordvonnis kan geen dwangsom verbonden worden (G. DE LEVAL en J. VAN COMPERNOLLE, in *Dix ans d'application de l'astreinte*, 1991, 243).

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 (vergelijk: J. LAENENS, "Procedure-aspecten", in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 32-33). 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.

De rechtbank die een echtscheiding door onderlinge toestemming toelaat, spreekt geen veroordeling uit en kan bijgevolg geen dwangsom opleggen (G. DE LEVAL, "L'exécution et la sanction des décisions judiciaires en matière familiale", in X. (ed.), *L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial*, Brussel, Bruylant, 1984, 906; P. SENAËVE, *Handboek van familieprocesrecht*, Leuven, Acco, 1988, 357). Wanneer een partij of beide partijen evenwel zouden vragen dat de rechter de wederpartij onder verbeurte van een dwangsom veroordeelt tot naleving van een akkoord (bv. m.b.t. de gemeenschappelijke kinderen), is een dwangsom wel mogelijk. Het gaat dan niet om een vonnis dat louter akte neemt van het akkoord tussen partijen. Deze situatie komt uiteraard niet vaak voor, daar partijen die erin slagen overeenstemming te bereiken nopens de aangelegenheden waarover de wet een akkoord vereist opdat een echtscheiding met onderlinge toestemming mogelijk zou zijn, elkaar meestal voldoende vertrouwen om een dwangsom overbodig te achten.

Ook wanneer de rechter zijn exequatur verleent aan een buitenlands vonnis krachtens artikel 570 Ger. W. of aan een arbitrale beschikking krachtens artikel 1710 Ger. W., kan hij geen dwangsom opleggen indien zij niet in het buitenlandse vonnis of in de arbitrale beslissing vervat ligt (G. DE LEVAL, "Reconnaissance et exécution dans la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968", *Act. dr.* 1994, 80; G. DE LEVAL en J. VAN COMPERNOLLE, in *Dix ans d'application de l'astreinte*, 1991, 241-242).

Het verlenen van een exequatur houdt geen veroordeling in en het is de rechter niet toegestaan de betrokken beslissing uit te breiden (G. DE LEVAL, "Reconnaissance et exécution dans la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968", *Act. dr.* 1994, 80; I. MOREAU-MARGRÈVE, "L'astreinte", *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 60). Hij kan slechts het exequatur verlenen of weigeren, of de gevolgen van de buitenlandse beslissing beperken. Aldus kan hij de dwangsom vervat in het buitenlandse vonnis opheffen of verminderen, of haar verbeurte aan een bijkomende gratietermijn onderwerpen (P. MOREAU, "De l'exequatur et des causes de préférence", *Act. dr.* 1995, 404-405).

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

127 Veroordelingen onder verbeurte van een dwangsom mogen geen afbreuk doen aan de menselijke waardigheid (E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag*, in *A.P.R.*, 2001, 15). Vanzelfsprekend geldt dit voor elke veroordeling – met of zonder dwangsom – doch het past niettemin binnen de specifieke context van het dwangsomrecht aan deze problematiek enige aandacht te besteden. Het is niet omdat sommige van de onderstaande opmerkingen het dwangsomrecht overstijgen, dat zij voor het dwangsomrecht niet meer relevant zouden zijn. De omstandigheid dat de problematiek van de fundamentele rechten en vrijheden het dwangsomrecht overstijgt, heeft echter wel tot gevolg dat in de hiernavolgende paragrafen niet kan worden ingegaan op elk aspect van de aan bod komende problematiek.

Wetenschappelijke of artistieke prestaties kunnen niet onder verbeurte van een dwangsom worden afgedwongen (zie verder, nr. 143). Een aantal verplichtingen uit het familierecht kunnen (zoals besproken in nrs. 217 e.v.) evenmin met een dwangsom worden afgedwongen (bv. de verplichting tot samenwoning).

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 bv. 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) (Vred. Westerlo 17 maart 2000, *A.J.T.* 1999-00, 798).

128 Prestaties die het schaamtegevoel kunnen raken, mogen in beginsel evenmin onder verbeurte van een dwangsom worden afgedwongen. Aldus oordeelde een Parijse rechtbank in 1973 dat een vrouw die zich contractueel

had verbonden tot het uitvoeren van een striptease-voorstelling, niet onder verbeurte van een dwangsom tot uitvoering van haar verbintenissen kan worden aangespoord (*Trib. grande inst. Paris* 8 november 1973, *Recueil Dalloz Sirey* 1975, 401, noot PUECH). De grondslag hiervan staat los van de geoorlooftheid van zulke overeenkomsten. Striptease wordt door de hedendaagse rechtspraak op zich niet als strijdig met de goede zeden beschouwd, behoudens wanneer concrete feiten aantonen dat er strijdigheid met de goede zeden voorligt (Gent 8 januari 1988, *R.W.* 1989-90, 438). De grondslag van de uitsluiting van de dwangsom bij prestaties die het schaamtegevoel kunnen raken, ligt in de eerbied voor eenieders intimiteit. Deze uitsluiting is vergelijkbaar met de mogelijkheid die eenieder heeft om zijn of haar toestemming tot het publiceren van foto's, in het bijzonder foto's die de lichamelijke intimiteit raken, te allen tijde terug te trekken (Kh. Brussel 24 februari 1995, *Ing.-Cons.* 1995, 333, noot L. MULLER. Zie over dit vonnis ook nrs. 23 en 29). Een dergelijke handelwijze kan uiteraard aanleiding geven tot de verplichting tot vergoeding van de schade die ontstaan is als gevolg van de intrekking van de toestemming.

129 Het opleggen van een dwangsom mag weliswaar geen aanleiding geven tot situaties strijdig met de menselijke waardigheid, doch gevallen uit de rechtspraak waarbij een dwangsom manifest in strijd met de menselijke waardigheid wordt opgelegd, zijn ons niet bekend. Dit hangt uiteraard samen met het gegeven dat een partij de rechter nooit kan dwingen een dwangsom op te leggen.

In de praktijk vindt men veel meer voorbeelden van gevallen waarbij de dwangsom gebruikt wordt als efficiënt middel om paal en perk te stellen aan situaties waarin de menselijke waardigheid bedreigd wordt.

Aldus ging een gemeente ooit over tot een uitvoerend beslag op de roerende goederen die zich bevonden in een appartement van een huurder, die door de vrederechter veroordeeld was tot betaling van ruim 22.000 frank achterstallige huurgelden. De goederen van de huurder werden overgebracht naar een gemeentelijke opslagplaats. De huurder vroeg toelating om bepaalde persoonlijke voorwerpen (haar identiteitskaart, persoonlijke medicatie, kledij e.d.m.) te mogen ophalen uit de opslagplaats. De gemeente wou dit slechts toelaten indien de huurder de transportkosten zou betalen, ten belope van ruim 25.000 frank. Het Hof van Beroep te Brussel overweegt dat de gemeente geen retentierecht mag uitoefenen op zulke onbeslagbare goederen, die niet eens hadden mogen worden overgebracht naar de gemeentelijke opslagplaats. Het retentierecht van de gemeente mag volgens het hof niet worden uitgeoefend op een wijze die de menselijke waardigheid aantast. Het hof veroordeelt de gemeente om de eisende partij toegang te verlenen tot de gemeentelijke opslagplaats en haar een aantal in het arrest opgesomde voorwerpen te laten ophalen, onder verbeurte van een dwangsom van 10.000 frank per dag vertraging, te rekenen vanaf de tweede dag na de betekening (Brussel 1 december 1988, *Journ. Proc.* 1988, nr. 140, 30).

130 Ofschoon gevallen waarin een dwangsom opgelegd manifest in strijd met de menselijke waardigheid ons niet bekend zijn, levert de recente rechtspraak wel enkele voorbeelden van dwangsommen die toch op gespannen voet staan met een niet-onbelangrijk aspect van de menselijke waardigheid, meer bepaald de vrije meningsuiting.

In de zaak Carl Devlies / V.R.T. (Voorz. Rb. Brussel (eenz. verz.) 4 oktober 2000, *Casebook 20 jaar dwangsom*, nr. 109) legde de Voorzitter van de Brusselsche burgerlijke rechtbank op eenzijdig verzoekschrift een gebod op aan de openbare televisieomroep om een bepaald persoon te laten deelnemen aan een politiek debat.

In het beschikkend gedeelte werd meer bepaald geoordeeld: "Leggen aan de Vlaamse Radio en Televisieomroep, met zetel te 1043 te Brussel, A. Reyerslaan 52, verbod op om op woensdag 4 oktober 2000 om 22u25 in het kader van het programma 'Woord tegen woord' een debat te laten plaatshebben tussen de Heren Louis Tobback, lijsttrekker SP, en Rik Daems, lijsttrekker VLD, met betrekking tot de strijd om de burgemeesterssjerp in Leuven tussen hen beiden, tenzij verzoeker als kandidaatburgemeester aan hetzelfde debat kan deelnemen. In geval van overtreding van dit verbod veroordelen de Vlaamse Radio en Televisieomroep tot de betaling van een dwangsom van 500.000 BEF; Verklaaren huidige beschikking uitvoerbaar op de minuut".

Het kan niet worden aanvaard dat rechterlijke uitspraken bij wijze van een voorafgaande interventie ingrijpen in de inhoud van een journalistieke uitzending. Indien iemand meent door een uitzending in zijn subjectieve rechten te zijn geschaad, staat het de betrokkene vrij schadevergoeding *a posteriori* te eisen, indien daartoe aanleiding bestaat. *In casu* aanvaardt de rechter dat de geplande uitzending afbreuk zou doen aan de objectiviteitsverplichting die op de openbare omroep rust. Deze overweging kan een inmenging van de rechterlijke macht in een televisie-uitzending niet rechtvaardigen. Een dergelijke inmenging is onverenigbaar met de vrijheid van meningsuiting.

Een interventie van de kortgedingrechter die bedoeld is om een feitelijkheid te verhinderen, kan inderdaad plaatsvinden wanneer nog geen schending van een subjectief recht plaatsvond doch er slechts sprake is van een ernstige dreiging van een schending van een subjectief recht. Niettemin lijkt een subjectief recht om deel te nemen aan een debat georganiseerd door de openbare omroep niet te bestaan, ook niet in hoofde van een lijsttrekker van een politieke partij. De nationale televisieomroep was eveneens van mening dat deze beschikking een onaanvaardbare inmenging was in zijn journalistieke activiteit, aangezien men ervoor gekozen heeft deze beschikking naast zich neer te leggen. Tevens werd verzet aangetekend.

In een rechtsstaat kan slechts worden betreurd dat rechterlijke beslissingen bewust worden genegeerd. Ook wanneer de veroordeelde van mening is dat de beslissing kennelijk verkeerd is, kan burgerlijke ongehoorzaamheid in beginsel niet worden aanvaard. In het bijzonder in het geval Devlies / V.R.T., waar de uitvoering van de beschikking voor de veroordeelde geen materieel nadeel berokkende, leek de keuze om de beslissing te negeren niet verantwoord. Vermoedelijk was de veroordeelde van oordeel dat het zich plooiën naar het bevelschrift wel degelijk een moeilijk te herstellen nadeel met zich zou brengen, met name van morele aard (i.h.b. de aanvaarding van de inperking van de journalistieke vrijheid). Dat nadeel had evenwel mogelijkerwijze kunnen worden hersteld door de normale aanwending van een rechtsmiddel, precies bedoeld om vergissingen van rechters recht te zetten. De schade die aan de geloofwaardigheid van de rechterlijke macht berokkend wordt doordat de veroordeelde – i.h.b. een instituut dat een bepaald moreel gezag zou moeten uitstralen zoals de nationale televisieomroep – een rechterlijke beslissing bewust naast zich neerlegt, lijkt daarentegen moeilijker te herstellen.

Los van de vraag of de keuze van de veroordeelde al dan niet aanvaardbaar was, dringt zich natuurlijk de vaststelling op dat een dergelijk incident had kunnen worden vermeden indien de rechter een grotere behoedzaamheid aan de dag had gelegd en de vordering had afgewezen (bv. op grond van het grondwettelijk censuurverbod). De dwangsom is een gevaarlijk wapen, dat niet lichtzinnig mag worden aangewend.

131 De zaak *B r u s s e l m a n s* biedt een ander voorbeeld van een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom die moeilijk verenigbaar is met de vrijheid van meningsuiting (Antwerpen 4 november 1999, *Casebook 20 jaar dwangsom*, nr. 108).

Een literair werk werd verboden onder verbeurte van een dwangsom, nadat een ontwerpster van kledingstukken zich door bepaalde passages uit het boek beledigd voelde. De zaak heeft in de populaire pers veel inkt doen vloeien. Zij gaf aanleiding tot een maatschappelijk debat over censuur en de (on)aanvaardbaarheid van rechterlijke beknotten van de vrijheid van meningsuiting. Men kan van mening verschillen over wat maatschappelijk toelaatbaar is of niet, doch het is geen goede zaak voor het rechterlijk apparaat wanneer (al te openlijk blijkt in welke mate) persoonlijke opvattingen over moraal een uitspraak bepalen. De geloofwaardigheid van het rechterlijk apparaat vereist dat uitspraken gesteund zijn (of minstens lijken te zijn) op juridische criteria die aanleiding geven tot min of meer voorspelbare resultaten (rechtszekerheid). Dat aspect leek in die zaak zoek, aangezien de uitspraak voornamelijk gesteund leek te zijn op datgene wat de rechter (moreel) aanvaardbaar achtte. De appreciatie van de feiten geschiedde in het arrest d.d. 4 november 1999 zelfs in bewoordingen die openlijk uiting geven aan morele verontwaardiging ("zwaar beledigend, kwetsend, vernietigend en totaal denigrerend" – "door het slijk trekken"). Dat verdient geen bijval.

De beslissing van het Hof van Beroep te Antwerpen is ook op andere punten voor kritiek vatbaar. Bij de afweging tussen het recht op vrije meningsuiting en de bescherming van de privacy van een persoon die deelneemt aan het openbaar leven als publiek figuur, dient in beginsel steeds het recht op vrije meningsuiting te primeren (R. SMOLLA, *Free speech in an open society*, New York, Vintage Books, 1993, 148). Publieke figuren doen immers tot op zekere hoogte afstand van bepaalde van hun persoonlijkheidsrechten (recht op naam, recht op afbeelding, enz.). Zij moeten derhalve dulden dat zij het voorwerp kunnen uitmaken van spot. Een redelijk persoon, in het bijzonder wanneer hij of zij deelneemt aan het openbaar leven als publiek figuur, kan derhalve niet geacht worden schade te lijden wanneer hij of zij het voorwerp uitmaakt van spotternij, ook indien het gaat om onvriendelijke of zelfs bijtende spot.

Beperkingen van de vrije meningsuiting op grond van appreciaties van meningsuitingen die men als beledigend of obscene beschouwt, zijn – in het bijzonder wanneer publieke figuren er het voorwerp van uitmaken – principieel onaanvaardbaar. N. HENTOFF merkt hierover in een enigszins bevlogen, doch niet geheel onterechte, formulering op: "There are as many different definitions of obscenity as there are human beings, and they are as unique to the individual as his dreams." (N. HENTOFF, *Free speech for me – but not for thee*, New York, Harper, 1992, 315). Dezelfde gedachte wordt in een meer nuchtere formulering gevat door wijlen Supreme Court Justice William Dou-

GLAS: "Literature should not be suppressed merely because it offends the moral code of the censor" (geciteerd door: J. WALLACE en M. MANGAN, *Sex, laws and cyberspace*, New York, Henry Holt, 1996, 156).

Voor zover het gaat om een publieke persoon, kunnen in beginsel enkel meningsuitingen waardoor aan die persoon een bepaald feit kwaadwillig ten laste wordt gelegd dat hem of haar zou kunnen blootstellen aan de openbare verachting aanleiding geven tot rechtsherstel, meer bepaald morele schadevergoeding *post factum*.

D. VOORHOOF en J. BAERT noemen een rechterlijk verspreidingsverbod ongrondwettig, en belichten hoe art. 10 E.V.R.M. slechts zeer weinig ruimte laat voor een publicatie- of verspreidingsverbod (D. VOORHOOF en J. BAERT, "Verbod tot het verspreiden van een boek?", (noot onder Voorz. Rb. Antwerpen 13 oktober 1983), *R.W.* 1983-84, 1991).

In het arrest d.d. 4 november 1999 overweegt het Hof van Beroep weliswaar dat de onderzochte meningsuiting in een democratische samenleving niet kan worden geduld, doch het motiveert niet waarom de opgelegde maatregel noodzakelijk is in een democratische samenleving. Een maatregel kan slechts noodzakelijk in een democratische samenleving zijn, indien het beoogde doel en het aangewende middel evenredig zijn (*proportionate to the legitimate aim pursued*) en indien de maatregel beantwoordt aan een dwingende sociale behoefte (*a pressing social need*). Het arrest geeft derhalve ook op dat punt blijk van een verkeerde rechtsopvatting. Een belangrijk criterium van art. 10 E.V.R.M. (is de maatregel noodzakelijk in een democratische samenleving?) wordt in het arrest op een heel aparte wijze ingevuld (deze meningsuiting kan in een democratische samenleving niet worden geduld).

De bepalingen van het E.V.R.M. sluiten een publicatieverbod niet geheel uit (meer hierover: D. VOORHOOF, "Boek in verband met zaak Dutroux na kortgeding uit de handel", (noot onder Antwerpen 8 februari 1999), *A.J.T.* 1998-99, 789). Een dwangsom om de verspreiding van een geschrift te verbieden, is niet altijd ongrondwettig (anders: P. POPELIER, "Het gewicht van de vrijheid van meningsuiting", in G. BUELENS *et al.* (eds.), *De militanten van de limiet. Over censuur en vrije meningsuiting*, Leuven, Uitgeverij Van Halewyck, 2000, 24). Een publicatie- of verspreidingsverbod is slechts geoorloofd in de uitzonderlijke omstandigheid dat de meningsuiting vervat in het geschrift (1) enerzijds kennelijk kwaadwillig is (en dus niet journalistiek, literair, informatief, humoristisch of artistiek van aard, of althans door de auteur zo bedoeld); (2) anderzijds iemand een bepaald feit ten laste legt dat hem kan blootstellen aan de openbare verachting, doch kennelijk geheel zonder grond van waarheid is; (3) en bijgevolg kennelijk bedoeld is om een persoon of diens reputatie schade toe te brengen. Wanneer cumulatief aan die voorwaarden voldaan is, kan worden aangenomen dat het publicatieverbod noodzakelijk is in een democratische samenleving.

Het is duidelijk dat de omstandigheden van de zaak Brusselmans de toets van dat criterium niet doorstaan, zodat er geen ruimte was voor een dwangsom (en evenmin voor enige andere vorm van

rechtsherstel, gelet op de bovenstaande overwegingen aangaande de afstand van bepaalde persoonlijkheidsrechten door publieke figuren). PLATO zag reeds in dat geen redelijk mens zich gekrenkt zal voelen door scherts en spot van de blijspeldichters: "Maar dat de komedieschrijvers zich inspannen om de mensen in het belachelijke te trekken, daar hebben we niets op tegen, nietwaar." (PLATO, *De wetten*, vert. X. DE WIN, in *Verzameld werk*, deel IV, Antwerpen, De Nederlandsche Boekhandel, 1978, 530).

Wanneer men abstractie maakt van de kwestie van de beknotting van de vrijheid van meningsuiting en men de hele zaak bekijkt vanuit pragmatisch oogpunt (doelmatigheid van de maatregel), dan kan men niet buiten de vaststelling dat naar alle waarschijnlijkheid meer dan 99% van de personen die kennis hebben genomen van de gewraakte passages waarin de naam van de betrokken kleermaakster gebruikt wordt, dit via de pers hebben gedaan, m.a.w. niet door lectuur van het verboden boek. De gedetailleerde berichtgeving in de pers naar aanleiding van het verbod op straffe van dwangsom – met uitgebreide en letterlijke aanhalingen van de relevante passages in vele kranten – heeft m.a.w. contraproductief gewerkt. De dwangsom heeft haar doel gemist. De zaak Brusselmans kwam de geloofwaardigheid van de dwangsom (en bij uitbreiding van het rechterlijk apparaat) niet ten goede. Hopelijk zal die zaak de hoven en rechtbanken in de toekomst aanzetten tot grotere terughoudendheid bij het verbinden van een dwangsom aan uitspraken die op gespannen voet staan met het recht van vrije meningsuiting en de vrijheid van drukpers.

§ 4. Verbod van rechtsmisbruik

132 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 eisende partij, maar ook de versteviging van de autoriteit van de rechterlijke macht beoogt. Rechtsmisbruik kan terzake enkel voorliggen in flagrante gevallen, waarin geen redelijk mens zich de houding van de eisende partij zou eigen maken (voor een voorbeeld, zie: G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980, p. 78-79).

AFDELING IV

VEROORDELING TOT BETALING VAN EEN GELDSOM

§ 1. Strikte interpretatie

133 In principe kan geen dwangsom worden gekoppeld aan veroordelingen tot betaling van een geldsom. De ratio van deze uitzonderingsbepaling vervat in artikel 1385*bis* Ger. W., eerste lid, tweede volzin, 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 beslag (Gemeensch. M.v.T., *Parl. St.* Kamer 1977-78, nr. 353, 16; G. L. BALLON, “De nieuwe wet op de dwangsom”, *R.W.* 1980, 2024-2025). 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 executiemiddelen – zodat hij tot uitvoering kan overgaan zonder medewerking van de debiteur.

134 Het Hof van Cassatie verbrak in zijn arrest van 5 december 1989 een arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen, waarin een partij die zich had schuldig gemaakt aan een bouwmisdrijf, werd veroordeeld tot betaling van één frank provisionele schadevergoeding aan de tweede verweerder, een natuurlijke persoon die zich burgerlijke partij had gesteld (Cass. 5 december 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, nr. 220, p. 476). Aan die veroordeling was een dwangsom gekoppeld. De oorspronkelijke tegeneis van de tweede verweerder in die zaak was de veroordeling van de eiser tot het betalen van één frank provisionele schadevergoeding, het herstel in de vorige toestand te bevelen en een dwangsom op te leggen per dag vertraging in de uitvoering van het herstel in de vorige toestand vanaf de betekening van het vonnis. In eerste aanleg werd de eiser jegens de tweede verweerder veroordeeld tot één frank provisionele schadevergoeding, met afwijzing van de andere aanspraken. In hoger beroep werd het bestreden vonnis bevestigd, mits de toevoeging van een bijkomende veroordeling van de eiser om aan de tweede verweerder een dwangsom van duizend frank per dag te betalen, met een maximum van 750.000 frank vanaf het verstrijken van een termijn van twee maanden na het in kracht van gewijsde treden van het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen. Het Hof van Cassatie verbrak het arrest, omdat een dwangsom gekoppeld werd aan een veroordeling tot betaling van een geldsom (*in casu* één frank provisioneel).

De eiser werd in het bestreden arrest op vordering van de eerste verweerder (het Vlaamse Gewest, dat zich eveneens burgerlijke partij had gesteld) wél veroordeeld tot herstel van de plaats in de vorige toestand, eveneens onder verbeurte van een dwangsom. Het Hof van Cassatie was terecht van oordeel

dat die beslissing rehtens verantwoord was, aangezien niets verhindert dat een bevel tot herstel in de vorige toestand wordt versterkt met een dwangsom. Het bevel tot herstel in de vorige toestand is een veroordeling om iets te doen. Het gaat als zodanig niet om een veroordeling tot betaling van een geldsom. Het feit dat bij stilzitten van de veroordeelde het college van burgemeester en schepenen of de gemachtigde ambtenaar machtiging werden verleend om over te gaan tot herstel in de vorige toestand op kosten van de veroordeelde, betekent dat bij stilzitten van de veroordeelde, de partij die de hoofdveroordeling heeft bekomen mag overgaan tot directe executie zonder medewerking van de veroordeelde. Op dat moment lost de verplichting van de veroordeelde om over te gaan tot herstel in de vorige toestand zich als het ware op in een verplichting tot betaling van een geldsom. Slechts dan verandert de aard van de verplichting van de veroordeelde. De rechter kan derhalve een dwangsom verbinden aan een hoofdveroordeling die geen veroordeling tot betaling van een geldsom is, ook al betreft het een veroordeling die als gevolg van blijvende onwilligheid van de veroordeelde kan oplossen in een verplichting tot betaling van een geldsom.

Dit is bv. mogelijk indien een aannemer wordt veroordeeld om bepaalde werken uit te voeren aan een woning. De rechter kan een dwangsom verbinden aan een veroordeling om bepaalde werken uit te voeren en hij kan tegelijkertijd de eisende partij machtigen om na zekere tijd de werken te laten uitvoeren door een zelf gekozen aannemer, waarbij de kosten verhaalbaar zijn op de partij die tot de dwangsom veroordeeld werd (Vred. Bilzen 1 september 1980, *R.W.* 1981-82, 338, noot).

Het Hof van Cassatie neemt in dit verband aan dat een partij een rechtmatig belang kan laten gelden de nakoming van de hoofdveroordeling zoveel mogelijk door de veroordeelde zelf te laten verzekeren (Cass. 10 maart 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, nr. 357, p. 651; Cass. 5 december 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, nr. 220, p. 479; Cass. 28 april 1987, *Pas.* 1987, nr. 502, p. 1002 en *R.W.* 1987-88, 260, verwijzende noot). Indien een partij bv. een veroordeling tot herstel in de oorspronkelijke toestand bekomt, zal het voor haar allicht verkieslijk zijn de veroordeelde partij zelf het bevolen resultaat te laten bewerkstelligen (Corr. Gent 30 mei 1995, *T.M.R.* 1996, 376; Corr. Gent 14 februari 1995, *T.M.R.* 1996, 101). Het laten teweegbrengen van een bepaald resultaat, zoals het afbreken van een bouwsel, brengt niet alleen voor de partij die de veroordeling bekam een aantal ongemakken mee (als de gemachtigde ambtenaar krachtens een rechterlijke machtiging zelf wil overgaan tot de uitvoering van een herstelmaatregel, moet hij de herstelwerken bij openbare aanbesteding aan een erkend aannemer toevertrouwen), maar belangrijker is dat de partij die de veroordeling bekam alsdan belast wordt met het risico dat de kosten niet of slechts onvolledig op de veroordeelde kunnen worden verhaald, bv. wegens faillissement of onvermogen (Cass. 28 april 1987, *Pas.* 1987, nr. 502, p. 1002 en *R.W.* 1987-88, 260, verwijzende noot. Zie over dit arrest ook boven, nrs. 122).

135 Het gegeven dat veroordelingen tot betaling van een geldsom principieel middels directe executie kunnen worden afgedwongen, is zoals gezegd de ratio van de uitsluiting van de dwangsom bij veroordelingen tot betaling van een geldsom (hoewel het voorhanden zijn van directe executiemiddelen op zich niet volstaat om te besluiten dat geen dwangsom mogelijk zou zijn). Als er in het geschil wel een geldsom op het spel staat, maar het niet gaat om een veroordeling die principieel middels directe executie kan worden afgedwongen, staat men niet voor een veroordeling tot betaling van een geldsom in de zin van artikel 1385bis Ger. W. Concreet kan daarbij worden gedacht aan een

veroordeling om te betalen aan een derde (Voorz. Rb. Mechelen 23 januari 1989, *T.B.B.R.* 1990, 175).

Het Benelux-Gerechtshof oordeelde dat een dwangsom kan worden opgelegd in gevallen waarin de hoofdveroordeling strekt tot betaling van een geldsom aan een ander dan degene die de veroordeling van zijn wederpartij tot die betaling heeft gevorderd (Benelux Hof 9 juli 1981, *R.W.* 1981-82, 303, noot M. STORME, *J.T.* 1981, 536 en *N.J.* 1982, nr. 190). Aangezien een betaling aan een derde niet kan worden gerealiseerd door de gewone executiemiddelen, is het Benelux-Gerechtshof van oordeel dat de betaling aan een derde niet bestreken wordt door de uitzonderingsbepaling.

Het Benelux-Gerechtshof overweegt in de motivering van het arrest van 9 juli 1981 dat dit besluit aansluit bij de eisen van de praktijk, omdat juist bij het afdwingen van een betaling aan een derde behoefte kan bestaan aan een dwangsom, teneinde de nakoming van de veroordeling zoveel mogelijk te verzekeren (Benelux Hof 9 juli 1981, *R.W.* 1981-82, 307). Marcel STORME voert ter ondersteuning van het arrest ook aan dat de verplichting te betalen aan een derde veeleer moet worden opgevat als een verplichting om iets doen (M. STORME, "Interpretatie van de Eenvormige Wet op de dwangsom", (noot onder Benelux Hof 9 juli 1981), *R.W.* 1981-82, 308). Het Hof past in dit arrest slechts het beginsel toe dat uitzonderingsbepalingen strikt geïnterpreteerd dienen te worden. Bij het geven van inhoud aan het concept "betaling van een geldsom" past het rekening te houden met de bedoeling van de wetgever, met name de veroordeelde prikkelen tot nakoming van een prestatie (die ook een onthouding kan zijn) die zonder zijn medewerking redelijkerwijze niet mogelijk zou zijn.

136 De storting van de voorlopige vergoeding die een onteigenaar op grond van de onteigeningswet van 26 juli 1962 moet verrichten in de deposito- en consignatiekas, kan volgens het Hof van Cassatie – met verwijzing naar het arrest van het Benelux-Gerechtshof van 9 juli 1981 – niet worden aangemerkt als een betaling van een geldsom in de zin van artikel 1385*bis* Ger. W., aangezien het gaat om een betaling aan een ander dan degene die de veroordeling van zijn wederpartij vordert (Cass. 9 september 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 26, *Pas.* 1989, 22 en *R.W.* 1988-89 (verkort), 541. In dezelfde zin: Hof Amsterdam 16 maart 1989, *N.J.* 1990, nr. 13; Vred. Fexhe-Slins 11 april 1988, *J.T.* 1988, 520 en *T. Vred.* 1988-89, 312).

§ 2. Afgifte van een bepaalde geldsom

137 De afgifte van een bepaalde geldsom valt niet onder de uitzondering volgens dewelke geen dwangsom kan worden verbonden aan veroordelingen tot betaling van een geldsom (Hof Amsterdam 5 november 1970, *N.J.*; 1971, nr. 190; H.R. 9 september 1949, *N.J.* 1950, nr. 595; R. P. CLEVERINGA, *Mr. W. Van Rossem's verklaring van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1972, 1275-1276, noot 8; A. JONGBLOED,

De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht, 1991, 62; M. STORME, "Een revolutionaire hervorming: de dwangsom", *T.P.R.* 1980, 231).

Het afgeven van een welbepaalde geldsom moet worden beschouwd als een verbintenis tot doen (C. PANIER, noot onder Voorz. Rb. Huy 23 februari 1982, *J.T.* 1982, 547; M. STORME, "Interpretatie van de Eenvormige Wet op de dwangsom", (noot onder Benelux Hof 9 juli 1981), *R.W.* 1981-82, 308).

Reeds in de vroegste jaren van de Eenvormige Wet op de dwangsom oordeelden rechters dat de afgifte van een bepaalde geldsom kan worden afgedwongen met een dwangsom (Vred. Brussel 21 januari 1980, A.R. 19.296, onuitg., geciteerd door: A.-M. DHOORE, "Een jaar toepassing van de dwangsom / Een onderzoek van de rechtspraak", *R.W.* 1981-82, 302. Dezelfde tekst verscheen ook in het Frans: "Un an d'application de l'astreinte / Un examen de la jurisprudence", *J.T.* 1981, 534).

§ 3. Betaling binnen een bepaalde termijn

138 Spijts het gegeven dat de bepaling die het opleggen van een dwangsom onmogelijk maakt bij veroordelingen tot betaling van een geldsom, strikt geïnterpreteerd wordt door de rechtspraak, zijn er heel wat auteurs die de uitzondering onaanvaardbaar achten, of haar minstens bekritisieren (M. B. BEEKHOVEN VAN DEN BOEZEM, "Tijd is geld. Naar een doeltreffende tenuitvoerlegging van veroordelingen tot betaling van een geldsom", *W.P.N.R.* 2001, 959; E. GULDIX, "De dwangsom eindelijk legaal", *T. Vred.* 1980, 149; A. JONGBLOED, *De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht*, 1991, 64-65; I. MOREAU-MARGRÈVE, "Principes généraux", in *Dix ans d'application de l'astreinte*, a.w., 1991, 31; M. STORME, "*Ik die bij de sterren sliep en 't haar der ruimten droeg.*" *Metabetica van het procesrecht. Afscheidscollege*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 74; M. STORME, "Voorwoord. Dertig jaar leven met de dwangsom", in *Tien jaar toepassing van de dwangsom*, a.w., 1991, 7-8; S. N. VAN OPSTALL, "De dwangsom in het Nederlandse recht", a.w., in VERENIGING VOOR DE VERGELIJKENDE STUDIE (...) (ed.), *Jaarboek 1961-1962*, 134-135).

Toch zijn er ook auteurs die menen dat er goede gronden zijn voor de uitzondering (C. PANIER, noot onder Voorz. Rb. Huy 23 februari 1982, *J.T.* 1982, 547).

Niettegenstaande nogal wat rechtsgeleerden menen dat een dwangsom ook mogelijk zou moeten zijn bij veroordelingen tot betaling van een geldsom, zijn de bezwaren van de wetgever hiertegen in de meeste casusposities gegrond. Het leggen van een beslag om een geldvordering te realiseren brengt inderdaad een aantal onzekerheden en ongemakken met zich, maar een dwangsom zou daar op zich weinig aan veranderen. Bovendien is het bij miskennis van veroordelingen tot betaling van een geldsom niet altijd mogelijk een onderscheid te maken tussen niet willen en niet kunnen betalen. Bij veroordelingen waaraan een dwangsom kan worden verbonden, is het "wel kunnen" van de veroordeelde nu juist een *conditio sine qua non*, voortvloeiend uit het voor-

waardelijk karakter van de dwangsom. Wanneer het onderscheid tussen niet willen en niet kunnen vervaagt, zoals bij niet-uitvoering van veroordelingen tot betaling van een geldsom, wordt het opleggen van een dwangsom een riskante operatie, zodat de wetgever de uitzonderingsbepaling terecht heeft ingelast.

Dit betekent niet dat de kritiek op de uitzonderingsbepaling geheel ongefundeerd is. Er zijn inderdaad situaties denkbaar waarbij een dwangsom zeer wenselijk zou zijn, doch waarbij de uitsluiting van dwangsommen bij veroordelingen tot betaling van een geldsom moeilijkheden kan geven. Er kan daarbij in het bijzonder gedacht worden aan veroordelingen tot betaling binnen een bepaalde termijn. Er bestaat rechtspraak die een dwangsom mogelijk acht om een huurder aan te sporen de contractuele betalingstermijn in acht te nemen (Vred. Louveigné 13 februari 1990, *J.L.M.B.* 1991, 1265, met goedkeurende noot P. BOSSARD).

De loutere vaststelling dat een betaling binnen een bepaalde termijn dient te gebeuren, volstaat niet om te besluiten dat er geen sprake zou zijn van een "betaling van een geldsom" in de zin van artikel 1385*bis* Ger. W. De oplossing die de voorkeur verdient, is de volgende. Bij sommige veroordelingen om (al dan niet periodiek) te betalen binnen een bepaalde termijn, is de betaling van een geldsom niet noodzakelijkerwijze de kenmerkende prestatie. Soms staat het gegeven dat de prestatie vóór een bepaald tijdstip moet worden uitgevoerd centraal. Men kan zulke verplichtingen m.a.w. interpreteren als verplichtingen om iets te doen. Bijgevolg kan, zelfs binnen de bestaande libellering van artikel 1385*bis* Ger. W., een dwangsom worden opgelegd (anders: M. B. BEEKHOVEN VAN DEN BOEZEM, "Tijd is geld. Naar een doeltreffende tenuitvoerlegging van veroordelingen tot betaling van een geldsom", *W.P.N.R.* 2001, 959 – die auteur acht terzake een wetswijziging noodzakelijk). In zulke gevallen kunnen directe executiemiddelen de eisende partij trouwens geen recht verschaffen. De voornaamste ratio voor de uitsluiting van de dwangsom bij veroordelingen tot betaling van een geldsom valt weg, net zoals bij betalingen aan een andere dan de eisende partij.

Om te vermijden dat de uitzonderingsbepaling al te zeer zou worden uitgehold, rust op de eisende partij die aanvoert dat het tijdstip van de betaling de prestatie kenmerkt, de bewijslast om aannemelijk te maken dat zij, indien zij een natuurlijke persoon is, niet meer in menswaardige omstandigheden zou kunnen leven bij uitblijven van een tijdige betaling, of dat zij alsdan genooddaakt zou worden een deel van haar vermogen te liquideren. Indien de eisende partij een rechtspersoon is, zou zij moeten aannemelijk maken dat het uitblijven van een tijdige betaling haar zou bedreigen in haar continuïteit, of haar minstens zou noodzaken bepaalde activabestanddelen te liquideren.

AFDELING V

HET AFLEGGEN VAN EEN EED

139 Er bestaat een vrij uitvoerige rechtspraak over de vraag of een dwangsom kan worden verbonden aan de verplichting om een eed af te leggen. De Hoge Raad oordeelde in een arrest van 18 mei 1979 dat een dwangsom kan worden gekoppeld aan de verplichting om te getuigen (H.R. 18 mei 1979, *N.J.* 1980, nr. 213). De betrokken persoon, een journalist, kon zich volgens de Hoge Raad niet op zijn gewetensnood beroepen om te weigeren (in een burgerlijke zaak) een getuigenis af te leggen. In een annotatie onder het arrest wordt de gekozen oplossing bekritiseerd. De annotator meent dat de dwangsom een ondoelmatig middel is om een getuige tot spreken te dwingen, laat staan hem de gehele waarheid en niets dan de waarheid te doen zeggen (W. H. H., noot onder H.R. 18 mei 1979, *N.J.* 1980, nr. 213). Ook JONGBLOED meent dat eerlijkheid zich niet onder verbeurte van een dwangsom laat afdwingen (A. JONGBLOED, *De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht*, 1991, 59).

De gepubliceerde Belgische beslissingen terzake hebben betrekking op de weigering om de eed af te leggen in het kader van een boedelbeschrijving (artikel 1183 Ger. W.; voor een overzicht zie: J.-L. LEDOUX, noot onder Vred. Fosses-la-Ville 18 juli 1996, *Rev. not. b.* 1996, 459). De lagere rechtspraak oordeelde overwegend dat een dwangsom kan worden verbonden aan de verplichting om de eed af te leggen in handen van de notaris in het kader van een boedelbeschrijving (Rb. Hasselt 29 november 1993, *T. Not.* 1994, 471; Vred. Izegem 30 september 1992, *T. Not.* 1993, 112, verwijzende noot; Vred. Brugge 7 september 1989, *T. Not.* 1991, 217; Vred. Kortrijk 27 januari 1988, *T. Not.* 1988, 94; Vred. Westerlo 2 april 1986, *R.W.* 1986-87, 604).

De rechtspraak in die zin werd veelal gesteund op de overweging dat een wettelijke verplichting geen zin heeft als er geen middel voorhanden is om haar af te dwingen (Rb. Hasselt 29 november 1993, *T. Not.* 1994, 471. Zie ook: E. VAN HOVE, "Kan een partij die weigert de eed af te leggen bij het slot van een boedelbeschrijving in rechte daartoe gedwongen worden?", *T. Not.* 1992, 5). Sommige rechters plachten nochtans twijfels te uiten aangaande de vraag of een dwangsom hier mogelijk is (Vred. Zele 12 mei 1989, *T. Vred.* 1992, 109).

140 Aan deze twijfel kwam een einde door het arrest van het Benelux-Gerechtshof van 29 november 1993 (Benelux Hof 29 november 1993, *R.W.* 1993-94, 705, concl. G. D'HOORE, *P. & B.* 1994, 9, noot D. LINDEMANS, *N.J.* 1994, nr. 371, concl. G. D'HOORE). Het Hof verklaarde voor recht dat een rechterlijk bevel om de bij artikel 1183, 11^o Ger. W. bedoelde eed af te leggen, een hoofdveroordeling uitmaakt in de zin van de Eenvormige Benelux-Wet op de dwangsom. Het Hof verklaarde eveneens voor recht dat de notaris die de in de artikelen 1175 tot 1184 Ger. W. bedoelde akte van boedelbeschrijving verlijdt en die zich met toepassing van artikel 1184 Ger. W. tot de vrederechter heeft

gewend, omdat hij geconfronteerd wordt met een weigering om de eed af te leggen, moet worden beschouwd als één der partijen als bedoeld in artikel 1385bis Ger. W., op wier vordering een dwangsom kan worden uitgesproken (zie ook: V. VAN HERREWEGHE, "Wasdom van de dwangsom", *Rec. Cass.* 1994, 319).

AFDELING VI

BEVEL TOT PERSOONLIJKE VERSCHIJNING

141 Het Hof van Cassatie oordeelde in een berucht arrest van 18 februari 1988 dat een bevel tot persoonlijke verschijning niet kan worden afgedwongen onder verbeurte van een dwangsom (Cass. 18 februari 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 786, *Pas.* 1988, I, 722, concl. PIRET en *R.W.* 1989-90 (verkort), 145, verwijzende noot). Vooraf weze wel vermeld dat sommige auteurs – terecht – opmerken dat dit alleenstaand arrest van het Hof van Cassatie ingevolge het arrest van het Benelux-Gerechtshof van 29 november 1993 als verlaten moet worden beschouwd (D. LINDEMANS, noot onder Benelux Hof 29 november 1993, *P. & B.* 1994, 9; P. SENAËVE, "De dwangsom", Commentaar bij de artikelen 1385bis-1385nonies Ger. W., in *Commentaar Personen- en Familierecht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, p. 26, nr. 45; M. STORME, "In de ban van de dwangsom", in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 18).

In de zaak die aanleiding gaf tot het cassatie-arrest van 18 februari 1988, werd een partij in het kader van voorlopige maatregelen in een echtscheidingsprocedure een bevel tot persoonlijke verschijning opgelegd, onder verbeurte van een globale (eenmalige) dwangsom van twintig miljoen (*sic!*) frank. Aangezien de artikelen 996 en 1046 van het Gerechtelijk Wetboek bepalen dat een bevel tot persoonlijke verschijning niet vatbaar is voor hoger beroep, was de verweerder enkel in beroep gegaan tegen zijn veroordeling tot betaling van een dwangsom ingeval hij aan het bevel geen gehoor zou geven. Het Hof van Beroep te Brussel oordeelde dat een bevel tot persoonlijke verschijning niet kan gelden als een hoofdveroordeling in de zin van artikel 1385bis Ger. W. (Brussel 25 maart 1986, *J.T.* 1986, 514). De voorziening in cassatie tegen dit arrest werd verworpen. Het Hof van Cassatie verwerpt de mogelijkheid om een dwangsom te verbinden aan een bevel tot persoonlijke verschijning op een tweeledige grondslag: ten eerste zou het niet gaan om een hoofdveroordeling in de zin van artikel 1385bis Ger. W., en ten tweede moet eenieder recht worden gewaarborgd zijn verdediging in rechte naar eigen goeddunken te organiseren. Dit arrest werd in de rechtsleer fel bekritiseerd (I. MOREAU-MARGRÈVE, "Principes généraux", in C.I.E.A.U. (ed.), *Dix ans d'application de l'astreinte / Tien jaar toepassing van de dwangsom*, Brussel, Créadif, 1991, p. 20-23; M. STORME, "Nemo praecise potest cogi ad factum. Het adagium herbezocht", in M. STORME (ed.), *Gezin en recht in een postmoderne samenleving*,

Gent, Mys & Breesch, 1994, 5-8; J. VAN COMPERNOLLE, "Astreinte", in *Rép. not.*, t. XIII, IV, 6, 1992, nr. 42, p. 40).

Inderdaad, als een bevel tot persoonlijke verschijning niet door middel van een dwangsom kan worden afgedwongen, omdat iedereen zijn verdediging naar eigen inzicht mag organiseren, geldt dan dezelfde redenering voor een vonnis waarbij de overlegging van een stuk wordt bevolen krachtens artikel 879 Ger. W.? FETTWEIS bevestigt dat aan een dergelijk vonnis een dwangsom kan worden verbonden (A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile, a.w.*, 1987, p. 359, nr. 482). De rechtspraak wijst in dezelfde richting (Bergen 12 juli 1985, *J.L.M.B.* 1987, 16). Ook een partij dwingen de eed af te leggen in het kader van een boedelbeschrijving lijkt onverenigbaar met het arrest van 18 februari 1988 (D. LINDEMANS, "Het bekomen van de dwangsom", in *Tien jaar toepassing van de dwangsom, a.w.*, 1991, nr. 36, p. 71). Het met alle mogelijke middelen saboteren van de normale rechtsgang lijkt daarentegen wel verdedigbaar volgens de motivering van het besproken arrest (J. VAN COMPERNOLLE, "Astreinte", in *Rép. not.*, t. XIII, IV, 6, 1992, nr. 42, p. 41).

142 In het licht van de scherpe kritiek van de rechtsleer op het arrest van het Hof van Cassatie van 18 februari 1988, kan slechts worden toegejuicht dat dit arrest thans als verlaten moet worden beschouwd. Het Benelux-Gerechtshof heeft in een arrest van 29 november 1993 geoordeeld dat een bevel tot eedaflegging in het kader van een boedelbeschrijving, geldt als hoofdveroordeling en met een dwangsom kan worden afgedwongen (Benelux Hof 29 november 1993, *R.W.* 1993-94, 705, concl. G. D'HOORE, *P. & B.* 1994, 9, noot D. LINDEMANS, *N.J.* 1994, nr. 371, concl. G. D'HOORE). Hiermee kwam, zo mag men hopen, een einde aan de twijfel (en bij sommigen zelfs vertwijfeling) die het arrest van het Hof van Cassatie van 18 februari 1988 gezaaid had.

De met een boedelbeschrijving belaste notaris die geconfronteerd wordt met een weigering tot eedaflegging heeft – partij zijnde – de vereiste hoedanigheid en het vereiste belang om een dwangsom te vorderen, aldus het Hof van Cassatie in een arrest dat de procedure beëindigde die ook aanleiding gaf tot de voormelde uitspraak van het Benelux-Gerechtshof van 29 november 1993 (Cass. 17 juni 1994, *Arr. Cass.* 1994, 631, *Pas.* 1994, 618 en *R.W.* 1994-95, 1036).

AFDELING VII

WETENSCHAPPELIJKE EN ARTISTIEKE PRESTATIES

143 Een artiest die zich ertoe verbindt iemands portret te schilderen voor een bepaalde datum, of een schrijver die zich ertoe verbindt het manuscript van zijn nieuwe roman bij zijn uitgever in te leveren voor een bepaalde datum, kunnen redelijkerwijze niet onder verbeurte van een dwangsom gedwongen

worden zich te houden aan hun verbintenis (A. JONGBLOED, *De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht*, 1991, 69).

Wetenschappelijke of artistieke prestaties kunnen in principe niet onder verbeurte van een dwangsom worden afgedwongen. Dit principe ligt in sommige landen uitdrukkelijk in de wetgeving vervat. Krachtens artikel 829-A van de Portugese *Código civil* zijn handelingen die een bijzondere wetenschappelijke of artistieke vaardigheid veronderstellen uit het toepassingsgebied van de dwangsom uitgesloten (aangehaald door O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, a.w., 1992, 171). MALAURIE en AYNÈS halen het respect voor de artistieke vrijheid aan als grondslag voor de uitsluiting van de dwangsom ter afdwinging van artistieke prestaties (P. MALAURIE en L. AYNÈS, *Cours de droit civil – Les obligations*, Parijs, Editions Cujas, 1985, nr. 640, p. 454). Een meer pragmatische grondslag is nochtans voorhanden. De dwangsom dreigt haar doel, nl. de bevordering van de behoorlijke naleving van rechterlijke uitspraken, te missen indien zij wordt verbonden aan veroordelingen die de uitvoering *in natura* gebieden van een verbintenis om een artistiek of wetenschappelijk werk te vervaardigen. De veroordeelde zou immers, om aan verbeurte van de dwangsom te ontsnappen, een werk kunnen voortbrengen waarvan de artistieke of wetenschappelijke waarde niet alleen twijfelachtig is, doch tevens onmogelijk te beoordelen door de rechter. Dit zou de geloofwaardigheid van de instelling van de dwangsom niet ten goede komen.

Een verklaring voor de onmogelijkheid om een dwangsom te verbinden aan artistieke of wetenschappelijke prestaties is dat het hier gaat om prestaties die bijzondere vaardigheden van de schuldenaar vergen die niet uitsluitend van zijn wil afhankelijk zijn (L. ROSENBERG, H. GAUL en E. SCHILKEN, *Zwangsvollstreckungsrecht*, München, Beck, 1997, 973). Dit laatste criterium kan in twijfelgevallen hulp bieden om uit te maken of het wel degelijk gaat om een wetenschappelijke of artistieke prestatie. Ambachtelijke prestaties, zoals het herstellen van een dak, kunnen ongetwijfeld onder verbeurte van een dwangsom worden afgedwongen. Bij dergelijke prestaties is het mogelijk om vast te stellen of de veroordeelde naar behoren aan zijn verplichting heeft voldaan. Een overtreding van een bevel om een dak te herstellen binnen een bepaalde termijn kan makkelijk worden vastgesteld (het regent nog steeds binnen). De overtreding daarentegen van een verplichting om een portret te schilderen, een handboek te schrijven of een opera te zingen, is in bepaalde gevallen eenvoudig vast te stellen (er is geen begin van uitvoering van de prestatie), maar in andere gevallen zal het onmogelijk zijn om te beoordelen of de verplichting behoorlijk werd uitgevoerd (het portret mist expressie, het handboek is oppervlakkig, de diva zingt zonder overtuiging).

De uitsluiting van artistieke prestaties moet strikt worden geïnterpreteerd. Aldus is het wel denkbaar dat een technisch tekenaar verplicht wordt onder verbeurte van een dwangsom de plannen van een gebouw binnen een bepaalde (redelijke) termijn af te werken, of dat een aannemer onder verbeurte van een dwangsom veroordeeld wordt bepaalde werken aan een gebouw af te werken of uit te voeren (I. MOREAU-MARGRÈVE, “L’astreinte”, *Ann. Fac. dr. Liège*

1982, 68). De architect kan daarentegen niet verplicht worden een gebouw te ontwerpen, aangezien dit een prestatie is die artistieke creativiteit veronderstelt die niet louter van zijn wil afhankelijk is (de architect kan niet worden gedwongen een geslaagd ontwerp te maken).

De uitsluiting van de dwangsom ter afdwinging van wetenschappelijke prestaties gaf voornamelijk aanleiding tot rechtspraak in zaken tegen juristen. Lord Chancellor Eldon overwoog in de zaak *Clarke v. Price*: "I have no jurisdiction to compel Mr. Price to write [law] reports for the plaintiffs." ([1819], 2 Wilson, Chancery, (in *English Reports*), 157 en 37 *English Reports*, 270, geciteerd door O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, Tübingen, Mohr, 1992, 172, noot 52). Het Oberlandesgericht te Frankfurt am Main oordeelde dat de verplichting om een persklaar manuscript af te leveren voor een commentaar bij een aantal wetsartikelen, niet onder verbeurte van een dwangsom kan worden afgedwongen, aangezien deze prestatie een bijzondere wetenschappelijke vaardigheid veronderstelt, waarvan het voorliggen niet kan worden vastgesteld (Oberlandesgericht Frankfurt am Main 20 december 1912, *Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts*, jaargang 29, 251, geciteerd door O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, Tübingen, Mohr, 1992, 173). Om dezelfde reden kan een arts niet worden gedwongen een ingreep onder verbeurte van een dwangsom uit te oefenen. Of een ingreep goed is uitgevoerd, lijkt immers in vele gevallen aanleiding te kunnen geven tot dermate grote onzekerheid, dat een dwangsom meer problemen zou veroorzaken dan oplossen. Ook een advocaat kan nooit onder verbeurte van een dwangsom verplicht worden zijn cliënt bijstand te verlenen.

De loutere afgifte van een reeds voltooid artistiek of wetenschappelijk werk, is geen artistieke of wetenschappelijke prestatie, zodat een dwangsom in principe mogelijk is (vgl. O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, a.w., 1992, 174).

HOOFDSTUK V

AANPASSING OF HERZIENING VAN DE OPGELEGDE
DWANGSOM

AFDELING I

MILDERING VAN DE DWANGSOM BIJ ONMOGELIJKHEID OM
AAN DE HOOFDVEROORDELING TE VOLDOEN

§ 1. Grondslag van de milderingsbevoegdheid

144 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 dwangsomrechter”) 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

145 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 (Antwerpen 9 februari 1998, *A.J.T.* 1998-99, 396, noot G. L. BALLON). 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 dwangsom (E. KRINGS, concl. voor Benelux Hof 25 september 1986, *R.W.* 1986-87, (1333), 1335, nr. 5).

Als een dwangsom werd uitgesproken door de rechtbank van eerste aanleg te x, dan geldt die rechtbank als rechter die de dwangsom heeft opgelegd. Als de kamer van die rechtbank die de dwangsom had opgelegd nog zetelt (zelfs met een andere samenstelling), is er in beginsel geen reden om de zaak toe te wijzen aan een andere kamer, hoewel de toewijzing van de zaak aan dezelfde kamer strikt gezien vanuit het oogpunt van de bevoegdheid niet vereist is. Het gaat

louter om een interne verdelingskwestie. De vraag welke rechter bevoegd is om een dwangsom op te leggen, werd hierboven onderzocht (zie boven, nrs. 39 e.v.).

146 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.

147 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 (voor een toepassing, zie: Gent 30 oktober 1997, *T.G.R.* 1998, 70). Hetzelfde geldt in de situatie waarin de rechtbank van eerste aanleg, zetelend in hoger beroep, uitspraak doet over een vordering gesteund op art. 1385*quinquies* Ger. W. Tegen een dergelijke uitspraak is geen hoger beroep mogelijk, zelfs al heeft de vrederechter nooit uitspraak gedaan op grond van art. 1385*quinquies* Ger. W. (Brussel 30 juni 2000, *J.T.* 2001, 761). 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 garanderen (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).

148 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 bv. de rechter in hoger beroep het bestreden vonnis gedeeltelijk hervormt, biedt het arrest van het Benelux-Gerechtshof van 15 april 1992 een duidelijk richtsnoer (Benelux Hof 15 april 1992, *Benelux Jur.*, Deel 13, 91, *R.W.* 1991-92, 1425, concl. Th. B. TEN KATE, *N.J.* 1992, nr. 648, concl. Th. B. TEN KATE).

Het uitgangspunt is dat de appèlrechter slechts belast wordt met de beoordeling van nieuw in te leiden geschillen in gevallen waarin dit om bijzondere redenen gewenst is (Th. B. TEN KATE, concl. voor Benelux Hof 15 april 1992, *R.W.* 1991-92, 1428, nr. 27). 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* Ger. W. (Benelux Hof 15 april 1992, *R.W.* 1991-92, 1430). De appèlrechter geldt slechts als rechter die de dwangsom heeft opgelegd in de volgende gevallen (die reeds ter sprake kwamen bij de kwestie van de nieuwe betekening na hoger beroep, zie boven, nr. 97):

(1) In het dictum van de appèlbeslissing is uitdrukkelijk uitgesproken dat de appèlrechter 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 appèlbeslissing blijkt onmiskenbaar duidelijk dat de appèlrechter 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 appèlrechter 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 appèlrechter wijzigt de door de eerste rechter opgelegde dwangsom, uiteraard zonder ze af te schaffen (gewijzigde dwangsom);

(5) De appèlrechter legt een dwangsom op zonder dat in eerste aanleg een dwangsom werd opgelegd, wegens niet gevorderd of niet toegekend (voor het eerst een dwangsom).

149 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 aanvaard (G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980, p. 73, nrs. 204-206). 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 recent ook door de rechtspraak bevestigd (Brussel 30 juni 2000, *J.T.* 2001, 761).

150 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 is het probleem enkel aan de orde 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 van 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 appèlrechter (zie verder, nr. 153).

§ 3. Dwangsomrechter versus executierechter

151 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 art. 1385*quinquies* Ger. W. Die bevoegdheid is krachtens art. 1385*quinquies* Ger. W. exclusief voorbehouden aan de rechter die de dwangsom heeft opgelegd (d.i. de “dwangsomrechter”).

De bijzonderheden van deze aangelegenheid worden onderzocht bij de bespreking van de taak en de bevoegdheid van de beslagrechter (zie boven nr. 42 e.v.).

Het arrest van het Benelux-Gerechtshof van 12 februari 1996 legt artikel 4, eerste lid, van de Eenvormige Benelux-Wet betreffende de dwangsom uit (Benelux Hof 12 februari 1996, nr. A94/3, “Leslee Sports / Snauwaert”, *R.W.* 1995-96, 1298, concl. JANSSENS DE BISTHOVEN en *Casebook 20 jaar dwangsom*, nr. 163).

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 art. 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 verband (Cass. 2 mei 1996, *R.W.* 1996-97, 656, verwijzende noot). 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”.

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 art. 1385*quinquies* Ger. W., is een schorsing van de tenuitvoerlegging totdat uitspraak zal gedaan zijn over de voorziening op grond van art. 1385*quinquies* Ger. W. (zie in dezelfde zin: E. DIRIX, “Overzicht van rechtspraak. Beslag en collectieve schuldenregeling (1997-2001)”, *T.P.R.* 2002, (1187), 1198-1199). 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

152 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 Benelux-Wet 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 (Voorz. Kh. Antwerpen 26 september 1986, *J.T.* 1986, 672; Voorz. Kh. Charleroi 26 december 1988, *J.T.* 1989, 199). 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., misskennen. 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 art. 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 (zie bv.: Brussel 30 mei 2000, *Casebook 20 jaar dwangsom*, nr. 183). Niets verzet zich daartegen. De afwezigheid van een termijn impliceert evenwel niet dat men zich nog zou kunnen beroepen op art. 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.

153 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 maken. Het kan

zijn dat de onmogelijkheid blijkt na de uitspraak in eerste aanleg, maar nog voor de beëindiging van de rechtsstrijd in hoger beroep. In dat geval kan de vordering worden ingeleid bij conclusie. Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 27 oktober 1988 bevestigd dat het appèlgerecht, 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 appèlgerecht de dwangsom bevestigt en de veroordeelde zich beroept op de onmogelijkheid om de hoofdveroordeling na te leven (Cass. 27 oktober 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, I, 242).

Het hoger besproken criterium zoals aangereikt door het Benelux-Gerechts-hof 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 appèlrechter 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 appèlrechter 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 appèlrechter 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* (Voorz. Kh. Brussel 28 oktober 1994, *J.T.* 1995, 154). 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 beroep. 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.

Murielle VANDERMERSCH lijkt daarentegen uit te gaan van de opvatting dat, zolang het appèlgerecht de dwangsom uitgesproken door de eerste rechter niet bevestigd heeft, de vordering tot mildering moet worden gebracht voor de eerste rechter die de dwangsom heeft opgelegd (M. VANDERMERSCH, "Incidence sur l'astreinte de la réformation en appel de la décision entreprise", (noot onder Brussel 4 november 1993), *T.B.B.R.* 1995, 234). De opvatting van VANDERMERSCH lijkt moeilijk te verenigen met het hierboven besproken arrest van het Hof van Cassatie van 27 oktober 1988 (zie ook: A. DE CALUWÉ en J.

PROSMAN, "Chronique de jurisprudence. Cour de Justice Benelux. 1er juillet 1988-31 décembre 1992", *Cahiers de droit européen* 1994, 685; G. DE LEVAL, "Quel est le juge qui a ordonné l'astreinte au sens de l'article 1385*quinquies* du Code judiciaire?", (noot onder Rb. Namen 21 januari 1993), *J.L.M.B.* 1993, 1033).

G. L. BALLON meent dat men een onderscheid dient te maken naargelang het hoger beroep al dan niet reeds werd ingesteld. Werd nog geen hoger beroep ingesteld, doch is dit nog mogelijk, dan meent BALLON dat de veroordeelde voor een vordering op grond van artikel 1385*quinquies* de keuze heeft tussen de rechter die de veroordeling in eerste aanleg uitsprak, dan wel de rechter in hoger beroep (G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980, p. 74, nrs. 207-209). Ingeval reeds hoger beroep werd ingesteld, meent BALLON dat de rechter in eerste aanleg niet meer bevoegd is, gelet op de devolutieve werking van het hoger beroep (*a.w.*). De devolutieve werking van het hoger beroep heeft evenwel slechts tot gevolg dat de rechtsmacht van de rechter in eerste aanleg aangaande het geschil dat aanleiding gaf tot het opleggen van een dwangsom, uitgeput is (K. BROECKX, *Het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, Antwerpen, Maklu, 1995, p. 236, nr. 522). Wanneer daarentegen nieuwe omstandigheden rijzen die de behoorlijke uitvoering van de hoofdveroordeling onmogelijk maken, vinden de regels inzake de devolutieve werking van het hoger beroep niet noodzakelijkerwijze toepassing. De devolutieve werking houdt in dat de zaak wordt overgeheveld (*devolvere*) naar de rechter in hoger beroep, maar de beoordeling van de appèlrechter is beperkt tot de geschilpunten die hem worden voorgelegd. Hij neemt kennis van het geschil binnen de perken aangegeven door de partijen in de akte van hoger beroep of in hun conclusies (K. BROECKX, *a.w.*, p. 236-237, nr. 523). Het alhier bepleite keuzerecht van de veroordeelde vindt steun in de door K. BROECKX besproken beginselen inzake de devolutieve werking. Aangezien de partijen zelf de perken bepalen waarbinnen de appèlrechter 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 appèlrechter, 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 appèlrechter 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 appèlrechter 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 appèlrechter die een dwangsom volledig opheft nooit “de rechter die een dwangsom heeft opgelegd” wordt. Toch is de appèlrechter, 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 appèlrechter 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 appèlrechter 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 is (K. BROECKX, *a.w.*, p. 288, nr. 633). De rechter mag derhalve rekening houden met feiten die zich na het eerste vonnis hebben voorgedaan (K. BROECKX, *a.w.*, p. 281, nr. 618).

Van belang is derhalve dat de appèlrechter 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 van het Benelux-Gerechtshof van 12 februari 1996). Art. 1385*quinquies* Ger. W. kan m.a.w. door de appèlrechter enkel worden toegepast indien hij de dwangsommen slechts g e d e e l t e l i j k opheft en hij door zijn uitspraak kan gelden als de rechter die de dwangsom heeft opgelegd. De appèlrechter die niet geldt als rechter die de dwangsom heeft opgelegd doch wel, met toepassing van art. 1385*quinquies* Ger. W., de dwangsom volledig opheft, miskent voormelde wetsbepaling (Cass. 15 mei 1998, *Arr. Cass.* 1998, 256 en *Pas.* 1998, 256). De appèlrechter kan de dwangsom slechts volledig opheffen op grond van art. 1385*bis* Ger. W., bv. 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 (meer hierover boven, nr. 10).

§ 5. Wijze van aanpassing

A. OPHEFFING

154 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 veroor-

deling 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

155 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 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

156 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 en een gedeeltelijke of tijdelijke onmogelijkheid, toch nog laakbaar is, lijkt een vermindering aangewezen.

§ 6. Onmogelijkheid

A. HET BEGRIP ONMOGELIJKHEID

157 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.

Als bv. de verkoper van een waardevolle ets na het sluiten van de koop het verkochte goed wil houden, is hij daartoe in ons rechtsstelsel principieel niet gerechtigd. De koper mag in zo'n geval de uitvoering *in natura* van de overeenkomst eisen en is er in beginsel niet toe gehouden genoeg te nemen met vervangende schadevergoeding. Sinds de invoering van de Eenvormige Benelux-Wet op de dwangsom in 1980, beschikt de koper over de mogelijkheid de levering van het verkochte goed onder verbeurte van een dwangsom te vorderen. In dit voorbeeld lijkt een dwangsom per dag vertraging de meest aangewezen modaliteit. Wat echter als het huis van de verkoper – ets inclusief – door brand volledig verwoest wordt, twee dagen na de betekening van het vonnis, waarin de afgifte van het goed onder verbeurte van een dwangsom van 250 euro per dag vertraging bevolen wordt? Wat als de verkoper de ets twee weken na de betekening gewoon doorverkoopt aan een derde? Wat als de ets verwoest wordt in een auto-ongeluk veroorzaakt door dronkenschap en overdreven snelheid van de verkoper? Wat als de verkoper beweert dat de ets gestolen is, doch het gevaar van collusie niet kan worden uitgesloten? Al deze vragen maken duidelijk dat er een systeem nodig was om aan dit soort problemen een oplossing te geven. De vragen wijzen er ook op dat een wijziging van de feitelijke omstandigheden de situatie dermate beïnvloedt, dat een ruime appreciatiebevoegdheid van de rechter wenselijk leek om voor elke casus een aangepaste oplossing te kunnen bieden.

Artikel 1385*quinquies* Ger. W. verhindert dat de dwangsom aanleiding zou kunnen geven tot onbillijke resultaten in situaties waarin de veroordeelde niet of niet meer over de mogelijkheid beschikt om behoorlijk te presteren.

158 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. (Corr. Leuven 13 december 1999, *T.M.R.* 2000, 403; S. DE TAEYE, “De dwangsom wegens stedenbouwmisdrijf: een maatregel die beklijft”, (noot onder Antwerpen 16 oktober 2001), *A.J.T.* 2001-02, 525), heeft het begrip onmogelijkheid dezelfde (ruime en niet-vastomlijnde) betekenis als in het dagelijkse spraakgebruik (Brussel 2 mei 1989, *J.L.M.B.* 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), *A.J.T.* 1998-99, 397. Zie voor een geval waarin de veroordeelde zich door zijn eigen optreden in een moeilijke situatie gebracht heeft: Corr. Gent 20 juni 1997, *T.G.R.* 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 een inspanning te bekomen die groter is dan de inspanning die de vragende partij redelijkerwijze zelf zou wensen te leveren (vgl. Hof 's-Gravenhage 21 mei 1992, *N.J.* 1993, nr. 238).

Het begrip onmogelijkheid moet niet worden begrepen in absolute termen.

Wanneer bv. 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 bv. 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 betracht (Cass. 30 mei 2002, www.cass.be; Hof 's-Gravenhage 21 mei 1992, *N.J.* 1993, nr. 238; Benelux Hof 25 september 1986, *R.W.* 1986-87, 1333, concl. E. KRINGS).

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 voorliggen (Arbh. Antwerpen 18 november 1985, *Soc. Kron.* 1986, 82).

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 worden (Cass. 3 november 1994, *R.W.* 1994-95, 1436).

159 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 feitenrechter (Brussel 30 mei 2000, *Casebook 20 jaar dwangsom*, nr. 183; Kh. Antwerpen 5 januari 1994, *R.W.* 1994-95, 752). De cassatierechter kan op die beoordeling niettemin een marginale toetsing 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 was (E. KRINGS, concl. voor Benelux Hof 25 september 1986, nr. A 84/5, *Benelux Jur.*, Deel 7, 17, *R.W.* 1986-87, 1333 en *N.J.* 1987, nr. 909, noot W.H.H.).

B. AARD VAN DE ONMOGELIJKHEID

160 Uit het vorige randnummer blijkt dat de onmogelijkheid in artikel 1385*quinquies* 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 vermoedens (Brussel 30 mei 2000, *Casebook 20 jaar dwangsom*, nr. 183).

De onmogelijkheid kan van velerlei aard zijn. Er kan sprake zijn van een materiële onmogelijkheid, een juridische onmogelijkheid (Brussel 7 december 1999, *Casebook 20 jaar dwangsom*, nr. 182), of uitzonderlijk zelfs van een morele onmogelijkheid. Het aanvaarden van een morele onmogelijkheid moet nochtans met grote omzichtigheid geschieden, aangezien men niet mag zwichten voor allerlei chicanes van de veroordeelde.

Als bv. 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 bewering.

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*quinquies* 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 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 vernietigd (Benelux Hof 25 mei 1999, zaak A 97/2, *Benelux Jur.*, Deel 20, 2, concl. STRIKWERDA, *R.W.* 1999-2000, 914, concl. STRIKWERDA, noot E. DIRIX, *N.J.* 2000, nr. 14, concl. STRIKWERDA, noot H.J.S. en *Ars Aequi* 2000, 49, noot G. RUTGERS).

Een gebrek aan financiële middelen om de nodige aanpassingswerken uit te voeren, geldt niet noodzakelijkerwijze als onmogelijkheid, aangezien het geldgebrek in bepaalde gevallen het gevolg kan zijn van de keuze van de veroordeelde om zijn financiële middelen voor andere (niet-prioritaire) doeleinden aan te wenden (Antwerpen 2 januari 1997, A.R. 01/97, onuitg.).

C. ONMOGELIJKHEID VERSUS OVERMACHT

161 Het begrip onmogelijkheid van artikel 1385*quinquies* Ger. W. moet niet worden verward met overmacht (E. DIRIX, “Dwangsom en overmacht”, (noot

onder Benelux-Gerechtshof 25 mei 1999), *R.W.* 1999-2000, 916). 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 art. 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 onvoorziënbaar en onontkoombaar was (Brussel 30 mei 2000, *Casebook 20 jaar dwangsom*, nr. 183). Onvoorzienbaarheid en onontkoombaarheid zijn niet vereist opdat er sprake zou kunnen zijn van onmogelijkheid in de zin van art. 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

162 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.

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 recente 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

163 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 de verbeurte van de dwangsom tot gevolg, zonder mogelijkheid tot enige mildering op grond van artikel 1385*quinquies* Ger. W.

§ 7. Enkele belangrijke soorten toepassingsgevallen van onmogelijkheid

164 In wat volgt worden enkele belangrijke soorten toepassingsgevallen besproken waarin een mildering van de dwangsom kan worden uitgesproken wegens onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen. De behandelde categorieën zijn slechts bedoeld om de omvangrijke rechtspraak overzichtelijker te maken, zonder aanspraak te maken op exhaustiviteit. Indien een bepaalde casuspositie bezwaarlijk in een van de volgende categorieën kan worden ondergebracht, volgt daaruit niet noodzakelijk dat er geen ruimte zou zijn voor toepassing van artikel 1385*quinquies* Ger. W.

A. DE DWALING IN HET ALGEMEEN

165 Als de veroordeelde in dwaling verkeerde aangaande de precieze draagwijdte van de veroordeling, volstaat dat niet opdat er sprake zou zijn van onmogelijkheid in de zin van artikel 1385*quinquies* Ger. W. Het moet gaan om een dwaling die niet toerekenbaar is aan de veroordeelde (Antwerpen 9 februari 1998, *A.J.T.* 1998-99, 396, noot G. L. BALLON). Het meest voor de hand liggende voorbeeld hiervan, is de dwaling die veroorzaakt werd door de eisende partij.

De dwaling moet niet absoluut onoverwinnelijk zijn opdat zij in aanmerking zou komen als grondslag voor een onmogelijkheid in de zin van artikel 1385*quinquies* Ger. W. Het volstaat dat de omvang van de inspanning vereist om de dwaling te overwinnen, groter is dan de inspanning die de eisende partij redelijkerwijze zelf bereid zou zijn te leveren.

B. DWALING VOORAFGAAND AAN EEN INTERPRETATIEVE OF VERBETERENDE BESLISSING

166 Het is denkbaar dat een partij veroordeeld wordt onder verbeurte van een dwangsom, en dat enkele maanden of jaren later een verbeterende of interpretatieve beslissing gewezen wordt. Op grond van de artikelen 793 en 794 Ger. W., kan de interpretatieve of verbeterende beslissing geen uitbreiding, beperking of wijziging van de te interpreteren of te verbeteren beslissing teweegbrengen. Aangezien er geen sprake is van een wijziging, doch slechts van een uitlegging of verbetering van een materiële vergissing, blijft de oorspronkelijke veroordeling de titel op grond waarvan de rechten van partijen

worden vastgelegd. Een interpretatieve of verbeterende beslissing is op zich genomen geen uitvoerbare titel. Na het wijzen van de interpretatieve of verbeterende beslissing, wordt de oorspronkelijke beslissing geacht nooit een andere betekenis te hebben gehad.

Het is evident dat zulks voor de veroordeelde onder verbeurte van een dwangsom zeer ingrijpende gevolgen kan hebben. Artikel 1385*quinquies* Ger. W. kan toepassing vinden in zulke situaties (Antwerpen 9 februari 1998, *A.J.T.* 1998-99, 396, noot G. L. BALLON; E. DIRIX, "Executieproblemen...", *Jura Falconis Libri*, 1999, 50). Deze bepaling kan met name vermijden dat de veroordeelde na de interpretatieve of verbeterende beslissing plots een fenomenaal bedrag zou hebben verbeurd, als gevolg van het principe dat de te interpreteren of te verbeteren beslissing geacht wordt nooit iets anders te hebben bedoeld dan wat bepaald werd in de interpretatieve of verbeterende beslissing.

Het voorgaande impliceert echter niet dat de loutere aanhangigmaking van een vordering tot verbetering of interpretatie, een beletsel zou opleveren voor de invordering van verbeurde dwangsommen (Brussel 29 februari 2000, *J.T.* 2000, 466).

C. PUTATIEVE ONMOGELIJKHEID

167 In bepaalde omstandigheden kan putatieve onmogelijkheid aanvaard worden als onmogelijkheid in de zin van artikel 1385*quinquies* Ger. W. (voor een toepassing zie: Rb. Luik 12 oktober 1993, *J.L.M.B.* 1994, 1312). Putatieve onmogelijkheid is een onmogelijkheid waarvan de veroordeelde denkt dat zij bestaat, doch die in werkelijkheid niet bestaat (E. KRINGS, concl. voor Benelux Hof 25 september 1986, *R.W.* 1986-87, 1338).

De dwaling en de putatieve onmogelijkheid zijn, in het kader van artikel 1385*quinquies* Ger. W., niet steeds probleemloos van elkaar te onderscheiden. Beide figuren zijn nauw met elkaar verwant. Aan elke putatieve onmogelijkheid ligt een vorm van dwaling ten grondslag, maar niet elke dwaling geeft aanleiding tot putatieve onmogelijkheid. Als de veroordeelde bv. niet weet hoe hij moet handelen op grond van de hoofdveroordeling, zodat hij een interpretatieve beslissing uitlokt, verkeert hij niet in de mening volledig te hebben gepresteerd, en hij meent evenmin dat de prestatie onmogelijk is.

Wanneer de veroordeelde in dwaling verkeert nopens de draagwijdte van de prestatie, zonder te menen dat ze onmogelijk of reeds verricht is, kan er sprake zijn van dwaling, zonder dat er een putatieve onmogelijkheid voorligt.

168 De belangrijkste leidraad voor vraagstukken over de putatieve onmogelijkheid vormt het arrest van het Benelux-Gerechtshof van 25 maart 1986, en vooral de conclusie van E. KRINGS voor dit arrest (Benelux Hof 25 september 1986, *R.W.* 1986-87, 1333, concl. E. KRINGS).

Men kan twee soorten putatieve onmogelijkheid onderscheiden. In een eerste situatie, verkeert de veroordeelde in de mening dat de te verrichten prestatie onmogelijk is, terwijl dit in werkelijkheid niet zo is. In een tweede situatie, verkeert de veroordeelde in de mening dat hij de te verrichten prestatie tijdig en volledig heeft verricht, terwijl dit in werkelijkheid niet zo is.

In alle gevallen van putatieve onmogelijkheid, is er sprake van een vergissing van de veroordeelde. Als de veroordeelde die vergissing aan eigen onzorgvuldigheid te danken heeft, kan de rechter de dwangsom niet milderen (Arbh. Luik 18 december 1995, *J.T.T.* 1996, 394, *Soc. Kron.* 1996, 350). De vergissing waarop de mening van de veroordeelde gebaseerd is, mag ook als dwaling omschreven worden. Opdat de rechter er rekening mee mag houden, moet die dwaling verschoonbaar zijn, d.w.z. dat ieder normaal zorgvuldig persoon in dezelfde omstandigheden ook gedwaald zou hebben.

Opdat de rechter de dwangsom zou kunnen milderen op grond van putatieve onmogelijkheid, moet hij nagaan of de vergissing in hoofde van de veroordeelde was vermeden indien de veroordeelde redelijkerwijze meer inspanning en zorgvuldigheid had betracht. Indien dat niet zo is, staat men voor een vergissing die ieder normaal zorgvuldig persoon, in dezelfde omstandigheden geplaattst, ook zou hebben begaan. Indien de vergissing wel had kunnen worden vermeden met betrachting van meer inspanning en zorgvuldigheid, moet worden nagegaan of het redelijk is zulks van de veroordeelde in de concrete omstandigheden te vergen.

§ 8. Geen vereffening naar Frans model

169 Krachtens het laatste lid van artikel 1385*quinqüies* Ger. W., kan de rechter de dwangsom niet opheffen of verminderen voor zover de dwangsom reeds was verbeurd voordat de onmogelijkheid intrad.

Als mildering van de dwangsom mogelijk zou zijn zelfs voor het intreden van de onmogelijkheid, zou het definitief karakter van de dwangsom in het Benelux model dreigen te verwateren. Eens de dwangsom verbeurd is, blijft ze verbeurd, behoudens de wettelijke herzieningsmechanismen van artikel 1385*quinqüies*, 1385*septies* (overlijden van de veroordeelde) en 1385*octies* (verjaring). Mocht de later intredende onmogelijkheid tot gevolg kunnen hebben dat ook dwangsommen verbeurd voor het intreden van de onmogelijkheid zouden mogen worden opgeheven of verminderd, zou de systematiek van de Eenvormige Benelux-Wet op de dwangsom ernstig verstoord zijn. Artikel 1385*quinqüies* is geen stap in de richting van een “liquidation de l’astreinte” naar Frans model (zie boven, nr. 9). Het onderscheid tussen “astreintes provisoires” en “astreintes définitives” bestaat niet naar Belgisch recht (zie boven, nr. 9).

Waar geen sprake is van onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen, kan artikel 1385*quinqüies* Ger. W. geen toepassing vinden (Arbh. Antwerpen 18 november 1985, *Soc. Kron.* 1986, 82; E.

GULDIX, "De dwangsom eindelijk legaal", *T. Vred.* 1980, 155). De omstandigheid dat de uitvoering van een prestatie moeilijker is geworden dan voorzien ten tijde van de uitspraak, kan geen toepassing van art. 1385*quinqies* Ger. W. rechtvaardigen indien de uitvoering van de prestatie slechts moeilijker doch niet onmogelijk is geworden (Gent 25 februari 2000, *T.M.R.* 2000, 402; Arbh. Brussel 18 november 1985, *Soc. Kron.* 1986, 84 en *Casebook 20 jaar dwangsom*, nr. 167; E. GULDIX, "De dwangsom eindelijk legaal", *T. Vred.* 1980, 149).

AFDELING II

MILDERING VAN DE DWANGSOM BIJ OVERLIJDEN

170 Het feit dat geen gepubliceerde rechtspraak gevonden werd die specifiek betrekking heeft op artikel 1385*septies* Ger. W., illustreert dat dit artikel vanuit legistiek opzicht een goed werkstuk is.

De rechtspraak m.b.t. de uitdrukking "de rechter die een dwangsom heeft opgelegd" (een uitdrukking die zowel in art. 1385*quinqies* als in art. 1385*septies* voorkomt) vermeldt bij het onderzoek van die uitdrukking soms ook art. 1385*septies*, doch het praktische belang van die rechtspraak ligt quasi uitsluitend in de sfeer van art. 1385*quinqies*.

De gehele Eenvormige Benelux-Wet betreffende de dwangsom is vanuit legistiek oogpunt een gave tekst, maar de bepalingen die aanleiding gaven tot tientallen gepubliceerde beslissingen, zoals artikel 1385*quinqies* Ger. W., bevatten nu eenmaal open normen, in tegenstelling tot artikel 1385*septies*, dat een precieze regeling bevat van de situatie die zich voordoet wanneer de veroordeelde partij overlijdt.

§ 1. Overlijden van de veroordeelde

171 Indien iemand veroordeeld wordt onder verbeurte van een dwangsom per tijdseenheid, heeft zijn overlijden minstens één gelukkig gevolg: de dwangsom houdt op te verbeuren. Niettemin blijven dwangsommen verbeurd voor het overlijden verschuldigd, wat een uiting is van het definitief karakter van de dwangsom in het systeem van de Eenvormige Benelux-Wet. Indien de erfgenamen vrezen dat de verbeurde dwangsommen de waarde van de nalatenschap overtreffen, volstaat het dat zij de nalatenschap verwerpen opdat zij een aantasting van hun eigen patrimonium zouden vermijden. Een andere optie om hetzelfde resultaat te bewerkstelligen, is de nalatenschap aanvaarden onder voorrecht van boedelbeschrijving. De erfgenaam die de nalatenschap aanvaardt onder voorrecht van boedelbeschrijving, is slechts gehouden tot betaling van de schulden en lasten van de nalatenschap ten belope van de waarde van de goederen en met de goederen van de nalatenschap, zonder dat hierbij het persoonlijk vermogen van de erfgenaam vermengd wordt met het vermogen van de erflater (L. BRACKE en P. VAN OOTEGHEM, "De beneficiaire

aanvaarding. Enkele beschouwingen bij een weinig voorkomende erfkeuze", *T. Not.* 1997, 317. Zie ook: H. CASMAN, "Quelques questions relatives à la liquidation d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire", *Rev. not. b.* 1998, 530).

Artikel 1385*septies* Ger. W. beschermt ook de eisende partij. Het overlijden van de veroordeelde heeft niet tot gevolg dat de eisende partij moet dulden dat de erfgenamen zich zouden bezondigen aan hetzelfde gedrag als door de rechter aan de overledene verboden was. De rechter die de dwangsom heeft opgelegd, zoals nader omschreven door de rechtspraak met betrekking tot artikel 1385*quinquies* Ger. W., kan beslissen dat de dwangsom na het overlijden opnieuw verbeurd wordt. Hij kan daarbij het bedrag of de voorwaarden van de dwangsom aanpassen aan de gewijzigde omstandigheden.

§ 2. Verbeurte van de dwangsom door de erfgenamen of andere rechtverkrijgenden

172 Opdat de dwangsom opnieuw zou kunnen worden verbeurd na het overlijden van de veroordeelde, is een uitdrukkelijke beslissing van de rechter vereist in de volgende gevallen: ten eerste bij een dwangsom per tijdseenheid, en ten tweede bij een dwangsom per inbreuk waarbij de inbreuk uit een louter stilzitten bestaat.

Het vereiste van een nieuwe beslissing op vordering van de eisende partij steunt bij de dwangsom per tijdseenheid op de uitdrukkelijke bewoordingen van artikel 1385*septies*, eerste en tweede lid. Het vereiste van de nieuwe beslissing na overlijden van de veroordeelde bij een dwangsom per inbreuk die bestaat uit louter stilzitten, staat niet uitdrukkelijk in de wet vermeld, doch vloeit voort uit de systematiek van artikel 1385*septies* Ger. W. Het gaat daarbij niet om een interpretatie *contra legem*. Een letterlijke interpretatie van artikel 1385*septies* Ger. W. brengt geen soelaas, omdat de tekst van deze bepaling (en met name de uitdrukking "andere dwangsommen") alleen begrijpelijk is vanuit een analyse van de systematiek van de tekst, de bedoeling van de wetgever, en meer in het bijzonder het samenspel van de drie leden van de wetsbepaling. Zelfs mocht men de interpretatie verwerpen volgens dewelke "de dwangsom", zoals vermeld in artikel 1385*septies* tweede lid Ger. W., zowel betrekking heeft op de dwangsom per tijdseenheid als op de dwangsom per inbreuk bestaande uit een louter stilzitten, dan zou deze laatste dwangsom zich bij uitstek lenen tot een mildering ten gunste van de erfgenamen of andere rechtverkrijgenden op grond van artikel 1385*septies*, derde lid Ger. W.

§ 3. Mildering van de dwangsom na overlijden

173 Luidens artikel 1385*septies*, derde lid, kunnen andere dwangsommen, op vordering van de erfgenamen en andere rechtverkrijgenden, door de rechter die ze heeft opgelegd, worden opgeheven of verminderd, hetzij blijvend,

hetzij tijdelijk, en, in voorkomend geval, met ingang van de dag waarop de veroordeelde overleden is.

De term "andere dwangsommen" moet worden begrepen in samenhang met het eerste lid van artikel 1385*septies*. Het eerste lid van artikel 1385*septies* vermeldt de dwangsom per tijdseenheid. Het derde lid heeft bijgevolg betrekking op dwangsommen per inbreuk of dwangsommen vastgesteld op een bedrag ineens.

Bij een dwangsom per inbreuk (of een dwangsom vastgesteld op een bedrag ineens) is het logisch dat erfgenamen haar wel kunnen verbeuren zonder nieuwe beslissing van de rechter, in tegenstelling tot bij de dwangsom per tijdseenheid. In dit laatste geval kan het verstrijken van de tijd de verbeurte van de dwangsom tot gevolg hebben, en de wetgever heeft willen vermijden dat het loutere verstrijken van de tijd voor de erfgenamen een vermogens-aantasting tot gevolg kan hebben. Zij weten immers niet noodzakelijkerwijze dat de overledene een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom had opgelopen.

Bij een dwangsom per inbreuk kan het stilzitten van de erfgenamen de verbeurte van de dwangsom principieel niet tot gevolg hebben. De erfgenamen dienen in beginsel zelf inbreukmakend gedrag te stellen opdat zij de dwangsom zouden kunnen verbeuren. Daarbij is denkbaar dat de erfgenamen inbreukmakend gedrag stellen zonder te weten dat het de verbeurte van een dwangsom tot gevolg heeft. Om die reden heeft de wetgever de mogelijkheid tot mildering voorzien in artikel 1385*septies*, derde lid Ger. W.

Stilzitten kan als zodanig de verbeurte van een dwangsom per inbreuk wel tot gevolg hebben. Het gaat daarbij evenwel om een laakbaar stilzitten, d.w.z. een stilzitten in strijd met een rechterlijk gebod of verbod. Opdat louter stilzitten in hoofde van de erfgenamen (of andere rechtverkrijgenden) laakbaar zou worden, is een nieuwe rechterlijke tussenkomst vereist, zoals besproken in het voorgaande randnummer.

§ 4. Overlijden van de eisende partij

174 De Eenvormige Wet bevat geen specifieke regels aangaande het overlijden van de eisende partij (G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980, nr. 229, p. 82).

De normale regels geldend bij het overlijden van een partij vinden hier toepassing. Indien de eisende partij nog geen uitvoerbare titel verkregen heeft op het ogenblik van haar overlijden, kunnen haar rechtsopvolgers het geding hervatten, tenminste indien de vordering niet louter persoonlijk was, zodat zij in het vermogen van de rechtsopvolgers is terechtgekomen.

Indien een partij overlijdt op het ogenblik dat de debatten reeds gesloten zijn, en de rechter spreekt vervolgens ten bate van die partij een dwangsom uit, kunnen haar rechtsopvolgers verbeurde dwangsommen invorderen. Desge-

vallend kan ten bate van die rechtsopvolgers de verjaring van de dwangsommen geschorst zijn op grond van art. 1385*octies*, derde lid Ger. W., krachtens hetwelk de verjaring van de dwangsom geschorst wordt zolang degene die de veroordeling verkreeg met het verbeuren van de dwangsom redelijkerwijze niet bekend kon zijn (G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980, nr. 271, p. 96).

De schuldenaar wordt bijgevolg door het overlijden van zijn schuldeiser niet bevrijd.

Indien de medewerking van de overleden eisende partij vereist was voor de behoorlijke uitvoering van de veroordeling (bv.: een loodgieter wordt onder verbeurte van een dwangsom veroordeeld om herstellingswerkzaamheden uit te voeren in een badkamer, doch kan het pand niet betreden ingevolge het overlijden van de eiser die het pand bewoonde), kan de veroordeelde zich desgevallend beroepen op onmogelijkheid om de hoofdveroordeling uit te voeren in de zin van art. 1385*quinquies* Ger. W.

HOOFDSTUK VI

FAILLISSEMENT VAN DE VEROORDEELDE

AFDELING I

TIJDENS HET FAILLISSEMENT VAN DE VEROORDEELDE WORDEN GEEN DWANGSOMMEN VERBEURD

175 Artikel 1385*sexies* Ger. W. bevat een regeling die in de praktijk weinig aanleiding geeft tot betwisting. Er bestaat bijgevolg vrijwel geen gepubliceerde rechtspraak met betrekking tot deze bepaling.

Dwangsommen verder laten verbeuren tijdens het faillissement van de veroordeelde, zou om een dubbele reden onredelijk zijn. Ten eerste verliest de veroordeelde ingevolge het faillissement de beschikking over zijn vermogen. Ten tweede zou de verbeurte van de dwangsom tijdens het faillissement de gelijkheid der schuldeisers al te zeer in het gedrang brengen.

Het is niet vereist dat de verboden of geboden handelingen enig verband houden met de handelsactiviteit van de gefailleerde. Een gefailleerde handelaar die voor het faillissement (of zelfs tijdens het faillissement) veroordeeld werd om zijn ex-echtgenote toe te staan haar omgangsrecht met de gemeenschappelijke kinderen uit te oefenen, onder verbeurte van een dwangsom, zal bij inbreuken op het rechterlijk gebod of verbod tijdens het faillissement geen dwangsommen verbeuren. Het vermogen dat het onderpand van de schuldeisers vormt, is per hypothese hetzelfde als dat waarop de verbeurde dwangsommen kunnen worden verhaald. Niettemin zijn zulke situaties relatief zeldzaam, gelet op het succes van het vennootschapsfenomeen.

AFDELING II

VERBEURDE DWANGSOMMEN WORDEN NIET TOT HET PASSIEF TOEGELATEN

176 Op grond van artikel 1385*sexies*, tweede lid Ger. W. worden verbeurde dwangsommen niet tot het passief van het faillissement toegelaten. Ook deze bepaling steunt op de bekommernis van de wetgever om de gelijkheid der schuldeisers niet te zeer in het gedrang te brengen (Gemeensch. M.v.T., *Parl. St. Kamer* 1977-78, nr. 353, 20).

HOOFDSTUK VII

VERJARING VAN DE DWANGSOM

AFDELING I

GRONDSLAG, AARD EN VOORWERP VAN DE VERJARINGSTERMIJN VAN ZES MAANDEN

§ 1. Grondslag

177 De grondslag van de korte verjaringstermijn van artikel 1385octies Ger. W. is dat de wetgever heeft willen vermijden dat de eisende partij door haar stilzitten dwangsommen zou kunnen laten oplopen tot astronomische bedragen (Gemeensch. M.v.T., *Parl. St. Kamer* 1977-78, nr. 353, 23; J. LAENENS, “De verjaring van de dwangsom”, (noot onder Beslagr. Brussel 8 oktober 1991), *R.W.* 1993-94, 234).

Dwangsommen die zouden oplopen tot ongerijmde hoogten, zouden niet alleen onbillijk zijn, doch zij zouden de gelijkheid der schuldeisers bovenmatig aantasten. Tevens zouden zij de geloofwaardigheid van het instituut van de dwangsom bedreigen.

§ 2. Aard

178 De verjaring van de dwangsom door verloop van zes maanden na de dag waarop zij is verbeurd, is een bijzondere vorm van bevrijdende verjaring. Door verloop van zes maanden is de veroordeelde bevrijd van de dreiging van het verlies van vermogensbestanddelen ingevolge de tenuitvoerlegging door de eisende partij van verbeurde dwangsommen.

De bevrijdende verjaring is een verweermiddel waardoor een bepaalde aanspraak op andermans goed niet meer kan worden opgeëist wegens de niet-uitoefening van dit recht binnen de door de wet bepaalde termijn (A. VAN OEVELEN, “Algemeen overzicht van de bevrijdende verjaring en de vervaltermijnen in het Belgisch privaatrecht”, *T.P.R.* 1987, (1755), 1759).

De termijn vervat in artikel 1385octies Ger. W. is een bevrijdende verjaringsstermijn. De verjaring van de dwangsom doet geen (positieve) aanspraak ontstaan, zoals dat bij de verkrijgende verjaring het geval is. Als bevrijdende verjaringstermijn is de termijn van zes maanden – in tegenstelling tot de vervaltermijnen – vatbaar voor schorsing en stuiting (Cass. 7 december 1995, *R.W.* 1995-96, 1416, verwijzende noot; Brussel 25 april 1991, *J.T.* 1991, 771; G. CLOSSET-MARCHAL, “Demande de révision et prescription de l’astreinte: compétences respectives du juge du fond et du juge des saisies”, (noot onder Luik 4 november 1991), *T.B.B.R.* 1992, 421). In de parlementaire voorbereiding wordt bevestigd dat de verjaring van de dwangsom kan worden geschorst

of gestuit, volgens de desbetreffende algemene regels van elk van de drie Beneluxlanden (Gemeensch. M.v.T., *Parl. St. Kamer* 1977-78, nr. 353, 23. Zie ook: J. LAENENS, "De verjaring van de dwangsom", (noot onder Beslagn. Brussel 8 oktober 1991), *R.W.* 1993-94, 234).

179 De instelling van de verjaring is erop gericht de rechtszekerheid te bevorderen. Enerzijds ontstaat door verjaring de zekerheid dat rechtsvorderingen niet kunnen worden ingesteld na het verstrijken van een bepaalde periode, anderzijds wordt door verjaring vermeden dat partijen het bewijs zouden moeten voorleggen van feiten die nog moeilijk te bewijzen zijn. Aangezien de verjaring rechtszekerheid en sociale rust beoogt, raakt de instelling van de verjaring als zodanig de openbare orde (A. VAN OEVELEN, "Algemeen overzicht van de bevrijdende verjaring (...)", *a.w.*, *T.P.R.* 1987, 1763-1764). Dit betekent niet dat alle regels met betrekking tot de verjaring de openbare orde zouden raken. Het middel van de verjaring, d.w.z. het recht om de verjaring in te roepen eenmaal zij verworven is, raakt in principe enkel privé-belangen (idem).

Partijen kunnen niet op voorhand overeenkomen dat tussen hen een langere dan wettelijk voorziene verjaringstermijn geldt. Evenmin kunnen partijen zich vooraf het recht ontzeggen een beroep te doen op de verjaring, precies zoals een partij zich niet vooraf het recht kan ontzeggen om haar toevlucht te nemen tot de dwangsom (zie boven, nr. 26).

Net zoals niets verhindert dat de eisende partij afstand doet van haar recht om verbeurde dwangsommen in te vorderen, belet niets dat een verwerende partij afstand doet van haar recht om zich te beroepen op verjaring. Het voornaamste gevolg van het gegeven dat het middel van de verjaring de openbare orde niet raakt, is dat de rechter het niet ambtshalve mag toepassen (G. CLOSSET-MARCHAL, "Demande de révision et prescription de l'astreinte: compétences respectives du juge du fond et du juge des saisies", (noot onder Luik 4 november 1991), *T.B.B.R.* 1992, 421). Dit beginsel ligt uitdrukkelijk vervat in artikel 2223 B.W. ("De rechter mag het middel van verjaring niet ambtshalve toepassen.").

§ 3. Tijdstip waarop men het middel van de verjaring kan opwerpen

180 De vraag op welk tijdstip men het middel van de verjaring kan opwerpen, vloeit voort uit de aard van dit middel, of meer in het bijzonder uit de procesrechtelijke kwalificatie ervan. Op dit stuk is de uitmuntende studie van A. VAN OEVELEN over de bevrijdende verjaring een uitstekende leidraad (A. VAN OEVELEN, "Algemeen overzicht van de bevrijdende verjaring (...)", *a.w.*, *T.P.R.* 1987, 1772).

VAN OEVELEN brengt in herinnering dat men de verweermiddelen in het burgerlijk procesrecht, de tegeneis buiten beschouwing gelaten, kan onderverdelen in drie categorieën, met name de verweermiddelen ten gronde, de excepties en de middelen van niet-ontvankelijkheid.

Bij het verweermiddel ten gronde betwist de verwerende partij de gegrondheid van de aanspraak van de eisende partij, zich steunend op materieelrechtelijke elementen (de beweringen van de eiser missen bv. feitelijke grondslag, of zij geven blijk van een verkeerde rechtsopvatting). De aanvaarding door de rechter van het verweer ten gronde, betekent voor de eiser het definitief verlies van zijn rechtsvordering. Krachtens het gezag van gewijsde van het vonnis dat de eis als ongegrond afwees, kan de eiser zijn vordering niet opnieuw instellen (A. VAN OEVELEN, *a.w.*, *T.P.R.* 1987, 1773).

Bij een exceptie blijft de eis zelf onaangeroerd, doch de verweerder werpt een hinderpaal op die belemmert dat de rechter er kennis van neemt. De exceptie is een verweermiddel met een tijdelijke en beperkte draagwijdte, gesteund op procesrechtelijke regels. Zij strekt ertoe de rechtspleging op te schorten of te vernietigen. Een exceptie die met succes wordt ingeroepen, tast het vorderingsrecht van de eiser niet aan. Een exceptie kan bijgevolg niet verhinderen dat de eiser zijn vordering nadien opnieuw instelt. Een exceptie dient in beginsel te worden opgeworpen *in limine litis*, d.w.z. bij de aanvang van het geding en voor ieder verweer ten gronde, tenzij zij de openbare orde aanbelangt (art. 868-869 Ger. W.).

Het middel van niet-ontvankelijkheid heeft met de exceptie gemeen dat het geen weerslag heeft op het (voort)bestaan van de aanspraak van de eiser. Het middel van niet-ontvankelijkheid betreft slechts de uitoefening in rechte van de aanspraak. Met het verweer ten gronde heeft het middel van niet-ontvankelijkheid gemeen dat de aanspraak niet opnieuw in rechte kan worden uitgeoefend. Bij het (geslaagde) verweer ten gronde is dit zo omdat de eis niet gegrond blijkt. Bij een middel van niet-ontvankelijkheid is er een obstakel dat de uitoefening in rechte van de aanspraak op definitieve wijze uitsluit. Bij de aanvaarding door de rechter van een middel van niet-ontvankelijkheid, verliest de eiser zijn *ius agendi*, m.a.w. zijn mogelijkheid om een vonnis te bekomen over de gegrondheid van zijn aanspraak. Minstens wordt bevestigd dat de eiser nooit het *ius agendi* heeft gehad met betrekking tot een bepaalde aanspraak (bv. wegens gemis van een persoonlijk belang). De middelen van niet-ontvankelijkheid kunnen in elke stand van het geding worden opgeworpen, zelfs voor de eerste maal in hoger beroep (A. VAN OEVELEN, *a.w.*, *T.P.R.* 1987, 1774, i.h.b. de verwijzingen in voetnoot 69).

Aangezien een succesvolle exceptie enkel tot gevolg heeft dat de rechtspleging tijdelijk wordt opgeschort ofwel vernietigd wordt, maar niet verhindert dat de vordering nadien opnieuw wordt ingeleid, is het duidelijk dat het verweermiddel van de verjaring geen processuele exceptie in de strikte zin van het woord is. De verwerende partij die zich beroept op de verjaring, voert evenmin een verweer ten gronde.

In het volgende randnummer zal worden toegelicht dat het voorwerp van de verjaring niet de aanspraak van de eisende partij is, doch wel de mogelijkheid om die aanspraak in rechte uit te oefenen. Het verweermiddel van de verjaring is een middel van niet-ontvankelijkheid, dat in iedere stand van het geding kan

worden ingeroepen, tot aan de sluiting der debatten (Beslagn. Namen 20 januari 1984, *R.R.D.* 1984, 221; G. CLOSSET-MARCHAL, "Demande de révision et prescription de l'astreinte: compétences respectives du juge du fond et du juge des saisies", (noot onder Luik 4 november 1991), *T.B.B.R.* 1992, 423). Men kan de verjaring zelfs nog in hoger beroep voor het eerst inroepen. Daar het middel van de verjaring de openbare orde in principe niet raakt, kan het niet voor de eerste maal bij een voorziening in cassatie worden ingeroepen. Het zou in de regel gaan om een nieuw middel, waarvan het Hof van Cassatie geen kennis kan nemen (tenzij in gevallen waarin het middel van de verjaring de openbare orde raakt, zoals bv. de verjaring van de burgerlijke vordering voortvloeiend uit een misdrijf).

§ 4. Voorwerp

181 De verjaring van de dwangsom heeft geen invloed op de gehoudenheid van de veroordeelde ingevolge de hoofdveroordeling. De verplichting door de rechter opgelegd aan de veroordeelde om iets te doen, iets te geven of iets niet te doen, verjaart volgens het regime van de artikelen 2262 en 2262bis B.W. (Beslagn. Brussel 19 maart 1991, *J.L.M.B.* 1991, 892; G. CLOSSET-MARCHAL, "Demande de révision et prescription de l'astreinte: compétences respectives du juge du fond et du juge des saisies", (noot onder Luik 4 november 1991), *T.B.B.R.* 1992, 420; V. TOLLENAERE, "De verjaring van de dwangsom: de stuiting", (noot onder Luik 30 april 1999), *T.B.B.R.* 2001, 299).

De korte verjaring heeft evenmin invloed op de bijkomende voorwaardelijke veroordeling tot de dwangsom. Deze veroordeling is, wat de verjaring betreft, onderhevig aan hetzelfde regime als de hoofdveroordeling. Slechts de effectieve verbeurte van de dwangsom heeft tot gevolg dat de termijn van zes maanden een aanvang neemt. Wanneer de veroordeelde bv. pas twee jaar na de betekening van de uitspraak een inbreuk begaat, begint de verjarings-termijn van de dwangsom slechts te lopen vanaf de dag na de inbreuk die de verbeurte van de dwangsom met zich brengt.

Het voorwerp van de verjaring zoals geregeld in artikel 1385octies Ger. W., is het recht om verbeurde dwangsommen in rechte op te eisen (het *ius agendi*) (G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980, nr. 271, p. 96; anders: M. E. STORME, "Perspectieven voor de bevrijdende verjaring in het vermogensrecht", *T.P.R.* 1994, (1977), p. 1984, nr. 4). M. E. STORME begrijpt het *ius agendi* als "het recht om naar de rechter te gaan" en bestempelt dit als een onverjaarbaar grondrecht. De term *ius agendi* wordt alhier anders opgevat, in de zin van het recht om een aanspraak in rechte af te dwingen (m.a.w. het recht om een aanspraak ter beoordeling aan de rechter voor te leggen, hetgeen men wel degelijk door verjaring kan verliezen).

Of anders gezegd: het voorwerp van de verjaring is de mogelijkheid van de eisende partij om verbeurde dwangsommen te realiseren middels uitwinning op het vermogen van de veroordeelde (Beslagn. Brussel 8 oktober 1991, *R.W.* 1993-94, 234, noot J. LAENENS).

Het voorwerp van de bevrijdende verjaring in het algemeen werd door het Hof van Cassatie toegelicht in een arrest van 25 september 1970, waarin het Hof overwoog "dat de verjaring, middel om van een verbintenis bevrijd te worden, het bestaan van de schuld niet treft, maar alleen de eisbaarheid ervan" (Cass. 25 september 1970, *Arr. Cass.* 1971, 78, concl. P. MAHAUX, *Pas.* 1971, 65; *R.W.* 1970-71, 845, *J.T.* 1971, 58, *R.C.J.B.* 1972, 5, noot J. LINSMEAU).

182 De vraag naar het voorwerp van de verjaring kan in de praktijk verregaande gevolgen hebben. Als de veroordeelde vrijwillig overgaat tot betaling van verbeurde dwangsommen, bv. om aan de dreiging van uitvoeringsmaatregelen te ontsnappen, is er geen sprake van onverschuldigde betaling, mocht naderhand blijken dat de dwangsommen verjaard waren. De veroordeelde heeft zich in zo'n geval gekweten van een natuurlijke verbintenis (G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980, nr. 271, p. 96). Belangrijk is dat de betaling vrijwillig gebeurde. Mocht de veroordeelde onder dwang een verjaarde schuld betaald hebben, ontstaat er wel een recht van terugbetaling (A. VAN OEVELEN, "Algemeen overzicht van de bevrijdende verjaring (...)", *a.w.*, *T.P.R.* 1987, 1760). Een betaling uit onwetendheid, is geen betaling onder dwang (Cass. 25 september 1970, *Arr. Cass.* 1971, 78, concl. P. MAHAUX).

Als bv. de veroordeelde verjaarde dwangsommen betaalt nadat hij een ingebrekestelling ontving van de raadsman van de eisende partij, terwijl de veroordeelde niet wist dat de dwangsommen verjaard waren, is er geen sprake van een betaling onder dwang. De betaling geldt in zo'n geval als de uitvoering van een natuurlijke verbintenis, waarbij de veroordeelde mogelijkerwijze in onwetendheid verkeerde nopens het ontbreken van de mogelijkheid voor de eisende partij om de aanspraak in rechte af te dwingen. Terugvordering is dan niet mogelijk.

De situatie is anders ingeval de eisende partij een aanvang heeft genomen met de tenuitvoerlegging (zij liet bv. een bevel voorafgaand aan uitvoerend beslag op onroerend goed betekenen) en de veroordeelde besluit toch maar de – verjaarde – dwangsommen te betalen, om te ontsnappen aan de dreiging van een gedwongen verkoop. De veroordeelde die in zulke omstandigheden betaalt, niet wetende dat de dwangsommen verjaard waren, betaalt onder dwang. In zo'n geval bestaat er wel aanleiding tot terugbetaling van de verjaarde dwangsommen aan de veroordeelde.

Of er sprake is van een betaling onder dwang dan wel van een vrijwillige betaling van verjaarde dwangsommen, is – behoudens de hieronder vermelde uitzondering – afhankelijk van de vraag of de betaling geschiedde voor of na de eerste daad van tenuitvoerlegging vanwege de eisende partij. De eerste daad van tenuitvoerlegging is doorgaans het bevel voorafgaand aan uitvoerend beslag (Brussel 6 april 1995, *A.J.T.* 1995-96, 172, noot I. VERNIMME; Beslagr. Luik 20 september 1993, *J.L.M.B.* 1993, 1289, noot G. DE LEVAL; J. LAENENS, "De verjaring van de dwangsom", (noot onder Beslagr. Brussel 8 oktober 1991), *R.W.* 1993-94, 235). De ingebrekestelling is geen daad van

tenuitvoerlegging (E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag*, in *A.P.R.*, 2001, 438). Het bevel is uiteraard niet in alle gevallen de eerste daad van tenuitvoerlegging, aangezien aan sommige vormen van uitvoerend beslag – zoals het uitvoerend beslag onder derden – geen bevel voorafgaat (E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag*, in *A.P.R.*, 2001, 451).

Bij een uitvoerend beslag onder derden neemt de tenuitvoerlegging een aanvang met de betekening van het deurwaardersexploit aan de derde in wiens handen het beslag gelegd wordt. In dat geval is een uitzondering van toepassing op de regel dat er sprake is van een betaling onder dwang zodra de betaling plaatsvindt na de eerste daad van tenuitvoerlegging. Bij een uitvoerend beslag onder derden is het mogelijk dat de veroordeelde de dwangsom betaalt na de betekening van het beslagexploit aan de derde, doch voor de aanzegging van het beslag, dewelke binnen acht dagen na de betekening van het beslagexploit aan de derde moet plaatsvinden (art. 1539 *in fine* Ger. W.). In dat geval kan er slechts sprake zijn van een betaling onder dwang indien zij plaatsvindt na de aanzegging aan de beslagene, tenzij die aantoonst dat de eisende partij hem op de hoogte heeft gebracht van de beslagmaatregel voor de aanzegging.

De belangrijkste praktische gevolgtrekking die men hieruit moet maken, is dat men een executiegeschil voor de beslagrechter moet uitlokken indien er twijfel bestaat aangaande de verjaring van de dwangsom. Elke vrijwillige betaling dient in zulke gevallen ontraden te worden.

AFDELING II

VERTREKPUNT VAN DE VERJARINGSTERMIJN

§ 1. Vertrekpunt van de verjaring van de dwangsom in het algemeen

183 Artikel 1385*octies*, eerste lid Ger. W. bepaalt dat een dwangsom verjaart door verloop van zes maanden na de dag waarop zij verbeurd is. Op grond van artikel 2260 B.W. wordt de verjaring gerekend bij dagen, niet bij uren. Of een dwangsom verbeurd wordt per uur, per dag, per week of volgens een andere tijdseenheid, heeft geen invloed op het vertrekpunt van de verjaring. Dat vertrekpunt is steeds de dag na de dag waarop de dwangsom verbeurd is.

De Franse tekst van artikel 1385*octies*, eerste lid Ger. W. luidt: “L’astreinte se prescrit par l’expiration d’un délai de six mois à partir de la date à laquelle elle est encourue.” Op het eerste gezicht vindt men in de Franse tekst niets terug over “na de dag waarop zij verbeurd is”, doch de betekenis van beide teksten is dezelfde. De Nederlandse versie expliciteert slechts het gegeven dat voor de berekening van de verjaringstermijn de *dies a quo* niet is inbegrepen in de termijn (Cass. 11 maart 1886, *Pas.* 1886, 105; A. VAN OEVELEN,

“Algemeen overzicht van de bevrijdende verjaring (...)”, *a.w.*, *T.P.R.* 1987, 1786).

Indien een partij na de betekening een inbreuk begaat op 31 maart op een rechterlijk gebod of verbod onder verbeurte van een dwangsom, begint de verjaring te lopen op 1 april om 0:00 uur. De laatst nuttige stuitingsdatum is dan 30 september, tot 23:59 uur, behoudens schorsing.

§ 2. Vertrekpunt van de verjaring van de dwangsom zonder maximum

184 De regels betreffende het vertrekpunt van de verjaring verschillen niet naargelang de rechter al dan niet een maximum heeft opgelegd. Het vertrekpunt is in beide hypothesen telkens de dag na de verbeurte. Het verschil is dat, wanneer de rechter een maximum oplegt, de dwangsom niet meer wordt verbeurd na het bereiken van het maximum, zodat in die hypothese de verjaring zes maanden na het bereiken van het maximum verworven wordt, behoudens schorsing en stuiting.

Als de rechter geen maximum vaststelt, kan de eisende partij vijf of tien jaar na de betekening van de uitspraak, of zelfs later, nog steeds verbeurde dwangsommen invorderen, tenminste indien het tijdstip van de verbeurte van de dwangsommen zich bevindt in de periode van zes maanden voorafgaand aan de aanvang van de invordering van de verbeurde dwangsommen, behoudens de andere gronden van schorsing en stuiting.

185 De dwangsom per tijdseenheid levert geen bijzondere problemen op voor de bepaling van het vertrekpunt van de verjaring. Indien dwangsommen verbeurd worden per dag vertraging, verjaart de dwangsom verbeurd ingevolge een bepaalde dag vertraging na verloop van zes maanden. De dwangsom verbeurd ingevolge een inbreuk begaan de volgende dag, zal een dag later verjaren, enzovoort (Gent 10 november 2000, *T.M.R.* 2001, 196; Brussel 4 oktober 1995, *P. & B.* 1996, 129; Beslagr. Brussel 19 maart 1991, *J.L.M.B.* 1991, 892).

186 Bij de dwangsom per inbreuk, dient men een onderscheid te maken tussen twee categorieën van inbreuken.

Aan de ene kant zijn er de inbreuken die niet voortdurend van aard zijn. Naar analogie met de terminologie van het strafrecht, zou men kunnen spreken van aflopende (of ogenblikkelijke) inbreuken. Een pleger van telefoonterreur die zijn slachtoffer opbelt in strijd met een verbod onder dwangsom, begaat een ogenblikkelijke inbreuk. Dit soort inbreuken levert voor de verjaring van de dwangsom geen bijzondere problemen op, omdat het meestal duidelijk is waar het tijdstip van de verbeurte van de dwangsom per inbreuk ligt (nl. het ogenblik waarop de inbreuk afgelopen is).

187 Aan de andere kant zijn er de inbreuken waar sprake is van voortdurende toestanden. Binnen deze categorie dient men verschillende subcatego-

rieën goed te onderscheiden, zoals eerder reeds besproken (zie boven, nrs. 110-111). Enerzijds is er de voortdurende inbreuk. Het gaat hier om één inbreuk, die voortdurend van aard is. Een echte voortdurende inbreuk ligt in het dwangsomrecht slechts voor in gevallen waarin de rechter die een dwangsom per inbreuk heeft opgelegd, slechts de bedoeling kon hebben gehad éénmaal het bedrag van de dwangsom te laten verbeuren, ook indien de inbreuk zich spreidt over een langere periode in de tijd.

Indien de rechter niet de bedoeling kon hebben gehad slechts éénmaal de opgelegde dwangsom te laten verbeuren, is er mogelijkwijze geen sprake van één voortdurende inbreuk, doch wel van een voortdurende reeks inbreuken.

Uiteraard moet men zich, gelet op het *sui generis* karakter van de dwangsom, bij de afbakening van deze begrippen niet laten leiden door de kwalificaties van het strafrecht. Een voortdurend misdrijf, zoals de instandhouding van een bouwsel zonder bouwvergunning, kan in het dwangsomrecht een voortdurende reeks inbreuken opleveren. Men kan zich zelfs handelingen inbeelden die een ogenblikkelijk misdrijf opleveren, doch die in het dwangsomrecht een voortdurende reeks inbreuken opleveren. Het wederrechtelijk oprichten van reclamepanelen levert volgens het Hof van Cassatie een ogenblikkelijk misdrijf op, aangezien de oprichting wordt bestraft, niet de instandhouding (Cass. 19 november 1985, *Arr. Cass.* 1985-86, 393). Afhankelijk van de formulering van het rechterlijk gebod of verbod, kan dat gedrag in het dwangsomrecht een voortdurende reeks inbreuken opleveren, bv. indien de rechter op vordering van een belanghebbende een verbod oplegt om “visuele intrusie te veroorzaken door de oprichting of instandhouding van reclamepanelen, onder verbeurte van een dwangsom van 500 euro per inbreuk”. Het hoeft geen betoog dat in zo’n geval een verbod “onder verbeurte van een dwangsom van 500 euro per dag tijdens dewelke een inbreuk plaatsvindt” meer aangewezen is. Dan zou de vraag naar de aard van de inbreuk niet meer rijzen, omdat er een dwangsom per tijdseenheid zou voorliggen.

188 Wat is het vertrekpunt van de verjaring als er sprake is van één voortdurende inbreuk? Als men oordeelt dat dit de eerste dag moet zijn waarop de inbreuk plaatsvond, miskent men de specifieke aard van een voortdurende inbreuk. Als de eerste dag van een voortdurende situatie als vertrekpunt geldt, dan moet men erkennen dat er geen sprake is van één enkele voortdurende inbreuk, doch wel van een reeks inbreuken die blijft voortduren. Men kan in bepaalde gevallen de eerste dag als vertrekpunt nemen, doch dat kan slechts in situaties waarin de rechter van oordeel zou zijn dat er geen echte voortdurende inbreuk voorligt, doch wel een voortdurende reeks inbreuken, waarbij het aanbreken van een nieuwe dag redelijkerwijze niet anders kan worden geïnterpreteerd dan als de aanvang van een nieuwe inbreuk (zie boven, nr. 112).

Als het gaat om een voortdurende reeks inbreuken, is de dwangsom verbeurd ingevolge de eerste inbreuk verjaard door verloop van zes maanden na de dag waarop hij plaatsvond, behoudens schorsing en stuiting. In die situatie kan men immers een dag aanwijzen waarop de dwangsom verbeurd is. De tweede inbreuk verjaart een dag later, enzovoort, precies zoals bij de dwangsom per dag vertraging.

Als het gaat om een echte voortdurende inbreuk (die de verbeurte van éénmaal de opgelegde dwangsom met zich brengt), moet men ervan uitgaan dat de dwangsom slechts verbeurd is in de zin van artikel 1:385*octies* Ger. W. bij het einde van de voortdurende inbreuk, zodat de verjaring pas dan een aanvang neemt.

Het vertrekpunt van de verjaring is in alle gevallen de dag nadat de dwangsom verbeurd is. De problematiek van de voortdurende toestanden betreft niet zozeer de regels eigen aan de verjaring, maar veeleer de vraag wanneer een dwangsom verbeurd is. Deze vraag is uiteraard voor de verjaring van groot praktisch belang. Zij is even belangrijk om te kunnen berekenen welk bedrag de veroordeelde uiteindelijk verschuldigd is ingevolge zijn inbreukmakend gedrag.

§ 3. Vertrekpunt van de verjaring wanneer de rechter een maximum heeft opgelegd

189 Het vraagstuk van het vertrekpunt van de verjaringstermijn van de gemaximeerde dwangsom, kwam reeds aan bod bij de bespreking van de gevolgen van de bepaling door de rechter van een maximum waarboven geen dwangsom meer verbeurd wordt (zie boven, nrs. 35-36).

Zodra het maximum bereikt is, worden geen nieuwe dwangsommen verbeurd, zodat de verjaring zes maanden na het bereiken van het maximum verworven is, behoudens schorsing en stuiting (E. DIRIX, "Executieproblemen...", Jura Falconis Libri, 1999, 57).

AFDELING III

BEREKENINGSWIJZE VAN DE TERMIJN

190 Aan het vertrekpunt van de termijn werd in de vorige paragrafen aandacht besteed. Twee vragen liggen nog open: hoe verloopt de termijn, en wanneer komt hij ten einde. De eerste vraag is vooral vanuit systematisch opzicht van belang, ter verduidelijking van de vraag hoe het vertrekpunt en het eindpunt met elkaar verbonden worden. Vanuit praktisch opzicht is deze vraag minder belangrijk, omdat het antwoord vrij evident is, zoals blijkt uit de overwegingen in het volgende randnummer.

191 Luidens artikel 2260 B.W. wordt de verjaring gerekend bij dagen, niet bij uren. Artikel 52 Ger. W. bepaalt verder hoe de verjaringstermijn tussen begin- en eindpunt verloopt. Luidens artikel 52 Ger. W. wordt de termijn gerekend van middernacht tot middernacht. Middernacht is niet het eindpunt van een dag, doch het beginpunt. Een dag begint om 0:00 uur. Hij eindigt na het einde van de laatste seconde van 23:59 uur. Alle dagen, inclusief zaterdagen, zondagen en wettelijke feestdagen, zijn in de termijn inbegrepen, ook wanneer de laatste dag zo'n dag is (E. DIRIX, *Beslagrecht*, Leuven, Acco, 1999, 20). Op grond van artikel 54 Ger. W., wordt een in maanden uitgedrukte termijn gerekend van de zoveelste tot de dag vóór de zoveelste.

In het voorbeeld waarbij een partij, na de betekening, een inbreuk begaat op een rechterlijk gebod of verbod onder verbeurte van een dwangsom op 31 maart, neemt de verjaringstermijn zijn aanvang op 1 april om 0:00 uur. De laatste nuttige stuitingsdatum is dan 30 september, tot 23:59 uur, behoudens schorsing. In termen van "de dag vóór de zoveelste", is 30 september de dag vóór de eerste (1 oktober). Of nog: op 30 september is nog geen zes maanden verlopen sinds 1 april (de *dies ad quem* is in de termijn begrepen). De "zoveelste" van artikel 54 Ger. W. is dus n i e t de dag waarop de dwangsom verbeurd werd, want dat is, in bewoordingen aansluitend bij artikel 52 Ger. W., de dag waarop de gebeurtenis die de termijn doet ingaan plaatsvond, d.i. de dag voor de eerste dag van de verjaringstermijn.

192 De vraag naar het eindpunt van de termijn kwam deels reeds aan bod in de bespreking in het vorige randnummer van de wijze waarop begin- en eindpunt van de termijn met elkaar verbonden worden. Inzake de verjaring in het dwangsomrecht geldt het Romeinsrechtelijk adagium *Dies a quo non computatur in termino, sed dies ad quem computatur in termino*. De artikelen 52 en 53, eerste lid Ger. W. zijn trouwens een toepassing van dat adagium.

Het geciteerde adagium bevat geen antwoord op de vraag wat er gebeurt indien de *dies ad quem* valt op een zaterdag, zondag of wettelijke feestdag. Artikel 53, derde lid Ger. W., krachtens hetwelk de vervalldag van een termijn verplaatst wordt naar de volgende werkdag, indien de vervalldag op een zaterdag, zondag of wettelijke feestdag valt, is niet van toepassing op de verjaringstermijnen (A. VAN OEVELEN, "Algemeen overzicht van de bevrijdende verjaring (...)", *a.w.*, *T.P.R.* 1987, 1786-1787). Als de *dies ad quem* op een zaterdag, zondag of wettelijke feestdag valt, treedt met andere woorden geen verlenging van de termijn in tot de eerst volgende werkdag (E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag*, in *A.P.R.*, 2001, 59).

AFDELING IV

SCHORSING VAN DE VERJARING IN HET ALGEMEEN

193 De schorsing van de verjaring houdt in dat de verjaring wegens bepaalde oorzaken gedurende een bepaalde tijd ophoudt te lopen, om dan bij het wegvallen van de oorzaak van de schorsing verder te lopen (A. VAN OEVELEN, *a.w.*, *T.P.R.* 1987, 1817). In tegenstelling tot bij de stuiting, begint er na de schorsing geen nieuwe termijn te lopen. Wat reeds verworven was ten voordele van de veroordeelde, blijft bestaan.

De grondslag van de schorsing van de verjaring ligt vervat in het adagium *Contra non valentem agere non currit praescriptio*. Dit adagium biedt meteen een aanknopingspunt voor de meest voorkomende schorsingsgrond in het dwangsomrecht. Wanneer de veroordeelde hoger beroep instelt tegen zijn veroordeling onder verbeurde van een dwangsom, wordt in beginsel de uitvoerbaarheid van de bestreden beslissing geschorst. Zolang die titel niet uitvoerbaar is, kan de eisende partij dwangsommen die werden verbeurd tussen het ogenblik van de betekening van de uitspraak en het instellen van het rechtsmiddel, niet invorderen. De verjaring is derhalve geschorst gedurende de periode dat ten gevolge van het instellen van een gewoon rechtsmiddel de uitvoerbaarheid geschorst is (Beslagr. Luik 20 september 1993, *J.L.M.B.* 1993, 1289, noot G. DE LEVAL; MOREAU-MARGRÈVE, I., "L'astreinte", *Ann. Fac. dr. Liège*, 1982, 87).

Wanneer daarentegen de rechter in eerste aanleg de uitvoerbaarheid bij voorraad heeft toegestaan, of wanneer de bestreden beslissing van rechtswege uitvoerbaar bij voorraad is (beslissingen gewezen in kort geding of zoals in kort geding), dan heeft het hoger beroep geen schorsende werking. Zelfs hangende het hoger beroep, is de eisende partij gerechtigd om tot invordering van verbeurde dwangsommen over te gaan, als zij vervat liggen in een titel die uitvoerbaar bij voorraad is. In dat geval is er geen sprake van schorsing van de verjaring. Wil de eisende partij toch het risico vermijden om naderhand gehouden te zijn tot schadevergoeding nadat zij op eigen risico overging tot tenuitvoerlegging, dan kan zij een beroep doen op het mechanisme van de stuiting. Het volstaat een bevel te laten betekenen met het oog op de stuiting van de verjaring. Als het bevel niet gevolgd wordt door een verzet, moet de eisende partij binnen zes maanden na de betekening van het bevel een nieuw bevel laten betekenen, in afwachting dat uitspraak wordt gedaan over het gewone rechtsmiddel.

194 Een andere meldenswaardige schorsingsgrond is de inleiding van een procedure tot verbetering of tot interpretatie van een beslissing die een materiële vergissing of een onduidelijkheid bevat (Luik 26 juni 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1691). Gedurende de tijd tussen de dagvaarding en de verbeterende of interpretatieve uitspraak is de verjaring geschorst, omdat de eisende partij in

die periode haar rechten niet kan uitoefenen (Beslagr. Marche-en-Famenne 30 januari 1996, *J.L.M.B.* 1996, 475).

AFDELING V

DE BIJZONDERE SCHORSINGSREGELS VAN ARTIKEL 1385OCTIES, TWEEDE EN DERDE LID GER. W.

§ 1. Faillissement

195 De Gemeenschappelijke Memorie van Toelichting verklaart waarom de verjaring van de dwangsom wordt geschorst door faillissement (Gemeensch. M.v.T., *Parl. St. Kamer* 1977-78, nr. 353, 23). Aangezien verbeurde dwangsommen ingeval van faillissement van de veroordeelde niet ter verificatie kunnen worden ingediend en de verjaring op deze wijze niet kan worden geschorst en gestuit, bepaalt artikel 1385octies, tweede lid Ger. W. dat de verjaring geschorst wordt door faillissement (*a.w.*, *t.a.p.*). Dit hangt samen met de regel van artikel 1385sexies, tweede lid Ger. W. Dwangsommen verbeurd vóór de faillietverklaring, worden in het passief van het faillissement niet toegelaten. De eisende partij kan m.a.w. verbeurde dwangsommen niet meer invorderen tijdens het faillissement. Aangezien de afwikkeling van de meeste faillissementen meer dan zes maanden vergt, zou het faillissement van de veroordeelde, mocht de wetgever in artikel 1385octies, tweede lid Ger. W. niet bepaald hebben dat de verjaring geschorst wordt door het faillissement, tot gevolg kunnen hebben dat de eisende partij na afloop van het faillissement haar recht om verbeurde dwangsommen in te vorderen verloren had door verjaring.

§ 2. Ieder wettelijk beletsel voor de tenuitvoerlegging van de dwangsom

196 Luidens artikel 1385octies, tweede lid, *in fine*, wordt de verjaring geschorst door ieder wettelijk beletsel voor tenuitvoerlegging van de dwangsom. De Gemeenschappelijke Memorie van Toelichting vermeldt in dat verband het gerechtelijk akkoord en de aanvaarding van een nalatenschap onder voorrecht van boedelbeschrijving (Gemeensch. M.v.T., *Parl. St. Kamer* 1977-78, nr. 353, 23).

Dwangsommen die werden opgelegd vóór de toekenning van een voorlopige opschorting van betaling in het kader van een gerechtelijk akkoord, worden ook tijdens de periode van voorlopige opschorting verder verbeurd (E. BAL-LON *et al.*, *De nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord*, Diegem, Ced.Samsom, 1997, 213-214). Reeds verbeurde dwangsommen maken deel uit van de opschorting. Er anders over oordelen zou tot gevolg hebben dat de veroordeelde een vrijbrief zou krijgen om het rechterlijk gebod of verbod te overtreden. De voornaamste grondslag van dit onderscheid ten opzichte van het faillissement

(art. 1385*sexies* Ger. W.), is dat bij een gerechtelijk akkoord de betrokken schuldenaar het bestuur van zijn vermogen niet verliest. De taak van de commissaris inzake opschorting verschilt fundamenteel van de taak van de faillissementscurator, daar de eerstgenoemde “ermee belast [wordt] de schuldenaar bij te staan bij het bestuur” (Artikel 19 Wet Gerechtelijk Akkoord).

Aangezien reeds verbeurde dwangsommen deel uitmaken van de opschorting, zijn uitvoeringsmaatregelen door de individuele schuldeiser van de verbeurde dwangsommen uitgesloten. Indien de eisende partij zou moeten wachten tot na de beëindiging van het gerechtelijk akkoord, zouden verbeurde dwangsommen verjaard zijn. Om dat voor de eisende partij onbillijke resultaat te vermijden, heeft de wetgever voorzien dat de verjaring van de dwangsom tijdens het gerechtelijk akkoord geschorst is, net zoals bij faillissement.

De schorsing van de verjaring van de dwangsom bij een boedelbeschrijving na een beneficiaire aanvaarding van een nalatenschap stoelt op dezelfde grond, aangezien een boedelbeschrijving al snel heel wat tijd in beslag neemt. Zolang de boedelbeschrijving niet voltooid is, zijn uitvoeringsmaatregelen uiteraard ook uitgesloten, omdat de eisende partij slechts gerechtigd is over te gaan tot tenuitvoerlegging op de goederen waaruit na de inventarisatie blijkt dat ze deel uitmaken van de nalatenschap van de veroordeelde (zie hierover: L. BRACKE en P. VAN OOTEGHEM, “De beneficiaire aanvaarding. Enkele beschouwingen bij een weinig voorkomende erfkeuze”, *T. Not.* 1997, 317; H. CASMAN, “Quelques questions relatives à la liquidation d’une succession acceptée sous bénéfice d’inventaire”, *Rev. not. b.* 1998, 530).

§ 3. De eisende partij kon redelijkerwijze niet bekend zijn met de verbeurde der dwangsom

197 In gevallen waarin aan de veroordeelde een verbod wordt opgelegd, m.a.w. veroordelingen om iets niet te doen, kan het voorkomen dat de eisende partij pas geruime tijd na de inbreuk er kennis van krijgt. Men kan zich zelfs gevallen inbeelden waarbij de veroordeelde zijn inbreukmakend gedrag zo lang mogelijk verborgen heeft willen houden. Daarom bepaalt artikel 1385*octies*, derde lid Ger. W. dat de verjaring van de dwangsom geschorst wordt zolang degene die de veroordeling bekwam met het verbeuren van de dwangsom redelijkerwijze niet bekend kon zijn. De eisende partij die zich hierop beroept om aan te voeren dat de dwangsom nog niet verjaard is, moet aannemelijk maken dat zij redelijkerwijze met de verbeurte van de dwangsom niet bekend kon zijn, althans indien de veroordeelde het middel van de verjaring opwerpt. Er rust op de eisende partij nochtans geen bewijslast om aan te tonen dat de veroordeelde het inbreukmakende gedrag opzettelijk verborgen zou hebben gehouden (Gemeensch. M.v.T., *Parl. St.* Kamer 1977-78, nr. 353, 23). Het volstaat dat de eisende partij niet bekend kon zijn met de verbeurte van de dwangsom ten gevolge van omstandigheden die in genen dele aan haar te wijten zijn.

198 Een typische situatie waarin artikel 1385*octies*, derde lid, toepassing kan vinden, is wanneer de eisende partij overlijdt. Haar rechtsopvolgers kunnen het recht uitoefenen om verbeurde dwangsommen in te vorderen (G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980, nr. 229, p. 82). Wanneer de rechtsopvolgers aannemelijk maken dat zij redelijkerwijze met de verbeurte van de dwangsom niet bekend konden zijn, kan de verjaring na het overlijden slechts verder lopen vanaf het ogenblik dat de rechtsopvolgers kennis kregen van de verbeurte van de dwangsom.

Men dient goed voor ogen te houden dat artikel 1385*octies*, derde lid Ger. W. de verjaring schorst, en niet stuit. De rechtsopvolgers zullen dus niet steeds over de volle termijn van zes maanden beschikken vanaf het ogenblik dat zij kennis krijgen van de verbeurte van de dwangsom. De verjaringstermijn begint steeds te lopen vanaf de dag waarop de dwangsom is verbeurd (d.w.z. met ingang van de dag na de dag waarop de dwangsom is verbeurd). Het overlijden van de oorspronkelijke eisende partij kan dit vertrekpunt niet naar een later tijdstip verplaatsen. Als op het moment van het overlijden van de eisende partij reeds vier maanden na de verbeurte van de dwangsom verstreken zijn, beschikken de rechtsopvolgers nog slechts over twee maanden om een stuitingsdaad te stellen, te rekenen vanaf het ogenblik dat zij kennis kregen van het verbeuren van de dwangsom.

Een ander vertrekpunt voor de schorsing dan het overlijden van de oorspronkelijke eisende partij, of het ogenblik van de verbeurte van de dwangsom als (doch slechts als) op dat ogenblik de oorspronkelijke eiser reeds overleden was, is niet denkbaar. Als men bv. niet het ogenblik van het overlijden, doch de dag van de verbeurte van de dwangsom – in de hypothese dat de oorspronkelijke eisende partij op dat ogenblik nog niet overleden was – als vertrekpunt van de schorsing zou nemen, zou dit strijdig zijn met een basisbeginsel van de schorsing, met name dat het reeds verstreken gedeelte van de verjaringstermijn, verworven blijft ten gunste van degene in wiens voordeel de verjaringsstermijn loopt.

De enige mildering van het gegeven dat de schorsing ten voordele van de rechtsopvolgers niet vroeger dan vanaf het overlijden van de oorspronkelijke eisende partij kan ingaan, is de schorsing of stuiting van de verjaring die reeds bestond ten gunste van de oorspronkelijke eisende partij zelf.

AFDELING VI

STUITING VAN DE VERJARING

199 De verjaring van de dwangsom treedt in als gevolg van het stilzitten van de eisende partij. Indien zij haar rechten uitoefent, begint er een nieuwe termijn te lopen. Het reeds verlopen gedeelte van de oorspronkelijke termijn, wordt na de stuiting niet meer in acht genomen.

Luidens artikel 2244 B.W. vormen een dagvaarding voor het gerecht, een bevel tot betaling, of een beslag, betekend aan hem die men wil beletten de verjaring te verkrijgen, burgerlijke stuiting. De natuurlijke stuiting (bv. door bezitsverlies) blijft hier buiten beschouwing, aangezien zij slechts voor de verkrijgende verjaring van belang is, niet voor de bevrijdende verjaring.

Algemeen wordt aangenomen dat het begrip “dagvaarding” zoals gebruikt in artikel 2244 B.W. ruim moet worden geïnterpreteerd (A. VAN OEVELEN, *a.w.*, *T.P.R.* 1987, 1807-1808). Aldus vormt iedere vordering in rechte die ertoe strekt het bedreigde recht rechtens te doen erkennen, een daad van stuiting (*a.w.*, *t.a.p.*). Het kan daarbij gaan om een dagvaarding in de eigenlijke zin van het woord, maar ook om de indiening van een verzoekschrift waarbij de rechtsvordering wordt ingeleid, de neerlegging van conclusies ter griffie, of de indiening van een verzoekschrift tot hoger beroep. Een ingebrekestelling daarentegen stuit de verjaring niet (A. VAN OEVELEN, *a.w.*, *T.P.R.* 1987, 1811-1812). De ingebrekestelling heeft wel stuitende werking indien de partijen overeenkwamen haar stuitende werking te verlenen (*a.w.*, 1814).

De meest voorkomende stuitingsdaad in het dwangsomrecht is de betekening van een bevel voorafgaand aan een uitvoerend beslag op roerend of onroerend goed of de betekening van een beslagexploot aan een derde-beslagene.

Een handeling uitgaande van de veroordeelde kan nooit stuiting van de verjaring van de dwangsom tot gevolg hebben, tenzij het gaat om een erkenning dat de dwangsom verschuldigd is (art. 2248 B.W.) (I. MOREAU-MARGRÈVE, “L’astreinte”, *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 86-87). Erkenning kan uitdrukkelijk of stilzwijgend zijn. Stilzwijgende erkenning ligt bv. voor wanneer de veroordeelde vrijwillig overgaat tot de betaling van de verbeurde dwangsommen, of van een gedeelte ervan.

200 Men moet zich ervoor hoeden de stuiting van de verjaring in het burgerlijk procesrecht te verwarren met de stuiting van de verjaring in het strafprocesrecht. In het strafprocesrecht heeft de stuiting tot gevolg dat vanaf de dag van de stuiting een nieuwe verjaringstermijn begint te lopen (R. VERSTRAETEN, *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 1999, 110). In strafzaken is de verjaring bijgevolg ingetreden wanneer sedert de laatste stuitingsdaad, verricht binnen de oorspronkelijke verjaringstermijn, een termijn is verlopen gelijk aan of langer dan de verjaringstermijn, behoudens schorsing (R. VERSTRAETEN, *a.w.*, 1999, 110). In het burgerlijk procesrecht daarentegen begint de nieuwe verjaringstermijn te lopen daags na de dag waarop de stuiting ophoudt (A. VAN OEVELEN, *a.w.*, *T.P.R.* 1987, 1816).

De stuiting van de verjaring is in het burgerlijk procesrecht veeleer een soort onderbreking van de verjaring, die gedurende langere termijn kan aanhouden, met dien verstande dat na beëindiging van de “onderbreking” een geheel nieuwe termijn aanvangt. Men zou daarom in het burgerlijk procesrecht de term stuitingsdaad in vele gevallen kunnen vervangen door de term “stuitingsperiode”. De reden dat de term “stuitingsperiode” niet gangbaar is, vindt men

in het feit dat sommige stuitingsdaden uit het burgerlijk procesrecht geen "stuitingsperiode" tot gevolg hebben. Met name een bevel voorafgaand aan een beslag heeft geen stuitingsperiode tot gevolg, althans wanneer het niet gevolgd wordt door een executiegeschil. Als een bevel betekend wordt, vangt de nieuwe verjaringstermijn 's anderendaags aan, bij ontstentenis van verzet.

De term stuitingsperiode wordt gebruikt ter aanduiding van de stuiting die zich uitstrekt over een langere periode in de tijd dan één dag.

201 De gevolgen van een stuiting zijn afhankelijk van de vraag of zij al dan niet gevolgd wordt door een daadwerkelijke tenuitvoerlegging of door een executiegeschil. Als de stuiting gevolgd wordt door een daadwerkelijke tenuitvoerlegging of door een executiegeschil, dan duren de gevolgen van de stuiting voort tot aan de laatste proceshandeling in het kader van de tenuitvoerlegging of van het executiegeschil (Beslagr. Gent 12 september 2000, *T.G.R.* 2001, 40; Luik 30 april 1999, *T.B.B.R.* 2001, 299; Cass. 8 april 1999, *Rec. Cass.* 2000, 15, noot K. WAGNER, *Arr. Cass.* 1999, 198, *Pas.* 1999, I, 198, *R.W.* 1999-2000, 1054 en *T.B.B.R.* 2001, 297; Brussel 6 april 1995, *A.J.T.* 1995-96, 172, noot I. VERNIMME; Gent 24 mei 1994, *R.W.* 1995-96, 779; E. DIRIX en K. BROECKX, "Overzicht van rechtspraak – Beslagrecht – 1991-1996", *T.P.R.* 1996, 1402-1403; J. LAENENS, "De verjaring van de dwangsom", (noot onder Beslagr. Brussel 8 oktober 1991), *R.W.* 1993-94, 234; B. MAES, *Inleiding tot het gerechtelijk privaatrecht*, Brugge, Die Keure, 2001, 263).

Als daarentegen het bevel niet gevolgd wordt door enige verdere tenuitvoerlegging, noch door een executiegeschil, dan neemt een nieuwe verjaringstermijn een aanvang daags na het bevel.

HOOFDSTUK VIII

BEVOEGDHEID EN APPELLABILITEIT

AFDELING I

DE DWANGSOM HEEFT GEEN INVLOED OP DE BEPALING VAN DE RECHTERLIJKE BEVOEGDHEID

202 De regel vastgelegd in artikel 1385^{nonies} Ger. W. behoeft weinig commentaar. Dit artikel geeft in de praktijk nauwelijks aanleiding tot betwisting. Indien bv. een koop-verkoop wordt afgesloten en de verkoper zich ertoe verbindt een aquarel voor de prijs van 1000 euro te leveren, kan de vrederechter een dwangsom verbinden aan een gebod om het verkochte goed te leveren binnen een termijn van één week na de betekening. Hij mag daarbij, indien hem dat in de concrete omstandigheden opportuun voorkomt, op verzoek van de eisende partij een dwangsom uitspreken. Ingevolge de regel van artikel 1385^{nonies} Ger. W., mag de door de vrederechter uitgesproken dwangsom uitstijgen boven het in artikel 590 Ger. W. bepaalde bedrag, dat de bevoegdheid *ratione summae* van de vrederechter vastlegt.

De regel dat de dwangsom niet meetelt voor het bepalen van de bevoegdheid *ratione summae* wordt herhaald in artikel 557 Ger. W., volgens hetwelk voor de bepaling van de waarde van de vordering geen rekening moet worden gehouden met gerechtelijke intresten, gerechtskosten en dwangsommen (C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, T. II, “La compétence”, Brussel, Larcier, 1981, 38).

AFDELING II

DWANGSOM EN APPELLABILITEIT

203 Indien een partij voor de rechtbank van eerste aanleg een dwangsom vordert van 2500 euro per inbreuk en zij een afwijzend vonnis bekomt in een zaak waarvan de waarde 1860 euro niet overschrijdt, kan de eisende partij geen hoger beroep instellen tegen de hoofdveroordeling. Omgekeerd staat geen hoger beroep open tegen de hoofdveroordeling voor de partij die veroordeeld wordt tot een dwangsom van 2500 euro, in een zaak waarvan de waarde, zoals bepaald in artikel 557 Ger. W., het bedrag van 1860 euro niet overschrijdt. Ingevolge artikel 617 Ger. W. staat geen hoger beroep open tegen vonnissen van de rechtbank van eerste aanleg en de rechtbank van koophandel, waarbij uitspraak wordt gedaan over een vordering die het bedrag van 1860 euro niet overschrijdt (1240 euro voor vrederechters en politie-rechtbanken).

204 Aangaande de mogelijkheid van hoger beroep tegen de bijkomende veroordeling tot een dwangsom, is een overweging uit het arrest van het Hof van Cassatie van 18 februari 1988 van belang (Cass. 18 februari 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 786, *Pas.* 1988, I, 722, concl. PIRET en *R.W.* 1989-90 (verkort), 145, verwijzende noot). Niettegenstaande de overwegingen van dat arrest met betrekking tot de dwangsom gekoppeld aan een bevel tot persoonlijke verschijning thans als verlaten gelden (zie boven, nrs. 141-142), blijkt uit dat arrest dat tegen de bijkomende veroordeling tot de dwangsom steeds hoger beroep openstaat, uiteraard voor zover de dwangsom de appellabiliteitsdrempel, minstens in theorie, zou kunnen overschrijden. Dat is bij praktisch elke niet-gemaximeerde dwangsom per tijdseenheid of per inbreuk het geval. Het eerste cassatiemiddel kwam erop neer dat op grond van het adagium “accessorium sequitur principale” geen hoger beroep zou openstaan tegen de bijkomende veroordeling, wanneer tegen de hoofdveroordeling geen hoger beroep openstaat. Het Hof van Cassatie verwerpt dat middel en overweegt dat op grond van artikel 616 Ger. W. tegen ieder vonnis hoger beroep kan worden ingesteld, tenzij de wet anders bepaalt. Vervolgens overweegt het Hof dat geen enkele wettelijke bepaling verhindert dat hoger beroep wordt ingesteld tegen de bijkomende veroordeling tot de dwangsom, ook indien geen hoger beroep openstaat tegen de hoofdveroordeling. De dwangsom wordt door het Hof geacht de veroordeelde een dadelijk nadeel te berokkenen.

205 Het beginsel van de principiële appellabiliteit van vonnissen waarin een veroordeling tot een dwangsom vervat ligt, vindt men tevens terug in een recenter arrest van het Hof van Cassatie (Cass. 12 november 1999, *Arr. Cass.* 1999, 603, *Pas.* 1999, I, 603, *R.W.* 2000-01, 728 en *Casebook 20 jaar dwangsom*, nr. 194). Ingevolge dat recente arrest, is het arrest van 18 februari 1988 zo mogelijk nog minder relevant geworden.

In het arrest van 12 november 1999 vindt men de bevestiging van de terzake geldende regel: hoger beroep tegen een beslissing die een dwangsom oplegt is steeds mogelijk, althans indien de dwangsom minstens in theorie de appellabiliteitsgrens kan overschrijden. Dit is voor vrijwel elke niet-gemaximeerde dwangsom per inbreuk of per tijdseenheid het geval. Gemaximeerde dwangsommen (of dwangsommen van een bedrag ineens) vastgesteld op een bedrag lager dan de appellabiliteitsgrens zijn wel denkbaar, doch zullen in de praktijk niet vaak voorkomen (zie ook: Brussel 16 december 1994, *J.T.* 1995, 239).

HOOFDSTUK IX

DE DWANGSOM IN ENKELE AFZONDERLIJKE RECHTSTAKEN

AFDELING I

DWANGSOM IN HET SOCIAAL RECHT

206 Krachtens artikel 1385bis, eerste lid, tweede volzin, *in fine*, Ger. W. kan geen dwangsom worden opgelegd ten aanzien van vorderingen ter zake van de nakoming van arbeidsovereenkomsten. Over de ontstaansgeschiedenis van deze uitzonderingsbepaling: G. L. BALLON, "De dwangsom bij vorderingen tot nakoming van een arbeidsovereenkomst", (noot onder Arbrb. Antwerpen 7 februari 1983), *R.W.* 1983-84, 1155; D. COLLIN, "L'astreinte en matière sociale. Point sur l'état de la jurisprudence", *Ann. Fac. dr. Liège* 1984, 89; J. DU JARDIN, concl. voor Benelux Hof 20 oktober 1997, *A.J.T.* 1998-99, 90 en *N.J.* 1998, nr. 396; B. NYSSSEN, "L'astreinte et le droit social", in C.I.E.A.U. (ed.), *Dix ans d'application de l'astreinte*, Brussel, Créadif, 1991, 193-196.

De ratio van deze bepaling is dat de uitvoering van arbeidsovereenkomsten onder verbeurte van een dwangsom een al te grote inbreuk op de persoonlijke vrijheid zou uitmaken (M. P. J. A. CREMERS, "Geen dwangsom in arbeidsverhoudingen?", *N.J.B.* 1989, p. 53, nr. 2, noot 7).

De uitzonderingsbepaling wordt strikt geïnterpreteerd (Arbrb. Antwerpen 7 februari 1983, *R.W.* 1983-84, 1155, noot G. L. BALLON; G. DE LEVAL, *Jurisprudence du Code Judiciaire*, Hoofdstuk XXIII ("De l'astreinte"), Brugge, La Charte, 1997, losbl., commentaar bij art. 1385bis, 28; G. DE LEVAL, noot onder Arbh. Luik 3 juni 1983, *J.L.* 1983, 500; J. LAENENS, "Procedureaspecten", in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 36; M. STORME, "De dwangsom herbezocht", in *Een goede procesorde. Opstellen aangeboden aan Mr. W. L. Haardt*, Deventer, Kluwer, 1983, 130; M. STORME, "Les astreintes", in A. FETTWEIS en E. GUTT (eds.), *Les voies conservatoires et d'exécution – bilan et perspectives*, a.w., 1982, nr. 10, p. 199; M. STORME, "Een revolutionaire hervorming: de dwangsom", *T.P.R.* 1980, 230, nr. 13; V. VAN HERREWEGHE, "De dwangsom: werkzoekend in het sociaal recht", (noot onder Arbrb. Gent 21 april 1986), *T.G.R.* 1986, 90. Anders: B. NYSSSEN, "L'astreinte et le droit social", in *Dix ans d'application de l'astreinte*, a.w., 1991, 212-213).

Het is niet zo, in tegenstelling tot wat sommige rechtspractici menen, dat geen dwangsom kan worden opgelegd in arbeidsverhoudingen. De rechtspraak heeft een aantal bakens aangereikt, die in wat volgt worden toegelicht.

207 Een eerste punt betreft de bevoegdheid van de kortgedingrechter. Deze vermag geen uitspraak te doen over collectieve arbeidsgeschillen, maar kan wel bij hoogdringendheid voorlopige maatregelen treffen indien in het kader

van een collectief arbeidsgeschil subjectieve rechten worden aangetast of dreigen te worden aangetast (Voorz. Rb. Luik 18 juni 1998, *J.T.T.* 1998, 447; Brussel 3 december 1987, *J.T.* 1988, met goedkeurende noot V. VANNES en *Journ. proc.* 1988, nr. 121, p. 29, noot PH. DE KEYSER). Hierboven werden reeds enkele beschikkingen besproken waarbij een dwangsom werd opgelegd aan de deelnemers van stakingspiketten die de toegang tot een onderneming versperden (Voorz. Rb. Luik 18 juni 1998, *J.T.T.* 1998, 447; Voorz. Rb. Nijvel 23 april 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1256; Voorz. Rb. Luik 3 januari 1996, *J.L.M.B.* 1996, 311; Voorz. Rb. Brussel 12 mei 1992, *J.T.T.* 1992, 412; Voorz. Rb. Bergen 7 november 1987, *Soc. Kron.* 1988, 169. Zie boven, nr. 41). Niettegenstaande de meeste beslissingen die de beëindiging van een bedrijfsbezetting onder verbeurte van een dwangsom bevelen, gewezen worden door kortgedingrechters, komt het al eens voor dat men met het oog op de beëindiging van een bedrijfsbezetting de bodemrechter adieert (zie bv.: Vred. Luik 5 januari 1984, *J.L.* 1986, 619; Vred. Grivegnée 8 juli 1982, *J.L.* 1986, 615). Dat is uiteraard uitzonderlijk, in het licht van de urgentie gepaard gaande met de meeste bedrijfsbezettingen.

Het rechterlijk bevel in een dergelijke situatie is een gebod of verbod dat de beëindiging van onrechtmatig gedrag beoogt. Een staking als zodanig beëindigen vermag de kortgedingrechter niet, aangezien het Hof van Cassatie staken op zich niet als ongeoorloofd beschouwt (Cass. 21 december 1981, *Pas.* 1982, I, 531). Bedrijfsbezettingen, bedreigingen van werkwilligen, blokkering van de toegang van ondernemingen en soortgelijke acties behoren niet tot de normale uitoefening van het stakingsrecht (Bergen 2 maart 1988, *J.T.* 1988, 361). Een vordering gericht op de beëindiging van zulke onrechtmatige gedragingen, is geen vordering ter zake van de nakoming van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 1385*bis* Ger. W. (Voorz. Rb. Brussel 9 juni 1992, *J.T.* 1993, 315; Voorz. Rb. Luik 22 februari 1990, *J.L.M.B.* 1990, 770).

Het Arbeidshof te Brussel overweegt in een arrest van 16 mei 1997 dat de kortgedingrechter een dwangsom kan opleggen in sociaalrechtelijke aangelegenheden, op voorwaarde dat (a) zulks enkel in uitzonderlijke gevallen geschiedt; (b) het rechterlijk bevel niet herleid kan worden tot de uitvoering van een arbeidsovereenkomst; (c) het geschil een rechtsgeschil is en niet louter een belangengeschil (Arbh. Brussel 16 mei 1997, *Soc. Kron.* 1997, 332). *In casu* werd een dwangsom door het arbeidshof niet opportuun geacht, omdat zij de toenadering tussen partijen, die nog aan het onderhandelen waren naar aanleiding van een bedrijfssluiting, zwaar onder druk zou zetten.

208 De relatieve autonomie van het sociale zekerheidsrecht verhindert niet dat de algemene beginselen van het burgerlijk (proces)recht toepassing vinden en dat een verplichting om iets te doen in een geschil tussen instellingen belast met de uitvoering van de wetgeving inzake verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering, wordt afgedwongen met een dwangsom (Voorz. Arbrb. Namen 29 december 1989, *Soc. Kron.* 1990, 143).

§ 1. Uitvoering van arbeidsovereenkomsten

209 Een typevoorbeeld van een vordering die niet met een dwangsom kan worden afgedwongen, is de vordering ingesteld door werknemers of vakbonden met het oog op het bekampen of het uitstellen van een beslissing om een onderneming te sluiten (Voorz. Arbrb. Doornik 2 mei 1997, *Soc. Kron.* 1997, 340). Op grond van artikel 1385bis Ger. W., kan aan zo'n vordering onmogelijk een dwangsom worden verbonden. Omgekeerd kan een werknemer nooit onder verbeurte van een dwangsom bevolen worden om het werk te hervatten (M. STORME, "Een revolutionaire hervorming: de dwangsom", *T.P.R.* 1980, 230, nr. 13).

Een vordering tot het betalen van loon of van loonachterstallen kan niet onder verbeurte van een dwangsom worden afgedwongen. In de samenvatting boven het verstekvonnis van de Arbeidsrechtbank te Bergen van 4 december 1989, zoals gepubliceerd in *J.L.M.B.*, wordt bevestigd dat een dwangsom kan worden opgelegd om de betaling van loonachterstallen te verzekeren (Arbrb. Bergen 4 december 1989, *J.L.M.B.* 1990, 682). Een dergelijk besluit zou alleszins verkeerd zijn, niettegenstaande de verkorte versie van het vonnis verwarrend is en aanleiding kan geven tot het besluit dat de rechtbank inderdaad een dwangsom heeft verbonden aan een vordering tot betaling van loonachterstallen, hetgeen zij niet zou kunnen zonder artikel 1385bis Ger. W. te schenden.

De tekst van artikel 1385bis Ger. W. maakt geen onderscheid tussen collectieve of individuele arbeidsovereenkomsten. Vorderingen ter zake van de nakoming van collectieve arbeidsovereenkomsten zijn evenmin afdwingbaar met een dwangsom (Arbh. Antwerpen 6 juni 1986, *R.W.* 1986-87, 1269; G. L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980, nr. 155, p. 55; F. DORSSEMONT, *Rechtspositie en syndicale actievrijheid van representatieve werknemersorganisaties*, Brugge, Die Keure, 2002, 473-477. Anders: M. RIGAUX, "Omtrent de juridische afdwingbaarheid van obligatoire C.A.O.-bepalingen", *R.W.* 1985-86, (913), 927).

210 Een vordering strekkende tot betaling van loon kan bezwaarlijk geacht worden niet te gelden als vordering ter zake van de nakoming van een arbeidsovereenkomst. Een dwangsom is daarentegen volgens bepaalde rechtspraak wel mogelijk bij vorderingen erop gericht een einde te maken aan een onrechtmatige niet-betaling van loon. Een bijkomende voorwaarde is dat de vordering niet strekt tot betaling van een geldsom, in de zin van artikel 1385bis Ger. W. Aldus verbond de Brusselse voorzitter een dwangsom aan een verbod om sommen in te houden, die bestemd waren om een vroegere onverschuldigde betaling aan ambtenaren te compenseren (Voorz. Rb. Brussel 31 augustus 1987, *Soc. Kron.* 1987, 282). Deze rechtspraak is moeilijk verenigbaar met de tekst en de geest van artikel 1385bis Ger. W. Er is geen wezenlijk verschil tussen een vordering gericht op het stopzetten van een

onrechtmatige niet-betaling van loon, en een vordering strekkende tot betaling van loon.

Het Arbeidshof te Luik oordeelde in een arrest van 12 juni 1984 dat een verbod om een gedeelte van het vakantiegeld in te houden, niet alleen een veroordeling is tot betaling van een geldsom, doch ook een veroordeling ingevolge een vordering ter zake van de nakoming van een arbeidsovereenkomst (Arbh. Luik 12 juni 1984, *J.L.* 1984, 475). Een dwangsom was bijgevolg uitgesloten.

Het Arbeidshof te Luik oordeelde in een arrest van 3 juni 1983 dat de wijze waarop de betaling van het loon geschiedt, het gevolg is van een wettelijke verplichting en niet geldt als nakoming van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 1385*bis* Ger. W. (Arbh. Luik 3 juni 1983, *J.L.* 1983, 500, noot G. DE LEVAL, *J.T.T.* 1984, 271, noot en *Soc. Kron.* 1983, 300). Een vordering strekkende tot het bekomen van een betaling van hand tot hand en niet per circulaire cheque, is volgens het Luikse arbeidshof afdwingbaar met een dwangsom. Wat echter indien in de arbeidsovereenkomst bepaald was dat de betaling geschiedt van hand tot hand, en de werkgever eenzijdig in strijd met de overeenkomst beslist voortaan per circulaire cheque te betalen? Zou men moeten aannemen dat het dan wel zou gaan om een vordering ter zake van de nakoming van een arbeidsovereenkomst? Het antwoord dient ontkennend te zijn. De wijze van betaling is gesteund op de wet en zelfs mocht er hieromtrent een clause in een arbeidsovereenkomst besloten liggen, dan gaat het nog niet om een verplichting die kenmerkend is voor een arbeidsovereenkomst (vgl. Benelux Hof 20 oktober 1997, *J.T.T.* 1997, 478 en *N.J.* 1998, nr. 396). Ook zonder de clause in de arbeidsovereenkomst zou de verplichting blijven bestaan, aangezien zij haar oorsprong in de (toenmalige) wetgeving op de bescherming van het loon vond (G. DE LEVAL, noot onder Arbh. Luik 3 juni 1983, *J.L.* 1983, 500).

211 Een verbod om vertrouwelijke informatie afkomstig uit de arbeidsverhouding te verspreiden of aan derden mede te delen, opgelegd aan een voormalige werknemer, heeft als doel een einde te stellen aan feitelijkheden (Voorz. Arbrb. Aarlen 11 augustus 1992, *J.T.T.* 1993, 87). Het gaat niet om een vordering ter zake van de nakoming van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 1385*bis* Ger. W.

Een vordering ingesteld door de voormalige werkgever tegen een handelsreiziger, met het oog op de afgifte door de handelsreiziger van een klantenbestand op steekkaarten, betreft niet de uitvoering van een arbeidsovereenkomst (Arbh. Antwerpen (afd. Hasselt) 29 september 1989, *R.W.* 1990-91, 265. Het arrest werd tevens gepubliceerd in *J.T.T.* 1990, 379, met als datum 28 september 1989). De verplichting om eigendommen van de werkgever na de beëindiging van de arbeidsrelatie terug te geven, kan kracht worden bijgezet met een dwangsom. Ook in het onwaarschijnlijke geval waarin de werknemer zelf de fiches of andere gegevensdragers materialiter zou hebben aangekocht,

dient hij ze na beëindiging van de arbeidsrelatie af te geven aan de werkgever ingeval het gaat om gegevens die deze laatste toebehoren (*a.w.*, *t.a.p.*).

212 Een verbod opgelegd aan een voormalige werknemer om de werkgever oneerlijke concurrentie aan te doen, kan worden versterkt met een dwangsom (Arbh. Brussel 15 februari 2001, *J.T.T.* 2001, 332, noot B. VINCENT; B. LIET-AERT, "De dwangsom in het arbeidsrecht", (noot onder Benelux Hof 20 oktober 1997), *A.J.T.* 1998-99, 93). Ingeval het concurrentieverbod in een arbeidsovereenkomst vervat ligt, moet het naleven ervan niet worden beschouwd als de uitvoering van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 1385*bis* Ger. W., omdat het naleven van een concurrentieverbod, in het bijzonder na beëindiging van een arbeidsovereenkomst, niet de kenmerkende prestatie van een arbeidsovereenkomst is (in dezelfde zin: Voorz. Arbrb. Charleroi 23 januari 1987, *J.T.T.* 1987, 251, noot. Anders: Arbh. Charleroi 23 maart 1987, *J.T.T.* 1987 (verkort), 253). Het aangehaalde arrest van 23 maart 1987 hervormt de beschikking van 23 januari 1987. Sommige auteurs beschouwen het naleven van een concurrentieverbod wel als kenmerkend voor een arbeidsovereenkomst: B. LIETAERT, "De dwangsom in het arbeidsrecht", (noot onder Benelux Hof 20 oktober 1997), *A.J.T.* 1998-99, 96. Die auteur beschouwt alle afspraken gesloten tussen werkgever en werknemer als kenmerkend voor een arbeidsovereenkomst. In de context van art. 1385*bis* Ger. W. is het evenwel passender het betalen van loon en het verrichten van arbeid in ondergeschikt verband te beschouwen als kenmerkend voor een arbeidsovereenkomst (zie Voorz. Arbrb. Doornik 2 mei 1997, *Soc. Kron.* 1997, 340).

Het gegeven dat het concurrentieverbod niet zou hebben bestaan zonder de arbeidsovereenkomst, moet in het licht van de recentere rechtspraak van het Benelux-Gerechtshof betekenisloos geacht worden. De hieronder besproken rechtspraak van het Hof inzake de afgifte van sociale documenten, leidt ook tot het besluit dat een concurrentieverbod afdwingbaar is met een dwangsom. Er is sprake van een vordering, die – in de omschrijving van het Benelux-Gerechtshof – na de beëindiging van een arbeidsovereenkomst wordt ingesteld, en dit niet ter nakoming van de arbeidsovereenkomst als zodanig, doch van verplichtingen die niet kenmerkend zijn voor een arbeidsovereenkomst (Benelux Hof 20 oktober 1997, *J.T.T.* 1997, 478 en *N.J.* 1998, nr. 396. Verwijzingsarrest: Cass. 3 juni 1996, *Arr. Cass.* 1996, nr. 204, p. 529 en *J.T.T.* 1996, 391).

Daarnaast vormt een dwangsom ter afdwinging van een concurrentieverbod evenmin een onaanvaardbare bedreiging voor de sociale verhoudingen. De ratio van de uitsluiting van de dwangsom bij vorderingen ter zake van de nakoming van arbeidsovereenkomsten, met name het vermijden van al te grote inbreuken op de persoonlijke vrijheid en het vrijwaren van de sociale verhoudingen, geldt hier niet. Een laatste argument (hoewel de eerste reden op zich reeds volstaat) waarom de beëindiging van inbreuken op een concurrentieverbod met een dwangsom kan worden afgedwongen, is omdat de vordering gericht is op de beëindiging van onrechtmatig gedrag. Zodra een vorde-

ring strekt tot het beëindigen van feitelijkheden of ander onrechtmatig gedrag, gaat het niet om een vordering ter zake van de nakoming van een arbeidsovereenkomst.

§ 2. Afgifte van sociale documenten

213 Een voorbeeld van een situatie waarin het opleggen van een dwangsom mogelijk is, vindt men in een vonnis van de Arbeidsrechtbank te Luik van 25 mei 1981 (Arbrb. Luik 25 mei 1981, *J.T.* 1981, 539). Daarin wordt de verwerende partij veroordeeld, onder verbeurte van een dwangsom van 1.000 frank per dag vertraging na het verstrijken van een maand na de betekening, met een maximum van 50.000 frank, om (een gecorrigeerde versie van) bepaalde documenten af te leveren. Het ging om bewijsstukken met betrekking tot de betaling van sociale zekerheidsbijdragen, in het bijzonder voor kwartalen uit een periode vóór de inwerkingtreding van de Dwangsomwet in België. Ingevolge de onmiddellijke toepassing van procedureregels kon in die situatie een dwangsom worden opgelegd. De rechtbank overweegt dat het *in casu* niet ging om de uitvoering van een arbeidsovereenkomst, maar wel om een verplichting voortspruitende uit de wetgeving op de sociale voorzorg. Artikel 1385*bis* Ger. W. verzet zich in een dergelijke situatie niet tegen het opleggen van een dwangsom.

In dezelfde zin: Arbh. Brussel 11 juli 1989, *T.S.R.* 1989, 365; Arbrb. Antwerpen 26 juni 1989, *R.W.* 1990-91, 60; Arbrb. Brussel 15 oktober 1986, *Soc. Kron.* 1987, 17; Arbrb. Gent 21 april 1986, *T.G.R.* 1986, 89, noot V. VAN HERREWEGHE; Voorz. Arbrb. Luik 10 februari 1986, *J.T.T.* 1986, 454 en *Soc. Kron.* 1986, 110; Arbrb. Antwerpen 20 december 1985, *Soc. Kron.* 1986, 57; Arbh. Gent 11 januari 1984, *R.W.* 1984-85, 2214; Arbh. Brussel 26 mei 1983, *J.T.T.* 1984, 221; Arbrb. Antwerpen 7 februari 1983, *R.W.* 1983-84, 1155, noot G. L. BALLON; Arbrb. Doornik 8 januari 1982, *Soc. Kron.* 1982, 285. Anders, doch onverenigbaar met de recentere rechtspraak van het Benelux-Gerechtshof: Arbh. Antwerpen 18 maart 1994, *R.W.* 1994-95, 575; Arbh. Antwerpen 9 april 1992, *R.W.* 1992-93 (verkort), 756 en *Soc. Kron.* 1993, 129, noot J. GEYSEN; Arbrb. Charleroi 5 november 1990, *Soc. Kron.* 1991, 234; Arbrb. Antwerpen 16 februari 1989, *R.W.* 1988-89, 1274.

Het aangehaalde vonnis van de arbeidsrechtbank te Luik van 25 mei 1981 stond aan het begin van een controverse in de rechtspraak, die beslecht werd door het Benelux-Gerechtshof.

Het Benelux-Gerechtshof heeft in een arrest van 20 oktober 1997 voor recht verklaard dat vorderingen, die na de beëindiging van een arbeidsovereenkomst worden ingesteld, en dit niet ter nakoming van de arbeidsovereenkomst als zodanig, doch van verplichtingen die niet kenmerkend zijn voor een arbeidsovereenkomst, niet gelden als vorderingen ter zake van de nakoming van arbeidsovereenkomsten (Benelux Hof 20 oktober 1997, *J.T.T.* 1997, 478, *A.J.T.* 1998-99, 90, concl. J. DU JARDIN, noot B. LIETAERT en *N.J.* 1998, nr. 396. De samenvatting boven het arrest in *A.J.T.* luidt "Er kan geen dwangsom worden opgelegd...", terwijl dit moet zijn: "Er kan een dwangsom worden opgelegd...". Verwijzingsarrest: Cass. 3 juni 1996, *Arr. Cass.* 1996, nr. 204, p. 529 en *J.T.T.* 1996, 391.)

Bijgevolg kan de rechter aan uitspraken ingevolge zulke vorderingen een dwangsom verbinden. Het gegeven dat het gaat om verplichtingen die nooit ontstaan zouden zijn als er geen arbeidsovereenkomst was geweest, doet daaraan geen afbreuk.

Na de aangehaalde uitspraak van het Benelux-Gerechtshof heeft het Hof van Cassatie in een arrest van 30 november 1998 overwogen dat een dwangsom kan worden verbonden aan een veroordeling tot afgifte van sociale bescheiden die de werkgever krachtens artikel 21 van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 aan de werknemer moet overhandigen bij het einde van de arbeidsovereenkomst (Cass. 30 november 1998, *Arr. Cass.* 1998, 495 en *Pas.*, 1998, I, 495). Een vordering tot afgifte van sociale bescheiden is geen vordering tot nakoming van de arbeidsovereenkomst, aangezien zo'n vordering geen betrekking heeft op verplichtingen kenmerkend voor een arbeidsovereenkomst, ook al zouden die verplichtingen zonder de arbeidsovereenkomst niet zijn ontstaan (Benelux Hof 20 oktober 1997, *J.T.T.* 1997, 478, *A.J.T.* 1998-99, 90, concl. J. DU JARDIN, noot B. LIETAERT en *N.J.* 1998, nr. 396). Of de verplichting van de werkgever om sociale bescheiden te overhandigen aan de werknemer nu gesteund is op de wet, op een contract of op enige andere rechtsgrond, mist relevantie.

De omstandigheid dat het niet afgeven van sociale en fiscale documenten strafbaar is gesteld (zie voor een opsomming van de relevante bepalingen: *Arbh.* Antwerpen 4 september 2000, *R.W.* 2000-01, 989), wordt soms wel aangehaald ter ondersteuning van de veroordeling tot de dwangsom (zelfde verwijzing). Dat argument is niet verkeerd, maar heeft louter betrekking op de opportuniteit van het opleggen van een dwangsom als zodanig (van iemand die er niet voor terugschrikt een strafrechtelijk gesanctioneerde bepaling te miskennen, kan gevreesd worden dat hij een rechterlijke veroordeling zonder dwangsom naast zich zal neerleggen). Het argument heeft m.a.w. geen betrekking op de – thans beslechte – vraag of aan een dergelijke veroordeling een dwangsom kan worden verbonden.

AFDELING II

DWANGSOM IN HET PERSONEN- EN FAMILIERECHT

§ 1. Dwangsom en het recht van de persoon op lichamelijke integriteit

214 Een delicaat probleem is de vraag of de medewerking aan een deskundig onderzoek, in het bijzonder door het afstaan van een bloedstaal, kan worden afgedwongen met een dwangsom. Bepaalde rechtspraak neemt aan dat iemand niet kan worden gedwongen een bloedstaal af te geven, ook niet onder verbeurte van een dwangsom (*Rb.* Brussel 24 oktober 1989, *Pas.* 1990, III, 51 en *T.B.B.R.* 1990, 162; *Rb.* Aarlen 24 februari 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1990,

251; Cour d'Appel de Paris 24 november 1981, *Recueil Dalloz Sirey* 1982, 355, noot J. MASSIP). In het geval waar de Rechtbank te Aarlen over oordeelde, leverde deze weigering niet echt een probleem op. Op basis van getuigenissen bleek immers dat het zeer waarschijnlijk was dat de verweerder geslachtelijke betrekkingen had onderhouden met eiseres gedurende de periode tijdens dewelke het kind vermoedelijk was verwekt. De weigering zich te onderwerpen aan een bloedonderzoek levert op zich geen erkenning op, maar de rechtbank kan op basis van deze weigering wel bepaalde gevolgtrekkingen maken, rekening houdend met de omstandigheden van de zaak (Cass. 17 december 1998, *R.W.* 1998-99, 1144, noot F. SWENNEN; Rb. Aarlen 24 februari 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 250. Anders: Gent 21 oktober 1994, *R.W.* 1994-95, 1270).

Andere rechtspraak oordeelt op meer genuanceerde wijze dan het voormelde Aarlense vonnis, en maakt een onderscheid tussen enerzijds (a) de inbreuken op de lichamelijke integriteit in het algemeen en inbreuken op de psychische integriteit, en anderzijds (b) de zeer lichte inbreuk op de lichamelijke integriteit dewelke een bloedonderzoek of genetisch onderzoek kan opleveren. In het laatste geval, aldus een vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent van 21 september 1995, kan wel een dwangsom worden opgelegd, aangezien "de uiterst minieme aantasting van de fysieke integriteit" ten gevolge van een bloedonderzoek of genetisch onderzoek niet opweegt tegen de belangen van het kind waarvan de afstamming onderzocht wordt (Rb. Gent 21 september 1995, *R.W.* 1998-99, 97, noot SENAËVE). Zie in dezelfde zin: Rb. Namen 28 juni 1999, *Rev. trim. dr. fam.* 2000, 690.

De rechtsleer is op dit stuk verdeeld. F. LOOSVELDT verdedigt – in een bijdrage waarnaar de Gentse rechtbank verwijst – het standpunt dat in afstammingszaken een gebod om een bloed- of DNA-onderzoek te ondergaan, kan worden gekoppeld aan een dwangsom, omdat de minieme aantasting van de lichamelijke integriteit niet opweegt tegen de belangen van het betrokken kind (F. LOOSVELDT, "De dwangsom: reikwijdte, toepassingsgebied en enkele betwistingen ter zake", *A.J.T.-Dossier* 1994-95, nr. 9, 93). Dezelfde strekking wordt verdedigd door A. HEYVAERT en M. T. MEULDERS-KLEIN (A. HEYVAERT, Commentaar bij artikel 331octies B.W., in X. (ed.), *Commentaar Personen- en Familierecht*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 1997, nr. 4; M. T. MEULDERS-KLEIN, "L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987", *Ann. dr. Louvain* 1987, (213), 268, nr. 107).

P. SENAËVE daarentegen meent dat het bevelen van een bloedonderzoek, enig ander lichamelijk onderzoek of een psychiatrisch onderzoek, niet kan worden gekoppeld aan de verbeurte van een dwangsom (in dezelfde zin: P. LEMMENS, "Het verbod van onderwerping van een persoon aan een lichamelijk of geestesonderzoek", in *Liber Amicorum Prof. em. E. Krings*, Brussel, Story-Scientia, 1991, (659), 666). SENAËVE gaat uit van het standpunt dat zelfs de lichtste aantastingen van de persoonlijkheidsrechten, zoals het recht op lichamelijke integriteit, onvoorwaardelijk dienen te worden verworpen, tenzij zij specifiek door de wetgever toegelaten zijn (volgens HEYVAERT is artikel 331octies B.W. terzake een specifieke wettelijke toelating: A. HEYVAERT, Commentaar bij

artikel 331octies B.W., a.w., nr. 3). Het standpunt van SENAËVE dreigt het praktisch nut van artikel 331octies van het Burgerlijk Wetboek, krachtens hetwelk de rechtbanken een bloedonderzoek of enig ander onderzoek volgens beproefde wetenschappelijke methodes kunnen gelasten, grotendeels te beperken.

Het Hof van Beroep te Brussel oordeelde dat artikel 331octies B.W. een beperking uitmaakt van het beginsel van de eerbiediging van de fysieke integriteit (Brussel 31 oktober 1991, *J.T.* 1993, 50, noot J. FIERENS). P. SENAËVE daarentegen lijkt het recht op lichamelijke integriteit in een ietwat absolutistische zin te interpreteren, zonder uit te gaan van een meer evenwichtige belangenafweging, zoals de andere strekking doet. Een consequente toepassing van het standpunt van SENAËVE, zou het afknippen van een hoofdhaar met het oog op het verrichten van een genetisch onderzoek onder verbeurte van een dwangsom verwerpen, wat niet opweegt tegen de belangen van het kind waarvan de afstamming onzeker is. Een dwangsom kan er in deze situaties toe leiden dat de betrokkene de onderwerping aan het onderzoek verkiest boven de aantasting van zijn vermogen. Deze keuze van de betrokkene zal meteen ook tot gevolg hebben dat het onderzoek op een veilige en waardige manier kan gebeuren, zonder fysiek geweld of directe dwang. Op grond van het bovenstaande mag de rechter, op vordering van een partij, een dwangsom verbinden aan een bevel op grond van artikel 331octies B.W., indien het ondergaan van een bloedonderzoek of een ander onderzoek gericht op het vaststellen van de afstamming redelijkerwijze geen gevaar oplevert voor de gezondheid of het welzijn van de betrokkene (een bloedonderzoek kan bv. een gevaar of ernstig ongemak opleveren voor personen wier bloed ten gevolge van hemofilie niet stolt).

215 Niettemin wordt de opvatting van SENAËVE bijgetreden door een belangrijk deel van de rechtsleer (zie ook: J. DALCQ, "La réforme du droit de la filiation", *J.T.* 1987, 399-400). Auteurs zoals J. VAN COMPERNOLLE menen dat de onschendbaarheid van het menselijk lichaam een absoluut principe is dat geen gradaties verdraagt (J. VAN COMPERNOLLE, "Aspects judiciaires des actions relatives à la filiation", *Ann. dr. Louvain* 1987, (319), 338). De opvatting die bijval verdient, lijkt echter de meerderheidsopvatting uit te maken. Naast de reeds aangehaalde auteurs, menen ook G. DE LEVAL, J. LAENENS, I. MOREAU-MARGRÈVE en M. STORME dat een bevel tot het ondergaan van een bloedonderzoek kan worden opgelegd onder verbeurte van een dwangsom (G. DE LEVAL, "L'instruction sans obstructions", in N. VERHEYDEN-JEANMART en J. VAN COMPERNOLLE (eds.), *La preuve*, Colloquium 12 en 13 maart 1987, U.C.L., 27; J. LAENENS, "Proceduresaspecten", in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 34-35; I. MOREAU-MARGRÈVE, "Principes généraux" in *Dix ans d'application de l'astreinte*, a.w., 1991, 24-25; M. STORME, "Nemo praecise potest cogi ad factum. Het adagium herbezocht", in M. STORME (ed.), *Gezin en recht in een postmoderne samenleving*, Gent, Mys en Breesch, 1994, 19-22).

De dreiging van een dwangsom, aldus G. DE LEVAL, maakt geen inbreuk uit op de fysieke integriteit van de persoon. De veroordeelde wordt enkel bedreigd met een aantasting van zijn vermogen indien hij weigert zich te onderwerpen aan de onderzoeksmaatregel. Het betreft hier geen fysieke dwang, maar een door de wetgever ingevoerd moreel drukkingsmiddel. Dezelfde morele druk is aanwezig bij elke veroordeling tot een dwangsom. Het overwinnen van de weerstand van de veroordeelde is precies de bestaansreden van het instituut van de dwangsom, zoals door de wetgever gewild, aldus nog G. DE LEVAL.

216 Het standpunt van SENAËVE lijkt moeilijk vol te houden in het licht van het arrest van het Hof van Cassatie van 17 december 1998 (Cass. 17 december 1998, *R.W.* 1998-99, 1144, noot F. SWENNEN). Het Hof van Cassatie overweegt dat het recht op lichamelijke integriteit niet onbeperkt is en moet worden uitgelegd in het licht van andere fundamentele rechten (Cass. 17 december 1998, *R.W.* 1998-99, 1144, noot F. SWENNEN). Een belangenafweging lijkt derhalve niet uitgesloten (anders: S. BRIJS, "DNA-onderzoek in afstammingsgeschillen: wie weigert, heeft (meestal) ongelijk", (noot onder Cass. 17 december 1998), *Rec. Cass.* 1999, (175), 189). Het Hof overweegt dat elke "fysieke dwanguitoefening" op een persoon verboden is. De interpretatie van de annotator van het arrest, volgens dewelke dwang terzake "niet beperkend [mag] worden gelezen als fysieke dwanguitvoering", moet worden verworpen (F. SWENNEN, "Art. 331octies B.W. en de "rechtsvormende" taak van het Hof van Cassatie", (noot onder Cass. 17 december 1998), *R.W.* 1998-99, 1146). Immers, het Hof van Cassatie vermeldt slechts "fysieke dwanguitoefening" (de tekst van het arrest zoals gepubliceerd in het *R.W.* spreekt van "fysieke dwanguitoefening"; het gaat blijkbaar om een redactionele wijziging, aangezien het Hof van Cassatie de term "fysische dwanguitoefening" gebruikt: Cass. 17 december 1998, C.97.0294.N/1).

Het arrest van het Hof van Cassatie van 17 december 1998 biedt geen steun voor de opvatting dat een dwangsom niet kan worden verbonden aan een bevel tot het ondergaan van een bloedproef of genetisch onderzoek (anders: F. SWENNEN, "Art. 331octies B.W. en de "rechtsvormende" taak van het Hof van Cassatie", (noot onder Cass. 17 december 1998), *R.W.* 1998-99, 1146). De dwangsom, die slechts een moreel drukkingsmiddel is, blijft in het voormelde arrest geheel buiten beschouwing. De dwangsom houdt vanzelfsprekend geen fysieke dwang in, aangezien zij de veroordeelde slechts tot nakoming prikkelt door een bedreiging met een vermogensnadeel.

Het tevergeefs in cassatie bestreden arrest van het Hof van Beroep te Gent van 6 februari 1997 sluit geheel aan bij de alhier verdedigde strekking. Het Hof van Beroep overweegt: "Het recht op fysieke integriteit inroepen als wettige verantwoording voor de weigering van medewerking aan de bloedproef/DNA onderzoek, is in feite huichelachtig, gelet op de praktisch te verwaarlozen ingreep op de fysieke integriteit (...) Het is evident dat dit recht [op vastlegging van de afstammingsband], met de corrolaria eraan verbonden [bv. erfrecht], niet kan wijken voor het recht op fysieke integriteit (...), wetende dat de aantasting bij genetisch onderzoek quasi nihil is".

Het arrest van het Hof van Cassatie van 17 december 1998 spreekt zich weliswaar niet uit over de vraag of een dwangsom mogelijk is ter versterking van een bevel om zich te onderwerpen aan een bloedproef of genetisch onderzoek, maar bevat geen elementen die erop zouden wijzen dat het Hof van Cassatie een dwangsom terzake niet mogelijk acht.

De discussie over de mogelijkheid om een dwangsom te verbinden aan een genetisch onderzoek, dreigt stilaan door de feiten achterhaald te worden. Immers, voor de vaststelling van de afstammingsband is thans een bloedproef (waarbij de onvermijdelijke speldenprik ontegensprekelijk een minieme doch niet onbestaande aantasting van de fysieke integriteit van de persoon oplevert) niet meer noodzakelijk. Bij een genetisch onderzoek op basis van mondslijmvlies bv., volstaat het dat de betrokkene zelf een steriel wattenstaafje uit een speciaal daarvoor gemaakte “kit” tegen de binnenkant van de wang wrijft. De zgn. “aantasting van de fysieke integriteit” evolueert aldus van uiterst miniem naar volstrekt onbestaande (na een speldenprik is er inderdaad een kleine wonde, bij aanraking van het mondslijmvlies met een wattenstaafje is er geen beschadiging van weefsel).

§ 2. Dwangsom in het familierecht

217 De dwangsom kan in het familierecht een bijzonder doeltreffend middel zijn om een veroordeelde partij tot nakoming van haar verplichting aan te sporen (V. POULEAU, “Astreinte et droit familial”, *J.T.* 1987, 201; J.-L. RENCHON, “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; J.-L. RENCHON, “Le recours à l’astreinte dans les relations familiales”, *Rev. tr. dr. fam.* 1986, 304; K. WAGNER, “Dwangsom en omgangsregeling”, (noot onder Antwerpen 8 februari 2000), *A.J.T.* 2001-02, 334). Met name kan een dwangsom nuttig zijn om een ex-echtgenoot ertoe aan te zetten een omgangsregeling na te leven (Rb. Verviers 30 juni 1982, *J.L.* 1983, 51, noot G. DE LEVAL; M. STORME en B. DECONINCK, “Bevoegdheids- en procedureperikelen in familierechtelijke geschillen”, *T.P.R.* 1985, (89), 139; P. SENAËVE, “De dwangsom”, Commentaar bij de artikelen 1385bis-1385nonies Ger. W., in *Commentaar Personen- en Familierecht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, p. 11, nr. 15). Het weghalen van een kind bij een onwillige ouder met behulp van de openbare macht – voor de invoering van de dwangsom het enige middel om een omgangsregeling af te dwingen – kan dankzij het instituut van de dwangsom zo veel mogelijk worden beperkt. Een dwangsom is voor het kind moreel allicht minder ingrijpend dan weghaling door de openbare macht. PLANIOL en RIPERT achtten het ingrijpen door de openbare macht “plus brutal que l’astreinte” (M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, deel II, a.w., 1926, nr. 372, p. 294).

Verbeurde dwangsommen komen daarenboven ten volle toe aan de partij die de veroordeling heeft verkregen, zodat er vanuit financieel opzicht evenmin een nadeel is voor het kind. De verbeurte van een dwangsom veroorzaakt hier

slechts een verschuiving van een deel van het patrimonium van de ene ouder naar dat van de andere ouder, zodat de som van de beide patrimonía die instaan voor de opvoeding en verzorging van het kind ongeveer gelijk blijft (behoudens de kosten van de procedure).

Bij de bespreking van de dwangsom in het familierecht wordt vooral aandacht besteed aan de uitvoering van een omgangsregeling. Inderdaad, bij vele andere verplichtingen uit het familierecht zal een dwangsom (naar hedendaagse opvattingen) ondenkbaar of niet wenselijk zijn. De verplichting tot huwelijks-trouw en de verplichting tot samenwoning – waaronder in het oude Nederlandse Burgerlijk Wetboek de verplichting van de vrouw “tot bewilliging van haren man” begrepen was (J. DE BOER, *Personen- en familierecht*, in *Asser-Serie*, Deventer, Tjeenk Willink, 1998, 155) – kunnen niet met behulp van een dwangsom worden afgedwongen (J. DE BOER, *Personen- en familierecht*, in *Asser-Serie*, Deventer, Tjeenk Willink, 1998, 158-159).

Anders: M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, deel II, a.w., 1926, nr. 371, p. 293. Deze auteurs meenden nog dat “à l’heure actuelle, l’astreinte est le moyen le plus normal employé pour forcer un mari à recevoir sa femme ou une femme à revenir chez son mari.”). Dat zou op onaantvaardbare wijze afbreuk doen aan de morele en fysieke integriteit van de persoon. De miskenning van huwelijksverplichtingen van morele, seksuele of immateriële aard kan in het huidige recht slechts een grond tot echtscheiding opleveren (G. BAETEMAN, *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, Deurne, Kluwer, 1993, 402). In Duitsland ligt dit principe zelfs in de wet vervat. Het *Zwangsgeld* (vgl. dwangsom) en de *Zwangshaft* (vgl. lijfswang of gijzeling, in België afgeschaft bij de invoering van de dwangsom) kunnen luidens paragraaf 888 van de *Zivilprozeßordnung* niet worden opgelegd “zur Herstellung des ehelichen Lebens”. Deze bepaling verhindert niet dat *Zwangsgeld* kan worden verbonden aan een veroordeling van een “verstoorder van het echtelijke leven” (een *Ehestörer*) om de echtelijke woonst te verlaten of niet meer te betreden; cf. L. ROSENBERG, H. GAUL en E. SCHILKEN, *Zwangsvollstreckungsrecht*, a.w., 1997, 973.

Eertijds was het anders. Het Hof van Cassatie overwoog in een arrest van 9 januari 1879 dat door het afsluiten van een huwelijksvereenkomst “la femme s’oblige à cohabiter avec son mari et à le suivre partout où il juge à propos de résider; (...) que si, sans motifs légitimes, elle se refuse à habiter le domicile conjugal, le mari peut exercer contre elle un recours en justice (...); que le juge saisi, comme dans l’espèce, d’une telle demande, et qui prononce une peine par jour de retard, ne fait en réalité que déterminer l’indemnité due à raison du dommage qu’entraîne pour le mari l’inexécution de la sentence” (Cass. 9 januari 1879, *Pas.* 1879, I, 50). Dit standpunt geldt thans als verlaten. MALAURIE en AYNÈS bevestigen dat een dwangsom niet mogelijk is om echtelijke verhoudingen te regelen (P. MALAURIE en L. AYNÈS, *Cours de droit civil – Les obligations*, Parijs, Editions Cujas, 1985, nr. 640, p. 454).

218 In wat volgt worden de bijzonderheden besproken verbonden aan de toepassing van een dwangsom tot nakoming van een omgangsregeling (zie hierover ook: K. WAGNER, “Dwangsom en omgangsregeling”, (noot onder Antwerpen 8 februari 2000), *A.J.T.* 2001-02, 334). In een arrest van 14 november 1991 legt het Hof van Beroep te Bergen een omgangsregeling op waarbij de ex-echtgenote veroordeeld wordt onder verbeurte van een dwangsom van 25.000 frank indien zij de regeling niet naleeft (Bergen 14 november 1991, *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 121). Het Hof overweegt dat het passend zou zijn ook een dwangsom uit te spreken voor het geval de vader van de drie kinderen zijn verplichtingen niet zou uitvoeren, doch dit was niet mogelijk

aangezien de moeder zulks niet gevorderd had en de rechter geen dwangsom ambtshalve kan uitspreken (Bergen 14 november 1991, *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 131). De praktische uitwerking van de omgangsregeling werd in deze casus bemoeilijkt door het feit dat de moeder met de drie kinderen naar Spanje verhuisd was.

Een ouder kan niet onder verbeurte van een dwangsom verplicht worden om zijn kinderen bij zich te ontvangen. Wel mogelijk is dat een ouder onder verbeurte van een dwangsom verplicht wordt te dulden dat de andere ouder zijn rechten ingevolge een omgangsregeling uitoefent. De verplichting mee te werken aan de uitoefening van het omgangsrecht door de andere ouder kan eveneens aanleiding geven tot een dwangsom. Het gegeven dat sommige aspecten van een omgangsregeling met een dwangsom kunnen worden afgedwongen, neemt niet weg dat de rechter behoedzaam tewerk dient te gaan (anders: P. SENAËVE, "De dwangsom", Commentaar bij de artikelen 1385bis-1385nonies Ger. W., in *Commentaar Personen- en Familierecht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, p. 17-18, nr. 30). Bij het afdwingen van het recht op persoonlijk contact met het kind moet het belang van het kind en de wens om de opvoeding van het kind te doen slagen, 's rechters centrale bekommernis zijn.

Op grond van artikel 203 van het Burgerlijk Wetboek zijn de ouders aan hun kinderen levensonderhoud, opvoeding en een passende opleiding verschuldigd. In de rechtspraak wordt soms overwogen dat de verplichtingen van artikel 203 niet volbracht kunnen worden zonder regelmatig persoonlijk contact met de kinderen. Bijgevolg, aldus de Nijvelse voorzitter in een beschikking van 8 februari 1989, moet het bezoekrecht zoals dit vaak genoemd werd (thans is de term omgangsrecht gebruikelijker), eigenlijk als een bezoekplicht worden opgevat (Voorz. Rb. Nijvel 8 februari 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 244). De voorzitter oordeelt dat er geen redenen zijn om aan te nemen dat de vader zich aan zijn zgn. bezoekplicht wil onttrekken, zodat het opleggen van een dwangsom niet opportuun voorkomt.

De motivering van deze beschikking is problematisch. Immers, de verplichtingen van de ouder zoals neergelegd in artikel 203 B.W., kunnen uit hun aard zelf bezwaarlijk middels een dwangsom worden afgedwongen, om vergelijkbare redenen als bij de uitsluiting van prestaties waarvan het resultaat niet op grond van objectieve maatstaven kan worden beoordeeld (zie boven, nr. 143, over wetenschappelijke en artistieke prestaties). Het omgangsrecht is wel degelijk een recht en geen verplichting in juridische zin. De overweging van de voorzitter te Nijvel, dat "le droit de visite (...) s'identifie en réalité à un devoir de visite", maakt gebruik van de term "devoir" en niet van "obligation" (Voorz. Rb. Nijvel 8 februari 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 246). Het gaat eigenlijk om een morele plicht, niet om een juridisch afdwingbare verplichting.

Men zou kunnen opwerpen dat het adagium *nemo praecise cogi potest ad factum* zich terzake verzet tegen een veroordeling op straffe van dwangsom. Men dient echter de juiste draagwijdte van dit adagium voor ogen te houden.

Het beginsel *nemo praecise...* sluit slechts directe fysieke dwang op de persoon uit, zodat dit beginsel een veroordeling onder dwangsom niet kan doorkruisen (Voorz. Rb. Brussel 1 maart 2001, *J.T.* 2001, 250; P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Brussel, Kluwer, 1993, nr. 59, p. 79). Het nut van de dwangsom ligt er precies in dat uitvoering *in natura* verkregen wordt, in gevallen waarin de eisende partij zonder indirect executiemiddel genoeg zou moeten nemen met vervangende schadevergoeding.

Een aannemer kan niet rechtstreeks (d.w.z. zonder zijn medewerking) gedwongen worden om een huis af te werken, zoals wel een milieuactivist kan worden gedwongen een bedrijfsterrein te verlaten (verwijdering door de openbare macht). De dwang in het laatste voorbeeld houdt niet in dat een prestatie van de milieuactivist wordt verlangd. Hij kan door de openbare macht van het bedrijfsterrein worden verwijderd zonder zijn medewerking of instemming. De dwangsom houdt geen directe dwang in, maar stelt de veroordeelde aannemer voor de keuze: ofwel werkt u de woning af, ofwel vindt er een aantasting van uw vermogen plaats. Die vermogensaantasting moet voldoende ernstig zijn, opdat de aannemer voor het eerste alternatief zal kiezen. Welnu, in het familierecht kan een persoon niet worden aangespoord om een kind op te voeden, zoals de aannemer wel kan worden aangespoord om een huis af te werken. Het belang van het kind verzet zich er tegen dat het zou dienen te vertoeven bij een persoon die dat liever niet wil, zelfs al acht die persoon het gezelschap van het kind verkieslijker dan de verbeurte van een dwangsom.

Hierboven werd reeds uiteengezet dat een dwangsom in principe niet kan worden opgelegd indien er sprake is van een prestatie waarvan het resultaat niet kan worden beoordeeld op grond van objectieve maatstaven van goed vakmanschap, maar slechts volgens subjectieve waardeoordelen (zie boven nr. 18). Het opvoeden van (of het onderhouden van contact met) een kind is bij uitstek een prestatie die door dit criterium wordt uitgesloten.

219 De uitvoerige rechtspraak betreffende de dwangsom in het familierecht, duidt erop dat er in dit domein soms sprake is van aarzeling of onzekerheid. Dit hangt voornamelijk samen met de delicate aard van de opgelegde verplichtingen. De besproken Nijvelse uitspraak waarin het verbinden van een dwangsom aan een "plicht" om een kind te bezoeken of bij zich te ontvangen, principieel mogelijk doch *in casu* niet opportuun wordt geacht, is een illustratie van deze aarzeling. De loutere overweging dat de dwangsom in het familierecht wel mogelijk is, zoals bevestigd door het Benelux-Gerechtshof in zijn arrest van 11 mei 1982, doch dat behoedzaamheid aangewezen is, lijkt onvoldoende houvast te bieden (Benelux Hof nr. A 81/6, 11 mei 1982, *N.J.* 1983, nr. 613, concl. F. DUMON en Benelux Hof nr. A 81/3, 11 mei 1982, *Rev. trim. dr. fam.* 1982, 319 en *N.J.* 1983, nr. 610). Het is aangewezen de door de rechtspraak gehanteerde criteria nader te onderzoeken.

220 Bij de verdere bespreking van de rechtspraak terzake worden de volgende uitgangspunten gehanteerd: (i) het belang van het kind dient centraal te staan; (ii) een dwangsom kan principieel worden verbonden aan verplichtingen waarvan de uitvoering door de openbare macht denkbaar is; (iii) een dwangsom is niet wenselijk om prestaties af te dwingen die bij de veroordeelde een bijzondere affectieve gezindheid veronderstellen dewelke noodzakelijk is voor de behoorlijke verrichting der prestatie.

Op grond van deze uitgangspunten kan een dwangsom worden verbonden aan de verplichting opgelegd aan een ouder om het omgangsrecht van de andere ouder te eerbiedigen. Het eerbiedigen van het omgangsrecht van de andere ouder gaat uit van de veronderstelling dat het in de concrete omstandigheden in het belang van het kind is met beide ouders contact te onderhouden (dit veronderstelt de uitgesproken wens van beide ouders om contact met het kind te houden). Het dulden dat de andere ouder zijn omgangsrecht uitoefent impliceert geen handelingen dewelke slechts behoorlijk kunnen worden uitgeoefend wanneer een bijzondere affectieve gezindheid aanwezig is. Als het gaat om een situatie waarbij de verplichting theoretisch kan worden afgedwongen door de openbare macht, staat men *a fortiori* voor een prestatie die geen bijzondere affectieve gezindheid veronderstelt (zie bv.: Voorz. Rb. Brussel 19 september 1995, *Rev. tr. dr. fam.* 1996, 431; schoolverandering zonder instemming van de andere ouder).

Een omgangsrecht van de andere ouder kan bijgevolg worden afgedwongen met een dwangsom, in tegenstelling tot een “omgangsverplichting”. Ten eerste is een omgangsverplichting slechts een morele plicht, niet rechtens afdwingbaar, en ten tweede veronderstelt de behoorlijke uitoefening hiervan een affectieve gezindheid die niet in het leven wordt geroepen door het loutere feit dat de veroordeelde zou verkiezen de verbeurte van een dwangsom te vermijden.

221 Bij de bespreking van de verhouding tussen de dwangsom en de menselijke waardigheid, wordt uiteengezet dat in het algemeen een dwangsom niet mag 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 (zie boven, nr. 143). Het geval van de schoolverandering toont aan dat dit criterium, in het bijzonder in het familierecht, geen absolute gelding heeft. Hoewel dat niet uit de beschikking van de Brusselse voorzitter blijkt – als reden van de schoolverandering wordt de grote afstand vermeld – zijn situaties denkbaar waarin de ouders het kind willen plaatsen in een school van een andere levensbeschouwelijke gezindheid. Mocht in een dergelijke situatie aan de vader een gebod worden opgelegd zijn kind elke ochtend naar een bepaalde school te brengen, zou dit een handeling kunnen uitmaken die kennelijk indruist tegen zijn levensbeschouwelijke overtuigingen. In een dergelijk geval primeert niet het respect voor de overtuiging van de vader, doch wel het belang van het kind (zie over dit begrip: E. DE KEZEL, “Het begrip ‘het belang van het kind’”,

R.W. 1998-99, 1163). Bij twijfel over wat het belang van het kind vereist, kan de rechter zich laten leiden door het advies van een deskundige.

AFDELING III

DWANGSOM OP HET TERREIN VAN RUIMTELIJKE ORDENING EN STEDENBOUW

222 De dwangsom heeft in het domein van de ruimtelijke ordening en stedenbouw aanleiding gegeven tot een uitbundige rechtspraak (zie ook de verwijzingen bij: D. MERCKX, "De dwangsom inzake stedenbouw", (noot onder Antwerpen 14 januari 1988), *R.W.* 1988-89, 1407). De omvang van de rechtspraak terzake verklaart zich goeddeels door de onzekerheid die lange tijd bestaan heeft over de bevoegdheid van de gemachtigde ambtenaar (c.q. stedenbouwkundige inspecteur), alsmede over de aard van de maatregel van het herstel van de plaats in de vorige staat. Het Benelux-Gerechtshof heeft zich over beide punten uitgesproken (Benelux Hof 12 februari 1996, *R.W.* 1996-97, 1298, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN; Benelux Hof 6 februari 1992, *R.W.* 1991-92, 1019, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN, *J.L.M.B.* 1992, 589, noot P. FRAIPONT en *N.J.* 1992, 353, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN).

223 Het Benelux-Gerechtshof heeft in een arrest van 12 februari 1996 een belangrijk beginsel verduidelijkt (Benelux Hof 12 februari 1996, *R.W.* 1996-97, 119, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN).

Het gaat hier om de zaak O.M. / Van der Haegen (A 94/4). Zij mag niet worden verward met de zaak Leslee Sports / Snauwaert (A 94/3), arrest van het Benelux-Gerechtshof van dezelfde datum (zie boven, nr. 52), met betrekking tot artikel 4 van de Eenvormige Benelux-Wet (artikel 1385*quinquies* Ger. W.).

Het Hof verklaarde voor recht dat de gemachtigde ambtenaar die in een geding voor de strafrechter het herstel van de plaats in de vorige staat vordert, moet worden beschouwd als één der partijen in de zin van artikel 1385*bis* Ger. W., die het uitspreken van een dwangsom kan vorderen. Deze bevoegdheid van de gemachtigde ambtenaar was destijds gestoeld op artikel 65, § 1 van de Stedenbouwwet van 29 maart 1962. Zij was vervolgens, wat Vlaanderen betreft, gesteund op artikel 68, § 1, van het Vlaams decreet betreffende de ruimtelijke ordening, gecoördineerd op 22 oktober 1996 (*B.S.*, 15 maart 1997). Thans is die bevoegdheid gesteund op art. 149 van het Vlaams Decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening. Een burgerlijke partijstelling is hiervoor niet vereist. Zij is trouwens voor de gemachtigde ambtenaar c.q. stedenbouwkundige inspecteur principieel uitgesloten, aangezien hij op grond van zijn wettelijke taak het algemeen belang verdedigt en het voor een burgerlijke partijstelling vereiste persoonlijk nadeel ten gevolge van een misdrijf in zijn hoofd ontbreekt (B. JANSSENS DE BISTHOVEN, conclusie voor Benelux Hof 12 februari 1996, *R.W.* 1996-97, 119;

Cass. 20 januari 1993, A.R. nrs. 9672, 9817 en 9894, *Arr. Cass.* 1993, nrs. 39, 39bis en 39ter, met name de derde zaak, noot 11, p. 77 en p. 81).

224 Een arrest van het Hof van Cassatie gewezen op 20 januari 1993 biedt inzicht in de paradox volgens dewelke een burgerlijke partijstelling door de gemachtigde ambtenaar niet ontvankelijk is, maar desondanks een herstelmaatregel op verzoek van de gemachtigde ambtenaar onder verbeurte van een dwangsom kan worden opgelegd (Cass. 20 januari 1993, A.R. nr. 9894, *Arr. Cass.* 1993, nr. 39ter, p. 81). Het Hof bevestigt dat een burgerlijke partijstelling van de gemachtigde ambtenaar niet ontvankelijk is, omdat deze laatste niet kan beweren door het misdrijf persoonlijk benadeeld te zijn. Zijn vordering tot herstel van de plaats in de vorige toestand, die aan geen vormvereisten is onderworpen, is slechts de uitoefening van een keuze betreffende de beleidsmatig meest opportune herstelmaatregel die de wet aan de gemachtigde ambtenaar gelaten heeft. Het Hof overweegt vervolgens dat de schending van de wettelijke bepalingen inzake de ontvankelijkheid van de voor de strafrechter ingestelde burgerlijke rechtsvorderingen, geen invloed heeft op de wettigheid van de beslissing waarbij de vordering van de gemachtigde ambtenaar tot herstel van de plaats in de vorige toestand wordt toegewezen. De door de gemachtigde ambtenaar gekozen herstelmaatregel is een burgerlijke maatregel, die nochtans wordt opgelegd in het belang dat de gemeenschap heeft bij een goede ruimtelijke ordening. De herstelmaatregel die wordt opgelegd benevens de straf wordt door de wet voorgeschreven als een verplichte aanvulling op de strafrechtelijke veroordeling. De rechter heeft zich niet uit te spreken over de opportuniteit van de door de gemachtigde ambtenaar gemaakte keuze, die een expressie is van de beleidsvrijheid van het bestuur. De rechter oefent er slechts een wettigheidstoezicht op uit.

De wijze waarop de gemachtigde ambtenaar c.q. stedenbouwkundige inspecteur zijn keuze uitdrukt, is aan geen vormvereisten onderworpen. Het volstaat dat de bestuurlijke overheid haar wil duidelijk te kennen heeft gegeven (Cass. 18 februari 1997, *P. & B.* 1998, 76).

Indien de gemachtigde ambtenaar in eerste aanleg te kennen heeft gegeven een dwangsom wenselijk te achten, is het niet vereist dat deze intentie in hoger beroep herhaald wordt. De regelmatig aan de rechterlijke overheid bekendgemaakte vordering van de bevoegde administratieve overheden blijft gelden gedurende geheel het verloop van de rechtspleging, tenzij (1) die bestuursorganen expliciet verzaken aan hun vordering (d.w.z. ofwel uitdrukkelijk geen dwangsom meer vragen, of de maatregel waaraan de dwangsom had moeten worden verbonden expliciet niet meer vragen), of (2) de door hen gekozen vorm van herstel wijzigen (Cass. 16 november 1999, *Arr. Cass.* 1999, 608 en *Pas.* 1999, I, 608).

Zelfs al heeft de gemachtigde ambtenaar zich burgerlijke partij gesteld, hetgeen volgens het Hof van Cassatie niet mogelijk is zonder schending van de wettelijke bepalingen inzake de ontvankelijkheid van burgerlijke partijstellingen, dan neemt dit niet weg dat de gemachtigde ambtenaar geacht kan worden

zijn keuze betreffende de gepaste herstelmaatregel rechtsgeldig tot uiting te hebben gebracht (in dezelfde zin: Cass. 18 februari 1997, *P. & B.* 1998, 75). Dit verklaart meteen ook waarom het Hof van Cassatie in een arrest van 28 april 1987 in een *obiter dictum* melding maakt van “de gemachtigde ambtenaar die zich burgerlijke partij stelde en overeenkomstig artikel 65, § 1, a, van de Stedenbouwwet het herstel van de plaats in de vorige staat vorderde” (Cass. 28 april 1987, *Pas.* 1987, nr. 502, p. 1002 en *R.W.* 1987-88, 260, verwijzende noot). Het arrest van 20 januari 1993 houdt geen ommekeer in ten opzichte van het arrest van 28 april 1987, waarin het Hof zich over een andere kwestie uitsprak. Met name bevestigt het Hof van Cassatie in het arrest van 28 april 1987 dat een dwangsom ook kan worden opgelegd indien aan de gemachtigde ambtenaar en het college van burgemeester en schepenen machtiging wordt verleend in de uitvoering van het herstel te voorzien (S. DE TAEYE, “De dwangsom wegens stedenbouwmisdrijf: een maatregel die beklijft”, (noot onder Antwerpen 16 oktober 2001), *A.J.T.* 2001-02, 524). De gemachtigde ambtenaar kan een rechtmatig belang doen gelden de nakoming van de veroordeling tot herstel zoveel mogelijk door de beklagde zelf te laten bewerkstelligen (Cass. 10 maart 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, nr. 357, p. 651; Cass. 5 december 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, nr. 220, p. 479; Cass. 28 april 1987, *Pas.* 1987, nr. 502, p. 1002 en *R.W.* 1987-88, 260, verwijzende noot. Zie ook boven, nr. 122).

Ofschoon het arrest van het Hof van Cassatie van 28 april 1987 nog te verzoenen leek met het arrest van 20 januari 1993, lijkt de relatie tussen dit laatste arrest ten opzichte van het arrest van het Hof van Cassatie van 9 juni 1987 iets moeilijker te liggen (Cass. 9 juni 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, nr. 606, p. 1365, *Pas.* 1987, nr. 606, 1229). In dit laatste arrest overweegt het Hof dat de herstelmaatregel uitgesproken op vordering van de gemachtigde ambtenaar niet het karakter heeft van een straf. De vordering van de gemachtigde ambtenaar is van burgerrechtelijke aard en is aan geen enkel vormvereiste onderworpen. Het volstaat dat die vordering aan de gerechtelijke overheden kenbaar wordt gemaakt, en dit kan, aldus het Hof in 1987, “gedaan worden bij wege van een stelling als burgerlijke partij”. In noot 11 onder het reeds geciteerde cassatie-arrest van 20 januari 1993, wordt nochtans opgemerkt dat dit laatste arrest geen nieuwe oplossing biedt. De annotator voegt daaraan toe: “Geregeld verklaarden hoven van beroep de burgerlijke partijstelling van de gemachtigde ambtenaar of het ‘door de gemachtigde ambtenaar vertegenwoordigde’ gewest, of zelfs van beide samen, ontvankelijk. Uit de geannoteerde arresten, inzonderheid in de eerste en de derde zaak, blijkt overduidelijk dat die beslissingen onwettig zijn.” (*Pas.* 1993, noot 11 op p. 77). In de voetnoten onder de drie arresten van 20 januari 1993 wordt geen melding gemaakt van het arrest van het Hof van Cassatie van 9 juni 1987. Niettemin wordt in het derde cassatiemiddel – betreffende het ontbreken van een persoonlijk en eigen belang – aangestipt dat het bestuur niet eens had aangevoerd dat zijn privé-belangen geschaad waren, in welk geval een burgerlijke partijstelling door het Gewest uiteraard wel mogelijk was geweest (zie de reeds geciteerde annotatie onder het arrest van 20 januari 1993 aangaande de voor-

waarden voor de ontvankelijkheid van een burgerlijke partijstelling door het Gewest wegens schade aan zijn privé-belangen, te onderscheiden van de bescherming van het algemeen belang; *Pas.* 1993, noot 11 op p. 77).

In het licht van de recentere rechtspraak, dient men uit het arrest van het Hof van Cassatie van 9 juni 1987 slechts te onthouden dat de vordering van de gemachtigde ambtenaar aan de gerechtelijke overheden kenbaar kan worden gemaakt bij wege van een (niet-ontvankelijke) burgerlijke partijstelling. Een onontvankelijke burgerlijke partijstelling kan volgens het Hof van Cassatie op rechtsgeldige wijze de beleidsmatige keuze van de gemachtigde ambtenaar tot uitdrukking brengen. In een arrest van 18 februari 1997 heeft het Hof van Cassatie dit beginsel met grote stelligheid bevestigd (Cass. 18 februari 1997, *P. & B.* 1998, 75).

Zie over dit arrest: S. LUST, "De bijzondere verbeurdverklaring, de dwangsom en de burgerlijke partijstelling in het raam van een herstellvordering. Enkele beschouwingen naar aanleiding van het arrest van het Hof van Cassatie van 18 februari 1997", *P. & B.* 1998, 54.

Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 25 februari 1997 het reeds aangehaalde arrest van het Benelux-Gerechtshof van 12 februari 1996 in herinnering gebracht (Cass. 25 februari 1997, *R.W.* 1997-98, 132). De woorden "op vordering van één der partijen" in artikel 1385*bis* Ger. W. betekenen slechts dat de rechter geen dwangsom ambtshalve mag opleggen. Zij impliceren geenszins dat de rechter enkel een dwangsom zou kunnen opleggen ten voordele en op vordering van de burgerlijke partij. De gemachtigde ambtenaar heeft bijgevolg de bevoegdheid een dwangsom te vorderen.

225 Over de precieze aard van de maatregel van het herstel in de vorige plaats, die de gemachtigde ambtenaar c.q. stedenbouwkundige inspecteur onder verbeurte van een dwangsom kan vorderen, heeft lange tijd onzekerheid bestaan. Het Benelux-Gerechtshof heeft zich terzake in een arrest van 6 februari 1992 uitgesproken (Benelux Hof 6 februari 1992, *R.W.* 1991-92, 1019, concl. JANSSENS DE BISTHOVEN, *J.L.M.B.* 1992, 589, noot P. FRAIPONT en *N.J.* 1992, 353, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN. Zie ook: Cass. 10 maart 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, nr. 357, p. 650; Cass. 20 mei 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, nr. 493, p. 892 en *R.W.* 1992-93, 308). Artikel 1385*bis* Ger. W. laat toe dat een dwangsom wordt opgelegd teneinde de uitvoering van een bevel tot herstel van de plaats in de vorige staat te verzekeren. Zo'n bevel is een maatregel die, ofschoon van burgerrechtelijke aard, behoort tot de strafvordering (Cass. 7 november 1995, *Arr. Cass.* 1995, nr. 479, p. 980; Cass. 21 september 1993, *Arr. Cass.* 1993, nr. 359, p. 725). Het is een burgerrechtelijke maatregel die krachtens de Stedenbouwwet door de strafrechter moet worden uitgesproken als verplichte aanvulling van de strafrechtelijke veroordeling (Cass. 13 december 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, nr. 239, p. 525, *Pas.* 1990, nr. 239, p. 467 en *J.L.M.B.* 1990, 542). De strafrechter, die een dwangsom kan verbinden aan zijn uitspraak wanneer hij maatregelen van burgerrechtelijke aard gelast, kan een herstel van de plaats in de vorige staat onder verbeurte van een dwangsom

gelasten (Benelux Hof 6 februari 1992, *R.W.* 1991-92, (1019), 1027, concl. JANSSENS DE BISTHOVEN).

Verbeurde dwangsommen komen uiteraard niet toe aan de gemachtigde ambtenaar c.q. stedenbouwkundige inspecteur zelf, aangezien hij niet in persoonlijke naam optreedt. Hij vertegenwoordigt in zijn hoedanigheid van volmachthouder een publiekrechtelijke rechtspersoon die het algemeen belang bewaakt (B. JANSSENS DE BISTHOVEN, conclusie voor Benelux Hof 6 februari 1992, *R.W.* 1991-92, 1024). Verbeurde dwangsommen komen toe aan die rechtspersoon (het Gewest).

Het arrest van het Benelux-Gerechtshof van 6 februari 1992 lag in de lijn van de bestaande rechtspraak (zie de verwijzingen bij F. HAUMONT, *L'urbanisme – Région Wallonne*, Brussel, Larcier, 1996, 885, noot 5).

In een arrest van 7 november 1995 overweegt het Hof van Cassatie dat de gemachtigde ambtenaar op wiens vordering de maatregel van het herstel in de vorige staat wordt uitgesproken, weliswaar geen partij is in het geding, doch op grond van de hem door de wet toegekende bevoegdheid belang heeft bij de effectieve uitvoering van de herstelmaatregel (Cass. 7 november 1995, *Arr. Cass.* 1995, nr. 479, p. 980). Hij heeft aldus de vereiste hoedanigheid en het vereiste belang om een dwangsom te vorderen. In die zin moet hij worden beschouwd als één der partijen bedoeld in artikel 1385*bis*, eerste lid Ger. W. Hieruit blijkt dat de woorden “partijen” of “wederpartij” in artikel 1385*bis* Ger. W., zoals reeds vermeld, niet noodzakelijkerwijze samenvallen met het begrip “gedingpartij” (zie boven, nr. 41). De gemachtigde ambtenaar kan een dwangsom vorderen zonder strikt genomen gedingpartij te zijn, terwijl anderzijds ook een dwangsom kan worden uitgesproken jegens een of meerdere personen die geen gedingpartij zijn (zie boven, nr. 67-68). In het licht van de aangehaalde rechtspraak van het Hof van Cassatie blijkt de opmerking van MOREAU-MARGRÈVE dat een dwangsom slechts kan worden opgelegd op vordering van “une partie au litige”, enigszins gedateerd te zijn (I. MOREAU-MARGRÈVE, “L’astreinte”, *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 20).

Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 20 april 1993 geoordeeld dat artikel 65, § 1 van de Stedenbouwwet van 29 maart 1962, krachtens hetwelk de rechten van de burgerlijke partij in geval van rechtstreeks herstel beperkt zijn tot de door de bevoegde overheid gekozen wijze van herstel, geen afbreuk doet aan het recht van de burgerlijke partij om naast de bevoegde overheid en binnen de inhoudelijke perken gesteld door de bevoegde overheid, een bevel tot herstel te vorderen gekoppeld aan een dwangsom (Cass. 20 april 1993, *Arr. Cass.* 1993, nr. 186, p. 378). Als bv. de buurman in strijd met de hem verleende bouwvergunning voor een enkele garage een dubbele garage bouwt, zodat hij te dicht bij de scheidingslijn bouwt, lijkt het denkbaar dat de gemachtigde ambtenaar aanpassingswerken vordert, derwijze dat de dubbele garage gehalveerd worde. Deze keuze beperkt de burgerlijke partij, eigenaar van het aanpalende perceel, in de inhoud van het door haar gevorderde (G. L. BALLON, “De dwangsom als pressiemiddel bij de veroordeling tot afbraak van onwet-

tige bouwwerken”, (noot onder Antwerpen 24 december 1982), *R.W.* 1982-83, 2277). Aldus kan de burgerlijke partij in dit voorbeeld niet vorderen dat de volledige garage wordt afgebroken. Wel kan zij vorderen dat de herstelmaatregel, zoals inhoudelijk bepaald door de gemachtigde ambtenaar c.q. stedenbouwkundig inspecteur, wordt uitgevoerd op straffe van een dwangsom. Nochtans, indien het bestuur niet optreedt, betekent dit niet dat de burgerlijke partij geen aanpassingswerken zou kunnen vorderen (Cass. 20 januari 1993, *Arr. Cass.* 1993, nr. 39bis, p. 80). De dwangsom vormt geen uitbreiding van de inhoud van de herstelmaatregel. Zij is slechts een middel om de veroordeelde aan te sporen de maatregel behoorlijk uit te voeren.

Geoordeeld werd dat er geen reden bestaat om een prejudiciële vraag te stellen aan het Arbitragehof over de grondwettigheid van art. 149 van het Decreet van 18 mei 1999 houdende de Organisatie van de Ruimtelijke Ordening (i.v.m. de herstellvordering), aangezien de rechtbank aan een uitspraak over een herstellvordering in ieder geval een dwangsom kan verbinden, wanneer een dwangsom gevorderd werd, op grond van de Eenvormige Benelux-Wet betreffende de dwangsom (Corr. Gent 8 januari 2001, *T.M.R.* 2001, 402).

Het Hof van Beroep te Gent was echter op 15 september 2000 een andere mening toegedaan, en heeft m.b.t. de grondwettigheid van art. 149 een prejudiciële vraag gesteld aan het Arbitragehof, hetgeen geleid heeft tot een arrest van het Arbitragehof van 28 maart 2002 (arrest nr. 57/2002). In dat arrest wordt besloten tot de grondwettigheid van art. 149 van het Decreet Ruimtelijke Ordening.

Voormeld artikel 149, eerste par., *in fine* luidt: “De rechtbank bepaalt voor de uitvoering van de herstelmaatregelen een termijn die één jaar niet mag overschrijden en na het verstrijken van deze termijn van uitvoering, op vordering van de stedenbouwkundige inspecteur of van het college van burgemeester of schepenen, een dwangsom per dag vertraging in de tenuitvoerlegging van de herstelmaatregel.”

Het nut van die bepaling bestaat erin dat, mocht hierover in de huidige stand van het recht nog enige twijfel kunnen bestaan (*quod non*), uitdrukkelijk gestipuleerd wordt dat een dwangsom kan (doch nooit moet: zie Arbitragehof 28 maart 2002, geciteerd) worden verbonden aan een stedenbouwkundige herstelmaatregel, en dat zowel de stedenbouwkundige inspecteur als het college van burgemeester of schepenen bevoegd zijn om een dwangsom te vragen. Voor het overige moet dat art. 149 geacht worden generlei beperkingen in te houden ten aanzien van de dwangsomregeling uit de Eenvormige Benelux-Wet, zoals in ons land omgezet in de artikelen 1385bis e.v. Ger. W.

Aldus heeft het geciteerde art. 149 niet tot gevolg dat bv. een burgerlijke partij die benadeeld werd door een stedenbouwkundig misdrijf, geen dwangsom meer zou kunnen vorderen. Ook de bepaling van de dwangsom per dag vertraging vermeld in art. 149 van het decreet van 18 mei 1999, is slechts exemplatief en doet geen afbreuk aan de bevoegdheid die de rechter ontleent aan art. 1385ter Ger. W. om een dwangsom op te leggen volgens

enige andere modaliteit (per inbreuk, een bedrag ineens). Niettemin blijkt in de praktijk de dwangsom *per dag vertraging* in stedenbouwkazaken de meest voorkomende modaliteit te zijn. De geciteerde bepaling uit het decreet neemt m.a.w. akte van een aantal verworvenheden en voorbeelden, zonder iets te wijzigen (toevoegingen noch beperkingen) aan het dwangsomregime van de Eenvormige Benelux-Wet.

226 Ofschoon een dwangsom inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw in de meeste gevallen wordt opgelegd aan een bouwvoertreder, zijn ook gevallen denkbaar waarbij een dwangsom wordt opgelegd aan de overheid. Een voorbeeld hiervan is de uitspraak van het Hof van Beroep te Bergen van 14 oktober 1996 (Bergen 14 oktober 1996, *Rev. not. b.* 1996, 594). Op grond van artikel 34 van het Waals wetboek van ruimtelijke ordening en stedenbouw is het Gewest verplicht een schadevergoeding te betalen aan de eigenaar wanneer de weigering om een bouw- of verkavelingsvergunning te verlenen het gebruik van een onroerend goed waartoe het normalerwijze bestemd is onmogelijk maakt. *In casu* betrof het een stuk landbouwgrond, dat nochtans aan een verharde weg gelegen was waar alle nutsvoorzieningen aanwezig waren en dat in de omgeving van andere huizen en van een dorpskern lag. Deze schadevergoeding wordt berekend op basis van een evaluatie die moet worden gemaakt door een bevoegde ambtenaar van de administratie van B.T.W., registratie en domeinen. Het Waals Gewest wordt veroordeeld tot een provisionele schadevergoeding. Tevens wordt bevel opgelegd aan het Waals Gewest om de bedoelde evaluatie te laten uitvoeren binnen drie maanden na de betekening van het arrest, op straffe van een dwangsom van 5.000 frank per dag vertraging. Opvallend is dat het Hof het Waals Gewest veroordeelt “à faire procéder à ladite évaluation” binnen drie maanden, terwijl het nochtans gaat om een prestatie van een derde, nl. een ambtenaar van de federale overheid. Mocht deze tijdig zijn instructie ontvangen hebben om over te gaan tot de evaluatie, maar ze te laat hebben uitgevoerd, dan zou het Gewest zich eventueel kunnen beroepen op de onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen, zoals bedoeld in artikel 1385*quinquies* Ger. W. Minstens zou er in een dergelijk geval aanleiding kunnen bestaan tot vrijwaring.

AFDELING IV

DWANGSOM IN HET INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT

§ 1. Buitenlandse veroordelingen

A. HET EEX IS NIET VAN TOEPASSING

227 Als het EEX niet van toepassing is, noch enig ander verdrag, dient de procedure voorzien in artikel 570 Ger. W. te worden toegepast, met inbegrip van de “révision au fond”. Buitenlandse veroordelingen hebben in principe

geen uitwerking in België, althans in de zin dat een buitenlandse veroordeling niet op Belgisch grondgebied kan worden tenuitvoergelegd zonder voorafgaand exequatur van de Belgische rechter. De rechter die zijn exequatur verleent, geeft de eisende partij toelating om de buitenlandse beslissing in België ten uitvoer te leggen. Als het bedrag van de verbeurde dwangsommen niet vaststaat, hoeft de rechter die het exequatur verleent dit bedrag in principe niet vast te stellen, ofschoon hij die bevoegdheid wel heeft in het kader van de “révision au fond”.

Een buitenlander die in het buitenland een inbreuk pleegt op een gebod of verbod van zijn nationale rechter, loopt het risico dat de eisende partij uitvoeringsmaatregelen zal treffen op vermogensbestanddelen van de veroordeelde die in België gelegen zijn, uiteraard na exequatur.

Een Belg daarentegen die door een buitenlandse rechter veroordeeld werd onder verbeurte van een dwangsom, lijkt bezwaarlijk op grond van een gedraging door hem gesteld in België, het risico te lopen op verlies van vermogensbestanddelen in België gelegen, in het bijzonder wanneer de gevolgen van de kwetsieuze gedraging zich enkel uitstrekken tot het Belgisch grondgebied. In die hypothese lijkt de Belgische rechter, rekening houdend met de omstandigheden van het geval, het exequatur te mogen weigeren wegens strijdigheid met de Belgische internationaalprivaatrechtelijke openbare orde.

B. HET EEX VINDT TOEPASSING

228 Een dwangsom vervat in een buitenlands vonnis moet, als het EEX-verdrag toepassing vindt en de eisende partij in België wil tenuitvoerleggen, voldoen aan artikel 43 EEX (H. J. B. NIJENHUIS, “Dwangsom en exequatur”, *De gerechtsdeurwaarder* 1994, 53). Krachtens die bepaling kunnen in het buitenland gegeven beslissingen die een veroordeling tot een dwangsom inhouden, in de aangezochte Staat slechts ten uitvoer worden gelegd indien het bedrag ervan door de gerechten van de Staat van herkomst definitief bepaald is.

Het EEX bepaalt niet welke interne rechter bevoegd is. Naar Belgisch recht moet worden aangenomen dat men zich voor het bekomen van een dergelijke declaratoire uitspraak naar keuze kan wenden tot de dwangsomrechter of de beslagrechter (zie boven, nr. 126). Wanneer de dwangsom werd uitgesproken door de kortgedingrechter, is hij ook bevoegd om het bedrag van de dwangsom “definitief te bepalen” in de zin van het EEX (X. E. KRAMER, *Het kort geding in internationaal perspectief*, Leiden, Kluwer, 2001, 191).

Het vereiste van artikel 43 EEX staat los van de vraag of naar intern recht de veroordeling die de dwangsom oplegt, volstaat als titel voor een tenuitvoerlegging. Niet in alle landen die gebonden zijn door het EEX kunnen dwangsommen worden ingevorderd op grond van de veroordeling die de dwangsom oplegt. In Frankrijk bestaat bv. de procedure van “liquidation de l’astreinte”,

waarbij het bedrag wordt vastgesteld van een in een vorige veroordeling uitgesproken “astreinte provisoire” (J. VINCENT en S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Parijs, Dalloz, 1994, nr. 543, p. 397; zie boven, nr. 9).

Strijdig met de Belgische internationaalprivaatrechtelijke openbare orde in de zin van artikel 27 EEX (art. 34 EEX-Vo), lijkt de buitenlandse beslissing die het bedrag van de dwangsom vaststelt op grond van inbreuken waaronder inbreuken van een Belg begrepen zijn, die bestaan uit gedragingen begaan in België, zonder dat de gevolgen van die gedragingen zich uitstrekken buiten België.

Het EEX-Verdrag van 27 september 1968 werd omgezet in een EEX-Verordening van 22 december 2000 (zie hierover: H. VAN HOUTTE en M. PERTEGÁS SENDER (eds.), *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 303 p.). Het EEX-Verdrag blijft wel gelden ten aanzien van Denemarken. Bovenstaande opmerkingen gelden onverkort voor de EEX-Vo: art. 43 EEX-Verdrag werd letterlijk overgenomen in art. 49 EEX-Vo.

§ 2. Gevolgen van een Belgische veroordeling onder dwangsom in het buitenland

A. VERBEURTE VAN DE DWANGSOM

229 Indien de veroordeelde inbreuken op een rechterlijk gebod of verbod begaat in het b u i t e n l a n d , kan dit in sommige gevallen aanleiding geven tot verbeurte van de dwangsom in het binnenland (W. HUGENHOLTZ en W. H. HEEMSKERK, *Hoofddijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag, Elsevier, 2002, 262). Voor een voorbeeld van een rechterlijk gebod uitgesproken door een Belgische rechter in een zaak tussen twee Belgen, waarbij een verbod met wereldwijde werking wordt uitgesproken, zie boven, nr. 66. In het bijzonder wanneer er uitsluitend Belgische partijen bij een geding betrokken zijn, lijken er zich weinig problemen aan te dienen indien de eisende partij verbeurde dwangsommen wegens inbreuken door een landgenoot in het buitenland wil verhalen op diens goederen gelegen in het binnenland.

Zie voor een voorbeeld: Bergen 14 november 1991, *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 121. Een dwangsom wordt verboden aan een bevel om een omgangsregeling na te leven, gericht tegen een ex-echtgenote. De moeder was met de drie kinderen naar Spanje verhuisd. Niettemin diende zij het omgangsrecht van de vader, die in België verbleef, in acht te nemen. Zie over deze casus ook boven, nr. 218.

De discussies over de Nederlandse “cross border injunction” tonen aan dat de veroordeling van een buitenlander in het buitenland onder verbeurte van een dwangsom een hachelijke onderneming is (J. J. BRINKHOF, “Gaaf het grensoverschrijdend verbod in kort geding over de schreef?”, *Bijblad Industriële Eigendom* 1996, 258; C. v. N., “Requiem voor de ‘Dutch cross-border injunction’ praktijk?”, *Bijblad Industriële Eigendom* 1998, 181 en *Bijblad Industriële Eigendom* 1998, 243; D. W. F. V., “Grensoverschrijdend verbod naar Neder-

lands recht", (noot onder H.R. 24 november 1989), *N.J.* 1992, nr. 404; TH. B. TEN KATE, conclusie voor Benelux Hof 26 maart 1993, *N.J.* 1993, nr. 328).

De mogelijkheid voor de Belgische rechter om in een geschil tussen Belgen een wereldwijd gebod of verbod op te leggen, betekent niet dat de eisende partij verbeurde dwangsommen in het buitenland zou kunnen invorderen. De dwangsom is verbonden aan het executoir aspect van de veroordeling, niet aan het obligatoir aspect ervan (Benelux Hof 5 juli 1985, *R.W.* 1985-86, 929, concl. E. KRINGS en *N.J.* 1986, nr. 19, concl. E. KRINGS en noot W.H.H.). Een binnenlands vonnis is in principe in het buitenland niet uitvoerbaar zonder exequatur (G. DE LEVAL, "L'exécution et la sanction des décisions judiciaires en matière familiale", in X. (ed.), *L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial*, Brussel, Bruylant, 1984, 907). Zodra de uitvoerbaarheid van de hoofdveroordeling geschorst is, kan ook geen dwangsom verbeurd worden.

Indien de voorzitter van de rechtbank van koophandel een stakingsbevel uitspreekt op grond van de Wet Handelspraktijken, baseert hij zijn uitspraak op een wet die slechts in België van toepassing is. Bijgevolg kan volgens J. STUYCK de dwangsom enkel verbeurd worden als het bevel in België geschonden wordt (J. STUYCK, "De vordering tot staking: samenloopregels en uitvoering van het bevel tot staking", in J. STUYCK (ed.), *Handelspraktijken anno 1996*, Antwerpen, Kluwer, 1996, p. 265, nr. 80). Indien er geen andere dan Belgische partijen bij het geding betrokken zijn – of indien minstens de veroordeelde partij Belg is – kan bepleit worden dat de veroordeelde de dwangsom ook kan verbeuren ingevolge een inbreuk op het stakingsbevel gepleegd in het buitenland. Dit impliceert op geen enkel ogenblik de afwijking van de Belgische wet op buitenlands territorium. De louter obligatoire werking van een Belgisch vonnis ten aanzien van Belgen in het buitenland kan bezwaarlijk geacht worden inbreuk te maken op de soevereiniteit van de buitenlandse Staat. Meer in het bijzonder gaat het om de obligatoire werking van een vonnis gesteund op het imperium van de rechter van de rechterlijke orde. Ook een arbitrale beslissing heeft obligatoire werking, doch zij is niet gesteund op enig imperium. Dit verklaart waarom niet enkel de gedwongen tenuitvoerlegging op grond van verbeurde dwangsommen, doch ook de verbeurte van de dwangsom zelf, niet mogelijk is vooraleer de rechter zijn exequatur heeft verleend aan een arbitrale beslissing onder verbeurte van een dwangsom (zie boven, nr. 60). Ook de Belgische belastingwet geldt enkel in België, maar toch kunnen activiteiten van Belgen in het buitenland aanleiding geven tot belastingplicht in België. De Wet Handelspraktijken geldt inderdaad slechts in België. Het gevolg hiervan is dat inbreuken op een stakingsbevel (onverschillig waar ter wereld gepleegd door Belgen) uitsluitend aanleiding kunnen geven tot invordering van verbeurde dwangsommen op Belgisch grondgebied. In het omgekeerde geval dreigt het nut van een stakingsbevel in bepaalde omstandigheden makkelijk te kunnen worden uitgehold.

Het bovenstaande neemt echter niet weg dat, indien men – zelfs in België – verbeurde dwangsommen wil invorderen op grond van inbreukmakende gedragingen van Belgen die plaatsvonden in het buitenland, het toch de voorkeur verdient in het betrokken buitenland voorafgaand – d.i. voor de verbeurte van dwangsommen – het exequatur te bekomen van de Belgische beslissing waarbij de dwangsom wordt opgelegd, al was het maar om discussie te vermijden. Vanuit een praktisch oogpunt kan men de mogelijkheid van verbeurte van dwangsommen door Belgen wegens gedragingen in het buitenland op grond van een Belgisch vonnis verkieslijk achten, vanuit een zuiver conceptuele benadering blijft dit niettemin een delicate kwestie. Het argument van het wereldwijde imperium van Belgische rechterlijke uitspraken ten aanzien van Belgen pleit voor de mogelijkheid van invordering in België van verbeurde dwangsommen wegens gedragingen in het buitenland. Daartegenover staat het argument dat zelfs de louter mogelijke van de verbeurte van dwangsommen verbonden is aan het uitvoerbare aspect van een veroordeling, en dat Belgische vonnissen in het buitenland zonder exequatur niet uitvoerbaar zijn, noch tegen buitenlanders noch tegen Belgen in het buitenland.

Gedragingen van Belgen in het buitenland geven aanleiding tot de hierboven besproken moeilijkheid. Voor wat buitenlanders in het buitenland betreft is de situatie eenvoudiger. Men kan bezwaarlijk volhouden dat buitenlanders in het buitenland onderworpen zijn aan het imperium van de Belgische rechter. Een Belgisch vonnis zonder exequatur levert in het buitenland evenmin een uitvoerbare titel op. Buitenlanders in het buitenland kunnen bijgevolg geen dwangsommen uitgesproken door de Belgische rechter verbeuren wegens gedragingen buiten België, zonder voorafgaand exequatur van het vonnis in het land waar het inbreukmakend gedrag plaatsvindt.

De Belgische rechter moet zich ervoor hoeden aan buitenlanders in het buitenland een gebod op te leggen waarvan hij weet dat de uitvoering ervan voor de betrokken buitenlander een inbreuk kan uitmaken op de (straf)wetten van diens land. Aldus hervormde het Hof van Beroep te Luik terecht een uitspraak waarbij aan een Luxemburgse bank een gebod werd opgelegd om bepaalde documenten voor te leggen i.v.m. het vermogen van een in een echtscheiding verwikkelde partij. De Luxemburgse bank kon zulks niet doen zonder miskenning van het Luxemburgse bankgeheim (Luik 6 maart 2000, *J.L.M.B.* 2000, 1728). Ook in de hypothese waarin de uitvoering van het gebod geen inbreuk zou hebben opgeleverd tegen de Luxemburgse wetten, kan de Luxemburgse onderdaan slechts dwangsommen verbeuren wegens gedragingen in Luxemburg gesteld na een exequatur in Luxemburg van het Belgische vonnis.

Wanneer door de Belgische rechter tegen een buitenlander een gebod of verbod onder verbeurte van een dwangsom wordt opgelegd, en de buitenlander pleegt inbreuken op het Belgische grondgebied, kunnen uiteraard dwangsommen verbeurd worden en kunnen zij zonder enig exequatur worden tenuitvoergelegd op eigendommen van de betrokken buitenlander in België gelegen. Dit veronderstelt wel enig actief handelen van de buitenlander op het Belgisch territorium (of minstens moet de buitenlander zich in België bevonden hebben ten tijde van een inbreuk). De Luxemburgse bank die zich, vanuit Luxemburg, ervan onthoudt documenten neer te leggen in België, kan niet geacht worden enige inbreuk te hebben gepleegd binnen het Belgische territorium.

B. INVORDERING VAN VERBEURDE DWANGSOMMEN

230 Dwangsommen verbeurd ingevolge een Belgische uitspraak, kan men in België invorderen zonder enige procedure van vereffening (M. STORME, "Een revolutionaire hervorming: de dwangsom", *T.P.R.* 1980, 232, nr. 18). Luidens artikel 1385*quater* Ger. W. kan de partij die de dwangsom heeft bekomen, haar tenuitvoerleggen krachtens de titel waarbij zij is vastgesteld. Als men daarentegen in een ander land dat gebonden is door het EEX uitvoeringsmaatregelen wil treffen ingevolge verbeurde dwangsommen, vereist artikel 43 van het EEX dat het bedrag van de dwangsom voorafgaandelijk wordt vastgesteld in een declaratoir vonnis van de rechter die de dwangsom heeft uitgesproken (G. DE LEVAL, *Jurisprudence du Code Judiciaire*, Hoofdstuk XXIII

("De l'astreinte"), Brugge, La Charte, 1997, losbl., commentaar bij art. 1385*quater*, 6). Niettegenstaande een Belgische uitspraak die een dwangsom oplegt naar Belgisch recht een uitvoerbare titel is, moet men toegeven dat op basis van die titel het bedrag van de dwangsom niet definitief bepaald is. Dat bedrag is afhankelijk van de houding aangenomen door de tegenpartij na de uitspraak. De titel die de dwangsom oplegt kan niet worden beschouwd als een titel die het bedrag van de dwangsom definitief vaststelt in de zin van artikel 43 EEX (Arrondissementsrechtbank Rotterdam 4 februari 1983, *N.J.* 1985, nr. 417; Hof Leeuwarden 7 april 1982, *N.J.* 1983, nr. 406).

Zie ook boven, nr. 228, over de omzetting van art. 43 EEX-Verdrag in art. 49 EEX-Vo en over de bevoegde rechter voor het bekomen van een declaratoire uitspraak zoals bedoeld in dat artikel.

HOOFDSTUK X

RAAD VAN STATE EN BESTUURLIJKE DWANGSOM

AFDELING I

DE CONTROVERSE VOORAFGAAND AAN HET ARREST VAN HET
BENELUX-GERECHTSHOF VAN 1 JULI 1988

231 Vóór het arrest van het Benelux-Gerechtshof van 1 juli 1988 bestond er discussie over de vraag of de Raad van State een dwangsom vermocht op te leggen. Er bestond geen discussie over de vraag of de Raad van State kon gelden als een “rechter” in de zin van art. 1385*bis* Ger. W., doch de vraag was of de Raad van State een “hoofdveroordeling” in de zin van dat artikel kon uitspreken. De Raad van State zelf oordeelde in het arrest Zoete II dat hij de bevoegdheid had om een hoofdveroordeling in de zin van art. 1385*bis* Ger. W. uit te spreken en hieraan een dwangsom te verbinden (R.v.St. Zoete II, nr. 22.446, 8 juli 1982, *R.W.* 1982-83, 1633, *Adm. Publ.* 1982, 109). Het Hof van Cassatie verbrak het arrest Zoete II (Cass. 23 maart 1984, *R.W.* 1984-85, 15, concl. E. KRINGS). De Raad van State zou immers, door een hoofdveroordeling uit te spreken (een bevel om iets te doen, iets te geven of iets niet te doen), rechtsherstel hebben verleend, hetgeen door het Hof van Cassatie strijdig werd geacht met de artikelen 92 en 93 (thans 144 en 145) van de Grondwet. De bevoegdheid tot het verlenen van rechtsherstel, aldus het Hof van Cassatie, wordt uitsluitend toevertrouwd aan de burgerlijke rechter.

Nadat de Raad van State niet erg geneigd bleek zich bij het standpunt van het Hof van Cassatie neer te leggen (R.v.St. nr. 25.491, 18 juni 1985), werd de knoop doorgehakt door het arrest van het Benelux-Gerechtshof van 1 juli 1988 (Benelux Hof 1 juli 1988, *R.W.* 1988-89, 145, noot G. L. BALLON, *J.L.M.B.* 1988, 1201 en *N.J.* 1988, nr. 1030; I. OPDEBEEK, *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 Bevoegdsvervolmaking in de rechten, *z.d.*, 10).

Aangezien de controverse die beëindigd werd door het arrest van het Benelux-Gerechtshof van 1 juli 1988 thans geen praktisch belang meer heeft, mag voor meer bijzonderheden daarover worden volstaan met enkele verwijzingen naar rechtsleer terzake (G. L. BALLON, “De Raad van State en de dwangsom”, (noot onder Benelux Hof 1 juli 1988), *R.W.* 1988-89, 152; B. HAUBERT en CH. PANIER, “L’astreinte et le contentieux de l’annulation devant le Conseil d’Etat”, (noot onder Benelux Hof 1 juli 1988), *J.L.M.B.* 1988, 1201; M. STORME, “Zoute nootjes bij ‘zoete’ arresten”, *R.W.* 1984-85, 1409. Voor commentaren op het arrest van 1 juli 1988, zie ook de verwijzingen bij: E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag*, in *A.P.R.*, 2001, 16; D. LINDEMANS, “Het bekomen van de dwangsom”, in *Tien jaar toepassing van de dwangsom*, a.w., 1991, nr. 11, p. 59).

Het Benelux-Gerechtshof heeft in het arrest van 1 juli 1988 voor recht verklaard dat een uitspraak van de Raad van State, waarbij de Raad een administratieve handeling wegens machtoverschrijding vernietigt en waarbij hij de

overheid gebod oplegt zich te onthouden van handelingen die onverenigbaar zijn met die vernietiging, niet geldt als hoofdveroordeling in de zin van artikel 1385bis Ger. W. (Benelux Hof 1 juli 1988, *R.W.* 1988-89, 145, noot G. L. BALLON, *J.L.M.B.* 1988, 1201 en *N.J.* 1988, nr. 1030; zie ook: Benelux Hof 19 december 1997, *N.J.* 1998, nr. 279).

Immers, de Raad van State kan – aldus het Benelux-Gerechtshof in het arrest van 1 juli 1988 – de overheid geen precieze verplichting opleggen (injunctieverbod) en hij kan geen beslissing nemen in de plaats van het bestuur (substitutieverbod) (G. L. BALLON, “De Raad van State en de dwangsom”, (noot onder Benelux Hof 1 juli 1988), *R.W.* 1988-89, 152).

Vanzelfsprekend gaf dit in de praktijk aanleiding tot onbevredigende oplossingen, met wetgevend initiatief tot gevolg, dat uitmondde in de Wet van 17 oktober 1990, waarbij een artikel 36 werd ingevoegd in de R.v.St.-Wet, op grond waarvan de Raad van State de bevoegdheid verkreeg om een dwangsom op te leggen ter waarborging van de uitvoering van zijn (annulatie)arresten.

Het injunctieverbod werd trouwens door de nieuwe wetgeving enigszins gerelativeerd, aangezien een vernietigingsarrest minstens toch verplichtingen kan doen ontstaan in hoofde van de administratieve overheid (D. DÉOM, “Le recours à l’astreinte”, in X. (ed.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, 466. Over de evolutie van het injunctieverbod, zie: P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Luik, Faculté de droit, 1997, 760 e.v.; P. NIHOUL en PH. LEVERT, “L’astreinte et le Conseil d’Etat – Eléments de jurisprudence”, *A.P.T.* 1993, 18).

AFDELING II

INVOERING VAN DE WET VAN 17 OKTOBER 1990

232 De bevoegdheid van de Raad van State om een dwangsom op te leggen, wordt thans geregeld door artikel 36 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State (zie hierover: A. ALÉN, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Deurne, Kluwer, 1995, 721; K. BAERT, “Dwangsom en Raad van State”, in G. DE LEVAL, P. LEWALLE en M. STORME (eds.), *Het interdisciplinair geschil*, Diegem, Kluwer, 1996, 301; D. DÉOM, “Le recours à l’astreinte”, *a.w.*, 465; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Luik, Faculté de droit, 1997, 385-389 en 760-764). Het begrip “dwangsom” in art. 36 R.v.St.-Wet heeft betrekking op een bijkomende en voorwaardelijke veroordeling van de schuldenaar (d.i. de veroordeelde overheid) tot het betalen van een geldsom, indien de in een arrest van de Raad van State vervatte verplichting niet naar behoren wordt nageleefd (I. OPDEBEEK, *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., 6).

Ingevolge dat artikel 36, ingevoegd bij Wet van 17 oktober 1990, kan de Raad van State een dwangsom opleggen om de naleving te verzekeren van een door hem uitgesproken vernietigingsarrest. Ook een schorsingsarrest kan – ingevolge de Wet van 19 juli 1991 – de grondslag vormen voor een dwangsom, ofschoon de aard van een schorsingsarrest met zich brengt dat de dwangsom enkel kan worden opgelegd om een verbod te doen naleven (uit een schorsingsarrest kan voor de veroordeelde overheid geen handelingsverplichting volgen, behoudens de naleving van voorlopige maatregelen) (P. NIHOUL en PH. LEVERT, “L’astreinte et le Conseil d’Etat – Eléments de jurisprudence”, *A.P.T.* 1993, 33). De Raad van State kan enkel een dwangsom opleggen aan een administratieve overheid (I. OPDEBEEK, *De Raad van State en de dwangsom*, a.w., 7).

Samenvattend kan de Raad van State in de volgende gevallen een dwangsom opleggen: (1) bij de schending van het gezag van gewijsde van een vernietigingsarrest (art. 36 R.v.St.-Wet); (2) bij een bevel tot neerlegging van het administratief dossier (art. 21, vierde lid en 21bis, § 2, laatste lid R.v.St.-Wet); (3) bij een bevel tot (voorlopige) schorsing van een administratieve rechtshandeling (art. 17, § 5, R.v.St.-Wet); (4) ter waarborging van voorlopige maatregelen opgelegd ingeval de naleving van een bevolen schorsing niet kan worden gewaarborgd door het opleggen van een dwangsom (I. OPDEBEEK, *De Raad van State en de dwangsom*, a.w., 13).

Zie over de dwangsom gevorderd voor de Raad van State: R.v.St. nr. 76.437, 14 oktober 1998, *Adm. Publ.* 1998, 190; R.v.St. nr. 62.963, 6 november 1996, *T.B.P.* 1997, 70; R.v.St. nr. 61.810, 18 september 1996, *T.B.P.* 1997, 205; R.v.St. nr. 55.115, 13 september 1995, *T.B.P.* 1996, 123; R.v.St. 12 januari 1995, *J.L.M.B.* 1995, 740, noot P. GILLIAUX; R.v.St. 14 oktober 1994, *R.W.* 1994-95, 883, noot W. LAMBRECHTS; R.v.St. 17 mei 1994, *T.B.P.* 1994, 843, verslag M. LEFEVER; G. L. BALLON, “De Raad van State en de dwangsom”, (noot onder Benelux Hof 1 juli 1988), *R.W.* 1988-89, 152; B. BLERO, “Le droit objectif, les droits subjectifs et l’astreinte en droit belge”, *A.P.T.* 1991, 113; A. J. BOK, “Dwangsomregeling in de Wet algemene bepalingen milieuhygiëne”, *Ars Aequi* 1991, 322; G. DE LEVAL, *Jurisprudence du Code Judiciaire*, Hoofdstuk XXIII (“De l’astreinte”), Brugge, La Charte, 1997, losbl., commentaar bij art. 1385bis, 9; X. DELGRANGE, “L’astreinte dans le contentieux administratif – Le nouvel article 36 des lois coordonnées sur le Conseil d’Etat”, *R.R.D.* 1991, 11; I. Y. DE RAAT, “De bestuurlijke boete in het milieurecht”, *Ars Aequi* 1993, 443; P. GILLIAUX, “Référé administratif et actes permissifs, quelle efficacité?”, (noot onder R.v.St. 12 januari 1995), *J.L.M.B.* 1995, 740; W. G. A. HAZEWINDUS, “De administratieve dwangsom”, *N.J.B.* 1992, 1068; B. HAUBERT en CH. PANIER, “L’astreinte et le contentieux de l’annulation devant le Conseil d’Etat”, (noot onder Benelux Hof 1 juli 1988), *J.L.M.B.* 1988, 1201; W. LAMBRECHTS, “Het vogel-arrest van 10 miljoen frank, (noot onder R.v.St. 14 oktober 1994), *R.W.* 1994-95, 883; P. NIHOUL en PH. LEVERT, “L’astreinte et le Conseil d’Etat – Eléments de jurisprudence”, *A.P.T.* 1993, 12; D. PATART, “L’astreinte judiciaire et l’astreinte devant le Conseil d’Etat”, *Ann. dr. Louvain* 1998, 79; P. J. J. VAN BUUREN, “Bestuursdwang, dwangsom en toezicht onder de Algemene wet bestuursrecht”, *N.J.B.* 1998, 780; P. J. J. VAN BUUREN, “De bestuurlijke dwangsom in de Algemene wet bestuursrecht”, *Ars Aequi* 1997, 776.

AFDELING III

ANNULATIEBEROEP

§ 1. Toepassingsvoorwaarden

233 Uit artikel 36, § 1 van de R.v.St.-Wet volgt dat de Raad van State slechts een dwangsom kan opleggen in de gevallen waarin uit het gezag van gewijsde van een vernietigingsarrest een handelingsverplichting voortvloeit (gebod om iets te doen), of een onthoudingsverplichting (verbod om iets te doen strijdig met het gezag van gewijsde van het annulatiearrest) (D. DÉOM, “Le recours à l’astreinte”, in X. (ed.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, 466; D. D’HOOGHE en B. SCHUTYSER, “De administratieve dwangsom”, in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 148).

De vordering tot het opleggen van een dwangsom kan – wat de dwangsom in het kader van een annulatieberoep betreft – enkel worden ingesteld nadat de Raad van State zijn annulatiearrest heeft uitgesproken. Bovendien is de vordering tot het opleggen van een dwangsom slechts ontvankelijk indien zij wordt ingesteld door de persoon op wiens verzoek de nietigverklaring werd uitgesproken (art. 36, § 1, R.v.St.-Wet; R.v.St. nr. 38.295, 10 december 1991). De tussenkommende partij of een andere belanghebbende persoon kunnen geen verzoek indienen tot het opleggen van een dwangsom (I. OPDEBEEK, *De Raad van State en de dwangsom*, a.w., 18).

Een dwangsom kan niet gelijktijdig worden gevraagd samen met de indiening van een beroep tot nietigverklaring (R.v.St. nr. 60.592, 28 juni 1996, Demunster). Een dergelijke vordering is voorbarig en zal door de Raad van State ambtshalve niet-ontvankelijk worden verklaard (R.v.St. nr. 72.659, 24 maart 1998, Allegaert, *C.D.P.K.* 1998, nr. 4, p. 580).

234 Wanneer het herstel van de wettigheid inhoudt dat de vernietiging van een rechtshandeling door de Raad van State moet worden gevolgd door een nieuwe overheidsbeslissing of overheidshandeling, kan de persoon op wiens verzoek de nietigverklaring werd uitgesproken, bij ingebreke blijven van de overheid, de Raad van State verzoeken aan die overheid een dwangsom op te leggen (S. DE TAEYE en W. WEYMEERSCH, *Procedures voor de Raad van State*, Gent, Mys & Breesch, 2000, 238).

Wanneer uit een vernietigingsarrest voor de administratieve overheid een onthoudingsverplichting aangaande bepaalde beslissingen volgt, kan de persoon op wiens verzoek de vernietiging werd uitgesproken, de Raad van State verzoeken de overheid een bevel onder verbeurte van een dwangsom te geven om de beslissing in te trekken die ze zou genomen hebben met schending van de uit het annulatieberoep volgende onthoudingsverplichting (R.v.St. nr. 73.578, 11 mei 1998, Smolders).

Een dwangsom is dus slechts mogelijk wanneer uit het gezag van gewijsde van een vernietigingsarrest van de Raad van State een handelingsverplichting dan wel een onthoudingsverplichting voortvloeit (R.v.St. nr. 78.754, 16 februari 1999, Wuyckens; R.v.St. nr. 70.412, 18 december 1997, Bockstaël (een zaak waarin de Raad van State de gevraagde dwangsom ambtshalve verhoogde); R.v.St. nr. 62.963, 6 november 1996, Vandezande, *T.B.P.* 1997, 70, *C.D.P.K.* 1997, 625, noot L. VÉNY, *T. Gem.* 1997, 395, noot A. COOLSAET; R.v.St. nr. 61.810, 18 september 1996, Vlaeminck; R.v.St. nr. 42.106, 2 maart 1993, Luppens; R.v.St. nr. 41.297, 8 december 1992, Decreus; R.v.St. nr. 38.802, 20 februari 1992, Lavent; R.v.St. nr. 76.437, 14 oktober 1998, Havenne, *A.P.T.* 1998, 190).

§ 2. Procedure

235 Slechts wanneer blijkt dat de overheid een annulatiearrest niet naleeft, mag de verzoekende partij de overheid (en niet haar raadsman) bij aangetekend schrijven aanmanen tot het nemen van een nieuwe beslissing (R.v.St. nr. 43.737, 7 juli 1993, Driessens; D. D'HOOGHE en B. SCHUTYSER, *t.a.p.*, 143).

Een dergelijk aangetekend schrijven kan slechts worden verstuurd na het verstrijken van ten minste drie maanden na de kennisgeving van het arrest, tenzij de betrokken overheid nog binnen die termijn van drie maanden uitdrukkelijk weigert de verzoeker genoegdoening te verschaffen, ofwel nog voor het verstrijken van de termijn een besluit neemt dat strijdig is met het annulatiearrest (D. D'HOOGHE en B. SCHUTYSER, *a.w.*, 149).

De wetgever ging er vanuit dat de wachttermijn van drie maanden in de meeste gevallen volstaat opdat de overheid uit eigen beweging het vernietigingsarrest zou uitvoeren (Memorie van Toelichting, *Gedr. St. Senaat*, 1989-90, nr. 984/1, 7 en *Gedr. St. Kamer*, 1989-90, nr. 1269/2, 10). Men wenste pas een beroep te doen op een dwangmechanisme nadat de overreding gefaald had (Memorie van Toelichting, *Gedr. St. Senaat*, 1989-90, 948/1, 7).

Alleen wanneer de overheid uitdrukkelijk weigert na de aanmaning het arrest na te leven, of impliciet weigert door binnen een maand na de aanmaning nog steeds geen beslissing te nemen in overeenstemming met het annulatiearrest, kan een vordering tot het opleggen van een dwangsom door de Raad van State ontvankelijk zijn (zie voor een toepassing: R.v.St. nr. 91.488, 7 december 2000, *T.M.R.* 2001, 41).

Evenals het verzoek tot het opleggen van een dwangsom moet ook de voorafgaande aanmaning uitgaan van de persoon op wiens verzoek de nietigverklaring is uitgesproken (I. OPDEBEEK, *De Raad van State en de dwangsom*, *a.w.*, 19). Indien het annulatiearrest werd uitgesproken op verzoek van meerdere personen, zal bij ontstentenis van een aanmaning uitgaande van alle verzoekers, het verzoek tot het opleggen van een dwangsom slechts ontvankelijk zijn in hoofde van de verzoekers die de overheid hebben aangemaand (R.v.St. nr. 39.933, 29 juni 1992).

236 De Raad van State kan slechts een dwangsom opleggen nadat zulks door een verzoeker gevraagd werd. De Raad van State kan m.a.w. niet ambtshalve een dwangsom uitspreken (art. 36, § 1 R.v.St.-Wet).

In tegenstelling tot de partij die voor de burgerlijke rechter een dwangsom vraagt, dient de partij die zulks voor de Raad van State verzoekt, wel het bedrag van de dwangsom te preciseren. De Raad van State kan de vordering van de verzoeker op dit punt niet aanvullen (R.v.St. nr. 38.508, 16 januari 1992).

237 Het verzoekschrift tot het opleggen van een dwangsom wordt ondertekend door de verzoeker zelf of door zijn advocaat (artikel 2, eerste lid, K.B. 2 april 1991).

Het verzoekschrift wordt gedagtekend en bevat (1) de naam, de hoedanigheid, de woonplaats of zetel van de verzoeker of, indien hij in België geen woonplaats of zetel heeft, de gekozen woonplaats in België; (2) de vermelding van het vernietigingsarrest; (3) het onderwerp van het verzoekschrift alsook een uiteenzetting waardoor het verzuim van de tegenpartij kan worden aangetoond; (4) het bewijs dat de verzoeker de overheid bij een ter post aangetekende brief tot het nemen van een nieuwe beslissing heeft aangemaand; (5) in voorkomend geval een kopie van de beslissing waarbij de tegenpartij de uit het vernietigingsarrest volgende onthoudingsplicht heeft geschonden (art. 3 K.B. 2 april 1991).

Het verzoekschrift wordt samen met drie voor eensluidend gewaarmerkte afschriften, vermeerderd met zoveel exemplaren als er bij de zaak betrokken tegenpartijen zijn, en een inventaris van de stavingsstukken bij een ter post aangetekende brief aan de Raad van State toegezonden (art. 18 K.B. 2 april 1991).

Noch art. 36, noch het K.B. van 2 april 1991 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State inzake de dwangsom (B.S., 1 juni 1991) bevatten een termijn waarbinnen het verzoekschrift tot het opleggen van een dwangsom na aanmaning van de overheid moet worden ingediend. Het verzoekschrift dient, bij ontstentenis van een wettelijke termijn, binnen een redelijke termijn worden ingediend (S. DE TAEYE en W. WEYMEERSCH, *Procedures voor de Raad van State*, Gent, Mys & Breesch, 2000, 241).

Er ligt nochtans geen enkele grondslag voor om de redelijke termijn na het verstrijken van (maximaal) vier maanden na het vernietigingsarrest te bepalen op ten hoogste zestig dagen. Wanneer de wetgever geen termijn bepaald heeft voor het verrichten van een bepaalde handeling, zou de burger in zijn rechtmatige verwachtingen gefnuikt worden door de aanvaarding, louter op grond van een analogie, van een termijn zoals de zestig dagen termijn.

238 Na de indiening van het verzoekschrift stuurt de hoofdgriffier zonder verwijl een kopie ervan aan de auditeur-generaal en aan de tegenpartij (art. 4 K.B. 2 april 1991).

De tegenpartij beschikt over een termijn van vijftien dagen om een administratief dossier en een in viervoud opgestelde nota met opmerkingen aan de griffie toe te sturen. Eén van die exemplaren wordt door de hoofdgriffier zonder verwijl aan de verzoeker bezorgd (art. 5 K.B. 2 april 1991).

De toezending van het dossier en de nota geschiedt bij een ter post aangetekende brief (art. 18 K.B. 2 april 1991).

De termijn van vijftien dagen gaat in de dag volgende op de dag dat de verwerende partij de aangetekende zending heeft ontvangen (art. 18 K.B. 2 april 1991).

De verwerende partij heeft tijd tot en met de vijftiende dag (de vervaldag) om het administratief dossier en de nota in te dienen. Is de laatste dag een zaterdag, zondag of wettelijke feestdag, dan wordt de vervaldag verplaatst naar de eerstvolgende werkdag (art. 18 K.B. 2 april 1991, *juncto* art. 84 algemeen procedurereglement voor de Raad van State d.d. 23 augustus 1948).

Het aangewezen lid van het auditoraat brengt binnen vijftien dagen na ontvangst van de nota verslag uit over de zaak (art. 6 K.B. 2 april 1991).

Na inzage van het auditoraatsverslag stelt de voorzitter bij beschikking de rechtsdag vast. De zaak moet voorkomen binnen tien dagen na ontvangst van het verslag (art. 7 K.B. 2 april 1991).

De partijen en hun advocaat kunnen ter griffie van de Raad van State inzage nemen van het dossier gedurende de in de beschikking van de voorzitter bepaalde tijd (art. 9 K.B. 2 april 1991).

Op de terechtzitting brengt een staatsraad verslag uit over de zaak. De auditeur stelt de vragen die nodig zijn voor zijn advies. De partijen en hun advocaten brengen hun opmerkingen mondeling naar voor. Aan het einde van de debatten geeft de auditeur zijn advies. Vervolgens worden de debatten gesloten en wordt de zaak in beraad genomen (art. 11 K.B. 2 april 1991).

Wanneer de verzoeker noch aanwezig, noch vertegenwoordigd is, wordt het verzoek tot het opleggen van een dwangsom verworpen (art. 11 K.B. 2 april 1991; R.v.St. nr. 79.831, 20 april 1999; R.v.St. nr. 65.149, 11 maart 1997; R.v.St. nr. 65.061, 10 maart 1997; R.v.St. nr. 43.704, 5 juli 1993; R.v.St. nr. 39.116, 31 maart 1992).

Wanneer de verwerende partij niet vertegenwoordigd is, wordt deze geacht in te stemmen met de besluiten van het verzoekschrift tot het opleggen van een dwangsom (art. 11 K.B. 2 april 1991).

239 Het type dwangsom dat de Raad van State kan opleggen is geïnspireerd door de dwangsom zoals geregeld door de Eenvormige Benelux-Wet. De

Raad kan de dwangsom op een bedrag ineens bepalen, of hij kan een dwangsom op een bedrag per tijdseenheid of per overtreding vaststellen.

Net zoals bij de dwangsom zoals geregeld in de artikelen 1385*bis* tot *nonies* Ger. W., kan de Raad van State een maximum bepalen waarboven geen dwangsom meer kan worden verbeurd (art. 36, § 2 R.v.St.-Wet).

Indien door de Raad van State een dwangsom wordt opgelegd aan een overheid die zich niet schikt naar een vroeger gewezen annulatiearrest, dient de Raad eveneens aan te geven welke handelings- of onthoudingsplicht uit dat arrest voortvloeit (S. DE TAEYE en W. WEYMEERSCH, *Procedures voor de Raad van State*, Gent, Mys & Breesch, 2000, 244). Op die manier wordt aan de veroordeelde overheid duidelijk gemaakt welke maatregel(en) zij moet nemen om de wettigheid ter herstellen (D. DÉOM, “Le recours à l’astreinte”, *t.a.p.*, 466; S. DE TAEYE en W. WEYMEERSCH, *Procedures voor de Raad van State*, *a.w.*, 2000, 244; S. LUST, “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”, *R.W.* 1996-97, 381).

240 Het arrest wordt zonder verwijl uitgesproken en ter kennis gebracht van de partijen.

Zie voor de bijzonderheden i.v.m. tussengeschillen naar aanleiding van de betichting van valsheid van een stuk, de tussenkomst van een belanghebbende en de hervatting van het geding na overlijden van de verzoeker voor het sluiten der debatten: S. DE TAEYE en W. WEYMEERSCH, *Procedures voor de Raad van State*, *a.w.*, 2000, 245-246).

De bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek aangaande het beslag en de tenuitvoerlegging, zijn van overeenkomstige toepassing op de tenuitvoerlegging van het arrest waarbij een dwangsom is opgelegd (art. 36, § 4 R.v.St.-Wet).

De dwangsom wordt ten uitvoer gelegd op vraag van de verzoeker en met tussenkomst van de Minister van Binnenlandse Zaken (art. 36, § 5, eerste lid, eerste volzin R.v.St.-Wet).

De onder dwangsom veroordeelde is de administratieve overheid tegen welke de veroordeling werd uitgesproken, niet de ambtenaren die deel uitmaken van die overheid (D. DÉOM, “Le recours à l’astreinte”, *a.w.*, 468-469; D. PATART, “L’astreinte judiciaire et l’astreinte devant le Conseil d’Etat”, *Ann. dr. Louvain* 1998, 108).

Dwangsommen verbeurd ingevolge een arrest uitgesproken door de Raad van State, komen niet toe aan de verzoekende partij, doch aan een speciaal fonds voor het beheer van de dwangsommen, dat deze middelen dient aan te wenden voor de modernisering en organisatie van de administratieve rechtspraak (D. DÉOM, “Le recours à l’astreinte”, *a.w.*, 469; P. NIHOUL en PH. LEVERT, “L’astreinte et le Conseil d’Etat – Eléments de jurisprudence”, *A.P.T.* 1993, 30).

241 De wetgever heeft de regeling van art. 1385*quinquies* Ger. W. m.b.t. de onmogelijkheid van de behoorlijke uitvoering, min of meer overgeschreven bij de voorbereiding van de regeling van de dwangsom uitgesproken door de Raad van State. Meer bepaald kan de kamer die de dwangsom heeft opgelegd overeenkomstig art. 36, § 3 R.v.St.-Wet, op vordering van de veroordeelde overheid, de dwangsom opheffen, de looptijd ervan opschorten gedurende een door haar te bepalen termijn of de dwangsom verminderen in geval van blijvende of tijdelijke of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde overheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen (S. DE TAEYE en W. WEYMEERSCH, *Procedures voor de Raad van State*, a.w., 2000, 247).

De dwangsom kan niet worden opgeheven of verminderd indien zij verbeurd was voordat de onmogelijkheid zich heeft voorgedaan (art. 36, § 3 R.v.St.-Wet). Het vroegste tijdstip voor de opheffing valt m.a.w. samen met het ogenblik dat de onmogelijkheid intrad (E. LANCKSWERDT, verslag voor R.v.St. nr. 72.929, 2 april 1998, *T.B.P.* 1998, 538). Indien er altijd onmogelijkheid is geweest (die op het ogenblik van de uitspraak nog niet bekend was), dan kan de opheffing uiteraard wel integraal zijn.

Het gaat om een bepaling die werd overgenomen uit de Eenvormige Benelux-Wet. In het laatste lid van art. 1385*quinquies* Ger. W. wordt in dit verband bepaald: "Voor zover de dwangsom verbeurd was voordat de onmogelijkheid intrad, kan de rechter haar niet opheffen of verminderen."

242 De vordering tot mildering van de dwangsom wordt ingeleid door de veroordeelde overheid bij verzoekschrift.

Het ondertekende en gedagtekende verzoekschrift bevat: (1) de vermelding van het arrest waarbij een dwangsom is opgelegd; (2) het onderwerp van het verzoekschrift alsook een uiteenzetting tot staving van het verzoek tot opheffing, opschorting van de looptijd of vermindering van de dwangsom (art. 20 K.B. 2 april 1991).

De hoofdgriffier stuurt zonder verwijl een kopie van het verzoekschrift aan de auditeur-generaal en de persoon op wiens verzoek de Raad van State een dwangsom heeft opgelegd (art. 21 K.B. 2 april 1991).

De persoon op wiens verzoek de Raad van State een dwangsom heeft opgelegd, beschikt over een termijn van vijftien dagen om een in viervoud gestelde nota met opmerkingen aan de griffier toe te sturen. Eén van die exemplaren wordt door de hoofdgriffier zonder verwijl aan de verzoeker bezorgd (art. 22 K.B. 2 april 1991).

Het aangewezen lid van het auditoraat brengt binnen vijftien dagen na ontvangst van de nota verslag uit over de zaak (art. 23 K.B. 2 april 1991).

De voorzitter van de kamer roept de partijen op om spoedig en uiterlijk binnen tien dagen na ontvangst van het verslag voor de kamer te verschijnen. Het verslag wordt bij de oproeping gevoegd (art. 24 K.B. 2 april 1991).

Na de partijen en het advies van de auditeur te hebben gehoord, doet de kamer onverwijld uitspraak.

AFDELING IV

VORDERING TOT SCHORSING

243 Bij een schorsingsarrest wordt de dwangsom – in tegenstelling tot na een annulatiearrest – gelijktijdig gevraagd met de vordering tot schorsing. De dwangsom kan aan de Raad van State worden gevraagd in het schorsingsverzoek, of in het verzoek tot het opleggen van voorlopige maatregelen dat wordt ingediend in het kader van een schorsingsprocedure (D. D'HOOGHE en B. SCHUTYSER, *a.w.*, 155).

De verwerping van de schorsing brengt uiteraard ook de verwerping van de vraag tot het opleggen van een dwangsom met zich (R.v.St. nr. 68.945, 21 oktober 1997; R.v.St. nr. 46.907, 19 april 1994).

Indien de Raad van State van oordeel is dat het gevorderde bedrag te laag is, daar het niet in verhouding staat tot de belangen die op het spel staan, kan hij het gevorderde bedrag ambtshalve verhogen (R.v.St. nr. 70.412, 18 december 1997).

De partij die de schorsing van de tenuitvoerlegging van een akte of een reglement vordert, dient aan te tonen dat het reële gevaar bestaat dat de overheid het schorsingsarrest niet zal uitvoeren indien geen dwangsom wordt opgelegd (R.v.St. nr. 65.063, 10 maart 1997; R.v.St. nr. 56.374, 20 november 1995; R.v.St. nr. 48.541, 12 juli 1994; R.v.St. nr. 48.072, 20 juni 1994; R.v.St. nr. 46.835, 31 maart 1994, *Rec. Arr. R.v.St.*, 1994, 166; R.v.St. nr. 41.112, 20 november 1992; R.v.St. nr. 39.343, 8 mei 1992; R.v.St. nr. 39.038, 20 maart 1992; R.v.St. nr. 38.802, 20 februari 1992; R.v.St. nr. 38.416, 24 december 1991; R.v.St. nr. 38.415, 24 december 1991).

De schorsing van een weigeringsbeslissing verplicht de overheid die het besluit nam de zaak opnieuw te onderzoeken. Die schorsing verplicht de overheid er niet toe de reden op grond waarvan de Raad van State de beslissing schorste (met name de ernstig bevonden annulatiemiddelen) bij te vallen en een nieuwe beslissing te nemen met inachtneming van die reden (S. DE TAEYE en W. WEYMEERSCH, *Procedures voor de Raad van State, a.w.*, 2000, 98). Een dergelijke verplichting kan alleen voortspuiten uit een vernietigingsarrest. Bijgevolg kan de Raad van State geen dwangsom opleggen om de overheid ertoe te verplichten iets te doen waartoe het schorsingsarrest de overheid niet kan verplichten (R.v.St. nr. 44.586, 19 oktober 1993, *Rec. Arr. R.v.St.* 1994, 55).

244 Wat de aard van de dwangsom betreft (een bedrag ineens, per tijdseenheid of per inbreuk, met mogelijkheid van maximering), is er geen verschil

ten opzichte van de dwangsom verbonden aan een annulatiearrest (zie boven, nr. 239).

Verbeurde dwangsommen ingevolge een schorsingsarrest komen toe aan het fonds ter modernisering van de organisatie van de administratieve rechtspraak, beheerd door de Minister van Binnenlandse zaken, precies zoals bij dwangsommen verbeurd ingevolge annulatiearresten (S. DE TAEYE en W. WEYMEERSCH, *Procedures voor de Raad van State, a.w.*, 2000, 99).

Ook de mogelijkheid van opheffing van de dwangsommen wegens onmogelijkheid om aan het arrest te voldoen, geldt bij dwangsommen verbonden aan schorsingsarresten (zie boven, nr. 241).

De procedure voor het bekomen van een mildering wegens onmogelijkheid van de dwangsom verbonden aan een schorsingsarrest, is identiek als de procedure die geldt voor dwangsommen verbonden aan een annulatiearrest (zie boven, nr. 242).

ZAAKREGISTER

De cijfers verwijzen naar de randnummers.

A

Aanmaning, 83, 90
 Aannemer, 6, 134, 143
 Accessoir karakter van de dwangsom, 8
Accessorium
 – dwangsom verbonden aan een uitspraak die zelf een – is, 120
Actori incumbit probatio, 98
 Administratief recht
 – Raad van State, zie Raad van State
 Advocaat, 37, 143
 Afgifte
 – documenten (incl. boekhoudkundige documenten) en –, 73, 121
 – geldsom en –, 137
 – kind en –, 217, 220
 – kunstwerken en –, 143
 – sociale documenten en –, 213
 Afstamming, 214-216
 – vaststelling van –, zie Bloedproef
 Afstand, 26
 Afwezigheid van directe executiemiddelen, 6
 Akkoordvonnis, 126
 Algemeen belang
 – dwangsom verbonden aan een in het – gegeven bevel, 57
 Algemene bewoordingen
 – verbod geformuleerd in –, 48, 99
 Alvorens recht te doen
 – vonnis –, 40, 121
 Ambachtelijke prestaties, 143
 Ambtshalve
 – dwangsom op vordering van één der partijen, zie Vordering
 – geen dwangsom –, 20-21
 – hogere dwangsom dan gevorderd (– verhoging), 22, 234, 243
 Analogische interpretatie, zie Interpretatie
 Appellabiliteit, zie Hoger beroep
 Arbeidsovereenkomst, zie Sociaal recht
 Arbeidsrecht, zie Sociaal recht
 Arbiters, 39 en 60
 Arbitrage, 39 en 60
 Architect, 143
 Artistieke prestaties, 123, 143
 Arts, 143
 Auto-incriminatie, 44

Autoriteit van rechterlijke uitspraken, zie Versteving van het gezag van de rechter

B

Bedrag van de dwangsom, 10, 12, 17, 23-24
 Bedreigd recht
 – bescherming van – zonder dat er reeds effectieve rechtskrenking voorligt, 123
 Bedrijfsgeheimen, 211
 Bedrijfssluiting, 209
 Belaging, 63-66, 103
 Belediging, 120, 131
 – vrijheid van meningsuiting en –, zie Vrijheid van meningsuiting
 Benelux-Gerechtshof
 – bevoegdheid, 4
 Berusting, 85
 Beschikbaarheid van andere executiemiddelen, 122
 Beschikkingsbeginsel, 22
 Beslagrechter, 42-55
 – bewijs en –, zie Bewijs
 – dwangsom en –, 42
 – executierechter versus dwangsomrechter, zie Executierechter
 – gezag van gewijsde van uitspraken van de –, zie Gewijsde
 – interpretatie en –, 48
 – onderzoeksmaatregel en –, 44
 – schorsing van de tenuitvoerlegging door de –, 52, 54, 151
 – verjaring en –, 49, 54
 Bestuur
 – administratief recht, zie Administratief recht
 – dwangsom tegen het –, zie Overheid
 Betaling van een geldsom, 133-138
 – afgifte van een bepaalde geldsom, 137
 – betaling aan een derde, 135
 – betaling binnen een bepaalde tijdsspanne, zie Tijdsige betaling
 Betekening
 – berusting en –, 85
 – betekenisvereiste, 32-33, 83-97
 – nieuwe – na hoger beroep, 96
 – stilzwijgen na de –, 83
 – termijn na –, 31-34
 – termijn na hoger beroep, 96-97

- vaststelling dat behoorlijk gepresteerd werd vóór de –, 83
- Bevel
 - tot betaling en stuiting van de verjaring, zie Stuiting van de verjaring
 - tot persoonlijke verschijning, zie Persoonlijke verschijning
- Bevoegdheid
 - bepaling van de rechterlijke –, 202
 - tot mildering van de dwangsom wegens onmogelijkheid, zie Onmogelijkheid
- Bewijs
 - bewijslast, 44, 98
 - bij getuigenverklaring, 101
 - bij vaststelling door een gerechtsdeurwaarder, 102
 - middels vermoedens, 101
 - van het bestaan van een onmogelijkheid, 160
 - ogenblik waarop het – van een inbreuk moet worden voorgelegd, 44, 99
 - vermoedens en het – van een onmogelijkheid, 160
- Bezoek van een onroerend goed door kandidaat-kopers, 42
- Billijkheid, zie Redelijkheid en billijkheid
- Bloedproef, 214-216
- Bodemprocedure
 - verhouding met kort geding, 113-116
- Boedelbeschrijving, zie Notaris
- Boekhouding, zie Afgifte
- Boetebeding, 26
- Buitenland
 - buitenlandse veroordelingen, 227-228
 - beschermingsmaatregel op grond van buitenlandse veroordeling, 227-228
 - dwangsom verbonden aan inbreuken gepleegd in het –, 66, 227-228
 - gevolgen van Belgische veroordeling in het –, 229
- Burgerlijke partij
 - burgerlijkepartijstelling en gemachtigde ambtenaar, zie Gemachtigde ambtenaar
 - dwangsom op vordering van de –, 58-59
- C
- Cassatie
 - dwangsom en –, 77
 - schending van de wet op de dwangsom voor het eerst in – opgeworpen, 77
- Censuurverbod, zie Vrijheid van meningsuiting
- Commissaris inzake opschorting, 196
- Concessieovereenkomst, 40
- Concordaat, zie Gerechtigelijk akkoord
- Concurrentieverbod, 212

- Consignatie
 - de – van de onteigeningsvergoeding, 136
- Contactverbod, zie Belaging
- Contempt of Court*, 58
- Criminel*
 - *le – tient le civil en état*, zie Strafonderzoek
- Criticus, zie Kritiek
- Cross border injunction*, 229
- Cumul
 - dwangsom gecumuleerd met machtiging tot uitvoering op kosten van de veroordeelde, zie Uitvoering
 - dwangsom gecumuleerd met herstelmaatregel, 38, 134, 224
 - dwangsom gecumuleerd met schadevergoeding, zie Schadevergoeding
- Curator, 37, 196

D

- Declaratoire beslissing, 43, 126, 228, 230
- Deelbaarheid, 75
- Definitie
 - dwangsom, 1
- Definitief karakter van de dwangsom, 9-11, 169
- Derde
 - dwangsom bij prestaties die de medewerking van een – vereisen, 72-74, 226
 - dwangsom en betaling aan een –, zie Betaling van een geldsom
 - dwangsom tegen –, 72-74
- Derdenbeslag, 73
- Deskundige
 - afgifte van documenten aan –, 40, 44, 102, 121
 - loyale medewerking aan deskundig onderzoek, 40, 44, 121
 - verstrekken van inlichtingen aan –, 40, 44, 102, 121
- Directe executie, 5-6, 41
- Discretionaire bevoegdheid om geen dwangsom op te leggen, 104
- Documenten, zie Afgifte
- Dubbele betekenis
 - dwangsom, 2
- Dwaling, 98, 167
- Dwang
 - betalingen onder – zijn geen schulderkenning en stuiten de verjaring niet, 182
- Dwangsom
 - begrip, 1
 - dubbele betekenis, 2
- Dwangsomrechter
 - begrip, 50

E

- Echtgenoten, 217
- Echtscheiding door onderlinge toestemming, 126
- Eed, 139
 - eedaflegging en geloofsovertuiging, 127
 - eedaflegging voor notaris, 139
- Eén handeling die bestaat uit verschillende feiten, zie Verschillende
- Eenparigheid van stemmen, 16
- Eenzijdig verzoekschrift, 41
 - Benelux-Gerechtshof over dwangsom op –, 41
- Elektriciteit, 3, 41
- Ernstige twijfel, zie Twijfel
- Executierechter
 - begrip, 50
 - versus de dwangsomrechter, 50, 52-54
- Exequatur, 60, 126, 227-228

F

- Faillissement van de veroordeelde, 175-176
- Familierecht, 217-221
 - belang van het kind, 221
 - huwelijksverplichtingen, 217
 - levensbeschouwelijke opvattingen der ouders, 221
 - naleving van omgangsregeling, 217-218, 220
 - opvoeding van een kind, 218
 - schoolverandering, 220-221
 - verplichting tot huwelijkstrouw, 217
 - verplichting tot samenwoning, 217
- Feitelijke vereniging, 69
- Filosofische overtuigingen, 127
- Foto's
 - publicatie van –, 23, 29, 128
- Fundamentele rechten en vrijheden, 127

G

- Gastronomische kritiek, 126
- Gedeeltelijke verbeurte van de dwangsom bestaat niet, 75, 104
- Gedingpartij, 41, 225
- Geesteszieke, 62-63
- Geldsom, zie Betaling van een geldsom
- Geloofsovertuiging, 127, 221
- Gemachtigde ambtenaar
 - burgerlijkepartijstelling en –, 223-224
 - dwangsom op vordering van de –, 223
 - geen vormvereisten voor vordering tot herstelmaatregel, 224
 - herhaling van de vordering in hoger beroep niet noodzakelijk, 224

- ruimtelijke ordening en stedenbouw, zie Ruimtelijke ordening en stedenbouw
- Geneesheer, 143
- Genetisch onderzoek, 214-216
- Gerechtigd akkoord, 196
- Gerechtsdeurwaarder, 103
 - proces-verbaal opgesteld door een – m.b.t. vaststellingen op verschillende dagen, 103
- Geringe inbreuk, zie Verwaarloosbare inbreuk
- Getuigen en vermoedens, zie Bewijs
- Gewone gang van zaken, 44, 110
- Gezag van rechterlijke uitspraken, zie Versteving van het gezag van de rechter
- Gratietermijn, 27

H

- Handelspraktijken, 40, 229
 - namaak, 32
 - slechtmaking, 120
 - verwarring, 32
- Herinneringsbrieven, 83
- Herstelmaatregel
 - aannemer en –, zie Aannemer
 - cumul van dwangsom en –, zie Cumul
 - herstel in de vorige toestand, 134, 225
 - hoofdveroordeling en –, 120, 122
 - juridische kwalificatie van de herstelmaatregel, 224-225
 - ruimtelijke ordening en –, zie Ruimtelijke ordening en stedenbouw
- Hoger beroep
 - dwangsom en –, 10-11, 76, 203-205
 - dwangsom voor het eerst in –, 76
 - mildering door appèlrechter van dwangsom wegens onmogelijkheid, zie Onmogelijkheid
 - mogelijkheid om – in te stellen tegen dwangsom, 203-205
- Hogere dwangsom dan gevorderd, 22
 - geen heropening van de debatten vereist, 22
- Hoofdelijke debiteurs, 75, 98
- Hoofdveroordeling, 81, 120-121
 - herstelmaatregel als –, zie Herstelmaatregel
- Huur
 - herstellingen te verrichten door verhuurder onder verbeurte van dwangsom, 36
 - tijdige betaling van huurgeld, 138

I

- Inbreuken na het bevel, 47
- Indirect executiemiddel, 5
- Ingebrekestelling, 182, 199

Intentie van de veroordeelde, 104-105, 158

Interpretatie

- analogische -, 98-99
- beslagrechter en -, zie Beslagrechter
- restrictieve -, zie Interpretatie, strikte -
- strikte - van gebod of verbod onder verbeurte van dwangsom, 98-99
- uitbreidende -, 98

Interpretatieve beslissing

- onmogelijkheid en -, 166
- schorsing van de verjaring en -, zie Schorsing van de verjaring

Inventarisatie, zie Notaris

J

Journalistieke vrijheid, zie Vrijheid van meningsuiting

K

Kennisgeving, 31, 84

Korte debatten, 76, 121

Kraakpanden, 67, 72

Kritiek

- beledigende -, 126, 131
- gastronomische -, 126

L

Lichamelijke integriteit, 214-216

Lichte tekortkoming, 103

Literaire vrijheid, zie Vrijheid van meningsuiting

M

Machtiging tot herstel

- machtiging tot uitvoering op kosten van de veroordeelde, 6, 134, 224

Maximering van de dwangsom

- invloed op de verjaring van -, 35-36, 184
- tijdsbeperking als -, 35

Meningsuiting, zie Vrijheid van meningsuiting

Menselijke waardigheid, 127

Mestlozingen, zie Milieuwetgeving

Milieuwetgeving, 38, 41, 57-59, 120-121

Minieme inbreuk, zie Verwaarloosbare inbreuk

Minuut, zie Tijdseenheid

Misdrijf, zie Strafrechter

Modaliteiten van de dwangsom

- hogere dwangsom dan gevorderd, 22
- onaantastbare bepaling door de rechter van de -, 17-19, 23-24

Morele overtuigingen, 127

N

Naaktfoto's, 23, 29, 128

Namaak, zie Handelspraktijken

Nauwkeurigheid, zie Precisie

Nemo praecise ad factum cogi potest, 218

Niet-toerekenbare tekortkoming, 53

Nieuwe titel, zie Titel

Normale gang van zaken, 110

Notaris

- eedafllegging voor -, 139-140
- inventarisatie, 74
- onmogelijkheid ingevolge verzuim van notaris, 74

O

Ogenblik van bewijslevering, 44, 99

Omgangsregeling, 217

- familierecht, zie Familierecht

Onaantastbare beoordeling door de feitenrechter

- van de modaliteiten van de dwangsom, zie Modaliteiten
- van de opportuniteit van een dwangsom, 17-19
- van het bestaan van een onmogelijkheid, zie Onmogelijkheid

Onbekenden

- dwangsom opgelegd aan -, 41, 67-68

Ondeelbaarheid, 75, 104

Onderwijs, 24, 40-41, 67, 220-221

Onderzoeksmaatregel

- beslagrechter en -, zie Beslagrechter

Onmiddellijke verbeurte, 92-95

Onmogelijkheid

- begrip, 158
- bevoegdheid tot mildering van de dwangsom wegens -, 151-153
- bevoegdheid tot mildering van de rechter in hoger beroep, 151-153
- bewijs van het bestaan van een -, zie Bewijs
- ingevolge de eigen fout van de veroordeelde, 163, 168
- ingevolge dwaling, 97, 165, 168
- ingevolge het verzuim van een derde, 74
- ingevolge het verzuim van een notaris, zie Notaris
- van juridische aard, 160
- versus de loutere verslechtering van de situatie van de debiteur, 158, 169
- wegens onduidelijkheid, 97
- wegens vaagheid, 97
- inleiding van vordering ex art. 1385*quinquies* bij conclusie, 153

- interpretatieve beslissing en –, zie Interpretatieve beslissing
- onaantastbare beoordeling, 159
- overmacht en –, zie Overmacht
- putatieve –, 167-168
- redelijkheid, billijkheid en –, zie Redelijkheid en billijkheid
- termijn om de vordering tot mildering in te leiden, zie Termijn
- Onteigeningsvergoeding, zie Consignatie
- Onvoldoende hoge dwangsom, 12, 35
- Openbaar Ministerie
 - dwangsom op vordering van het –, 118
- Openbare aanbesteding, 134
- Openbare macht, 6, 41, 217
- Openbare orde
 - regeling van de dwangsom raakt de –, 26, 77
 - verjaring en –, 179
- Opheffing van een beslag, 122
- Opheffing wegens onmogelijkheid, zie Onmogelijkheid
- Opportuniteit van een dwangsom
 - onaantastbare beoordeling, zie Onaantastbare beoordeling door de feitenrechter
- Overeenkomst, 157, 202
- Overheid
 - dwangsom tegen de –, 71, 226
- Overlijden
 - van de eisende partij, 174, 198
 - van de veroordeelde, 172-173
- Overmacht, 161
- Overtreding, 108

P

Parket, zie Openbaar Ministerie

Partij, 41, 225

- dwangsom op vordering van één der partijen, zie Vordering

Persoonlijke verschijning

- bevel tot –, 141

Persvrijheid, zie Vrijheid van meningsuiting

Precisie

- precieze omschrijving van de hoofdveroordeling, 97-98, 124

Proces-verbaal van vaststelling, 102

Pseudo-koper, zie Gerechtsdeurwaarder

Publicatieverbod, zie Vrijheid van meningsuiting

Putatieve onmogelijkheid, zie Onmogelijkheid

R

Raad van State

- ambtshalve uitgesproken dwangsom niet mogelijk, 236
- annulatieberoep, 233-242
- bedrag van de dwangsom, 236
- begunstigde, 240
- belanghebbenden, 233
- injunctieverbod, 231
- maximering van de dwangsom, 239
- niet bevoegd om dwangsom op te leggen op grond van art. 1385bis Ger. W., 231
- onmogelijkheid, 241
- schorsingsarrest, 243
- schuldenaar, 240
- substitutieverbod, 231
- tussenkommende partij, 233
- vernietigingsarrest, 232
- verzoekschrift, 237
- vordering tot schorsing, 243-244
- wachttermijn, 235

Rechtsaard van de dwangsom, 5

Rechtsfeit, 101

Rechtsmiddel

- over de invloed van een later aangewend –, 113-116

Rechtsmisbruik, 40, 106, 132

Rechtstreekse tenuitvoerlegging, zie Directe executie

Rechtsverwerking, 105-106

Reclame, zie Handelspraktijken

Redelijke twijfel, zie Twijfel

Redelijkheid en billijkheid, 103

- bij de beoordeling of er een inbreuk voorligt, 98
- bij de beoordeling of er onmogelijkheid voorligt, 104
- bij de bepaling van de modaliteiten van de dwangsom, 24
- geldt niet als grond tot vermindering als er geen onmogelijkheid is, 104-106

Registratierechten, 16

Religieuze overtuigingen, 127

Restrictieve interpretatie, zie Interpretatie

Ruime bewoordingen, zie Algemene bewoordingen

Ruimtelijke ordening en stedenbouw, 222-226

- burgerlijke partijstelling door de gemachtigde ambtenaar, 224
- gemachtigde ambtenaar, zie Gemachtigde ambtenaar
- herstelmaatregel, 224-225
- strafrechter, zie Strafrechter

S

Schaamtegevoel, 128

Schadevergoeding

- cumul van dwangsom en –, 14

- dwangsom en –, 12-14
- hoogte van de dwangsom en –, zie Wan-
verhouding
- Scheidslieden, zie Arbiters
- School, zie Onderwijs
- Schorsing
 - van de tenuitvoerlegging door de beslag-
rechter, 52, 151
 - van de verjaring, zie Schorsing van de ver-
jaring
- Schorsing van de verjaring
 - en overlijden van de eisende partij, 198
 - ingevolge de aanwending van een rechts-
middel, 193
 - ingevolge een procedure tot interpretatie,
194
 - ingevolge faillissement, 195
- Schulderkenning, 199
- Slechtmaking, zie Handelspraktijken
- Sociaal recht, 206-213
 - afgifte van sociale documenten, 213
 - betaling van loon, 209-210
 - collectief arbeidsgeschied, 207, 209
 - concurrentieverbod, 212
 - sluiting van een onderneming, 209
 - verspreiding van vertrouwelijke informa-
tie, 211
- Sociale documenten, zie Afgifte
- Soevereine appreciatie, zie Onaantastbare be-
oordeling
- Staking
 - van oneerlijke handelspraktijken, zie
Handelspraktijken
 - stakingspiketten, 41, 207
 - werkstaking, 41, 67, 207
- Stakingsrechter, zie Handelspraktijken
- Stalking, zie Belaging
- Stedenbouw, zie Ruimtelijke ordening en ste-
denbouw
- Stedenbouwkundig inspecteur, zie Gemach-
tigde ambtenaar
- Stilzitten, 98, 173
- Stilzwijgen
 - na de betekening, 83
- Strafonderzoek
 - dwangsom uitgesproken hangende een –,
40
- Strafrechter, 56-59
 - burgerlijke partij, zie Burgerlijke partij
 - Openbaar Ministerie, zie Openbaar Mi-
nisterie
 - parket, zie Openbaar Ministerie
 - ruimtelijke ordening en stedenbouw, zie
Ruimtelijke ordening en stedenbouw
- Strikte interpretatie, zie Interpretatie
- Striptease, 128
- Stuiting van de verjaring

- ingevolge een bevel tot betalen, 199
- ingevolge een dagvaarding, 199
- duur van de –, 200-201
- gevolgen van de –, 200-201

T

- Tenuitvoerlegging
 - schorsing van de –, zie Schorsing
- Termijn
 - om een prestatie uit te voeren, 27-34
 - geen – om een vordering op grond van
art. 1385*quinquies* in te leiden, 152
 - toegestaan – na de betekening, zie Beteke-
ning
- Teruggave, 58, 120
- Tijdige betaling, 138
 - van huurgeld, zie Huur
- Tijdseenheid, 108
- Titel
 - nieuwe – niet vereist voor tenuitvoerleg-
ging dwangsom, 45-47, 119, 126, 230
- Twijfel, 48, 99

U

- Uitvoering
 - door de veroordeelde zelf i.p.v. door de
overheid op zijn kosten, 6, 122, 134, 224
 - cumul tussen dwangsom en machtiging
tot – op kosten der veroordeelde, 38,
122, 134, 224
- Ultra posse nemo tenetur*, 7, 125, 157
- Unanimiteit, zie Eenparigheid van stemmen
- Urgentievereiste, 11
- Uur
 - dwangsom per – vertraging, 108

V

- Vaagheid, 97
- Vakantiegeld, 210
- Vaststelling bij gerechtsdeurwaardersexploot,
zie Gerechtsdeurwaarder
- Vergelijkende reclame, zie Handelspraktijken
- Vergissing, 104, 158
- Verhoging van de dwangsom in hoger beroep,
16
- Verjaring, 177-201
 - beslagrechter en –, zie Beslagrechter
 - betalingen onder dwang zijn geen schuld-
erkenning en stuiten de verjaring niet, 182
 - en zaterdagen, zondagen en wettelijke
feestdagen, 30, 192
 - per dag van een per dag verbeurde
dwangsom, 183, 185
 - gemaximeerde dwangsom en –, 36, 184

- grondslag van de –, 177
- openbare orde en –, 179
- schorsing, zie Schorsing
- stuiting, zie Stuiting
- tijdstip waarop men het middel van de – kan opwerpen, 180
- termijn van de –, 178
- vertrekpunt van de verjaring, 184-188

Verklaring van derde beslagene, 73

Vermindering van de dwangsom op billijkheidsgronden, 24, 104-106

Vermoedens, zie Bewijs

Vernietiging op strafgebied

- gevolgen voor de dwangsom van –, 8

Verschillende dagen en één p.v. van vaststelling, 102

Verschillende feiten die slechts één handeling of één inbreuk opleveren, 101, 112, 187

Verslechtering van de situatie van de veroordeelde, 169

Verspreidingsverbod, zie Vrijheid van meningsuiting

Verstek, 40, 125

Versteviging van het gezag van de rechter, 12-13, 22, 77

Verwaarloosbare inbreuk, 98, 104-106

Verwarringstichtende reclame, 32

Volstrekte noodzakelijkheid, zie Eenzijdig verzoekschrift

Vonnis alvorens recht te doen, 40, 121

Voortdurende inbreuk, 101, 109, 187, 188

Voorwaardelijkheid van de dwangsom, 7, 46

Voorzitter, 40-41

- eenzijdig verzoekschrift, zie Eenzijdig verzoekschrift

Vordering

- tot staking, 40
- dwangsom op – van één der partijen, 17, 20
- van de gemachtigde ambtenaar, zie Gemachtigde ambtenaar
- van het Openbaar Ministerie, zie Openbaar Ministerie

Vormvereisten

- geen – voor vordering van gemachtigde ambtenaar, zie Gemachtigde ambtenaar

Vrees

- dwangsom en – dat de veroordeelde niet behoorlijk zal presteren, 37-38, 40

Vrijheid van meningsuiting, 41, 130-131

W

Wanverhouding tussen dwangsom en waarde der te verrichten prestatie, 12, 23

Wederpartij, 41, 225

Wereldwijd verbod, zie Buitenland

Werkdagen, 90

Werkstaking, zie Staking

Wetenschappelijke prestaties, 143

Wilde staking, zie Staking

Z

Zwarigheid

- beslagrechter, zie Beslagrechter