

ALGEMENE PRACTISCHE RECHTSVERZAMELING

Gabriël Luc BALLON

Lector aan de K.U. Leuven

DWANGSOM



1980

WETENSCHAPPELIJKE UITGEVERIJ

E. STORY - SCIENTIA P.V.B.A.

GENT-LEUVEN

In deze verhandeling is de stof bijgehouden tot 1 maart 1980.

© 1980
WETENSCHAPPELIJKE UITGEVERIJ
E. STORY-SCIENTIA pvba
P. van Duyseplein 8, 9000 GENT

No part of this work may be reproduced in any form by print, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvuldigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke wijze ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

D/1980/0009/6
ISBN 90 6439 218 8

INHOUD

INHOUD	V
LIJST VAN AFKORTINGEN EN CITEERWIJZEN	IX
LITERATUURLIJST	XI
	Nr.
TITEL I ALGEMENE BESCHOUWINGEN	1- 47
Hfst. I DEFINITIE	1- 5
Afd. I <i>BEGRIPSOMSCHRIJVING</i>	1
Afd. II <i>OORSPRONG VAN DE TERM</i>	2
Afd. III <i>TERMINOLOGIE</i>	3- 5
Hfst. II DE BENELUX—OVEREENKOMST HOUDENDE EENVORMIGE WET BETREFFENDE DE DWANGSOM	6- 10
Afd. I <i>DE BENELUX-OVEREENKOMST</i>	6- 8
Afd. II <i>DE EENVORMIGE WET</i>	9
Afd. III <i>DE GEMEENSCHAPPELIJKE MEMORIE VAN TOELICHTING</i>	10
Hfst. III TOESTAND IN BELGIË TOT DE EENVORMIGE WET BETREFFENDE DE DWANGSOM	11- 28
Afd. I <i>DE RECHTSPRAAK</i>	11- 15
Afd. II <i>ARGUMENTEN AANGEVOERD TEGEN DE DWANGSOM</i>	16- 23
Afd. III <i>FUNDERING VAN DE DWANGSOM OP GESCHIEDKUNDIGE ARGUMENTEN</i>	24- 28
Hfst. IV RECHTSVERGELIJKING	29- 39
Afd. I <i>NEDERLAND</i>	30
Afd. II <i>LUXEMBURG</i>	31
Afd. III <i>FRANKRIJK</i>	32- 36
Afd. IV <i>DUITSLAND</i>	37- 39
Hfst. V REDENEN TOT INVOERING VAN DE DWANGSOM	40- 43
Hfst. VI DE INVOERINGSWET. INWERKINGTREDING	44- 47
TITEL II VEROORDELING TOT EEN DWANGSOM	48-120
Hfst. I RECHTSAARD	48- 61
Afd. I <i>VOORWAARDELIJKHEID</i>	48

AFD. II	<i>BIJKOMENDE VEROORDELING</i>	49- 54
AFD. III	<i>DRUKKINGSMIDDEL</i>	55
AFD. IV	<i>ONAFHANKELIJKHEID TEGENOVER DE VEROORDELING TOT SCHADELOOSSTELLING</i>	56- 59
AFD. V	<i>PRIVATE STRAF</i>	60
AFD. VI	<i>ARBITRAIR KARAKTER</i>	61
Hfst. II	<i>BEPALING VAN DE DWANGSOM EN VAN DE GROOTTE ERVAN</i>	62- 99
AFD. I	<i>VRIJE BEOORDELING</i>	62- 85
	§ 1. Omschrijving	62- 66
	§ 2. Wijze van vaststelling van de dwagsom	67- 72
	§ 3. Motiveringsplicht	73- 76
	§ 4. Invloed van andere maatregelen	77- 80
	§ 5. Het verlenen van een termijn	81- 85
AFD. II	<i>HET BELANG VEREIST AAN DE ZIJDE VAN EISER</i>	86
AFD. III	<i>BEVOEGDE RECHTER</i>	87- 99
	§ 1. Algemene opmerkingen	87- 89
	§ 2. Scheidsrechters	90
	§ 3. Minnelijke schikking	91
	§ 4. Kort geding	92- 93
	§ 5. De voorzitter van de rechtbank van koophandel rechtdoende met toepassing van de Wet betreffende de handelspraktijken	94- 95
	§ 6. Beslagrechter	96
	§ 7. Strafrechter	97- 98
	§ 8. De voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, rechtdoende krachtens de Wet van 4 maart 1977	99
Hfst. III	<i>HET VERBEUREN VAN DE DWANGSOM</i>	100-120
AFD. I	<i>BETEKENING VAN DE VEROORDELING</i>	100-105
AFD. II	<i>VEREFFENING VAN DE DWANGSOM</i>	106-114
	§ 1. De vereffening	106-112
	§ 2. Bewarend beslag tot zekerheid van een eventueel te verhalen dwagsom	113-114
AFD. III	<i>HET VERBEUREN VAN DE DWANGSOM</i>	115-120
TITEL III	HOOFDVEROORDELINGEN DIE MET EEN DWANGSOM GE- SANCTIONEERD KUNNEN WORDEN	121-180
Hfst. I	<i>HOOFDVEROORDELING WAARBIJ EEN DWANGSOM KAN WORDEN UITGESPROKEN</i>	121-155
AFD. I	<i>TOEPASSINGSMOGELIJKHEID</i>	121-123
AFD. II	<i>VOORWERP VAN DE HOOFDVEROORDELING</i>	124-129

AFD. III	<i>GEEN DWANG OP DE PERSOON</i>	130-142
AFD. IV	<i>DE VEROORDELING TOT BETALING VAN EEN GELDSOM</i>	143-152
AFD. V	<i>RECHTSVORDERINGEN TOT NAKOMING VAN ARBEIDS- OVEREENKOMSTEN</i>	153-155
Hfst. II	<i>GEVALLEN WAARIN HET ONMOGELIJK IS EEN DWANG- SOM OP TE LEGGEN</i>	156-158
AFD. I	<i>DE HOOFDVEROORDELING KAN NIET WORDEN TOEGE- WEZEN</i>	157
AFD. II	<i>DE HOOFDVEROORDELING KAN WEL, DE BIJKOMENDE VEROORDELING KAN NIET TOEGEWEEZEN WORDEN</i> . . .	158
Hfst. III	<i>SCHULDEISER EN SCHULDENAAR VAN DE HOOFDVER- OORDELING</i>	159-177
AFD. I	<i>DE SCHULDEISER</i>	160
AFD. II	<i>DE SCHULDENAAR</i>	161-167
AFD. III	<i>VERSCHEIDENE SCHULDEISERS EN/OF SCHULDENAARS</i>	168-174
AFD. IV	<i>DE OVERHEID</i>	175-177
Hfst. IV	<i>ROL VAN DE RECHTER</i>	178-183
AFD. I	<i>OMLIJNING VAN DE UITSPRAAK</i>	178-179
AFD. II	<i>UITVOERBAARVERKLARING BIJ VOORRAAD</i>	180
AFD. III	<i>BEVOEGDHEID</i>	181-183
TITEL IV	AANPASSING OF HERZIENING VAN DE OPGELEGDE DWANGSOM	184-229
Hfst. I	<i>ALGEMENE OMSCHRIJVING</i>	184-212
AFD. I	<i>PRINCIPE</i>	184-186
AFD. II	<i>AARD VAN DE VORDERING TOT HERZIENING</i>	187-191
AFD. III	<i>SAMENGAAN VAN BEIDE VORDERINGEN TOT AANPASSING</i>	192-193
AFD. IV	<i>GEVALLEN WAARIN DE AANPASSING EN OPHEFFING VAN DE DWANGSOM NIET KAN WORDEN GEVORDERD</i> . . .	194-195
AFD. V	<i>EXECUTIE VAN VERBEURDE DWANGSOMMEN EN DE VORDERING TOT OPHEFFING OF AANPASSING</i>	196-200
AFD. VI	<i>PROCEDURE</i>	201-212
	§ 1. Bevoegde rechter	201-203
	§ 2. Hoger beroep	204-209
	§ 3. Rechtvaardigingsgronden	210-212
Hfst. II	<i>DE VASTGESTELDE ONMOGELIJKHEID OM AAN DE HOOFDVEROORDELING (ONDER VERBEURTE VAN EEN DWANGSOM) TE VOLDOEN</i>	213-223

AFD. I	<i>MOTIVERING VAN DE REGEL</i>	213
AFD. II	<i>TAAK VAN DE RECHTER</i>	214-217
AFD. III	<i>DE ONMOGELIJKHEID</i>	218-222
AFD. IV	<i>WIJZE VAN AANPASSING</i>	223
Hfst. III	OVERLIJDEN VAN DE VEROORDEELDE SCHULDENAAR OF VAN DE SCHULDEISER	224-229
AFD. I	<i>OVERLIJDEN VAN DE VEROORDEELDE SCHULDENAAR</i> .	224-228
AFD. II	<i>OVERLIJDEN VAN DE SCHULDEISER</i>	229
TITEL V	FAILLISSEMENT VAN DE SCHULDENAAR EN ANDERE GEVALLEN VAN SAMENLOOP VAN SCHULDEISERS	230-255
Hfst. I	FAILLISSEMENT VAN DE SCHULDENAAR	230-244
AFD. I	<i>PRINCIPES</i>	230-237
AFD. II	<i>GEVOLGEN</i>	238-244
Hfst. II	ANDERE GEVALLEN VAN SAMENLOOP VAN SCHULD- EISERS	245-255
TITEL VI	DE DWANGSOM EN ANDERE DWANGMIDDELEN	256-268
Hfst. I	DWANGSOM EN BOETEBEDING	256-263
Hfst. II	RECHT VAN ANTWOORD EN DE VEROORDELING ONDER VERBEURTE VAN EEN DWANGSOM	264-265
Hfst. III	DWANGSOM EN LIJFSDWANG	266
Hfst. IV	RECHTSVORDERINGEN TOT NAKOMING VAN EEN BEVEL TOT STAKEN VAN ONEERLIJKE HANDELSPRAKTIJKEN .	267-268
TITEL VII	VERJARING EN AFSTAND VAN HET RECHT OP DE DWANG- SOM	269-278
Hfst. I	VERJARING	269-272
Hfst. II	SCHORSING VAN DE VERJARING	273-274
Hfst. III	AFSTAND VAN HET RECHT OP DE DWANGSOM	275-277
Hfst. IV	OVERDRACHT VAN DE SCHULDVORDERING	278
TITEL VIII	BEVOEGDHEID	279-287
Hfst. I	ALGEMENE REGELING	279-285
Hfst. II	HET BENELUX-GERECHTSHOF	286-287
	ZAAKREGISTER	blz. 105

AFKORTINGEN EN CITEERWIJZEN

Antwerpen	Hof van Beroep te Antwerpen
Arbh.	Arbeidshof
<i>Arr. Cass.</i>	Arresten van het Hof van Verbreking (tot 1965) Arresten van het Hof van Cassatie (vanaf 1967)
art.	artikel (en)
<i>a.w.</i>	aangehaald werk (opere citato)
<i>Belg. Jud.</i>	La Belgique judiciaire
Bergen	Hof van Beroep te Bergen
Besl. Regt.	Besluit van de Regent
<i>Bgbl.</i>	Bundesgesetzblatt (Duitsland)
blz.	bladzijde
<i>B.R.H.</i>	Belgische Rechtspraak in Handelszaken — Jurisprudence Commerciale de Belgique
Brussel	Hof van Beroep te Brussel
<i>Bull. Civ.</i>	Bulletin de la Cour de Cassation — Chambres Civiles (Frankrijk)
b.v.	bijvoorbeeld
B Verf GE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Duitsland)
B.W.	Burgerlijk Wetboek
Cass.	Hof van Cassatie
Cass. fr.	Cour de Cassation (Frankrijk)
<i>Cl. et B.</i>	Cloes et Bonjean Jurisprudence des Tribunaux de première instance
<i>Dall. Hebd.</i>	Dalloz Hebdomadaire (Frankrijk)
<i>D. P.</i>	Dalloz Périodique (Frankrijk)
<i>D. Bull. Lég.</i>	Dalloz Bulletin Législatif (Frankrijk)
e.v.	en volgende
EGSTGB	Einführungsgesetz des Strafgesetzbuches (Duitsl.)
Fr.	Frans, Frankrijk
<i>Gaz. Pal.</i>	La Gazette du Palais (Frankrijk)
<i>Gedr. St., Kamer</i>	Gedrukte Stukken, Kamer
<i>Gedr. St., Senaat</i>	Gedrukte Stukken, Senaat
Gent	Hof van Beroep te Gent
Ger. W.	Gerechtelijk Wetboek
H. R.	Hoge Raad der Nederlanden
<i>ibid.</i>	ibidem
<i>id.</i>	idem
<i>J. Comm. Br.</i>	Jurisprudence Commerciale de Bruxelles
<i>J.C.P.</i>	Juris-Classeur Périodique (Frankrijk)
<i>J. Liège</i>	Jurisprudence de la Cour d'Appel de Liège

<i>J.O.</i>	Journal officiel (Frankrijk)
<i>J.T.</i>	Journal des Tribunaux
<i>K.B.</i>	Koninklijk Besluit
<i>Kh.</i>	Rechtbank van Koophandel
<i>Kort ged.</i>	Kort geding
<i>Luik</i>	Hof van Beroep te Luik
<i>M.D.R.</i>	Monatschrift für deutsches Recht (Duitsland)
<i>N.J.</i>	Nederlandse Jurisprudentie (Nederland)
<i>N.J.B.</i>	Nederlands Juristenblad (Nederland)
<i>Nov.</i>	Les Nouvelles
<i>nr.</i>	nummer(s)
<i>Olg.</i>	Oberlandesgericht (Duitsland)
<i>onuitg.</i>	onuitgegeven
<i>O.M.</i>	Openbaar Ministerie
<i>Pand. B.</i>	Pandectes Belges
<i>Pand. Pér.</i>	Pandectes Périodiques
<i>Parl. Handel., Kamer</i>	Parlementaire Handelingen, Kamer
<i>Parl. Handel., Senaat</i>	Parlementaire Handelingen, Senaat
<i>Pas.</i>	Pasicrisie
<i>Pas. Lux.</i>	Pasicrisie Luxembourg
<i>Pres. Rb.</i>	President van de Arrondissementsrechtbank
<i>Rb.</i>	Rechtbank
<i>R. Crit. J.B.</i>	Revue Critique de Jurisprudence Belge
<i>Rec. Dall.</i>	Recueil Dalloz (Frankrijk) zie ook Dall. Hebd.
<i>Rec. Sirey</i>	Recueil Sirey (Frankrijk)
<i>Rép. P. Dr. B.</i>	Répertoire Pratique du Droit Belge
<i>R.G.A.R.</i>	Revue Générale des Assurances et des Responsabilités
<i>R. Trim. Dr. Civ.</i>	Revue Trimestrielle de droit Civil
<i>R.W.</i>	Rechtskundig Weekblad
<i>Stbl.</i>	Belgisch Staatsblad
<i>t.a.p.</i>	Ter aangehaalde plaatse (loco citato)
<i>T. Best.</i>	Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen
<i>T.P.R.</i>	Tijdschrift voor Privaatrecht
<i>Tw.</i>	Trefwoord
<i>Uitg.</i>	Uitgave
<i>vgl.</i>	Vergelijk
<i>Voorz.</i>	Voorzitter
<i>W.</i>	Wet, Wetboek
<i>Weekblad R.</i>	Weekblad van het Recht
<i>W.P.N.R.</i>	Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie (Nederland)
<i>Z.P.O.</i>	Zivilprozessordnung (Duitsland)

LITERATUURLIJST

België

Boeken

- BELTIJENS, G., *Encyclopédie de droit civil belge*, II, Code de procédure civile, tweede druk, Brussel, 1908.
- BLANPAIN, R., *Arbeidsrecht*, Brussel, z.j.
- BLANPAIN, R., *De collectieve arbeidsovereenkomst*, Leuven, 1961.
- DE CALUWE, A., DELCORDE, A. en LEURQUIN, X., *Le droit de la concurrence. Les pratiques du commerce*, twee delen, Brussel, 1973.
- DE GAVRE, J., *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, I, *La transaction non judiciaire*, Brussel, 1967.
- DEKKERS, R., *Handboek van Burgerlijk Recht*, II, *Verbintenissen — bewijsleer — contracten — zekerheden*, tweede druk, Brussel, 1971.
- DELVA, W., *Personen- en Familierecht*, II, *De staat van de persoon*, zevende druk, Gent, 1978.
- DE PAGE, H. en DEKKERS, R., *Traité élémentaire de droit civil belge. Principes — doctrine — jurisprudence*, II, III, IV, VII, derde druk, Brussel, 1964 — 1972.
- FETTWEISS, A., *Handboek voor gerechtelijk recht*, II, *Bevoegdheid*, Antwerpen, 1971.
- FETTWEISS, A., KOHL, A. en DE LEVAL, G., *Droit judiciaire privé, notes pour les étudiants des licences en droit, cursus U.E. Liège*, Luik, 1976.
- FREDERICQ, L., *Traité de droit commercial belge*, VII en VIII, Gent, 1949.
- GOTZEN, M., *Van Belgisch naar Benelux-merkenrecht*, Brussel-Zwolle, 1969.
- KLUYSKENS, A., *Beginselen van Burgerlijk Recht*, I, *De Verbintenissen*, derde druk, Antwerpen. z.j.
- KOKELENBERG, J., *De onroerende voorrechten. Een casestudy in verband met de aktualiteit van het Belgisch voorrechtensysteem*, Leuven, 1976.
- LAURENT, F., *Principes de droit civil*, XVI, XVII, XVIII, derde druk, Brussel, 1878.
- MOREAU, A., *De la juridiction des référés*, Brussel, 1890.
- Les Nouvelles, Droit civil*, IV, *Théorie générale des obligations*, Cl. RENARD, Ed. VIEUJEAN en Y. HANNEQUART, Brussel, 1957.
- Les Nouvelles, Droit civil*, IV-2. *Les obligations complexes*, R. VAN DER MADE, Brussel, 1958.
- Les Nouvelles, Droit commercial*. IV. *Les concordats et la faillite* par A. CLOQUET, tweede druk, Brussel, 1975.
- Pandectes Belges*, Tw. *Abandon d'Epoux*
Tw. *Amende honorable*
Tw. *Appel civil*
Tw. *Astreinte*
Tw. *Cession de créance*
Tw. *Clause pénale*
Tw. *Jugement*
- RÉPERTOIRE PRATIQUE DU DROIT BELGE, Tw. *Appel en matière civile et commerciale, Contrat de travail et contrat d'emploi, Exécution des jugements et des actes en matière civile, Faillite et Banqueroute, Jugements et arrêts, Obligations, Responsabilité*. Brussel, z.j.
- PLATEL, M., *Het recht van antwoord in de communicatiemediën*, Gent, 1971.
- RIGAUX, F., *Les Personnes*, I, *Les relations familiales*, Brussel, 1971.
- RONSE, J., *Aanspraak op schade uit onrechtmatige daad*, Brussel, 1954.

- SCHUIND, G., *Traité pratique de droit criminel*, twee delen, tweede druk, Brussel, 1942.
- ULMER, E. en BEIER, F.K., *Le droit de la concurrence dans les états membres de la C.E.E.*, II/1, *Belgique-Luxembourg*, door G. SCHRICKER, B. FRANC en D. WUNDERLICH, Paris, 1974.
- VAN BAUWEL, L., *Handboek van het Burgerlijk Procesrecht*, II en IV, Brussel, 1936-1940.
- VAN GERVEN, W., *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht*, I, *Algemeen Deel*, Antwerpen-Utrecht, 1969.
- VAN LENNEP, R., *Belgisch Burgerlijk Procesrecht*, V, VIII, Antwerpen, z.j.
- VAN REEPINGHEN, Ch., *Verslag over de Gerechtelijke Hervorming*, twee delen, Brussel, 1964.
- VAN RYN, J. en HEENEN, J., *Principes de droit commercial*, IV, Brussel, 1965-66.

Tijdschriftartikelen

- BAERT, K., *De uitvoeringsimmunitie van de publiekrechtelijke rechtspersonen*, *R.W.*, 1976-77, 2369 e.v.
- BLANPAIN, R., *Gelijke Behandeling van Mannen en Vrouwen. Wet van 4 augustus 1978*, in: R. BLANPAIN en J. WALGRAVE, *De gelijke behandeling van mannen en vrouwen naar Europees en Belgisch Recht*, 15-36.
- CALEWAERT, W., *Het recht tot antwoord*, *R.W.*, 1961-62, 241 e.v.
- CONSTANT, J., *Propos sur la motivation des jugements et arrêts en matière répressive*. *J.T.*, 1970, 661 e.v.
- DABIN, J., noot onder Cass. 7 maart 1963, *La responsabilité de l'Administration à l'égard des usagers de la voirie*, *R. Crit. J.B.*, 1963, 96 e.v.
- DABIN, J., noot onder Cass. 26 april 1963, *La responsabilité de l'Administration dans l'exercice de la fonction réglementaire*, *R. Crit. J.B.*, 1963, 116 e.v.
- DABIN, J., noot onder Cass. 30 januari 1965, *De la sanction de la violation d'un pacte de préférence accordé à trois enfants, devenus ultérieurement héritiers, quand l'immeuble a été vendu à deux entre eux à l'exclusion du troisième*, *R. Crit. J.B.*, 1966, 77 e.v.
- DELVA, J., *het rechtstreeks bestrijden van overheidsdaden voor de burgerlijke rechtscolleges*, *T.P.R.*, 1967, 383 e.v.
- DE PAGE, H., *Les actions complexes*, *Revue de droit belge*, VIII, (1926-1930), 455 e.v.
- DE SMET, W., *De bevoegdheid van de beslagrechter*, in: G. VAN DIEVOET, *Actuele problemen van gerechtelijk privaatrecht*, Leuven, 1976, 115 e.v.
- DE VISSCHERE, F., *De controle van de burgerlijke rechter op handelingen van het Bestuur*, *Jaarboek VI van het Vlaams Rechtsgenootschap Leuven*, 1960, 63 e.v.
- DOR, G., noot onder Tongeren 18 juni 1948, *R. Crit. J.B.*, 1949, 301 e.v.
- EECKHOUT, J., *La loi du 23 juin 1961 relative au droit de réponse*, *J.T.*, 1962, 597 e.v.
- GESCHE, A., *Des motifs des jugements et arrêts*, *Belg. Jud.*, 1933, 577 e.v.
- GOTZEN, M., *Preventief aanwenden van de vordering tot staken voor en na het cassatiearrest van 4 juni 1976*, *R.W.*, 1976-77, 1793 e.v.
- KRINGS, E., *Les saisies conservatoires et les voies d'exécution*, in: *Étude du projet de Code judiciaire, Séminaire à Ligneuville*, 4-5 mars 1966, z.j.z.p., 99 e.v.
- MAHAUX, P., *Het rechterlijk gewijsde en het gerechtelijk wetboek*, *R.W.*, 1971-72, 105 e.v.
- NUYTINCK, G., *Een broze waarde: de eer en de goede naam*, *R.W.*, 1961-62, 609 e.v.
- RONSE, J., *De dwangsom in het Belgische recht*, in: *Vereniging voor vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Jaarboek VIII, 107 e.v.
- SCHOENTJES-MERCHIERS, Y., *Het boetebeding*, *T.P.R.*, 1969, 51 e.v.
- STORME, M., *Algemene Beginselen van het beslag- en executierecht*, in: *Het nieuwe procesrecht*, Post-universitaire leergang R.U.Gent, (Gent, 1968, stencil), 106 e.v.

STORME, M., *De dwangsom*, R.W., 1962-63, 1321 e.v.

SUETENS, L.P., *De rechtstreekse aanvechting van overheidsdaden voor de burgerlijke rechter*, in: *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, III, Brussel, 1977, 673 e.v.

VAN GERVEN, W., *Over de vordering tot ophouden ingesteld door K.B. nr. 55 van 23 december 1934, de terugbetaling van economische delicten en de gemeenrechtelijke vordering tot ophouden*, R.W., 1960-61, 609 e.v.

VAN MULLEN, J., *Vers une législation de l'astreinte en droit belge?*, *La Convention Benelux du 26 novembre 1973*, J.T., 1977, 37 e.v.

Nederland

ASSER, C. en RUTTEN, L.E.H., *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*. IV, 2 en IV, 3. *Verbintenissenrecht. Algemene leer der overeenkomsten*. vierde druk, Zwolle, 1975.

CAROLI en MEYERS, *Het kort geding*, II, 's-Gravenhage, 1915.

CROES, A.L., *Enige opmerkingen over art. 1637, B.W.*, W.P.N.R., 5217 (1973), 191 e.v. en 211 e.v.

HOFFMANN, L.C. en VAN OPSTALL, S.N., *Het Nederlands Verbintenissenrecht*, I, 1, *De algemene leer van de verbintenissen*, negende druk, Groningen, 1976.

JANSEN, F.M.J., *Executie- en Beslagrecht*, Zwolle, 1958.

KAMPHUIZEN, P.W., *De positie van partijen na vonnis in kort geding*, N.J.B., 1943, 18 e.v. en 29 e.v.

MEIJERS, E.M., *De dwangsom*, in: *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, II, Leiden, 1955, 283 e.v.; en W.P.N.R., 3945 (1946), 24 e.v.

VAN DEN DUNGEN, JANSEN, F.M.J. e.a., *Burgerlijke rechtsvordering*, vier delen, Deventer, z.j.

VAN OPSTALL, S.N., *De regeling van de dwangsom in het gewijzigd ontwerp voor het derde boek van het nieuwe burgerlijk wetboek*, W.P.N.R., 5194 (1972), 473 e.v.

VAN ROSSEM en CLEVERINGA, *Verklaringen van het Nederlands Wetboek van burgerlijke rechtsvordering*, II, vierde druk, Zwolle, 1972.

Duitse Bondsrepubliek

BAUBACH, A., LAUTERBACH, W., ALBERS, J. en HARTMANN, P., *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen*, tweesterdigste druk, München, 1974.

JESCHEK, H., *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, tweede druk, Berlin, 1972.

KASER, M., *Das römische Zivilprozessrecht*, in: *Rechtsgeschichte des Altertums*, III-4, *Handbuch der Altertumswissenschaft*, X, München, 1966.

MAURACH, R., *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Karlsruhe, 1971.

SCHOENKE, A. en BAUR, F., *Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht*, negende druk, Karlsruhe, 1974.

Frankrijk

AUBRY en RAU, *Cours de droit civil français*, IV, zesde druk, door Etienne BARTIN, Parijs, z.j.

BAUDRY-LACANTINERIE en BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, XI, *Des Obligations*, I, tweede druk, Parijs, 1900.

COLIN, A. en CAPITANT, H., *Cours élémentaire de droit civil français*, III, derde druk, Parijs, 1922.

- COLIN, A., CAPITANT, H. en JULLIOT DE LA MORANDIERE, L., *Traité de droit civil, II, Obligations — Théorie générale — Droits réels principaux*, Parijs, 1959.
- Encyclopédie Dalloz*, Tw. *Astreinte*, J. BORE, Parijs, 1970.
- ESMEIN, A., *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreinte*, R. Trim. Dr.Civ., 1903, 5 e.v.
- GARCON, E., *Code pénal annoté. Nouvelle édition*, M. ROUSSELET, M. PANTIN en Marc ANCEL, drie delen, Parijs, 1952-1959.
- GAUDEMET, E. en J. en DESBOIS, H., *Théorie générale des obligations*, Parijs, 1965.
- GIFFARD, A., *Études de droit romain*, Parijs, 1972.
- GLASSON, E., MOREL, R. en TISSIER, A., *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, III*, Parijs, 1908.
- JURIS-CLASSEUR, *Droit civil, VIII, Contrats et Obligations*, Tw. *Astreintes*, door F. CHABAS, Parijs 1970.
- MAZEAUD, H. en DE JUGLART, *Leçons de droit civil. II, Obligations (Théorie générale)*, zesde druk, door F. CHABAS, Parijs, 1978.
- MAZEAUD, H. en TUNC, A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, twee delen, zesde druk, Parijs, 1965-1970.
- MARTY, G. en RAYNAUD, P., *Droit civil, II/1, Les Obligations*, Parijs, 1962.
- PLANIOL, M. en RIPERT, G., *Traité pratique de droit civil français*, tweede druk door P. ESMEIN, RADOUANT en GABOLDE, Parijs, 1956.
- RIPERT, G. en BOULANGER, J., *Traité élémentaire de droit civil, II, Obligations: contrat — responsabilité, Droits réels: biens — propriété*, Parijs, 1957.
- SAVATIER, R., *Cours de droit civil*, twee delen, Parijs, 1942.
- SAVATIER, R., *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, twee delen, Parijs, 1951.

Romeins Recht

MOMMSEN, Th. en KRUEGER P., *Corpus iuris civilis, I, Digesta*, elfde druk, Dublin-Zürich, 1970.

N.B. In deze verhandeling, bij de aanduiding van de blz. van de gemeenschappelijke Memorie van Toelichting, verwijst het eerste getal naar de publikatie van de Interparlementaire Beneluxraad, het tweede getal, in cursief, naar de publikatie bij het Wetsvoorstel van 30 maart 1978.

TITEL I

ALGEMENE BESCHOUWINGEN

HOOFDSTUK I

DEFINITIE

AFDELING I

BEGRIPSOMSCHRIFING

1 De dwangsom is een geldsom, als bijkomende veroordeling aan de schuldenaar bij rechterlijke uitspraak opgelegd, teneinde op de schuldenaar druk uit te oefenen opdat hij de tegen hem uitgesproken hoofdveroordeling zou nakomen.

Typisch voor ons recht is, dat die geldsom aan de schuldeiser toevalt, dat ze door de rechter op verscheidene manieren kan worden vastgesteld en dat ze buiten verband staat met de schade die de schuldeiser zal lijden wegens de niet- of niet-tijdige uitvoering van de hoofdveroordeling.

Bovendien mag, opdat ze met een dwangsom zou kunnen worden gesanctioneerd, de hoofdveroordeling niet strekken tot het betalen van een geldsom (J. RONSE, *De dwangsom in het Belgische recht, Jaarboek*, VIII, 107; M. STORME, *De dwangsom, R.W.*, 1962-63, 1321; J. VAN MULLEN, *Vers une légalisation de l'astreinte en droit belge?*, J.T., 1977, 37).

AFDELING II

OORSPRONG VAN DE TERM

2 Dwangsom is een term van betrekkelijk recente vorming. Hij komt niet voor in de reeds verschenen delen van het *Woordenboek der Nederlandsche Taal*, evenmin als het Franse woord *astreinte*, dat eerder gebruikt werd. E.M. MEIJERS wijst op het nieuwe woordgebruik in een beschikking van 6 september 1912 van de president van de arrondissementsrechtbank te Amsterdam (CAROLI/MEIJERS, *Het kort geding*, II, 351, 372 e.v. M. STORME, *a.w.*, R.W., 1962-63, 1334).

De term *astreinte* werd voor het eerst gebruikt door de Franse Cour de Cassation in het arrest van 20 maart 1889 (*Rec. Sirey*, 1892, 1, 565). Hij werd voor de eerste maal in een wet gebruikt in de *Loi des finances* van 17 april 1906, art. 5. De term *astreinte* is afgeleid van het Latijn *a(d)stringere*, dat vastklampen, vastbinden aan, toehalen betekent.

Ook in het Nederlands wordt die term vaak naast of in de plaats van de term dwangsom gebruikt. De Nederlandse Juristenvereniging stelde de termen dwangmiddel en dwangsom voor ter vervan-

overeenkomsten, welke hetzij alle hetzij meer specifiek naar gelang van hun aard, door een der verdragsluitende landen kunnen worden uitgesloten (art. 3).

Artikel 4 bepaalt dat het Benelux-Gerechtshof zal kennis nemen van vragen tot uitlegging van de Overeenkomst en van de Eenvormige Wet. Artikel 5 beperkt de territoriale gelding van de Overeenkomst en van de Eenvormige Wet, wat het Koninkrijk der Nederlanden betreft, behoudens andersluidende verklaring der Nederlandse Regering, tot het Rijk in Europa, met uitsluiting van (het inmiddels onafhankelijk geworden) Suriname en de Nederlandse Antillen.

AFDELING II

DE EENVORMIGE WET

9 Bij de Overeenkomst behoren, als bijlagen, de Eenvormige Wet betreffende de dwangsom en een gemeenschappelijke Memorie van Toelichting die alle artikelen van het Verdrag en van de Eenvormige Wet bestrijkt.

De verdragsluitende staten verplichten er zich toe de Eenvormige Wet in hun nationale wetgeving op te nemen vanaf de dag van de inwerkingtreding van de Overeenkomst (art. 1 van de Overeenkomst).

De Eenvormige Wet omvat acht artikelen die achtereenvolgens het bepalen en het opleggen van de dwangsom (art. 1), de rol van de rechter (art. 2), het verbeuren van de dwangsom (art. 3), het opschorten en het aanpassen van de dwangsom (art. 4, 5 en 6), de verjaring (art. 7), de bevoegdheid en de aanleg (art. 8) betreffen.

Die wet, zoals aangepast voor België, vormt het onderwerp van de deze verhandeling (Wet van 31 januari 1980, *Stbl.*, 20 februari 1980).

ADELING III

DE GEMEENSCHAPPELIJKE MEMORIE VAN TOELICHTING

10 Bij de Overeenkomst en de Eenvormige Wet behoort ook een gemeenschappelijke Memorie van Toelichting, bestemd om als toelichting te dienen bij de goedkeuringswetten die elk der nationale regeringen bij het parlement zal indienen.

Deze Memorie werd gepubliceerd door de Interparlementaire Beneluxraad op 1 juni 1970 (N 108/1, blz. 8-24) en eveneens als bijlage bij de Memorie van Toelichting bij het Wetsontwerp van 30 maart 1978 (*Gedr. St., Kamer*, 353 [1977-78], nr. 1, blz. 4-24). De verwijzingen in de tekst (als Toelichting) verwijzen naar deze eenvormige Memorie van Toelichting. De eerstgeplaatste pagina-aanduiding betreft de publikatie door de Interparlementaire Beneluxraad, de tweede, cursief gedrukte aanduiding betreft de publikatie bij het Ontwerp van wet van 30 maart 1978.

Naast deze gemeenschappelijke Memorie van Toelichting vindt men in de publicaties van de Raadgevende Interparlementaire Beneluxraad ook het verslag van J. HAMBYE, uitgebracht namens de Commissie voor de burgerlijke, de handels- en de strafwetgeving (*Doc. 108/2* van 9 december 1971) en het aanvullend verslag van J. HAMBYE namens dezelfde Commissie (*Doc. 108/3* van 14 april 1972).

HOOFDSTUK III

TOESTAND IN BELGIË TOT DE EENVORMIGE WET BETREFFENDE DE DWANGSOM

AFDELING I

DE RECHTSPRAAK

11 Tot het inwerkingtreden van de Wet van 31 januari 1980, die de dwangsom in ons recht invoert, kan men twee periodes onderscheiden (M. STORME, *a.w.*, *R.W.*, 1962-63, 1321 e.v.; J. RONSE, *a.w.*, *Jaarboek*, VIII, 113 e.v.; J. VAN MULLEN, *a.w.*, *J.T.*, 1977, 37).

12 Afscheidingsdatum tussen beide is het cassatiearrest van 24 januari 1924. In de eerste periode had men het beeld dat de rechtsleer de dwangsom unaniem veroordeelde (LAURENT, XVI, nr. 299 e.v., en XVII, nr. 425; *Pand. B.*, Tw. *Astreinte*, nr. 13 e.v.; *Rép. P. Dr. B.*, Tw. *Obligations*, nr. 683 en 755), doch dat de rechtbanken haar toepasten, terwijl het Hof van Cassatie een vrij onduidelijk, formalistisch standpunt innam en de uitgesproken dwangsom als een vorm van schadeloosstelling beschouwde.

Slechts als het om een veroordeling in kort geding ging, waaraan een dwangsom werd gekoppeld, kon men deze zienswijze niet volhouden, daar de voorzitter van de rechtbank niet bevoegd was om de zaak zelf te beslissen, hetgeen hij zou doen als hij schadeloosstelling zou toewijzen. Toch werd soms aanvaard dat de voorzitter in kort geding een dwangsom kon opleggen (BELTJENS, *Encyclopédie du droit civil belge*, II, *Code de procédure civile*, nr. 3ter en 12 bij art. 11 en nr. 5 bij art. 811 met verwijzingen; *anders*: A. MOREAU, *Des référés*, nr. 407). Toen evenwel, in 1924, een geschil over een door de voorzitter in kort geding opgelegde dwangsom, na bevestiging in hoger beroep voor het Hof van Cassatie werd gebracht, schaarde dit zich achter het advies van procureur-generaal TERLINDEN en vernietigde het arrest, o.m. op grond van de overweging: qu'il appartient à la loi de déterminer les voies d'exécution qu'elle autorise: ... 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" (Cass., 24 jan. 1924, *Pas.*, 1924, I, 151; Luik, 6 december 1921, *Pas.*, 1923, II, 39).

13 Het Hof is dit standpunt steeds trouw gebleven (Cass., 22 nov. 1926, *Pas.*, 1927, I, 92; Cass., 10 maart 1932, *Pas.*, 1932, I, 98; Cass., 14 mei 1936, *Pas.*, 1936, I, 257; Cass., 25 febr. 1937, *Pas.*, 1937, I, 73; Cass., 30 sept. 1937, *Pas.*, 1937, I, 249 met conclusie LECLERCQ; Cass., 10 febr. 1956, *Pas.*, 1956, I, 603; *R.W.*, 1956-57, 1011; Cass., 20 sept. 1957, *Pas.*, 1958, I, 15; Cass., 13 maart 1964, *R.W.*, 1964-65, 1018).

De hoven en rechtbanken zijn het bijgevallen (Rb. Antwerpen, 6 juli 1934, *Belg. Jud.*, 1935, 14; Gent, 24 febr. 1927, *Belg. Jud.*, 1927, 407; Brussel, 15 juni 1929, *J. Comm. Br.*, 1930, 481; Luik, 14 mei 1930, *Pas.*, 1931, II, 125; Brussel, 9 jan. 1935, *Pas.*, 1935, II, 159).

Ook de rechtsleer betuigde haar instemming (DE PAGE, III, nr. 160 e.v.; DEKKERS, II, nr. 387, blz. 221; KLUYSKENS, I, nr. 73; *Rép. P. Dr. B.*, Tw. *Jugements et arrêts*, nr. 193 e.v. en Tw. *Obligations*, nr. 755).

14 Wel wordt aanvaard dat de rechter de schuldenaar kan veroordelen tot een schadeloosstelling voor het geval dat deze in gebreke zal blijven de veroordeling na te komen. M.a.w. de rechter stelt vooraf de schade vast die de schuldeiser zal lijden indien en voor zover de schuldenaar de veroordeling niet zal nakomen (*o.a.* Cass., 25 febr. 1937, *Pas.*, 1937, I, 73; *id.*, 12 nov. 1942, *Pas.*, 1942, I, 282; *id.*, 20 sept. 1957, *Pas.*, 1985, I, 15; *id.*, 7 nov. 1958, *Pas.*, 1959, I, 249).

Vergoed wordt, de op het ogenblik van de uitspraak zeker vaststaande, toekomstige schade wegens niet-uitvoering van het vonnis van veroordeling. Die schade zal dan ook vaak per tijdseenheid worden vastgesteld. Indien *in concreto* blijkt dat een dergelijke appreciatie vanwege de feitenrechter kan gebeuren, omdat de feiten daartoe aanleiding gaven, dan kan op deze rechtspraak geen kritiek worden uitgeoefend. Meestal echter blijkt dit niet zó duidelijk en ontkomt de lezer niet aan de indruk dat de rechter, onder de mom van een schadeloosstelling *ex aequo et bono*, mede of alleen een verkapte dwangsom heeft opgelegd en dat zijn uitspraak slechts onaanvechtbaar is, omdat hij in de motivering ervan alles wat naar dwangsom en straf zweemt, angstvallig heeft vermeden, door te beklemtonen dat het wel degelijk om een schadeloosstelling gaat en dit mogelijk ook door een vrijmatige begroting van het per tijdseenheid verschuldigde bedrag tot uitdrukking laat komen (J. RONSE, *a.w.*, *Jaarboek*, VIII, 116 e.v.; M. STORME, *a.w.*, *R.W.*, 1962-63, 1328 e.v.).

15 Het is niet onmogelijk dat wanneer de dwangsom in ons rechtsbestel burgerrecht verwerft, die wijze van schadebegroting en schadeherstel in onbruik zal geraken, zoals dit ook in Nederland is gebeurd.

Al blijft het immers in principe mogelijk, al dan niet naast een dwangsom, ook schadeloosstelling toe te kennen ingeval de schuldenaar de veroordeling niet zou nakomen en wegens die niet-nakoming, — een dwangsom is immers geen schadeloosstelling — toch zal dit slechts zeer uitzonderlijk kunnen gebeuren. De uitvoering *in natura* heeft voorrang op de vervangende geldelijke schadeloosstelling (LAURENT, XVI, nr. 194 en 201; DE PAGE, III, nr. 94; DEKKERS, II, nr. 341; Cass., 27 april 1962, *R.W.*, 1962-63, 57; Cass., 30 jan. 1965, *R.W.*, 1964-65, 1553 en *R. Crit. J. B.*, 1966, 77 met noot J. DABIN). De dwangsom strekt precies om uitvoering in de meest geëigende vorm te helpen afdwingen, terwijl, zo de prestatie onmogelijk is, alleen een vervangende schadeloosstelling zal kunnen uitgesproken worden en geen dwangsom, maar ook geen schadeloosstelling wegens de vertraging in de uitvoering van de prestatie.

AFDELING II

ARGUMENTEN AANGEVOERD TEGEN DE DWANGSOM

16 Samengevat kwamen de argumenten door de Belgische rechtsleer en rechtspraak tegen de dwangsom aangevoerd, erop neer dat, buiten een uitdrukkelijke machtiging, neergelegd in een formele wet, geen dwangsom kan worden uitgesproken. Gebeurt dit toch, dan overschrijdt de rechter de hem toekomende macht.

Deze argumenten, die na de invoering der Eenvormige Wet in de interne Belgische rechtsorde nog slechts historisch belang hebben, moeten, in verband gebracht met de nieuwe wet, met omzichtigheid worden gehanteerd. Sommige bezwaren richten zich uitsluitend tegen de in Frankrijk gangbare conceptie van voorlopige dwangsom en bekliven niet wanneer men ze aan de vroegere Nederlandse wetgeving toetst, waarop, zoals gezegd, de Eenvormige Wet in sterke mate teruggaat.

17 Een eerste argument is, dat slechts die wijzen van tenuitvoerlegging, waarin door de wet uitdrukkelijk is voorzien, in aanmerking kunnen komen om de uitvoering van rechterlijke beslissingen te verzekeren (STORME, *a.w.*, *R.W.*, 1962-1963, 1321 en 1327; RONSE, *a.w.*, *Jaarboek*, VIII, 107 en 117; LAURENT, XVII, nr. 425, blz. 426; Ch. TERLINDEN, *concl. voor Cass.*, 24 jan. 1924, *Pas.*, 1924, I, 151 e.v.).

Men verwijst in dit verband naar de artikelen 92 en 93 van de Grondwet, volgens welke de hoven en rechtbanken een toegewezen bevoegdheid hebben en de rechter zich geen macht toeëigenen mag, die de wet hem niet verleent.

18 Een tweede argument is, dat de dwangsom het karakter heeft van een straf, een drukkingsmiddel dat ter intimidatie van de schuldenaar wordt gebruikt.

Krachtens artikel 9 van de Grondwet kan evenwel geen enkele straf worden opgelegd of uitgesproken, dan krachtens een wet: *nullum crimen, nulla poena, sine lege* (DE PAGE, III, nr. 161, blz. 190; M. STORME, *a.w.*, *R.W.*, 1962-1963, 1321 e.v.; *Pand. B.*, Tw. *Astreinte*, nr. 28.)

19 Een derde argument stelt dat schadeloosstelling een vergoedend, en niet een vergeldend- of pressiekarakter heeft. Een dwangsom kan het kenmerk van schadeloosstelling verliezen, indien overdreven wordt en op een of andere wijze wordt begroot volgens de duur van de niet-nakoming van de hoofdveroordeling.

Precies door dit overdreven begroten van de geleden schade wordt de dwangsom een illegaal pressiemiddel, daar de begroting dan niet steunt op de geleden schade, maar op een arbitraire schatting volgens het bezit van de debiteur en de van hem verwachte weerstand tegen het nakomen der verbintenissen (DE PAGE, III, nr. 161, blz. 190; M. STORME, *a.w.*, *R.W.*, 1962-1963, 1321 e.v.; RONSE, *a.w.*, *Jaarboek*, VIII, 107 e.v.; *Pand. B.* Tw. *Astreinte*, nr. 13; DEKKERS, II, nr. 387, blz. 221; J. RONSE, *A.P.R.*, Tw. *Schade en schadeloosstelling*, nr. 305 en 307). Staat men het uitspreken van een dwangsom *ex officio* toe, dan kan worden opgemerkt dat dit inbreuk maakt op de regel dat schadeloosstelling in specifieke vorm de regel is, en dat geldelijke schadeloosstelling slechts in aanmerking kan komen zo schadeloosstelling in specifieke vorm onmogelijk is, dan wel zo de schuldeiser haar uitdrukkelijk vordert.

20 Een vierde argument is, dat de schuldeiser, door niet op te treden tegen een in strijd met een veroordeling onder verbeurte van een (definitieve) dwangsom handelende schuldenaar, de dwangsommen tot een astronomische hoogte zou kunnen laten oplopen, en deze som, eventueel zelfs naast een eventuele schadeloosstelling zou kunnen verhalen op de goederen van de schuldenaar.

Die handelwijze zou dan eventueel grote nadelen kunnen hebben tegenover andere, minder begunstigde schuldeisers, die juist wegens deze dwangsommen hun schuldvordering in veel geringere mate dan te verwachten was, zouden kunnen verhalen.

21 Een vijfde argument richt zich uitsluitend tegen de in Frankrijk gangbare praktijk van het uitspreken van dwangsommen die dan later, wanneer de toestand tussen partijen definitief is geworden, zullen worden vastgesteld en dan meteen ook ten uitvoer kunnen worden gelegd.

Niet alleen kunnen voorstanders van het systeem tegen die praktijk inbrengen, dat ze de efficiëntie ondermijnt, doordat de bedreiging die uitgaat van de dwangsom erdoor verminderd wordt, maar bovendien heeft men terecht laten opmerken dat zij inbreuk maakt op het gezag van de gewijsde, dat toekomt aan de eerste uitspraak en op het principe *lata sententia iudex desinet esse iudex* (DE PAGE, III, nr. 161, blz. 190; M. STORME, *a.w.*, *R.W.*, 1962-1963, 1321, 1327 e.v.; *Pand. B.*, Tw. *Astreinte*, nr. 16; DEKKERS, II, nr. 387; J. RONSE, *A.P.R.*, Tw. *Schade en schadeloosstelling*, nr. 305).

22 Minder zwaar wegen de argumenten dat de dwangsom leidt tot willekeur (BAUDRY-LACANTINERIE/BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, X, *Des Obligations* I, nr. 440), dat het strafrecht geen arbitraire straffen kent (M. STORME, *a.w.*, *R.W.*, 1962-63, 1321 en 1327), dat de dwangsom een onbepaalde veroordeling *ad futurum* is (COLIN/CAPITANT/JULLIOT DE LA MORANDIERE, II, nr. 116, blz. 111), of dat zulk een bevoegdheid het de rechter mogelijk zou maken dwangsommen op te leggen aan personen die niet in het geding waren betrokken, maar die zich verzetten tegen de uitvoering ervan (*Pand. B.*, Tw. *Astreinte*, nr. 15).

23 Ten slotte dient te worden gewezen op een in het buitenland soms geformuleerde kritiek op het Nederlandse systeem, die nog steeds kan worden geuit tegen de nieuwe Beneluxwet. Met name zou er een gevaar bestaan voor een té grote strengheid van het systeem, zodat de schuldeiser onredelijk zou worden bevoordeeld, terwijl het systeem ook aanleiding zou geven tot veel executiegeschillen (R. SAVATIER, II, blz. 399). Volgens MEIJERS blijkt hiervan niets in de praktijk. Wel is het zo dat de Nederlandse regeling veel sterker dan de Franse, van de rechter een soepel en verstandig beleid inzake oplegging van de dwangsom veronderstelt (E.M. MEIJERS, *De dwangsom, Verzamelde Opstellen*, II, blz. 289).

AFDELING III

FUNDERING VAN DE DWANGSOM OP GESCHIEDKUNDIGE ARGUMENTEN

24 Veel stof deed een arrest van het Hof van Beroep te Brussel opwaaien, toen het een vrouw veroordeelde om de echtelijke woning terug te betrekken en dit onder verbeurte van een dwangsom van vijf frank per dag, elke dag dat het arrest niet zou worden nagekomen (Brussel, 31 december 1877, *Belg. Jud.*, 1878, 601; vgl. Brussel, 30 november 1865, *Pas.*, 1866, II, 185; zie ook, *Pand. B.*, Tw. *Abandon d'épouse*, nr. 77 e.v.).

Daartoe stelde het Hof dat de hoven en rechtbanken de mogelijkheid hebben hun uitspraken met strafbedingen te sanctioneren om de naleving ervan te verzekeren.

Dit principe steunt volgens het Hof op het Romeinse recht en werd door een van oudsher bestaande, constante rechtspraak steeds in ere gehouden: „Omnibus magistratibus, non tamen Duumviris [decemvires, volgens de in die tijd gebruikte en door het Hof aangehaalde tekst], secundum ius potestatis [ius ac potestatis, *ibidem*] suae concessum est [.] iurisdictionem suam defendere poenali iudicio” (D., 2. 3. 1.; zoals het Hof: A. GIFFARD, *Études de droit romain*, blz. 130; zie ook: Cour supérieure de Justice, 10 maart 1925, *Pas. Lux.*, XI, 193).

25 Wat het argument uit het Romeinse recht betreft, hiervan blijkt de zwakte van het betoog reeds wanneer men het geciteerde fragment uit ULPIANUS volledig leest en daarbij vaststelt dat de regel, zelfs in Justinianus tijd, verre van absoluut was, dat hij totaal strijdig was met de taak van de rechterlijke macht, zoals die einde negentiende eeuw werd opgevat, en bovendien door de bepalingen van het Strafwetboek en van het Wetboek van Burgerlijke Rechtspleging impliciet werd opgeheven (zie voor een verder uiteenzetting betreffende deze en andere argumenten: VANDENHOVE, advies bij Leuven, 26 maart 1874, *Cl. et B.*, 1873-74, 1011, en 19 juli 1878, *Cl. et B.*, 1878-79, 282 en 290, met uitvoerige verwijzingen; *Pand. B.*, Tw. *Astreinte*, nr. 8 e.v.).

Opmerkelijk is dat die maatregel in het Romeinse recht een zuiver strafrechtelijk karakter had (M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, in: *Rechtsgeschichte des Altertums*, III, 4, blz. 129), terwijl precies dit strafrechtelijk karakter van de dwangsom een der voornaamste argumenten is gebleken om haar, buiten een uitdrukkelijke wettekst die haar zou legaliseren, af te wijzen (zie boven, nr. 17).

26 In 1903 heeft A. ESMEIN getracht door een historisch betoog aan te tonen dat de rechter het recht heeft om bevelen uit te spreken en die samen met een dwangsom op te leggen aan een veroordeelde (*L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreinte*, *R. Trim. Dr. Civ.*, 1903, 33 e.v.). Drie argumenten worden daarbij aangevoerd: tenminste sedert de late middeleeuwen werd aan de rechter de bevoegdheid toegekend om bevelen uit te spreken, die konden gesanctioneerd worden door schadeloosstelling, waarvan de rechter het bedrag vrij kon bepalen. Het bij de Franse revolutie ingevoerd principe van de scheiding der machten, hief deze bevoegdheid niet op. Ten slotte doet ESMEIN een beroep op artikel 1036 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Dit stelt: „De rechtbanken zullen, volgens de ernst van de omstandigheden, in de zaken waarvan zij kennis nemen, zelfs van ambtswege, aanmaningen mogen uitspreken, geschriften doen vernietigen, deze lasterlijk verklaren en het drukken en aanplakken van hun vonnissen bevelen.”

Volgens ESMEIN dient hieruit te worden besloten, dat de rechter het recht heeft „injuncties” uit te spreken, zelfs gesanctioneerd met een bijkomende geldelijke veroordeling, een dwangsom.

27 Dit laatste argument kan worden betwist (R. DEBACKER, noot onder Antwerpen, 26 juni 1975, *B.R.H.*, 1975, 473 e.v.). De bevoegdheid tot het uitspreken van bevelen en verboden kan uit artikel 1382 B.W. worden afgeleid (J. RONSE, *A.P.R.*, Tw. *Schade en schadeloosstelling*, nr. 278 e.v., blz. 119 e.v.; W. VAN GERVEN, *Over de vordering tot ophouden ingesteld door K.B. nr. 55 van 23 dec. 1934, de beteugeling van economische delicten en de gemeenrechtelijke vordering tot ophouden*, *R.W.*, 1960-61, 609 en 619). Bovendien menen zeer veel auteurs dat art. 1036 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering slechts disciplinaire maatregelen betreffende de politie der terechtzettingen omvat (P. LECLERQ, conclusies voor Cass., 10 maart 1932, *Pas.*, 1932. I. 98 met verwijzingen; zie ook, DEBACKER, *t.a.p.*).

28 Afgezien van alle voorgaande argumenten, moet men nochtans laten opmerken dat het betoog van ESMEIN mogelijk wel bewijst dat rechters weliswaar bevelen of verboden kunnen uitspreken, doch dat daarmee niet is bewezen dat een dwangsom, een accessoire veroordeling die de debiteur tot nakoming van een hoofdverbintenis moet aanzetten, kan worden opgelegd. Wat dit betreft behouden de bezwaren tegen het voortbestaan van de Romeins-rechtelijke praktijk hun volle draagkracht (E. en J. GAUDEMET en H. DESBOIS, *Théorie générale des obligations*, blz. 354 e.v.).

HOOFDSTUK IV

RECHTSVERGELIJKING

29 Hierna volgt een beschrijving van de regeling der dwangsom in onze buurlanden. De gegevens zijn vrij beknopt gehouden, mede omdat de gemeenschappelijke Memorie van Toelichting bij de Eenvormige Wet een zelfde beschrijving bevat. Deze paragraaf is evenwel niet overbodig, aangezien in sommige landen, zoals Frankrijk en de Duitse Bondsrepubliek, vrij recent belangrijke wijzigingen in de wetgeving werden doorgevoerd.

AFDELING I

NEDERLAND

30 In Nederland kende men tot 1932 een zelfde toestand als in België tot aan de invoering van de huidige Eenvormige Beneluxwet (S.N. VAN OPSTALL, *De dwangsom in het Nederlandse recht, Jaarboek VIII*, 118 e.v.; F.M.J. JANSEN, *Executie- en Beslagrecht*, blz. 295 e.v.). Aangezien er geen uitdrukkelijke wettekst voorhanden was, achtte men de rechter niet bevoegd tot het opleggen van een dwangsom (H.R., 4 nov. 1914, *N.J.*, 1915, 98).

Wel werden regelmatig veroordelingen uitgesproken tot vergoeding van de schade die de schuldeiser in de toekomst zou lijden ten gevolge van de niet-nakoming van de (veroordeling tot nakoming der) verbintenis door de schuldenaar. Dit systeem, dat vaak een verkapt vorm van dwangsom inhoudt onder de mom van schadeloosstelling, werd vrij veel gekritiseerd en raakte in onbruik toen de wet van 29 december 1932 in werking trad (*Stbl.*, 1932, 676; Koninklijke Boodschap van 11 april 1932 houdende het Ontwerp van wet betreffende beslag op roerende goederen in door derden in bewaring gegeven ruimten, lijfswang en dwangsom, *N.J.B.*, *Wetgevingsbijlagen*, XLIII.). Deze wet voegde aan het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een artikel 611a en b toe, waarin de mogelijkheid werd erkend een dwangsom te verbinden aan een veroordeling tot iets anders dan de betaling van een geldsom. Sindsdien is daarvan in de praktijk een ruim gebruik gemaakt, vooral naar aanleiding van veroordelingen uitgesproken door de rechter in kort geding.

In het Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, derde boek, is de elfde titel gewijd aan de rechtsvorderingen en daarin behandelde artikel 3. 11. 5 de dwangsom. De tekst werd later bij regeringsontwerp gewijzigd en daarna aangepast aan het inmiddels bekend geworden ontwerp voor een Eenvormige Beneluxwet. Deze nieuwe regeling vindt men in de artikelen 3. 11. 5 tot 2. 11. 5 F van het (gewijzigde) ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek (VAN OPSTALL, *De regeling van de dwangsom in het gewijzigd Ontwerp, W.P.N.R.*, 1972, 473 e.v. en 485 e.v.).

Inmiddels is de Eenvormige Wet bij Wet van 23 maart 1977 (*Ned. Stbl.*, nr. 184) op 1 januari 1978 in Nederland van kracht geworden (K.B. 11 oktober 1977, *Ned. Stbl.*, nr. 577). Bij deze wet zijn de ingevolge de Wet van 29 december 1932 ingevoegde artikelen 611a en b Rv. vervangen door de nieuwe artikelen 611a tot 611i Rv.

AFDELING II

LUXEMBURG

31 In Luxemburg is de dwangsom een creatie van de rechtspraak. Op 10 maart 1925 achtte de *Cour supérieure de Justice*, zetelend in cassatie, de veroordeling wettig tot levering van de verkochte zaak binnen een bepaalde termijn, onder verbeurte van een dwangsom per dag vertraging (*Pas. Lux.*, XI, 193 e.v.).

Door aldus te beslissen, heeft het aangevochten arrest geen straf, in de eigenlijke zin van art. 14 van de Grondwet en art. 2 van het Strafwetboek uitgesproken, noch schadeloosstelling toegekend, noch het in een strafbeding begrepen voordeel toegekend of het presteren van een borgstelling, die niet in het geding waren. Wel heeft, aldus het Hof, de rechter aan zijn uitspraak een „comminatoire” dwangsom als sanctie gekoppeld, ten einde de nakoming ervan te verzekeren. Dit houdt geen machtsoverschrijding in, daar zulk een sanctie, ter verzekering van de uitvoering van de uitspraak, tot de normale bevoegdheid der rechtbanken hoort, wat hun altijd werd toegekend, zowel in de leenheerlijke tijd als thans. Ook is zulk een sanctie geen straf, noch een vergoeding voor toekomstige schade, zodat zij ook niet speciaal moet worden gemotiveerd. Zij druist niet in tegen het gezag van gewijsde, daar het voorlopig karakter latere aanpassing mogelijk maakt vanwege de rechter, die over de door de veroordeelde aangenomen houding zal moeten oordelen.

De Benelux-Overeenkomst betreffende de dwangsom werd goedgekeurd bij de Wet van 21 juli 1976, de neerlegging der bekrachtigingsoorkonde had plaats op 30 november 1976. De Eenvormige Wet is opgenomen in het Burgerlijk Wetboek (art. 2059-2066 C. civ. Lux.).

AFDELING III

FRANKRIJK

32 Ook in Frankrijk is de dwangsom een creatie van de rechtspraak, die de geldigheid van deze sanctie sedert lang erkende (F. CHABAS., *Astreintes, Juris-Classeur, Droit civil*, VIII, blz. 4 e.v.). De rechtersleer, die vooral in de negentiende eeuw zeer afwijzend reageerde, heeft zich bij de rechtspraak neergelegd en is ertoe overgegaan de door de rechtspraak opgebouwde regeling te beschrijven (PLANIOL/RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, VII, door P. ESMEIN/RADOUANT/ en GABOLDE, nr. 791; RIPERT/BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, II, nr. 1614 e.v.; COLIN/CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, III, nr. 174 e.v.; MAZEAUD/TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, nr. 2484 e.v.).

33 Oorspronkelijk kende men slechts de voorlopige dwangsom, uitgesproken als accessorium bij een hoofdveroordeling, namelijk als een voorlopige en overdreven hoog gewaardeerde schadeloosstelling voor het geval dat de hoofdveroordeling niet zal worden nagekomen. Als de toestand tussen partijen eenmaal definitief vaststaat, zal de rechter de schade geleden door de partij die de veroordeling bekwaam, definitief vaststellen. Hij zal dus de vroeger uitgesproken schadeloosstelling aanpassen, de te vergoeden schade definitief vaststellen en er de vergoeding van bevelen.

Door dit voorlopig karakter verliest de dwangsom echter veel van haar belang en van haar efficiëntie; zij laat de debiteur nog steeds toe te speculeren omtrent de grootte van de uiteindelijk te betalen schadeloosstelling en dwingt hem — wegens het hypothetisch karakter der schadeloosstelling — onvoldoende om tot een strikte nakoming van de hoofdverbinding over te gaan.

34 Wegens deze bezwaren ging de rechtspraak over tot het uitspreken van definitieve dwangsommen, voor het geval dat aan de uitgesproken hoofdveroordeling niet werd voldaan. Deze werden eerst vastgesteld op een bepaald bedrag per dag vertraging in de uitvoering van de hoofdveroordeling, en konden worden beschouwd als veroordelingen tot schadeloosstelling voor de in de toekomst opkomende schade wegens de niet-nakoming van de hoofdveroordeling. De rechtspraak hechtte echter weinig belang aan de daarbij gebezigde terminologie en noemde definitieve dwangsom elke definitieve veroordeling tot betaling van een som geld, wegens vertraging in de nakoming van een hoofdveroordeling, onverschillig of de rechter deze accessoire veroordeling als schadeloosstelling, als een bijkomende straf, of als een dwangmiddel beschouwde (F. CHABAS, *a.w.* blz. 5).

35 In 1972 hield de dwangsom op een louter jurisprudentiële creatie te zijn. Bij de wet van 5 juli 1972 over de hervorming van het burgerlijk procesrecht, werd de tweede titel gewijd aan de dwangsom (art. 5-8) en werden belangrijke hervormingen doorgevoerd op dit gebied (L. n° 72-626 van 5 juli 1972, *J.O.*, 9 juli 1972, 7181, *D.Bull.Lég.*, 1972, 362; artikel 7 van de wet werd gewijzigd bij L. n° 75-596 van 9 juli 1975, *J.O.*, 10 juli 1975, 7076, *D.Bull.Lég.*, 1975, 240).

De wet bevat geen definitie van de dwangsom, doch begint met te stellen dat de rechtbanken zelfs *ex officio* aan hun uitspraak een dwangsom kunnen koppelen. Belangrijk is dat de wet de dwangsom onafhankelijk maakt van de schadeloosstelling, zowel wanneer ze definitief is, als wanneer ze provisioneel is. Dit laatste zal de regel zijn en de veroordeling zal derhalve voorlopig zijn, behalve indien de rechter uitdrukkelijk stelt dat het om een definitieve veroordeling tot een dwangsom gaat.

Indien de hoofdveroordeling niet wordt nagekomen, of slechts gedeeltelijk wordt nagekomen of met vertraging wordt uitgevoerd, zal de rechter de dwangsom definitief vaststellen, ofwel aanpassen in afwachting van een uiteindelijke definitieve vaststelling.

De definitieve dwangsom kan door de rechter niet gewijzigd worden bij de definitieve vaststelling, behalve wanneer de niet-uitvoering van de hoofdveroordeling wegens toeval of overmacht is uitgebleven. Voor wat de voorlopige dwangsom betreft, de rechter kan ze matigen of zelfs volledig laten vervallen, zelfs zo de niet-nakoming werd vastgesteld, maar hij kan haar evenzeer op een hoger bedrag vaststellen dan het bij de eerste veroordeling uitgesprokenen.

Deze conclusie dringt zich hieraan op dat een amendement, houdende verbod van verhoging bij de definitieve vaststelling, door de *Assemblée nationale* zonder verdere discussie werd verworpen. (CHABAS, *a.w.*, blz. 29).

36 Uit deze bondige beschrijving van de Franse praktijk en uit de daaraan voorafgaande uiteenzetting dringen zich enkele conclusies op.

Allereerst is het niet geraden bij de interpretatie van de Eenvormige Beneluxwet in sterke mate te steunen op het Franse voorbeeld. De nieuwe wet steunt immers praktisch volledig op de Nederlandse rechtsontwikkeling en is op essentiële punten fundamenteel in tegenspraak met de Franse opvattingen (*Vgl. Gedr. St., Senaat*, 177 [B.Z. 1979], nr. 2, blz. 6).

Er kan daarom niet voldoende gewaarschuwd worden tegen de verwarring en de

onduidelijkheid die bij de interpretatie der nieuwe wet moeten voortvloeien uit een al te nauw aansluiten bij de opvattingen in Frankrijk.

Uiteenzettingen als die van J. VAN MULLEN moeten met omzichtigheid worden benaderd en de lezer dient erop te letten dat hij het aldaar gehandhaafde verschil tussen definitieve en voorlopige dwangsom met de gevolgtrekkingen en de kritiek die van daaruit worden gemaakt ten aanzien van de Beneluxwet, niet overneemt, aangezien het voor de nieuwe Beneluxwet volledig irrelevant mag worden genoemd en door deze wet is achterhaald en opzij gezet (*Vers une légalisation de l'astreinte en droit belge? La convention Benelux du 26 novembre 1973, J.T.*, 1977, 37-42). Gezien de datum kon trouwens de Franse wet van 1972 geen rol spelen bij de voorbereiding van de Eenvormige Wet (*Gedr. St., Kamer*, nr. 353 [1977-78], nr. 1, blz. 4, zie boven nr. 6).

Een tweede gevolgtrekking uit het grondige verschil tussen de Franse wet en praktijk en de Eenvormige Beneluxwet, betreft het gebruik van de Belgische rechtspraak en rechtsleer van vóór de nieuwe wet bij haar interpretatie of bij de op haar geuite kritiek.

Die rechtspraak en rechtsleer steunen, wat hun kritiek betreft, uitsluitend op de Franse praktijk en zijn dus dienovereenkomstig met omzichtigheid te behandelen (*LAURENT*, XVI, nr. 301 e.v.; *Pand. B.*, Tw. *Astreinte*, nr. 8 e.v.; *DE PAGE*, III, nr. 160 e.v.; *Rép. P. Dr. B.*, Tw. *Jugements et arrêts*, nr. 193-194; *KLUYSKENS*, I, nr. 73; *J. RONSE, A.P.R.*, Tw. *Schade en Schadeloosstelling*, nr. 304 e.v.).

AFDELING IV

DUITSLAND

37 Het Duitse recht kent, in tegenstelling tot de rechtsorde der hiervoor besproken landen, een veel ruimere regeling van de dwangmaatregelen om de nakoming van bepaalde in rechte gesanctioneerde verplichtingen te verzekeren.

Sedert de *Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch*, van 2 maart 1974 (*Bgbl.*, 1974, I, blz. 469) op 1 januari 1975 in werking is getreden, mogen nog slechts de begrippen *Zwangsgeld* of *Ordnungsgeld* en *Zwangshaft* of *Ordnungshaft* worden gebruikt (art. 5 EGStGB). In beide dwangmiddelen wordt steeds samen voorzien.

Ordnungsgeld en *Ordnungshaft* zijn een dwangsom resp. een lijfswang die slaan op de repressie en de vergelding van een naar recht verboden gedraging (BVerfG, 25 okt. 1966, *BVerfGE*, 20, 323 (331)). Zij strekken daarbij tot beteugeling van de weerspanningheid en tot verzekering van het door de weerspanningheid miskende overheidsgezag.

Zwangsgeld of *Zwangshaft* kenmerken zich daardoor dat zij volledig op de toekomst gerichte vormen van psychologische dwang zijn en volledig strekken om een welbepaalde verplichting tot het rrichten van een handeling af te dwingen. Daarom noemt men ze meestal *Beugemittel*, maatregelen ter onderwerping, tot uitschakeling van weerstand (R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, blz. 7; H.H. JESCHEK, *Lehrbuch des Strafrechts*, blz. 10 e.v.).

38 Voor wat betreft de nakoming van een veroordeling komen bepalingen voor in het achtste boek van de *Zivilprozessordnung* (ZPO). Vooral de §§ 888 en 890 ZPO zijn voor de uiteenzetting belangrijk.

§ 888 ZPO voorziet in een dwangsom (*Zwangsgeld*), die maximaal op vijftigduizend DM als eenmalig te verbeuren bedrag mag worden vastgesteld, en in lijfswang (*Zwangshaft*) voor het geval dat de schuldenaar een op hem wegende veroordeling niet zou nakomen. Deze veroordeling moet een welbepaalde prestatie inhouden, die slechts door de schuldenaar en niet door een derde kan worden verstrekt. Dit betekent dat, om juridische of economische redenen, de schuldeiser er belang bij heeft dat de schuldenaar zelf uitvoert (BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen*, nr. 2 bij § 887 ZPO, blz. 1655). Deze prestatie moet bovendien uitsluitend van de bereidheid tot nakoming vanwege de schuldenaar afhangen en mag niet bestaan in de betaling van een geldsom, een bewaargeving of een afgifte van personen of zaken. Ingeval een dwangboete niet kan worden verhaald, is slechts lijfswang (*Zwangshaft*) mogelijk.

Uitgesloten van die sanctie zijn de veroordeling tot het aangaan van een huwelijk — uitdrukkelijk in de wet voorzien, hoewel zulk een veroordeling onmogelijk wordt geacht —, tot het hernemen van het echtelijk leven, alsmede de veroordeling tot een prestatie voortvloeiend uit een contract *intuitu personae* of tot welbepaalde tot het domein van de religie behorende handelingen (BVerfG, 11 april 1972, *BVerfGE*, 33, 23; Olg. Köln, 19 maart 1973, *M.D.R.*, 1973, 768; SCHOENKE/BAUR, *Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht*, blz. 45).

Krachtens § 888 a ZPO kunnen geen dwangmaatregelen in de zin van § 888 ZPO worden opgelegd, in geval vervangende schadeloosstelling wordt uitgesproken in plaats van een hoofdveroordeling tot het verrichten van een welbepaalde handeling.

Betreft het een veroordeling tot nalaten of tot dulden, dan kan de rechtbank een dwangsom (*Ordnungsgeld*) opleggen tot maximum 500.000 DM als in eenmaal te verbeuren bedrag, en lijfswang (*Ordnungsstrafe*) tot een maximum van twee jaar. Vereist is dat een klare en duidelijke veroordeling tot dulden of nalaten op een schuldige wijze werd overtreden. Is dit het geval, dan moet, vooraleer tot een dwangsom of tot lijfswang kan worden veroordeeld, een *Strafandrohung* worden betekend, een bedreiging met betreffing door lijfswang of door een dwangsom. Deze *Strafandrohung* kan reeds in de hoofdveroordeling bevat zijn of later afzonderlijk worden uitgebracht. Zij kan in algemene bewoordingen gesteld zijn of een precieze bedreiging bevatten, die dan geldt als het maximum dat nadien gevorderd zal kunnen worden.

39 De procedure veronderstelt in beide gevallen dat een veroordeling niet is nagekomen (BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, *a.w.*, § 888 ZPO, nr. 3, blz. 1662 e.v. en § 890, nr. 3, blz. 1668 e.v.; SCHOENKE/BAUR, *Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht*, blz. 176 e.v.). Telkens zal de rechtbank die de hoofdveroordeling in eerste aanleg uitsprak, de dwangmaatregel vaststellen. Daarbij kiest de rechter vrij tussen dwangsom of lijfswang, behalve wanneer vaststaat dat een dwangsom niet zal kunnen verhaald worden. Beide kunnen niet samen worden opgelegd, maar zo na de vaststelling van een dwangsom blijkt dat deze onverhaalbaar is, kan lijfswang nog worden uitgesproken. Verscheidene vaststellingen van lijfswang voor een zelfde veroordeling zijn mogelijk, zo de niet-nakoming ondanks de uitvoering van de lijfswang blijft voortduren. In principe mag de lijfswang de duur van zes maanden niet overschrijden (§ 913 ZPO), doch in het geval van § 890 ZPO mag hij maximaal twee jaar bedragen.

Belangrijk is ten slotte dat de dwangsom aan de Staat toevalt, doch dat zij desalniettemin als een zuiver privaatrechtelijk dwangmiddel en niet als een straf wordt beschouwd.

HOOFDSTUK V

REDENEN TOT INVOERING VAN DE DWANGSOM

40 Verscheidene redenen hebben de wetgever ertoe gebracht een regeling van de dwangsom in het positieve recht in te voeren.

Eerste reden. Het ontbreken van en de nood aan een algemene regeling van de directe tenuitvoerlegging, d.w.z. de tenuitvoerligging zonder of buiten de medewerking van de schuldenaar, van vonnissen die een veroordeling bevatten tot een prestatie die niet is het betalen van een geldsom (JANSEN, *a.w.*, blz. 295; HOFMANN/VAN OPSTALL, *Nederlands verbintenissenrecht*, I, blz. 33; M. STORME, *a.w.*, *R.W.*, 1962-63, 1323). De dwangsom kan hierin onrechtstreeks voorzien, doordat zij de schuldenaar raakt op een zeer gevoelig domein, namelijk in zijn vermogen, zo hij de hoofdveroordeling niet nakomt.

41 Tweede reden. De wil om de schuldeiser te steunen bij het afdwingen van datgene waarop hij krachtens de veroordeling recht heeft (*Gedr. St., Kamer*, 353 [1977-78], nr. 1, blz. 2; *Gedr. St., Senaat*, 177 [BZ 1979], nr. 2, blz. 3).

Principieel is het datgene wat luidens de verbintenis is verschuldigd (art. 1243 B.W.). Deze moet door de schuldenaar op zo precieze en volledig mogelijke wijze worden nagekomen (art. 1134, 1244 en 1258, 3^o B.W.), of, wanneer de schuldeiser schadeloosstelling vordert, dan heeft hij primair recht op een zo volledig mogelijk herstel, in specifieke vorm, in de toestand van vóór de schadetoebrenging, althans in de toestand die hij zou kennen, indien de schadetoebrenging niet had plaatsgehad. Slechts wanneer zulk een herstel onmogelijk is, kan een vervangende geldelijke schadeloosstelling worden uitgesproken, tenzij de schuldeiser deze vervangende schadeloosstelling uitdrukkelijk vordert (J. RONSE, *A.P.R.*, Tw., *Schade en schadeloosstelling*, nr. 278; DE PAGE, II, nr. 1026; *Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Responsabilité*, nr. 1675 e.v.; PLANIOL/RIPERT, *a.w.*, VI, nr. 682, blz. 922; MARTY/RAYNAUD, *Droit civil*, II, *Les obligations*, nr. 511; COLIN/CAPITANT/JULIOT DE LA MORANDIERE, II, nr. 1242).

De dwangsom is een creatie van de rechtspraak om reële executie te bekomen in gevallen waarvoor de wet niet in andere dwangmiddelen voorziet (zie boven, nr. 40).

42 Derde reden. De behoefte aan een efficiënt dwangmiddel om rechterlijke bevelen of verboden kracht bij te zetten, wanneer geen specifieke middelen daartoe voorhanden zijn, en daardoor het verstevigen van de autoriteit van de rechter, wat het algemeen belang raakt (J. RONSE, *a.w.*, *Jaarboek*, VIII, blz. 108 en 117; *Gedr. St., Kamer*, nr. 353 [1977-78], nr. 1 blz. 2; *Gedr. St., Senaat*, 177 [B.Z. 1979] nr. 2, blz. 3).

43 In de praktijk blijkt dus dat voornamelijk de eerst aangegeven reden doorslaggevend is geweest. Beide andere redenen zijn immers grotendeels herleidbaar tot die eerste reden.

HOOFDSTUK VI

DE INVOERINGSWET. INWERKINGTREDING

44 De Wet van 31 januari 1980 houdende goedkeuring van de Benelux — Overeenkomst houdenden Eenvormige Wet betreffende de dwangsom, en van de Bijlage (Eenvormige Wet betreffende de dwangsom), ondertekend te 's-Gravenhage op 26 nov. 1973 (*Stbl.*, 20 februari 1980), werd als wetsontwerp op 30 maart 1978 in de Kamer neergelegd en zonder discussie goedgekeurd (*Gedr. St., Kamer*, 353 [1977-78]; *Parl. Handel., Kamer*, 8 juni 1978).

In de Senaat werd namens de Commissie van Buitenlandse Zaken verslag uitgebracht door M. STORME (*Gedr. St., Senaat*, 404 [1977-78] nr. 2). Bij de algemene beraadslaging werd echter gevraagd dat ook de Commissie voor de Justitie dit wetsontwerp zou bespreken (*Parl. Handel., Senaat*, 25 en 28 juli 1978). Namens de Commissie voor de Justitie werd ook verslag uitgebracht door M. STORME (*Gedr. St., Senaat*, 177 [B.Z. 1979] nr. 2). Daarna worden twee amendementen ingediend door A. LAGASSE (*Gedr. St., Senaat*, 177 [B.Z. 1979] nr. 3). Daarop werd besloten het advies der Verenigde Commissies voor de Justitie en de Tewerkstelling, de Arbeid, en de Sociale Voorzorg in te winnen over het amendement dat beoogde de toepassing der dwangsom op arbeidsovereenkomsten uit te sluiten. Deze commissies vroegen daarop het advies van de Nationale Arbeidsraad over dit amendement. Nadat de Nationale Arbeidsraad aanneming van dit amendement nuttig had geoordeeld, werd namens de Verenigde Commissies opnieuw verslag uitgebracht door M. STORME (*Gedr. St., Senaat*, 177 [B.Z. 1979] nr. 4). In de vergadering van 22 november 1979 werd dan het gewijzigd wetsontwerp door de Senaat goedgekeurd (*Parl. Handel., Senaat*, 22 november 1979). In de Kamer van Volksvertegenwoordigers werd het Ontwerp daarop zonder discussie goedgekeurd (*Gedr. St., Kamer*, 337 [1979-80] nr. 1 en *Parl. Hand., Kamer*, 10 januari 1980).

45 De invoeringswet voorziet, naast de bepaling dat het Verdrag en de Eenvormige Wet volkomen uitwerking zullen hebben, in de invoering van een Hoofdstuk XXIII „De dwangsom”, in Deel IV, Boek IV van het Gerechtelijk Wetboek, bestaande uit 8 artikelen, genummerd artikel 1385bis tot 1385nonies en die in deze volgorde, de artikelen 1 tot 8 van de Eenvormige Wet bevatten. Tevens wordt voor de bepaling van de rechterlijke bevoegdheid door de waarde der vordering (art. 557 Ger.W.) het bedrag van de gevorderde dwangsom uitgesloten en werden de artikelen 46, 47 en 48 Sw. en de wetten betreffende de lijfswang opgeheven (zie verder, nr. 266).

Oorspronkelijk was voorzien dat, zoals in Luxemburg, een titel XVI „Dwangsom” in Boek III van het Burgerlijk Wetboek zou worden opgenomen (art. 2059-2066 B.W.) in de plaats van de bij artikel 48, wet 21 maart 1859 opgeheven artikelen 2059-2070 B.W. die de lijfswang in burgerlijke zaken betroffen (*Gedr. St., Senaat*, 177, [B.Z. 1979] nr. 3).

46 Krachtens artikel 1 van het Verdrag moet de Eenvormige Wet in de nationale wetgeving opgenomen worden op dezelfde dag als het Verdrag in werking treedt. Gezien België het derde Beneluxland is dat het Verdrag bekrachtigt, is artikel 6, derde lid, van het Verdrag toepasselijk (art. 6 Invoeringswet). De eerste dag van de tweede maand volgend op de datum van neerlegging der bekrachtigingsoorkonde zal de Overeenkomst en ook de Eenvormige Wet in werking treden.

47 Aangezien krachtens artikel 1385bis Ger. W. (art. 1 van de Eenvormige Wet) de rechter — op vordering van de belanghebbende partij — de dwangsom

oplegt met het doel de hoofdveroordeling te doen nakomen, is het van geen belang of het recht op de hoofdprestatie, voorwerp van de hoofdveroordeling, ontstaan is vóór of na de inwerkingtreding van de wet. Er rijst dus geen probleem van al dan niet terugwerkende kracht van de wet in dit opzicht. Van haar inwerkingtreding af kan de rechter een dwangsom koppelen aan de veroordelingen die hij uitsprekt, ook al dateren de litigieuze feiten van vóór de inwerkingtreding. Bedoeling is de veroordeling een grotere efficiëntie te geven.

TITEL II

VEROORDELING TOT EEN DWANGSOM

HOOFDSTUK I

RECHTSAARD

AFDELING I

VOORWAARDELIJKHEID

48 De veroordeling tot het verbeuren van een dwangsom heeft een voorwaardelijk karakter. Zij wordt onder opschortende voorwaarde uitgesproken: wordt namelijk de hoofdveroordeling tijdig nagekomen, dan zal de dwangsom niet verschuldigd worden. Het gaat dus om een voorwaardelijke veroordeling in die zin dat de dwangsom dan altijd en dan alleen zal verschuldigd zijn, indien de hoofdveroordeling niet of niet tijdig wordt nagekomen, behoudens de uitzonderingen.

Hierdoor is onder meer afstand genomen van de Franse opvatting die de voorlopige dwangsom laat herzien door de rechter, wanneer niet, niet volledig of niet tijdig wordt nagekomen (zie art. 7, L. n° 72-626 van 5 juli 1972, vervangen bij art. 1, L. n° 75-596 van 9 juli 1975; zie boven, nr. 31 e.v.).

AFDELING II

BIJKOMENDE VEROORDELING

49 De veroordeling tot het verbeuren van een dwangsom heeft een accessoir karakter. Een dwangsom kan slechts worden opgelegd als accessorium, als bijkomende veroordeling bij een hoofdveroordeling. De verbintenis tot betaling van een dwangsom is dus evenzeer accessoir bij de verbintenis tot nakoming van de hoofdveroordeling. Zij kan zonder deze laatste niet bestaan en niet voortbestaan. Is de nakoming van de hoofdveroordeling om enige reden niet langer verschuldigd, dan heeft de accessoire veroordeling tot betaling van de dwangsom verder ook geen gevolgen: nadien worden op grond van de hoofdveroordeling geen bedragen meer als dwangsom verbeurd. Slechts een definitief verbeurde dwangsom kan aanleiding geven tot een verbintenis die onafhankelijk bestaat van de verbintenis tot nakoming der hoofdveroordeling. Zolang de dwangsom niet is verbeurd, bestaat de verbintenis tot betaling slechts voorwaardelijk, voor zover de hoofdveroordeling niet wordt nagekomen.

50 Vraag is in dit verband of beide vorderingen in een zelfde geding

moeten worden ingeleid en bij een zelfde rechterlijke uitspraak moeten worden beslist, dan wel of aan een bestaande veroordeling naderhand nog een dwangsom kan worden verbonden. De regel is dat, behoudens bij samenhang, verschillende vorderingen of verschillende punten van een zelfde vordering tussen twee of meer partijen, afzonderlijk voor de bevoegde rechtbanken kunnen worden ingesteld (art. 566 Ger. W. *a contrario*; vgl. FETTWEISS, *Bevoegdheid*, nr. 125; DE PAGE, *Les actions complexes*, *Revue de droit belge*, 1928-30, 455 e.v.; DE PAGE, I, blz. 165 e.v.; VAN LENNEP, *Belgisch Burgerlijk Procesrecht*, VIII, blz. 239). Het geval van de dwangsom moet echter als een uitzondering beschouwd worden en de vordering tot veroordeling van de schuldenaar tot een dwangsom, los van een vordering tot veroordeling tot een hoofdverbintenis, zal niet ontvankelijk moeten worden verklaard. Een dwangsom is immers, wat haar bestaan en haar vaststelling betreft, essentieel afhankelijk van een hoofdveroordeling. Zij wordt volledig gemotiveerd door, en is wat haar voortbestaan betreft, totaal afhankelijk van de hoofdveroordeling, zodat de rechter slechts bij het bepalen van de hoofdverbintenis beschikt over die elementen die noodzakelijk zijn om een dwangsom op te leggen. Is een hoofdveroordeling eenmaal opgelegd, dan kan daaraan geen dwangsom meer worden gekoppeld in een later vonnis. Het gezag of de kracht van het gewijsde dat toekomt aan de eerste uitspraak, verhindert de rechter om de voor de oplegging van een dwangsom noodzakelijke beoordeling en behandeling van de hoofdveroordeling opnieuw te ondernemen. De enige oplossing bestaat in een curatief optreden in de zin van artikel 1385*quinquies* Ger. W. (onmogelijkheid de hoofdveroordeling na te komen of van artikel 1385*septies* Ger. W. (overlijden van de schuldenaar). Beide gevallen uitdrukkelijk in de wet voorzien dienen, als uitzonderingen op de regel dat een eenmaal opgelegde dwangsom definitief is, limitatief te worden geïnterpreteerd. Onmogelijk is het dus later een vordering in te stellen, ten einde een dwangsom te zien verbinden aan een vroeger uitgesproken veroordeling tot het nakomen van een hoofdverbintenis (vgl. *Gedr. St., Kamer*, 353 [1977-78], nr. 1, blz. 2).

51 Wanneer men de Eenvormige Wet aandachtig leest, volgt deze conclusie, strikt genomen, niet uit de uitdrukkelijke bewoordingen van art. 1385*bis*, eerste lid, Ger. W. Wel staat daar en in art. 1385*quinquies*, eerste lid, B.W. dat de dwangsom bedoeld is voor het geval dat aan de hoofdveroordeling niet wordt voldaan, en niet voor het geval dat aan een hoofdveroordeling niet wordt voldaan. Ook kan uit art. 1385*bis*, tweede lid, Ger. W. *a contrario* een en ander worden afgeleid: een dwangsom voor het eerst in verzet of in hoger beroep vorderen is immers zinloos, indien zij aldaar niet naast iets anders, namelijk een hoofdveroordeling, wordt gevorderd (vgl. VAN OPSTALL, *a.w.*, *W.P.N.R.*, 1972, 476).

Ook andere artikelen bieden een houvast: het is immers slechts vanuit het essentieel accessoir karakter van de dwangsom dat kan worden verklaard dat ter bepaling van de bevoegdheid *ratione summae* en van de vatbaarheid voor hoger beroep geen rekening met het bedrag van de dwangsom moet worden gehouden (art. 1385*nonies* Ger. W.).

52 Wat betreft het instellen van hoger beroep door de schuldenaar tegen de veroordeling onder verbeurte van een dwangsom, zou men uit het accessoir karakter van de veroordeling tot het verbeuren van een dwangsom, kunnen besluiten tot een verplichting om het hoger beroep in te stellen, zowel tegen de hoofdveroordeling als tegen de accessoria ervan. Krachtens de regel *tantum devolutum quantum appellatum* zou immers het instellen van hoger beroep tegen de hoofdveroordeling resp. de veroordeling tot het verbeuren van een dwangsom alleen, de accessoire veroordeling tot een dwangsom resp. de hoofdveroordeling, in kracht van gewijsde doen gaan en hun beoordeling zou dan aan het oordeel van de appelrechter worden onttrokken. De appelrechter zou zo dus, indien enkel tegen het bedrag van de dwangsom in hoger beroep wordt opgekomen, slechts van de vaststellingen van de eerste rechter inzake de hoofdveroordeling kunnen uitgaan en omgekeerd, indien slechts de hoofdveroordeling in hoger beroep wordt aangevochten, niets aan het bedrag van de dwangsom mogen wijzigen (vgl. wat betreft de lijfswang: Cass., 16 juni 1924, *Pas.*, 1924, I, 402; Cass., 15 jan. 1946, *J.T.*, 1946, 41; Cass., 10 nov. 1947, *Pas.*, 1947, I, 469 en *R.W.*, 1947-48, 1081; *Pand. B.*, Tw. *Appel civil*, nr. 854; zie ook: Cour supérieure de Justice, 14 dec. 1970, *Pas. Lux.*, XXL, 434).

53 Het voorafgaande kan echter aangevochten worden, indien men de voorwaardelijke veroordeling tot een dwangsom, accessorium van de hoofdveroordeling beschouwt, als noodzakelijk ondergeschikt aan de hoofdveroordeling. In dat geval zal de appelrechter voor wie een hoger beroep aanhangig is, ingesteld tegen de bijkomende veroordeling tot het verbeuren van een dwangsom, niet slechts van de grieven betreffende de dwangsom kunnen kennis nemen, doch zelfs de hoofdveroordeling kunnen wijzigen (W. BROSENS, *A.P.R.*, Tw. *Beroep in burgerlijke zaken en in zaken van koophandel*, nr. 555; GLASSON/MOREL/TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, III, nr. 883, blz. 342).

Gemakkelijkheidshalve verdient het evenwel aanbeveling om bij het instellen van principaal of incidenteel hoger beroep, dit zowel tegen de hoofdveroordeling als tegen de accessoire veroordeling tot een dwangsom te richten, behalve natuurlijk wanneer de veroordeelde zijn hoger beroep wenst te beperken tot de opgelegde dwangsom, bijvoorbeeld omdat de hoofdveroordeling strekt tot betaling van een geldsom en dus geen dwangsom kon worden opgelegd door de eerste rechter (art. 1385*bis*, eerste lid, Ger. W.).

54 Gaat het echter om een executiegeschil omtrent de verhaalbaarheid van de dwangsom, dan behoeft niet opnieuw een veroordeling tot nakoming van de hoofdverbintenis te worden gevorderd. De eerste veroordeling heeft dan kracht cq. gezag van gewijsde verkregen, zodat de regel *non bis in idem* (art. 25 Ger. W.) zich tegen een nieuwe vordering, zij het op tegeneis, voor dezelfde rechter verzet (vgl. VAN LENNEP, V, nr. 531, blz. 109; *Rép. P. Dr.B.*, Tw. *Appel en matière*

civile et commerciale, nr. 316; *Pand. B.*, Tw. *Appel civil*, nr. 854 en 787 e.v.). Wel zal de rechter eventueel het vroeger vonnis wat betreft de daarin uitgesproken veroordeling moeten interpreteren, om te zien of de aan de schuldenaar verweten handelingen wel indruisen tegen de uitgesproken veroordeling en dus de dwangsom wel doen verbeuren.

AFDELING III

DRUKKINGSMIDDEL

55 De dwangsom heeft als doel druk op de schuldenaar uit te oefenen. Dit is haar belangrijkste bestaansreden: zij is bedoeld als een middel dat de rechter de mogelijkheid biedt de uitgesproken hoofdveroordeling te verstevigen met een accessorium dat de schuldenaar tot nakoming dwingt. Dit dwangmiddel heeft een indirecte werking, het beoogt de schuldenaar te treffen op een terrein waar hij zeer gevoelig is voor belangenaantasting, namelijk in zijn vermogen. Bovendien is de veroordeling tot een dwangsom een afschrikkingsmiddel: de rechter wordt de mogelijkheid geboden de debiteur afkerig te maken van een lichtvaardig niet-nakomen van de hoofdveroordeling; dit niet-nakomen (of niet-tijdig nakomen) zal de schuldenaar nutteloze, bijkomende onkosten veroorzaken, die hij, behoudens aanwezigheid van zekere rechtvaardigingsgronden, slechts zal kunnen ontlopen door de hoofdveroordeling na te komen. Niet-nakomen van de hoofdveroordeling brengt in de regel verbeuren van de dwangsom met zich mee, en luidens de hoofdveroordeling is de schuldenaar daarvan op de hoogte. Hij kan koppig weigeren de hoofdveroordeling uit te voeren, doch dit zal hem zeer veel kosten aan verbeurde dwangsommen; het bevrijdt hem bovendien niet van de schadeloosstelling voor door de niet-uitvoering veroorzaakte schade: een hoofdveroordeling onder verbeurde van een dwangsom is geen alternatieve verbintenis.

AFDELING IV

ONAFHANKELIJKHEID TEGENOVER DE VEROORDELING TOT SCHADELOOSSTELLING

56 De dwangsom is geen schadeloosstelling. De Eenvormige Wet stelt zulks uitdrukkelijk in art. 1385*bis* Ger. W. Dit betekent dan ook dat beide kunnen gecumuleerd worden en dat de rechter die over de schadeloosstelling uitspraak dient te doen geen rekening mag houden met de veroordeling tot een dwangsom of met het bedrag der reeds verbeurde dwangsommen. De dwangsom heeft immers als enig doel de debiteur tot nakoming van de hoofdveroordeling te dwingen, zij beoogt dus geenszins de schade ongedaan te maken voortspruitend uit het gebrek aan uitvoering, uit het niet tijdig of niet volledig uitvoeren. Dit bete-

kent dan ook dat zij in principe volledig verschuldigd blijft in elk van die drie gevallen.

57 Wel kan een dwangsom niet gecombineerd worden met een ter vervanging van de hoofdveroordeling uitgesproken geldelijke schadeloosstelling, doch dit is enkel te wijten aan het feit dat een dwangsom slechts als accessorium kan worden uitgesproken bij een veroordeling die is een veroordeling tot betaling van een som geld.

58 De belangrijkste verschillen tussen een schadeloosstelling en een dwangsom kunnen als volgt worden omschreven. De dwangsom bestaat noodzakelijk in een geldsom, schadeloosstelling gebeurt in specifieke vorm en kan, maar hoeft niet, in een geldsom te bestaan. De schadeloosstelling moet principieel de schade volledig vergoeden en slechts de schade; de dwangsom heeft een arbitrair karakter, zij beoogt geen vergoeding, maar dwang. De schadeloosstelling kan conventioneel worden vastgesteld of haar bestaan dient door de aanspraakgerechtigde in het geding te worden bewezen; de dwangsom wordt door de rechter bepaald.

59 De bepaling dat de dwangsom onafhankelijk bestaat tegenover de schadeloosstelling, is een der duidelijkste verschillen met de tot 1972 in Frankrijk vigerende regeling, waarin de dwangsom door de rechter werd aangepast aan de definitief geworden toestand en gedeeltelijk als een schadeloosstelling te beschouwen viel. Niet alleen stelt artikel 1385*bis* Ger. W. het principe van hun wederzijdse onafhankelijkheid; ook artikel 1385*quater* Ger. W. noopt tot deze conclusie: daarvolgens komt de dwangsom, als ze eenmaal is verbeurd, ten volle toe aan de partij die de veroordeling verkreeg.

AFDELING V

PRIVATE STRAF

60 De veroordeling onder verbeurte van een dwangsom is een veroordeling die een private straf oplegt. Zolang de dwangsom niet bij formele wet was geregeld, vormde dit het belangrijkste en zwaarst wegende argument tegen het uitspreken ervan (zie de eensgezinde Belgische en Franse rechtsleer: A. ESMEIN, *a.w.*, *R. Trim. Dr. Civ.*, 1903, 5 e.v.; COLIN/CAPITANT, *a.w.*, nr. 939; RONSE, *a.w.*, *Jaarboek VIII*, blz. 116; DE PAGE, III, nr. 161, blz. 190; KLUYSKENS, I, nr. 73; LAURENT, XVI, nr. 301 e.v.; J. RONSE, *A.P.R.*, Tw. *Schade en schadeloosstelling*, nr. 306). Het verbod straffen op te leggen buiten de gevallen bij de wet of krachtens de wet voorzien, berust immers op een grondwettelijk principe en is in fundamentele, ingevolge hun ratificatie direct door de betrokken burger inroepbare verdragen (*self-executing* verdragen) neergelegd, zodat daarvan niet bij rechterlijke uitspraak, zonder steun op een uitdrukkelijke wettekst, kan worden afgeweken (art. 7, tweede lid en 9 G.W.; art. 5 en 7 Europees Verdrag over de rechten van de mens). Omdat het bij de dwangsom om een private straf gaat, moet op het verbeurde bedrag ervan geen registratierecht worden betaald (zie verder, nr. 120).

AFDELING VI

ARBITRAIR KARAKTER

61 De dwangsom heeft een arbitrair karakter. Daar zij onafhankelijk is van de schadeloosstelling en een accessoir karakter heeft, behoeft de dwangsom in genen dele aangepast te zijn aan het bedrag of aan de aard van de schade, geleden door de niet-nakoming van de hoofdveroordeling. De rechter behoeft zich dan ook niet te bekommeren om het bedrag of om het actueel en zeker bestaan van enige schade en stelt de dwangsom vrij vast op die som en met die modaliteiten, die hij meent een voldoende druk te zullen uitoefenen op de eventueel tot dan toe goedwillige — schuldenaar, opdat deze tot de nakoming van de hoofdveroordeling zou overgaan. De rechter dient er bij de bepaling van de dwangsom voor te zorgen dat de schuldenaar door het bedrag ervan ertoe gebracht wordt de hoofdveroordeling na te komen, liever dan de dwangsom te verbeuren. Dit is slechts mogelijk door een dwangsom op te leggen die in een wanverhouding staat tot de hoofdveroordeling. De enige leidraad voor de rechter bij de bepaling van de dwangsom, moet dus een bezorgdheid om de efficiëntie van de uitgesproken dwangsom zijn (PLANIOL/RIPERT, VII, nr. 791; CHABAS, *a.w.*, nr. 40 e.v.; *vgl.* VAN DEN DUNGEN/JANSEN, *Burgerlijke rechtsvordering*, II, blz. 317, nr. 3; ASSER/RUTTEN, *a.w.*, blz. 165; RONSE, *a.w.*, *Jaarboek*, VIII, blz. 116; DE PAGE, III, nr. 161, blz. 190; J. RONSE, *A.P.R.*, Tw. *Schade en schadeloosstelling*, nr. 305 en 307). Deze regel gold niet voor de lijfswang (art. 5 van de wet van 27 juli 1871).

HOOFDSTUK II

BEPALING VAN DE DWANGSOM EN VAN DE GROOTTE ERVAN

AFDELING I

VRIJE BEOORDELING

§ 1. Omschrijving

62 Het staat de rechter vrij de veroordeling die niet is een veroordeling tot betaling van een geldsom, met een dwangsom te sanctioneren, indien hij zulks aangewezen acht en geen andere regels zich tegen de toekenning ervan verzetten. Wel is vereist dat de eiser zulks vordert en, indien hij een bepaald bedrag vooropstelt, geldt dit als het maximaal toewijsbaar bedrag: de rechter mag niet *ultra petita* beschikken, noch *ex officio* een dwangsom uitspreken. Een amendement dat ertoe strekte de rechter toe te laten zelfs ambtshalve een dwangsom op te leggen werd als strijdig met het Verdrag afgewezen (*Gedr. St., Senaat*, nr. 177 [B.Z. 1979] nr. 2, blz. 7).

63 De rechter is echter niet verplicht een dwangsom toe te wijzen, noch zich te houden aan het bedrag en de modaliteiten, die door de eiser worden vooropgesteld. Of hij een dwangsom toekent, zal afhangen van zijn oordeel over haar geschiktheid om de verweerder tot nakoming van de hoofdveroordeling te doen overgaan; de grootte en de modaliteiten van de dwangsom worden eveneens in functie daarvan bepaald, rekening houdend met de waarde van de hoofdveroordeling, de financiële draagkracht en de te verwachten weerstand van de schuldenaar (*PLANIOL/RIPERT*, VII, nr. 791; *CHABAS, a.w.*, nr. 40; *JANSEN, Executie- en beslagrecht*, blz. 296).

64 Geen rekening moet worden gehouden met het bestaan van andere dwangmiddelen, die *in casu* zouden kunnen worden aangewend: de rechter kan tot beide veroordelen, indien hij dit aangewezen acht. Ook niet met de schadeloosstelling die wordt toegekend: een dwangsom is fundamenteel verschillend van een schadeloosstelling.

65 De rechter mag een veroordeling tot het verbeuren van een dwangsom slechts uitspreken, indien hij meent dat zulks de debiteur zal aanzetten tot uitvoering van zijn hoofdverbintenis (*vgl.*, inzake lijfswang: *Gent*, 27 maart 1897, *Pas.*, 1898, II, 294; *DE PAGE*, III, nr. 1030, blz. 1075).

Een dwangsom uitspreken heeft slechts zin en de eiser heeft slechts belang erbij het opleggen ervan te vorderen, indien zij haar rol als dwangmiddel kan vervullen.

Is het van meet af duidelijk dat een dwangsom opleggen nutteloos zal zijn om de debiteur tot nakoming te prikkelen, dan is het beter na te gaan of niet andere dwangmiddelen in aanmerking kunnen komen om de naleving van de hoofdveroordeling te verzekeren en, zo eiser deze vordert, ze bij voorkeur boven een dwangsom uit te spreken. Aldus zal er geen aanleiding zijn tot het opleggen van een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom, wanneer de schuldenaar wel wil nakomen, maar dit niet kan, zelfs al is de oorzaak van dit niet-kunnen-nakomen de wanprestatie van een ander, voor wiens wanprestatie de schuldenaar het risico draagt (Rb. Arnhem, 1 dec. 1938, *N.J.*, 1939, 1031).

Hetzelfde geldt wanneer het met de veroordeling beoogde resultaat niet realiseerbaar is (Cass. fr., 30 jan. 1961, *Bull. civ.*, 1961, I, nr. 66; id., 12 april 1972, *Bull. civ.*, 1972, I, nr. 97).

66 De dwangsom kan alleen in geld, nooit in natura, worden bepaald en moet op een bedrag in Belgische munt worden vastgesteld. Dit volgt uit art. 3 der Wet van 30 december 1885 volgens welk geldsommen slechts in franken en centiemen worden uitgedrukt in alle publieke en administratieve akten. De rechter is hieraan onderworpen ook al zou de hoofdverbintenis in het buitenland of door een buitenlander moeten worden uitgevoerd (vgl. inzake schadeloosstelling: J. RONSE, *A.P.R.*, Tw. *Schade en schadeloosstelling*, nr. 325, blz. 273 e.v.; J. RONSE, *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad*, nr. 467, blz. 320; Cass., 17 januari 1929, *Pas.*, 1929, I, 63).

§ 2. Wijze van vaststelling van de dwangsom

67 Art. 1385^{ter} Ger. W. bepaalt dat de rechter de dwangsom, hetzij op een bedrag ineens, hetzij op een bedrag per tijdseenheid of per overtreding zal kunnen vaststellen en dat, zo het gaat om een bedrag per tijdseenheid of per overtreding, hij een maximaal bedrag zal kunnen vaststellen, dat als het eens bereikt wordt, het verder verbeuren van de dwangsom doet ophouden, zelfs zo de hoofdveroordeling dan nog niet wordt nagekomen.

In dit verband merkt de gemeenschappelijke Memorie van Toelichting (blz. 18 en 18) op dat het niet tot het wezen van de dwangsom behoort dat ze pas verbeurd zal zijn na verloop van meerdere tijdseenheden, gedurende welke de op de schuldenaar wegende hoofdveroordeling niet wordt nagekomen. De dwangsom kan immers in haar geheel verbeurd zijn zodra slechts een enkele termijn verstreken is. Dit zal bijv. het geval zijn indien de schuldenaar slechts gedurende een welbepaalde (vrij korte) termijn de hoofdveroordeling zal kunnen nakomen op een voor de schuldeiser nuttige wijze. Maar hoewel deze wijze van bepaling van de dwangsom in de tekst vooropstaat, is dit in de praktijk toch de uitzondering en zal haast steeds de dwangsom slechts efficiënt zijn zo ze bij herhaling kan verbeurd worden en deze herhaling bepaald wordt in functie van de tijdseenheden dat

de hoofdveroordeling niet wordt nagekomen. De rechter kan echter, wanneer het gaat om een dwangsom vastgesteld op een bedrag per tijdseenheid of per overtreding, een maximaal bedrag vaststellen waarboven geen dwangsom meer wordt verbeurd. Wanneer vaststelling van zulke een maximumbedrag nodig zal zijn en hoe groot dit bedrag zal moeten zijn, is aan de vrije beoordeling van de rechter overgelaten. Essentieel voor de bevoegdheid van de rechter inzake oplegging van een dwangsom is juist dit discretionair karakter (zie boven, nr. 63). Wel geeft de toelichting als richtlijn dat de rechter zulk vaststellen van een maximumbedrag zal moeten overwegen, indien het instituut der dwangsom anders in discrediet zou dreigen te geraken (blz. 18). Dit zou gebeuren ingeval de dwangsom, door onwil van de schuldenaar, een astronomisch bedrag zou kunnen bereiken, dat waarschijnlijk toch nimmer verhaald zal kunnen worden, terwijl het bovendien ook, als het al zou kunnen worden ingevorderd, de andere schuldeisers en met name diegene die sterk op hun vordering zijn aangewezen — als b.v. schuldeisers van een onderhoudsgeld of lijfrente — al te zeer zou benadelen. De loutere mogelijkheid dat de debiteur door onwil de verbeurde dwangsommen steeds hoger zou laten oplopen volstaat dus op zichzelf niet; anders ontnemt men de dwangsom goeddeels haar efficiëntie.

68 Duidelijke richtlijn voor de rechter is dus dat hij zo veel mogelijk moet zorgen dat de dwangsom die hij oplegt, zowel wat haar grootte betreft, als wat de modaliteiten waaronder hij ze oplegt aangaat, als dwangmiddel voor de schuldeiser naar redelijkheid efficiënt ter bekoming van de naleving der hoofdveroordeling mag worden geacht.

69 Twee vragen rijzen echter nog in dit verband. Een eerste is of de rechter een dwangsom met regressief of progressief karakter zou kunnen vaststellen; een tweede of de rechter ook een bepaalde maximumtermijn zou kunnen stellen voor het verbeuren der dwangsom: is de maximum gestelde termijn voorbij, dan zal geen dwangsom meer worden verbeurd.

70 Geen van beide hypothesen is in de wet of tijdens de voorbereidende werkzaamheden, onder ogen genomen. Men kan zich echter indenken dat een bepaalde prestatie of onthouding, door de hoofdveroordeling opgelegd, door verloop van tijd wel niet geheel onnuttig, doch zeker minder nuttig voor de schuldeiser wordt dan voorheen, of dat de last van de nakoming voor de schuldenaar mettertijd, bij gelijkblijvend nut voor de schuldeiser, aanmerkelijk zwaarder zou worden. Kan de rechter in zulk een geval daarmee rekening houden bij de bepaling van de hoogte der dwangsom en deze regressief op verschillende, in dalende volgorde vastgestelde bedragen begroten? Anderzijds kan de nakoming van de hoofdveroordeling door verloop van tijd juist zo dringend worden dat de rechter ertoe kan neigen hiermee bij de bepaling van de grootte van het te verbeuren bedrag rekening te houden en de dwangsom op een progressief, mettertijd stijgend bedrag vast te stellen.

71 Het is duidelijk dat de wetgever aan die mogelijkheid niet heeft gedacht. De hypothesen, waarin zulk een begroting duidelijk aangewezen zou zijn, zullen wellicht slechts zelden voorkomen. Uit de tekst van art. 1385 *ter Ger. W.* blijkt echter dat de wetgever alleen de bedoeling heeft gehad dat één enkel bedrag als dwangsom zou worden opgelegd, dat ineens, per verstreken tijdseenheid, ofwel per overtreding zal worden verbeurd. De rechtspraak heeft trouwens in geen der te vergelijken bestudeerde landen er ooit aan gedacht verschillende bedragen, buiten een procedure tot

herziening, als dwangsom vast te stellen. Ook kan men staande houden dat de rechter, zelfs bij begroting van de dwangsom op een eenmalig bedrag, met de hier beschouwde hypothesen rekening kan houden en dat de schuldenaar eventueel, bij vaststaande onmogelijkheid van nakoming, de herziening en de aanpassing van de dwangsom kan vorderen.

72 Dat de rechter een bepaalde termijn kan vaststellen voor het verbeuren van de dwangsom is veel minder twijfelachtig.

Het gaat hier namelijk om de hypothese dat de rechter een bepaalde periode vaststelt waarbuiten de dwangsom niet meer kan worden verbeurd. Als deze periode eenmaal verstreken is, zal de dwangsom niet meer kunnen worden verbeurd. Niet alleen geldt hiervoor als argument dat dit meestal zal neerkomen op een indirecte begroting van een maximumbedrag waarboven geen dwangsom meer zal worden verbeurd (art. 1385^{ter}, laatste zin, Ger. W.). Bovendien kan de rechter dit effect zeer gemakkelijk bereiken door voor de nakoming van de hoofdveroordeling een uiterste datum te stellen, waarna zij zal worden vervangen door een in geld bepaalde schadeloosstelling of door de machtiging, aan de schuldeiser verleend, om zelf de hoofdveroordeling te doen invoeren op kosten van de schuldenaar. Het feit dat hier een uiterste termijn voor de nakoming van de hoofdveroordeling door de schuldenaar wordt gesteld, houdt meteen in dat dezelfde termijn zal gelden voor het verbeuren van de dwangsom door de schuldenaar.

§ 3. Motiveringsplicht

73 Aangezien het de rechter vrij staat een dwangsom uit te spreken, zo zulks wordt gevorderd, hoeft hij in principe niet te motiveren waarom hij al dan niet aan de hoofdveroordeling een dwangsom verbindt en ook niet waarom hij haar op een bepaald bedrag vaststelt bij voorkeur boven een ander en waarom hij bepaalde modaliteiten eerder dan andere voor de bepaling van deze dwangsom verkiest (vgl. A. GESCHE, *Des motifs des jugements et arrêts*, Belg. Jud., 1933, 577 en 590; J. CONSTANT, *Propos sur la motivation des jugements et arrêts en matière répressive*, J.T., 1970, 661 e.v., Brussel, 30 nov. 1865, *Pas.*, 1866, II, 185; *Pand. B.*, Tw. *Jugement*, nr. 1219 e.v.; *Rép. P. Dr. B.*, Tw. *Jugements et arrêts*, nr. 434 e.v.; AUBRY/RAU, *Cours de droit civil français*, door E. BARTIN, IV, § 299, noot 17, *duodecies*; Cass. fr. civ., 19 okt. 1976, *Rec. Dall.*, 1977, *Somm.*, 34).

Hetzelfde geldt voor de rechter in hoger beroep. Ook hij moet niet motiveren waarom hij de dwangsom, door de eerste rechter al dan niet opgelegd, weigert, toch oplegt, verhoogt, verlaagt of behoudt.

74 Wat een verdere motiveringsplicht betreft, zulks zal afhangen van de mate waarin de partijen daaromtrent middelen of conclusies hebben aangebracht.

Immers, artikel 780 Ger. W. schrijft op straffe van nietigheid voor, te antwoorden op de middelen of de conclusies van de partijen. Dit betekent dat, zo eiser noch verweerder omtrent de gevorderde dwangsom middelen naar voor brengen of wat betreft de dwangsom naar de wijsheid van de rechtbank verwijzen, de rechter niet verplicht is te verantwoorden waarom hij al dan niet een dwangsom uitspreekt en waarom hij die op een bepaald bedrag, verbonden aan bepaalde andere modaliteiten, vaststelt. Ook kan de rechter in zulk een geval de al dan niet uitgesproken veroordeling tot een bepaalde dwangsom wettelijk motiveren door te verwijzen naar de redenen waarom de hoofdveroordeling is toegewezen.

Wordt een vordering die strekt tot veroordeling tot iets anders dan de betaling van een geldsom, afgewezen, dan kan uiteraard geen dwangsom worden uitgesproken. De afwijzing van de hoofdvordering brengt noodzakelijk de afwijzing van haar accessoria mee; zulks behoeft niet te worden gemotiveerd, zelfs niet te worden vermeld.

75 Slechts wanneer specifieke middelen omtrent de mogelijkheid een dwangsom uit te spreken in het betwiste geval worden aangevoerd, wanneer het recht omtrent de dwangsom wordt betwist en de rechter de hoofdveroordeling alsmede de veroordeling tot een dwangsom toestaat, is hij verplicht op deze middelen te antwoorden (*Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Jugements et arrêts*, nr. 182 e.v., zie boven, nr. 73). Wijst de rechter in zulk een geval geen dwangsom toe, dan motiveert hij zijn beslissing wettelijk, zowel wanneer hij de argumentatie van de verweerder over de veroordeling tot een dwangsom overneemt, als wanneer hij beslist dat een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom hem inopportuun lijkt.

76 M.a.w. gaat de betwisting over het al dan niet toewijzen van een dwangsom, zonder dat daarbij een beroep wordt gedaan op een wettelijke onmogelijkheid, dan is er geen motiveringsplicht: de rechter behoeft niet te motiveren waarom hij van de hem geboden vrijheid al dan niet gebruik maakt. Wordt er geconcludeerd over de toewijsbaarheid van een dwangsom, dan moet op die conclusie of die middelen geantwoord worden, indien een dwangsom wordt toegewezen; wordt er geen toegewezen, dan kan worden volstaan met de motivering dat er geen gronden aanwezig zijn om een dwangsom toe te kennen. De rechter meent in zulk een geval met de eiser dat een dwangsom kan toegekend worden, doch meent *in casu* dat er geen behoefte te worden opgelegd: de belangen van de verweerder worden dus niet geschaad doordat niet wordt gemotiveerd waarom een dwangsom kan worden opgelegd.

§ 4. Invloed van andere maatregelen

77 In sommige gevallen voorziet het recht in specifieke middelen om de nakoming van een verbintenis te verzekeren en de schuldeiser te geven wat hem toekomt. Nu de dwangsom als algemeen dwangmiddel op het vermogen van de schuldenaar in ons recht wordt ingevoerd, rijst de vraag in hoever deze kan samengaan met zulke specifieke dwangmiddelen. Zulke mogelijkheden zijn aanwezig wanneer het voorwerp van de verbintenis een verbruikbare zaak is, of wanneer de uit te voeren prestatie niet met de persoon van de schuldenaar verbonden is en haar nakoming kan worden verkregen door een beroep te doen op een derde (art. 1144 B.W.). Soms ook kan de schuldeiser veroordeling bekomen om ongedaan te mogen maken wat in strijd met de opgenomen verbintenis is geschied (art. 1143 B.W.).

In al die gevallen stelt de wetgever reeds een middel ter beschikking om aan de schuldeiser te doen toekomen waarop hij in hoofdorde recht heeft, zodat het kan betwijfeld worden of hij nog wel de bedreiging met een dwangsom nodig heeft om de uitvoering te bekomen, nu die uitvoering toch kan geschieden zonder de medewerking van de schuldeiser.

78 De Eenvormige Wet steunt op deze overwegingen wanneer zij de hoofdveroordeling tot betaling van een geldsom niet vatbaar verklaart voor sanctionering met een dwangsom.

Slechts wanneer reële executie op de goederen van de debiteur mogelijk is, zou de dwangsom in deze hypothese betekenis hebben en juist daarom weigert de wet de bevoegdheid aan de rechter om in dit geval een dwangsom op te leggen.

79 Uit het bestaan van deze uitzondering mag echter niet besloten worden dat zodra reële executie mogelijk is, een dwangsom steeds uitgesloten moet worden geacht.

Het feit dat het hier om een uitzondering gaat op de algemene regel die de rechter steeds toelaat een dwangsom op te leggen, verhindert elke analogische interpretatie die een uitbreiding der uitzondering buiten het geval van veroordeling tot betaling van een geldsom zou inhouden.

Uit art. 1385*bis* Ger.W. volgt dus dat in principe ook in deze gevallen de rechter een hoofdveroordeling onder verbeurte van een dwangsom zal kunnen uitspreken. De Franse en Nederlandse rechtsleer staan op dit standpunt (COLIN/CAPITANT/JULLIOT DE LA MORANDIERE, II, nr. 941; PLANIOL/RIPERT, VII, nr. 789; MAZEAUD/TUNC, II, nr. 2507, 2; CHABAS, *a.w.*, nr. 31 e.v.; *anders*: MAZEAUD/DE JUGLART, II, nr. 947).

80 Nochtans rijst in deze context zeer scherp de vraag naar het belang dat de schuldeiser moet hebben bij een veroordeling van de schuldenaar onder verbeurte van een dwangsom, boven of in de plaats van een machtiging om de verbintenis te doen uitvoeren zonder diens medewerking. Zulk een belang heeft de schuldeiser, indien de mogelijke middelen van reële executie minder of helemaal niet efficiënt zijn, omdat de schuldeiser er manifest belang bij heeft te kunnen beschikken over verschillende dwangmiddelen of mogelijke executievormen, zelfs al kan hij ze slechts complementair en niet gelijktijdig aanwenden. Ook heeft de rechtsleer erop gewezen dat ook de rechtsorde en de schuldenaar gediend zijn met het instituut van de dwangsom. Immers, de dwangsom is een sanctie op de ongehoorzaamheid aan rechterlijke beschikkingen en versterkt aldus het gezag van de rechterlijke macht. Bovendien zal de nakoming van de hoofdveroordeling door de veroordeelde zelf, die door een dwangsom bewerkt wordt, meestal veel sneller leiden tot het met de uitvoering beoogde resultaat, dan reële executie met behulp van een gerechtsdeurwaarder. Aldus zo de veroordeelde een *species*zaak moet afgeven en deze voor de gerechtsdeurwaarder onvindbaar maakt. Ten slotte wordt de schuldenaar gespaard in zijn patrimonium en in zijn vrijheid, indien men hem een laatste keer met grote klem aanzet zelf tot tenuitvoerlegging over te gaan (PLANIOL/RIPERT, *a.w.*, VII, nr. 789, blz. 162).

§ 5. Het verlenen van een termijn

81 Wenst de rechter de schuldenaar een termijn te verlenen vóór het verstrijken waarvan de dwangsom niet zal worden verbeurd, dan is hij niet gebonden aan de in artikel 1244 B. W. gestelde voorwaarden voor het verlenen van een termijn van respijt. Een eerste reden hiervoor is dat de hier verleende termijn de opeisbaarheid betreft niet van de hoofdveroordeling, maar louter van haar accessorium. Bovendien wordt de voorwaardelijke verbintenis tot betaling van een dwangsom door de rechter, niet door partijen in het leven geroepen. Terzake beschikt de rechter zelfs over een vrije beoordelingsmacht om al dan niet een dwangsom op te leggen en zijn er in de Eenvormige Wet geen specifieke vereisten gesteld waarnaar de rechter zich zou moeten schikken. Het is dus logisch dat de rechter, volgens eigen billijkheidsoordeel en opportunitetsinzicht, aan de accessoire veroordeling een termijn kan verbinden, vanaf welke indirecte dwang op de schuldenaar zal worden uitgeoefend.

82 Het verlenen van een termijn voor de opeisbaarheid van de dwangsom zal echter vaak betekenen dat de schuldenaar de tijd krijgt tot het verlopen van deze termijn om zijn verbintenis na te komen. Daarom mag met het verlenen van zulk een opschortende termijn niet al te licht worden omgesprongen.

Niet aangewezen is het aldus een opschortende termijn voor het verbeuren der dwangsom te stellen, indien de hoofdveroordeling een verbintenis om niet te doen of om te dulden inhoudt, tenzij specifieke omstandigheden van het geval zulks zouden rechtvaardigen. Het meest aangewezen voor een dwangsom met opschortende termijn lijkt dus een veroordeling om iets te doen. Maar ook bij tijdelijke onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen, wanneer het tijdelijk karakter van de onmogelijkheid op het ogenblik van de veroordeling vaststaat en de duur ervan ongeveer te voorzien valt.

83. Zo zal de rechter aan de gehospitalizeerde schuldenaar die daardoor buiten staat is de hoofdveroordeling na te komen, een termijn kunnen verlenen voor de duur van de hospitalisatie. Bovendien zou de rechter meteen, op vordering van de schuldeiser, de schuldenaar kunnen veroordelen om kennis te geven van het verlof van de dokter om de normale activiteit te hervatten of om de hoofdveroordeling na te komen, beide eventueel gesanctioneerd met een dwangsom, die voor de hoofdveroordeling zou kunnen ingaan vanaf het ogenblik van die kennisgeving of na verloop van een bepaalde periode daarna.

84 De bevestiging in hoger beroep van het vonnis *a quo* heeft tot gevolg dat de voor de dwangsom gestelde termijn, die reeds is ingegaan voordat hoger beroep werd ingesteld, verder zal lopen na de betekening van het arrest, tenzij dit laatste een andere termijn met een ander vertrekpunt bepaalt (VAN LENNEP, V, nr. 491, blz. 104; W. BROSENS, *A.P.R. Tw. Beroep in burgerlijke zaken en in zaken van koophandel*, nr. 498; *Rép. P. Dr. B.*, Tw. *Appel en matière civile et commerciale*, nr. 304 slot.).

85 Een eenmaal bij definitieve beslissing verleende termijn kan evenwel niet verlengd worden, onverschillig of het om een opschortende termijn voor de

nakoming en van het verbeuren van de dwangsom, dan wel om een maximumtermijn voor het verbeuren van de dwangsom gaat (zie boven, nr. 72). Een daartoe strekkende eis is niet onontvankelijk, aangezien dit zou indruisen tegen het gezag (en de kracht) van gewijsde die toekomt aan de eerste uitspraak die de termijn vaststelt (vgl. Voorz. Kh. Oostende, 15 sept. 1977, *J.T.*, 1977, 714).

AFDELING II

HET BELANG VEREIST AAN DE ZIJDE VAN EISER

86 De partij die de veroordeling onder verbeurte van een dwangsom vordert, moet een voldoende belang hebben zowel bij de hoofdveroordeling als bij de veroordeling tot een dwangsom, die er het accessorium van is (art. 17 Ger.W.).

Het is evident dat de vordering tot veroordeling tot een dwangsom zal moeten afgewezen worden, zo de hoofdvordering wegens gebrek aan belang niet ontvankelijk wordt verklaard. Maar ook bij de oplegging van een dwangsom dient de schuldeiser een voldoende belang te hebben. Meestal zal dit zonder meer kunnen worden aanvaard, zo de hoofdveroordeling kan worden toegewezen.

Soms echter kan blijken dat de eiser geen belang heeft bij het opleggen van een dwangsom. Aldus zo het van meet af duidelijk is dat de gedaagde blijvend in de onmogelijkheid zal verkeren de eventuele hoofdveroordeling na te komen (art. 1385*quinquies* Ger.W. *a contrario*; zie verder, nr. 140). Of zo van de verweerder zonder meer mag worden verwacht dat hij de veroordeling zal nakomen (zie verder, nr. 176). Ten slotte is dit ook het geval, indien andere, meer tot nakoming motiverende sancties kunnen gevorderd worden, b.v. tuchtstraffen of straffen, hoewel de rechter in dit geval geenzins zou kunnen worden verweten desondanks een dwangsom te hebben uitgesproken (zie boven, nr. 77 e.v.).

AFDELING III

BEVOEGDE RECHTER

§ 1. Algemene opmerkingen

87 De wet geeft geen enkele specificatie omtrent de aard van de uitspraak die een dwangsom mag opleggen. Vereist is slechts, dat het om een rechterlijke uitspraak zou gaan, houdende een gebod of een verbod, behoudens een veroordeling tot betaling van een geldsom.

Volgens de auteurs van de wet werd daarmee bedoeld de tekst toepasselijk te maken op de verschillende gerechtelijke instanties der drie landen. Bovendien bepaalt art. 1385*nonies* Ger.W. dat de dwangsom niet in aanmerking kan worden genomen ter bepaling van de bevoegdheid.

88 Niet vereist is dus, dat de rechter voor wie een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom wordt gevorderd, rechtsmacht over de zaak zelf zou bezitten, noch dat hij een veroordeling tot schadeloosstelling zou kunnen uitspreken. Wat dit laatste betreft is de wet duidelijk; zij bepaalt dat een veroordeling kan worden uitgesproken „... onverminderd het recht op schadevergoeding indien daartoe gronden zijn” en niet „..., onverminderd een veroordeling tot schadeloosstelling”. Dit houdt in dat rechters die krachtens een bijzondere bevoegdheid wel een bevel (gebod, verbod of toelating) kunnen uitspreken, maar niet tot schadeloosstelling kunnen veroordelen, aan hun uitspraak een dwangsom kunnen verbinden. Aldus de voorzitter van de rechtbank, zitting houdende in kort geding, de voorzitter van de rechtbank van koophandel, zitting houdende overeenkomstig art. 589 Ger.W. of art. 55 van de Wet betreffende de handelspraktijken, alsook de beslagrechter.

89 Art. 1385 *bis*, eerste lid, Ger.W. heeft verder als opvallend kenmerk dat de aard van de uitspraak, waaraan een dwangsom kan worden verbonden, niet wordt gepreciseerd. Zulks noopt evenzeer tot het besluit dat zowel in vonnissen als in beschikkingen een dwangsom kan worden opgelegd, mits het gaat om een rechterlijke uitspraak die een veroordeling tot iets anders dan tot betaling van een geldsom inhoudt.

Wel is het opleggen van een dwangsom voorbehouden aan de feitenrechter, die alleen bevoegd is om het bedrag ervan vast te stellen. Het Hof van Cassatie kan zich met zulk een vaststelling die een beoordeling van de opportuniteit ervan veronderstelt in functie van de specifieke omstandigheden van het geval, niet inlaten (art. 608 Ger.W.).

§ 2. Scheidsrechters

90 Aangezien in art. 1, 1° van de Eenvormige Wet uitdrukkelijk wordt bepaald dat het de rechter is, die de dwangsom oplegt, kan deze bevoegdheid niet aan scheidsrechters worden toegekend. De studiec commissie heeft de vraag open gelaten voor nadere bestudering en heeft intussen de beslissing overgelaten aan de nationale overheden, die bij hun beslissing eventueel de bepalingen van het compromis in aanmerking kunnen nemen (*M.v.T.*, blz. 16 en 16; *Gedr. St., Senaat*, 177, [B.Z. 1979] nr. 2, blz. 6).

In dit verband signaleert VAN OPSTALL volgende moeilijkheid: ingeval de uitspraak van een scheidsrechter moet worden herzien omdat de schuldenaar onmogelijk aan de veroordeling kan voldoen, of overleden is, dan dient zulks krachtens art. 1385 *quinquies*, eerste lid, of 1385 *septies* Ger.W. te geschieden door dezelfde rechter (*W.P.N.R.*, 1972, 486). Terwijl dit voor de rechtbanken en hoven geen probleem vermag te scheppen — de zaak komt voor hetzelfde college, ongeacht de persoon van de rechter — rijst een levensgroot probleem wanneer een welbepaald individu als scheidsrechter was aangesteld.

De opdracht van scheidslieden eindigt immers met de kennisgeving van de uitspraak ten gronde aan partijen en neerlegging ter griffie (art. 1702, 3° Ger.W.). Is de scheidsrechter na de uitspraak en vóór het noodzakelijk worden van de herziening overleden of om enige andere oorzaak onbekwaam om de herziening door te voeren, dan moet de rechtbank van eerste aanleg zo nodig een vervanger

benoemen, tenzij uit het compromis duidelijk blijken zou dat partijen deze hypothese wensten uit te sluiten (art. 1687 Ger.W.).

Ten slotte dient nog te worden opgemerkt dat ook de uitspraak over de aanvraag tot uitvoerbaarverklaring (*exequatur*) van scheidsrechterlijke uitspraken niet in een dwangsom kan voorzien. Zij maakt immers krachtens art. 1710 Ger.W. een daad van willige rechtspraak uit (zie verder, nr. 122).

§3. Minnelijke Schikking

91 Een zelfde probeem rijst ook bij een minnelijke schikking, wanneer deze voor de rechter of voor het bureau van rechtsbijstand tot stand komt. Hoewel oplegging van een dwangsom hier praktisch zou kunnen zijn om een partij die ingestemd heeft met de minnelijke schikking ervan te doen afzien de opgenomen verplichtingen niet na te komen, toch is het opleggen van een dwangsom in dit geval onmogelijk. Niet alleen is het zeer de vraag of hier wel een rechter in de zin van art. 1385*bis* Ger.W. optreedt en of het hier wel om een veroordeling gaat; bovendien zal aan de voorwaarde dat de dwangsom gevorderd moet worden door één der partijen, in dit geval nooit kunnen worden voldaan.

§4. Kort geding

92 Art. 1385*bis* Ger.W. bepaalt dat de rechter een dwangsom kan uitspreken. Om te bepalen welke rechter, moet men ook verwijzen naar artikel 1385*nonies* Ger.W. dat bepaalt dat voor de rechterlijke bevoegdheid geen rekening mag worden gehouden met de dwangsom. *A contrario* zou men hieruit kunnen besluiten dat de regels der bevoegdheid in principe er niet toe kunnen leiden het recht een dwangsom op te leggen, aan een bepaalde rechter of rechtbank ontzeggen. Slechts zo zijn bevoegdheid, zoals omschreven is in de wet, in strijd zou zijn met enig vereist in artikel 1385*bis* Ger.W. gesteld voor de hoofdveroordeling, is het mogelijk een rechter de bevoegdheid te ontzeggen om een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom uit te spreken.

93 Derhalve moet men de voorzitter der rechtbank, zitting houdend in kort geding, de bevoegdheid toekennen zijn beschikkingen te verlenen waarbij mede een dwangsom wordt opgelegd. Als bezwaar kan daartegen niet ingebracht worden, dat de voorzitter hier geen rechtsmacht heeft over de zaak zelf en ook geen definitieve uitspraak kan vellen. Hij kan bepaalde bevelen opleggen, die in essentie tijdelijk zijn, doch gezag van gewijsde hebben in afwachting van de uitspraak over de zaak zelf, en voor zover de omstandigheden die aanleiding gaven tot de uitspraak onveranderd blijven en de zaak niet opnieuw bij de voorzitter aanhangig wordt gemaakt (*Verslag-VAN REEPINGHEN*, blz. 52 e.v.; P. MAHAUX, *Het rechterlijk gewijsde en het Gerechtelijk Wetboek, R.W.*, 1971-72, 105 e.v. Rb. Brussel, 17 jan. 1961, *J.T.*, 1962, 586, met advies O.M.; Kh. Brussel, 23 okt. 1964, *B.R.H.*, 1965, 45; Tongeren, 2 febr. 1970, *J. Liège*, 1969-70, 229).

Berust de verliezende partij in de veroordeling, dan wordt de beschikking definitief en verkrijgt kracht van gewijsde. Hetzelfde resultaat wordt ook zijn bereikt,

wanneer na de behandeling ten gronde de uitgesproken maatregel behouden blijft. Bovendien geldt voor de ontvankelijkheid van de vordering in kort geding dat de voorzitter haar spoedeisend dient te achten, wat meebrengt dat dit een gans eigen reden kan zijn om de veroordeling met een dwangsom te sanctioneren.

§ 5. De voorzitter van de rechtbank van koophandel, recht doende met toepassing van de Wet betreffende de handelspraktijken

94 Ook de voorzitter van de rechtbank van koophandel, zitting houdend krachtens art. 55 van de Wet betreffende de handelspraktijken of artikel 589 Ger.W. kan zijn bevel tot staken met een dwangsom sanctioneren (*Gedr. St., Senaat*, 177 [B.Z. 1979] nr. 2, blz. 6). Hoewel deze voorzitter wegens zijn bijzondere bevoegdheid geen schadeloosstelling — buiten de publikatie van zijn beschikking (art. 58 WHP) — kan opleggen (vaste rechtspraak; zie: SCHRICKER/FRANCO, *Le droit de la concurrence dans les états membres de la C.E.E.*, II/1, *Belgique*, nr. 141, blz. 207), zelfs geen wedereis wegens tergend en roekeloos geding kan toewijzen (vaste rechtspraak; zie: SCHRICKER/FRANCO, *a.w.*, nr. 141, blz. 207 e.v.; DE CALUWE/DELCORDE/LEURQUIN, *Les pratiques du commerce*, II, nr. 686; Voorz. Kh. Brussel, 15 november 1971, *R.G.A.R.*, 1974, 9219 met noot J.P. STANDAERT; *B.R.H.*, 1972, 263; *anders*: Voorz. Kh. Brussel, 13 februari 1978, *onuitg.*), toch vormt dit geen beletsel voor het toewijzen van de vordering tot staken wegens oneerlijke handelspraktijken onder verbeurte van een dwangsom.

Niet alleen betreft de bevoegdheid van de voorzitter ten deze de zaak zelf (DE CALUWE/DELCORDE/LEURQUIN, II, nr. 781), bovendien vereist de wet slechts de bevoegdheid om een veroordeling die niet strekt tot betaling van een geldsom, op te leggen, waarbij niet is vereist dat de rechter tot schadeloosstelling kan veroordelen. Overigens kan men een argument *a fortiori* putten uit het feit dat de voorzitter in kort geding ook bevoegd geacht wordt tot het uitspreken van een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom.

95 Tegen de bevoegdheid van de president zou evenwel een argument kunnen worden gevonden en artikel 62, 1^o van de Wet betreffende de handelspraktijken. Hierin wordt immers bepaald dat „zij die de voorschriften niet naleven van het vonnis of arrest gewezen ingevolge de artikelen 55 en 58, als gevolg van een vordering tot staking”; met correctionele geldboeten zullen worden bestraft. Het feit dat dit artikel in een specifieke sanctie voorziet voor de miskenning van het bevel tot staken zou oplegging van een dwangsom kunnen uitsluiten.

Hiervoor (zie boven, nr. 64 en 77 e.v.) hebben wij evenwel er op gewezen dat het feit dat naast oplegging van een dwangsom andere, specifieke dwangmiddelen kunnen worden uitgesproken, deze oplegging niet *ipso facto* uitsluit (zie verder, nr. 267 en 268).

Allereerst omdat de uitspraak over de strafvordering aan de correctionele rechtbank behoort en niet aan de voorzitter van de rechtbank van koophandel, die toch de meest aangewezen persoon is om een sanctie op de miskenning van zijn vonnis vast te stellen en om te beoordelen of zijn vonnis werd miskend door de veroordeelde. Bovendien moet men rekening houden met de geringe efficiënte van de straf in deze aangelegenheid (J. STUYCK, noot onder Cass., 3 okt. 1978, *R.W.*, 1978-79, 1211).

Waarom dan aan degene die de veroordeling bekomt, een zeer efficiënt drukingsmiddel weigeren, nu dit niet alleen aan hem met meer waarschijnlijkheid recht verschaft, maar tevens de autoriteit van de uitgesproken veroordeling kracht bijzet. Thans verkiest de partij die de veroordeling verkregen heeft, bij miskenning ervan, eerder schadeloosstelling te vorderen voor de rechtbank van koophandel, liever dan bij wege van burgerlijke-partijstelling voor de correctionele rechtbank. In dit laatste geval loopt hij immers het gevaar zijn aanspraken afgewezen te zien door een (al te) restrictieve interpretatie van het bevel tot staken. Waarom dus niet dadelijk een efficiënt dwangmiddel verlenen aan degene die het bevel verkregen heeft, zodat hij niet zo nodig opnieuw behoeft te dagvaarden om het ophouden te bereiken en hij bovendien nog blijft beschikken over zijn vordering tot schadeloosstelling (zie boven, 56 e.v.)?

§ 6. Beslagrechter

96 Ook de beslagrechter is bevoegd tot het opleggen van een dwangsom (*Gedr. St., Senaat, 177 [B.Z. 1979] nr. 2, blz. 6*), niettegenstaande het feit dat hij geen rechtsmacht heeft over de zaak zelf (VAN REEPINGHEN, *Verslag*, blz. 302; FETTWEISS, *Bevoegdheid*, nr. 403).

Er wordt immers aanvaard dat hij kan bevelen de tenuitvoerlegging van een vonnis of arrest op te schorten (FETTWEISS, *Bevoegdheid*, nr. 405; Beslagrechter Rb. Brussel, 25 juni 1970, *Pas.*, 1970, III, 94; Beslagrechter Rb. Bergen, 16 juli 1973, *J.T.*, 1973, 660); hij kan de nietigheid van een beslag uitspreken, de opheffing ervan gelasten en schadeloosstelling uitspreken (FETTWEISS, nr. 405; Brussel, 22 febr., 1972, *Pas.*, 1972, II, 93; Brussel, 19 okt. 1972, *Pas.*, 1973, II, 31; Beslagrechter Rb. Luik, 15 nov. 1972, *J. Liège*, 1972-73, 236); hij kan bevelen dat een auto waarop bewarend beslag werd gelegd zal worden geïmmobiliseerd en overgebracht naar een bepaalde bewaarplaats (Beslagrechter Hasselt, 16 nov. 1973, *J. Liège*, 1973-74, 110). Al de hiervoor aangehaalde uitspraken zijn hoofdveroordelingen die krachtens artikel 1385bis Ger.W. in aanmerking kunnen komen om met een dwangsom te worden gesanctioneerd (vgl. W. DE SMET, *De bevoegdheid van de beslagrechter*, in: G. VAN DIEVOET, *Actuele problemen van gerechtelijk privaatrecht*, blz. 115 en 125 e.v.). De beslagrechter is ook de normaal bevoegde rechter over een executiegeschil in verband met de dwangsom (zie verder, nr. 181).

§ 7. Strafrechter

97 Een dwangsom kan in principe ook door de strafrechter worden uitgesproken (*Gedr. St., Senaat, 177, [B.Z. 1979] nr. 2, blz. 6*). De wet maakt immers geen enkele beperking ten aanzien van de aard van de veroordeling, die zou toelaten de strafrechter uit te sluiten. Uiteraard kan de dwangsom slechts worden opgelegd ten voordele en op vordering van de burgerlijke partij en indien deze een schadeloosstelling vordert, die niet is betaling van een geldsom (*anders*, doch zonder motivering, *verslag-HAMBYE*, blz. 2). Onmogelijk is het dus een dwangsom op te leggen tot verzekering van de nakoming van strafrechtelijke veroordelingen als de sluiting van een drankslijterij (*anders* in Frankrijk, waar de sluiting echter niet als een straf wordt beschouwd: BORE, *Encyclopédie Dalloz*, Tw. *Astreinte*, nr. 67 met verwijzingen). Wel zal in voorkomend geval, meestal wegens andere oorzaken als b.v. het feit dat het te restitueren voorwerp in beslag

werd genomen, de schuldenaar niet behoeven tussen te komen of voldoende gemotiveerd kunnen geacht worden om de veroordeling na te komen en zal oplegging van een dwangsom daarom inopportuüm lijken. Principieel blijft zij evenzeer mogelijk.

Argument *pro* is ook dat de strafrechter zich bevoegd acht om schadeloosstelling op te leggen per dag vertraging dat een bepaalde door hem uitgesproken veroordeling niet wordt nagekomen (Corr. Tongeren, 16 jan. 1969, *R.W.*, 1969-70, 87).

98 Een bezwaar tegen de bevoegdheid van de strafrechter is dat, volgens de Franse rechtspraak, waarheen door de Belgische rechtsleer meestal wordt verwezen (CHABAS, *a.w.*, nr. 94 met verwijzingen; Cass. fr., 16 maart 1950, *Gaz. Pal.*, 1950, I, 320; Cass. fr., 18 juli 1956, *Gaz. Pal.*, 1956, II, 221; FETTWEISS, *Bevoegdheid*, blz. 222; SCHUIND, *Traité pratique de droit criminel*, II, blz. 477), de strafrechtbanken onbevoegd geacht worden om kennis te nemen van de moeilijkheden inzake de gedwongen tenuitvoerlegging van beslissingen door hen getroffen over de burgerlijke rechtsvordering en van de vordering tot vereffening van de dwangsom (vgl. W. DE SMET, *De bevoegdheid van de beslagrechter*, in G. VAN DIEVOET, *Actuele problemen van gerechtelijk privaatrecht*, blz. 115 en 121, nr. 19, die de beslagrechter bevoegd acht).

Zwaar weegt dit argument niet, aangezien de vereffening van de dwangsom in de nieuwe wet doelbewust werd uitgesloten en aangezien de artikelen 1385quinquies en 1385septies Ger.W. de vordering tot herziening of tot aanpassing uitdrukkelijk toewijzen aan de rechter die de dwangsom uitsprak. Vindt men dus geen argument om de bevoegdheid van de strafrechter principieel uit te sluiten, men vindt een uitdrukkelijke tekst die hem bevoegdheid zou verlenen om te oordelen over de vordering tot aanpassing of herziening (zie verder, nr. 198 e.v.).

Ook de Luxemburgse rechtspraak meende dat het uitspreken van een dwangsom binnen de bevoegdheid der strafrechtbanken valt (*Cour supérieure de Justice, Appel*, 14 dec. 1970, *Pas. Lux.*, XXI, 435).

§ 8. De voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, rechtdoende krachtens de Wet van 4 maart 1977

99 Wordt aan de persoon die erom verzoekt een recht van antwoord of wederwoord in de radio of televisie geweigerd, dan kan deze de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg vragen over het geschil te beslissen. Deze vonnist in eerste en laatste aanleg. Principieel kan de voorzitter dan ook de Belgische Radio en Televisie veroordelen onder verbeurte van een dwangsom, hoewel men kan verwachten dat de voorzitter hiertoe niet gemakkelijk zal overgaan, aangezien de omroep een overheidspersoon is (zie verder, nr. 175 e.v.), en alles laat voorzien dat de enkele veroordeling zal volstaan opdat tot de uitzending niet zal worden overgegaan.

HOOFDSTUK III

HET VERBEUREN VAN DE DWANGSOM

AFDELING I

DE BETEKENING VAN DE VEROORDELING

100 Vóór de betekening van de uitspraak waarbij de dwangsom werd vastgesteld, kan een dwangsom niet worden verbeurd. De schuldeiser moet immers duidelijk maken dat hij de nakoming van de uitspraak wil en daartoe de veroordeling ook ter kennis brengen van zijn schuldenaar: *Idem est non esse et non significari*. Meteen gaat ook de eventueel in art. 1385 *bis*, laatste lid, Ger.W. bedoelde termijn in.

Maar die betekening alleen is voldoende; een supplementaire ingebrekestelling of aanmaning tot het nakomen van de uitspraak is niet vereist. Zo zal bij veroordeling tot nalaten of tot dulden, waarbij geen uitstel werd verleend, de dwangsom onmiddellijk opeisbaar worden bij verdere overtreding.

101 Tegen de regel dat de betekening van het vonnis kan volstaan, opdat van dan af de dwangsom zou worden verbeurd, is aangevoerd dat dit grote moeilijkheden inhoudt, wanneer de veroordeling bij verstek is uitgesproken. De schuldeiser die het verstekvonnis heeft verkregen, moet de beslissing betekenen opdat zij kracht van gewijsde zou verkrijgen, terwijl het anderzijds erg goed denkbaar is dat hij nog niet staat op de uitvoering van de hoofdveroordeling, omdat zij nog door verzet of hoger beroep kan worden teniet gedaan.

102 Door de betekening wordt de beschikking van het vonnis omtrent de dwangsom in werking gesteld en wordt veroorzaakt dat bij verder niet-nakomen van de hoofdveroordeling de veroordeelde de dwangsom verbeurt. Hierdoor wordt dus in feite een daad van indirecte executie van de hoofdveroordeling verricht. Dit aangezien bij een veroordeling bij verstek de wederpartij van de veroordeelde in sommige gevallen in onzekerheid kan verkeren omtrent de vraag of dit vonnis in geval van verzet wel zal worden gehandhaafd, en dientengevolge soms ook omtrent de vraag of een eventuele executie van het verstekvonnis — zij het dan ook door de betekening daarvan, waardoor de veroordeelde onder de druk van de veroordeling tot betaling van de dwangsom komt te staan — later niet onrechtmatig zal worden geoordeeld. Het gevolg hiervan zal zijn dat eiser later tot een groot bedrag als schadeloosstelling jegens de bij verstek veroordeelde zou kunnen worden veroordeeld. Dit mede omdat, wanneer de bij verstek uitgesproken hoofdveroordeling later wordt gewijzigd, niettemin de inmiddels verbeurde dwangsommen verschuldigd blijven, daar dit verbeuren niet geschiedde wegens het niet-naleven van de (inmiddels gewijzigde) hoofdveroordeling, doch „wegens het niet voldoen aan een door de rechter [...] gegeven bevel” en dit verbeuren „een definitief karakter draagt en de verschuldigdheid van deze dwangsom niet afhankelijk is van de in de hoofdzaak te geven beslissing” (H.R., 31 mei 1963, *N.J.*, 1966, 336). Mogelijk zal eiser dus met de executie, zij het dan ook enkel door het uitoefenen van druk ingevolge de betekening van de hoofdveroordeling, willen wachten totdat hij daaromtrent meer zekerheid zal hebben verkregen dan die welke de toewijzing bij verstek van een vordering hem verschaft (KAMPHUIZEN, *De positie van partijen na een vonnis in kort geding*, *N.J.B.*, 1943, 18 e.v. en 29 e.v.).

103 Volgens VAN OPSTALL zou eiser in zulk een geval bij de betekening ook de verklaring moeten afleggen dat hij in geval van niet-nakoming van de hoofdverbintenis vooralsnog geen aanspraak op de dwangsom zal maken. In de ogen van een niet-deskundig ingelichte verweerder kan dit enkel een aansporing zijn om het met de nakoming van zijn verplichtingen en de daaraan verbonden dwangsom niet al te nauw te nemen (VAN OPSTALL, *a.w.*, *W.P.N.R.*, 1972, 477).

Degene die de hoofdveroordeling bij verstek verkregen heeft is tot deze handelwijze verplicht, omdat de betekening vereist is opdat de bij verstek veroordeelde tegen de uitspraak bij verstek door verzet zou kunnen opkomen (art. 1048 Ger.W.), wat trouwens de enige bedoeling is van het betekenen; de indirecte dwang op de bij verstek veroordeelde die uitgaat van de dwangsom wil de eiser trouwens uitsluiten.

104 Of deze door VAN OPSTALL (*t.a.p.*) beschreven moeilijkheden zich wel even scherp naar Belgisch recht vermogen te stellen, mag worden betwijfeld.

Allereerst omdat het kort geding, waarin toch meestal zulke problemen dreigen te rijzen, in Nederland veel vaker en veel verrekender dan in België wordt aangewend (vgl. L.P. SÜETENS, *De rechtstreekse aanvechting van overheidsdaden voor de burgerlijke rechter*, *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, III, 673 en 685 e.v.). Bovendien is het zeer de vraag of de betekening van een zelfs bij verstek gewezen vonnis en het daardoor zijdelings onder druk zetten van de schuldenaar, wel onrechtmatig zal worden geoordeeld. Immers, noch de betekening noch het bevel tot betaling worden beschouwd als daden van tenuitvoerlegging (*Rép. P. Dr. B.*, Tw. *Exécution des jugements et des actes en matière civile*, nr. 339) en alleen wat betreft de tenuitvoerlegging bepaalt artikel 1398, tweede lid, Ger.W. dat zij geschiedt op risico van de partij die er de last toe heeft gegeven.

105 Betekening van een nog niet teniet gedaan vonnis kan dus nooit een onrechtmatige daad zijn, wel het rechtstreeks tenuitvoerleggen van een nog niet in kracht van gewijsde gegaan verstekvonnis, indien dat naderhand zou worden gewijzigd.

Bovendien moet men er mee rekening houden dat de rechter — behalve bij kort geding (art. 1039 Ger.W.) — niet verplicht is de voorlopige tenuitvoerlegging van zijn uitspraken toe te staan, zo eiser zulks vordert, en dat hij kan verlangen dat in voorkomend geval zekerheid wordt gesteld (art. 1400 Ger.W.). Bovendien zou de rechter ook een termijn kunnen bepalen, gedurende welke de dwangsom niet zal worden verbeurd en die eventueel gelijk kan zijn aan de verzetstermijn.

AFDELING II

VEREFFENING VAN DE DWANGSOM

§ 1. De vereffening

106 Artikel 1385^{quater} Ger.W. bepaalt dat de dwangsom ten volle toekomt aan de partij die de veroordeling heeft verkregen, en dit zodra de dwangsom is verbeurd. Bovendien wordt bepaald dat de dwangsom ten uitvoer kan worden gelegd, krachtens de titel waarbij zij is vastgesteld.

107 Uit dit artikel blijkt zeer duidelijk dat de Eenvormige Wet afstand wilde nemen van de Franse opvatting van de voorlopige dwangsom, die samen met de hoofdveroordeling wordt opgelegd en nadien vereffend, op het ogenblik dat de toestand van partijen definitief is geworden (VAN MULLEN, *a.w.*, *J.T.*, 1977, 37; *M.v.T.*, blz. 18 en 18).

108 Geen bevel, geen nieuwe titel, geen vordering tot vereffening is dus vereist: is de uitspraak, waarbij zij werd vastgesteld, eenmaal betekend, dan kan de schuldenaar de dwangsom beginnen te verbeuren, en kan de schuldeiser de verbeurde bedragen invorderen (vroeger *anders*, zie Voorz. Rb. Hoei, Kort ged., 21 december 1950, *J.T.* 1951, 386).

109 Geen vordering tot vereffening is dus vereist. Zulks houdt ook in dat een vordering tot aanpassing of tot herziening van een uitgesproken dwangsom principieel onmogelijk is, behoudens op de in de Wet uitdrukkelijk bepaalde gronden: onmogelijkheid tot nakoming van de hoofdveroordeling, overlijden van de schuldenaar (zie verder, nr. 184 e.v.).

Die mogelijkheid bestaat in het Franse recht (CHABAS, *a.w.*, nr. 43, met uitvoerige verwijzingen). Zij staat de rechter toe de dwangsom te herzien en aan te passen, zolang de toestand van partijen nog niet voorgoed vastligt.

110 Het feit dat de veroordeling onder verbeurde van een dwangsom, zodra ze verbeurd wordt na betekening ten uitvoer kan worden gelegd, betekent niet dat de schuldenaar niet tegen de tenuitvoerlegging zou kunnen opkomen, en de vraag of de dwangsom door een bepaalde gedraging al dan niet werd verbeurd, niet aan het oordeel van de rechter zou kunnen onderwerpen. Het gaat dan echter over een geschil omtrent de regelmatigheid van het beslag, voor de beslagrechter (vgl. FETTWEISS, II, nr. 405; Brussel, 22 febr. 1972, *Pas.*, 1972, II, 93; Brussel, 19 okt. 1972, *Pas.*, 1973, II, 31; Beslagrechter Rb. Luik, 15 nov. 1972, *J. Liège*, 1972-73, 236), resp. om een interpretatie- of een executiegeschil voor de rechtbank van eerste aanleg, waarbij de rechter het uitgesproken bedrag van de dwangsom niet kan wijzigen (VAN MULLEN, *a.w.* *J.T.*, 1977, 37 e.v.; vgl. Rb. Antwerpen, 2 december 1878, *Pas.*, 1879, III, 292).

111 Dezelfde regel houdt ook niet in dat de schuldeiser nooit meer een nieuwe titel zou kunnen verkrijgen, vooraleer hij tot het verhalen van de verbeurde dwangsommen overgaat.

Wel moet hij bij de vordering die daartoe strekt een voldoende belang hebben en mag hij de kracht van gewijsde van de veroordeling waarbij de dwangsom als accessorium werd vastgesteld, niet miskennen. De nieuwe vordering kan dus slechts dragen op het al dan niet verbeurd zijn van de dwangsom, gelet op de gedragingen van de debiteur en de draagwijdte van de hoofdveroordeling of op de vaststelling van het bedrag der reeds verbeurde dwangsommen. Uitgesloten is dat daarbij opnieuw tot nakoming van de hoofdveroordeling zou worden gedagvaard, laat staan dat deze door de rechter zou worden aangepast of terzijde gesteld.

112 De dwangsom komt toe aan hem die de hoofdveroordeling verkregen heeft. Hierdoor wordt niet alleen de Staat als enige mogelijke beneficiaris van de dwangsom uitgesloten, in tegenstelling tot het Duitse recht (zie boven, nr. 39). De argumenten der auteurs van de Eenvormige Wet tegen dit standpunt vindt men in de *M.v.T.*, sub art. 3 (zie echter : J. RONSE, *a.w.*, *Jaarboek*, VIII, blz. 117). Ook de toekenning van de dwangsom aan een buiten het geding staande derde wordt door deze regel onmogelijk gemaakt (zie verder, nr. 161 e.v.)

§ 2. Bewarend beslag tot zekerheid van een eventueel te verhalen dwangsom

113 De schuldeiser zou zich een bijkomende waarborg kunnen verschaffen voor de nakoming van de hoofdveroordeling onder verbeurde van een dwangsom, door bewarend beslag te leggen, zelfs vooraleer de dwangsom(men) verbeurd is (zijn).

Hij zou hieraan kunnen denken omdat het Gerechtelijk Wetboek het bewarend beslag veralgemeend heeft en geen uitdrukkelijke toelating van de rechter meer vereist, aangezien het veroordelend vonnis als toestemming geldt, tenzij de rechter anders heeft beslist.

114 Nochtans mag de schuldeiser niet arbitrair tot bewarend beslag overgaan; uit art. 1420 Ger.W. blijkt dat slechts tot bewarend beslag mag worden overgegaan wanneer de rechten van de schuldeiser werkelijk in gevaar zijn (M. STORME, *Algemene Beginselen van het beslag- en executierecht*, in: *Het nieuwe procesrecht*, blz. 106 e.v.).

Bovendien moet de schuldvordering die men door bewarend beslag wil beveiligen aan bepaalde voorwaarden voldoen: zij moet zeker zijn, opeisbaar en vaststaand of vatbaar voor een voorlopige raming (FETTWEIS/KOHL/DE LEVAL, *Droit judiciaire privé*, II, blz. 314 e.v.; E. KRINGS, *Les saisies conservatoires et les voies d'exécution*, in: *Étude du projet de Code judiciaire, Séminaire à Ligneuville*, 4-5 mars 1966, blz. 131 e.v.)

Geeft men aan deze drie vereisten hun juiste draagwijdte, dan is het duidelijk dat bewarend beslag betreffende nog niet verbeurde dwangsommen onmogelijk is wegens de afwezigheid van alle of van enkele vereisten (vgl. Luik, 22 april 1975, *J. Liège*, 1974-75, 289; Amsterdam, 10 dec. 1954, *N.J.*, 1955, 444).

Is de dwangsom verbeurd, dan is bewarend beslag overbodig, zoals eerder is uiteengezet (zie boven, nr. 108 e.v.).

AFDELING III

HET VERBEUREN VAN DE DWANGSOM

115 De dwangsom wordt door de debiteur verschuldigd of verbeurd louter en alleen door niet of niet binnen de gestelde termijn te voldoen

aan de veroordeling, waarbij zij als accessorium was opgelegd. Geen bewarend beslag behoeft aan de executie vooraf te gaan; een bevel tot betaling is daartegen wel vereist. De partij die zulk een veroordeling heeft verkregen kan haar krachtens de titel waarbij zij is vastgesteld ten uitvoer leggen; die partij beoordeelt dan als enige de vraag of en hoe vaak de door de rechter verleende veroordeling is overtreden of niet nageleefd, gedurende welke tijdspanne de uitgesproken veroordeling niet is nagekomen en welke gevolgen dit voor het verbeuren van de dwangsom heeft.

Vereist is wel voorafgaande betekening van de veroordeling. Deze is immers vereist opdat de debiteur ondubbelzinnig zou weten welke veroordeling op hem weegt en dat de schuldeiser op nakoming staat. Meteen zal de schuldeiser ook het tijdstip kunnen bepalen vanaf hetwelk hij de hoofdveroordeling dient na te komen of moet hebben nagekomen en dat de dwangsom verschuldigd zal worden.

116 Mede om die redenen is er vereist dat de hoofdveroordeling, waarvan de niet-nakoming de debiteur tot schuldenaar maakt van de dwangsom, voldoende concreet en precies is geformuleerd. De debiteur moet weten waar hij aan toe is; de schuldeiser moet met een zo groot mogelijke mate van zekerheid weten wanneer hij de dwangsom zal kunnen verhalen. Onduidelijke veroordelingen onder verbeurte van een dwangsom beëindigen een geschil niet en stellen schuldeiser en schuldenaar aan onnodige risico's bloot.

117 Opdat de dwangsom zou kunnen geëxecuteerd worden is dus vereist dat een concrete overtreding van de door de rechter uitgesproken hoofdveroordeling vaststaat.

In feite betekent dit dat het de schuldeiser vrij staat beslag te leggen voor een door hem zelf op grond van de rechterlijke uitspraak bepaald bedrag, doch dat hij dit doet op eigen risico en dus ook *in concreto* de overtredingen die aanleiding gaven tot het verbeuren van de dwangsom precies en nauwkeurig zal moeten aantonen, wanneer de schuldenaar bij executiegeschil tegen de executie opkomt. Dit volgt uit het principe van art. 1398, tweede lid, Ger.W. en uit art. 1385^{quater} Ger.W. (vgl. Hof Amsterdam, 7 april 1937, *N.J.*, 1937, 951; Hof Amsterdam, 10 juli 1958, *N.J.*, 1959, 363; Hof 's-Hertogenbosch, 3 sept. 1963, *N.J.*, 1964, 93).

118 Indien de hoofdveroordeling onder verbeurte van een dwangsom uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, kan zij in principe, vanaf de betekening van de veroordeling of na het verstrijken van de gestelde termijn ten uitvoer worden gelegd, ook al is de termijn voor hoger beroep nog niet verstreken of het hoger beroep nog aanhangig (art. 1398 Ger.W.; vgl., Beslagrechter Brussel, 21 nov. 1977, *J.T.*, 1978, 136).

Bij overtreding van de in eerste aanleg uitgesproken veroordeling of van het voorlopig gegeven bevel in kort geding wordt de dwangsom verschuldigd, doch opheffing van de hoofdveroordeling zal noodzakelijk de opheffing van de dwangsom met zich brengen en ook kan de vordering in hoger beroep worden afgewezen. In zulk een geval kan de dwangsom niet meer verhaald worden, of, als ze reeds is geïnd, zal ze moeten worden terugbetaald, aangezien het hoger beroep de titel, op

grond waarvan de dwangsom verschuldigd was en werd verhaald, teniet heeft gedaan (W. BROSENS, *A.P.R.*, Tw. *Beroep in burgerlijke zaken en in zaken van koophandel*, nr. 503, met verwijzingen).

Wanneer de uitspraak, in eerste aanleg geveld, in hoger beroep wordt bevestigd en het bedrag van de dwangsom verhoogd, dan heeft deze verhoging geen terugwerkende kracht (Parijs, 16 febr. 1961, *J.C.P.*, 1961, *Jur.*, 12146 met noot P. MAZEAUD).

119 De dwangsom die per tijdseenheid of per overtreding is vastgesteld wordt niet verbeurd, van het ogenblik dat tegen een niet bij voorraad uitvoerbaar verklaarde veroordeling een gewoon rechtsmiddel wordt ingesteld. De schorsing wordt opgeheven en het verbeuren herneemt na de bevestiging van de veroordeling.

Dezelfde regel geldt in Nederland (Arnhem, 15 maart 1939, *N.J.*, 1939, 1006; cassatieberoep verworpen door H.R., 18 jan. 1940, *N.J.*, 1940, 1127, met conclusie WIJNVELDT en noot P.S.).

Anders is het in Frankrijk: van het ogenblik dat de dwangsom wordt uitgesproken tot aan haar vereffening heeft het instellen van hoger beroep geen schorsende werking (vaste rechtspraak sinds Cass., civ., 24 jan. 1865, *D.P.*, 1865, I, 226; S., 1865, I, 84, doch sterk gekritiseerd door de rechtsleer (J. BORE, *Les Astreintes*, nr. 38 met verwijzingen). De uitvoering van het vonnis dat de definitieve vereffening van de dwangsom uitspreekt wordt evenwel geschorst door hoger beroep (J. BORE, *a.w.*, nr. 58; vgl. CHABAS, *a.w.*, nr. 137).

120 De schuldeiser die een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom bekommt of aan wie nadien wegens het verbeuren der dwangsom, een bepaald bedrag toevalt, is in geen van beide gevallen registratierecht verschuldigd. Op het ogenblik der veroordeling is de toekenning der dwangsom nog niet uitvoerbaar; wordt de dwangsom verbeurd dan moet het bedrag ervan als een burgerlijke boete worden beschouwd, zodat artikel 143, 2^o Wetboek van de Registratierechten moet worden toegepast (*Gedr. St., Senaat*, 177 [B.Z. 1979] nr. 2 blz. 9; F. WERDEFROY, *A.P.R.*, Tw. *Registratierechten*, nr. 1247).

TITEL III

HOOFDVEROORDELINGEN DIE MET EEN DWANGSOM GESANCTIONEERD KUNNEN WORDEN

HOOFDSTUK I

HOOFDVEROORDELINGEN WAARBIJ EEN DWANGSOM KAN WORDEN UITGESPROKEN

AFDELING I

TOEPASSINGSMOGELIJKHEID

121 De Eenvormige Wet bevat omtrent de hoofdveroordelingen die met een dwangsom kunnen worden gesanctioneerd geen uitdrukkelijke bepaling, behalve een negatieve, namelijk dat de hoofdveroordeling niet mag zijn een veroordeling tot betaling van een geldsom. Alle andere hoofdveroordelingen kunnen dus gesanctioneerd worden met een veroordeling tot een dwangsom (art. 1385*bis*, eerste lid, Ger.W.). Zorgvuldig is daarbij vermeden een precisering van de aard van de rechterlijke uitspraak te geven, en gebruikt de wet de neutrale term veroordeling of beslissing. Dit noopt tot het besluit dat zowel in een vonnis als in een beschikking een dwangsom kan worden opgelegd, mits het maar gaat om een rechterlijke uitspraak houdende een gebod of verbod en niet een veroordeling tot betaling van een geldsom.

122 Hieruit volgt dat sommige beschikkingen die op verzoekschrift worden gewezen, niet met een dwangsom kunnen gesanctioneerd worden. Het gaat hier om willige rechtspraak waarbij de beschikking zonder tegenspraak wordt gewezen en geen eigenlijk geschil beslist (bv. art. 112 e.v., 335 en 770 B.W.; 585 e.v. en 594 Ger.W.). Hier gebeurt geen eigenlijke rechtspraak, daar de rechter geen gebruik maakt van het hem verleende gezag om recht te spreken. Bij de redactie van de beschikking is hij niet aan de inhoud van het verzoekschrift gebonden en hij heeft geen motiveeringsplicht. Een dwangsom kan niet worden opgelegd, ze zou hier trouwens geen zin hebben. Ook vonnissen alvorens recht te doen kunnen niet in een dwangsom voorzien, in zoverre zij geen veroordeling van de schuldenaar inhouden.

123 Maar indien de rechter een hoofdveroordeling, die niet tot betaling van een geldsom strekt, uitspreekt, kan hij daarbij in een dwangsom voorzien, onverschillig of de desbetreffende vordering bij hem aanhangig is gemaakt als hoofdeis, als tegenvordering, als vordering in tussenkomst of als tussenvordering.

AFDELING II

VOORWERP VAN DE HOOFDVEROORDELING

124 Het voorwerp van de hoofdveroordeling kan zijn: het verrichten van een handeling, het niet verrichten van een handeling of het geven van een zaak. Dit wordt vertaald in een gegeven bevel, dat ook een toelaten, een verbod, een bevel tot dulden kan inhouden. Aan ieder daarvan kan een dwangsom worden gekoppeld. Alleen de veroordeling tot betaling van een som geld kan niet met een dwangsom worden gesanctioneerd. Het voorwerp van de veroordeling is dus, buiten dit voorbehoud, in principe van geen belang voor de veroordeling tot een dwangsom. Evenmin is daarvoor principieel van belang of reële executie al dan niet mogelijk is.

125 Gaat het om een veroordeling tot het geven van een zaak, dan dient een onderscheid te worden gemaakt tussen specieszaken en genuszaken. De veroordeling tot afgifte van specieszaken zal kunnen uitgesproken worden en gesanctioneerd met een dwangsom — ook al is *in casu* reële executie van de veroordeling mogelijk — indien de zaak nog bestaat en indien de belangen van derden door de afgifte niet in het gedrang worden gebracht. De rechter zou aan zijn uitspraak zelfs beide dwangmiddelen samen kunnen verbinden, namelijk een veroordeling tot afgifte onder verbeurte van een dwangsom en, al dan niet nadat een bepaalde termijn is verstreken of een bepaalde maximumsom is bereikt door de verbeurde dwangsommen, machtiging van de schuldeiser om tot beslag over te gaan, indien dit mogelijk is, of toewijzing aan schuldeiser van een bepaald bedrag als vervangende schadeloosstelling.

126 Hetzelfde kan gebeuren zo het om een genuszaak gaat (*Gedr. St., Senaat*, 177 [B.Z. 1979] nr. 2, blz. 10). Doch dan kan geen beslag worden gelegd, zodat de verbintenis zich, na de door de veroordeling gestelde termijn of na het bereiken van het door de rechter als maximum gestelde te verbeuren bedrag, moet oplossen in een veroordeling tot schadeloosstelling of in de machtiging voor de schuldeiser om zich elders, op kosten van de schuldenaar, soortgelijke zaken aan te schaffen (art. 1144 B.W.; vgl. E.M. MEIJERS, *Verz. Werk*, II, blz. 285).

127 Wanneer de verbintenis strekt tot het verrichten van een rechtshandeling, m.a.w. geen louter materiële prestatie inhoudt, dan kan de rechter het beoogde rechtsgevolg bij vonnis doen intreden en aldus de medewerking van de onwillige schuldenaar overbodig maken. Aldus zal de rechter het aanbod tot contracteren in een overeenkomst kunnen omzetten en het uitgesproken vonnis als authentieke akte van verkoop kunnen laten gelden, zo de verkoper van een onroerend goed weigert mee te werken aan het verlijden van de verkoopakte (Cass., 5 jan. 1968, *Arr. Verbr.*, 1968, 607; RONSE, *a.w.*, *Jaarboek*, VIII, blz. 110; RENARD/VIEUJEAN/HANNEQUART, in: *Nov.*, *Droit civil*, IV, nr. 266, blz. 109).

Kiest de rechter voor zulk een oplossing, dan kan hij aan zijn uitspraak geen dwangsom koppelen, aangezien de schuldenaar geen veroordeling tot een doen, dulden of laten treft. Niets belet echter de rechter de schuldenaar tot medewerking aan de rechtshandeling onder verbeurte van een dwangsom te veroordelen, — indien zulks niet zou neerkomen op de loutere betaling van een geldsom, — wanneer eiser zulks vordert en bij zulk een veroordeling belang heeft of zulk een veroordeling opportuun te achten is, of indien de rechter meent het beoogde gevolg toch niet te kunnen doen intreden, omdat er wettelijke beletsels bestaan.

128 Ook in gevallen waarin de hoofdverbintenis strekt tot het verrichten van een materiële prestatie kan het beoogde resultaat vaak worden bereikt zonder de medewerking van de veroordeelde schuldenaar. Aldus kan machtiging verleend worden aan de schuldeiser, en zulks op kosten van de schuldenaar, om te doen vernietigen wat in strijd met een opgenomen verbintenis is verricht (art. 1143 BW), of om zelf de verbintenis te doen uitvoeren (art. 1144 BW). Kiest de rechter voor zulk een oplossing, dan kan aan de veroordeling die daartoe strekt geen dwangsom worden gekoppeld, aangezien dit voor de schuldenaar niet méér meebrengt dan een gedogen van de ter uitvoering van de veroordeling vereiste handelingen en het betalen van de daaruit voortvloeiende kosten.

Veroordeelt de rechter in dat geval de schuldenaar tot medewerking of tot het gedogen van de ten uitvoerlegging, of verbiedt hij hem die tegen te werken, dan kan aan de veroordeling een dwangsom worden verbonden.

De rechter kan ook de vordering toewijzen die strekt tot veroordeling van de verweerder tot persoonlijke nakoming van zijn verbintenis onder verbeurte van een dwangsom, indien de eiser bij zodanige veroordeling het vereiste belang heeft en de tenuitvoerlegging van de veroordeling geen dwang op de persoon van de schuldenaar veronderstelt, op een wijze die artikel 1142 B.W. verbiedt (zie verder, nr. 130 e.v.).

129 Een derde mogelijkheid bestaat erin dat de veroordeling als voorwerp heeft een verbintenis tot nalaten. Deze kan bestaan in het niet verrichten van een handeling, maar ook in een verplichting tot het dulden van handelingen vanwege de rechthebbende, waartegen de schuldenaar zich niet zal mogen verzetten.

In dat geval is een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom zeer vaak aangewezen, aangezien onherstelbare schade kan worden toegebracht bij miskenning van de plicht tot nalaten. Ook indien hier de mogelijkheid bestaat een beroep te doen op art. 1143 B.W. en de eiser aan de rechter kan vragen te mogen ongedaan maken wat met overtreding van de verplichting is verricht, toch belet dit geenszins dat de rechter de verplichting tot dulden voor de toekomst handhaaft in zijn veroordeling en haar sanctioneert met een dwangsom (*vgl.*, Cass., 6 maart 1919, *Pas.*, 1919, I, 80; Cass., 17 maart 1921, *Pas.*, 1921, I, 255).

AFDELING III

GEEN DWANG OP DE PERSOON

130 Ongeacht het voorwerp van de hoofdverbintenis hebben wij principieel de mogelijkheid van het opleggen van een dwangsom aanvaard. Nochtans geldt het voorbehoud geformuleerd in art. 1142 B.W. Krachtens dit artikel is het onmogelijk iemand te veroordelen tot nakoming van een verbintenis om iets te doen of iets niet te doen, indien voor die nakoming geweld op zijn persoon zou moeten worden gebruikt, indien zulks gepaard zou gaan met een inbreuk op zijn individuele vrijheid. Rechtstreekse dwang wordt daardoor onmogelijk gemaakt en de verbintenis lost zich op in een plicht tot schadeloosstelling wegens wanprestatie. Nochtans doet art. 1142 B.W. geen afbreuk aan het recht van de schuldeiser op nakoming van de verbintenis zoals zij is aangegaan of ontstaan; daartoe verplicht de regel dat de overeenkomst de partijen tot wet strekt (art. 1134 B.W.). De schuldenaar kan dus zijn verbintenis niet ongedaan maken door schadeloosstelling aan te bieden, indien de schuldeiser die niet wenst; immers schadeloosstelling aanbieden is niet de opgenomen verbintenis uitvoeren. Zulks aanvaarden zou de schuldenaar toelaten te handelen alsof op hem een alternatieve verbintenis woog, wat duidelijk niet de hypothese is (*Rép. P. Dr. B.*, Tw. *Obligations*, nr. 723; Cass., 23 dec. 1977, *Pas.*, 1978, 477). Bovendien zou de schuldeiser normaliter steeds in hoofdorde de uitvoering in specifieke vorm moeten vorderen en slechts subsidiair de vervangende schadeloosstelling.

131 De onmogelijkheid dwangmaatregelen op de persoon van de schuldenaar te bevelen, betekent dus dat er om hem tot handelen te brengen geen maatregelen mogen bevolen worden die afbreuk zouden doen aan de waarden geïncorporeerd in het persoon-zijn van de schuldenaar.

132 Indirecte dwang om de schuldenaar tot een handeling te bewegen, hem treffen in zijn patrimonium wordt door dit artikel niet verboden, indien zulks niet neerkomt op een verkapt pressiemiddel dat niet zozeer het patrimonium, dan wel via het patrimonium de persoon zelf raakt (GAUDEMONT/DESBOIS, *a.w.*, blz. 350; MAZEAUD/TUNC, III, nr. 2312; PLANIOL/RIPERT, VII, nr. 780, blz. 90; MAZEAUD/DE JUGLART, *Leçons de droit civil*, II, nr. 948, blz. 921; anders: AUBRY/RAU, IV, § 299, blz. 61; DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles*, I, nr. 494; BAUDRY-LACANTINERIE/BARDE, X, nr. 440 en 478 e.v.).

Niet verboden is het trachten de schuldenaar te doen afzien van zijn weigering te presteren, wel om inbreuk te maken op zijn persoonlijke vrijheid. Aanvaardbaar zal dus eventueel moeten gemaakt worden dat de pressie uitgaande van het opleggen van een dwangsom, slechts weegt op het vermogen van de schuldenaar.

133 Het onderzoek moet zich dus richten op de vraag wanneer veroordeling tot een prestatie onmogelijk is, zodat ook geen dwangsom zal kunnen worden opgelegd, daar anders, inbreuk zou dreigen op de aan elkeen toekomende individuele vrijheid.

Vier gevallen moeten daarbij worden onderscheiden.

134 Eerste geval. Prestaties waartoe men zich niet kan verbinden. Wanneer men zich tot een prestatie onmogelijk kan verbinden, bijvoorbeeld om iemand te vermoorden, bestaat er tot het verrichten daarvan geen rechtsplicht. De schuldenaar kan daartoe dan ook niet worden veroordeeld en van een dwangsom kan uiteraard geen sprake zijn.

135 Tweede geval. Prestaties waartoe men zich wel kan verbinden, doch tot het verrichten waarvan men niet zal kunnen gedwongen worden, omdat een veroordeling tot die prestaties, gezien de concrete omstandigheden of de aard van de prestaties, te gevaarlijk of te bezwaarlijk zou zijn voor de schuldenaar, terwijl het resultaat van de prestatie niet door reële executie kan worden bereikt.

In zulk een geval verkeert de koorddanser die zich heeft verplicht tot uitvoering van een nummer op de slappe koord op een ogenblik dat hij daartoe zeer wel in staat en gezond was, en niets liet verwachten dat het weldra anders zou worden. Vóór de tijd waarop hij zou moeten optreden, gaat hij echter aan ernstige evenwichtsstoornissen lijden, die voor hem het optreden als koorddanser zeer gevaarlijk, zo niet onmogelijk maken. Een veroordeling daartoe behoort dan ook achterwege te blijven en zijn plicht tot koorddansen zal dus ook niet met de bepaling van een dwangsom kracht kunnen worden bijgezet. Hierbij is het onverschillig of de evenwichtsstoornissen al dan niet aan vroeger onbeheerst gedrag van de koorddanser te wijten zijn en of er dus al dan niet aanleiding bestaat voor een veroordeling tot schadeloosstelling deswege.

136 Daarnaast bestaan er tal van rechtsplichten, die voortvloeien uit de wet en die door hun aard nooit de grondslag kunnen vormen van een veroordeling tot nakomen, omdat de aard van de rechtsplicht zich ertegen verzet, en waarvan de nakoming dus ook niet zijdelings door middel van een dwangsom zal kunnen worden afgedwongen.

137 Geen prestatie kan worden opgelegd die de schuldenaar zou treffen in zijn religieuze, levensbeschouwelijke of politieke overtuiging (vgl. Olg. Köln, 19 maart 1973, *M.D.R.*, 1973, 768), in zijn ouderliefde, zijn artistieke of wetenschappelijke ideeën, in zijn sexueel leven (geen veroordeling tot nakoming van een contract van „strip-tease”: Gr. Inst. Parijs, 8 nov. 1973, *D.*, 1975, 401 met noot PUECH), zijn eer of zijn goede naam of zijn lichamelijke integriteit (Cass., 7 maart 1975, *R.W.*, 1974-75, 2335 met noot; *Arr. Cass.*,

1975, 764 met noot E.K.; *Pas.*, 1975, I, 692 met noot E.K.; Hof Brussel, 11 sept. 1973, *R.W.*, 1973-74, 1824).

Geen bevel om zich te verontschuldigen om „amende honorable” te doen zal dus kunnen uitgesproken worden (J. NUYTINCK, *Een broze waarde: de eer en de goede naam*, *R.W.* 1961-62, 609; *Pand. B.*, Tw. *Amende honorable*; Trib. cant. Metz, 1 juli 1958, *D.*, 1959, *Somm.*, 5), of om iemand te onderhouden, te verzorgen en hem de eer en het respect te betonen dat hij verdient, gelet op zijn hoge leeftijd (Luik 26 november 1885, *Pas.*, 1886, II, 63).

Geen bevel om de plicht van huwelijkstrouw of van samenwonen als gehuwde na tekomen is mogelijk (Trib. Gr. Inst. Brest, 9 juli 1974, *D.* 1975, 418, noot J. PREVAULT met uitvoerige verwijzingen; W. DELVA, *Personen- en Familierecht*, II, 88 en 100; F. RIGAUX, *Les personnes*, I, *Les relations familiales*, nr. 308 e.v.; *contra*: Cass. fr., 24 okt. 1973, *D.*, 1975, 724 met noot BENABENT, *J.C.P.*, 1975, II, 17991 met noot CHARTIER).

Geen veroordeling is mogelijk om een bepaald kunstwerk te maken of het aan de openbaarheid prijs te geven, zelfs indien de auteur zich contractueel daartoe verbonden heeft (Parijs, 4 juli 1865, dat Fontainebleau, 25 jan. 1865, wijzigt, beide in *S.*, 1865, II, 233, zaak-Rosa Bonheur; Cass. fr., 14 maart 1900, *D.P.*, 1900, I, 497 zaak-J.M. Whistler; *vgl.* Parijs, 19 maart 1947, *D.H.*, 1949, 20, noot H. DESBOIS, zaak-G. Rouault) of om een kunstwerk als het zijne te erkennen en het te signeren (*vgl.* Parijs, 19 april 1961, *J.C.P.*, 1961, *Jur.*, 12183, noot R. SAVATIER), of om een bepaalde taal te spreken.

Ten slotte is het denkbaar dat een veroordeling tot nakomen, hoewel aanvankelijk mogelijk, toch niet meer kan geschieden, omdat de prestatie waartoe de rechtsplicht verplicht, volstrekt onmogelijk is geworden.

Iemand heeft zich verplicht een individueel bepaalde zaak te geven, doch kan dit niet meer doen omdat de zaak teniet is gegaan. Wat ook de oorzaak van het tenietgaan zij, een veroordeling tot afgifte is niet meer mogelijk en dus ook geen accessoire veroordeling onder verbeurte van een dwangsom.

138 Derde geval. Prestaties tot het verrichten waarvan wel een rechtsplicht bestaat en is blijven bestaan, doch waarvan het verrichten voor de veroordeelde zeer bezwaarlijk of gevaarlijk is geworden, terwijl het resultaat waarom het de wederpartij is te doen, zonder zodanig bezwaar of gevaar voor de verplichte, door reële executie kan worden bereikt. In zulk een geval behoort wel een veroordeling tot nakomen uitgesproken te worden, opdat de wederpartij van de veroordeelde in staat zou zijn door reële executie het voorwerp van de veroordeling te bekomen, doch dient een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom achterwege te blijven. Indien ze werd gevorderd, zou zulks eventueel als misbruik van recht kunnen beschouwd worden, zelfs al zou er een recht op het voorwerp der hoofdveroorde-

ling bestaan. Zulk een recht is wat de dwangsom betreft, behoudens zo de rechter haar oplegt, krachtens de Eenvormige Wet onbestaande.

139 Uiteraard zal deze hypothese zich slechts zeer zelden voordoen. Een voorbeeld wordt gegeven bij HOFMANN/VAN OPSTALL (*a.w.*, blz. 132). Een in Nederland wonende Brit heeft zich in Nederland bevindende roerende goederen aan een Duitser verkocht, doch deze zijn nog niet geleverd, wanneer de eerste wereldoorlog uitbreekt, in welke oorlog Nederland neutraal blijft. Vervolgens verbiedt een Britse wet Britten aan Duitsers goederen te leveren en stelt op overtreding daarvan zeer zware straffen. De Duitser vordert daarna, voor de Nederlandse rechter, van de Brit levering onder verbeurte van een dwangsom. De koopovereenkomst die in Nederland was gesloten en betrekking had op zich in Nederland bevindende goederen, wordt, naar de Nederlandse rechter aanneemt, door Nederlands recht beheerst, en aan de leveringsplicht van de Brit kan de strafwet van zijn land, die hem levering aan Duitsers verbiedt, geen afbreuk doen (H.R., 2 nov. 1917, *N.J.*, 1917, 1136). Een veroordeling van de Brit tot levering aan de Duitser zou deze in staat stellen tot reële executie, door de goederen bij gerechtsdeurwaarder bij de Brit te doen weghalen. Bepaling van een dwangsom bij de veroordeling zou de rechter hier moeten achterwege laten, omdat de Duitser ook zonder medewerking van de Brit dank zij de mogelijkheid van reële executie aan zijn trekken komen kan, en de bepaling van een dwangsom de Brit zou plaatsen voor een onmogelijk dilemma, de straf van de Britse rechter of betaling van de dwangsom.

140 Vierde geval. Ten slotte is het nog denkbaar dat de wederpartij van diegene wiens veroordeling wordt gevraagd, het belang bij de prestatie waartoe zou moeten worden veroordeeld, heeft verloren. Krachtens de regel „geen belang, geen vordering” zou dan van een veroordeling geen sprake kunnen zijn en bijgevolg ook niet van de bepaling van een dwangsom. (Betreffende de vraag of executie van de dwangsom nog mogelijk is wanneer het belang bij de hoofdveroordeling blijvend is weggevallen, nadat vroeger zulk belang heeft bestaan en tot veroordeling onder verbeurte van een dwangsom heeft geleid, zie verder, nr. 211.)

141 Veroordelingen die de veroordeelde niet in zijn persoon raken en wel kunnen worden uitgesproken onder verbeurte van een dwangsom vindt men op de meest uiteenlopende terreinen. Hier gaat het om te verrichten handelingen die de persoonlijkheid van de veroordeelde niet intiem raken en meestal zijn optreden in het publiek betreffen.

142 Aldus kan hem verbod worden opgelegd een bepaalde handelsbedrijvigheid nog verder uit te oefenen (b.v. wegens strijdigheid met een niet-concurrentiebeding), bepaalde uitlatingen over andere personen nog te herhalen, bepaalde reclamebeweringen te verbreiden; kan bevel gegeven worden om een vonnis te publiceren of het zelf voor te lezen, bv. als reporter bij de radio of televisie (Hof Amsterdam, 8 jan. 1970, *N.J.*, 1970, 67), of om een handeling, behorend tot zijn normale activiteit, te verrichten of niet te verrichten; om bepaalde stukken over te leggen; om een bepaalde, vereiste toestemming te geven (bv. een zaal te laten gebruiken, zo dit werd beloofd); verbod om bij middel van bepaalde verspreidingsmiddelen ruchtbaarheid te geven aan bepaalde feiten (bv. aanplakking van affiches houdende de veroordeling van een concurrent, indien de rechtbank publikatie niet of op een andere wijze heeft toegestaan); of een bevel een bepaalde publikatie te doen, zoals de publikatie van een eerder geweigerd recht op antwoord (*Cour supérieure de Justice*, 14 dec. 1970, *Pas. Lux.*, XXI, 435).

AFDELING IV

DE VEROORDELING TOT BETALING VAN EEN GELDSOM

143 Indien de hoofdvordering de veroordeling van de tegenpartij tot het betalen van een geldsom beoogt, kan de rechter, wanneer hij die vordering toewijst, daaraan geen dwangsom verbinden (art. 1385 *bis*, eerste lid, slot, Ger.W.).

144 Deze beperking wordt gemotiveerd door het feit dat een dwangsom als een dwangmiddel moet worden beschouwd, dat de schuldenaar ertoe moet bewegen om de hoofdverbintenis, zoals die bij vonnis werd vastgesteld, persoonlijk na te komen. Ook wijst men erop dat de dwangsom voornamelijk werd ingevoerd om tegemoet te komen aan de nood die bestond aan een dwangmiddel dat het mogelijk zou maken de rechtstreekse executie te bekomen van een veroordeling om te presteren, in gevallen waarin dit tot nog toe niet mogelijk was. M.a.w. in de hier besproken uitzondering is voorzien omdat bij veroordeling tot betaling van een geldsom rechtstreekse tenuitvoerlegging mogelijk is zonder medewerking van de schuldenaar.

145 Eveneens wordt aangevoerd dat een veroordeling, onder verbeurte van een dwangsom, tot het betalen van een geldschuld, de mogelijkheid zou bieden aan de meest gereede onder iemands schuldeisers, om zijn schuldvordering, mogelijk ten nadele van de andere schuldeisers, op te voeren.

Ten slotte laat men opmerken dat in het geval van een veroordeling tot betaling van een geldsom door beslaglegging op de goederen van de schuldenaar en het te gelde maken daarvan, aan de schuldeiser voldoening zal worden geschonken. Is beslag onmogelijk wegens onvermogen van de schuldenaar, dan zal de hoofdveroordeling -mogelijk slechts tijdelijk- niet kunnen worden tenuitvoergelegd, doch dan zou evenmin de daaraan verbonden dwangsom kunnen worden vermeden, noch het verbeurde bedrag kunnen worden verhaald, zodat een dwangsom zinloos zou zijn (J. RONSE, *a.w.*, *Jaarboek*, VIII, blz. 107 e.v.).

146 Tegen deze redenering is echter als kritiek ingebracht dat de mogelijkheid van reële executie in geval van veroordeling tot betaling van een geldsom niet altijd zal volstaan om de schuldeiser genoegdoening te geven.

Met name in die gevallen waarin de schuldeiser door een dringende behoefte aan de uitbetaling van het verschuldigde bedrag, zeer sterk de nadelige gevolgen kan ondervinden van een niet-tijdige betaling, zou een dwangsom volgens sommigen moeten mogelijk zijn. Een dwangsom zou dan dienen om de schuldenaar tot een spoedige of tijdige betaling aan te zetten (E.M. MEIJERS, *De dwangsom*, *W.P.N.R.*, 1946, 273 en 274 en *Verzamelde Opstellen*, II, blz. 283 e.v.; VAN OPSTALL, *a.w.*, *W.P.N.R.*, 1972, 473 e.v.; VAN OPSTALL, *a.w.*, *Jaarboek*, VIII, blz. 134; Brussel, 30 nov. 1865, *Pas.*, 1866, II, 185).

147 Deze mening is echter door de auteurs der wet uitdrukkelijk verworpen (*M.v.T.*, blz. 16 en 17).

Ook de Nederlandse rechtspraak ging niet in op de sirenenzang van de rechtsleer en hield zich aan het verbod dat in art. 611a Rv. was geformuleerd. Zo werd veroordeling onder verbeurte van een dwangsom geweigerd, die was gevorderd ten einde prompte betaling van alimentatiegeld voor de van tafel en bed gescheiden vrouw te bekomen vanwege haar echtgenoot. Vruchteloos werd ingeroepen dat de man onrechtmatig handelt en de vrouw dientengevolge nadeel lijdt doordat zij steeds opnieuw advocatenkosten moet maken, rente op het verschuldigde moet derven en nog kosten moet maken, omdat zij zelf niet tijdig kan betalen (Hof Amsterdam, 6 nov. 1970, *N.J.*, 1971, 93).

148 Daar de uitsluiting van een dwangsom bij de veroordeling tot betaling van een geldsom, uitzondering is op de algemene regel die het verbeuren van een dwangsom toestaat, dient zij beperkend te worden geïnterpreteerd. Alleen dan mag namelijk geen dwangsom worden opgelegd, wanneer de hoofdveroordeling werkelijk in de betaling van een geldsom bestaat. Om dit uit te maken zal soms een teleologische interpretatie zich opdringen: is namelijk de *ratio legis* van de uitzondering niet aanwezig, dan moet men aannemen dat wel een dwangsom kan worden opgelegd. *Cessante ratione legis, cessat lex ipse*. Men moet immers ook in het oog houden dat de dwangsom een zeer efficiënt middel is om de schuldenaar tot nakoming van zijn verbintenis te dwingen, dat de schuldeiser niet nodeloos mag onthouden worden.

149 Wegens de zich opdringende beperkende interpretatie menen wij dat de term betaling in deze wet dan ook niet mag worden gelezen in de betekenis die het algemeen verbintennisrecht eraan geeft van werkelijke uitvoering der verbintenis, het verrichten van de verschuldigde prestatie (DEKKERS, II, nr. 505; DE PAGE, III, nr. 394; KLUYSKENS, I, nr. 163, blz. 233), maar wel in de zin van het gewone spraakgebruik, namelijk van het uitkeren of doen uitkeren of doen toekomen van geld, in ruil voor een tegenprestatie (VAN DALE, *Groot Woordenboek der Nederlandse taal*, Tw. *betaling*; P. ROBERT, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Tw. *payer*; LITRE, *Dictionnaire de la langue française*, *ibid.*). Nochtans nopen de vaste regels der interpretatie ertoe een term die wordt gebruikt in een wet te interpreteren in de betekenis die eraan wordt gegeven in de rechtstak waartoe de wettekst behoort, behalve zo duidelijk tot het tegendeel zou moeten worden besloten (W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, I, *Algemeen Deel*, nr. 18, blz. 55 e.v.; vgl. Cass., 10 mei 1938, *Pas.*, 1938, I, 161; Cass., 24 mei 1938, *Pas.*, 1938, I, 185; Cass., 12 febr. 1940, *Pas.*, 1940, I, 48; Cass., 8 juni 1950, *Arr. Cass.*, 1950, 621; *Pas.* 1950, I, 702; Cass., 12 juni 1952, *Arr. Cass.*, 1952, 580; *Pas.*, 1952, I, 664; Cass., 13 okt. 1955, *Arr. Cass.*, 1956, 95; *Pas.*, 1956, I, 121; Cass., 4 april 1957, *Arr. Cass.*, 1957, 656; *Pas.*, 1957, I, 952).

150 Het belangrijkste argument om de term betaling in de zin van het gewone spraakgebruik te verstaan is, dat anders aan de uitzondering, in strijd met haar bestaansreden, een veel te uitgebreide betekenis zou worden toegekend. Bovendien kan een argument worden gehaald uit de tekst van de wet zelf: was betaling in de technische zin bedoeld, dan had er niet moeten staan: betaling van, maar betaling met of door een geldsom. D.w.z. dan had duidelijk moeten blijken dat de uitvoering van de verbintenis door middel van een geldsom diende te gebeuren en dat dit betalen meerdere hypothesen kon omvatten naast het betalen in de zin van het gewone spraakgebruik.

151 Als illustratie van wat voorafgaat kunnen enkele voorbeelden uit de Nederlandse rechtspraak worden aangehaald.

Aldus heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een dwangsom kan worden gekoppeld aan de veroordeling tot afgifte van geldsommen die de verweerder onder zich hield, doch die aan een ander toebehoorden (H.R., 9 sept. 1949, *N.J.*, 1950, 595 met conclusie LANGEMEIJER en noot D.J. VEEGENS). Het Hof volgde daarbij de procureur-generaal, die meende dat de termen „betaling van een geldsom” dienen te worden verstaan als voldoening aan een verbintenis die een geldschuld is, en niet in de veel ruimere betekenis van het naleven van een verplichting om geld te overhandigen, tot afgifte van geld. Volgens de procureur-generaal is trouwens in het geval van afgifte van geld, de *ratio legis* van de uitzondering niet gerealiseerd. „Immers deze veroordeling — als resultaat van een revindicatie — veronderstelt minstens dat onder de veroordeelde liquide middelen aanwezig zijn, die kunnen gelden als aan de eiser toebehorende. Daarom is hier de kans veel groter dat de bedreiging met de dwangsom tot de afgifte en dus niet tot het verhaal van de dwangsom zal leiden” (*N.J.*, 1950, 595, blz. 964 e.v.). Met een dwangsom werd ook gesanctioneerd de veroordeling van de man om aan zijn echtgenote een geldsom af te geven (Hof Amsterdam, 5 nov. 1970, *N.J.*, 1971, 190); en de veroordeling tot afgifte van verbeurdverklarde goederen uit een reeds gescheiden en gedeelde nalatenschap (Hof Arnhem, 28 juni 1955, *N.J.*, 1956, 79).

De President van de rechtbank te Utrecht achtte het mogelijk de veroordeling tot betaling van een geldsom aan een ander dan de eisende partij met een dwangsom te sanctioneren (Kort geding, 1 sept. 1971, *N.J.*, 1972, 17). Hij overwoog daarbij dat in dat geval de eiser die zijn vordering zag toegewezen, niet de mogelijkheid tot rechtstreekse tenuitvoerlegging had en dus belang had bij een „zijdellingse executie” door middel van een dwangsom.

152 Evenwel moet de uitzondering worden toegepast, wanneer de hoofdveroordeling bestaat in de betaling van een geldsom of in een prestatie die daarmee gelijk te stellen valt.

Aldus de veroordeling tot hier het deponeren bij een notaris van een bepaald bedrag dat voortkomt uit het eigen patrimonium van de verweerder (Hof 's-Hertogenbosch, 5 dec. 1969, *N.J.*, 1970, 37). Aldus ook de veroordeling om mee te werken aan de nakoming van een voorlopige koopakte en om de bedongen geldsom te betalen (Hof 's-Hertogenbosch, 18 nov. 1969, *N.J.*, 1970, 206), of ten slotte de veroordeling tot vervangende geldelijke schadeloosstelling wegens niet-nakomen of wegens de onmogelijkheid een andere verbintenis na te komen (LANGEMEIJER, conclusies vóór H.R., 9 sept. 1949, *N.J.*, 1950, 595).

AFDELING V

RECHTSVORDERINGEN TOT NAKOMING VAN ARBEIDSOVEREENKOMSTEN

153 Principieel vallen de vorderingen tot het nakomen van arbeidsovereenkomsten, evenzeer als elke andere rechtsvordering, onder de sanctie van de dwangsom, indien aan de gestelde vereisten is voldaan.

Art. 3 van de Benelux-Overeenkomst bepaalt evenwel dat alle of sommige rechtsvorderingen tot nakoming van arbeidsovereenkomsten van het toepassingsgebied van de Eenvormige Wet kunnen worden uitgesloten. Deze mogelijkheid, waarvan Luxemburg noch Nederland gebruik maakten, werd om meerdere redenen voor-

zien. Vooreerst omwille van de delicaatheid der materie (*M.v.T.*, blz. 7 en 6), maar ook omdat in Nederland vorderingen wegens verplichtingen voortvloeiend uit individuele of collectieve arbeidsovereenkomsten wel met een dwangsom worden gesanctioneerd (Pres. Rb. Amsterdam, 3 februari 1972, *N.J.*, 1972, 87; hervormd door Hof Amsterdam, 13 april 1972, *N.J.*, 1972, 192; Pres. Rb. Haarlem, 5 maart 1973, *N.J.*, 1973, 120, bevestigd door Hof Amsterdam, 3 mei 1973, *N.J.*, 1973, 251; Rb. Breda, 17 januari 1975, *N.J.*, 1975, 350). In België daarentegen kan de vordering niet worden toegewezen tot heropneming van de uitvoering van een individuele arbeidsovereenkomst, wanneer één van beide partijen daaraan op onrechtmatige wijze een einde heeft gemaakt en tussen partijen geen akkoord over de herneming is bereikt (J. STEYAERT, *A.P.R. Tw. Arbeidsovereenkomst*, nr. 853; W. BEIRNAERT, *Arbeidsrecht*, II, Tw. *De opzegging van de arbeidsovereenkomsten voor werklieden en bedienden afgesloten voor onbepaalde duur*, nr. 80; *Rép.P.Dr.B.*, compl., III, Tw. *Contrat de travail et contrat d'emploi*, nr. 690, alle met verwijzingen). Evenmin kan de vordering tot het nakomen van de in collectieve arbeidsovereenkomsten neergelegde plichten van overleg en sociale vrede worden toegewezen (*Gedr. St., Senaat*, 177 [B.Z. 1979] nr. 4 blz. 2; zie verder, nr. 157).

In België was oplegging van een dwangsom in deze gevallen uitgesloten gezien de onmogelijkheid voor de rechter om zulke hoofdveroordelingen uit te spreken.

154 Om deze reden voorzag aanvankelijk de aan het Belgisch parlement voorgelegde ontwerpakte evenmin in een formele uitsluiting der arbeidsovereenkomsten van de toepassing der dwangsom (*Gedr. St., Kamer*, 353 [1977-78] nr. 1; *Gedr. St., Senaat*, 404 [1978-1979] nr. 2).

Bij de behandeling in de Commissie voor de Justitie van de Senaat werd echter een amendement om de veroordeling tot nakoming van de verplichtingen waartoe een werknemer is gehouden krachtens zijn arbeidsovereenkomst, uit de toepassing der wet uit te sluiten (*Gedr. St., Senaat*, 177 [B.Z. 1979] nr. 2, blz. 10). De verslaggever toonde naar aanleiding van dit amendement uitvoerig aan dat de vordering tot reïntegratie van een werknemer niet kan worden toegewezen, terwijl in een aantal gevallen de dwangsom erg nuttig kan worden aangewend bij veroordeling tot nakoming van verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, andere dan de plicht tot het presteren of het laten presteren van arbeid (*Gedr. St., Senaat*, 177 [B.Z. 1979] nr. 2, blz. 12). Niettemin werd het amendement gehandhaafd (*Gedr. St., Senaat*, 177 [B.Z. 1979] nr. 3). Er werd besloten daarover het advies in te winnen van de Verenigde Commissies voor de Justitie en de Tewerkstelling, de Arbeid en de Sociale Voorzorg (*Parl. Hand., Senaat*, 5 juli 1979). Zij besloten de Nationale Arbeidsraad om advies te vragen. Toen ook de Nationale Arbeidsraad meende dat de toepasselijkheid der dwangsom op vorderingen terzake van de nakoming van arbeidsovereenkomsten diende te worden uitgesloten, werd de tekst van artikel 1 der Eenvormige Wet (art. 1385bis Ger.W.) aldus gewijzigd.

155 Geen enkele vordering gesteund op verplichtingen uit een arbeidsovereenkomst, hetzij individuele, hetzij collectieve, kan dus aanleiding geven tot een accessoire veroordeling tot een dwangsom.

HOOFDSTUK II

GEVALLEN WAARIN HET ONMOGELIJK IS EEN DWANGSOM OP TE LEGGEN

156 Hiervóór is reeds gesteld dat, in principe de rechter steeds de veroordeling die hij uitspreekt met een dwangsom kan sanctioneren, behalve zo de wet zich daartegen verzet.

Dit betekent, dat indien de rechter de hoofdveroordeling niet kan toewijzen, de bijkomende veroordeling tot een dwangsom evenmin kan worden toegewezen; en dat er vorderingen bestaan, die wel kunnen worden toegewezen, doch die niet met een dwangsom kunnen worden gesanctioneerd, omdat bepaalde rechtsregels zich daartegen verzetten.

ADELING I

DE HOOFDVEROORDELING KAN NIET WORDEN TOEGEWENZEN

157 Zoals reeds gezegd is, volgt uit de bijkomende aard van de dwangsom dat bij onmogelijkheid van de hoofdveroordeling de bijkomende veroordeling tot een dwangsom evenzeer onmogelijk is. Zulke gevallen zijn talrijker dan men op het eerste gezicht zou vermoeden.

Aldus wanneer art. 1142 B.W. een veroordeling belet, zoals hiervoor uitvoerig is betoogd (zie boven, nr. 130 e.v.). Ook, wanneer de uitspraak over de hoofdverbintenis onmogelijk is geworden door het bestaan van een rechterlijke uitspraak die definitief is geworden, door het bestaan van een geldige dading, afstand, compromis, verzaking of een andere geldige wijze van beëindiging van het geding; wanneer een vordering zou strekken tot nakoming van de verplichtingen opgenomen in een collectieve arbeidsovereenkomst (R. BLANPAIN, *De collectieve arbeidsovereenkomst*, nr. 259).

AFDELING II

DE HOOFDVEROORDELING KAN WEL, DE BIJKOMENDE VEROORDELING KAN NIET TOEGEWENZEN WORDEN

158 De wet voorziet twee gevallen van uitsluiting van de accessoire veroordeling tot een dwangsom, namelijk wanneer de hoofdveroordeling strekt tot betaling van een geldsom of wanneer de vordering de nakoming van arbeidsovereenkomsten beoogt. Hiermee moet gelijkgesteld worden de hoofdverbintenis die zich om welke reden dan ook opgelost heeft in een verbintenis tot betalen van geldelijke, vervangende schadeloosstelling. Aldus, wanneer

een sterkmaking niet geresulteerd is in de toestemming van degene voor wie de belover zich sterk maakte; of wanneer de termijn gedurende welke slechts nuttig kon worden gepresteerd, verstreken is en slechts vervangende schadeloosstelling in geld als mogelijkheid overblijft. Een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom is onmogelijk, zo de schuldenaar van de hoofdverbintenis en de veroordeelde niet één en dezelfde persoon zijn. Aldus kunnen degenen die verantwoordelijk zijn voor onbekwamen niet onder verbeurte van een dwangsom veroordeeld worden voor handelingen van de onder hun hoede staande personen (zie verder, nr. 167).

Bovendien is veroordeling tot een dwangsom onmogelijk indien zij niet terzelfder tijd, in een zelfde geding met de hoofdveroordeling wordt gevorderd (zie boven, nr. 50).

Hetzelfde geldt voor alternatieve verbintenissen, facultatieve verbintenissen of verbintenissen onder voorwaarde; aan de veroordeling tot nakoming daarvan zal vaak niet een dwangsom kunnen worden verbonden.

HOOFDSTUK III

SCHULDEISER EN SCHULDENAAR VAN DE HOOFDVEROORDELING

159 Een dwangsom kan zowel aan de eiser als aan de verweerder die eiser is in reconventie, in een geding worden toegekend, indien zij zulks vorderen en de door hen bekomen veroordeling met een dwangsom kan worden gesanctioneerd. Daardoor worden zij schuldeiser resp. schuldenaar van een hoofdveroordeling en van een accessoire verbintenis met als opschortende voorwaarde de niet-uitvoering van de hoofdveroordeling.

AFDELING I

DE SCHULDEISER

160 Wat de persoon betreft aan wie de dwangsom kan worden toegekend, is door de Eenvormige Wet niets bepaald. Vereist is slechts dat hij schuldeiser is van een verbintenis die niet strekt tot betaling van een geldsom en dat er door hemzelf of namens hem een dwangsom wordt gevorderd. Aldus komen in aanmerking: rechtspersonen, onbekwamen, onbekwaamverklaarden, via hun vertegenwoordiger, alsook de Staat of een andere overheid, voor wie het openbaar ministerie of de wettelijk aangewezen vertegenwoordiger zullen vorderen (vgl. *Toelichting*, blz. 16 en 16). Het tweede verslag STORME (*Gedr. St., Senaat*, 177 [B.Z. 1979], nr. 2, blz. 8) merkt op wat de vordering van het openbaar ministerie betreft, dat het moet gaan om een rechtsvordering of een vordering door middel van schriftelijke conclusies, en niet om het uitbrengen van een advies (art. 138, tweede lid, Ger.W.).

AFDELING II

DE SCHULDENAAR

161 Slechts de persoon die gehouden is tot persoonlijke nakoming van de hoofdveroordeling, kan een dwangsom verbeuren; op hem alleen behoort druk te worden uitgeoefend om tot nakoming over te gaan.

Voor een rechtspersoon houdt dit in, dat de druk van de dwangsom die op hem weegt, zijn organen ertoe zal moeten aanzetten de op de rechtspersoon wegende veroordeling na te komen. De omstandigheid dat voor de nakoming van een verplichting de medewerking van andere personen noodzakelijk is, staat de veroordeling onder verbeurte van een dwangsom niet in de weg (H.R., 14 mei 1976, *N.J.*, 1977, 375).

162 Veroordeling tot betaling van een dwangsom aan een buiten het geding staande derde is niet mogelijk (vgl., Pres. Rb. Amsterdam, 3 okt. 1974, *N.J.*, 1975, 78; Pres. Rb. Arnhem, 18 dec. 1973, *N.J.*, 1974, 65).

Ons procesrecht kent geen veroordelingen ten laste of ten bate van een buiten het geding staande derde. Die regel is neergelegd in art. 23 Ger.W., dat het gezag van het rechterlijk gewijsde tot de partijen beperkt, en in de regeling van het derdenverzet (art. 1122-1131 Ger.W.). Ook in art. 1385 *quater* Ger.W. ligt een argument besloten: de dwangsom komt ten volle toe aan de persoon die de hoofdveroordeling heeft verkregen. Van anderen is geen sprake.

163 Niet nodig is het dus, om tot bovenstaande regel te komen, een beroep te doen op art. 45 Sw.

Dit artikel bepaalt dat de rechter in strafzaken, zelfs met de toestemming van de rechthebbende partij, niet kan bevelen dat de schadeloosstelling *ex delicto* zal toekomen aan een of ander werk met caritatieve, humanitaire of dergelijke inslag. De rechtsleer aanvaardt dat dit artikel analogisch ook geldt voor elke schadeloosstelling, welke ook haar oorzaak zij (J. RONSE, *A.P.R.*, Tw. *Schade en schadeloosstelling*, nr. 683; MAZEAUD/TUNG, II, nr. 1868; SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, nr. 616). Zelfs zou de rechter aan de eiser geen akte kunnen verlenen van zijn verklaring dat hij het geld wil bestemmen voor een of ander werk: zulks houdt nochtans geen enkele verplichting in en kan dus de uitspraak niet onwettig maken (Cass. crim. fr., 11 juni 1932, *Gaz. Pal.*, 1932, II, 315; E. GARÇON, *Code pénal annoté. Nouvelle édition par M. ROUSSELET/M. PANTIN/M. ANCEL*, onder art. 51; SAVATIER, *a.w.*, nr. 616; MAZEAUD/TUNG, II, nr. 1868, blz. 943; vgl. Rb. Zwolle, 24 nov. 1971, *N.J.*, 1972, 285).

164 De overbodigheid van een beroep op art. 45 Sw. volgt uit de beperking van dit wetsvoorschrift tot de eis tot schadeloosstelling, en daarvan verschilt een dwangsom essentieel.

Analogie hiermee is dus aanvechtbaar. Nochtans is, zowel in het geval van een dwangsom als in dat van een schadeloosstelling, de reden waarom zulk een verbod gewenst is, dezelfde: de wetgever wilde voorkomen dat de eisende partij, door blijkt te geven van belangloosheid, van de rechter een overdreven hoog bedrag als schadeloosstelling (of als dwangsom) zou verkrijgen en dus liefdadigheid zou gaan bedrijven op kosten van zijn schuldenaar. Bovendien zou dit altruïsme vanwege de eiser de rechter kunnen beïnvloeden in zijn oordeel omtrent de gegrondheid van de aanspraak.

165 Ook moet de verweerder in het geding persoonlijk schuldenaar van de hoofdveroordeling zijn, opdat hij onder verbeurte van een dwangsom zou kunnen worden veroordeeld. Veroordeling van een buiten het geding staande derde is in ons recht onbekend, en krachtens de tekst zelf van de Eenvormige Wet kan een dwangsom slechts als bijkomende veroordeling bij een hoofdveroordeling opgelegd worden.

166 Het is onmogelijk de burgerrechtelijk aansprakelijke persoon of de bewindvoerder onder verbeurte van een dwangsom te veroordelen, indien en voor zover de hoofdveroordeling weegt op diegene voor wie hij aansprakelijk wordt gesteld (vgl., art. 6 van de Wet van 27 juli 1871 betreffende de lijfsdwang).

Deze conclusie volgt uit art. 1385*bis* Ger.W. Slechts diegene die tot de hoofdverbintenis gehouden is, mag en kan door het opleggen van een dwangsom onder druk gezet worden, opdat hij de hoofdveroordeling zou nakomen.

Aldus kan de curator tot het nakomen van een verbintenis van de gefailleerde veroordeeld worden en daaraan kan een dwangsom kunnen worden gekoppeld, indien er gevaar is dat hij de op hem wegende verplichtingen niet zal nakomen (*M.v.T.*, blz. 21; VAN MULLEN, *a.w.*, *J.T.*, 1977, 41; zie verder, nr. 219).

167 De hoofdveroordeling moet een eigen verplichting van de veroordeelde persoon betreffen. Hij moet schuldenaar van de hoofdveroordeling zijn. Is iemand aansprakelijk wegens schade veroorzaakt door personen, dieren of zaken, waarover hij moet waken, dan betekent dit nog niet dat hem een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom kan worden opgelegd. Art. 1384 B.W. sanctioneert slechts tekortkomingen van de aansprakelijke aan een bewakingsplicht (DEKKERS, II, nr. 240; DE PAGE, II, nr. 965 en 971; KLUYSKENS, I, nr. 376). Aan de voor personen, dieren of zaken aansprakelijke persoon kan dus slechts een dwangsom worden opgelegd om hem te dwingen tot nakoming van zijn bewakingsplicht — hij zal bijv. aanwijzingen aan de schadeverwekker moeten verstrekken — maar niet om hem te dwingen tot het nalaten van de handelingen die de schade veroorzaken (H.R., 10 juni 1955, *N.J.*, 1955, 552, concl. LANGEMEIJER, met noot L.E.H. RUTTEN).

Het feit dat naast de eigen verplichting van de schuldenaar, ook de medewerking van derden is vereist voor de nakoming der veroordeling, belet niet dat de veroordeling wordt opgelegd onder verbeurte van een dwangsom. Kan de medewerking van de derden niet worden verkregen, dan zal de schuldenaar zich op de onmogelijkheid van nakoming kunnen beroepen (H.R., 14 mei 1976, *N.J.*, 1977, 375 met advies ERADES en noot W.H.H.).

AFDELING III

VERSCHEIDENE SCHULDEISERS EN/OF SCHULDENAARS

168 Veelal heeft elke verbintenis slechts één schuldeiser en één schuldenaar en levert dit, wat de dwangsom betreft, geen enkele moeilijkheid op. Het is echter denkbaar dat een verbintenis verscheidene schuldeisers of verscheidene schuldenaars heeft; dan rijzen ook problemen wat de dwangsom betreft. Kunnen meer dan één dwangsom worden opgelegd tot garantie van één enkele verbintenis? Wat als de verbintenis hoofdelijk en/of ondeelbaar is?

169 Vooraf zij gesteld dat aan de omstandigheid dat de tekst van de Eenvormige Beneluxwet steeds spreekt over *een* dwangsom, en meer bepaald in art. 1385*bis*, eerste lid, Ger.W. stelt dat de rechter „de wederpartij kan veroordelen

tot betaling van *een* geldsom”, geen enkele beslissende waarde ten deze kan worden toegekend. Ware het de bedoeling geweest daardoor tot uitdrukking te brengen dat per verbintenis slechts één enkele dwangsom kan worden toegelaten, dan had dit, gelet op het belang van het vraagstuk, duidelijk uit de tekst moeten blijken en had men van deze regel de bevestiging in de gemeenschappelijke memorie van toelichting of in het verslag van de commissie moeten vinden.

Thans kan men uit de bewoordingen van de tekst slechts besluiten dat de wetgever het *quod plerumque fit* in het oog had, doch hiervan geenszins de enig mogelijke wijze van sanctioneren met een dwangsom heeft willen maken. Wellicht heeft hij het vraagstuk open willen laten, gelet op de verschillen in de wetgeving der drie landen op dit gebied.

170 Meteen kan men besluiten dat, wanneer het om een gezamenlijke verbintenis gaat, de rechter voor ieder deel een gepaste dwangsom zal kunnen opleggen; er zijn dan immers zoveel schuldvorderingen en schulden als er schuldeisers of schuldenaars zijn.

Zijn er verscheidene schuldeisers, dan kan elk slechts zijn deel van de schuldvordering eisen. Indien er verscheidene schuldenaars zijn, kan ieder van hen slechts voor zijn aandeel in de schuld worden aangesproken (R. VAN DER MADE, *Nov., Droit civil, IV, 2, nr. 54*).

Het feit dat gehoudenheid tot, en bijdrage in de schuld niet noodzakelijk moeten overeenstemmen, heeft hierbij geen betekenis; dat betreft slechts de relatie tussen de schuldenaars onderling.

171 De problemen die zulks kan meebrengen voor een efficiënte vaststelling van de dwangsom, verhinderen de rechter niet een schuldenaar te veroordelen om, naar diens keuze — alternatief of facultatief — een prestatie A dan wel een prestatie B te verrichten, en aan deze veroordeling een dwangsom te koppelen. De dwangsom zal echter slechts verschuldigd zijn, zo geen van beide (of van meer) mogelijke prestaties tijdig wordt verricht. Wordt één der in aanmerking komende prestaties wel tijdig verricht, dan is de dwangsom niet verbeurd.

Uiteraard kan slechts één dwangsom worden opgelegd, vermits de veroordeling tot naleving van een alternatieve verbintenis slechts tot één van beide gevorderde prestaties kan leiden, terwijl de veroordeling tot nakoming van een facultatieve verbintenis slechts betrekking kan hebben op de verschuldigde prestatie, met uitsluiting van de facultatief mogelijke prestatie (R. VAN DER MADE, *a.w.*, nr. 11 en 51).

In al die gevallen moet natuurlijk voorbehoud worden gemaakt voor het geval dat de veroordeling gedeeltelijk zou strekken tot betaling van een geldsom. Het feit dat een van de — alternatief of facultatief — mogelijke prestaties bestaat in de betaling van een som geld, staat de oplegging van een dwangsom niet in de weg, indien zij maar wordt beperkt tot de veroordeling tot die prestaties die niet bestaan in de betaling van een geldsom.

172 Bestaat er hoofdelijkheid tussen schuldeisers tegenover één enkele schuldenaar, dan rijst evenmin enig probleem.

Slechts één dwangsom kan worden opgelegd, aangezien het opleggen van meer dwangsommen omdat er meer schuldeisers zijn, geen zin zou hebben. Er is maar één verbintenis en de betaling aan één der schuldeisers bevrijdt jegens allen (art. 1197 B.W.). Het staat de schuldenaar bovendien vrij te kiezen aan wie hij zal betalen (art. 1198 B.W.). Er is dus ook maar één veroordeling waaraan een dwangsom kan worden verbonden. Hetzelfde geldt bij actieve ondeelbaarheid.

173 Wanneer er passieve solidariteit bestaat, heeft elke schuldenaar zich voor het geheel jegens de schuldeiser heeft willen verbinden; er is één schuld, maar met meer banden. Iedere schuldenaar is gehouden tot de volledige en dezelfde schuld, waaruit volgt dat de schuldeiser naar goeddunken één schuldenaar onder de hoofdelijk verbondenen mag uitkiezen (art. 1203 B.W.) en dat de schuldenaar die betaalt, de overige schuldenaars tegenover de schuldeiser bevrijdt (art. 1200 B.W.). Bovendien verplicht de fout begaan door één schuldenaar de overigen tot de waarde van de verschuldigde prestatie (art. 1205 B.W.). Uit al deze regels mag worden besloten dat slechts één dwangsom kan worden opgelegd waartoe alle schuldenaars voor het volle bedrag der verbeurde sommen gehouden zijn in het geval van passieve solidariteit.

Hiertegen kan men niet opwerpen dat daardoor afbreuk wordt gedaan aan de bevoegdheid (en de plicht) van de rechter, een dwangsom op te leggen die overeenstemt met de concrete omstandigheden, zowel wat de aard van de hoofdveroordeling betreft, als wat de vermogenstoestand van de schuldenaar betreft. Dit probleem raakt immers de bijdrage der verschillende hoofdelijk gehouden schuldenaars en niet de verplichting van ieder van hen tegenover de schuldeiser, en aldus kan het bedrag der verbeurde dwangsom(men) anders dan pondspondsgewijs onder hen worden verdeeld, namelijk naar de mate waarin elk van hen geacht mag worden, door zijn stilzitten, aanleiding te hebben gegeven tot het verbeuren van de dwangsom. Zo zal de schuldenaar die slechts onder opschortende termijn verplicht was tot nakoming, niet behoeven bij te dragen in de vóór het verstrijken van die termijn verbeurde dwangsommen, wanneer anderen zonder voorwaarde of termijn gehouden waren na te komen (vgl., DEKKERS, II, nr. 443; DE PAGE, III, nr. 344; art. 1208 B.W.). Deze opvatting heeft bovendien het voordeel, de bijkomende veroordeling tot het betalen van een dwangsom het lot te laten delen van de hoofdveroordeling: *accessoria sequuntur principale*.

Ook bij passieve ondeelbaarheid van de hoofdveroordeling kan slechts één dwangsom worden opgelegd.

174 Gaat het om een veroordeling tot nakoming van een ondeelbare verbintenis, dan heeft de ondeelbaarheid van de hoofdveroordeling niet tot gevolg dat ook de subsidiaire veroordeling tot een dwangsom daardoor ondeelbaar wordt; deze is essentieel deelbaar (Rb. Brussel, 25 juni 1930, *Pand. Pér.*, 1930, 421; *J.T.*, 1930, 504).

Ditzelfde vonnis aanvaardt impliciet dat, wanneer de ondeelbare hoofdveroordeling steunt op een verbintenis uit overeenkomst, op de dwangsom de regels toepasselijk zijn, neergelegd in art. 1232 en 1233 B.W. over de ondeelbaarheid van de boete, verbeurd krachtens een boetebeding.

AFDELING IV

DE OVERHEID

175 Wanneer de overheid aan het privaatrechtelijk rechtsverkeer deelneemt en handelingen in die sfeer verricht, dan valt zij, net als de gewone burger, onder het gemeenrechtelijke toezicht van de burgerlijke rechter (F. DE VISSCHERE, *De controle van de burgerlijke rechter op de handelingen van het Bestuur, Jaarboek VI van het Vlaams Rechtsgenootschap Leuven*, 1960, blz. 63 e.v.). Anders is het evenwel wanneer het bestuur in de uitoefening van zijn overheidsfunctie optreedt, daar overheidsbeslissingen volgens art. 9 van de Wet van 23 december 1946 voor de Raad van State met een beroep tot nietigverklaring kunnen worden aangevochten.

De Raad van State is echter slechts bevoegd om de nietigverklaring *erga omnes* van de aangevochten overheidshandeling uit te spreken en om vergoeding wegens buitengewone schade toe te kennen (art. 7 Wet van 23 dec. 1946), terwijl de burgerlijke rechter steeds bevoegd is om schade-loosstelling toe te kennen wegens krenking door de overheid overheid van een beschermenswaard belang, of om in de loop van een procedure de legaliteitscontrole overeenkomstig artikel 107 van de Grondwet uit te oefenen. Wanneer de burgerlijke rechter te oordelen heeft over contractuele betwistingen — waartoe men het optreden van de overheid in het privaatrechtelijk rechtsverkeer veelal zal kunnen rekenen — of wanneer het gaat om onrechtmatig overheidsoptreden door miskenning van de op iedereen wegende plicht van voorzichtigheid ten aanzien van de belangen der andere rechtsonderhorigen, dan beschikt de burgerlijke rechter over de mogelijkheid om op zo efficiënt mogelijke wijze de schade ongedaan te maken of de naleving der aangegane verplichtingen te verzekeren (L.P. SÜETENS, *De rechtstreekse aanvechting van overheidsdaden voor de burgerlijke rechter, Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, III, blz. 673 en 677 e.v.; Cass., 7 maart 1963, *Pas.*, 1963, I, 744, met concl. GANSHOF VAN DER MEERSCH; *R. Crit. J. B.*, 1963, 96, met noot J. DABIN; Cass., 26 april 1963, *R. Crit. J. B.*, 1963, 116 met noot J. DABIN; *Pas.*, 1963, I, 905; Cass., 23 april 1971, *R.W.*, 1970-71, 1793, met concl. F. DUMON). Aldus kan de rechter de overheid veroordelen tot schadeloosstelling berekend per tijdseenheid, wegens vertraging in de nakoming van de veroordeling (G. DOR, noot onder Tongeren, 18 juni 1948, *R. Crit. J. B.*, 1949, 301 en 317 e.v.; Rb. Ieper, 16 april 1947, *R.W.*, 1947-48, 251 met noot F. DE VISSCHERE). Waar het echter gaat om de legaliteitscontrole van art. 107 G.W. huldigt het grootste deel der rechtsleer en der rechtspraak traditioneel een veel beperkter opvatting en meent men dat, behoudens krasse gevallen, een overheidshandeling niet rechtstreeks voor de burgerlijke rechter kan worden bestreden (J. DELVA, *Het rechtstreeks bestrijden van overheidsdaden voor de burgerlijke rechtscolleges, T.P.R.*, 1967, 383 e.v.; L.P. SÜETENS, *t.a.p.*; F. DE VISSCHERE, *t.a.p.*). Dienvolgens kan de burgerlijke rechter geen verboden of gesactioneerde bevelen tegen de overheid uitspreken. Verder dan een weigering om zijn medewerking te verlenen aan de als illegaal erkende overheidshandeling kan hij niet gaan. Wel hebben sommige rechtscolleges aanvaard dat in gevallen van grove schending van het eigendomsrecht, de rechter de onwettige aantasting mag doen ophouden (Voorz. Rb. Namen, 11 sept. 1956, *J.T.*, 1958, 149, bevestigd door Luik, 18 dec. 1956, *J.T.*, 1958, 148 noot Cyr CAMBIER). Dit is op instemming der rechtsleer onthaald (zie de reeds geciteerde auteurs). Ten slotte zij opgemerkt dat de rechtspraak en het overgrote deel van de rechtsleer tevens meent dat gedwongen tenuitvoerlegging tegen de Staat of een van zijn organen onmogelijk is (A. ALLEN, noot onder Voorz. Rb. Brussel, 12 juli 1976, *T. Best.*, 1978, 172 e.v.; K. BAERT, *De uitvoeringsimmuniteit van de publiekrechtelijke rechtspersonen, R.W.*, 1976-77, 2369 e.v.).

Al deze overwegingen lijken erop te wijzen dat voor de veroordeling van de overheid onder verbeurte van een dwangsom in het Belgisch recht

geen plaats is ingeruimd of dat ze, zo ze al wordt uitgesproken, zonder uitwerking zal blijven.

176 In principe nochtans bestaan er geen fundamentele bezwaren om de overheid onder verbeurte van een dwangsom te veroordelen tot nakoming van haar verplichtingen, indien, bij belangenafweging tussen het recht van de overheid tot het uitoefenen van wat zij meent haar taak te zijn en de rechten van de burger, voorrang aan deze laatste dient te worden gegeven (*Pand. B.*, Tw. *Astreinte*, nr. 23, noot 1; *Toelichting*, onder art. 3, slot).

De vroegere rechtspraak lijkt echter deze opvatting op zijn minst impliciet te verwerpen (Cass., 22 dec. 1864, *Pas.*, 1865, I, 54, concl. H. LECLERCQ; Rb. Brussel, 12 juni 1847, *Belg. Jud.*, 1847, 847; Rb. Brugge, 1 dec. 1869, *Belg. Jud.*, 1870, 103).

Ook de Nederlandse rechtspraak heeft meermaals de afwijzing van een accessoir gevorderde dwangsom gemotiveerd met de overweging dat er geen reden aantoonbaar is, waarom de veroordeelde overheid het tegen haar uitgesproken verbod niet zou nakomen (VAN OPSTALL, *a.w.*, *Jaarboek VIII*, blz. 131; Pres. Rb. 's-Gravenhage, 26 juli 1958, sub H.R., 19 dec. 1958, *N.J.*, 1959, 131; Pres. Rb. Amsterdam, 13 mei 1975, *N.J.*, 1976, 35). Maar zij acht een dwangsom ten laste van de overheid principieel mogelijk en spreekt er vaak een uit (VAN OPSTALL, *t.a.p.*; VAN DEN DUNGEN/JANSEN, *Burgerlijke rechtsvordering*, II, blz. 318). Zo ook in Frankrijk (SAVATIER, *Cours de droit civil I*, nr. 211 *bis*).

177 Deze laatste houding lijkt ons verkieslijk. Ook de overheid is niet steeds overtuigd van haar ongelijk, al is dit bij een definitieve uitspraak vastgesteld en de uitspraak kan een ambtenaar kennelijk zo nauw ter harte gaan, dat een dwangsom vereist is om hem uit de verleiding te brengen, om maar snel tot de conclusie te komen, dat nakoming van de veroordeling onmogelijk is. Ook kan de dwangsom de overheid stimuleren tijdig of zo snel mogelijk de veroordeling na te komen (VAN DEN DUNGEN/JANSEN, *a.w.*, blz. 318 met verwijzing naar de rechtspraak die deze motieven huldigde).

Dat bovenstaande overwegingen ook bij ons kunnen gelden, blijkt uit de aandacht die de rechtsleer heeft geschonken aan het probleem en aan de middelen om af te rekenen met een weigering van de overheid om rechterlijke uitspraken uit te voeren (A. ALEN, noot onder Voorz. Rb. Brussel, 12 juli 1976, *T. Best.*, 1978, blz. 177 e.v.).

Om echter het uitspreken van dwangsommen ten laste van de overheid ook praktisch zinvol te maken, is vereist dat van het beginsel der onbeslagbaarheid van zowel het openbaar als het privaats domein, althans wat dit laatste betreft, wordt afgeweken (voor een pleidooi in die zin: J. KOKELENBERG, *De onroerende voorrechten*, blz. 356; ALEN, *t.a.p.*, met verwijzingen; K. BAERT, *De uitvoeringsimmuniteit van de publiekrechtelijke rechtspersonen*, *R.W.*, 1976-77, 2369 en 2375).

Dat de rechter een dwangsom ten voordele van de overheid kan opleggen, wanneer deze aan het privaatrechtelijk rechtsverkeer deelneemt, is evident (K. BAERT, *t.a.p.*).

HOOFDSTUK IV

ROL VAN DE RECHTER

AFDELING I

OMLIJNING VAN DE UITSPRAAK

178 Het door de rechter uitgesproken verbod of gebod, waarvan de niet-nakoming de dwangsom doet verbeuren, moet voldoende precies zijn geformuleerd. De rechterlijke uitspraak moet een duidelijk richtsnoer voor de schuldenaar inhouden, waarnaar hij zijn handelen zal kunnen richten. Hem moet duidelijk zijn wat wel en wat niet met een dwangsom is gesanctioneerd en hoe groot deze dan is (Voorz. Kh. Brussel, 6 febr. 1976, *R.W.*, 1976-77, 1916 met noot G.L. BALLON). Ook de schuldeiser heeft belang bij een zo duidelijk mogelijke uitspraak. Niet alleen heeft hij het recht te weten wat hem precies verschuldigd is, maar, gelet op het bepaalde in artikel 1385 *quater* Ger.W. en daar hij krachtens art. 1398, tweede lid, Ger.W. op eigen risico de veroordeling ten uitvoer legt, moet hij met een zo groot mogelijke zekerheid weten of de gedragingen van de schuldenaar al dan niet onder de uitgesproken veroordeling vallen en welke dwangsom dienvolgens werd verbeurd. Onduidelijke veroordelingen onder verbeurte van een dwangsom zijn inefficiënt en beëindigen het geschil niet.

179 De Hoge Raad heeft dienaangaande volgende regels gesteld: „De algemene regel is dat, wanneer een verbod in wat te algemene termen is geformuleerd, de draagwijdte ervan beperkt moet worden geacht tot handelingen waarvan in ernst niet kan worden betwijfeld dat zij onder de door de rechter verboden inbreuk vallen” (H.R., 3 jan. 1964, *N.J.*, 1964, 445 met noot G.J. SCHOLTEN). Bovendien moet het rechterlijk bevel redelijk worden uitgelegd en, zo het een algemeen gesteld verbod betreft, dringt een restrictieve interpretatie zich op, aangezien de handelingsvrijheid van de debiteur erdoor wordt beperkt (*vgl.* art. 1162 B.W.; W. VAN GERVEN, *a.w.*, nr. 54; Brussel, 23 nov. 1953, *Ing. Cons.*, 1953, 205 e.v.; H.R., 18 febr. 1966, *N.J.*, 1966, 208 met noot G.J. SCHOLTEN).

Aldus werd geoordeeld dat niet te onbepaald was en dus voor de rechter in een executiegeschil een voldoende afbakening bood, het verbod, gesanctioneerd met een dwangsom, om inbreuk te maken op alle door de BUMA (Nederl. equivalent van SABAM) op een zeker tijdstip bezeten auteursrechten op muziekwerken (H.R., 4 maart 1938, *N.J.*, 1938, 948, concl. BESIER, noot P. SCHOLTEN). Zowel de annotator als de procureur-generaal waren *contra* de gekozen oplossing (Hof Amsterdam, 22 april 1937, *N.J.*, 1937, 938 en Rb. Amsterdam, 18 dec. 1934, *N.J.*, 1935, 187).

AFDELING II

UITVOERBAARVERKLARING BIJ VOORRAAD

180 Dat een dwangsom wordt opgelegd, belet niet dat het veroordelend vonnis uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard. Met name kan hiertegen niet

worden ingebracht dat zulks afbreuk zou doen aan de bevoegdheid om in hoger beroep zulk een dwangsom op een ander bedrag of met andere modaliteiten, vast te stellen (MAZEAUD/TUNC, *a.w.*, nr. 2501). Sommige rechterlijke uitspraken zijn *ex officio* uitvoerbaar bij voorraad (bv. die van de voorzitter in kort geding, van de beslagrechter) en ook een daarbij opgelegde dwangsom zal uitvoerbaar zijn bij voorraad.

Niet alleen moet men voor ogen houden dat de gelijkhalende partij in een vonnis dit steeds op eigen risico ten uitvoer legt, maar ook dat de partij die gelijk haalt, nooit verplicht is het vonnis tenuitvoer te leggen, zelfs al kan zij zulks doen. Bovendien oordeelt de rechter op onaantastbare wijze in feite of een voorbarige tenuitvoerlegging al dan niet zal moeten aanleiding geven tot schadeloosstelling (vgl. Cass., 19 febr. 1891, *Pas.*, 1891, I, 75). De schuldeiser kan, zo hoger beroep werd ingesteld met de loutere bedoeling de tenuitvoerlegging van het vonnis te verlammen, schadeloosstelling vorderen wegens tergend en roekeloos beroep (W. BROSENS, *A.P.R.*, Tw. *Beroep in burgerlijke zaken en in zaken van koophandel*, nr. 24).

AFDELING III

BEVOEGDHEID

181 Indien de schuldenaar het er niet mee eens is dat hij het verbod, dat hem is opgelegd, heeft overtreden, zal hij een executiegeschil kunnen uitlokken en de rechtbank van eerste aanleg van de plaats waar de tenuitvoerlegging wordt vervolgd, kunnen vragen uitspraak te doen over het al dan niet verbeurd zijn van de dwangsom (art. 569, 5° en 633 Ger.W.).

In de regel zal evenwel de beslagrechter bevoegd zijn, aangezien het geschil meestal zal rijzen in het raam van de procedure tot tenuitvoerlegging van de dwangsom.

Voor zover zulks nodig is, zal dan die rechter de gewraakte gedragingen beoordelen, de bewoordingen van de veroordeling onder verbeurde van een dwangsom nagaan en verklaren of de dwangsom al dan niet is verbeurd.

182 De regel *eius est interpretari cuius est condere* (art. 795 Ger.W.) moet ook in dit verband met gezond verstand worden beoordeeld. In zoverre de rechter moet nagaan of het opgelegde gebod of verbod al dan niet is overtreden en aldus de dwangsom verbeurd, moet hij de gedragingen van de schuldenaar beoordelen en tevens eventueel de precieze draagwijdte van de hoofdveroordeling nagaan (vgl. FETTWEISS, *Bevoegdheid*, nr. 412, blz. 228; Corr. Antwerpen, Raadkamer, 28 juni 1967, *R.W.*, 1967-68, 945; Brussel, 5 juni 1974, *Pas.*, 1974, II, 36; *R.W.*, 1974-75, 1637).

183 Indien nochtans de onmogelijkheid om de veroordeling na te komen, aangevoerd wordt of indien het gaat om het verbeuren van de dwangsom na het overlijden van de veroordeelde schuldenaar, is slechts, de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, bevoegd (art. 1385 *quinquies*, eerste lid, en 1385 *septies* Ger.W.).

TITEL IV

AANPASSING OF HERZIENING VAN DE OPGELEGDE DWANGSOM

HOOFDSTUK I

ALGEMENE OMSCHRIJVING

AFDELING I

PRINCIPE

184 De Eenvormige Beneluxwet betreffende de dwangsom heeft als principe voorop gesteld dat een eenmaal verbeurde dwangsom, voor het gehele bedrag verbeurd blijft en dat de rechter dit bedrag niet zal kunnen aanpassen of opheffen op het ogenblik dat de situatie, voortvloeiend uit de hoofdveroordeling, definitief zal zijn geworden, zoals dat in Frankrijk gebruikelijk was (zie boven, nr. 33).

185 Nochtans wordt in twee uitzonderingen op dit principe voorzien: zo zal, in geval van onmogelijkheid de hoofdveroordeling na te komen of in geval van overlijden van de schuldenaar, de rechter die de dwangsom oplegde, deze ook, door herziening van de vroeger opgelegde som, kunnen aanpassen aan de nieuw ontstane situatie. Deze regeling is uitgewerkt in art. 1385-*quinquies* Ger.W. (onmogelijkheid) en art. 1385-*septies* Ger.W. (overlijden).

Omdat zij als uitzonderingen aan te merken zijn op de algemene regel, neergelegd in artikel 1385-*quater* Ger.W., volgens welk er slechts definitieve dwangsommen mogelijk zijn, moeten de artikelen 1385-*quinquies* en 1385-*septies* Ger. W. limitatief geïnterpreteerd worden (zie verder, nr. 213 e.v.).

186 Uit de bepalingen van de artikelen 1385-*quinquies* en 1385-*septies* Ger.W. volgt ook dat matiging door de rechter, zoals inzake het boete- of strafbeding, uitgesloten is, behalve in de uitzonderingssituaties omschreven in de wet. Zelfs bij gedeeltelijke nakoming van de hoofdveroordeling blijft dus principieel de dwangsom evenzeer verschuldigd als bij niet-nakoming. Doel van de dwangsom is immers aan de schuldeiser te doen toekomen waarop hij recht heeft krachtens de overeenkomst of de verbintenis, waaraan de dwangsom verbonden is.

Een matigingsbevoegdheid erkennen zou betekenen dat men de regeling ombuigt naar de Franse opvatting toe; maar deze stuit op het ernstige bezwaar van mis-

kenning van het gezag van gewijsde, is in strijd met de tekst van de wet (art. 1385 *quater* Ger.W., komt ten volle toe...) en zou de norm ondermijnen, neergelegd in artikel 1134 B.W.

AFDELING II

AARD VAN DE VORDERING TOT HERZIENING

187 Er kan niet genoeg benadrukt worden, dat de vordering tot herziening en aanpassing van een vroeger uitgesproken dwangsom, een vordering is met een eigen karakter te onderscheiden van gelijkaardige of erop gelijkende vorderingen.

188 Zij is geen vordering die een executiegeschil opwerpt, daar zij de grond der zaak raakt, namelijk het wegens de ingetreden omstandigheden al dan niet verder handhaven van de vroeger opgelegde (*accessoire*) veroordeling. Hieruit volgt dat zij niet voorbehouden is aan de rechtbank van eerste aanleg (art. 569, 5^o Ger.W.), maar zoals uitdrukkelijk wordt gesteld, aan de rechter die de dwangsom vroeger oplegde.

189 Zij is geen vordering tot herroeping van het gewijsde. Zij kan ook vóór het in kracht van gewijsde gaan van de veroordeling, waarbij de dwangsom werd opgelegd, worden ingesteld en kan slechts om de redenen in de artikelen 1385 *quinquies* en *septies* Ger.W., worden ingesteld. Daarom moet zij niet voldoen aan de bijzondere, limitatief door artikel 1133 Ger.W. gestelde vereisten.

190 Zij is geen vordering tot interpretatie of verbetering van een vroegere uitspraak. De vordering strekt er immers toe iets te wijzigen aan de dwangsom omdat aan de hoofdveroordeling niet of niet volledig meer kan worden voldaan, althans niet meer kan worden voldaan door de oorspronkelijke schuldenaar. Dit betekent een ingrijpen in het gezag of de kracht van gewijsde van de eerste uitspraak, wat onmogelijk is in een uitspraak die een vroeger vonnis uitlegt of verbetert (art. 793 Ger.W.).

191 De vordering tot aanpassing vertoont echter wel zekere gelijkenissen met elk van deze drie vorderingen. Zij raakt immers de mogelijkheid tot verhalen van de dwangsom en zal dikwijls pas worden ingesteld op het ogenblik dat de schuldeiser tot reële executie wil overgaan voor het verbeurde bedrag. Zij gaat ook in tegen de kracht (of het gezag) van gewijsde dat een vroegere uitspraak van dezelfde rechter genoot en kan deze vroegere uitspraak doen wijzigen in functie van de nieuw geschapen toestand.

In deze zin zijn de artikelen 1385 *quinquies* en 1385 *septies* Ger.W. te beschouwen als uitzonderingen in de zin van artikel 28 Ger. W. De vordering kan ertoe leiden de in een vroegere uitspraak geformuleerde veroordeling te interpreteren of te corrigeren, zij het dat zij veel meer beoogt dan louter interpretatie.

Wegens deze gelijkenissen zal bij de behandeling van deze vordering met eigen karakter toch regelmatig bij analogie naar de artikelen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende deze materies worden verwezen.

AFDELING III

SAMENGAAN VAN BEIDE VORDERINGEN TOT AANPASSING

192 De vraag rijst of de vordering tot aanpassing of opheffing van een uitgesproken dwangsom terzelfdertijd op de onmogelijkheid en op het feit van het overlijden van de schuldenaar kan worden gegrond. Het overlijden van de schuldenaar kan immers de nakoming van de hoofdveroordeling onmogelijk maken: aldus een veroordeling voortvloeiend uit een verbintenis die *intuitu personae* was aangegaan.

Bovendien moet men in dit verband voor ogen houden dat de onmogelijkheid, bedoeld in art. 1385 *quinquies* Ger.W., betrekking moet hebben op de nakoming van de hoofdveroordeling, terwijl de aanpassing van de dwangsom wegens het overlijden van de schuldenaar, volgens de tekst van artikel 1385 *septies* Ger.W., niet onderstelt dat de nakoming van de hoofdveroordeling door het overlijden zou zwaarder, moeilijker of onmogelijk zou zijn geworden.

Op te merken valt ook dat het overlijden van de schuldenaar zelf het verbeuren van de dwangsom opschort, indien deze op een bepaald bedrag per tijdseenheid is vastgesteld. Dit betekent meteen ook dat de rechtsopvolgers het overlijden van de schuldenaar niet samen met de onmogelijkheid zullen kunnen inroepen. Het initiatief behoort hier immers aan de schuldeiser.

In de hypothese van artikel 1385 *septies* Ger.W. daarentegen, is het best mogelijk dat de vordering tot aanpassing of tot opheffing van de opgelegde dwangsom zowel op de onmogelijkheid als op het overlijden zelf zou worden gegrond. Niets verzet zich daartegen en het kan soms nodig zijn beide te combineren om het beoogde resultaat te bekomen. De onmogelijkheid slaat immers op de nakoming van de hoofdverbintenis én op haar gevolgen voor de dwangsom. Artikel 1385 *septies* Ger.W. bepaalt dat het ogenblik waarop de aanpassing of de opheffing van de door de rechtsvoorganger te verbeuren dwangsom effect zal hebben. Dit kan bij vonnis op de overlijdensdag worden vastgesteld.

193 Niets belet uiteraard de rechtsopvolgers van de schuldenaar een vóór het overlijden van de schuldenaar van zijn kant de ingetreden onmogelijkheid in te roepen of het geding daarop gebaseerd verder te zetten en bovendien, bij een vordering uit artikel 1385 *septies* Ger.W., aanpassing of opheffing wegens het overlijden van de schuldenaar te vragen.

AFDELING IV

GEVALLEN WAARIN DE AANPASSING EN OPHEFFING VAN DE DWANGSOM NIET KAN WORDEN GEVORDERD

194 In één geval zal de ingetreden onmogelijkheid of het overlijden van de schuldenaar die is veroordeeld onder verbeurte van een dwangsom, geen invloed op de dwangsom hebben en zal het de rechter ook onmogelijk zijn aan de rechtsopvolgers een aangepaste dwangsom op te leggen: namelijk wanneer voor het mogelijk te verbeuren bedrag een maximum was gesteld, of de dwangsom op een bedrag ineens was vastgesteld, en het vastgestelde bedrag reeds was verbeurd of het maximumbedrag reeds bereikt was vóór het intreden van de onmogelijkheid of vóór het overlijden.

In zulke gevallen hebben trouwens noch de schuldeiser, noch de rechtsopvolgers enig belang bij de vordering tot aanpassing van de dwangsom. Het is trouwens zeer de vraag of de nog steeds niet nagekomen hoofdveroordeling sedert het bereiken van het als maximum bedrag of het bedrag ineens van de dwangsom zich niet heeft opgelost in een verbintenis tot het betalen van een vervangende geldelijke schadeloosstelling, hoewel natuurlijk de reeds vóór dit „oplossen” verbeurde dwangsommen, ondanks deze „oplossing” onverminderd verschuldigd blijven.

195 Heeft de rechter een opschortende termijn gesteld voor het verbeuren van de dwangsom en is deze termijn nog niet verstreken op het ogenblik dat de onmogelijkheid intreedt of op het ogenblik van het overlijden, dan kan, in afwachting van het einde van de termijn, de meest gerede partij aan de rechter vragen om gepaste maatregelen te nemen met het oog op de zich *in concreto* voordoende situatie.

Het ware onbillijk, wanneer een onmogelijkheid oprijst of wanneer na het verstrijken van de verleende termijn een bedrag per tijdseenheid zal worden verbeurd, het initiatief tot het vragen van rechterlijke maatregelen alleen aan de schuldenaar of zijn rechtsopvolgers te verlenen. Even onbillijk ware, indien de dwangsom op een andere wijze dan op een bedrag per tijdseenheid is vastgesteld, het initiatief tot het vorderen van maatregelen na het overlijden en in afwachting van het verstrijken van de termijn, voor de schuldeiser te reserveren. Het recht van initiatief in de hier beschouwde hypothesen voorbehouden aan de schuldeiser, de schuldenaar of zijn rechtsopvolgers, zou tot onbillijke gevolgen kunnen leiden, aangezien de motieven, op grond waarvan de rechter de opschortende termijn heeft verleend, wellicht niet meer of slechts in gewijzigde mate gelden wanneer de hoofdverbintenis op enigerlei wijze onmogelijk wordt, of wellicht niet meer geldig zijn in de verhouding tussen de schuldeiser en de rechttopvolgers van de schuldenaar. Tegen deze opvatting kan evenwel worden aangevoerd dat zij alleen steunt op billijkheidsoverwegingen, terwijl noch de artikelen 1385*quinquies* of 1385*septies* Ger.W., noch de *Toelichting* enige aanwijzing in deze zin bevatten.

AFDELING V

EXECUTIE VAN VERBEURDE DWANGSOMMEN EN DE VORDERING TOT OPHEFFING OF AANPASSING

196 Indien de schuldeiser, na het overlijden van de schuldenaar, tot de tenuitvoerlegging zou willen overgaan voor het bedrag der verbeurde dwangsommen, dan kan dit, indien het gaat om dwangsommen per tijdseenheid uitgesproken, alleen voor zover ze verbeurd zijn vóór het overlijden. Daar het overlijden van de schuldenaar het verbeuren van zulk een dwangsom opschort, zullen de rechtsopvolgers van de schuldenaar kunnen opkomen tegen de executie van dwangsommen, verbeurd na het overlijden. Zij kunnen aan de beslagrechter vragen de nietigheid van de begonnen tenuitvoerlegging te bevelen en de opheffing ervan te gelasten (art. 1498, tweede lid, Ger.W.; FETTWEISS, *Bevoegdheid*, nr. 405, blz. 225; Brussel, 22 febr. 1972, *Pas.*, 1972, II, 93; Brussel, 19 okt. 1972, *Pas.*, 1973, II, 31; Beslagrechter Rb. Luik, 15 nov. 1972, *J. Liège*, 1972-73, 236).

197 Gaat het om een ingetreden onmogelijkheid of is de tegen de overleden schuldenaar uitgesproken dwangsom niet op een bedrag per tijdseenheid vastgesteld, dan zal de schuldeiser daarmee geen rekening behoeven te houden bij de tenuitvoerlegging. Indien gedagvaard wordt tot opheffing of tot aanpassing van de dwangsom aan de nieuw geschapen situatie, belet dit evenmin de schuldeiser verder te blijven executeren. In art. 1398, tweede lid, Ger.W. is, als rem op zulk een optreden, bepaald dat op lichtzinnige en ongefundeerde manier gelegd beslag tot schadeloosstelling verplicht.

198 Ook al gaat het in de hypothese van art. 1398, tweede lid, Ger.W. om de voorlopige tenuitvoerlegging, zulks belet niet er in de hier behandelde context een beroep op te doen, al zal het hier meestal om een definitieve veroordeling gaan. Het toewijzen van de vordering gegrond op de ingetreden onmogelijkheid of het overlijden van de schuldenaar tast immers het gezag of de kracht van gewijsde van de accessoire veroordeling tot een dwangsom aan. De kracht en het gezag van gewijsde van de hoofdveroordeling wordt daardoor niet aangetast. Wel is de tenuitvoerlegging van de hoofdveroordeling door middel van directe reële executie onmogelijk.

199 Derhalve zal de schuldeiser in zulk een geval wijs handelen door de uitspraak over de onmogelijkheid of over de aan het overlijden te hechten gevolgen voor de dwangsom, af te wachten en de dwangsom niet verder te verhalen. Doet de schuldeiser het toch, dan zullen noch de schuldenaar, noch zijn rechtsopvolgers hierom van de beslagrechter de opschorting van het beslag kunnen vorderen, totdat uitspraak zal zijn gedaan over de onmogelijkheid of over de gevolgen van het overlijden voor de dwangsom (vgl. art. 1498 Ger.W.). Dit alles vloeit voort uit het feit dat de ingetreden onmogelijkheid en het overlijden van de schuldenaar in de hypothese van art. 1385^{septies}, tweede lid, Ger.W. het verbeuren van de dwangsom niet opschorten totdat over de vordering tot opheffing of aanpassing uitspraak zal zijn gedaan.

200 Wegens het gevaar schadeloosstelling te moeten betalen en de korte verjaringstermijn voor het verbeuren van de dwangsom kan voor de schuldeiser een bijzonder netelig probleem rijzen wat het verhalen der intussen verbeurde dwangsommen betreft, nl. in de periode tussen het instellen van de vordering tot aanpassing of tot herziening van de dwangsom en de berechting ervan. Gelet op de korte verjaringstermijn, dient de schuldeiser de dwangsom te verhalen binnen zes maanden na het verbeuren ervan. Sleept nu de berechting van de vordering tot aanpassing langer dan zes maanden aan, dan zou de schuldeiser vóór de uitspraak tot tenuitvoerlegging moeten overgaan. Immers, de dagvaarding tot aanpassing van de dwangsom is door de schuldenaar uitgebracht en impliceert dus geen stuiting van de verjaring ten voordele van de schuldeiser. En daar deze in de mogelijkheid verkeert beslag te leggen, kan men moeilijk de schorsing van de verjaring ten voordele van de schuldeiser aanvaarden op grond dat hij in de onmogelijkheid zou verkeren zijn recht af te dwingen. Nochtans zou het overgaan tot beslag vanwege de schuldeiser, voor dwangsommen verbeurd na de dagvaarding tot aanpassing en vóór de uitspraak daarover, zeer riskant kunnen zijn, gelet op het bepaalde in art. 1398, tweede lid, Ger.W. In deze hypothese blijft de schuldeiser slechts als mogelijkheid een bevel tot betaling te doen betekenen bij deurwaardersexploot, om zo de verjaring te stuiten, hoewel krachtens de uitdrukkelijke bepaling van artikel 1385^{quater} Ger.W., zulk een bevel overbodig geacht wordt om tot de tenuitvoerlegging van de verbeurde dwangsom(men) over te gaan. Zoals aangetoond is het doel van het bevel hier louter het stuiten van de verjaring (vgl. *Verslag-HAMBYE*, blz. 2).

AFDELING VI

PROCEDURE

§ 1. Bevoegde rechter

201 De vordering moet worden ingesteld bij dagvaarding, niet bij verzoekschrift, aangezien het Gerechtelijk Wetboek deze gevallen limitatief opsomt, en gebracht worden voor de rechter die de dwangsom heeft opgelegd. Dagvaarden is ook vereist omdat de schuldeiser er kennelijk belang bij heeft om tegen de vordering tot herziening of aanpassing verweer te voeren.

202 De rechter die de hoofdveroordeling heeft uitgesproken, beslist over de onmogelijkheid of het overlijden en de gevolgen ervan voor de dwangsom. Voorlopige maatregelen kunnen dus niet gevraagd worden aan de rechter in kort geding, indien deze de veroordeling onder verbeurde van een dwangsom niet heeft uitgesproken, en ook niet aan de beslagrechter, indien de partij die de veroordeling bekomen heeft, ondanks de dagvaarding de dwangsom verder blijft verhalen. Zeer vaak zal dit laatste wel niet voorkomen, aangezien wegens dit verhalen na de dagvaarding schadeloosstelling naast teruggave van het teveel geïnde kan worden bevolen, wat de schuldeiser wel tot voorzichtigheid zal aanmanen.

203 Dat slechts de rechter die de dwangsom heeft uitgesproken over de onmogelijkheid of het overlijden en de daaraan te hechten gevolgen voor de dwangsom kan oordelen en dat hij alleen zijn vroegere uitspraak kan herzien, terwijl toch de dwangsom nog kan worden verhaald na het intreden

van de onmogelijkheid of na het overlijden en vóór de uitspraak daarover weegt dus als bezwaar niet zeer zwaar. Zo de hoofdveroordeling, onder verbeurte van een dwangsom uitgesproken, nog geen kracht van gewijsde heeft en niet bij voorraad uitvoerbaar is verklaard, wordt de dwangsom na betekening van de veroordeling mogelijk wel verbeurd, maar wordt de executie tot verhaal ervan geschorst door verzet of hoger beroep (art. 1397 Ger.W.). Meestal echter zal in voorkomend geval de eerste uitspraak reeds kracht van gewijsde hebben verkregen, zodat zij definitief is behoudens de in artikel 1385 *quinquies* Ger.W. bepaalde uitzondering. Ook kan worden gewezen op art. 1137 Ger.W., volgens hetwelk het verzoek tot herroeping van het gewijsde geen beletsel vormt voor de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing; artikel dat hier bij analogie kan worden ingeroepen.

§ 2. Hoger beroep

204 De rechter die de dwangsom heeft uitgesproken is ook de rechter die over de vordering tot herziening of tot aanpassing uitspraak zal moeten doen. In verband hiermee rijzen twee problemen: is er hoger beroep mogelijk tegen het vonnis over de ingeroepen onmogelijkheid of het overlijden en de eraan te hechten gevolgen voor de dwangsom, en wat moet er gebeuren indien de rechter in hoger beroep de veroordeling onder verbeurte van een dwangsom uitgesproken heeft.

205 Wat de eerste vraag betreft, rijst er geen probleem: men moet zich richten naar artikel 1050 Ger.W. dat hoger beroep principieel steeds toelaat. Heeft de rechter in hoger beroep de dwangsom opgelegd, dan is hij de rechter die over de ingeroepen onmogelijkheid en de aan het overlijden te hechten gevolgen zal oordelen, ook al wordt daardoor hoger beroep tegen de uitspraak over de onmogelijkheid of de gevolgen van het overlijden uitgesloten.

Men kan immers niet aanvaarden dat, wanneer de rechtbank van eerste aanleg in hoger beroep uitspraak heeft gedaan over een al dan niet reeds voor de vrederechter gevorderde veroordeling onder verbeurte van een dwangsom, nog een hoger beroep tegen de uitspraak, op grond van artikel 1385 *quinquies* of 1385 *septies* Ger.W. gewezen, bij het Hof van Beroep zou openstaan.

Andere argumenten kan men halen uit het feit dat een gelijkaardige regel geldt — op straffe van nietigheid — voor de vordering tot herroeping van het gewijsde (art. 1134, eerste lid, Ger.W.) en voor de vordering tot uitlegging of verbetering van het vonnis (art. 798 Ger.W.; DE PAGE, III, blz. 1047, nr. 995).

Bovendien kan men nog laten opmerken: krachtens art. 1385 *bis*, tweede lid, Ger.W., kan de dwangsom ook voor het eerst in hoger beroep worden gevorderd, terwijl zij ook, in eerste aanleg afgewezen, in hoger beroep toegewezen kan zijn. Het zou dus erg onlogisch zijn, omwille van het voorschrift van artikel 1050 Ger.W., heen te stappen over de duidelijke tekst van artikel 1385 *quinquies*, eerste lid, en 1385 *septies*, eerste lid, Ger.W. en de rechter in eerste aanleg te laten oordelen over de ingeroepen onmogelijkheid of het overlijden en hun invloed op de dwangsom, indien de veroordeling in hoger beroep werd uitgesproken.

206 De hier aangenomen oplossing lijkt ons de enig mogelijke, ook al ontmoet zij het bezwaar dat het van een vroegere omstandigheid (namelijk of de oorspronkelijke vordering al dan niet in hoger beroep werd behandeld), zonder relatie met de sindsdien ingetreden onmogelijkheid, zal afhangen of tegen de uitspraak over de onmogelijkheid of over het overlijden en de gevolgen ervan, hoger beroep al dan niet zal openstaan.

207 Een andere vraag is, aan wie het toekomt over de onmogelijkheid of over de aan het overlijden te hechten gevolgen te oordelen, indien tegen de uitspraak die de hoofdveroordeling en de dwangsom oplegde, hoger beroep hangende of althans nog mogelijk is. Hier dient een onderscheid te worden gemaakt naar gelang het hoger beroep al dan niet werd ingesteld.

208 Werd nog geen hoger beroep ingesteld, doch is dit nog mogelijk, dan heeft de veroordeelde de keuze tussen de rechter die de veroordeling uitsprak, dan wel de rechter in hoger beroep. In dit laatste geval zal hij evenwel ook tegen de hoofdveroordeling moeten opkomen, waarbij de dwangsom als accessorium werd uitgesproken (zie boven, nr. 52 e.v.). Gelet op de devolutieve werking van het hoger beroep lijkt ons deze interpretatie mogelijk, ook al schijnt deze tegen de uitdrukkelijke wetsbepaling betreffende de bevoegde rechter in te gaan. Men moet bovendien voor ogen houden dat de opstellers van dit artikel voornamelijk zijn uitgegaan van de hypothese dat herziening van de dwangsom nodig is geworden om een door de wet te erkennen reden, opgekomen na het in kracht van gewijsde gaan van de eerste uitspraak.

209 Is reeds een hoger beroep tegen de in eerste aanleg gewezen beslissing aanhangig, dan zal de schuldenaar of de erfopvolger, bij uitbreiding van zijn principaal beroep of bij incidenteel beroep, de onmogelijkheid of het overlijden moeten doen vaststellen en de dwangsom doen aanpassen aan de nieuw geschapen toestand. Het hoger beroep heeft immers devolutieve werking.

Bovendien zou de veroordeelde bij zijn vordering voor de eerste rechter, hangende het hoger beroep, geen belang hebben (vgl. art. 798, tweede lid, Ger.W.; VAN BAUWEL, *a.w.*, IV, nr. 616). Slechts wanneer zijn incidenteel beroep wegens onontvankelijkheid van het principaal beroep is afgewezen (art. 1054 Ger.W.), is een vordering voor de eerste rechter mogelijk, omdat deze dan de enige is die nog uitspraak kan doen.

§ 3. Rechtvaardigingsgronden

210 Is een verbod om bepaalde handelingen te verrichten, gebaseerd op de onrechtmatigheid van die handelingen, gesanctioneerd met een dwangsom, en doet nu de schuldenaar een beroep op een na de veroordeling ontstane rechtvaardigingsgrond, die de onrechtmatigheid van zijn handelen wegneemt, dan zou hij, indien hij geen beroep doet op de onmogelijkheid de hoofdveroordeling na te komen, een executiegeschil voor de rechtbank van eerste aanleg moeten kunnen uitlokken (vgl. H.R. 19 december 1952, *N.J.* 1953, 642 met noot Ph. A.N. HOUWING en concl. EGGENS).

211 Hetzelfde zou dienen aangenomen te worden wanneer niet de onrechtmatigheid van een bepaald gedrag heeft opgehouden te bestaan, maar de wederpartij

van de veroordeelde elk redelijk belang bij het nakomen van de hoofdveroordeling heeft verloren (zie boven, nr. 194), of wanneer in enig ander geval de hoofdveroordeling niet meer behoeft te worden nagekomen buiten de gevallen van onmogelijkheid of van overlijden van de schuldenaar, waarvoor door de wet in een regeling is voorzien. Of echter de rechter geneigd zal zijn in zulk een executiegeschil de vordering toe te wijzen, mag betwijfeld worden gelet op het stilzwijgen van de Eenvormige Wet en nu ook de nationale wetgever van de in art. 2 van het Verdrag geboden mogelijkheid geen gebruik heeft gemaakt. Bovendien huldigt men in België, in tegenstelling tot Nederland, een vrij enge opvatting omtrent het rechterlijk gewijsde, waardoor de mogelijkheid van wijziging van een eenmaal door de rechter definitief vastgestelde rechtsbetrekking tussen partijen, uitgesloten geacht wordt (P. MAHAUX, *Het rechterlijk gewijsde en het Gerechtelijk Wetboek*, *R.W.*, 1971-72, 105 e.v.; zie verder, nr. 221). Slechts aan de uitvoering van het vonnis zou dus nog kunnen worden gesleuteld op een daartoe strekkende vordering, voor zover daardoor aan het gezag van gewijsde van de vroegere veroordeling niet wordt geraakt.

212 De schuldenaar zou ook aan de rechter die de veroordeling heeft uitgesproken, kunnen vragen het vonnis te verbeteren of uit te leggen dat de hoofdveroordeling onder verbeurte van een dwangsom bevat.

Dit zal echter slechts in zeer beperkte mate mogelijk zijn, aangezien de rechter niet mag raken aan het gezag van het gewijsde van zijn vroegere uitspraak door een uitbreidend, beperkend of wijzigend ingrijpen in de door hem erkende rechten (art. 24 en 793-794 Ger.W.; *Verslag-VAN REEPINGHEN*, I, blz. 322; FETTWEISS, *Bevoegdheid*, nr. 410, blz. 226-227; Corr. Dinant, 12 jan. 1970, *J. Liège*, 1969-70, 246 e.v.; Arbh. Luik, 14 juni 1971, *Pas.*, 1971, II, 320; Brussel, 22 juni 1972, *R.W.*, 1972-73, 1958; Arbh. Luik, 16 okt. 1976, *J. Liège*, 1976-77, 122. Vóór het Gerechtelijk Wetboek: Cass., 23 sept. 1968, *Pas.*, 1969, I, 85; Cass., 20 nov. 1967, *Pas.*, 1968, I, 375).

De beperkte mogelijkheden die de rechter bij een interpretatie van zijn eigen vroegere uitspraak ter beschikking staan, bevestigen trouwens indirect hetgeen boven is uiteen gezet.

HOOFDSTUK II

DE VASTGESTELDE ONMOGELIJKHEID OM AAN DE HOOFDVER- OORDELING (ONDER VERBEURTE VAN EEN DWANGSOM) TE VOLDOEN

AFDELING I

MOTIVERING VAN DE REGEL

213 Art. 1385 *quinquies* Ger.W. biedt de rechter de mogelijkheid om, op vordering van de schuldenaar, de dwangsom op te heffen of aan te passen in geval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen. Hier heeft de wetgever het dus nodig geacht, de kracht of het gezag van rechterlijk gewijsde, toekomende aan een (definitief geworden) veroordeling, wat te milderen, indien de billijkheid zulks gebiedt. Men kan het artikel dan ook als een illustratie zien van het adagium *ultra posse nemo tenetur*. De noodzaak van zulk een aanpassingsmogelijkheid volgt ook uit het accessoir en zijdelings karakter van de dwangsom: zij behoeft aanpassing zo de hoofdverbintenis, waaraan zij is toegevoegd, geheel of gedeeltelijk, al dan niet tijdelijk, onmogelijk kan worden uitgevoerd door de schuldenaar.

AFDELING II

TAAK VAN DE RECHTER

214 De beoordeling van de onmogelijkheid en van haar aard wordt aan de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, overgelaten: hij kan in functie van die beoordeling de dwangsom opheffen of verminderen, doch kan niet ontslaan van dwangsommen die waren verbeurd op de dag dat de onmogelijkheid intrad. Dit laatste houdt wel in dat de rechter de dwangsom kan opheffen of verminderen vanaf de dag waarop naar zijn oordeel de onmogelijkheid intrad, ook al werd later gedagvaard. M.a.w. de rechter is verplicht, indien hij de vordering op grond van artikel 1385 *quinquies*, eerste lid, Ger.W. toewijst, meteen ook de dag te bepalen waarop naar zijn oordeel de onmogelijkheid intrad en vanaf welke de dwangsom niet meer op haar vroeger vastgesteld bedrag zal worden gehandhaafd. Doch de schuldenaar, die thans wegens onmogelijkheid de aanpassing vordert, moet over die dag en zijn bepaling concluderen, zoniet, dan zal de onmogelijkheid pas op de dag van de uitspraak worden vastgesteld.

215 Hiertegen zou kunnen ingebracht worden dat artikel 1385 *septies*, tweede lid, Ger.W. — dat een specifiek geval van onmogelijkheid tot nakoming voorziet wegens de mogelijke onwetendheid

van de erfgenamen van de schuldenaar nopens de veroordeling, het overlijden of hun erfrecht — uitdrukkelijk stelt dat de opheffing of de vermindering met terugwerkende kracht tot op de dag van het overlijden mogelijk is (zie verder, nr. 227).

216 De rechter treft geen verplichting de dwangsom op te heffen of te verminderen, indien hij enige onmogelijkheid aan de zijde van de schuldenaar vaststelt. Evenmin als de rechter verplicht is een dwangsom op te leggen indien hij de schuldenaar tot iets veroordeelt, is hij verplicht de dwangsom aan te passen, zo hij enige onmogelijkheid vaststelt. Aldus behoeft een tijdelijke of gedeeltelijke onmogelijkheid niet noodzakelijk tot een vermindering of tot een wijziging van de voorwaarden van de dwangsom te leiden (zie verder, nr. 223 en 227). De rechter kan de dwangsom in haar volle strengheid of in een gemildere vorm handhaven zo nakoming geheel of gedeeltelijk onmogelijk wordt. Dit laatste zal vooral aangewezen zijn, wanneer de schuldenaar zelf de onmogelijkheid deed intreden (zie verder, nr. 223). Toch moet men in zulk een geval opletten geen té excessieve last op de schuldenaar te leggen, aangezien het verbeuren van een dwangsom niet belet dat schadeloosstelling daarnaast wordt gevorderd en aangezien toch een vervangende geldelijke schadeloosstelling in de plaats van de definitief onmogelijk geworden uitvoering zal moeten worden toegekend (*M.v.T.*, blz. 16 en 17).

217 Uiteraard zal de rechter het bedrag van de vroeger opgelegde dwangsom thans niet kunnen verhogen noch de last ervan kunnen verzwaren. De eerste veroordeling geldt in dit verband als het maximum dat niet meer overschreden kan worden, aangezien de rechter gebonden is aan de vordering die tot herziening van de dwangsom strekt. De schuldeiser, verweerder in de vordering tot herziening, kan thans geen verhoging vorderen, omdat dit zou indruisen tegen de kracht (het gezag) van gewijsde dat toekomt aan de vroegere veroordeling en ook tegen de kennelijke bedoeling van de wetgever, om afstand te nemen van de in Frankrijk geldende praktijk van de voorlopige dwangsom. Deze laatste bedoeling leidde trouwens tot een limitatieve opsomming van de gronden die herziening of aanpassing mogelijk maken. Bovendien heeft de schuldeiser bij zulk een vordering onvoldoende belang.

ADELING III

DE ONMOGELIJKHEID

218 De wet bepaalt dat de aanpassing van de dwangsom mogelijk is in geval van gehele of gedeeltelijke, tijdelijke of blijvende onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen. Geen verdere precisering wordt gegeven, zodat feitenrechter op onaantastbare wijze in feite oordeelt over het bestaan, de aard en de gevolgen voor de dwangsom van de vastgestelde onmogelijkheid. Daarbij beschikt hij over een ruime beoordelingsvrijheid.

219 Uit die principes volgt dat de onmogelijkheid niet dient te voldoen aan de vereisten die in het burgerlijk recht voor overmacht worden gesteld (Cass. fr., 12 april 1972, *Bull. Civ.*, 1972, I, nr. 97). Niet alleen is de onmogelijkheid slechts één der vereisten voor overmacht, naast de onvoorzienbaarheid en de onontkoombaarheid van de als overmacht geldende gebeurtenis, en past het, nu beide noties in dezelfde rechtstak voorkomen, om deze niet als zijnde identiek te interpreteren; bovendien lijkt zulk een interpretatie ook het best in overeenstemming met het wezen en de kenmerken van de dwangsom. Deze is immers een dwangmiddel, bedoeld om de weerstand van de debiteur tegen nakoming van de hoofdveroordeling te breken en opgelegd volgens het onaantastbare oordeel in feite van de rechter omtrent de opportuniteit ervan. Dit dwangmiddel staat bovendien geheel los van elke schadeloosstelling. Om deze redenen lijkt het dan ook meer aangewezen, in geval van een oprijzend obstakel dat de uitvoering onmogelijk maakt, de onmogelijkheid vrij gemakkelijk aan te nemen en de debiteur geheel of gedeeltelijk van de nakoming van de dwangsom te ontslaan. De rechter beschikt ten deze over een ruime beoordelingsmacht en kan daarbij overwegen dat, bij toekenning van een schadeloosstelling, met de omstandigheden der onmogelijkheid rekening zal kunnen worden gehouden.

220 Onmogelijkheid beduidt het niet, althans niet meer volledig, kunnen, dan wel voorlopig niet meer kunnen voldoen aan de hoofdveroordeling.

Is volledige nakoming van de hoofdveroordeling aktueel nog mogelijk, dan is een beroep op artikel 1385 *quinquies* Ger.W. uitgesloten. Geen onmogelijkheid is dus de omstandigheid dat het nakomen voor de schuldenaar sedert de veroordeling zwaarder of moeilijker is geworden of dat hij zich om een of andere reden zal moeten laten bijstaan bij de nakoming. Evenmin is een onmogelijkheid, de omstandigheid dat de nakoming van de hoofdveroordeling voor de crediteur niet meer of niet meer in dezelfde mate nuttig zal zijn dan ten tijde van de veroordeling. In dit laatste geval zal de schuldenaar zich meestal op misbruik van recht kunnen beroepen, hoewel hij deze vordering zal moeten uitstellen, niet voor de rechter die de dwangsom heeft uitgesproken maar wel voor de rechtbank van eerste aanleg, naar aanleiding van een executiegeschil (art. 569, 5° Ger.W.). Voor een vordering tot herroeping van het gewijsde is de rechter bevoegd die de dwangsom heeft uitgesproken (art. 1134 Ger.W.).

221 Bekend is in dit verband de Lady Cristle Creamzaak: partijen waren bij het begin van de tweede wereldoorlog overeengekomen dat De Swarte aan Blindeman een kosmetisch produkt „Lady Cristle Cream” zou leveren. Toen daaraan niet meer werd voldaan, werd De Swarte op 14 okt. 1942, onder verbeurte van een dwangsom van 10 fl. per dag vertraging, veroordeeld om zijn verplichtingen na te komen. Kort nadien wordt De Swarte door de bezetter gedeporteerd, wat ook Blindeman overkwam. Medio 1945 keren beiden terug naar Nederland en De Swarte herneeft zijn oorspronkelijk beroep van textielhandelaar. Pas eind 1954 horen beide mannen terug van elkaars bestaan. Terstond laat Blindeman een bevel tot betaling betekenen voor vervallen dwangsommen over de periode 4 nov. 1942 tot 1 febr. 1955 en hij laat uitvoerend beslag leggen.

Op vordering van De Swarte beveelt de President van de Amsterdamse rechtbank de opheffing van het beslag, omdat naar de mening van de President, De Swarte niet in staat is geweest de veroordeling na te komen. Tegen deze uitspraak komt Blindeman op voor het Gerechtshof te Amsterdam, waar hij aanvoert dat zulks wellicht tot het ogenblik van De Swartes terugkeer in Nederland kan worden aanvaard, maar niet meer daarna, aangezien het niet kan volstaan om van beroep te veranderen om aan een dwingende veroordeling te ontkomen en er na de oorlog nooit schaarste heeft bestaan omtrent de voor de fabricage benodigde grondstoffen. De Swarte voert echter aan dat het met Lady Cristle Cream om een oorlogssurrogaat ging dat kort na de bevrijding wellicht onverkoopt zou zijn geworden. Daarom meent het Hof dat Blindeman aan De Swarte had moeten laten weten dat hij na de bevrijding de verdere levering nog wenste. Hierom en omdat sinds de oorlog bijna 10 jaar verstreken zonder dat partijen van elkaars bestaan op de hoogte waren, meent het Hof dat executie voor de verbeurde dwangsommen misbruik van recht zou uitmaken, zodat de dwangsommen niet verschuldigd worden geacht (Hof Amsterdam, 4 augustus 1955, *N.J.*, 1956, 215).

222 Een limitatieve opvatting betreffende datgene wat als onmogelijkheid kan worden beschouwd, verhindert nochtans niet dat de rechter, zo hij ze aanwezig acht, de onmogelijkheid op de meest verschillende oorzaken kan laten berusten. Aldus mag niet worden uitgesloten, de psychische of de morele onmogelijkheid om aan de veroordeling te voldoen (H.R. 2 november 1917, *N.J.*, 1917, 1136, *W.R.*, 10194; zie boven, nr. 139). Ook omstandigheden voortvloeiend uit de toepassing van wettelijke maatregelen kunnen een onmogelijkheid opleveren: men denke aan het gerechtelijk akkoord, aan de handelingsonbekwaamverklaring van de schuldenaar, waarvan de Eenvormige Wet zelf het geval van het faillissement uitdrukkelijk behandelt. Maar een fundamentele wijziging in de omstandigheden na de veroordeling, die het nakomen van de hoofdverbintenis aanzienlijk verzwakt mag niet met een onmogelijkheid worden gelijkgesteld, zelfs al is het aannemelijk dat er geen dwangsom zou zijn opgelegd, indien de wijziging vóór de veroordeling, had plaats gegrepen. Onze interne rechtsorde kent de regel *rebus sic stantibus* niet (DE PAGE, II, nr. 573 e.v.; vooral nr. 578 e.v.; KLUYSKENS, I, nr. 231 e.v.). Bovendien zou dit een inbreuk betekenen op het gezag van gewijsde dat toekomt aan de veroordeling onder verbeurte van een dwangsom. Valt zulk een wijziging te voorzien of behoort zij tot de voorzienbare mogelijkheden op het ogenblik van de veroordeling, dan belet trouwens niets de rechter, bij de formulering van de gevorderde veroordeling of bij de bepaling van de modaliteiten der daarmee verbonden dwangsom, rekening te houden met zulk een mogelijke of waarschijnlijke ontwikkeling.

AFDELING IV

WIJZE VAN AANPASSING

223 Artikel 1385 *quinquies*, eerste lid, Ger.W. spreekt slechts van het opheffen of verminderen van de dwangsom maar bepaalt niet of de rechter in geval van vermindering ook de modaliteiten, in de eerste uitspraak aan de dwangsom

verbonden, mag wijzigen. Dit laatste volgt evenwel, onder voorbehoud dat dit niet tot een verhoging van de dwangsom leidt, uit de krachtens art. 1385 *bis* Ger.W. aan de rechter verleende vrijheid bij het opleggen van de dwangsom, terwijl ook de bewoordingen van art. 1385 *quinquies* Ger.W. niet tot een zeer strikte houding van de rechter nopen. Eerder is bedoeld dat hem de mogelijkheid wordt geboden de dwangsom aan de gewijzigde omstandigheden aan te passen op de hem meest geschikt lijkende manier. Er zij nochtans opgemerkt dat artikel 1385 *septies*, eerste lid, slot, ingeval de schuldenaar overleden is, de rechter uitdrukkelijk machtigt tot het wijzigen van het bedrag en van de voorwaarden van de vroeger opgelegde dwangsom.

HOOFDSTUK III

OVERLIJDEN VAN DE VEROORDEELDE SCHULDENAAR OF VAN DE SCHULDEISER

AFDELING I

OVERLIJDEN VAN DE VEROORDEELDE SCHULDENAAR

224 De billijkheid gebiedt dat een dwangsom die aan de decuius was opgelegd, niet zonder meer op zijn erfgenamen overgaat: zij kunnen onwetend zijn van de veroordeling en de persoonlijke omstandigheden van de erfflater, die medebepalend zijn geweest voor het opleggen van de dwangsom en het bepalen van het bedrag en de modaliteiten ervan, zullen vaak niet de hunne zijn (*M.v.T.*, blz. 22 en 22). Nochtans mag ook de schuldeiser die een veroordeling heeft verkregen, niet zonder bescherming gelaten worde; het overlijden van de schuldenaar mag voor zijn erfopvolgers geen aanleiding zijn om de voor hen hinderlijke verplichtingen van hun rechtsvoorganger en de daaraan verbondensancties te omzeilen en de schuldeisers te benadelen.

225 Artikel 1385^{septies} Ger. W. maakt dan ook een onderscheid naargelang de dwangsom op een bepaald bedrag per tijdseenheid dan wel op een bepaald bedrag ineens of een bedrag per overtreding is vastgesteld.

In het eerste geval is de bescherming van de rechtsopvolgers van de decuius veel dringender dan in het tweede, de dwangsom ten gevolge van het overlijden en het daarmee mogelijk gepaard gaande tijdsverlies bij de nakoming van de veroordeling, tot een astronomisch bedrag zou oplopen. Daarom maakt het overlijden van de schuldenaar, veroordeeld onder verbeurte van een dwangsom per tijdseenheid, een einde aan het verbeuren van de dwangsom. Degene die de veroordeling van de decuius heeft verkregen, zal van de rechter die ze uitsprak, kunnen vorderen dat de dwangsom ook door de erfgenamen zal worden verbeurd. De rechter is, behoudens inmiddels ingetreden onmogelijkheid tot nakoming van de hoofdveroordeling gebonden door de uitgesproken hoofdveroordeling, maar hij kan het bedrag en de voorwaarden van de dwangsom, die hij de rechtsopvolgers oplegt, anders bepalen, rekening houdend met de nieuwe, door het overlijden ontstane toestand en met de eigen situatie waarin elk der erfgenamen verkeert (zie boven, nr. 218). M.a.w. de rechter kan aan de bestaande hoofdveroordeling, die op de nalatenschap weegt, een nieuwe dwangsom verbinden, aangepast aan de persoon van de rechtsopvolgers van de decuius, hun bv. een termijn van respijt voor het verbeuren der dwangsom verlenen, een maximum stellen voor het door hen mogelijk te verbeuren bedrag, de dwangsom thans op een bedrag ineens of op een bedrag per overtreding vaststellen, zelfs al ligt het bedrag ervan hoger dan datgene dat de decuius was opgelegd.

226 In andere gevallen, waarin de dwangsom per overtreding of op een bedrag ineens is vastgesteld bij de hoofdveroordeling, lopen de rechtsopvolgers uiteraard niet het gevaar ondragelijke dwangsommen te verbeuren en dringt zich dus een totaal andere regeling op: immers, indien hier het verbeuren van de dwangsom zou worden opgeschort door het overlijden, zouden de erfgenamen daarvan wel eens kunnen profiteren om de belangen van de schuldeiser van hun rechtsvoorganger op onherstelbare wijze te schaden, b.v. door in weerwil van een bij vonnis bekrachtigd contractueel recht van voorkeur of voorkoop, gesanctioneerd met een dwangsom, het goed aan een derde te verkopen (*M.v.T.*, blz. 22 en 22).

227 Daarom neemt de wet aan dat de erfgenamen tijdelijk of blijvende opheffing of vermindering van de dwangsom zullen moeten vorderen en dat de rechter die zal kunnen toestaan, rekening houdend met de nieuw ontstane toestand en de persoonlijke situatie der rechtsopvolgers, indien nodig met terugwerkende kracht tot de dag van het overlijden van de schuldenaar. M.i. kan de rechter ook de voorwaarden van de dwangsom in dit geval wijzigen en bijvoorbeeld voor de rechtsopvolgers een maximumbedrag vaststellen voor de te verbeuren dwangsommen of een dwangsom op een bepaald bedrag per tijdseenheid vaststellen. Hem moet immers een grote vrijheid bij de beoordeling gelaten worden. Tegen deze opvatting pleit evenwel dat in deze mogelijkheid slechts in art. 1385 *septies*, eerste lid, Ger.W. is voorzien en ook dat een tijdelijke opheffing van de dwangsom of het verlenen van een termijn waarna de dwangsom zal worden verbeurd, in wezen hetzelfde zijn.

228 Zowel in het geval dat de dwangsom per tijdseenheid als in het geval dat ze per overtreding of op een bepaald bedrag ineens was vastgesteld, blijft het bedrag ervan dat vóór het overlijden verbeurd is, verschuldigd, behalve zo vóór het overlijden een onmogelijkheid tot nakoming door de decuius is ontstaan. In dat geval kunnen de erfgenamen het door hun rechtsvoorganger daaromtrent ingesteld geding voortzetten, of zelf op grond van art. 1385 *quinquies*, eerste lid, Ger.W. vorderen dat de dwangsom zal worden aangepast of opgeheven vanaf de dag waarop de onmogelijkheid intrad. Het overlijden van de decuius kan dan aanleiding zijn voor de rechter om van dan af een verdere aanpassing van de dwangsom door te voeren.

AFDELING II

OVERLIJDEN VAN DE SCHULDEISER

229 Men zou zich kunnen afvragen waarom het geval van het overlijden van de schuldeiser en de eventuele weerslag daarvan op de te verbeuren dwangsom of op de hoofdverbintenis niet in de wet is voorzien.

Deze hypothese behoefde nochtans geen nadere regeling, aangezien het verder blijven verbeuren van de dwangsom, ongeacht het overlijden van de schuldeiser, de beste waarborg is tegen uitbuiting door de schuldenaar van de situatie ontstaan door het overlijden.

In voorkomend geval zal de schuldenaar zich trouwens kunnen beroepen op een door dit overlijden geschapen onmogelijkheid om de veroordeling na te komen en aanpassing of opheffing van de dwangsom kunnen vorderen.

De rechtsopvolgers van de schuldeiser zullen een beroep kunnen doen op art. 1385 *octies*, 3° Ger.W. De dwangsom die is verbeurd na het overlijden, terwijl zij daarvan niet op de hoogte waren noch konden zijn, begint pas te verjaren vanaf het ogenblik dat zij van het verbeuren kennis hebben gekregen (zie verder, nr. 273).

TITEL V

FAILLISSEMENT VAN DE SCHULDENAAR EN ANDERE GEVALLEN VAN SAMENLOOP VAN SCHULDEISERS

HOOFDSTUK I

FAILLISSEMENT VAN DE SCHULDENAAR

AFDELING I

PRINCIPES

230 Art. 1385 *sexies* Ger.W. stelt dat geen dwangsom kan worden verbeurd gedurende het faillissement van de veroordeelde schuldenaar en dat dwangsommen die vóór de faillietverklaring verbeurd zijn, in het passief van het faillissement niet worden toegelaten.

231 De dwangsom is immers een dwangmiddel dat de aanspraak op schadeloosstelling wegens niet-nakoming van de hoofdvverbintenis onaangetast laat, en dat zijn efficiëntie mede dankt aan de wanverhouding tussen het bedrag van de te verbeuren som en de last van de hoofdvverbintenis (zie boven, nr. 61). Langs het patrimonium van de schuldenaar om waaraan de dwangsom op overtuigende wijze geacht wordt te knagen, wil men zijn vermoede of bewezen onwil tot nakomen breken. Het faillissement betekent zijnerzijds het verlies van het beheer van de gefailleerde over zijn vermogen en brengt de nietigheid of de aanvechtbaarheid van rechtshandelingen en betalingen met zich mee (art. 444 e.v. Faillissementswet).

Om al deze redenen mag men besluiten dat het toelaten van de schuldvordering wegens verbeurde dwangsommen in het faillissement meer de schuldeisers dan de schuldenaar zou treffen. Het zou tegen de logica en de billijkheid indruisen, de koppigheid en de onwil van de schuldenaar, gekomen in staat van faillissement, nog verder te sactioneren (*M.v.T.*, blz. 20; VAN MULLEN, *a.w.*, *J.T.*, 1977, 37 e.v.). Dit zou de failliete boedel nog meer te belasten, waardoor schuldeisers in veel mindere mate dan verhoopt, hun schuldvordering op het te verdelen actief zouden kunnen verhalen.

232 Bovendien zou het toelaten van verbeurde dwangsommen in de failliete boedel, de faillietverklaring van sommige schuldenaars nog verhaasten en hen er toe aanzetten sommige schuldeisers te bevoordelen of tot ongezonde afspraken met sommige schuldeisers over te gaan ten nadele van andere.

233 Een ander argument, dat in de *M.v.T.* sterk wordt beklemtoond, is dat het faillissement het einde betekent van alle individuele executiemaatregelen op de goederen van de schuldenaar (*M.v.T.*, blz. 20 en

20). Het faillissement is een collectieve beslagmaatregel ten bate van de schuldeisers van de gefailleerde, bestemd om tot aanzuivering van het passief te komen. Dit betekent dat de schuldeiser de hoofdveroordeling niet meer ten uitvoer kan leggen en dat de schuldenaar ook niet meer uit vrije wil aan de veroordeling kan voldoen, indien deze enige pecuniaire weerslag heeft. Door met deze onmogelijkheid tot handelen rekening te houden, preciseert de Eenvormige Wet de *ratio* die aan haar artikel 1385 *quinquies* Ger.W. ten grondslag ligt, wat het faillissement betreft, doch in zoverre zij het verbeuren van de dwangsom ook uitbreidt tot die gevallen waarin de nakoming van de hoofdveroordeling de gefailleerde debiteur niet in zijn patrimonium treft, breidt zij de in art. 1385 *quinquies* Ger.W. beoogde doelstelling verder uit, in overeenstemming met de kenmerken van de faillissementsregeling.

Ten overvloede zou men in dit verband erop kunnen wijzen dat de rechtspraak strafbedingen in contracten in geval van faillissement als nietig afwijst, daar zij de gelijkheid tussen de schuldeisers verstoren (CLOQUET, *a.w.*, nr. 1719; Kh. Luik, 20 jan. 1959, *R. Crit. J. B.*, 1960, 41 met noot Y. HANNECART; Kh. St. Niklaas, 27 nov. 1962, *R.W.*, 1966-67, 410 e.v.; Marche-en-Famenne, 8 juni 1968, *J. Liège*, 1968-69, 252). Hetzelfde geldt voor verhogingsbedingen (Kh. Verviers, 15 dec. 1975, *J. Liège*, 1976-77, 212).

234 Omdat bij faillissement hoegenaamd geen rekening wordt gehouden met verbeurde of nog te verbeuren dwangsommen, is een optreden van de rechter die de dwangsom aan de nieuwe toestand zou moeten aanpassen, geheel overbodig.

235 Artikel 1385 *sexies* Ger.W. bepaalt dat met de dwangsom geen rekening wordt gehouden in het faillissement. Hieruit rijst echter de vraag, in hoeverre met reeds verbeurde dwangsommen en de daaruit volgende schuldvorderingen rekening mag worden gehouden bij de faillietverklaring en bij de vaststelling van het staken der betalingen.

236 Het feit dat de schuldvordering wegens verbeurde dwangsommen in het passief van de failliete boedel niet wordt toegelaten, belet niet er rekening mee te houden bij het uitspreken van het faillissement of bij de vaststelling van het staken der betalingen. De vordering kan immers bepalend of medebepalend zijn om de insolventie, het staken der betalingen of het wankelen van het krediet van de schuldenaar vast te stellen, in zoverre ze namelijk de gehele commerciële activiteit van de schuldenaar kan in het gedrang brengen en de toekomst ervan compromitteren (CLOQUET, *Nov.*, *Droit commercial*, IV, *Les concordats et la faillite*, nr. 230 e.v.; VAN RYN/HEENEN, *Principes de droit commercial*, IV, nr. 2642).

Wel kan de schuldeiser jegens wie aan de hoofdveroordeling is voldaan en die nog slechts een vordering wegens verbeurde dwangsommen heeft, het faillissement van zijn schuldenaar niet meer uitlokken, want hij heeft daarbij niet enkel geen voldoende belang, doch hij schaadt zelfs het eigen belang, omdat hij ten gevolge

van het faillissement en voor de duur ervan zijn mogelijkheid tot executie van de verbeurde dwangsommen verliest.

237 Het koppig weigeren aan een veroordeling te voldoen, hoewel dit mogelijk is, en het maar laten oplopen van de schuldvordering wegens verbeurde dwangsommen kan voor de rechter, die het faillissement moet uitspreken en de datum van het staken der betalingen moet vaststellen, gewichtige gegevens verschaffen, die een maatstaf kunnen zijn bij de vorming van zijn oordeel. Aangezien noch de insolventie (CLOQUET, *a.w.*, nr. 205 e.v.; VAN RYN/HEENEN, *a.w.*, IV, nr. 2642; FREDERICQ, VII, blz. 69), noch de oorzaken van het staken der betaling of het wankelen van het krediet (CLOQUET, *a.w.*, nr. 203; FREDERICQ, VII, blz. 69; *Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Faillite*, nr. 80 alle met verwijzingen), noch de vermogenstoestand van de schuldenaar (CLOQUET, *a.w.*, nr. 203 en 230; FREDERICQ, VII, blz. 72; VAN RYN/HEENEN, *a.w.*, IV, nr. 2642), op zichzelf beslissend zijn bij de beoordeling van de voorwaarden voor de faillietverklaring, weegt het bezwaar dat de schuldvordering uit verbeurde dwangsommen niet in het passief kunnen voorkomen, niet zó zwaar.

AFDELING II

GEVOLGEN

238 Tot op het ogenblik van de faillietverklaring kan de schuldenaar die de veroordeling niet nakomt, de daaraan verbonden dwangsom verbeuren. Vanaf de faillietverklaring tot het ogenblik dat het faillissement een einde neemt, wordt de dwangsom niet verbeurd. Dit betekent dat, na het einde van het faillissement, de dwangsommen die vóór de faillietverklaring zijn verbeurd, kunnen worden verhaald; mede omdat krachtens art. 1385 *octies*, tweede lid, Ger.W., de verjaring geschorst wordt door het faillissement. Maar aangezien de dwangsom niet verbeurd wordt gedurende het faillissement, zal over de periode van het faillissement nimmer een dwangsom kunnen worden verhaald. De schorsing van de dwangsom door het faillissement geldt zowel ten aanzien van de boedel als ten aanzien van de gefailleerde zelf. Dit betekent dat de schuldenaar die eerherstel wil verkrijgen, de dwangsommen gedurende het faillissement verbeurd, niet zal behoeven te betalen, in tegenstelling met wat artikel 586 Faillissementswet voorschrijft wat betreft de interesten.

239 Aangezien de schuldvordering uit verbeurde dwangsommen niet wordt toegelaten in het passief van de failliete boedel, kan zij niet aangegeven worden tot verificatie door de curator. Gebeurt dit toch, dan zal de curator haar moeten betwisten en de rechtbank de opname ervan in het passief moeten weigeren.

240 De schuldvordering komt evenmin in aanmerking voor pondsgewijze betaling uit het actief, noch voor de berekening van de meerderheid der schuldeisers of van de drievierde van het geheel der schuldvorderingen bij de stemming over en de aanvaarding van een akkoord na faillissement. Wat dit laatste betreft, vermag het akkoord dan ook niet de verplichting tot betaling van de verbeurde dwangsommen op te heffen, als niet in het akkoord opgenomen verplichting (art. 519 Faillissementswet).

241 De Eenvormige Wet regelt het lot der verbeurde en te verbeuren dwangsommen slechts tijdens de duur van het faillissement. Voor wat de gevolgen betreft van de uitspraak der faillietverklaring op de geldigheid van vroeger gedane betalingen van verbeurde dwangsommen, moet men zich richten naar de regels opgesomd in de artiklen 445 en 446 van de Faillissementswet.

242 Een vordering wegens verbeurde dwangsommen wordt in het passief van de failliete boedel niet toegelaten. Uiteraard wel in het actief van de boedel, t.t.z. de schuldeiser die failliet wordt verklaard, verliest zijn recht op de dwangsom daardoor niet.

243 Art. 1385*sexies* Ger.W. betreft slechts de schuldvordering wegens verbeurde dwangsommen en het verder verbeuren tijdens het faillissement van de dwangsom. Het faillissement raakt de verplichting tot nakoming van de hoofdveroordeling niet; deze blijft verschuldigd en zal eventueel door de curator of door de gefailleerde zelf, in het geval van een verbintenis om iets te doen of niet te doen, zonder pecuniaire weerslag op de failliete boedel (DE PAGE, VI, nr. 748*bis* en 780; CLOQUET, *a.w.*, nr. 1787), moeten of kunnen worden nagekomen. Ook belet de regel van artikel 1385*sexies* Ger.W., niet dat de vordering tot schadeloosstelling wegens niet-nakoming of de vordering tot vervangende geldelijke schadeloosstelling in het faillissement wordt opgenomen. In dit laatste geval wordt uiteraard de dwangsom niet verder verbeurd.

244 Dat een dwangsom ook aan de curator kan worden opgelegd, is reeds uiteengezet (*M.v.T.*, blz. 21; zie boven, nr. 166).

(Zie over de vraag op wie de dwangsom, waartoe de curator in een faillissement als zodanig veroordeeld wordt, zal worden verhaald, op het privé-vermogen van de curator, dan wel op de failliete boedel: CLOQUET, *a.w.*, nr. 2186 e.v. en 2546 e.v.; *Rép. P. Dr. B.*; *Tw. Faillite et Banqueroute*, nr. 1583 e.v.; FREDERICQ, *Traité*, VII, 323 e.v.; VAN RYN/HEENEN, *a.w.*, IV, nr. 2689 e.v.)

HOOFSTUK II

ANDERE GEVALLEN VAN SAMENLOOP VAN SCHULDEISERS

245 Artikel 1385^{sexies} Ger.W. is beperkt tot het geval van faillissement. Nochtans hebben de opstellers van de nieuwe wet zich afgevraagd of de regels die in dat artikel worden gesteld, niet dienden te worden uitgebreid tot andere gevallen van samenloop van schuldeisers. Daarbij is slechts gedacht aan het gerechtelijk akkoord. Men had ook het geval van het kennelijk onvermogen, met samenvoeging van verscheidene beslagen onder ogen kunnen nemen, aangezien ook daar een vorm van samenloop ontstaat, met pondspondsgewijze verdeling tussen de beslagleggende schuldeisers.

246 Dat het kennelijk onvermogen niet werd geregeld is echter logisch, gelet op het ontbreken van enige organisatie ervan door de wet. Bovendien kan worden opgemerkt dat de feitelijke samenloop tussen schuldeisers, die volgt uit het menigvuldig beslagleggen op de goederen van de schuldenaar, slechts geldt tussen die schuldenaars die beslag gelegd hebben; de anderen, die te laat komen bij de verdeling, zullen niets ontvangen (DEKKERS, II, nr. 381, B en 384, f; DE PAGE, III, nr. 168). Welnu, het is zeer goed mogelijk dat de schuldeiser van een verbintenis gesanctioneerd met een dwangsom, van het kennelijk onvermogen en de verdeling helemaal niet op de hoogte was, zodat het ook weinig zinvol zou zijn in een opschorting van de hem toekomende dwangsom te voorzien.

247 Wat het gerechtelijk akkoord betreft, lijkt de belangrijkste reden voor het uitsluiten ervan, de moeilijkheid te zijn geweest om tot een bevredigende uniforme regeling te komen, gelet op de verschillen tussen het gerechtelijk akkoord, de in Nederland bestaande *surséance van betaling* en het Luxemburgse *concordat préventif de la faillite*.

De *M.v.T.*, preciseert trouwens dat de nationale wetgever vrij een regeling kan treffen die het gerechtelijk akkoord mede omvat en dat de nationale rechter, bij analogische interpretatie, de regeling inzake faillissement tot het gerechtelijk akkoord zou kunnen uitbreiden, indien hij dit mogelijk en aangewezen acht (*M.v.T.*, blz. 22 en 22).

248 De Luxemburgse wetgever (*Chambre des Députés*, 1975-76, nr. 1954/1) heeft gemeend geen regeling te moeten treffen; de Nederlandse wetgever evenmin. De *M.v.T.* laat omtrent het Nederlandse recht opmerken dat in de praktijk nooit de behoefte werd gevoeld aan een regeling als bedoeld in art. 1385^{sexies} Ger.W., voor het geval van *surséance* (zie nochtans: VAN OPSTALL, *a.w.*, *W.P.N.R.*, 1972, 486 e.v.). Dat de rechter in een der Benelux-landen art. 1385^{sexies} Ger.W. zó zou interpreteren dat dit andere gevallen omvat, is weinig waarschijnlijk, nu die door de *M.v.T.* bij de Eenvormige Wet zijn uitgesloten (*M.v.T.*, blz. 21 en 21-22).

249 Als reden voor het verwerpen van de in art. 1385^{sexies}, 1^o Ger.W. vermelde regeling voor het gerechtelijk akkoord, stelt de *M.v.T.* verder dat de schuldenaar bij gerechtelijk akkoord niet volledig wordt ontzet uit zijn patrimoniale rechten en dat hij die in beginsel zelf blijft uitoe-

fenen, met medewerking van een rechter-commissaris (blz. 21 en 21). Uit het gedeeltelijke behoud van de handelingsbekwaamheid wordt afgeleid, dat dit het de schuldenaar mogelijk zou maken de hoofdbintenis, bestaande in een nietdoen, straffeloos te schenden, indien de indiening van een verzoek tot gerechtelijk akkoord het verbeuren van de dwangsom zou schorsen. Ten slotte wordt opgemerkt dat op de in artikel 1385quinquies Ger.W. gegeven regeling van de onmogelijkheid een beroep zal kunnen gedaan worden voor het geval dat zulk een onmogelijkheid zou voortvloeien uit of samenvallen met de procedure van gerechtelijk akkoord.

250 Tegen deze redenering kunnen echter velerlei bezwaren worden ingebracht. Wanneer het niet gaat om een verbintenis om niet te doen, maar om te doen of om te geven, dan blijft in de huidige regeling de dwangsom verder lopen, ook al zou de schuldenaar willen nakomen maar de rechter-commissaris de vereiste machtiging meent te moeten weigeren, wegens de pecuniaire weerslag van de nakoming.

251 Ook het feit dat op artikel 1385quinquies Ger.W. een beroep kan worden gedaan in geval van gerechtelijk akkoord, is weinig overtuigend. Daar het faillissement de gefailleerde het beheer over zijn vermogen geheel doet verliezen, zou in dat geval nog met meer reden een beroep op artikel 1385quinquies Ger.W. gedaan worden, maar toch heeft de wet een uitdrukkelijke regeling daarvoor gegeven.

252 Bovendien zal steeds op artikel 1385quinquies Ger.W. een beroep moeten gedaan worden wat betreft de dwangsommen verbeurd in de — weliswaar zeer korte — periode tussen de indiening van het verzoek en de aanstelling van een rechter-commissaris. Gedurende deze periode is de handelingsbekwaamheid van de debiteur immers absoluut (CLOQUET, *a.w.*, nr. 697).

253 Ook de in artikel 1385sexies, tweede lid, Ger.W. neergelegde regel is niet uitgebreid tot het gerechtelijk akkoord. Dwangsommen die vóór de aanvraag tot het bekomen van een gerechtelijk akkoord zijn verbeurd, kunnen dus wel in het akkoord worden opgenomen. De *M.v.T.* (blz. 21 en 21) motiveert dit door te stellen dat het gerechtelijk akkoord weliswaar leidt tot samenloop van schuldeisers en tot de vorming van een voor hen bestemde boedel (CLOQUET, *a.w.*, nr. 666; DE PAGE, VII, nr. 8, A, 3°; FREDERICQ, VIII, nr. 618), maar niet altijd uitmondt in een vereffening van het vermogen van de schuldenaar. Indien men de vorderingen wegens reeds verbeurde dwangsommen niet zou toelaten tot het akkoord, zou dit inhouden dat de schuldeiser die na de homologatie van het akkoord weer voor hun volle omvang zou kunnen executeren. In de hypothese van artikel 1385sexies Ger.W. kan immers de reeds vóór de faillietverklaring verbeurde dwangsom na het einde van het faillissement voort worden verhaald.

254 Ook hier heeft de regeling nadelen. Zij betekent dat, krachtens artikel 29 Besl. Regt. 25 sept. 1946 betreffende het gerechtelijk akkoord, alle dwangsommen die reeds verbeurd zijn, tot het einde van de termijn van acht dagen na de vergadering der schuldeisers, gedurende welke nog kan worden gestemd, kunnen worden aangegeven en dat, zo de vordering wegens verbeurde dwangsommen niet wordt betwist, zij meegerekend wordt om de voor het tot stand komen van het akkoord vereiste meerderheden te berekenen. Aldus zal de schuldeiser van een hoofdvordering die geen pecuniaire weerslag heeft, toch voor een hoog bedrag wegens verbeurde dwangsommen meegerekend worden bij de bepaling van de vereiste tweederde meerderheid.

255 Het dient opgemerkt, dat het meer dan waarschijnlijk is, dat de schuldvordering, ingediend wegens verbeurde dwangsommen, zal worden betwist door de andere schuldeisers, terwijl ook de schuldenaar meestal in zijn voorstellen geen of slechts in zeer beperkte mate rekening zal wensen te houden met de verbeurde dwangsommen.

De kans is dus wel bijzonder groot dat de rechtbank van koophandel in ieder geval, uitspraak zal moeten doen over het toelaten van de schuldeiser van verbeurde dwangsommen tot de raadpleging omtrent de totstandkoming van het gerechtelijk akkoord. Het kan de schuldeiser bovendien zeer moeilijk vallen om, met het oog op het akkoord, de precieze grootte van zijn schuldvordering te bewijzen.

TITEL VI

DE DWANGSOM EN ANDERE DWANGMIDDELEN

HOOFDSTUK I

DWANGSOM EN BOETEBEDING

256 Boetebeding of strafbeding en dwangsom zijn prikkels tot nakoming van een verbintenis, doch hebben een verschillende grondslag. De dwangsom vindt haar oorsprong in een vonnis, het boetebeding in een tussen partijen aangegane overeenkomst. Vraag is of beide kunnen samengaan om de naleving van een zelfde verbintenis te verzekeren, in die zin dat, indien de contractueel vastgestelde boete de schuldenaar onvoldoende stimuleert, de rechter aan zijn veroordeling tot nakomen van de hoofdverbintenis ook nog een dwangsom kan verbinden?

257 Indien men voor ogen houdt dat een dwangsom essentieel moet worden onderscheiden van een schadeloosstelling, waarvan zij totaal onafhankelijk is, en dat het boetebeding bestaat in een bijkomende verbintenis die strekt om de schadeloosstelling vast te bepalen voor het geval dat de hoofdverbintenis niet wordt nagekomen, dan lijkt het niet uitgesloten dat beide kunnen samengaan. Het feit dat beide een stimulans kunnen betekenen voor de schuldenaar om zijn verbintenissen na te komen, belet deze conclusie niet, aangezien men dit laatste kenmerk, wat het boetebeding betreft, beschouwt als een neveneffect dat kan maar niet behoeft te zijn gerealiseerd en dat trouwens door sommigen wordt ontkend (*anders*: DE PAGE, III, nr. 117; LAURENT, XVIII, nr. 424 en 416).

258 Bovendien kan een boetebeding worden toegepast samen met andere bedingen die de schade wegens niet-uitvoering vast bepalen, mits zij tot doel hebben verschillende schadeposten te herstellen (SCHOENTJES-MERCHERS, *Het boetebeding*, T.P.R., 1969, 56 e.v.; DE PAGE, III, nr. 117 en 121; RIPERT/BOULANGER, II, nr. 842; BAUDRY-LACANTINERIE/BARDE, nr. 1354; PLANIOL/RIPERT, VII, nr. 875; Cass., 25 maart 1858, *Pas.*, 1858, I, 113).

259 Aangezien het boetebeding slechts uitwerking kan hebben, indien de hoofdverbintenis niet nagekomen wordt, kan men evenwel niet terzelfdertijd de uitvoering van de hoofdverbintenis en van het boetebeding vorderen, tenzij het boetebeding is bedongen tot vergoeding van de schade voortvloeiend uit een te late uitvoering der overeenkomst (art. 1229, tweede lid, B.W.; Cass., 4 nov. 1960, *R.W.*, 1960-61, 128; Cass., 8 nov. 1901, *Pas.*, 1902, I, 33).

260 Wanneer bij een vroegere veroordeling aan de veroordeling tot een bepaalde hoofdverbintenis een dwangsom is gekoppeld, terwijl het contract tussen partijen reeds in een boetebeding voorzag, dan kunnen dwangsom en boetebeding samen worden verhaald. Wel is, om de contractuele boete te kunnen verhalen, behoudens andersluidend beding, ingebrekestelling nodig (art. 1230 B.W.), wat onnodig is voor het verhalen van de dwangsom (art. 1385^{quater} Ger.W. A.L. CROES, *Enige Opmerkingen over art. 1637 B.W.*, W.P.N.R., 1973, 191, 211 en 214 e.v.). Wanneer veroordeling wordt gevorderd tot nakoming van een boetebeding dat een vervangende schadeloosstelling in geld vaststelt, boetebedingen behoeven niet in geld te zijn uitgedrukt, dan kan eiser uiteraard niet terzelfdertijd een dwangsom vorderen.

261 Het is nochtans duidelijk dat het aan de onaantastbare beoordeling van de rechter moet overgelaten worden of hij een dwangsom zal verbinden aan de hoofdveroordeling, wanneer de overeenkomst waarop deze berust, reeds voorziet in een boetebeding (HOFMANN/VAN OPSTALL, *a.w.*, blz. 549 e.v.).

262 Zeer duidelijk is het Gerechtshof te Arnhem, dat besliste: „de rechter [is] bevoegd... een dwangsom toe te passen, indien hij daartoe aanleiding vindt en deze bevoegdheid wordt niet beperkt door eventueel door partijen overeengekomen nevenbedingen, welke de strekking hebben de naleving van de hoofdverbintenis te verzekeren... de omstandigheid dat een zodanig beding is gemaakt kan wel reden zijn om geen dwangsom op te leggen, dan wel de dwangsom te stellen op een lager bedrag dan het geval zou zijn geweest, indien partijen zodanig nevenbeding niet waren overeengekomen (Hof Arnhem, 29 november 1961, *N.J.*, 1962, 182; zie ook: Hof Amsterdam, 11 mei 1967, *N.J.*, 1967, 319 en het vonnis waarvan hoger beroep: Pres. Rb. Amsterdam, 31 jan. 1967, *N.J.*, 1967, 88).

M.a.w. de rechter zal in *concreto* beoordelen of het boetebeding als voldoende dwangmiddel fungeren kan, dan wel of het amper de door de schuldeiser geleden schade dekt. In dit laatste geval kan hij natuurlijk een dwangsom opleggen onder de voorwaarden die hij meest aangewezen acht, terwijl hij in het eerste geval de dwangsom kan weigeren, de bedongen boete naar gelang van de omstandigheden zou kunnen weigeren te milderen.

In de nieuwe Beneluxwet betreffende het boetebeding is in een algemene matigingsbevoegdheid voorzien, ongeacht of er al dan niet een begin van uitvoering van de overeenkomst is (art. 4, 1^o; SCHOENTJES-MERCHIERS, *a.w.*, *T.P.R.*, 1969, 51 e.v.).

263 Het probleem is echter in welke mate de rechter rekening moet houden met een boetebeding waarbij partijen klaarblijkelijk het vorderen van een dwangsom hebben willen uitsluiten. Aangezien, zoals elders wordt aangetoond, partijen afstand kunnen doen van het recht om een dwangsom te vorderen (zie verder nr. 276 e.v.), kan de rechter zich beperken tot een onderzoek van het bedongen boetebeding en zal hij de boete kunnen handhaven of zelfs reduceren al naargelang hij die voldoende of overdreven acht als schadeloosstelling en/of als prikkel tot nakoming van de hoofdverbintenis (HOFMANN/VAN OPSTALL, *a.w.*, blz. 550).

Afzien van het recht de matiging van een boetebeding te vorderen, is krachtens art. 4, 2^o van de Eenvormige Wet onmogelijk.

HOOFDSTUK II

RECHT VAN ANTWOORD EN DE VEROORDELING ONDER VERBEURTE VAN EEN DWANGSOM

264 Art. 5, tweede lid, van de Wet van 23 juni 1961 betreffende het recht tot antwoord bepaalt dat: „Indien de dag van het vonnis het antwoord nog niet werd opgenomen, gelast de rechtbank de opneming binnen een termijn die zij vaststelt, en veroordeelt zij bovendien de uitgever tot een geldboete van honderd frank per dag vertraging vanaf het verstrijken van deze termijn; ...” De hier bepaalde geldboete geldt niet inzake het recht van antwoord in radio en televisie.

265 Deze geldboete is een werkelijke correctionele geldboete en geen dwangsom (vgl. W. CALEWAERT, *Het recht tot antwoord, R.W.*, 1961-62, 241, e.v.; J. EECKHOUT, *La loi du 23 juin 1961 relative au droit de réponse, J.T.*, 1962, 597 e.v.); M. PLATEL, *Het recht van antwoord in de communicatiemedia*, blz. 50 e.v.). Zij is een straf, waarvan de grootte afhangt van het aantal dagen vertraging in de opneming van het antwoord.

Een vergelijkbare regeling van bestraffing vindt men in art. 154 Boswetboek, dat in een verhoging van de geldboete voorziet volgens de klasse waarin de bomen worden ingedeeld en volgens de omtrek der bomen, voor het geval bomen illegaal worden gekapt of weggehaald. Het bestaan van deze strafmaatregel en de mogelijkheid die op te leggen is dus onafhankelijk van elke aanspraak op schadeloosstelling of op een dwangsom vanwege de burgerlijke partijen (W. CALEWAERT, *a.w.*, *R.W.*, 1961-62, 241 e.v.). Nochtans zal het de rechter meestal niet opportuun voorkomen om én een geldboete per dag vertraging én een dwangsom op te leggen, bestemd om de inlassing van het antwoord binnen de gestelde termijn te verzekeren. Kan de dwangsom nog enige efficiëntie hebben naast zulk een verplicht op te leggen geldboete? Beide bepalingen hebben immers hetzelfde doel en laten het recht op schadeloosstelling onaangetast.

Wordt echter de inlassing van een eerder geweigerd antwoord voor de burgerlijke rechtbank gevorderd, dan kan de strafrechtelijke geldboete bepaald in art. 5, tweede lid, van de Wet niet worden opgelegd, en belet niets de rechter de inlassing te bevelen onder verbeurte van een dwangsom.

HOOFDSTUK III

DWANGSOM EN LIJFSDWANG

266 Bij art. 5 van de invoeringswet worden de diverse bepalingen over de lijfswang in burgerlijke zaken en in strafzaken opgeheven. De opheffing wordt in de Memorie van Toelichting bij de invoeringswet gemotiveerd door de geringe toepassing die deze artikelen nog vonden (*Gedr. St., Kamer*, nr. 353 [1977-78], nr. 1, blz. 3).

In burgerlijke zaken zou de lijfswang ook in strijd komen met art. 1 van het vierde Protocol bij het Verdrag van Rome tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, van 16 september 1963. Nochtans vertonen beide instellingen zekere gelijkenis en kon men verwachten dat de invoering van de dwangsom in ons recht ook het instituut van de lijfswang nieuw leven zou inblazen, zoals in Nederland het geval is. Naast lijfswang, of indien lijfswang mogelijk is, kan immers ook een dwangsom worden opgelegd. In Nederland wordt zulks vrij algemeen aanvaard en wordt lijfswang ook uitgesproken ten einde de verplichting tot betalen van een dwangsom te verzekeren (VAN OPSTALL, *a.w.*, *Jaarboek*, VIII, 131 met verwijzingen en VAN ROSSEM/CLEVERINGA, *Verklaring van het Nederlands wetboek van burgerlijke rechtsvordering*, II, blz. 1277; Rb. Arnhem, 17 februari 1938, *N.J.* 1938, 841). In sommige gevallen wordt door de rechter in een alternatieve regeling voorzien, waarbij de twee dwangmiddelen niet samen kunnen worden tenuitvoergelegd en waarbij de dwangsom slechts zal gelden tot een bepaald maximum is bereikt, waarna gijzeling nog mogelijk zal zijn tot het bereiken van de gestelde termijn (Pres. Rb. 's-Gravenhage, 26 maart 1970, *N.J.*, 1972, 165).

Een vergelijkbare regeling geldt ook in Duitsland (zie boven, nr. 37).

HOOFDSTUK IV

RECHTSVORDERINGEN TOT NAKOMING VAN EEN BEVEL TOT STAKEN VAN ONEERLIJKE HANDELSPRAKTIJKEN

267 Inzake oneerlijke handelspraktijken voorziet art. 62 van de Wet van 14 juli 1971 in correctionele straffen voor het geval dat een bevel tot staken van de gewraakte praktijken, dat in kracht van gewijsde is gegaan, niet wordt nagekomen. Het feit echter dat in zulk een sanctie krachtens een uitdrukkelijke wetsbepaling voor alle bevelschriften tot staken is voorzien, belet de voorzitter van de rechtbank van koophandel niet zijn uitspraak met een dwangsom te sanctioneren.

Meestal zal een dwangsom de veroordeelde veel krachtiger aanzetten om het uitgesproken bevel niet te miskennen, daar de schuldeiser de veroordeling onmiddellijk ten uitvoer kan leggen (vgl. M. GOTZEN, *Preventief aanwenden van de vordering tot staken voor en na het cassatiearrest van 4 juni 1976*, R.W., 1976-77, 1793 e.v.).

Elders is er trouwens al op gewezen dat de voorzitter van de rechtbank van koophandel, zitting houdende ter zake van de Wet van 14 juli 1971 betreffende de handelspraktijken, bevoegd moet worden geacht tot het opleggen van een dwangsom (zie boven, nr. 94).

268 Een ander argument volgt uit het feit dat hij die het bevel tot staken verkregen heeft, bij miskenning daarvan niet noodzakelijk zijn toevlucht moet nemen tot een klacht of tot een burgerlijke-partijstelling voor de strafrechter. Het kan trouwens voor hem interessanter zijn, bij miskenning van het presidentieel verbod, te dagvaarden tot schadeloosstelling wegens oneerlijke handelspraktijken en meteen ook schadeloosstelling te vorderen wegens miskenning van het bevel tot staken. Voor de strafrechter zou hij immers slechts deze laatste schade kunnen doen gelden.

TITEL VII

VERJARING EN AFSTAND VAN HET RECHT OP DE DWANGSOM

HOOFDSTUK I

VERJARING

269 Het recht op de dwangsom verjaart na verloop van zes maanden. Deze korte termijn wordt gemotiveerd met een beroep op de billijkheid. Het zou immers voor de schuldenaar al te erg zijn zo de schuldeiser, door stil te zitten, het bedrag der verbeurde dwangsommen tot een astronomische hoogte zou kunnen laten oplopen.

Het gaat daarbij om een bevrijdende verjaring, niet om een vervaltermijn. Een vervaltermijn kan niet door stuiting of schorsing verlengd worden (DE PAGE, VII, nr. 1035, blz. 1032). De hier bedoelde termijn is krachtens de tekst zelf van art. 1385 *octies* Ger.W. voor schorsing en stuiting vatbaar (*M.v.T.*, blz. 23 en 23).

270 De verjaring moet worden berekend van de dag dat de verbintenis tot betaling van een dwangsom moet worden uitgevoerd, d.w.z. van de dag waarop zij is verbeurd. Is voor de dwangsom een termijn gesteld, dan begint de verjaring te lopen vanaf de dag waarop de termijn is verstreken en de dwangsom dus is verbeurd. Is de dwangsom per overtreding of per dag vertraging vastgesteld, dan geldt per overtreding of per dag vertraging een termijn van zes maanden, ingaande op de dag dat de dwangsom is verbeurd, t.t.z. de dag der overtreding of elke dag vertraging afzonderlijk.

271 Wat precies verjaart, behoeft ook enige precisering. Gaat het om de verbintenis tot betaling van de dwangsom, de rechtsvordering tot nakoming van die verbintenis of de bevoegdheid om de veroordeling houdende oplegging van een dwangsom te executeren (VAN OPSTALL, *a.w.*, *W.P.N.R.*, 1972, 487)?

De verjaring wist niet het recht op de dwangsom uit aan de zijde van de schuldeiser en dus ook niet de verplichting tot betaling van de verbeurde dwangsom aan de zijde van de verweerder, slechts de eis tot betaling kan niet meer worden ingesteld, doch er blijft een natuurlijke verbintenis die door erkenning of nakoming kan worden vernieuwd en aldus zal blijven voortbestaan (DE PAGE, VII, nr. 1246; DEKKERS, II, nr. 1583, blz. 833). Het recht is als dusdanig niet tenietgegaan, slechts de vorderingsmogelijkheid ging verloren. Aangezien het om een bevrijdende verjaring gaat en aangezien de vorderingsmogelijkheid voor de eiser verloren gaat, is het logisch en noodzakelijk, dat ook de bevoegdheid om de veroordeling waarbij de dwangsom is opgelegd tenuitvoer te leggen, mede verjaart. Zo niet, dan zou men tot de onlogische situatie komen dat de schuldeiser

van de veroordeling tot betaling van een dwangsom geen vordering tot betaling zou kunnen toegewezen krijgen — afgezien van de toepassing van artikel 1305-*quater* Ger.W. — indien de schuldeiser die zou vorderen, doch dat hij wel de vroeger bekomen en thans verjaarde veroordeling tot betaling van de dwangsom tenuitvoer zou kunnen leggen.

272 De verjaring van de veroordeling tot het verbeuren van een dwangsom brengt niet mee dat de hoofdveroordeling meteen ook zou zijn verjaard.

Bovendien kan de verjaring van de dwangsom ook worden geschorst en gestuit volgens de daaromtrent algemeen geldende regel.

De Eenvormige Wet voorziet echter in bijzondere schorsingsregels, eigen aan het instituut van de dwangsom. Deze verwijzen zelf uitdrukkelijk naar de schorsingsgronden uit het burgerlijk recht van elk der verdragsluitende landen (art. 1385*octies*, tweede lid, Ger.W.).

HOOFDSTUK III

AFSTAND VAN HET RECHT OP DE DWANGSOM

275 Men kan afstand doen van het recht een dwangsom te vorderen en afstand doen van het recht een reeds verbeurde of nog te verbeuren dwangsommen te verhalen. Niets verzet er zich tegen dat de schuldeiser over die rechten zou beschikken, indien hij daartoe bevoegd is.

276 Wanneer door een rechtsgeldige dading, afstand, berusting of enige andere wijze van beëindiging van een geschil, van de hoofdverbintenis afstand wordt gedaan, vervalt meteen ook de mogelijkheid om een dwangsom, als accessorium bij de hoofdveroordeling, te vorderen (vgl. G. Gheysen, *A.P.R.*, Tw. *Dading*, nr. 257 e.v.).

Evenzeer kan de schuldeiser afstand doen van het recht een dwangsom te vorderen als accessorium bij een andere vordering, waarvan geen afstand wordt gedaan. Zulk een afstand kan ook blijken uit het feit dat de schuldeiser zich verbindt om zich bij de tenuitvoerlegging te beperken tot wel bepaalde dwangmiddelen dan een dwangsom. Aldus kan dit blijken uit een boetebeding.

277 Doet de schuldeiser afstand van het recht reeds verbeurde dwangsommen te vorderen, dans scheldt hij een bestaande schuld kwijt; ziet hij af van nog te verbeuren dwangsommen, dan is er kwijtschelding van een toekomstige schuld. Geen van beide houdt echter kwijtschelding of afstand van de hoofdverbintenis in. Kwijtschelding van accessoria van een schuld geldt niet als een kwijtschelding van de schuld zelf (KLUYSKENS, I, nr. 213; DEKKERS, II, nr. 612; DE PAGE, III, nr. 687, D; LAURENT, XVIII, nr. 348; vgl. J. DE GRAVE, *Le contrat de transaction*, I, *La transaction non judiciaire*, nr. 80). Als er een tegenprestatie is voor de afstand van de dwangsom, dan is er geen kwijtschelding van schuld maar inbetalinggeving of schuldvernieuwing. Kwijtschelding van de hoofdveroordeling door de schuldeiser impliceert kwijtschelding van de nog te verbeuren dwangsommen, echter niet kwijtschelding van de reeds voordien verbeurde dwangsommen, behoudens uitdrukkelijk beding.

HOOFDSTUK IV

OVERDRACHT VAN SCHULDVORDERING

278 Een hoofdverbintenis waaraan een dwangsom is verbonden, kan door de schuldeiser worden overgedragen. Het bestaan van de accessoire veroordeling tot een dwangsom behoeft zulks niet te beletten; de dwangsom zal mee overgaan en ten voordele van de nieuwe schuldeiser verbeurd worden, en reeds vóór de cessie verbeurde dwangsommen kunnen wel of niet mede overgedragen worden (art. 1692 B.W.; DEKKERS, II, nr. 908; DE PAGE, IV, nr. 424; *Pand. B.*, Tw. *Cession de créance*, nr. 126 e.v.). De vordering tot betaling van de dwangsom alleen, kan slechts worden overgedragen voor zover het een bedrag aan verbeurde dwangsommen betreft; overdracht van niet-verbeurde dwangsommen alleen heeft niet veel zin, aangezien hun omvang meestal afhankelijk is van het bestaan en de uitvoering van een hoofdveroordeling, zonder welke ze eigenlijk niet bestaan of niet bepaalbaar zijn. Ook overdracht van de hoofdverbintenis alleen, zonder de daaraan gekoppelde verbintenis tot betalen van een dwangsom, lijkt, gelet op het accessoir karakter van de dwangsom, slechts denkbaar zo de dwangsom na de cessie niet meer zal verbeurd worden. Anders zou men tot de eigenaardige toestand komen dat een verbintenis tot betaling van de dwangsom als voorwaarde heeft, de nakoming van een verbintenis jegens een andere schuldeiser.

TITEL VIII

BEVOEGDHEID

HOOFDSTUK I

ALGEMENE REGELING

279 Artikel 1385*nonies* Ger.W. schrijft voor, dat ter bepaling van de bevoegdheid, geen rekening zal worden gehouden met de dwangsom. Ter bepaling van de bevoegdheid is alleen de hoofdvordering maatstaf; men handelt daarbij alsof de bijkomende vordering onbestaande was.

280 Artikel 1385*nonies* Ger.W. is de uitdrukkelijke bevestiging van de adagia *continentia causae dividi non debet*, en *accessorium sequitur principale* (FETTWEISS, nr. 125, blz. 80; VAN LENNEP, VIII, nr. 119, blz. 238 en nr. 167, blz. 242).

Volgens die beginselen is de rechter over de hoofdvordering altijd ook rechter over de bijkomende vordering, zelfs al heeft hij een toegewezen bevoegdheid en zou hij, werd de bijkomende vordering tot opleggen van een dwangsom afzonderlijk voor hem ingesteld, onbevoegd zijn om er kennis van te nemen (FETTWEISS, nr. 125, blz. 80, met verwijzing naar DE PAGE, *Les actions complexes*, blz. 27).

281 Ook ter bepaling van de bevoegdheid *ratione summae* moet dus met het bedrag van de dwangsom geen rekening worden gehouden en hetzelfde geldt voor de bepaling van de aanleg.

Art. 557 Ger.W., over de bevoegdheid *ratione summae*, werd in die zin aangevuld door art. 4 van de invoeringswet (vgl. art. 618 Ger.W.; VAN REEPINGHEN, *Verslag*, I, blz. 218; FETTWEISS, nr. 96 blz. 66; VAN BAUWEL, II, nr. 333; W. BROSENS, *A.P.R.*, Tw. *Beroep in burgerlijke zaken en in zaken van koophandel*, nr. 54; Luik 10 november 1937, *Pas.*, 1938, II, 84).

282 De ontvankelijkheid van het hoger beroep tegen de veroordeling tot een dwangsom hangt af van de vatbaarheid voor hoger beroep van de hoofdveroordeling, behalve zo tegen de veroordeling tot een dwangsom alleen wordt opgekomen.

283 Aldus kan de vrederechter kennis nemen van een hoofdvordering die tot zijn bevoegdheid behoort, zelfs indien bijkomend een dwangsom wordt gevorderd, waarvan het bedrag vijftigduizend frank overtreft (Wet van 29 nov. 1979, *Stbl.*, 22 dec. 1979).

284 De regel van art. 1385*nonies* Ger.W. leidt er ook toe dat, wanneer de hoofdvordering in eerste en laatste aanleg is toegewezen, de dwangsom niet mag worden meegerekend om de vatbaarheid voor hoger beroep van de vordering te verzekeren. Dit geldt krachtens art. 1385*nonies* Ger.W. zowel voor reeds vervallen als voor nog te vervallen dwangsommen. Zulks blijkt ook uit de toegevoegde tekst van art. 557 Ger.W.

285 Niet alleen houdt art. 1385*nonies* Ger.W. in dat de rechter voor wie een vordering aanhangig is, principieel en ongeacht de aard van de vordering, daaraan een dwangsom kan verbinden als bijkomende veroordeling, voor zover de wet zulks niet uitdrukkelijk of impliciet verbiedt; bovendien kan uit dezelfde tekst, in verbinding met art. 1385*bis*, eerste lid, Ger.W., besloten worden dat elke rechter die bevoegd is om een hoofdveroordeling uit te spreken, deze kan sanctioneren met een dwangsom (zie boven, nr. 87 e.v.).

HOOFDSTUK II

HET BENELUX-GERECHTSHOF

286 Artikel 4 van het Verdrag bepaalt dat het Benelux-Gerechtshof kennis zal nemen van eventuele vragen tot uitlegging van het Verdrag en van de Eenvormige Wet.

Ratione materiae is het Hof bevoegd om uitspraak te doen, wanneer in een voor een Belgische, Nederlandse of Luxemburgse rechter aanhangige zaak, een interpretatieprobleem rijst in verband met een bij een Verdrag — *hier*: het Beneluxverdrag betreffende de dwangsom — aangewezen en aan de drie landen gemeenschappelijke rechtsregel. Het rechtscollege bij wie de zaak aanhangig is zal dan, hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van een der partijen, de behandeling opschorten tot over het interpretatieprobleem uitspraak zal zijn gedaan door het Benelux-Gerechtshof. De rechters die in de zaak uitspraak zullen doen na het arrest van het Benelux-Gerechtshof, zijn door de interpretatie van het Hof gebonden (GOTZEN, *Van Belgisch naar Benelux-Merkenrecht*, blz. 192 e.v.). De verwijzing naar het Hof is niet nodig, wanneer het betrokken rechtscollege meent dat over de uitlegging die wordt gevraagd, geen twijfel mogelijk is of wanneer de zaak spoedeisend is.

287 De nationale rechter die het Verdrag of de Eenvormige Wet dient te interpreteren, dient zich daarbij te oriënteren naar de in het arrest *Sauvage t. Air India* door het Hof van Cassatie gestelde principes (*Cass.*, 27 jan. 1977, *Pas.*, 1977, 574 e.v. *Arr. Cass.*, 1977, 595, met conclusie DELANGE).

Dit arrest beslist dat de interpretatie van een internationale overeenkomst die de eenmaking van het recht beoogt, niet kan gebeuren door te refereren naar het nationale recht van één der contracterende staten. Wanneer zulk een tekst een verklaring behoeft, dan moet deze gebeuren op basis van elementen die eigen zijn aan de overeenkomst, o.m. haar voorwerp, doel en context, voorbereiding en oorsprong. Het zou nutteloos zijn een overeenkomst uit te werken, bestemd om aan een internationale wetgeving vorm te geven, wanneer de rechterlijke instellingen van elk land die zouden interpreteren volgens de rechtsbegrippen van het eigen recht.

ZAAKREGISTER

A

- Aanleg, 9, 281.
- Aanpassing,
 - hoger beroep, 204 e.v.
 - procedure, 201 e.v.
 - van dwangsom, 9, 98, 184 e.v.
 - vordering tot —, 109.
 - wijze van —, 223.
- Aard, 48 e.v.
 - van de schade, 61.
 - van de uitspraak, 89.
- Accessorium, 49, 57,
 - hoger beroep, 51.
 - gevolg, 49.
- Afgifte, 125 e.v.
- Afschrikkingmiddel, 55.
- Afstand, 157, 263, 275 e.v.
- Appreciatie,
 - van de schade, 14.
 - vrije — van de rechter, 67, 81, 261.
- Arbeidsovereenkomst,
 - collectieve —, 153, 157.
 - rechtsvordering tot nakoming van —, 8, 153 e.v., 158.
- Astreinte, 2, 12.

B

- Begripsomschrijving, 1.
- Begroting van schadeloosstelling,
 - definitieve, 33.
 - overdreven, 19.
 - voorlopige, 33.
- Bekrachtiging, 8.
- Belang, 201,
 - redelijk —, 211.
 - schuldeiser, 80, 86 e.v., 127.
 - verlies van — bij de prestatie, 140.
 - voldoen, 86, 111.
- Benelux-Gerechtshof, 286 e.v.
 - uitlegging van Verdrag en Eenvormige Wet, 8.
- Benelux-Overeenkomst,
 - zie Eenvormige Benelux-Wet.

- Beschikking, 89, 121,
 - verzoekschrift, 122.
- Beslag, 117.
 - bewarend, 113 e.v.
 - genus zaak, 126.
 - machtiging tot —, 125.
 - opschorting van —, 199.
 - species zaken, 125.
 - zie ook beslagrechter.
- Beslagrechter, 202.
 - bevoegdheid, 96.
 - executiegeschillen, 181.
 - opleggen van dwangsom, 88.
- Betaling,
 - begrip, 148 e.v.
 - hoofdveroordeling tot — van een geldsom, 143 e.v., 158, 171.
- Betekening,
 - onrechtmatige daad, 104, 105.
 - uitspraak, 100 e.v., 110, 115, 118.
- Betwistingen, 76.
- Bevel, 124.
 - tot betaling, 115, 274.
 - tot dulden, 124.
 - tot staken, 267, 268.
- Bevoegdheid, 9, 181, 279 e.v.
 - aanpassing en herziening, 201.
 - bepaling van —, 279.
 - beslagrechter, 96, 181.
 - discretionair karakter, 67.
 - herroeping van gewijsde, 220.
 - hoger beroep, 180.
 - kort geding, 12.
 - matigings—, 262.
 - Raad van State, 175.
 - rechtbanken en hoven, 17, 35, 87 e.v., 92.
 - rechter, 78, 173, 175.
 - scheidsrechters, 90.
 - strafrechter, 97.
 - vrederechter, 283.
 - waarde van de vordering, 45, 51.
 - wet op de handelspraktijken, 94 e.v.
- Bevoordeling,
 - onredelijke — van schuldeiser, 23.
- Bewakingsplicht, 167.
- Bewarend Beslag,
 - voorwaarden, 114.

Onbeslagbaarheid,
— openbaar en privaat domein, 177.

Onderhoudsgeld, 67.

Onmogelijkheid, 218 e.v.,
— begrip, 220.
— ingetreden —, 197.
— oorzaken van, 222.
— overmacht, 219.
— taak van de rechter, 214 e.v.
— vastgestelde —, 213.

Onrechtmatige daad,
— betekening van vonnis, 104.

Ontvankelijkheid,
— hoger beroep, 51, 282.
— vordering, 50.

Oorzaken,
— onmogelijkheid, 222.

Opisbaarheid, 81.

Openbaar domein, 177.

Openbaar Ministerie, 160.

Opheffing, 118,
— terugwerkende kracht, 215.
— vastgestelde onmogelijkheid, 214.

Opschorting, 9.

Opzegging, 8.

Overdracht, 278.

Overheid, 175 e.v.

Overlijden,
— schuldeiser, 229.
— schuldenaar, 185, 192, 196, 224 e.v.

Overmacht, 35, 219.

Overtreding, 5,
— bepaald bedrag per —, 67, 225, 226.

P

Passieve solidariteit, 173.

Prestatie,
— verlies van belang bij de —, 140.
— waartoe men niet kan gedwongen worden, 135 e.v.
— waartoe men zich niet kan verbinden, 134.
— waarvan uitvoering zeer gevaarlijk of bezwaarlijk is, 138.

Privaat domein, 177.

Procedure,
— aanpassing en herziening, 201 e.v.

R

Raad van State, 175.

Rechten van de mens, 266.

Recht,
— misbruik van —, 138.
— recht van antwoord, 99, 264 e.v.
— verjaring, 271.

Rechter,
— aanpassing en herziening, 201, 216, 227.
— ambtshalve oplegging, 62.
— begroting van de dwangsom, 61, 62, 81.
— beleid, 23.
— bevoegdheid, 17, 35, 45, 78, 87 e.v., 173, 280 e.v.
— bevoegdheid t.o.v. de overheid, 175.
— dwangmiddelen, 42.
— eenzelfde rechterlijke uitspraak, 50.
— faillissement, 234.
— feitenrechter, 89.
— interpretatie, 54, 261.
— machtiging tot beslag, 125.
— machtsoverschrijding, 17, 31.
— motiveringsplicht, 73 e.v., 122.
— rol van de —, 9, 178 e.v.
— taak van de — bij vastgestelde onmogelijkheid, 214 e.v.
— verlenen van termijnen, 81, 105, 225.
— wijze van vaststelling, 67 e.v.
— willige rechtspraak, 122.

Rechtshandelingen, 127.

Rechtsmiddelen, 119.

Rechtsopvolgers, 192 e.v.

Rechtspersoon, 161.

Rechtsvordering,
— arbeidsovereenkomsten, 8, 153 e.v.

Rechtvaardigingsgronden, 55, 210 e.v.

Registratierechten, 60, 120.

Romeinse Recht, 24, 25.

S

Samenhang, 50.

Schade,
— aard, 61.
— vaststaande, toekomstige, 14.
— wegens niet- of niet tijdige uitvoering, 1, 30, 259.

Schadeloosstelling, 200, 202,
 — begroting, 19.
 — bij niet-nakoming van veroordeling, 14, 33,
 34, 41, 56, 231.
 — burgerlijke partij, 97.
 — dwangsom en —, 12, 35, 56, 58, 164, 219,
 257, 265.
 — ex aequo et bono, 14.
 — geldelijke, 15.
 — handelspraktijken, 94, 268.
 — jegens bij verstek veroordeelde, 102.
 — vervangende, 125, 158.
 — wanprestatie, 130.

Scheidsrechters, 90.

Schorsing,
 — verjaring, 269, 273 e.v.

Schuldeiser, 160,
 — belang, 80, 86 e.v., 111.
 — faillissement, 242.
 — hoofdelijkheid, 172.
 — niet optreden van —, 20.
 — nieuwe titel, 111.
 — onredelijke bevoordeling van —, 23.
 — overlijden, 229.
 — verscheidene, 169 e.v.

Schuldenaar 161 e.v., 158,
 — derde, 162.
 — dwang op de persoon — onrechtstreeks, 132
 — rechtstreeks, 130.
 — executiegeschillen, 117, 181.
 — faillissement, 230 e.v.
 — gerechtelijk akkoord, 247 e.v.
 — kennelijk onvermogen, 245, 246.
 — overlijden, 185, 192, 196, 224 e.v.
 — passieve solidariteit, 173.
 — rechtspersoon, 161.
 — ten uitvoerlegging, 110.
 — veroordeling die de — in zijn persoon raakt,
 141.
 — verscheidene, 168 e.v.

Schuldvernieuwing, 277.

Schuldvordering,
 — overdracht van, 278.

Species zaken, 123.

Staking van betalingen, 236.

Straf, 5, 18,
 — correctionele, 95.
 — geldboete, 265.
 — registratierechten, 30.
 — private —, 60.

Strafbeding, 186, 233.
 — bij niet nakoming van vonnis, 24.
 — dwangsom en —, 256 e.v.

Strafrechter, 163,
 — bevoegdheid, 97.
 — handelspraktijken, 268.

Stuiting,
 — verjaring, 269, 273.

T

Tegenvordering, 123.

Tenuitvoerlegging, 21, 274,
 — aktie van de schuldenaar, 110.
 — algemene regeling van —, 40.
 — rechtstreekse, 144.
 — titel, 106.
 — voorwaarden, 117.
 — wijze van, 17.

Termijn,
 — hoger beroep, 84.
 — maximum —, 69.
 — opschortende —, 82, 195.
 — respijt, 225.
 — verjaring, 269.
 — verleend door de rechter, 81 e.v., 105.
 — verlenging, 85.

Teruggave, 202.

Terugwerkende kracht,
 — Eenvormige Beneluxwet, 47.
 — opheffing en vermindering, 215, 227.

Tijdseenheid,
 — bepaald bedrag per —, 67, 225.

Titel,
 — nieuwe —, 110.
 — uitvoerbare —, 106.

Toelaten, 124.

Toepassing, 48 e.v.

Toepassingsmogelijkheden, 121 e.v.

Toeval, 35.

Toewijsbaarheid,
 — motiveringsplicht, 75 e.v.

Tussenvordering, 123.

U

Uitlegging,
 — Benelux Gerechtshof, 286.

- rechterlijke uitspraak, 179, 212.
- Verdrag en Eenvormige Wet, 8, 36, 286.
- vordering tot —, 205.

Uitspraak,

- betekening, 100 e.v.
- omlijning, 178.

Uitvoerbaarheid,

- bij voorraad, 118, 119, 180.

Uitvoering, 55, 104,

- faillissement, 233.
- herziening, 8.
- in natura, 15.
- onrechtmatige daad, 105.
- rechtvaardigingsgronden, 55.
- schade wegens niet- of niet tijdige — van hoofdveroordeling, 1, 30, 38.
- strafbeding bij niet — van vonnis, 24.
- uitvoering en vordering tot opheffing of aanpassing, 196 e.v.
- uitvoering mogelijk, 124, onmogelijk, 133 e.v., 185.
- vertraging in de — van de prestatie, 15, 259.

V

Vaststelling, 67 e.v.

Verbetering,

- vonnis, 212.
- vordering tot —, 190, 205.

Verbeuren, 4, 9, 100 e.v., 115 e.v., 119,

- definitief, 49.
- niet optreden van schuldeiser, 20.
- schorsing van —, 119.

Verbintenis,

- gezamenlijke, 170.
- ondeelbare, 174.
- voorwaardelijke, 81.

Verbod, 121, 124.

Verbruikbare zaken, 77.

Vereffening, 106 e.v.

Vergoedend karakter, 19.

Verhaalbaarheid,

- executie geschillen nopens —, 54.

Verhogingsbeding, 233.

Verjaring, 9, 200, 229, 238, 269 e.v.

- schorsing, 273 e.v.
- termijn, 269.

Vermindering,

- terugwerkende kracht, 215.
- vastgestelde onmogelijkheid, 214.

Veroordeling, 14, 133 e.v., 141, 158.

Verstek, 101, 102.

Verzaking, 157.

Verzet, 51, 203.

Verzoekschrift,

- aanpassing en herziening, 201.
- beschikkingen op —, 122.

Volkenrecht, 8.

Vonnis, 89, 121,

- afzonderlijk —, 50.
- alvorens recht te doen, 122.
- betekening, 100 e.v.
- motivering, 73 e.v.
- verstek, 101.

Voorlopige maatregelen, 202.

Voorwaarde(n),

- opschortende —, 48, 49.
- termijnen, 81.
- wijziging, 227.

Voorwerp, 124 e.v.

Voorzitters rechtbanken,

- bevoegdheid, 12, 88, 92 e.v.
- handelspraktijken, 94 e.v., 267.
- recht van antwoord, 99.

Vordering,

- herroeping van gewijsde, 189.
- herziening, 187.
- interpretatie of verbetering, 190.
- matiging, 263.
- nieuwe —, 111.
- ontvankelijkheid, 51.
- tegenvordering, 123.
- tussenkomst, 123.
- tussenvordering, 123.
- vereffening, 108.

Vrederechter, 283.

W

Wanprestatie,

- schadeloosstelling, 130.

Wijziging,

- van Eenvormige Benelux Wet, 8.

Willekeur, 22.

Willige rechtspraak, 122.