

EEN REVOLUTIONAIRE HERVORMING: DE DWANGSOM

door

Marcel STORME

Gewoon hoogleraar R.U.G.

Buitengewoon hoogleraar U.F.S.I.A.

INLEIDING

1. De dwangsom (1) werd na een lange pretoriaanse toepassing uit ons rechtssysteem gebannen ingevolge het cassatie-arrest van 24 januari 1924.

Bij de totstandkoming van het gerechtelijk wetboek werd aan de dwangsom herinnerd, doch de ontwerpers waren toen niet geneigd om deze figuur in te voeren.

Intussen stelde de Benelux-Studiecommissie voor eenmaking van het recht een voorontwerp op, dat zoals verder zal worden toegelicht, in België rechtskracht bekomt.

Wie enig inzicht heeft verworven in deze rechtsfiguur en o.m. weet wat zij in de Nederlandse rechtspraak betekent, zal moeten erkennen dat het hier om een revolutionaire hervorming gaat.

(1) Om nodeloze voetnoten te vermijden, moge verwezen worden naar de volgende Belgische rechtsleer: RONSE, J., *De dwangsom in het Belgische recht*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland, Jaarboek VIII, 1961-62, blz. 1 e.v.; — STORME, M., *De dwangsom*, R.W., 1962-63, 1321 e.v.; — VAN MULLEM, J., *Vers une législation de l'astreinte en droit belge*, J.T., 1977, 37 e.v.; VAN OEVELEN, A., *Kroniek van verbintenissenrecht 1977-1978*, R.W., 1979-80, 155 e.v. In voorbereiding: BALLON, L., A.P.R., Tw. *Dwangsom*.

Voor de invoering van de dwangsom in het Belgisch recht: Wetsontwerp houdende goedkeuring van de Benelux-overeenkomst betreffende de dwangsom, *Parl. Besch.*, Kamer 1977-1978, 353 (verder afgekort *M.v.T.*); — Verslagen Storme, *Parl. Besch.*, Senaat, 1977-1978, 404-2; *P.B.*, Senaat, B.Z. 1979, 177-2 en *P.B.*, Senaat, B.Z. 1979-80, 177-4 (Verder afgekort *verslag Storme* 404-2, 177-2 of 177-4).

Daar bij de nieuwe wet op de dwangsom de Nederlandse wetgeving model heeft gestaan, zijn de Nederlandse rechtsleer en rechtspraak uitermate belangrijk; daarom moge ook nog verwezen worden naar: VAN OPSTALL, S.N., *De dwangsom in het Nederlandse recht*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland, Jaarboek VIII (1961-62), blz. 118 e.v.; — VAN OPSTALL, S.N., *De regeling van de dwangsom in het gewijzigd ontwerp voor het derde boek van het nieuw burgerlijk wetboek*, W.P.N.R., 1972, nr. 5194; — VAN NISPEN, C.J.J.C., *Onrechtmatige daad* (losbladig), dl. II, nr. 233-249; — VAN NISPEN, C.J.J.C., *Het rechterlijk verbod en bevel*, Thesis, Leiden, 1978, blz. 178 e.v.; — JANSEN, F.M.J., *Burgerlijke rechtsvordering* (losbladig), dl. II, blz. 311-329.

2. De dwangsom is een bijkomende veroordeling van de schuldenaar om aan de schuldeiser een geldsom te betalen, zonder enig verband met de schade die de schuldeiser ondergaat of zal ondergaan ingevolge niet- of niet-tijdige uitvoering van de hoofdverbintenis, teneinde aldus op de schuldenaar druk uit te oefenen opdat hij de tegen hem uitgesproken hoofdveroordeling zou nakomen. Zij wordt meestal berekend per dag vertraging in de uitvoering van de veroordeling of per overtreding van de veroordeling.

In wezen is de dwangsom én een middel om de uitvoering van de verbintenis *in natura* te verzekeren én een middel om de uitspraak van de rechter kracht bij te zetten.

I. ALGEMENE BEGINSELEN

3. Wanneer de schuldenaar zijn verbintenissen niet nakomt, dan kan de schuldeiser, mits hij over een uitvoerbare titel — meestal een vonnis — beschikt, tot de gedwongen uitvoering doen overgaan. Deze gedwongen uitvoering kan van directe aard zijn, d.w.z. dwingen tot het werkelijk nakomen van de verbintenis. Is deze rechtstreekse uitvoering (reële executie) niet mogelijk, dan zal een gelijkwaardige uitvoering moeten bevolen worden door het toekennen van een vervangende schadeloosstelling.

Hoewel artikel 1142 B.W. bepaalt dat iedere verbintenis om iets te doen wordt opgelost in schadevergoeding, ingeval de schuldenaar de verbintenis niet nakomt, moet toch duidelijk onderstreept worden dat de rechtstreekse uitvoering de regel is, hetgeen trouwens zeer uitdrukkelijk beklemtoond wordt in artikel 1243 B.W.: „De schuldeiser kan niet genoodzaakt worden een andere zaak aan te nemen dan die welke hem verschuldigd is, al heeft ook de aangeboden zaak een gelijke of zelfs een grotere waarde”.

Deze regel is het logisch resultaat van het fundamenteel principe, dat neergeschreven staat in artikel 1134 B.W., volgens hetwelk de aangegane overeenkomsten de partijen tot wet strekken en door deze laatste te goeder trouw moeten ten uitvoer gebracht worden. De eerbied voor het gegeven woord geeft inderdaad de schuldeiser het recht om de rechtstreekse uitvoering van de verbintenis te vorderen.

Dit principe geldt *a fortiori* voor de verbintenissen die hun oorsprong in de wet vinden, omdat moeilijk kan aanvaard worden dat de schuldenaar zich aan het gebod van de wet zou kunnen onttrekken om slechts tot schadevergoeding te worden veroordeeld.

4. De regel van de rechtstreekse uitvoering zal nochtans uitzondering lijden in bepaalde gevallen.

In de eerste plaats kan het voorkomen dat de uitvoering *in natura* niet meer mogelijk is. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn wanneer het voorwerp dat moest geleverd worden, vernietigd werd. Dit zal ook het geval zijn wanneer een handelsvennootschap, die een handelsregister had verworven voor een bepaalde periode, vóór het verstrijken van die periode vereffend wordt.

Verder zal bij verbintenissen iets niet te doen, de rechtstreekse uitvoering uiteraard niet mogelijk zijn, tenzij, op grond van artikel 1143 B.W., de schuldeiser zou vragen hetgeen in strijd met de verbintenis verricht werd te vernietigen op kosten van de schuldenaar.

Tenslotte zal de rechtstreekse uitvoering evenmin mogelijk zijn, zo men, voor het stellen van een welbepaalde daad, op de persoon van de schuldenaar zelf geweld zou moeten plegen. Een dergelijk gewelddadig optreden ware immers strijdig met onze rechtsorde: „Nemo potest praecise cogi ad factum”. Dit zal het geval zijn niet alleen voor de verbintenissen *intuitu personae* (bv. een kunstschilder, die beloofd heeft een welbepaald doek te schilderen), maar ook voor de verbintenissen om iets te doen in het algemeen (art. 1142 B.W.). De enige wettelijke uitzondering wordt voorzien door artikel 1144 B.W., volgens hetwelk de schuldeiser kan gemachtigd worden om zelf de verbintenis te doen uitvoeren op kosten van de schuldenaar.

5. Het is precies om de schuldeiser niet te verplichten genoeg te moeten nemen met de vervangende schadevergoeding en om ook in de zopas opgesomde gevallen de mogelijkheid van rechtstreekse uitvoering kracht bij te zetten, dat de wetgever zelf allerlei dwangmiddelen heeft voorzien en dat de rechtspraak gemeend had er nog één te moeten aan toevoegen, nl. de dwangsom.

6. Vooraleer nochtans de dwangsom meer *in extenso* te ontleden, past het even, doch zeer overzichtelijk, in herinnering te brengen op welke wijze, buiten de dwangsom, een veroordeling kracht kan worden bijgezet.

Bij de verbintenissen die een geven tot voorwerp hebben zal de rechtstreekse uitvoering meestal gemakkelijk kunnen geschieden. Is het voorwerp van deze verbintenis een geldsom, dan kan op de goederen van de schuldenaar beslag worden gelegd — tenzij de schuldenaar niets bezit of in staat van faillissement verkeert —, of zal het conventioneel strafbeding (art. 1226 e.v. B.W.) als prikkel volstaan. Is het voorwerp een bepaalde zaak en bestaat het nog, dan kan het in beslag genomen worden (zie bv.

art. 1610 B.W.). Is het voorwerp tenslotte een soortzaak, dan kan de schuldeiser zich, ingevolge het reeds besproken artikel 1144 B.W., elders op kosten van de schuldenaar soortgelijke zaken aanschaffen.

Bij de verbintenissen tot doen of laten, kan zoals reeds gezegd, de vraag gesteld worden hoe de werkelijke uitvoering zal afgedwongen worden. Buiten de mogelijkheden, die door de artikelen 1143 en 1144 B.W. aan de hand worden gedaan, kan, wanneer een verbintenis strekt tot het verrichten van een rechtshandeling, het vonnis beschikken dat het rechtsgevolg zal intreden zonder de medewerking van de schuldenaar. Zo kan een belofte van overeenkomst door de rechter in een overeenkomst omgezet worden, zodat het vonnis als akte zal gelden, bv. van verkoop of van huur. Wanneer de verkoper van een onroerend goed weigert de verkoopakte te laten verlijden, dan kan de rechter beschikken dat het vonnis als akte zal gelden om in de registers van de hypotheeken te worden overgeschreven. In geval van weigering om een compromis in uitvoering van een scheidsrechterlijk beding te ondertekenen of om in uitvoering van een dergelijk beding de scheidsrechters aan te duiden, kan de rechter vonnis verlenen dat als compromis zal gelden of zelfs tot aanduiding van scheidsrechters overgaan.

7. Er bestaan tenslotte nog een reeks specifieke dwangmiddelen, die in afzonderlijke wetteksten gereguleerd werden.

De lijfswang of gevangenneming wegens schulden, oorspronkelijk voorzien in het burgerlijk wetboek (art. 2059 tot 2070 B.W.), werd grotendeels opgeheven ingevolge de wetten van 21 maart 1859 en 27 juli 1871, zodat het toepassingsgebied ervan uiterst beperkt bleef (2).

Dit middel werd trouwens zelden in werkelijkheid omgezet, niet alleen omdat het bij toepassing zijn werking als dwangmiddel verliest, maar ook en vooral omdat de schuldeiser zelf de kosten van onderhoud van de gevangen schuldenaar moet dragen: „la prison ne paye pas” schreef De Page zeer terecht.

Doch er bestaan, hoewel eerder uitzonderlijk, ook zelfs publiekrechtelijke straffen (geldboeten en gevangenisstraffen) om de niet-uitvoering van een veroordeling strafbaar te stellen. Het niet-uitvoeren gedurende twee maanden van een in kracht van gewijsde getreden veroordeling om levensonderhoud te betalen, wordt als misdrijf van verlaten van familie strafbaar gesteld (art. 391 bis Sw.); ook de onttrekking of poging tot onttrekking van het kind aan diegene aan wie de bewaking door een gerechtelijke beslissing werd toevertrouwd, is strafbaar (art. 369 bis Sw.).

(2) Door de wet op de dwangsom worden de wetten van 21 maart 1859 en 27 juli 1871 afgeschaft.

Een zeer belangrijke strafsanctie is die welke bepaald werd door artikel 62 van de wet van 14 juli 1971 op de handelspraktijken.

Tenslotte zijn de verhogingen en bijslagen die bij tal van sociale bijdragen in geval van niet-tijdige betaling worden gevoegd, een vorm van wettelijke dwangsom om de schuldenaars te dwingen hun verplichtingen na te komen.

II. DE DWANGSOM

8. Zoals reeds gezegd was men vroeger de mening toegedaan dat, hoe belangrijk de bestaande dwangmiddelen ook waren, deze onvoldoende bleken om in zeer vele gevallen de schuldenaar te verplichten tot de werkelijke uitvoering van zijn verbintenissen over te gaan.

Daarom had de rechtspraak een specifiek dwangmiddel uitgedacht, nl. de dwangsom: de geldsom, waartoe iemand, onafhankelijk van de werkelijk geleden schade, in een geding veroordeeld wordt, indien, zo lang of zo dikwijls hij niet voldoet aan datgene waartoe hij door het vonnis gehouden wordt verklaard. Wij stonden hier wezenlijk voor toepassing van pretoriaans recht, pretoriaans recht dat in België ophield in 1924, datum van het reeds geciteerde cassatie-arrest en in Nederland in 1932, jaar waarop de rechtsfiguur van de dwangsom in het Nederlandse wetboek van burgerlijke rechtsvordering werd ingevoerd.

Wat tot heden in België algemeen aanvaard werd, was dat de rechter wel de bevoegdheid behield om forfaitair, zelfs per dag vertraging, de schade te begroten die werkelijk door de schuldeiser zou geleden worden in geval van verder voortdurende niet-uitvoering, en de schuldenaar reeds „van nu af aan voor alsdan” tot de vergoeding te veroordelen, zo hij niet tot werkelijke uitvoering zou overgaan.

9. Er is een fundamenteel onderscheid tussen de dwangsom en de schadeloosstelling.

De schadeloosstelling wordt bepaald in functie van de schade, die door de schuldeiser werkelijk zal geleden worden. Er bestaat daarentegen geen enkel verband tussen de geleden schade en de dwangsom; deze laatste wordt meestal vastgesteld, rekening houdend met het vermoedelijk weerstandsvermogen van de schuldenaar. De schadevergoeding dient om de schuldeiser te vergoeden, de dwangsom om de schuldenaar te dwingen.

De dwangsom is geen subsidiaire veroordeling tot schadevergoeding, maar een bijgevoegde veroordeling strekkende tot het verzekeren van de hoofdveroordeling. Dit komt het best tot uiting in de Nederlandse terminologie die terecht spreekt van veroordeling onder verbeurte van een dwangsom.

Het is niet alleen omdat de dwangsom te onderscheiden valt van de schadevergoeding, dat deze figuur enige betekenis moet worden toegekend. Bovendien betekent de dwangsom dat een antwoord wordt gegeven op een dubbele bekommernis: niet alleen het belang dat de schuldeiser heeft bij de werkelijke uitvoering van de verbintenissen door de schuldenaar, maar ook het belang dat de maatschappij heeft bij de uitvoering van het vonnis of beter bij het naleven van het bevel of van het verbod door de rechter. Er was inderdaad naar Belgisch recht een leemte op dit gebied. Het was trouwens Procureur-Generaal Terlinden die destijds reeds zijn advies voor het vermelde cassatie-arrest van 1924 besloot: „Tenons nous y, jusqu’au jour où le législateur aura, par un texte clair et précis, ajoutant un mode d’exécution des jugements à ceux que nous donnent les lois de procédure, permis au juge d’assurer — par la contrainte — l’exécution de ses décisions” (3).

10. Zoals reeds herhaaldelijk werd aangestipt werd in Frankrijk en Nederland de dwangsom uitvoerig geconstrueerd, respectievelijk op grond van een sinds lang gevestigde rechtspraak en op grond van een uitdrukkelijke wettekst.

De Nederlandse wet van 1932 werd intussen omgezet in een nieuwe wet, dit in uitvoering van het verdrag houdende eenvormige Beneluxwet (zie verder nr. 11).

In Frankrijk werd de dwangsom, die reeds jurisprudentieel bestond, ingevoerd bij wet van 5 juli 1972, wet die later gewijzigd werd bij wet van 9 juli 1975. Het kan niet genoeg worden onderstreept dat het Franse systeem in zijn technische uitvoering fundamenteel verschillend is van datgene voorgesteld door de eenvormige Beneluxwet. In Frankrijk immers doorloopt de dwangsom twee fases. Eerst stelt de rechter de dwangsom voorlopig vast voor het geval de schuldenaar het vonnis niet zou naleven. Later zal zich evenwel een nieuw onderzoek opdringen, nl. op het ogenblik dat de toestand definitief is geworden, hetzij omdat de verbintenis werd uitgevoerd, hetzij omdat het zeker is dat zij nooit zal uitgevoerd worden. Alsdan kan de rechter de dwangsom behouden, verminderen of volledig kwijtschelden naargelang de gevallen (*liquidation de l’astreinte*). Een dergelijke procedure heeft evenwel tot gevolg dat de dwangsom veel van haar efficiëntie kan verliezen, vermits de schuldenaar bij voorbaat weet dat uiteindelijk de dwangsom toch kan worden herzien ter gelegenheid van de zogeheten likwidatie.

(3) *Pas.*, 1924, I, 158.

Analoge rechtsfiguren als de dwangsom vinden wij in tal van rechtssystemen terug, zoals in de memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende goedkeuring van de Beneluxovereenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom uitvoerig werd toegelicht (4).

III. DE EENVORMIGE BENELUXWET

Geschiedenis van het ontwerp

11. Het ontwerp houdende eenvormige Beneluxwet inzake de dwangsom heeft een lange lijdensweg gekend. De Beneluxstudiecommissie voor de eenmaking van het recht heeft na verschillende jaren studie en bespreking een voorontwerp van tekst neergelegd in december 1968. Nadat dit voorontwerp tal van raden en ministeriële werkgroepen had gepasseerd, diende het ook nog door de Interparlementaire Beneluxraad te worden behandeld. Deze laatste bracht tijdens de vergadering van 16 juni 1972 eenparig een gunstig advies uit over het ontwerp van eenvormige wet. De overeenkomst is op 26 november 1973 in Den Haag door de drie regeringen ondertekend geworden. Op 30 maart 1978, d.w.z. ongeveer 10 jaar nadat de ontworpen tekst door de Beneluxstudiecommissie werd ingediend, diende de regering het ontwerp houdende goedkeuring van de overeenkomst in. Zonder verslag werd het geheel van het ontwerp van wet eenparig door de Kamer van Volksvertegenwoordigers aangenomen op 8 juni 1978.

In de Senaat werd het eerst unaniem goedgekeurd door de Commissie voor de Buitenlandse Zaken op 19 juli 1978. Tijdens de plenaire vergadering van de Senaat op 25 juli 1978 werd het ingevolge ingediende amendementen naar de Commissie van Justitie teruggestuurd. Deze laatste keurde het ontwerp goed op 12 juni 1979, doch tijdens de plenaire vergadering in juli 1979 werd het opnieuw teruggestuurd, ditmaal naar de Verenigde Commissie voor Justitie en Arbeid en Tewerkstelling, teneinde meer in het bijzonder de toepasselijkheid van de dwangsom op arbeidsovereenkomstengeschillen te onderzoeken. De Verenigde Commissies suggereerden een advies van de Nationale Arbeidsraad, advies dat op 26 september 1979 werd uitgebracht en overgemaakt aan de Senaat. Tijdens de vergadering van de voormelde Verenigde Commissies van Justitie en Arbeid en Tewerkstelling op 23 oktober 1979 werd een

(4) *M.v.T.*, blz. 14-15.

geamendeerde tekst van het oorspronkelijk ontwerp goedgekeurd en uiteindelijk werd het ontwerp door de Senaat goedgekeurd in de zitting van 22 november 1979. Na een vrij spoedige aanvaarding van de gewijzigde tekst door de Kamer op 10 januari 1980 kan de rechtsfiguur van de dwangsom eindelijk in het Belgische rechtssysteem worden ingevoerd door opname in het gerechtelijk wetboek van de artikelen 1385 bis tot 1385 nonies.

Intussen werd in Nederland de dwangsom reeds uitdrukkelijk, overeenkomstig de eenvormige Beneluxwet, in het wetboek van burgerlijke rechtsvordering opgenomen bij rijkswet van 23 maart 1977, zodat overeenkomstig deze wet de eenvormige regeling in werking trad op 1 januari 1978.

De Beneluxovereenkomst werd in Luxemburg goedgekeurd bij wet van 21 juli 1976 en de akte van bekrachtiging werd door Luxemburg reeds neergelegd op 30 november 1976.

België heeft derhalve niet alleen lang gewacht om deze rechtsfiguur in te voeren, doch is bovendien de laatste in de rij van de drie Beneluxlanden om de ondertekende overeenkomst uiteindelijk uit te voeren.

Toelichting bij de eenvormige wet

12. Daar de hiernavolgende uiteenzetting hoofdzakelijk bedoeld is als een eerste commentaar ten behoeve van de rechtspraktijk, lijkt het aangegeven om vooraf een artikelsgewijze commentaar te geven en nadien te pogen een korte handleiding bij de procedure te verstrekken.

Artikel 1385 bis Ger. W.

De rechter kan op vordering van één der partijen de wederpartij veroordelen tot betaling van een geldsom, dwangsom genaamd, voor het geval dat aan de hoofdveroordeling niet wordt voldaan, onverminderd het recht op schadevergoeding indien daartoe gronden zijn. Een dwangsom kan echter niet worden opgelegd in geval van een veroordeling tot betaling van een geldsom, noch ten aanzien van de vorderingen terzake van de nakoming van arbeidsovereenkomsten.

De dwangsom kan ook voor het eerst in verzet of in hoger beroep worden gevorderd.

De dwangsom kan niet worden verbeurd vóór de betekening van de uitspraak waarbij zij is vastgesteld.

De rechter kan bepalen dat de veroordeelde pas na verloop van een zekere termijn de dwangsom zal kunnen verbeuren.

Toepassingsgebied

13. Vooraf moet herinnerd worden aan het feit dat de Senaat — m.i. ten onrechte (5) — gemeend heeft gebruik te moeten maken van de bevoegdheid voorzien in artikel 3 van het verdrag, waardoor het arbeidsovereenkomstenrecht (individueel als collectief) buiten de toepassing van de eenvormige wet mag worden gehouden. Dit is de draagwijdte van artikel 1385 bis, 1, *in fine*.

Het is vanzelfsprekend duidelijk dat deze uitzondering in de geest van de wetgever restrictief moet geïnterpreteerd worden. Dit betekent dat elke veroordeling, die niet *rechtstreeks* de *nakoming* van een arbeidsovereenkomst beoogt (vgl. anal. art. 574-2° Ger. W.), door een dwangsom kracht kan worden bijgezet.

Een werknemer zal nooit bij middel van een dwangsom verplicht kunnen worden het werk te hervatten; evenmin zal aan een werkgever de overwogen sluiting van zijn bedrijf bij middel van een dwangsom kunnen worden verboden.

Daarentegen zal een dwangsom wel mogen aangewend worden b.v. in geval van veroordeling:

- wegens onrechtmatige verkoop van producten van een onderneming (6);
- wegens namaak gepleegd door een werknemer of wegens het onrechtmatige gebruik door de werkgever van een uitvinding door zijn werknemer gedaan;
- wegens bezetting van een bedrijf;
- wegens een onrechtmatige daad die uiteraard niet kan vallen onder het begrip „nakoming van de arbeidsovereenkomst” (zoals bv. een sportbeoefenaar verbieden in een andere ploeg te spelen).

Voor het overige geldt de regel dat elke hoofdveroordeling die strekt tot een andere prestatie dan de betaling van een geldsom, kracht kan worden bijgezet door een veroordeling tot een dwangsom. Dit zal het geval zijn voor elke veroordeling tot het nakomen van een verbintenis tot geven, doen of laten.

Gezien het specifiek karakter van de dwangsom (zie boven nr. 9) is het duidelijk dat de dwangsom kan gecumuleerd worden met een schadevergoeding, met een verhogingsbeding of met door bijzondere wetten voorziene specifieke sancties. De grootte van de dwangsom mag bovendien door deze bijkomende sancties niet worden beïnvloed.

(5) *Verslag Storme*, 177-2, blz. 10 e.v.

(6) Vgl. Salik-bevelschrift: Voorz. Kh. Brussel, 20 maart 1979, *B.R.H.*, 1979, 333.

Persoonlijk meen ik bovendien dat een veroordeling tot de *afgifte* — niet tot de betaling — van een geldsom eveneens van een dwangsom kan worden begeleid. Wanneer bv. een bepaald vast bedrag in depot wordt gehouden en de afgifte ervan gevorderd wordt, kan een dwangsom wel eens aangewezen zijn (7).

Bevoegde rechter

14. Elke rechter die tot enige prestatie kan veroordelen is bevoegd hieraan een dwangsom te verbinden.

De enige vereiste is dat partijen — of het Openbaar Ministerie zo het als partij optreedt (8) — dit uitdrukkelijk moeten vorderen. De rechter kan dit niet ambtshalve.

Dit zou volgens sommigen kunnen betekenen dat de rechter de dwangsom niet op een hoger — wel lager — bedrag dan het gevorderde bedrag mag stellen, onverminderd evenwel de bevoegdheden van de rechter ingevolge artikel 1385 ter (zie hierover verder, nr. 17 en 25).

Derhalve mag elke rechter, op verzoek, een dwangsom uitspreken: de gewone rechter, de strafrechter, de beslagrechter, de voorzitter in kort geding, ... Enkel de scheidsrechters kunnen dit niet, in tegenstelling met de huidige regeling in Nederland.

Dat de dwangsom ook in verzet of in hoger beroep kan worden gevorderd, werd uitdrukkelijk in de wet gesteld.

De veroordeelde

15. Eenieder kan tot een dwangsom worden veroordeeld.

Dat ook de overheid hiertoe kan worden veroordeeld werd uitdrukkelijk gesteld (9). Dit is een gelukkige innovatie die de moeilijkheden bij de uitvoering tegen overheidslichamen enigszins kan helpen oplossen.

Verbeurte

16. Duidelijk wordt gesteld dat de dwangsom slechts verbeurd wordt, d.w.z. eisbaar wordt, vanaf de betekening van de desbetreffende uitspraak.

Dit betekent dat enkel de overtreding van het gebod of van het verbod *na* de betekening gepleegd tot verbeurte aanleiding kan geven.

Andersom kan de rechter een *later* tijdstip bepalen dan de betekening,

(7) Dit standpunt wordt gedeeld in Nederland: zie bv. *H.R.*, 9 september 1949, *N.J.*, 1950, 595.

(8) Zie hierover uitvoerig *Verlag Storme*, 177-2, blz. 8 e.v.

(9) *M.v.T.*, blz. 19.

waarop het verbeuren van de dwangsom een aanvang neemt. Zoals blijkt uit de memorie van toelichting wil men aldus de rechter toelaten aan de schuldenaar een gratietermijn te verlenen. Dit zou bv. het geval kunnen zijn wanneer de schuldenaar slechts redelijkerwijze vanaf een bepaalde datum de hoofdveroordeling kan naleven. Het ware wenselijk dat slechts bij hoge uitzondering en om duidelijke billijkheidsoverwegingen van deze mogelijkheid gebruik zou worden gemaakt.

Artikel 1385 ter Ger. W.

De rechter kan de dwangsom hetzij op een bedrag ineens, hetzij op een bedrag per tijdseenheid of per overtreding vaststellen. In de laatste twee gevallen kan de rechter eveneens een bedrag bepalen waarboven geen dwangsom meer verbeurd wordt.

17. De rechter kan vrijelijk bepalen dat een dwangsom verbeurd zal zijn voor elke overtreding of voor elke tijdseenheid, dan wel dat de dwangsom ineens zal verbeurd zijn van zodra de veroordeelde handelt in strijd met het gebod of het verbod.

Deze laatste eenmalige veroordeling kan het voordeel hebben onzekerheid te vermijden bij het vaststellen van overtredingen en tijdseenheden. Toch is de dreiging van een herhaalde verbeurde van de dwangsom een betere stimulans ter reële uitvoering van de hoofdveroordeling. In dat laatste geval kan de rechter nochtans een maximumbedrag bepalen boven hetwelk geen dwangsom meer kan verbeurd worden.

Van deze laatste bevoegdheid zou de rechter evenwel op voorzichtige wijze gebruik dienen te maken om te vermijden dat dit maximumbedrag aantrekkelijker zou zijn voor de schuldenaar dan de uitvoering van de hoofdveroordeling!

Artikel 1385 quater

De dwangsom, eenmaal verbeurd, komt ten volle toe aan de partij die de veroordeling heeft verkregen. Deze partij kan de dwangsom ten uitvoer leggen krachtens de titel waarbij zij is vastgesteld.

18. De dwangsom komt toe aan de schuldeiser, hoewel zij geen schadevergoeding is. Andere alternatieven, zoals betaling aan de Staat, werden verworpen om redenen uiteengezet in de memorie van toelichting.

De schuldeiser behoeft geen nieuwe titel; krachtens de uitspraak houdende hoofdveroordeling, kan hij de verbeurde dwangsommen opvorderen. Het Franse systeem van de verplichte „liquidation de l'astreinte” is derhalve in ons rechtssysteem onbestaand (zie boven, nr. 10).

Artikel 1385 quinquies

De rechter die een dwangsom heeft opgelegd, kan op vordering van de veroordeelde de dwangsom opheffen, de looptijd ervan opschorten gedurende de door hem te bepalen termijn of de dwangsom verminderen ingeval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen.

Voor zover de dwangsom verbeurd was voordat de onmogelijkheid intrad, kan de rechter haar niet opheffen of verminderen.

19. Buiten de gemeenrechtelijke executiegeschillen, kan men verzet doen tegen de verdere verbeurte van de dwangsom. Dit specifieke geschil moet gebracht worden voor de rechter die de hoofdveroordeling onder verbeurte van een dwangsom heeft uitgesproken.

De rechter kan enkel opheffen, schorsen of verminderen voor de toekomst, d.w.z. vanaf het ogenblik dat de vastgestelde onmogelijkheid intrad en dit voor zover de veroordeelde de onmogelijkheid aantoont om aan de hoofdveroordeling te voldoen, tenzij hij die onmogelijkheid zelf heeft veroorzaakt.

Artikel 1385 sexies Ger. W.

De dwangsom kan gedurende het faillissement van de veroordeelde niet worden verbeurd.

Dwangsommen die vóór de faillietverklaring verbeurd zijn, worden in het passief van het faillissement niet toegelaten.

20. Deze bepalingen behoeven weinig commentaar. Men kan het systeem bekritisieren, doch het laat aan duidelijkheid niet te wensen over.

Wel zijn er volgende wisseloplossingen voor de schuldeiser, die immers voor het overige volledig buiten spel wordt geplaatst:

- a) De verbeurde dwangsommen vervallen niet; zij kunnen na het ophouden van de staat van onvermogen opnieuw worden ingevorderd.
- b) De schuldeiser kan de veroordeling vorderen van de curator onder verbeurte van een dwangsom, voor zover de hoofdveroordeling ook door de curator kan worden uitgevoerd (bv. voortzetting van het bedrijf van de gefailleerde door de curator met enige onrechtmatige mededinging).

Terloops weze opgemerkt dat bovenstaande regelen niet van toepassing zijn op het gerechtelijk akkoord en op het uitstel van betaling.

Artikel 1385 septies Ger. W.

Na overlijden van de veroordeelde wordt een dwangsom die op een bepaald bedrag per tijdseenheid is vastgesteld, niet verder verbeurd, maar de vóór het overlijden verbeurde dwangsommen blijven verschuldigd. De dwangsom wordt door erfgenamen en andere rechtverkrijgenden van de veroordeelde pas opnieuw verbeurd nadat de rechter die haar heeft opgelegd, aldus heeft beslist. De rechter kan het bedrag en de voorwaarden ervan wijzigen.

Andere dwangsommen kunnen, op vordering van de erfgenamen en andere rechtverkrijgenden, door de rechter die ze heeft opgelegd, worden opgeheven of verminderd, hetzij blijvend, hetzij tijdelijk, en, in voorkomend geval, met ingang van de dag waarop de veroordeelde overleden is.

21. Ook dit artikel behoeft weinig commentaar.

Voor het eerste geval — de dwangsom per tijdseenheid — zal de schuldeiser derhalve de erfgenamen moeten dagvaarden voor dezelfde rechter teneinde eventueel opnieuw een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom uit te lokken ditmaal ten laste van deze erfgenamen. Deze laatste blijven evenwel gehouden tot betaling van de dwangsommen die verbeurd waren tot de dag vóór het overlijden. In geval van nieuwe veroordeling geldt deze vanzelfsprekend slechts vanaf de betekening van deze beslissing.

In het tweede geval — de dwangsom ineens of per overtreding — zullen de erfgenamen het initiatief moeten nemen om de schuldeiser te dagvaarden voor dezelfde rechter teneinde de dwangsom op te heffen of te verminderen. De dwangsom blijft derhalve doorlopen; zij kan, tijdelijk of definitief, geheel of gedeeltelijk, worden opgeheven, desgevallend met terugwerkende kracht tot de dag van het overlijden.

In alle gevallen blijven dus de op de dag van het overlijden verbeurde dwangsommen bestaan als boedelschuld.

Artikel 1385 octies Ger. W.

Een dwangsom verjaart door verloop van zes maanden na de dag waarop zij verbeurd is.

De verjaring wordt geschorst door faillissement en ieder ander wettelijk beletsel voor tenuitvoerlegging van de dwangsom.

De verjaring wordt ook geschorst zolang degene die de veroordeling verkreeg met het verbeuren van de dwangsom redelijkerwijze niet bekend kon zijn.

22. Teneinde de dwangsommen niet tot onbillijke hoogten te laten oplopen, wordt een verjaring voorzien van zes maanden. Terzake gaat het niet om een vervaltermijn (10), zodat de verjaring uitdrukkelijk moet ingeroepen worden.

Deze bepaling betekent derhalve dat verjaring intreedt van zodra de schuldeiser zes maanden heeft laten verstrijken vanaf de dag waarop de dwangsom verbeurd werd door niet-naleving van de uitspraak.

Op deze verjaring zijn de algemene regelen inzake stuiting en schorsing uiteraard van toepassing.

Buitendien wordt de verjaring geschorst in geval van faillissement of in geval van enig ander wettelijk beletsel voor tenuitvoerlegging van de dwangsom (bv. aanvaarding van een erfenis onder voorrecht van boedelbeschrijving).

Doch de verjaring kan ook geschorst worden doordat de schuldeiser redelijkerwijze niet kon weten dat er een inbreuk gepleegd werd op het rechterlijk gebod of verbod. Met name wanneer het gaat om veroordelingen om niet te doen, bv. om zich te onthouden van bepaalde daden van ongeoorloofde mededinging, zou het kunnen voorkomen dat degene die de veroordeling verkreeg eerst geruime tijd na de inbreuk die tot het verbeuren van de dwangsom leidt daarvan op de hoogte komt en niet in de mogelijkheid verkeerde zich daarvan eerder kennis te verschaffen.

Niet zelden zal het gedrag van de veroordeelde er immers op afgestemd zijn de inbreuk zolang mogelijk voor zijn wederpartij verborgen te houden. In dergelijke gevallen behoort de vordering tot betaling van de dwangsom niet intussen te kunnen verjaren. In de tekst wordt evenwel met opzet niet uitdrukkelijk de eis gesteld dat de veroordeelde de overtreding opzettelijk verborgen moet hebben gehouden. Aangezien het in het onderhavige geval om een zeer korte verjaringstermijn gaat, kwam het gewent voor om op dit punt op degene die de veroordeling verkreeg geen al te zware bewijslast te leggen voor het geval hij schorsing van de termijn wenst in te roepen.

Artikel 1385 nonies Ger. W.

Voor de bepaling van de rechterlijke bevoegdheid en de vatbaarheid voor hoger beroep wordt geen rekening gehouden met de dwangsom.

23. De dwangsom heeft geen invloed op bevoegdheid en aanleg; deze blijven bepaald door de hoofdvordering. Dit wordt nog eens verduidelijkt door de aanvulling van art. 557 Ger.W.

(10) *M.v.T.*, blz. 23.

Andersom zal de rechter die de dwangsom toekende steeds bevoegd blijven om te oordelen over het verzoek van de schuldenaar (art. 1385 quinquies), welke ook de omvang van de dwangsom weze.

Procedure

24. Het kan, gezien het hier gaat om een vrij originele instelling, enig nut hebben een schets te wagen van de procedure die terzake dient gevolgd. Van zodra men een vordering, anders dan tot betaling van een geldsom, inleidt, doet men er goed aan (zie ook verder nr. 25) samen met de voorlopige tenuitvoerlegging van de tussen te komen uitspraak, uitdrukkelijk een dwangsom in de akte van rechtsingang te vorderen, hoewel dit nog later in elke stand van het geding kan, ook in verzet of in hoger beroep. De formulering kan bv. als volgt luiden:

„Gedaagde te veroordelen tot... zulks onder verbeurte ten behoeve van mijn verzoeker (eiser) van een dwangsom van X F zo hij niet voldoet aan de veroordeling tot...;

en/of van een dwangsom van Y F voor ieder produkt waarmee gedaagde dat verbod na de dag van betekening van het te deze te wijzen vonnis overtreedt;

en/of van een dwangsom van Z F voor iedere dag (week, maand) dat gedaagde met de nakoming van dit bevel in gebreke blijft na de dag van betekening van het te deze te wijzen vonnis”.

Het spreekt vanzelf dat het onmogelijk is een voor elk geval passende formule op te stellen.

25. Volledigheidshalve moet gesteld worden dat een dwangsom ook kan gevorderd worden bij verstek in toepassing van artikel 808 Ger. W. Niet alleen zou men de dwangsom kunnen beschouwen als een toebehoren, doch bovendien zou men anders door niet te verschijnen de eiser het additioneel vorderen van een dwangsom kunnen ontzeggen.

26. Bij het opstellen van het *vonnis*, houdende veroordeling onder verbeurte van een dwangsom, dient de rechter rekening te houden met volgende beginselen.

- a. Hoofdveroordeling en dwangsom dienen in één en dezelfde uitspraak te worden vervat.
- b. Daar de dwangsom niet gelijkwideerd moet worden, dient angstvallig gewaakt over een nauwkeurige omschrijving van de omstandigheden waarin de dwangsom wordt verbeurd, alsmede over een precieze bepaling van de dwangsom.

Doet men dit niet, dan loopt men het risico partijen nodeloos te storten in executiegeschillen die de dwangsom als instelling zouden ontleden.

- c. De rechter kan slechts een dwangsom toekennen, zo deze gevorderd werd.

Hij kan het gevorderde evenwel wijzigen, anders formuleren, en zelfs de bedragen verminderen. Of hij het gevorderde bedrag kan verhogen wordt betwist. Persoonlijk geloof ik dat de rechter dit wel kan (arg. ex art. 1385 ter); bovendien mag men niet vergeten dat de dwangsom ook een sanctie is t.a.v. de partij die door de veroordeling niet na te leven het gezag van de rechterlijke macht aantast.

Indien de rechter de gevorderde dwangsom afwijst, wijzigt, vermindert of vermeerdert, dient hij dit te motiveren. De Nederlandse rechtspraak aanvaardt die motiveringsplicht niet, doch hierbij verlieze men niet uit het oog dat deze rechtspraak dateert van de periode onder de oude Nederlandse wetgeving, die toeliet dat de rechter *ambtshalve* de dwangsom mocht toekennen.

- d. Behalve in uitzonderlijke omstandigheden, ware het wenselijk erover te waken dat de voorlopige tenuitvoerlegging zou worden uitgesproken, wil men niet door lang aanslepende procedures in verzet of hoger beroep de dwangsom tot een voorbijgestreefde maatregel doen vervallen.

In een aantal gevallen gebeurt dit trouwens automatisch, zoals bv. in kort geding.

Het is immers zo dat indien de tenuitvoerlegging van het vonnis ten principale geschorst is, de dwangsom evenmin opeisbaar is.

Vanzelfsprekend kunnen ook vonnissen, waarbij geen voorlopige tenuitvoerlegging werd bevolen met betrekking tot de dwangsom uitgevoerd worden onder de gewone voorwaarden en nl. indien er geen schorsing is ingevolge aanwending van enig gewoon rechtsmiddel.

- e. Er moge herinnerd worden aan het feit dat de rechter een maximumbedrag voor het totaal der verbeurde dwangsommen mag bepalen (art. 1385 ter). Daar de dwangsom fundamenteel als drukkingsmiddel dient, zal van deze bevoegdheid slechts omzichtig gebruik mogen worden gemaakt. De dwangsom dient steeds in *wanverhouding* te blijven tot de hoofdveroordeling.

27. De enkele *betekening* van de uitspraak volstaat om bij de minste inbreuk de dwangsom te doen verbeuren. Specifieke aanmaningen of bevelen tot uitvoering worden niet vereist.

Wel zou het aanbeveling verdienen dat de gerechtsdeurwaarder in de akte van betekening de aandacht op de dwangsom vestigt door bv. in te lassen:

„Vestigt de aandacht van betekende op het feit dat de niet-naleving van bijgaande uitspraak aanleiding zal geven tot de betaling van de in deze uitspraak bepaalde dwangsom(men)“.

Wordt dan achteraf metterdaad de uitspraak niet nageleefd, dan zal de executie worden ingezet met inbegrip van de betaling der verbeurde dwangsom(men). Voor deze tenuitvoerlegging is vanzelfsprekend geen nieuwe titel vereist; de beoordeling wordt aan de schuldeiser overgelaten.

In de memorie van toelichting werd gesteld dat evenwel om betwistingen te vermijden een tweede vonnis kan worden uitgelokt: „Wel dient te worden opgemerkt dat men vrij is al dan niet gebruik te maken van de mogelijkheid, een dwangsom te executeren zonder zich eerst een nieuwe titel te verschaffen. Soms heeft de schuldeiser inderdaad belang bij een tweede vonnis dat uitdrukkelijk vaststelt dat de dwangsom verschuldigd is, bij voorbeeld als er geschil rijst over de vraag of het vonnis houdende veroordeling onder dwangsom overtreden is. Hij kan daarom een nieuw vonnis verkrijgen wanneer vaststaat dat een dwangsom eens of meermalen verbeurd is. Deze nieuwe beslissing beperkt zich dan echter in ieder geval tot de vaststelling dat de dwangsom verbeurd is, en wel voor een in een getal uitgedrukt totaal bedrag; uitgesloten is een „vereffening“ in de zin van de Franse rechtspraak, die kan leiden tot een veroordeling tot een lager bedrag dan men bij berekening op de grondslag van het oorspronkelijk vonnis verkrijgt“.

Wie deze passage goed leest, kan hier zonder twijfel uit afleiden dat het gaat om een interpretatieve uitspraak door de eerste rechter, die derhalve alleen oordeelt of ingevolge zijn uitspraak de dwangsom inderdaad verbeurd is in de mate die de schuldeiser voorstelt. Over het principe zelf van de veroordeling tot een dwangsom kan immers niet meer worden gepraat.

Persoonlijk komt het mij voor dat ook in elk geval de beslagrechter kan worden aangesproken; gezien de snellere procedure aldaar verdient het m.i. zelfs aanbeveling dergelijke geschillen over de daadwerkelijk verbeurde dwangsom bij voorkeur voor de beslagrechter te brengen. Deze kan evengoed als de rechter die de uitspraak ten gronde verleende, oordelen hoe de dwangsom overeenkomstig deze uitspraak verbeurd werd.

Tenslotte blijft de algemene bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg inzake geschillen bij tenuitvoerlegging gelden (art. 569 - 5° Ger.W.).

Anderzijds weze eraan herinnerd dat de zaak wel opnieuw *dient* gebracht voor de rechter die de dwangsom toekende, wanneer de schuldenaar optreedt krachtens artikel 1385 quinquies, of wanneer de erfgenamen van de schuldenaar of de schuldeiser optreden ingevolge artikel 1385 septies (zie hierover boven nrs. 19 en 21).

28. *Rechtsmiddelen* schorsen hoofdveroordeling en derhalve ook de dwangsom, tenzij voorlopig mag worden ten uitvoer gelegd.

In geval van schorsing, kan de dwangsom pas opnieuw verbeurd worden vanaf de betekening van de uitspraak op verzet of in hoger beroep.

Was er geen schorsing dan kon de dwangsom worden verbeurd; wordt het eerste vonnis hervormd, dan dient de verbeurde dwangsom terugbetaald.

29. Volledigheidshalve moet ook gesteld dat op dwangsommen geen registratierechten verschuldigd zijn (11).

Toepassingsgevallen

30. Bij lektuur van de oude Belgische rechtspraak van vóór 1924 (12) en van de Nederlandse rechtspraak (13) kan men een interessante oogst bijeenlezen.

Zo kan herinnerd worden aan het KNIL-bevelschrift van de voorzitter in Den Haag (14).

Minder ophefmakend, doch even belangrijk in recente uitspraken: de dwangsom als sanctie bij het niet-naleven van het bezoekrecht (15), of als middel om personen te verplichten tot het afleggen van getuigenis (16).

31. In eigen land kan men denken aan leefmilieuconflicten (Tolhuis, Arenaweide), optreden tegenover de overheid (Latijn-onderricht), bescherming van de verbruiker, verlenen van de doorgang tot een erf, leveren van bepaalde goederen (zelfs soortzaken zoals petroleum!), onrechtmatige handelspraktijken, ...

Heel wat uitspraken zullen meer dan thans het geval is daadwerkelijk kunnen uitgevoerd worden; heel wat belangen, ook indien ze nog maar bedreigd worden, zullen beter beschermd kunnen worden.

Inwerkingtreding

32. Daar de eenvormige wet reeds in Nederland en Luxemburg in werking trad, treedt deze wet in België in werking op de eerste dag van de tweede maand, volgend op de neerlegging van de bekrachtigingsakte (art. 6 Overeenkomst), d.w.z. op 1 maart 1980.

(11) *Verslag Storme*, 177-2, blz. 9.

(12) Zie VAN MULLEM, J., *o.c.*, *J.T.*, 1977, blz. 39.

(13) Zie o.m. VAN NISPEN, *o.c.*

(14) 21 december 1950, *N.J.*, 1951, nr. 70.

(15) Voorz. Arr. Rb. Alkmaar, 27 juli 1978, *N.J.*, 1979, nr. 249.

(16) H.R., 18 mei 1979, *N.J.*, 1979, nr. 75.

Benelux-Gerechtshof

33. Tevens moet herinnerd aan de bevoegdheid van het Benelux-Gerechtshof om te oordelen over prejudiciële vragen die door enig rechtscollege uit België of de andere Benelux-landen zullen worden gesteld. Dit Hof verklaarde zich in een arrest van 25 mei 1979 (17), m.i. ten onrechte, onbevoegd om van een prejudicieel verzoek kennis te nemen, omdat in België de Overeenkomst nog niet in werking was getreden.

Interpretatie

34. Een belangrijk probleem betreft de uiteindelijke rechtsvindingsmethode die de rechter zal moeten volgen bij de interpretatie van dit nieuwe instituut van de dwangsom.

Sinds het mijlpaalarrest van het Hof van Cassatie dd. 27 januari 1977 (18) dient een internationaal verdrag dat unificatie van het recht beoogt, autonoom geïnterpreteerd te worden, d.w.z. los van het nationale recht van een der verdragsluitende staten.

Dit principe dient m.i. *in casu* genuanceerd te worden, rekening houdend met de rechtspraak van het Hof van Justitie te Luxemburg m.b.t. het Executieverdrag (19).

Het is duidelijk dat deze interpretatieregel bedoeld is om te verhinderen dat in elk land de rechter zijn interpretatie zou baseren op zijn eigen nationaal recht en aldus de uniforme uitlegging in het gedrang zou brengen.

Op het domein van de dwangsom dient nochtans herinnerd te worden aan het feit dat goedgelees het Nederlandse recht model heeft gestaan (20). Het blijft derhalve in overeenstemming met het cassatie-arrest van 27 januari 1977 indien de rechter zich voor nadere uitleg zou laten inspireren door de rechtspraak en rechtsleer in Nederland die de Nederlandse wet van 1932 hebben geïnterpreteerd.

BESLUIT

35. De dwangsom is een uitzonderlijk belangrijk instrument dat zal bijdragen tot een betere en snellere werking van het gerecht.

Wegens zijn revolutionair karakter verdient het een nauwgezette toepassing door de rechtspractici.

(17) *N.J.*, 1979, nr. 88.

(18) *Pas.*, 1977, I, 574 e.v.

(19) Zie verder in dit T.P.R.-nummer de bijdrage van J.E. Krings, nrs. 6 en 8; — zie vnl. de recente arresten van het Hof van Justitie nr. 133/78 van 22 februari 1979 en 33/78 van 22 november 1978, *Jur.*, 1979, 733 e.v. en *Jur.*, 1978, 2183 e.v.

(20) Zie voetnoot (1).