

## De dwangsom in het Belgische recht

### Preadvies van Prof. Mr. Jan Ronse

Over de dwangsom in het Belgische recht valt niet heel veel te zeggen.

Niet alleen ontbreekt elke wettelijke regeling, maar bovendien besliste het hof van cassatie herhaaldelijk, in overeenstemming met de doctrine, dat de veroordeling onder verbeurte van dwangsom niet toelaatbaar is, en integendeel een machtsoverschrijding vanwege de rechter uitmaakt.

Hierdoor is het ook onmogelijk om de Belgische en Nederlandse preadviezen op een gelijkaardige, overzichtelijke wijze in te delen: het Nederlandse betreft de regeling van de dwangsom, het Belgische heeft het ontbreken van enige regeling tot voorwerp.

Door dwangsom wordt bedoeld, een bijkomende veroordeling van de schuldenaar om aan de schuldeiser een som geld te betalen, meestal per dag berekend, zonder enig verband met de schade die de schuldeiser ondergaat of zal ondergaan tengevolge van de niet- of niet tijdige uitvoering van een hoofdverbintenis, ten einde op de schuldenaar druk uit te oefenen om de tegen hem uitgesproken hoofdveroordeling na te komen.

Vooraleer de huidige stand van het Belgische recht, met betrekking tot de dwangsom, uiteen te zetten, loont het wellicht de moeite om het gebied te verkennen waarin een werkelijke *behoefte* bestaat *aan de mogelijkheid* om een veroordeling kracht bij te zetten door de dreiging van een *dwangsom*.

Daartoe kan best uitgegaan worden van het traditionele onderscheid der verbintenissen naar hun voorwerp, een geven, een doen of een laten.

Vooreerst de verbintenissen die een geven tot voorwerp hebben.

Het komt voor dat, alhoewel denkbaar, de dwangsom minder zin heeft bij de veroordeling tot nakomen van verbintenissen die een *geldsom tot voorwerp* hebben. De dwangsom strekt er immers toe druk uit te oefenen op de schuldenaar opdat hij zijn verbintenis persoonlijk zou nakomen, voornamelijk wanneer deze verbintenis niet vatbaar is voor rechtstreekse tenuitvoerlegging, d.i. de executie waardoor, zonder medewerking van de schuldenaar, voldoening kan verschaft worden aan de schuldeiser.

Welnu de veroordeling tot betaling van een *geldsom* kan tenuitvoer gelegd worden door beslag op de goederen van de schuldenaar die met de opbrengst van de verkoping zal betaald worden. Alleen het onvermogen van de veroordeelde maakt dit resultaat onmogelijk, en deze onmogelijkheid blijft evenzeer als voor de hoofdsom bestaan voor het ver-

halen van de dwangsom. Op dit stuk zou veeleer behoefte bestaan aan andere dwangmiddelen, zoals de verder te bespreken lijfdwang of publiekrechtelijke straffen, die de onwillige schuldenaar in zijn persoon zelf treffen, of voor zijn verwanten een prikkel opleveren om in plaats van de schuldenaar te betalen. Op dit gebied wordt er in de praktijk naar gestreefd om door een aangepast conventioneel strafbeding, drukking uit te oefenen op de schuldenaar opdat deze zou betalen zonder dat het tot een vonnis moet komen<sup>1</sup>.

Wanneer de verbintenis het *geven* van een bepaalde zaak tot voorwerp heeft kan de rechtstreekse tenuitvoerlegging van het vonnis geschieden, indien het voorwerp nog bestaat en in beslag genomen kan worden. Zoniet zal vervangende schadeloosstelling toegekend moeten worden.

Wanneer het voorwerp der verbintenis strekt tot het leveren van een soortzaak, kan de schuldeiser, wanneer de schuldenaar in gebreke blijft, overeenkomstig het principe van het verder te bespreken artikel 1144 C. C., zich op kosten van de schuldenaar elders de soortgelijke zaken aanschaffen.

Belangrijker problemen worden gesteld in verband met verbintenissen die een *doen* of *laten* tot voorwerp hebben.

Het wordt thans niet meer betwist dat de schuldenaar, zowel na wanprestatie als na onrechtmatige daad, kan veroordeeld worden om iets te doen.

De schuldenaar die zich *door overeenkomst verbonden heeft om iets te doen*, kan tot werkelijke nakoming daarvan veroordeeld worden.

Hiertegen kan geen bezwaar gemaakt worden met beroep op art. 1142 C.C. (= art. 1275 Ned. B.W.), waarin bepaald is, dat iedere verbintenis om iets te doen of niet te doen wordt opgelost in schadeloosstelling, ingeval de schuldenaar de verbintenis niet nakomt. Deze bepaling is onnauwkeurig opgesteld waar zij schijnbaar als regel vooropstelt wat slechts als uitzondering mag gelden<sup>2</sup>.

Niets echter belet de veroordeling om iets te doen; alleen de gedwongen rechtstreekse tenuitvoerlegging daarvan door dwang op de schuldenaar, om persoonlijk een materiële handeling te verrichten is niet toegelaten.

<sup>1</sup> In België kent men een zeer gebruikelijk strafbeding, — het zogenaamd verhogingsbeding, — dat op de meeste facturen voorkomt en waarvan de toepassing de rechtspraak nog steeds blijft beroeren.

Hierdoor wordt bepaald dat, indien de schuldenaar op de vervaldag niet betaalt, of nog, indien hij in rechte zal moeten aangesproken worden tot betaling van de factuur deze, — meestal benevens de eigenlijke gerechtskosten, — zal vermeerderd worden met een, vrij hoog bedongen, percent. Betwist wordt of dit strafbeding, in de mate waarin het inbreuk zou maken op de vrijheid om zich voor de rechter te verdedigen, niet strijdig zou zijn met de openbare orde. De heersende rechtspraak erkent de geldigheid van dit strafbeding en verleent er volle uitwerking aan (Zie hierover o.m. CLOQUET, A., Over het beding waarbij de schuld verhoogd wordt indien de schuldenaar niet vrijwillig betaalt, R.W., 1951—52, 241 en volg.; — dezelfde, Over het verhogingsbeding, R.W., 1951—52, 629 en volg.; — dezelfde, La clause pénale estimée à indemniser le créancier des frais extrajudiciaires de recouvrement, Rev. Banque, 1955, 418 en volg.; — VAN BUNNEN, L., La clause conventionnelle de condamnation aux frais, J.T., 1954, 722 en volg.; — CUSTERS, J., La clause pénale majorant le capital de la dette, pour défaut de paiement à l'échéance ou lorsque le créancier doit poursuivre le recouvrement en justice, est-elle licite? R.C.J.B., 1956, 274).

<sup>2</sup> De PAGE, III, n<sup>o</sup>. 94, blz. 121; — DEKKERS, II, n<sup>o</sup>. 342 en noot; — R.P.D.B., Tw. Exécution des jugements et des actes en matière civile, n<sup>o</sup>. 19.

Terwille van deze processuele onmogelijkheid om nakoming van de materieelrechtelijk mogelijke veroordeling af te dwingen, wordt de verbintenis opgelost in schadeloosstelling.

Wat de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad betreft, heeft het herstel in specifieke vorm, naar Belgisch recht, de voorrang op een schadeloosstelling in geld.

De geldelijke schadeloosstelling komt in principe slechts in aanmerking wanneer het niet mogelijk is te voorzien in een herstel in specifieke vorm dat meer aan de aard der schade aangepast is, of wanneer dit niet geschikt voorkomt <sup>1</sup>.

Dit nu zal wel dikwijls het geval zijn, zodat de toekenning van een som geld, in de praktijk, de meest frequente vorm van schadeloosstelling blijkt te zijn. Nochtans blijft, naar Belgische opvatting, de rechter over een grote vrijheid beschikken en maakt hij van deze vrijheid ook gebruik om een schadeloosstelling in specifieke vorm toe te kennen.

Deze mogelijkheid is geenszins beperkt tot de gevallen waarin een herstel in *natura* mogelijk is, zoals dit in Nederland eerder het geval schijnt te zijn <sup>2</sup>.

Welnu als herstel in specifieke vorm kan o.m. gelden, het opleggen van een *verbod* of een *bevel*.

Hiertegen geldt niet, althans niet rechtstreeks, het bezwaar van artikel 1142 C. C., dat als dusdanig slechts betreft de verbintenissen uit overeenkomst ontstaan. Evenwel wordt hierbij beroep gedaan op de rechtspreuk *nemo praecise cogi potest ad factum*, waarvan voormeld artikel slechts een toepassing uitmaakt <sup>3</sup>.

Ook hier geldt hetzelfde onderscheid.

De veroordeling tot doen kan uitgesproken worden, alleen haar tenuitvoerlegging door dwang op de schuldenaar om persoonlijk een materiële handeling te verrichten, is niet mogelijk <sup>4</sup>.

Zodoende wordt de vraag gesteld omtrent de wijze waarop het nakomen van de verbintenis tot doen of tot laten bij overeenkomst aangeaan of door een vonnis opgelegd, kan *afgedwongen* worden.

Voorzeker kan in hetzelfde vonnis waarin de schuldenaar veroordeeld wordt om iets te doen, een subsidiaire veroordeling uitgesproken worden, voor het geval de schuldenaar weigert persoonlijk de hem opgelegde

<sup>1</sup> Zie hierover RONSE JAN, A.P.R., Tw. Schade en schadeloosstelling, nrs. 276 en volg.

<sup>2</sup> Vgl. ASSER-RUTTEN, II, tweede uitg., blz. 500.

<sup>3</sup> Vgl. DE PAGE, II, n<sup>o</sup>. 1026, B, blz. 985 en III, n<sup>o</sup>. 96, blz. 122 en volg.

<sup>4</sup> Zie hierover RONSE JAN, A.P.R., Tw. Schade en schadeloosstelling, nr. 288.

Slechts in enkele gevallen waarin de persoonlijke vrijheid van de schuldenaar primeert, zal niet alleen procesrechtelijk geen executie mogelijk zijn, maar zal het materieel recht zelf de veroordeling niet toelaten (vgl. hierover WOLFF, E., Bürgerliches Recht und Prozessrecht in Wechselwirkung, blz. 11 en volg.).

Aldus zal de gedaagde na verbreking van een verloving niet kunnen veroordeeld worden om het huwelijk aan te gaan (zie hierover RONSE JAN, A.P.R., Tw. Verloving, nrs. 13, 17 en 30); evenmin zal de belediger niet veroordeeld kunnen worden om zich te verontschuldigen (zie hierover RONSE JAN, A.P.R., Tw. Schade en schadeloosstelling, n<sup>o</sup>. 681; — ook zal, wanneer de uitvoering der verbintenis niet meer mogelijk is, geen veroordeling om te doen uitgesproken worden, maar desgevallend slechts tot schadeloosstelling (Cass., 28 april 1922. Pas., 1922, I, 255).

handeling uit te voeren, of verder blijft handelen in strijd met het uitgesproken verbod. Dit blijkt echter niet te volstaan <sup>1</sup>.

De schuldenaar beschikt immers geenszins over de keuze tussen het nakomen van zijn oorspronkelijke verbintenis tot doen of tot laten en de secundaire of vervangende geldelijke schadeloosstelling <sup>2</sup>.

Anderzijds kan de schuldeiser een redelijk belang hebben bij de werkelijke nakoming van de aangegane of opgelegde verbintenis, terwijl de vervangende schadeloosstelling in alle opzichten slechts als oplossing bij gebrek aan beter moet voorkomen. Daarom is de reële uitvoering de regel, waarvan slechts uitzonderlijk mag afgeweken worden <sup>3</sup>.

De rechter mag dan ook geenszins tot schadeloosstelling veroordelen wanneer reële uitvoering mogelijk is en gevraagd is <sup>4</sup>.

Waar de verbintenis strekt tot het verrichten van een *rechtshandeling*, — in tegenstelling tot een zuiver materiële prestatie, — kan naar Belgisch recht, het vonnis beschikken dat het rechtsgevolg daarvan zal intreden, zonder medewerking van de schuldenaar. Aldus kan de verkoper van een onroerend goed, die weigert mede te werken aan het verlijden der verkoopakte, niet alleen tot schadeloosstelling veroordeeld, maar mag de rechter, op verzoek van de koper, beschikken dat het vonnis als akte zal gelden om in de registers der hypotheken te worden overgeschreven <sup>5</sup>.

Meer algemeen nog zal de belofte van overeenkomst, door de rechter in overeenkomst kunnen omgezet worden, zodat het vonnis als akte zal gelden, b.v. van verkoop of van huur <sup>6</sup>.

In dezelfde zin nog, zal, bij weigering door een der partijen om in uitvoering van een scheidsrechterlijk beding, een scheidsrechter aan te duiden, de rechter er een aanduiden in haar plaats <sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Wel te verstaan, wanneer de schadeloosstelling begroot wordt uitsluitend met inachtneming van de werkelijke schade. Indien integendeel haar overdreven bedrag als prikkel dient om de schuldenaar tot nakoming te dwingen, staat men in werkelijkheid voor een dwangsom die, zoals verder zal besproken worden, onder de schijn van schadeloosstelling vermomd is.

<sup>2</sup> Art. 1243 C. C. = art. 1425 Ned. B.W.; — R.P.D.B., Tw. Exécution des jugements et des actes en matière civile, n<sup>o</sup>. 19; — DEMOGUE, Obligations, VI, n<sup>o</sup>. 140, blz. 146; — ASSER-RUTTEN, I, blz. 167.

<sup>3</sup> Vgl. DE PAGE, III, n<sup>o</sup>. 94, blz. 120 en volg.

<sup>4</sup> Cass., 17 maart 1921, Pas., 1921, I, 297.

<sup>5</sup> Art. 1, tweede lid Hyp.wet 16 december 1851; — Gent, 17 jan. 1908, Pas., 1909, II, 68; — vgl. DE PAGE, II, n<sup>o</sup>. 513, blz. 482 en IV, n<sup>o</sup>. 556, blz. 550.

<sup>6</sup> In Nederland schijnt een dergelijke oplossing behalve voor schepen, betwist te zijn (ASSER-RUTTEN, I, blz. 173). Op dit belangrijk gebied bestaat dus in België minder dan in Nederland, behoefte aan een dwangsom.

<sup>7</sup> Cass., 8 juni 1849, Pas., 1850, I, 81; — vgl. BERNARD, A., L'arbitrage volontaire en droit privé, nrs. 209 en volg., blz. 123 en volg.

Nochtans kan de rechter niet op afdoende wijze beschikken in alle gevallen waar de schuldenaar weigert de rechtshandeling te verrichten, waartoe hij zich verbonden had. Naar aanleiding van een belofte van verkoop van onroerend goed voor de prijs te bepalen door twee deskundigen, aan te duiden door de koper en de verkoper, werd beslist dat de rechter de deskundige niet kan aanduiden, wanneer de verkoper weigert hieraan mede te werken. Het bleek niet mogelijk om de prijs, — bestanddeel van het contract dat ter zake ontbrak, — op deze wijze gerechtelijk te bepalen, waar de partijen alleen dit konden doen (Gent, 29 september 1959, J.T., 1959, 688; — vgl. de instemmende bemerkings van M. GEVERS, R.C.J.B., 1961, 234).

Wat de vormlijke overeenkomsten betreft, kan de rechter evenmin beschikken dat het vonnis als akte zal gelden, dit is nl. het geval voor de belofte van hypotheek (Cass., 21 jan. 1901, Pas., 1901, I, 113; — DE PAGE, II, n<sup>o</sup>. 509, blz. 478).

In vele gevallen waarin een *materiële prestatie* dient verricht te worden is reële tenuitvoerlegging mogelijk nl. waar het resultaat kan bereikt worden zonder de persoonlijke medewerking van de veroordeelde.

De schuldeiser kan zich inderdaad doen machtigen om op kosten van de schuldenaar, onverminderd schadevergoeding, te doen vernietigen wat in strijd met de verbintenis verricht is (art. 1143 C. C. = art. 1276 Ned. B.W.), of nog kan hij gemachtigd worden om zelf de verbintenis te doen uitvoeren op kosten van de schuldenaar (art. 1144 C. C. = art. 1277 Ned. B.W.).

De laatste bepaling geldt niet alleen voor verbintenissen tot doen, maar voor alle verbintenissen, b.v. om vervangbare zaken te leveren<sup>1</sup>.

De rechtbanken maken van deze mogelijkheid ruim gebruik en bepalen doorgaans dat de kosten van de uitgevoerde werken door de schuldeiser zullen kunnen verhaald worden op vertoon van de factuur of van de kwijtschriften, eventueel goedgekeurd door een deskundige die aangesteld was om op de werken toezicht uit te oefenen.

Buiten deze enkele mogelijkheden om, niettegenstaande de onwil van de schuldenaar, aan de schuldeiser voldoening te schenken, door een uitvoering die aan de inhoud zelf van de verbintenis beantwoordt, kan slechts uitgekeken worden naar *dwangmiddelen*, waardoor druk uitgeoefend wordt op de persoon of het vermogen van de schuldenaar, om hem te nopen tot het nakomen van de aangegane verbintenis.

De *lijfswang* in burgerlijke zaken en zaken van koophandel maakte oorspronkelijk het voorwerp uit van de artikelen 2059 en 2070 C. C. Deze werden opgeheven bij artikel 48 van de wet van 21 maart 1859. Het weinige wat hiervan heden ten dage nog overblijft is door de wet van 27 juli 1871 geregeld.

Met uitzondering van zekere in de wet opgesomde personen, zoals o.m. vrouwen en minderjarigen, kan de lijfswang uitgesproken worden in zeer beperkte gevallen, nl. bij een veroordeling tot restitutie of tot schadeloosstelling en tot de kosten, mits zij ten minste 3.000 frs. bedragen, en uitsluitend wegens feiten door de strafwet bepaald, of onrechtmatige daden die kwaadwillig of te kwader trouw gepleegd zijn<sup>2</sup>.

De lijfswang komt nog veelvuldig voor in beschikkingen van de vonnissen en arresten, hoofdzakelijk ten voordele van de burgerlijke partij in het strafproces. Nochtans wordt hij nagenoeg nooit meer in werkelijkheid omgezet. Wellicht is zulks mede te wijten aan de kosten van de tenuitvoerlegging, die door de schuldenaar dienen voorgeschoten te worden. In die zin mocht geschreven worden: „la prison ne paye pas”<sup>3</sup>.

Mogelijks echter heeft de lijfswang, — die zoals opgemerkt is nog zeer frequent wordt uitgesproken, — wel in die zin een praktische be-

<sup>1</sup> Cass., 8 maart 1919, Pas., 1919, I, 80.

<sup>2</sup> Art. 3, Wet van 27 juli 1871; — zie hierover R.P.D.B., Tw. Contrainte par corps, nrs. 15 en volg.

Men bemerkte hierbij vooral dat, anders dan in Nederland, de lijfswang niet kan uitgesproken worden bij een veroordeling om iets te doen.

<sup>3</sup> DE PAGE, III, n<sup>o</sup>. 155, blz. 178.

tekenis, dat de dreiging volstaat om de schuldenaar tot nakoming van zijn verbintenis aan te zetten <sup>1</sup>.

*Publiekrechtelijke straffen*, zoals geldboeten of gevangenisstraffen, kunnen een voldoende prikkel uitmaken om de veroordeelde schuldenaar aan te zetten om de uitgesproken veroordeling uit te voeren.

Het Belgische recht kent geen algemene bepaling waardoor de ongehoorzaamheid aan het bevel of verbod van de rechter strafbaar gesteld is <sup>2</sup>.

Evenmin is de schuldige insolventie strafbaar gesteld.

In enkele welbepaalde gevallen echter komt het strafrecht hulp bieden aan het privaatrecht, door het niet uitvoeren van een veroordeling strafbaar te stellen.

Niet uitvoeren gedurende drie maanden van een in kracht van gewijsde getreden veroordeling om levensonderhoud aan zijn echtgenoot, ascendenten of afstammelingen, te betalen is, als misdrijf van *verlating van familie*, strafbaar gesteld door art. 391 bis S.W., ingevoerd door de wet van 14 januari 1928 en gewijzigd bij de wet van 17 januari 1939, art. 1 <sup>3</sup>.

Ook enkele veroordelingen om iets te doen zijn door straffen gesanc-tioneerd.

Art. 369 bis S.W., ingevoerd bij de wet van 15 mei 1912, art. 57 en gewijzigd bij de wet van 20 juli 1927 stelt strafbaar de vader of de moeder die een *kind onttrekt* of tracht te onttrekken, of weigert te vertonen aan diegene aan wie de bewaking is toevertrouwd door een gerechtelijke beslissing. Het hof van cassatie gaf aan deze bepaling een ruime verklaring en acht de strafsanc-ties toepasselijk tegen degene die niet alleen het bewakingsrecht, maar reeds het bezoeksrecht verhindert dat door de rechter was toegestaan <sup>4</sup>.

Een zeer belangrijke strafsanc-tie om het naleven van een gerechtelijk bevel of verbod af te dwingen, is bepaald door het Koninklijk besluit n<sup>o</sup>. 55 van 23 december 1934 betreffende de *onrechtmatige mededinging*. Zodra de beschikking van de voorzitter van de rechtbank van koophandel, zetelend zoals in kortgeding <sup>5</sup> in kracht van gewijsde getreden is, wordt

<sup>1</sup> Vgl. een zeldzame toepassing van de lijfswang in de recente rechtspraak: Rb. Gent, 27 juni 1960, R.W., 1960—61, 242.

<sup>2</sup> Vgl. de regeling in het Duitse recht § 888 en 890 Z.P.O. waarin geldboeten en gevangenisstraffen voorzien zijn.

<sup>3</sup> Zie hierover: R.P.D.B., Tw. Abandon de famille; — MICHELS, J. M., De verlating van familie in Belgisch en Frans recht.

Strafbaar is het vrijwillig niet uitvoeren van de uitgesproken veroordeling, met uitsluiting van het ongewild onvermogen van de schuldenaar (Cass. 29 januari 1939, Pas., 1939, I, 41). Nochtans geldt als weigering om uit te voeren, de vrijwillige onthouding van winstgevende arbeid (Cass., 10 maart 1943, Pas., 1943, I, 89).

Wellicht is het niet onbelangrijk hierbij aan te stippen dat in Nederland, bij onderzoek naar de wenselijkheid van een dwangsom bij veroordelingen die de betaling van een geldsom tot voorwerp hebben, de verbintenis tot levensonderhoud als enig toepassingsgeval daarvoor in aanmerking scheen te komen (vgl. VAN OPSTALL, Enkele opmerkingen over de dwangsom, blz. 9). Het Belgische recht beschikt hier over een ander, m.i. meer doeltreffend dwangmiddel.

<sup>4</sup> Cass., 7 april 1943, Pas., 1943, I, 132; — Gent, 11 mei 1950, R.W., 1949—50, 1586; — Cass., 18 dec. 1950, Pas. 1951, I, 257; — vgl. hierover DE GROOTE W., A.P.R., Tw. Bezoeksrecht, nrs. 106 en volg.

<sup>5</sup> Een eigenaardig kenmerk van de rechtspleging ingevoerd door het besproken besluit is hierin gelegen dat bevoegdheid verleend werd aan de voorzitter zetelend in kortgeding, terwijl niettemin de beschikking volledig gelijk staat met een eigenlijk vonnis, en dus helemaal geen voorlopig karakter heeft (zie over deze regeling o.m. FREDERICQ, Droit commercial, II, blz. 133 en volg.; — MOUGENOT, R., L'action en cessation en matière de concur-

elke inbreuk op het uitgesproken bevel of verbod strafbaar gesteld met geldboeten, terwijl bovendien de publikatie en de aanplakking van het vonnis kan bevolen worden. Herhaling binnen de vijf jaren wordt met gevangenisstraffen gestraft.

Het ontbreken in de gerechtelijke statistieken van veroordelingen op grond van deze bepaling, laat vermoeden dat de dreiging van straffen voldoende afschrikwekkend werkt om van de veroordeelde gehoorzaamheid aan de rechter af te dwingen. Dit schijnt er op te wijzen dat een veralgemening van de maatregel tot alle vonnissen die tot een doen of laten veroordelen, aan te prijzen is.

Zodoende komt men voor het overblijvende gebied, — dat onmiskenbaar zeer groot blijft, — tot de vraag naar andere afdoende middelen om op de veroordeelde schuldenaar een passende dwang uit te oefenen, zodat hij persoonlijk zijn verbintenis zou nakomen.

Men kan in art. 534, tweede lid Rv. (= 772, derde lid, Ned. Rv.) een dwangmiddel ontwaren waar het bepaalt dat wanneer de rekenplichtige niet verschijnt of weigert rekenschap te geven, hij daartoe zal gedwongen worden door beslag en verkoop van zijn goederen tot beloop van het bedrag door de rechtbank vastgesteld.

Deze bepaling is praktisch in onbruik geraakt<sup>1</sup>.

Zij werd nooit toepasselijk geacht in handelszaken. Overigens hebben de rechtbanken altijd geoordeeld dat zij deze rechtspleging niet moesten in acht nemen wanneer ze op een andere wijze konden beschikken<sup>2</sup>.

Oorspronkelijk was deze maatregel tevens als dwangmiddel bedoeld om de rekenplichtige tot rekenschap aan te zetten, des te meer daar tot aan de wet van 27 juli 1871 ook de lijfswang was voorzien. Nochtans werd steeds geoordeeld dat het bedrag van de verkoping een provisie voor het verschuldigde saldo uitmaakte en daarop diende aangerekend te worden. De som is helemaal niet als een dwangsom verbeurd, maar het eventuele overschot zal moeten terugbetaald worden<sup>3</sup>.

Het is duidelijk dat dergelijke veroordeling slechts als dwangmiddel kan functioneren in zover het bedrag ervan doelbewust is overschat. De rekenplichtige die rekenschap weigert wordt immers vermoed schuldenaar te zijn, zodat de uitgesproken veroordeling hem slechts dan op afdoende wijze zal prikkelen om zich te verantwoorden indien het bedrag hoger ligt dan het door hem, in elk geval, verschuldigde saldo.

Aldus zal de *schadeloosstelling* dienstig zijn als dwangmiddel, in die mate, waarin zij begroot wordt op een bedrag dat hoger ligt dan de werke-

rence déloyale instituée par l'A.R. du 23 décembre 1934, R.G.A.R., 1946, 3836; — RONSE JAN, De onrechtmatige mededinging. — Het omstreden toepassingsgebied van het K.B. n<sup>o</sup>. 55 van 23 december 1934, R.W., 1948—49, 881 en volg.).

<sup>1</sup> Zij wordt vermeld maar niet eens besproken in R.P.D.B., Tw. COMPTE, en zelfs niet door BELTJENS, Procédure civile ad art. 534.

<sup>2</sup> Reeds in een arrest van 3 februari 1873 (B.J., 1873, 642) veroordeelde het hof te Brussel zonder meer tot schadeloosstelling in plaats van de rechtspleging te volgen zoals ze door art. 534 Rv. is bepaald.

Ik vermeld deze bepaling slechts omdat mijn medepreadviseur ze even bespreekt.

<sup>3</sup> P.B., Tw. Reddition de compte, n<sup>o</sup>. 386; — CARRÉ-CHAUVEAU, Procédure civile, q. 1868.

lijke schade. Alleen zodoende kan zij op de wederspannige schuldenaar druk uitoefenen <sup>1</sup>.

Het is zeer begrijpelijk dat de rechtbanken bij gebrek aan andere dwangmiddelen dit middel hebben willen aanwenden om hun veroordelingen kracht bij te zetten. Immers, waar het in hun macht lag bevelen te geven, wensten zij ook over een middel te beschikken om gehoorzaamheid af te dwingen. In de Belgische rechtspraak is de dwangsom onder de vorm van schadeloosstelling een hele tijd toegepast geweest. Nochtans was de grens tussen de eigenlijke dwangmaatregel tegen de onwillige schuldenaar, en van de te voren begrote toekomstige schade niet duidelijk. Ongetwijfeld was in vele gevallen een dwangsom voorhanden, maar zij ging schuil onder de gedaante van schadeloosstelling <sup>2</sup>.

Het hof van cassatie oordeelde bij arrest van 9 januari 1879, dat de rechter een gehuwde vrouw kon veroordelen om opnieuw haar intrek te nemen in de echtelijke woonst. Er werd overwogen: „que le juge saisi, comme dans l'espèce, d'une telle demande, et qui prononce une peine par jour de retard, ne fait en réalité que déterminer l'indemnité due à raison du dommage qu'entraîne pour le mari l'inexécution de la sentence . . .” <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Reeds in het Romeins recht werd een dergelijk procédé aangewend o.m. in de zogenaamde, *actio arbitraria* waardoor het bezwaar der uitsluitend geldelijke veroordeling vermeden werd. Zij strekte tot veroordeling van de verweerder indien hij een bepaalde handeling niet verrichtte, tot een hoog bedrag bepaald door de eed van de eiser (vgl. GIRARD, Droit Romain, vierde uitg., blz. 1016 en volg.).

<sup>2</sup> Deze toestand schijnt nagenoeg overeen te stemmen met de Nederlandse rechtspraak vóór 1933 (Vgl. MEIJERS, o.c., blz. 281; — VAN OPSTALL, o.c., blz. 7 en volg.). De Franse rechtspraak heeft zich ook een tijd lang in die toestand bevonden (vgl. MAZEAUD et TUNC, III, n<sup>o</sup>. 2498, blz. 630).

Vanaf 1937 heeft de Franse rechtspraak, uitgaande van dezelfde teksten als in België, het omhulsel van de schadeloosstelling verworpen, en de geldigheid van de dwangsom erkend, onder haar eigen naam *astreinte*. Zij geldt er thans als onbetwist procédé om dwang uit te oefenen op de onwillige schuldenaar. Vermits de rechter het vermogen heeft om bevelen te geven moet hij kunnen beschikken over de nodige dwangmiddelen (zie voor de dwangsom in het Franse recht o.m. PLANIOL et RIPERT, VII, nrs. 787 en volg., blz. 84 en volg.; MAZEAUD et TUNC, III, n<sup>o</sup>. 2497, blz. 629, voetnoot 1 en de daar aangehaalde literatuur; — Zie vooral: KAYSER, P., L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile, Rev. Trim. Dr. Civ., 1953, blz. 209 en volg.).

Nochtans is de Franse *astreinte* zeer gecompliceerd, doordat zij meestal een voorlopig karakter krijgt, en vóór haar tenuitvoerlegging moet herzien worden door de rechter in de zogenaamde *liquidation de l'astreinte* (zie o.m. PLANIOL et RIPERT, VII, n<sup>o</sup>. 791, blz. 90 en volg.). Men kan aldus de vraag stellen of de Franse dwangsom dan niet uiteindelijk opnieuw tot schadeloosstelling herleid wordt. Het is onjuist dat de veroordeling onder verbeurte van een dwangsom essentieel voorlopig zou zijn, zoals in overeenstemming met de Franse doctrine wel eens ten onrechte beweerd is (LAURENT, XVI, n<sup>o</sup>. 301, blz. 359; — DE PAGE, III, n<sup>o</sup>. 160, blz. 180). Dit voorlopig karakter kent de dwangsom in het Nederlandse recht helemaal niet (vgl. MEIJERS, o.c., blz. 289), en slechts uitzonderlijk werd het Franse systeem hierin door de Belgische rechter overgenomen (zie o.m. de oudere rechtspraak besproken in P.B., Tw. *Astreinte*, nrs. 22 en volg.; — P.B., Tw. *Pénalités civiles*, nrs. 32 en volg.).

In Frankrijk wordt thans gepoogd een duidelijk onderscheid te maken tussen de *astreinte definitive*, als dwangsom, en de *astreinte provisoire*, als voorlopige dwangsom (zie hierover MAZEAUD et TUNC, III, nr. 2500, blz. 634, voetnoot 3).

<sup>3</sup> Pas., 1879, I, 50. Het aangevochten arrest (Brussel, 31 dec. 1877, Pas., 1878, I, 180) was de veroordeling *clause pénale* genoemd.

Het hof keurde hierbij de rechtspraak goed waartegen LAURENT zo hevig te keer was gegaan. Zijn bezwaar betrof hier eigenlijk niet zozeer de dwangsom, hij achtte het strijdig met het huwelijk dat, tussen echtgenoten, van schadeloosstelling zou kunnen spraken zijn (LAURENT, III, n<sup>o</sup>. 92, blz. 123). Men vergelijke terloops met § 888, II, Z.P.O., waarin uitdrukkelijk als uitzondering bepaald is dat de rechter zijn veroordeling geen kracht mag bijzetten door een geld- of lijfstraf o.m. zur Herstelling des ehelichen Lebens.

Verder zal LAURENT echter de wettelijkheid van de dwangsom als dusdanig betwisten (XVI, n<sup>o</sup>. 301, blz. 359).



Heel typisch was het arrest van 23 juni 1887. De voorziening liet gelden dat de veroordeling tot 1.000 frs. per dag vertraging in de uitvoering van het vonnis neerkwam op „ . . . une peine non établie par la loi, ou . . . des dommages-intérêts, sans établir un préjudice qui n'était pas même allégué”. Het hof besliste zonder meer „q'une condamnation pécuniaire pour retard dans l'exécution d'une décision judiciaire, constituée, non une pénalité dans le sens répressif . . . , mais une indemnité pour l'inexécution d'une obligation autorisée par les articles 1142 et 1226 et suivants du Code civil”. De begroting van deze vergoeding behoort tot de soevereine beoordelingsmacht van de feitenrechter<sup>1</sup>.

Deze uitspraken werden, wellicht ietwat te uitvoerig, aangehaald, omdat beweerd is geworden dat zij de praktijk van de dwangsom niet zouden erkend hebben<sup>2</sup>.

Inmiddels gingen de rechtbanken en hoven verder met veroordelingen tot een geldsom per tijdseenheid berekend, wegens het niet nakomen van de uitspraak, waarbij dikwijls van schadeloosstelling sprake was, maar dikwijls ook, zonder meer, de dwangsom bij haar naam genoemd werd<sup>3</sup>.

In zijn arrest van 24 januari 1924 heeft het hof van cassatie, voor het eerst, op ondubbelzinnige wijze de dwangsom als een onwettelijk procédé veroordeeld. De rechter maakt zich aan machtoverschrijding schuldig wanneer hij een veroordeling uitspreekt onder verbeurte van een dwangsom, vermits elke wettelijke grondslag daartoe ontbreekt<sup>4</sup>.

Hierdoor werd het standpunt bevestigd dat eenparig in de rechtsleer gehuldigd was<sup>5</sup>.

Herhaaldelijk, en tot in recente arresten, werd het principe opnieuw bevestigd door het hof van cassatie<sup>6</sup>.

In al deze arresten moest de aangevochten beschikking verbroken

<sup>1</sup> Pas., 1887, I, 322; — vgl. ook Cass., 15 maart 1883, Pas., 1883, I, 65. Men bemerkte hierbij dat in het arrest van 1887 niet alleen op art. 1142 C. C. (= 1285 Ned. B.W.) beroep gedaan wordt, maar ook op art. 1226 C. C. (= 1340 Ned. B.W.) dat over het strafbeding handelt, hetgeen van aard is de dubbelzinnigheid te vergroten.

In de aangevochten uitspraak was de veroordeling ten andere uitgesproken „à peine de 1.000 frs. par jour de retard” (Gent, 14 aug. 1886, Pas., 1887, II, 53; — Rb. Brugge, 11 aug. 1885, B.J. 1886, 1395).

<sup>2</sup> Aldus DE PAGE, III, n<sup>o</sup>. 161, blz. 181, voetnoot 7, *in fine*.

Deze interpretatie kan met enige goede wil bijgetreden worden met betrekking tot het arrest van 15 maart 1883 (Pas., 1883, I, 65) en zeker voor het arrest van 16 mei 1889 (Pas., 1889, I, 218) waarin slechts van schadeloosstelling sprake was, geleden zowel vóór als na het vonnis. Procureur-Generaal TERLINDEN, die deze arresten ook interpreteerde zodat zij geen goedkeuring van de dwangsom inhielden, erkende nochtans vooraf dat het hof vroeger gemeend had „par l'interprétation des termes des décisions entreprises, pouvoir fermer les yeux sur la difficulté” (Pas., 1924, I, 154).

<sup>3</sup> Zie o.m. de uitspraken aangehaald in P.B., Tw. *Astreinte* en Tw. *Pénalités civiles*.

<sup>4</sup> Pas., 1924, I, 151.

Als argument voor de onwettelijkheid van de dwangsom werd ook aangevoerd, haar voorlopig karakter, dat een latere herziening door de rechter medebrengt, en zodoende indruist tegen het gezag van gewijsde (LAURENT, XX, n<sup>o</sup>. 142 en volg., blz. 175 en volg.; — DE PAGE, III, n<sup>o</sup>. 160, blz. 180). Zoals echter reeds opgemerkt werd, heeft de dwangsom niet noodzakelijk dit voorlopig karakter, en komt dit argument in vele gevallen als overbodig voor.

<sup>5</sup> Zie o.m. LAURENT, XVI, nrs. 301 en volg., blz. 359 en volg.; — R.P.D.B., Tw. *Jugements et arrêts*, n<sup>o</sup>. 193; — DE PAGE, III, n<sup>o</sup>. 160 en volg., blz. 180 en volg.

<sup>6</sup> 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., 30 sept. 1937, Pas., 1937, I, 249, met besluiten proc. gen. LECLERCQ; — Cass., 10 febr. 1956, Pas., 1956, I, 603, R.W., 1956—57, 1011; — Cass., 10 febr. 1956, Pas., 1956, I, 604).

worden, wat er wel op wijst dat een onmiskembare neiging was blijven bestaan bij de rechtbanken om hun veroordelingen door een dwangsom kracht bij te zetten.

Hetgeen de dwangsom onwettig maakt is het moedwillig overdrijven der geldelijke veroordeling, zodat zij niet meer een werkelijke schade vergoedt, maar, door haar overdreven karakter, als dwangmiddel dient, om de schuldenaar tot nakoming aan te zetten.

Zoals duidelijk opgemerkt werd door procureur-generaal LECLERCQ, herstelt de dwangsom in zekere mate een werkelijke schade, nl. de krenking van het belang van de schuldeiser bij het nakomen van de verbintenis. Maar de dwangsom is essentieel een overdreven schadeloosstelling, waarin een boete begrepen is. „C'est ce qui vicie toute la disposition; c'est cette pénalité qui est illegale, car elle est un moyen de pression imaginé par le juge qui usurpe un pouvoir que la loi ne lui donne pas; elle ne tend pas à indemniser le créancier, elle tend à forcer le débiteur . . . les astreintes sont des dommages-intérêts qui sont volontairement exagérés afin qu'ils soient plus menaçants”<sup>1</sup>.

Blijft daarentegen geoorloofd, de schadeloosstelling voor toekomstige schade, per dag of een andere tijdseenheid berekend, indien uit het vonnis blijkt dat de veroordeling strekt tot vergoeding van de schade die de schuldeiser lijdt door het niet nakomen van de verbintenis<sup>2</sup>.

De rechtbanken wendden dan ook dikwijls een dergelijke vorm van veroordeling aan<sup>3</sup>.

Hierbij is het opvallend hoe de schadeloosstelling vaak toegekend wordt, niet wegens het niet nakomen van de verbintenis, maar, meer bepaald, wegens het niet uitvoeren van het vonnis. Zij wordt dan ook berekend, hetzij vanaf het vonnis<sup>4</sup> of zelfs vanaf een zekere termijn, b.v. één maand, na de betekening van het vonnis<sup>5</sup>.

Wanneer men bedenkt dat de vaststelling van de schade en de begroting van de schadeloosstelling behoren tot de soevereine beoordelingsmacht van de feitenrechter, komt alles ten langen laatste neer op een vraag omtrent de behoorlijke motivering van het vonnis dat veroordeelt om iets te doen, en subsidiair tot een schadeloosstelling per dag berekend wegens het niet uitvoeren van de hoofdveroordeling.

Ondanks de principiële stelling, ingenomen door de rechtsleer en het hof van cassatie, kan dus steeds de vraag gesteld worden of de Belgische

<sup>1</sup> Proc.-Gen. LECLERCQ, besl. voor Cass., 30 sept. 1937, Pas., 1937, I, 253, tweede kol.

<sup>2</sup> Cass., 25 febr. 1937, Pas., 1937, I, 73; — Cass., 12 nov. 1942, Pas., 1942, I, 282; — Cass., 20 sept. 1957, Pas., 1958, I, 15; — Cass., 7 nov. 1958, Pas., 1959, I, 249; — LAURENT, XVI, n° 300, blz. 258; — DE PAGE, III, n° 162, blz. 182; — R.P.D.B., Tw. *Exécution de jugements et arrêts en matière civile*, n° 25. Deze praktijk is uitdrukkelijk voorzien in art. 20 W. 21 maart 1859, betreffende de lijfswang.

<sup>3</sup> Vgl. o.m. voetnoot Rb. Tongeren, 18 juni 1948, R.W., 1948—49, 462; — Rb. Gent, 27 oktober 1950, R.W., 1950—51, 1370; — Brussel, 5 jan. 1952, R.W. 1952—53, 308; — Rb. Veurne, 19 nov. 1956, R.W., 1956—57, 1903; — Brussel, 2 dec. 1959 en Rb. Antwerpen, 4 juni 1953, R.G.A.R., 1961, 6640.

<sup>4</sup> Zie b.v. de beschikking waartegen de voorziening verworpen werd door Cass., 9 jan. 1879, Pas., 1879, I, 50.

<sup>5</sup> Zie b.v. de beschikking waartegen de voorziening verworpen werd door Cass., 20 sept. 1957, Pas., 1958, I, 15.

rechtbanken niet in werkelijkheid voortgaan met het aanwenden van de dwangsom onder de dekmantel van de schadeloosstelling<sup>1</sup>.

De huidige Belgische rechtspraak blijft waarschijnlijk nog in ruime mate beantwoorden aan de toestand zoals hij in 1883 geschetst werd: „Le plus souvent, en pratique, la somme allouée est à la fois une astreinte et une indemnité. Son but est de contraindre et de réparer, de sorte que, dans la pensée du juge, l'astreinte est prononcée à titre de dommages-intérêts. Et c'est ce qui explique la facilité avec laquelle les juges prononcent trop souvent les dommages-intérêts in futurum sans donner des motifs spéciaux et sans trop rechercher si le dommage éventuel est établi. L'insuffisance de justification ne les arrête pas, puisque toute la partie de la condamnation qui ne vaut pas comme indemnité vaut, dans leur pensée, comme peine”<sup>2</sup>.

In 1875 had LAURENT reeds opgemerkt dat geen enkele wetsbepaling aan de rechtbanken toelaat hun beslissingen kracht bij te zetten door de dreiging van een straf” . . . c'est une lacune, mais il n'appartient pas au juge de la combler”<sup>3</sup>.

In 1924 besloot procureur generaal TERLINDEN in dezelfde zin:

„Tenons-nous y, jusqu'au jour ou 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”<sup>4</sup>.

Voor enkele, reeds besproken aangelegenheden heeft de wetgever sedertdien straffen bepaald wegens het niet nakomen van gerechtelijke uitspraken.

Dat zulks onvoldoende is, moge blijken uit de dubbelzinnige toestand waarin de Belgische rechtspraak nog steeds blijft verkeren op de grens tussen schadeloosstelling en dwangsom. Dit mag dan ook, *de iure constituendo*, de vraag doen stellen of het niet wenselijk ware strafsancties, in de aard van diegene die door het Koninklijk besluit van 23 december 1934 bepaald zijn, uit te breiden tot alle inbreuken op een in kracht van gewijsde getreden vonnis, waardoor een bevel of verbod wordt uitgesproken. De ervaring leert dat ter zake van onrechtmatige mededinging de dreiging van de straf volstaat om gehoorzaamheid af te dwingen aan het bevel van de rechter. Wellicht zal zulks ook het geval blijken wanneer de maatregel veralgemeend wordt. De publiekrechtelijke straf schijnt ook de voorkeur te moeten hebben op de private straf, die de dwangsom uitmaakt, omdat deze aan de schuldeiser, boven het herstel van zijn werkelijke schade, een onverantwoorde verrijking bezorgt.

Tenslotte kan dergelijke maatregel niet anders dan het gezag van de rechter verstevigen.

<sup>1</sup> Vgl. LIMPENS J. en VAN DAMME J., R.C.J.B., 1961, 72.

<sup>2</sup> P.B., Tw. *Astreinte*, n<sup>o</sup>. 7.

<sup>3</sup> LAURENT, XVII, n<sup>o</sup>. 425, blz. 426.

<sup>4</sup> Pas., 1924, I, 158, tweede kol., *in fine*.