

Rechtspraak

Benelux-Gerechtshof

17 december 2009

Voorzitter: mevr. Mousel

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaat: mr. Geinger

Dwangsom – Rechter die de dwangsom heeft opgelegd – Hoofdveroordeling en veroordeling tot betaling van dwangsom in verschillende uitspraken – Mogelijkheid om dwangsom in een latere uitspraak op te leggen – Bevoegde rechter – Rechter die aan hoofdveroordeling geen dwangsom verbindt – Onmogelijkheid om alsnog dwangsom op te leggen

Art. 1, §§ 1 en 2, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom moet aldus worden uitgelegd dat de hoofdveroordeling en de veroordeling tot betaling van een dwangsom niet noodzakelijk in een en dezelfde uitspraak moeten worden vervat. De dwangsom kan ook in een latere uitspraak worden opgelegd.

Art. 1, §§ 1 en 2, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom moet aldus worden uitgelegd dat een latere uitspraak over de dwangsom niet noodzakelijk moet uitgaan van de rechter die de hoofdveroordeling heeft uitgesproken.

Art. 1, §§ 1 en 2, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom moet aldus worden uitgelegd dat ingeval de rechter die de hoofdveroordeling heeft uitgesproken, zonder voorbehoud en beredeneerd de oplegging van een dwangsom uitsluit, noch hij noch een andere rechter alsnog een dwangsom kunnen opleggen. Dit belet evenwel niet dat wanneer krachtens het nationale recht de inhoud van de hoofdveroordeling ingevolge gewijzigde omstandigheden opnieuw aan een rechter kan worden voorgelegd, de rechter in dit verband alsnog een dwangsom of een gewijzigde dwangsom kan opleggen.

Stedenbouwkundig inspecteur Vlaams Gewest t/ V.B.

Zaak A 2008/3

Conclusie van advocaat-generaal J.-F. Leclercq

I. Korte beschrijving van de zaak

1. De heer V.B. is ingevolge notariële akte verleden op 30 januari 1975 eigenaar geworden van een onroerend goed. Einde 1998 werd hij door het openbaar ministerie

gedagvaard voor de correctionele kamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Hasselt wegens het zonder voorafgaande schriftelijke en uitdrukkelijke vergunning van het college van burgemeester en schepenen oprichten en in stand houden van een vaste constructie in een landschappelijk waardevol agrarisch gebied.

2. Bij vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Hasselt van 16 februari 1999 werd de heer V.B. veroordeeld om tot de volledige sloping van het vakantieverblijf over te gaan binnen de termijn van één jaar. De rechtbank machtigde het college van burgemeester en schepenen of de gemachtigde ambtenaar om, ingeval het vonnis niet werd ten uitvoer gelegd, daartoe op kosten van de heer V.B. over te gaan, en veroordeelde de heer V.B. tevens tot een dwangsom van 123,95 euro per dag vertraging bij niet-uitvoering van het vonnis.

In hoger beroep bleef de heer V.B. bij arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 13 juni 2001 veroordeeld tot de afbraak, maar werd de hem opgelegde dwangsom niet langer behouden.

3. De stedenbouwkundige inspecteur van het Vlaamse Gewest liet bij exploit van 27 september 2006, overgeschreven op het tweede hypotheekkantoor te Hasselt, overgaan tot dagvaarding voor de eerste rechter. Hij vorderde bij wijze van hoofdveroordeling aan de heer V.B. het gebod op te leggen de vroegere veroordeling, begrepen in het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 13 juni 2001 na te leven, m.a.w. over te gaan tot de afbraak van de houten vakantiewoning binnen drie maanden na betekening van het te vellen vonnis. Bovendien vorderde hij dat aan de herstelveroordeling een dwangsom zou worden gekoppeld van 150 euro per dag vanaf de betekening van het te vellen vonnis.

4. De eerste rechter verklaarde de vordering van de stedenbouwkundig inspecteur niet ontvankelijk en veroordeelde hem tot de kosten van het geding.

II. Prejudiciële vraag

5. De stedenbouwkundig inspecteur van het Vlaamse Gewest stelt hoger beroep in tegen dit vonnis en vordert bij wijze van hoofdveroordeling aan de heer V.B. het gebod op te leggen de vroegere veroordeling na te leven die begrepen is in het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 13 juni 2001 en de koppeling van een dwangsom aan de niet-uitvoering van deze

herstelveroordeling van 150 euro per dag vanaf de betekening van het te vellen arrest.

6. Bij arrest van 21 oktober 2008 oordeelt het Hof van Beroep te Antwerpen dat de beoordeling van de vordering een uitlegging vergt van art. 1, §§ 1 en 2, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom (Bijlage van de Benelux-Overeenkomst van 26 november 1973 «houdende Eenvormige Wet betreffende de dwangsom»). Het Hof van Beroep stelt vervolgens de volgende prejudiciële vragen:

«1. Moet art. 1, §§ 1 en 2, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom aldus worden uitgelegd dat de hoofdveroordeling en de veroordeling tot betaling van een dwangsom in één en dezelfde uitspraak moeten worden vervat, dan wel dat het opleggen van een dwangsom ook in een latere uitspraak mogelijk is?

«2. In zoverre deze tweede mogelijkheid zou openstaan, moet art. 1, §§ 1 en 2, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom aldus worden uitgelegd dat de latere uitspraak van dezelfde rechter als de rechter die de hoofdveroordeling heeft uitgesproken moet uitgaan, dan wel dat een andere rechter ingevolge de algemene bevoegdheidsregeling een dwangsom kan opleggen ter versterking van een eerder door een andere rechter uitgesproken hoofdveroordeling?

«3. Moet art. 1, §§ 1 en 2, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom aldus worden uitgelegd dat ingeval de rechter die de hoofdveroordeling heeft uitgesproken een gevorderde dwangsom niet zou opleggen, deze dwangsom ook niet in een latere uitspraak kan worden opgelegd, dan wel dat deze mogelijkheid vooralsnog bestaat in geval van gewijzigde omstandigheden, zoals o.a. in geval van aanhoudende onwil van de veroordeelde partij om een hoofdveroordeling om iets te doen vrijwillig uit te voeren?»

III. Bespreking

7. Art. 1, § 1, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom bepaalt dat de rechter op vordering van één van de partijen de wederpartij kan 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 krachtens deze bepaling echter niet worden opgelegd in geval van een veroordeling tot betaling van een geldsom. Volgens het tweede lid van deze bepaling kan de dwangsom ook voor het eerst in verzet of in hoger beroep worden gevorderd.

De tekst van art. 1385*quinquies* van het Belgische Gerechtelijk Wetboek is dezelfde.

8. De rechter die een hoofdveroordeling uitspreekt kan zodoende gelijktijdig een dwangsom opleggen om de veroordeelde tot de behoorlijke nakoming van zijn

veroordeling aan te sporen. Dit kan overigens, luidens de tekst van art. 1, § 2, in elk stadium van de procedure voor de feitenrechter, zelfs tijdens de verzetprocedure of in hoger beroep. De rechter kan dit niet ambtshalve doen. De dwangsom moet worden gevorderd door de partijen.

In rechtsleer (zie o.m. G. De Leval, *Eléments de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2005, p. 347, voetnoot 233; G. De Leval en J. Van Compennolle, «Les problèmes posés par l'exécution de l'astreinte», in *Dix ans d'application de l'astreinte*, Brussel, Créadif, 1991, p. 245; P. De Vroede en G. Ballon, «De dwangsom, met overzicht van de toepassing door de stakingsrechters», *Handelspraktijken*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1986, p. 733; O. Mignolet, «La concomitance de l'astreinte et de la condamnation principale», *JT* 2007, 453-459; I. Moreau-Margrève, «L'astreinte», *Ann.Fac.dr.Liège*, 1982, 64-65; M.L. Storme, «Een decennium dwangsom», in *Procederen in nieuw België en komend Europa*, Antwerpen, Kluwer, 1991; P. Taelman, «Het kort geding – Ontwikkeling van de urgentievoorwaarde en het vereiste bij voorraad uitspraak te doen in de jaren '90 alsook enkele procedureaspecten», *P&B* 1997, 279-283; J. Van Compennolle, «L'astreinte», in *Répertoire notarial*, Deel XIII, Boek IV, Brussel, Larcier, 2006, p. 43, nr. 29; K. Wagner, *Dwangsom*, in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 78-84, nrs. 78-82) en rechtspraak (voor een opsomming van de Belgische rechtspraak, zie: O. Mignolet, *o.c.*, *JT* 2007, p. 457, voetnoten 50-53; zie ook: Gerechtshof Amsterdam 10 april 2007, nr. 2007/51, <http://zoeken.rechtspraak.nl>.) bestaat evenwel discussie over het antwoord op de vraag of die gelijktijdige veroordeling een noodzaak is, dan wel of de dwangsom ook kan worden opgelegd in een latere beslissing. Het Hof krijgt nu voor het eerst de gelegenheid om zich over dit vraagstuk uit te spreken.

9. Ondanks de duidelijke bewoordingen van de gemeenschappelijke memorie van toelichting (waarover verder meer), kunnen met betrekking tot dit vraagstuk vier opvattingen worden onderscheiden: 1) de dwangsom kan enkel worden opgelegd in dezelfde beslissing waarin de hoofdveroordeling wordt uitgesproken; 2) de partijen kunnen ook in een later stadium de veroordeling tot betaling van een dwangsom vorderen voor de rechter die in een eerdere beslissing de hoofdveroordeling heeft uitgesproken, maar geen dwangsom heeft opgelegd omdat deze door de partijen niet was gevorderd, dan wel omdat hij de vordering hiertoe heeft afgewezen; 3) de partijen kunnen ook in een later stadium de veroordeling tot betaling van een dwangsom vorderen voor de rechter die in een eerdere beslissing de hoofdveroordeling heeft uitgesproken, behalve wanneer hij in die eerdere beslissing de vordering tot het betalen van een dwangsom heeft afgewezen; 4) de partijen

kunnen de veroordeling tot betaling van een dwangsom vorderen voor dezelfde rechter die in een eerdere beslissing de hoofdveroordeling heeft uitgesproken, of voor een andere ingevolge de algemene bevoegdheidsregels aangewezen rechter.

10. De laatste drie opvattingen beantwoorden aan een behoefte van de praktijk (I. Moreau-Margrève, *o.c.*, *Ann.Fac.dr.Liège* 1982, 64-65; de auteur merkt op dat «il serait regrettable d'obliger les justiciables et les juges à faire preuve d'argutie pour découvrir une obligation principale nouvelle à sanctionner de l'astreinte»; M.L. Storme, *o.c.*, in *Procederen in nieuw België en komend Europa*, 1991), maar staan lijnrecht tegenover de gemeenschappelijke memorie van toelichting van de Benelux-overeenkomst houdende de eenvormige wet betreffende de dwangsom. Hoewel de tekst van art. 1 van de eenvormige wet de gelijktijdigheid van de hoofdveroordeling en de veroordeling tot betaling van een dwangsom niet met zoveel woorden oplegt, stelt de gemeenschappelijke memorie van toelichting dat «de dwangsom (moet) worden beschouwd als een veroordeling, welke afhankelijk is van de hoofdveroordeling, zodat de hoofdveroordeling, en de veroordeling tot betaling van een dwangsom in een en dezelfde uitspraak moeten worden vervat» (Gemeenschappelijke memorie van toelichting van de Benelux-overeenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom, p. 29). De bedoeling van de wetgever om door middel van de eenvormige wet betreffende de dwangsom een zo volledig mogelijke unificatie van het recht tussen de drie landen te waarborgen (Gemeenschappelijke memorie van toelichting van de Benelux-overeenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom, p. 15), beklemtoont het belang van de wetsinterpretatie in de gemeenschappelijke memorie van toelichting.

11. Deze interpretatie vloeit, aldus de gemeenschappelijke memorie van toelichting, voort uit het accessoire karakter van de dwangsom, maar ligt ook in het verlengde van enkele gevestigde leerstukken in het Belgisch Gerechtelijk Wetboek, namelijk het gezag van gewijsde (vervat in de art. 23 tot en met 28 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek) en het verbod aan de rechter om uitspraak te doen over een geschilpunt dat bij hem niet meer aanhangig is omdat hij reeds vroeger in dezelfde zaak en tussen dezelfde partijen daarover definitief uitspraak heeft gedaan (art. 19 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek; zie o.m. Cass. 26 juni 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, nr. 571). Omdat de vernoemde discussie zich in de rechtsleer in hoofdzaak heeft toegespitst op deze twee fundamentele procesregels, is het gerechtvaardigd de draagwijdte ervan in het Belgische recht nader te onderzoeken.

12. Overeenkomstig art. 19, eerste lid, Ger.W. begaat de rechter machtsoverschrijding wanneer hij uitspraak

doet over een geschilpunt dat bij hem niet meer aanhangig is omdat hij reeds vroeger in dezelfde zaak en tussen dezelfde partijen daarover definitief uitspraak heeft gedaan (Cass. 26 juni 1992, *Arr.Cass.* 1991-1992, nr. 571). Deze regel, vervat in art. 19, eerste lid, Ger.W., is van openbare orde en moet dus in voorkomend geval ambtshalve door de rechter worden opgeworpen (G. De Leval, *o.c.*, p. 229, nr. 162).

Uit de regel vervat in art. 19, eerste lid, Ger.W., wordt afgeleid dat de partijen zich niet meer tot de rechter kunnen wenden om de uitvoerbaarheid bij voorraad te vorderen van een beslissing die deze rechter eerder had genomen (G. De Leval, *o.c.*, p. 229, nr. 163, voetnoot 60). Om dezelfde reden zijn een aantal auteurs van oordeel dat de rechter die de hoofdveroordeling heeft uitgesproken zijn rechtsmacht over het hem voorgelegde geschilpunt tussen de betrokken partijen heeft uitgeput, zodat hij in een latere beslissing geen uitspraak meer kan doen over het accessorium van deze hoofdveroordeling, zijnde de dwangsom. In Frankrijk wordt daarentegen aangenomen dat «l'astreinte ne touchant pas le fond du droit et ne modifiant pas le contenu du jugement déjà rendu, le juge du fond est compétent pour ajouter après coup une astreinte à son précédent jugement, sans violer la règle du désaisissement» (J. Boré, «Astreintes», *Rec.Dall.* 1974, p. 14, nr. 126). In Frankrijk wordt aldus aanvaard dat de rechter die de hoofdveroordeling heeft uitgesproken – en in principe enkel deze rechter, met uitzondering evenwel voor de executierechter (de wet van 1991 is op dit punt zeer duidelijk) – de dwangsom ook in een latere beslissing kan uitspreken (J. Boré, *o.c.*, *Rec.Dall.*, 1974, p. 14, nrs. 120 en 126; F. Chabas en S. Deis-Beauquesne, *Astreintes*, in *Rép.Civ.Dalloz*, II, 2005).

13. Bovendien bepalen de artikelen 24 e.v. Ger.W. dat iedere eindbeslissing gezag van gewijsde heeft vanaf de uitspraak. Op deze wijze verhindert de wetgever dat een eis met hetzelfde voorwerp en dezelfde oorzaak opnieuw wordt ingesteld tussen dezelfde partijen in dezelfde hoedanigheid (art. 23 en 24 Ger.W.). Dit gezag van gewijsde blijft bestaan zolang de beslissing niet ongedaan is gemaakt (art. 26 Ger.W.). De beslissing gaat in kracht van gewijsde zodra zij niet meer voor verzet of hoger beroep vatbaar is, behoudens de uitzonderingen die de wet bepaalt en onverminderd de gevolgen van de buitengewone rechtsmiddelen.

Het gezag van gewijsde van een eindvonnis waarin de rechter een *gevorderde* dwangsom niet heeft opgelegd voor het geval dat de schuldenaar de in dezelfde beslissing uitgesproken hoofdveroordeling niet nakomt, verhindert de schuldeiser later opnieuw de veroordeling tot betaling van een dwangsom te vorderen. Dit wordt doorgaans aanvaard in de rechtsleer (zie o.m.: O. Mignolet, *o.c.*, *JT* 2007, p. 457, nr. 17; P. Taelman,

o.c., *P&B* 1997, p. 281, nr. 39; P. De Vroede en G. Ballon, *o.c.*, in *Handelspraktijken*, 733. *Contra*: K. Wagner, *o.c.*, p. 80, nr. 79; volgens deze laatste auteur kan in een tweede procedure wel nog een dwangsom worden gevraagd, zelfs al was er een dwangsom gevorderd in de eerste procedure, zij het enkel indien zij in de eerste procedure werd afgewezen om opportuniteitsgronden en in omstandigheden die later veranderd zijn). De derde prejudiciële vraag moet alleen al om die reden negatief worden beantwoord, zelfs in het geval uw Hof zou oordelen – *quod non* – dat het mogelijk is de dwangsom in een latere beslissing op te leggen.

Meer betwisting bestaat er wanneer de rechter een hoofdveroordeling heeft uitgesproken, maar niet gelijktijdig een dwangsom heeft opgelegd omdat deze door de partijen niet was gevorderd. Volgens een strekking in de rechtsleer verzet het rechterlijk gewijsde zich er in die omstandigheden niet tegen dat de schuldeiser nadien voor dezelfde rechter een vordering instelt tot het betalen van een dwangsom (I. Moreau-Margrève, *o.c.*, *Ann.Fac.dr.Liège*, 1982, 64-65). Dit geschilpunt zou immers nog niet het voorwerp van een beslissing hebben uitgemaakt in de zin van art. 23 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek (P. Taelman, *o.c.*, *P&B* 1997, p. 281-282, nr. 39). Een auteur gaat nog verder en acht het mogelijk dat de partij die de vordering tot het verkrijgen van een dwangsom wil instellen een keuzerecht heeft, zodat de vordering daarnaast kan worden gebracht voor de rechter die ingevolge de algemene bevoegdheidsregelen wordt aangewezen om kennis te nemen van de vordering (K. Wagner, *o.c.*, 82).

14. Deze redenering kan niet worden gevolgd.

Allereerst lijkt de opvatting dat de dwangsomvordering ook kan worden gebracht voor de rechter die ingevolge de algemene bevoegdheidsregels wordt aangewezen, moeilijk verzoenbaar met art. 4, § 1, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom. Krachtens art. 4, § 1, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom kan de rechter die een dwangsom heeft opgelegd, de dwangsom op vordering van de veroordeelde opheffen, de looptijd ervan opschorten gedurende de door hem te bepalen termijn of de dwangsom verminderen in geval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen. Deze mogelijkheid komt enkel toe aan de rechter die de dwangsom heeft uitgesproken omdat deze rechter «beter weet hoe de uitvoering moet geschieden en of de omstandigheden die worden aangevoerd om tot wijziging van de oorspronkelijke beslissing te komen, al dan niet opwegen tegen de redenen die tot de veroordeling tot een dwangsom aanleiding hebben gegeven» (zie de conclusie van advocaat-generaal

E. Krings voor Benelux-Gerechtshof 25 september 1986, *Benelux Jur.* 1986, (17), p. 24, nr. 5; conclusie van advocaat-generaal Janssens de Bisthoven voor Benelux-Gerechtshof 12 februari 1996, *Benelux Jur.* 1996, (7), p. 9-10, nr. 11). Centraal bij deze afweging staat inderdaad de onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen, waarvan vanzelfsprekend geen sprake was op het ogenblik dat de rechter de dwangsom heeft opgelegd (zie mijn conclusie voor Benelux-Gerechtshof 29 april 2008, *Benelux Jur.* 2008, nr. 14). Gelet op dit doorslaggevend criterium is logischerwijze de rechter best geplaatst die niet enkel de dwangsom maar ook de hoofdveroordeling heeft opgelegd. Uit de in hun samenhang gelezen artikelen 1, § 1, 4, § 1, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom kan aldus impliciet worden afgeleid dat het uitsluitend toekomt aan de rechter die de hoofdveroordeling heeft uitgesproken om een dwangsom op te leggen als prikkel om de veroordeelde tot de behoorlijke nakoming van zijn veroordeling aan te sporen (zie ook: O. Mignolet, *o.c.*, *JT* 2007, 458. *Contra*: K. Wagner, *o.c.*, 83-84; deze laatste auteur meent daarentegen dat art. 1385*bis* Ger.W. (dat overeenstemt met de tekst van art. 1, § 1, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom) een facultatieve bevoegdheidsverlening bevat, in tegenstelling tot de bevoegdheidsbeperkende regel vervat in art. 1385*quinquies* Ger.W. (dat dezelfde tekst bevat als art. 4, § 1, van de eenvormige wet)).

Hiermee is evenwel nog niet het antwoord gegeven op de vraag of de rechter die dwangsomveroordeling in elk geval samen met de hoofdveroordeling dient uit te spreken, dan wel dat het hem is toegestaan dit in een latere procedure te doen. K. Wagner meent dat de discussie hierover terug te voeren is tot een verkeerde inschatting van het begrip «hoofdveroordeling» in de zin van art. 1, § 1, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom, dat helemaal geen betrekking zou hebben op de eerste tussen partijen uitgesproken veroordeling (K. Wagner, *o.c.*, 81). Niets verhindert volgens de auteur dat de eisende partij in een latere procedure vraagt dat de rechter bij wijze van hoofdveroordeling de verwerende partij het gebod oplegt een vroegere veroordeling na te leven, met daaraan gekoppeld een dwangsom. De auteur meent dat er op dat ogenblik sprake is van een «hoofdveroordeling», waaraan de accessoire veroordeling tot de dwangsom wordt gekoppeld. De rechter zou volgens die opvatting een partij kunnen veroordelen om een vroegere veroordeling na te leven en aan die hoofdveroordeling een dwangsom verbinden, zolang hij het gezag van gewijsde van de eerdere uitspraak niet miskent. De gevorderde zaak in de zin van art. 23 Ger.W. zou, aldus de auteur, niet dezelfde zijn indien in de vroegere procedure geen dwangsom werd gevorderd.

Deze originele zienswijze kan niet worden goedgekeurd. Weliswaar respecteert deze redenering het accessoire en voorwaardelijke karakter van de vordering tot het opleggen van een dwangsom, die nooit kan worden uitgesproken los van een hoofdveroordeling (zie ook: P. De Vroede en G. Ballon, *o.c.*, in *Handelspraktijken*, 733; dit accessoire karakter van de dwangsom verhindert het Belgische Hof van Cassatie evenwel niet om het afzonderlijke beroep tegen de dwangsombeslissing ontvankelijk te verklaren: Cass. 18 februari 1988, *Arr.Cass.* 1988, 373, met conclusie van advocaat-generaal J.-M. Piret; Cass. 12 november 1999, *Arr.Cass.* 1999, 603). De dwangsom is steeds bedoeld als pressiemiddel om de veroordeelde aan te zetten tot uitvoering van de hoofdveroordeling. Hoewel er aldus mee kan worden ingestemd dat de dwangsom steeds aan een hoofdveroordeling moet worden gekoppeld, is het de rechter niet toegestaan andermaal uitspraak te doen over een vordering tot veroordeling om iets te doen of niet te doen, om reden dat zijn rechtsmacht over dit geschilpunt is uitgeput (op grond van art. 19, eerste lid, van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek) (O. Mignolet, *o.c.*, *JT* 2007, 456). Zelfs indien wordt aanvaard dat de rechtsmacht niet is uitgeput met betrekking tot de niet eerder gevorderde dwangsom, is dit onvermijdelijk wel het geval voor wat betreft de hernomen vordering om de tegenpartij te horen veroordelen om iets te doen of niet te doen (O. Mignolet, *o.c.*, *JT* 2007, 456).

15. In een aantal gevallen heeft de Belgische wetgever de mogelijkheid gelaten aan de rechter om in een latere beslissing een dwangsom op te leggen. Een afwijkende regeling is allereerst te vinden in het Belgische familierecht. De wetgever bepaalt dat de jeugdrechtbank voor geschillen inzake verblijf en omgang van minderjarige kinderen met hun niet-samenlevende ouders bevoegd blijft tot op het moment dat de kinderen op wie het geschil betrekking heeft, ontvoegd zijn of de leeftijd van wettelijke meerderjarigheid hebben bereikt. Door deze blijvende saisine van de jeugdrechtbank beoogde de wetgever onder meer de procedurele moeilijkheden weg te werken die bestaan in verband met de tenuitvoerlegging van de beslissingen en in het bijzonder met betrekking tot de dwangsom (*Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 51-1673/001, p. 8; *Parl.St.* Kamer, nr. 51-1673/014, Verslag namens de subcommissie familierecht, p. 47, 168, 289-290). Doordat het dossier bij hem niet werd afgesloten, kan de rechter die de hoofdbeslissing inzake het omgangsrecht heeft uitgesproken nadien een dwangsom opleggen (P. Senaevé, «De wet van 18 juli 2006 op het verblijfsco-ouderschap, de blijvende saisine van de jeugdrechtbank en de tenuitvoerlegging van uitspraken aangaande verblijf en omgang», *EJ* 2006, p. 134, nr. 61 en p. 142, nr. 98).

Een andere regeling waarin wordt afgeweken van de regel dat de hoofdveroordeling en de veroordeling tot

betaling van een dwangsom in één en dezelfde uitspraak moeten worden vervat, vinden we in de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Krachtens art. 36 kan de Raad van State een dwangsom verbinden aan een eerder uitgesproken vernietigingsarrest. De dwangsom kan worden opgelegd indien de overheid verzuimt de in het vernietigingsarrest vermelde overheidsbeslissing te nemen of overheidshandeling te stellen of nog indien de overheid haar onthoudingsplicht ten aanzien van bepaalde beslissingen niet naleeft. Uit de vaststelling dat de Belgische wetgever in bijzondere gevallen heeft geopteerd voor een afwijkende oplossing, kan m.i. evenwel geen argument worden geput om deze specifieke regeling te veralgemenen (zie voor eenzelfde conclusie m.b.t. de administratieve procedure: O. Mignolet, *o.c.*, *JT* 2007, p. 456, nr. 12). Uit het wetgevend ingrijpen kan, integendeel, worden afgeleid dat een wetgevende tussenkomst in die gevallen noodzakelijk was, net omdat deze bijzondere procedures afwijken van de algemeen geldende regel.

16. Uit het bovenstaande volgt dat de dwangsom niet kan worden opgelegd in een latere procedure, niet door dezelfde rechter noch door de ingevolge de algemene bevoegdheidsregels aangewezen rechter. De gemeenschappelijke memorie van toelichting heeft de bedoeling van de wetgever in ondubbelzinnige bewoordingen weergegeven. Bovendien lijkt een andersluidende opvatting moeilijk verzoenbaar met gevestigde leerstukken uit het Belgisch gerechtelijk recht. De bezwaren die vanuit de praktijk tegen deze regeling worden aangevoerd, zijn hiermee weliswaar niet uit de wereld geholpen. Vanuit het idee dat de dwangsom een instrument is met het oog op de daadwerkelijke naleving van een rechterlijke beslissing, kan er bij de wetgever op worden aangedrongen om de bestaande regeling aan te passen en aldus uitdrukkelijk af te wijken van de regel dat de hoofdveroordeling en de veroordeling tot betaling van een dwangsom in één en dezelfde uitspraak moeten worden vervat. De bevoegdheid tot wijziging van de actuele regeling komt uitsluitend aan de wetgever toe. De in de rechtsleer vaak gehoorde vraag naar meer soepelheid op dit punt, kan nochtans worden gerelativeerd. Niet alleen beschikt de schuldeiser buiten de dwangsom over andere mogelijkheden om een veroordeling kracht bij te zetten (voor een opsomming wordt verwezen naar: M.L. Storme, «Een revolutionaire hervorming: de dwangsom», *TPR* 1980, p. 224-226, nrs. 6-7; uit de vaststellingen van de appelrechter blijkt de eisende partij in voorliggend geval te beschikken over de mogelijkheid om, ingeval het arrest binnen voormelde termijn niet ten uitvoer is gebracht, daarin te voorzien op kosten van het veroordeelde echtpaar). Het is bovendien de verdienste van G. de Leval en J. Van Compernelle een praktische oplossing te hebben aan-

gedragen om aan deze bekommernis deels tegemoet te komen (G. De Leval en J. Van Compernelle, *o.c.*, in *Dix ans d'application de l'astreinte*, 245; J. Van Compernelle, *L'astreinte*, Brussel, Larcier, 1992, nr. 29). De eiser kan de rechter verzoeken, in het geval hij de dwangsom niet onmiddellijk oplegt (d.i. gelijktijdig met de hoofdveroordeling), de vordering naar de rol te verwijzen. Dit zou deze partij de mogelijkheid bieden om zich op een later tijdstip, indien nodig, opnieuw te wenden tot deze rechter om een dwangsom te laten opleggen, zonder dat diens rechtsmacht over dit geschilpunt zou zijn uitgeput of dat er sprake zou kunnen zijn van een schending van het gezag van gewijsde.

IV. Besluit

17. Ik kom tot het besluit dat art. 1, §§ 1 en 2, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom aldus moet worden uitgelegd dat:

1. de hoofdveroordeling en de veroordeling tot betaling van een dwangsom in één en dezelfde uitspraak moeten worden vervat;
2. dat het derhalve niet mogelijk is een dwangsom in een latere beslissing op te leggen;
3. dat de dwangsom niet in een latere beslissing kan worden opgelegd, zelfs als de rechter die de hoofdveroordeling heeft uitgesproken, de gevorderde dwangsom niet heeft opgelegd.

Arrest

1. Overeenkomstig art. 6 van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof (verder te noemen: het Verdrag) heeft het Hof van Beroep te Antwerpen, in een arrest van 21 oktober 2008 gewezen in de zaak tussen Stedenbouwkundig inspecteur Vlaams Gewest en R. Van B., drie vragen van uitleg van de Bijlage van de Benelux-Overeenkomst van 26 november 1973 houdende Eenvormige wet betreffende de dwangsom (verder te noemen: eenvormige wet betreffende de dwangsom) gesteld.

Ten aanzien van de feiten

2. Uit het arrest blijken de volgende feiten.

De heer Van B. is ingevolge een notariële akte, verleden op 30 januari 1975, eigenaar geworden van een onroerend goed. Einde 1998 werd hij door het openbaar ministerie gedagvaard voor een correctionele kamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Hasselt wegens het zonder voorafgaande schriftelijke en uitdrukkelijke vergunning van het college van burgemeester en schepenen oprichten en in stand houden van een vaste constructie (een houten vakantiewoning) in een landschappelijk waardevol agrarisch gebied.

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Hasselt heeft hem bij vonnis van 16 februari 1999 veroordeeld om de constructie binnen het jaar te slopen. De rechtbank machtigde het college van burgemeester en schepenen of de gemachtigde ambtenaar om, ingeval het vonnis niet werd ten uitvoer gelegd, daartoe op kosten van de heer Van B. over te gaan en veroordeelde hem tevens tot een dwangsom van 123,95 euro per dag vertraging bij niet-uitvoering van het vonnis.

In hoger beroep heeft het Hof van Beroep te Antwerpen op 13 juni 2001 de heer Van B. veroordeeld tot de afbraak, maar de opgelegde dwangsom werd niet langer behouden. De vordering van de gemachtigde ambtenaar werd op dit punt afgewezen omdat dit «*in casu* niet aangewezen is».

De stedenbouwkundige inspecteur van het Vlaamse Gewest heeft bij exploit van 27 september 2006 de heer Van B. gedagvaard voor de Rechtbank van Eerste Aanleg te Hasselt.

Bij wijze van hoofdveroordeling vorderde hij dat aan de heer Van B. zou worden opgelegd de vroegere veroordeling, begrepen in het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 13 juni 2001 na te leven, m.a.w. over te gaan tot de afbraak van de houten vakantiewoning, binnen een termijn van drie maanden na betekening van het tussen te komen vonnis.

Bovendien vorderde hij dat aan de herstelveroordeling een dwangsom zou worden gekoppeld van 150 euro per dag vanaf de betekening van het te vellen vonnis. De eerste rechter verklaarde de vordering van de stedenbouwkundige inspecteur niet ontvankelijk en veroordeelde hem tot de kosten van het geding.

De stedenbouwkundige inspecteur van het Vlaamse Gewest stelde hoger beroep in tegen dit vonnis en vorderde bij wijze van hoofdveroordeling dat aan de heer Van B. zou worden opgelegd dat hij de vroegere veroordeling, begrepen in het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 13 juni 2001, moet naleven. Tevens vorderde de stedenbouwkundige inspecteur dat een dwangsom van 150 euro per dag vertraging zou worden gekoppeld aan de niet-uitvoering van deze herstelveroordeling en dit vanaf de betekening van het te vellen arrest.

De prejudiciële vragen

3. Bij arrest van 21 oktober 2008 oordeelt het Hof van Beroep te Antwerpen dat de beoordeling van de vordering een uitlegging vereist van art. 1, §§ 1 en 2, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom.

Het hof van beroep stelt de volgende prejudiciële vragen:

«1. Moet art. 1, §§ 1 en 2, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom aldus worden uitgelegd dat de hoofdveroordeling en de veroordeling tot betaling

van een dwangsom in één en dezelfde uitspraak moeten worden vervat, dan wel dat het opleggen van een dwangsom ook in een latere uitspraak mogelijk is?

2. In zoverre deze tweede mogelijkheid zou openstaan, moet art. 1, §§ 1 en 2, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom aldus worden uitgelegd dat de latere uitspraak van dezelfde rechter als de rechter die de hoofdveroordeling heeft uitgesproken moet uitgaan, dan wel dat een andere rechter ingevolge de algemene bevoegdheidsregeling een dwangsom kan opleggen ter versterking van een eerder door een andere rechter uitgesproken hoofdveroordeling?

3. Moet art. 1, §§ 1 en 2, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom aldus worden uitgelegd dat ingeval de rechter die de hoofdveroordeling heeft uitgesproken een gevorderde dwangsom niet zou opleggen, deze dwangsom ook niet in een latere uitspraak kan worden opgelegd, dan wel dat deze mogelijkheid vooralsnog bestaat in geval van gewijzigde omstandigheden, zoals o.a. in geval van aanhoudende onwil van de veroordeelde partij om een hoofdveroordeling om iets te doen vrijwillig uit te voeren?».

...

Ten aanzien van het recht

Vraag 1

5. Art. 1, § 1, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom bepaalt dat de rechter op vordering van een van de partijen de wederpartij kan 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. De dwangsom kan ook voor het eerst in verzet of hoger beroep worden gevorderd.

6. De dwangsom is een indirect executiemiddel dat dient als geldelijke prikkel tot nakoming van de hoofdveroordeling en kan slechts accessoir aan die hoofdveroordeling worden opgelegd.

Hieruit volgt niet noodzakelijk dat de rechter die de dwangsom oplegt dit alleen kan doen tegelijkertijd met de hoofdveroordeling. Ook bij een latere toevoeging van een dwangsom aan een eerder opgelegde veroordeling blijft de dwangsom een accessorium van een hoofdveroordeling en een prikkel om die hoofdveroordeling na te leven.

7. In verband met dit laatste komt voor het antwoord op de eerste vraag geen beslissende betekenis toe aan de Gemeenschappelijke memorie van toelichting van de Beneluxovereenkomst houdende de eenvormige wet betreffende de dwangsom, voor zover daarin wordt gezegd dat de dwangsom moet worden beschouwd als een veroordeling die afhankelijk is van de hoofdveroordeling en de veroordeling tot betaling van een

dwangsom in een en dezelfde uitspraak moet worden vervat. Deze verwijzing doelt op wat gebruikelijk is en beklemtoont de wil van de verdragsluitende staten de dwangsom te beschouwen als accessoir aan de hoofdveroordeling maar sluit niet uit dat de beslissing over de dwangsom nog na de hoofdveroordeling in een aparte beslissing zou kunnen worden opgelegd.

Uit de memorie van toelichting kan wel worden afgeleid dat de verdragsluitende staten gewild hebben dat het nationale recht op die wijze zou worden geharmoniseerd dat voor de dwangsom een eenvormige regeling zou gelden.

8. De rechter is niet verplicht een dwangsom op te leggen. Of hij dat doet, wordt aan zijn beleid overgelaten en zal afhangen van de omstandigheden. Zo kan de rechter, indien hij aanneemt dat de veroordeelde vrijwillig aan de rechterlijke uitspraak gevolg zal geven, de vordering tot het opleggen van een dwangsom afwijzen, ofwel zijn beslissing dienaangaande aanhouden.

Ook de eiser kan goede redenen hebben niet reeds dadelijk een dwangsom te vorderen of te vorderen dat hem voorbehoud wordt verleend met betrekking tot een later te vorderen dwangsom. Indien blijkt dat de veroordeelde niet vrijwillig aan de uitspraak gevolg geeft of dat bij de tenuitvoerlegging moeilijkheden rijzen, kan een dwangsom in dat stadium nuttig zijn.

Het beantwoordt aan de eisen van een goede rechtsbedeling de bepaling van de eenvormige wet op die wijze uit te leggen dat de mogelijkheid wordt geboden om een dwangsom in een latere uitspraak op te leggen. Een dergelijke uitlegging stemt overigens ook overeen met de praktijk in de Verdragstaten waarin die mogelijkheid wordt geboden hetzij krachtens een specifieke wetsbepaling hetzij krachtens de rechtspraak.

9. De eerste vraag moet als volgt worden beantwoord: art. 1, §§ 1 en 2, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom moet aldus worden uitgelegd dat de hoofdveroordeling en de veroordeling tot betaling van een dwangsom niet noodzakelijk in een en dezelfde uitspraak moeten worden vervat. De dwangsom kan ook in een latere uitspraak worden opgelegd.

Vraag 2

10. De eenvormige wet op de dwangsom bepaalt niet, in het geval de dwangsom in een latere uitspraak wordt opgelegd, welke rechter daartoe bevoegd is. De eenvormige wet bepaalt alleen welke rechter de dwangsom op vordering van de veroordeelde kan opheffen, de looptijd ervan opschorten gedurende de door de rechter te bepalen termijn of de dwangsom verminderen in geval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen.

Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat ook de beoordeling of in een later stadium een dwangsom aan een veroordeling moet worden toegevoegd, bij voorkeur dient te geschieden door de rechter die deze veroordeling heeft uitgesproken.

11. Uit het bovenstaande kan nochtans niet worden afgeleid dat alleen de rechter die de hoofdveroordeling heeft uitgesproken in een later stadium nog een dwangsom kan opleggen.

Het accessoir karakter van de dwangsom gaat niet verloren door het enkele feit dat een andere rechter dan degene die de hoofdveroordeling heeft uitgesproken alsnog uitspraak doet over de vordering tot oplegging van een dwangsom, mits hij dit doet binnen de grenzen bepaald door de rechter die de hoofdveroordeling heeft uitgesproken.

12. De tweede vraag moet dus in die zin worden beantwoord dat art. 1, §§ 1 en 2, aldus moet worden uitgelegd dat een latere uitspraak over de dwangsom niet noodzakelijk moet uitgaan van de rechter die de hoofdveroordeling heeft uitgesproken.

Vraag 3

13. Uit het antwoord op de eerste twee vragen volgt dat ingeval de rechter die de hoofdveroordeling heeft uitgesproken een gevorderde dwangsom niet oplegt, hijzelf of een andere rechter die hiervoor bevoegd is dit later nog kan doen wanneer hem dit wordt gevraagd.

Of die rechter dit al dan niet doet, wordt aan zijn beoordeling overgelaten. Die beoordeling mag er nochtans niet toe leiden dat een dwangsom wordt opgelegd wanneer uit de uitspraak waarin de hoofdveroordeling is vervat, blijkt dat de rechter die de hoofdveroordeling heeft uitgesproken, zonder voorbehoud en beredeneerd heeft uitgesloten dat aan zijn veroordeling een dwangsom zou worden verbonden. Er anders over oordelen zou tot gevolg hebben dat de band tussen de hoofdveroordeling en de ermede gepaard gaande beslissing geen dwangsom op te leggen zou worden verbroken.

14. Indien de rechter die de hoofdveroordeling heeft uitgesproken de vordering tot oplegging van een dwangsom zonder voorbehoud en beredeneerd heeft afgewezen en tegen die afwijzing geen rechtsmiddel is aangevoerd, moet hieruit het gevolg worden getrokken dat die rechter oordeelt dat de dwangsom niet mag worden opgelegd, ook niet in de toekomst. Noch hijzelf noch een andere rechter mogen hiertegen opkomen. Het beantwoordt overigens aan het recht van de drie Benelux-landen dat de mogelijkheden om terug te komen op gewezen rechterlijke beslissingen beperkt zijn.

Dit belet evenwel niet dat wanneer krachtens het nationale recht de inhoud van de hoofdveroordeling ingevolge gewijzigde omstandigheden opnieuw aan een

rechter kan worden voorgelegd, de rechter in dit verband alsnog een dwangsom of gewijzigde dwangsom kan opleggen.

15. De derde vraag moet aldus worden beantwoord: art. 1, §§ 1 en 2, moet aldus worden uitgelegd dat ingeval de rechter die de hoofdveroordeling heeft uitgesproken, zonder voorbehoud en beredeneerd de oplegging van een dwangsom uitsluit, noch hij noch een andere rechter alsnog een dwangsom kunnen opleggen. Dit belet evenwel niet dat wanneer krachtens het nationale recht de inhoud van de hoofdveroordeling ingevolge gewijzigde omstandigheden opnieuw aan een rechter kan worden voorgelegd, de rechter in dit verband alsnog een dwangsom of gewijzigde dwangsom kan opleggen.

...

Het Benelux Gerechtshof

Uitspraak doende op de door het Hof van Beroep te Antwerpen in zijn arrest van 21 oktober 2008 gestelde vragen,

Verklaart voor recht

1. Art. 1, §§ 1 en 2, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom moet aldus worden uitgelegd dat de hoofdveroordeling en de veroordeling tot betaling van een dwangsom niet noodzakelijk in een en dezelfde uitspraak moeten worden vervat. De dwangsom kan ook in een latere uitspraak worden opgelegd.

2. Art. 1, §§ 1 en 2, moet aldus worden uitgelegd dat een latere uitspraak over de dwangsom niet noodzakelijk moet uitgaan van de rechter die de hoofdveroordeling heeft uitgesproken.

3. Art. 1, §§ 1 en 2, moet aldus worden uitgelegd dat ingeval de rechter die de hoofdveroordeling heeft uitgesproken, zonder voorbehoud en beredeneerd de oplegging van een dwangsom uitsluit, noch hij noch een andere rechter alsnog een dwangsom kunnen opleggen. Dit belet evenwel niet dat wanneer krachtens het nationale recht de inhoud van de hoofdveroordeling ingevolge gewijzigde omstandigheden opnieuw aan een rechter kan worden voorgelegd, de rechter in dit verband alsnog een dwangsom of gewijzigde dwangsom kan opleggen.

NOOT – Dwangsom in latere procedure: controversie passend beëindigd

1. Er zijn talloze redenen waarom de rechter een uitspraak kan wijzen waarin hij *geen* dwangsom oplegt. De meest voor de hand liggende reden is dat geen van de partijen zulks vraagt. In dat geval kan de rechter het

ook niet ambtshalve (ingevolge art. 1385bis Ger.W. luidens welk de rechter «op vordering van één der partijen» een dwangsom kan opleggen). De partijen kunnen op hun beurt goede of minder goede redenen hebben om geen dwangsom te vorderen: niet aan gedacht, of niet gedacht dat de wederpartij de uitspraak niet behoorlijk zou naleven. Het is ook mogelijk dat een dwangsom wel gevorderd wordt, maar dat de rechter het niet opportuun acht ze op te leggen (om de verhoudingen tussen de partijen niet verder te verzuren, aangezien de partijen misschien nog met elkaar moeten omgaan, bv. omdat zij burens zijn of omdat zij samen een gemeenschappelijk kind opvoeden). Het gegeven dat niets erop wijst dat de veroordeelde partij de uitspraak niet behoorlijk zal naleven, kan voor de rechter ook een reden zijn om een gevorderde dwangsom af te wijzen.

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

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

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

nemen of bemiddeling voorstellen. Hij kan echter ook nieuwe beslissingen nemen met betrekking tot het ouderlijk gezag of de huisvesting van het kind. De rechter kan luidens de nieuwe wetbepaling een dwangsom uitspreken om te waarborgen dat de te nemen beslissing zal worden nageleefd en, in dat geval, beslissen dat voor de tenuitvoerlegging van die dwangsom, art. 1412 Ger.W. van toepassing is. De beslissing is van rechtswege uitvoerbaar bij voorraad. Die wetbepaling is eveneens van toepassing wanneer de rechten van de partijen geregeld zijn door een overeenkomst als bedoeld in art. 1288 Ger.W. (chtscheiding door onderlinge toestemming). De zaak wordt bij de rechtbank aanhangig gemaakt door middel van een verzoekschrift op tegenspraak, of in geval van absolute noodzaak, bij eenzijdig verzoekschrift.

Het is immers onaanvaardbaar dat iemand zijn of haar kind of kinderen maandenlang of jarenlang niet kan zien door de tegenwerking van de andere ouder, zodat het goed is dat de wetgever instrumenten aanreikt om in deze aangelegenheden zo snel als mogelijk, en met zo weinig mogelijk drempels, een efficiënte en nuttige uitspraak te verkrijgen (zie o.m.: P. Senaevé en G. Onkelinx, «Overzicht van rechtspraak (1995-2003) – De aanwending van de dwangsom inzake huwelijk en echtscheiding», *EJ* 2003, 150; K. Wagner, «Dwangsom en omgangsregeling» (noot onder Antwerpen 8 februari 2000), *AJT* 2001-2002, 334).

De nieuwe wetbepaling maakt echter niet het onderwerp uit van onderhavige noot. De controverse die hier aan de orde is, strekt zich immers uit over talloze andere domeinen dan het familierecht.

3. Het geannoteerde principiële arrest van het Benelux-Gerechtshof van 17 december 2009 beslecht de controverse. Strikt gezien gaat het over twee arresten van 17 december 2009, nl. inzake A/2008/2 en A/2008/3, maar inhoudelijk is de beantwoording van de prejudiciële vragen identiek. Een beknopt bibliografisch overzicht schetst meteen de problematiek:

- O. Mignolet, «La concomitance de l'astreinte et de la condamnation principale», *JT* 2007, 453;
- K. Wagner, «Feiten die een misdrijf opleveren kunnen worden verboden op straffe van een dwangsom, ook in een latere uitspraak» (noot onder Rb. Brussel 24 november 1999), *RW* 2000-01, 60;
- K. Wagner, «Een dwangsom kan worden opgelegd in een latere procedure» (noot onder Vred. Sint-Kwintens-Lennik 13 december 1999), *AJT* 2000-01, 472;
- K. Wagner, «Welke rechter kan een dwangsom in een latere procedure opleggen: over het keuzerecht tussen de eerste rechter, de appelrechter, of de ingevolge de algemene bevoegdheidsregels bevoegde rechter» (noot onder Brussel 20 november 2000), *P&B* 2001, 139;
- K. Wagner, «De exceptie van gewijsde is een onbe-

staande klip in de latere procedure gericht op het bekomen van een bevel onder verbeurte van een dwangsom om zich te gedragen conform een vroegere veroordeling» (noot onder Voorz. Kh. Kortrijk 12 september 2003), *TRV* 2004, 358.

Meer verwijzingen vindt men in de eerste verwijzing van de hierboven afgedrukte conclusie van de advocaat-generaal voor het arrest, evenals in de aangehaalde bijdrage van O. Mignolet en in: K. Wagner, *Dwangsom*, in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2003, nrs. 78-82.

4. Bovenstaand bibliografisch overzicht is op zichzelf reeds illustratief voor verschillende elementen. Ten eerste heeft het probleem van de dwangsom opgelegd in een latere procedure, al flink wat inkt doen vloeien, wat erop wijst dat het gaat om een probleem met aanzienlijk praktisch belang. Ten tweede illustreert de literatuur dat de problematiek *grosso modo* uit een drietal vraagstukken bestaat, namelijk: (1) kan een dwangsom in een latere uitspraak worden opgelegd? (basisvraag); (2) welke rechter is daarvoor bevoegd? (bevoegdheidsvraag); (3) wat met de exceptie van gewijsde, en meer bepaald: wat als de rechter in de vroegere uitspraak weigert een dwangsom op te leggen, kan dit dan later alsnog? (gewijsde-vraag).

Beknoptheidshalve wordt niet elk detail van de voorgeschiedenis van de controverse uit de doeken gedaan, precies omdat er hierover al veel geschreven is (zie de verwijzingen hierboven).

5. De conclusie van de advocaat-generaal voorafgaand aan het geannoteerde arrest is interessant, omdat daaruit ook blijkt waaruit de controverse voortvloeit, nl. een (misbegrepen) passus uit de gemeenschappelijke memorie van toelichting. De advocaat-generaal geeft toe dat de opvatting volgens welke een dwangsom wel in een latere procedure kan worden opgelegd, beantwoordt aan een behoefte van de praktijk, maar merkt dan vrij radicaal op dat die opvatting «lijnrecht tegenover de gemeenschappelijke memorie van toelichting» staat (*cf.* nr. 10 van de conclusie).

Het gaat meer bepaald over een passus luidens welke «de hoofdveroordeling en de veroordeling tot betaling van een dwangsom in een en dezelfde uitspraak moeten worden vervat» (Gemeenschappelijke memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 1977-78, nr. 353, p. 16, *in fine* aangehaald in nr. 10 van bovenstaande conclusie). Wie dat als uitgangspunt neemt, zoals de advocaat-generaal, dreigt in het kamp te belanden van degenen die menen dat een dwangsom niet in een latere procedure kan worden opgelegd (zie in die zin: G.L. Ballon, *Dwangsom*, in *APR*, 1980, nrs. 50 en 51; D. Lindemans, «Het bekomen van de dwangsom», in C.I.E.A.U. (red.), *Tien jaar toepassing van de dwangsom*, Brussel, Créadif, 1991, nrs. 3-5; X. Malengreau, «L'introduction de l'astreinte en droit belge», *RGAR* 1981, nr. 10348, randnummer 13;

O. Mignolet, «La concomitance de l'astreinte et de la condamnation principale», *JT* 2007, 453; V. Pouleau, «Astreinte et droit familial», *JT* 1987, p. 201, nr. 6; J. Van Compennolle, «Astreinte», in *Rép.not.*, Tome XIII, IV, 6, 1992, nr. 13, p. 29; J. Van Compennolle en O. Mignolet, «L'astreinte: règles générales et champ d'application», in G. de Leval en J. Van Compennolle (red.), *Saisies et astreinte*, Formation permanente CUP, Luik, CUP, 2003, 207).

Andere auteurs noemen het standpunt volgens welk geen dwangsom kan worden opgelegd in een latere procedure, «zeer formalistisch» (I. Moreau-Margrève, «L'astreinte», *Ann. Fac. dr. Liège*, 1982, 63-64). De opvatting dat een dwangsom wel in een latere procedure kan worden opgelegd, wordt verder nog verdedigd door: D. Déom, «Le recours à l'astreinte», in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, p. 463, nr. 11; F. Grandhenry, noot onder Vred. Thuin 26 oktober 1992, *T.Vred.* 1993, 130; J. Laenens, «Procedure-aspecten», in Jura Falconis (red.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 29-30; M. Storme, «Een decennium dwangsom», in M. Storme (red.), *Procederen in nieuw België en komend Europa*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 337; M. Storme, «In de ban van de dwangsom», in Jura Falconis (red.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 18; K. Wagner, *Dwangsom*, in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2003, nrs. 78 e.v., waarin over de andere opvatting wordt gezegd dat zij «strikt gezien veeleer als «verkeerd» dan als «formalistisch» moet worden bestempeld, daar zij niet eens wordt ingegeven door de letter van de wet»; zie ook de hierboven reeds vermelde noten over de problematiek.

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

de omschrijving van zijn hoofdveroordeling zou verwijzen naar een vroeger opgelegd gebod of verbod» (K. Wagner, «Een dwangsom kan worden opgelegd in een latere procedure» (noot onder Vred. Sint-Kwintens-Lennik 13 december 1999), *AJT* 2000-01, 475).

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

Het Benelux-Gerechtshof oordeelt daarentegen geheel naar goed recht m.b.t. de passus uit de parlementaire voorbereiding (waar de opvatting van de advocaat-generaal ook op gesteund is) dat daar geen beslissende betekenis aan toekomt. De parlementaire voorbereiding, zo overweegt het Benelux-Gerechtshof, beoogt in die passus immers enkel wat gebruikelijk is en benadrukt het accessoire karakter van de dwangsom, zonder echter uit te sluiten dat in een aparte beslissing later nog over de dwangsom wordt geoordeeld.

6. De eerste prejudiciële vraag gesteld door het Hof van Beroep te Antwerpen luidt: «Moet art. 1, §§ 1 en 2, van de Eenvormige wet betreffende de dwangsom aldus worden uitgelegd dat de hoofdveroordeling en de veroordeling tot betaling van een dwangsom in één en dezelfde uitspraak moeten worden vervat, dan wel dat het opleggen van een dwangsom ook in een latere uitspraak mogelijk is?»

Het antwoord van het Benelux-Gerechtshof op de eerste prejudiciële vraag luidt: «De dwangsom kan ook in een latere uitspraak worden opgelegd». Daarmee is een eerste punt van de controverse passend beslecht.

7. De tweede vraag betreft de bevoegdheid. Daarover merkt de advocaat-generaal op dat een «dwangsom niet kan worden opgelegd in een latere procedure, niet door

dezelfde rechter noch door de ingevolge de algemene bevoegdheidsregels aangewezen rechter». Ook wat deze tweede vraag betreft, is het standpunt van de advocaat-generaal de tegenpool van wat verdedigd werd in de rechtsleer gewijd aan dit aspect van de problematiek (zie: K. Wagner, «Welke rechter kan een dwangsom in een latere procedure opleggen: over het keuzerecht tussen de eerste rechter, de appelrechter, of de ingevolge de algemene bevoegdheidsregels bevoegde rechter» (noot onder Brussel 20 november 2000), *P&B* 2001, 139).

Het Benelux-Gerechtshof oordeelt m.b.t. de tweede prejudiciële vraag dat een latere uitspraak over de dwangsom niet noodzakelijk moet uitgaan van de rechter die de eerste veroordeling heeft uitgesproken. Zo is het bv. denkbaar dat in een uitspraak ten gronde geen dwangsom wordt opgelegd (bv. omdat ze niet werd gevorderd). Na de uitspraak blijkt de veroordeelde niet bereid tot behoorlijke uitvoering ervan, spijts het voorliggen van een uitvoerbare veroordeling. De veroordeling om iets te doen, niet te doen of te geven, wordt met voeten getreden. Het is denkbaar dat de zaak ingevolge de evolutie van de omstandigheden dringend is geworden. De partij die in het bodemgeschil in het gelijk werd gesteld, kan zich dan overeenkomstig de uitspraak van het Benelux-Gerechtshof perfect richten tot, bijvoorbeeld, de kortgedingrechter, met een vordering strekkende tot het verkrijgen van een bevel in de trant van: «bevelen dat partij X zich gedraagt overeenkomstig het beschikkend gedeelte van het vonnis van ... uitgesproken door ... in de zaak gekend onder algemeen rolnr. ..., onder verbeurte van een dwangsom ...».

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

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

De advocaat-generaal merkt hierover op dat het gezag van gewijsde van een eindvonnis waarin de rechter een gevorderde dwangsom niet heeft opgelegd voor het geval dat de schuldenaar de in dezelfde beslissing uitgesproken hoofdveroordeling niet nakomt, de schuldeiser verhindert later opnieuw de veroordeling tot betaling van een dwangsom te vorderen. De advocaat-generaal verwijst naar een aantal auteurs die dat onderschrijven (zie de verwijzingen in voetnoot 14 van de conclusie), en citeert vervolgens: «*Contra*: K. Wagner, *Dwangsom*, in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 80, nr. 79; volgens deze laatste auteur kan in een

tweede procedure wel nog een dwangsom worden gevraagd, zelfs al was er een dwangsom gevorderd in de eerste procedure, zij het enkel indien zij in de eerste procedure werd afgewezen om opportuniteitsgronden en in omstandigheden die later veranderd zijn».

Wat de derde prejudiciële vraag betreft, oordeelt het Benelux-Gerechtshof dat ingeval de rechter die de eerste veroordeling heeft uitgesproken, zonder voorbehoud en beredeneerd de oplegging van een dwangsom uitsluit, een dwangsom in een latere procedure in beginsel niet meer mogelijk is. Maar, zo vervolgt het Benelux-Gerechtshof: «Dit belet evenwel niet dat wanneer krachtens het nationale recht de inhoud van de hoofdveroordeling ingevolge gewijzigde omstandigheden opnieuw aan een rechter kan worden voorgelegd, de rechter in dit verband alsnog een dwangsom of gewijzigde dwangsom kan opleggen».

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

Stel dat in de eerste procedure de eiser een dwangsom van 1000 euro per overtreding vraagt. De rechter legt een hoofdveroordeling op (d.i. een begrip dat gebruikt wordt in art. 1385*bis* Ger.W. ter onderscheiding van de accessoire veroordeling tot de dwangsom), gekoppeld aan een dwangsom van 100 euro per overtreding. De veroordeelde legt de veroordeling naast zich neer, bv. omdat hij aan iedere overtreding 500 euro verdient.

Kan, ingevolge de geannoteerde uitspraak van het Benelux-Gerechtshof, de eiser een nieuwe procedure inleiden waarin hij opnieuw een dwangsom vordert van 1000 euro per overtreding, in de hoop ditmaal een dwangsom te verkrijgen van 1000 euro per overtreding en minstens meer dan 100 euro per overtreding? In een dergelijke casuspositie lijkt het *prima facie* verkieslijk om in de latere procedure een dwangsom te vorderen van 1001 of 1500 of 2000 euro per overtreding. Zo sluit men discussie uit over de vraag of het gevorderde voorwerp niet hetzelfde is in de zin van art. 23 Ger.W. (meer over het begrip «voorwerp» van de vordering: B. Allemeersch, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 225 e.v.). Stel dat in de eerste procedure een vordering werd ingesteld strekkende tot het verkrijgen van een gebod tot staking van een oneerlijke handelspraktijk (of thans: marktprak-

tijk). In de latere procedure is precies dezelfde problematiek aan de orde, behalve dan dat de kennelijk onwillige of kwaadwillige veroordeelde partij de vroegere uitspraak niet naleeft omdat er een te lage dwangsom aan verbonden is. Is het dan echt noodzakelijk om ervoor te zorgen dat men als eiser een hogere dwangsom vordert dan vroeger, om te onderstrepen dat het voorwerp van de vordering verschillend is? Hoewel zoiets allicht niet schaadt, is het niet noodzakelijk. Immers, een vordering tot staking van een oneerlijke handelspraktijk (d.i. per hypothese de vordering in de eerste procedure, die aanleiding gaf tot de te lage dwangsom) is fundamenteel een andere vordering dan een vordering strekkende tot naleving van een gebod of verbod vervat in een vroegere rechterlijke uitspraak die niet wordt nageleefd. In de eerste procedure stonden in principe enkel private belangen op het spel (of minstens toch op de eerste plaats – in het voorbeeld van de staking van een oneerlijke handelspraktijk staan uiteraard ook andere belangen op het spel dan die van de betrokken handelaar; een eerlijk handelsverkeer overstijgt zijn private belangen).

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

Een vordering gericht op het verkrijgen van een bevel tot naleving van een vroegere rechterlijke uitspraak heeft dus per definitie een ander voorwerp dan een vordering tot het verkrijgen van een bevel, bv., tot staking van een oneerlijke handelspraktijk. De eiser kan bijgevolg niet stranden op de exceptie van gewijsde, wanneer hij in de latere procedure vordert dat een bevel wordt opgelegd om een vroegere rechterlijke uitspraak (die nog niet bestond ten tijde van het instellen van de vroegere vordering) na te leven. Met name in het geval waarin tijdens de eerste procedure geen dwangsom werd gevorderd, kan het bovenstaande met enige stelligheid geaffirmeerd worden.

In het geval in de eerste procedure een dwangsom reeds gevorderd werd (maar niet toegekend, of toegekend met een te laag bedrag of onaangepaste modaliteiten), is wel vereist dat er sprake is van gewijzigde omstandigheden. Het kan immers niet de bedoeling zijn dat een eisende partij in wier voordeel dwang-

sommen verbeurd zijn, systematisch ook nog eens een nieuwe procedure begint, strekkende tot het verkrijgen van een hogere dwangsom (argumenterend dat het feit dat dwangsommen verbeurd zijn, aantoont dat de opgelegde dwangsom te laag was).

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

Of er ingevolge de rechtspraak van het Benelux-Gerechtshof jaarlijks slechts een handvol procedures zullen worden gevoerd gericht op het verkrijgen van dwangsommen in latere procedures, dan wel of er hierover een heuse aparte rechtspraak zal ontstaan, kan op dit ogenblik niet worden ingeschat (hoewel eerstgenoemd alternatief waarschijnlijker lijkt). Vaststaat dat de rechter die wordt geconfronteerd met een dergelijke vordering, over allerlei instrumenten beschikt om de vordering toe te kennen of af te wijzen. Zeker in de gevallen waarin er vroeger reeds een dwangsom werd opgelegd, past de nodige voorzichtigheid en mag de rechter zich ertoe beperken om alsnog een hogere dwangsom (of een dwangsom volgens andere moda-

liteiten) te verbinden aan een gebod tot naleving van een vroegere rechterlijke uitspraak, wanneer de daarin opgelegde dwangsom – of het uitgesproken maximum, of de opgelegde modaliteiten – kennelijk te laag of anderszins onaangepast waren, in het licht van de later gebleken houding van de veroordeelde partij.

De rechter is immers in geen enkele situatie verplicht om een dwangsom op te leggen (in geen enkele zaak, ongeacht of de dwangsom wordt gevorderd in de eerste procedure of in een latere procedure). De rechter kan dit steeds weigeren, zelfs op de loutere grondslag dat een dwangsom hem niet opportuun voorkomt (J. Van Compernelle en O. Mignolet, «L'astreinte: règles générales et champ d'application», in G. de Leval en J. Van Compernelle (red.), *Saisies et astreinte*, Formation permanente CUP, Luik, CUP, 2003, 219).

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

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

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

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

11. Ook van de eisende partij mag trouwens de nodige redelijkheid en gematigdheid verlangd worden. Het loutere feit dat een rechterlijke uitspraak niet

wordt nageleefd, kan misschien in sommige gevallen wel een reden zijn om in een latere procedure alsnog een dwangsom te vorderen als dat voorheen niet werd gevraagd, maar rechtvaardigt op zichzelf nog niet om later een dwangsom (of een gewijzigde dwangsom) te vorderen, wanneer dit in de eerste procedure wel werd gevorderd maar niet werd verkregen (of in te gering geachte vorm). Als de loutere niet-naleving van de vroegere uitspraak het enige probleem is, kan men bezwaarlijk spreken van gewijzigde omstandigheden.

Stel dat de eisende partij een vonnis verkrijgt waarin de veroordeelde wordt veroordeeld tot afgifte van een schilderij dat 100 waard is, onder verbeurte van een dwangsom van 10 per dag vertraging, met een maximum van 200. Het feit dat het maximum bereikt is, is als zodanig nog geen voldoende reden om dan maar meteen een nieuwe procedure in te leiden, gericht op het verkrijgen van een hoger of geen maximum. Ook al is de dwangsom niet-indemnitaair van aard, dan nog blijft de bewegingsruimte van de eisende partij ingeperkt door de vereisten van redelijkheid en goede trouw, of door het verbod van rechtsmisbruik, met inbegrip van een verbod van procesrechtsmisbruik, dat meer en meer erkend wordt als een richtsnoer voor het volledige procesverloop (zie: M. Storme, «Over het tergend geding voor een roekeloze vriendschap. Beschouwingen m.b.t. het procesrechtsmisbruik», in *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 67; M.E. Storme, «L'obligation de procéder de manière diligente et raisonnable: une obligation indépendante du fond de l'affaire» (noot onder Brussel 25 januari 1990), *JLMB* 1991, 457; K. Wagner, *Sancties in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2007, p. 357, nr. 334, en p. 531, nr. 570).

Veel zal afhangen van de concrete omstandigheden en van de kwestie of er een partij in het geding is die zich onbetamelijk of onredelijk gedraagt. Ook in het procesrecht mag immers niet geduld worden dat een partij de eisen van betamelijkheid en goede trouw terzijde schuift (E. Dirix, «Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom» in *Jura Falconis* (red.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 52; zie ook: K. Broeckx, «De bevoegdheid van de beslagrechter: een verkenning van de mogelijkheden en van de beperkingen», in *Goed Procesrecht – goed procederen 2002-2003*, Mechelen, Kluwer, 2004, 558, met verwijzing naar Hoge Raad 20 mei 1994, *NJ* 1994, nr. 653).

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

Het Hof had wellicht iets duidelijker mogen verwoorden dat een eerste veroordeling, waaraan geen

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

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

Kris Wagner
Advocaat