

1385bis. De rechter kan op vordering van één der partijen de wederpartij veroordelen tot betaling van een geldsom, dwangsom genaamd, voor het geval dat aan de hoofdveroordeling niet wordt voldaan, onverminderd het recht op schadevergoeding indien daartoe gronden zijn. Een dwangsom kan echter niet worden opgelegd in geval van een veroordeling tot betaling van een geldsom, noch ten aanzien van de vorderingen ter zake van de nakoming van arbeidsovereenkomsten.

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

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

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

1385bis. Le juge peut, à la demande d'une partie, condamner l'autre partie, pour le cas où il ne serait pas satisfait à la condamnation principale, au paiement d'une somme d'argent, dénommée astreinte, le tout sans préjudice des dommages-intérêts, s'il y a lieu. Toutefois, l'astreinte ne peut être prononcée en cas de condamnation au paiement d'une somme d'argent, ni en ce qui concerne les actions en exécution de contrats de travail.

La demande est recevable, même si elle est formée pour la première fois sur opposition ou en degré d'appel.

L'astreinte ne peut être encourue avant la signification du jugement qui l'a prononcée.

Le juge peut accorder au condamné un délai pendant lequel l'astreinte ne peut être encourue.

Commentaar bij art. 1385bis Ger. W.

Auteur: K. WAGNER

dn10416/LN945-1385bis
0

Stand: 1 mei 1999

BELANGRIJKSTE RECHTSLEER

BALLON, G.L., *Dwangsom*, in *A.P.R.*, Gent, Story-Scientia, 1980, 110 p.

BALLON, G.L., 'De veroordeling onder verbeurte van een dwangsom op het domein van het handels- en het economisch recht', in C.I.E.A.U. (ed.), *Dix ans d'application de l'astreinte/Tien jaar toepassing van de dwangsom*, Brussel, Créadif, 1991, 217.

BALLON, G.L., 'De veroordeling onder verbeurte van een dwangsom op het domein van het handels- en het economisch recht', in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 61.

DAVID-CONSTANT, S., 'La fin d'une disgrâce: l'avènement de l'astreinte en droit belge', in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Parijs, Dalloz, 1983, 191.

DE LEVAL, G., 'Observations sur l'astreinte' (noot onder Voorz. Luik 2 juli 1980), *J.L.* 1980, 242.

DE LEVAL, G. en VAN COMPERNOLLE, J., 'Les problèmes posés par l'exécution de l'astreinte', in C.I.E.A.U. (ed.), *Dix ans d'application de l'astreinte*, Brussel, Créadif, 1991, 237.

DENYS, M., 'De dwangsom in de stedenbouw', in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 169.

DE WILDE, A., 'De dwangsom en stedenbouwmisdrijven', in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 181.

D'HOOGHE, D. en SCHUTYSER, B., 'De administratieve dwangsom', in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 133.

DIRIX, E., 'Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom' in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 37, ook verschenen (in het Nederlands en in het Frans) in *De Gerechtsdeurwaarder/L'Huissier de Justice* 1998, 61.

GULDIX, E., 'De dwangsom eindelijk legaal', *T. Vred.* 1980, 129.

JANSSENS DE BISTHOVEN, B., concl. voor Benelux Hof 17 december 1992, *R.W.* 1992-93, 846.

JONGBLOED, A.W., *De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht*, Lelystad, Vermande, 1991, 183 p.

LAENENS, J., 'Procedureaspecten', in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 29.

LAGASSE, D., 'L'astreinte et le droit administratif en droit belge', in C.I.E.A.U. (ed.), *Dix ans d'application de l'astreinte*, Brussel, Créadif, 1991, 79.

LINDEMANS, D., 'Het bekomen van de dwangsom', in C.I.E.A.U. (ed.), *Tien jaar toepassing van de dwangsom*, Brussel, Créadif, 1991, 51.

MALENGREAU, X., 'L'introduction de l'astreinte en droit belge', *R.G.A.R.* 1981, nr. 10348.

MOREAU-MARGRÈVE, I., 'L'astreinte', *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 11.

MOREAU-MARGRÈVE, I., 'Principes généraux', in C.I.E.A.U. (ed.), *Dix ans d'application de l'astreinte*, Brussel, Créadif, 1991, 9.

NYSSSEN, B., 'L'astreinte et le droit social', in C.I.E.A.U. (ed.), *Dix ans d'application de l'astreinte*, Brussel, Créadif, 1991, 191.

PANIER, C., 'Le pouvoir d'appréciation souveraine du juge statuant sur une demande d'astreinte' (noot onder Benelux Hof 17 december 1992 en Cass. 22 april 1993), *J.L.M.B.* 1993, 1012.

POULEAU, V., 'Astreinte et droit familial', *J.T.* 1987, 201.

RENCHON, J.-L., 'Le recours à l'astreinte dans les relations familiales', *Rev. trim. dr. fam.* 1986, 297.

RENCHON, J.-L., 'L'astreinte et le droit de la famille', in C.I.E.A.U. (ed.), *Dix ans d'application de l'astreinte*, Brussel, Créadif, 1991, 149.

RONSE, J., 'De dwangsom in het Belgische recht', in VERENIGING VOOR DE VERGELIJKENDE STUDIE VAN HET RECHT VAN BELGIË EN NEDERLAND (ed.), *Jaarboek 1961-1962 – VIII*, Antwerpen, Zwolle, De Sikkel, Tjeenk Willink, s.d., 107-117.

SCHUTYSER, B. en D'HOOGHE, D., 'De administratieve dwangsom', in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 133.

SENAEVE, P., 'De dwangsom in het personen- en familierecht', in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 83.

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

STORME, M., 'Een revolutionaire hervorming: de dwangsom', *T.P.R.* 1980, 222, ook verschenen in: STORME, M. (ed.), *Procesrecht vandaag*, Antwerpen, Kluwer, 1980, 222.

STORME, M., 'Interpretatie van de Eenvormige Wet op de dwangsom' (noot onder Benelux Hof 9 juli 1981), *R.W.* 1981-82, 308.

STORME, M., noot onder Brussel 22 april 1980, *R.W.* 1981-82, 335.

STORME, M., 'De dwangsom in Europees perspectief', in C.I.E.A.U. (ed.), *Tien jaar toepassing van de dwangsom*, Brussel, Créadif, 1991, 141.

STORME, M., 'In de ban van de dwangsom', in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 15.

VAN COMPERNOLLE, J. en DE LEVAL, G., 'Les problèmes posés par l'exécution de l'astreinte', in C.I.E.A.U. (ed.), *Dix ans d'application de l'astreinte*, Brussel, Créadif, 1991, 237.

VAN COMPERNOLLE, J., 'Astreinte', in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1992, t. XIII, boek IV, afd. 6, 91 p.

VAN HOOGENBEMT, H., 'De dwangsom in arbeidsgeschillen', in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 117.

VAN MULLEN, J., 'Vers une législation de l'astreinte en droit belge?', *J.T.* 1977, 37.

BELANGRIJKSTE RECHTSPRAAK

Benelux Hof nr. A 81/1, 9 juli 1981, *Benelux Jur.*, Deel 2, 102, *R.W.* 1981-82, 303, noot M. STORME, *J.T.* 1981, 536, en *N.J.* 1982, nr. 190, concl. BERGER, noot W.H.H.

Benelux Hof nr. A 81/3, 11 mei 1982, *Benelux Jur.*, Deel 3, 1, *Rev. trim. dr. fam.* 1982, 319 en *N.J.* 1983, nr. 610.

Benelux Hof nr. 81/6, 11 mei 1982, *Benelux Jur.*, Deel 3, 54 en *N.J.* 1983, nr. 613, concl. F. DUMON.

Benelux Hof nr. A 83/3, 2 april 1984, *Benelux Jur.*, Deel 5, 47, *R.W.* 1983-84, 2681, concl. E. KRINGS, *J.T.* 1984 (verkort), 614 en *N.J.* 1984, nr. 704, concl. E. KRINGS, noot W.H.H.

Benelux Hof nr. A 84/3, 5 juli 1985, *Benelux Jur.*, Deel 6, 115, *R.W.* 1985-86, 929, concl. E. KRINGS en *N.J.* 1986, nr. 19, concl. E. KRINGS en noot W.H.H.

Benelux Hof nr. A 87/1, 1 juli 1988, *Benelux Jur.*, Deel 9, 43, *R.W.* 1988-89, 145, noot G.L. BALLON, *J.L.M.B.* 1988, 1201, en *N.J.* 1988, nr. 1030, concl. WAMPACH, noot W.H.H.

Benelux Hof nr. A 90/1, 6 februari 1992, *Benelux Jur.*, Deel 13, 29, *R.W.* 1991-92, 1019, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN, *J.L.M.B.* 1992, 589, noot P. FRAI-PONT en *N.J.* 1992, 353, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN.

Benelux Hof nr. A 91/4, 17 december 1992, *Benelux Jur.*, Deel 13, 120, *R.W.* 1992-93, 846, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN, *J.L.M.B.* 1993 (verkort), 1010, noot C. PANIER en *N.J.* 1993, nr. 545, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN, noot H.J.S.

Benelux Hof nr. A 92/4, 29 november 1993, *Benelux Jur.*, Deel 14, 49, *R.W.* 1993-94, 705, concl. G. D'HOORE, *P. & B.*, 1994, 9, noot D. LINDEMANS en *N.J.* 1994, nr. 371, concl. G. D'HOORE, noot H.E.R.

Benelux Hof nr. A 94/4, 12 februari 1996, *Benelux Jur.*, Deel 17, 16, *R.W.* 1996-97, 119, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN.

Cass. 3 juni 1996, *Arr. Cass.* 1996, nr. 204, p. 529, *Pas.* 1996, I, 565 en *J.T.T.* 1996, 391.

Cass. 29 november 1996, *Arr. Cass.* 1996, 1115, *Pas.* 1996, I, 1187 en *R.W.* 1997-98 (verkort), 57.

Benelux Hof nr. A 96/1, 12 mei 1997, *Benelux Jur.*, Deel 18, 2, *R.W.* 1997-98, 71, concl. Th. B. TEN KATE, *err.*, *R.W.* 1997-98, 416 en *N.J.* 1998, nr. 296, concl. Th. B. TEN KATE, noot H.J.S.

Benelux Hof nr. A 96/3, 20 oktober 1997, *Benelux Jur.*, Deel 18, 46, *J.T.T.* 1997, 478, *A.J.T.* 1998-99, 90, concl. J. DU JARDIN, noot B. LIETAERT en *N.J.* 1998, nr. 396, concl. J. DU JARDIN.

Benelux Hof nr. A 96/4, 19 december 1997, *Benelux Jur.*, Deel 18, 58, *N.J.* 1998, nr. 279, concl. Th. B. TEN KATE.

Benelux Hof 17 december 1998, *R.W.* 1998-99, 1071, concl. J. DU JARDIN.

COMMENTAAR

Schema

A.	Algemene opmerkingen over de aard van de dwangsom	2-3
B.	Welke rechter kan een dwangsom opleggen?	4-30
	1. De hoven en rechtbanken: soevereine beoordelingsvrijheid	5-9
	2. De voorzitter	10-12
	3. Taak en bevoegdheid van de beslagrechter inzake dwangsommen	13-15
	4. De strafrechter: de burgerlijke vordering.	16-21
	5. De strafrechter: ruimtelijke ordening en stedenbouw	22-26
	6. De Raad van State en de bestuurlijke dwangsom	27-29
	7. De dwangsom en arbitrage	30
C.	De rechter kan niet ambtshalve veroordelen tot een dwangsom	31-32
	1. De veroordeling tot een dwangsom moet worden gevorderd.	31
	2. De rechter kan de gevraagde dwangsom ambtshalve verhogen	32
D.	Aan wie kan een dwangsom worden opgelegd?	33-44
	1. De natuurlijke persoon.	33-38
	2. De rechtspersoon: problematiek van de hulppersonen	39
	3. Het bestuur	40
	4. De prestatie van een derde	41-43
	5. Hoofdelijke schuldenaars	44
E.	Aan welke veroordelingen kan een dwangsom (niet) worden verbonden?	45-69
	1. Veroordeling om iets te doen, iets te geven of iets na te laten.	45-52
	2. De dwangsom in het familierecht.	53-57
	3. Het afleggen van een eed	58
	4. Het bevel tot persoonlijke verschijning.	59
	5. De menselijke waardigheid en de grenzen van de dwangsom	60-63

6.	Het bloedonderzoek	64-65
7.	Buitenlandse veroordelingen	66-67
8.	Gevolgen van een Belgische veroordeling onder dwangsom in het buitenland	68-69
F.	Niet voldoen aan de hoofdveroordeling	70-82
1.	Het begrip hoofdveroordeling	70-72
2.	Accessoir karakter van de dwangsom	73
3.	Bewijsregeling	74-77
4.	Wat bij een geringe tekortkoming? – Redelijkheid en billijkheid	78-80
5.	Over de vrees dat de schuldenaar zijn verplichting niet nakomt.	81-82
G.	Dwangsom en schadevergoeding.	83-86
1.	De dwangsom is een pressiemiddel zonder indemnitaïr karakter	83-85
2.	Dwangsom en begroting van schade	86
H.	De veroordeling tot betaling van een geldsom	87-92
1.	Strikte interpretatie	87-90
2.	De afgifte van een bepaalde geldsom.	91
3.	De betaling binnen een bepaalde termijn.	92
I.	De dwangsom in het sociaal recht.	93-100
1.	De uitvoering van arbeidsovereenkomsten.	96-99
2.	De afgifte van sociale documenten	100
J.	In welke stand van het geding kan een dwangsom worden gevorderd?	101-104
1.	Verzet of hoger beroep.	103
2.	De afzonderlijke eis enkel gericht op een dwangsom.	104
K.	Vanaf wanneer wordt de dwangsom verbeurd?.	105-126
1.	In geen geval vóór de betekening.	106-121
2.	Over de invloed van een later aangewend rechtsmiddel	122-124
3.	Verbeurte na verloop van een zekere termijn	125-126

A. Algemene opmerkingen over de aard van de dwangsom

2 Artikel 1385bis Ger. W. bevat de belangrijkste principes die de dwangsom in de Benelux beheersen. (*1) Geen enkele andere bepaling van de Eenvormige Benelux-wet betreffende de dwangsom gaf aanleiding tot uitvoeriger rechtspraak dan dit artikel. (*2) Aangezien de wetgeving in België, Nederland en Luxemburg aangaande de dwangsom in essentie identiek is, zal ook de Nederlandse rechtspraak een belangrijke rechtsbron zijn bij de uitlegging van de wet. (*3)

(*1) F. GLANSDORFF: 'La législation de l'astreinte en droit belge: la loi du 31 janvier 1980 portant approbation de la Convention Benelux du 26 novembre 1973', *J.T.* 1980, 312.

(*2) De acht artikelen van het Gerechtelijk Wetboek die de dwangsom in ons recht regelen, werden ingevoerd door de wet van 31 januari 1980 houdende goedkeuring van de Benelux Overeenkomst houdende Eenvormige Wet betreffende de dwangsom, en van de Bijlage (Eenvormige Wet betreffende de dwangsom), ondertekend te 's-Gravenhage op 26 november 1973 (*B.S.* 20 februari 1980). De Eenvormige Wet trad in België in werking op 1 maart 1980.

(*3) Luxemburg komt in wat volgt minder aan bod. Er is weinig gepubliceerde rechtspraak aangaande de dwangsom in de Luxemburgse rechtsliteratuur te vinden. Bovendien betreft het veelal arresten van het Benelux Gerechtshof.

3 Een definitie van de dwangsom vindt men hierboven. (*1) De dwangsom is een indirect executiemiddel van burgerlijke aard. (*2) Sommige auteurs menen dat de dwangsom geen middel tot tenuitvoerlegging is, omdat de regeling van de artikelen 1385bis e.v. Ger. W. niet is opgenomen in deel V van het Gerechtelijk Wetboek ('Bewarend beslag en middelen tot tenuitvoerlegging'). Juister is de stelling dat de dwangsom geen *rechtstreeks* middel tot tenuitvoerlegging is.

Uit het feit dat de regeling betreffende de dwangsom niet in deel V van het Gerechtelijk Wetboek werd opgenomen, kan men geen besluit afleiden over de aard van de dwangsom. MOREAU-MARGRÈVE merkt terecht op dat de plaats van de regeling van de dwangsom, net voor in plaats van in boek V van het Gerechtelijk Wetboek, een ongelukkige keuze is geweest. (*3) In het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering kreeg de dwangsom een logischer plaats toebedeeld, met name in het Tweede Boek ('Van de gerechtelijke tenuitvoerlegging van vonnissen, beschikkingen en authentieke akten').

De inleidingen in het procesrecht bespreken de dwangsom in hoofdstukken waarin in essentie deel V van het Gerechtelijk Wetboek wordt besproken. B. MAES behandelt de dwangsom in zijn *Overzicht van het gerechtelijk privaatrecht* in een hoofdstuk 'De beslagen en de tenuitvoerlegging'. (*4) J. LAENENS bespreekt de dwangsom in zijn inleidend werk onder de afdeling 'Executie' en hij vermeldt daarbij het onderscheid tussen rechtstreekse en onrechtstreekse tenuitvoerlegging. (*5)

Nederlandse juristen zijn met dit laatste onderscheid meer vertrouwd, aangezien er in Nederland nog een tweede indirect executiemiddel bestaat naast de dwangsom, nl. de lijfswang. (*6) De lijfswang wordt in Nederland nog zelden toegepast, mede omdat artikel 5 van het E.V.R.M. maar heel weinig ruimte laat voor civielrechtelijke vrijheidsberoving. Aangezien de lijfswang in België met de invoering van de dwangsom werd afgeschaft, is de dwangsom naar Belgisch recht het enige indirecte executiemiddel. (*7) JANSSEN noemt de dwangsom 'een indirect executiemiddel ter verkrijging van een reële prestatie'. (*8) Ook volgens STEIN is de dwangsom wel degelijk een executiemiddel, met name een zijdelings (d.i. indirect) executiemiddel, zoals de lijfswang. (*9)

(*1) Cf. *supra*, nr. 1.

(*2) E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag*, in *A.P.R.*, Deurne, Story-Scientia, 1992, 11; A.W. JONGBLOED, *De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht*, a.w., 1991, 3; H. STEIN, *Reële executie*, in *Monografieën nieuw B.W.*, Deventer, Kluwer, 1990, 36.

(*3) I. MOREAU-MARGRÈVE, 'L'astreinte', *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 12.

(*4) B. MAES, *Overzicht van het gerechtelijk privaatrecht*, Brugge, Die Keure, 1998, 238.

(*5) J. LAENENS, *Gerechtelijk privaatrecht en bewijsrecht*, Antwerpen, U.I.A., 1989, 61.

(*6) W. HUGENHOLTZ en W. H. HEEMSKERK, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, 's-Gravenhage, Vuga, 1998, 280; F. JANSSEN, *Executie- en beslagrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1990, 244.

(*7) De lijfswang werd in België afgeschaft krachtens art. 4 van de Wet van 31 januari 1980 (*B.S.* 20 februari 1980).

(*8) F. JANSSEN, *Executie- en beslagrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1990, 273.

(*9) H. STEIN, Commentaar bij de artikelen 611a-611i ('Van dwangsom'), in X. (ed.), *Burgerlijke rechtsvordering*, Kluwer, 1991, losbl., 1286 en 1305. In dezelfde zin: R.P. CLEVERINGA, *Mr. W. Van Rossem's verklaring van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1972, 1274; E. DIRIX, *Beslagrecht*, Leuven, Acco, 1999, 18.

Ofschoon de dwangsom in Frankrijk in menig opzicht verschilt van de dwangsom in de Benelux, wordt ook de Franse ‘astreinte’ beschouwd als een ‘voie indirecte d’exécution’. (*1)

FETTWEIS verdedigt een minderheidsopvatting volgens dewelke ‘l’astreinte n’est pas une modalité de l’exécution forcée’. (*2) Desalniettemin behandelt FETTWEIS de dwangsom in een hoofdstuk betreffende ‘Les saisies conservatoires et les voies d’exécution’. Hij stelt dat men voor de uitvoering van vonnissen en arresten niet steeds zijn toevlucht moet nemen tot middelen tot tenuitvoerlegging. Als enig voorbeeld van een dergelijk middel dat wel gericht is op het bekomen van de uitvoering, zonder volgens hem een executiemiddel te zijn, vermeldt FETTWEIS de dwangsom. Het minderheidsstandpunt voorgestaan door FETTWEIS, wordt nog verdedigd door enkele andere auteurs, die menen dat ‘l’astreinte n’est pas une voie d’exécution puisqu’elle ne tend pas directement à la satisfaction du créancier’. (*3)

Deze minderheidsopvatting gaat o.i. uit van een te enge opvatting van de executiemiddelen. (*4) Men moet zich ervoor hoeden het begrip ‘executiemiddelen’ gelijk te schakelen met ‘directe executiemiddelen’.

B. Welke rechter kan een dwangsom opleggen?

4 Over de vraag wat het betekent dat *de rechter* een dwangsom kan opleggen, zoals bepaald in de aanhef van artikel 1385bis Ger. W., bestond in de eerste jaren van de toepassing van de dwangsom enige onzekerheid. De rechtspraak bracht op dit stuk meer duidelijkheid.

1. DE HOVEN EN RECHTBANKEN: SOEVEREINE BEOORDELINGSVRIJHEID

5 Artikel 1385bis Ger. W. bepaalt in zijn aanhef dat ‘de rechter’ een dwangsom kan opleggen. De wet bevat met andere woorden geen enkele beperking met betrekking tot welke rechter een dwangsom kan opleggen. Ingevolge de Wet van 19 mei 1998 kunnen ook arbiters een dwangsom opleggen. (*5) In principe kan zowel de arbiter

(*1) G. TAORMINA, *Le nouveau droit des procédures d’exécution et de distribution*, Parijs, Editions du J.N.A., 1993, 268.

(*2) A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Faculté de droit, 1987, 599.

(*3) D. DÉOM, ‘Le recours à l’astreinte’, in X. (ed.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, 457; G. MARTY, P. RAYNAUD en P. JESTAZ, *Droit civil – Les obligations*, Parijs, Sirey, 1989, t. 2, nr. 290, p. 255; I. MOREAU-MARGRÈVE, ‘Principes généraux’, in C.I.E.A.U. (ed.), *Dix ans d’application de l’astreinte/Tien jaar toepassing van de dwangsom*, Brussel, Créadif, 1991, 26.

(*4) K. BAERT meent dat de dwangsom geen executiemiddel is omdat zij tegen de overheid kan worden aangewend. De uitvoeringsimmunitet van de overheid zou zich verzetten tegen de aanwending van enig executiemiddel tegen de overheid (K. BAERT, ‘De dwangsom ook tegen de overheid’ (noot onder Voorz. Rb. Gent 14 juli 1981), *R.W.* 1981-82, 695). *Cf. infra*, nr. 40.

(*5) Wet van 19 mei 1998 tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de arbitrage (*B.S.* 7 augustus 1998). *Cf. infra*, nr. 30.

als elke rechter behorend tot de rechterlijke orde, voorzover hij er om gevraagd wordt, een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom uitspreken.

6 Niet vereist is dat de veroordeling tot een dwangsom ten belope van een bepaald bedrag wordt gevraagd. (*1) Het Benelux Gerechtshof oordeelde dat de woorden ‘op vordering van één der partijen’ niet met zich brengen dat de partij die de veroordeling onder dwangsom vraagt, gehouden zou zijn het bedrag en de modaliteiten aan te geven. (*2)

7 Het gegeven dat de rechter een dwangsom ‘kan’ opleggen, betekent dat hij hiertoe geenszins verplicht is wanneer een partij dat vraagt. De rechter is vrij om al dan niet in te gaan op een verzoek van een partij om een veroordeling kracht bij te zetten met een dwangsom. (*3) Hij oordeelt soeverein over de modaliteiten van de dwangsom (hoogte van het bedrag, hoeveel tijd de veroordeelde gegund wordt om alsnog aan zijn verplichting te voldoen, enz.). (*4) Bij het bepalen van de hoogte van het bedrag zal de rechter vooral rekening houden met de financiële draagkracht van de veroordeelde en met de verwachte weerstand tegen de uitvoering van de hoofdveroordeling. (*5) De doelmatigheid van de dwangsom moet ’s rechters voornaamste bekommernis zijn bij het vaststellen van het bedrag en de modaliteiten ervan. (*6) Een discrepantie tussen de hoogte van de dwangsom en de betwiste belangen is niet uitgesloten. In de praktijk bestaat er vaak een verband tussen de belangen die op het spel staan en de hoogte van de dwangsom. Zo’n verband is niet verkeerd, maar het is evenmin vereist.

Het bedrag van de dwangsom moet voldoende hoog zijn om te vermijden dat de veroordeelde van oordeel zou zijn dat de verbeurte van de dwangsom een kleiner nadeel oplevert dan het voordeel dat hij zou kunnen realiseren door de rechterlijke veroordeling te miskennen. (*7) De dwangsom is erop gericht de weerstand van de veroordeelde te breken. (*8)

(*1) Benelux Hof 17 december 1992, *R.W.* 1992-93, 846, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN, *J.L.M.B.* 1993 (verkort), 1010, noot C. PANIER en *N.J.* 1993, nr. 545.

(*2) Benelux Hof 2 april 1984, *R.W.* 1983-84, 2681, concl. E. KRINGS, *J.T.* 1984 (verkort), 614 en *N.J.* 1984, nr. 704. Zie voor enkele toepassingen: *Corr. Gent* 3 januari 1995, *T.M.R.* 1995, 140; *Corr. Gent* 13 december 1994, *T.M.R.* 1996, 373.

(*3) C. PANIER, ‘Le pouvoir d’appréciation souveraine du juge statuant sur une demande d’astreinte’ (noot onder Benelux Hof 17 december 1992 en Cass. 22 april 1993), *J.L.M.B.* 1993, 1012.

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

(*5) Voorz. Arbrb. Brussel 9 juli 1985, *R.W.* 1985-86, 966; E. PENNING, ‘Le référé ordinaire en droit luxembourgeois’, *Bulletin du Cercle François Laurent (Lux.)* 1989, nr. 6; M. STORME, ‘Een revolutionaire hervorming: de dwangsom’, *T.P.R.* 1980, 226.

(*6) G.L. BALLON, *Dwangsom, a.w.*, 1980, nr. 61, p. 25; W. HUGENHOLTZ en W. H. HEEMSKERK, *Hoofdpijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, ’s-Gravenhage, Vuga, 1998, 316.

(*7) Bergen 14 november 1991, *Rem. trim. dr. fam.* 1992, 133 (‘Attendu que l’astreinte doit être suffisamment élevée pour être dissuasive’).

(*8) M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, Parijs, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1931, nr. 787, p. 84.

8 De vraag of de dwangsom dermate hoog mag zijn dat zij de schuldenaar kan doen afsteveneren op de financiële ondergang, moet op genuanceerde wijze worden beantwoord. Als het in de concrete omstandigheden volstrekt zeker is dat een overtreding van het rechterlijke gebod of verbod niet mogelijk is zonder welbewuste kwaadwilligheid van de schuldenaar, mag een dwangsom dermate hoog zijn dat het verbeuren ervan voor de schuldenaar een weinig aantrekkelijk vooruitzicht is. Indien bijvoorbeeld aan de uitgever van een maandblad verbod wordt opgelegd om zinnenprikkelende foto's te publiceren van een bekende TV-presentatrice, dewelke zich jaren voorheen als onbekende twintigjarige studente had laten fotograferen, dan lijkt een forse dwangsom aangewezen. (*1) Een eenmalige dwangsom van 100.000 frank zou de uitgever allicht graag betalen, aangezien de meerverkoop dit naar verwachting vlug zou compenseren. Een dwangsom van 1 miljoen frank *per exemplaar* van het blad dat verschijnt in strijd met het verbod, zoals *in casu* opgelegd door de rechtbank van koophandel te Brussel, maakt van de overtreding van het rechterlijk verbod een optie die zakelijk niet interessant is.

Wanneer er sprake is van een gebod of verbod waarvan het denkbaar is dat het te goeder trouw kan worden overtreden (per vergissing, uit onwetendheid of ten gevolge van tegenslag), zal de rechter best vermijden dat het verbeuren van de dwangsom voor de veroordeelde een financiële catastrofe betekent. Een nauwkeurige verwoording van het betrokken gebod of verbod en van de modaliteiten van de dwangsom is essentieel, zodat de veroordeelde precies weet waaraan hij zich moet houden.

Als de veroordeelde in het ongewisse blijft over waartoe hij precies veroordeeld werd, kan hij zich beroepen op de onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen zoals bedoeld in artikel 1385*quinquies* Ger. W. (*2) Dit betekent dat de dwangsom kan worden opgeheven, opgeschort of verminderd, door de rechter die haar heeft opgelegd, indien de veroordeelde een inbreuk begaat op de hoofdveroordeling die het gevolg is van dwaling die niet aan hem te wijten is. Uiteraard is dit slechts mogelijk voor inbreuken die betrekking hebben op het onduidelijke deel van de hoofdveroordeling. De veroordeelde blijft alleszins gehouden tot datgene waarover redelijkerwijze geen onduidelijkheid kan bestaan, ook al zijn de grenzen in het randgebied van de hoofdveroordeling vaag.

9 De rechter kan, ongeacht de modaliteiten voorgesteld door de eisende partij, de dwangsom vaststellen op een bedrag ineens of op een bedrag per dag vertraging. De opgelegde dwangsom mag zelfs hoger zijn dan wat de eisende partij vorderde. (*3) Hij kan een maximum vaststellen waarboven geen dwangsommen meer worden verbeurd, of hij kan een progressieve dwangsom opleggen (bijvoorbeeld 1000 frank voor

(*1) Kh. Brussel 24 februari 1995, *Ing.-Cons.* 1995, 333, noot L. MULLER (zie over dit vonnis ook *infra*, nrs. 45 en 125).

(*2) Antwerpen 9 februari 1998, *A.J.T.* 1998-99, 394, noot G.L. BALLON.

(*3) *Cf. infra*, nr. 32.

de eerste dag vertraging na de betekening, 2000 voor de tweede dag, 3000 voor de derde dag, enz.). (*1) De rechter kan ook een dwangsom per uur vertraging uitspreken. (*2)

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

2. DE VOORZITTER

10 In de vroegste jaren na de invoering van de Eenvormige Beneluxwet op de dwangsom, ontstond soms twijfel over de vraag of ook de voorzitter zetelend in kort geding kan veroordelen tot een dwangsom. Deze twijfel was onder meer ingegeven door het feit dat de voorzitter in kort geding geen schadevergoeding kan opleggen. (*3) De wet zelf bepaalt nochtans uitdrukkelijk dat de rechter de wederpartij kan veroordelen tot een dwangsom, 'onverminderd het recht op schadevergoeding indien daartoe gronden zijn'. Hieruit blijkt reeds dat de bevoegdheid om te veroordelen tot een dwangsom niet veronderstelt dat de rechter ook een schadevergoeding zou mogen opleggen. (*4) De voorzitter in kort geding heeft zonder twijfel de bevoegdheid om een dwangsom op te leggen, en hij maakt hiervan sinds de invoering van de dwangsom in het Belgisch recht veelvuldig gebruik. (*5)

(*1) I. MOREAU-MARGRÈVE, 'Principes généraux', in *Dix ans d'application de l'astreinte, a.w.*, 1991, 37; J. VAN COMPERNOLLE, 'Astreinte', in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1992, t. XIII, boek IV, afd. 6, nr. 29, p. 35.

(*2) Voor toepassingen zie: Voorz. Rb. Gent 9 oktober 1992, *T.O.R.B.* 1993-94, 276 (verplichting tot afgifte aan deurwaarder van examenvragen en originele examenkopij, op eenzijdig verzoekschrift van examinandus, onder verbeurte van dwangsom van 20.000 frank per uur vertraging); Voorz. Rb. Gent 12 juli 1993, *T.G.R.* 1994, 23; Arrondrb. Breda 1 juni 1965, *N.J.* 1965, nr. 337.

(*3) P. MARCHAL, *Les référés*, Brussel, Larcier, 1992, nrs. 33 en 35.

(*4) G.L. BALLON, *Dwangsom, a.w.*, 1980, nr. 88, p. 34 en nrs. 92-93, p. 35-36; C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, t. II, 'La compétence', Brussel, Larcier, 1981, 334.

(*5) Ook de Luxemburgse rechtsleer bevestigt deze bevoegdheid: cf. E. PENNING, 'Le référé ordinaire en droit luxembourgeois', *Bulletin du Cercle François Laurent (Lux.)* 1989, nr. 6. Voor een interessante toepassing zie: Brussel 6 oktober 1983, *T.B.H.* 1984, 365 en *J.T.* 1984, 134, noot L. VAN BUNNEN; dwangsom van 10 miljoen frank per dag opgelegd aan Volvo indien de gevolgen van een opzegging van een concessionaris niet worden opgeschort in afwachting van de beslechting van de zaak ten gronde. De concessionaris was opgezegd nadat de directeur-generaal een brief had verspreid onder het personeel waarin hij enerzijds benadrukte dat perfecte kennis van het Nederlands vereist was voor de medewerkers die in contact kwamen met Nederlandstalige klanten, maar waarin hij anderzijds meedeelde: 'Il [notre fondateur] respectait bien entendu toutes les autres cultures et plus particulièrement la culture flamande(...) Je souhaite cependant, dis-je, qu'on veuille à utiliser dans nos rapports, entre nous, entre vous, dans les bureaux, dans les corridors, etc. la langue française en souvenir de notre fondateur.' De dwangsom opgelegd door de voorzitter in kort geding werd bevestigd door het Hof van Beroep. Zie ook: Brussel 24 juni 1982, *R.W.* 1983-84, 295; Voorz. Kh. Brussel 16 oktober 1981, *R.P.S.* 1981, 273; Voorz. Rb. Kortrijk 8 oktober 1981, *R.W.* 1983-84, 260; Voorz. Rb. Luik 2 februari 1984, *J.L.* 1984, 121; Voorz. Kh. Antwerpen 25 januari 1985, *J.T.* 1985, 688, noot L. VAN BUNNEN; Voorz. Rb. Dinant 7 mei 1990, *Journ. proc.* 1990, nr. 177, 36, noot J.-M. D. (uitsluiting leerling door vrije school einde maand maart werd beschouwd als rechtsmisbruik).

11 De voorzitter van de arbeidsrechtbank zetelend in kort geding kan een veroordeling uitspreken onder verbeurte van een dwangsom. (*1)

Ook de voorzitter zetelend zoals in kort geding heeft deze bevoegdheid. (*2) Dit geldt tevens voor de voorzitter zetelend zoals in kort geding dewelke uitspraak doet over een vordering tot staking gegrond op artikel 220 van de Wet op de financiële transacties en de financiële markten. (*3) Indien de tegenpartij verstek laat, blijft een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom mogelijk. (*4)

Een bevel tot staking in het kader van de Wet Handelspraktijken, kan kracht worden bijgezet met een dwangsom. (*5) De voorzitter kan een dwangsom opleggen in een beslissing alvorens recht te doen. (*6)

12 In geval van absolute noodzaak kan ook de voorzitter in een procedure op eenzijdig verzoekschrift een dwangsom opleggen. (*7) Het is evident dat gevallen waarin een dwangsom wordt opgelegd in een procedure op eenzijdig verzoekschrift, relatief

(*1) Voorz. Arbrb. Namen 29 december 1989, *J.T.T.* 1990, 43.

(*2) G.L. BALLON, *Dwangsom, a.w.*, 1980, nrs. 94-95, p. 36-37.

(*3) Voorz. Kh. Brussel 21 september 1992, *T.R.V.* 1993, 41, noot J. TYTECA, *T.B.H.* 1992, 1007 en *Bank- en Financierwezen* 1992, 553 (met in het opschrift per vergissing 28 i.p.v. 21 september 1992).

(*4) Kh. Antwerpen 5 januari 1994, *R.W.* 1994-95, 752; Voorz. Arbrb. Luik 10 februari 1986, *J.T.T.* 1986, 454 en *Soc. Kron.* 1986, 110; Voorz. Rb. Luik 2 juli 1980, *J.L.* 1980, 241, noot G. DE LEVAL; X. MALENGREAU, 'L'introduction de l'astreinte en droit belge', *R.G.A.R.* 1981, nr. 10348, randnummer 12; V. POULEAU, 'Astreinte et droit familial', *J.T.* 1987, 201, nr. 5 *in fine*; M. STORME, 'Een revolutionaire hervorming: de dwangsom', *T.P.R.* 1980, 236, nr. 25. Zie ook de rechtspraak aangehaald *infra*, nr. 46.

(*5) Zie bv.: Voorz. Kh. Bergen 16 mei 1980, *J.T.* 1981, 537. In die zaak werd een dwangsom opgelegd van 50.000 frank per overtreding van een bevel van de voorzitter om een merkenrechtelijke inbreuk te staken. Interessant in die beslissing is ook dat de voorzitter overweegt dat het risico dat de inbreuken zouden voortduren weliswaar klein is, maar dat er niettemin aanleiding bestaat om in geval van nieuwe inbreuk na de betekening toch een dwangsom op te leggen. Dit illustreert dat er geen bewijslast rust op de eisende partij om aan te tonen dat er gegronde vrees zou bestaan dat de veroordeelde zich aan zijn verplichting zou onttrekken (meer hierover *infra*, nrs. 81-82). Zie ook: Voorz. Kh. Gent 23 april 1981, *R.W.* 1981-82, 328; stakingsbevel om benaming 'Streekkrant' voor handelsdoeleinden te gebruiken onder verbeurte van dwangsom van 500.000 frank per inbreuk. De Brusselse voorzitter oordeelde dat de destijds alombekende slogan 'Lada uw beste aankoop' bescherming genoot en dat de slogan 'Subaru uw beste aankoop' verwarringstichtende reclame uitmaakte (Voorz. Kh. Brussel 17 maart 1982, *Ing.-Cons.* 1982, 78, noot B. VAN REEPINGHEN). De voorzitter legde een dwangsom op van 50.000 frank per dag of gedeelte van een dag tijdens dewelke in strijd met het stakingsbevel zou worden gehandeld. Zie ook: Voorz. Kh. Mechelen 10 oktober 1980, *T.B.H.* 1981, 532; Voorz. Kh. Brussel 15 oktober 1980, *R.W.* 1981-82, 322 en *T.B.H.* 1981, 528. Voor een overzicht van beslissingen uit de eerste helft van de jaren 1980 waarin een dwangsom verbonden wordt aan een stakingsbevel zie: P. DE VROEDE en G.L. BALLON, *Handelspraktijken*, Antwerpen, Kluwer, 1985, nr. 1472, p. 738.

(*6) *Cf. infra*, nr. 71.

(*7) Voorz. Rb. Luik 18 juni 1998, *J.T.T.* 1998, 447 (verbod tot versperring van de toegang van een onderneming door stakingspiketten waarvan de bemanning voortdurend wisselt; 50.000 frank per inbreuk); Voorz. Rb. Gent 9 oktober 1992, *T.O.R.B.* 1993-94, 276; Voorz. Rb. Charleroi 23 maart 1990, *R.R.D.* 1990, 371; Voorz. Rb. Antwerpen 13 oktober 1983, *R.W.* 1983-84, 1991, noot D. VOORHOOF en J. BAERT; Voorz. Rb. Nijvel 28 oktober 1981, *J.T.* 1982, 374; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Faculté de droit, 1987, 600; M. STORME, 'Een decennium dwangsom', in M. STORME (ed.), *Procederen in nieuw België en komend Europa*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 334; V. VAN HERREWEGHE, 'Dwangsom 1981-1985', *T.R.D.-Dossier* 1986, nr. 1, p. 6 en p. 15 (Bijlage bij *T.R.D.* 1986, nr. 7).

zeldzaam zijn. (*1) Een typevoorbeeld van een beschikking op eenzijdig verzoekschrift waaraan een dwangsom kan worden verbonden, is het bevelschrift waarbij maatregelen worden opgelegd die gericht zijn tegen verweerders die niet op zekere, precieze en exhaustieve wijze kunnen worden geïdentificeerd, zoals onder meer de deelnemers aan stakingspiketten. (*2) Ook in een procedure op eenzijdige verzoekschrift is er geen gevaar dat een partij zou worden veroordeeld tot een dwangsom die buiten haar medeweten hoog oploopt, aangezien de veroordeelde de dwangsom pas kan verbeuren na de betekening van de beslissing krachtens dewelke zij wordt opgelegd. (*3)

Dit wordt geïllustreerd in een beschikking van de Luikse voorzitter, waarin een dwangsom werd opgelegd aan een aantal personen die een school blokkeerden in het kader van een stakingsactie. (*4) Enkele leerkrachten, directieleden en ouders leidden een procedure op eenzijdig verzoekschrift in, erop gericht om vrije toegang tot de school te verzekeren. Een probleem dat een procedure op eenzijdig verzoekschrift rechtvaardigde, was dat de personen die de poorten blokkeerden meestal weigerden zich te identificeren, zodat zij niet konden worden gedagvaard in een tegensprekelijke procedure. Het opleggen van een verbod aan bepaalde nominatim omschreven personen, zou bovendien niet efficiënt zijn, omdat zij snel door andere personen zouden worden vervangen. De voorzitter legt derhalve een aan eenieder gericht verbod op om de toegang tot de school te verhinderen, en verbindt een dwangsom van 25.000 frank aan elke overtreding van zijn beschikking. (*5) Hij verklaart zijn beschikking uitvoerbaar op eenvoudig vertoon van de expeditie ervan, behalve voor wat de eisbaarheid van de dwangsom betreft. Artikel 1385bis lid 3 Ger. W. bepaalt immers dat een dwangsom niet kan worden verbeurd vóór de betekening van de uitspraak waarbij zij is vastgesteld. Het volstond dat een gerechtsdeurwaarder overging tot de betekening aan de persoon van de individuen die zich aan de schoolpoort hadden vastgeketend, opdat de dwangsom kon worden verbeurd. Allicht zal de pecuniaire prikkel van de dwangsom in een dergelijke situatie efficiënter (en humaner) zijn dan de dreiging van directe executie door de openbare macht. (*6)

(*1) Voor een interessante toepassing zie: Voorz. Gent 27 oktober 1998, *A.J.T.* 1998-99, 354 (verbod verspreiding boek waarin de eer en de goede naam van verzoekers in het gedrang worden gebracht, onder verbeure van een dwangsom van 10.000 frank per nog in de handel aangetroffen exemplaar van het boek na het verstrijken van 24 uur na de betekening). Deze beschikking werd ingetrokken bij beschikking van de voorzitter te Gent van 30 oktober 1998, op grond van het grondwettelijk censuurverbod (Voorz. Gent 30 oktober 1998, *A.J.T.* 1998-99, 354). Over de dwangsom en het publicatieverbod: D. VOORHOOF en J. BAERT, 'Verbod tot het verspreiden van een boek?' (noot onder Voorz. Rb. Antwerpen 13 oktober 1983), *R.W.* 1983-84, 1991.

(*2) Voorz. Rb. Luik 18 juni 1998, *J.T.T.* 1998, 447; Voorz. Rb. Nijvel 23 april 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1256; Voorz. Rb. Luik 3 januari 1996, *J.L.M.B.* 1996, 311; Voorz. Rb. Brussel 9 juni 1992, *J.T.* 1993, 315; Voorz. Rb. Brussel, 12 mei 1992, *J.T.T.* 1992, 412.

(*3) Art. 1385bis lid 3 Ger. W. Cf. *infra*, nrs. 105 e.v.

(*4) Voorz. Rb. Luik 3 mei 1996, *J.L.M.B.* 1996, 802.

(*5) De verzoekende partijen hadden een bedrag van 100.000 frank per overtreding gevraagd.

(*6) De beschikking illustreert bovendien dat een dwangsom in beginsel ook kan worden verbonden aan veroordelingen die kunnen worden uitgevoerd door directe executie.

Sommige auteurs menen de voorzitter de bevoegdheid een dwangsom op te leggen in een procedure op eenzijdig verzoekschrift te moeten ontzeggen. (*1) Aldus houdt D. LINDEMANS vol dat – aangezien artikel 1385bis Ger. W. bepaalt dat de rechter een dwangsom kan opleggen op vordering van één der partijen – een dwangsom slechts mogelijk zou zijn in procedures met meer dan één partij. (*2) Deze opvatting dient te worden verworpen. De woorden ‘één der partijen’ van artikel 1385bis Ger. W. beogen slechts het *quod plerumque fit*, doch verzetten zich er niet tegen dat indien er slechts één procespartij is, het volstaat dat deze partij de rechter verzoekt om een dwangsom op te leggen. (*3) De tekst van de wet sluit een dwangsom niet uit bij beschikkingen op eenzijdig verzoekschrift, en de toepassingen in de rechtspraak getuigen van het nut van een dwangsom in gevallen waar een procedure ingeleid bij dagvaarding redelijkerwijze mogelijk noch nuttig zou zijn. (*4) Dagvaarden kan om uiteenlopende redenen uitgesloten zijn, bijvoorbeeld omdat de tegenpartij niet nominatim bekend is (*5) of omdat de zaak te spoedeisend is. (*6)

De vraag of een dwangsom kan worden opgelegd in een procedure ingeleid op eenzijdig verzoekschrift, werd beslecht door het Benelux Gerechtshof in zijn arrest van 29 november 1993. (*7) Het Hof overweegt dat het feit dat een bevel is gegeven in het kader van een rechtspleging op eenzijdig verzoekschrift, niet verhindert dat een dwangsom wordt opgelegd aan degene tegen wie het bevel gericht is. Het Hof interpreteert het woord ‘wederpartij’ in artikel 1 van de Eenvormige Beneluxwet op de dwangsom (1385bis Ger. W.) niet als ‘gedingpartij’, doch als ‘degene tegen wie het bevel is verzocht en aan wie het is opgelegd’. (*8)

(*1) D. LINDEMANS, ‘Het bekomen van de dwangsom’, in C.I.E.A.U. (ed.), *Dix ans d’application de l’astreinte/Tien jaar toepassing van de dwangsom*, Brussel, Créadif, 1991, nr. 6, p. 56, nr. 17, p. 62 en nr. 19, p. 63.

(*2) D. LINDEMANS, ‘Het bekomen van de dwangsom’, in *Tien jaar toepassing van de dwangsom, a.w.*, 1991, nr. 17, p. 62.

(*3) In dezelfde zin: J. VAN COMPERNOLLE, ‘Astreinte’, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1992, t. XIII, boek IV, afd. 6, nr. 40, p. 40.

(*4) Voorz. Rb. Gent 13 februari 1990, *T.R.V.* 1992, 325.

(*5) Voorz. Rb. Luik 3 mei 1996, *J.L.M.B.* 1996, 802.

(*6) Bv. indien een elektriciteitsmaatschappij de stroom afsnijdt van een restaurant, dat aanzienlijke voorraden levensmiddelen in diepvriezers bewaart en dat de energiefacturen enkele minuten na de onderbreking betaald heeft (Voorz. Rb. Marche-en-Famenne 16 mei 1984, *J.L.* 1984, 392 en *R.R.D.* 1984, 331). De voorzitter legt een gebod op aan de elektriciteitsmaatschappij om voorlopig de stroom terug aan te sluiten onder verbeurte van een dwangsom van 1000 frank per dag vertraging vanaf de betekening. Zie voor een gelijkaardig geval: Voorz. Rb. Dinant 26 september 1984, *Journ. proc.* 1984, nr. 52, p. 28, noot J.-M. DERMAGNE. Zie ook: Voorz. Rb. Namen 6 september 1984, *Journ. proc.* 1984, *Journ. proc.* 1984, nr. 48, p. 30, met goedkeurende noot J.-M. DERMAGNE. De voorzitter verbiedt in een beschikking op eenzijdig verzoekschrift verdere lozingen van giftig afval totdat de partij tegen wie het verbod is gericht aantoonbaar de toepasselijke reglementering te beantwoorden, onder verbeurte van een dwangsom van 50.000 frank per overtreding. Voor andere toepassingen zie: Voorz. Rb. Luik 3 januari 1984, *J.L.* 1986, 598; Voorz. Rb. Brussel 5 augustus 1987, *T.S.R.* 1987, 464.

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

(*8) Een andere illustratie van het gegeven dat de begrippen ‘partijen’ en ‘wederpartij’ in artikel 1385bis Ger. W. niet samenvallen met ‘gedingpartij’, is het feit dat de gemachtigde ambtenaar, ook zonder gedingpartij te zijn, een bevel kan vorderen tot herstel van de plaats in de vorige staat, onder verbeurte van een dwangsom (Cass. 7 november 1995, *Arr. Cass.* 1995, nr. 479, p. 980). *Cf. infra*, nr. 25.

3. TAAK EN BEVOEGDHEID VAN DE BESLAGRECHTER INZAKE DWANGSOMMEN

13 Het lijkt geen twijfel dat de beslagrechter een dwangsom kan opleggen wanneer hem dat gevraagd wordt. (*1)

Een typevoorbeeld van een beschikking van de beslagrechter waaraan een dwangsom wordt gekoppeld, is een bevel tot opheffing van een beslag. Vaak legt de beslagrechter een bevel op om een beslag op te heffen binnen een bepaalde termijn, bij gebreke waarvan zijn beschikking zal gelden als handlichting. Een dergelijke formulering sluit het opleggen van een dwangsom niet uit. (*2) Toch plegen beslagrechters in zulke gevallen de dwangsom nogal eens af te wijzen op opportuniteitsgronden. (*3)

Een bevel van de beslagrechter om iets te doen of niet te doen, kan kracht worden bijgezet met een dwangsom. Aldus legde de beslagrechter te Brussel een dwangsom op van 50.000 frank aan de beslagene voor het geval hij de notaris of kandidaat-kopers het beslagen onroerend goed niet zou laten bezoeken. (*4)

De beslagrechter doet krachtens artikel 1498 Ger. W. uitspraak over alle executiegeschillen. Op grond van deze bepaling is voor de beslagrechter een bijzondere rol weggelegd inzake de dwangsom. (*5) De beslagrechter kan verbeurde dwangsommen niet verminderen of opheffen, tenzij ingeval hij (uitzonderlijk) zelf de rechter is die de dwangsom heeft opgelegd en de veroordeelde hem op grond van artikel 1385*quinquies* Ger. W. vraagt om de dwangsom te verminderen of op te heffen wegens onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen. (*6) De beslagrechter kan evenmin een dwangsom verbinden aan een uitspraak die niet in een dwangsom voorziet. (*7)

De beslagrechter doet, in het kader van een executiegeschil, uitspraak over de vraag of dwangsommen al dan niet verbeurd zijn. (*8) Naar Belgisch recht vormt de veroordeling door de rechter die een dwangsom oplegt, de titel op grond waarvan de

(*1) G.L. BALLON, *Dwangsom*, a.w., nr. 96, p. 37; S. DAVID-CONSTANT, 'La fin d'une disgrâce: l'avènement de l'astreinte en droit belge', in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Parijs, Dalloz, 1983, 191; G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, Luik, Faculté de droit, 1987, 57; E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag*, in *A.P.R.*, Deurne, Story-Scientia, 1992, 12; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, a.w., 1987, 601 en 616, noot 4; J.-L. LEDOUX, 'Les saisies – Chronique de jurisprudence 1989-1996', *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, nr. 15, Brussel, Larcier, 1997, 27; D. LINDEMANS, 'Het bekomen van de dwangsom', in *Tien jaar toepassing van de dwangsom*, a.w., 1991, nr. 6, p. 56; M. STORME, 'Les astreintes', in A. FETTWEIS en E. GUTT (ed.), *Les voies conservatoires et d'exécution – bilan et perspectives*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1982, nr. 12, p. 200.

(*2) Antwerpen 18 mei 1983, *R.W.* 1983-84, 2693; G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, Luik, Faculté de droit, 1987, 58.

(*3) Beslagr. Verviers 2 juni 1995, *Act. dr.* 1996, 178; Beslagr. Luik 10 december 1990, *J.L.M.B.* 1991, 412.

(*4) Beslagr. Brussel 19 januari 1987, A.R. 33857, *onuitg.*, geciteerd door G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, a.w., 1987, 58, voetnoot 244.

(*5) Zie ook de commentaar bij art. 1385*quinquies* Ger. W.

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

(*7) J.-L. LEDOUX, 'Les saisies – Chronique de jurisprudence 1989-1996', *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, nr. 15, Brussel, Larcier, 1997, 28.

(*8) G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, a.w., 1987, 59; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, a.w., 1987, 614.

dwangsom verschuldigd wordt. (*1) Ons recht kent, in tegenstelling tot Frankrijk, geen ‘liquidation de l’astreinte’. (*2) Het onderscheid tussen ‘astreinte provisoire’ en ‘astreinte définitive’ bestaat niet naar Belgisch recht. (*3) Dit werd zo door de wetgever gewild. In het Beneluxsysteem heeft de veroordeelde zich aan de veroordeling te houden, zonder het bedrag van de dwangsom in een volgende fase te kunnen aanvechten. Zodra de uitspraak die de dwangsom oplegt betekend is, kan de schuldenaar de dwangsom beginnen te verbeuren. (*4) De schuldeiser kan verbeurde dwangsommen invorderen, zonder dat hiertoe een nieuwe rechterlijke uitspraak vereist is. (*5)

De taak van de beslagrechter inzake dwangsommen is er in beginsel toe beperkt om, ingeval hij geadieerd wordt naar aanleiding van een executiegeschil, na te gaan of de schuldeiser die is overgegaan tot tenuitvoerlegging op grond van een veroordeling die een dwangsom oplegt, daartoe gerechtigd was. (*6) De veroordeling krachtens dewelke een dwangsom wordt opgelegd, is uit haar aard een voorwaardelijke veroordeling. De veroordeelde moet steeds over de mogelijkheid beschikken aan de verbeurde van de dwangsom te ontsnappen, door iets te doen, te geven of na te laten. De beslagrechter zal in het kader van een executiegeschil slechts nagaan of aan de voorwaarden voor verbeurde van de dwangsom voldaan is, zonder de omvang of modaliteiten van de dwangsom te kunnen wijzigen. (*7) De titel op grond waarvan de dwangsom verschuldigd is, blijft steeds de veroordeling op grond waarvan de schuldeiser is overgegaan tot tenuitvoerlegging.

14 Ingeval een schuldeiser beslag legt op grond van verbeurde dwangsommen en de veroordeelde het beslag aanvecht voor de beslagrechter, dan kan de schuldeiser voor de beslagrechter niet vorderen dat de beslagene op grond van nieuwe overtredingen

(*1) A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile, a.w.*, 1987, 601; X. MALENGREAU, ‘L’introduction de l’astreinte en droit belge’, *R.G.A.R.* 1981, nr. 10348, p. 4.

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

(*3) Zie over dit onderscheid: J. BORÉ en L. BORÉ, ‘Astreintes’, in X. (ed.), *Répertoire de droit civil*, Parijs, Dalloz, 1996, t. II, losbl., p. 11, nr. 62; P. MALAURIE en L. AYNÈS, *Cours de droit civil – Les obligations*, Parijs, Editions Cujas, 1985, nr. 641, p. 454; A. PENNEAU, ‘Liquidation par provision et révision pour l’avenir d’une astreinte par le juge des référés’ (noot onder Versailles 22 januari 1992), *Recueil Dalloz Sirey*, Sommaires commentés 1992, 405; G. TAORMINA, *Le nouveau droit des procédures d’exécution et de distribution*, Parijs, Editions du J.N.A., 1993, 268. Cf. *infra*, nr. 48.

(*4) Cass. 26 juni 1987, *R.W.* 1987-88, 1475 en *Pas.* 1987, 1328. Zie ook: Benelux Hof 14 april 1983, *R.W.* 1983-84, 223, concl. E. KRINGS en *N.J.* 1983, nr. 615, concl. E. KRINGS.

(*5) E. KRINGS, concl. voor Benelux Hof 14 april 1983, *R.W.* 1983-84, 227 en *N.J.* 1983, nr. 615; G.L. BALLON, *Dwangsom, a.w.*, 1980, nr. 108, p. 41.

(*6) Brussel 10 december 1992, *P. & B.* 1993, 20; Beslagr. Antwerpen 14 november 1991, *R.W.* 1991-92, 1477; Luik 4 november 1991, *T.B.B.R.* 1992, 416, noot G. CLOSSET-MARCHAL.

(*7) Brussel 10 december 1992, *P. & B.* 1993, 20; G. DE LEVAL en J. VAN COMPERNOLLE, ‘Les problèmes posés par l’exécution de l’astreinte’, in C.I.E.A.U. (ed.), *Dix ans d’application de l’astreinte/Tien jaar toepassing van de dwangsom*, Brussel, Créadif, 1991, 253; J. LAENENS, ‘Overzicht van rechtspraak – De bevoegdheid (1979-1992)’, *T.P.R.* 1993, (1479), 1525-1526.

na het beslag veroordeeld zou worden tot een hoger bedrag dan het bedrag waarvoor beslag werd gelegd. Een dergelijke vordering is onontvankelijk. (*1) Immers, de dwangsom wordt ten uitvoer gelegd krachtens de titel waarbij zij werd opgelegd, zonder dat een nieuwe veroordeling vereist is. (*2) Indien de beslagrechter geïndieerd wordt naar aanleiding van een verzet tegen een beslag gelegd op grond van verbeurde dwangsommen, is hij enkel bevoegd om na te gaan of de dwangsommen die aanleiding gaven tot het beslag, daadwerkelijk verbeurd zijn. (*3) De beslagrechter gaat de rechtmatigheid en de regelmatigheid van het beslag na, zonder het bedrag waarvoor het beslag gelegd werd te kunnen verhogen. De rechtmatigheid en regelmatigheid van een beslag moeten vaststaan op het ogenblik van de betekening van het exploit. Indien dwangsommen worden verbeurd na dat ogenblik, is een nieuw uitvoerend beslag vereist. (*4)

Wat echter als de initiële veroordeling intrinsiek onduidelijk is, en het geschil tussen de partijen zich niet beperkt tot de vraag of aan de voorwaarden ervan al dan niet voldaan is? In zulke gevallen komt het aan de beslagrechter niet toe de veroordeling die de dwangsom oplegt te interpreteren. (*5) Op grond van het beginsel *eius est interpretari cuius est condere*, neergelegd in de artikelen 793 en 795 Ger. W., komt het aan de rechter die een onduidelijke of dubbelzinnige beslissing heeft gewezen zelf toe om de beslissing uit te leggen, zonder de daarin bevestigde rechten uit te breiden, te beperken of te wijzigen. Deze regel moet echter, zoals Prof. BALLON benadrukt, met gezond verstand worden beoordeeld. (*6) Voorzover de rechter moet nagaan of het opgelegde verbod of gebod al dan niet is overtreden, waarbij hij de gedragingen van de veroordeelde toetst aan de precieze draagwijdte van de titel waarin de dwangsom vervat ligt, verhindert artikel 795 Ger. W. niet dat de beslagrechter bevoegd is op grond van artikel 1498 Ger. W.

Men staat slechts voor een interpretatieprobleem in het uitzonderlijk geval waarin de beslagrechter oordeelt dat hij aan de hand van de titel op grond waarvan de schuldeiser tot tenuitvoerlegging is overgegaan, onmogelijk kan uitmaken of al dan niet een dwangsom verbeurd is. De beslagrechter die kennis neemt van een executiegeschil, kan vaststellen dat de titel die de dwangsom oplegt duidelijk is en geen interpretatie behoeft. (*7)

(*1) Beslagr. Antwerpen 14 november 1991, *R.W.* 1991-92, 1477.

(*2) E. DIRIX en K. BROECKX, 'Overzicht van rechtspraak – Beslagrecht – 1991-1996', *T.P.R.* 1996, 1402; M. STORME, 'De titel van de dwangsom' (noot onder Beslagr. Gent 24 januari 1983), *R.W.* 1983-84, 1423.

(*3) Luik 4 november 1991, *T.B.B.R.* 1992, (416), 417, noot G. CLOSSET-MARCHAL.

(*4) Beslagr. Antwerpen 14 november 1991, *R.W.* 1991-92, 1477.

(*5) G. CLOSSET-MARCHAL, 'Demande de révision et prescription de l'astreinte: compétences respectives du juge du fond et du juge des saisies' (noot onder Luik 4 november 1991), *T.B.B.R.* 1992, (416), 423; J. STUYCK, 'De vordering tot staking: samenloopregels en uitvoering van het bevel tot staking', in J. STUYCK (ed.), *Handelspraktijken anno 1996*, Antwerpen, Kluwer, 1996, p. 264, nr. 78.

(*6) G.L. BALLON, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, a.w., 1980, nr. 182, p. 66.

(*7) Beslagr. Namen 20 januari 1984, *R.R.D.* 1984, 221; A. FETTWEIS, *Précis de droit judiciaire*, t. II, *La compétence*, Brussel, Larcier, 1971, nr. 412, p. 238; A. FETTWEIS, *Bevoegdheid*, Antwerpen, Standaard, 1971, nr. 412, p. 228.

Indien het daarentegen onmogelijk is voor de beslagrechter om vast te stellen of de veroordeelde bepaalde gedragingen gesteld heeft, is er geen sprake van een interpretatieprobleem. Dan voldoet de eisende partij eenvoudigweg niet aan haar bewijslast. Op de eisende partij rust de bewijslast om aan te tonen dat alle voorwaarden voor de verbeurte van de dwangsom verenigd zijn en dat de veroordeelde in gebreke is gebleven. (*1) Dit neemt niet weg dat de eisende partij beslag kan leggen op grond van verbeurde dwangsommen, zonder enig bewijs te moeten leveren op het moment van het beslag. (*2) Het bewijs dat aan de voorwaarden voor de verbeurte van de dwangsom voldaan is, moet slechts worden geleverd indien de veroordeelde het beslag aanvecht en een executiegeschil uitlokt voor de beslagrechter. (*3)

De voorwaarden om tot een uitvoerend beslag over te gaan, moeten vervuld zijn op het ogenblik van het beslag. Een schuldeiser die er stellig van overtuigd is dat bijvoorbeeld 250 inbreuken plaatsvonden, doch hiervan het bewijs op geen enkele wijze kan leveren, mag geen beslag laten leggen. Evenmin kan de beslagrechter een onderzoeksmaatregel bevelen, bijvoorbeeld een onderzoek van een boekhouding, met het oog op de vaststelling van het precieze aantal inbreuken. Daarin zou een erkenning vervat liggen dat de schuldvordering van de beslaglegger op het ogenblik van het beslag nog niet zeker en vaststaand was. (*4) In een dergelijk geval kan de eisende partij voor de bodemrechter (of nauwkeuriger: voor de rechter voor dewelke de procedure die aanleiding gaf tot de veroordeling onder dwangsom oorspronkelijk werd ingeleid) een onderzoeksmaatregel vragen. (*5) Dit betekent nochtans niet dat de eisende partij, telkens wanneer zij van een bepaald feit geen volstrekt sluitend bewijs zou kunnen leveren, zich steeds een nieuwe titel zou moeten verschaffen vooraleer tot tenuitvoerlegging over te gaan. Wanneer zij bijvoorbeeld 10 inbreuken op positieve wijze bewijst, doch volgens het criterium van de normale gang van zaken blijkt dat in totaal 100 inbreuken plaatsvonden, dan kan de eisende partij beslag laten leggen voor een bedrag van 100 maal de opgelegde dwangsom. De bewijslast om aan te tonen dat de feiten zich niet hebben voorgedaan volgens de normale gang van zaken, rust op de veroordeelde. (*6)

(*1) G. CLOSSET-MARCHAL, 'Demande de révision et prescription de l'astreinte: compétences respectives du juge du fond et du juge des saisies' (noot onder Luik 4 november 1991), *T.B.B.R.* 1992, (416), 423; I. MOREAU-MARGRÈVE, 'L'astreinte', *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 83.

(*2) E. DIRIX, 'Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom', in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 48.

(*3) Beslagr. Brussel 30 november 1987, *J.T.* 1988 (verkort), 251; G. DE LEVAL en J. VAN COMPERNOLLE, 'Les problèmes posés par l'exécution de l'astreinte', in *Dix ans d'application de l'astreinte*, a.w., 1991, 254.

(*4) Brussel 24 juni 1993, *J.T.* 1994, 103.

(*5) Dit is niet noodzakelijkerwijze de rechter die de dwangsom heeft opgelegd in de zin van art. 1385quinquies Ger. W. Deze laatste rechter is in sommige gevallen bijvoorbeeld een hof van beroep. Gelet op de ontstentenis van een wetsbepaling die zulks zou toelaten, lijkt er geen grondslag voorhanden om een vordering tot het horen bevelen van een onderzoeksmaatregel rechtstreeks in te leiden voor de appelrechter, ook niet wanneer deze laatste de enige rechter was die in de bodemprocedure een dwangsom heeft opgelegd.

(*6) E. DIRIX, 'Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom', in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 48.

15 In het kader van een executiegeschil voor de beslagrechter, mag de veroordeelde het middel van verjaring van de dwangsom opwerpen. (*1) De beslagrechter kan kennis nemen van dit middel, aangezien verjaring tot gevolg heeft dat één van de wezenlijke voorwaarden voor de invordering van de dwangsom niet meer vervuld zijn. (*2)

4. DE STRAFRECHTER: DE BURGERLIJKE VORDERING

16 De dwangsom is geen strafrechtelijke sanctie. Niettemin noemt een vrijwel unanieme rechtsleer de dwangsom een 'private straf' (of een 'burgerlijke boete'). (*3) Sommige auteurs verzetten zich tegen de omschrijving van de dwangsom als een private straf. (*4)

De meerderheidsopvatting verdient bijval, evenwel onder het volgende voorbehoud. Als men de dwangsom omschrijft als een private straf, kan hiermee enkel de dwangsom bedoeld worden als *geldsom* die de veroordeelde verschuldigd wordt ten gevolge van de niet-uitvoering van een rechterlijke veroordeling. (*5) De dwangsom in de betekenis van een *bijkomende veroordeling* als pressiemiddel gericht op het bekomen van de uitvoering in natura van verbintenissen kan bezwaarlijk gelden als private straf, aangezien de veroordeelde steeds aan de verbeurte van de dwangsom kan ontsnappen door het rechterlijk gebod of verbod behoorlijk uit te voeren. (*6) De voorwaardelijke veroordeling onder verbeurte van een dwangsom is voor de veroordeelde geen private straf in de zin van een negatief gevolg ten gevolge van de transgressie van een

(*1) Zie commentaar bij art. 1385octies Ger. W.

(*2) G. CLOSSET-MARCHAL, 'Demande de révision et prescription de l'astreinte: compétences respectives du juge du fond et du juge des saisies' (noot onder Luik 4 november 1991), *T.B.B.R.* 1992, (416), 423.

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

(*4) A.W. JONGBLOED, *De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht*, a.w., 1991, 3.

(*5) Over de dubbele betekenis van de term dwangsom, cf. *supra*, nr. 1.

(*6) Om deze reden is o.i. de omschrijving van Simone DAVID-CONSTANT van de dwangsom als een 'peine privée prononcée par le juge' niet geheel accuraat (S. DAVID-CONSTANT, 'La fin d'une disgrâce: l'avènement de l'astreinte en droit belge', in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Parijs, Dalloz, 1983, 189).

norm. (*1) Enkel het pecuniair nadeel dat de veroordeelde ondergaat indien hij ervoor kiest het rechterlijk gebod of verbod te schenden, kan een dergelijk negatief gevolg zijn. (*2)

PLANIOL en RIPERT benadrukten reeds het voorwaardelijk karakter van de dwangsom, die niet bedoeld is om daadwerkelijk te worden verbeurd. (*3) Zij argumenteren terecht dat de dwangsom, in de betekenis van een voorwaardelijke veroordeling die erop gericht is de veroordeelde tot een prestatie aan te zetten, eigenlijk geen private straf kan zijn. (*4) Als (doch slechts als) de veroordeelde door kwade wil of onachtzaamheid dwangsommen laat verbeuren – die hij aan de tegenpartij verschuldigd is – is er inderdaad sprake van een private straf.

17 Als private straf geven verbeurde dwangsommen geen aanleiding tot betaling van registratierechten. (*5)

18 Het staat vast dat de dwangsom geen straf is in de zin zoals gebruikt in het Strafwetboek. (*6) Het belangrijkste gevolg hiervan is dat de strafrechter haar niet ambtshalve kan uitspreken. (*7) De dwangsom is, zoals hoger opgemerkt, een indirect executiemiddel van burgerlijke aard. (*8) De strafrechter die uitspraak doet over de burgerlijke rechtsvordering om herstel in natura van de schade ten gevolge van een misdrijf te waarborgen, kan een dwangsom opleggen indien hij daartoe gevorderd wordt. (*9)

19 Aangezien het openbaar ministerie een partij is in een strafproces, kan een dwangsom door het openbaar ministerie worden gevorderd in alle gevallen waarin het als hoofdpartij optreedt. (*10) Prof. BALLON was destijds van mening dat de strafrechter slechts een dwangsom kan uitspreken ten voordele en op vordering van de

(*1) Het private element ligt erin dat (1) de dwangsom slechts kan worden opgelegd op vordering van een partij, en (2) verbeurde dwangsommen ten volle toekomen aan de partij die de veroordeling heeft verkregen.

(*2) De dwangsom is in een eerste fase een bedreiging, die zich in een tweede fase kan omvormen tot een private straf (G. MARTY, P. RAYNAUD en P. JESTAZ, *Droit civil – Les obligations*, Parijs, Sirey, 1989, t. 2, nr. 290, p. 255-256).

(*3) M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, a.w., 1931, p. 94, nr. 793.

(*4) Deze voorwaardelijke veroordeling is immers preventief van aard, niet repressief.

(*5) Verslag namens de Commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer STORME, *Parl. St. Senaat B.Z.* 1979, nr. 177/2, 9; G.L. BALLON, *Dwangsom, a.w.*, 1980, nr. 60, p. 24; G. DE LEVAL, *Jurisprudence du Code Judiciaire*, Hoofdstuk XXIII ('De l'astreinte'), Brugge, La Chartre, 1997, losbl., commentaar bij art. 1385bis, 22; X. MALENGREAU, 'L'introduction de l'astreinte en droit belge', *R.G.A.R.* 1981, nr. 10348, p. 2; I. MOREAU-MARGRÈVE, 'L'astreinte', *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 85; V. VAN HERREWEGHE, 'Dwangsom 1981-1985', *T.R.D.-Dossier* 1986, nr. 1, p. 9 (bijlage bij *T.R.D.* 1986, nr. 7).

(*6) Gemeensch. M.v.T., *Parl. St. Kamer* 1977-78, nr. 353, 16. Cf. de opsomming van de straffen in art. 7 Sw.

(*7) J. LAENENS, 'Procédureaspecten', in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 30; Cf. *infra*, nr. 31.

(*8) Cf. *supra*, nr. 3.

(*9) Cass. 5 december 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, I, nr. 220, p. 476; G.L. BALLON, *Dwangsom, a.w.*, 1980, nr. 97, p. 37.

(*10) S. DAVID-CONSTANT, 'La fin d'une disgrâce: l'avènement de l'astreinte en droit belge', in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Parijs, Dalloz, 1983, 191; D. LINDEMANS, 'Het bekomen van de dwangsom', in *Tien jaar toepassing van de dwangsom, a.w.*, 1991, nrs. 14-16. Voor een toepassing zie: Gent 16 januari 1991, *T.M.R.* 1993, 323, en i.h.b. 341-342.

burgerlijke partij indien deze laatste een schadeloosstelling vordert, die geen betaling is van een geldsom. (*1) Ook A. VANDEPLAS meende destijds dat het openbaar ministerie geen bevoegdheid heeft om de toepassing van een dwangsom te vorderen. (*2) Nochtans bevestigt de gemeenschappelijke memorie van toelichting dat het openbaar ministerie de bevoegdheid heeft om een dwangsom te vorderen. (*3)

De huidige rechtspraak, inclusief die van het Benelux Gerechtshof, kent aan het openbaar ministerie als partij in een strafproces uitdrukkelijk het recht toe om een dwangsom te vorderen. (*4) Het Benelux Gerechtshof overwoog dat het openbaar ministerie steeds als het als hoofdpartij optreedt (d.w.z. niet bij wege van advies), gerechtigd is oplegging van een dwangsom te vorderen en dat de dwangsom niet is uitgesloten wanneer de hoofdveroordeling op het algemeen belang betrekking heeft. (*5) Aldus kan het openbaar ministerie de rechter vragen een bevel tot verwijdering van afval op grond van het Afvalstoffendecreet te versterken met een dwangsom. (*6)

20 Aangezien er over de bevoegdheid van de strafrechter om een dwangsom op te leggen in de praktijk nogal wat onduidelijkheid bestaat, past het een aantal uitgangspunten te preciseren. De bevoegdheid van de strafrechter op burgerlijk vlak is in essentie beperkt tot het oordelen over de schadevergoeding die de burgerlijke partij toekomt ten gevolge van het misdrijf. (*7) Naast vergoeding van schade uitspreken, in natura of bij equivalent, kan de strafrechter ook de teruggave bevelen. In een engere betekenis duidt het begrip teruggave op het teruggeven van goederen die aan de eigenaar werden ontnomen en die in handen van het gerecht zijn gekomen. (*8) In een ruimere betekenis gaat het om alle maatregelen gericht op het tenietdoen van de gevolgen van een misdrijf, in de zin van een *restitutio in integrum* of een *Wiedergutmachung*. (*9) In deze ruimere betekenis heeft de teruggave als doelstelling de feitelijke toestand, zoals die bestond voor het misdrijf werd gepleegd, te herstellen. (*10) Aangezien de teruggave tot doel heeft de sporen van een misdrijf uit te wissen, om als het ware de schade aangericht aan de samenleving te herstellen, raakt zij de openbare orde. (*11) De rechter kan de teruggave bijgevolg ambtshalve uitspreken, zelfs als er geen burgerlijke partij is. (*12) Niettegenstaande de teruggave behoort tot de

(*1) G.L. BALLON, *Dwangsom*, a.w., 1980, nr. 97, p. 37.

(*2) A. VANDEPLAS, 'Het herstel van de plaats en de dwangsom' (noot onder Cass. 19 september 1989), *R.W.* 1989-90, 777.

(*3) Gemeensch. M.v.T., *Parl. St. Kamer* 1977-78, nr. 353, 16.

(*4) Beslagr. Mechelen 8 maart 1996, *R.W.* 1997-98, 85; Brussel 19 november 1984, *Pas.* 1985, 15 en *R.W.* 1986-87, 667.

(*5) Benelux Hof 6 februari 1992, *R.W.* 1991-92, (1019), 1027, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN.

(*6) Gent 9 juni 1992, *T.M.R.* 1994, 209 (zie over dit arrest ook *supra*, nr. 31).

(*7) R. VERSTRAETEN, *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 1994, 90.

(*8) A. VANDEPLAS, 'Teruggave', in *Commentaar Strafrecht en Strafvordering*, Kluwer, 1998, losbl., p. 2.

(*9) A. VANDEPLAS, 'Teruggave', in *Commentaar Strafrecht en Strafvordering*, Kluwer, 1998, losbl., p. 2.

(*10) R. VERSTRAETEN, *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 1994, 90.

(*11) Cass. 27 maart 1899, *Pas.* 1899, I, 153.

(*12) Cass. 18 november 1912, *Pas.* 1912, I, 445.

publieke vordering, gaat het om een maatregel van burgerlijke aard. (*1) Bijgevolg kan een bevel tot teruggave opgelegd door de strafrechter kracht worden bijgezet met een dwangsom, uiteraard op voorwaarde dat een partij de rechter gevraagd heeft een dwangsom op te leggen.

De herstelmaatregelen inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw kunnen als een bijzondere vorm van teruggave worden beschouwd, weliswaar met de precisering dat zij niet ambtshalve kunnen worden opgelegd. (*2) Een dergelijke herstelmaatregel moet door de administratieve overheden of door een burgerlijke partij worden gevraagd. (*3)

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

Aldus beschikt de strafrechter niet over de bevoegdheid om een dronken chauffeur die in een gracht is beland, onder verbeurte van een dwangsom verbod op te leggen nog in dronken toestand te rijden. (*4) De belangrijkste juridische dreiging die een dergelijke chauffeur boven het hoofd hangt, is dat hij bij een volgende overtreding een zwaardere straf kan oplopen wegens herhaling. Zelfs mocht er per hypothese een burgerlijke partij zijn, dan kan de strafrechter geen verbod opleggen aan de veroordeelde om niet meer dronken te rijden onder verbeurte van een dwangsom, aangezien men redelijkerwijze niet inziet hoe een dergelijk verbod verband zou houden met het herstel van de schade geleden door de burgerlijke partij.

Ofschoon een verbod om nieuwe misdrijven te plegen onder verbeurte van een dwangsom in ons recht niet mogelijk is (*5), betekent dit niet dat de dwangsom in het strafrecht slechts een figurantenrol toekomt. Een punt waarover nauwelijks gepubliceerde rechtspraak bestaat, maar waar o.i. een belangrijke rol voor de dwangsom is weggelegd, is het herstel in natura van de schade veroorzaakt door een misdrijf. Een voorbeeld kan dit toelichten. Ingeval een persoon slachtoffer wordt van slagen en verwondingen toegebracht door een (ex-)partner en men in de concrete omstandigheden

(*1) R. VERSTRAETEN, *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 1994, 91; A. VANDEPLAS, 'Het herstel van de plaats en de dwangsom' (noot onder Cass. 19 september 1989), *R.W.* 1989-90, 777. VANDEPLAS geeft toelichting bij het gegeven dat een maatregel kan behoren tot de publieke vordering maar toch van burgerlijke aard kan zijn. Voor het overige past voorzichtigheid bij het raadplegen van de geciteerde noot: het standpunt van VANDEPLAS dat het openbaar ministerie geen dwangsom zou kunnen vorderen, werd door het Benelux Gerechtshof niet gevolgd (Benelux Hof 6 februari 1992, *R.W.* 1991-92, (1019), 1027, concl. JANSSENS DE BISTHOVEN). Cf. *supra*, nr. 19.

(*2) Cass. 19 september 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, nr. 41, p. 83, *Pas.* 1990, nr. 41, p. 76 en *R.W.* 1989-90, 777; A. VANDEPLAS, 'De afzonderlijke beslissing over het herstel van de plaats' (noot onder Brussel 8 maart 1994), *R.W.* 1993-94, 1367. Cf. *infra*, nrs. 22 e.v. over de dwangsom inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw.

(*3) B. JANSSENS DE BISTHOVEN, concl. voor Benelux Hof 6 februari 1992, *R.W.* 1991-92, 1025-1026.

(*4) De strafrechter kan geen dwangsom opleggen met het oog op het vermijden van recidive (A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, a.w., 1987, 602).

(*5) D. LINDEMANS, 'Het bekomen van de dwangsom', in *Tien jaar toepassing van de dwangsom*, a.w., 1991, nr. 7, p. 56.

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

Telkens wanneer men in de concrete omstandigheden redelijkerwijze kan vrezen of verwachten dat de burgerlijke partij in de toekomst opnieuw slachtoffer zal worden van een misdrijf gepleegd door de betrokken dader, heeft de strafrechter o.i. de bevoegdheid om op vordering van de burgerlijke partij aan de dader een gebod of verbod onder verbeurte van een dwangsom op te leggen, dat gericht is op het tenietdoen of verminderen van de vrees dat de gepleegde feiten zich zullen herhalen. De strafrechter heeft o.i. dezelfde bevoegdheid wanneer aannemelijk is dat de burgerlijke partij bijkomende morele schade zal lijden door met de dader van het misdrijf opnieuw te worden geconfronteerd. In sommige ons omringende landen heeft de rechter een vergelijkbare bevoegdheid. Het instituut dat in Engeland het dichtst aanleunt bij de dwangsom is *contempt of court*. (*1) In het bijzonder *civil contempt of court*, een instituut dat bestaat naast *criminal contempt of court*, heeft in vele gevallen een vergelijkbare doelstelling als de dwangsom. (*2) In de recente Engelse rechtspraak bestaan veroordelingen wegens *civil contempt of court* van personen die inbreuk maken op een rechterlijk verbod ‘*restraining a person from molesting another*’, in overeenstemming met de door ons bepleite mogelijkheid. (*3)

Het gebod of verbod opgelegd door de strafrechter dient nauwkeurig geformuleerd te zijn. Het kan een bevel inhouden zich te onthouden van strafbare handelingen (verbod om de eisende partij opnieuw slagen en verwondingen toe te brengen) of van niet-strafbare handelingen (zich niet meer op het gebied van een bepaalde gemeente begeven bijvoorbeeld). In zeer ernstige gevallen kan de strafrechter, op vordering van de burgerlijke partij, een bevel opleggen onder verbeurte van een dwangsom aan de dader van een misdrijf (moord, verkrachting, enz.) om, in zoverre hij in vrijheid is, te

(*1) Zie hierover: J. HERBOTS, ‘Rechterlijk gebod en verbod in Engeland, in het bijzonder in het contractenrecht’, *T.P.R.* 1983, 1049.

(*2) C. J. MILLER, *Contempt of Court*, Oxford, Clarendon Press, 1989, 407. Maakt bijvoorbeeld *criminal contempt of court* uit: een terechtzitting verstoren door het verspreiden van lachgas in een zittingszaal waar een rechtbank een pornografie-zaak behandelt (*Balogh v. Crown Court at St. Albans*, [1974] 9 All ER 283, CA), of de rechter een ‘*dirty tyrannical old dog*’ noemen (*Mayberry v. Pennsylvania*, U.S. Supreme Court, 400 US 455 (1971)), of zich na een ongunstige uitspraak uitkleeden en zich naakt voor de rechtbank ter aarde werpen (*Gohoho v. Lintas Export Advertising Services*, *The Times*, 21 januari 1964), geciteerd door C.J. MILLER, *Contempt of Court*, a.w., 1989, 97, 107 en 108.

(*3) *Harmsworth v. Harmsworth*, [1987], 3 All English Reports 816; *Wright v. Jess*, [1987], 2 All English Reports 1067; *Lee v. Walker*, [1985], 1 All English Reports 781, geciteerd door C. J. MILLER, *Contempt of Court*, Oxford, Clarendon Press, 1989, 410, noot 26.

verhuizen naar een plaats op minstens x kilometer van de woonplaats van het slachtoffer, en zich niet meer te begeven op het grondgebied van een bepaald arrondissement of zelfs een bepaalde provincie. Al deze maatregelen beogen slechts het herstel in natura van de schade die het slachtoffer leed ten gevolge van het misdrijf. Uiteraard houden zulke maatregelen een beperking in van de persoonlijke vrijheid van de veroordeelde, maar dat doet een verbod om piano te spelen op bepaalde uren ook. (*1) De rechter zal in de concrete omstandigheden moeten afwegen of de beperking van de persoonlijke vrijheid van de veroordeelde in redelijke verhouding staat tot het belang dat de burgerlijke partij bij de herstelmaatregel heeft.

21 Het hierboven uiteengezette standpunt is o.i. niet onverenigbaar met de rechtspraak van het Hof van Cassatie. Het arrest van 4 januari 1984 is belangwekkend in dit verband. (*2) De strafrechter had een lokale radio veroordeeld wegens overtreding van een bepaling van het Koninklijk Besluit van 20 augustus 1981 houdende reglementering van lokale radio's. Meer in het bijzonder had de lokale radio zonder vergunning handelsreclame uitgezonden in strijd met het vermelde K.B., hetgeen op grond van de Wet van 30 juli 1979 betreffende de radioberechtiging een wanbedrijf uitmaakte. De R.T.B.F. had zich burgerlijke partij gesteld, aangezien de stijging van de reclame-inkomsten van een lokale zender de kwaliteit van de lokale uitzendingen kon verhogen, waardoor het aantal luisteraars van de R.T.B.F. dreigde te vermindern. Het Hof van Beroep te Luik had aan de R.T.B.F. een morele schadevergoeding van 1 frank toegekend, alsmede een dwangsom van 100.000 frank per dag waarop Radio Basse-Meuse nog zonder vergunning reclame zou uitzenden. Het Hof van Cassatie overweegt dat het verbod om nog enige reclameboodschap uit te zenden, met de daaraan verbonden dwangsom, niet kan worden beschouwd als het herstel van de schade die is veroorzaakt door het misdrijf. De dwangsom had, aldus het Hof, als doelstelling de herhaling van het misdrijf voor de toekomst te verhinderen. (*3)

Vaast VAN HERREWEGHE meent dat het Hof in de besproken uitspraak oordeelt dat een dwangsom niet kan worden verbonden aan een verbod of gebod geldend voor de toekomst. (*4) Die lezing van het besproken arrest verdient geen bijval. Het arrest van 4 januari 1984 overweegt dat het verbod *in casu* 'niet kan worden beschouwd als de vergoeding van de schade die is veroorzaakt' door het misdrijf. *A contrario*, in de gevallen waarin het wel gaat om een maatregel die herstel van de schade beoogt, kan de strafrechter hieraan op vordering van de burgerlijke partij een dwangsom verbinden. Immers, het Hof overweegt dat 'de benadeelde partij het recht heeft om de rechtsvordering tot herstel van de door een misdrijf veroorzaakte schade te vervolgen voor de strafrechter'. V. VAN HERREWEGHE meent ten onrechte dat het Hof van

(*1) Hof 's-Gravenhage 21 mei 1970, *N.J.* 1971, nr. 94. Een beroeps pianist mag, zolang hij geen afdoende geluidsisolatie aanbrengt, enkel nog repeteren op bepaalde uren, onder verbeurte van een dwangsom van 200 gulden per overtreding.

(*2) Cass. 4 januari 1984, *R.W.* 1984-85, 536, *J.T.* 1984, 345 en *T.B.H.* 1984, 411, noot G.L. BALLON.

(*3) Cass. 4 januari 1984, *R.W.* 1984-85, 541, *J.T.* 1984, 345 en *T.B.H.* 1984, 412, noot G.L. BALLON.

(*4) V. VAN HERREWEGHE, 'Dwangsom 1981-1985', *T.R.D.-Dossier* 1986, nr. 1, p. 8 (bijlage bij *T.R.D.* 1986, nr. 7).

Cassatie geoordeeld heeft ‘dat de strafrechter zich enkel [mag] bezighouden met het verleden; hem is elke uitspraak nopens de toekomst verboden’. (*1) De overweging van het Hof dat een dwangsom niet kan worden verbonden aan een maatregel ‘bedoeld om herhaling van die daden voor de toekomst te verhinderen’, is immers een gevolgtrekking uit de overweging dat het verbod om nog reclame zonder vergunning uit te zenden, *in casu* niet kon worden beschouwd als herstel van de schade veroorzaakt door het misdrijf. De woorden ‘die daden’ in de aangehaalde overweging van het Hof hebben betrekking op wat *in casu* het misdrijf uitmaakte. Zoals hoger reeds uiteengezet, kan de rechter geen verbod onder dwangsom opleggen om nieuwe misdrijven te plegen, aangezien de dwangsom burgerlijk van aard is en de bevoegdheid van de strafrechter op burgerlijk vlak beperkt is tot maatregelen gericht op het herstel van de schade geleden door het slachtoffer, de teruggave, en de herstelmaatregelen inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw. Bijgevolg verzet het arrest van het Hof van Cassatie zich er niet tegen dat de rechter zulke maatregelen uitspreekt onder verbeurte van een dwangsom, ook voor de toekomst. (*2)

Een voorbeeld ter illustratie hiervan is het arrest van het Hof van Beroep te Gent van 16 januari 1991. (*3) Het betreft een uitspraak waarbij de strafrechter, op vordering van het openbaar ministerie, een bevel oplegt om giftig afval te verwijderen, onder verbeurte van een dwangsom van 5000 frank per dag vertraging. Vanzelfsprekend had de maatregel van de teruggave handelingen tot voorwerp dewelke in de toekomst dienden te worden gesteld.

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

De afbakening van de bevoegdheid van de strafrechter geschiedt hier niet aan de hand van de vraag of de geboden of verboden handelingen een misdrijf uitmaken,

(*1) V. VAN HERREWEGHE, *a.w.*, 8.

(*2) Het tegendeel aannemen zou, zoals VAN HERREWEGHE opmerkt, ‘weinig proceseconomisch’ zijn. Hij verwoordt zijn kritiek, op grond van een o.i. foutieve lezing van het besproken arrest van 4 januari 1984, met de volgende boutade: ‘De burgerlijke partij is verplicht om, dadelijk na de strafrechtelijke uitspraak, naar de burgerlijke rechter te hollen om verbod te horen opleggen voor de toekomst nog dergelijke daden te stellen, onder verbeurte van een dwangsom.’ (V. VAN HERREWEGHE, *a.w.*, 8).

(*3) Gent 16 januari 1991, *T.M.R.* 1993, 323, en i.h.b. 341-342. Het Hof van Cassatie verwierp de voorziening tegen dit Gentse arrest: Cass. 30 juni 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 1045 en *T.M.R.* 1993, 322.

doch op grond van het criterium of de hoofdveroordeling tot doel heeft de (materiële of morele) schade van het slachtoffer in natura te herstellen. (*1) Ingeval de strafrechter een verbod oplegt aan de dader van een zeer ernstig misdrijf om het grondgebied van de gemeente of de provincie waar het slachtoffer woont nog te betreden, maken de verboden handelingen (een bepaald gebied betreden) op zich geen misdrijf uit. Een verbod om iemand nieuwe slagen en verwondingen toe te brengen, heeft daden als voorwerp die op zich wel een misdrijf uitmaken. Als in de concrete omstandigheden blijkt dat een dergelijk verbod kan worden beschouwd als het herstel van de (morele) schade die het slachtoffer lijdt ten gevolge van het misdrijf (met name de redelijke angst voor herhaling), verzet het arrest van het Hof van Cassatie van 4 januari 1984 zich o.i. niet tegen een verbod uitgesproken door de strafrechter onder verbeurte van een dwangsom. (*2)

Het alhier verdedigde standpunt ligt in de lijn van de recentere rechtspraak van het Benelux Gerechtshof. (*3) Het Hof heeft in een arrest van 6 februari 1992 voor recht gezegd dat een dwangsom kan worden opgelegd door de strafrechter ten einde de tenuitvoerlegging te verzekeren van de maatregel van het herstel in de vorige plaats. (*4) Ten eerste gaat het hier om handelingen die in de toekomst gesteld moeten worden, en ten tweede kan het niet-verrichten van de handelingen een misdrijf uitmaken. Toch is een dwangsom mogelijk, omdat de maatregel gericht is op het herstel van de vorige toestand, en niet op het verbieden van misdrijven in de toekomst.

5. DE STRAFRECHTER: RUIMTELIJKE ORDENING EN STEDENBOUW

22 De dwangsom heeft in het domein van de ruimtelijke ordening en stedenbouw aanleiding gegeven tot een uitbundige rechtspraak. (*5) In de praktijk is het vaak de

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

(*2) Zie ook: G.L. BALLON, 'Le juge répressif et l'astreinte' (noot onder Cass. 4 januari 1984), *T.B.H.* 1984, 413.

(*3) Voor een minimalistische visie over de plaats van de dwangsom in de rechtspraak van de strafrechter, zie: A. VAN DEPLAS, 'De dwangsom als wondermiddel' (noot onder Pol. Antwerpen 30 november 1988), *R.W.* 1989-90, 963.

(*4) Benelux Hof 6 februari 1992, *R.W.* 1991-92, 1019, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN, *J.L.M.B.* 1992, 589, noot P. FRAIPONT en *N.J.* 1992, 353, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN.

(*5) Zie ook de verwijzingen bij: D. MERCKX, 'De dwangsom inzake stedenbouw' (noot onder Antwerpen 14 januari 1988), *R.W.* 1988-89, 1407.

strafrechter die inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw een dwangsom oplegt, doch de bespreking in deze paragraaf beperkt zich niet tot de specifieke rol van de strafrechter op dit terrein. (*1)

De omvang van de rechtspraak terzake verklaart zich goeddeels door de onzekerheid die lange tijd bestaan heeft over de bevoegdheid van de gemachtigde ambtenaar, alsmede over de aard van de maatregel van het herstel van de plaats in de vorige staat. Het Benelux Gerechtshof heeft zich over beide punten uitgesproken. (*2)

23 Het Benelux Gerechtshof heeft in een arrest van 12 februari 1996 een belangrijk beginsel verduidelijkt. (*3) Het Hof verklaarde voor recht dat de gemachtigde ambtenaar die in een geding voor de strafrechter het herstel van de plaats in de vorige staat vordert, moet worden beschouwd als één der partijen in de zin van artikel 1385bis Ger. W., die het uitspreken van een dwangsom kan vorderen. (*4) Een burgerlijke partijstelling is hiervoor niet vereist. Zij is trouwens voor de gemachtigde ambtenaar principieel uitgesloten, aangezien hij op grond van zijn wettelijke taak het algemeen belang verdedigt en het voor een burgerlijke partijstelling vereiste persoonlijk nadeel ten gevolge van een misdrijf in zijn hoofdte ontbreekt. (*5)

24 Een arrest van het Hof van Cassatie gewezen op 20 januari 1993 biedt inzicht in de paradox volgens dewelke een burgerlijke partijstelling door de gemachtigde ambtenaar niet ontvankelijk is, maar desondanks een herstelmaatregel op verzoek van de gemachtigde ambtenaar onder verbeurte van een dwangsom kan worden opge-

(*1) Volgens Martin DENYS dient men, ook na de spellingshervorming, het woord 'stedenbouw' te gebruiken, in plaats van 'stedenbouw' (M. DENYS, 'De dwangsom in de stedenbouw', in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 169, noot 1). Het zou volgens DENYS niet gaan om de bouw der steden, doch wel om de bouw van een stede, zoals in haardstede of werkstede. Stedenbouw heeft o.i. niet zozeer betrekking op de bouw van een enkel huis (een stede), doch wel op de harmonieuze inpassing en ordening van een huis of gebouw in het geheel van de beschikbare ruimte, derwijze dat uit een reeks huizen en gebouwen een stad (of een verstedelijkt gebied) kan ontstaan. Bijgevolg wordt alhier het begrip 'stedenbouw' gebruikt, in overeenstemming met de officiële spelling. Het door DENYS gehandhaafde 'stedenbouw' is bovendien, zelfs al zou het gaan over de bouw van een stede, niet in overeenstemming met de huidige spellingregels, volgens dewelke men een tussenletter 'n' moet gebruiken als het eerste deel van de samenstelling een zelfstandig naamwoord is dat uitsluitend een meervoud op '-en' of 'n' heeft, zoals het woord 'stede'. Geen enkele van de uitzonderingen op deze regel, die men terugvindt vooraan in de Woordenlijst Nederlandse taal, is van toepassing op het door DENYS bedoelde begrip.

(*2) Benelux Hof 12 februari 1996, *R.W.* 1996-97, 1298, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN; Benelux Hof 6 februari 1992, *R.W.* 1991-92, 1019, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN, *J.L.M.B.* 1992, 589, noot P. FRAIPONT en *N.J.* 1992, 353, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN.

(*3) Benelux Hof 12 februari 1996, *R.W.* 1996-97, 119, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN. Het gaat hier om de zaak O.M./Van Der Haegen (A 94/4). Zij mag niet worden verward met de zaak Leslie Sports/Snauwaert (A 94/3), arrest van het Benelux Hof van dezelfde datum, met betrekking tot art. 4 van de Eenvormige Beneluxwet (art. 1385quinquies Ger. W.).

(*4) Deze bevoegdheid van de gemachtigde ambtenaar was destijds gestoeld op art. 65, § 1 Stedenbouwwet van 29 maart 1962. Zij vloeit thans voort uit art. 68 § 1 van het Vlaams decreet betreffende de ruimtelijke ordening, gecoördineerd op 22 oktober 1996 (*B.S.* 15 maart 1997).

(*5) B. JANSSENS DE BISTHOVEN, concl. voor Benelux Hof 12 februari 1996, *R.W.* 1996-97, 119; Cass. 20 januari 1993, A.R. nrs. 9672, 9817 en 9894, *Arr. Cass.* 1993, nrs. 39, 39bis en 39ter, met name de derde zaak, noot 11, p. 77 en p. 81.

legd. (*1) Het Hof bevestigt dat een burgerlijke partijstelling van de gemachtigde ambtenaar niet ontvankelijk is, omdat deze laatste niet kan beweren door het misdrijf persoonlijk benadeeld te zijn. Zijn vordering tot herstel van de plaats in de vorige toestand, die aan geen vormvereisten is onderworpen, is slechts de uitoefening van een keuze betreffende de beleidsmatig meest opportune herstelmaatregel die de wet aan de gemachtigde ambtenaar gelaten heeft. Het Hof overweegt vervolgens dat de schending van de wettelijke bepalingen inzake de ontvankelijkheid van de voor de strafrechter ingestelde burgerlijke rechtsvorderingen, geen invloed heeft op de wettigheid van de beslissing waarbij de vordering van de gemachtigde ambtenaar tot herstel van de plaats in de vorige toestand wordt toegewezen. De door de gemachtigde ambtenaar gekozen herstelmaatregel is een burgerlijke maatregel, die nochtans wordt opgelegd in het belang dat de gemeenschap heeft bij een goede ruimtelijke ordening. De herstelmaatregel die wordt opgelegd benevens de straf wordt door de wet voorgeschreven als een verplichte aanvulling op de strafrechtelijke veroordeling. De rechter heeft zich niet uit te spreken over de opportuniteit van de door de gemachtigde ambtenaar gemaakte keuze, die een expressie is van de beleidsvrijheid van het bestuur. De rechter oefent er slechts een wettigheidstoezicht op uit.

De wijze waarop de gemachtigde ambtenaar zijn keuze uitdrukt, is aan geen vormvereisten onderworpen. Het volstaat dat de bestuurlijke overheid haar wil duidelijk te kennen heeft gegeven. (*2) Zelfs al heeft de gemachtigde ambtenaar zich burgerlijke partij gesteld, hetgeen volgens het Hof van Cassatie niet mogelijk is zonder schending van de wettelijke bepalingen inzake de ontvankelijkheid van burgerlijke partijstellingen, dan neemt dit niet weg dat de gemachtigde ambtenaar geacht kan worden zijn keuze betreffende de gepaste herstelmaatregel rechtsgeldig tot uiting te hebben gebracht. (*3) Dit verklaart meteen ook waarom het Hof van Cassatie in een arrest van 28 april 1987 in een *obiter dictum* melding maakt van 'de gemachtigde ambtenaar die zich burgerlijke partij stelde en overeenkomstig artikel 65 § 1, a van de Stedenbouwwet het herstel van de plaats in de vorige staat vorderde'. (*4) Het arrest van 20 januari 1993 houdt geen ommekeer in ten opzichte van het arrest van 28 april 1987, waarin het Hof zich over een andere kwestie uitsprak. Met name bevestigt het Hof van Cassatie in het arrest van 28 april 1987 dat een dwangsom ook kan worden opgelegd indien aan de gemachtigde ambtenaar en het college van burgemeester en schepenen machtiging wordt verleend in de uitvoering van het herstel te voorzien. De gemachtigde ambtenaar kan een rechtmatig belang doen gelden de nakoming van de veroordeling tot herstel zoveel mogelijk door de beklagde zelf te laten bewerkstelligen. (*5)

(*1) Cass. 20 januari 1993, A.R. nr. 9894, *Arr. Cass.* 1993, nr. 39ter, p. 81.

(*2) Cass. 18 februari 1997, *P. & B.* 1998, 76.

(*3) In dezelfde zin: Cass. 18 februari 1997, *P. & B.* 1998, 75.

(*4) Cass. 28 april 1987, *Pas.* 1987, nr. 502, p. 1002 en *R.W.* 1987-88, 260, verwijzende noot.

(*5) Cass. 10 maart 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, nr. 357, p. 651; Cass. 5 december 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, nr. 220, p. 479; Cass. 28 april 1987, *Pas.* 1987, nr. 502, p. 1002 en *R.W.* 1987-88, 260, verwijzende noot. *Cf. infra*, nrs. 72 en 88.

Ofschoon het arrest van het Hof van Cassatie van 28 april 1987 nog te verzoenen leek met het arrest van 20 januari 1993, lijkt de relatie tussen dit laatste arrest ten opzichte van het arrest van het Hof van Cassatie van 9 juni 1987 iets moeilijker te liggen. (*1) In dit laatste arrest overweegt het Hof dat de herstelmaatregel uitgesproken op vordering van de gemachtigde ambtenaar niet het karakter heeft van een straf. De vordering van de gemachtigde ambtenaar is van burgerrechtelijke aard en is aan geen enkel vormvereiste onderworpen. Het volstaat dat die vordering aan de gerechtelijke overheden kenbaar wordt gemaakt, en dit kan, aldus het Hof in 1987, ‘gedaan worden bij wege van een stelling als burgerlijke partij’. In noot 11 onder het reeds geciteerde cassatiearrest van 20 januari 1993, wordt nochtans opgemerkt dat dit laatste arrest geen nieuwe oplossing biedt. De annotator voegt daaraan toe: ‘Geregeld verklaarden hoven van beroep de burgerlijke partijstelling van de gemachtigde ambtenaar of het “door de gemachtigde ambtenaar vertegenwoordigde” gewest, of zelfs van beide samen, ontvankelijk. Uit de geannoteerde arresten, inzonderheid in de eerste en de derde zaak, blijkt overduidelijk dat die beslissingen onwettig zijn’. (*2) In de voetnoten onder de drie arresten van 20 januari 1993 wordt geen melding gemaakt van het arrest van het Hof van Cassatie van 9 juni 1987. Niettemin wordt in het derde cassatiemiddel – betreffende het ontbreken van een persoonlijk en eigen belang – aangestipt dat het bestuur niet eens had aangevoerd dat zijn privé-belangen geschaad waren, in welk geval een burgerlijke partijstelling door het Gewest uiteraard wel mogelijk was geweest. (*3)

In het licht van de recentere rechtspraak, dient men uit het arrest van het Hof van Cassatie van 9 juni 1987 slechts te onthouden dat de vordering van de gemachtigde ambtenaar aan de gerechtelijke overheden kenbaar kan worden gemaakt bij wege van een (niet-ontvankelijke) burgerlijke partijstelling. Een onontvankelijke burgerlijke partijstelling kan volgens het Hof van Cassatie op rechtsgeldige wijze de beleidsmatige keuze van de gemachtigde ambtenaar tot uitdrukking brengen. In een arrest van 18 februari 1997 heeft het Hof van Cassatie dit beginsel met grote stelligheid bevestigd. (*4)

Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 25 februari 1997 het reeds aangehaalde arrest van het Benelux Gerechtshof van 12 februari 1996 in herinnering gebracht. (*5) De woorden ‘op vordering van één der partijen’ in artikel 1385bis Ger. W. betekenen slechts dat de rechter geen dwangsom ambtshalve mag opleggen. Zij impliceren geenszins dat de rechter enkel een dwangsom zou kunnen opleggen ten voordele en

(*1) Cass. 9 juni 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, nr. 606, p. 1365, *Pas.* 1987, nr. 606, 1229.

(*2) *Pas.* 1993, noot 11 op p. 77.

(*3) Zie de reeds geciteerde annotatie onder het arrest van 20 januari 1993 aangaande de voorwaarden voor de ontvankelijkheid van een burgerlijke partijstelling door het Gewest wegens schade aan zijn privébelangen, te onderscheiden van de bescherming van het algemeen belang (*Pas.* 1993, noot 11 op p. 77).

(*4) Cass. 18 februari 1997, *P. & B.* 1998, 75. Zie over dit arrest: S. LUST, ‘De bijzondere verbeurdverklaring, de dwangsom en de burgerlijke partijstelling in het raam van een herstellvordering. Enkele beschouwingen naar aanleiding van het arrest van het Hof van Cassatie van 18 februari 1997’, *P. & B.* 1998, 54.

(*5) Cass. 25 februari 1997, *R.W.* 1997-98, 132.

op vordering van de burgerlijke partij. De gemachtigde ambtenaar heeft bijgevolg de bevoegdheid een dwangsom te vorderen.

25 Over de precieze aard van de maatregel van het herstel in de vorige plaats, die de gemachtigde ambtenaar onder verbeurte van een dwangsom kan vorderen, heeft lange tijd onzekerheid bestaan. Het Benelux Gerechtshof heeft zich terzake in een arrest van 6 februari 1992 uitgesproken. (*1) Artikel 1385bis Ger. W. laat toe dat een dwangsom wordt opgelegd teneinde de uitvoering van een bevel tot herstel van de plaats in de vorige staat te verzekeren. Zo'n bevel is een maatregel die, ofschoon van burgerrechtelijke aard, behoort tot de strafvordering. (*2) Het is een burgerrechtelijke maatregel die krachtens de Stedenbouwwet door de strafrechter moet worden uitgesproken als verplichte aanvulling van de strafrechtelijke veroordeling. (*3) De strafrechter, die een dwangsom kan verbinden aan zijn uitspraak wanneer hij maatregelen van burgerrechtelijke aard gelast, kan een herstel van de plaats in de vorige staat onder verbeurte van een dwangsom gelasten. (*4)

Verbeurde dwangsommen komen uiteraard niet toe aan de gemachtigde ambtenaar zelf, aangezien hij niet in persoonlijke naam optreedt. Hij vertegenwoordigt in zijn hoedanigheid van volmachtouder een publiekrechtelijke rechtspersoon die het algemeen belang bewaakt. (*5) Verbeurde dwangsommen komen toe aan die rechtspersoon (het Gewest).

Het arrest van het Benelux Gerechtshof van 6 februari 1992 lag in de lijn van de bestaande rechtspraak. (*6)

In een arrest van 7 november 1995 overweegt het Hof van Cassatie dat de gemachtigde ambtenaar op wiens vordering de maatregel van het herstel in de vorige staat wordt uitgesproken, weliswaar geen partij is in het geding, doch op grond van de hem door de wet toegekende bevoegdheid belang heeft bij de effectieve uitvoering van de herstelmaatregel. (*7) Hij heeft aldus de vereiste hoedanigheid en het vereiste belang om een dwangsom te vorderen. In die zin moet hij worden beschouwd als één der partijen bedoeld in artikel 1385bis lid 1, Ger. W. Hieruit blijkt dat de woorden 'partijen' of 'wederpartij' in artikel 1385bis Ger. W., zoals reeds vermeld, niet noodzakelijkerwijze samenvallen met het begrip 'gedingpartij'. (*8) De gemachtigde ambtenaar kan een dwangsom vorderen zonder strikt genomen gedingpartij te zijn, terwijl anderzijds ook een dwangsom kan worden uitgesproken jegens een of meerdere perso-

(*1) Benelux Hof 6 februari 1992, *R.W.* 1991-92, 1019, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN, *J.L.M.B.* 1992, 589, noot P. FRAIPONT en *N.J.* 1992, 353, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN. Zie ook: Cass. 10 maart 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, nr. 357, p. 650; Cass. 20 mei 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, nr. 493, p. 892 en *R.W.* 1992-93, 308.

(*2) Cass. 7 november 1995, *Arr. Cass.* 1995, nr. 479, p. 980; Cass. 21 september 1993, *Arr. Cass.* 1993, nr. 359, p. 725.

(*3) Cass. 13 december 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, nr. 239, p. 525, *Pas.* 1990, nr. 239, p. 467 en *J.L.M.B.* 1990, 542.

(*4) Benelux Hof 6 februari 1992, *R.W.* 1991-92, (1019), 1027, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN.

(*5) B. JANSSENS DE BISTHOVEN, concl. voor Benelux Hof 6 februari 1992, *R.W.* 1991-92, 1024.

(*6) Zie de verwijzingen bij F. HAUMONT, *L'urbanisme – Région Wallonne*, Brussel, Larcier, 1996, 885, noot 5.

(*7) Cass. 7 november 1995, *Arr. Cass.* 1995, nr. 479, p. 980.

(*8) *Cf. supra*, nr. 12.

nen die geen gedingpartij zijn. (*1) In het licht van de aangehaalde rechtspraak van het Hof van Cassatie blijkt de opmerking van MOREAU-MARGREVE dat een dwangsom slechts kan worden opgelegd op vordering van 'une partie au litige', enigszins gedateerd te zijn. (*2)

Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 20 april 1993 geoordeeld dat artikel 65 § 1 van de Stedenbouwwet van 29 maart 1962, krachtens hetwelk de rechten van de burgerlijke partij in geval van rechtstreeks herstel beperkt zijn tot de door de bevoegde overheid gekozen wijze van herstel, geen afbreuk doet aan het recht van de burgerlijke partij om naast de bevoegde overheid en binnen de inhoudelijke perken gesteld door de bevoegde overheid, een bevel tot herstel te vorderen gekoppeld aan een dwangsom. (*3) Als bijvoorbeeld de buurman in strijd met de hem verleende bouwvergunning voor een enkele garage een dubbele garage bouwt, zodat hij te dicht bij de scheidingslijn bouwt, lijkt het denkbaar dat de gemachtigde ambtenaar aanpassingswerken vordert, derwijze dat de dubbele garage gehalveerd wordt. Deze keuze beperkt de burgerlijke partij, eigenaar van het aanpalende perceel, in de inhoud van het door haar gevorderde. (*4) Aldus kan de burgerlijke partij in dit voorbeeld niet vorderen dat de volledige garage wordt afgebroken. Wel kan zij vorderen dat de herstelmaatregel, zoals inhoudelijk bepaald door de gemachtigde ambtenaar, wordt uitgevoerd op straffe van een dwangsom. (*5) De dwangsom vormt geen uitbreiding van de inhoud van de herstelmaatregel. Zij is slechts een middel om de veroordeelde aan te sporen de maatregel behoorlijk uit te voeren.

26 Ofschoon een dwangsom inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw in de meeste gevallen wordt opgelegd aan een bouwvertreder, zijn ook gevallen denkbaar waarbij een dwangsom wordt opgelegd aan de overheid. Een voorbeeld hiervan is de uitspraak van het Hof van Beroep te Bergen van 14 oktober 1996. (*6) Op grond van artikel 34 van het Waals Wetboek van ruimtelijke ordening en stedenbouw is het Gewest verplicht een schadevergoeding te betalen aan de eigenaar wanneer de weigering om een bouw- of verkavelingsvergunning te verlenen het gebruik van een onroerend goed waartoe het normalerwijze bestemd is onmogelijk maakt. (*7) Deze schadevergoeding wordt berekend op basis van een evaluatie die moet worden gemaakt door een bevoegde ambtenaar van de administratie van BTW, registratie en domeinen. Het Waals Gewest wordt veroordeeld tot een provisionele schadevergoeding. Tevens wordt

(*1) *Cf. infra*, nr. 38.

(*2) I. MOREAU-MARGREVE, 'L'astreinte', *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 20.

(*3) Cass. 20 april 1993, *Arr. Cass.* 1993, nr. 186, p. 378.

(*4) G.L. BALLON, 'De dwangsom als pressiemiddel bij de veroordeling tot afbraak van onwettige bouwwerken' (noot onder Antwerpen 24 december 1982), *R.W.* 1982-83, 2277.

(*5) Nochtans, indien het bestuur niet optreedt, betekent dit niet dat de burgerlijke partij geen aanpassingswerken zou kunnen vorderen (Cass. 20 januari 1993, *Arr. Cass.* 1993, nr. 39bis, p. 80).

(*6) Bergen 14 oktober 1996, *Rev. not. b.* 1996, 594.

(*7) *In casu* betrof het een stuk landbouwgrond, dat nochtans aan een verharde weg gelegen was waar alle nutsvoorzieningen aanwezig waren en dat in de omgeving van andere huizen en van een dorpskern lag.

bevel opgelegd aan het Waals Gewest om de bedoelde evaluatie te laten uitvoeren binnen drie maanden na de betekening van het arrest, op straffe van een dwangsom van 5000 frank per dag vertraging. Opvallend is dat het Hof het Waals Gewest veroordeelt 'à faire procéder à ladite évaluation' binnen drie maanden, terwijl het nochtans gaat om een prestatie van een derde, nl. een ambtenaar van de federale overheid. Mocht deze tijdig zijn instructie ontvangen hebben om over te gaan tot de evaluatie, maar ze te laat hebben uitgevoerd, dan zou het Gewest zich eventueel kunnen beroepen op de onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen, zoals bedoeld in artikel 1385quinquies Ger. W.

6. DE RAAD VAN STATE EN DE BESTUURLIJKE DWANGSOM

27 De bevoegdheid van de Raad van State om een dwangsom op te leggen, wordt thans geregeld door artikel 36 van de Gecoördineerde Wetten op de Raad van State. (*1) Ingevolge dit artikel, ingevoegd bij Wet van 17 oktober 1990, kan de Raad van State een dwangsom opleggen om de naleving te verzekeren van een door hem uitgesproken vernietigingsarrest. Ook een schorsingsarrest kan de grondslag vormen voor een dwangsom, ofschoon de aard van een schorsingsarrest met zich brengt dat de dwangsom enkel kan worden opgelegd om een verbod te doen naleven (uit een schorsingsarrest kan voor de veroordeelde overheid geen handelingsverplichting volgen, behoudens de naleving van voorlopige maatregelen). (*2)

Uit artikel 36 § 1 van de R.v.St.-Wet volgt dat de Raad van State slechts een dwangsom kan opleggen in de gevallen waarin uit het gezag van gewijsde van een vernietigingsarrest een handelingsverplichting voortvloeit (gebod om iets te doen), of een onthoudingsverplichting (verbod om iets te doen strijdig met het gezag van gewijsde van het annulatiearrest). (*3) De vordering tot het opleggen van een dwangsom kan – wat de dwangsom in het kader van een annulatieberoep betreft – enkel worden ingesteld nadat de Raad van State zijn annulatiearrest heeft uitgesproken.

Slechts wanneer blijkt dat de overheid een annulatiearrest niet naleeft, mag de verzoekende partij de overheid (en niet haar raadsman) bij aangetekend schrijven aanmanen tot het nemen van een nieuwe beslissing. (*4) Een dergelijk aangetekend schrijven kan slechts worden verstuurd na het verstrijken van ten minste drie maanden na de kennisgeving van het arrest, tenzij de betrokken overheid nog binnen die termijn van drie maanden uitdrukkelijk weigert de verzoeker genoegdoening te ver-

(*1) Zie hierover A. ALEN, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 721; K. BAERT, 'Dwangsom en Raad van State', in G. DE LEVAL, P. LEWALLE en M. STORME (ed.), *Het interdisciplinair geschil*, Diegem, Kluwer, 1996, 301; D. DEOM, 'Le recours à l'astreinte', in X. (ed.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, 465; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Luik, Faculté de droit, 1997, 385-389 en 760-764.

(*2) P. NIHOUL en Ph. LEVERT, 'L'astreinte et le Conseil d'Etat – Eléments de jurisprudence', *A.P.T.* 1993, 33.

(*3) D. DEOM, 'Le recours à l'astreinte', in X. (ed.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, 466; D. D'HOOGHE en B. SCHUTYSER, 'De administratieve dwangsom', in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 148.

(*4) D. D'HOOGHE en B. SCHUTYSER, *l.c.*, 143.

schaffen, ofwel nog voor het verstrijken van de termijn een besluit neemt dat strijdig is met het annulatiearrest. (*1) Alleen wanneer de overheid uitdrukkelijk weigert na de aanmaning het arrest na te leven, of impliciet weigert door binnen een maand na de aanmaning nog steeds geen beslissing te nemen in overeenstemming met het annulatiearrest, kan een vordering tot het opleggen van een dwangsom door de Raad van State ontvankelijk zijn.

Bij een schorsingsarrest wordt de dwangsom – in tegenstelling tot na een annulatiearrest – gelijktijdig gevraagd met de vordering tot schorsing. De dwangsom kan aan de Raad van State worden gevraagd in het schorsingsverzoek, of in het verzoek tot het opleggen van voorlopige maatregelen dat wordt ingediend in het kader van een schorsingsprocedure. (*2)

28 De onder dwangsom veroordeelde, is de administratieve overheid tegen dewelke de veroordeling werd uitgesproken, niet de ambtenaren die deel uitmaken van die overheid. (*3) Dwangsommen verbeurd ingevolge een arrest uitgesproken door de Raad van State, komen niet toe aan de verzoekende partij, doch aan een speciaal fonds voor het beheer van de dwangsommen, dat deze middelen dient aan te wenden voor de modernisering en organisatie van de administratieve rechtspraak. (*4)

De procedure wordt beheerst door het Koninklijk Besluit van 2 april 1991 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State inzake de dwangsom. (*5) Ingevolge de nieuwe regelgeving hoort een grondige bespreking van vraagstukken aangaande de administratieve dwangsom niet thuis in een commentaar bij artikel 1385bis Ger. W.

29 Voor het overige mag nog worden opgemerkt dat het Benelux Gerechtshof in een arrest van 1 juli 1988 voor recht verklaard heeft dat een uitspraak van de Raad van State, waarbij de Raad een administratieve handeling wegens machtsoverschrijding vernietigt en waarbij hij de overheid gebod oplegt zich te onthouden van handelingen die onverenigbaar zijn met die vernietiging, niet geldt als hoofdveroordeling in de zin van artikel 1385bis Ger. W. (*6) Immers, de Raad van State kan – aldus het Benelux Gerechtshof in het arrest van 1 juli 1988 – de overheid geen precieze verplichting opleggen (injunctieverbod) en hij kan geen beslissing nemen in de plaats

(*1) D. D'HOOGHE en B. SCHUTYSER, *l.c.*, 149.

(*2) D. D'HOOGHE en B. SCHUTYSER, *l.c.*, 155.

(*3) D. DEOM, 'Le recours à l'astreinte', *l.c.*, 468-469; D. PATART, 'L'astreinte judiciaire et l'astreinte devant le Conseil d'Etat', *Ann. dr. Louvain* 1998, 108.

(*4) D. DEOM, 'Le recours à l'astreinte', *l.c.*, 469; P. NIHOUL en Ph. LEVERT, 'L'astreinte et le Conseil d'Etat – Eléments de jurisprudence', *A.P.T.* 1993, 30. Dit geldt ook voor een dwangsom opgelegd in een schorsingsprocedure (P. NIHOUL en Ph. LEVERT, 'L'astreinte et le Conseil d'Etat – Eléments de jurisprudence', *A.P.T.* 1993, 34).

(*5) *B.S.* 1 juni 1991.

(*6) Benelux Hof 1 juli 1988, *R.W.* 1988-89, 145, noot G.L. BALLON, *J.L.M.B.* 1988, 1201 en *N.J.* 1988, nr. 1030; zie ook: Benelux Hof 19 december 1997, *N.J.* 1998, nr. 279.

van het bestuur (substitutieverbod). (*1) Vanzelfsprekend gaf dit in de praktijk aanleiding tot onbevredigende oplossingen, met het wetgevend initiatief en de invoering van genoemd artikel 36 R.v.St.-Wet als resultaat. Het injunctieverbod werd trouwens door de nieuwe wetgeving enigszins gerelativeerd, aangezien een vernietigingsarrest minstens toch verplichtingen kan doen ontstaan in hoofde van de administratieve overheid. (*2)

Voor meer gedetailleerde informatie wordt verwezen naar enkele arresten waarin de Raad van State een dwangsom oplegt (*3), alsmede naar de terzake gespecialiseerde literatuur. (*4) Volledigheidshalve wordt nog verwezen naar enkele arresten van de Raad van State waarin weliswaar geen dwangsom wordt opgelegd, doch die overwegingen bevatten die relevant zijn voor vraagstukken aangaande de dwangsom en de Raad van State. (*5)

7. DE DWANGSOM EN ARBITRAGE

30 Gedurende bijna twee decennia was het voor arbiters in België niet mogelijk om in een arbitrale beslissing een dwangsom op te leggen. (*6) Artikel 1385bis Ger. W. bepaalt in zijn aanhef dat ‘de rechter’ een dwangsom kan opleggen. De ‘rechter’ is elke rechter die deel uitmaakt van de rechterlijke orde, zodat arbiters daar niet onder

(*1) G.L. BALLON, ‘De Raad van State en de dwangsom’ (noot onder Benelux Hof 1 juli 1988), *R.W.* 1988-89, 152. Voor commentaren op het arrest van 1 juli 1988, zie de verwijzingen bij: E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag*, in *A.P.R.*, Deurne, Story-Scientia, 1992, 12; D. LINDEMANS, ‘Het bekomen van de dwangsom’ in *Tien jaar toepassing van de dwangsom*, a.w., 1991, nr. 11, p. 59.

(*2) D. DEOM, ‘Le recours à l’astreinte’, *t.a.p.*, 466. Over de evolutie van het injunctieverbod, zie: P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Luik, Faculté de droit, 1997, 760 e.v.; P. NIHOUL en Ph. LEVERT, ‘L’astreinte et le Conseil d’Etat – Eléments de jurisprudence’, *A.P.T.* 1993, 18.

(*3) R.v.St. nr. 76.437, 14 oktober 1998, *Adm. Publ.* 1998, 190; R.v.St. nr. 62.963, 6 november 1996, *T.B.P.* 1997, 70; R.v.St. nr. 61.810, 18 september 1996, *T.B.P.* 1997, 205; R.v.St. nr. 55.115, 13 september 1995, *T.B.P.* 1996, 123; R.v.St. 12 januari 1995, *J.L.M.B.* 1995, 740, noot P. GILLIAUX; R.v.St. 14 oktober 1994, *R.W.* 1994-95, 883, noot W. LAMBRECHTS; R.v.St. 17 mei 1994, *T.B.P.* 1994, 843, verslag M. LEFEVER.

(*4) G.L. BALLON, ‘De Raad van State en de dwangsom’ (noot onder Benelux Hof 1 juli 1988), *R.W.* 1988-89, 152; B. BLERO, ‘Le droit objectif, les droits subjectifs et l’astreinte en droit belge’, *A.P.T.* 1991, 113; A.J. BOK, ‘Dwangsomregeling in de Wet algemene bepalingen milieuhygiëne’, *Ars Aequi* 1991, 322; G. DE LEVAL, *Jurisprudence du Code Judiciaire*, Hoofdstuk XXIII (‘De l’astreinte’), Brugge, La Charte, 1997, losbl., commentaar bij art. 1385bis, 9; X. DELGRANGE, ‘L’astreinte dans le contentieux administratif – Le nouvel article 36 des lois coordonnées sur le Conseil d’Etat’, *R.R.D.* 1991, 11; I. Y. DE RAAT, ‘De bestuurlijke boete in het milieurecht’, *Ars Aequi* 1993, 443; P. GILLIAUX, ‘Référé administratif et actes permissifs, quelle efficacité?’ (noot onder R.v.St. 12 januari 1995), *J.L.M.B.* 1995, 740; W. G. A. HAZEWINDUS, ‘De administratieve dwangsom’, *N.J.B.* 1992, 1068; B. HAUBERT en Ch. PANIER, ‘L’astreinte et le contentieux de l’annulation devant le Conseil d’Etat’ (noot onder Benelux Hof 1 juli 1988), *J.L.M.B.* 1988, 1201; W. LAMBRECHTS, ‘Het vogel-arrest van 10 miljoen frank’ (noot onder R.v.St. 14 oktober 1994), *R.W.* 1994-95, 883; P. NIHOUL en Ph. LEVERT, ‘L’astreinte et le Conseil d’Etat – Eléments de jurisprudence’, *A.P.T.* 1993, 12; D. PATART, ‘L’astreinte judiciaire et l’astreinte devant le Conseil d’Etat’, *Ann. dr. Louvain* 1998, 79; P.J.J. VAN BUUREN, ‘Bestuursdwang, dwangsom en toezicht onder de Algemene Wet bestuursrecht’, *N.J.B.* 1998, 780; P.J.J. VAN BUUREN, ‘De bestuurlijke dwangsom in de Algemene Wet bestuursrecht’, *Ars Aequi* 1997, 776. Zie ook de verwijzingen bij M. VANDERMERSCH, ‘Incidence sur l’astreinte de la réformation en appel de la décision entreprise’ (noot onder Brussel 4 november 1993), *T.B.B.R.* 1995, 236, noot 5.

(*5) R.v.St. nr. 46.159, 21 februari 1994, *T.B.P.* 1994, 495; R.v.St. nr. 45.721, 24 januari 1994, *Arr. R.v.St.* 1994, z.p.

(*6) J. LINSMEAU, ‘L’arbitrage volontaire en droit privé belge’, in *Répertoire pratique du droit belge*, Complément, t. 7, Brussel, Bruylant, 1990, p. 44, nr. 221.

vallen. (*1) In Nederland was de situatie op dit stuk jarenlang anders, aangezien op het einde van de afdeling over de dwangsom in het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een artikel 611i werd toegevoegd, dat luidt: 'Onder rechter in deze afdeling worden mede scheidsmannen begrepen'. Het Gerechtelijk Wetboek bevatte tot aan de invoering van de Wet van 19 mei 1998 (B.S. 7 augustus 1998) geen equivalente bepaling.

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

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

Nadat een arbitraal college zijn taak vervuld heeft, wordt het ontbonden. Indien later 'de rechter die een dwangsom heeft opgelegd' in de zin van artikel 1385quinquies of 1385septies Ger. W. moet worden aangesproken, wegens respectievelijk de onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen, of wegens overlijden van de veroordeelde, dan worden de bevoegdheden gegrond op de voormelde artikelen uitgeoefend door de rechter die de arbitrale beslissing zijn exequatur heeft verleend.

C. De rechter kan niet ambtshalve veroordelen tot een dwangsom

1. DE VEROOORDELING TOT EEN DWANGSOM MOET WORDEN GEVORDERD

31 De rechter kan een dwangsom niet ambtshalve aan zijn uitspraak verbinden. (*2) De dwangsom moet worden gevorderd. (*3) Deze regel is in kort geding niet anders. De Hoge Raad der Nederlanden vernietigde een arrest waarin overwogen werd dat de voorzitter bevoegd is om aan een door hem opgelegd verbod een dwangsom te ver-

(*1) G.L. BALLON, 'De dwangsom in arbitrale uitspraken' (noot onder Rb. Luik 6 maart 1984), *Tijdschrift voor Arbitrage* 1985, 28; G. DE LEVAL, noot onder Rb. Luik 6 maart 1984, *J.L.* 1984, 197.

(*2) Brussel 14 januari 1994, *J.L.M.B.* 1996, 834; D. LINDEMANS, 'Het bekomen van de dwangsom', in *Tien jaar toepassing van de dwangsom, a.w.*, 1991, nr. 13, p. 60; M. STORME, 'Een revolutionaire hervorming: de dwangsom', *T.P.R.* 1980, 231, nr. 14.

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

binden, ook wanneer dat niet is gevraagd. (*1) Artikel 1385bis Ger. W. bepaalt uitdrukkelijk dat de rechter *op vordering van één der partijen* kan veroordelen tot een dwangsom voor het geval dat aan de hoofdveroordeling niet wordt voldaan. (*2) De parlementaire voorbereiding vermeldt dat dit vereiste erop gericht is te vermijden dat de rechter een dwangsom zou uitspreken bij wijze van stijlclausule. (*3) Het Hof van Cassatie zag zich genoodzaakt in een arrest van 29 november 1996 eraan te herinneren dat het uitspreken van een dwangsom zonder dat dit gevorderd werd, strijdig is met artikel 1385bis Ger. W. (*4)

De Franse wetgever daarentegen heeft aan de rechter uitdrukkelijk de bevoegdheid toegekend om een dwangsom ambtshalve op te leggen. Artikel 33 van de Franse Wet van 9 juli 1991 bepaalt dat ‘tout juge peut, même d’office, ordonner une astreinte pour assurer l’exécution de sa décision’. (*5) Deze regel is één van de belangrijke verschilpunten tussen het Franse systeem en het Benelux dwangsomrecht. Die verschillen hebben tot gevolg dat behoedzaamheid is aangewezen bij verwijzingen naar Franse rechtsleer en rechtspraak inzake dwangsommen. (*6)

Aangezien de dwangsom geen strafsanctie is – zij komt in tegenstelling tot de strafrechtelijke geldboetes niet toe aan de overheid doch aan de partij die haar heeft gevorderd – komt het aan de strafrechter evenmin toe om ambtshalve een dwangsom te koppelen aan een hoofdveroordeling. (*7)

(*1) H.R. 25 mei 1990, *N.J.* 1991, nr. 354.

(*2) G. D’HOORE, concl. voor Benelux Hof 29 november 1993, *R.W.* 1993-94, (705), 706, *P. & B.* 1994, 9, noot D. LINDEMANS en *N.J.* 1994, nr. 371. Aan de woorden ‘op vordering van één der partijen’ komt nochtans geen verdere betekenis toe dan dat de rechter slechts een dwangsom kan opleggen wanneer dat regelmatig gevorderd werd (Cass. 7 november 1995, *Arr. Cass.* 1995, nr. 479, p. 980).

(*3) Gemeensch. M.v.T., *Parl. St.* Kamer 1977-79, nr. 353, 16.

(*4) Cass. 29 november 1996, *R.W.* 1997-98 (verkort), 57. Ook het Hof van Beroep te Brussel diende dit beginsel in een arrest van 24 augustus 1995 in herinnering te brengen (Brussel 24 augustus 1995, in H. DE BAUW en E. GYBELS (ed.), *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 1995*, Diegem, Kluwer, 1996, 87).

(*5) Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, portant réforme des procédures civiles d’exécution, *Journal Officiel*, 14 juli 1991, p. 9228. De tekst van de wet is ook opgenomen in *Recueil Dalloz Sirey*, Législation 1991, 317. Zie ook: J. BORÉ en L. BORÉ, ‘Astreintes’, in X. (ed.), *Répertoire de droit civil*, Parijs, Dalloz, 1996, t. II, losbl., nr. 46, p. 8; E. DU RUSQUEC, ‘Astreintes’, in X. (ed.), *Juris-classeur de procédure civile*, Parijs, Editions du Juris-classeur, 1994, losbl., fasc. 2130, nr. 90, p. 11.

(*6) X. MALENGREAU, ‘L’introduction de l’astreinte en droit belge’, *R.G.A.R.* 1981, nr. 10348.

(*7) Antwerpen 11 oktober 1990, *R.W.* 1990-91 (verkort), 754; J. LAENENS, ‘Procédureaspecten’, in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 30. Over de dwangsom als private straf: *cf. supra*, nr. 16.

Hierboven werd reeds vermeld dat het Openbaar Ministerie, als partij in een strafzaak, de veroordeling onder verbeurte van een dwangsom kan vorderen. (*1)

Dat de dwangsom niet ambtshalve kan worden uitgesproken, betekent nochtans niet dat de partij die haar vordert ook uitdrukkelijk het woord 'dwangsom' zou dienen te gebruiken. Hoger werd reeds toegelicht dat het bedrag en de modaliteiten van de dwangsom niet noodzakelijkerwijze dienen te worden gepreciseerd door de eisende partij. (*2) Het volstaat dat de eisende partij de veroordeling van haar wederpartij vraagt 'op straffe van dwangsom', of 'onder verbeurte van 1000 frank per overtreding' of een andere gelijkaardige formulering. De Hoge Raad oordeelde dat de feitenrechter rechtsgeldig een dwangsom kan opleggen indien de vordering (in subsidiaire orde) strekt tot 'uitvoerbaarverklaring bij (...) een zodanig dwangmiddel als Uw Hof in goede justitie zal vermenen te behoren'. (*3) Hieruit blijkt dat het vereiste dat de dwangsom door één der partijen dient te worden gevorderd, in de praktijk soepel wordt geïnterpreteerd.

2. DE RECHTER KAN DE GEVRAAGDE DWANGSOM AMBTSHALVE VERHOGEN

32 Aangezien de dwangsom als voornaamste doelstelling heeft het gezag van rechterlijke uitspraken te verhogen en de rechter vrij de modaliteiten ervan bepaalt, verhindert niets dat de rechter een hogere dwangsom uitspreekt dan gevorderd. (*4)

De mogelijkheid voor de rechter om de dwangsom ambtshalve te verhogen, werd aanvankelijk in de rechtsleer betwist. (*5) Het Benelux Gerechtshof bracht uitsluitel en oordeelde dat de woorden 'op vordering van één der partijen' in artikel 1385bis Ger. W. niet met zich brengen dat de rechter gebonden zou zijn door het bedrag of de

(*1) Cf. *supra*, nr. 19. Zie G. D'HOORE, concl. voor Benelux Hof 29 november 1993, *R.W.* 1993-94, (705), 706, *P. & B.* 1994, 9, noot D. LINDEMANS en *N.J.* 1994, nr. 371; Gent 9 juni 1992, *T.M.R.* 1994, 209. Opmerkelijk in dit arrest is dat een dwangsom wordt gevorderd door het Openbaar Ministerie, maar dat het Hof een dwangsom uitspreekt te betalen aan het Vlaams Gewest, in de persoon van de Gemeenschapsminister van Leefmilieu en Infrastructuur en dit ter bestemming van het Milieu- en Natuurfonds. Op grond van art. 1385quater Ger. W., krachtens hetwelk de dwangsom ten volle toekomt aan de partij die de veroordeling heeft gekregen, komt een dwangsom gevorderd door het Openbaar Ministerie in principe toe aan het ambt van het Openbaar Ministerie (Beslagr. Mechelen 8 maart 1996, *R.W.* 1997-98, 85). Het lijkt zeer twijfelachtig of een veroordeling krachtens dewelke de dwangsom toekomt aan een derde, verenigbaar is met art. 1385quater Ger. W. Er is rechtspraak die de mogelijkheid om een dwangsom uit te spreken ten voordele van een buiten het geding staande derde (bv. het World Wild Life Fund) uitdrukkelijk uitsluit (zie Arrondrb. Arnhem 18 december 1973, *N.J.* 1974, nr. 65). Ook BALLON sluit deze mogelijkheid uit (G.L. BALLON, *Dwangsom*, a.w., 1980, nr. 162, p. 59). Bij arrest van 23 maart 1993 van dezelfde kamer van het Hof van Beroep te Gent werd op verzet geen dwangsom meer uitgesproken omdat de afvalstoffen inmiddels verwijderd waren.

(*2) Cf. *supra*, nr. 6. Zie: Benelux Hof 2 april 1984, *R.W.* 1983-84, 2681, concl. E. KRINGS, *J.T.* 1984 (verkort), 614 en *N.J.* 1984, nr. 704.

(*3) H.R. 16 december 1994, *N.J.* 1995, nr. 289.

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

(*5) BALLON was destijds van oordeel dat de rechter *ultra petita* zou oordelen indien de rechter een hogere dwangsom zou opleggen dan het door de eisende partij vooropgestelde bedrag (G.L. BALLON, *Dwangsom*, a.w., 1980, nr. 62, p. 26). MOREAU-MARGREVE verdedigde het standpunt dat de rechter de gevraagde dwangsom wel kan verhogen (I. MOREAU-MARGREVE, 'L'astreinte', *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 63).

modaliteiten voorgesteld door de eisende partij. (*1) Het Hof verklaarde in zijn arrest van 17 december 1992 voor recht dat een veroordeling tot een hogere dwangsom dan door de eisende partij aangegeven kan worden uitgesproken. (*2) Het Hof van Cassatie bracht dit beginsel in zijn arrest van 21 september 1993 in herinnering. (*3) Een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom moet worden gevorderd, maar de rechter oordeelt vrij over de modaliteiten. De voorstellen van de eisende partij zijn voor de rechter suggesties die hem geenszins binden. Een te lage dwangsom zou de veroordeelde naast zich neer kunnen leggen, wat het gezag van de rechterlijke macht dreigt aan te tasten.

Als de veroordeelde verweer heeft kunnen voeren nopens het beginsel van de dwangsom, kan de rechter de dwangsom ambtshalve verhogen zonder een heropening van de debatten te moeten bevelen. (*4)

D. Aan wie kan een dwangsom worden opgelegd?

1. DE NATUURLIJKE PERSOON

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

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

(*1) Benelux Hof 17 december 1992, *R.W.* 1992-93, 846, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN, *J.L.M.B.* 1993 (verkort), 1010, noot C. PANIER en *N.J.* 1993, nr. 545. Zie ook: Cass. 22 april 1993, *R.W.* 1993-1994 (verkort), 370, verwijzende noot (gewezen na de prejudiciële vraag die uitmondde in Benelux Hof 17 december 1992).

(*2) Deze rechtspraak ligt in de lijn van het reeds geciteerde arrest van het Benelux Gerechtshof van 2 april 1984 (*cf. supra*, nrs. 6 en 31). Voor een toepassing uit de rechtspraak van het beginsel dat de dwangsom ambtshalve mag worden verhoogd, zie: Voorz. Kh. Brussel 5 april 1994, *J.T.* 1994 (verkort), 659. Dezelfde beschikking is gepubliceerd met als datum 13 januari 1994 in *DAOR* 1994, nr. 32, 85.

(*3) Cass. 21 september 1993, *Arr. Cass.* 1993, nr. 359, p. 726.

(*4) Cass. 22 april 1993, *R.W.* 1993-1994, 370, verwijzende noot en *J.L.M.B.* 1993, 1010, noot C. PANIER; J. LAE-NENS, 'Procedureaspecten', in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 31; C. PANIER, 'Le pouvoir d'appréciation souveraine du juge statuant sur une demande d'astreinte' (noot onder Benelux Hof 17 december 1992 en Cass. 22 april 1993), *J.L.M.B.* 1993, 1012.

Het Hof te 's-Gravenhage oordeelde over een situatie die in de praktijk wel vaker voorkomt. (*1) Een persoon werd door een andere persoon op zeer opdringerige wijze benaderd, door een reeks telefoontjes, brieven, kaartjes en cadeautjes. De persoon die de overlast bezorgde, erkende dat zij manisch-depressief was en dat zij in de loop der jaren meermaals was opgenomen in psychiatrische inrichtingen. Het slachtoffer was een praktiserend arts en zijn gezin, zodat de mogelijkheid van een geheim telefoonnummer redelijkerwijze niet openstond. De handelingen gesteld door de vrouw in kwestie werden door het Hof beschouwd als een ontoelaatbare inbreuk op de rust, de privacy en het ongestoorde sociaal leven van de arts en zijn gezin. De raadsman van de vrouw wierp op dat haar gedrag het gevolg was van een geestelijke tekortkoming en haar derhalve niet kon worden verweten. Het Hof overweegt dat dit de onrechtmatigheid van de gewraakte handelingen niet opheft en dat van de arts en de zijnen niet kon worden gevergd het onrechtmatige gedrag te dulden. Het Hof bekrachtigt het door de president opgelegde verbod onder verbeurte van een dwangsom. (*2)

Deze beslissing verdient bijval. Men zou kunnen opwerpen dat de dwangsom, indien zij haar prikkelende functie verliest omdat de veroordeelde daar omwille van zijn geestestoestand mogelijkerwijze niet gevoelig voor is, in zulke situaties erg dicht komt bij een schadevergoeding per inbreuk. Dit neemt niet weg dat ook het verschaffen van rechtsherstel een wezenlijke doelstelling van de dwangsom is, naast het verhogen van het gezag van rechterlijke uitspraken. Zeer zwaar weegt dit argument niet, aangezien de dwangsom werkelijke nakoming door de schuldenaar van zijn verbintenis beoogt en zij geen vergoeding van schade is. Belangrijker is dat niemand vermoed wordt geheel ongevoelig te zijn voor de dreiging van de dwangsom. Meer nog, eigenlijk wordt de dwangsom geacht indruk te maken op alle zich in vrijheid bevindende personen. Er bestaat geen regel die vereist dat personen tegen wie een dwangsom wordt uitgesproken over bepaalde mentale capaciteiten moeten beschikken. Veeleer dan te speculeren over de geestestoestand van de betrokkene, dient de rechter bij het uitoefenen van zijn appreciatiebevoegdheid oog te hebben voor de onrechtmatigheid van het te beoordelen gedrag.

Vanzelfsprekend kan een contactverbod onder verbeurte van een dwangsom ook worden uitgesproken tegen een persoon die gezond van geest is, of van wie de geestelijke toestand onduidelijk is. (*3)

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

(*1) Hof 's-Gravenhage 18 september 1987, *N.J.* 1988 (verkort), nr. 712.

(*2) Het gepubliceerde uittreksel vermeldt geen bedrag of modaliteiten. In een dergelijke situatie lijkt het aangewezen dat de rechter aangepaste modaliteiten bepaalt, derwijze dat ongewenste telefoonoproepen een hogere dwangsom doen verbeuren dan ongewenste brieven of postkaarten.

(*3) In dezelfde zin: A.W. JONGBLOED, *De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht*, a.w., 1991, 88.

van de persoon die overlast bezorgt bekend is. (*1) Een dwangsom is in zulke situaties mogelijkwijze efficiënter dan een klacht met burgerlijke partijstelling voor de onderzoeksrechter op grond van artikel 114 van de Belgacomwet. Het feit dat een strafonderzoek geopend is, maakt op sommige plegers van telefoonterreur wellicht minder indruk dan de wetenschap dat elke onrechtmatige oproep een aantasting van hun vermogen kan veroorzaken.

36 De rechtspraak oordeelt dat inbreuken op iemands recht op rust en privacy beugeld kunnen worden met een dwangsom. (*2) Eenieder heeft het recht, zowel in de privé- als in de werksfeer, om niet zonder redelijke noodzaak herhaaldelijk door een ander op opdringerige wijze te worden benaderd door opbellen, observeren, naroeppen, e.d. Eenieder heeft het recht zelf uit te maken met wie hij in contact wil treden of blijven. Ook hulpverleners hebben het recht niet te worden lastiggevallen door hun cliënten of patiënten, aangezien laatstgenoemden desnoods maar bij een andere hulpverlener te rade moeten gaan. (*3) Het opleggen van een contactverbod houdt vanzelfsprekend een inbreuk in op de persoonlijke vrijheid van de betrokkene, maar dit is slechts het gevolg van een inbreuk door de betrokkene gepleegd op de persoonlijke vrijheid van anderen. Bij de afweging van de belangen der partijen, prevaleren de rechten van de lastiggevallen partij op die van de lastigvallende partij. (*4) Eigen aan een dwangsom in dergelijke gevallen is dat een eenmalige inbreuk op het contactverbod, bestaande uit gedrag dat op zichzelf schier nooit zou volstaan om een contactverbod uit te spreken, wel kan volstaan om de dwangsom te doen verbeuren. (*5)

37 De Wet van 30 oktober 1998 die 'stalking' (belaging) strafbaar maakt, kan slechts worden toegejuicht. (*6) Deze wet betekent nochtans niet dat de rol van de dwangsom op het terrein van belaging (harcèlement) uitgespeeld zou zijn. Integendeel, de

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

(*2) Arrondrb. 's-Gravenhage 26 maart 1970, *N.J.* 1972, nr. 165.

(*3) *In casu* ging het om een maatschappelijk werkster. De Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage (geciteerd in de vorige voetnoot) legt een dwangsom van 100 gulden per overtreding op, met een maximum van 5000 gulden.

(*4) A.W. JONGBLOED, *De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht*, a.w., 1991, 88.

(*5) H.R. 9 januari 1981, *N.J.* 1981, nr. 227.

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

praktijk leert dat sommige slachtoffers van belaging de ‘zachtere’ aanpak van een civiele procedure – en in het bijzonder de snelle aanpak van het kort geding – verkiezen boven de ‘hardere’ (en vooral tragere) strafrechtelijke weg.

Een beschikking van de Brusselse Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg van 16 december 1998 is om verschillende redenen meldenswaard. (*1) Het betrof een typische situatie van belaging. Een man die het einde van zijn relatie met een vrouwelijke bediende van een multinationale onderneming niet kon verwerken, sprak verschillende boodschappen in op het antwoordapparaat van de vrouw, waarin hij trachtte haar te doen geloven dat hij seropositief was. Tevens verstuurde hij een anonieme brief met scheldproza en een computerdiskette, naar een tiental collega’s van het slachtoffer werkzaam in de Belgische zetel van haar werkgever, alsmede naar verscheidene tientallen vestigingen van de onderneming verspreid over de hele wereld. De diskette bevatte een aantal pornografische taferelen, waarbij de belager door een computermanipulatie de gezichten van de vrouwelijke protagonisten had vervangen door het gezicht van zijn ex-vriendin. Tevens bevatte de diskette twee niet-getruceerde foto’s van de vrouw, gefotografeerd toen zij in betere tijden een bad nam ten huize van haar voormalige gezelschap.

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

Naast een goed voorbeeld van een contactverbod, is de besproken uitspraak ook interessant om een andere reden. De rechter verbindt een dwangsom aan een rechterlijk verbod, waarbij handelingen niet slechts in België, maar ook in het buitenland verboden worden. Een inbreuk begaan in het buitenland, kan aanleiding geven tot verbeurte van een dwangsom in België. (*2) In het bijzonder wanneer alle partijen Belg zijn en de eisende partij verbeurde dwangsommen slechts verhaalt op goederen in België, rijzen er geen bijzondere internationaal privaatrechtelijke problemen aangaande een verbod of gebod met internationale of zelfs wereldwijde werking uitgesproken door een Belgische rechter.

(*1) Voorz. Brussel 16 december 1998, A.R. 98/1852/C, *onuitg.*

(*2) *Cf. infra*, nr. 68 over de dwangsom in gevallen met een verband met het buitenland.

38 De problematiek van de veroordeling onder verbeurte van een dwangsom jegens personen wier identiteit niet bekend is, werd hoger reeds aangeraakt. (*1) In een beschikking op eenzijdig verzoekschrift legde de Luikse voorzitter verbod op aan eenieder om de toegang tot een school te versperren. (*2) De voorzitter oordeelde dat de stakers die de schoolpoorten met kettingen en hangsloten afsloten, zich schuldig maakten aan een ernstige aantasting van subjectieve rechten (recht op arbeid van de werkwillige leerkrachten, recht op onderwijs van de leerlingen), waaraan onmiddellijk een einde moest komen. (*3) Een dwangsom werd opgelegd, niettegenstaande de identiteit van de stakers op het moment van het uitspreken van de veroordeling niet bekend was. (*4)

Er bestaat nochtans rechtspraak in tegenovergestelde zin. (*5) De Arrondissementsrechtbank te Rotterdam legde in een verstekvonnis van 3 juni 1980 een bevel op aan een aantal bezetters zonder recht noch titel van zgn. kraakpanden om de panden te verlaten. De rechtbank overweegt dat een onbekend manspersoon die zich weigert te identificeren kan worden gedagvaard, omdat zulks voor de betekening aan de persoon geen onoverkomelijke problemen stelt. Ze weigert evenwel een dwangsom te verbinden aan haar veroordeling (die uitvoerbaar was met behulp van de openbare macht), op grond van de overweging dat voor de executie van de dwangsom de namen van de gedaagden wel essentieel zijn. Ofschoon het goed mogelijk is dat het in de concrete omstandigheden niet opportuun was een dwangsom op te leggen, verdient de motivering van deze uitspraak geen bijval. Uiteraard kunnen er aangaande de *executie* van de dwangsom (in de zin van een som geld) problemen van praktische aard ontstaan indien een onbekend manspersoon zich in strijd met een rechterlijk gebod in een bepaald pand bevindt, maar dit lijkt ons geen hinderpaal voor het *uitspreken* van een dwangsom (in de zin van een bijkomende veroordeling onder opschortende voorwaarde, ter ondersteuning van een rechterlijk gebod of verbod). Zelfs als de identiteit van de veroordeelde op het moment van het uitspreken van de veroordeling niet bekend is, kan niet worden uitgesloten dat deze later alsnog bekend raakt. Het gaat om een probleem dat op het ogenblik van de uitspraak relevantie mist en dat naderhand tijdens een executiegeschil kan worden opgelost.

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

(*1) *Cf. supra*, nr. 12.

(*2) Voorz. Rb. Luik 3 mei 1996, *J.L.M.B.* 1996, 802.

(*3) *Cf. supra*, nr. 12.

(*4) In dezelfde zin: Voorz. Rb. Nijvel 23 april 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1256; Voorz. Rb. Brussel 12 mei 1992, *J.T.T.* 1992, 412.

(*5) Arrondrb. Rotterdam 3 juni 1980, *N.J.* 1980, nr. 570.

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

Er bestaat geen algemene regel die zich verzet tegen het uitspreken van een dwangsom tegen onbekenden, in het bijzonder wanneer aan de volgende voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet het verbod of gebod opgelegd aan de onbekenden voldoende nauwkeurig omschreven zijn. Ten tweede moeten de verboden handelingen op zich, d.w.z. ook zonder dwangsom, kennelijk onrechtmatig zijn, althans wanneer het gaat om een verbod of gebod dat vanaf de betekening moet worden nageleefd. (*1) Ten derde moet de rechterlijke beslissing die een dwangsom oplegt, regelmatig betekend worden.

2. DE RECHTSPERSOON: PROBLEMATIEK VAN DE HULPPERSONEN

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

Ingeval een rechtspersoon een bevel wordt opgelegd om iets niet te doen (een verbod), moet de rechtspersoon in principe het nodige doen opdat het verbod wordt nageleefd. (*2) Mocht een hulppersoon een handeling stellen die op straffe van dwangsom verboden is (bv. een arbeider draait een kraan open waardoor giftig afval geloosd wordt), dan zal de rechtspersoon slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden kunnen ontsnappen aan de verbeurte van de dwangsom. Met name lijkt de rechtspersoon in een dergelijk geval te moeten aantonen dat de hulppersoon gehandeld heeft buiten de bediening waarvoor hij werd aangesteld en dit met de bedoeling zichzelf een persoonlijk voordeel te verschaffen of met het opzet de rechtspersoon te benadelen. Een bijkomend vereiste lijkt te zijn dat de rechtspersoon de kwestieuze gedraging redelijkerwijze niet heeft kunnen voorkomen. In zulke omstandigheden zou artikel 1385*quinquies* Ger. W. toepassing kunnen vinden, met opheffing of vermindering van de dwangsom als gevolg.

(*1) Het kan ook gaan om handelingen die iemand geboden worden (veroordeling om iets te doen), bv. een gebod aan activisten die zich aan een poort hebben vastgeketend, om de doorgang vrij te maken. In dat geval moet de niet-uitvoering van de geboden handelingen op zich kennelijk onrechtmatig zijn.

(*2) T.J. VAN DER PLOEG, 'Is een rechterlijk bevel of verbod met dwangsom tegen een rechtspersoon mogelijk in geval van onrechtmatige daden door zijn autonome organen?', *Nederlands Juristenblad* 1979, 684.

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

3. HET BESTUUR

40 Het lijkt geen twijfel dat de Staat en andere publiekrechtelijke rechtspersonen zowel een dwangsom kunnen vorderen alsook veroordeeld kunnen worden onder verbeurte van een dwangsom. (*1)

Aankankelijk hoorde men soms de mening in de (lagere) rechtspraak dat een dwangsom tegen het bestuur niet kon worden uitgesproken, omdat van het bestuur mocht worden verwacht dat het rechterlijke veroordelingen zou uitvoeren. (*2) Aldus doken soms overwegingen op zoals: 'Le prononcé d'une astreinte contre un pouvoir public est (...) inutile parce que, si les services publics centraux cessaient de s'incliner devant les décisions judiciaires, on ne vivrait plus dans le régime voulu par notre Constitution'. (*3) De praktijk heeft uitgewezen dat het bestuur als veroordeelde partij rechterlijke veroordelingen niet steeds loyaal uitvoert, zodat een dwangsom soms onmisbaar is. (*4)

De opvatting dat een dwangsom tegen het bestuur kan worden uitgesproken, wordt thans niet meer ernstig betwist. (*5) Rechterlijke uitspraken waarbij de overheid ver-

(*1) Benelux Hof 6 februari 1992, *R.W.* 1991-92, (1019), 1027, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN, *J.L.M.B.* 1992, 589, noot P. FRAIPONT en *N.J.* 1992, 353, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN.

(*2) M. STORME, noot onder Voorz. Rb. Gent 14 juli 1981, *R.W.* 1981-82, 691.

(*3) Voorz. Rb. Luik 31 januari 1989, geciteerd door G. RAVARANI, 'La responsabilité civile de l'état et des collectivités publiques', *Pasicrisie Luxembourgeoise* 1992, 270; vgl. Voorz. Rb. Brussel, 31 augustus 1989, *J.T.* 1990, 444.

(*4) K. BAERT, 'De dwangsom ook tegen de overheid' (noot onder Voorz. Rb. Gent 14 juli 1981), *R.W.* 1981-82, 695.

(*5) D. DEOM, 'Le recours à l'astreinte', in X. (ed.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, 458; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Faculté de droit, 1987, 599; W. HUGENHOLTZ en W.H. HEEMSKERK, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, 's-Gravenhage, Vuga, 1998, 319; J. LAENENS, *Ge-rechtelijk privaatrecht en bewijsrecht*, Antwerpen, U.I.A., 1989, 62; J. LINSMEAU, 'L'immunité d'exécution des pouvoirs publics', in X. (ed.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, 495; P. MARCHAL, *Les référés*, Brussel, Larcier, 1992, nr. 33, p. 67; I. MOREAU-MARGREVE, 'L'astreinte', *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 75; H. STEIN, Commentaar bij de artikelen 611a-611i ('Van dwangsom'), in X. (ed.), *Burgerlijke rechtsvordering*, Kluwer, 1991, losbl., 1306; M. STORME, 'Een revolutionaire hervorming: de dwangsom', *T.P.R.* 1980, 231, nr. 15.

oordeeld wordt onder verbeurte van een dwangsom zijn geen zeldzaamheid. (*1) De dwangsom is een nuttig instrument gebleken in de rechterlijke controle op de administratieve overheid. (*2)

De uitvoeringsimmunititeit van de overheid geldt niet voor de verbeurte van de dwangsom, aangezien dit indirecte executiemiddel enkel aanleiding geeft tot een betalingsverplichting van de overheid. (*3) Er is geen sprake van een directe vermogensaantasting. Het eigendomsrecht van de overheid blijft ongeschonden. De uitvoeringsimmuniteit van de overheid, zoals geregeld in artikel 1412bis Ger. W., kan slechts uitwerking hebben zodra een schuldeiser wenst over te gaan tot een aantasting van het vermogen van de overheid door het leggen van beslag, bijvoorbeeld om verbeurde dwangsommen in te vorderen. (*4)

4. DE PRESTATIE VAN EEN DERDE

41 Het komt voor dat een dwangsom wordt verbonden aan een uitspraak die van de veroordeelde verlangt een prestatie van een derde te bewerkstelligen. Een voorbeeld hiervan is het arrest van de Hoge Raad van 16 december 1977. (*5) Een groep krakers had in 1976 gebouwen van de Amro Bank in Amsterdam bezet. Na intensief speurwerk had de bank de identiteit van drie krakers achterhaald, die elk afzonderlijk in kort geding werden gedaagd. De discussie in cassatie had betrekking op de vraag of een dwangsom kan worden verbonden aan een bevel tot ontruiming opgelegd aan een persoon en 'de zijnen'. De Hoge Raad gaf een bevestigend antwoord op deze vraag. 'De zijnen' waren *in casu* de andere krakers die samen met de eiser tot cassatie hadden deelgenomen aan de zorgvuldig voorbereide kraakactie. De Hoge Raad overweegt dat de mogelijkheid dat de veroordeelde niet in staat zou blijken bij zijn ontruiming van de gekraakte gebouwen ook het heengaan van de zijnen te bewerkstelligen, niet verhindert dat een dwangsom wordt opgelegd. De afbakening van de

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

(*2) A. ALEN, *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Deurne, Kluwer, 1995, 721.

(*3) D. DEOM, 'Le recours à l'astreinte', in X. (ed.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, 458 en 460; J. LINSMEAU, 'L'immunité d'exécution des pouvoirs publics', in X. (ed.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, 496.

(*4) Zie over de uitvoeringsimmuniteit van de overheid in het algemeen: B. PEETERS, 'De immuniteit van de overheid tegen gedwongen uitvoering', in M. STORME (ed.), *Procederen in nieuw België en komend Europa*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 421.

(*5) H.R. 16 december 1977, *N.J.* 1978, nr. 561.

verantwoordelijkheid van de veroordeelde voor het doen en laten van de zijnen dient niet noodzakelijkerwijze plaats te vinden op het ogenblik van de uitspraak. (*1)

Rechtstechnisch valt op deze oplossing weinig aan te merken. Niettemin zou een meer praktische oplossing voor een dergelijk probleem erin bestaan dat geen bevel wordt opgelegd aan de nominatim bekende persoon en ‘de zijnen’, doch wel aan alle personen tegen wie het bevel (of verbod) in wezen gericht is (*in casu* alle krakers). Het gaat dan om een gebod of verbod gericht tegen onbekenden. (*2) Aldus vermijdt de eisende partij te stranden op de klip van de onmogelijkheid voor de nominatim bekende veroordeelde om aan de veroordeling te voldoen.

42 Ook mogelijk is dat aan een buiten het geding staande derde een bevel onder verbeurte van een dwangsom wordt opgelegd, bijvoorbeeld een bevel op grond van artikel 877 Ger. W. om bepaalde documenten over te leggen. (*3) Een bevel tot het afleggen van een verklaring van derde beslagene kan met een dwangsom worden afgedwongen. (*4)

Een typisch voorbeeld van een dwangsom opgelegd aan een derde, ligt voor wanneer aan een werkgever bevel wordt opgelegd om bepaalde documenten voor te leggen waaruit de inkomenssituatie blijkt van een werknemer, die verwickeld is in een echtscheidingsprocedure. (*5) Uiteraard moet de derde de mogelijkheid geboden worden zijn opmerkingen te formuleren, op grond van artikel 878 lid 2 Ger. W. (*6)

43 Uit het vorige randnummer blijkt dat het hebben van de hoedanigheid van derde, vreemd aan de procedure, niet volstaat om een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom uit te sluiten. (*7) Niettemin kan aan de notaris geen dwangsom worden opgelegd om een inventarisatie voort te zetten. (*8) De reden hiervoor is niet zozeer het feit dat de notaris een derde is, maar wel dat de rechter niet de bevoegdheid heeft de notaris tot inventarisatie te veroordelen. Bij weigering van de notaris om een inventarisatie voort te zetten, kan slechts in de vervanging door een andere notaris voorzien worden.

(*1) Voor meer details over het arrest van de Hoge Raad van 16 december 1977, zie: R.M. BLAAUW, ‘Verbod, bevel, dwangsom’, *T.P.R.* 1980, 985; F.J. DE VRIES, ‘Verbod, bevel en dwangsom’, *T.P.R.* 1983, 1349.

(*2) *Cf. supra*, nr. 38.

(*3) M. STORME, ‘Voorwoord. Dertig jaar leven met de dwangsom’, in *Tien jaar toepassing van de dwangsom*, a.w., 1991, 7; V. VAN HERREWEGHE, ‘Wasdom van de dwangsom’, *Rec. Arr. H.v.C.* 1994, 319.

(*4) J. LAENENS, ‘Proceduuraspecten’, in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 34.

(*5) A. KOHL, ‘Astreinte et production de documents dans le cadre de la fixation du montant d’une pension alimentaire’ (noot onder Rb. Luik 14 februari 1991), *J.L.M.B.* 1991, 974.

(*6) Rb. Luik 14 februari 1991, *J.L.M.B.* 1991, 974, noot A. KOHL.

(*7) Zie ook de verwijzingen bij: D. LINDEMANS, noot onder Benelux Hof 29 november 1993, *P. & B.* 1994, 9, noot 1 en 2.

(*8) Voorz. Rb. Gent 1 maart 1993, *T. Not.* 1994, 473, noot F. BLONTROCK.

5. HOOFDELIJKE SCHULDENAARS

44 Wanneer de rechter een hoofdelijke veroordeling uitspreekt, kan hij aan ieder van de veroordeelde partijen een dwangsom opleggen voor het geval niet aan de hoofdveroordeling wordt voldaan. (*1) BALLON bevestigt dat de ondeelbaarheid van de hoofdveroordeling niet tot gevolg heeft dat de accessoire veroordeling tot een dwangsom ondeelbaar zou worden. (*2) De dwangsom is *deelbaar* wat betreft de personen lastens wie zij kan worden opgelegd. Het gebruik van termen als deelbaar of ondeelbaar moet met de nodige voorzichtigheid geschieden, omdat de dwangsom *ondeelbaar* is wat de verbeurde bedragen betreft. (*3) Dit houdt in dat een kleine inbreuk niet slechts een gedeelte van het door de rechter uitgesproken bedrag kan doen verbeuren. (*4)

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

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

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

(*1) Benelux Hof 17 december 1998, *R.W.* 1998-99, 1071, concl. J. DU JARDIN.

(*2) G.L. BALLON, *Dwangsom*, a.w., 1980, nr. 174, p. 62.

(*3) E. DIRIX, 'Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom', in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Juris Falconis Libri, 1999, 51.

(*4) *Cf. infra*, nr. 79.

Het criterium volgens hetwelk de inbreukmakende partij zich in de invloedssfeer moet bevinden van de partij lastens dewelke uitvoeringsmaatregelen worden getroffen, is gesteund op het voorwaardelijk karakter van de dwangsom. Eenieder die onder verbeurte van een dwangsom wordt veroordeeld, moet de kans krijgen te ontsnappen aan de verbeurte van de dwangsom door een behoorlijke uitvoering van de hoofdveroordeling. Bij een hoofdelijke hoofdveroordeling om iets te doen, zal het vermelde criterium uitsluitel kunnen geven in gevallen waarin niet alle hoofdelijk veroordeelden in staat zijn de prestatie te verrichten, of wanneer ze hiervoor minstens de medewerking nodig hebben van andere hoofdelijk veroordeelden. Als daarentegen elk van de veroordeelden zelf de opgelegde prestatie kan bewerkstelligen, valt de inbreukmakende partij per definitie in de invloedssfeer van de partij lastens dewelke uitvoeringsmaatregelen worden getroffen, omdat in die situatie de inbreuk aan eenieder van de hoofdelijk veroordeelden kan worden toegerekend.

E. Aan welke veroordelingen kan een dwangsom (niet) worden verbonden?

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

45 Aan de meeste veroordelingen om iets te doen, iets te geven of iets na te laten kan een dwangsom worden verbonden. Het voorwerp van het rechterlijk verbod of gebod mag ook een recht betreffen waarop nog geen inbreuk is gemaakt, mits dat recht maar ernstig bedreigd is. (*1) Wat een verplichting tot niet doen inhoudt, en welke moeilijkheden de afdwingbaarheid in natura ervan met zich brengt, wordt treffend geïllustreerd door de Engelse zaak *Lumley v. Wagner*. (*2)

Johanna Wagner had zich ertoe verplicht om gedurende drie maanden op te treden in *Her Majesty's Theatre* te Londen, uitgebaat door Benjamin Lumley. De diva – hofcantatrice van de Pruisische koning en een nichtje van Richard – had zich er tevens toe verbonden gedurende die periode in geen ander theater te zingen. (*3) Niettegenstaande deze verplichting, sloot de diva een contract met Lumley's aartsrivaal Frederick Gye, directeur van de *Royal Italian Opera* in Covent Garden. Op vraag van (ex-advocaat) Lumley werd een verbod opgelegd aan de gevierde prima donna om elders dan in *Her Majesty's Theatre* te zingen. Lord Chancellor St. Leonards overwoog: 'It is true that I have not the means of compelling her to sing, but she has no

(*1) H.R. 4 maart 1938, *N.J.* 1938, nr. 948; H. OUDELAAR, *Recht halen – Inleiding tot het executie- en beslagrecht*, Deventer, Kluwer, 1987, 44. Voor een toepassing: Kh. Brussel 24 februari 1995, *Ing.-Cons.* 1995, 333, noot L. MULLER (zie de bespreking van dit vonnis *supra*, nr. 7 en *infra*, nr. 125).

(*2) [1852] 1 De Gex, M'Naghten & Gordon (in *English Reports*), (604), 619 en 42 *English Reports*, (687), 693, geciteerd door O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, Tübingen, Mohr, 1992, 174, noot 66.

(*3) Het contract bepaalde: 'Mademoiselle Wagner engages herself not to use her talents at any other theatre, nor in any concert or reunion, public or private, without the written authorization of Mr. Lumley.' (42 *English Reports*, 688). Interessante achtergrondinformatie over de protagonisten van deze zaak vindt men in: A.G. SALMON, 'A statue to a leading case', *The Solicitor's Journal* 1973, vol. 117, 160.

cause of complaint if I compel her to abstain from the commission of an act which she has bound herself not to do, and thus possibly cause her to fulfil her engagement'. (*1)

De zaak illustreert onder meer hoe een bevel tot onthouding gemakkelijker afdwingbaar is dan een verplichting om te doen. Vaststellen dat de diva zingt in een theater waar ze contractueel niet mag zingen, is eenvoudig. Als men haar onder verbeurte van een dwangsom verbiedt om elders te zingen, zal zij zich ervan onthouden elders te zingen, als de dwangsom maar hoog genoeg is. De diva verplichten om te zingen kan echter niet, zoals de Lord Chancellor terecht opmerkt. In wat volgt worden de voorwaarden onderzocht waaraan een verplichting moet voldoen opdat een dwangsom het gewenste resultaat zou kunnen bewerkstelligen.

46 Allereerst moet de prestatie opgelegd aan de veroordeelde mogelijk zijn, aangezien niemand tot het onmogelijke kan worden gehouden. (*2) Het adagium *ultra posse nemo tenetur* vindt in het dwangsomrecht op twee momenten toepassing. Allereerst bij het uitspreken van de veroordeling op straffe van dwangsom, aangezien de rechter geen verbod of gebod mag opleggen dat door de veroordeelde onmogelijk kan worden nageleefd. (*3) De dwangsom, als prikkel die de veroordeelde moet aansporen tot uitvoering in natura van zijn verplichting, verschilt wezenlijk van de schadevergoeding bij equivalent. Mocht de uitvoering in natura van een verbintenis niet meer mogelijk zijn, zal de debiteur enkel nog gehouden zijn tot vervangende schadevergoeding.

De wetgever voorzag in een aantal waarborgen om te vermijden dat een partij tot het onmogelijke zou worden veroordeeld. Krachtens artikel 1385bis derde lid, Ger. W. kan een dwangsom niet worden verbeurd voor de betekening van de uitspraak waarbij zij is vastgesteld. (*4) Aldus wordt vermeden dat de veroordeelde dwangsommen verbeurt ingevolge een veroordeling die hem niet bekend is of waarvan hem niet bekend is dat de partij die ze bekwam erop staat dat ze wordt uitgevoerd. Hoger werd reeds aangestipt dat een dwangsom ook bij verstek kan worden uitgesproken. (*5)

Een volgende waarborg ligt vervat in het laatste lid van artikel 1385bis Ger. W., krachtens hetwelk de rechter kan bepalen dat de veroordeelde pas na verloop van een zekere termijn de dwangsom zal kunnen verbeuren. De veroordeelde moet voldoende tijd worden gegund om een prestatie die enige tijd vergt behoorlijk te kunnen uitvoeren.

(*1) Geciteerd door O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, a.w., 1992, 174, noot 68.

(*2) F. GLANSDORFF, 'La législation de l'astreinte en droit belge: la loi du 31 janvier 1980 portant approbation de la Convention Benelux du 26 novembre 1973', *J.T.* 1980, 312; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, a.w., 1931, nr. 789, p. 88.

(*3) A.W. JONGBLOED, *De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht*, a.w., 1991, 66; I. MOREAU-MARGREVE, 'L'astreinte', *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 17-18.

(*4) Voor een toepassing: Cass. 10 maart 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, nr. 357, p. 650 (termijn van één jaar). Meer hierover *infra*, nrs. 105 e.v.

(*5) Kh. Antwerpen 5 januari 1994, *R.W.* 1994-95, 752; Arbrb. Bergen 4 december 1989, *J.L.M.B.* 1990, 682. *Cf. supra*, nr. 11.

ren. Belangrijk is dat de veroordeelde in elk geval over de nodige tijd moet beschikken om aan de verbeurte van de dwangsom te kunnen ontsnappen. Het afbreken van een wederrechtelijk opgericht bouwsel is een klassiek voorbeeld van een prestatie waarvoor de veroordeelde een bepaalde termijn moet worden gegund. (*1)

Een tweede moment waarbij tot uiting komt dat niemand tot het onmogelijke kan worden gehouden, is de regeling van artikel 1385*quinquies* Ger. W., op grond waarvan de rechter die een dwangsom heeft opgelegd, haar kan opheffen, opschorten of verminderen indien het voor de veroordeelde tijdelijk of definitief onmogelijk is geworden om aan de hoofdveroordeling te voldoen. (*2)

47 Het verbod of gebod opgelegd aan de veroordeelde moet voldoende nauwkeurig geformuleerd zijn, zodat hij precies weet waaraan zich te houden. Aldus is een gebod van de rechter ‘om een einde te maken aan verwarringstichtende nabootsing’, zonder precisering welke elementen verwarring veroorzaken, gedoemd om aanleiding te geven tot een betwisting voor de beslagrechter. (*3) Een verplichting om ‘binnen de gebruikelijke termijnen te leveren’ lijkt hetzelfde lot beschoren. (*4)

48 Een dwangsom kan slechts worden verbonden aan een veroordeling om iets te doen, iets te geven of iets niet te doen. Het ligt voor de hand dat geen dwangsom kan worden verbonden aan een vonnis waarin geen veroordeling vervat ligt. Aldus kan geen dwangsom worden verbonden aan een declaratoir vonnis. (*5) Hetzelfde geldt voor een akkoordvonnis. (*6)

Als de rechter daarentegen niet slechts akte neemt van een akkoord tussen partijen, doch daarenboven een of meerdere partijen, op vordering van een of meerdere andere partijen, onder verbeurte van een dwangsom veroordeelt om de bepalingen van het akkoord na te leven, spreekt hij geen akkoordvonnis in de strikte zin van het woord uit. Hij doet in dat geval meer dan akte nemen van het akkoord tot stand gekomen tussen de partijen. De rechter legt in dat geval een veroordeling op aan een of meer-

(*1) Het aanvangspunt van deze termijn kan in geen geval samenvallen met het ogenblik van de uitspraak. Deze termijn kan ten vroegste beginnen te lopen vanaf de betekening. Indien geen aanvangspunt werd vastgesteld, geldt de betekening als vertrekpunt. De termijn kan een aanvangspunt hebben dat na de betekening ligt, bijvoorbeeld het in kracht van gewijsde treden van de veroordeling (Gent 29 maart 1996, *T.G.R.* 1996, 42; Cass. 4 december 1990, *R.W.* 1991-92, 119, noot D. D’HOOGHE). Meer hierover *infra*, nrs. 105 e.v.

(*2) G.L. BALLON, *Dwangsom*, a.w., 1980, nr. 213, p. 76.

(*3) Beslagr. Brugge 22 november 1988, A.R. 46.093, 46.097 en 50.176, *onuitg.*, aangehaald door D. LINDEMANS, ‘Het bekomen van de dwangsom’, in C.I.E.A.U. (ed.), *Dix ans d’application de l’astreinte/Tien jaar toepassing van de dwangsom*, Brussel, Créadif, 1991, nr. 34, p. 70.

(*4) E. DIRIX, ‘Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom’, in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 49.

(*5) A.W. JONGBLOED, *De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht*, a.w., 1991, 89-91; H. STEIN, Commentaar bij de artikelen 611a-611i (‘Van dwangsom’), in X. (ed.), *Burgerlijke rechtsvordering*, Kluwer, 1991, losbl., 1302; S. N. VAN OPSTALL, ‘De dwangsom in het Nederlandse recht’, in VERENIGING VOOR DE VERGELIJKENDE STUDIE VAN HET RECHT VAN BELGIE EN NEDERLAND (ed.), *Jaarboek 1961-1962 – VIII*, Antwerpen, Zwolle, De Sikkell, Tjeenk Willink, s.d., 129.

(*6) G. DE LEVAL en J. VAN COMPERNOLLE, ‘Les problèmes posés par l’exécution de l’astreinte’ in *Dix ans d’application de l’astreinte*, a.w., 1991, 243.

dere (eventueel alle) partijen om iets te doen, iets te geven of iets niet te doen. (*1) Of de rechter ingaat op het verzoek van de partijen om een dwangsom uit te spreken, en volgens welke modaliteiten, blijft onderworpen aan zijn soevereine beoordelingsvrijheid.

De rechtbank die een echtscheiding door onderlinge toestemming toelaat, spreekt geen veroordeling uit en kan bijgevolg geen dwangsom opleggen. (*2)

Ook wanneer de rechter zijn exequatur verleent aan een buitenlands vonnis krachtens artikel 570 Ger. W. of aan een arbitrale beschikking krachtens artikel 1710 Ger. W., kan hij geen dwangsom opleggen indien zij niet in het buitenlandse vonnis of in de arbitrale beslissing vervat ligt. (*3)

Het verlenen van een exequatur houdt geen veroordeling in en het is de rechter niet toegestaan de betrokken beslissing uit te breiden. (*4) Hij kan slechts het exequatur verlenen of weigeren, of de gevolgen van de buitenlandse beslissing beperken. Aldus kan hij de dwangsom vervat in het buitenlandse vonnis opheffen of verminderen, of haar verbeurte aan een bijkomende gratietermijn onderwerpen. (*5)

49 Vanzelfsprekend zijn er situaties waarin het opleggen van een dwangsom geen zin heeft. Een artiest die zich ertoe verbindt iemands portret te schilderen voor een bepaalde datum, of een schrijver die zich ertoe verbindt het manuscript van zijn nieuwe roman bij zijn uitgever in te leveren voor een bepaalde datum, kunnen redelijkerwijze niet onder verbeurte van een dwangsom gedwongen worden zich te houden aan hun verbintenis. (*6)

Wetenschappelijke of artistieke prestaties kunnen in principe niet onder verbeurte van een dwangsom worden afdgedwongen. Dit principe ligt in sommige landen uitdrukkelijk in de wetgeving vervat. Krachtens artikel 829-A van de Portugese Código civil zijn handelingen die een bijzondere wetenschappelijke of artistieke vaardigheid veronderstellen uit het toepassingsgebied van de dwangsom uitgesloten. (*7) MALAURIE en AYNES halen het respect voor de artistieke vrijheid aan als grondslag voor de uitsluiting van de dwangsom ter afdwinging van artistieke prestaties. (*8) Een meer pragmatische grondslag is nochtans voorhanden. De dwangsom dreigt haar doel, nl. de bevordering van de behoorlijke naleving van rechterlijke uitspraken, te

(*1) Vergelijk: J. LAENENS, 'Procedureaspecten', in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 32-33.

(*2) G. DE LEVAL, 'L'exécution et la sanction des décisions judiciaires en matière familiale', in X. (ed.), *L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial*, Brussel, Bruylant, 1984, 906; P. SENAËVE, *Handboek van familieprocesrecht*, Leuven, Acco, 1988, 357.

(*3) G. DE LEVAL, 'Reconnaissance et exécution dans la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968', *Act. dr.* 1994, 80; G. DE LEVAL en J. VAN COMPERNOLLE, 'Les problèmes posés par l'exécution de l'astreinte' in *Dix ans d'application de l'astreinte*, a.w., 1991, 241-242.

(*4) G. DE LEVAL, 'Reconnaissance et exécution dans la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968', *Act. dr.* 1994, 80; I. MOREAU-MARGREVE, 'L'astreinte', *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 60.

(*5) P. MOREAU, 'De l'exequatur et des causes de préférence', *Act. dr.* 1995, 404-405.

(*6) A.W. JONGBLOED, *De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht*, a.w., 1991, 69.

(*7) Aangehaald door O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, a.w., 1992, 171.

(*8) P. MALAURIE en L. AYNES, *Cours de droit civil – Les obligations*, Parijs, Editions Cujas, 1985, nr. 640, p. 454.

missen indien zij wordt verbonden aan veroordelingen die de uitvoering in natura gebieden van een verbintenis om een artistiek of wetenschappelijk werk te vervaardigen. De veroordeelde zou immers, om aan verbeurte van de dwangsom te ontsnappen, een werk kunnen voortbrengen waarvan de artistieke of wetenschappelijke waarde niet alleen twijfelachtig is, doch tevens onmogelijk te beoordelen door de rechter. Dit zou de geloofwaardigheid van de instelling van de dwangsom niet ten goede komen.

Een verklaring voor de onmogelijkheid om een dwangsom te verbinden aan artistieke of wetenschappelijke prestaties is dat het hier gaat om prestaties die bijzondere vaardigheden van de schuldenaar vergen die niet uitsluitend van zijn wil afhankelijk zijn. (*1) Dit laatste criterium kan in twijfelgevallen hulp bieden om uit te maken of het wel degelijk gaat om een wetenschappelijke of artistieke prestatie. Ambachtelijke prestaties, zoals het herstellen van een dak, kunnen ongetwijfeld onder verbeurte van een dwangsom worden afgedwongen. Bij dergelijke prestaties is het mogelijk om vast te stellen of de veroordeelde naar behoren aan zijn verplichting heeft voldaan. Een overtreding van een bevel om een dak te herstellen binnen een bepaalde termijn kan makkelijk worden vastgesteld (het regent nog steeds binnen). De overtreding daarentegen van een verplichting om een portret te schilderen, een handboek te schrijven of een opera te zingen, is in bepaalde gevallen eenvoudig vast te stellen (er is geen begin van uitvoering van de prestatie), maar in andere gevallen zal het onmogelijk zijn om te beoordelen of de verplichting behoorlijk werd uitgevoerd (het portret mist expressie, het handboek is oppervlakkig, de diva zingt zonder overtuiging).

De uitsluiting van artistieke prestaties moet strikt worden geïnterpreteerd. Aldus is het wel denkbaar dat een technisch tekenaar verplicht wordt onder verbeurte van een dwangsom de plannen van een gebouw binnen een bepaalde (redelijke) termijn af te werken, of dat een aannemer onder verbeurte van een dwangsom veroordeeld wordt bepaalde werken aan een gebouw af te werken of uit te voeren. (*2) De architect kan daarentegen niet verplicht worden een gebouw te ontwerpen, aangezien dit een prestatie is die artistieke creativiteit veronderstelt die niet louter van zijn wil afhankelijk is (de architect kan niet worden gedwongen een geslaagd ontwerp te maken).

De uitsluiting van een dwangsom ter afdwinging van wetenschappelijke prestaties gaf voornamelijk aanleiding tot rechtspraak in zaken tegen juristen. Lord Chancellor ELDON overwoog in de zaak *Clarke v. Price*: 'I have no jurisdiction to compel Mr. Price to write [law] reports for the plaintiffs.' (*3) Het Oberlandesgericht te Frankfurt am Main oordeelde dat de verplichting om een persklaar manuscript af te leveren voor een commentaar bij een aantal wetsartikelen, niet onder verbeurte van een dwangsom kan worden afgedwongen, aangezien deze prestatie een bijzondere wetenschappelijke

(*1) L. ROSENBERG, H. GAUL en E. SCHILKEN, *Zwangsvollstreckungsrecht*, München, Beck, 1997, 973.

(*2) I. MOREAU-MARGREVE, 'L'astreinte', *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 68.

(*3) [1819], 2 Wilson, Chancery, (in *English Reports*), 157 en 37 *English Reports*, 270, geciteerd door O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, Tübingen, Mohr, 1992, 172, noot 52.

vaardigheid veronderstelt, waarvan het voorliggen niet kan worden vastgesteld. (*1) Om dezelfde reden kan een arts niet worden gedwongen een ingreep onder verbeurte van een dwangsom uit te oefenen. Of een ingreep goed is uitgevoerd, lijkt immers in vele gevallen aanleiding te kunnen geven tot dermate grote onzekerheid, dat een dwangsom meer problemen zou veroorzaken dan oplossen. Ook een advocaat kan nooit onder verbeurte van een dwangsom verplicht worden zijn cliënt bijstand te verlenen.

De loutere afgifte van een reeds voltooid artistiek of wetenschappelijk werk, is geen artistieke of wetenschappelijke prestatie, zodat een dwangsom in principe mogelijk is. (*2)

50 De rechter oordeelt soeverein of het uitspreken van een dwangsom opportuun is. (*3) De vraag of men staat voor een geval waar het opleggen van een dwangsom niet zinvol zou zijn, vormt een onderdeel van de opportuniteitsbeoordeling.

Bij de algemene opportuniteitsbeoordeling kan de rechter zich slechts laten leiden door de concrete omstandigheden van het geval. Bij de beoordeling van de meer bijzondere vraag of het verbinden van een dwangsom aan een bepaald soort veroordeling zinvol is of niet, kan het volgende criterium houvast bieden. Een prestatie waarvan het resultaat niet kan worden beoordeeld op grond van objectieve (d.w.z. algemeen aanvaarde) maatstaven van goed vakmanschap, maar slechts volgens subjectieve waardeoordelen, kan in principe niet door middel van een dwangsom worden afgedwongen. Gelet op het ruime toepassingsgebied van de dwangsom en het uitzonderlijk karakter van veroordelingen waaraan geen dwangsom kan worden verbonden, lijkt het aangewezen om in geval van twijfel te besluiten dat een dwangsom mogelijk is. (*4) Dit volstaat nog niet om te besluiten dat een dwangsom in een bepaalde casus ook opportuun is.

51 Bij de beoordeling van de vraag of een dwangsom kan worden opgelegd, dient men geen rekening te houden met de omstandigheid dat rechtstreekse gedwongen uitvoering van de hoofdveroordeling al dan niet mogelijk is. Het doel van de dwangsom is de rechtstreekse uitvoering van de verbintenissen te waarborgen, ook in de gevallen waarin de rechtstreekse gedwongen uitvoering niet mogelijk is. (*5) De verplichting van de aannemer om een dak te herstellen is bijvoorbeeld niet vatbaar voor rechtstreekse gedwongen uitvoering, maar zij kan wel met een dwangsom kracht worden

(*1) Oberlandesgericht Frankfurt am Main 20 december 1912, *Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts*, jaargang 29, 251, geciteerd door O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, Tübingen, Mohr, 1992, 173.

(*2) Vgl. O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, a.w., 1992, 174.

(*3) *Cf. supra*, nr. 7.

(*4) M. STORME, 'Les astreintes', in A. FETTWEIS en E. GUTT (ed.), *Les voies conservatoires et d'exécution – bilan et perspectives*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1982, nr. 6, p. 197.

(*5) G. D'HOORE, concl. voor Benelux Hof 29 november 1993, *R.W.* 1993-94, (705), 707.

bijgezet. Er is in zo'n geval geen sprake van dwang op de persoon, aangezien de schuldenaar enkel indirect, via de dreiging van een aantasting van zijn vermogen, tot uitvoering van de hoofdveroordeling wordt geprikkeld.

Het Benelux Gerechtshof heeft bevestigd dat de omstandigheid dat de hoofdveroordeling niet vatbaar is voor tenuitvoerlegging door rechtstreekse executie met behulp van de sterke arm, niet eraan in de weg staat dat zij kracht wordt bijgezet door een dwangsom. (*1) Omgekeerd vormt het ter beschikking staan van directe executiemiddelen geen hinderpaal voor het opleggen van een dwangsom. (*2) Een dwangsom kan er toe bijdragen dat de partij die de veroordeling bekwam, gespaard blijft van de bijkomende onzekerheid, moeite en kosten als gevolg van de aanwending van een rechtstreeks executiemiddel. (*3) De rechter kan in eenzelfde beslissing een dwangsom opleggen en machtiging verlenen om een beroep te doen op de openbare macht. (*4)

52 Een opmerking past nog aangaande de veroordelingen waarbij iemand een bevel wordt opgelegd om een rechtshandeling uit te voeren binnen een bepaalde termijn, bij het verstrijken waarvan de uitspraak zal gelden als titel. Een klassiek voorbeeld hiervan is de uitspraak die de opheffing van een beslag beveelt binnen een bepaalde termijn, bij gebreke waarvan de beslissing zelf zal gelden als titel tot opheffing. In principe kan aan een dergelijke veroordeling wel een dwangsom worden verbonden, maar in de praktijk zal dit meestal niet nuttig zijn, aangezien de uitspraak zelf het beoogde resultaat bewerkstelligt, zonder medewerking van de veroordeelde partij. De beslagrechter te Verviers weigert in een uitspraak van 2 juni 1995 in te gaan op een verzoek om een dwangsom te verbinden aan een gebod om een beslag op te heffen, omdat het vonnis als handlichting zou gelden indien de veroordeelde niet binnen acht dagen na de betekening van het vonnis de formaliteiten van de handlichting vervuld heeft. (*5) De toegevoegde waarde van een dwangsom zou hier inderdaad gering zijn. (*6)

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

(*2) Luik 25 september 1985, *J.L.* 1986, 465, noot F. CLOSE; Antwerpen 24 december 1982, *R.W.* 1982-83, 227, noot G.L. BALLON; D. LINDEMANS, 'Het bekomen van een dwangsom', in *Tien jaar toepassing van de dwangsom, a.w.*, 1991, nr. 38, p. 72.

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

(*4) Voorz. Rb. Luik 18 juni 1998, *J.T.T.* 1998, 447.

(*5) Beslagr. Verviers 2 juni 1995, *Act. dr.* 1996, 178.

(*6) Zie ook *supra*, nr. 13.

2. DE DWANGSOM IN HET FAMILIERECHT

53 De dwangsom kan in het familierecht een bijzonder doeltreffend middel zijn om een veroordeelde partij tot nakoming van haar verplichting aan te sporen. (*1) Met name kan een dwangsom nuttig zijn om een ex-echtgenoot ertoe aan te zetten een omgangsregeling na te leven. (*2) Het weghalen van een kind bij een onwillige ouder met behulp van de openbare macht – voor de invoering van de dwangsom het enige middel om een omgangsregeling af te dwingen – kan dankzij het instituut van de dwangsom zo veel mogelijk worden beperkt. Een dwangsom is voor het kind moreel allicht minder ingrijpend dan weghaling door de openbare macht. PLANIOL en RIPERT achtten het ingrijpen door de openbare macht ‘plus brutal que l’astreinte’. (*3) Verbeurde dwangsommen komen daarenboven ten volle toe aan de partij die de veroordeling heeft verkregen, zodat er vanuit financieel opzicht evenmin een nadeel is voor het kind. De verbeurde van een dwangsom veroorzaakt hier slechts een verschuiving van een deel van het patrimonium van de ene ouder naar dat van de andere ouder, zodat de som van de beide patrimonieën die instaan voor de opvoeding en verzorging van het kind ongeveer gelijk blijft (behoudens de kosten van de procedure).

Bij de bespreking van de dwangsom in het familierecht wordt vooral aandacht besteed aan de uitvoering van een omgangsregeling. Inderdaad, bij vele andere verplichtingen uit het familierecht zal een dwangsom (naar hedendaagse opvattingen) ondenkbaar of niet wenselijk zijn. De verplichting tot huwelijkstrouw en de verplichting tot samenwoning (waaronder in het oude Nederlandse Burgerlijk Wetboek de verplichting van de vrouw ‘tot bewilling van haren man’ begrepen was (*4)), kunnen niet met behulp van een dwangsom worden afgedwongen. (*5) Dat zou op onaanvaardbare wijze afbreuk doen aan de morele en fysieke integriteit van de persoon. De miskennis van huwelijksverplichtingen van morele, seksuele of immateriële aard kan in het huidige recht slechts een grond tot echtscheiding opleveren. (*6) In Duitsland ligt dit principe zelfs in de wet vevat. Het *Zwangsgeld* (vgl. dwangsom) en de

(*1) V. POULEAU, ‘Astreinte et droit familial’, *J.T.* 1987, 201; J.-L. RENCHON, ‘L’astreinte et le droit de la famille’, in C.I.E.A.U. (ed.), *Dix ans d’application de l’astreinte*, Brussel, Créadif, 1991, 149; J.-L. RENCHON, ‘Le recours à l’astreinte dans les relations familiales’, *Rev. trim. dr. fam.* 1986, 304.

(*2) Rb. Verviers 30 juni 1982, *J.L.* 1983, 51, noot G. DE LEVAL; M. STORME en B. DECONINCK, ‘Bevoegdheids- en procedureperikelen in familierechtelijke geschillen’, *T.P.R.* 1985, (89), 139.

(*3) M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, deel II, a.w., 1926, nr. 372, p. 294.

(*4) J. DE BOER, *Personen- en familierecht*, in *Asser-Serie*, Deventer, Tjeenk Willink, 1998, 155.

(*5) J. DE BOER, *Personen- en familierecht*, in *Asser-Serie*, Deventer, Tjeenk Willink, 1998, 158-159. *Contra*: M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, deel II, a.w., 1926, nr. 371, p. 293. Deze auteurs meenden nog dat ‘à l’heure actuelle, l’astreinte est le moyen le plus normal employé pour forcer un mari à recevoir sa femme ou une femme à revenir chez son mari.’

(*6) G. BAETEMAN, *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, Deurne, Kluwer, 1993, 402.

Zwangshaft (vgl. lijfswang of gijzeling, in België afgeschaft bij de invoering van de dwangsom) kunnen luidens paragraaf 888 van de *Zivilprozeßordnung* niet worden opgelegd ‘zur Herstellung des ehelichen Lebens’. (*1)

Eertijds was het anders. Het Hof van Cassatie overwoog in een arrest van 9 januari 1879 dat door het afsluiten van een huwelijksovereenkomst ‘la femme s’oblige à cohabiter avec son mari et à le suivre partout où il juge à propos de résider; (...) que si, sans motifs légitimes, elle se refuse à habiter le domicile conjugal, le mari peut exercer contre elle un recours en justice (...); que le juge saisi, comme dans l’espèce, d’une telle demande, et qui prononce une peine par jour de retard, ne fait en réalité que déterminer l’indemnité due à raison du dommage qu’entraîne pour le mari l’inexécution de la sentence’. (*2) Dit standpunt geldt thans als verlaten. (*3)

54 In wat volgt worden de bijzonderheden besproken verbonden aan de toepassing van een dwangsom tot nakoming van een omgangsregeling. In een arrest van 14 november 1991 legt het Hof van Beroep te Bergen een omgangsregeling op waarbij de ex-echtgenote veroordeeld wordt onder verbeurte van een dwangsom van 25.000 frank indien zij de regeling niet naleeft. (*4) Het Hof overweegt dat het passend zou zijn ook een dwangsom uit te spreken voor het geval de vader van de drie kinderen zijn verplichtingen niet zou uitvoeren, doch dit was niet mogelijk aangezien de moeder zulks niet gevorderd had en de rechter geen dwangsom ambtshalve kan uitspreken. (*5) De praktische uitwerking van de omgangsregeling werd in deze casus bemoeilijkt door het feit dat de moeder met de drie kinderen naar Spanje verhuisd was.

Een ouder kan niet onder verbeurte van een dwangsom verplicht worden om zijn kinderen bij zich te ontvangen. Wel mogelijk is dat een ouder onder verbeurte van een dwangsom verplicht wordt te dulden dat de andere ouder zijn rechten ingevolge een omgangsregeling uitoefent. De verplichting mee te werken aan de uitoefening van het omgangsrecht door de andere ouder kan eveneens aanleiding geven tot een dwangsom. Het gegeven dat sommige aspecten van een omgangsregeling met een dwangsom kunnen worden afgedwongen, neemt niet weg dat de rechter behoedzaam tewerk dient te gaan. Bij het afdwingen van het recht op persoonlijk contact met het kind, moet het belang van het kind en de wens om de opvoeding van het kind te doen slagen ’s rechters centrale bekommernis zijn.

Op grond van artikel 203 van het Burgerlijk Wetboek zijn de ouders aan hun kinderen levensonderhoud, opvoeding en een passende opleiding verschuldigd. In de rechtspraak wordt soms overwogen dat de verplichtingen van artikel 203 niet

(*1) Deze bepaling verhindert niet dat *Zwangsgeld* kan worden verbonden aan een veroordeling van een ‘verstoorder van het echtelijke leven’ (een *Ehestörer*) om de echtelijke woonst te verlaten of niet meer te betreden; cf. L. ROSENBERG, H. GAUL en E. SCHILKEN, *Zwangsvollstreckungsrecht*, a.w., 1997, 973.

(*2) Cass. 9 januari 1879, *Pas.* 1879, I, 50.

(*3) MALAURIE en AYNES bevestigen dat een dwangsom niet mogelijk is om echtelijke verhoudingen te regelen (P. MALAURIE en L. AYNES, *Cours de droit civil – Les obligations*, Parijs, Editions Cujas, 1985, nr. 640, p. 454).

(*4) Bergen 14 november 1991, *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 121.

(*5) Bergen 14 november 1991, *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 131.

volbracht kunnen worden zonder regelmatig persoonlijk contact met de kinderen. Bijgevolg, aldus de Nijvelse voorzitter in een beschikking van 8 februari 1989, moet het bezoekreht zoals dit vaak genoemd werd (thans is de term omgangsrecht gebruikelijker), eigenlijk als een bezoekplicht worden opgevat. (*1) De voorzitter oordeelt dat er geen redenen zijn om aan te nemen dat de vader zich aan zijn zgn. bezoekplicht wil onttrekken, zodat het opleggen van een dwangsom niet opportuun voorkomt.

De motivering van deze beschikking is problematisch. Immers, de verplichtingen van de ouder zoals neergelegd in artikel 203 B.W., kunnen uit hun aard zelf bezwaarlijk middels een dwangsom worden afgedwongen, om vergelijkbare redenen als bij de uitsluiting van prestaties waarvan het resultaat niet op grond van objectieve maatstaven kan worden beoordeeld. (*2) Het omgangsrecht is wel degelijk een recht en geen verplichting in juridische zin. De overweging van de voorzitter te Nijvel, dat 'le droit de visite (...) s'identifie en réalité à un devoir de visite', maakt gebruik van de term 'devoir' en niet van 'obligation'. (*3) Het gaat eigenlijk om een morele plicht, niet om een juridisch afdwingbare verplichting.

Men zou kunnen opwerpen dat het adagium *nemo praecise cogi potest ad factum* zich terzake verzet tegen een veroordeling op straffe van dwangsom. Men dient echter de juiste draagwijdte van dit adagium voor ogen te houden. Het beginsel *nemo praecise...* sluit slechts directe fysieke dwang op de persoon uit, zodat dit beginsel een veroordeling onder dwangsom niet kan doorkruisen. (*4) Het nut van de dwangsom ligt er precies in dat uitvoering in natura verkregen wordt, in gevallen waarin de eisende partij zonder indirect executiemiddel genoeg zou moeten nemen met vervangende schadevergoeding.

Een aannemer kan niet rechtstreeks (d.w.z. zonder zijn medewerking) gedwongen worden om een huis af te werken, zoals wel een milieuactivist kan worden gedwongen een bedrijfsterrein te verlaten (verwijdering door de openbare macht). De dwang in het laatste voorbeeld houdt niet in dat een prestatie van de milieuactivist wordt verlangd. Hij kan door de openbare macht van het bedrijfsterrein worden verwijderd zonder zijn medewerking of instemming. De dwangsom houdt geen directe dwang in, maar stelt de veroordeelde aannemer voor de keuze: ofwel werkt u de woning af, ofwel vindt er een aantasting van uw vermogen plaats. Die vermogensaantasting moet voldoende ernstig zijn, opdat de aannemer voor het eerste alternatief zou kiezen. Welnu, in het familierecht kan een persoon niet worden aangespoord om een kind op te voeden, zoals de aannemer wel kan worden aangespoord om een huis af te werken. Het belang van het kind verzet zich er tegen dat het zou dienen te vertoeven bij een persoon die dat liever niet wil, zelfs al acht die persoon het gezelschap van het kind verkieslijker dan de verbeurte van een dwangsom.

(*1) Voorz. Rb. Nijvel 8 februari 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 244.

(*2) Zie hierover *supra*, nr. 50, over wetenschappelijke en artistieke prestaties.

(*3) Voorz. Rb. Nijvel 8 februari 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 246.

(*4) P. WERY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Brussel, Kluwer, 1993, nr. 59, p. 79.

Hierboven werd reeds uiteengezet dat een dwangsom in principe niet kan worden opgelegd indien er sprake is van een prestatie waarvan het resultaat niet kan worden beoordeeld op grond van objectieve maatstaven van goed vakmanschap, maar slechts volgens subjectieve waardeoordelen. (*1) Het opvoeden van (of het onderhouden van contact met) een kind is bij uitstek een prestatie die door dit criterium wordt uitgesloten.

55 De uitvoerige rechtspraak betreffende de dwangsom in het familierecht, duidt erop dat er in dit domein soms sprake is van aarzeling of onzekerheid. Dit hangt voornamelijk samen met de delicate aard van de opgelegde verplichtingen. De besproken Nijvelse uitspraak waarin het verbinden van een dwangsom aan een ‘plicht’ om een kind te bezoeken of bij zich te ontvangen, principieel mogelijk doch *in casu* niet opportuun wordt geacht, is een illustratie van deze aarzeling. De loutere overweging dat de dwangsom in het familierecht wel mogelijk is, zoals bevestigd door het Benelux Gerechtshof in zijn arrest van 11 mei 1982 (*2), doch dat behoedzaamheid aangewezen is, lijkt onvoldoende houvast te bieden. Het is aangewezen de door de rechtspraak gehanteerde criteria nader te onderzoeken.

56 Bij de verdere bespreking van de rechtspraak terzake worden de volgende uitgangspunten gehanteerd: (i) het belang van het kind dient centraal te staan; (ii) een dwangsom kan principieel worden verbonden aan verplichtingen waarvan de uitvoering door de openbare macht denkbaar is; (iii) een dwangsom is niet wenselijk om prestaties af te dwingen die bij de veroordeelde een bijzondere affectieve gezindheid veronderstellen dewelke noodzakelijk is voor de behoorlijke verrichting van de prestatie.

Op grond van deze uitgangspunten kan een dwangsom worden verbonden aan de verplichting opgelegd aan een ouder om het omgangsrecht van de andere ouder te eerbiedigen. Het eerbiedigen van het omgangsrecht van de andere ouder gaat uit van de veronderstelling dat het in de concrete omstandigheden in het belang van het kind is met beide ouders contact te onderhouden (dit veronderstelt de uitgesproken wens van beide ouders om contact met het kind te houden). Het dulden dat de andere ouder zijn omgangsrecht uitoefent impliceert geen handelingen dewelke slechts behoorlijk kunnen worden uitgeoefend wanneer een bijzondere affectieve gezindheid aanwezig is. Als het gaat om een situatie waarbij de verplichting theoretisch kan worden afgedwongen door de openbare macht, staat men a fortiori voor een prestatie die geen bijzondere affectieve gezindheid veronderstelt. (*3) Een omgangsrecht van de andere ouder kan bijgevolg worden afgedwongen met een dwangsom, in tegenstelling tot een

(*1) *Cf. supra*, nr. 50.

(*2) Benelux Hof nr. A 81/6, 11 mei 1982, *N.J.* 1983, nr. 613, concl. F. DUMON en Benelux Hof nr. A 81/3, 11 mei 1982, *Rev. trim. dr. fam.* 1982, 319 en *N.J.* 1983, nr. 610.

(*3) Zie bv.: Voorz. Rb. Brussel 19 september 1995, *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 431 (schoolverandering zonder instemming van de andere ouder).

‘omgangsverplichting’. Ten eerste is een omgangsverplichting o.i. slechts een morele plicht, niet rechtens afdwingbaar, en ten tweede veronderstelt de behoorlijke uitoefening hiervan een affectieve gezindheid die niet in het leven wordt geroepen door het loutere feit dat de veroordeelde zou verkiezen de verbeurte van een dwangsom te vermijden.

57 In een volgende paragraaf, betreffende de verhouding tussen de dwangsom en de menselijke waardigheid, wordt uiteengezet dat in het algemeen een dwangsom niet mag worden opgelegd indien zij ertoe strekt een prestatie af te dwingen waarvan de uitvoering kennelijk zou indruisen tegen de morele, religieuze, artistieke, wetenschappelijke of filosofische overtuigingen van de veroordeelde. (*1) Het geval van de schoolverandering toont aan dat dit criterium, in het bijzonder in het familierecht, geen absolute gelding heeft. Hoewel dat niet uit de beschikking van de Brusselse voorzitter blijkt – als reden van de schoolverandering wordt de grote afstand vermeld – zijn situaties denkbaar waarin de ouders het kind willen plaatsen in een school van een andere levensbeschouwelijke gezindheid. Mocht in een dergelijke situatie aan de vader een gebod worden opgelegd zijn kind elke ochtend naar een bepaalde school te brengen, zou dit een handeling kunnen uitmaken die kennelijk indruist tegen zijn levensbeschouwelijke overtuigingen. In een dergelijk geval primeert niet het respect voor de overtuiging van de vader, doch wel het belang van het kind. (*2) Bij twijfel over wat het belang van het kind vereist, kan de rechter zich laten leiden door het advies van een deskundige.

3. HET AFLEGGEN VAN EEN EED

58 Er bestaat een vrij uitvoerige rechtspraak over de vraag of een dwangsom kan worden verbonden aan de verplichting om een eed af te leggen. De Hoge Raad oordeelde in een arrest van 18 mei 1979 dat een dwangsom kan worden gekoppeld aan de verplichting om te getuigen. (*3) De betrokken persoon, een journalist, kon zich volgens de Hoge Raad niet op zijn gewetensnood beroepen om te weigeren (in een burgerlijke zaak) een getuigenis af te leggen. In een annotatie onder het arrest wordt de gekozen oplossing bekritiseerd. De annotator meent dat de dwangsom een ondoelmatig middel is om een getuige tot spreken te dwingen, laat staan hem de gehele waarheid en niets dan de waarheid te doen zeggen. (*4) Ook JONGBLOED meent dat eerlijkheid zich niet onder verbeurte van een dwangsom laat afdwingen. (*5)

De gepubliceerde Belgische beslissingen terzake hebben betrekking op de weigering om de eed af te leggen in het kader van een boedelbeschrijving (art. 1183 Ger.

(*1) Cf. *infra*, nr. 60. Zie ook: A.W. JONGBLOED, *De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht*, a.w., 1991, 30.

(*2) Zie over dit begrip: E. DE KEZEL, ‘Het begrip «het belang van het kind»’, *R.W.* 1998-99, 1163.

(*3) H.R. 18 mei 1979, *N.J.* 1980, nr. 213.

(*4) W.H.H., noot onder H.R. 18 mei 1979, *N.J.* 1980, nr. 213.

(*5) A.W. JONGBLOED, *De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht*, a.w., 1991, 59.

W.). (*1) De lagere rechtspraak oordeelde overwegend dat een dwangsom kan worden verbonden aan de verplichting om de eed af te leggen in handen van de notaris in het kader van een boedelbeschrijving. (*2) De rechtspraak in die zin werd veelal gesteund op de overweging dat een wettelijke verplichting geen zin heeft als er geen middel voorhanden is om haar af te dwingen. (*3) Sommige rechters plachten nochtans twijfels te uiten aangaande de vraag of een dwangsom hier mogelijk is. (*4)

Aan deze twijfel kwam een einde door het arrest van het Benelux Gerechtshof van 29 november 1993. (*5) Het Hof verklaarde voor recht dat een rechterlijk bevel om de bij artikel 1183, 11° Ger. W. bedoelde eed af te leggen, een hoofdveroordeling uitmaakt in de zin van de eenvormige Beneluxwet op de dwangsom. Het Hof verklaarde eveneens voor recht dat de notaris die de in de artikelen 1175 tot 1184 Ger. W. bedoelde akte van boedelbeschrijving verlijdt en die zich met toepassing van artikel 1184 Ger. W. tot de vrederechter heeft gewend, omdat hij geconfronteerd wordt met een weigering om de eed af te leggen, moet worden beschouwd als één der partijen als bedoeld in artikel 1385bis Ger. W., op wier vordering een dwangsom kan worden uitgesproken. (*6)

4. HET BEVEL TOT PERSOONLIJKE VERSCHIJNING

59 Het Hof van Cassatie oordeelde in een berucht arrest van 18 februari 1988 dat een bevel tot persoonlijke verschijning niet kan worden afgedwongen onder verbeurte van een dwangsom. (*7) Vooraf weze wel vermeld dat sommige auteurs – terecht – opmerken dat dit alleenstaand arrest van het Hof van Cassatie ingevolge het arrest van het Benelux Gerechtshof van 29 november 1993 als verlaten moet worden beschouwd. (*8)

In de zaak die aanleiding gaf tot het cassatiearrest van 18 februari 1988, werd een partij in het kader van voorlopige maatregelen in een echtscheidingsprocedure een bevel tot persoonlijke verschijning opgelegd, onder verbeurte van een globale (eenmalige) dwangsom van twintig miljoen (*sic!*) frank. Aangezien de artikelen 996 en 1046 van het Gerechtelijk Wetboek bepalen dat een bevel tot persoonlijke verschij-

(*1) Voor een overzicht zie: J.-L. LEDOUX, noot onder Vred. Fosses-la-Ville 18 juli 1996, *Rev. not. b.* 1996, 459.

(*2) Rb. Hasselt 29 november 1993, *T. Not.* 1994, 471; Vred. Izegem 30 september 1992, *T. Not.* 1993, 112, verwijzende noot; Vred. Brugge 7 september 1989, *T. Not.* 1991, 217; Vred. Kortrijk 27 januari 1988, *T. Not.* 1988, 94; Vred. Westerlo 2 april 1986, *R.W.* 1986-87, 604.

(*3) Rb. Hasselt 29 november 1993, *T. Not.* 1994, 471. Zie ook: E. VAN HOVE, 'Kan een partij die weigert de eed af te leggen bij het slot van een boedelbeschrijving in rechte daartoe gedwongen worden?', *T. Not.* 1992, 5 ('Een wettelijke verplichting zonder effectieve sanctie is een slag in het water').

(*4) Vred. Zele 12 mei 1989, *T. Vred.* 1992, 109.

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

(*6) Zie ook: V. VAN HERREWEGHE, 'Wasdom van de dwangsom', *Rec. Arr. H.v.C.* 1994, 319.

(*7) Cass. 18 februari 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 786, *Pas.* 1988, I, 722, concl. PIRET en *R.W.* 1989-90 (verkort), 145, verwijzende noot.

(*8) D. LINDEMANS, noot onder Benelux Hof 29 november 1993, *P. & B.* 1994, 9; M. STORME, 'In de ban van de dwangsom', in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 18.

ning niet vatbaar is voor hoger beroep, was de verweerder enkel in beroep gegaan tegen zijn veroordeling tot betaling van een dwangsom ingeval hij aan het bevel geen gehoor zou geven. Het Hof van Beroep te Brussel oordeelde dat een bevel tot persoonlijke verschijning niet kan gelden als een hoofdveroordeling in de zin van artikel 1385bis Ger. W. (*1) De voorziening in cassatie tegen dit arrest werd verworpen. Het Hof van Cassatie verwerpt de mogelijkheid om een dwangsom te verbinden aan een bevel tot persoonlijke verschijning op een tweeledige grondslag: ten eerste zou het niet gaan om een hoofdveroordeling in de zin van artikel 1385bis Ger. W., en ten tweede moet eenieder recht worden gewaarborgd zijn verdediging in rechte naar eigen goeddunken te organiseren. Dit arrest werd in de rechtsleer fel bekritiseerd. (*2)

Inderdaad, als een bevel tot persoonlijke verschijning niet door middel van een dwangsom kan worden afgedwongen, omdat iedereen zijn verdediging naar eigen inzicht mag organiseren, geldt dan dezelfde redenering voor een vonnis waarbij de overlegging van een stuk wordt bevolen krachtens artikel 879 Ger. W.? FETTWEIS bevestigt dat aan een dergelijk vonnis een dwangsom kan worden verbonden. (*3) De rechtspraak wijst in dezelfde richting. (*4) Ook een partij dwingen de eed af te leggen in het kader van een boedelbeschrijving lijkt onverenigbaar met het arrest van 18 februari 1988. (*5) Het met alle mogelijke middelen saboteren van de normale rechtsgang lijkt daarentegen wel verdedigbaar volgens de motivering van het besproken arrest. (*6)

In het licht van de scherpe kritiek van de rechtsleer op het arrest van het Hof van Cassatie van 18 februari 1988, kan slechts worden toegejuicht dat dit arrest thans als verlaten moet worden beschouwd. Het Benelux Gerechtshof heeft in een arrest van 29 november 1993 geoordeeld dat een bevel tot eedaflegging in het kader van een boedelbeschrijving, geldt als hoofdveroordeling en met een dwangsom kan worden afgedwongen. (*7) Hiermee komt, zo mag men hopen, een einde aan de twijfel (en bij sommigen zelfs vertwijfeling) die het arrest van het Hof van Cassatie van 18 februari 1988 gezaaid had.

(*1) Brussel 25 maart 1986, *J.T.* 1986, 514.

(*2) I. MOREAU-MARGREVE, 'Principes généraux', in C.I.E.A.U. (ed.), *Dix ans d'application de l'astreinte/Tien jaar toepassing van de dwangsom*, Brussel, Créadif, 1991, 20-23; M. STORME, 'Nemo praecise potest cogi ad factum. Het adagium herbezocht', in M. STORME (ed.), *Gezin en recht in een postmoderne samenleving*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 5-8; J. VAN COMPERNOLLE, 'Astreinte', in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1992, t. XIII, boek IV, afd. 6, nr. 42, p. 40.

(*3) A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile, a.w.*, 1987, p. 359, nr. 482.

(*4) Bergen 12 juli 1985, *J.L.M.B.* 1987, 16.

(*5) D. LINDEMANS, 'Het bekomen van de dwangsom', *Tien jaar toepassing van de dwangsom, a.w.*, 1991, nr. 36, p. 71.

(*6) J. VAN COMPERNOLLE, 'Astreinte', in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1992, t. XIII, boek IV, afd. 6, nr. 42, p. 41.

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

5. DE MENSELIJKE WAARDIGHEID EN DE GRENZEN VAN DE DWANGSOM

60 Hoger werd reeds vermeld dat wetenschappelijke of artistieke prestaties niet onder verbeurte van een dwangsom kunnen worden afgedwongen. (*1) Een aantal verplichtingen uit het familierecht kunnen, zoals besproken, evenmin met een dwangsom worden afgedwongen (bijvoorbeeld de verplichting tot samenwoning). (*2) In principe mag een dwangsom niet worden opgelegd indien zij ertoe strekt een prestatie af te dwingen waarvan de uitvoering kennelijk zou indruisen tegen de morele, religieuze, artistieke, wetenschappelijke of filosofische overtuigingen van de veroordeelde, tenzij wanneer in de concrete omstandigheden zou blijken dat zulks niet opweegt tegen de redelijke belangen van de wederpartij.

61 Prestaties die het schaamtegevoel kunnen raken, mogen in beginsel evenmin onder verbeurte van een dwangsom worden afgedwongen. Aldus oordeelde een Parijse rechtbank in 1973 dat een vrouw die zich contractueel had verbonden tot het uitvoeren van een stripteasevoorstelling, niet onder verbeurte van een dwangsom tot uitvoering van haar verbintenissen kan worden aangespoord. (*3) De grondslag hiervan staat los van de geoorlooftheid van zulke overeenkomsten. Striptease wordt door de hedendaagse rechtspraak op zich niet als strijdig met de goede zeden beschouwd, behoudens wanneer concrete feiten aantonen dat er strijdigheid met de goede zeden voorligt. (*4) De grondslag van de uitsluiting van de dwangsom bij prestaties die het schaamtegevoel kunnen raken, ligt in de eerbied voor eenieders intimiteit. Deze uitsluiting is vergelijkbaar met de mogelijkheid die eenieder heeft om zijn of haar toestemming tot het publiceren van foto's, in het bijzonder foto's die de lichamelijke intimiteit raken, te allen tijde terug te trekken. (*5) Een dergelijke handelswijze kan uiteraard aanleiding geven tot de verplichting tot vergoeding van de schade die ontstaan is als gevolg van de intrekking van de toestemming.

62 Indien de uitvoering van de prestatie een onevenredig nadeel zou opleveren voor de veroordeelde, dat manifest niet in verhouding staat tot het voordeel dat de eisende partij uit de uitvoering kan bekomen, is het evenmin aangewezen een dwangsom uit te spreken. De dwangsom mag geen middel zijn om rechtsmisbruik te honoreren. Men mag nochtans niet te snel besluiten dat er sprake is van rechtsmisbruik, aangezien de dwangsom niet enkel wordt uitgesproken in het belang van de eisende partij, maar ook de versteviging van de autoriteit van de rechterlijke macht beoogt. Rechtsmis-

(*1) *Cf. supra*, nr. 49.

(*2) *Cf. supra*, nrs. 53 e.v.

(*3) *Trib. gr. inst. Paris* 8 november 1973, *Recueil Dalloz Sirey* 1975, 401, noot PUECH.

(*4) *Gent* 8 januari 1988, *R.W.* 1989-90, 438.

(*5) *Kh. Brussel* 24 februari 1995, *Ing.-Cons.* 1995, 333, noot L. MULLER. Zie over dit vonnis ook *infra*, nr. 125.

bruik kan terzake enkel voorliggen in flagrante gevallen, waarin geen redelijk mens zich de houding van de eisende partij zou eigen maken. (*1)

63 Het opleggen van een dwangsom mag geen aanleiding geven tot situaties strijdig met de menselijke waardigheid. Gevallen uit de rechtspraak waarbij een dwangsom manifest in strijd met de hier geschetste principes wordt opgelegd, zijn ons niet bekend. Dit hangt uiteraard samen met het gegeven dat een partij de rechter nooit kan dwingen een dwangsom op te leggen. (*2)

In de praktijk vindt men veeleer voorbeelden waarbij de dwangsom gebruikt wordt als efficiënt middel om paal en perk te stellen aan situaties waarin de menselijke waardigheid bedreigd wordt. Aldus ging een gemeente ooit over tot een uitvoerend beslag op de roerende goederen die zich bevonden in een appartement van een huurder, die door de vrederechter veroordeeld was tot betaling van ruim 22.000 frank achterstallige huurgelden. De goederen van de huurder werden overgebracht naar een gemeentelijke opslagplaats. De huurder vroeg toelating om bepaalde persoonlijke voorwerpen (haar identiteitskaart, persoonlijke medicatie, kledij e.d.m.) te mogen ophalen uit de opslagplaats. De gemeente wou dit slechts toelaten indien de huurder de transportkosten zou betalen, ten belope van ruim 25.000 frank. Het Hof van Beroep te Brussel overweegt dat de gemeente geen retentierecht mag uitoefenen op zulke onbeslagbare goederen, die niet eens hadden mogen worden overgebracht naar de gemeentelijke opslagplaats. Het retentierecht van de gemeente mag volgens het Hof niet worden uitgeoefend op een wijze die de menselijke waardigheid aantast. Het Hof veroordeelt de gemeente om de eisende partij toegang te verlenen tot de gemeentelijke opslagplaats en haar een aantal in het arrest opgesomde voorwerpen te laten ophalen, onder verbeurte van een dwangsom van 10.000 frank per dag vertraging, te rekenen vanaf de tweede dag na de betekening. (*3)

6. HET BLOEDONDERZOEK

64 Een delicaat probleem is de vraag of de medewerking aan een deskundig onderzoek, in het bijzonder door het afstaan van een bloedstaal, kan worden afgedwongen met een dwangsom. Bepaalde rechtspraak neemt aan dat iemand niet kan worden gedwongen een bloedstaal af te geven, ook niet onder verbeurte van een dwangsom. (*4) In het geval waar de rechtbank te Aarlen over oordeelde, leverde deze weigering niet echt een probleem op. Op basis van getuigenissen bleek immers dat het zeer waarschijnlijk was dat de verweerder geslachtelijke betrekkingen had onderhouden met eiseres gedurende de periode tijdens dewelke het kind vermoedelijk was verwekt. De

(*1) Voor een voorbeeld, zie G.L. BALLON, *Dwangsom*, a.w., 1980, 78-79.

(*2) Cf. *supra*, nrs. 7 e.v. over de soevereine beoordelingsvrijheid van de rechter.

(*3) Brussel 1 december 1988, *Journ. proc.* 1988, nr. 140, p. 30.

(*4) Rb. Brussel 24 oktober 1989, *Pas.* 1990, III, 51 en *T.B.B.R.* 1990, 162; Rb. Aarlen 24 februari 1989, 24 *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 251; Cour d'Appel de Paris 24 november 1981, *Recueil Dalloz Sirey* 1982, 355, noot J. MASSIP.

weigering zich te onderwerpen aan een bloedonderzoek levert op zich geen erkenning op, maar de rechtbank kan op basis van deze weigering wel bepaalde gevolgtrekkingen maken, rekening houdend met de omstandigheden van de zaak. (*1)

Andere rechtspraak oordeelt op meer genuanceerde wijze dan het voormelde Aarlenese vonnis, en maakt een onderscheid tussen enerzijds (a) de inbreuken op de lichamelijke integriteit in het algemeen en inbreuken op de psychische integriteit, en anderzijds (b) de zeer lichte inbreuk op de lichamelijke integriteit dewelke een bloedonderzoek of genetisch onderzoek kan opleveren. In het laatste geval, aldus een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Gent van 21 september 1995, kan wel een dwangsom worden opgelegd, aangezien ‘de uiterst minieme aantasting van de fysieke integriteit’ ten gevolge van een bloedonderzoek of genetisch onderzoek niet opweegt tegen de belangen van het kind waarvan de afstamming onderzocht wordt. (*2)

De rechtsleer is op dit stuk verdeeld. F. LOOSVELDT verdedigt – in een bijdrage waarnaar de Gentse rechtbank verwijst – het standpunt dat in afstammingszaken een gebod om een bloed- of DNA-onderzoek te ondergaan, kan worden gekoppeld aan een dwangsom, omdat de minieme aantasting van de lichamelijke integriteit niet opweegt tegen de belangen van het betrokken kind. (*3) Dezelfde strekking wordt verdedigd door A. HEYVAERT en M.T. MEULDERS-KLEIN. (*4)

P. SENAËVE daarentegen meent dat het bevelen van een bloedonderzoek, enig ander lichamenlijk onderzoek of een psychiatrisch onderzoek, niet kan worden gekoppeld aan de verbeurte van een dwangsom. (*5) SENAËVE gaat uit van het standpunt dat zelfs de lichtste aantastingen van de persoonlijkheidsrechten, zoals het recht op lichamenlijke integriteit, onvoorwaardelijk dienen te worden verworpen, tenzij zij specifiek door de wetgever toegelaten zijn. (*6) Dit standpunt dreigt het praktisch nut van artikel 331octies van het Burgerlijk Wetboek, krachtens hetwelk de rechtbanken een bloedonderzoek of enig ander onderzoek volgens beproefde wetenschappelijke methodes kunnen gelasten, grotendeels te beperken.

Het Hof van Beroep te Brussel oordeelde dat artikel 331octies B.W. een beperking uitmaakt van het beginsel van de eerbiediging van de fysieke integriteit. (*7) P. SENAËVE daarentegen lijkt het recht op lichamenlijke integriteit in een ietwat absolutistische zin te interpreteren, zonder uit te gaan van een meer evenwichtige belangen-

(*1) Cass. 17 december 1998, *R.W.* 1998-99, 1144, noot F. SWENNEN; Rb. Aarlen 24 februari 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 250. *Anders*: Gent 21 oktober 1994, *R.W.* 1994-95, 1270.

(*2) Rb. Gent 21 september 1995, *R.W.* 1998-99, 97, noot P. SENAËVE.

(*3) F. LOOSVELDT, ‘De dwangsom: reikwijdte, toepassingsgebied en enkele betwistingen ter zake’, *A.J.T.-Dossier* 1994-95, nr. 9, p. 93.

(*4) A. HEYVAERT, ‘Commentaar bij artikel 331octies B.W.’, in X. (ed.), *Commentaar Personen- en Familierecht*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 1997, nr. 4; M.T. MEULDERS-KLEIN, ‘L’établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987’, *Ann. dr. Louvain* 1987, (p. 213), p. 268, nr. 107.

(*5) In dezelfde zin: P. LEMMENS, ‘Het verbod van onderwerping van een persoon aan een lichamenlijk of geestesonderzoek’, in *Liber Amicorum Prof. em. E. KRINGS*, Brussel, Story-Scientia, 1991, (659), 666.

(*6) Volgens HEYVAERT is art. 331octies B.W. terzake een specifieke wettelijke toelating (A. HEYVAERT, ‘Commentaar bij artikel 331octies B.W.’, *a.w.*, nr. 3).

(*7) Brussel 31 oktober 1991, *J.T.* 1993, 50, noot J. FIERENS.

afweging, zoals de andere strekking doet. (*1) Een dwangsom kan er in deze situaties toe leiden dat de betrokkene de onderwerping aan het onderzoek verkiest boven de aantasting van zijn vermogen. Deze keuze van de betrokkene zal meteen ook tot gevolg hebben dat het onderzoek op een veilige en waardige manier kan gebeuren, zonder fysiek geweld of directe dwang. Op grond van het bovenstaande mag de rechter o.i., op vordering van een partij, een dwangsom verbinden aan een bevel op grond van artikel 331*octies* B.W., indien het ondergaan van een bloedonderzoek of een ander onderzoek gericht op het vaststellen van de afstamming redelijkerwijze geen gevaar oplevert voor de gezondheid of het welzijn van de betrokkene. (*2)

Niettemin wordt de opvatting van SENAEVE bijgetreden door een belangrijk deel van de rechtsleer. (*3) Auteurs zoals J. VAN COMPERNOLLE menen dat de onschendbaarheid van het menselijk lichaam een absoluut principe is dat geen gradaties verdraagt. (*4) De opvatting die bijval verdient, lijkt echter de meerderheidsopvatting uit te maken. Naast de reeds aangehaalde auteurs, menen ook G. DE LEVAL, J. LAENENS, I. MOREAU-MARGREVE en M. STORME dat een bevel tot het ondergaan van een bloedonderzoek kan worden opgelegd onder verbeurte van een dwangsom. (*5) De dreiging van een dwangsom, aldus DE LEVAL, maakt geen inbreuk uit op de fysieke integriteit van de persoon. De veroordeelde wordt enkel bedreigd met een aantasting van zijn vermogen indien hij weigert zich te onderwerpen aan de onderzoeksmaatregel. Het betreft hier geen fysieke dwang, maar een door de wetgever ingevoerd moreel drukkingsmiddel. Dezelfde morele druk is aanwezig bij elke veroordeling tot een dwangsom. Het overwinnen van de weerstand van de veroordeelde is precies de bestaansreden van het instituut van de dwangsom, zoals door de wetgever gewild, aldus nog DE LEVAL.

65 Het standpunt van SENAEVE lijkt moeilijk vol te houden in het licht van het arrest van het Hof van Cassatie van 17 december 1998. (*6) Het Hof van Cassatie overweegt dat het recht op lichamelijke integriteit niet onbepaald is en moet worden uitgelegd in het licht van andere fundamentele rechten. (*7) Een belangenafweging lijkt derhalve niet uitgesloten. Het Hof overweegt dat elke ‘fysieke dwanguitoefening’ op een persoon verboden is. De interpretatie van de annotator van het arrest, volgens

(*1) Een consequente toepassing van het standpunt van SENAEVE, zou het afknippen van een hoofdhaar met het oog op het verrichten van een genetisch onderzoek onder verbeurte van een dwangsom verwerpen, wat niet opweegt tegen de belangen van het kind waarvan de afstamming onzeker is.

(*2) Een bloedonderzoek kan bijvoorbeeld een gevaar of ernstig ongemak opleveren voor personen wier bloed ten gevolge van hemofilie niet stolt.

(*3) Zie ook: J. DALCQ, ‘La réforme du droit de la filiation’, *J.T.* 1987, 399-400.

(*4) J. VAN COMPERNOLLE, ‘Aspects judiciaires des actions relatives à la filiation’, *Ann. dr. Louvain* 1987, (319), 338.

(*5) G. DE LEVAL, ‘L’instruction sans obstructions’, in N. VERHEYDEN-JEANMART en J. VAN COMPERNOLLE (ed.), *La preuve*, Colloquium 12 en 13 maart 1987, U.C.L., 27; J. LAENENS, ‘Procedureaspecten’, in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 34-35; I. MOREAU-MARGREVE, ‘Principes généraux’ in *Dix ans d’application de l’astreinte*, a.w., 1991, 24-25; M. STORME, ‘Nemo praecise potest cogi ad factum. Het adagium herbezocht’, in M. STORME (ed.), *Gezin en recht in een postmoderne samenleving*, Gent, Mys en Breesch, 1994, 19-22.

(*6) Cass. 17 december 1998, *R.W.* 1998-99, 1144, noot F. SWENNEN.

(*7) Cass. 17 december 1998, *R.W.* 1998-99, 1144, noot F. SWENNEN.

dewelke dwang terzake ‘niet beperkend [mag] worden gelezen als fysieke dwang-uitvoering’, moet worden verworpen. (*1) Immers, het Hof van Cassatie vermeldt slechts ‘fysieke dwanguitoefening’. (*2)

Het arrest van het Hof van Cassatie van 17 december 1998 biedt geen steun voor de opvatting dat een dwangsom niet kan worden verbonden aan een bevel tot het ondergaan van een bloedproef of genetisch onderzoek. (*3) De dwangsom, die slechts een moreel drukkingsmiddel is, blijft in het voormelde arrest geheel buiten beschouwing. De dwangsom houdt vanzelfsprekend geen fysieke dwang in, aangezien zij de veroordeelde slechts tot nakoming prikkelt door een bedreiging met een vermogensnadeel. Het tevergeefs in cassatie bestreden arrest van het Hof van Beroep te Gent van 6 februari 1997 sluit geheel aan bij de alhier verdedigde strekking. Het Hof van Beroep overweegt: ‘Het recht op fysieke integriteit inroepen als wettige verantwoording voor de weigering van medewerking aan de bloedproef/DNA onderzoek, is in feite huichelachtig, gelet op de praktisch te verwaarlozen ingreep op de fysieke integriteit (...) Het is evident dat dit recht [op vastlegging van de afstammingsband], met de corrolaria eraan verbonden [bijvoorbeeld erfrecht], niet kan wijken voor het recht op fysieke integriteit (...), wetende dat de aantasting bij genetisch onderzoek quasi nihil is’.

Het arrest van het Hof van Cassatie van 17 december 1998 spreekt zich weliswaar niet uit over de vraag of een dwangsom mogelijk is ter versterking van een bevel om zich te onderwerpen aan een bloedproef of genetisch onderzoek, maar bevat geen elementen die erop zouden wijzen dat het Hof van Cassatie een dwangsom terzake niet mogelijk acht.

7. BUITENLANDSE VEROORDELINGEN

66 Een dwangsom vervat in een buitenlands vonnis moet, als het EEX-Verdrag toepassing vindt en de eisende partij in België wil ten uitvoer leggen, voldoen aan artikel 43 EEX. (*4) Krachtens die bepaling kunnen in het buitenland gegeven beslissingen die een veroordeling tot een dwangsom inhouden, in de aangezochte Staat slechts ten uitvoer worden gelegd indien het bedrag ervan door de gerechten van de Staat van herkomst definitief bepaald is.

Het vereiste van artikel 43 EEX staat los van de vraag of naar intern recht de veroordeling die de dwangsom oplegt, volstaat als titel voor een tenuitvoerlegging. Niet in alle landen die gebonden zijn door het EEX kunnen dwangsommen worden inge-

(*1) F. SWENNEN, ‘Art. 331octies B.W. en de “rechtsvormende” taak van het Hof van Cassatie’ (noot onder Cass. 17 december 1998), *R.W.* 1998-99, 1146.

(*2) De tekst van het arrest zoals gepubliceerd in het *R.W.* spreekt van ‘fysieke dwanguitoefening’. Het gaat blijkbaar om een redactionele wijziging, aangezien het Hof van Cassatie de term ‘fysische dwanguitoefening’ gebruikt (Cass. 17 december 1998, C.97.0294.N/1).

(*3) *Contra*: F. SWENNEN, ‘Art. 331octies B.W. en de “rechtsvormende” taak van het Hof van Cassatie’ (noot onder Cass. 17 december 1998), *R.W.* 1998-99, 1146.

(*4) H.J.B. NIJENHUIS, ‘Dwangsom en exequatur’, *De gerechtsdeurwaarder* 1994, 53.

vorderd op grond van de veroordeling die de dwangsom oplegt. In Frankrijk bestaat bijvoorbeeld de procedure van ‘liquidation de l’astreinte’, waarbij het bedrag wordt vastgesteld van een in een vorige veroordeling uitgesproken ‘astreinte provisoire’. (*1)

Strijdig met de Belgische internationaalprivaatrechtelijke openbare orde in de zin van artikel 27 EEX, lijkt o.i. de buitenlandse beslissing die het bedrag van de dwangsom vaststelt op grond van inbreuken waaronder inbreuken van een Belg begrepen zijn, die bestaan uit gedragingen begaan in België, zonder dat de gevolgen van die gedragingen zich uitstrekken buiten België.

67 Als het EEX niet van toepassing is, noch enig ander verdrag, dient de procedure voorzien in artikel 570 Ger. W. te worden toegepast, met inbegrip van de ‘révision au fond’. Buitenlandse veroordelingen hebben in principe geen uitwerking in België, althans in de zin dat een buitenlandse veroordeling niet op Belgisch grondgebied kan worden ten uitvoer gelegd zonder voorafgaand exequatur van de Belgische rechter. De rechter die zijn exequatur verleent, geeft de eisende partij toelating om de buitenlandse beslissing in België ten uitvoer te leggen. Als het bedrag van de verbeurde dwangsommen niet vaststaat, hoeft de rechter die het exequatur verleent dit bedrag in principe niet vast te stellen, ofschoon hij die bevoegdheid wel heeft in het kader van de ‘révision au fond’.

Een buitenlander die in het buitenland een inbreuk pleegt op een gebod of verbod van zijn nationale rechter, loopt het risico dat de eisende partij uitvoeringsmaatregelen zal treffen op vermogensbestanddelen van de veroordeelde die in België gelegen zijn, uiteraard na exequatur.

Een Belg daarentegen die door een buitenlandse rechter veroordeeld werd onder verbeurte van een dwangsom, lijkt bezwaarlijk op grond van een gedraging door hem gesteld in België, het risico te lopen op verlies van vermogensbestanddelen in België gelegen, in het bijzonder wanneer de gevolgen van de kwestieuze gedraging zich enkel uitstrekken tot het Belgisch grondgebied. In die hypothese lijkt de Belgische rechter, rekening houdend met de omstandigheden van het geval, het exequatur te mogen weigeren wegens strijdigheid met de Belgische internationaalprivaatrechtelijke openbare orde.

8. GEVOLGEN VAN EEN BELGISCHE VEROORDELING ONDER DWANGSOM IN HET BUITENLAND

68 Indien de veroordeelde inbreuken op een rechterlijk gebod of verbod begaat in het *buitenland*, kan dit in sommige gevallen aanleiding geven tot verbeurte van de

(*1) J. VINCENT en S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Parijs, Dalloz, 1994, nr. 543, p. 397. Cf. *supra*, nr. 13.

dwangsom in het binnenland. (*1) In het bijzonder wanneer er uitsluitend Belgische partijen bij een geding betrokken zijn, lijken er zich weinig problemen aan te dienen indien de eisende partij verbeurde dwangsommen wegens inbreuken door een landgenoot in het buitenland wil verhalen op diens goederen gelegen in het binnenland. (*2) De discussies over de Nederlandse ‘cross border injunction’ tonen aan dat de veroordeling van een buitenlander in het buitenland onder verbeurde van een dwangsom een hachelijke onderneming is. (*3)

De mogelijkheid voor de Belgische rechter om in een geschil tussen Belgen een wereldwijd gebod of verbod op te leggen, betekent niet dat de eisende partij verbeurde dwangsommen in het buitenland zou kunnen invorderen. De dwangsom is verbonden aan het executoir aspect van de veroordeling, niet aan het obligatoir aspect ervan. (*4) Een binnenlands vonnis is in principe in het buitenland niet uitvoerbaar zonder executuur. (*5) Zodra de uitvoerbaarheid van de hoofdveroordeling geschorst is, kan ook geen dwangsom verbeurd worden.

Indien de voorzitter van de rechtbank van koophandel een stakingsbevel uitspreekt op grond van de Wet Handelspraktijken, baseert hij zijn uitspraak op een wet die slechts in België van toepassing is. Bijgevolg kan volgens STUYCK de dwangsom enkel verbeurd worden als het bevel in België geschonden wordt. (*6) Indien er geen andere dan Belgische partijen bij het geding betrokken zijn – of indien minstens de veroordeelde partij Belg is – kan o.i. de veroordeelde de dwangsom ook verbeuren ingevolge een inbreuk op het stakingsbevel gepleegd in het buitenland. Dit impliceert op geen enkel ogenblik de *afdwingbaarheid* van de Belgische wet op buitenlands territorium. De louter obligatoire werking van een Belgisch vonnis ten aanzien van Belgen in het buitenland kan bezwaarlijk geacht worden inbreuk te maken op de soe-

(*1) W. HUGENHOLTZ en W.H. HEEMSKERK, *Hoofdpijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, 's-Gravenhage, Vuga, 1998, 319. Voor een voorbeeld van een rechterlijk gebod uitgesproken door een Belgische rechter in een zaak tussen twee Belgen, waarbij een verbod met wereldwijde werking wordt uitgesproken: *cf. supra*, nr. 36.

(*2) Zie voor een voorbeeld: Bergen 14 november 1991, *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 121. Een dwangsom wordt verbonden aan een bevel om een omgangsregeling na te leven, gericht tegen een ex-echtgenote. De moeder was met de drie kinderen naar Spanje verhuisd. Niettemin diende zij het omgangsrecht van de vader, die in België verbleef, in acht te nemen. Zie over deze casus ook *supra*, nr. 54.

(*3) J.J. BRINKHOF, ‘Gaat het grensoverschrijdend verbod in kort geding over de schreef?’, *Bijblad Industriële Eigendom* 1996, 258; C.v.N., ‘Requiem voor de “Dutch cross-border injunction” praktijk?’, *Bijblad Industriële Eigendom* 1998, 181 en *Bijblad Industriële Eigendom* 1998, 243; D.W.F.V., ‘Grensoverschrijdend verbod naar Nederlands recht’ (noot onder H.R. 24 november 1989), *N.J.* 1992, nr. 404; Th. B. TEN KATE, concl. voor Benelux Hof 26 maart 1993, *N.J.* 1993, nr. 328.

(*4) Benelux Hof 5 juli 1985, *R.W.* 1985-86, 929, concl. E. KRINGS en *N.J.* 1986, nr. 19, concl. E. KRINGS en noot W.H.H.

(*5) G. DE LEVAL, ‘L’exécution et la sanction des décisions judiciaires en matière familiale’, in X. (ed.), *L’évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial*, Brussel, Bruylant, 1984, 907.

(*6) J. STUYCK, ‘De vordering tot staking: samenloopregels en uitvoering van het bevel tot staking’, in J. STUYCK (ed.), *Handelspraktijken anno 1996*, Antwerpen, Kluwer, 1996, p. 265, nr. 80.

reiniteit van de buitenlandse Staat. (*1) Ook de Belgische belastingwet geldt enkel in België, maar toch kunnen activiteiten van Belgen in het buitenland aanleiding geven tot belastingplicht in België. De Wet Handelspraktijken geldt inderdaad slechts in België. Het gevolg hiervan is dat inbreuken op een stakingsbevel (onverschillig waar ter wereld gepleegd door Belgen) uitsluitend aanleiding kunnen geven tot invordering van verbeurde dwangsommen op Belgisch grondgebied. In het omgekeerde geval dreigt het nut van een stakingsbevel in bepaalde omstandigheden makkelijk te kunnen worden uitgehold.

69 Dwangsommen verbeurd ingevolge een Belgische uitspraak, kan men in België invorderen zonder enige procedure van vereffening. (*2) Luidens artikel 1385*quater* Ger. W. kan de partij die de dwangsom heeft bekomen, haar ten uitvoer leggen krachtens de titel waarbij zij is vastgesteld. Als men daarentegen in een ander land dat gebonden is door het EEX uitvoeringsmaatregelen wil treffen ingevolge verbeurde dwangsommen, vereist artikel 43 van het EEX dat het bedrag van de dwangsom voorafgaandelijk wordt vastgesteld in een declaratoir vonnis van de rechter die de dwangsom heeft uitgesproken. (*3) Niettegenstaande een Belgische uitspraak die een dwangsom oplegt naar Belgisch recht een uitvoerbare titel is, moet men toegeven dat op basis van die titel het bedrag van de dwangsom niet definitief bepaald is. Dat bedrag is afhankelijk van de houding aangenomen door de tegenpartij na de uitspraak. De titel die de dwangsom oplegt kan niet worden beschouwd als een titel die het bedrag van de dwangsom definitief vaststelt in de zin van artikel 43 EEX. (*4)

F. Niet voldoen aan de hoofdveroordeling

1. HET BEGRIP HOOFDVEROORDELING

70 Het begrip ‘hoofdveroordeling’ waarvan sprake in artikel 1385*bis* Ger. W., moet worden begrepen in tegenstelling tot de (voorwaardelijke) veroordeling tot een dwangsom, dewelke een accessorium is van de veroordeling waaraan de rechter een dwangsom verbindt. (*5) Indien de veroordeelde het gebod of verbod vervat in de

(*1) Meer in het bijzonder gaat het om de obligatoire werking van een vonnis gesteund op het imperium van de rechter van de rechterlijke orde. Ook een arbitrale beslissing heeft obligatoire werking, doch zij is niet gesteund op enig imperium. Dit verklaart waarom niet enkel de gedwongen tenuitvoerlegging op grond van verbeurde dwangsommen, doch ook de verbeurde van de dwangsom zelf, niet mogelijk is vooraleer de rechter zijn exequatur heeft verleend aan een arbitrale beslissing onder verbeurde van een dwangsom. *Cf. supra*, nr. 30.

(*2) M. STORME, ‘Een revolutionaire hervorming: de dwangsom’, *T.P.R.* 1980, 232, nr. 18.

(*3) G. DE LEVAL, *Jurisprudence du Code Judiciaire*, Hoofdstuk XXIII (‘De l’astreinte’), Brugge, La Charte, 1997, losbl., commentaar bij art. 1385*quater*, 6.

(*4) Arrondrb. Rotterdam 4 februari 1983, *N.J.* 1985, nr. 417; Hof Leeuwarden 7 april 1982, *N.J.* 1983, nr. 406.

(*5) G. DE LEVAL, ‘L’instruction sans obstructions’, in VERHEYDEN-JEANMART en VAN COMPERNOLLE (ed.), *La preuve*, Colloquium 12 en 13 maart 1987, U.C.L., 27; I. MOREAU-MARGREVE, ‘L’astreinte’, *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 65.

veroordeling – ter onderscheiding van de voorwaardelijke veroordeling tot de dwangsom ‘hoofdveroordeling’ genaamd – niet of niet tijdig uitvoert, zal de veroordeelde de dwangsom verbeuren.

Dit betekent dat een dwangsom kan worden verbonden aan een veroordeling die op zich genomen een accessorium van een andere veroordeling is. (*1) Een voorbeeld hiervan is te vinden in de uitspraak van de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Oudenaarde van 2 februari 1988. (*2) De voorzitter legt een bevel tot staking op en spreekt, als accessorium van zijn stakingsbevel, de verplichting uit zijn beslissing te publiceren. Aan beide verplichtingen wordt een dwangsom verbonden. Dit strookt geheel met de tekst en de geest van artikel 1385bis Ger. W. (*3)

Een bevel tot teruggave is een ander voorbeeld van een mogelijke hoofdveroordeling die op zich een accessorium van een andere veroordeling uitmaakt. (*4) Het Hof van Beroep te Gent overweegt in een arrest van 16 januari 1991 dat de veroordeling tot teruggave (*in casu* bestaande uit verwijdering van giftig afval) een bevel is om iets te doen waaraan een dwangsom kan worden verbonden. (*5) Het Hof overweegt in hetzelfde arrest dat het begrip ‘hoofdveroordeling’ in de zin van artikel 1385bis Ger. W. moet worden begrepen ‘in het licht van de “bijveroordeling” tot het betalen van een dwangsom’. (*6)

71 Aangezien het begrip ‘hoofdveroordeling’ in artikel 1385bis Ger. W. te begrijpen is in tegenstelling tot de veroordeling krachtens dewelke de dwangsom wordt uitgesproken, mag het begrip ‘hoofdveroordeling’ niet worden verward met het begrip ‘eindveroordeling’. Elk bevel van de rechter om iets te doen, iets te geven of iets na te laten kan met een dwangsom kracht worden bijgezet, ook al ligt het niet vevat in een vonnis of arrest waardoor een geschil definitief wordt beslecht. (*7) Een dwangsom kan worden opgelegd in een vonnis alvorens recht te doen, uiteraard voorzover de rechter daar om gevraagd wordt. (*8) Een dergelijke beslissing geldt als een ‘hoofdveroordeling’ in de zin van artikel 1385bis lid 1 Ger. W. (*9) De rechter de bevoegdheid ontzeggen om een dwangsom te verbinden aan een bevel dat de toestand

(*1) D. LINDEMANS, ‘Het bekomen van de dwangsom’, in *Tien jaar toepassing van de dwangsom, a.w.*, 1991, nr. 32, p. 69.

(*2) Voorz. Kh. Oudenaarde 2 februari 1988, *T.B.H.* 1988, 964, noot G.L. BALLON.

(*3) G.L. BALLON, ‘De veroordeling krachtens de Wet Handelspraktijken wegens slechtmaking: een middel om perskritiek op een onderneming te beteugelen?’ (noot onder Voorz. Kh. Oudenaarde 2 februari 1988), *T.B.H.* 1988, 970-971.

(*4) Over de teruggave *cf. supra*, nr. 20.

(*5) Gent 16 januari 1991, *T.M.R.* 1993, 323, en i.h.b. 341-342. Het Hof van Cassatie verwierp de voorziening tegen dit Gentse arrest: Cass. 30 juni 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 1045 en *T.M.R.* 1993, 322.

(*6) Gent 16 januari 1991, *T.M.R.* 1993, 341-342.

(*7) G. D’HOORE, concl. voor Benelux Hof 29 november 1993, *R.W.* 1993-94, (705), 706, *P. & B.* 1994, 9, noot D. LINDEMANS en *N.J.* 1994, nr. 371; zie ook *supra*, nr. 12.

(*8) G. DE LEVAL, ‘L’instruction sans obstructions’, in VERHEYDEN-JEANMART en VAN COMPERNOLLE (ed.), *La preuve*, Colloquium 12 en 13 maart 1987, Louvain la Neuve, U.C.L., 1987, 26; I. MOREAU-MARGREVE, ‘Principes généraux’, in C.I.E.A.U. (ed.), *Dix ans d’application de l’astreinte/Tien jaar toepassing van de dwangsom*, Brussel, Créa-dif, 1991, 23.

(*9) *Contra*: G.L. BALLON, *Dwangsom, a.w.*, 1980, nr. 122, p. 45.

van de partijen voorlopig regelt, zou een onaanvaardbare uitholling betekenen van de bevoegdheid die de rechter ontleent aan artikel 19 lid 2 Ger. W. (*1)

Een typisch voorbeeld van een beslissing alvorens recht te doen waaraan de rechter een dwangsom kan verbinden, is wanneer de rechter een deskundig onderzoek beveelt en hij de partijen bevel oplegt hieraan op loyale wijze mede te werken. (*2) Aldus kan de rechter een bevel tot overlegging van een boekhouding opleggen. (*3) Vanzelfsprekend mag een gebod om loyaal mede te werken aan een deskundig onderzoek geen (niet-verwaarloosbare) inbreuk op de lichamelijke integriteit van de veroordeelde impliceren. (*4)

72 De hoofdveroordeling in de zin van artikel 1385bis Ger. W. moet, zoals hoger besproken, niet noodzakelijkerwijze een titel zijn die aanleiding kan geven tot rechtstreekse gedwongen tenuitvoerlegging. (*5) De vraag of de eisende partij beschikt over andere executiemiddelen om de uitvoering van de hoofdveroordeling te bekomen, heeft geen relevantie voor wat de dwangsom betreft.

Zo bijvoorbeeld doet de omstandigheid dat de rechter de gemachtigde ambtenaar toelating kan verlenen om, bij niet-uitvoering door de veroordeelde, zelf in het herstel van de plaats in de vorige toestand of in de uitvoering van de werken te voorzien, geen afbreuk aan het door de rechter aan de veroordeelde gegeven bevel om de plaats in de vorige staat te herstellen. (*6) Zo'n bevel (nl. om iets te doen) houdt een hoofdveroordeling in als bedoeld in artikel 1385bis Ger. W. (*7) Rechteren plegen bij hun opportuniteitsoordeel soms rekening te houden met de omstandigheid dat zij, bij gebreke aan uitvoering door de veroordeelde, de gemachtigde ambtenaar toelating kunnen verlenen om de herstelmaatregel zelf uit te voeren. In de praktijk komt het al

(*1) In een vonnis alvorens recht te doen van de rechtbank van eerste aanleg te Nijvel, op grond van art. 19 lid 2 Ger. W., wordt in een geschil van burenhinder aan de stad Waver en aan de regie der gebouwen verbod opgelegd om nog afval te storten op een terrein naast dat van de eisende partij, in afwachting van een uitspraak over de grond van de zaak. Een dwangsom van 50.000 frank per overtreding van het gebod werd opgelegd, nadat hierover in korte debatten was gepleit op de inleidingszitting, met toepassing van art. 735 Ger. W. (Rb. Nijvel 29 juni 1993, *J.L.M.B.* 1995 (verkort), 448, noot A. LEBRUN). Zie ook: Brussel 16 december 1994, *J.T.* 1995, 239.

(*2) Voorz. Kh. Mechelen 5 juli 1995, A.R. 1995/1916/K.G., *omittg.*; G. DE LEVAL, 'L'instruction sans obstructions', in VERHEYDEN-JEANMART en VAN COMPERNOLLE (ed.), *La preuve*, Colloquium 12 en 13 maart 1987, U.C.L., 26; C. PANIER, noot onder Voorz. Rb. Huy 23 februari 1982, *J.T.* 1982, 547.

(*3) Rb. Mechelen 26 juni 1996, *R.W.* 1996-97, 1140.

(*4) C. PANIER, noot onder Voorz. Rb. Huy 23 februari 1982, *J.T.* 1982, 547; M. STORME, 'Een decennium dwangsom', in M. STORME (ed.), *Procederen in nieuw België en komend Europa*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 333; zie *supra*, nr. 64.

(*5) E. KRINGS, concl. voor Cass. 23 maart 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, nr. 423 en *R.W.* 1984-85, 15; zie ook *supra*, nr. 51.

(*6) *Cf. supra*, nr. 24 en *infra*, nr. 88.

(*7) Cass. 7 november 1995, *Arr. Cass.* 1995, nr. 479, p. 980.

eens voor dat een dwangsom op deze grond wordt afgewezen. (*1) De motivering dat een ander executiemiddel kan worden aangewend, is hier nogal wankel. De gemachtigde ambtenaar heeft er volgens het Hof van Cassatie een gerechtvaardigd belang bij de veroordeelde zelf tot uitvoering aan te sporen, aangezien uitvoering door de gemachtigde ambtenaar (of meer algemeen, door de eisende partij zelf, op kosten van de veroordeelde) een aantal ernstige ongemakken en risico's met zich kan brengen. (*2)

2. ACCESSOIR KARAKTER VAN DE DWANGSOM

73 De veroordeling tot een dwangsom bestaat slechts als accessorium van de veroordeling ingevolge de hoofdvordering. Een belangrijk gevolg hiervan is dat, als de beslissing over de hoofdvordering vernietigd wordt, de dwangsom ook geen reden van bestaan meer heeft. (*3) Reeds verbeurde en ingevorderde dwangsommen die het gevolg zijn van een vernietigde beslissing over de hoofdvordering, moeten worden terugbetaald. (*4)

3. BEWIJSREGELING

74 De bewijslast om aan te tonen dat de veroordeelde zijn verplichting niet nakomt, rust in beginsel op de partij die de veroordeling bekwam. (*5) Op grond van het principe '*actori incumbit probatio*', moet de partij die beweert dat de dwangsom verbeurd is, bewijzen dat aan de voorwaarden voor de verbeurde van de dwangsom voldaan is. (*6) Dit bewijs moet niet worden geleverd bij de aanvang van de invordering van verbeurde dwangsommen, doch slechts naderhand in het kader van een executiegeschil voor de beslagrechter uitgelokt door de veroordeelde. (*7)

Aangezien de verbeurde van een dwangsom in bepaalde gevallen een ernstige vermogensaantasting voor de veroordeelde tot gevolg kan hebben, moet het door de rechter opgelegde gebod of verbod strikt worden geïnterpreteerd. (*8) De veroor-

(*1) Luik 13 december 1995, *Rev. dr. pén.* 1996, 339; Corr. Namen 17 maart 1993, *Rev. dr. pén.* 1993, 797; Rb. Brugge 15 september 1988, *R.W.* 1988-89, 1442; Luik 25 september 1985, *J.L.* 1986, 465, noot F. CLOSE; zie ook de verwijzingen bij: F. HAUMONT, *L'urbanisme – Région Wallonne*, Brussel, Larcier, 1996, 885, noot 6. Dit is vergelijkbaar met de weigering van de beslagrechter om een dwangsom op te leggen indien hij oordeelt dat zulks niet opportuun is omdat bij niet-tijdige opheffing van het beslag 's rechters beslissing zal gelden als handlichting. Belangrijk is vooral dat het voorhanden zijn (of omgekeerd, het ontbreken) van een ander executiemiddel op zich niet volstaat om een dwangsom *a priori* uit te sluiten. *Cf. supra*, nr. 51.

(*2) Cass. 10 maart 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, nr. 357, p. 651; Cass. 5 december 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, nr. 220, p. 479; Cass. 28 april 1987, *Pas.* 1987, nr. 502, p. 1002 en *R.W.* 1987-88, 260, verwijzende noot. *Cf. infra*, nr. 88.

(*3) E. KRINGS, concl. voor Benelux Hof 14 april 1983, *R.W.* 1983-84, 227 en *N.J.* 1983, nr. 615.

(*4) Meer hierover *infra*, nrs. 122 e.v., over de invloed van een later aangewend rechtsmiddel.

(*5) *Cf. supra*, nr. 14, over de taak van de beslagrechter.

(*6) Bergen 3 juni 1994, *J.L.M.B.* 1994, 1310; I. MOREAU-MARGREVE, 'L'astreinte', *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 83.

(*7) E. DIRIX, 'Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom', in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 48.

(*8) E. DIRIX, *t.a.p.*, 49.

deelde moet precies weten waaraan hij zich moet houden, zonder dat er ruimte kan zijn voor uitbreidende of analogische interpretatie van het rechterlijk gebod of verbod.

75 Een bijkomende grond voor de restrictieve interpretatie van het rechterlijk gebod of verbod, is dat verbeurde dwangsommen gelden als private straf. (*1) Restrictief interpreteren betekent nochtans niet strikter interpreteren dan wat de rechter redelijkerwijze bedoeld heeft. Het betekent enkel dat uitbreiding per analogie niet toegelaten is. (*2) Het rechterlijk gebod mag ruim geformuleerd zijn, als het maar voldoende duidelijk is. In sommige gevallen brengt de aard van het te beschermen recht mee, dat een efficiënte omschrijving van het verbod of gebod slechts kan geschieden in vrij algemene termen. (*3) In dat geval blijft de draagwijdte van het verbod of gebod beperkt tot handelingen waarvan in ernst niet kan worden betwijfeld dat zij een inbreuk opleveren. (*4) Bij redelijke twijfel of een bepaalde gedraging al dan niet plaatsvond, kan geen dwangsom worden verbeurd. (*5) Evenzo bij redelijke twijfel of een bepaalde gedraging een inbreuk oplevert. Ernstige twijfel speelt hier steeds in het voordeel van de veroordeelde. (*6)

76 Restrictief interpreteren zonder beperkender te interpreteren dan wat de rechter redelijkerwijze kan hebben bedoeld, is bijwijlen een moeilijke evenwichtsoefening. Ingeval de stakingsrechter een gebod oplegt om een welomschreven oneerlijke handelspraktijk te staken, onder verbeurte van een dwangsom van 10.000 frank per inbreuk, zal de veroordeelde volgens sommigen slechts 10.000 frank verbeuren mocht er sprake zijn van één type inbreuk, maar van voortdurende aard. Zelfs al duurt die ene inbreuk maandenlang, dan kan er volgens die strekking slechts sprake zijn van één inbreuk, als de dwangsom verbeurd wordt per inbreuk, zonder verdere precisering. Het gaat hier o.i. om een iets te beperkende interpretatie. Een mogelijke oplossing om te vermijden dat de dwangsom in zulke omstandigheden herleid wordt tot een eenvoudige afkooptom, bestaat erin ervan uit te gaan dat de rechter met zijn gebod of verbod per inbreuk redelijkerwijze slechts kon hebben bedoeld dat elke dag waarop de inbreuk voortduurt, aanleiding geeft tot de verbeurte van eenmaal de opgelegde dwangsom. (*7)

(*1) Brussel 25 april 1991, *J.T.* 1991, 771; E. DIRIX en K. BROECKX, 'Overzicht van rechtspraak – Beslagrecht – 1991-1996', *T.P.R.* 1996, 1402. *Cf. supra*, nrs. 16 e.v. over de dwangsom als private straf.

(*2) *Cf. supra*, nr. 14 in verband met interpretatieproblemen en de bevoegdheid van de beslagrechter.

(*3) H. STEIN, Commentaar bij de artikelen 611a-611i ('Van dwangsom'), in X. (ed.) *Burgerlijke rechtsvordering*, Kluwer, 1991, losbl., 1302. Daarbij moet uiteraard worden gehandeld binnen de perken van art. 6 Ger. W.

(*4) H.R. 18 februari 1966, *N.J.* 1966, nr. 208; A.A. VAN ROSSUM, 'Dwangsom. Recente ontwikkelingen', *N.J.B.* 1996, 1493.

(*5) E. DIRIX, 'Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom', in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 50-51.

(*6) Beslagr. Antwerpen 23 mei 1989, *R.W.* 1989-90, 308; D. LINDEMANS, 'Het bekomen van de dwangsom', in *Tien jaar toepassing van de dwangsom, a.w.*, 1991, nr. 32, p. 69.

(*7) Meer hierover bij de bespreking van art. 1385ter Ger. W.

Om betwisting te vermijden, kan men bij voortdurende inbreuken maar beter een dwangsom per tijdseenheid vorderen, ofwel een dwangsom per inbreuk gekoppeld aan een tijdseenheid, zodat het voortduren van de inbreuk en het verstrijken van de tijdseenheid de verbeurte van nieuwe dwangsommen tot gevolg heeft. Dit laatste klinkt ingewikkelder dan het is. Een toepassing is ‘een dagelijkse dwangsom van 100.000 frank per vastgestelde inbreuk’. (*1) Dit betekent dat, ook al is er slechts sprake van één voortdurende inbreuk, elke dag tijdens dewelke de inbreuk wordt vastgesteld, de verbeurte van 100.000 frank met zich brengt. (*2)

77 Het bewijs dat een rechterlijk gebod of verbod waaraan een dwangsom werd verbonden niet werd nageleefd, is het bewijs van een rechtsfeit. Als zodanig kan dit bewijs in principe met alle middelen van recht geleverd worden, met inbegrip van getuigen en vermoedens. (*3)

Wanneer bijvoorbeeld een gebod wordt opgelegd om een boekhouding voor te leggen, onder verbeurte van een dwangsom van 10.000 frank per achtergehouden document, is het in de concrete omstandigheden denkbaar dat het zeker is dat er minstens 50 documenten zijn achtergehouden, zonder dat het positief bewijs daarvan geleverd kan worden. Als men in zulke omstandigheden (d.w.z. bij een gebod om iets te doen waarbij het juiste aantal inbreuken niet kan worden vastgesteld zolang er geen begin van uitvoering van de prestatie is) het bewijs bij middel van vermoedens wil vermijden, dient men een dwangsom per tijdseenheid te vorderen.

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

Wanneer bijvoorbeeld een verbod wordt opgelegd aan een milieugroepering om aanwezig te zijn op de bedrijfsterreinen van een fabriek, onder verbeurte van 100.000 frank per persoon die zich in strijd met het verbod op het bedrijfsterrein zou bevinden, ziet men niet in hoe het precieze aantal activisten aanwezig op het bedrijfsterrein kan worden vastgesteld zonder gerechtsdeurwaarder. (*4) Een enkel proces-verbaal van vaststelling mag betrekking hebben op verrichtingen uitgevoerd door de gerechtsdeurwaarder op verschillende dagen. (*5)

In het algemeen is een vaststelling bij gerechtsdeurwaarder nuttig en soms nodig wanneer het gaat om inbreuken waarbij sprake is van een zekere continuïteit en waar-

(*1) Voorz. Kh. Brussel 4 december 1996, in H. DE BAUW en E. GYBELS (ed.), *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 1996*, Diegem, Kluwer, 1997, (377), 382.

(*2) Voor meer details over wanneer een dwangsom per tijdseenheid, dan wel een dwangsom per inbreuk aangewezen is: zie de commentaar bij art. 1385ter Ger. W.

(*3) E. DIRIX, *Beslagrecht*, Leuven, Acco, 1999, 19.

(*4) Brussel 15 september 1997, *R.W.* 1997-98, 1445.

(*5) Brussel 15 september 1997, *R.W.* 1997-98, 1445.

bij het doen van precieze vaststellingen belangrijk is voor de verbeurte van de dwangsom. Met name bij metingen of tellingen van voortdurende toestanden waarvan het bewijs na afloop ervan niet meer kan worden geleverd, is een vaststelling bij gerechtsdeurwaarder aangewezen.

Een volgende categorie van inbreuken waarbij het in bepaalde omstandigheden aangewezen kan zijn een vaststelling bij gerechtsdeurwaarder te vereisen, zijn inbreuken waarbij sprake is van een zekere continuïteit en die gewoonlijk plaatsvinden in ruimten waar geen onafhankelijke getuigen aanwezig zijn. Het typevoorbeeld hiervan is de weigering om een omgangsrecht van de andere ouder met een minderjarig kind te laten uitoefenen. Het Hof van Beroep te Gent vereiste in een arrest van 22 december 1997 in een dergelijke situatie een vaststelling bij gerechtsdeurwaarder. (*1)

Als het daarentegen gaat om inbreuken die enkel vast te stellen zijn op toevallige tijdstippen en mogelijk met grote intervallen, lijkt het onredelijk een vaststelling bij gerechtsdeurwaarder te vereisen. (*2) Wanneer bijvoorbeeld een contactverbod wordt opgelegd, waarbij een persoon verbod wordt opgelegd om iemand op te bellen, te schrijven, te achtervolgen of aan te spreken, is een vaststelling bij gerechtsdeurwaarder in de praktijk niet altijd mogelijk. (*3)

4. WAT BIJ EEN GERINGE TEKORTKOMING? – REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID

78 Het komt voor dat een (hoge) dwangsom wordt opgelegd en dat een schuldenaar maar zeer licht tekortkomt aan zijn verplichting. Zal in zulke gevallen de dwangsom steeds onverbiddelijk verbeurd zijn? Heeft de rechter de bevoegdheid om op grond van redelijkheid en billijkheid matigend op te treden ter zake van verbeurde dwangsommen?

Deze vraag dient te worden onderscheiden van de problematiek van artikel 1385*quinquies* Ger. W. Dit laatste artikel heeft betrekking op de vraag of en wanneer de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, de bevoegdheid heeft om verbeurde dwangsommen op te heffen of te verminderen in geval van blijvende of tijdelijke onmogelijkheid voor de schuldenaar om aan de hoofdveroordeling te voldoen. De vraag die hier onderzocht wordt, is of de rechter de bevoegdheid heeft om verbeurde dwangsommen te verminderen of op te heffen indien de schuldenaar slechts op geringe wijze tekortkomt aan zijn verplichting, door bijvoorbeeld één dag te laat te presteren indien hem daartoe door de rechter een termijn van drie maanden na de betekening was gegund.

(*1) Gent 22 december 1997, *T.G.R.* 1998, 71.

(*2) Zoals bijvoorbeeld bij een verbod om een bedrijfspand te betreden, 'onder verbeurte van een dwangsom van 100.000 frank per vastgestelde overtreding, te bewijzen middels een gerechtsdeurwaarder' (Voorz. Rb. Kortrijk 26 oktober 1995, *T.G.R.* 1996, 23).

(*3) Zie over het contactverbod onze bespreking van: Hof 's-Gravenhage 18 september 1987, *N.J.* 1988 (verkort), nr. 712, cf. *supra*, nr. 33.

79 Redelijkheid en billijkheid kunnen op verschillende momenten de oordeelsvorming van de rechter beïnvloeden, op basis van te onderscheiden aanknopingspunten in de Eenvormige Wet op de dwangsom. Allereerst kan de rechter redelijkheid en billijkheid betrekken in zijn oordeel over de vraag of het opportuun is een dwangsom op te leggen. Het al dan niet opleggen van een dwangsom vormt een discretionaire bevoegdheid, slechts vatbaar voor een marginale toetsing in cassatie. (*1) Het aanknopingspunt in de wet is hier de aanhef van artikel 1385bis. ‘De rechter *kan*’ een partij veroordelen tot een dwangsom, doch hij is hiertoe nooit verplicht. (*2) Niets verhindert dat de rechter in deze fase van zijn oordeelsvorming rekening houdt met de eisen van redelijkheid en billijkheid.

Een ander moment waar redelijkheid en billijkheid ter sprake kunnen komen, is wanneer de dwangsom reeds verbeurd is, maar de schuldenaar onmogelijk aan de hoofdveroordeling kan voldoen. Dat is de situatie beoogd in artikel 1385quinquies.

Redelijkheid en billijkheid kunnen ook een rol spelen bij de vraag wat ‘niet voldoen’ betekent. (*3)

De situatie die hier beoogd wordt, is wanneer de veroordeling tot een dwangsom reeds is uitgesproken, er geen sprake is van een onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen en er evenmin discussie kan bestaan over de vraag of al dan niet voldaan is aan de hoofdveroordeling. Het gaat met andere woorden om de gevallen waarin de schuldenaar ontgensprekelijk tekortkomt aan zijn hoofdveroordeling, zij het slechts in geringe mate.

De vraag of de rechter in de situatie zoals hier bedoeld matigend kan optreden, dient in het systeem van de Eenvormige Wet op de dwangsom in beginsel negatief te worden beantwoord. Een kleinere tekortkoming kan geen aanleiding geven tot een vermindering van de dwangsom. Als de inbreuk vaststaat, heeft dit de verbeurde van de opgelegde dwangsom tot gevolg. Er bestaat niet zoiets als een gedeeltelijke verbeurde van een dwangsom. De dwangsom is m.a.w. ondeelbaar wat de verbeurde betraagt. (*4) Dit moet niet worden beschouwd als onbillijk, doch slechts als een verhoging van de prikkelende werking van de dwangsom. Zij is nu eenmaal een aanmoediging tot behoorlijke uitvoering die de veroordeelde partij niet lichtzinnig in de wind kan slaan. Deze eigenschap van de dwangsom mag de rechter wel aanzetten tot behoedzaamheid bij zijn oordeelsvorming. In het bijzonder dient de rechter zich te behoeden voor fenomenaal hoge dwangsommen die kunnen worden verbeurd ten gevolge van een eenmalige inbreuk waarvan het denkbaar is dat hij per vergissing, uit onachtzaamheid of bij vergetelheid wordt begaan. (*5)

(*1) H.R. 19 februari 1993, *N.J.* 1993, nr. 624 en *Rechtspraak van de Week* 1993, 66.

(*2) *Cf. supra*, nr. 7.

(*3) *Cf. supra*, nr. 74.

(*4) E. DIRIX, ‘Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom’, in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 51.

(*5) *Cf. supra*, nr. 7.

Niettemin moet worden benadrukt dat een overtreding begaan uit vergissing het mechanisme van de verbeurte van de dwangsom op precies dezelfde wijze in werking stelt als een weloverwogen inbreuk. Opdat de dwangsom zou worden verbeurd, is geen weloverwogen bedoeling van de veroordeelde tot miskenning van het rechterlijk gebod of verbod vereist. (*1) De intentie of de morele ingesteldheid van de veroordeelde is niet relevant voor wat de verbeurte van de dwangsom betreft. De rechter mag er wel rekening mee houden bij het bepalen van de modaliteiten van de dwangsom. Ten aanzien van goedmenende partijen past mildheid bij het bepalen van de modaliteiten van de dwangsom. Enkel manifeste kwade trouw, koppigheid of misprijzen voor de rechterlijke macht in hoofde van de veroordeelde mogen aanleiding geven tot zeer hoog oplopende dwangsommen.

80 In zeer uitzonderlijke omstandigheden kunnen redelijkheid en billijkheid toch aanleiding geven tot een verlichting ten gunste van een veroordeelde partij die ontegensprekelijk tekortkwam, zij het slechts in onbeduidende mate. Binnen de systematiek van de Eenvormige Beneluxwet zijn er weinig mogelijkheden om te ontkomen aan de dwangsommen, als er geen sprake is van een onmogelijkheid om (tijdig) aan de hoofdveroordeling te voldoen. De wetgever koos voor een dwangsom met een definitief karakter. Desalniettemin is de Belgische (en Nederlandse) regeling van de dwangsom ingebed in het geheel van het procesrecht, zodat rechtsfiguren als rechtsverwerking of rechtsmisbruik toepassing kunnen vinden. (*2)

Als geen redelijk mens zich de houding van de eisende partij zou eigen maken, kan de invordering van verbeurde dwangsommen rechtsmisbruik opleveren. (*3) Het gaat hier vanzelfsprekend om zeldzame situaties. Het loutere feit dat de invordering van de dwangsom voor de eisende partij een belangrijk voordeel oplevert, volstaat allern minst opdat er sprake zou kunnen zijn van rechtsmisbruik. In tegenstelling tot bij louter contractuele wanprestatie, moet men er steeds rekening mee houden dat de veroordeelde wiens vermogen wordt aangetast door de invordering van verbeurde dwangsommen, de prijs betaalt voor een miskenning van het gezag van een rechterlijke uitspraak. Rechtsmisbruik kan derhalve slechts voorliggen wanneer de houding van de veroordeelde geen beduidende miskenning van een rechterlijke uitspraak oplevert en daarenboven de invordering van de dwangsom voor de eisende partij een voordeel met zich zou brengen dat kennelijk niet in verhouding staat tot het nadeel dat hierdoor door de veroordeelde wordt geleden.

Als de eisende partij middels een dwangsom bekwam dat de veroordeelde wezenlijk tegemoetkwam aan zijn verplichtingen, doch de eisende partij vordert lange tijd nadien nog dwangsommen in wegens een onbeduidende overtreding die is blijven

(*1) E. DIRIX, 'Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom', in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 50.

(*2) E. DIRIX, 'Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom', in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 52.

(*3) H.R. 20 mei 1994, *N.J.* 1994, nr. 652; H.R. 22 januari 1993, *N.J.* 1993, 598.

voortduren, zonder dat zij de veroordeelde daar ooit op attenteerde, kan er sprake zijn van rechtsverwerking. (*1)

5. OVER DE VREES DAT DE SCHULDENAAR ZIJN VERPLICHTING NIET NAKOMT

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

STORME zegt dat de kwestie van de ‘vrees’ uit het dwangsomvocabulary moet worden gebannen. (*2) Dat gaat wellicht iets te ver. De vrees dat de schuldenaar niet of niet tijdig zal presteren, kan een plaats innemen in het dwangsomvocabulary, zij het een beperkte plaats. Het gaat zoals gezegd allerm minst om een vereiste. Toch kan de rechter zich bij zijn soevereine opportuniteitsbeoordeling laten leiden door de overweging dat er in de omstandigheden van het geval geen aanleiding is tot een dwangsom, omdat er geen vrees bestaat dat de veroordeelde niet zal presteren. (*3) Mocht de eisende partij redenen hebben om te vrezen dat de wederpartij niet of niet tijdig zal presteren, mag de rechter daar rekening mee houden bij zijn opportuniteitsoordeel. (*4)

82 De wetgever heeft aan het instituut van de dwangsom een zo ruim mogelijke toepassing willen geven. (*5) Principieel kan aan elke veroordeling om iets te doen, iets te geven of iets na te laten een dwangsom worden verbonden, met uitzondering van de veroordelingen tot betaling van een geldsom of de vorderingen ter zake van de nakoming van arbeidsovereenkomsten. De loutere omstandigheid dat de eisende partij er niet in zou slagen om aan te tonen dat er vrees is dat de debiteur niet of niet tijdig zal presteren, kan op zich nooit volstaan om een dwangsom af te wijzen. Immers, als die vrees niet bestaat, heeft de veroordeelde evenmin iets te vrezen: hij zal de hoofdveroordeling tijdig uitvoeren en hij zal zodoende aan de verbeurte van de dwangsom ontsnappen.

Op grond van het vorenstaande kan de formulering van LAMBRECHTS niet geheel bijgetreden worden: ‘Indien moet worden gevreesd dat het herstel in natura op onwil zou stuiten, kunnen twee soorten maatregelen de uitvoering van het strafvonnis op burgerlijk gebied verzekeren: de dwangsom en de toestemming tot uitvoering op

(*1) Hof 's-Gravenhage 29 september 1993, *N.J.* 1994, nr. 615.

(*2) M. STORME, ‘Een decennium dwangsom’, in M. STORME (ed.), *Procederen in nieuw België en komend Europa*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 336.

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

(*4) Zie bv.: Gent 24 januari 1997, *A.J.T.* 1996-97, 500, noot F. NICHELIS.

(*5) Gemeensch. M.v.T., *Parl. St.* Kamer 1977-78, nr. 353, 15-16; J. VAN MULLEN, ‘Vers une législation de l’astreinte en droit belge?’, *J.T.* 1977, p. 39, nr. 16.

kosten van de veroordeelde.’ (*1) Een preciezer formulering zou zijn dat een herstelmaatregel verbonden aan een uitspraak van de strafrechter inzake een milieu-misdrijf kan worden afgedwongen langs indirecte wijze middels een dwangsom of op directe wijze, door toestemming tot uitvoering op kosten van de veroordeelde, waarbij beide dwangmiddelen cumulatief kunnen worden opgelegd. (*2) Dit vermijdt de connotatie dat de rechter een dwangsom enkel zou kunnen uitspreken indien moet worden gevreesd dat de veroordeelde zich onwillig zal betonen.

Ook wanneer er geen redenen zijn om te vrezen dat de schuldenaar niet naar behoren zal presteren, kan de rechter een dwangsom opportuun achten. De dwangsom moet niet noodzakelijkerwijze worden gestoeld op enige vrees. Zij kan ook bedoeld zijn om de schuldenaar ‘aan te moedigen’ om behoorlijk te presteren. (*3)

G. Dwangsom en schadevergoeding

1. DE DWANGSOM IS EEN PRESSIEMIDDEL ZONDER INDEMNITAIR KARAKTER

83 De dwangsom is een bijkomende veroordeling die erop gericht is de veroordeelde tot nakoming van de hoofdveroordeling aan te sporen. (*4) De dwangsom is geen schadevergoeding. (*5) Het is geenszins vereist dat het bedrag van de dwangsom op enige wijze in verband zou staan met een mogelijke schade in hoofde van de eisende partij. (*6) Integendeel, de dwangsom is precies een middel om de debiteur ertoe aan te zetten de hoofdveroordeling (tijdig) uit te voeren. (*7) Opdat de dwangsom als indirect executiemiddel voldoende prikkelend zou zijn, moet het bedrag ervan vol-

(*1) W. LAMBRECHTS, *Overzicht van het Belgisch milieurecht*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 54.

(*2) Zie voor een voorbeeld van cumulatieve toepassing van beide dwangmiddelen: Cass. 10 maart 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, nr. 357, p. 650.

(*3) F. HAUMONT, *L'urbanisme – Région Wallonne*, Brussel, Larcier, 1996, nr. 1069, p. 795.

(*4) X. MALENGREAU, ‘L’introduction de l’astreinte en droit belge’, *R.G.A.R.* 1981, nr. 10348, p. 2.

(*5) I. MOREAU-MARGREVE, ‘L’astreinte’, *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 14; M. STORME, ‘Een revolutionaire hervorming: de dwangsom’, *T.P.R.* 1980, p. 226, nr. 9.

(*6) Voorz. Kh. Dendermonde 2 maart 1988, *R.W.* 1988-89, 964, noot P. DE VROEDE; G.L. BALLON, *Dwangsom, a.w.*, 1980, nr. 61, p. 25; J. LAENENS, ‘Procedureaspecten’, in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 31; J. RONSE, ‘De dwangsom in het Belgische recht’, in VERENIGING VOOR DE VERGELIJKENDE STUDIE VAN HET RECHT VAN BELGIE EN NEDERLAND (ed.), *Jaarboek 1961-1962 – VIII*, Antwerpen, Zwolle, De Sikkell, Tjeenk Willink, s.d., 107; L. SCHUERMANS, D. SIMOENS, A. VAN OEVELEN, e.a., ‘Overzicht van rechtspraak – onrechtmatige daad – schade en schadeloosstelling (1977-1982)’, *T.P.R.* 1984, (511), 589; H. STEIN, Commentaar bij de artikelen 611a-611i (‘Van dwangsom’), in X. (ed.), *Burgerlijke rechtsvordering*, Kluwer, 1991, losbl., 1305; M. STORME, ‘Een revolutionaire hervorming: de dwangsom’, *T.P.R.* 1980, p. 223, nr. 2; M. STORME, ‘De dwangsom’, *R.W.* 1962-63, 1321.

(*7) Voorz. Arbrb. Brussel 9 juli 1985, *R.W.* 1985-86, 966; Voorz. Kh. Mechelen 10 oktober 1980, *T.B.H.* 1981, III, 532.

doende hoog zijn. (*1) Er mag zelfs sprake zijn van een wanverhouding tussen het bedrag van de dwangsom en de schade die de schuldeiser ingeval van niet-uitvoering van de hoofdveroordeling zou kunnen lijden. (*2) Indien de dwangsom onvoldoende hoog zou zijn, zou de veroordeelde kunnen verkiezen de dwangsommen te verbeuren en de hoofdveroordeling niet na te komen. (*3) Een van de wezenlijke doelstellingen van het instituut van de dwangsom, nl. het gezag en de werkzaamheid van rechterlijke uitspraken versterken, kan door te lage dwangsommen worden bedreigd. (*4)

De wet zelf benadrukt dat er geen verband is tussen de dwangsom en eventuele schadevergoeding. Artikel 1385bis eerste volzin *in fine* Ger. W. bepaalt dat een dwangsom kan worden opgelegd ‘onverminderd het recht op schadevergoeding indien daartoe gronden zijn’. Het feit dat de dwangsom een pressiemiddel is, erop gericht de veroordeelde aan te sporen de veroordeling ‘uit eigen beweging’ uit te voeren, heeft als belangrijk gevolg dat verbeurde dwangsommen door de veroordeelde betaald, niet in rekening dienen te worden gebracht bij de begroting van de schade die de eisende partij leed. (*5) De dwangsom is in de eerste plaats de prijs die de veroordeelde betaalt vanwege het miskennen van het gezag van de rechterlijke macht. (*6) Niets verhindert bijgevolg dat de schuldeiser, naast de dwangsom, nog schadevergoeding wegens niet-nakoming vordert. (*7)

84 Verbeurde dwangsommen komen op grond van artikel 1385quater Ger. W. integraal toe aan de partij die de veroordeling heeft verkregen, maar dit doet geen af-

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

(*2) G.L. BALLON, ‘De nieuwe wet op de dwangsom’, *R.W.* 1980, 2021; J. LAENENS, ‘Procedureaspecten’, in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 31; M. STORME, noot onder Brussel 22 april 1980, *R.W.* 1981-82, 335; M. STORME, ‘Een revolutionaire hervorming: de dwangsom’, *T.P.R.* 1980, p. 237, nr. 26; S.N. VAN OPSTALL, ‘De dwangsom in het Nederlandse recht’, in VERENIGING VOOR DE VERGELIJKENDE STUDIE VAN HET RECHT VAN BELGIE EN NEDERLAND (ed.), *Jaarboek 1961-1962 – VIII*, Antwerpen, Zwolle, De Sikkel, Tjeenk Willink, s.d., 124.

(*3) G.L. BALLON, *Dwangsom, a.w.*, 1980, nr. 61, p. 25.

(*4) M. STORME, ‘Een revolutionaire hervorming: de dwangsom’, *T.P.R.* 1980, p. 227, nr. 9; *Cf. supra*, nr. 32 betreffende de mogelijkheid voor de rechter om de dwangsom ambtshalve te verhogen.

(*5) De voorzitter van de arbeidsrechtbank zetelend in kort geding kan derhalve, niettegenstaande art. 4 van de C.A.O.-Wet, een dwangsom opleggen, aangezien het niet gaat om een vergoeding van de schade geleden door de eisende partij, maar wel om een middel om de veroordeelde te dwingen de veroordeling uit te voeren (Voorz. Arbrb. Brussel 9 juli 1985, *R.W.* 1985-86, 965).

(*6) M. STORME, ‘Een decennium dwangsom’, in M. STORME (ed.), *Procederen in nieuw België en komend Europa*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 339; M. STORME, ‘In de ban van de dwangsom’, in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 16.

(*7) Gemeensch. M.v.T., *Parl. St. Kamer* 1977-78, nr. 353, 17.

breuk aan het niet-indemnitaire karakter van de dwangsom. (*1) Het feit dat in het systeem van de Eenvormige Beneluxwet verbeurde dwangsommen toekomen aan de partij die de veroordeling heeft verkregen, is er voornamelijk op gericht de werkzaamheid van het instituut van de dwangsom te verhogen. Mochten verbeurde dwangsommen niet toekomen aan de eisende partij, maar bijvoorbeeld gestort worden in een speciaal fonds, zoals het geval is bij de bestuurlijke dwangsom opgelegd door de Raad van State, dan zou men kunnen verwachten dat veroordelingen onder dwangsom veel minder vaak zouden worden gevraagd. (*2) In het systeem van de Eenvormige Benelux Wet draagt het welbegrepen eigen belang van de partij die de veroordeling vraagt bij tot de verhoging van het gezag van rechterlijke uitspraken, hetgeen vanzelfsprekend een zaak van algemeen belang is. (*3)

85 De partij die een veroordeling onder verbeurde van een dwangsom vraagt, is er niet toe gehouden te bewijzen dat zij ingeval van niet-nakoming van de hoofdveroordeling schade zou lijden. (*4)

2. DWANGSOM EN BEGROTING VAN SCHADE

86 In de vorige paragraaf werd uiteengezet dat de dwangsom erop gericht is de veroordeelde te prikkelen om de hoofdveroordeling uit te voeren, opdat hij aan de aantasting van zijn vermogen ingevolge de verbeurde van de dwangsom zou ontsnappen. Indien de dwangsom geen vergoeding van schade is, maar zij niettemin ten volle toekomt aan de partij die de veroordeling heeft verkregen, mag de rechter dan met verbeurde dwangsommen rekening houden bij de begroting van de door de eisende partij werkelijk geleden schade? In principe zal antwoord op deze vraag, gelet op de hoger

(*1) Bijgevolg is het woordgebruik van een arrest dat de veroordeling uitspreekt 'au paiement d'une indemnité forfaitaire, à titre d'astreinte, pour tout jour' etc., enigszins ongelukkig. Het gaat immers niet om een schadevergoeding, wat blijkt uit de precisering in het dispositief dat 'cette indemnité forfaitaire (...) sera due pour tout fait commis à partir du troisième jour suivant la date du présent arrêt, à minuit, sans préjudice de tous autres droits et actions tendant à l'indemnisation du dommage effectivement subi ensuite du refus d'exécution' (Bergen 2 maart 1988, *T. Vred.* 1988, 301). Als het werkelijk zou gaan om een 'indemnité forfaitaire', zou dit vanzelfsprekend wel verrekend moeten worden bij de begroting van de werkelijk geleden schade. Het doel van de dwangsom is niet schadeloosstelling, maar wel de niet-uitvoering van een rechterlijke uitspraak ontraden. Volledigheidshalve mag nog worden opgemerkt dat een veroordeling tot een dwangsom 'à partir du troisième jour suivant la date du présent arrêt' niet afdwingbaar is, want strijdig met art. 1385bis lid 3 Ger. W., op grond waarvan de dwangsom niet kan worden verbeurd voor de betekening van de uitspraak waarbij zij is vastgesteld.

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

(*3) Vgl. M. STORME, 'L'astreinte en droit belge: six ans d'application', in CENTRE INTERUNIVERSITAIRE DE DROIT COMPARE (ed.), *Rapports belges au XIIIe Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Antwerpen, Kluwer/Bruylant, 1986, 212.

(*4) Arbh. Brussel 1 oktober 1987, *J.T.T.* 1987, 442.

uiteengezette principes, ontkennend zijn. (*1) De dwangsom is immers niet bedoeld als vergoeding van geleden schade. (*2) Dwangsom en schadevergoeding zijn cumuleerbaar. (*3)

Ingeval een schadelijdende partij haar vordering kan becijferen aan de hand van stukken, is het de rechter niet geoorloofd van het aldus bewezen bedrag een gedeelte af te houden dat zou overeenstemmen met de reeds ingevorderde dwangsommen. (*4) Ingeval de schade slechts *ex aequo et bono* kan worden begroot, geldt evenzeer het beginsel dat schadevergoeding in principe erop gericht dient te zijn de volledige schade te vergoeden. (*5) Als er zich bij de begroting van de vergoeding van de schade moeilijkheden voordoen omdat geen stukken voorhanden zijn waaruit een bepaald bedrag kan worden afgeleid, dient de rechter bij het bepalen van een billijk bedrag reeds ingevorderde dwangsommen buiten beschouwing te laten. Aangezien de dwangsom geen schadevergoeding is maar wel een prikkel tot nakoming, is het evident dat ingevorderde dwangsommen niet kunnen worden afgehouden van een schadebedrag dat aan de hand van stavingsstukken becijferbaar is. Het zou weinig coherent zijn reeds ingevorderde dwangsommen wel in rekening te brengen ingeval de omvang van de vordering slechts naar billijkheid kan worden begroot, omwille van de toevallige omstandigheid dat de schade niet (of niet volledig) aan de hand van stavingsstukken becijferbaar is. De billijke begroting van de schade geschiedt aan de hand van geleden schade. Herstel van de schade behoort niet tot de finaliteit van reeds ingevorderde dwangsommen, zodat zij bij de billijke schadebegroting buiten beschouwing dienen te blijven.

H. De veroordeling tot betaling van een geldsom

1. STRIKTE INTERPRETATIE

87 In principe kan geen dwangsom worden gekoppeld aan veroordelingen tot betaling van een geldsom. De ratio van deze uitzonderingsbepaling vervat in artikel 1385bis eerste lid tweede volzin Ger. W. is dat de opstellers van de Eenvormige Benelux Dwangsomwet ervan uitgingen dat de uitvoering van veroordelingen tot beta-

(*1) Gemeensch. M.v.T., *Parl. St.* Kamer 1977-78, nr. 353, 17; E. DIRIX, *Beslagrecht*, Leuven, Acco, 1999, 16-17.

(*2) E. KRINGS, concl. voor Benelux Hof 14 april 1983, *R.W.* 1983-84, 223 en *N.J.* 1983, nr. 615.

(*3) Gent 11 januari 1990, *R.W.* 1989-90, 1226; G.L. BALLON, 'De nieuwe wet op de dwangsom', *R.W.* 1980, 2021; G. DE LEVAL, *Jurisprudence du Code Judiciaire*, Hoofdstuk XXIII ('De l'astreinte'), Brugge, La Chartre, 1997, losbl., commentaar bij art. 1385bis, 20; P. DE VROEDE, 'Overzicht van rechtspraak (1976-1982) – De wet op de handelspraktijken', *T.P.R.* 1983, (865), 1014; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile, a.w.*, 1987, 600; F. GLANSDORFF, 'La législation de l'astreinte en droit belge: la loi du 31 janvier 1980 portant approbation de la Convention Benelux du 26 novembre 1973', *J.T.* 1980, 312; M. STORME, 'Een revolutionaire hervorming: de dwangsom', *T.P.R.* 1980, p. 230, nr. 13; J. VAN MULLEN, 'Vers une législation de l'astreinte en droit belge?', *J.T.* 1977, p. 42, nr. 38.

(*4) In Frankrijk is dit niet anders: A. PENNEAU, 'L'indépendance de l'astreinte par rapport aux dommages-intérêts', *Recueil Dalloz Sirey*, Sommaires commentés 1992, 277.

(*5) J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, in *A.P.R.*, Gent, Story-Scientia, 1984, nr. 363, p. 259.

ling van een geldsom voldoende gewaarborgd wordt door andere executiemiddelen, in het bijzonder het beslag. (*1) De opstellers van het Beneluxverdrag waren van oordeel dat de dwangsom, als indirect executiemiddel, principieel overbodig was bij veroordelingen tot betaling van een geldsom, hoewel dit niet betekent dat een dwangsom overbodig is in alle gevallen waar de eisende partij beschikt over directe executiemiddelen, zodat zij tot uitvoering kan overgaan zonder medewerking van de debiteur.

88 Het Hof van Cassatie verbrak in zijn arrest van 5 december 1989 een arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen, waarin een partij die zich had schuldig gemaakt aan een bouw misdrijf, werd veroordeeld tot betaling van één frank provisionele schadevergoeding aan de tweede verweerder, een natuurlijke persoon die zich burgerlijke partij had gesteld. (*2) Aan die veroordeling was een dwangsom gekoppeld. De oorspronkelijke tegeneis van de tweede verweerder in die zaak was de veroordeling van de eiser tot het betalen van één frank provisionele schadevergoeding, het herstel in de vorige toestand te bevelen en een dwangsom op te leggen per dag vertraging in de uitvoering van het herstel in de vorige toestand vanaf de betekening van het vonnis. In eerste aanleg werd de eiser jegens de tweede verweerder veroordeeld tot één frank provisionele schadevergoeding, met afwijzing van de andere aanspraken. In hoger beroep werd het bestreden vonnis bevestigd, mits de toevoeging van een bijkomende veroordeling van de eiser om aan de tweede verweerder een dwangsom van duizend frank per dag te betalen, met een maximum van 750.000 frank vanaf het verstrijken van een termijn van twee maanden na het in kracht van gewijsde treden van het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen. Het Hof van Cassatie verbrak het arrest, omdat een dwangsom gekoppeld werd aan een veroordeling tot betaling van een geldsom (*in casu* één frank provisioneel).

De eiser werd in het bestreden arrest op vordering van de eerste verweerder (het Vlaamse Gewest, dat zich eveneens burgerlijke partij had gesteld) wel veroordeeld tot herstel van de plaats in de vorige toestand, eveneens onder verbeurte van een dwangsom. Het Hof van Cassatie was terecht van oordeel dat die beslissing rechtens verantwoord was, aangezien niets verhindert dat een bevel tot herstel in de vorige toestand wordt verstrekt met een dwangsom. Het bevel tot herstel in de vorige toestand is een veroordeling om iets te doen. Het gaat als zodanig niet om een veroordeling tot betaling van een geldsom. Het feit dat bij stilzitten van de veroordeelde het College van burgemeester en schepenen of de gemachtigde ambtenaar machtiging werden verleend om over te gaan tot herstel in de vorige toestand op kosten van de veroordeelde, betekent dat bij stilzitten van de veroordeelde, de partij die de hoofdveroordeling heeft bekomen mag overgaan tot directe executie zonder medewerking van de veroordeelde. Op dat moment lost de verplichting van de veroordeelde om

(*1) Gemeensch. M.v.T., *Parl. St.* Kamer 1977-78, nr. 353, 16; G.L. BALLON, 'De nieuwe wet op de dwangsom', *R.W.* 1980, 2024-2025.

(*2) Cass. 5 december 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, nr. 220, p. 476.

over te gaan tot herstel in de vorige toestand zich als het ware op in een verplichting tot betaling van een geldsom. Slechts dan verandert de aard van de verplichting van de veroordeelde. De rechter kan derhalve een dwangsom verbinden aan een hoofdveroordeling die geen veroordeling tot betaling van een geldsom is, ook al betreft het een veroordeling die als gevolg van blijvende onwilligheid van de veroordeelde kan oplossen in een verplichting tot betaling van een geldsom. (*1)

Het Hof van Cassatie neemt in dit verband aan dat een partij een rechtmatig belang kan laten gelden de nakoming van de hoofdveroordeling zoveel mogelijk door de veroordeelde zelf te laten verzekeren. (*2) Indien een partij bijvoorbeeld een veroordeling tot herstel in de oorspronkelijke toestand bekomt, zal het voor haar allicht verkieslijk zijn de veroordeelde partij zelf het bevolen resultaat te laten bewerkstelligen. (*3) Het laten teweegbrengen van een bepaald resultaat, zoals het afbreken van een bouwsel, brengt niet alleen voor de partij die de veroordeling bekwam een aantal ongemakken mee (als de gemachtigde ambtenaar krachtens een rechterlijke machtiging zelf wil overgaan tot de uitvoering van een herstelmaatregel, moet hij de herstelwerken bij openbare aanbesteding aan een erkend aannemer toevertrouwen), maar belangrijker is dat de partij die de veroordeling bekwam alsdan belast wordt met het risico dat de kosten niet of slechts onvolledig op de veroordeelde kunnen worden verhaald, bijvoorbeeld wegens faillissement of onvermogen. (*4)

89 Het gegeven dat veroordelingen tot betaling van een geldsom principieel middels directe executie kunnen worden afgedwongen, is zoals gezegd de ratio van de uitsluiting van de dwangsom bij veroordelingen tot betaling van een geldsom. (*5) Als er in het geschil wel een geldsom op het spel staat, maar het niet gaat om een veroordeling die principieel middels directe executie kan worden afgedwongen, staat men niet voor een veroordeling tot betaling van een geldsom in de zin van artikel 1385bis Ger. W. Concreet kan daarbij worden gedacht aan een veroordeling om te betalen aan een derde. (*6) Het Benelux Gerechtshof oordeelde dat een dwangsom kan worden opgelegd in gevallen waarin de hoofdveroordeling strekt tot betaling van een geldsom aan een ander dan degene die de veroordeling van zijn wederpartij tot

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

(*2) Cass. 10 maart 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, nr. 357, p. 651; Cass. 5 december 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, nr. 220, p. 479; Cass. 28 april 1987, *Pas.* 1987, nr. 502, p. 1002 en *R.W.* 1987-88, 260, verwijzende noot.

(*3) Corr. Gent 30 mei 1995, *T.M.R.* 1996, 376; Corr. Gent 14 februari 1995, *T.M.R.* 1996, 101.

(*4) Cass. 28 april 1987, *Pas.* 1987, nr. 502, p. 1002 en *R.W.* 1987-88, 260, verwijzende noot. Zie over dit arrest ook *supra*, nrs. 24 en 72.

(*5) Hoewel het voorhanden zijn van directe executiemiddelen op zich niet volstaat om te besluiten dat geen dwangsom mogelijk zou zijn.

(*6) Voorz. Rb. Mechelen 23 januari 1989, *T.B.B.R.* 1990, 175.

die betaling heeft gevorderd. (*1) Aangezien een betaling aan een derde niet kan worden gerealiseerd door de gewone executiemiddelen, is het Benelux Gerechtshof van oordeel dat de betaling aan een derde niet bestreken wordt door de uitzonderingsbepaling. Het Benelux Gerechtshof merkt in zijn motivering van het arrest van 9 juli 1981 dat dit besluit aansluit bij de eisen van de praktijk, omdat juist bij het afdwingen van een betaling aan een derde behoefte kan bestaan aan een dwangsom, teneinde de nakoming van de veroordeling zoveel mogelijk te verzekeren. (*2) Het Hof past in dit arrest slechts het beginsel toe dat uitzonderingsbepalingen strikt geïnterpreteerd dienen te worden. Bij het geven van inhoud aan het concept ‘betaling van een geldsom’ past het rekening te houden met de bedoeling van de wetgever, met name de veroordeelde prikkelen tot nakoming van een prestatie (die ook een onthouding kan zijn) die zonder zijn medewerking redelijkerwijze niet mogelijk zou zijn.

90 De storting van de voorlopige vergoeding die een onteigenaar op grond van de Onteigeningswet van 26 juli 1962 moet verrichten in de deposito- en consignatiekas, kan volgens het Hof van Cassatie – met verwijzing naar het arrest van het Benelux Gerechtshof van 9 juli 1981 – niet worden aangemerkt als een betaling van een geldsom in de zin van artikel 1385bis Ger. W., aangezien het gaat om een betaling aan een ander dan degene die de veroordeling van zijn wederpartij vordert. (*3)

2. DE AFGIFTE VAN EEN BEPAALDE GELDSOM

91 De afgifte van een bepaalde geldsom valt niet onder de uitzondering volgens welke geen dwangsom kan worden verbonden aan veroordelingen tot betaling van een geldsom. (*4) Het afgeven van een welbepaalde geldsom moet worden beschouwd als een verbintenis tot doen. (*5) Reeds in de vroegste jaren van de Eenvormige Wet op de dwangsom oordeelden rechters dat de afgifte van een bepaalde geldsom kan worden afgedwongen met een dwangsom. (*6)

(*1) Benelux Hof 9 juli 1981, *R.W.* 1981-82, 303, noot M. STORME, *J.T.* 1981, 536 en *N.J.* 1982, nr. 190.

(*2) Benelux Hof 9 juli 1981, *R.W.* 1981-82, 307. Prof. STORME voert ter ondersteuning van het arrest ook aan dat de verplichting te betalen aan een derde veeleer moet worden opgevat als een verplichting om iets te doen (M. STORME, ‘Interpretatie van de Eenvormige Wet op de dwangsom’ (noot onder Benelux Hof 9 juli 1981), *R.W.* 1981-82, 308).

(*3) Cass. 9 september 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 26, *Pas.* 1989, 22 en *R.W.* 1988-89 (verkort), 541. In dezelfde zin: Hof Amsterdam 16 maart 1989, *N.J.* 1990, nr. 13; Vred. Fexhe-Slins 11 april 1988, *J.T.* 1988, 520 en *T. Vred.* 1988-89, 312.

(*4) Hof Amsterdam 5 november 1970, *N.J.* 1971, nr. 190; H.R. 9 september 1949, *N.J.* 1950, nr. 595; R.P. CLEVERINGA, *Mr. W. Van Rossem's verklaring van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1972, 1275-1276, noot 8; A.W. JONGBLOED, *De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht*, a.w., 1991, 62; M. STORME, ‘Een revolutionaire hervorming: de dwangsom’, *T.P.R.* 1980, 231.

(*5) C. PANIER, noot onder Voorz. Rb. Huy 23 februari 1982, *J.T.* 1982, 547; M. STORME, ‘Interpretatie van de Eenvormige Wet op de dwangsom’ (noot onder Benelux Hof 9 juli 1981), *R.W.* 1981-82, 308.

(*6) Vred. Brussel 21 januari 1980, A.R. 19.296, *onuitg.*, geciteerd door: A.-M. D’HOORE, ‘Een jaar toepassing van de dwangsom/Een onderzoek van de rechtspraak’, *R.W.* 1981-82, 302. Dezelfde tekst verscheen ook in het Frans: ‘Un an d’application de l’astreinte/Un examen de la jurisprudence’, *J.T.* 1981, 534.

3. DE BETALING BINNEN EEN BEPAALDE TERMIJN

92 Spijts het gegeven dat de bepaling die het opleggen van een dwangsom onmogelijk maakt bij veroordelingen tot betaling van een geldsom, strikt geïnterpreteerd wordt door de rechtspraak, zijn er heel wat auteurs die de uitzondering onaanvaardbaar achten, of haar minstens bekritisieren. (*1) Toch zijn er ook auteurs die menen dat er goede gronden zijn voor de uitzondering. (*2)

Niettegenstaande nogal wat rechtsgeleerden menen dat een dwangsom ook mogelijk zou moeten zijn bij veroordelingen tot betaling van een geldsom, zijn o.i. de bezwaren van de wetgever hiertegen in de meeste casusposities gegrond. Het leggen van een beslag om een geldvordering te realiseren brengt inderdaad een aantal onzekerheden en ongemakken met zich, maar een dwangsom zou daar op zich weinig aan veranderen. Bovendien is het bij miskenning van veroordelingen tot betaling van een geldsom niet altijd mogelijk een onderscheid te maken tussen niet willen en niet kunnen betalen. Bij veroordelingen waaraan een dwangsom kan worden verbonden, is het 'wel kunnen' van de veroordeelde nu juist een *conditio sine qua non*, voortvloeiend uit het voorwaardelijk karakter van de dwangsom. Wanneer het onderscheid tussen niet willen en niet kunnen vervaagt, zoals bij niet-uitvoering van veroordelingen tot betaling van een geldsom, wordt het opleggen van een dwangsom een riskante operatie, zodat o.i. de wetgever de uitzonderingsbepaling terecht heeft ingelast.

Dit betekent niet dat de kritiek op de uitzonderingsbepaling geheel ongefundeerd is. Er zijn inderdaad situaties denkbaar waarbij een dwangsom zeer wenselijk zou zijn, doch waarbij de uitsluiting van dwangsommen bij veroordelingen tot betaling van een geldsom moeilijkheden kan geven. Er kan daarbij in het bijzonder gedacht worden aan veroordelingen tot betaling binnen een bepaalde termijn. Er bestaat rechtspraak die een dwangsom mogelijk acht om een huurder aan te sporen de contractuele betalingstermijn in acht te nemen. (*3)

De loutere vaststelling dat een betaling binnen een bepaalde termijn dient te gebeuren, volstaat o.i. niet om te besluiten dat er geen sprake zou zijn van een 'betaling van een geldsom' in de zin van artikel 1385bis Ger. W. De oplossing die de voorkeur verdient, is o.i. de volgende. Bij sommige veroordelingen om (al dan niet periodiek) te betalen binnen een bepaalde termijn, is de betaling van een geldsom niet noodzakelijkerwijze de kenmerkende prestatie. Soms staat het gegeven dat de prestatie vóór een bepaald tijdstip moet worden uitgevoerd centraal. Men kan zulke verplichtingen

(*1) E. GULDIX, 'De dwangsom eindelijk legaal', *T. Vred.* 1980, 149; A.W. JONGBLOED, *De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht*, a.w., 1991, 64-65; I. MOREAU-MARGREVE, 'Principes généraux', in *Dix ans d'application de l'astreinte*, a.w., 1991, 31; M. STORME, 'Ik die bij de sterren sliep en 't haar der ruimten droeg.' *Metabletica van het procesrecht. Afscheidscollège*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 74; M. STORME, 'Voorwoord. Dertig jaar leven met de dwangsom', in *Tien jaar toepassing van de dwangsom*, a.w., 1991, 7-8; S.N. VAN OPSTALL, 'De dwangsom in het Nederlandse recht', a.w., in VERENIGING VOOR DE VERGELIJKENDE STUDIE (...) (ed.), *Jaarboek 1961-1962*, 134-135.

(*2) C. PANIER, noot onder Voorz. Rb. Huy 23 februari 1982, *J.T.* 1982, 547.

(*3) *Vred. Louveigné* 13 februari 1990, *J.L.M.B.* 1991, 1265, met goedkeurende noot P. BOSSARD.

m.a.w. interpreteren als verplichtingen om iets te doen. Bijgevolg kan, zelfs binnen de bestaande libellering van artikel 1385bis Ger. W., een dwangsom worden opgelegd. In zulke gevallen kunnen directe executiemiddelen de eisende partij trouwens geen recht verschaffen. De voornaamste ratio voor de uitsluiting van de dwangsom bij veroordelingen tot betaling van een geldsom valt weg, net zoals bij betalingen aan een andere dan de eisende partij.

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

I. De dwangsom in het sociaal recht

93 Krachtens artikel 1385bis eerste lid tweede volzin, *in fine* Ger. W. kan geen dwangsom worden opgelegd ten aanzien van vorderingen ter zake van de nakoming van arbeidsovereenkomsten. (*1) De ratio van deze bepaling is dat de uitvoering van arbeidsovereenkomsten onder verbeurte van een dwangsom een al te grote inbreuk op de persoonlijke vrijheid zou uitmaken. (*2) De uitzonderingsbepaling wordt strikt geïnterpreteerd. (*3) Het is niet zo, in tegenstelling tot wat sommige rechtspractici menen, dat geen dwangsom kan worden opgelegd in arbeidsverhoudingen. De rechtspraak heeft een aantal bakens aangereikt.

94 Een eerste punt betreft de bevoegdheid van de kortgedingrechter. Deze vermag geen uitspraak te doen over collectieve arbeidsgeschillen, maar kan wel bij hoog-

(*1) Over de ontstaansgeschiedenis van deze uitzonderingsbepaling: G.L. BALLON, 'De dwangsom bij vorderingen tot nakoming van een arbeidsovereenkomst' (noot onder Arbrb. Antwerpen 7 februari 1983), *R.W.* 1983-84, 1155; D. COL-LIN, 'L'astreinte en matière sociale. Point sur l'état de la jurisprudence', *Ann. Fac. dr. Liège* 1984, 89; J. DU JARDIN, concl. voor Benelux Hof 20 oktober 1997, *A.J.T.* 1998-99, 90 en *N.J.* 1998, nr. 396; B. NYSSSEN, 'L'astreinte et le droit social', in C.I.E.A.U. (ed.), *Dix ans d'application de l'astreinte*, Brussel, Créadif, 1991, 193-196.

(*2) M.P.J.A. CREMERS, 'Geen dwangsom in arbeidsverhoudingen?', *N.J.B.* 1989, p. 53, nr. 2, noot 7.

(*3) Arbrb. Antwerpen 7 februari 1983, *R.W.* 1983-84, 1155, noot G.L. BALLON; G. DE LEVAL, *Jurisprudence du Code Judiciaire*, Hoofdstuk XXIII ('De l'astreinte'), Brugge, La Chartre, 1997, losbl., commentaar bij art. 1385bis, 28; G. DE LEVAL, noot onder Arbh. Luik 3 juni 1983, *J.L.* 1983, 500; J. LAENENS, 'Procedureaspecten', in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 36; M. STORME, 'De dwangsom herbezocht', in *Een goede procesorde. Opstellen aangeboden aan Mr. W.L. Haardt*, Deventer, Kluwer, 1983, 130; M. STORME, 'Les astreintes', in A. FETTWEIS en E. GUTT (ed.), *Les voies conservatoires et d'exécution – bilan et perspectives*, a.w., 1982, nr. 10, p. 199; M. STORME, 'Een revolutionaire hervorming: de dwangsom', *T.P.R.* 1980, p. 230, nr. 13; V. VAN HERREWEGHE, 'De dwangsom: werkzoekend in het sociaal recht' (noot onder Arbrb. Gent 21 april 1986), *T.G.R.* 1986, 90. *Contra*: B. NYSSEN, 'L'astreinte et le droit social', in *Dix ans d'application de l'astreinte*, a.w., 1991, 212-213.

dringendheid voorlopige maatregelen treffen indien in het kader van een collectief arbeidsgeschil subjectieve rechten worden aangetast of dreigen te worden aangetast. (*1) Hoger werden reeds enkele beschikkingen besproken waarbij een dwangsom werd opgelegd aan de deelnemers van stakingspiketten die de toegang tot een onderneming versperden. (*2) Het rechterlijk bevel in een dergelijke situatie is een gebod of verbod dat de beëindiging van onrechtmatig gedrag beoogt. Een staking als zodanig beëindigen vermag de kortgedingrechter niet, aangezien het Hof van Cassatie staken op zich niet als ongeoorloofd beschouwt. (*3) Bedrijfsbezettingen, bedreigingen van werkwilligen, blokkering van de toegang van ondernemingen en soortgelijke acties behoren niet tot de normale uitoefening van het stakingsrecht. (*4) Een vordering gericht op de beëindiging van zulke onrechtmatige gedragingen, is geen vordering ter zake van de nakoming van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 1385bis Ger. W. (*5)

Het arbeidshof te Brussel overweegt in een arrest van 16 mei 1997 dat de kortgedingrechter een dwangsom kan opleggen in sociaalrechtelijke aangelegenheden, op voorwaarde dat (a) zulks enkel in uitzonderlijke gevallen geschiedt; (b) het rechterlijk bevel niet herleid kan worden tot de uitvoering van een arbeidsovereenkomst; (c) het geschil een rechtsgeschil is en niet louter een belangengeschil. (*6) *In casu* werd een dwangsom door het arbeidshof niet opportuun geacht omdat zij de toenadering tussen partijen, die nog aan het onderhandelen waren naar aanleiding van een bedrijfssluiting, zwaar onder druk zou zetten.

95 De relatieve autonomie van het sociale zekerheidsrecht verhindert niet dat de algemene beginselen van het burgerlijk (proces)recht toepassing vinden en dat een verplichting om iets te doen in een geschil tussen instellingen belast met de uitvoering van de wetgeving inzake verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering, wordt afgedwongen met een dwangsom. (*7)

1. DE UITVOERING VAN ARBEIDSOVEREENKOMSTEN

96 Een typevoorbeeld van een vordering die niet met een dwangsom kan worden afgedwongen, is de vordering ingesteld door werknemers of vakbonden met het oog op het bekampen of het uitstellen van een beslissing om een onderneming te slui-

(*1) Voorz. Rb. Luik 18 juni 1998, *J.T.T.* 1998, 447; Brussel 3 december 1987, *J.T.* 1988, met goedkeurende noot V. VANNES en *Journ. proc.* 1988, nr. 121, p. 29, noot Ph. DE KEYSER.

(*2) Voorz. Rb. Luik 18 juni 1998, *J.T.T.* 1998, 447; Voorz. Rb. Nijvel 23 april 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1256; Voorz. Rb. Luik 3 januari 1996, *J.L.M.B.* 1996, 311; Voorz. Rb. Brussel 12 mei 1992, *J.T.T.* 1992, 412; Voorz. Rb. Bergen 7 november 1987, *Soc. Kron.* 1988, 169. *Cf. supra*, nrs. 12 en 38.

(*3) Cass. 21 december 1981, *Pas.* 1982, I, 531.

(*4) Bergen 2 maart 1988, *J.T.* 1988, 361.

(*5) Voorz. Rb. Brussel 9 juni 1992, *J.T.* 1993, 315; Voorz. Rb. Luik 22 februari 1990, *J.L.M.B.* 1990, 770.

(*6) Arbh. Brussel 16 mei 1997, *Soc. Kron.* 1997, 332.

(*7) Voorz. Arbrb. Namen 29 december 1989, *Soc. Kron.* 1990, 143.

ten. (*1) Op grond van artikel 1385bis Ger. W., kan aan zo'n vordering onmogelijk een dwangsom worden verbonden. Omgekeerd kan een werknemer nooit onder verbeurte van een dwangsom bevolen worden om het werk te hervatten. (*2)

Een vordering tot het betalen van loon of van loonachterstallen kan niet onder verbeurte van een dwangsom worden afgedwongen. In de samenvatting boven het verstekvonnis van de arbeidsrechtbank te Bergen van 4 december 1989, zoals gepubliceerd in *J.L.M.B.*, wordt bevestigd dat een dwangsom kan worden opgelegd om de betaling van loonachterstallen te verzekeren. (*3) Een dergelijk besluit lijkt ons alleszins verkeerd, niettegenstaande de verkorte versie van het vonnis verwarrend is en aanleiding kan geven tot het besluit dat de rechtbank inderdaad een dwangsom heeft verbonden aan een vordering tot betaling van loonachterstallen, hetgeen zij niet zou kunnen zonder artikel 1385bis Ger. W. te schenden.

De tekst van artikel 1385bis Ger. W. maakt geen onderscheid tussen collectieve of individuele arbeidsovereenkomsten. Vorderingen ter zake van de nakoming van collectieve arbeidsovereenkomsten zijn evenmin afdwingbaar met een dwangsom. (*4)

97 Een vordering strekkende tot betaling van loon kan bezwaarlijk geacht worden niet te gelden als vordering ter zake van de nakoming van een arbeidsovereenkomst. Een dwangsom is daarentegen volgens bepaalde rechtspraak wel mogelijk bij vorderingen erop gericht een einde te maken aan een onrechtmatige *niet-betaling* van loon. Een bijkomende voorwaarde is dat de vordering niet strekt tot betaling van een geldsom, in de zin van artikel 1385bis Ger. W. Aldus verbond de Brusselse voorzitter een dwangsom aan een verbod om sommen in te houden, die bestemd waren om een vroegere onverschuldigde betaling aan ambtenaren te compenseren. (*5) Deze rechtspraak lijkt ons moeilijk verenigbaar met de tekst en de geest van artikel 1385bis Ger. W. Er is o.i. geen wezenlijk verschil tussen een vordering gericht op het stopzetten van een onrechtmatige niet-betaling van loon, en een vordering strekkende tot betaling van loon.

Het Arbeidshof te Luik oordeelde in een arrest van 12 juni 1984 dat een verbod om een gedeelte van het vakantiegeld in te houden, niet alleen een veroordeling is tot betaling van een geldsom, doch ook een veroordeling ingevolge een vordering ter zake van de nakoming van een arbeidsovereenkomst. (*6) Een dwangsom was bijgevolg uitgesloten.

Het Arbeidshof te Luik oordeelde in een arrest van 3 juni 1983 dat de wijze waarop de betaling van het loon geschiedt, het gevolg is van een wettelijke verplichting en

(*1) Voorz. Arbrb. Doornik 2 mei 1997, *Soc. Kron.* 1997, 340.

(*2) M. STORME, 'Een revolutionaire hervorming: de dwangsom', *T.P.R.* 1980, p. 230, nr. 13.

(*3) Arbrb. Bergen 4 december 1989, *J.L.M.B.* 1990, 682.

(*4) Arbh. Antwerpen 6 juni 1986, *R.W.* 1986-87, 1269; G.L. BALLON, *Dwangsom, a.w.*, 1980, nr. 155, p. 55. *Anders*: M. RIGAUX, 'Omtrent de juridische afdwingbaarheid van obligatoire C.A.O.-bepalingen', *R.W.* 1985-86, (913), 927.

(*5) Voorz. Rb. Brussel 31 augustus 1987, *Soc. Kron.* 1987, 282.

(*6) Arbh. Luik 12 juni 1984, *J.L.* 1984, 475.

niet geldt als nakoming van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 1385bis Ger. W. (*1) Een vordering strekkende tot het bekomen van een betaling van hand tot hand en niet per circulaire cheque, is volgens het Luikse Arbeidshof afdwingbaar met een dwangsom. Wat echter indien in de arbeidsovereenkomst bepaald was dat de betaling geschiedt van hand tot hand, en de werkgever eenzijdig in strijd met de overeenkomst beslist voortaan per circulaire cheque te betalen? Zou men moeten aannemen dat het dan wel zou gaan om een vordering ter zake van de nakoming van een arbeidsovereenkomst? Het antwoord dient o.i. ontkennend te zijn. De wijze van betaling is gesteund op de wet en zelfs mocht er hieromtrent een clause in een arbeidsovereenkomst besloten liggen, dan gaat het nog niet om een verplichting die kenmerkend is voor een arbeidsovereenkomst. (*2) Ook zonder de clause in de arbeidsovereenkomst zou de verplichting blijven bestaan, aangezien zij haar oorsprong in de (toenmalige) wetgeving op de bescherming van het loon vond. (*3)

98 Een verbod om vertrouwelijke informatie afkomstig uit de arbeidsverhouding te verspreiden of aan derden mede te delen, opgelegd aan een voormalige werknemer, heeft als doel een einde te stellen aan feitelijkheden. (*4) Het gaat niet om een vordering ter zake van de nakoming van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 1385bis Ger. W.

Een vordering ingesteld door de voormalige werkgever tegen een handelsreiziger, met het oog op de afgifte door de handelsreiziger van een klantenbestand op steekkaarten, betreft niet de uitvoering van een arbeidsovereenkomst. (*5) De verplichting om eigendommen van de werkgever na de beëindiging van de arbeidsrelatie terug te geven, kan kracht worden bijgezet met een dwangsom. Ook in het onwaarschijnlijke geval waarin de werknemer zelf de fiches of andere gegevensdragers materialiter zou hebben aangekocht, dient hij ze na beëindiging van de arbeidsrelatie af te geven aan de werkgever ingeval het gaat om gegevens die deze laatste toebehoren. (*6)

99 Een verbod opgelegd aan een voormalige werknemer om de werkgever oneerlijke concurrentie aan te doen, kan worden versterkt met een dwangsom. (*7) Ingeval het concurrentieverbod in een arbeidsovereenkomst vervat ligt, moet het naleven ervan o.i. niet worden beschouwd als de uitvoering van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 1385bis Ger. W., omdat het naleven van een concurrentieverbod, in het

(*1) Arbh. Luik 3 juni 1983, *J.L.* 1983, 500, noot G. DE LEVAL, *J.T.T.* 1984, 271, noot en *Soc. Kron.* 1983, 300.

(*2) Benelux Hof 20 oktober 1997, *J.T.T.* 1997, 478 en *N.J.* 1998, nr. 396. Verwijzingsarrest: Cass. 3 juni 1996, *Arr. Cass.* 1996, nr. 204, p. 529 en *J.T.T.* 1996, 391.

(*3) G. DE LEVAL, noot onder Arbh. Luik 3 juni 1983, *J.L.* 1983, 500.

(*4) Voorz. Arbrb. Aarlen 11 augustus 1992, *J.T.T.* 1993, 87.

(*5) Arbh. Antwerpen (afd. Hasselt) 29 september 1989, *R.W.* 1990-91, 265. Het arrest werd tevens gepubliceerd in *J.T.T.* 1990, 379, met als datum 28 september 1989.

(*6) *Idem.*

(*7) Voor meer details hierover zie: B. LIETAERT, 'De dwangsom in het arbeidsrecht' (noot onder Benelux Hof 20 oktober 1997), *A.J.T.* 1998-99, 93.

bijzonder na beëindiging van een arbeidsovereenkomst, niet de kenmerkende prestatie van een arbeidsovereenkomst is. (*1) Het gegeven dat het concurrentieverbod niet zou hebben bestaan zonder de arbeidsovereenkomst, moet in het licht van de recentere rechtspraak van het Benelux Gerechtshof betekenisloos geacht worden. De hieronder besproken rechtspraak van het Hof inzake de afgifte van sociale documenten, leidt o.i. ook tot het besluit dat een concurrentieverbod afdwingbaar is met een dwangsom. Er is sprake van een vordering, die – in de omschrijving van het Benelux Gerechtshof – na de beëindiging van een arbeidsovereenkomst wordt ingesteld, en dit niet ter nakoming van de arbeidsovereenkomst als zodanig, doch van verplichtingen die niet kenmerkend zijn voor een arbeidsovereenkomst. (*2)

Daarnaast vormt een dwangsom ter afdwinging van een concurrentieverbod evenmin een onaanvaardbare bedreiging voor de sociale verhoudingen. De ratio van de uitsluiting van de dwangsom bij vorderingen ter zake van de nakoming van arbeidsovereenkomsten, met name het vermijden van al te grote inbreuken op de persoonlijke vrijheid en het vrijwaren van de sociale verhoudingen, geldt hier niet. Een laatste argument (hoewel de eerste reden op zich reeds volstaat) waarom de beëindiging van inbreuken op een concurrentieverbod met een dwangsom kan worden afgedwongen, is omdat de vordering gericht is op de beëindiging van onrechtmatig gedrag. Zodra een vordering strekt tot het beëindigen van feitelijkheden of ander onrechtmatig gedrag, gaat het o.i. niet om een vordering ter zake van de nakoming van een arbeidsovereenkomst.

2. DE AFGIFTE VAN SOCIALE DOCUMENTEN

100 Een voorbeeld van een situatie waarin het opleggen van een dwangsom mogelijk is, vindt men in een vonnis van de arbeidsrechtbank te Luik van 25 mei 1981. (*3) Daarin wordt de verwerende partij veroordeeld, onder verbeurte van een dwangsom van 1000 frank per dag vertraging na het verstrijken van een maand na de betekening, met een maximum van 50.000 frank, om (een gecorrigeerde versie van) bepaalde documenten af te leveren. Het ging om bewijsstukken met betrekking tot de betaling van socialezekerheidsbijdragen, in het bijzonder voor kwartalen uit een periode vóór de inwerkingtreding van de Dwangsomwet in België. Ingevolge de onmiddellijke toepassing van procedureregels kon in die situatie een dwangsom worden opgelegd. De

(*1) In dezelfde zin: Voorz. Arbrb. Charleroi 23 januari 1987, *J.T.T.* 1987, 251, noot. *Contra*: Arbh. Charleroi 23 maart 1987, *J.T.T.* 1987 (verkort), 253. Het aangehaalde arrest van 23 maart 1987 hervormt de beschikking van 23 januari 1987. Sommige auteurs beschouwen het naleven van een concurrentieverbod wel als kenmerkend voor een arbeidsovereenkomst: B. LIETAERT, 'De dwangsom in het arbeidsrecht' (noot onder Benelux Hof 20 oktober 1997), *A.J.T.* 1998-99, 96. Deze auteur beschouwt alle afspraken gesloten tussen werkgever en werknemer als kenmerkend voor een arbeidsovereenkomst. O.i. is veeleer het betalen van loon en het verrichten van arbeid in ondergeschikt verband kenmerkend voor een arbeidsovereenkomst, althans in de context van art. 1385bis Ger. W. (zie Voorz. Arbrb. Doornik 2 mei 1997, *Soc. Kron.* 1997, 340).

(*2) Benelux Hof 20 oktober 1997, *J.T.T.* 1997, 478 en *N.J.* 1998, nr. 396. Verwijzingsarrest: Cass. 3 juni 1996, *Arr. Cass.* 1996, nr. 204, p. 529 en *J.T.T.* 1996, 391.

(*3) Arbrb. Luik 25 mei 1981, *J.T.*, 539.

rechtbank overweegt dat het *in casu* niet ging om de uitvoering van een arbeidsovereenkomst, maar wel om een verplichting voortvloeiende uit de wetgeving op de sociale voorzorg. Artikel 1385bis Ger. W. verzet zich in een dergelijke situatie niet tegen het opleggen van een dwangsom. (*1) Dit vonnis stond aan het begin van een controverse in de rechtspraak, die beslecht werd door het Benelux Gerechtshof.

Het Benelux Gerechtshof heeft in een arrest van 20 oktober 1997 voor recht verklaard dat vorderingen, die na de beëindiging van een arbeidsovereenkomst worden ingesteld, en dit niet ter nakoming van de arbeidsovereenkomst als zodanig, doch van verplichtingen die niet kenmerkend zijn voor een arbeidsovereenkomst, niet gelden als vorderingen ter zake van de nakoming van arbeidsovereenkomsten. (*2) Bijgevolg kan de rechter aan uitspraken ingevolge zulke vorderingen een dwangsom verbinden. Het gegeven dat het gaat om verplichtingen die nooit ontstaan zouden zijn als er geen arbeidsovereenkomst was geweest, doet daaraan geen afbreuk.

Na de aangehaalde uitspraak van het Benelux Gerechtshof heeft het Hof van Cassatie in een arrest van 30 november 1998 overwogen dat een dwangsom kan worden verbonden aan een veroordeling tot afgifte van sociale bescheiden die de werkgever krachtens artikel 21 van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 aan de werknemer moet overhandigen bij het einde van de arbeidsovereenkomst. (*3) Een vordering tot afgifte van sociale bescheiden is geen vordering tot nakoming van de arbeidsovereenkomst, aangezien zo'n vordering geen betrekking heeft op verplichtingen kenmerkend voor een arbeidsovereenkomst, ook al zouden die verplichtingen zonder de arbeidsovereenkomst niet zijn ontstaan. Of de verplichting van de werkgever om sociale bescheiden te overhandigen aan de werknemer nu gesteund is op de wet, op een contract of op enige andere rechtsgrond, mist relevantie. (*4)

(*1) In dezelfde zin: Arbh. Brussel 11 juli 1989, *T.S.R.* 1989, 365; Arbrb. Antwerpen 26 juni 1989, *R.W.* 1990-91, 60; Arbrb. Brussel 15 oktober 1986, *Soc. Kron.* 1987, 17; Arbrb. Gent 21 april 1986, *T.G.R.* 1986, 89, noot V. VAN HERREWEGHE; Voorz. Arbrb. Luik 10 februari 1986, *J.T.T.* 1986, 454 en *Soc. Kron.* 1986, 110; Arbrb. Antwerpen 20 december 1985, *Soc. Kron.* 1986, 57; Arbh. Gent 11 januari 1984, *R.W.* 1984-85, 2214; Arbh. Brussel 26 mei 1983, *J.T.T.* 1984, 221; Arbrb. Antwerpen 7 februari 1983, *R.W.* 1983-84, 1155, noot G.L. BALLON; Arbrb. Doornik 8 januari 1982, *Soc. Kron.* 1982, 285. *Contra*, doch onverenigbaar met de recentere rechtspraak van het Benelux Gerechtshof: Arbh. Antwerpen 18 maart 1994, *R.W.* 1994-95, 575; Arbh. Antwerpen 9 april 1992, *R.W.* 1992-93 (verkort), 756 en *Soc. Kron.* 1993, 129, noot J. GEYSEN; Arbrb. Charleroi 5 november 1990, *Soc. Kron.* 1991, 234; Arbrb. Antwerpen 16 februari 1989, *R.W.* 1988-89, 1274.

(*2) Benelux Hof 20 oktober 1997, *J.T.T.* 1997, 478; *A.J.T.* 1998-99, 90, concl. J. DU JARDIN, noot B. LIETAERT en *N.J.* 1998, nr. 396. De samenvatting boven het arrest in *A.J.T.* luidt 'Er kan geen dwangsom worden opgelegd...', terwijl dit moet zijn: 'Er kan een dwangsom worden opgelegd...' Verwijzingsarrest: Cass. 3 juni 1996, *Arr. Cass.* 1996, nr. 204, p. 529 en *J.T.T.* 1996, 391.

(*3) Cass. 30 november 1998, A.R. S95.0102.N, niet gepubliceerd bij het ter perse gaan.

(*4) Benelux Hof 20 oktober 1997, *J.T.T.* 1997, 478; *A.J.T.* 1998-99, 90, concl. J. DU JARDIN, noot B. LIETAERT en *N.J.* 1998, nr. 396.

J. In welke stand van het geding kan een dwangsom worden gevorderd?

101 Principieel kan een dwangsom in elke stand van een geding worden gevorderd, voorzover het gaat om een geding waarin de rechter gevraagd wordt een veroordeling uit te spreken om iets te doen, iets te geven of iets na te laten. (*1)

Aangezien het Hof van Cassatie in zijn arresten geen veroordeling tot een doen, geven of laten uitspreekt, is er vanzelfsprekend geen ruimte voor het vorderen van een dwangsom in cassatie. Het is daarentegen niet vereist dat een middel met betrekking tot de regelen inzake de dwangsom reeds voor de feitenrechter wordt ingeroepen. De wet op de dwangsom beoogt niet enkel het belang van de schuldeiser bij de uitvoering in natura door de schuldenaar van zijn verbintenis, maar is er ook op gericht het gezag van de rechterlijke beslissingen te versterken en de tenuitvoerlegging ervan te vereenvoudigen. (*2) Bijgevolg raakt deze wet de essentiële belangen van de samenleving. Op grond hiervan overwoog het Hof van Cassatie dat de Wet op de dwangsom van openbare orde is. Een cassatiemiddel gegrond op de bepalingen inzake de dwangsom mag bijgevolg voor het eerst in cassatie worden aangevoerd. (*3)

102 Aangezien de regeling van de dwangsom de essentiële belangen van de samenleving raakt, kunnen partijen in een overeenkomst niet overeenkomen dat zij afstand doen van hun recht om een dwangsom te vorderen. (*4) Na de veroordeling ervoor kiezen de dwangsom niet in te vorderen blijft uiteraard mogelijk. (*5) Mocht in een overeenkomst reeds een boetebeding vervat liggen, verhindert dit niet dat ook een dwangsom wordt gevorderd. Een (geldig) boetebeding is een forfaitaire raming van de schade die een contractspartij lijdt bij wanprestatie van de wederpartij, terwijl dwangsom en schadevergoeding geen verband met elkaar houden. (*6)

1. VERZET OF HOGER BEROEP

103 Artikel 1385bis lid 2 Ger. W. bepaalt uitdrukkelijk dat een dwangsom ook voor het eerst in verzet of in hoger beroep kan worden gevorderd. (*7) In de praktijk zal

(*1) De rechter kan ook in een vonnis alvorens recht te doen een partij een bevel opleggen onder verbeurte van een dwangsom (cf. *supra*, nr. 71).

(*2) Gemeensch. M.v.T., *Parl. St.* Kamer 1977-78, nr. 353, 15; M. STORME, 'In de ban van de dwangsom', in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 16.

(*3) Cass. 3 juni 1996, *Arr. Cass.* 1996, nr. 204, p. 529 en *J.T.T.* 1996, 391.

(*4) G. DE LEVAL, *Jurisprudence du Code Judiciaire*, Hoofdstuk XXIII ('De l'astreinte'), Brugge, La Charte, 1997, losbl., commentaar bij art. 1385bis, 4; G. DE LEVAL en J. VAN COMPERNOLLE, 'Les problèmes posés par l'exécution de l'astreinte', in *Dix ans d'application de l'astreinte, a.w.*, 1991, 241, voetnoot 474; E. DIRIX en G.L. BALLON, *Factuur*, in *A.P.R.*, Antwerpen, Kluwer, 1993, p. 148, nr. 262; I. MOREAU-MARGREVE, 'L'astreinte', *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 88-89; R. KRUIITHOF, 'Contractuele aansprakelijkheidsregelingen', *T.P.R.* 1984, (233), 283.

(*5) I. MOREAU-MARGREVE, 'Principes généraux', in *Dix ans d'application de l'astreinte, a.w.*, 1991, 18-19.

(*6) X. MALENGREAU, 'L'introduction de l'astreinte en droit belge', *R.G.A.R.* 1981, nr. 10348, p. 1, verso; Cf. *supra*, nrs. 83 e.v.

(*7) Zie voor enkele toepassingen: Brussel 9 oktober 1981, *T.B.H.* 1982, 316; Brussel 22 april 1980, *R.W.* 1981-82 (verkort), 334, noot M. STORME.

dit met name nuttig zijn ingeval de eisende partij een veroordeling in eerste aanleg heeft bekomen die uitvoerbaar bij voorraad is, maar die door de verwerende partij niet uit eigen beweging wordt nageleefd. In zulke gevallen kan het aangewezen zijn dat de rechter zetelend in hoger beroep (eventueel na korte debatten op de inleidingszitting) in een tussenvonnis of -arrest een dwangsom verbindt aan de uitspraak. Bij de beoordeling van de vraag of een dwangsom mogelijk is, wordt geen onderscheid gemaakt naargelang het gaat om een eindvonnis of vonnis in de hoofdzaak dan wel een vonnis op tussengeschied of een incidenteel vonnis. (*1)

2. DE AFZONDERLIJKE EIS ENKEL GERICHT OP EEN DWANGSOM

104 Er bestaat onenigheid over de draagwijdte van het gegeven dat de rechter nooit een uitspraak kan verlenen waarin hij uitsluitend een dwangsom oplegt, zonder een hoofdveroordeling uit te spreken. De bron van heel wat twijfel hieromtrent is een passage uit de gemeenschappelijke Memorie van Toelichting, waarin wordt opgemerkt dat de dwangsom geldt als een veroordeling die afhankelijk is van de hoofdveroordeling, 'zodat de hoofdveroordeling en de veroordeling tot betaling van een dwangsom in één en dezelfde uitspraak moeten worden vervat'. (*2) Op grond van deze passage namen sommige auteurs nogal strenge standpunten in.

J. VAN COMPERNOLLE meent dat de hoofdveroordeling en de dwangsom simultaan moeten worden uitgesproken, zodat men geen procedure kan inspannen met als doel het bekomen van een dwangsom wegens de niet-uitvoering van een vorige veroordeling. (*3) De auteur geeft toe dat deze oplossing een 'praktisch nadeel' vertoont, doch hij reikt slechts één mogelijke oplossing aan. Die bestaat erin om aan de rechter te vragen, voorzover hij het opleggen van een dwangsom niet opportuun acht, de zaak wat de dwangsom betreft aan te houden en naar de rol te verwijzen. De eisende partij kan dan indien nodig terug voor dezelfde rechter verschijnen, zodat deze laatste kan oordelen in het licht van de gedragingen van de veroordeelde na de veroordeling. (*4)

Andere auteurs, zoals MOREAU-MARGREVE, nemen een standpunt in dat o.i. beter aansluit bij de eisen van de praktijk. MOREAU-MARGREVE meent dat men de eisende partij die een veroordeling in haar voordeel bekam zonder dwangsom, de mogelijkheid van een dwangsom niet mag ontnemen, wanneer na het uitspreken van de veroordeling blijkt dat de veroordeelde de veroordeling niet uitvoert. (*5) Zij noemt de oplossing volgens dewelke een dwangsom niet meer mogelijk is, indien zij niet voor de eerste veroordeling werd gevraagd, 'zeer formalistisch'. Ook in het bij-

(*1) G. D'HOORE, concl. voor Benelux Hof 29 november 1993, *R.W.* 1993-94, (705), 706.

(*2) Gemeensch. M.v.T., *Parl. St.* Kamer 1977-78, nr. 353, 16, *in fine*.

(*3) J. VAN COMPERNOLLE, 'Astreinte', in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1992, t. XIII, boek IV, afd. 6, nr. 13, p. 29. In dezelfde zin: G.L. BALLON, *Dwangsom*, a.w., 1980, nrs. 50 en 51; D. LINDEMANS, 'Het bekomen van de dwangsom', in *Tien jaar toepassing van de dwangsom*, a.w., 1991, nrs. 3-5; X. MALENGREAU, 'L'introduction de l'astreinte en droit belge', *R.G.A.R.* 1981, nr. 10348, randnummer 13; V. POULEAU, 'Astreinte et droit familial', *J.T.* 1987, p. 201, nr. 6.

(*4) J. VAN COMPERNOLLE, 'Astreinte', in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1992, t. XIII, boek IV, afd. 6, nr. 29, p. 35.

(*5) I. MOREAU-MARGREVE, 'L'astreinte', *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 63-64.

zonder lezenswaardige advies van advocaat-generaal MISSAL voor het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 23 februari 1995, wordt het eerste standpunt formalistisch genoemd. (*1) F. GRANDHENRY noemt het eerste standpunt ‘weinig praktisch’. (*2) D. DEOM wijst erop dat het te streng zou zijn om de eisende partij het voordeel van een dwangsom te ontzeggen, indien voorheen geen dwangsom werd gevraagd of opgelegd omdat de debiteur gedurende de voorgaande procedure nog niet de indruk had gegeven zich te willen onttrekken aan de uitvoering van de veroordeling. (*3)

Marcel STORME benadrukt eveneens dat de praktijk heeft aangetoond dat er behoefte bestaat aan een interpretatie volgens dewelke een dwangsom in een latere uitspraak mogelijk moet zijn. (*4) Ook J. LAENENS verkiest de oplossing volgens dewelke een dwangsom in een latere procedure mogelijk moet zijn. (*5) Dit past trouwens geheel in de systematiek van artikel 1385bis lid 2 Ger. W., volgens hetwelk een dwangsom ook voor het eerst in verzet of hoger beroep kan worden gevraagd. De strenge formalistische opvatting volgens dewelke de dwangsom enkel ter gelegenheid van de eerste procedure kan worden gevraagd, lijkt daarmee een minderheidsstandpunt uit te maken.

Men dient te aanvaarden dat men de rechter nooit mag vragen slechts een dwangsom uit te spreken. Gelet op het accessoir karakter van de dwangsom, moet zij steeds aan een hoofdveroordeling verbonden zijn. De interpretatie volgens dewelke geen dwangsom meer mogelijk is, indien zij niet voor de eerste veroordeling gevraagd werd, is o.i. niet alleen onbillijk, doch vloeit bovendien niet op noodzakelijke wijze voort uit de tekst van de wet. (*6) Men dient o.i. aan te nemen dat een gebod of verbod van de rechter om iets te doen, iets te geven of iets na te laten, een gebod kan zijn om een rechterlijk gebod of verbod vervat in een vroegere veroordeling na te leven, uiteraard indien het gaat om een prestatie die middels een dwangsom kan worden afgedwongen. Het lijkt aangewezen dat de rechter in het beschikkend gedeelte van de tweede uitspraak niet slechts verwijst naar de vorige uitspraak, maar precieseert welke gedragingen verbeurte van de dwangsom zullen teweegbrengen. Indien de rechter in de tweede uitspraak enkel verwijst naar de vorige uitspraak, zonder de relevante bepalingen uit het beschikkend gedeelte over te nemen, zou er zich een nete-

(*1) J.F. MISSAL, advies voor Antwerpen 23 februari 1995, *A.J.T.* 1994-95, 574. Zie ook de verwijzingen aldaar.

(*2) F. GRANDHENRY, noot onder *Vred.* Thuin 26 oktober 1992, *T. Vred.* 1993, 130.

(*3) D. DEOM, ‘Le recours à l’astreinte’, in X. (ed.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, 463, nr. 11.

(*4) M. STORME, ‘Een decennium dwangsom’, in M. STORME (ed.), *Procederen in nieuw België en komend Europa*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 337; M. STORME, ‘In de ban van de dwangsom’, in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 18.

(*5) J. LAENENS, ‘Procedureaspecten’, in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 29-30.

(*6) Vergelijk: G.L. BALLON, *Dwangsom, a.w.*, 1980, nrs. 50 en 51; X. MALENGREAU, ‘L’introduction de l’astreinte en droit belge’, *R.G.A.R.* 1981, nr. 10348, randnummer 13.

lig probleem voordoen indien naderhand de eerste uitspraak vernietigd of hervormd wordt, zonder dat een rechtsmiddel tegen de tweede uitspraak was ingesteld. (*1)

De alhier verdedigde interpretatie van het gegeven dat een dwangsom steeds verbonden moet zijn aan een hoofdveroordeling, houdt in dat de dwangsom inderdaad vervat moet zijn in één en dezelfde uitspraak als de hoofdveroordeling, maar dat het niet noodzakelijkerwijze moet gaan om de *eerste* hoofdveroordeling. Als er in de procedure die uitmondde in de eerste hoofdveroordeling geen dwangsom gevraagd was, kan o.i. die veroordeling wel dienstig zijn om een nieuwe hoofdveroordeling, met dwangsom, rechtens te verantwoorden. (*2) Vanzelfsprekend moet de rechter bij een latere veroordeling het gewijsde van de eerste veroordeling eerbiedigen. Als er wel een dwangsom gevorderd was in de eerste procedure, kan in een tweede procedure enkel een dwangsom gevraagd worden indien zij in de eerste procedure werd afgevoerd op opportuniteitsgronden en in omstandigheden die later veranderd zijn.

De rechtspraak is eveneens verdeeld. Bepaalde hoven en rechtbanken oordelen volgens de strekking zoals verdedigd door VAN COMPERNOLLE. (*3) De jeugdkamer van het Hof van Beroep te Antwerpen oordeelde – ietwat cynisch – dat de partijen maar ‘voldoende diligent moeten zijn om samen met de hoofdveroordeling telkens een dwangsom te vragen waar dit mogelijk is’. (*4) Andere rechtspraak volgt het standpunt volgens hetwelk een dwangsom in een afzonderlijke procedure wel mogelijk is, zolang er maar een (eventueel nieuwe) hoofdveroordeling wordt uitgesproken. (*5) De Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik bevestigt in een vonnis van 14 februari 1991 dat een vordering gericht op het bekomen van een dwangsom ook ontvankelijk is na een vroegere uitspraak die niet in acht werd genomen. (*6) Daarbij kan de niet-naleving van de vorige uitspraak de grondslag bieden voor het uitspreken van een bevel onder dwangsom tot verrichting van de prestatie die in de vroegere uitspraak reeds werd bevolen.

K. Vanaf wanneer wordt de dwangsom verbeurd?

105 Het derde en vierde lid van artikel 1385bis Ger. W. hebben betrekking op de vraag vanaf wanneer de dwangsom kan worden verbeurd. Het betekeningsvereiste neergelegd in artikel 1385bis lid 3 Ger. W., geeft aanleiding tot verschillende vraagstukken. In de volgende randnummers wordt onderzocht wat dit vereiste precies inhoudt en waar het beginpunt van de verbeurte ligt bij dwangsommen per tijdseenheid

(*1) Als een uitspraak slechts verwijst naar een vorige uitspraak, zonder zelf een in precieze bewoordingen verwoord rechterlijk gebod of verbod te bevatten, kan zij moeilijk anders dan als een accessorium van de eerste uitspraak worden opgevat, zodat zij bij verdwijnen van de eerste veroordeling automatisch hetzelfde lot zou ondergaan.

(*2) In dezelfde zin: Rb. Mechelen 26 juni 1996, *R.W.* 1996-97, 1140.

(*3) Voorz. Rb. Namen 31 juli 1996, *J.T.* 1997, 101; Brussel 7 maart 1988, *J.T.* 1988, 360, verwijzende noot; Voorz. Brussel 22 maart 1993, *R.R.D.* 1995, 77.

(*4) Antwerpen 23 februari 1995, *A.J.T.* 1994-95, 574, andersluidend advies J.F. MISSAL.

(*5) Rb. Mechelen 26 juni 1996, *R.W.* 1996-97, 1140; Rb. Mechelen 21 oktober 1993, *T.B.B.R.* 1995, 263.

(*6) Rb. Luik 14 februari 1991, *J.L.M.B.* 1991, 974, noot A. KOHL.

of per inbreuk. Er wordt ook aandacht besteed aan de vraag of een beslissing die betekend werd na de uitspraak in eerste aanleg, opnieuw betekend moet worden na een bevestigende beslissing in hoger beroep.

Wanneer voldaan is aan het betekeningsvereiste, volstaat dit nog niet opdat de dwangsom zou kunnen worden verbeurd. De betekening is een noodzakelijke, doch geen voldoende voorwaarde voor de verbeurte van de dwangsom. Zij is slechts één van de voorwaarden voor de verbeurte van de dwangsom. Naast de betekening, moet er uiteraard een inbreuk voorliggen. (*1) Het moet gaan om een inbreuk op een rechterlijke uitspraak die een dwangsom oplegt en die (a) in kracht van gewijsde is gegaan, of (b) uitvoerbaar bij voorraad is, of (c) niet uitvoerbaar bij voorraad is, doch niet aangevochten door een gewoon rechtsmiddel. Het Benelux Gerechtshof heeft immers in een arrest van 5 juli 1985 geoordeeld dat de dwangsom niet kan worden verbeurd gedurende de tijd dat wegens het instellen van een rechtsmiddel de gedwongen tenuitvoerlegging van de hoofdveroordeling is geschorst. (*2)

Bij het onderzoek van de vraag vanaf wanneer de dwangsom kan worden verbeurd, moet men bijgevolg niet enkel rekening houden met het betekeningsvereiste. Men moet ook de invloed van een later aangewend rechtsmiddel in acht nemen. (*3)

Een laatste luik van de vraag vanaf wanneer de dwangsom kan worden verbeurd, heeft betrekking op de toekenning door de rechter van een termijn binnen dewelke de veroordeling moet worden uitgevoerd. (*4)

1. IN GEEN GEVAL VÓÓR DE BETEKENING

106 Artikel 1385bis lid 3 Ger. W. bepaalt dat de dwangsom niet kan worden verbeurd vóór de betekening van de uitspraak waarbij zij is vastgesteld. Volgens FETTWEIS kan aan het betekeningsvereiste ook worden voldaan door kennisgeving (*notification*). (*5) De term betekening (*signification*) in artikel 1385bis lid 3 Ger. W. beoogt volgens FETTWEIS slechts het *quod plerumque fit*. Het Hof van Cassatie heeft dit standpunt niet gevolgd. Uit het arrest van 9 oktober 1989 blijkt dat het Hof van oordeel is dat een kennisgeving niet beantwoordt aan het betekeningsvereiste van artikel 1385bis Ger. W. (*6)

(*1) Cf. *supra*, nrs. 74-80.

(*2) Benelux Hof 5 juli 1985, R.W. 1985-86, 929, concl. E. KRINGS en N.J. 1986, nr. 19, concl. E. KRINGS en noot W.H.H.

(*3) Cf. *infra*, nrs. 122 e.v.

(*4) Cf. *infra*, nrs. 125 e.v.

(*5) A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile, a.w.*, 1987, p. 601, noot 3.

(*6) Cass. 9 oktober 1989, J.T.T. 1989, 452; G. DE LEVAL, *Jurisprudence du Code Judiciaire*, Hoofdstuk XXIII ('De l'astreinte'), Brugge, La Charte, 1997, losbl., commentaar bij art. 1385bis, 15.

107 Het feit dat een partij uitdrukkelijk berust in een uitspraak, doet geen afbreuk aan het betekeningsvereiste. (*1) De berusting houdt slechts in dat de veroordeelde partij afstand doet van haar recht om rechtsmiddelen aan te wenden tegen de beslissing (art. 1044 Ger. W.). De berusting is een handeling die uitgaat van de veroordeelde partij. De betekening zoals vereist door artikel 1385bis lid 3 Ger. W., heeft tot doel de veroordeelde ervan op de hoogte te brengen dat de schuldeiser staat op de uitvoering van de veroordeling. (*2) Het doel van de betekening is niet beperkt tot het louter ter kennis brengen van het bestaan van de uitspraak. Enkel de eisende partij kan haar intentie om de uitvoering van de veroordeling af te dwingen tot uitdrukking brengen. Deze intentie kan nooit blijken uit een handeling uitgaande van de veroordeelde. (*3)

108 Indien de partijen overeenkomen dat de betekening achterwege blijft, kan de dwangsom niet worden verbeurd. (*4)

109 De betekening van de uitspraak waarin de veroordeling onder verbeurte van een dwangsom vervat ligt, moet gebeuren op verzoek van de partij die de veroordeling bekomen heeft. Zijn er meer dan twee partijen en werd de uitspraak betekend op verzoek van een partij die geen veroordeling onder verbeurte van een dwangsom bekomen heeft, dan zal dit niet volstaan opdat de dwangsom kan worden verbeurd. Indien zij wel een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom heeft bekomen, zal de enkele betekening op haar verzoek slechts de verbeurte van de dwangsom te harer opzichte tot gevolg hebben. (*5)

110 Het wekt verwondering dat, spijts de duidelijke bewoordingen van artikel 1385bis lid 3 Ger. W., toch nog uitspraken opduiken waarin veroordelingen worden uitgesproken zoals '(...) et ce dans les 12 heures de la présente ordonnance; à défaut de ce faire, le condamnons dès à présent et pour lors à payer au demandeur une astreinte de 2000 francs par jour de retard.' (*6) Of nog: '(...) condamnons au paiement d'une astreinte (...) à partir de la date de la présente ordonnance.' (*7) In de jaren 1980 doken soms zelfs arresten van hoven van beroep op waarin het betekenings-

(*1) Beslagr. Verviers 18 december 1998, *J.L.M.B.* 1999, 424; Brussel 10 november 1995, *J.L.M.B.* 1996, 459; G. DE LEVAL, *Jurisprudence du Code Judiciaire*, Hoofdstuk XXIII ('De l'astreinte'), Brugge, La Chartre, 1997, losbl., commentaar bij art. 1385bis, 17; E. DIRIX, 'Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom', in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 45.

(*2) G.L. BALLON, *Dwangsom*, a.w., 1980, nr. 100, p. 39.

(*3) Brussel 10 oktober 1995, *J.L.M.B.* 1996, 460.

(*4) Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 1969, *N.J.* 1969, nr. 444.

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

(*6) Voorz. Rb. Charleroi 25 augustus 1986, *R.R.D.* 1986, 415. Voor een ander voorbeeld, zie: Rb. Verviers 13 november 1984, *J.L.M.B.* 1986, 473 (dwangsom na verstrijken van een termijn van een jaar 'à dater du jugement').

(*7) Voorz. Rb. Nijvel 28 oktober 1981, *J.T.* 1982, 374. Miskent evenzeer het betekeningsvereiste van art. 1385bis Ger. W., een gebod om iets te doen 'pour le vendredi 24 août 1990 à 9 heures du matin au plus tard, la condamnons à compter de ce jour à une astreinte de trois cent mille francs par jour de retard' (Voorz. Rb. Charleroi 23 augustus 1990, *J.L.M.B.* 1991, 19).

vereiste van artikel 1385bis Ger. W. manifest miskend werd. Het Hof van Beroep te Bergen legde ooit een dwangsom op die ten eerste geheel verkeerdelijk bestempeld werd als ‘une indemnité forfaitaire, à titre d’astreinte’, en die, ten tweede, verbeurd werd voor elke overtreding begaan ‘à partir du troisième jour suivant la date du présent arrêt’. (*1) Mocht het bevel opgelegd in een dergelijke uitspraak overtreden zijn, dan kan de dwangsom niet verbeurd worden vanaf de uitspraak, maar slechts na het verstrijken van drie dagen na de betekening, niettegenstaande de bewoordingen van de veroordeling. (*2) De onwettigheid van een dergelijke veroordeling heft de door de wet gestelde voorwaarde niet op. (*3) Indien de rechter een gebod oplegt om iets te doen binnen een termijn van twee maanden na de uitspraak, kan de dwangsom ten vroegste twee maanden na de betekening worden verbeurd. (*4)

De Beslagrechter te Verviers oordeelde dat – nadat de veroordeelde door de voorzitter van de rechtbank van koophandel bevel was opgelegd om iets te doen binnen een termijn van één maand na de uitspraak – de dwangsom kan worden verbeurd vanaf de dag na de betekening, indien ten minste één maand na de uitspraak verstreken is voor de betekening. (*5) Deze uitspraak kan niet worden bijgetreden. Het toestaan van een termijn hangt nauw samen met het voorwaardelijk karakter van de dwangsom. Indien een termijn van één maand wordt opgelegd vanaf de uitspraak, beschikt de veroordeelde mogelijkerwijze niet meer over de nodige tijd om te voldoen aan de uitspraak, indien men, zoals de beslagrechter te Verviers ten onrechte deed, zou oordelen dat het verstrijken van de termijn voor de betekening wel in rekening mag worden gebracht. (*6) Zolang er niet betekend is, wordt de veroordeelde niet geacht te weten dat de eisende partij erop staat dat de veroordeling wordt uitgevoerd.

III De Rechtbank van Eerste Aanleg te Verviers, zetelend in beroep, veroordeelde in een vonnis van 13 mei 1987 een partij om een afsluiting te verwijderen binnen twee weken vanaf het vonnis, onder verbeurte van een dwangsom van 1000 frank per dag vertraging na het verstrijken van de vermelde termijn. (*7) Het Hof van Cassatie verbrak het vonnis, aangezien de rechter niet zonder schending van artikel 1385bis lid 3 Ger. W. vermog te oordelen dat de dwangsom eisbaar is na verloop van een termijn van twee weken te rekenen vanaf de uitspraak. (*8) De rechter zou een verbod of

(*1) Bergen 2 maart 1988, *J.T.* 1988, 361.

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

(*3) Beslagr. Leuven 7 februari 1995, *T.B.B.R.* 1995, 517.

(*4) Bergen 3 juni 1994, *J.L.M.B.* 1994, 1310.

(*5) Beslagr. Verviers 16 december 1994, *Act. dr.* 1996, 63. In dezelfde zin: Beslagr. Verviers 18 december 1998, *J.L.M.B.* 1999, 422.

(*6) Over het adagium *ultra posse nemo tenetur* (niemand kan tot het onmogelijke worden gehouden), cf. *supra*, nr. 46.

(*7) Cass. 22 juni 1989, *Pas.* 1989, 1168 en *R.W.* 1990-91 (verkort), 98.

(*8) Cass. 22 juni 1989, *Pas.* 1989, 1168 en *R.W.* 1990-91 (verkort), 98.

gebod kunnen opleggen dat door de veroordeelde moet worden nageleefd vanaf de uitspraak. Dit betreft enkel het obligatoire aspect van de veroordeling. Aan een verbod na te leven vanaf de uitspraak kan de rechter een dwangsom verbinden, die echter slechts kan worden verbeurd vanaf de betekening. (*1) Als de rechter in zulke gevallen een termijn preciseert, dewelke bijvoorbeeld begint te lopen vanaf de uitspraak of vanaf de kennisgeving van de uitspraak, kan de veroordeelde de dwangsom enkel verbeuren na het verstrijken van dezelfde termijn vanaf de betekening.

Aldus kan de rechter een verbod opleggen om iets te doen binnen dertig dagen na de kennisgeving van de beslissing en, bij gebreke hieraan te voldoen, tot betaling van een dwangsom van 3000 frank per dag vertraging. Een dergelijke veroordeling houdt niet in dat de dwangsom na verloop van dertig dagen na de kennisgeving van het arrest verbeurd wordt. De veroordeling houdt enkel de verplichting in om iets te doen binnen 30 dagen na de kennisgeving. Dit heeft betrekking op datgene wat de veroordeelde zou moeten doen (het obligatoire aspect van de veroordeling). De vraag op welke wijze de veroordeelde daartoe gedwongen kan worden (het executoriale aspect) wordt *in casu* door de feitenrechter beantwoord als volgt: door verbeuren van een dwangsom van 3000 frank per dag vertraging. De veroordeling is rechtens verantwoord, aldus het Hof van Cassatie, omdat de rechter niet moet preciseren dat de dwangsom slechts na de betekening van de beslissing kan worden verbeurd. (*2)

112 Eigenaardig zijn de volgende overwegingen in een arrest van het Hof van Beroep te Bergen: ‘Attendu que l’appelante prétend que l’astreinte ne pouvait prendre cours qu’à dater de la signification de l’ordonnance; Attendu que le juge des référés a le pouvoir de condamner à une astreinte une autorité administrative, d’en fixer le montant et la date de prise en cours (...); Attendu qu’en vertu de l’article 1039 alinéa 2 du code judiciaire, les ordonnances de référé sont exécutoires par provision; Attendu (...) qu’il y a lieu de confirmer l’ordonnance entreprise dans toutes ses dispositions’. (*3) Helaas werd het beschikkend gedeelte van het arrest niet gepubliceerd en blijkt uit de tekst evenmin welke bewoordingen de bestreden beschikking precies gebruikte. De geciteerde overwegingen doen echter vermoeden dat het Hof een beschikking bekrachtigde waarin de voorzitter een dwangsom oplegde te rekenen vanaf zijn uitspraak. De verwijzing naar artikel 1039 lid 2 Ger. W. wekt in dit opzicht verwondering, omdat zij irrelevant is. Krachtens artikel 1385bis lid 3 Ger. W. kan een dwangsom niet worden verbeurd vóór de betekening van de uitspraak waarbij zij is vastgesteld, en in kort geding is dit niet anders. De uitvoerbaarheid bij voorraad, dewelke in kort geding niet moet worden gevorderd, aangezien beschikkingen gewezen in kort geding op grond van artikel 1039 lid 2 Ger. W. van rechtswege uitvoerbaar bij voorraad zijn, doet wel afbreuk aan de schorsende werking van het hoger beroep, maar

(*1) Zie bv.: Voorz. Rb. Gent 9 oktober 1992, *T.O.R.B.* 1993-94, 276.

(*2) Cass. 9 oktober 1989, *J.T.T.* 1989, 452.

(*3) Bergen 15 september 1987, *R.R.D.* 1988 (verkort), 67.

in geen enkel opzicht aan het betekeningsvereiste van artikel 1385bis lid 3 Ger. W. Indien het besproken arrest inderdaad overweegt dat het de voorzitter in kort geding op grond van artikel 1039 lid 2 Ger. W. vrij staat het aanvangspunt van de verbeurte van de dwangsom te bepalen op een punt dat zich kan bevinden voor de betekening, dan geeft het arrest blijk van een verkeerde rechtsopvatting.

In een arrest van het Arbeidshof te Brussel van 10 augustus 1988 wordt een bevel opgelegd om iets te doen binnen acht dagen te rekenen vanaf de datum van de uitspraak, onder verbeurte van een dwangsom van 1000 frank per dag vertraging, op voorwaarde dat de veroordeelde uitdrukkelijk wordt aangemaand zijn verplichting uit te voeren. (*1) Ook deze uitspraak wekt verwondering. Het is immers denkbaar dat, zonder dat er sprake is van een betekening, de veroordeelde wordt aangemaand na het verstrijken van de termijn van acht dagen vanaf de datum van de uitspraak. De veroordeelde zou in zulke omstandigheden geen dwangsommen kunnen verbeuren. Indien daarentegen de eisende partij op grond van een dergelijke uitspraak overgaat tot invordering van verbeurde dwangsommen wegens inbreuken begaan meer dan acht dagen na de betekening én de aanmaning, zou het betekeningsvereiste van artikel 1385bis Ger. W. in acht genomen zijn. Ongebruikelijk in de besproken uitspraak is bovendien dat een uitdrukkelijke aanmaning wordt vereist. De wet vereist slechts de betekening, maar de betekening volstaat opdat de veroordeelde de dwangsom zou kunnen verbeuren, indien ook aan alle andere voorwaarden voor de verbeurte van de dwangsom voldaan is. (*2) Een uitdrukkelijke aanmaning is geenszins vereist. (*3) Niettemin vermag de rechter in zijn uitspraak een uitdrukkelijke aanmaning na de betekening vereisen zonder artikel 1385bis Ger. W. te schenden, en dit op grond van zijn soevereine appreciatiebevoegdheid aangaande de modaliteiten van de dwangsom. (*4) Het nut van zo'n bijkomend aanmaningsvereiste is meestal onbestaande.

113 Samengevat komt het bovenstaande erop neer dat beslissingen waarin de veroordeelde wordt aangespoord iets te doen, te geven of na te laten *vanaf de uitspraak*, onder verbeurte van een dwangsom van een bepaald bedrag per dag vertraging, rechtsgeldig zijn voorzover de bewoordingen van de beslissing niet impliceren dat de dwangsom kan worden verbeurd vóór de betekening. Op grond van artikel 1385bis

(*1) Arbh. Brussel 10 augustus 1988, *Soc. Kron.* 1989, 54.

(*2) E. DIRIX, 'Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom', in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 45.

(*3) G.L. BALLON, *Dwangsom*, a.w., 1980, nr. 100, p. 39; E. DIRIX, *Beslagrecht*, Leuven, Acco, 1999, 19; M. STORME, 'Een revolutionaire hervorming: de dwangsom', *T.P.R.* 1980, p. 237, nr. 27.

(*4) Op grond van het voorlaatste lid van art. 1385bis Ger. W. kan de dwangsom niet worden verbeurd voor de betekening. Op grond van het laatste lid van deze wetsbepaling kan het tijdstip wel later liggen. MOREAU-MARGREVE meent nochtans dat de rechter geen uitdrukkelijke aanmaning kan vereisen zonder artikel 1385bis Ger. W. te miskennen (I. MOREAU-MARGREVE, noot onder Corr. Dinant 27 februari 1985, *Amén.* 1995, 112). Dit standpunt kan niet worden bijgetreden. Het voorlaatste lid van art. 1385bis Ger. W. bepaalt inderdaad dat geen dwangsom kan verbeurd worden voor de betekening, maar op grond van het laatste lid van art. 1385bis Ger. W. kan de rechter wel bepalen dat de dwangsom slechts verbeurd wordt vanaf een bepaald ogenblik na de betekening.

lid 3 Ger. W. zijn de woorden ‘per dag vertraging’, als zij niet gepreciseerd zijn, te rekenen ‘vanaf de betekening’. Een dag vertraging betekent niet 24 uur vertraging, maar wel een dag in de zin van artikel 52 Ger. W. (*1)

Uitspraken daarentegen waarin een gebod of verbod wordt opgelegd waaraan een dwangsom wordt gekoppeld per dag vertraging vanaf een welbepaald moment dat zich chronologisch kan bevinden vóór de betekening, zoals de datum van de uitspraak of de datum van de kennisgeving, zijn strijdig met artikel 1385bis lid 3 Ger. W.

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

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

Aldus werd bevel opgelegd aan een milieugroepering om versperringen van een bedrijfsterrein te verwijderen. Het bevel werd opgelegd in een beschikking van 26 maart 1993, naast een verbod om de vrije toegang en uitgang van de fabriek te bemmeren, onder verbeurte van een dwangsom van 100.000 frank per persoon en per inbreuk op de beschikking per dag vertraging. De beschikking werd op 26 maart 1993 om 14.35 uur betekend. In een dergelijk geval, zo overweegt het Hof van Beroep te Brussel, mag met alle inbreuken vastgesteld vanaf 27 maart rekening worden gehouden voor de verbeurte van de dwangsom, ongeacht het tijdstip van enige overtreding op 27 maart. (*2) Het standpunt van de veroordeelde, nl. dat slechts rekening mocht worden gehouden met overtredingen vanaf 27 maart om 14.34 uur, wordt door het Hof verworpen. Een veroordeling ‘per persoon en per inbreuk per dag vertraging’ hield *in casu* in dat de instrumenterende gerechtsdeurwaarder niet enkel het aantal milieuactivisten op het bedrijfsterrein (in de hijskraan en in de zouttrechter) telt, maar ook het aantal personenwagens op de spoorweg, etc. Voor elke activist en voor elk voorwerp (auto, spandoek, etc.) in strijd met het bevel geteld door de gerechtsdeurwaarder, wordt 100.000 frank verbeurd. Dit arrest past het beginsel toe dat een veroordeling die onmiddellijk ingaat en waaraan een dwangsom gekoppeld wordt per dag vertraging, inhoudt dat elke inbreuk vastgesteld vanaf middernacht na de betekening, aanleiding kan geven tot verbeurte van dwangsommen. Door de verwerping van het standpunt van de veroordeelde – nl. de woorden ‘per dag vertraging’ interpreteren als 24 uur na de betekening – bevestigt het Hof van Beroep impliciet doch zeker dat de regel dat de termijn gerekend wordt van middernacht tot middernacht (art. 52 Ger. W.), ook inzake de dwangsom toepassing vindt. (*3)

(*1) Tenzij indien de rechter een termijn uitgedrukt in werkdagen toestaat. Dit is nuttig indien de veroordeelde een bevel wordt opgelegd iets te doen dat slechts mogelijk is op werkdagen (bv. een stuk neerleggen ter griffie).

(*2) Brussel 15 september 1997, *R.W.* 1997-98, 1445.

(*3) Uiteraard op voorwaarde dat de termijn in dagen werd uitgedrukt. Zie het volgende randnummer voor dwangsommen per uur vertraging.

Over de toepasselijkheid van artikel 52 Ger. W. bestaat nochtans discussie. G. DE LEVAL meent dat deze bepaling slechts van toepassing is op de proceduretermijnen, en niet op de termijn die de veroordeelde gegund wordt om een bepaalde prestatie te verrichten. (*1) In het geval waarin een partij veroordeeld wordt om iets te doen, iets te geven of iets na te laten met onmiddellijke ingang onder verbeurte van een dwangsom per dag vertraging, is er o.i. geen sprake van een termijn die de veroordeelde gegund wordt om een bepaalde prestatie te verrichten. Het verwijderen van spandoecken, van auto's op treinsporen en van activisten uit hijskranen en zouttrechters, zijn prestaties die slechts enkele minuten vergen. In alle normale gevallen verstrijkt er voldoende tijd tussen het tijdstip van de betekening en middernacht om de bevolen prestatie voor middernacht te verrichten. In het uitzonderlijke geval waarin de rechter toelating verleent om over te gaan tot betekening buiten de normale tijdstippen, zou een eisende partij (al dan niet te kwader trouw) kunnen laten overgaan tot betekening om 23.59 uur. In zo'n geval kan de veroordeelde zich beroepen op de onmogelijkheid zoals voorzien in artikel 1385*quinquies* Ger. W. Dit zou enkel mogelijk zijn voor inbreuken begaan tussen het tijdstip van de betekening en het verstrijken van de tijds-spanne die nodig is om de bevolen prestatie uit te voeren. Als met andere woorden de activisten er de volgende middag nog staan, kunnen ook na een betekening kort voor middernacht dwangsommen verbeurd zijn.

115 Het beginsel neergelegd in artikel 52 Ger. W., krachtens hetwelk de termijn gerekend wordt van middernacht tot middernacht, vindt geen toepassing ingeval de rechter een gebod of verbod uitspreekt (desgevallend uitvoerbaar op de minuut) waaraan hij een dwangsom verbindt van een bepaald bedrag *per uur* vertraging. In een dergelijk geval begint de termijn te lopen vanaf het moment van de betekening, uiteraard onder het voorbehoud dat de schuldenaar over voldoende tijd moet beschikken om de veroordeling naar behoren uit te voeren. Een veroordeling tot betaling van een dwangsom is steeds een voorwaardelijke veroordeling. De veroordeelde moet de mogelijkheid hebben om aan de verbeurte van de dwangsom te ontsnappen, door de hoofdveroordeling in natura uit te voeren. (*2) Als het nakomen van de verplichting minder dan een uur vergt, kan een verplichting worden uitgesproken die onmiddellijk moet worden uitgevoerd, onder verbeurte van een dwangsom per uur vertraging vanaf de betekening. Het afgeven van examenvragen en examenkopij, vergt uit de aard der zaak in principe geen volledig uur. Wanneer in een dergelijk geval de voorwerpen drie kwartier na de betekening worden afgegeven, is er geen sprake van een uur vertraging en is derhalve geen dwangsom verbeurd. (*3) Ook iemand vrijlaten uit de gevangenis (bij wijze van beëindiging van een onwettige voorlopige hechtenis) moet

(*1) G. DE LEVAL, *Jurisprudence du Code Judiciaire*, Hoofdstuk XXIII ('De l'astreinte'), Brugge, La Chartre, 1997, losbl., commentaar bij art. 1385bis, 17.

(*2) G.L. BALLON, *Dwangsom*, a.w., 1980, nr. 48, p. 20.

(*3) Voorz. Rb. Gent 9 oktober 1992, *T.O.R.B.* 1993-94, 276.

redelijkerwijze binnen een uur na de betekening kunnen worden uitgevoerd. (*1) Het verwijderen van een afuisterinstallatie kan daarentegen wat meer tijd vergen, zodat de rechter de schuldenaar een termijn van 6 uren na de betekening gunde om de installatie waarmee hij zijn buurman afuisterde te verwijderen. (*2)

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

Als de dwangsom wordt opgelegd per inbreuk, kan zij worden verbeurd terstond vanaf de betekening, met name in gevallen waarin het gaat om een verbod om iets te doen. (*3)

Wanneer het gaat om een verbod om iets te blijven doen, moet aan de veroordeelde de nodige tijd worden gegund om de verboden handeling stop te zetten of om de gevolgen van zijn handeling ongedaan te maken. Een verbod om iets te blijven doen, kan een gebod inhouden om een prestatie te verrichten die enige tijd vergt. Men kan bijvoorbeeld denken aan een verbod opgelegd aan een groep actievoerders om de toegang tot een bedrijf te versperren. Mocht het gaan om een dwangsom per inbreuk en één van de inbreuken bestond erin dat een grote hoop mest voor de toegangspoort van de onderneming werd gestort, dan kan de dwangsom slechts worden verbeurd na het verstrijken van de tijdsspanne tussen de betekening enerzijds en het ogenblik waarop voldoende tijd verstreken is om de prestatie te kunnen verrichten anderzijds. De bepaling van de precieze duur van deze tijdsspanne is uiteraard een feitenkwestie, doch het einde van deze tijdsspanne kan zich nog in hetzelfde etmaal bevinden als de betekening.

Als de rechter daarentegen een dwangsom had opgelegd ‘per dag waarop een inbreuk plaatsvindt’, dan kan de dwangsom pas worden verbeurd vanaf de aanvang van het etmaal na het etmaal tijdens hetwelk de betekening plaatsvond. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het reeds aangehaalde arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 15 september 1997, waarin een dwangsom ‘per persoon en per inbreuk per dag vertraging’ ter beoordeling voorlag. Bij een betekening op 26 maart om 14:35, mag rekening gehouden worden met alle inbreuken vanaf 27 maart, ongeacht hun tijdstip. (*4)

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

(*1) Voorz. Rb. Gent 12 juli 1993, *T.G.R.* 1994, 23.

(*2) Arrondrb. Breda 1 juni 1965, *N.J.* 1965, nr. 337.

(*3) E. DIRIX, ‘Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom’, in Jura Falconis (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 45.

(*4) Brussel 15 september 1997, *R.W.* 1997-98, 1445.

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

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

De volgende situatie deed zich voor in een geval waarover de Hoge Raad oordeelde. Een partij wordt bevel opgelegd om een aantal bewarende beslagen op te heffen binnen vier dagen na betekening van het vonnis, onder verbeurte van een dwangsom van 5000 gulden per dag vertraging. (*1) Nog voor de termijn van vier dagen na de betekening verstreken was, stelt de verwerende partij hoger beroep in, tegen een vonnis dat niet uitvoerbaar bij voorraad was verklaard. Het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch bevestigt het bestreden vonnis, iets meer dan negen maanden na datum van het vonnis. Op 11 maart 1992 wordt het arrest van het Hof betekend, met bevel om binnen vier dagen na die datum de gelegde bewarende beslagen op te heffen. De opheffing van de beslagen geschiedt niet binnen vier dagen, maar wel één dag te laat, namelijk op maandag 16 maart 1992. De eisende partij stelt zich op het standpunt dat de verwerende partij 260.000 gulden aan dwangsommen heeft verbeurd. De eisende partij berekent immers dat drie dagen verstreken waren na de betekening van het vonnis in eerste aanleg, vooraleer de toegestane termijn van vier dagen geschorst werd door het instellen van het hoger beroep. Na de uitspraak in hoger beroep begint volgens de eisende partij de termijn van vier dagen verder te lopen. Op grond van die berekeningswijze komt de eisende partij tot de conclusie dat 52 dagen na de termijn van vier dagen zijn verlopen, met verbeurte van 260.000 gulden aan dwangsommen tot gevolg. De vraag rijst hier of na een betekening van een uitspraak gewezen in eerste aanleg die niet uitvoerbaar bij voorraad is verklaard en die in hoger beroep bevestigd wordt, een nieuwe betekening vereist is. De Hoge Raad overweegt dat dit probleem noopt tot interpretatie van de Eenvormige Beneluxwet op de dwangsom en stelt daarom een prejudiciële vraag aan het Benelux Gerechtshof.

Het Benelux Gerechtshof beantwoordde in zijn arrest van 12 mei 1997 de vraag als volgt. (*2) Indien de rechter in eerste aanleg aan een door hem uitgesproken hoofdveroordeling een dwangsom heeft verbonden en vervolgens de rechter in hoger be-

(*1) H.R. 12 januari 1996, *N.J.* 1998, nr. 295.

(*2) Benelux Hof 12 mei 1997, *R.W.* 1997-98, 71, concl. Th. B. TEN KATE, *err.*, *R.W.* 1997-98, 416 en *N.J.* 1998, nr. 296.

roep de aan de veroordeelde partij betekende uitspraak in eerste aanleg – waarvan de nog niet voltooide tenuitvoerlegging door het hoger beroep was geschorst – heeft bekrachtigd, brengt het betekeningsvereiste mee dat de bekrachtigde uitspraak opnieuw, samen met de uitspraak in hoger beroep, aan de veroordeelde moet worden betekend alvorens (opnieuw) dwangsommen kunnen worden verbeurd. (*1)

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

Deze oplossing verdient bijval, zowel uit praktische overwegingen als op theoretische gronden. Het is evident dat in de besproken casus het standpunt van de eisende partij aanleiding gaf tot een exorbitant hoge dwangsom, ten gevolge van een geringe laattijdigheid van de veroordeelde. Indien een zeer spoedige uitvoering van de verplichting van de veroordeelde voor de eisende partij werkelijk van vitaal belang was geweest, dan had de eisende partij in eerste aanleg maar de uitvoerbaarheid bij voorraad moeten vorderen. Het nadeel dat de veroordeelde zou ondervinden indien het standpunt van de eisende partij gevolgd werd, woog allerminst op tegen het voordeel dat de eisende partij had kunnen genieten bij een tijdige uitvoering. Daarnaast dient men voor ogen te houden wat een door de rechter toegestane termijn (*in casu* vier dagen) in de praktijk inhoudt. De veroordeelde gebruikt deze termijn niet enkel om de nodige maatregelen te treffen voor de uitvoering van zijn verplichting, maar hij zal deze termijn ook gebruiken om zich te beraden over de vraag of een hoger beroep aangewezen is. Indien hij dan op het laatste ogenblik toch besluit om hoger beroep aan te tekenen, wordt de tenuitvoerlegging geschorst totdat over het hoger beroep uitspraak is gedaan. Na de beslissing in hoger beroep, per hypothese een algehele bevestiging van de eerste beslissing, zal de veroordeelde opnieuw over de volledige termijn toegestaan door de eerste rechter moeten beschikken. Immers, de rechter was van oordeel dat de veroordeelde een bepaalde tijdsspanne moest worden gegund om hem de mogelijkheid te bieden de veroordeling uit te voeren. Het instellen van een rechtsmiddel kan in principe niet tot gevolg hebben dat deze termijn op enige wijze gereduceerd, of op zijn minst in stukjes verdeeld wordt. (*2)

Bovendien is de betekening er niet enkel op gericht de veroordeelde in kennis te brengen van de gewezen beslissing. Zij strekt er op de eerste plaats toe de veroordeelde mede te delen dat de partij die de veroordeling bekwam erop staat dat zij wordt uitgevoerd. Indien een partij een uitspraak in eerste aanleg gewezen liet betekenen, vereist de rechtszekerheid dat de bevestigde uitspraak in hoger beroep ook betekend

(*1) Enkele weken vooraleer het Benelux Gerechtshof uitspraak deed, wees het Hof van Beroep te Antwerpen een uitspraak in dezelfde zin (Antwerpen 3 maart 1997, R.W. 1996-97, 1366).

(*2) Tenzij wanneer de rechter in hoger beroep de bestreden beslissing geheel of gedeeltelijk hervormt en een kortere termijn toekent.

wordt, opdat dwangsommen zouden kunnen worden verbeurd. (*1) Het is niet omdat een schuldeiser na een uitspraak in eerste aanleg overgaat tot betekening, dat hij na een uitspraak in hoger beroep er nog steeds op aandringt dat de veroordeling wordt uitgevoerd.

119 Houdt het gegeven dat de dwangsom niet kan worden verbeurd vóór de betekening meteen ook in dat de dwangsom in alle gevallen kan worden verbeurd vanaf de betekening? Vanzelfsprekend niet. Een eerste, voor de hand liggend, geval waarin de dwangsom niet onmiddellijk vanaf de betekening kan worden verbeurd is indien de rechter zelf een termijn heeft toegestaan. De rechter is vrij een termijn te bepalen te rekenen vanaf de betekening. Dit zal met name nuttig zijn wanneer de uitvoering van de hoofdveroordeling materieel enige tijd in beslag neemt. In tegenstelling tot wat STORME meent, moet de rechter niet ‘slechts bij hoge uitzondering’ een gratie-termijn toestaan, doch wel in alle gevallen waarin het onredelijk zou zijn van de veroordeelde de naleving van de hoofdveroordeling vanaf de betekening te vergen. (*2) Wat echter indien de rechter geen termijn toestaat, maar de veroordeelde gedurende enige tijd in het buitenland verbleef en niet op de hoogte was van de uitspraak? In deze (relatief zeldzame) situatie zal de veroordeelde om te ontsnappen aan de verbeurde van de dwangsom een beroep moeten doen op artikel 1385*quinquies* Ger. W., waarbij hij moet aantonen dat hij in de onmogelijkheid verkeerde aan de hoofdveroordeling te voldoen. Een eenvoudig verblijf in het buitenland lijkt slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden een onmogelijkheid in de zin van artikel 1385*quinquies* Ger. W. te kunnen opleveren (bv. de veroordeelde slaagt erin aan te tonen dat hij de eisende partij ervan op de hoogte had gebracht naar het buitenland te vertrekken, en de eisende partij heeft vervolgens in afwezigheid van de veroordeelde een dagvaarding in kort geding uitgebracht, een vonnis met dwangsom bekomen en laten betekenen).

120 Ten slotte mag nog worden vermeld dat de verjaringstermijn van de dwangsom, waarover meer bij de bespreking van artikel 1385*octies* Ger. W., begint te lopen daags na de verbeurde van de dwangsom. Aangezien de dwangsom niet kan worden verbeurd voor de betekening van de uitspraak waarbij zij is opgelegd, moet bij de berekening van de verjaringstermijn geen rekening worden gehouden met de datum van de uitspraak krachtens dewelke de dwangsom wordt opgelegd. (*3)

(*1) De oplossing door het Benelux Gerechtshof in zijn arrest van 12 mei 1997 gekozen, werd voordien reeds verdedigd in de rechtsleer: A.A. VAN ROSSUM, ‘Hernieuwde betekening en het verbeuren van dwangsommen’, *Advocatenblad* 1996, 555.

(*2) M. STORME, ‘Een revolutionaire hervorming: de dwangsom’, *T.P.R.* 1980, 232.

(*3) Gent 24 mei 1994, *R.W.* 1995-96, 779.

121 Wat de modaliteiten van verbeurte van de dwangsom na de betekening betreft, beschikt de rechter over een ruime beoordelingsvrijheid. (*1) De rechter kan bijvoorbeeld bepalen dat de dwangsom slechts zal worden verbeurd na verloop van drie werkdagen na de betekening. De Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel preciseert in een beschikking van 16 december 1982 wat dit inhoudt: als zijn beschikking op donderdag 16 december betekend wordt, zal de veroordeelde de dwangsom slechts verbeuren vanaf woensdag 22 december (de drie werkdagen, *dies a quo* niet inbegrepen, zijnde 17, 20 en 21 december). (*2) Als de beschikking op vrijdag 17 december betekend wordt, zo voegt de voorzitter eraan toe, zal de dwangsom slechts verbeurd worden vanaf donderdag 23 december 1983 (de drie werkdagen zijn dan 20, 21 en 22 december).

2. OVER DE INVLOED VAN EEN LATER AANGEWEND RECHTSMIDDEL

122 In de praktijk rijzen niet zelden problemen aangaande de invloed van een later aangewend rechtsmiddel. (*3) Wat is bijvoorbeeld het lot van dwangsommen verbeurd ingevolge een maatregel opgelegd door de rechter in kort geding die naderhand beëindigd wordt door de bodemrechter? Dezelfde vraag geldt voor dwangsommen verbeurd ingevolge een beslissing die in hoger beroep niet bevestigd wordt. (*4) De conclusies van E. KRINGS voor de arresten van het Benelux Gerechtshof van 14 april 1983 en 5 juli 1985 zijn op dit stuk een uitstekende leidraad. (*5)

In de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van 14 april 1983, had de rechter een bevel uitgesproken onder verbeurte van een dwangsom, in een beslissing die uitvoerbaar bij voorraad was. De veroordeelde partij stelde hoger beroep in. De eisende partij liet beslag leggen, ter invordering van de dwangsommen die ingevolge de niet-naleving van de beroepen beslissing verbeurd waren. De verwerende partij stelde een vordering in voor de beslagrechter, om opheffing van het beslag te bekomen. De beslagrechter stelde een prejudiciële vraag aan het Benelux Gerechtshof, aangezien er inmiddels een arrest van het Hof van Beroep was tussengekomen dat de titel waarop de dwangsom steunde tenietdeed. De vraag rees of een partij een beslissing waarbij een dwangsom wordt toegekend ten uitvoer kan leggen, hoewel de titel waarbij de dwangsom is opgelegd teniet is gedaan in de loop van de tenuitvoerlegging, maar voor de beëindiging ervan.

Alvorens de vraag te onderzoeken, brengt E. KRINGS in zijn conclusie voor het besproken arrest een aantal basisbeginselen die de dwangsom beheersen in herinne-

(*1) Cf. de bespreking van de soevereine beoordelingsvrijheid van de rechter (cf. *supra*, nrs. 7 e.v.).

(*2) Voorz. Kh. Brussel 16 december 1982, *J.T.* 1983, 345.

(*3) Het begrip 'later aangewend rechtsmiddel' wordt hier in een zeer ruime betekenis gebruikt en omvat zowel het aanwenden van een gewoon of buitengewoon rechtsmiddel als het instellen van een bodemprocedure.

(*4) Zie hierover: M. VANDERMERSCH, 'Incidence sur l'astreinte de la réformation en appel de la décision entreprise' (noot onder Brussel 4 november 1993), *T.B.B.R.* 1995, 234.

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

ring. Aangezien de dwangsom een aansporing is die de rechter aan de veroordeelde partij geeft, om haar ertoe aan te zetten de uitgesproken veroordeling na te leven, hangt zij nauw samen met de tenuitvoerlegging van de veroordeling. Hoger werd uiteengezet dat de dwangsom een indirect middel van tenuitvoerlegging is. (*1)

De dwangsom heeft niet zozeer betrekking op de vraag waartoe de veroordeelde gehouden is (de obligatoire kracht van een veroordeling), maar wel op de manier waarop de veroordeelde kan worden aangespoord of gedwongen om zijn verplichting uit te voeren (de executoriale kracht van een veroordeling). (*2) Een dwangsom kan met andere woorden niet verbeurd worden zolang er geen uitvoerbare titel voorhanden is. Het Benelux Gerechtshof heeft in een arrest van 5 juli 1985 bevestigd dat de dwangsom niet kan worden verbeurd gedurende de tijd dat wegens het instellen van een rechtsmiddel de gedwongen tenuitvoerlegging van de hoofdveroordeling is geschorst. (*3)

Het verzet of hoger beroep heeft in de regel opschortende kracht. Door het aanwenden van deze rechtsmiddelen ontstaat de kans dat de beslissing van de eerste rechter later hervormd of vernietigd wordt. Deze onzekerheid in acht nemend, is het logisch dat de eisende partij haar wederpartij niet reeds kan dwingen de veroordeling uit te voeren.

Een uitzondering op dit principe is de uitvoerbaarheid bij voorraad. Om te vermijden dat een partij louter om dilatoire redenen hoger beroep zou instellen, kan een beslissing die uitvoerbaar bij voorraad is – omdat de rechter haar op verzoek van een partij uitvoerbaar bij voorraad heeft verklaard, of omdat het gaat om een uitspraak in kort geding (art. 1039 Ger. W.) – voorlopig reeds ten uitvoer worden gelegd. De partij die overgaat tot tenuitvoerlegging van een beslissing die uitvoerbaar bij voorraad is, doet dit vanzelfsprekend op eigen risico. (*4) Mocht naderhand blijken dat de eerste rechter een beslissing heeft genomen die in verzet of hoger beroep teniet wordt gedaan, zal de partij die overging tot voorlopige tenuitvoerlegging haar wederpartij moeten vergoeden. (*5) Dit betekent niet enkel dat reeds ingevorderde dwangsommen moeten worden terugbetaald, maar ook dat de schade die het gevolg is van de gedwongen tenuitvoerlegging moet worden vergoed, zonder dat kwade trouw of foutief gedrag in hoofde van de partij die overging tot de gedwongen tenuitvoerlegging vereist is. (*6)

123 Een fundamenteel onderscheid dat men bij de beoordeling van vraagstukken aangaande de invloed van een later aangewend rechtsmiddel steeds voor ogen moet

(*1) Cf. *supra*, nr. 3.

(*2) A.W. JONGBLOED, *De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht*, a.w., 1991, 137.

(*3) Benelux Hof 5 juli 1985, *R.W.* 1985-86, 929, concl. E. KRINGS en *N.J.* 1986, nr. 19, concl. E. KRINGS en noot W.H.H.

(*4) Luik 24 oktober 1997, *J.L.M.B.* 1998, 322.

(*5) E. KRINGS, concl. voor Benelux Hof 14 april 1983, *R.W.* 1983-84, 226.

(*6) Luik 24 oktober 1997, *J.L.M.B.* 1998, 322.

houden, is het volgende. Indien een rechter in kort geding een maatregel treft die de toestand van de partijen voorlopig regelt, in afwachting dat de bodemrechter voor recht zegt welke de rechten en plichten van partijen zijn, tracht hij te vermijden dat een onherstelbare toestand zou ontstaan. Vanzelfsprekend kan de kort geding rechter een maatregel die hij oplegt, kracht bijzetten met een dwangsom. (*1) De bedoeling daarvan zal er vaak in bestaan de voortzetting van een verboden handeling te ontraden. Welnu, als een partij tegen de beschikking in kort geding hoger beroep instelt en de rechter in beroep oordeelt dat er geen reden was om de beschikking uit te spreken, dan betekent dit dat de beschikking vernietigd wordt. Het gaat om een vernietiging *ex tunc*, alsof de beschikking nooit bestaan heeft.

Indien daarentegen tegen een beschikking in kort geding geen rechtsmiddel wordt aangewend, maar de bodemrechter oordeelt bij de beslechting van het geschil ten gronde dat de aanspraken van de partij tegen wie het gebod of verbod van de kortgedingrechter gericht was, gerechtigd zijn, is de situatie de volgende. Als – lapidair uitgedrukt – de verliezer in kort geding de winnaar in de bodemprocedure wordt, zonder dat een rechtsmiddel tegen de beschikking in kort geding werd aangewend, is er geen sprake van een vernietiging van de beschikking in kort geding. De beschikking verdwijnt in zo'n geval niet, maar houdt op uitwerking te hebben (*ex nunc*). Of zoals E. KRINGS het uitdrukt, het feit dat bij de uitspraak over de zaak zelve blijkt dat de oorspronkelijke hoofdvordering niet gegrond zou zijn, behelst geen afkeuring van de voorlopige maatregelen die in kort geding zijn getroffen. De titel houdende die voorlopige maatregelen is, aldus de eminente magistraat, rechtsgeldig gebleven en de uitvoering ervan houdt pas op bij de definitieve uitspraak over de zaak zelve. (*2)

Dit alles heeft belangrijke gevolgen voor de dwangsom. Zolang er een uitvoerbare hoofdveroordeling bestaat, kan een dwangsom verbeurd worden. Zij is (en blijft) verbeurd, doch zal niet verder verbeurd worden, wanneer de titel krachtens dewelke zij werd opgelegd, ophoudt uitwerking te hebben, zonder te worden vernietigd. Wanneer die titel daarentegen verdwijnt door vernietiging, zullen ook de verbeurde dwangsommen verdwijnen. Zij kunnen als accessorium geen zelfstandig bestaan leiden. Mochten zij reeds ingevorderd zijn, dan moeten zij bij een vernietiging worden teruggegeven.

124 Samengevat komt het voorgaande erop neer dat wanneer een uitspraak in een bodemprocedure of een kortgedingprocedure in verzet of hoger beroep wordt tenietgedaan, ook de accessoria van de uitspraak verdwijnen. Verbeurde dwangsommen vervallen, reeds ingevorderde dwangsommen moeten worden terugbetaald, de oorspronkelijke toestand moet desgevallend worden hersteld en er kan aanleiding zijn tot

(*1) Cf. *supra*, nrs. 10 t.e.m. 12.

(*2) E. KRINGS, concl. voor Benelux Hof 14 april 1983, *R.W.* 1983-84, 227.

het betalen van schadevergoeding. Een tenuitvoerlegging die reeds werd aangevat maar die nog niet voleindigd was, moet na vernietiging van de titel waarop zij steunt uiteraard worden stopgezet.

Ingeval de rechter evenwel in een kort geding een maatregel oplegt die de toestand van de partijen voorlopig regelt en hij hieraan een dwangsom verbindt, zonder dat er tegen 's rechters beschikking een rechtsmiddel wordt aangewend, wordt deze titel niet vernietigd indien de rechter ten gronde zou oordelen dat er geen reden is om de voorlopige maatregel te handhaven. De dwangsommen verbeurd ingevolge de overtreding van het gebod of verbod opgelegd door de kortgedingrechter, blijven verbeurd indien de beschikking niet vernietigd wordt ingevolge de aanwending van een rechtsmiddel. Bijgevolg zal in deze situatie de partij die de dwangsom in kort geding bekwam, ook na de uitspraak ten gronde nog kunnen overgaan tot uitvoeringsmaatregelen, wanneer zou blijken dat de in kort geding veroordeelde niet uit eigen beweging overgaat tot betaling van de verbeurde dwangsommen.

3. VERBEURTE NA VERLOOP VAN EEN ZEKERE TERMIJN

125 In bepaalde gevallen is het aangewezen de veroordeelde een zekere tijd te gunnen om alsnog zijn verplichting na te leven. Aldus kan de rechter bepalen dat de veroordeelde de dwangsom slechts zal verbeuren indien binnen een maand na de betekening van de beslissing de verplichting niet werd uitgevoerd. (*1) Zoals hoger besproken, oordeelt de rechter soeverein over de modaliteiten van de dwangsom. (*2) Het staat de rechter vrij om de veroordeelde een bepaalde termijn toe te kennen, waarvan hij onaantastbaar de looptijd bepaalt. Indien geen vertrekpunt van de termijn wordt bepaald, geldt de betekening als vertrekpunt. (*3) De dag waarop betekend werd, is niet in de termijn begrepen.

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

(*1) Zie bv.: Vred. Brugge 13 oktober 1980, *R.W.* 1981-82, 332.

(*2) *Cf. supra*, nr. 7.

(*3) Cass. 4 december 1990, *Pas.* 1991, I, 330, *R.W.* 1991-92, 119. Zie ook *supra*, nr. 46.

foto's te publiceren die jaren voorheen genomen werden, toen de afgebeelde persoon nog geen bekendheid genoot als TV-presentatrice, heeft het toestaan van een termijn om zich te conformeren aan het verbod geen zin. (*1)

Ingeval een beslissing waaraan een dwangsom wordt verbonden een partij veroordeelt tot een prestatie die zij niet zonder onredelijke inspanningen vanaf de betekening kan naleven, is het toestaan van een termijn aangewezen. Indien de veroordeelde aantoonbaar dat de hem toegestane termijn te kort was om de bevolen prestatie uit te voeren, staat men voor een geval waarin artikel 1385quinquies Ger. W. toepassing kan vinden. (*2)

126 CLOSSET-MARCHAL bevestigt dat de artikelen 48 tot 57 Ger. W. van toepassing zijn op een termijn die de rechter toestaat op grond van artikel 1385bis in fine Ger. W. (*3) Aldus kan de dwangsom van 10.000 frank per dag vertraging opgelegd in een vonnis betekend op 3 maart 1999, waarin de veroordeelde een bevel wordt opgelegd om een illegaal kippenhok af te breken binnen een termijn van een maand na de betekening, slechts worden verbeurd indien de prestatie op woensdag 7 april 1999 nog niet werd uitgevoerd. De termijn van een maand begint te lopen de dag na de akte of gebeurtenis die de termijn deed ingaan (art. 52 Ger. W.). De *dies a quo* is met andere woorden niet in de termijn inbegrepen. 4 maart 1999 is de eerste dag van de termijn, die vervolgens wordt gerekend (aangezien hij in maanden is uitgedrukt) van de zoveelste tot de dag voor de zoveelste. De laatste dag is aldus 3 april 1999 (*dies ad quem* is in de termijn begrepen). 3 april is een zaterdag, 4 april 1999 is een zondag, 5 april 1999 is een wettelijke feestdag (tweede Paasdag), zodat de prestatie nog kan worden uitgevoerd op dinsdag 6 april 1999, tot 23:59. Als op woensdag 7 april 1999 de prestatie volledig uitgevoerd wordt tussen 6 en 7 uur 's ochtends, heeft de veroordeelde eenmaal 10.000 frank verbeurd.

In de geschetste casuspositie waarin per hypothese een termijn van een maand toegerekend wordt voor een prestatie die slechts weinig tijd vergt, lijkt een verlenging tot de eerstvolgende werkdag niet cruciaal. Niettemin is de verlenging tot de eerstvolgende werkdag, wanneer de vervaldag van de termijn geen werkdag is, een belangrijk

(*1) Kh. Brussel 24 februari 1995, *Ing.-Cons.* 1995, 333, noot L. MULLER. De rechtbank erkent dat mejuffrouw D., dewelke bekendheid geniet als radio- en T.V.-presentatrice in Vlaanderen en Nederland, het recht heeft om de toestemming tot publicatie die zij jaren geleden als (onbekende) twintigjarige studente gegeven heeft, in te trekken. Op grond van het persoonlijkheidsrecht op afbeelding kan men toestemming tot publicatie van foto's steeds terugtrekken, in het bijzonder wanneer de foto's de intimiteit van de persoon raken. De betrokken presentatrice werd veroordeeld tot schadevergoeding (enkel de kosten van de fotoreportage, gederfde winst werd niet bewezen geacht). Aan de uitgever van het blad 'P.' wordt verbod opgelegd de foto's op enigerlei wijze te publiceren, onder verbeurde van een dwangsom van 1 miljoen frank per exemplaar van 'P.' waarin de foto's in strijd met het verbod zouden verschijnen. De kansen op een executiegeschil worden beperkt door het verbod zeer precies te omschrijven. Niet enkel publicatie in binnen- en buitenlandse edities van het blad 'P.' wordt verboden, maar ook publicatie in de 'P.'-tijdschriftenspecial, de 'P.'-kalender, in boekvorm, of bij wijze van reclame-uiting. Het meedelen van de foto's aan derden wordt gesanctioneerd met een dwangsom van 5 miljoen frank per inbreuk. Zie over deze zaak ook *supra*, nr. 7.

(*2) *Cf. supra*, nr. 46 over het vereiste dat de uitvoering van de hoofdveroordeling materieel mogelijk moet zijn.

(*3) G. CLOSSET-MARCHAL, 'Demande de révision et prescription de l'astreinte: compétences respectives du juge du fond et du juge des saisies' (noot onder Luik 4 november 1991), *T.B.B.R.* 1992, 420.

beginsel. Het terzake niet toepasselijk achten van de verlenging van de termijn ingevolge artikel 53 Ger. W., zou onverenigbaar zijn met een van de wezenskenmerken van de dwangsom, namelijk haar voorwaardelijk karakter. Wanneer de rechter een termijn toekent om de geboden prestatie te verrichten, moet de veroordeelde over de volle termijn kunnen beschikken. Een mogelijke inkorting van de termijn door de toevallige omstandigheid dat de vervaldag een zaterdag, zondag of wettelijke feestdag is, zou onaanvaardbaar zijn. Met name bij zeer korte termijnen (een of twee dagen), kan dit van belang zijn.

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