

1385quinquies. De rechter die een dwangsom heeft opgelegd, kan op vordering van de veroordeelde de dwangsom opheffen, de looptijd ervan opschorten gedurende de door hem te bepalen termijn of de dwangsom verminderen ingeval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen.

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

1385quinquies. Le juge qui a ordonné l'astreinte peut en prononcer la suppression, en suspendre le cours durant le délai qu'il indique ou la réduire, à la demande du condamné, si celui-ci est dans l'impossibilité définitive ou temporaire, totale ou partielle de satisfaire à la condamnation principale.

Dans la mesure où l'astreinte était acquise avant que l'impossibilité se fût produite, le juge ne peut la supprimer ni la réduire.

Commentaar bij art. 1385quinquies Ger. W.

Auteur: K. WAGNER

dn10419/LN945-1385quinquies
0

Stand: 1 mei 1999

BELANGRIJKSTE RECHTSLEER

BALLON, G.L., *Dwangsom*, in *A.P.R.*, Gent, Story-Scientia, 1980, nr. 67-80.

BALLON, G.L., 'De veroordeling onder verbeurde 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., 'Problemen i.v.m. het verbeuren en verhalen van opgelegde dwangsommen' (noot onder Antwerpen 9 februari 1998), *A.J.T.* 1998-99, 396.

CLOSSET-MARCHAL, G., '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.

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. 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.

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.

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

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.

RONSE, J., 'De dwangsom in het Belgisch 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., 107-117.

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.

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, p. 77-81.

VERNIMME, I., 'De stuiting van de verjaring van de dwangsom ingevolge een bevel tot betaling en de onmogelijkheid aan verplichtingen onder verbeurte van een dwangsom te voldoen' (noot onder Brussel 6 april 1995), *A.J.T.* 1995-96, 172.

BELANGRIJKSTE RECHTSPRAAK

Benelux Hof nr. A 84/5, 25 september 1986, *Benelux Jur.*, Deel 7, 17 en *R.W.* 1986-87, 1333, concl. E. KRINGS.

Benelux Hof nr. A 85/2, 9 maart 1987, *Benelux Jur.*, Deel 8, 2, *R.W.* 1986-87, 2288, concl. E. KRINGS en *N.J.* 1987, nr. 910.

Cass. 27 oktober 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 242 en *Pas.* 1989, I, 219.

Benelux Hof nr. A 91/2, 15 april 1992, *Benelux Jur.*, Deel 13, 91, *R.W.* 1991-92, 1425, concl. Th.B. TEN KATE en *N.J.* 1992, nr. 648, concl. Th.B. TEN KATE.

Cass. 3 november 1994, *Arr. Cass.* 1994, 926, *Pas.* 1994, I, 907 en *R.W.* 1994-95, 1436.

Benelux Hof nr. A 94/3, 12 februari 1996, *Benelux Jur.*, Deel 17, 2 en *R.W.* 1995-96, 1298, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN.

COMMENTAAR

Schema

- A. De dwangsomrechter
 - 1. Welke rechter heeft de dwangsom opgelegd?
 - 2. De dwangsomrechter versus de executierechter
- B. Op vordering van de veroordeelde
- C. De mildering van de dwangsom
 - 1. De opheffing
 - 2. De opschorting van de looptijd van de dwangsom
 - 3. De vermindering
- D. De onmogelijkheid
 - 1. Het begrip onmogelijkheid
 - 2. De aard van de onmogelijkheid
 - 3. Onmogelijkheid versus overmacht
 - 4. Blijvende of tijdelijke onmogelijkheid
 - 5. Gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid
- E. Enkele belangrijke soorten toepassingsgevallen

1. De dwaling in het algemeen
 2. De dwaling waarin de veroordeelde verkeerde vóór een interpretatieve of verbeterende beslissing
 3. Putatieve onmogelijkheid
- F. Geen vereffening van de dwangsom naar Frans model

A. De dwangsomrechter

1 Artikel 1385*quinquies* Ger. W. regelt in wezen slechts één (uit verschillende onderdelen samengestelde) aangelegenheid, namelijk de bevoegdheid van de rechter die de dwangsom heeft opgelegd (hierna ook kortweg ‘de dwangsomrechter’) om matigend op te treden indien er sprake is van een onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de veroordeling onder verbeurte van een dwangsom te voldoen. Deze aangelegenheid, van groot praktisch belang, gaf aanleiding tot een zeer uitvoerige rechtspraak.

De uitgebreidheid van de rechtspraak was onvermijdelijk, aangezien artikel 1385*quinquies* Ger. W. wegens de aard van het erin geregelde onderwerp, slechts als een open norm kon worden verwoord.

1. WELKE RECHTER HEEFT DE DWANGSOM OPGELEGD?

2 De bevoegdheid om recht te spreken op grond van artikel 1385*quinquies* komt krachtens de aanhef van deze bepaling toe aan de rechter die een dwangsom heeft opgelegd, met uitsluiting van een andere rechter. (*1) De wetgever was van oordeel dat de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, het best geplaatst is om de door hem uitgesproken dwangsom te mildereren indien er voor de veroordeelde een onmogelijkheid rijst de veroordeling behoorlijk na te leven. Die rechter wordt geacht het best te weten hoe de uitvoering van zijn uitspraak dient te geschieden. Tevens wordt hij geacht het best te kunnen beoordelen of de omstandigheden die de veroordeelde aanvoert om een mildering te verkrijgen, opwegen tegen de redenen die aanleiding hebben gegeven tot de veroordeling tot een dwangsom. (*2)

Als een bepaalde kamer van een rechtbank een dwangsom heeft opgelegd, is die kamer de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, ook al is zij in een later stadium anders samengesteld. De vraag welke rechter bevoegd is om een dwangsom op te leggen, wordt onderzocht bij de bespreking van artikel 1385*bis* Ger. W. (*3)

3 Als de rechter in eerste aanleg een dwangsom heeft toegekend, en de rechter in hoger beroep bevestigt het bestreden vonnis zonder meer, dan geldt de rechter in eerste aanleg als de rechter die de dwangsom heeft opgelegd.

(*1) Antwerpen 9 februari 1998, *A.J.T.* 1998-99, 396, noot G.L. BALLON.

(*2) E. KRINGS, concl. voor Benelux Hof 25 september 1986, *R.W.* 1986-87, (p. 1333), p. 1335, nr. 5.

(*3) Zie commentaar bij art. 1385*bis* Ger. W., nrs. 4 e.v.

4 Als de rechter in eerste aanleg een dwangsom heeft afgewezen, en de rechter in hoger beroep legt wel een dwangsom op, dan dient een vordering gesteund op artikel 1385quinquies Ger. W. rechtstreeks gebracht te worden voor de rechter die, zetelend in hoger beroep, de dwangsom heeft opgelegd. Hetzelfde geldt wanneer in eerste aanleg geen dwangsom werd gevraagd, en de eisende partij met toepassing van artikel 1385bis lid 2 Ger. W. voor het eerst in hoger beroep een dwangsom heeft gevraagd en bekomen.

Als de veroordeelde zijn vordering tot mildering rechtstreeks voor een Hof van Beroep brengt, in de gevallen waarin het Hof van Beroep geldt als rechter die de dwangsom heeft opgelegd, dan beschikt de in het ongelijk gestelde partij uiteraard niet meer over de mogelijkheid een afwijzend arrest van het Hof van Beroep aan de beoordeling van een hogere feitelijke instantie te onderwerpen. (*1) Dat is niet problematisch, aangezien er volgens vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie geen algemeen rechtsbeginsel bestaat dat een recht op dubbele aanleg zou garanderen. (*2)

5 In de vorige randnummers werd vermeld wie de rechter is die de dwangsom heeft opgelegd in de eenvoudige gevallen, met name wanneer er in hoger beroep een loutere bevestiging volgt van het bestreden vonnis, of wanneer in hoger beroep voor het eerst een dwangsom wordt opgelegd.

Voor de bevoegdheidsverdeling in de 'hard cases', waarin bijvoorbeeld de rechter in hoger beroep het bestreden vonnis gedeeltelijk hervormt, biedt het arrest van het Benelux Gerechtshof van 15 april 1992 een duidelijk richtsnoer. (*3)

Het uitgangspunt is dat de appelrechter slechts belast wordt met de beoordeling van nieuw in te leiden geschillen in gevallen waarin dit om bijzondere redenen gewenst is. (*4) In het algemeen geldt derhalve de rechter in eerste aanleg als de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, in de zin van artikel 1385quinquies Ger. W. (*5) Dit wordt slechts anders wanneer het dictum van de beslissing in hoger beroep: (a) uitdrukkelijk een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom oplegt, of (b) een hervorming of vernietiging bevat van de in eerste aanleg uitgesproken hoofdveroordeling of dwangsom. (*6) Wanneer in hoger beroep naast een in eerste aanleg uitgesproken hoofdveroordeling, een nieuwe hoofdveroordeling wordt uitgesproken onder verbeurte van een dwangsom (dezelfde als in eerste aanleg, of een nieuwe), dan geldt de appelrechter als rechter die de dwangsom heeft opgelegd. (*7) Bij een loutere bevestiging, ook al biedt de motivering van de beslissing in hoger beroep een andere grondslag voor de

(*1) Voor een toepassing, zie: Gent 30 oktober 1997, *T.G.R.* 1998, 70.

(*2) Zie de verwijzingen bij K. BROECKX, *Het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, Antwerpen, Maklu, 1995, 323, noot 2.

(*3) Benelux Hof 15 april 1992, *Benelux Jur.*, Deel 13, 91, *R.W.* 1991-92, 1425, concl. Th.B. TEN KATE en *N.J.* 1992, nr. 648, concl. Th.B. TEN KATE.

(*4) Th.B. TEN KATE, concl. voor Benelux Hof 15 april 1992, *R.W.* 1991-92, p. 1428, nr. 27.

(*5) Benelux Hof 15 april 1992, *R.W.* 1991-92, 1430.

(*6) Benelux Hof 15 april 1992, *R.W.* 1991-92, 1430.

(*7) *Idem*.

hoofdveroordeling of voor de dwangsom, geldt de rechter in eerste aanleg als de rechter die de dwangsom heeft opgelegd. (*1)

6 Op grond van de bovenstaande regels, kan soms de rechtbank van eerste aanleg, zetelend in hoger beroep tegen een beslissing van de vrederechter (of van de politierechter), gelden als de rechter die de dwangsom heeft opgelegd. De vordering gesteund op artikel 1385*quinquies* dient dan voor de rechtbank van eerste aanleg te worden gebracht. Men zou kunnen argumenteren dat de vordering ingeleid op grond van artikel 1385*quinquies* een nieuwe vordering is, waarover de rechtbank van eerste aanleg – die per hypothese in hoger beroep een dwangsom had opgelegd – als eerste rechter oordeelt, zodat tegen de beslissing nog hoger beroep zou openstaan. Dat laatste wordt echter door de rechtsleer niet aanvaard. (*2) Immers, de rechtbank van eerste aanleg is in een dergelijke situatie bevoegd op grond van artikel 1385*quinquies* Ger. W., in haar hoedanigheid van rechtbank die de dwangsom heeft opgelegd. Heeft zij de dwangsom opgelegd in hoger beroep, dan wordt zij geacht uitspraak te doen over de uitspraak op grond van artikel 1385*quinquies* in graad van beroep. (*3) Dienvolgens staat in zulke gevallen geen beroep open bij het Hof van Beroep.

7 Er zijn gevallen waarin het arrest van het Benelux Gerechtshof van 15 april 1992 geen uitsluitel biedt. Het gaat in het bijzonder om de gevallen waarin een onmogelijkheid rijst na de uitspraak in eerste aanleg, maar nog voor de uitspraak in hoger beroep. (*4) Bij de bespreking van de wijze waarop de veroordeelde zijn vordering op grond van artikel 1385*quinquies* aanhangig moet maken, wordt vermeld dat – zolang nog geen uitspraak werd gedaan in hoger beroep – de veroordeelde een keuzerecht heeft tussen enerzijds een dagvaarding voor de rechter die in eerste aanleg de dwangsom heeft opgelegd, of anderzijds een beroep op de voormelde bepaling bij conclusie voor de appelrechter. (*5)

2. DE DWANGSOMRECHTER VERSUS DE EXECUTIERECHTER

8 Wanneer dwangsommen verbeurd zijn en de veroordeelde wenst niet over te gaan tot vrijwillige betaling van de verbeurde dwangsommen, kan de eisende partij overgaan tot rechtstreekse executie, door uitwinning op het vermogen van de veroordeelde. In de praktijk is de eerste daad van tenuitvoerlegging meestal de betekening van een bevel, althans wanneer er sprake is van een uitvoerend beslag op roerend of onroe-

(*1) *Idem*.

(*2) G.L. BALLON, *Dwangsom*, a.w., 1980, p. 73, nrs. 204-206.

(*3) Hetzelfde geldt voor de rechtbank van koophandel, wanneer zij zetelt in hoger beroep tegen de in art. 577 lid 2 Ger. W. omschreven beslissingen van de vrederechter.

(*4) Vanzelfsprekend stelt het probleem zich enkel als het gaat om een uitspraak die uitvoerbaar bij voorraad is, of indien het gaat om dwangsommen verbeurd tussen de betekening en het ogenblik waarop het rechtsmiddel werd aangewend.

(*5) Cf. *infra* nr. 14.

rend goed. (*1) Aan een uitvoerend beslag onder derden gaat, teneinde de doeltreffendheid van de maatregel te verhogen, geen bevel vooraf. (*2) Het beslag wordt in dat geval onmiddellijk bij de derde gelegd, met een aanzegging van het beslag bij deurwaardersexploot aan de beslagene binnen acht dagen (artikel 1539 *in fine* Ger. W.).

Als de veroordeelde meent dat de dwangsom niet of niet meer verschuldigd is, kan hij een executiegeschil uitlokken dat beslecht wordt door de beslagrechter, hiertoe bevoegd op grond van artikel 1498 Ger. W. (*3)

Behoudens het uitzonderlijke geval waarin de beslagrechter zelf een dwangsom heeft opgelegd, is hij in de meeste executiegeschillen aangaande verbeurde dwangsommen niet de dwangsomrechter. De term executierechter wordt hier gebruikt ter aanduiding van de beslagrechter die niet zelf de dwangsom heeft opgelegd. Zonder verdere precisering, wordt met beslagrechter de executierechter bedoeld.

9 In het kader van een geschil over verbeurde dwangsommen, oordeelt de beslagrechter of de eisende partij gerechtigd was tot tenuitvoerlegging over te gaan. Hij onderzoekt met andere woorden of er inderdaad dwangsommen verbeurd zijn. Indien een partij opwerpt dat de dwangsommen verjaard zijn, kan de beslagrechter ook van dat middel kennis nemen, omdat het niet-verjaard zijn van de verbeurde dwangsommen een noodzakelijke voorwaarde is opdat de eisende partij tot uitwinning op het vermogen van de veroordeelde zou mogen overgaan. (*4)

De beslagrechter oordeelt over de vraag of aan de voorwaarden voor de verbeurde van de dwangsom voldaan is. Dit omvat bijvoorbeeld de bevoegdheid om te onderzoeken of de eisende partij de niet-naleving van de hoofdveroordeling door de veroordeelde naar genoegen van recht bewijst. Ook de vraag of een bepaalde gedraging een inbreuk oplevert op de hoofdveroordeling, evenals de vraag hoeveel inbreuken voorliggen of hoeveel tijdseenheden verstreken zijn, behoort tot de bevoegdheid van de beslagrechter. Het komt hem niet toe een onduidelijke of dubbelzinnige veroordeling te interpreteren, doch hij kan wel vaststellen dat een veroordeling redelijkerwijze geen interpretatiemoeilijkheden oplevert. Bij een gebod of verbod dat niet anders dan in ruime bewoordingen kon worden omschreven, kan de beslagrechter vaststellen dat een bepaalde gedraging redelijkerwijze niet anders dan als inbreukmakend kan worden beschouwd. Bij redelijke twijfel over de vraag of een bepaalde gedraging al dan niet een inbreuk oplevert, kan de beslagrechter vaststellen dat de eisende partij niet

(*1) Beslagr. Luik 20 september 1993, *J.L.M.B.* 1993, 1289, noot G. DE LEVAL; J. LAENENS, 'De verjaring van de dwangsom' (noot onder Beslagr. Brussel 8 oktober 1991), *R.W.* 1993-94, 235; I. VERNIMME, 'De stuiting van de verjaring van de dwangsom ingevolge een bevel tot betaling en de onmogelijkheid aan verplichtingen onder verbeurde van een dwangsom te voldoen' (noot onder Brussel 6 april 1995), *A.J.T.* 1995-96, 172.

(*2) E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag*, in *A.P.R.*, Deurne, Story-Scientia, 1992, p. 371, nr. 725.

(*3) Zie ook onze opmerkingen over de taak en bevoegdheid van de beslagrechter, commentaar bij art. 1385bis Ger. W., nrs. 13 e.v.

(*4) E. DIRIX en K. BROECKX, 'Overzicht van rechtspraak – Beslagrecht – 1991-1996', *T.P.R.* 1996, 1402. Zie ook commentaar bij art. 1385bis Ger. W., nr. 15.

tegemoetkomt aan haar bewijslast om aan te tonen dat aan de voorwaarden voor de verbeurte van de dwangsom voldaan is. Het hoeft daarbij niet noodzakelijkerwijze te gaan om een onduidelijkheid of dubbelzinnigheid van de hoofdveroordeling. Het feit dat het bewijsrisico ten laste van de eisende partij valt, betekent niet dat telkens wanneer de eisende partij geconfronteerd wordt met het bewijsrisico, een interpretatieprobleem zou rijzen dat de bevoegdheid van de beslagrechter overstijgt. (*1)

10 In het bovenstaande randnummer wordt in herinnering gebracht wat de beslagrechter inzake dwangsomgeschillen vermag te doen. (*2)

Wat de beslagrechter niet kan, is verbeurde dwangsommen opheffen, verminderen of anderszins mildereren op grond van een onmogelijkheid waarmee de veroordeelde geconfronteerd werd, tenzij in het uitzonderlijke geval waarin de beslagrechter zelf de dwangsomrechter is. Artikel 1385*quinquies* behoudt die bevoegdheid uitdrukkelijk voor aan de rechter die de dwangsom heeft opgelegd. Men kan zich gemakkelijk inbeelden dat zulks in de praktijk aanleiding heeft gegeven tot discussies.

Het Benelux Gerechtshof heeft zich in een arrest van 12 februari 1996 uitgesproken over de afbakening van de bevoegdheden van de dwangsomrechter tegenover die van de executierechter. (*3) Dit arrest lag in de lijn van vroegere rechtspraak van het Hof. (*4)

De situatie die aanleiding gaf tot het arrest van 12 februari 1996, was de volgende. De veroordeelde (N.V. Snauwaert) werd bevel opgelegd om iets te doen onder verbeurte van een dwangsom van 250.000 frank per dag vertraging. Meer bepaald werd de veroordeelde bevel opgelegd om een partij tennisrackets, die zij in beslag had laten nemen op grond van een beslag inzake namaak, terug te geven aan de eisende partij (Leslee Sports). De dwangsomrechter was de Beslagrechter te Dinant. Enkele dagen na de uitspraak van de dwangsomrechter, maar nog voor de betekening, worden de tennisrackets in beslag genomen door de onderzoeksrechter te Brussel, die de klacht met burgerlijke partijstelling van Snauwaert wegens inbreuken op de merkenwet onderzoekt.

Ruim drie maanden na de betekening heeft Snauwaert de tennisrackets nog steeds niet teruggegeven (d.w.z. niet kunnen teruggeven, aangezien zij inbeslaggenomen werden door de onderzoeksrechter) en wordt aan Snauwaert een bevel tot betaling van 25.000.000 frank betekend, op grond van verbeurde dwangsommen. Snauwaert gaat in verzet voor de beslagrechter te Dinant, die zich territoriaal onbevoegd verklaart op grond van artikel 633 Ger. W. Het bevel tot betaling werd betekend op de

(*1) E. DIRIX, 'Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom', in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 49.

(*2) Zie ook commentaar bij art. 1385*bis* Ger. W., nrs. 13 e.v.

(*3) Benelux Hof 12 februari 1996, *R.W.* 1995-96, 1298, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN. Het gaat hier om de zaak Leslie Sports/Snauwaert (A 94/3), die niet mag worden verward met de zaak O.M./Van der Haegen (A 94/4), van dezelfde datum. De zaak O.M./Van der Haegen heeft betrekking op art. 1 van de Eenvormige Beneluxwet (art. 1385*bis* Ger. W.).

(*4) Benelux Hof 25 september 1986, *R.W.* 1986-87, 1333, concl. E. KRINGS.

maatschappelijke zetel van N.V. Snauwaert te Roeselare, zodat de Beslagrechter te Kortrijk territoriaal bevoegd was als executierechter. Een verzet tegen een tenuitvoerlegging op grond van verbeurde dwangsommen, moet men brengen voor de executierechter, niet voor de dwangsomrechter. Het feit dat, zoals in casu, de dwangsomrechter toevallig een beslagrechter is, doet hieraan geen afbreuk.

De Beslagrechter te Kortrijk wees het verzet af. Het Hof van Beroep te Gent oordeelde vervolgens dat de niet-teruggave van de tennisrackets, gelet op het strafrechtelijk beslag door de onderzoeksrechter, niet aan Snauwaert toe te rekenen was. Het Hof van Beroep te Gent oordeelde dat er sprake was van een toestand van overmacht, waarvan het vaststellen niets had uit te staan met de bevoegdheid op grond van artikel 1385quinquies Ger. W. Mitsdien besliste het Hof van Beroep te Gent dat de dwangsom niet was verbeurd.

Tegen de beslissing van het Hof van Beroep te Gent werd een voorziening in cassatie aanhangig gemaakt, en het Hof van Cassatie stelde een prejudiciële vraag tot uitlegging aan het Benelux Gerechtshof. De conclusie van advocaat-generaal JANSSENS DE BISTHOVEN werpt een helder licht op de hele problematiek. Het Hof van Beroep te Gent trad op als executierechter en oordeelde in die hoedanigheid dat de dwangsom niet verbeurd was wegens overmacht. De vraag of dit mogelijk was zonder schending van artikel 1385quinquies Ger. W., betreft in wezen een bevoegdheidsprobleem.

De executierechter oordeelt niet over de zaak zelf, doch is wel bevoegd om te toetsen of de uitvoerbare titel nog actueel of doeltreffend is. Hij kan vaststellen dat de titel geen uitvoerbare kracht meer bezit. (*1) Oordelen dat de dwangsom niet verbeurd is wegens onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen, komt daarentegen krachtens artikel 1385quinquies exclusief toe aan de dwangsomrechter. Wat het Hof van Beroep te Gent wel had kunnen doen, is vaststellen dat de uitvoerbare titel wegens de overmachtssituatie ondoeltreffend was. (*2) Door de gevolgtrekking te maken dat de dwangsom niet verbeurd was, eigende het Hof van Beroep zich de bevoegdheid toe die exclusief toekomt aan de rechter die de dwangsom heeft opgelegd. Het Hof had zich ertoe moeten beperken de tenuitvoerlegging op te schorten.

Geheel in overeenstemming met de conclusie van advocaat-generaal JANSSENS DE BISTHOVEN, verklaart het Benelux Gerechtshof in het arrest van 12 februari 1996 voor recht dat artikel 4 lid 1 van de Eenvormige Benelux Dwangsomwet (omgezet in artikel 1385quinquies lid 1 Ger. W.) aldus moet worden uitgelegd dat de bevoegdheid toegekend aan de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, om de dwangsom op het heffen in geval van onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen, exclusief is en eraan in de weg staat dat in een

(*1) B. JANSSENS DE BISTHOVEN, concl. voor Benelux Hof 12 februari 1996, R.W. 1995-96, 1300.

(*2) B. JANSSENS DE BISTHOVEN, concl. voor Benelux Hof 12 februari 1996, R.W. 1995-96, 1301.

executiegeschil betreffende de eventueel verbeurde dwangsommen de executierechter in plaats van de dwangsomrechter zou beslissen dat de dwangsom niet verbeurd is. (*1)

Indien de beslagrechter geconfronteerd wordt met een situatie waarin de veroordeelde onmogelijk aan de hoofdveroordeling kon voldoen, kan hij de dwangsom niet milderer op grond van artikel 1385*quinquies* Ger. W. Hij kan slechts de tenuitvoerlegging opschorten, in afwachting van een uitspraak van de dwangsomrechter tot mildering van de dwangsom op vordering van de veroordeelde. Enkel in het uitzonderlijke geval waarin de executierechter en de dwangsomrechter één en dezelfde rechter zijn, zou de veroordeelde in het kader van een verzetsprocedure voor de executierechter een tegenvordering kunnen instellen op grond van artikel 1385*quinquies* Ger. W.

De oplossing die het Benelux Gerechtshof in zijn arrest van 12 februari 1996 heeft aangereikt, lijkt de enige oplossing die in overeenstemming te brengen is met de tekst en de systematiek van artikel 1385*quinquies* Ger. W. De keuze van de wetgever om de mildering van de dwangsom exclusief voor te behouden aan de dwangsomrechter, is onder meer een uitdrukking van het gegeven dat verbeurde dwangsommen in beginsel definitief verbeurd zijn, en dat zij enkel in uitzonderlijke omstandigheden gemilderd kunnen worden. Als men de beslagrechter de bevoegdheid zou verlenen om toepassing te maken van artikel 1385*quinquies* Ger. W., dreigt men af te stevenen op een systematische 'liquidation de l'astreinte' naar Frans model, waarbij de beslagrechter bij elke tenuitvoerlegging op grond van verbeurde dwangsommen uitspraak zou kunnen doen over welk bedrag de veroordeelde uiteindelijk verschuldigd is. De wetgever heeft dit model verworpen, met de bedoeling de doeltreffendheid van het instituut van de dwangsom te verhogen.

II Er bestaat een strekking in de rechtsleer die erop wijst dat het arrest van het Benelux Gerechtshof van 12 februari 1996 aanleiding geeft tot een enigszins omslachtig resultaat. De meest vooraanstaande vertegenwoordiger van deze strekking is E. DIRIX. (*2)

In het geval waarover het Benelux Gerechtshof oordeelde, zou de veroordeelde inderdaad genoodzaakt worden een nieuwe dagvaarding uit te brengen voor de dwangsomrechter (*in casu* de Beslagrechter te Dinant), aldaar de opheffing van de dwangsom wegens onmogelijkheid tot naleving van de hoofdveroordeling na te streven, om vervolgens weer voor het Hof van Beroep te Gent (de executierechter) voor recht te horen zeggen dat de beslaglegger niet gerechtigd was tot tenuitvoerlegging over te gaan. De opmerking van E. DIRIX dat er een verschil is tussen opheffing, opschorting en vermindering door de dwangsomrechter enerzijds, en vaststelling door

(*1) Benelux Hof 12 februari 1996, *R.W.* 1995-96, 1303.

(*2) E. DIRIX, 'Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom', in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 53-54.

de executierechter dat een bepaalde inbreuk wegens overmacht niet kan worden toegerekend aan de debiteur, moet volledig worden bijgetreden. (*1) Het punt is echter dat, wanneer de executierechter vaststelt dat een bepaalde inbreuk wegens onmogelijkheid om behoorlijk te presteren niet aan de veroordeelde kan worden toegerekend, hij geen opheffing, opschorting of vermindering (drie begrippen alhier samengevat onder de noemer ‘mildering van de dwangsom’) in de zin van artikel 1385*quinquies* kan uitspreken. (*2) Wel kan de beslagrechter in een dergelijke situatie de tenuitvoerlegging schorsen, tot aan de beslissing van de dwangsomrechter. (*3)

Het voornaamste argument van E. DIRIX tegen de oplossing gekozen door het Benelux Gerechtshof in het arrest van 12 februari 1996, lijkt te zijn dat die oplossing stuit op ‘grote praktische bezwaren’. (*4) Een dergelijk argument lijkt o.i. overtuigend te kunnen zijn in gevallen waar de tekst en de systematiek van de wet geen uitsluitel geven en men mede op grond van rechtspolitieke overwegingen een oplossing dient te kiezen. In situaties daarentegen waar de tekst en de systematiek van de wet duidelijk zijn, zoals o.i. het geval is bij artikel 1385*quinquies* Ger. W., kan men een oplossing die op dwingende wijze uit de wet volgt betreuren, maar kan men een oplossing die praktischer geacht wordt, bezwaarlijk in de plaats stellen van de door de wetgever gekozen formule.

Elders merkt E. DIRIX terecht op dat de bevoegdheid om de dwangsom aan te passen (opheffen, verminderen of opschorten) uitsluitend toekomt aan de rechter die de dwangsom heeft opgelegd. (*5) Hij voegt daar aan toe dat de beslagrechter niettemin kan oordelen ‘dat de niet-nakoming van de opgelegde verplichting niet aan de schuldenaar is toe te rekenen wegens overmacht’. (*6) Deze uitspraak is geheel correct. (*7) Ter staving hiervan verwijst DIRIX naar een uitspraak van de Antwerpse beslagrechter van 23 mei 1989. (*8) Waar de opvatting van DIRIX evenwel niet kan worden gevolgd, is wanneer hij uit het gegeven dat de beslagrechter kan oordelen dat de niet-nakoming van de opgelegde verplichting niet aan de veroordeelde kan worden toegerekend wegens onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen, de gevolgtrekking maakt dat de beslagrechter kan oordelen dat de dwangsom niet verbeurd is. Volgens het standpunt alhier verdedigd, vermag de beslagrechter in de genoemde hypothese slechts de gevolgtrekking maken dat de tenuitvoerlegging geschorst is. (*9)

Een bijkomende moeilijkheid die maakt dat de opvatting van DIRIX inderdaad slechts door een tamelijk fijne – doch duidelijke – grens onderscheiden kan worden

(*1) *Idem*, 54.

(*2) Cass. 2 mei 1996, *R.W.* 1996-97, 656, verwijzende noot.

(*3) *Idem*.

(*4) E. DIRIX, ‘Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom’, *l.c.*, 54.

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

(*6) *Idem*.

(*7) In dezelfde zin: J. LAENENS, ‘Procedureaspecten’, in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 33-34.

(*8) *Beslagr.* Antwerpen 23 mei 1989, *R.W.* 1989-90, 308.

(*9) In dezelfde zin: Cass. 2 mei 1996, *R.W.* 1996-97, 656, verwijzende noot.

van de keuze gemaakt door het Benelux Gerechtshof, is dat de beslagrechter wel de bevoegdheid moet worden toegekend om na te gaan of aan de voorwaarden voor de verbeurte voor de dwangsom is voldaan. Als men de problematiek vanuit deze invalshoek benadert, zou men op het eerste gezicht kunnen oordelen dat de beslagrechter dan toch ook moet kunnen oordelen dat de dwangsom niet verbeurd is bij een onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen. Immers, in zo'n situatie oordelen dat de dwangsom toch verbeurd zou zijn, lijkt niet alleen strijdig met de billijkheid, doch ook met het voorwaardelijk karakter van de dwangsom, die als prikkel tot behoorlijke uitvoering van rechterlijke uitspraken de veroordeelde enkel kan aansporen indien de naleving van de hoofdveroordeling *mogelijk* is. Welnu, de bevoegdheid van de beslagrechter om na te gaan of aan de voorwaarden voor de verbeurte van de dwangsom voldaan is, kan uitmonden in een tweeledig resultaat.

Als de beslagrechter bijvoorbeeld vaststelt dat de dwangsom verjaard is, doet hij geen uitspraak over het verschuldigd zijn van de dwangsom, doch stelt hij vast dat de dwangsom niet meer kan worden ten uitvoer gelegd. Het voorwerp van de verjaring is, zoals besproken bij de commentaar m.b.t. artikel 1385*octies* Ger. W., het recht van de eisende partij om verbeurde dwangsommen ten uitvoer te leggen door uitwinning op het vermogen van de veroordeelde. Het eerste mogelijke resultaat is derhalve dat de beslagrechter vaststelt dat de eisende partij niet (meer) gerechtigd is om tot tenuitvoerlegging over te gaan.

Als de beslagrechter vaststelt dat een bepaalde gedraging van de veroordeelde niet met zekerheid als een inbreuk op de hoofdveroordeling kan worden beschouwd (zonder dat er sprake is van een onduidelijkheid van de hoofdveroordeling die een interpretatieprobleem zou scheppen dat de bevoegdheid van de beslagrechter overstijgt), stelt de beslagrechter vast dat de eisende partij niet gerechtigd is om over te gaan tot tenuitvoerlegging, omdat geen dwangsom verbeurd was. Als aan de voorwaarden voor de verbeurte van de dwangsom niet voldaan is, kan de beslagrechter inderdaad vaststellen dat de dwangsom niet verbeurd is (het tweede mogelijke resultaat, naast de vaststelling dat er een obstakel is dat zich tegen de tenuitvoerlegging verzet). Er is daarbij geen sprake van enige mildering van verbeurde dwangsommen, aangezien er in die situatie nooit een dwangsom verbeurd werd. Ook indien bijvoorbeeld tweemaal de opgelegde dwangsom verbeurd is, doch de beslagrechter stelt vast dat drie andere handelingen niet kunnen worden beschouwd als inbreukmakend gedrag, is er geen sprake van mildering van de dwangsom. In die situaties kan de beslagrechter vaststellen dat de dwangsom slechts tweemaal verbeurd is, zonder dat hij de bevoegdheid van artikel 1385*quinquies* Ger. W. uitoefent.

12 De bevoegdheid van de beslagrechter inzake situaties waarin sprake is van onmogelijkheid in de zin van artikel 1385*quinquies* Ger. W., kan als volgt worden samengevat. Als er sprake is van een onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen, en de eisende partij betekent een bevel tot betaling wegens verbeurde dwangsommen, heeft de beslagrechter niet de bevoegdheid tot het besluit te komen

dat geen dwangsommen verbeurd zijn, een resultaat waartoe hij wel kan komen op grond van de vaststelling dat aan de voorwaarden voor de verbeurde van de dwangsom niet voldaan is. Eenmaal de dwangsom verbeurd is, blijft zij in beginsel verbeurd. Verbeurde dwangsommen kunnen enkel gemilderd worden door de dwangsomrechter. De beslagrechter die vaststelt dat aan de voorwaarden voor de verbeurde van de dwangsom niet voldaan is, kan dit slechts in situaties waarin de dwangsom nooit verbeurd werd. Eens blijkt dat dwangsommen inderdaad verbeurd zijn, kan de beslagrechter ze niet meer opheffen, opschorten of verminderen. Hij kan met andere woorden geen mildering uitspreken op grond van artikel 1385*quinquies* Ger. W.

Naast de vraag of aan de voorwaarden voor de verbeurde van de dwangsom voldaan is, onderzoekt de beslagrechter ook of de eisende partij gerechtigd was tot tenuitvoerlegging over te gaan. Hier is het mogelijk dat de beslagrechter vaststelt dat de eisende partij geen recht heeft om tot tenuitvoerlegging over te gaan, en dat zij dat recht definitief verloren heeft (bv. bij verjaring). In dat geval kan de beslagrechter de eisende partij definitief in het ongelijk stellen. Als de beslagrechter vaststelt dat de veroordeelde onmogelijk aan de hoofdveroordeling kon voldoen, kan hij niet de reeds verbeurde dwangsommen milderer, doch hij kan wel de tenuitvoerlegging schorsen, totdat uitspraak is gedaan door de dwangsomrechter over de onmogelijkheid.

B. Op vordering van de veroordeelde

13 Opdat de dwangsomrechter de bevoegdheid neergelegd in artikel 1385*quinquies* Ger. W. zou kunnen uitoefenen, moet de veroordeelde hem dat vragen. Dat is ook logisch in het systeem van de Eenvormige Beneluxwet op de dwangsom, aangezien de executierechter de dwangsom, eenmaal zij verbeurd is, niet meer kan milderer. Op het ogenblik dat de dwangsomrechter zijn veroordeling uitspreekt onder verbeurde van een dwangsom, is de onmogelijkheid hem per definitie niet bekend. (*1) Als de dwangsomrechter een veroordeling onder verbeurde van een dwangsom zou uitspreken in de wetenschap dat de hoofdveroordeling door de veroordeelde niet of niet tijdig kan worden uitgevoerd, zou hij het voorwaardelijk karakter van de dwangsom, zoals neergelegd in artikel 1385*bis* Ger. W., miskennen. Wanneer na de uitspraak een onmogelijkheid rijst, zal in de meeste gevallen de rechtsmacht van de dwangsomrechter uitgeput zijn, zodat een nieuwe vordering moet worden ingeleid.

14 In de meerderheid der gevallen wordt een vordering tot mildering op grond van artikel 1385*quinquies* ingeleid bij dagvaarding. Dat is evenwel niet noodzakelijkerwijze de weg om zo'n vordering aanhangig te maken. Het kan zijn dat de onmogelijkheid blijkt na de uitspraak in eerste aanleg, maar nog voor de beëindiging van de rechtsstrijd in hoger beroep. In dat geval kan de vordering worden ingeleid bij con-

(*1) Voorz. Kh. Antwerpen 26 september 1986, *J.T.* 1986, 672; Voorz. Kh. Charleroi 26 december 1988, *J.T.* 1989, 199.

clusie. Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 27 oktober 1988 bevestigd dat het appelgerecht, dat kennis neemt van het hoger beroep tegen een beslissing waarbij een dwangsom werd opgelegd, moet onderzoeken of de mogelijkheid voorzien in artikel 1385quinquies dient te worden benut, wanneer het appelgerecht de dwangsom bevestigt en de veroordeelde zich beroept op de onmogelijkheid om de hoofdveroordeling na te leven. (*1)

Het hoger besproken criterium zoals aangereikt door het Benelux Gerechtshof in zijn arrest van 15 april 1992, blijft zonder invloed op de situatie beoogd in het cassatiearrest van 27 oktober 1988. (*2) Hieruit volgt dat, wanneer de appelrechter een loutere bevestiging uitspreekt, men *stricto sensu* nog niet weet of hij de bevoegdheid zoals voorzien in artikel 1385quinquies kan uitoefenen. Lapidair uitgedrukt, kan hij dit wel indien de veroordeelde artikel 1385quinquies inroept bij conclusie (of in de akte van hoger beroep), doch niet wanneer de voorziening op grond van artikel 1385quinquies wordt ingeleid bij dagvaarding. Of nog: wanneer de appelrechter een loutere bevestiging heeft uitgesproken, moet een voorziening op grond van artikel 1385quinquies worden ingeleid bij de rechter die in eerste aanleg de dwangsom had opgelegd. Wanneer de appelrechter daarentegen een loutere bevestiging zal uitspreken, is hij (doch niet uitsluitend hij) bevoegd om uitspraak te doen op grond van artikel 1385quinquies, na daartoe door de veroordeelde gevorderd te zijn bij conclusie of in de akte van hoger beroep. Aangezien de veroordeelde per definitie niet weet of de rechter in hoger beroep een loutere bevestiging zal uitspreken, blijft ook de rechter die de dwangsom in eerste aanleg had opgelegd, bevoegd om kennis te nemen van een vordering ingeleid bij dagvaarding op grond van artikel 1385quinquies. (*3) Zolang geen uitspraak gedaan is in hoger beroep, heeft de veroordeelde de keuze om te dagvaarden op grond van artikel 1385quinquies voor de rechter die de dwangsom had opgelegd in eerste aanleg, of om zich te beroepen op die bepaling in zijn conclusie (of in de akte van hoger beroep) voor de rechter in hoger beroep. In het bijzonder wanneer hoger beroep hangende is tegen een beschikking gewezen in kort geding, kan de rechtszekerheid slechts gebaat zijn met een snelle nieuwe beslissing van de voorzitter aangaande een onmogelijkheid, gerezen ingevolge omstandigheden die de voorzitter niet bekend waren op het ogenblik dat hij de dwangsom oplegde.

M. VANDERMERSCH lijkt daarentegen uit te gaan van de opvatting dat, zolang het appelgerecht de dwangsom uitgesproken door de eerste rechter niet bevestigd heeft, de vordering tot mildering moet worden gebracht voor de eerste rechter die de

(*1) Cass. 27 oktober 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, I, 242.

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

(*3) Voorz. Kh. Brussel 28 oktober 1994, *J.T.* 1995, 154.

dwangsom heeft opgelegd. (*1) De opvatting van VANDERMERSCH lijkt moeilijk te verenigen met het hierboven besproken arrest van het Hof van Cassatie van 27 oktober 1988. (*2)

G.L. BALLON meent dat men een onderscheid dient te maken naargelang het hoger beroep al dan niet reeds werd ingesteld. Werd nog geen hoger beroep ingesteld, doch is dit nog mogelijk, dan meent BALLON dat de veroordeelde voor een vordering op grond van artikel 1385*quinquies* de keuze heeft tussen de rechter die de veroordeling in eerste aanleg uitsprak, dan wel de rechter in hoger beroep. (*3) Ingeval reeds hoger beroep werd ingesteld, meent BALLON dat de rechter in eerste aanleg niet meer bevoegd is, gelet op de devolutieve werking van het hoger beroep. (*4) De devolutieve werking van het hoger beroep heeft evenwel slechts tot gevolg dat de rechtsmacht van de rechter in eerste aanleg aangaande het geschil dat aanleiding gaf tot het opleggen van een dwangsom, uitgeput is. (*5) Wanneer daarentegen nieuwe omstandigheden rijzen die de behoorlijke uitvoering van de hoofdveroordeling onmogelijk maken, vinden de regels inzake de devolutieve werking van het hoger beroep niet noodzakelijkerwijze toepassing. De devolutieve werking houdt in dat de zaak wordt overgeheveld (devolvere) naar de rechter in hoger beroep, maar de beoordeling van de appelrechter is beperkt tot de geschilpunten die hem worden voorgelegd. Hij neemt kennis van het geschil binnen de perken aangegeven door de partijen in de akte van hoger beroep of in hun conclusies. (*6) Het alhier bepleite keuzerecht van de veroordeelde vindt steun in de door K. BROECKX besproken beginselen inzake de devolutieve werking. Aangezien de partijen zelf de perken bepalen waarbinnen de appelrechter uitspraak moet doen over de aan de eerste rechter voorgelegde betwisting, staat het de veroordeelde vrij om ook na het instellen van hoger beroep, een vordering op grond van artikel 1385*quinquies* Ger. W. bij dagvaarding in te leiden voor de eerste rechter.

De bevoegdheid van de rechter in eerste aanleg is gesteund op artikel 1385*quinquies* Ger. W., dat de bevoegdheid om uitspraak te doen over een vordering tot mildering wegens onmogelijkheid toevertrouwt aan de rechter die de dwangsom heeft opgelegd. De bevoegdheid van de rechter in hoger beroep, is gesteund op het gegeven dat die rechter, zodra hij de dwangsom uitdrukkelijk bevestigt (d.w.z. dat in het beschikkende gedeelte van de beslissing in hoger beroep niet slechts verwezen wordt naar de eerste beslissing), meteen ook de rechter wordt die de dwangsom heeft opge-

(*1) 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.

(*2) Zie ook: A. DE CALUWÉ en J. PROSMAN, 'Chronique de jurisprudence. Cour de Justice Benelux. 1er juillet 1988-31 décembre 1992', *Cahiers de droit européen* 1994, 685; G. DE LEVAL, 'Quel est le juge qui a ordonné l'astreinte au sens de l'article 1385*quinquies* du code judiciaire?' (noot onder Rb. Namen 21 januari 1993), *J.L.M.B.* 1993, 1033.

(*3) G.L. BALLON, *Dwangsom*, a.w., 1980, p. 74, nrs. 207-209.

(*4) *Idem.*

(*5) K. BROECKX, *Het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, Antwerpen, Maklu, 1995, p. 236, nr. 522.

(*6) K. BROECKX, a.w., p. 236-237, nr. 523.

legd, zodat hij toepassing kan maken van artikel 1385*quinquies* Ger. W. Indien daarentegen de appelrechter, nadat de veroordeelde in de akte van hoger beroep of bij conclusie toepassing vorderde van artikel 1385*quinquies* Ger. W., beslist dat de dwangsom moet worden opgeheven wegens onmogelijkheid, moet men toegeven dat de appelrechter eigenlijk nooit een dwangsom heeft opgelegd, ook niet volgens de criteria zoals aangereikt door het Benelux Gerechtshof in het arrest van 12 februari 1996. Strikt gezien is een volledige opheffing (i.t.t. een vermindering) door de appelrechter van een in eerste aanleg opgelegde dwangsom, wegens later gebleken onmogelijkheid, geen toepassing van artikel 1385*quinquies* Ger. W. Conceptueel gezien gaat het eigenlijk om een toepassing van artikel 1385*bis* Ger. W., omdat de appelrechter die een dwangsom volledig opheft nooit ‘de rechter die een dwangsom heeft opgelegd’ wordt. Toch is de appelrechter, indien de veroordeelde ervoor kiest hem de kwestie voor te leggen, bevoegd om kennis te nemen van een verzoek tot mildering van de dwangsom ingevolge een onmogelijkheid gerezen na de initiële uitspraak, aangezien hij in ieder geval op het ogenblik van zijn uitspraak ‘de rechter die een dwangsom heeft opgelegd’ in de zin van artikel 1385*quinquies* kan worden. Als de appelrechter in het licht van de inhoud van zijn uitspraak nooit die rechter wordt, kan een argument dat melding maakt van een onmogelijkheid in de zin van artikel 1385*quinquies*, alleszins gelden als een omstandigheid die het opleggen van een dwangsom niet opportuun maakt. In het laatste geval is de appelrechter bevoegd op grond van artikel 1385*bis* Ger. W. om de in eerste aanleg uitgesproken dwangsom op te heffen. Gelet op de evolutieve aard van de procesverhouding, mag de rechter in hoger beroep oordelen over het geschil zoals dat sedert de inleiding van het geding geëvolueerd is. (*1) De rechter mag derhalve rekening houden met feiten die zich na het eerste vonnis hebben voorgedaan. (*2)

C. De mildering van de dwangsom

1. DE OPHEFFING

15 In sommige gevallen kan een opheffing van de dwangsom aangewezen zijn. Uit de tekst van artikel 1385*quinquies* blijkt dat de wetgever met ‘opheffing’ van de dwangsom de gehele opheffing van alle reeds verbeurde dwangsommen bedoelt, ofwel de gehele opheffing van de bijkomende veroordeling tot de dwangsom als zodanig. De eerste soort opheffing is een kwijtschelding voor het verleden, die echter niet verder in het verleden kan terugreiken dan het ogenblik waarop de onmogelijkheid ontstaan is. De tweede soort opheffing houdt in dat ook in de toekomst geen dwangsom meer zal kunnen worden verbeurd. Het gaat dan om een gehele afschaffing van

(*1) K. BROECKX, *a.w.*, p. 288, nr. 633.

(*2) K. BROECKX, *a.w.*, p. 281, nr. 618.

een dwangsom in een bepaalde procesverhouding, die evenmin als de eerste vorm van opheffing verder in het verleden kan teruggrijpen dan het tijdstip waarop de onmogelijkheid ontstaan is.

Beide soorten opheffing zijn mogelijk in alle situaties van onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen. In theorie kan de rechter bijgevolg een opheffing toestaan bij een gedeeltelijke of een tijdelijke onmogelijkheid. Zoiets lijkt slechts te rechtvaardigen indien de eisende partij na het uitspreken van de hoofdveroordeling op laakbare wijze gehandeld heeft.

2. DE OPSCHORTING VAN DE LOOPTIJD VAN DE DWANGSOM

16 De opschorting van de looptijd van de dwangsom houdt in dat aan de veroordeelde meer tijd gegund wordt. Praktisch gesproken komt de opschorting van de looptijd van de dwangsom op het volgende neer. Ofwel heeft de rechter de veroordeelde reeds een bepaalde termijn toegekend om de prestatie uit te voeren, en dan komt een opschorting van de looptijd van de dwangsom neer op een verlenging van die termijn. Ofwel heeft de rechter geen termijn toegekend, maar blijkt naderhand dat er eigenlijk wel een termijn nodig was om aan de veroordeling te kunnen voldoen. In dat geval betekent een opschorting van de looptijd van de dwangsom dat het tijdstip vanaf hetwelk de dwangsom kan worden verbeurd (d.w.z. de datum van de betekening als het gaat om een dwangsom per inbreuk met onmiddellijke ingang, of de dag na de betekening, als het gaat om een dwangsom per dag vertraging) naar een later tijdstip wordt verschoven.

3. DE VERMINDERING

17 De vermindering van de dwangsom onderscheidt zich van de opheffing door haar gedeeltelijk karakter. Zij is daarom vooral bij een gedeeltelijke onmogelijkheid aangewezen. In het bijzonder wanneer de houding van de veroordeelde, spijs een gedeeltelijke of tijdelijke onmogelijkheid, toch nog laakbaar is, lijkt een vermindering aangewezen.

D. De onmogelijkheid

1. HET BEGRIP ONMOGELIJKHEID

18 Artikel 1385quinquies Ger. W. vindt zijn grondslag in de billijkheid. Deze wetsbepaling is een toepassing van het beginsel *nemo ad impossibile tenetur potest*. Hetzelfde beginsel vindt men ook in de verwoording *ultra posse nemo tenetur*. Niemand kan tot het onmogelijke gehouden worden.

De dwangsom is een prikkel bedoeld om de veroordeelde tot behoorlijke uitvoering van een rechterlijk gebod of verbod aan te sporen. Als bijvoorbeeld de verkoper van een waardevolle ets na het sluiten van de koop het verkochte goed wil houden, is hij daartoe in ons rechtsstelsel principieel niet gerechtigd. De koper mag in zo'n geval de uitvoering in natura van de overeenkomst eisen en is er in beginsel niet toe gehouden genoeg te nemen met vervangende schadevergoeding. Sinds de invoering van de Eenvormige Beneluxwet op de dwangsom in 1980, beschikt de koper over de mogelijkheid de levering van het verkochte goed onder verbeurte van een dwangsom te vorderen. In dit voorbeeld lijkt een dwangsom per dag vertraging de meest aangegeven modaliteit. Wat echter als het huis van de verkoper – ets inclusief – door brand volledig verwoest wordt, twee dagen na de betekening van het vonnis, waarin de afgifte van het goed onder verbeurte van een dwangsom van 5000 frank per dag vertraging bevolen wordt? Wat als de verkoper de ets twee weken na de betekening gewoon doorverkoopt aan een derde? Wat als de ets verwoest wordt in een auto-ongeluk veroorzaakt door dronkenschap en overdreven snelheid van de verkoper? Wat als de verkoper beweert dat de ets gestolen is, doch het gevaar van collusie niet kan worden uitgesloten? Al deze vragen maken duidelijk dat er een systeem nodig was om aan dit soort problemen een oplossing te geven. De vragen wijzen er ook op dat een wijziging van de feitelijke omstandigheden de situatie dermate beïnvloedt, dat een ruime appreciatiebevoegdheid van de rechter wenselijk leek om voor elke casus een aangepaste oplossing te kunnen bieden. Artikel 1385*quinquies* Ger. W. verhindert dat de dwangsom aanleiding zou kunnen geven tot onbillijke resultaten in situaties waarin de veroordeelde niet of niet meer over de mogelijkheid beschikt om behoorlijk te presteren.

19 De tragiek van het 'wel willen maar niet kunnen' staat centraal in artikel 1385*quinquies* Ger. W. Het begrip onmogelijkheid (niet kunnen) is het kernbegrip van deze wetsbepaling.

Onder het voorbehoud dat de onmogelijkheid die de veroordeelde aan eigen gebrek aan zorgvuldigheid te danken heeft, niet geldt als onmogelijkheid in de zin van artikel 1385*quinquies* Ger. W., heeft het begrip onmogelijkheid dezelfde (ruime en niet-vastomlijnde) betekenis als in het dagelijkse taalgebruik. (*1) Als iemand onmogelijk een bepaalde prestatie kan verrichten, betekent dit dat het onredelijk zou zijn van die persoon de uitvoering van die prestatie te verlangen. Wie van iemand het onmogelijke verlangt, wenst van de betrokkene een inspanning te bekomen die groter is dan de inspanning die de vragende partij redelijkerwijze zelf zou wensen te leveren. (*2)

(*1) Brussel 2 mei 1989, *J.L.M.B.* 1990, 377, noot P. KILESTE; G.L. BALLON, 'Problemen i.v.m. het verbeuren en verhalen van opgelegde dwangsommen' (noot onder Antwerpen 9 februari 1998), *A.J.T.* 1998-99, 397. Zie voor een geval waarin de veroordeelde zich door zijn eigen optreden in een moeilijke situatie gebracht heeft: Corr. Gent 20 juni 1997, *T.G.R.* 1997, 233.

(*2) Vgl. Hof 's-Gravenhage 21 mei 1992, *N.J.* 1993, nr. 238.

Het begrip onmogelijkheid moet niet worden begrepen in absolute termen. Wanneer bijvoorbeeld de veroordeelde gebod wordt opgelegd om een zonder vergunning gebouwde reusachtige varkensstal af te breken en de bebouwde oppervlakte in de oorspronkelijke staat te herstellen, moet men niet gaan speculeren over de vraag hoeveel tijd absoluut nodig is om de prestatie mogelijk te maken. Als bijvoorbeeld vijfhonderd arbeiders dag en nacht werken, is misschien maar heel weinig tijd nodig om de prestatie te verrichten. Zulke overwegingen zijn irrelevant bij de beoordeling van de onmogelijkheid in de zin van artikel 1385*quinquies* Ger. W.

Steeds onder het voorbehoud dat de onmogelijkheid die de veroordeelde geheel of gedeeltelijk aan eigen opzet of nalatigheid te danken heeft, strenger beoordeeld wordt, mag men de vraag of iets onmogelijk is, gelijkstellen met de vraag of iets *redelijkerwijze* onmogelijk is. Wanneer de rechter meent dat volgens het standpunt van de eisende partij redelijkerwijze meer inspanningen vereist zijn dan de eisende partij zelf bereid zou zijn te leveren, mag hij vaststellen dat er sprake is van een onmogelijkheid in de zin van artikel 1385*quinquies* Ger. W. Er is met andere woorden sprake van onmogelijkheid in de zin van artikel 1385*quinquies* Ger. W. indien het onredelijk zou zijn om meer inspanning en zorgvuldigheid van de veroordeelde te vergen dan hij heeft betracht. (*1)

Een loutere verslechtering van de situatie van de veroordeelde, of het loutere feit dat de te leveren prestatie moeilijker geworden is dan ten tijde van het opleggen van de dwangsom, volstaat niet opdat er een onmogelijkheid zou voorliggen. (*2)

Volledigheidshalve mag nog worden opgemerkt dat de onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen, de enige omstandigheid is waarin een dwangsom kan worden gemilderd op grond van artikel 1385*quinquies* Ger. W. Zelfs al is er geen sprake van een weloverwogen bedoeling van de veroordeelde om een rechterlijk gebod of verbod te miskennen, doch de niet of niet-tijdige uitvoering van de hoofdveroordeling is het loutere gevolg van een vergissing van de veroordeelde, dan kan de dwangsom niet op grond van artikel 1385*quinquies* Ger. W. gemilderd worden. (*3)

2. DE AARD VAN DE ONMOGELIJKHEID

20 Uit het vorige randnummer blijkt dat de onmogelijkheid in artikel 1385*quinquies* Ger. W. geen absolute onmogelijkheid is, doch wel relatieve onmogelijkheid die wordt afgemeten volgens de maatstaf van wat redelijkerwijze onmogelijk is.

De onmogelijkheid kan van velerlei aard zijn. Er kan sprake zijn van een materiële onmogelijkheid, een juridische onmogelijkheid, of uitzonderlijk zelfs van een morele

(*1) Hof 's-Gravenhage 21 mei 1992, *N.J.* 1993, nr. 238; Benelux Hof 25 september 1986, *R.W.* 1986-87, 1333, concl. E. KRINGS.

(*2) Arbh. Antwerpen 18 november 1985, *Soc. Kron.* 1986, 82.

(*3) Cass. 3 november 1994, *R.W.* 1994-95, 1436.

onmogelijkheid. Het aanvaarden van een morele onmogelijkheid moet nochtans met grote omzichtigheid geschieden, aangezien men niet mag zwichten voor allerlei chicanes van de veroordeelde.

Als bijvoorbeeld een ex-echtgenote veroordeeld wordt om loyaal mede te werken aan de uitoefening van een omgangsrecht van de andere ouder met een gemeenschapspelijk kind, en zij ontdekt dat de vader gedurende de periode dat hij zijn omgangsrecht uitoefent het kind klaarblijkelijk mishandelt, zou er een situatie kunnen voorliggen waarin het voor de veroordeelde moreel onmogelijk is de rechterlijke veroordeling behoorlijk na te leven. De veroordeelde zou uiteraard het bewijs moeten leveren van haar beweringen.

Een juridische onmogelijkheid werd aanvaard door het Benelux Gerechtshof in zijn arrest van 25 mei 1999. (*1)

Een gebrek aan financiële middelen om de nodige aanpassingswerken uit te voeren, geldt niet noodzakelijkerwijze als onmogelijkheid, aangezien het geldgebrek in bepaalde gevallen het gevolg kan zijn van de keuze van de veroordeelde om zijn financiële middelen voor andere (niet-prioritaire) doeleinden aan te wenden. (*2)

3. ONMOGELIJKHEID VERSUS OVERMACHT

21 Het begrip onmogelijkheid van artikel 1385*quinquies* Ger. W. moet niet worden verward met overmacht. Wat redelijkerwijze onmogelijk is, levert niet noodzakelijkerwijze een situatie van overmacht op. De beoordeling van overmacht is strenger dan de beoordeling van onmogelijkheid. Als de veroordeelde te goeder trouw meende volledig te hebben gepresteerd conform het rechterlijk gebod of verbod onder verbeurte van een dwangsom, waarbij ieder redelijk mens in dezelfde omstandigheden geplaatst eveneens zou hebben gemeend volledig te hebben gepresteerd, dan kan er sprake zijn van onmogelijkheid, doch niet noodzakelijkerwijze van overmacht.

4. BLIJVENDE OF TIJDELIJKE ONMOGELIJKHEID

22 Het belang van de uitdrukkelijke vermelding in de wet van zowel de blijvende als de tijdelijke onmogelijkheid, is er voornamelijk in gelegen dat de wetgever heeft willen aanstippen dat ook tijdelijke onmogelijkheid kan volstaan opdat de rechter de dwangsom zou kunnen matigen. De wijze waarop de rechter de dwangsom matigt

(*1) Het Hof verklaarde in deze zaak voor recht dat van onmogelijkheid in de zin van art. 1385*quinquies* Ger. W. sprake kan zijn in de situatie dat bij een eerste vonnis in kort geding waartegen geen hoger beroep is ingesteld een met een dwangsom versterkt verbod is uitgesproken om zich te gedragen in strijd met de verplichtingen uit een overeenkomst zolang die overeenkomst niet rechtsgeldig is beëindigd, en de veroordeelde dit verbod niet nakomt, nadat en omdat die veroordeelde een uitspraak in kort geding – uitvoerbaar bij voorraad – heeft verkregen van dezelfde voorzitter, als gevolg waarvan hij is ontslagen van de verplichtingen uit de overeenkomst zoals bedoeld in het eerste vonnis, en wel voor wat betreft de periode dat het tweede vonnis, waarvan de wederpartij van de veroordeelde in hoger beroep was gekomen, nog niet was vernietigd (Benelux Hof 25 mei 1999, zaak A 97/2, niet gepubliceerd bij het ter perse gaan).

(*2) Antwerpen 2 januari 1997, A.R. 01/97, *onuitg.*

(geheel opheffen, gedeeltelijk verminderen), is niet afhankelijk van de aard van de onmogelijkheid. Tijdelijke onmogelijkheid kan aanleiding geven tot gehele opheffing van de dwangsom.

Bij een blijvende onmogelijkheid, heeft de rechter in theorie wel de bevoegdheid om een opschorting van de looptijd van de dwangsom uit te spreken, doch daarin lijkt een zekere ongerijmdheid verscholen te liggen.

Zodra vaststaat dat de onmogelijkheid in genen dele te wijten is aan de handelswijze van de veroordeelde, dringt een volledige opheffing van de dwangsom zich op, indien vaststaat dat de uitvoering van de prestatie definitief onmogelijk is.

5. GEHELE OF GEDEELTELIJKE ONMOGELIJKHEID

23 Met de uitdrukkelijke vermelding in de wet van zowel de gehele als de gedeeltelijke onmogelijkheid, heeft de wetgever willen benadrukken dat ook gedeeltelijke onmogelijkheid aanleiding kan geven tot mildering van de dwangsom. Gedeeltelijke onmogelijkheid kan aanleiding geven tot gehele opheffing van de dwangsom. Als de houding van de veroordeelde niettegenstaande de gedeeltelijke onmogelijkheid toch laakbaar is, ofschoon zij niet de grondslag vormt van de gedeeltelijke onmogelijkheid, lijkt een gedeeltelijke vermindering meer aangewezen dan een volledige opheffing. Gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid die geheel of gedeeltelijk te wijten is aan gebrek aan zorgvuldigheid van de veroordeelde, heeft de verbeurte van de dwangsom tot gevolg, zonder mogelijkheid tot enige mildering op grond van artikel 1385quinquies Ger. W.

E. Enkele belangrijke soorten toepassingsgevallen

24 In wat volgt worden enkele belangrijke soorten toepassingsgevallen besproken waarin een mildering van de dwangsom kan worden uitgesproken wegens onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen. De behandelde categorieën zijn slechts bedoeld om de omvangrijke rechtspraak overzichtelijker te maken, zonder aanspraak te maken op exhaustiviteit. Indien een bepaalde casuspositie bezwaarlijk in één van de volgende categorieën kan worden ondergebracht, volgt daaruit niet noodzakelijkerwijze dat er geen ruimte zou zijn voor toepassing van artikel 1385quinquies Ger. W.

Of er in een bepaald geval sprake is van onmogelijkheid, blijft alleszins onderworpen aan de soevereine beoordeling van de feitenrechter. (*1) Dit betekent niet dat elke controle in cassatie onmogelijk zou zijn. Wanneer de feitenrechter van oordeel is dat de te verrichten prestatie onmogelijk was, kan de cassatierechter daar wel een margi-

(*1) Kh. Antwerpen 5 januari 1994, R.W. 1994-95, 752.

nale toetsing op uitoefenen. (*1) Dit houdt in dat de cassatierechter kan beslissen dat de feitenrechter uit de elementen die hij in beschouwing heeft genomen, wettig heeft kunnen afleiden dat de behoorlijke verrichting van de opgelegde prestatie onmogelijk was.

1. DE DWALING IN HET ALGEMEEN

25 Als de veroordeelde in dwaling verkeerde aangaande de precieze draagwijdte van de veroordeling, volstaat dat niet opdat er sprake zou zijn van onmogelijkheid in de zin van artikel 1385*quinquies* Ger. W. Het moet gaan om een dwaling die niet toerekenbaar is aan de veroordeelde. (*2) Het meest voor de hand liggende voorbeeld hiervan, is de dwaling die veroorzaakt werd door de eisende partij.

De dwaling moet niet absoluut onoverwinnelijk zijn opdat zij in aanmerking zou komen als grondslag voor een onmogelijkheid in de zin van artikel 1385*quinquies* Ger. W. Het volstaat dat de omvang van de inspanning vereist om de dwaling te overwinnen, groter is dan de inspanning die de eisende partij redelijkerwijze zelf bereid zou zijn te leveren.

2. DE DWALING WAARIN DE VEROORDEELDE VERKEERDE VÓÓR EEN INTERPRETATIEVE OF VERBETERENDE BESLISSING

26 Het is denkbaar dat een partij veroordeeld wordt onder verbeurte van een dwangsom, en dat enkele maanden of jaren later een verbeterende of interpretatieve beslissing gewezen wordt. Op grond van de artikelen 793 en 794 Ger. W., kan de interpretatieve of verbeterende beslissing geen uitbreiding, beperking of wijziging van de te interpreteren of te verbeteren beslissing teweegbrengen. Aangezien er geen sprake is van een wijziging, doch slechts van een uitlegging of verbetering van een materiële vergissing, blijft de oorspronkelijke veroordeling de titel op grond waarvan de rechten van partijen worden vastgelegd. Een interpretatieve of verbeterende beslissing is op zich genomen geen uitvoerbare titel. Na het wijzen van de interpretatieve of verbeterende beslissing, wordt de oorspronkelijke beslissing geacht nooit een andere betekenis te hebben gehad.

Het is evident dat zulks voor de veroordeelde onder verbeurte van een dwangsom zeer ingrijpende gevolgen kan hebben. Artikel 1385*quinquies* Ger. W. kan toepassing vinden in zulke situaties. (*3) Deze bepaling kan met name vermijden dat de veroordeelde na de interpretatieve of verbeterende beslissing plots een fenomenaal bedrag zou hebben verbeurd, als gevolg van het principe dat de te interpreteren of te verbe-

(*1) E. KRINGS, concl. voor Benelux Hof 25 september 1986, *R.W.* 1986-87, 1337.

(*2) Antwerpen 9 februari 1998, *A.J.T.* 1998-99, 396, noot G.L. BALLON.

(*3) Antwerpen 9 februari 1998, *A.J.T.* 1998-99, 396, noot G.L. BALLON; E. DIRIX, 'Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom', in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 50.

teren beslissing geacht wordt nooit iets anders te hebben bedoeld dan wat bepaald werd in de interpretatieve of verbeterende beslissing.

3. DE PUTATIEVE ONMOGELIJKHEID

27 In bepaalde omstandigheden kan putatieve onmogelijkheid aanvaard worden als onmogelijkheid in de zin van artikel 1385*quinquies* Ger. W. (*1) Putatieve onmogelijkheid is een onmogelijkheid waarvan de veroordeelde denkt dat zij bestaat, doch die in werkelijkheid niet bestaat. (*2)

De dwaling en de putatieve onmogelijkheid zijn, in het kader van artikel 1385*quinquies* Ger. W., niet steeds probleemloos van elkaar te onderscheiden. Beide figuren zijn nauw met elkaar verwant. Aan elke putatieve onmogelijkheid ligt een vorm van dwaling ten grondslag, maar niet elke dwaling geeft aanleiding tot putatieve onmogelijkheid. Als de veroordeelde bijvoorbeeld niet weet hoe hij moet handelen op grond van de hoofdveroordeling, zodat hij een interpretatieve beslissing uitlokt, verkeert hij niet in de mening volledig te hebben gepresteerd, en hij meent evenmin dat de prestatie onmogelijk is.

Wanneer de veroordeelde in dwaling verkeert aangaande de draagwijdte van de prestatie, zonder te menen dat ze onmogelijk of reeds verricht is, kan er sprake zijn van dwaling, zonder dat er een putatieve onmogelijkheid voorligt.

28 De belangrijkste leidraad voor vraagstukken over de putatieve onmogelijkheid vormt het arrest van het Benelux Gerechtshof van 25 maart 1986, en vooral de conclusie van E. KRINGS voor dit arrest. (*3)

Men kan twee soorten putatieve onmogelijkheid onderscheiden. In een eerste situatie, verkeert de veroordeelde in de mening dat de te verrichten prestatie onmogelijk is, terwijl dit in werkelijkheid niet zo is. In een tweede situatie, verkeert de veroordeelde in de mening dat hij de te verrichten prestatie tijdig en volledig heeft verricht, terwijl dit in werkelijkheid niet zo is.

In alle gevallen van putatieve onmogelijkheid, is er sprake van een vergissing van de veroordeelde. Als de veroordeelde die vergissing aan eigen onzorgvuldigheid te danken heeft, kan de rechter de dwangsom niet mildereren. (*4) De vergissing waarop de mening van de veroordeelde gebaseerd is, mag ook als dwaling omschreven worden. Opdat de rechter er rekening mee mag houden, moet die dwaling verschoonbaar zijn, d.w.z. dat ieder normaal zorgvuldig persoon in dezelfde omstandigheden ook gedwaald zou hebben.

Opdat de rechter de dwangsom zou kunnen mildereren op grond van putatieve onmogelijkheid, moet hij nagaan of de vergissing in hoofde van de veroordeelde was

(*1) Voor een toepassing zie: Rb. Luik 12 oktober 1993, *J.L.M.B.* 1994, 1312.

(*2) E. KRINGS, concl. voor Benelux Hof 25 september 1986, *R.W.* 1986-87, 1338.

(*3) Benelux Hof 25 september 1986, *R.W.* 1986-87, 1333, concl. E. KRINGS.

(*4) Arbh. Luik 18 december 1995, *J.T.T.* 1996, 394 en *Soc. Kron.* 1996, 350.

vermeden indien de veroordeelde redelijkerwijze meer inspanning en zorgvuldigheid had betracht. Indien dat niet zo is, staat men voor een vergissing die ieder normaal zorgvuldig persoon, in dezelfde omstandigheden geplaatst, ook zou hebben begaan. Indien de vergissing wel had kunnen worden vermeden met betrachtting van meer inspanning en zorgvuldigheid, moet worden nagegaan of het redelijk is zulks van de veroordeelde in de concrete omstandigheden te vergen.

F. Geen vereffening van de dwangsom naar Frans model

29 Krachtens het laatste lid van artikel 1385quinquies Ger. W., kan de rechter de dwangsom niet opheffen of verminderen voorzover de dwangsom reeds was verbeurd voordat de onmogelijkheid intrad.

Als mildering van de dwangsom mogelijk zou zijn zelfs voor het intreden van de onmogelijkheid, zou het definitief karakter van de dwangsom in het Beneluxmodel dreigen te verwateren. Eens de dwangsom verbeurd is, blijft ze verbeurd, behoudens de wettelijke herzieningsmechanismen van artikel 1385quinquies, 1385septies (overlijden van de veroordeelde) en 1385octies (verjaring). Mocht de later intredende onmogelijkheid tot gevolg kunnen hebben dat ook dwangsommen verbeurd voor het intreden van de onmogelijkheid zouden mogen worden opgeheven of verminderd, zou de systematiek van de Eenvormige Beneluxwet op de dwangsom ernstig verstoord zijn. Artikel 1385quinquies is geen stap in de richting van een 'liquidation de l'astreinte' naar Frans model. (*1) Het onderscheid tussen 'astreintes provisoires' en 'astreintes définitives' bestaat niet naar Belgisch recht. (*2)

Waar geen sprake is van onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen, kan artikel 1385quinquies Ger. W. geen toepassing vinden. (*3)

(*1) Zie hierover: F. CHABAS, 'La réforme de l'astreinte', *Recueil Dalloz Sirey*, Chronique 1992, 299; E. DU RUS-QUEC, '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.

(*2) 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.

(*3) Arbh. Antwerpen 18 november 1985, *Soc. Kron*. 1986, 82.