

pend werd op een volstrekt normale manier zonder dat hieraan vooraf enige verkeerde manipulatie voorafging; dat dit duidelijk blijkt uit de getuigenverklaringen, die niet in tegenstrijd zijn met de versie van geïntimeerde; dat de oorzaak van het vallen van de fles de breuk is van de hals van de fles waaraan geïntimeerde zich niet moest verwachten; dat bovendien het verrassingseffect nog verhoogd werd door het ontsnappen van het koolzuurgas en aan geïntimeerde niet kan verweten worden dat in dergelijke omstandigheden de fles haar ontglipte;

Overwegende dat de nek van de fles bij een normale manipulatie niet mag afbreken en, vermits dit toch gebeurd is, hieruit kan afgeleid worden dat de fles behept was met een verborgen gebrek;

Dat de vordering tot schadevergoeding te dezen kan gebaseerd worden op art. 1645 B.W.;

Overwegende dat geïntimeerde haar vordering tevens stelt op de wet van 25 februari 1991 en ook aan de criteria van deze wet is voldaan: er is sprake van een product behept met een gebrek (cfr. supra), van schade en een causaal verband tussen het gebrekkige product, terwijl appellante wel degelijk kan aangesproken worden als producente;

Overwegende dat appellante als producente, minstens als schijnbare producente, dient beschouwd te worden;

De aansprakelijkheid voor schade, veroorzaakt door een gebrekkig product, treft in de eerste plaats wel de werkelijke producent doch met de werkelijke producent worden alle deelnemers aan het productieproces bedoeld; het betreft zowel de fabrikant van het eindproduct, de fabrikant van een onderdeel van het eindproduct als de fabrikant of de producent van de grondstof; de bescherming van de consument vereist dat al deze personen aansprakelijk zijn indien het eindproduct, een onderdeel of de geleverde grondstof een gebrek vertonen (art. 3. W. 25/02/1991);

Overwegende dat te dezen appellante het eindproduct fabriceert nl. door het fabriceren van de limonade en het bottelen ervan in flessen en als producente dient beschouwd te worden;

Dat zij bovendien de fles voorziet van haar merknaam en zich als producente van het geheel aandient (art. 3 W. 25/02/1991);

(...)

GERECHTELIJK RECHT

□ DWANGSOM

2000-01/148

VRED. ST.-KWINTENS-LENNIK, 13 DECEMBER 1999

A.R.: 99A432
Zet.: F. Lievens (Vrederechter)
Adv.: Mrs. A. Sachem en M. Uyttendaele

DWANGSOM - NA EEN HOOFDVORDERING EN IN EEN AFZONDERLIJKE PROCEDURE - GEZAG VAN GEWIJSDE

Partijen moeten niet telkens samen met een hoofdveroordeling een dwangsom vragen. Door het uitspreken van een dwangsom wordt aan de oorspronkelijke veroordeling niets gewijzigd. Er zou slechts sprake zijn van schending van het gezag van gewijsde indien in het oorspronkelijk vonnis reeds uitspraak was gedaan over de vraag tot een dwangsom.

(S.C. t./ B.W.)

(...)

I. Voorwerp en omschrijving van de vordering

Partijen zijn ex-echtgenoten. Voorafgaandelijk de echtscheidingsprocedure namen wij kennis van een procedure op grond van artikel 223 van het Burgerlijk Wetboek.

In dat kader hebben wij op 10 juni 1999 een vonnis uitgesproken waarbij wij een persoonlijk contact tussen de moeder en het kind I. bepaalden.

Dit persoonlijk contact werd progressief opgebouwd: van 2 uur om de 14 dagen tot een volledige dag per week alternatief zaterdag en zondag.

Telkens beslisten wij dat bovendien de moeder persoonlijk contact zou hebben met het kind éénmaal per maand in het revalidatiecentrum te A. waar het kind een therapie volgt. Wij beslisten dat de datum vooraf af te spreken was tussen partijen.

Dit persoonlijk contact had bovendien nog een derde luik: de heer M.N., neuropsychiater, werd aangesteld met als opdracht een permanente evaluatie van het kind en zijn relatie met de ouders te maken en ook individuele psychotherapie te verstrekken aan het kind.

De uitvoering van dit vonnis verloopt problematisch. De aangestelde deskundige heeft zijn opdracht teruggegeven omdat hij in de onmogelijkheid verkeert deze uit te voeren omdat de vader zich tot drie maal toe niet heeft aangeboden op een gemaakte afspraak.

Wanneer de moeder zich op de tweede en vierde zaterdag van de maand aanbiedt ten huize van de vader is het daar onmogelijk om haar persoonlijk contact met het kind te realiseren.

De persoonlijke contacten in het revalidatiecentrum te A. zijn ook onbestaande. Enerzijds volgens de moeder omdat zij zich niet kan vrijmaken op haar werk, anderzijds omdat, telkens zij een afspraak in het revalidatiecentrum vastlegt, het kind I. zich daar niet aanbiedt, bijvoorbeeld omwille van ziekte.

De moeder wil het vonnis niet laten uitvoeren door een gerechtsdeurwaarder met behulp van de openbare macht omdat dit een traumatische beleving voor het kind zou zijn. Daarom dagvaardt zij de vader om hem bij toepassing van artikel 1385bis van het Gerechtelijk Wetboek een dwangsom te horen opleggen van 10.000 f per vastgestelde inbreuk op de naleving van het vonnis van 10 juni 1999.

II. Ten gronde

1. Betreffende de vorm van de inleiding.

De verweerder concludeert dat er geen enkele reden was om in deze zaak een dagvaarding te lanceren. Volgens verweerder volstond het om bij gewoon verzoek aan de griffie de zaak opnieuw op rol te laten brengen.

In de zaak gekend met algemene rolnummer 98A165, hebben wij echter een eindvonnis uitgesproken. Wij hebben onze rechtsmacht volledig uitgeput. De zaak kon derhalve niet opnieuw ter behandeling worden vastgesteld via een verzoek aan de griffie.

De vordering tot bepaling van een dwangsom diende derhalve via een nieuwe vordering ingesteld te worden. De vordering diende bij dagvaarding ingesteld te worden gezien geen enkele wettelijke bepaling de inleiding bij verzoekschrift voorziet.

Het feit dat inmiddels tussen de partijen een echtscheidingsprocedure werd gevoerd die geleid heeft tot een vonnis van echtscheiding dat werd overgeschreven in de registers van de Burgerlijke stand van de gemeente (...) op (...) doet geen afbreuk aan onze bevoegdheid om over de gevorderde dwangsom te oordelen.

Het is immers de rechter die zich uitgesproken heeft over de hoofdveroordeling die zich kan uitspreken over het opleggen van een dwangsom.

2. Betreffende de toelaatbaarheid van de vordering

De verweerder concludeert dat de hoofdveroordeling en de veroordeling tot betaling van een dwangsom in één en dezelfde uitspraak moeten worden opgelegd. De dwangsom kan slechts worden opgelegd als bijkomende veroordeling bij een hoofdveroordeling. Het gezag of de kracht van het gewijsde, dat toekomt aan de eerste uitspraak, verhindert de rechter om de hoofdveroordeling opnieuw te beoordelen en te behandelen voor de oplegging van een dwangsom.

Over de vraag of een vordering tot betaling van een dwangsom kan worden opgelegd na de hoofdveroorde-

ling en in een afzonderlijke procedure bestaat geen eensgezindheid in de rechtsleer en in de rechtspraak.

Een arrest van de Jeugdkamer van het hof van Beroep te Antwerpen dd. 23 februari 1995 (A.J.T. 1994-1995 blz 574) beslist dat de hoofdvordering en de veroordeling tot betaling van een dwangsom in één en dezelfde uitspraak worden opgelegd.

Het advies van het openbaar ministerie verdedigt de andere zienswijze.

De uitgebreide verwijzingen - zowel in het arrest als in het advies - naar de rechtsleer en de rechtspraak geven een zeer goed overzicht van de bestaande twee strekkingen.

Na de uitspraak van het bovenvermeld arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen blijft de tegenstrijdigheid in de rechtspraak bestaan.

Een vonnis van de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Namen, zetelend in kortgeding, op 31 juli 1996 blijft erbij dat de vordering gelijktijdig moet worden ingesteld (J.T. 1997, 1015).

Anderzijds bepaalt een vonnis van de vierde kamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Mechelen dd. 26 juni 1996 dat de dwangsom afzonderlijk kan worden opgelegd na de hoofdveroordeling in een afzonderlijke procedure (R.W. 96-97, 1141).

K. Wagner geeft commentaar bij artikel 1385bis Gerechtelijk Wetboek in Laenens, J. (e.a.) Gerechtelijk Recht. Overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Kluwer, Antwerpen.

In een recente bijwerking (september 1999) geeft deze auteur een goed overzicht van de verschillende standpunten in rechtsleer en rechtspraak.

Waar het hoger vermelde vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Namen verwees naar het standpunt van professor Marcel Storme dient vastgesteld te worden dat deze zijn oorspronkelijk standpunt heeft gewijzigd en thans van oordeel is dat de praktijk heeft aangetoond dat er behoefte bestaat aan een interpretatie volgens dewelke een dwangsom in een latere uitspraak mogelijk moet zijn (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).

Auteur Wagner verwijst naar andere auteurs die hetzelfde standpunt delen zoals I. Moreau-Margrève en J. Laenens. De auteur besluit: "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". (o.c. nr. 104 blz 123).

Wij zijn van oordeel dat de partijen niet telkens samen met een hoofdvordering een dwangsom moeten vragen (zoals gesuggereerd door het arrest van de Jeugdkamer van het Hof van Beroep te Antwerpen op 23 februari 1995).

Deze "bewarende" maatregel is meestal niet nodig gezien de meerderheid van de veroordelingen hun normale uitvoeringen krijgen.

In het geval van een latere, afzonderlijke procedure tot het bekomen van een dwangsom, kan beter het nut, het

bedrag en de modaliteiten van de dwangsom beoordeeld worden.

Ten onrechte verwijst de verweerder ook naar een inbreuk op de kracht of het gezag van het gewijsde van het vonnis. Deze kracht of gezag van gewijsde strekt zich slechts uit tot datgene waarover uitspraak werd gedaan.

Door het uitspreken van een dwangsom wordt aan de oorspronkelijke veroordeling niets gewijzigd.

Er zou slechts sprake zijn van schending van het gezag van gewijsde indien in het oorspronkelijk vonnis reeds was uitspraak gedaan over de vraag tot een dwangsom, quod non in casu.

(...)

4. Betreffende de persoon die gehouden is tot persoonlijke nakoming van de hoofdveroordeling

De verweerder concludeert dat slechts de persoon die gehouden is tot persoonlijke nakoming van de hoofdveroordeling een dwangsom kan verbeuren.

Volgens hem kent het vonnis van 10 juni 1999 aan de moeder een persoonlijk contact toe met het kind I. maar veroordeelt het de vader niet om I. af te geven aan zijn moeder.

Hij beweert dat hij zich niet verzet tegen het toegestane contact tussen de moeder en het kind maar beweert dat het kind zelf weigert mee te gaan.

Ten onrechte concludeert verweerder dat hij geen schuldenaar is van de hoofdverbintenis.

De ouder, bij wie het kind ingevolge een gerechtelijke beslissing verblijft, heeft de verplichting om aan de andere ouder, aan wie door dezelfde gerechtelijke beslissing een persoonlijk contact is toegestaan, het kind toe te vertrouwen.

Men kan onmogelijk concluderen dat het kind gehouden is tot nakoming van de hoofdveroordeling.

5. Betreffende de dwangsom inzake omgangsrecht

De verweerder concludeert dat inzake omgangsrecht slechts met de nodige voorzichtigheid een veroordeling tot een dwangsom mag worden uitgesproken.

Wanneer een omgangsrecht, zoals bepaald in een vonnis, niet vrijwillig wordt uitgevoerd, wat er dan ook de oorzaak van zij, is de bepaling van een dwangsom wellicht het uiterste middel om alsnog tot uitvoering te kunnen overgaan en zeker te verkiezen boven een gedwongen uitvoering door een gerechtsdeurwaarder bijgestaan door de openbare macht.

Dit geldt terzake a fortiori gelet op de handicap waarmee het kind I. is behept.

Wij hebben trouwens reeds in vorige beslissingen bij herhaling gewezen op het delicate van de bepaling van de omgangsregeling en het herstel van de relatie tussen moeder en kind.

Reeds op 11 juni 1998 stelden wij bijvoorbeeld "de gestelde problematiek dient met grote nuance beoordeeld te worden. Er is slechts kans op slagen als beide partijen 'samenwerken' om een normaal contact tussen moeder

en zoon mogelijk te maken, hierbij in de eerste plaats het belang van het kind respecterend".

De debatten in deze zaak hebben nogmaals aangetoond dat de misverstanden, de misvattingen, het gebrek aan communicatie, de wederzijdse obstructie, dominant aanwezig blijven.

Het opleggen van een dwangsom kan misschien het ultieme middel zijn om de partijen tot rede te brengen.

6. Betreffende de verplichtingen van de moeder

De verweerder wijst op een aantal tekortkomingen van de moeder zelf: zij heeft geen contact met haar eigen ouders (grootouders van I. die hem opvangen) en zij legt tegen haar ouders klachten neer bij het parket.

Deze houding is echter volledig vreemd aan de omgangsregeling zoals in ons vonnis bepaald.

Belangrijker en wel terzake dienend is de argumentatie betreffende het contact van de moeder met I. in het revalidatiecentrum te (...).

Tweemaal per week krijgt hij een behandeling van psychomotoriek binnen het centrum waar er tevens via multidisciplinaire revalidatie wordt gewerkt aan zijn concentratieprobleem en zelfstandigheid.

Wij hebben in ons vonnis van 10 juni 1999 (trouwens ter bevestiging van wat reeds beslist was in ons vonnis van 11 juni 1998) aan de moeder een persoonlijk contact met I. toegekend in het revalidatiecentrum te (...) ter gelegenheid van de therapie en dit éénmaal per maand, waarbij de datum vooraf tussen partijen was af te spreken.

Het recht op persoonlijk contact in het revalidatiecentrum maakt een onafscheidelijk deel uit van de regeling.

Het contact tijdens de weekends en het contact in het revalidatiecentrum zijn elk afzonderlijk een noodzakelijk onderdeel van het persoonlijk contact.

Het recht tot persoonlijk contact in het revalidatiecentrum is in hoofde van de moeder derhalve ook een plicht. Wanneer I. tweemaal per week een therapie volgt in het revalidatiecentrum te (...) moet het, gelet op de concrete werksituatie van de ouders, mogelijk zijn om éénmaal per maand een contact te organiseren.

Waar oorspronkelijk deze contacten te (...) behoorlijk verliepen zijn deze sedert maart 1999 opnieuw opgeschort. Over de oorzaken hiervan lopen de standpunten van de partijen opnieuw diametraal uit mekaar.

Dit is onbegrijpelijk, nadat alle instanties het erover eens zijn dat het revalidatiecentrum te (...) een uitstekende locatie is voor het tot stand komen van een evenwichtig contact.

Er kan derhalve slechts een dwangsom aan verweerder opgelegd worden in de mate waarin eiseres het persoonlijk contact in het revalidatiecentrum te (...) onderhoudt, tenzij zij bewijst dat zijzelf niet de oorzaak is van het gebrek aan contact in het revalidatiecentrum.

Voor de goede orde dienen wij vast te stellen dat het revalidatiecentrum, hoewel uiteraard niet betrokken in de procedure, bereid is het individueel contact tussen I. en zijn mama in het centrum te laten doorgaan (brief dd. 2.11.1999, stuk 1 dossier verweerder).

Vooraleer derhalve over de vordering uitspraak te doen dient eiseres het voormelde bewijs te leveren weze het niet voor het verleden dan zeker ten aanzien van de maanden die komen.

(...)

OM DEZE REDENEN,

(...)

Oordelend over de hoofdeis

Stellen de zaak ter evaluatie uit (...).

Een dwangsom kan worden opgelegd in een latere procedure

De omstandigheid dat in een vroegere procedure tussen dezelfde partijen geen dwangsom werd gevorderd, verhindert niet dat men in een later stadium een nieuwe procedure inleidt met het oog op het verkrijgen van een soortgelijk verbod of gebod, maar versterkt met een dwangsom.¹ Zoals terecht wordt overwogen in bovenstaand vonnis kunnen elementen zoals het nut, het bedrag en de modaliteiten van de dwangsom soms beter beoordeeld worden in een latere procedure. Vanzelfsprekend verhindert het accessoir karakter van de dwangsom dat de rechter enkel een dwangsom zou opleggen, zonder haar te verbinden aan een hoofdveroordeling (d.i. een gebod om iets te doen, iets te geven of iets niet te doen). Niets gebiedt evenwel dat de dwangsom enkel zou mogen worden verbonden aan de eerste veroordeling die tussen partijen wordt uitgesproken. De eerste veroordeling die tussen partijen wordt uitgesproken, is zelfs geen “hoofdveroordeling” in de zin van art. 1385bis Ger. W. wanneer daar geen dwangsom aan wordt verbonden, aangezien het begrip “hoofdveroordeling” in art. 1385bis Ger. W. slechts wordt gebruikt ter onderscheiding van de accessoire veroordeling tot een dwangsom.

Het verdient aanbeveling in de latere veroordeling niet louter te verwijzen naar de vorige uitspraak (bijvoorbeeld: “gebieden de veroordeelde partij Ons vonnis dd. ... na te leven, op straffe van een dwangsom ...”), doch wel een zelfstandig omschreven gebod of verbod op te leggen. Zulks vermijdt problemen indien tegen de vroegere beslissing alsnog een rechtsmiddel wordt aangevraagd, terwijl de latere beslissing per hypothese niet zou worden bestreden. Indien in zo'n geval de eerste beslissing wordt vernietigd, zouden er nochtans geen dwangsommen verbeurd worden indien de latere uitspraak gebiedt “zich te gedragen volgens het gebod opgelegd in Ons vonnis dd. ...”, aangezien het verdwijnen van die eerste uitspraak tot gevolg heeft dat ook het accessorium ervan verdwijnt.

Opdat de veroordeelde evenwel exact zou weten waaraan hij zich moet houden, en ook om discussie aangaande het betekenisvereiste te vermijden (immers, indien

een dwangsom zou worden verbonden aan een gebod of verbod dat verwijst naar een vroegere uitspraak, kan de dwangsom slechts worden verbeurd nadat beide uitspraken betekend werden), verdient het zoals reeds gezegd aanbeveling de dwangsom opgelegd in een latere procedure te verbinden aan een zelfstandig en precies omschreven gebod of verbod.

Over het loutere gegeven dat een dwangsom in een latere procedure mogelijk is, zou geen discussie mogen bestaan. Er bestaat niettemin een minderheidsstrekking volgens dewelke de dwangsom enkel in een eerste procedure kan worden opgelegd.² Die strekking meent te moeten verwijzen naar een passage uit de parlementaire voorbereiding, luidens dewelke “de hoofdveroordeling en de veroordeling tot betaling van een dwangsom in een en dezelfde uitspraak moeten worden vervat” (Gemeenschappelijke memorie van toelichting, *Parl. St.*, Kamer 1977-78, nr. 353, 16 *in fine*). Uit die passage kan evenwel niet worden afgeleid dat een dwangsom in een latere procedure niet meer kan worden opgelegd. Het begrip “hoofdveroordeling” heeft geen betrekking op “de eerste tussen partijen uitgesproken veroordeling”. Vanzelfsprekend moet een dwangsom steeds verbonden zijn aan een hoofdveroordeling, d.i. een gebod om iets te doen, iets te geven of iets niet te doen. Iemand veroordelen tot een dwangsom zonder daaraan een hoofdveroordeling te koppelen, is ondenkbaar, aangezien elke veroordeling tot een dwangsom voorwaardelijk en accessoir is. De dwangsom wordt slechts verbeurd indien de veroordeelde de door de rechter opgelegde veroordeling, waarvan de dwangsom een accessorium is, niet behoorlijk uitvoert. Een dwangsom moet in ieder geval verbonden zijn aan een hoofdveroordeling, doch niets vereist dat de hoofdveroordeling de eerste tussen partijen uitgesproken veroordeling is, en niets verhindert dat de rechter bij de omschrijving van zijn hoofdveroordeling zou verwijzen naar een vroeger opgelegd gebod of verbod.

Kris WAGNER

Assistent K.U. Leuven

Advocaat

¹ Voor een meer gedetailleerde analyse van het besproken onderwerp, zie: K. WAGNER, ‘Feiten die een misdrijf opleveren kunnen worden verboden op straffe van een dwangsom, ook in een latere uitspraak’, (noot onder Rb. Brussel 24 november 1999), *R.W.* 2000-2001, 60.

² Zie voor meer details en verwijzingen: K. WAGNER, Commentaar bij art. 1385bis Ger. W., in *Comm. Ger.*, Antwerpen, Kluwer, 1999, p. 94, nr. 104.