

N o o t

De beoordeling in de tijd van de onmogelijkheid om aan de veroordeling onder dwangsom te voldoen

1. Eiseres was bij arrest van 14 december 2004 van het hof van beroep te Antwerpen veroordeeld geworden tot: *“aflevering aan (verweerder) van de originele stamboomdocumenten van de bij (eiseres) op 26 juli 2000 aangekochte American Staffordshire Terrier (...) voorzien van de vereiste geldige Hongaarse exportstempel met vermelding EXPORTPEDIGREE en dit binnen de acht dagen na betekening van dit arrest, onder verbeurte van een dwangsom van 250,00 EUR per dag vertraging”*.

2. De uitvoering van dit arrest verliep niet geheel probleemloos, doch op 23 mei 2005 was eiseres in de mogelijkheid de bedoelde documentatie af te leveren aan verweerder; deze had ondertussen het kwestieuze arrest reeds laten betekenen en wel op 29 december 2004. Gevolg: vanaf 7 januari 2005 tot 23 mei 2005 werd een dwangsom van 250 EUR per dag verbeurd.

3. Eiseres leidde daarop een vordering op grond van artikel 1385*quinquies* van het Gerechtelijk Wetboek in bij de dwangsomrechter. Door eiseres werd geargumenteed dat zij tot 23 mei 2005 in de materiële onmogelijkheid verkeerde de hoofdveroordeling te voldoen. De verplicht over te maken documentatie was immers niet in haar bezit en diende opgevraagd in Hongarije, dusdanig dat zij geheel afhankelijk was van de mate van medewerking ter zake vanwege de Hongaarse autoriteiten.

4. De dwangsomrechter wees, in het in cassatie aangevochten arrest, de vordering af op grond van de overwegingen:

“Er is sprake van onmogelijkheid in de zin van artikel 1385quinquies van het Gerechtelijk Wetboek indien het onredelijk zou zijn om van de veroordeelde meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan hij heeft betracht (Cass. 30 mei 2002, www.cass.be). De onmogelijkheid die de veroordeelde aan eigen gebrek aan zorgvuldigheid te danken heeft, geldt niet als onmogelijkheid in de zin van artikel 1385quinquies van het Gerechtelijk Wetboek.

(...)

Het feit dat de veroordeelde zich door derden moet laten bijstaan bij de uitvoering van zijn hoofdveroordeling levert geen onmogelijkheid in de zin van artikel 1385quinquies van het Gerechtelijk Wetboek op.

Thans is de BVBA P.C. erin geslaagd om binnen een periode van minder dan vijf maanden een stamboom met stempel exportpedigree te bekomen vanuit Hongarije (ook al is dit document volgens partij S. nog behept met enkele tekortkomingen), waaruit blijkt dat zij dus ook reeds in 2000 in de mogelijkheid was om deze documenten te bekomen.

De BVBA P.C. heeft zich dus door haar eigen nalatigheid en stilzitten in een moeilijke situatie gebracht. Dat de exportpedigree enkel door de eigenaar en niet door de

professionele verkoper zou kunnen bekomen worden, zoals de BVBA P.C. thans voorhoudt, blijkt niet uit de voorliggende stukken.”

Op grond van artikel 1385*quinquies* van het Gerechtelijk Wetboek⁹ kan de rechter die een dwangsom heeft opgelegd (de zgn. *dwangsomrechter*), op vordering van de veroordeelde, de dwangsom opheffen, de looptijd ervan opschorten of de dwangsom reduceren, één en ander in geval van blijvende of tijdelijke, dan wel gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen. Voor zover de dwangsom verbeurd was voordat de onmogelijkheid is ingetreden, kan de rechter haar niet opheffen of verminderen.

De vraagstelling of er in een bepaald geval sprake is van onmogelijkheid in de zin van artikel 1385*quinquies* van het Gerechtelijk Wetboek en welke gevolgen daaraan geknoopt dienen te worden, betreft een feitenkwestie en is dus soeverein te beoordelen door de feitenrechter¹⁰.

Het is weliswaar correct te stellen dat de onmogelijkheid om de hoofdveroordeling na te komen niet te wijten mag zijn aan een eigen gebrek aan zorgvuldigheid van de veroordeelde¹¹, doch zulks laat – volgens eiseres – de dwangsomrechter nog niet toe ter beoordeling daarvan terug te grijpen naar een handelen of verzuim van de veroordeelde van vóór zijn veroordeling.

5. Eiseres stelde cassatieberoep in.

Zij concludeerde tot een schending van artikel 1385*quinquies* Ger. W. op grond van volgende motieven:

- de rechter die een dwangsom heeft opgelegd, kan deze dwangsom opheffen, de looptijd ervan opschorten of de dwangsom reduceren, één en ander in geval van blijvende of tijdelijke, dan wel gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen;
- voor zover de dwangsom verbeurd was voordat de onmogelijkheid is ingetreden, kan de rechter haar niet opheffen of verminderen;
- het is weliswaar correct te stellen dat de onmogelijkheid om de hoofdveroordeling na te komen niet te wijten mag zijn aan een eigen gebrek aan zorgvuldigheid van de veroordeelde, doch zulks laat de dwangsomrechter nog niet toe ter beoordeling daarvan terug te grijpen naar een handelen of verzuim van de veroordeelde van vóór zijn veroordeling, hetgeen de appelrechters naar mening van eiseres nu net hadden gedaan.

9. Zie over de dwangsom in het algemeen: K. BROECKX, “Actuele problemen in zake beslag. Executie van dwangsommen”, in ORDE VAN ADVOCATEN KORTRIJK (ed.), *Sancties en nietigheden*, Gent, Larcier, 2003, 333-353; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 715 e.v.; J. VAN COMPENOLLE, *L’astreinte*, Brussel, Larcier, 2007, 106 p.; K. WAGNER, *Dwangsom*, in A.P.R., Mechelen, Kluwer, 2003, 225 p.; K. WAGNER, “Actuele problemen in zake de dwangsom”, in XXIXth POSTUNIVERSITAIRE CYCLUS W. DELVA (ed.), *Goed procesrecht. Goed procederen 2002-2003*, Mechelen, Kluwer, 2004, 85-138.

10. Brussel 30 mei 2000, opgenomen in K. WAGNER, *Casebook 20 jaar dwangsom*, Gent, Mys & Breesch, 2000, 483; Kh. Antwerpen 5 januari 1994, R.W. 1994-95, 752; K. WAGNER, *Dwangsom*, in A.P.R., Mechelen, Kluwer, 2003, 149.

11. Corr. Leuven 13 december 1999, T.M.R. 2000, 403; Corr. Gent 20 juni 1997, T.G.R. 1997, 223; S. DE TAEYE, “De dwangsom wegens stedenbouwmisdrijf: een maatregel die beklijft” (noot onder Antwerpen 16 oktober 2001), A.J.T. 2001-02, 525; K. WAGNER, *Dwangsom*, in A.P.R., Mechelen, Kluwer, 2003, 148.

6. Bij arrest van 10 november 2006 heeft het Hof van Cassatie gemeend een prejudiciële vraag te moeten stellen aan het Benelux-Gerechtshof, als volgt ingevuld:

“Moet artikel 4, lid 1 van de Eenvormige Beneluxwet¹² betreffende de dwangsom aldus worden uitgelegd dat in het geval de onmogelijkheid die de veroordeelde aanvoert het gevolg is van een eigen gebrek aan zorgvuldigheid begaan vóór de veroordeling, de rechter hieruit het gevolg kan trekken dat er geen onmogelijkheid bestaat aan de hoofdveroordeling te voldoen?”

7. 7. En het Benelux-Gerechtshof¹³ antwoordt:

“Artikel 4, lid 1 Eenvormige Beneluxwet Dwangsom dient aldus te worden uitgelegd dat in het geval de onmogelijkheid die de veroordeelde aanvoert het gevolg is van een eigen gebrek aan zorgvuldigheid, daterend van vóór de veroordeling, de rechter op grond hiervan slechts onder bijzondere omstandigheden de in die bepaling bedoelde maatregelen mag weigeren.”

Belangrijke motieven voor dit antwoord vinden we elders terug in het arrest (randnrs. 7 en 8):

“7. Vooropgesteld moet worden dat van ‘onmogelijkheid’ als bedoeld in genoemde bepaling (art. 4 Eenvormige Beneluxwet Dwangsom) sprake is indien zich een situatie voordoet waarin de dwangsom als dwangmiddel – dit wil zeggen als geldelijke prikkel om nakoming van de veroordeling zoveel mogelijk te verzekeren – naar de woorden van de Gemeenschappelijke Memorie van Toelichting op artikel 4 ‘zijn zin verliest’, en dat dit laatste in een geval als het onderhavige, waarin niet tijdig aan de hoofdveroordeling is voldaan, de onmogelijkheid moet worden aangenomen indien het onredelijk zou zijn meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan de veroordeelde heeft betracht. De rechter dient dus te onderzoeken of de veroordeelde sinds zijn veroordeling redelijkerwijze al het mogelijke heeft gedaan om aan de hoofdveroordeling te voldoen.

8. Uitgangspunt moet daarbij zijn dat het daarbij in de eerste plaats gaat om de inspanningen en zorgvuldigheid die de veroordeelde sedert de uitspraak aan de dag heeft gelegd. De onmogelijkheid om de hoofdveroordeling uit te voeren moet dan ook in beginsel beoordeeld worden aan de hand van feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan na de hoofdveroordeling. De rechter mag evenwel, indien de gestelde onmogelijkheid een gevolg is van door de veroordeelde voor de veroordeling gemaakte fouten, hiermede, zij het slechts in bijzondere omstandigheden, rekening houden bij de beantwoording van de vraag of en in hoeverre hij hem van de hem in artikel 4, lid 1 verleende discretionaire bevoegdheid gebruik zal maken.

Daarbij valt met name te denken aan gedragingen van de veroordeelde die hij, in het zicht van de mogelijke veroordeling, welbewust heeft verricht om de naleving daarvan te bemoeilijken of te beletten.”

12. Bepaling die overeenkomt met art. 1385^{quinquies}, lid 1 Ger. W.

13. Benelux Hof 29 april 2008, RABG 2008, 1088.

8. Dit arrest ter tafel liggend, heeft het Hof van Cassatie dan in het hier geannoteerde arrest van 17 oktober 2008 geoordeeld dat artikel 1385*quinquies* Ger. W. geschon- den werd waar de appelrechter de vordering van eiseres tot opheffing van de ver- beurde dwangsommen wegens tijdelijke onmogelijkheid om aan de veroordeling te voldoen, afwees.

Immers, de daartoe aangehaalde motieven dat eiseres slechts na betekening van het arrest inhoudende veroordeling stappen heeft ondernomen om de juiste documenten te verkrijgen, hetgeen mogelijk bleek in een periode van minder dan vijf maanden, *“waaruit blijkt dat zij dus ook reeds in 2000 in de mogelijkheid was om deze docu- menten te bekomen”*, falen in recht.

De appelrechter oordeelt nergens dat eiseres bewust een houding heeft aangenomen die de nakoming van de in het vooruitzicht liggende veroordeling zou dwarsbomen. Integendeel, de appelrechter baseert zich uitsluitend op een *“blijven stilzitten”* van eiseres voorafgaand aan de veroordeling.

Terugkoppelen naar omstandigheden van vóór de veroordeling zonder dat hun bij- zonder karakter is aangetoond, mag dus niet.

Of, met de woorden van het Hof: *“Door aldus de afwezigheid van de onmogelijk- heid voor de eiseres om tijdig de documenten af te leveren te steunen op feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan vóór het tijdstip van de veroordeling zonder te steunen op bijzondere omstandigheden, is het arrest niet naar recht verant- woord.”*

9. Deze rechtspraak is billijk en logisch.

Samen met advocaat-generaal J.-F. Leclercq die in deze zaak advies verleende voor het Benelux-Gerechtshof kan immers gesteld worden dat het eventueel onzorgvuldig handelen van de veroordeelde voorafgaand aan zijn veroordeling nu net wordt *“ver- rekend”* via de dwangsom, zonder dat nochtans dit onzorgvuldig handelen vooraf- gaand aan de veroordeling het recht van de veroordeelde op herziening ingevolge artikel 4, lid 1 Eenvormige Beneluxwet Dwangsom vermag te fnuiken.

Nic CLIJMANS

Advocaat

Praktijkassistent Vrije Universiteit Brussel