

**COUR DE JUSTICE
BENELUX
GERECHTSHOF**

~

Zaak A 2009/1 – N.V. BOUSSE-GOVAERTS e.a. t. C.V.B.A. COLORA BOELAAR

Conclusie van de plaatsvervangend Advocaat-generaal G. Dubrulle
(stuk A 2009/1/4)

GRIFFIE
REGENTSCHAPSSTRAAT 39
1000 BRUSSEL
TEL. +32 (0)2.519.38.61
www.courbeneluxhof.info
GREFFE
39, RUE DE LA RÉGENCE
1000 BRUXELLES
TÉL. +32 (0)2.519.38.61
www.courbeneluxhof.info

I. FEITEN EN VOORAFGAANDE RECHTSPLEGING

1. Deze zaak heeft betrekking op de verbeurte van de dwangsom in het geval dat de rechter in hoger beroep heeft te gelden als de rechter die een dwangsom heeft opgelegd (dit is de zogeheten “dwangsomrechter”¹), waarover het Hof van Cassatie van België, bij arrest van 6 maart 2009 (A.R. C.07.0423.N), een prejudiciële vraag stelt.

Uit het arrest en de stukken waarop het Hof van Cassatie vermocht acht te slaan blijkt:

- de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Tongeren heeft, in een bij voorraad uitvoerbare beschikking van 4 december 2001, een stakingsbevel (van vermeende inbreuken op eerlijke handelsgebruiken) opgelegd ten laste van de verweerster in cassatie, de C.V.B.A. COLORA BOELAAR (hierna: Colora), onder verbeurte van een dwangsom;
- op hoger beroep van Colora wordt de beschikking "hervormd" door het hof van beroep te Antwerpen in een arrest van 27 maart 2003;
- de beschikking van de eerste rechter wordt enkel bevestigd in zoverre het stakingsbevel betrekking heeft op het doen ontstaan van verwarring in de uitbating van Colora te Genk;
- het arrest van 27 maart 2003 wordt aan Colora betekend op 23 april 2003;
- op 7 juni 2005 laten de eiseressen in cassatie, de N.V. BOUSSE-GOVAERTS e.a. (hierna: Bousse-Govaerts e.a.), een bevel tot betalen betekenen aan Colora voor de

¹ E. DIRIX en K. BROECKX, “Beslag”, *A.P.R.* 2001, p.50, nr. 83.

invordering van verbeurde dwangsommen krachtens o.m. de beschikking van de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Tongeren van 4 december 2001 en het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 27 maart 2003 voor beweerde inbreuken vanaf de betekening van de genoemde beschikking;

- het verzet van Colora wordt afgewezen door de beslagrechter te Antwerpen op 28 juni 2006;

- tegen deze beschikking wordt door Colora hoger beroep aangetekend.

In het voor Hof bestreden arrest van 9 mei 2007 oordelen de appelrechters dat, aangezien het arrest van 27 maart 2003 van het hof van beroep te Antwerpen zowel de hoofdveroordeling als de eraan verbonden dwangsom heeft gewijzigd, dit hof geldt als de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, zodat de dwangsom enkel kon worden verbeurd vanaf de betekening van dit arrest, hetzij op 23 april 2003. Op grond hiervan beslissen zij dat de in het bevel van 7 juni 2005 vermelde inbreuken die dateren van voor 23 april 2003 geen aanleiding kunnen geven tot het verbeuren van dwangsommen.

2. In het tweede onderdeel van het cassatiemiddel voerden Bousse-Govaerts e.a. een schending aan van de artikelen 1385*bis*, derde lid, en 1385*quater* van het (Belgische) Gerechtelijk Wetboek. Meer bepaald stelden ze dat de appelrechters niet mochten beslissen dat geen dwangsommen konden worden verbeurd in de periode tussen de betekening van de beschikking van de eerste rechter en de betekening van het arrest van het hof van beroep, zonder vast te stellen of de in het bevel vermelde inbreuken geen inbreuken waren op de hoofdveroordeling van de eerste rechter zoals die in hoger beroep werd bekrachtigd.

Artikel 1385*bis*, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek, bepaalt dat de dwangsom niet kan worden verbeurd voor de betekening van de uitspraak waarbij zij is vastgesteld.

Artikel 1385*quater* van dit wetboek bepaalt dat de dwangsom, eenmaal verbeurd, ten volle toekomt aan de partij die de veroordeling heeft verkregen. Deze partij kan de dwangsom ten uitvoer leggen krachtens de titel waarbij zij is vastgesteld.

Het Hof van Cassatie oordeelt:

“Het Benelux-Gerechthof heeft in zijn arrest van 15 april 1992 geoordeeld dat de rechter in hoger beroep geldt als de rechter die de dwangsom heeft opgelegd wanneer blijkt dat de appelrechter de uitspraak van de rechter in eerste aanleg op het stuk van de hoofdveroordeling of betreffende de dwangsom geheel of ten dele heeft vernietigd en op een van deze punten een afwijkende beslissing heeft gegeven.

De appelrechters nemen aan dat, aangezien de rechter in hoger beroep als dwangsomrechter heeft te gelden, de dwangsom eerst kan worden verbeurd vanaf de betekening van de uitspraak in hoger beroep en dit ook het geval is voor de inbreuken

op een uitvoerbare hoofdveroordeling van de rechter in eerste aanleg die in hoger beroep werd bevestigd.

De beoordeling van de wettigheid van die beslissing noopt tot uitlegging van de genoemde artikelen 1385*bis* en 1385*quater* van het Gerechtelijk Wetboek.

De voornoemde artikelen stemmen overeen met de artikelen 1 en 3 van de Eenvormige Beneluxwet betreffende de dwangsom.

Die wetsbepalingen zijn in België op 1 maart 1980 in werking getreden, samen met de Benelux-overeenkomst houdende Eenvormige wet betreffende de dwangsom en de genoemde Eenvormige wet, vervat in de bijlage van deze overeenkomst, ondertekend te 's-Gravenshage op 26 november 1973 en goedgekeurd bij de wet van 31 januari 1980. De rechtsregel die zowel in het genoemde artikel 1385*bis* als in artikel 1 van de Eenvormige wet is besloten, is een rechtsregel die gemeen is aan België, Luxemburg en Nederland in de zin van artikel 1 van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van het Benelux-Gerechtshof.

De noodzakelijkheid van een beslissing over de uitlegging van de rechtsregel vervat in de genoemde artikelen 1 en 3, noopt het Hof de in het dictum gepreciseerde vraag aan het Benelux-Gerechtshof voor te leggen.”

II. PREJUDICIËLE VRAAG

3. Overeenkomstig artikel 6.2 van het Verdrag van 31 maart 1965 betreffende de instelling en het statuut van het Benelux-Gerechtshof verzoekt het Hof van Cassatie derhalve het Benelux-Gerechtshof de volgende vraag tot uitlegging van deze in de artikelen 1 en 3 van de Eenvormige Beneluxwet bevatte en aan België, Luxemburg en Nederland gemene rechtsregel, als bedoeld bij artikel 1 van het eerst genoemde verdrag, te willen beantwoorden:

“Moeten de artikelen 1 en 3 van de Eenvormige wet betreffende de dwangsom aldus worden uitgelegd dat indien de rechter in hoger beroep heeft te gelden als de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, de dwangsom niet kan worden verbeurd in de periode tussen de betekening van de uitvoerbare beslissing van de rechter in eerste aanleg en de betekening van de beslissing in hoger beroep ook al heeft die dwangsom betrekking op een veroordeling die in hoger beroep wordt bevestigd?”.

III. BESPREKING

A. Zin van artikel 1.3 van de Eenvormige Beneluxwet

4. Artikel 1.3 van de Eenvormige Beneluxwet (waarmee 1385*bis* van het Gerechtelijk Wetboek overeenstemt) bepaalt: “De dwangsom kan niet worden verbeurd voor de betekening van de uitspraak *waarbij zij is vastgesteld*.”

In het arrest van 12 mei 1997, in de zaak *Bevier Vastgoed B.V. t. Gebr. Martens Bouwmaterialen B.V.*², overweegt het Benelux-Gerechtshof het volgende:

“14. dat dit lid volgens de Gemeenschappelijke Memorie van Toelichting een nadere voorwaarde inhoudt voor het verschuldigd worden van de dwangsom;

15. dat deze nadere voorwaarde - zoals de Gemeenschappelijke Toelichting doet uitkomen - moet worden begrepen tegen de achtergrond van de regel dat een dwangsom slechts verschuldigd kan worden indien de hoofdveroordeling waaraan zij is verbonden, niet wordt nagekomen, waarvan - aldus die Toelichting - eerst sprake kan zijn wanneer de hoofdveroordeling uitvoerbaar is geworden, met andere woorden wanneer het vonnis of arrest waarin deze is vervat, voor tenuitvoerlegging vatbaar is;

16. dat vorenbedoelde nadere voorwaarde, altijd nog volgens de Gemeenschappelijke Toelichting, ten doel heeft ter kennis van de schuldenaar te brengen dat de schuldeiser nakoming van de in de rechterlijke uitspraak vervatte hoofdveroordeling verlangt, voor hoedanig verlangen blijkens het vorenstaande rechtens eerst plaats is indien is voldaan aan alle voorwaarden die zijn gesteld aan de gedwongen tenuitvoerlegging van de hoofdveroordeling;

17. dat, mede in verband met het belang dat beide partijen er bij hebben dat ter zake zo min mogelijk onzekerheden bestaan en nadere geschillen zoveel mogelijk worden voorkomen, uit een en ander volgt dat de betekening mede ertoe strekt de veroordeelde te doen blijken dat naar het oordeel van de schuldeiser aan de onder 16 bedoelde eisen voor de gedwongen tenuitvoerlegging van de hoofdveroordeling is voldaan;”

Dit impliceert dat dus ook zo min mogelijk onzekerheden mogen bestaan omtrent *welke* uitspraak de dwangsom heeft vastgesteld, daar deze uitspraak met de hoofdveroordeling verbonden is, zodanig zelfs dat beide in dezelfde beslissing moeten bevat zijn³.

B. Zin van artikel 3 van de Eenvormige Beneluxwet

5. Artikel 3 van de Eenvormige Beneluxwet (waarmee 1385^{quater} van het Gerechtelijk Wetboek overeenstemt) bepaalt: “De dwangsom, eenmaal verbeurd, komt ten volle toe aan de partij die de veroordeling heeft verkregen. Deze partij kan de dwangsom ten uitvoer leggen krachtens de titel *waarbij zij is vastgesteld*.”

Het arrest van het Hof van 14 april 1983, in de zaak *N.V. v/h Edgard Vanschoonbeek-Limbuterm t/ P.V.B.A. Gebroeders Vanschoonbeek*⁴ verklaart voor recht dat “artikel 3 van de Eenvormige Wet betreffende de dwangsom aldus (moet) begrepen worden dat, wanneer een gedingvoerende partij met toepassing van artikel 1385^{quater} van het

² Zaak A 96/1, Jur. 1997, 2, met conclusie van de Advocaat-Generaal Th. B. TEN KATE (11).

³ O. MIGNOLET, La concomitance de l'astreinte et de la condamnation principale, *J.T.* 2007, 453 (454), nr. 2, met verwijzing (in voetnoot 4) naar de parlementaire voorbereiding.

⁴ Zaak A 82/8, Jur. 1983, 84, met conclusie van de Advocaat-Generaal E. KRINGS (88).

Belgisch Gerechtelijk Wetboek (overeenstemmende met artikel 3 van de Eenvormige wet betreffende de dwangsom) gerechtigd was een verbeurde dwangsom ten uitvoer te leggen en de uitspraak waarbij de dwangsom is opgelegd (de titel) teniet is gedaan in de loop van maar voor de beëindiging van de tenuitvoerlegging, ten aanzien van een verbeurde dwangsom, wat de tenuitvoerlegging betreft, niet anders moet worden geoordeeld dan ten aanzien van andere rechtsgevolgen van een tenietgedane rechterlijke uitspraak”.

Dit arrest bevestigt de regel dat de dwangsom het lot van de hoofdveroordeling volgt en dat de vernietiging van deze dus ook een verdere tenuitvoerlegging van een verbeurde dwangsom verhindert. Het Hof voegt er inderdaad aan toe “dat de Eenvormige Beneluxwet niet de conclusie rechtvaardigt dat het een kenmerk is van de dwangsom dat zij, wanneer zij eenmaal is verbeurd, nog voor voortgezette tenuitvoerlegging vatbaar is, hoewel de rechterlijke uitspraak waarbij de dwangsom is opgelegd, intussen teniet gedaan is”.

C. Toepassing op de voorliggende vraag

6. De prejudiciële vraag strekt ertoe te weten of de dwangsom slechts kan worden verbeurd na de betekening van de beslissing van de “dwangsom’appel’rechter”, zelfs in zoverre ze de beslissing van de “dwangsomrechter”, behoudens hervormt, ook gedeeltelijk bevestigt.

Overeenkomstig de leer van het arrest van 15 april 1992 van het Hof, in de zaak *Wewer & Stichting Belangenbehartiging Participanten Wynnewood t/ Nije*⁵ - waarop het voor het Hof van Cassatie bestreden arrest steunt en waarvan ook dit Hof uitgaat om te komen tot de vraag - geldt het arrest van het hof van beroep van 27 maart 2003 in dezen inderdaad als de beslissing van “de rechter die de dwangsom heeft opgelegd”, aangezien het de uitspraak van de rechter in eerste aanleg op het stuk van de hoofdveroordeling en betreffende de dwangsom heeft gewijzigd.

7. In verband met artikel 3 (waarmee artikel 1385^{quater} van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek overeenstemt en dat de tenuitvoerlegging van de verbeurde dwangsom regelt) beschouwt de Gemeenschappelijke Memorie van Toelichting van de Benelux Overeenkomst houdende de Eenvormige Wet betreffende de dwangsom niet een hypothese, waarin de titel, waarbij de dwangsom is vastgesteld, gewijzigd werd, zoals bv., te dezen, door de appelrechter⁶.

Zij biedt dus allerminst houvast in het geval dat ons thans bezighoudt: gedeeltelijke wijziging van de titel, deels vernietiging, deels bevestiging.

⁵ Zaak A 91/2, *Jur.* 1992, 89, met conclusie van de Eerste Advocaat-Generaal Th. B. TEN KATE (97).

⁶ *Benelux Basisteksten*, Boekdeel ****, II, p. 31; zie ook J. VAN COMPERNOLLE, “Astreinte”, *Rép. not.*, T. XIII - La procédure notariale, L. IV6, Larcier, 2006, p. 81-82, nr. 103; K. WAGNER, “Zowel de dwangsomrechter als de beslagrechter zijn bevoegd om vast te stellen dat de hoofdveroordeling behoorlijk werd nageleefd”, noot onder Antwerpen 30 juli 2002, *P. & B.* 2002, p. 295, nr. 3.

Twee standpunten kunnen, in dit geval, overwogen worden:

1. de appelrechter is de “enige” dwangsomrechter: de vernietiging “primeert”, zodat een gedeeltelijke verbeurte (ingevolge de bevestiging) niet mogelijk is;
2. de appelbeslissing is “splitsbaar”, zodat de bevestigde titel effect blijft sorteren en de daaraan verbonden dwangsom wel kan verbeuren.

In het voormelde arrest van 15 april 1992 heeft het Hof onmiskenbaar geopteerd voor de rechtszekerheid en het voorkomen van geschillen. Op grond van de “vereiste van eenvoudige hanteerbaarheid” heeft het aangenomen dat de rechter in eerste aanleg heeft te gelden als de “rechter die de dwangsom heeft opgelegd” en dat de rechter in hoger beroep alleen als zodanige rechter heeft te gelden in het geval dat hij een afwijkende of een nieuwe beslissing nam. Het Hof koos dus voor de eenheid van de uitspraak of de “onsplitsbaarheid” van de uitspraak in hoger beroep.

Toch kan het onbillijk lijken dat het niet naleven van een uitvoerbare hoofdveroordeling door de eerste rechter geen aanleiding zou kunnen geven tot tenuitvoerlegging van een verbeurde dwangsom als die beslissing gedeeltelijk bevestigd wordt in hoger beroep.

De vaststelling van de chronologie is dan ook essentieel.

Wanneer de (bij voorraad uitvoerbare) hoofdveroordeling door de eerste rechter aan de veroordeelde betekend wordt hangende het hoger beroep kan niets de verbeurte van de dwangsom in de weg staan. Anders ontnemt men elke zin aan deze prikkel tot naleving van de hoofdveroordeling. De dwangsom kan vervolgens worden ten uitvoer gelegd, steeds hangende het hoger beroep, op risico dat ze later teruggevorderd wordt om reden dat enkel de beslissing in hoger beroep de titel zou vormen die haar vestigt, hoewel deze beslissing de eerste (gedeeltelijk) bevestigt. Dwangsommen verbonden aan een door de appelrechter vernietigde veroordeling dienen terugbetaald te worden. De tenuitvoerlegging geschiedde op het risico van de eiser⁷.

Wordt de dwangsom evenwel ten uitvoer gelegd wordt op het ogenblik dat ook het arrest reeds betekend is, dat de beslissing van de eerste rechter wijzigt en/of een nieuwe beslissing inhoudt, dan kan, bij de latere beoordeling of de dwangsom kon verbeuren voor de betekening van het arrest, enkel rekening gehouden worden met dat arrest. Inderdaad, op dat ogenblik is de (oorspronkelijke) titel, waarbij de dwangsom is vastgesteld, teniet gedaan en geldt het arrest als de titel waarbij ze is vastgesteld (uitgangspunt van het cassatiearrest), in welk geval de dwangsom niet meer voor *voortgezette* tenuitvoerlegging vatbaar is⁸.

Het eerste standpunt lijkt me te moeten worden gevolgd en te sporen met de opvatting van het Benelux-Gerechtshof in het genoemde arrest van 15 april 1992: de appelrechter heeft immers enkel te gelden als de dwangsomrechter in de mate dat zijn beslissing “uitdrukkelijk” of “onmiskenbaar duidelijk” “afwijkt” van deze van de rechter in eerste aanleg (a). Hij heeft die hoedanigheid “ook” in het geval van “instandhouding” van de hoofdveroordeling van de eerste rechter met de daaraan verbonden dwangsom,

⁷ K. WAGNER, “Dwangsom”, *A.P.R.* 2003, p. 111, nr. 116; J. van COMPERNOLLE, “Astreinte”, *Rép. not.*, T. XIII – La procédure notariale, L. IV6, Larcier, 2006, p. 84, nr. 108.

⁸ Zie het hiervoor (in randnummer 5) vermeld arrest van het Benelux-Gerechtshof van 14 april 1983.

wanneer hij een “nieuwe” hoofdveroordeling en (nieuwe) dwangsom heeft uitgesproken (b).

Dit arrest heeft weliswaar betrekking op artikel 4 van de Eenvormige wet, inzonderheid op de vraag *wie* de dwangsom heeft opgelegd, dus *welke* de bevoegde dwangsomrechter is. Meer bepaald was de onderliggende betekenis van de aan het Hof voorgelegde vraag deze rechter nader te horen bepalen, om te weten welke rechter bevoegd is om de dwangsom op te heffen, de looptijd ervan op te schorten of de dwangsom te verminderen, waartoe immers, krachtens dat artikel 4, enkel de “rechter die de dwangsom heeft opgelegd”, d.i. dus diezelfde rechter, die bevoegdheid heeft. De vraag betrof dus conflicterende bevoegdheden van rechters wanneer later gevorderd wordt de dwangsom te “herzien”. Thans is het artikel 3 van de Eenvormige wet en dus deze vraag aan de orde is: *wanneer* kan de dwangsom verbeuren (en wanneer kan de verbeurde dwangsom dan nog ten uitvoer gelegd worden); kan dat, meer bepaald, voor de periode van onzekerheid of ze wel rechtmatig en in de vereiste mate werd opgelegd, wanneer de appelbeslissing de rechtmatigheid en de juiste maat gedeeltelijk bevestigt? Hier is de vraag *niet welke rechter* de dwangsom, in een later geding, kan herzien.

Toch is dit arrest beslissend voor de actuele optie. In de rechtsoverweging 10 stelt het Hof immers dat de twijfel ten aanzien van de vraag wie in de zin van de artikelen 4⁹ en 6 heeft te gelden als “de rechter die de dwangsom heeft opgelegd” “zich (...) ook kan voordoen met betrekking tot de vraag wat in de zin van artikel 1, lid 3¹⁰ van de Eenvormige wet, waarin is bepaald dat de dwangsom niet kan worden verbeurd voor de betekening van de uitspraak waarbij zij is vastgesteld, heeft te gelden als de uitspraak waarbij de dwangsom is vastgesteld;”. In de rechtsoverweging 16 wordt deze twijfel weggenomen: “dat tenslotte moet worden aangenomen dat in de zin van artikel 1, lid 3¹¹ van de Eenvormige wet als “uitspraak waarbij de dwangsom is vastgesteld” heeft te gelden de uitspraak van de rechter die (...) heeft te gelden als “de rechter die de dwangsom heeft opgelegd”. Ook hier is de eenheid van de uitspraak klaarblijkelijk het richtsnoer.

De Hoge Raad der Nederlanden oordeelt, in een arrest van 31 mei 2002¹², dat de bekrachtiging, door de appelrechter, van een vonnis wat betreft de dwangsom, hoewel hij beslist dat de te leveren prestatie minder omvangrijk was, erop zou neerkomen dat met terugwerkende kracht een dwangsom wordt verbonden aan een “andere” veroordeling, hetgeen niet alleen in strijd is met de rechtszekerheid, maar ook niet strookt met het karakter van de dwangsom als prikkel van de veroordeling.

Ook de Hoge Raad neemt dus de nieuwe titel in aanmerking.

In dezen is vastgesteld dat de hoofdveroordeling in hoger beroep het door de eerste rechter opgelegd verbod, op straffe van verbeurde van een dwangsom, geografisch heeft *beperkt* en daaraan een *andere* dwangsom heeft verbonden. De hoofdveroordeling is dus gedeeltelijk gewijzigd, de veroordeling tot de dwangsom geheel. Het cassatiearrest

⁹ Eigen cursivering.

¹⁰ Eigen cursivering.

¹¹ Eigen cursivering.

¹² Nr. C00/332HR, N.J. 2003, nr. 343, met concl. A-G mr. BAKELS.

gaat ervan uit dat de appelbeslissing de titel is. Bij de beoordeling van de verbeurte van de dwangsom kan aldus niet meer met de gewijzigde titel rekening gehouden worden.

IV. CONCLUSIE

9. Ik ben van mening, op grond van de voormelde redenen, het Hof te kunnen adviseren als volgt te antwoorden op de door het Hof van Cassatie van België gestelde prejudiciële vraag.

De artikelen 1.3 en 3 van de Eenvormige Beneluxwet betreffende de dwangsom moeten aldus worden uitgelegd dat, indien de rechter in hoger beroep heeft te gelden als de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, de dwangsom niet kan worden verbeurd in de periode tussen de betekening van de uitvoerbare beslissing van de rechter in eerste aanleg en de betekening van de beslissing in hoger beroep.

Brussel, 2 september 2009

De plaatsvervangend Advocaat-generaal,

G. DUBRULLE