COUR DE JUSTICE

BENELUX

GERECHTSHOF

Zaak A 2003/2 – Texaco / Coucky
(stuk A 2003/2/4)

Zaak A 2003/3 – Commerzbank AG / Sabena Interservice Center (in vereffening)
(stuk A 2003/3/3)

Conclusie van de Eerste Advocaat-Generaal J. du Jardin

GRIFFIE

REGENTSCHAPSSTRAAT 39
1000 BRUSSEL
TEL. (0) 2.519.38.61
FAX (0) 2.513.42.06
curia@benelux.be

GREFFE

39, RUE DE LA RÉGENCE
1000 BRUXELLES
TÉL. (0) 2.519.38.61
FAX (0) 2.513.42.06
curia@benelux.be

BENELUX-GERECHTSHOF
Zaken nr. 2003/2 en A 2003/3

Inzake:
Texaco Belgium NV t. Coucky BVBA
Commerzbank AG t. Sabena Interservice Center NV (in vereffening)

Conclusie van Eerste Advocaat-Generaal J. du Jardin

1. Korte beschrijving van beide zaken

1.a. Zaak 2003/2

Uit de in het verwijzingsarrest van het Hof van Cassatie van 27 februari 2003 aangehaalde en niet betwiste feiten blijkt dat Texaco Belgium, eiseres tot cassatie, bij overeenkomst aan Coucky, verweerster in cassatie, het recht had toegekend een tankstation te exploiteren en diverse bij die overeenkomst behorende contracten met Coucky had gesloten.

Als gevolg van het niet betalen van twee facturen door Coucky was Texaco Belgium met haar onderhandelingen begonnen over de wijze waarop de betrekkingen tussen partijen zouden worden voortgezet.

Daarbij had Texaco Belgium de betaling opgeschort van diverse sommen die zij aan Coucky verschuldigd was.

De eerste rechter had Texaco Belgium in kort geding veroordeeld tot uitkering aan Coucky, eenmaal per week, vanaf het ogenblik dat de schuld van laatstgenoemde 2.500.000 frank zou bedragen:
- van de door Coucky verkregen inkomsten door het gebruik van krediet- en betaalkaarten, en
- van de uit hoofde van onder meer elektriciteitsfacturen, commissielonen voor carwash en commissielonen voor krantenverkoop aan Coucky toekomende sommen,
een en ander onder verbeurte van een dwangsom van 500.000 frank per verzuim.

De appèlrechters, uitspraak doende in kort geding, bevestigden nadien deze beschikking van de eerste kortgedingrechter behoudens in zoverre daarin de dwangsom was vastgesteld op een bedrag van 500.000 frank per verzuim en stelden, opnieuw uitspraak doende op dat punt, het bedrag van de dwangsom vast op 50.000 frank per verzuim.

1.b. Zaak 2003/3

Uit de in het verwijzingsarrest van het Hof van Cassatie van 27 februari 2003 aangehaalde en niet betwiste feiten blijkt dat Commerzbank AG, eiseres tot cassatie, op 5 augustus 1999 een krediet met een maximumbedrag van 25.000.000 euro ter beschikking had gesteld van onder meer Sabena Interservice Center, verweerster in cassatie, voor een welbepaalde duur die op 31 augustus 2002 verstreek en dat partijen voordien overeenkomsten betreffende afgeleide producten hadden gesloten, waarvan de vervaldagen gespreid waren over een periode tot 25 september 2006.

Op 2 oktober 2001 had Commerzbank AG de kredietovereenkomst opgezegd en sommige van de overige voornoemde overeenkomsten beëindigd ten bedrage van 11.862.045,69 euro wat Sabena Interservice Center betreft.

Vervolgens had Commerzbank AG de opbrengst van laatstgenoemde verrichtingen besteed aan de terugbetaling van de schuldvordering die zij naar eigen zeggen wegens het opgezegde krediet op Sabena Interservice Center bezat.

Het hof van beroep overwoog:
- dat zowel de opzegging van het krediet als de daaropvolgende – eenzijdige en niet door een opeisbare schuldvordering op Sabena Interservice Center gerechtvaardigde – verrichtingen prima facie kennelijk onregelmatig waren,
- dat Commerzbank AG daardoor geen rekening had gehouden met de vervaldagen van de afgeleide overeenkomsten en met name Sabena Interservice Center het recht had ontnomen het tijdstip te kiezen om haar posities af te wikkelen, en
- dat daarenboven Commerzbank AG door de aangevochten verrekening Sabena Interservice Center op onbehoorlijke wijze de uit die transacties voortvloeiende winst en derhalve haar ten bedrage van ten minste 11.862.045,69 euro toekomende liquiditeiten had ontzegd.

Aansluitend schorste het hof van beroep, uitspraak doende in kort geding, de gevolgen van de opzegging van het krediet en beval Commerzbank AG binnen 12 uur na de betekening van het arrest bovengenoemd bedrag dat overeenstemt met de winst van de op 2 oktober 2001 verrichte afwikkeling van de transacties op afgeleide contracten, ter beschikking te stellen van Sabena Interservice Center, zulks onder verbeurte van een dwangsom.

2. De arresten van het Hof van Cassatie van 27 februari 2003
Voor het Hof van Cassatie hadden zowel Texaco Belgium als Commerzbank AG betoogd dat het opgelegde bevel een veroordeling tot betaling van een geldsom vormde in de zin van artikel 1385 bis, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek, in die zin dat daaraan niet wettig een dwangsom kon worden verbonden.

Artikel 1385 bis, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek stemt overeen met artikel 1, eerste lid, van de Bijlage van de Benelux-Overeenkomst van 26 november 1973 houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom.

Het Hof van Cassatie oordeelde in beide zaken dat een beslissing over de uitlegging van artikel 1, eerste lid, van genoemde eenvormige wet noodzakelijk was om uitspraak te kunnen doen.

Met beide arresten van 27 februari 2003 besliste het Hof van Cassatie dan ook dezelfde prejudiciële vraag aan het Benelux-Gerechtshof te stellen:
"*Dient artikel 1, eerste lid, van de Bijlage bij de Overeenkomst van 26 november 1973 houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom aldus te worden uitgelegd dat onder de bewoordingen "veroordeling tot betaling van een geldsom" mede te begrijpen is het bevel dat door een rechter in kort geding aan een partij wordt gegeven om een geldsom ter beschikking te stellen van een andere partij in het kader van een voorlopige regeling van de contractuele betrekkingen tussen die partijen?*"

De kern van de zaak betreft aldus de vraag wat men moet verstaan onder de veroordeling tot betaling van een geldsom.

Vermits beide prejudiciële vragen betrekking hebben op dezelfde problematiek, kunnen zij tezamen in een enkele conclusie behandeld worden.

3. Over de prejudiciële vraag

3.1. Artikel 1385 bis, eerste alinea, van het Gerechtelijk Wetboek – dat dus zelf overeenstemt met artikel 1, eerste lid, van de Bijlage bij de Overeenkomst van 26 november 1973 houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom – voorziet in het principe dat de rechter op vordering van één der partijen de wederpartij kan veroordelen tot betaling van een geldsom, dwangsom genaamd, voor het geval dat aan de hoofdveroordeling niet wordt voldaan, onverminderd het recht op schadevergoeding indien daartoe gronden zijn.

Evenwel is tevens bepaald dat een dwangsom niet kan worden opgelegd in geval van een veroordeling tot betaling van een geldsom, noch ten aanzien van vorderingen terzake van de nakoming van arbeidsovereenkomsten.

Veroordelingen tot betaling van een geldsom werden derhalve uit het toepassingsgebied van de wetgeving met betrekking tot de dwangsom gesloten.

De vraag rijst derhalve naar de reden voor deze uitsluiting.

3.2. Over het algemeen wordt de dwangsom als een dwangmiddel beschouwd dat de schuldenaar ertoe moet bewegen om de hoofdverbintenis, zoals die bij vonnis werd vastgesteld, persoonlijk na te komen[1].

Bij de veroordeling tot betaling van een geldsom, is evenwel rechtstreekse executie mogelijk, zodat de veroordeling reeds voldoende gewaarborgd is door andere executiemiddelen dan een dwangsom, en een uitzondering daarvoor kon worden bepaald[2].

De opstellers van het Beneluxverdrag waren aldus van oordeel dat de dwangsom, als indirect executiemiddel, principieel overbodig is bij veroordelingen tot betalingen van een geldsom zodat men tot uitvoering kan overgaan zonder medewerking van de debiteur[3].

In de Gemeenschappelijke Memorie van Toelichting van de Benelux-Overeenkomst houdende de Eenvormige Wet betreffende de dwangsom wordt aldus gesteld: "*De Regeringen hebben ook nagegaan, of de rechter ter zake van verbintenissen tot betaling van een geldsom een dwangsom moet kunnen opleggen om stipte voldoening van bepaalde periodiek verschuldigde geldsommen, zoals salarissen en uitkeringen tot onderhoud, te verzekeren. De Regeringen hebben gemeend die suggestie niet te moeten volgen, daar zij van oordeel zijn dat een dwangsom ten doel heeft werkelijke nakoming van een verbintenis te verzekeren, terwijl in het geval van veroordeling tot betaling van een som geld, voldoening aan de veroordeling met behulp van de gewone executiemiddelen kan worden verkregen*[4]."

Deze achterliggende reden voor de uitsluiting van een dwangsom bij de veroordeling tot betaling van een geldsom, komt overigens ook heel duidelijk tot uiting in het arrest van het Benelux-Gerechtshof van 9 juli 1981[5] waar werd gesteld dat: "*uit een en ander valt te*

---

[1] G.L. BALLON, "Dwangsom", in *A.P.R.*, Gent, Story-Scientia, 1980, nr. 144.

[2] In die zin o.m.: I. MOREAU-MARGRÈVE, "L'astreinte", *Ann. dr. Liège*, 1982, (11) 72; J. VAN COMPERNOLLE, "L'astreinte", in *Répertoire notarial*, t. XIII, nr. 6, Brussel, Larcier, 1992, nr. 65; A.A. VAN ROSSUM, "Dwangsom. Recente ontwikkelingen", *NJB* 1996, (1491) 1492; K. WAGNER, "Artikel 1385 bis Ger.W.", in *Gerechtelijk Wetboek. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, losbl., 1999, nr. 87.

[3] K. WAGNER, "Dwangsom", in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2003, nr. 133.

[4] Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer, 1977-78, nr. 353-1, p. 16.

[5] *Benelux Jurisprudentie* 1980-81, 102 en *R.W.* 1981-82, 303, noot M. STORME.

concluderen dat de in de tweede zin van lid 1 van artikel 1 vervatte "uitzondering" enkel is geschreven voor gevallen waarin voldoening aan de hoofdveroordeling door middel van rechtstreekse executie kan worden verkregen."

3.3. De kernvraag is dan ook of executie mogelijk is, zonder een dwangsom op te leggen.

De mogelijkheid van (gewone) executie is inderdaad het enige relevante criterium om uit te maken of al dan niet een dwangsom kan worden opgelegd[6], zoals dit óók volgt uit het reeds aangehaalde arrest van het Benelux-Gerechtshof van 9 juli 1981, met conclusie van advocaat-generaal Berger.

Is immers gewone executie mogelijk, dan kan geen dwangsom worden opgelegd, zo niet, dan is wel een dwangsom mogelijk.

Aldus is volgens Panier een dwangsom weliswaar mogelijk met betrekking tot een verplichting "*de faire ou de ne pas faire relative à une somme non litigieuse quant à sa cause et à son montant et à l'égard de laquelle le jugement ne forme donc point titre*[7]" ; toch oordeelt hij dat de oplossing ligt in het onderscheid "*qu'il convient de faire entre la condamnation à une obligation de faire ayant pour objet une somme d'argent mais dont le but n'est pas d'en assurer directement ou indirectement le paiement à la partie créancière et la condamnation qui ne constituerait qu'une modalité de paiement ajoutée à la condamnation principale constitutive du titre, alors que ce paiement peut être assuré par les saisies et voies d'exécution*[8]."

Bovendien zal het er dan ook op aankomen na te gaan of men de veroordeling tot betaling aan de wederpartij waarvoor geen dwangsom mogelijk is, tracht te maskeren als een veroordeling tot betaling aan een derde[9].

Ook Van Compernolle besloot dat de essentiële vraag is en blijft te weten "*si le bénéficiaire de la condamnation dispose oui ou non à l'égard du condamné d'une voie d'exécution permettant – au moins théoriquement – d'assurer l'exécution de cette condamnation. Cette approche semble plus sûre que celle – avancée par certains auteurs – consistant à faire une distinction entre le "paiement" et la "remise" d'une somme d'argent*[10]."

Het criterium van de mogelijkheid tot beslag is immers de lege lata het criterium dat moet worden aangewend, ook al kan men daar kritiek op hebben[11].

3.4. Toegepast op beide zaken die aanleiding hebben gegeven tot het stellen van deze prejudiciële vraag, moet men wellicht vaststellen dat naar Belgisch recht beide veroordelingen effectief in aanmerking kunnen komen voor executie.

Het lijkt er immers op dat beide beslissingen een uitvoerbare titel vormen met betrekking tot geldsommen in de zin van art. 1494 van het Gerechtelijk Wetboek of met betrekking tot schuldvorderingen waarvan de omvang zonder discussie tussen partijen op grond van het

---

[6] Aldus I. MOREAU-MARGRÈVE, "L'astreinte", *l.c.*, 73.
[7] C. PANIER, noot onder Rb. Hoei 23 februari 1982, *J.T.* 1982, (547) 547.
[8] C. PANIER, *l.c.*, 547.
[9] I. MOREAU-MARGRÈVE, "L'astreinte", *l.c.*, 33.
[10] J. VAN COMPERNOLLE, "L'astreinte", *l.c.*, nr. 67; J. VAN COMPERNOLLE en O. MIGNOLET, "L'astreinte. Règles générales et champ d'application", in DE LEVAL, G. en VAN COMPERNOLLE, J. (eds.), *Formation permanente CUP*, Luik, 2003, 247.
[11] Zie: I. MOREAU-MARGRÈVE, "Principes généraux", in I.T.O.A.U. (ed.), *Tien jaar toepassing van de dwangsom*, Brussel, Créadif, 1991, (9) 33, i.h.b. ook voetnoot nr. 56.

arrest kan worden bepaald[12]; dat een dwangsom in voorkomend geval effectiever kan zijn om de nakoming ervan te verzekeren, doet daar dan eigenlijk geen afbreuk aan nu het enige relevante criterium de mogelijkheid van executie is.

Daaruit volgt dan ook dat in deze gevallen geen dwangsom kan worden opgelegd.

3.5. Blijft de vraag of de omstandigheid dat het in deze beide zaken ging om beslissingen in kort geding, geen afbreuk doet aan de toepassing van deze regel.

Er bestaat geen twijfel over dat de veroordeling in kort geding tot betaling van een geldsom effectief als een veroordeling kan worden beschouwd; het kan met andere woorden principieel gaan om een hoofdveroordeling in de zin van artikel 1385 bis van het Gerechtelijk Wetboek.

Nu een veroordeling in kort geding een hoofdveroordeling in de zin van art. 1385 bis Ger.W. kan zijn, kan de uitzondering die in dat artikel is bepaald, dan ook ten volle spelen.

Daaruit volgt dat een veroordeling tot betaling van een geldsom opgelegd in kort geding derhalve een veroordeling is die voor rechtstreekse executie in aanmerking komt derwijze dat daar geen dwangsom aan kan worden gekoppeld.

4. Conclusie

Ik besluit derhalve dat artikel 1, eerste lid, van de Bijlage bij de Overeenkomst van 26 november 1973 houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom aldus dient te worden uitgelegd dat onder de bewoordingen "veroordeling tot betaling van een geldsom" mede te begrijpen is het bevel dat door een rechter in kort geding aan een partij wordt gegeven om een geldsom ter beschikking te stellen van een andere partij in het kader van een voorlopige regeling van de contractuele betrekkingen tussen die partijen.

Brussel, 12 december 2003.

Jean du Jardin
Eerste Advocaat-Generaal

[12] Vergelijk: E. DIRIX en K. BROECKX, "Beslag", in *A.P.R.*, Antwerpen, Kluwer, 2001, nr. 224.