COUR DE JUSTICE

BENELUX

GERECHTSHOF

~

Zaak A 2006/5 – B.V.B.A. PET CENTER / SCHOUTEN

Conclusie van Advocaat-Generaal J.F. Leclercq (stuk A 2006/5/4)

GRIFFIE

REGENTSCHAPSSTRAAT 39
1000 BRUSSEL
TEL. (0) 2.519.38.61
www.courbeneluxhof.be

GREFFE

39, RUE DE LA RÉGENCE
1000 BRUXELLES
TÉL. (0) 2.519.38.61
www.courbeneluxhof.be

Conclusie

I. Korte beschrijving van de zaak

1. Op 26 juli 2000 koopt de heer S. een *American Staffordshire Terrier*, een rashond afkomstig uit Hongarije, bij de B.V.B.A. PET CENTER (hierna: PET CENTER). De bijhorende originele stamboomdocumenten laten evenwel op zich wachten, zodat de heer S. zich genoodzaakt ziet een rechtsvordering in te stellen strekkende tot de aflevering van de benodigde documenten, dit onder verbeurte van een dwangsom.

2. De heer S. wordt in het gelijk gesteld, wanneer het Hof van Beroep te Antwerpen, bij arrest van 14 december 2004, PET CENTER veroordeelt tot: “aflevering aan (de heer S.) van de originele stamboomdocumenten van de bij (PET CENTER) op 26 juli 2000 aangekochte *American Staffordshire Terrier* (…) voorzien van de vereiste geldige Hongaarse exportstempel met vermelding ‘exportpedigree’ en dit binnen acht dagen na de betekening van dit arrest, onder verbeurte van een dwangsom van 250,00 euro per dag vertraging”.

Het Hof van Beroep te Antwerpen veroordeelt PET CENTER bovendien tot betaling van een schadevergoeding van 1.000,00 euro en de gedingkosten.

3. De uitvoering van dit arrest verloopt niet geheel probleemloos, tot PET CENTER uiteindelijk op 23 mei 2005 de benodigde documenten aflevert.

Ondertussen heeft de heer S. het arrest laten betekenen op 29 december 2004, waardoor een dwangsom van 250,00 euro per dag is verbeurd van 7 januari 2005 tot 23 mei 2005.

4. PET CENTER leidt daarop een vordering bij de dwangsomrechter in op grond van artikel 1385*quinquies* van het Belgische Gerechtelijk Wetboek. PET CENTER voert aan dat zij tot 23 mei 2005 in de materiële onmogelijkheid verkeerde aan de hoofdveroordeling te voldoen, voornamelijk omdat de over te maken documenten niet in haar bezit waren, maar moesten worden opgevraagd in Hongarije, zodat zij geheel afhankelijk was van de mate waarin de Hongaarse autoriteiten hun medewerking zouden verlenen.

5. Bij arrest van 25 oktober 2005 wijst de dwangsomrechter de vordering af.

II. Prejudiciële vraag

6. PET CENTER stelt cassatieberoep in, waarin de dwangsomrechter schending van artikel 1385*quinquies* van het Belgische Gerechtelijk Wetboek wordt verweten wanneer hij oordeelt dat van onmogelijkheid in de zin van voormelde bepaling geen spake is. De dwangsomrechter benadrukt hierbij dat het voor PET CENTER reeds in 2000 mogelijk was om bedoelde documenten aan de heer S. te bezorgen en zij dus door haar eigen nalatigheid en stilzitten in een moeilijke situatie is terechtgekomen.

PET CENTER geeft toe dat de bedoelde onmogelijkheid om aan de veroordeling te voldoen weliswaar niet aan het eigen onzorgvuldige gedrag van de veroordeelde toe te rekenen mag zijn, maar voegt daaraan toe dat dit niet inhoudt dat de dwangsomrechter in zijn beoordeling van de bedoelde onmogelijkheid slechts onzorgvuldig gedrag van de veroordeelde van vóór diens veroordeling vermag te betrekken. In casu dateert de veroordeling van PET CENTER van 14 december 2004; dan pas wordt PET CENTER veroordeeld tot aflevering van de bedoelde documenten. Waar PET CENTER sinds die veroordeling al het nodige heeft gedaan om de documenten af te leveren, is het volgens haar ongeoorloofd om, bij de beoordeling van de ingeroepen onmogelijkheid om de aflevering sneller, dit wil

zeggen binnen een termijn van acht dagen te doen plaatsvinden, enkel rekening te houden met onzorgvuldig gedrag van vóór de veroordeling. Volgens PET CENTER moet de dwangsomrechter bij de beoordeling van de bedoelde onmogelijkheid in de eerste plaats het gedrag van de veroordeelde sinds diens veroordeling in aanmerking nemen; de dwangsomrechter kan, bij de beoordeling van de bedoelde onmogelijkheid, bezwaarlijk slechts acht slaan op het onzorgvuldige gedrag dat de veroordeelde vóór zijn veroordeling heeft getoond.

Zodoende kon de dwangsomrechter, aldus PET CENTER, op grond dat “PET CENTER er thans in geslaagd (is) om binnen een periode van minder dan vijf maanden een stamboom met stempel exportpedigree te verkrijgen vanuit Hongarije (…), waaruit blijkt dat zij dus ook reeds in 2000 in de mogelijkheid was om deze documenten te verkrijgen” en – bijgevolg - dat “PET CENTER dus door haar eigen nalatigheid en stilzitten in een moeilijke situatie is terechtgekomen”, niet wettig de vordering van PET CENTER op grond van artikel 1385*quinquies* van het Belgische Gerechtelijk Wetboek afwijzen wegens gebrek aan onmogelijkheid in de zin van deze bepaling.

7. Bij arrest van 10 november 2006 oordeelt het Hof van Cassatie dat de beoordeling van dit middel tot cassatie een uitlegging vergt van artikel 4 van de Eenvormige Wet betreffende de dwangsom (Bijlage van de Benelux-Overeenkomst van 26 november 1973 “houdende Eenvormige Wet betreffende de dwangsom”). Het Hof van Cassatie stelt

bijgevolg de volgende prejudiciële vraag: “Moet artikel 4, eerste lid, van de Eenvormige Beneluxwet 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?”.

III. Bespreking

8. Artikel 4, eerste lid, van de Eenvormige Beneluxwet betreffende de dwangsom luidt als volgt: 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 in geval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofd-veroordeling te voldoen.

De tekst van artikel 1385*quinquies* van het Belgische Gerechtelijk Wetboek is gelijkluidend.

Die bepaling dient weliswaar op beperkte wijze te worden uitgelegd, toch mag het toepassingsgebied ervan niet worden beperkt door eisen toe te voegen die in de bepaling niet voorkomen.

9. De dwangsomrechter wordt aldus een appreciatiebevoegdheid verleend om, bij wijze van uitzondering, de dwangsommaatregel te herzien gelet op de onmogelijkheid van de veroordeelde om aan de dwangsomveroordeling te voldoen. Enkel de dwangsomrechter zelf is bevoegd om, op vordering van de veroordeelde de dwangsommaatregel te herzien (Cass. 2 mei 1996, *R.W.* 1996-97, 656, noot; K. WAGNER, “Dwangsom”, *A.P.R.* 2003, p. 139-146, nrs. 145-153). Naargelang van de omstandigheden van het geval kan de dwangsomrechter de dwangsommaatregel opheffen of verminderen; hij kan ook de termijn vooraleer de dwangsom kan worden verbeurd, opschorten (K. WAGNER, *l.c.*, p. 146-147, nrs. 154-156). Deze mogelijkheden tot opheffing, vermindering of opschorting zijn afhankelijk van een blijvende of tijdelijke dan wel een gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid van de veroordeelde om aan de dwangsomveroordeling te voldoen.

10. De dwangsom is bedoeld als prikkel om de veroordeelde tot behoorlijke nakoming van zijn veroordeling aan te sporen. Artikel 1385*quinquies* van het Belgische Gerechtelijk Wetboek verhindert evenwel dat die prikkel tot onbillijkheden leidt wanneer de veroordeelde niet of niet meer in de mogelijkheid verkeert om op behoorlijke wijze zijn veroordeling na te komen. Niemand kan immers tot het onmogelijke worden gehouden. Wanneer het voor de veroordeelde, al was het tijdelijk dan wel gedeeltelijk, onmogelijk is om zijn veroordeling na

te komen, zou het onredelijk zijn niettemin van hem het onmogelijke te verlangen, en dit onder verbeurte van een dwangsom. Toch het onmogelijke verlangen zou inhouden dat van de veroordeelde een grotere inspanning wordt verwacht dan de schuldeiser zelf redelijkerwijze wil leveren (Hof 's-Gravenhage 21 mei 1992, *N.I.P.R.* 1992, 721, *N.J.* 1993, 882). Het moet geenszins om een overmachtsituatie gaan (E. DIRIX, "Dwangsom en overmacht", noot onder Benelux-Gerechtshof 25 mei 1999, *R.W.* 1999-00, 916; K. WAGNER, *l.c.*, p. 150-151, nr. 161). De bedoelde onmogelijkheid moet redelijk zijn: de dwangsomrechter die vaststelt dat de nakoming van de veroordeling meer inspanning van de veroordeelde vergt dan de schuldeiser zelf wil leveren, kan tot toepassing van artikel 1385*quinquies* van het Belgische Gerechtelijk Wetboek besluiten (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). In die optiek overweegt het Benelux-Gerechtshof in zijn arrest van 25 september 1986 (inzake A 1984/5, *Benelux Jur.* 1986, 17, met conclusie van advocaat-generaal E. KRINGS, *N.J.* 1987, nr. 909, noot W.H.H., *R.W.* 1986-87, 1333) dat de bedoelde onmogelijkheid zich voordoet indien de dwangsom als geldelijke prikkel tot nakoming van de hoofdveroordeling "zijn zin verliest", wat het geval is indien het onredelijk overkomt meer inspanning van de veroordeelde te vergen dan hij heeft betracht (in dezelfde optiek: Cass. 30 mei 2002, inzake A.R. C.99.0298.N, *Pas.* 2002, nr. 329; Brussel 3 januari 2007, *NjW* 2007, 37). Het Hof verwijst hierbij naar de Gemeenschappelijke Memorie van Toelichting bij de vermelde Benelux-Overeenkomst, die (p. 32-33) aangeeft dat de dwangsom als dwangmiddel in het algemeen zijn zin verliest wanneer voldoening aan de hoofdveroordeling onmogelijk wordt.

Op het eerste gezicht is het knelpunt dus volgens mij niet of de aangevoerde onmogelijkheid om te voldoen aan de hoofdveroordeling het gevolg is van het feit dat de veroordeelde vóór de hoofdveroordeling zelf niet zorgvuldig genoeg is geweest, maar wel of het onredelijk is om na het opleggen van de dwangsom grotere inspanningen en meer zorgvuldigheid te eisen dan de veroordeelde tijdens de periode na de hoofdveroordeling heeft betracht (zie Ben.GH. 25 september 1986, Zaak A 84/5, Ben.Jur. 1986, p. 17, § 16 tot 21, en concl. AG Krings, vgl. nrs 15 e.v.). Uit de gemeenschappelijke memorie van toelichting lijkt trouwens te volgen dat het tijdstip dat in aanmerking moet worden genomen zich wel degelijk na en niet vóór het vonnis ligt (zie, p. 33, de beschreven Nederlandse praktijk).

11. Het staat buiten kijf dat de bedoelde onmogelijkheid niet aan een eigen gebrek aan zorgvuldigheid van de veroordeelde te wijten mag zijn (Corr. Gent 20 juni 1997, *T.G.R.* 1997, 233; Corr. Leuven 13 december 1999, *T.M.R.* 2000, 403; S. DE TAEYE,

"De dwangsom wegens stedenbouwmisdrijf: een maatregel die beklijft", noot onder Antwerpen 16 oktober 2001, *A.J.T.* 2001-02, 525).

De vraag rijst evenwel in hoeverre de dwangsomrechter in zijn beoordeling op grond van artikel 1385*quinquies* van het Belgische Gerechtelijk Wetboek een eigen gebrek aan zorgvuldigheid van de veroordeelde van vóór diens veroordeling kan betrekken.

12. In beginsel oordeelt de dwangsomrechter bij toepassing van artikel 1385*quinquies* van het Belgische Gerechtelijk Wetboek onaantastbaar in feite of de bedoelde onmogelijkheid voorligt (Kh. Antwerpen 5 januari 1994, *R.W.* 1994-95, 752), zij het dat de cassatierechter het oordeel van de rechter marginaal kan toetsen (E. KRINGS, conclusie voor Benelux Gerechtshof 25 september 1986, *Benelux Jur.* 1986, 17 e.v., nr. 10; K. WAGNER, *l.c.*, p. 149, nr. 159).

Zoals gezegd gaat het om een redelijke onmogelijkheid, hetgeen relatief is. De onmogelijkheid kan materieel, juridisch en zelfs moreel van aard zijn (K. WAGNER, *l.c.*, p. 150, nr. 160).

13. Punt is evenwel dat van de dwangsomrechter wordt verlangd dat hij een onmogelijkheid beoordeelt die niet aan de orde was op het ogenblik dat hij de dwangsomveroordeling heeft uitgesproken. De onmogelijkheid waarover de dwangsomrechter uitspraak moet doen, was hem niet bekend ten tijde van de uitspraak van de dwangsomveroordeling (Voorz. Kh. Antwerpen 26 september 1986, *J.T.* 1986, 672; Voorz. Kh. Charleroi 26 december 1988, *J.T.* 1989, 199): de dwangsomrechter die een veroordeling uitspreekt onder verbeurte van een dwangsom terwijl hij weet dat de veroordeelde in de onmogelijkheid verkeert om aan de veroordeling te voldoen, zou immers het voorwaardelijke karakter van de dwangsom schenden, zoals neergeschreven in artikel 1, eerste lid, van de Eenvormige Beneluxwet betreffende de dwangsom (alsmede in artikel 1385*bis*, eerste lid, van het Belgische Gerechtelijk Wetboek) (K. WAGNER, *l.c.*, p. 143, nr. 152). De dwangsomrechter is daarentegen wel op de hoogte van het eventueel op dat ogenblik blijkende gebrek aan zorgvuldigheid van de schuldenaar bij de nakoming van zijn verbintenis(sen), reden waarom hij hem tot nakoming van deze verbintenis(sen) veroordeelt onder verbeurte van een dwangsom. Het is dus steeds zo dat de dwangsomrechter bij zijn oordeel het eventuele gebrek aan zorgvuldigheid van de veroordeelde van vóór zijn veroordeling betrekt. Zodanig gebrek kan bijgevolg als dusdanig geen doorslaggevende rol meer spelen bij de beoordeling van de door de veroordeelde later ingestelde vordering tot herziening van de dwangsommaatregel. Die dwangsommaatregel zet de hoofdveroordeling kracht bij die de dwangsomrechter heeft uitgesproken ervan uitgaande dat de veroordeelde

ze stipt en op alle onderdelen zal kunnen nakomen. Wanneer de veroordeelde achteraf dan beweert in de onmogelijkheid te verkeren om de veroordeling naar behoren na te komen, dient de dwangsomrechter de gestelde onmogelijkheid te beoordelen in de eerste plaats naar de omstandigheden van na de veroordeling.

14. Van cruciaal belang is derhalve dat de dwangsomrechter zich bij zijn beoordeling in het raam van artikel 1385*quinquies* van het Belgische Gerechtelijk Wetboek focust op de omstandigheden van na de dwangsomveroordeling. Omstandigheden daarvóór, ook het eventuele gebrek aan zorgvuldigheid van de veroordeelde in het nakomen van zijn verbintenis(sen), waren de dwangsomrechter immers reeds bekend en gaven hem bijgevolg aanleiding een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom uit te spreken. Die omstandigheden van vóór de dwangsomveroordeling kunnen dan ook bezwaarlijk centraal staan bij de beoordeling van de vordering tot herziening. Het centrale criterium bij deze beoordeling moet immers zijn: de al dan niet verwachte meerinspanning van de veroordeelde bij de nakoming van de dwangsomveroordeling. Wanneer het gelet op de omstandigheden van na de veroordeling redelijkerwijze onmogelijk is de dwangsomveroordeling na te komen, kan de dwangsomrechter de dwangsommaatregel herzien. Is die onmogelijkheid te wijten aan een eigen gebrek aan zorgvuldigheid van de veroordeelde, dan zal dit de herziening van de dwangsommaatregel noodzakelijkerwijze beïnvloeden.

15. Betekent dit dat het eventueel gebrek aan zorgvuldigheid van de schuldenaar bij de nakoming van zijn verbintenis(sen), zoals dat heeft geleid tot de dwangsomveroordeling, geen rol meer kan spelen bij een latere vordering tot herziening van de dwangsommaatregel? Neen, dit gebrek aan zorgvuldigheid kan blijven meespelen. Alleen is het zo dat dit gebrek aan zorgvuldigheid niet noodzakelijk uitsluit dat de dwangsommaatregel, gelet op de omstandigheden van na de dwangsomveroordeling, wordt herzien. Bij de herziening staan immers, zoals gezegd, de omstandigheden van na de dwangsomveroordeling centraal. En die kunnen een herziening meebrengen wanneer de veroordeelde redelijkerwijze in de onmogelijkheid verkeert om de dwangsomveroordeling na te komen, zelfs indien de veroordeelde vóór die dwangsomveroordeling manifest nalatig is geweest. Van belang is derhalve het onderscheid te onderkennen tussen enerzijds het eventuele gebrek aan zorgvuldigheid van de schuldenaar bij de nakoming van zijn verbintenis(sen) zoals dat gebrek heeft geleid tot de dwangsomveroordeling en anderzijds het eventuele gebrek aan zorgvuldigheid van de veroordeelde na de dwangsomveroordeling. Beide verzuimen doen zich voor in onderscheiden omstandigheden. In het eerste geval gaat

het om een nog niet veroordeelde schuldenaar die eigen redenen kan hebben om zijn verbintenis(sen) niet na te komen. In het tweede geval gaat het om een veroordeelde schuldenaar, boven wiens hoofd een rechterlijke beslissing hangt die hem dwingt zijn verbintenis(sen) na te komen. Wanneer de aldus veroordeelde schuldenaar, zijn veroordeling ten spijt, alsnog zijn onzorgvuldige gedrag niet betert, zal zulks de in voorkomend geval gevraagde herziening van de dwangsommaatregel noodzakelijkerwijze beïnvloeden. Daarentegen, wanneer een in eerste instantie nalatige schuldenaar sinds zijn veroordeling redelijkerwijze al het mogelijke heeft gedaan om aan de dwangsomveroordeling te voldoen, past het niet hem het recht op herziening van de dwangsommaatregel te ontzeggen. De veroordeelde schuldenaar die na zijn veroordeling redelijkerwijze al het mogelijke heeft gedaan om aan de dwangsomveroordeling te voldoen, mag met andere woorden niet blijvend gestigmatiseerd worden bij de beoordeling van de vordering tot herziening van de dwangsommaatregel. Weliswaar kan de dwangsomrechter bij deze beoordeling rekening houden met alle omstandigheden van het geval, ook met een nalatige houding van vóór de dwangsomveroordeling. Maar deze nalatige houding kan als dusdanig het recht op herziening niet fnuiken. Ook wie vóór de dwangsommaatregel een nalatige houding heeft aangenomen, heeft recht op herziening van de dwangsommaatregel. Cruciaal daarbij zijn, zoals gezegd, de omstandigheden na de dwangsomveroordeling, inzonderheid de al dan niet verwachte meerinspanning van de veroordeelde bij de nakoming van de dwangsomveroordeling. Op die omstandigheden dient de dwangsomrechter in de eerste plaats te letten bij zijn beoordeling ex artikel 4, eerste lid, van de Eenvormige Beneluxwet betreffende de dwangsom en artikel 1385*quinquies* van het Belgische Gerechtelijk Wetboek.

IV. Besluit

16. Ik kom tot het besluit dat artikel 4, eerste lid, van de Eenvormige Beneluxwet betreffende de dwangsom aldus moet worden uitgelegd dat de dwangsomrechter bij de beoordeling van de vordering tot herziening van de dwangsommaatregel, inzonderheid bij de beoordeling van de door de veroordeelde aangevoerde onmogelijkheid om aan de dwangsomveroordeling te voldoen, rekening kan houden met het gebrek aan zorgvuldigheid van de veroordeelde van vóór de dwangsomveroordeling, met dien verstande echter dat hij uit dit gebrek aan zorgvuldigheid als dusdanig niet kan afleiden dat de bedoelde onmogelijkheid niet voorligt.

Brussel, 13 april 2007.

Advocaat-generaal,

J.F. LECLERCQ