BENELUX - GERECHTSHOF
REGENTSCHAPSSTRAAT 39
1000 BRUSSEL
TEL. 519.38.61

EERSTE ADVOCAAT-GENERAAL
HOOFD VAN HET PARKET

COUR DE JUSTICE BENELUX
39, RUE DE LA RÉGENCE
1000 BRUXELLES
TÉL. 519.38.61

LE PREMIER AVOCAT GÉNÉRAL
CHEF DU PARQUET

KZ

Nr. A 91/2

A 91/2/5

B E N E L U X - G E R E C H T S H O F

Conclusie van de Eerste Advocaat-Generaal Th.B. ten Kate

inzake:

1. ANTONIE PIETER WEWER,

2. STICHTING BELANGENBEHARTIGING PARTICIPANTEN WYNNEWOOD,

tegen:

WILLEM NIJE.

1. De Hoge Raad der Nederlanden heeft bij arrest van 19 april 1991 nr. 14.213, NJ 1991, 629 (JBMV) vragen van uitleg gesteld betreffende art. 4 van de Eenvormige Wet betreffende de Dwangsom behorende bij de desbetreffende Benelux-Overeenkomst van 26 november 1973 (Trb. 1974, 6), welk artikel in de Beneluxlanden overeenkomstig art. 1 van de Overeenkomst letterlijk overgenomen is, in Nederland met name in art. 611d Rv. en in België in art. 1385 quinquies Ger.W.

2. In art. 4 van de Overeenkomst zijn de bepalingen van de Overeenkomst en de EW ter uitvoering van art. 1 lid 2 van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van Uw Hof aangewezen als gemeenschappelijke rechtsregels voor de toepassing van de hoofdstukken III en IV van dat Verdrag.

3. Ingevolge art. 6 van laatst genoemd Verdrag is Uw Hof aldus bevoegd van voormelde vragen kennis te nemen en daarop te beslissen.

4. De vragen van uitleg zijn de volgende:

> "1. Moet in geval de rechter in eerste aanleg een dwangsom heeft opgelegd en zijn vonnis op dit punt in hoger beroep al dan niet met wijziging of aanvulling van de veroordeling is bekrachtigd, de rechter in eerste aanleg dan wel de rechter in hoger beroep worden aangemerkt als "De rechter die een dwangsom heeft opgelegd" als bedoeld in art. 4 van de Eenvormige Wet?
>
> 2. Indien de rechter in eerste aanleg als zodanig moet worden aangemerkt, brengt dan art. 4 mee dat slechts deze rechter bevoegd is ter zake van de in dat artikel bedoelde vordering tot opheffing, schorsing of vermindering, in dier voege dat van zijn beslissing geen hoger beroep openstaat, ook al zou volgens algemene regels van nationaal procesrecht wel hoger beroep openstaan?"

5. Voor de aan deze vragen ten grondslag liggende feiten mag ik verwijzen naar de door de Hoge Raad overeenkomstig art. 6 lid 5 van meergenoemd Verdrag onder 3.3 van zijn arrest gegeven samenvatting. Men zie daarvoor ook de aan het arrest voorafgaande conclusie van de Advocaat-Generaal Mr. Hartkamp.

6. Vooropgesteld mag worden dat niet de strekking van het verdrag is met de dwangsomregeling tevens een desbetreffende procesrechtelijke eenvormige regeling voor de drie landen te treffen.

7. In art. 1 EW wordt dan ook gesproken over "de rechter", waarmee blijkens de Gemeenschappelijke Toelichting aan de Raadgevende Interparlementaire Beneluxraad 1 juni 1970 (108-1, p. 16; Basisteksten Benelux 4, II onder "Dwangsom", p. 29) tot uitdrukking is gebracht het mogelijk te maken "de tekst van toepassing te laten zijn op de verschillende gerechtelijke instanties van de drie landen".

8. In art. 4 EW heeft de wetgever evenwel de regel nauwkeuriger opgesteld. Als bevoegde rechter met betrekking tot de in het artikel bedoelde maatregelen wordt aangewezen: "De rechter die een dwangsom heeft opgelegd". "Het blijkt dan ook niet mogelijk", aldus de Advocaat-Generaal Krings onder 3 (slot) vóór BenGH 25 september 1986, A 84/5, NJ 1987, 909 (WHH); RW 1986/87 kol. 1333, "die tekst anders uit te leggen dan in die zin dat alleen de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, bevoegd is om die veroordeling op te heffen, op te schorten of te verminderen".

9. Dit brengt mee, dat de uitleg van deze regel, die in afwijking van het onder 6 hierboven geformuleerde uitgangspunt in het nationale procesrecht kan ingrijpen, tenslotte aan Uw Hof is voorbehouden. Zo ook de Advocaat-Generaal Krings t.a.p. onder 2-4. In de aangehaalde uitspraak heeft Uw Hof dan ook beantwoord vragen van uitleg omtrent de bevoegde rechter, in het geval dat de dwangsom in kort geding is opgelegd. De bevoegde rechter is

bij uitsluiting de President die de dwangsom oplegde, en niet de rechter die in de bodemprocedure over een geschil met betrekking tot de executie van het in kort geding gewezen vonnis moet beslissen.

10. Voor wat betreft de eerste te beantwoorden vraag, vermeld onder 4 hierboven, zij vooropgesteld, dat noch de tekst van de EW noch de "parlementaire" behandeling daarvan enig licht werpt, of en - zo ja - welke drijfveer achter de gekozen formulering schuil gaat.

11. Zoals ook uit het in de Gemeenschappelijke Toelichting gegeven historische overzicht blijkt (1977-1978-353, stuk nr. 1, Hoofdstuk III, p. 8-15; Benelux-Basisteksten 4, II, p. 19-27), heeft het Nederlandse recht goeddeels model gestaan. Vgl. Storme, TPR 1980, p. 240, nr. 34.

12. In het destijds geldende art. 611b Rv. werd art. 611 Rv. van overeenkomstige toepassing verklaard. Aldus werd de rechter in kort geding bevoegd verklaard op vordering van de veroordeelde te beslissen dat de dwangsom niet of niet verder ten uitvoer zou worden gelegd, in het geval dat de veroordeelde buiten staat was aan de tegen hem uitgesproken veroordeling te voldoen. Vgl. Van Opstall, "De Dwangsom in het Nederlandse Recht", Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Jaarboek 1961-1962, p. 145 e.v.

13. Aangezien art. 611 Rv. de kwestie voor de ingrijpende maatregel "gijzeling" regelde, lag het voor de hand dat hier voor een aktie door de veroordeelde de voorkeur op een spoedvoorziening gevallen was.

14. Mogelijk is evenwel ook dat de oorspronkelijke eiser zelf behoefte heeft nog eens te doen vaststellen dat de dwangsom inderdaad verbeurd is alvorens tot executiemaatregelen over te gaan. Art. 611b Rv., derde lid (oud), gaf daartoe destijds de gelegenheid. "Hiervan zal wel dezelfde rechter moeten kennis nemen als die voor welke een executiegeschil moet worden gebracht", aldus Van Opstall t.a.p. (zie 12 hierboven), p. 153, "d.w.z. in de regel de rechter die het vonnis wees waarbij de dwangsom werd bepaald, tenzij deze rechter is de kantonrechter, in welk geval men zich tot de Arrondissements-Rechtbank zal hebben te wenden; vgl. de artt. 354 en 435 (inmiddels "oud"; t.K.) Rv. Veelal zal de zaak dus niet voor de President in kort geding kunnen worden gebracht. Mocht de veroordeelde echter tegen de vordering van zijn wederpartij als bedoeld in het derde lid van art. 611b als verweer willen voeren, dat hij buiten staat is aan de veroordeling te voldoen, dan zal hij dat steeds kunnen doen, ook al staat hij niet voor de President in kort geding, de rechter die ingevolge art. 611 anders tot kennisneming van een dergelijke bewering uitsluitend bevoegd is. Het derde lid van art. 611b staat hem dit uitdrukkelijk toe".

15. In het Ontwerp-Meijers voor een NBW kwam de kwestie aan de orde in art. 3.11.5 lid 3. Hierin werd onder meer bepaald dat wanneer de nakoming van de verplichting waaraan de dwangsom verbonden was, onmogelijk geworden was, de dwangsom daarna alleen opeisbaar zou zijn indien die onmogelijkheid aan de schuld van de veroordeelde te wijten zou zijn. Zoals in de Gemeenschappelijke Toelichting t.a.p. (zie 11 hierboven), p. 13/14 resp.

Basisteksten, p. 25 is weergegeven, had de Vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer bezwaar; zij meende dat juist omgekeerd op de veroordeelde de bewijslast behoorde te rusten dat de onmogelijkheid van de nakoming niet alleen niet door zijn schuld is ontstaan maar ook niet voor zijn risico komt. Vgl. Van Zeben, "Parlementaire Geschiedenis NBW", Boek 3, p. 903/904.

16. Het is duidelijk dat bij deze redaktie de bevoegde rechter de executierechter zou zijn, waarvoor in het onderhavige verband art. 354 Rv. dat uit art. 472 oude Franse Code de Procédure Civile is voortgekomen van belang kan zijn, zoals Van Opstall reeds in het hierboven onder 14 opgenomen citaat aantekende.

17. Vermelding verdient hierbij dat het voorgestelde art. 3.11.5 nog een vierde lid kende, waarin - zoals in de Toelichting Meijers (Van Zeben t.a.p., Boek 3, p. 902) werd gezegd - aan de rechter een matigingsbevoegdheid werd toegekend met betrekking tot dwangsommen die op dat ogenblik nog niet opeisbaar waren. Wat verbeurd is aan dwangsommen, bleef verbeurd.

18. Tezamen nemen van de voormelde leden 3 en 4 en het ter harte nemen van de critiek van de Vaste Commissie hebben geleid tot een voorgesteld nieuw art. 3.11.5c, dat overeenstemde met art. 4 EW, waarover thans de vragen van uitleg zijn gesteld. Vgl. Van Zeben t.a.p., Boek 3, p. 907, 908.

19. De in voormeld licht niet onbegrijpelijke aanduiding van de tot wijziging bevoegde rechter luidde: "De rechter die een dwangsom heeft opgelegd".

20. De motivering van deze keuze zocht de Advocaat-Generaal Krings in zijn onder 8 hierboven vermelde conclusie onder 5 in het verlengde hiervan: "Er moet bovendien worden gewezen op het

feit, dat die rechter beter weet hoe de uitvoering moet gebeuren en of omstandigheden die worden aangevoerd om tot wijziging van de oorspronkelijke beslissing te komen, al dan niet opwegen tegen de redenen die tot de veroordeling tot een dwangsom aanleiding hebben gegeven".

21. Het is ook deze motivering die voor de wetgever destijds de voorkeur deed bepalen op die rechter als de rechter bij wie een gegeven uitspraak wordt tenuitvoergelegd. Vgl. Van Rossem-Cleveringa I (1972), aant. 2 bij art. 354, p. 903.

22. Omdat art. 354 Rv. met ingang van 1 januari 1992 in het kader van de invoering van het NBW in Nederland zal vervallen ingevolge Wet van 7 mei 1986, Stb. 295 laat ik de tekst daarvan hier volgen:

"1. In geval het vonnis is bekrachtigd, zal hetzelve ten uitvoer worden gelegd bij den regter die in eersten aanleg heeft uitspraak gedaan.

2. In geval het vonnis is te niet gedaan, hetzij voor het geheel of voor een gedeelte, zal de uitspraak in hoger beroep ten uitvoer gelegd worden bij den regter die dezelve gewezen heeft, of bij dien welke bij deze uitspraak daartoe zal zijn aangewezen (zoals mede de regel is in cassatie, indien de Hoge Raad ten principale recht heeft gedaan, ingevolge art. 420 lid 2 Rv. dat bij dezelfde wet zal vervallen; t.K.); behoudens ...".

23. De tekst van art. 472 (oud) Franse C.d.Pr.C. voeg ik volledigheidshalve toe:

"Si le jugement est confirmé, l'exécution appartiendra au tribunal qui l'a rendu.

Si le jugement est infirmé en totalité, l'exécution entre les mêmes parties appartiendra à la juridiction d'appel.

En cas d'infirmation partielle, la juridiction d'appel pourra soit retenir l'exécution, soit renvoyer au même tribunal composé d'autres juges, si elle l'estime nécessaire, ou à un autre tribunal. Le tout, sauf ...". (Art. 570 Nouveau C.d.Pr.C. neemt tot uitgangspunt executie bij de rechter die in eerste aanleg besliste).

24. In het Belgische Gerechtelijk Wetboek, ingevoerd bij Wet van 10 oktober 1967, Stb. 31 oktober 1967, zijn intussen alle geschillen over tenuitvoerlegging van vonnissen en arresten geconcentreerd bij de Rechtbank van eerste aanleg (art. 569 onder 5° en art. 1395). Ook in het per 1 januari 1992 in Nederland in werking tredende nieuwe procesrecht zal dit het geval zijn (art. 438 nieuw Rv.).

25. Tegen de achtergrond dat niet verzekerd is dat in feite dezelfde rechters aanwezig zijn om over de voorgelegde vraag te oordelen, is de onder 20 hierboven gegeven motivering, ofschoon in abstracto aantrekkelijk, in concreto ook niet zo sterk te achten.

26. Uit de aangehaalde artikelen zelf blijkt trouwens de tendens aan een behandeling door de rechter in eerste aanleg de voorkeur te geven, indien de onder 20 hierboven gegeven motivering niet volledig gelding heeft. Immers de tenuitvoerlegging blijft bij de eerste rechter bij een bekrachtiging door de appelrechter, ook al heeft deze de bekrachtiging naar de aard van de appelprocedure uitgesproken na een volledig onderzoek naar de feiten en het toepasselijke recht binnen de rechtsstrijd in appel. Hierin

verschilt overigens een bekrachtiging in appel principieel van een verwerping van een cassatieberoep, aan welk verschil in de toelichtingen van weerszijde aan Uw Hof (Mr. van Staden ten Brink onder 2.5; De Wijkerslooth onder 2) ten onrechte voorbijgegaan is. Eerst indien de cassatierechter een vernietiging uitspreekt en zelf ten principale recht doet, zoals in Nederland de Hoge Raad kan doen, treedt er een vergelijkbare situatie op. Wanneer de hoogte van de dwangsom niet reeds vaststaat, zal de Hoge Raad echter niet zelf recht doen maar verwijzen.

27. De hierboven vermelde tendens past bij het gezichtspunt de appelrechter, gelet op de aard van het college als zodanig, niet te belasten met de beoordeling en beslissing van bij hem nieuw in te leiden geschillen dan in gevallen waarin dit om bijzondere redenen gewenst is.

28. Naar ik meen dient de eerste vraag van uitleg (zie 4 hierboven) tegen deze achtergrond, waartegen de regeling min of meer tot stand kwam, te worden beantwoord, ook al is het inroepen van de wijzigingsbevoegheid in beginsel geen executiegeschil (vgl. bijv. Ballon, RW 1979-1980, kolom 2027, 2028 onder nr. 9.2; Storme, TPR 1980, p. 233 onder 19), nu het de mogelijke wijziging van de inhoud van de te executeren titel zelf tot object heeft en niet slechts de executie daarvan. Vgl. De Leval en Van Compernolle in "Tien jaar toepassing van de dwangsom" (1991), p. 266/267 onder nr. 29; Jansen in Kluwers losbladige "Burgerlijke Rechtsvordering", Boek 2, aant. 1 bij art. 611d (p. 324d), anders echter in aant. 3 bij dat artikel (p. 326b). Vgl. ook 9 hierboven.

29. Het antwoord op de vraag, wie na hoger beroep de rechter is die de dwangsom heeft opgelegd, lijkt mij te zijn: de rechter die

het dictum (de titel) formuleerde, waaraan de dwangsom in de te executeren vorm en omvang werd verbonden. Bij een zuivere bekrachtiging blijft deze de rechter in eerste aanleg; bij een herformulering door het Hof in appel is deze rechter het Hof. Laat het Hof het bij een enkele verbetering van het dictum zonder dit te herformuleren, dan zal dit moeten worden opgevat als een bekrachtiging in verbeterde vorm, zodat in het kader van art. 4 EW de eerste rechter de bevoegde rechter blijft.

30. De duidelijkheid in het procesrecht vereist een volledige keuze. Een oplossing dat de eerste rechter en appelrechter elk voor hun deel van het dictum bevoegd zouden zijn, geeft alleen maar problemen, bijv. reeds wanneer de dwangsom in zijn geheel aan elk deel van de opgelegde nakoming verbonden is. De onder 22 en 23 geciteerde artikelen formuleerden daarvoor oplossingen (zoals bijv. de bij de uitspraak aangewezen rechter), die in het kader van de beperkte omschrijving in art. 4 EW m.i. niet tot ontwikkeling kunnen komen.

31. Vgl. over problemen hangende appel nog De Leval en Van Compernolle op de onder 28 aangehaalde plaats, p. 267/268 onder nr. 30. Zij schijnen in noot 566 de grens meer te trekken in de richting van de appelrechter.

32. Ook voor wat betreft de beantwoording van de tweede vraag van uitleg (zie onder 4 hierboven) geldt het onder 6 en 7 hierboven aangegeven uitgangspunt.

33. In de nationale rechtsstelsels wordt van de mogelijkheid van appel uitgegaan, tenzij de wet haar uitsluit. Vgl. onder meer: Hof van Cassatie 1 februari 1990, RW 1990-1991, p. 392;

HR 24 november 1989, NJ 1990, 383 (WHH) met gegevens in mijn voorafgaande conclusie onder 18 en 19; HR 3 april 1981, NJ 1982, 184 met gegevens in mijn voorafgaande conclusie op p. 661 r.k..

34. Zoals hierboven bleek, is in art. 4 EW met de gekozen bewoordingen wel aangegeven, wie de rechter is, die in eerste aanleg bevoegd is van een vordering tot wijziging kennis te nemen.

35. Uit de tekst van de eenvormige wet blijkt niet zonder meer - en in de toelichting en verdere parlementaire behandeling is daaromtrent niets te vinden - dat ook de bedoeling voorzat in afwijking van het onder 33 hierboven omschreven beginsel hoger beroep van de beslissing op een gevorderde wijziging uit te sluiten.

36. Wel blijkt uit art. 8 EW (art. 611h Nederlandse Rv.; art. 1385 nonies Belgische Ger.W.) dat men geen invloed van de dwangsom heeft gewild op de bepaling van de primaire bevoegdheid van de rechter dan wel van het antwoord op de vraag of een mogelijk bestaande appellabiliteitsgrens is overschreden. Vgl. Gemeenschappelijke Toelichting t.a.p. (zie 11 hierboven), p. 24, Benelux-Basisteksten 4, II onder "Dwangsom" p. 11, 38; Ballon, RW 1979-1980, kolom 2035, 2036 onder nr. 13.1.

37. De tweede vraag van uitleg dient mitsdien aldus te worden beantwoord dat in art. 4 EW met de aanduiding van de bevoegde rechter in de woorden "De rechter die een dwangsom heeft opgelegd" niet besloten ligt de beoordeling tot die rechter te beperken en appel uit te sluiten, ook indien appel naar de nationale regeling op zichzelf zou openstaan.

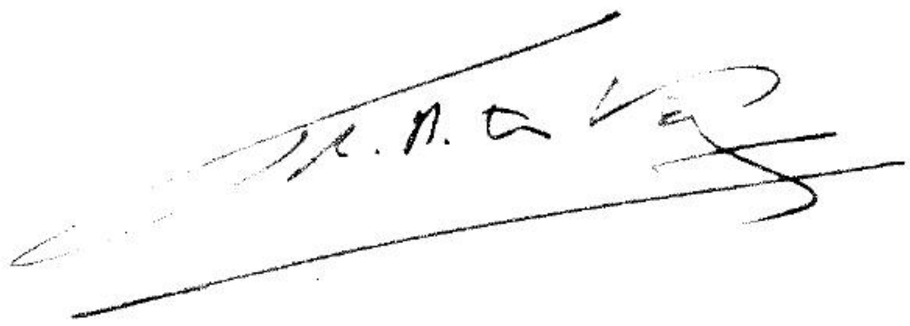
38. Het is duidelijk dat - zoals gebruikelijk - ingeval van appel de appelrechter moet doen hetgeen naar de mening van deze rechter de als bevoegd in eerste aanleg aangewezen rechter had behoren te doen.

39. In deze zin reeds: Heemskerk in zijn noot 1 onder BenGH 25 september 1986, A 84/5, NJ 1987, 909; Ballon, "Dwangsom" (1980), nrs. 204, 205, p. 73. Tjittes, WPNR 5908 (1989), p. 158 m.k. verwijst naar de laatstvermelde plaats.

40. De bij de toelichting voor Uw Hof bepleite parallel naar het request-civiel (art. 382 Ned. Rv. e.v.) of herroeping van het gewijsde (art. 1132 Belg. Ger.W. e.v.) zou ik niet willen bijvallen. Bij die regeling gaat het om herstel tegen uitspraken, die beïnvloed zijn door enig in het geding gepleegde ernstige oneerlijkheid, in de Nederlandse regeling in beginsel nog steeds beperkt tot uitspraken die in laatste (hoogste) ressort gewezen zijn en die dus reeds om die reden niet meer voor appel vatbaar zijn. Het doorbreken van "gewijsde zaak" wordt in dat verband verder met inachtneming van bijzondere procesvormen toegelaten, waarna - ingeval van succes - in de hoofdzaak (opnieuw) moet worden voortgeprocedeerd naar de gewone procesregels.

41. In casu gaat het om een wijzigingsbevoegdheid, die verleend is aan de rechter voor het geval dat - veelal later - een onmogelijkheid ontstaan of gebleken is om aan het met dwangsom gezekerde dictum te voldoen. Het betreft hier een geheel andere regeling, waarvan niet blijkt dat men daarbij het oog heeft gehad op de bedoelde herzieningsregelingen, die in de betrokken landen bovendien nog verschillen. Vgl. 35 hierboven.

De conclusie strekt tot beantwoording van de door de Hoge Raad der Nederlanden gestelde vragen van uitleg in de zin als hierboven onder 29 onderscheidenlijk onder 37 uiteengezet.

's-Gravenhage, 6 december 1991

De Eerste Advocaat-Generaal,