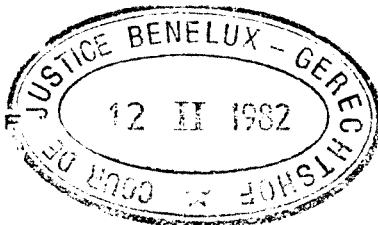


BENELUX - GERECHTSHOF
REGENTSCHAPSSTRAAT 39
1000 BRUSSEL
TEL. 513.86.80



COUR DE JUSTICE BENELUX
39, RUE DE LA RÉGENCE
1000 BRUXELLES
TÉL. 513.86.80

PARKET

A 81/3/7

PARQUET

Conclusie van Advocaat-Generaal F. DUMON

in zake : Theodorus Johannes LADAN
 t/
 Anna Cornelia Hendrika de BRUIN

Het arrest van 22 mei 1981 van de Hoge Raad der Nederlanden, waarbij aan ons Hof de beantwoording wordt gevraagd van een probleem van interpretatie van een gemeenschappelijke rechtsregel - welk probleem hierna zal worden gepreciseerd - omschrijft de feiten waarop de door ons Hof te geven uitleg moet worden toegepast alsmede de procedure die dienaangaande voor de Nederlandse rechtscolleges werd gevoerd als volgt :

"Bij exploit van 24 januari 1979 heeft verweerster in cassatie (Anna Cornelia Hendrika de Bruin) - verder te noemen de moeder - eiser tot cassatie (Theodorus Johannes Ladan) - de vader - in kort geding gedaagd voor de President van de Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage en gevorderd dat de vader veroordeeld wordt om binnen 24 uren na het in deze te wijzen vonnis een meisje, genaamd Patricia Daniëlle, aan de moeder af te geven, zulks op verbeurte van een dwangsom van f 250,-- per dag en met vergunning om het in deze te wijzen vonnis ten uitvoer te leggen bij lijfswang en Ladan in gijzeling te doen stellen totdat hij de werkelijke verblijfplaats van Patricia Daniëlle aan de moeder bekend heeft gemaakt.

Na verweer van de vader heeft de President bij vonnis van 14 februari 1979 de vader bevolen om binnen 48 uur na betekening van dat vonnis Patricia Daniëlle aan de moeder af te geven, met bepaling dat de vader voor iedere dag dat hij in gebreke blijft aan dit bevel te voldoen, een dwangsom van f 15,-- ten behoeve van de moeder zal verbeuren, een en ander uitvoerbaar bij voorraad en met afwijzing van het meer of anders gevorderde.

De President is tot deze uitspraak gekomen, na ter zake van de feiten het volgende te hebben vastgesteld :

"Het Gerechtshof te 's-Gravenhage heeft bij beschikking van 9 juni 1978 de moeder benoemd tot voogdes over het minderjarige kind van partijen Patricia Daniëlle, geboren op 13 augustus 1972, en de vader tot toeziend voogd, en heeft tevens de afgifte van het kind aan de moeder bevelen; deze beschikking is voor zover het betreft het bevel tot afgifte uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

Voornoemde beschikking is de vader betekend en de vader is bevel gedaan het kind Patricia aan de moeder af te geven; de vader is tot op heden in gebreke gebleven het kind, dat oorspronkelijk bij hem thuis verbleef doch later bij anderen is ondergebracht, aan de zorg van de moeder toe te vertrouwen.

De vader heeft tegen meergenoemde voogdijbeschikking beroep in cassatie ingesteld, welk beroep de Hoge Raad der Nederlanden op 10 november 1978 heeft verworpen.

Reeds in de maand juli 1978 heeft de moeder de vader in kort geding voor de President dezer Rechtbank doen dagvaarden, teneinde verlof te verkrijgen meergenoemde beschikking van het Hof bij lijfswang ten uitvoer te doen leggen, doch de moeder werd bij vonnis in kort geding van 21 juli 1978 niet ontvankelijk verklaard ...

De vader is op 14 december 1978 door de Politie-rechter in deze Rechtbank veroordeeld ter zake van het opzettelijk onttrekken van het minderjarige kind Patricia aan het over haar gestelde gezag, ...

De moeder heeft thans een nieuw kort geding procedure aangespannen, waarin zij niet meer - zoals de vorige keer - verlof vraagt om de voogdijbeschikking zelve door middel van lijfswang ten uitvoer te mogen leggen, doch waarin zij veroordeling bij vonnis van de vader vordert om haar het kind af te geven, zulks op verbeurte van een dwangsom en met uitvoerbaarverklaring van het vonnis door lijfswang.

De vader heeft hiertegen - kort en zakelijk samengevat - ten verweer aangevoerd, dat de moeder in haar vordering niet ontvankelijk moet worden verklaard, omdat voormelde - in kracht van gewijsde gegane - voogdijbeschikking haar reeds een executoriale titel tot het afdwingen van afgifte van het kind verschaft.

Naar het oordeel van de vader poogt de vrouw op ontoelaatbare wijze met behulp van een tweede executoriale titel en wel een titel in de vorm van een vonnis in kort geding, uitvoerbaar door middel van lijfswang, te bewerkstelligen, dat in feite toch de voogdijbeschikking met het daaraan gekoppelde bevel tot afgifte, in strijd met het bepaalde bij artikel 587, 2° van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, wordt ten uitvoer gelegd".

Van de uitspraak van de President is de vader in hoger beroep gekomen bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage, dat bij zijn thans bestreden arrest het vonnis van de President heeft bekrachtigd voor zover de daarin opgenomen veroordeling van de vader tot afgifte onder dwangsom de periode tot 1 augustus 1979 betreft".

De gestelde vragen.

De Hoge Raad der Nederlanden verzoekt ons Hof uitspraak te doen over de volgende vragen van uitleg van de Benelux-Overeenkomst van 26 november 1973 inzake de Eenvormige Wet betreffende de dwangsom en van de bij deze overeenkomst behorende Eenvormige Wet :

"A. Is de bedoelde Eenvormige Wet ook van toepassing op gevallen waarin de hoofdveroordeling in de zin van artikel 1 van die wet strekt tot nakoming van een verplichting uit het familierecht als waarvan in deze zaak sprake is" ?

"B. Zo neen, heeft genoemde Benelux-Overeenkomst de strekking (a) de mogelijkheid uit te sluiten dat in de nationale wetgeving van een of meer van de drie landen de toepasselijkheid van de regeling tot de onder 2 bedoelde gevallen wordt uitgebreid, dan wel (b) een dergelijke uitbreiding slechts toe te laten als de betreffende nationale wetgever zich dienaangaande uitdrukkelijk in die zin heeft uitgelaten" .

Onderzoek van de zin en van de draagwijdte van de Eenvormige Wet alsook van de doelstellingen die ten grondslag lagen aan de ondertekening en de goedkeuring van deze Wet.

Door zijn eerste vraag verzoekt de Hoge Raad der Nederlanden ons Hof te beslissen of de Eenvormige Wet betreffende de dwangsom - i.h.b. artikel 1 - de rechter in staat stelt een partij te veroordelen tot betaling van een dwangsom voor het geval dat aan de hoofdvordering niet wordt voldaan wanneer "de hoofdvordering ... strekt tot nakoming van een verplichting uit het familierecht" i.h.b. nakoming van een "omgangsregeling", in België geheten "regeling van bezoekreht".

Het antwoord is m.i. bevestigend.

De tekst van de eenvormige wet heeft een algemene strekking en behelst slechts één uitzondering die én wegens dit aldus omschreven algemeen toepassingsgebied én wegens de grondslag van deze wet, van strikte limitatieve toepassing moet blijven.

Om na te gaan wat de grondslag en het toepassingsgebied van de eenvormige wet zijn kan gewis reeds de tekst ons nuttige aanduidingen aan de hand doen, maar dit volstaat natuurlijk niet wanneer er andere bronnen aanwezig zijn waaruit ze te kennen en te preciseren zijn.

Deze bronnen zijn de gemeenschappelijke memorie van toelichting en nationale wettelijke bepalingen, i.h.b. de Nederlanse en secundair de Franse, zoals ook de jurisprudentie en de doctrine die deze nationale wettelijke bepalingen hebben toegelicht en geïnterpreteerd.

Het is immers, m.i., duidelijk dat de auteurs van de "Eenvormige Wet" - ondertekend op 26 november 1973 - bij het concipiëren en redigeren ervan zich grotendeels hebben laten leiden door het instituut van de dwangsom waarvan het bestaan in het Nederlands recht reeds in 1932

door een wet werd vastgesteld en gepreciseerd en ook door de Franse rechtspraak en de Franse wetgeving. Dit blijkt duidelijk uit de gemeenschappelijke memorie van toelichting waarin die wetgevingen aangehaald en gecommentarieerd worden.

Overigens, de Eenvormige Wet, voorbereid door de Benelux-Studiecommissie voor de eenmaking van het recht werd voorafgegaan door merkwaardige preadviezen van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland, waarin die nationale rechten omstandig zijn onderzocht, en zoals de auteurs van de Eenvormige Wet zich naderhand grotendeels erdoor hebben laten inspireren en leiden (1).

Om een einde te maken aan de uiteenlopende jurisprudentie op het stuk van de dwangsom, ofwel om de rechtzekerheid dienaangaande te bevorderen, heeft de Nederlandse Wetgevende Macht door de wet van 29 december 1932 tevens de mogelijkheid van de lijfswang beperkt en de dwangsom wettelijk geïnstitutionaliseerd en geregeld.

De bepalingen van deze wet werden vervangen, ingevolge artikel 1 van de Benelux-Overeenkomst houdende Eenvormige Wet betreffende de dwangsom, door deze wet die aldus opgenomen werd in de Nederlandse wetgeving en wel in de derde afdeling van de vijfde titel van het tweede boek van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering.

De wet van 1932 heeft aanleiding gegeven tot een belangrijke jurisprudentie en doctrine, en later samen met de aldus ontstane jurisprudentie en doctrine een essentiële invloed uitgeoefend op de tekst en de doelstellingen van de Eenvormige Wet.

(1) Preadviezen van prof. J. Ronse en van prof. Van Opstall - Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland - Jaarboek 1961-1962, p. 107 en volgende en 118 en volgende.

In Frankrijk, is het instituut van de dwangsom sinds jaren gekend en wordt door de Hoven en Rechtbanken zeer ruim toegepast.

Het heeft er nochtans een belangrijke evolutie ondergaan.

De Franse jurisprudentie maakt een onderscheid tussen de voorlopige en de definitieve dwangsom.

Betrekkelijk recente arresten van het Hof van Cassatie zagen hierin nog steeds het kenmerk en de hoedanigheid van een middel "destiné à réparer le préjudice pouvant résulter du retard à exécuter les décisions judiciaires"(1).

De wet van 5 juli 1972 "a donné à l'institution une assise légale qui lui avait toujours manqué et une unité qu'elle n'avait pas encore atteint en jurisprudence, l'astreinte définitive devenant, comme l'astreinte provisoire, un moyen de contrainte entièrement distinct des dommages-intérêts. Traitant dans son titre 2 "de l'astreinte en matière civile", la loi du 5 juillet 1972 relative à l'exécution des jugements y consacre ses articles 5 à 9 : l'article 5 décide que "les tribunaux peuvent, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de leurs décisions". L'article 6 précise notamment que "l'astreinte est indépendante des dommages-intérêts. Elle est provisoire ou définitive" (2).

In Luxemburg is de rechtsgeldigheid van de "comminatoire" dwangsom definitief erkend sedert het cassatie-arrest van 10 maart 1925 (3).

(1) Civ. 17 févr. 1965, Bull. civ. I, n° 139; 4 nov. 1959, préc.; 2 nov. 1960, Bull. civ. I, n° 465; V., avec une formule comparable, Com. 12 déc. 1966, Bull. civ. III, n° 478; Civ. 10 mai 1962, Gaz. Pal. 1962, 2, 131; Soc. 24 févr. 1960, D. 1960, Somm. 80.
Raadpl. Dalloz - Répertoire de droit civil - Tome I - op. cit. - V° Astreinte n° 19.

(2) Dalloz - Répertoire de droit civil - op. et loc. cit. n° 20.

(3) Pasic. Luxembourgeoise, T. XI, p. 193.

In België had de rechter vóór de inwerkingtreding van de eenvormige Benelux-wet geen bevoegdheid om de nakoming van zijn bevelen te verzekeren door een veroordeling tot betaling van een geldsom - dwangsom - die uitsluitend bij wijze van dwangmiddel wordt uitgesproken (1).

Nochtans kon de rechter een bijkomende veroordeling tot het betalen van een som per dag vertraging in het uitvoeren van de gevelde beslissing uitspreken wanneer die som tot doel heeft een werkelijk geleden schade goed te maken en derhalve steunt op artikel 1382 van het Burgerlijk wetboek.

Professor J. Ronse, in zijn reeds vermeld preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het Recht in Nederland en België (2), citeert en commentarieert de volgende arresten van het Hof van Cassatie die voor ons bijzonder interessant zijn daar zij het familierecht betreffen.

Het Hof van Cassatie oordeelde bij arrest van 9 januari 1879 (3), dat de rechter een gehuwde vrouw kon veroordelen om opnieuw haar intrek te nemen in de echtelijke woning. Er werd overwogen : "que le juge saisi, comme en l'espèce, d'une telle demande, et qui prononce une peine par jour de retard, ne fait en réalité que déterminer l'indemnité due à raison du dommage qu'entraîne pour le mari l'inexécution de la sentence ...".

"Heel typisch was het arrest van 23 juni 1887. De voorziening deed gelden dat de veroordeling tot 1.000 frs. per dag vertraging in de uitvoering van het vonnis neerkwam op "... une peine non établie par la loi, ou ... des dommages-intérêts, sans établir un préjudice qui n'était pas même allégué". Het hof besliste zonder meer "qu'une condamnation pécuniaire pour retard dans l'exécution d'une

(1) Cass. 24 januari 1924, Bull. en Pasic., 1924, I, 151.

(2) Op. cit., p. 114 en 115.

(3) Bull. en Pasic., 1879, I, 50.

décision judiciaire, constitue, non une pénalité dans le sens répressif ..., mais une indemnité pour l'inexécution d'une obligation autorisée par les articles 1142 et 1226 et suivants du Code civil". De begroting van deze vergoeding behoort tot de soevereine beoordelingsmacht van de feitenrechter. Deze uitspraken werden, wellicht ietwat te uitvoerig, aangehaald, omdat beweerd is dat zij de praktijk van de dwangsom niet zouden erkend hebben".

*
* *
*

Ik heb reeds onderstreept dat uit de tekst zelf van de Eenvormige Wet blijkt, dat zij een ruim toepassingsgebied moet hebben.

Nochtans rijzen nog de vragen, of :

- 1° de "wettelijkheid" van een veroordeling tot een dwangsom - dwangmiddel - beperkt blijft tot het privaatrecht en dan nog tot slechts een gedeelte van dat recht;
- 2° een dwangsom "wettelijk" mag worden uitgesproken wanneer de uitvoering van de beslissing van de rechter gewaarborgd wordt of kan worden door andere middelen of maatregelen dan een dwangsom : strafsanctie, administratieve sanctie, uitvoering met de bijstand van de sterke arm - manu militari --.

*
* *

De vraag nopens de eventuele beperking van het toepassingsgebied van de Eenvormige Wet kan rijzen omdat de gemeenschappelijke memorie van toelichting enerzijds i.h.b. van het privaatrecht spreekt en anderzijds herhaalt, zoals dat doorgaans wordt gedaan, dat de dwangsom dient tot het afdwingen van nakoming van verbintenissen of verplichtingen iets te geven, te doen of niet te doen, hetgeen typisch het verbintenissenrecht - deel van het burgerlijk recht - aanbelangt of betreft.

In de "Algemene opmerkingen" van deze memorie leest men o.m. "de tenuitvoerlegging van gerechtelijke beslissingen op het gebied van het privaatrecht brengt problemen mee die men gewoon is te benaderen ...".

In de commentaar bij het artikel 3 - in dezelfde memorie - staat te lezen "... daar de dwangsom op het terrein ligt van het burgerlijk recht, dat de betrekkingen tussen partijen beoogt te regelen".

Dezelfde memorie preciseert nochtans - op dezelfde bladzijde, in de volgende alinea - dat de bepalingen van de Eenvormige Wet van toepassing zijn voor de Staat en andere rechtspersonen van het publiek recht zowel in hoedanigheid van schuldeiser als van schuldenaar.

Alhoewel bepalingen van het burgerlijk recht dikwijls de grondslag vormen van een veroordeling van de Staat of van deze andere rechtspersonen - i.h.b. in zake "civielrechtelijke" aansprakelijkheid - gaat het nochtans ook, in die gevallen, om juridische verhoudingen die tot het publiekrecht behoren.

In zijn conclusie vóór het arrest van het Hof van Cassatie van 26 juni 1980,⁽¹⁾ preciseert de h. Advocaat-generaal Velu : "aux Pays-Bas, le juge judiciaire s'est reconnu un très large pouvoir d'injonction à l'égard de l'autorité

(1) Bull. en Pasic. 1980, I, 1348, i.h.b. p. 1362.

administrative dans tous les cas où celle-ci, ayant manqué à une obligation légale ou au simple devoir de prudence ou n'ayant pas agi avec la prudence voulue, a porté atteinte à des droits civils ou à des intérêts légitimes". Hij citeert dienaangaande Nederlandse jurisprudentie en doctrine, o.m. arresten van de Hoge Raad der Nederlanden.

Dezelfde beslissingen zijn in de Franse judiciaire jurisprudentie te vinden (1)(2).

Het Franse Hof van Cassatie beslist zelfs, dat de dwangsom uitgesproken mag worden als waarborg voor de uitvoering van een veroordeling gesteund op strafbepalinge (3)(4).

De gemeenschappelijke memorie van toelichting van onze Eenvormige Wet preciseert ook in de commentaar van artikel 5 : "Het artikel staat er verder niet aan in de weg dat tijdens het faillissement aan de curator een dwangsom wordt opgelegd".

-
- (1) Raadpl. Dalloz - Répertoire de droit civil - op. et loc. cit. nr 112 en volgende, i.h.b. nr 114.
- (2) De h. advocaat-generaal Velu overweegt : "Par un singulier paradoxe, en France, où les juridictions judiciaires ne constituent dans l'Etat qu'une simple autorité et non un Pouvoir et où le principe de la séparation est compris comme interdisant en principe à ces juridictions de juger les contestations où l'Etat et les autres personnes de droit public sont intéressés, il est généralement admis que ces juridictions disposent à l'encontre de l'autorité administrative du pouvoir de prononcer non seulement des injonctions mais aussi des astreintes" - op. et loc. cit. p. 1359.
- (3) Het Hof - Crim. kamer - besliste : a) op 13 januari 1938 : "Attendu que l'arrêt attaqué, après avoir prononcé condamnation contre les prévenus, a ordonné remise en place des boiseries enlevées, sous une astreinte de 500 fr. par jour pendant un mois, après lequel délai il sera dit droit; Attendu que les art. 161 et 189 C. inst. crim. imposent au juge de répression l'obligation de statuer sur les demandes en restitution présentées par toute partie qui a été lésée par l'infraction; que, d'autre part, aucune disposition légale ne fait obstacle à ce que le juge accorde à la partie civile, sur sa demande, une sanction pécuniaire qui lui permette d'avoir raison des retards qui viendraient à se produire dans l'exécution de la décision ; que, dès lors, en faisant droit aux conclusions de l'Etat, partie civile, aux fins de remise en place des boiseries litigieuses sous la sanction ci-dessus précisée, la cour d'appel n'a commis aucune violation de la loi;" (Gazette du Palais, 1938, I, 702);

./.

b) op 20 januari 1938 :

"Attendu qu'aucune disposition légale ne fait obstacle à ce que les juges correctionnels accordent à la partie civile, sur sa demande, une sanction pécuniaire qui lui permette d'avoir raison des retards qui viendraient à se produire dans l'exécution de leur décision; que, dès lors, le jugement attaqué a pu assortir d'une astreinte l'exécution de la fermeture du débit ordonnée en vertu de l'art. 161 C. inst. crim., à titre de réparation envers les parties civiles; que, ce faisant, il n'a commis aucune violation de la loi" (ibidem, p. 342).

(4) Le Répertoire Dalloz hierboven geciteerd doceert :

"L'astreinte peut aussi bien sanctionner une obligation délictuelle qu'une obligation contractuelle (Cunéo, n° 401; H. et L. Mazeaud, t. 3, n° 2507-4°)."

./.

De dwangsom mag ook in het procedurerecht toegepast worden.

In zijn arrest van 18 mei 1979 - nr 11.368 (1) - overwoog de Hoge Raad der Nederlanden : "onjuist is de stelling dat de artt. 116 en 117 Rv en 192 en 444 Sr uitputtend regelen welke de gevolgen zijn van het niet nakomen van de in art. 1946 eerste lid B.W. neergelegde getuigenplicht, en dat er geen plaats zou zijn voor een dwangsom als het Hof (d.w.z. het Gerechtshof of Hof van Beroep) aan de onderhavige veroordeling heeft verbonden. Uit de geschiedenis van de wet van 29 december 1932 (Stb 676) waarbij een regeling van de dwangsom is ingevoerd, blijkt dat de dwangsom kan worden opgelegd in de gevallen waarin tevoren alleen lijfswang mogelijk was".

De Franse Conseil d'Etat besliste in zijn arrest van 10 mei 1974 : "La faculté reconnue aux juges de prononcer une astreinte, en vue de l'exécution tant de leurs décisions que des mesures d'instruction qui en sont le préalable a le caractère d'un principe général du droit" (2).

Het komt me duidelijk voor, dat zo de dwangsom toepassing vindt of kan vinden t.a.v. veroordelingen of bevelen in het procedurerecht, in het handelsrecht - faillissementen -, in het staatsrecht en in het strafrecht of in de strafvordering, er niet de minste reden kan bestaan om in het privaatrecht haar wettelijkheid te beperken tot het vermogensrecht en ze uit te sluiten voor veroordelingen of bevelen die de persoonlijkheidsrechten en het familierecht aanbelangen. Ten andere niets in de tekst van de Eenvormige Wet, niets in de gemeenschappelijke memorie van toelichting en geen enkel argument of generlei beschouwing, ontleend aan de doelstellingen beoogd door de auteurs van deze Wet

(1) N.J. 1980, n° 213, p. 657. Dit arrest werd gewis gewezen na de ondertekening van Benelux-Overeenkomst houdende Eenvormige Wet betreffende de dwangsom, maar de Hoge Raad interpreteert niettemin aldus het Nederlands recht dat aan deze Overeenkomst ten grondslag ligt.

(2) Dalloz - Répertoire de procédure civile - V° Astreinte, n° 7.

en aan haar geest, zou een dergelijke uitsluiting kunnen verantwoorden, welintegendeel (1).

Steunend op het arrest van de Hoge Raad der Nederlanden van 23 december 1960 doceert men : "Oplegging van een dwangsom is ook in gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten mogelijk" (2).

*

* * *

De vraag dient nu gesteld te worden of de veroordeling tot een dwangsom wettelijk uitgesproken mag worden wanneer de uitvoering van de hoofdveroordeling gewaarborgd wordt of kan gewaarborgd worden door andere middelen : bijstand van de sterke arm, executie in natura of in specie die zou kunnen bewerkstelligd worden door een beslag, een boetebeding, strafsancties.

Het probleem dient onderzocht te worden omdat zich schuldig maakt aan het misdrijf, voorzien door artikel 369bis van het Belgisch Strafwetboek, i.h.b. de vader of de moeder die een kind onttrekt aan het "bezoekrecht" ("omgangsrecht") dat door de rechter werd bepaald (3).

Aldus wordt de eerbiediging van de gerechtelijke beslissing betreffende dat recht gewaarborgd door strafsancties.

-
- (1) "L'astreinte s'applique aussi bien aux obligations de faire et de ne pas faire qu'aux obligations de donner, aux obligations contractuelles ou délictuelles, qu'aux obligations légales. Il suffit que l'obligation soit licite et que son exécution soit possible". Dalloz - Répertoire, op. cit. et loc. cit. n° 100.
- (2) II Schadevergoeding en andere rechtsgevolgen Nr 238-7.
- (3) Cass. 7 april 1943 (Bull. en Pasic. 1943, I, 132), 18 december 1950 (ibid. 1951, I, 257). Raadpl. ook Cass. 22 oktober 1980, Revue de droit pénal et de criminologie 1980-1981, p. 200.

Ik zeg het dadelijk omdat in de Nederlandse literatuur het probleem of een dwangsom ter afdwinging van een omgangsregeling mag worden uitgesproken een omstreden zaak is (1). De jurisprudentie van de feitenrechters neemt doorgaans aan, dat een veroordeling tot een dwangsom "wettelijk" is (2) en uit de geschiedenis van het wetsontwerp nr 15.638 (herziening van het scheidingsprocesrecht en het omgangsrecht in verband met de scheiding), welk ontwerp op 9 april 1981 is aangenomen door de tweede kamer, blijkt dat oplegging van een dwangsom in beginsel niet uitgesloten wordt geacht (3).

(1)(3) Men leest in de merkwaardige conclusie die door de h. Haak, wnd. advocaat-generaal, genomen werd vóór het arrest van de Hoge Raad dat ons thans vragen stelt :

a) "Beziet men de literatuur, dan klinkt een duidelijke aarzeling door, al is de teneur toch wel zo, dat een dwangsom theoretisch niet uitgesloten wordt geacht. Ik verwijs naar Asser-De Ruiter-Moltmaker, 1-II, 1976, p. 271; Pitlo-Kasdorp, 1979, p. 262; deRuiter, Belangrijk bezoek, inaug. rede V.U. 1970, p. 21, 22; Monique W.E. Koopmann, Het nieuwe echtscheidingsrecht, 1980, p. 70; Doek, Familie- en Jeugdrecht, 1978, p. 26, 27; Koens, Familie- en Jeugdrecht, 1980, p. 6; Prinsen, Advocatenblad 1980, p. 280".

b) "Beziet men de geschiedenis van het reeds eerder genoemde wetsontwerp nr 15.638 (Herziening van het scheidingsprocesrecht en het omgangsrecht in verband met scheiding), welk ontwerp op 9 april 1981 is aangenomen door de Tweede Kamer (Handelingen II, 1981, p. 4684), dan wordt oplegging van een dwangsom in beginsel niet uitgesloten geacht; vgl. M.v.T., p. 7, 8; M.v.A., p. 12; vgl. eveneens I. Jansen, Familie- en Jeugdrecht, 1981, p. 20, 21."

c) "Nog in 1973 achtte driekwart van de kinderrechters sancties bij een omgangsregeling niet mogelijk (vgl. Rueb, Uitslag enquête omgangsregeling, N.J.B. 1973, p. 140). In het in 1975 op verzoek van het Ministerie van C.R.M. uitgebrachte rapport 'Omgang tussen ouders en kind na scheiding der ouders' meent de Nederlandse Gezinsraad (p.44), dat sancties om nakoming van een opgelegde omgangsregeling te verzekeren ongewenst zijn. Daartegenover verscheen in 1976 een Rapport van de Projectgroep Omgangsrecht 'De Raad in de omgang', ingesteld door de Directie Kinderbescherming van het Ministerie van Justitie, welk rapport (p. 20 e.v.) de dwangsom bij het omgangsrecht als enige executiemiddel en tevens als uiterste middel in aanmerking laat komen. Maatregelen van kindbescherming."

(2) Een dwangsom bij niet nakoming van een omgangsregeling werd opgelegd, maar natuurlijk met de voorzichtigheid die geboden is in de familiale betrekkingen, door : Arr. rechtbank Utrecht, 25 april 1975 (N.J. 1975, nr 430); arr. rechtbank Alkmaar, 25 juli 1978 (ibid. 1979, nr 249); arr. rechtbank Utrecht, 23 juli 1980 (ibidem 1981, nr 248); Hof Arnhem, 10 april 1973 (ibidem 1973, nr 512); Het Hof te Amsterdam overwoog nochtans in zijn arrest van 29 juni 1977 (ibid. 1978, nr 158) : Als nakoming omgangsregeling slechts door dreiging van verbeurte van een dwangsom kan worden afgedwongen, is daarmee de regeling zelf veroordeeld. Het kan nimmer in het belang van het kind zijn wanneer omgang met de

./.

andere ouder afhankelijk wordt gesteld van al of niet bereidheid van de ouder-voogd tot betaling van een dwangsom. In zaken als deze moet van sanctie op een rechterlijk bevel in de vorm van een dwangsom worden afgezien, hoe onbevredigend dit op zichzelf ook moge zijn.

./.

De opvattingen gegeven in een nationale doctrine, de praktijk en een nationale jurisprudentie van de feitenrechter volstaan gewis niet om het ons mogelijk te maken, bij het beantwoorden van de vragen die ons door de Hoge Raad der Nederlanden worden gesteld, overeenkomstig de opdracht die ons door het Verdrag van 31 maart 1965 wordt toevertrouwd te beslissen wat de zin en de draagwijdte van de Eenvormige Wet zijn. Maar zij kunnen natuurlijk als leidraad dienen en ons houvast bieden op het stuk van de noodzakelijkheid van rechtszekerheid.

De interpretatie van bedoelde jurisprudentie komt me verantwoord voor daar ze verenigbaar is met

- 1) de tekst en de geest van de Eenvormige Wet alsook met de bedoelingen van haar auteurs,
- 2) het algemeen stelsel van het instituut van de dwangsom zoals het in de jurisprudentie en de doctrine in Nederland en Frankrijk wordt opgevat;
- 3) de vereisten en opvattingen van onze tegenwoordige beschaving nopens de familiale betrekkingen, vereisten en opvattingen waaraan voorzeker de auteurs van de Eenvormige Wet niet onverschillig zijn voorbijgegaan.

*

* *

Men neemt doorgaans aan, zowel in Nederland als in Frankrijk, dat het bestaan van andere maatregelen dan de dwangsom, die de tenuitvoerbrenging van het juridictioneel bevel of van het vonnis, het arrest of de beschikking waarborgt, de veroordeling tot de eventuele "verbeurte van een dwangsom" wettelijk niet belet. Het rust natuurlijk steeds op de bevoegde rechter te oordelen, in specie, of die veroordeling gepast en nuttig lijkt. Maar dit is kennelijk een probleem waarmee ons Hof zich niet kan bezighouden.

Men doceert "aan de oplegging van een dwangsom staat niet in de weg, dat bij overeenkomst op de niet-nakoming een boete is gesteld" (1) en men citeert verscheidene arresten, vonnissen of beschikkingen waarbij in die zin uitspraken worden gegeven (2).

Gabriël Luc Ballon in zijn zeer verdienstelijke verhandeling over de dwangsom schrijft, m.i. geheel terecht, "Uit het bestaan van de uitzondering (bepaald in artikel 1 van de Eenvormige Wet) mag echter niet besloten worden dat zodra reële executie mogelijk is, een dwangsom steeds uitgesloten moet worden geacht" ... "De Franse en Nederlandse rechtsleer staan op dat standpunt" (3).

(1) II Schadevergoeding en andere rechtsgevolgen - Nr 238-4.

(2) Hof Arnhem, 1 november 1933, N.J. 1934, 399; Pres. Amsterdam, 11 september 1936, N.J. 1937, 532; Hof 's-Hertogenbosch 14 september 1937, N.J. 1938, 154; Hof 's-Gravenhage 9 november 1939, N.J. 1930, 171; Pres. Zutphen 11 november 1939, N.J. 1941, 373; Hof 's-Gravenhage 11 juni 1943, N.J. 1944, 241; Hof Amsterdam 30 januari 1946, N.J. 1946, 375; Hof 's-Hertogenbosch 4 december 1952, N.J. 1953, 543; Pres. Haarlem, 28 juli 1955, N.J. 1956, 69; Hof Arnhem 29 november 1961, N.J. 1962, 182; Hof 's-Hertogenbosch 16 juni 1964, N.J. 1965, 404; Hof Amsterdam 11 mei 1967, N.J. 1967, 319.
Anders : Hof 's-Gravenhage 11 februari 1935, N.J. 1935, 894.
Vergelijk : H.R. 21 december 1956, N.J. 1957, 126 (L.E.H.R.)

(3) Algemene Practische Rechtsverzameling - Dwangsom - nr 79, p. 31.

Professor Storme schrijft in dezelfde zin :

"Gezien het specifiek karakter van de dwangsom is het duidelijk dat de dwangsom kan gecumuleerd worden met een schadevergoeding met een verhogingsbeding of met door bijzondere wetten voorziene specifieke sancties ..."(1).

De Hoge Raad der Nederlanden, in zijn arrest van 16 december 1977, besliste dat "krakers" die dus aan andere personen toebehorende panden hadden bezet en aan wie bevolen werd de panden te ontruimen, eveneens wettelijk tot een dwangsom veroordeeld konden worden (2).

In Frankrijk wordt ook aangenomen, dat de dwangsom vatbaar is voor een dergelijke ruime toepassing.

In het Répertoire Dalloz staat te lezen :

"D'innombrables arrêts témoignent de ce que l'astreinte peut être utilisée contre le débiteur, alors même que l'obligation pourrait être exécutée en nature par un tiers aux frais du débiteur en vertu de l'article 1143 du Code civil (Req. 14 mars 1927, D.H. 1927, 274) ou en vertu de l'article 1144 (Req. 3 nov. 1930, D. H. 1930, 605; Trib. comm. Seine, 23 juin 1947, 1, 506 ; Besançon, 4 déc. 1946, Gaz. Pal. 1946, 1, 20). De même l'astreinte peut être employée pour contraindre le débiteur à une exécution directe, qui pourrait être obtenue par voie de saisie (Comp. Douai, 28 mai 1873, D.P. 75, 2, 31) ou manu militari (Req. 8 nov. 1864, D. P. 65, 1, 389 ; 26 juin 1878, S. 79, 1, 176). La saisie est en effet une procédure longue et coûteuse ; l'emploi de la force publique

(1) M. Storme - Een revolutionaire hervorming : de dwangsom - nr 13 - p. 230 - T.P.R. 1980.

(2) N.J., 1978, nr 561.

est un moyen brutal, parfois sans résultat durable. L'astreinte en recherchant le concours actif du débiteur, conserve donc son utilité et n'exclut pas, en cas d'échec le retour ultérieur aux procédures d'exécution. En outre le créancier, qui dispose d'un titre exécutoire, ne peut pas se flatter d'obtenir à tout coup le concours de la force publique pour le faire exécuter manu militari ; l'expérience démontre en effet que l'Administration est souvent réticente ou fort lente, pour des raisons d'ordre social, à autoriser ce recours à la force publique (Calbairac - L'exécution de décisions de justice D. 1947 - Chron. 85) ..." (1).

Ballon oordeelt in zijn reeds geciteerde verhandeling : "een dwangsom kan in principe ook door de strafrechter worden uitgesproken. De wet maakt immers geen enkele beperking ten aanzien van de aard van de veroordeling die zou toelaten de strafrechter uit te sluiten..." (2). Hij sluit niet uit dat wettig zijn het opleggen door de strafrechter van een geldboete wegens de vertraging in de publicatie van een recht van antwoord (3) en het vellen van een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom, maar hij stipt aan dat "het de rechter meestal niet opportuun zal voorkomen om én een geldboete per dag vertraging én een dwangsom op te leggen bestemd om de inlassing van het antwoord binnen de gestelde termijn te verzekeren ..." (4). In verband met rechtsvorderingen tot nakoming van een bevel tot staken van oneerlijke handelspraktijken, schrijft dezelfde auteur : "Inzake oneerlijke handelspraktijken voorziet art. 62

(1) Dalloz - Répertoire de droit civil - v° Astreinte, n° 99.

(2) Op.cit., nr 97, p. 37.

(3) Art. 5, tweede lid van de Belgische wet van 23 juni 1961 betreffende het recht tot antwoord bepaalt : "Indien de dag van het vonnis het antwoord nog niet werd opgenomen, gelast de rechtbank de opnemng binnen een termijn die zij vaststelt en veroordeelt zij bovendien de uitgever tot een geldboete van honderd frank per dag vertraging van of het verstrijken van deze termijn".

(4) Op.cit., nr 264 en 265, p. 93.

van de Wet van 14 juli 1971 in correctionele straffen voor het geval dat een bevel tot staken van de gewraakte praktijken, dat in kracht van gewijsde is gegaan, niet wordt nagekomen. Het feit echter dat in zulk een sanctie krachtens een uitdrukkelijke wetsbepaling voor alle bevelschriften tot staken is voorzien, belet de voorzitter van de rechtbank van koophandel niet zijn uitspraak met een dwangsom te sanctioneren Elders is er trouwens al op gewezen dat de voorzitter van de rechtbank van koophandel, zitting houdende ter zake van de Wet van 14 juli 1971 betreffende de handelspraktijken, bevoegd moet worden geacht tot het opleggen van een dwangsom (zie boven, nr 94)" (1).

*

* *

Wanneer het ondergaan van strafrechterlijke sancties, i.h.b. ter nakoming van burgerlijke of handelsverplichtingen, kan vermeden worden, dient dat begunstigd te worden en daarom is het opleggen van een dwangsom uiterst gezond. Men mag of moet oordelen dat dit ook de opvatting van de auteurs van de Eenvormige Wet is geweest.

In het familierecht kan gewis gedacht worden aan de bijstand van de sterke arm - manu militari -.

(1) Op.cit., nr 267, p. 95.

Men kan gewis denken aan het aanwenden van de macht, een beroep doen op de sterke hand, om een gehuwde vrouw die veroordeeld werd om opnieuw haar intrek te nemen in de echtelijke woning onder dwang te verplichten zich in die woning te vervoegen.

Men kan ook denken aan gelijkaardige dwangmaatregelen om de eerbiediging van een omgangsregeling te bewerkstelligen. Maar ... enerzijds, zoals een Franse auteur destijds schreef : "c'est fort bien de ramener l'épouse (ou même l'époux ... pourquoi pas ?) au domicile conjugal ... mais il faut qu'elle y reste!" , anderzijds of het aanwenden van dergelijke maatregelen verzoenbaar is met de waardigheid van de personen en zelfs met het principe "nemo praecise potest cogi ad factum" is twijfelachtig en ten slotte zijn bedoelde maatregelen m.i. in de meeste gevallen op zijn minst ongezond en nadelig voor de goede verstandhouding die tussen leden van een gezin, of gewezen gezin moeten heersen.

Men moet, mij dunkt, tot de overtuiging komen, dat deze beschouwingen en opvattingen door de auteurs van de Eenvormige Wet uitgedrukt zouden zijn indien zij de gelegenheid hadden gehad dit met zoveel woorden te zeggen.

Men mag en men moet derhalve oordelen niet alleen dat de Eenvormige Wet niet verbiedt dat een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom uitgesproken wordt wanneer de hoofdveroordeling de nakoming van een verplichting uit het familierecht betreft, maar tevens dat een dergelijke veroordeling zelfs volledig strookt met de teksten, de geest van die wet en met de doelstellingen die auteurs voor ogen hebben gestaan.

Opvattingen van de "partijen" over de gestelde vragen. Hun aan ons Hof voorgelegde "memories".

1° De partij Anna Cornelia Hendrika de Bruin betoogt :

"... in de onderhavige zaak was het belang van verweerster in cassatie er in gelegen dat eiser tot cassatie een handeling zou verrichten, te weten het afgevan aan haar, verweerster in cassatie van der partijen jongste kind. De Rechter heeft, gebruikmakende van zijn discretionaire bevoegdheid geweigerd aan de veroordeling tot afgifte te koppelen het middel van lijfswang en, wederom gebruikmakende van zijn discretionaire bevoegdheid, aan de veroordeling tot afgifte gekoppeld de verbeurte van een dwangsom bij niet-nakoming van de uit die veroordeling voortspruitende hoofdverplichting.

Gelet op de formulering van met name de artikelen 1, 2 en 4 van de Eenvormige Wet, moet worden geconstateerd dat het toch de bedoeling van de Verdragsluitende Staten is geweest de toepassing van het opleggen van een dwangsom over te laten aan de Rechter, hetgeen temeer klemt nu uitdrukkelijk in de slotzin van artikel 1, lid 1, is aangegeven in welk geval een dwangsom juist niet kan worden opgelegd.

In die lijn moet worden aangenomen dat de Eenvormige Wet ook van toepassing is op gevallen waarin de hoofdveroordeling in de zin van artikel 1 van die wet strekt tot nakoming van een verplichting uit het familierecht.

Terecht wordt, algemeen gezegd, het standpunt gehuldigd dat het opleggen van een dwangsom wel zinvol moet zijn, hetgeen wil zeggen dat uit het opleggen van een dwangsom voor de veroordeelde partij de prikkel moet voortvloeien aan de hoofdveroordeling te voldoen. Verwezen moge worden naar H.R. 18-5-79, NJ '80-213 (W.H.H.), zulks in verband met

het navolgende. De dwangsom is in beginsel gegeven voor het gehele burgerlijk recht, waarbij in de eerste plaats en voornamelijk is te denken aan het vermogensrecht, doch zulks neemt niet weg dat ook ten aanzien van verplichtingen uit regels van personen- en familierecht een dwangsom mogelijk is, al zijn daarop uitzonderingen. Juist in de stellingname dat een dwangsom mogelijk is doch dat daarop eveneens tegelijkertijd uitzonderingen mogelijk zijn, ligt verscholen dat het al dan niet opleggen van een dwangsom voortspruit uit een belangenafweging. Waar die belangenafweging aan de Rechter is voorbehouden, is het wenselijk de beslissing ten aanzien van het al dan niet opleggen van een dwangsom eveneens aan die Rechter over te laten.

Bij voortduring zal de vraag centraal staan welk effect de dwangsom in het specifieke geval beoogt, anders gezegd, of het risico van het verbeuren van de dwangsom de effectieve prikkel vormt om de veroordeelde te bewegen de verplichting uit de hoofdveroordeling na te komen en daarbij of die verplichting zelve van dien aard is dat nakoming in volle omgang naar verwachting zal plaatsvinden en niet dat de nakoming wel plaatsvindt doch gebrekkig. De kwaliteit van de te verrichten handeling speelt een rol van betekenis bij de beoordeling van de vraag of het opleggen van een dwangsom in casu aanbeveling verdient. Zo is het begrijpelijk dat het opleggen van een dwangsom om de veroordeelde te dwingen bijvoorbeeld een arbeidsverplichting na te komen, zinloos is te noemen.

Bij het personen- en familierecht, waarin veelal de verhoudingen tussen partijen gevoelige raakvlakken hebben, dient de dwangsom weliswaar tot de mogelijkheden te behoren, mits de aard van de betrokken rechtsverhouding zich daartegen niet verzet. De uiteindelijke beslissing dienaangaande dient aan de Rechter te worden voorbehouden".

2° De partij Theodorus Johannes Ladan betoogt in haar memorie ... ;

⚡ Hij moge verwijzen naar de op dit stuk bestaande literatuur, met name op de uitgave, verschenen bij Kluwer Deventer, Nederland 1980, van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, nr 31, genaamd "EXECUTIEMIDDELEN", de sanctionering van vonnissen, veroordelend tot een andere praestatie dan het betalen van geld", van de hand van Mr R.M. Blaauw.

Met name moge hij wijzen op het na te melden citaat daaruit, voorkomende op blz. 7 :

"Tweede element is het "klassieke" relativiteits- of "Schutznorm"-vereiste : de betrokken norm moet strekken tot bescherming van eiser in het bedreigde belang. Nauw met deze relativiteitseis verwant, maar daarvan toch te onderscheiden voorvragen zijn nog de vraag, of de betreffende norm wel door art. 1401 B.W. is gesanctioneerd en de vraag, of het bedreigde belang wel onder de "beschermingsomvang" van art. 1401 B.W. - wel te onderscheiden van de norm, waarnaar art. 1401 B.W. verwijst : daarop ziet de "gewone" relativiteitseis - valt ; aan beide vragen wordt, vooral naar aanleiding van enige recente uitspraken van de Hoge Raad, de laatste tijd vrij veel aandacht besteed. De eerste vraag dient bijv. ontkennend beantwoord te worden in geval van dreigende wanprestatie (tenzij naast een verbintenis ook een andere rechtsplicht geschonden dreigt te worden), in het kader van de onrechtmatige overheidsdaad bij de zogenaamde "instructienormen" en bij vele (niet-vermogensrechtelijke) familierechtelijke verplichtingen. Misschien doelde de Hoge Raad ook op deze vraag, toen hij de vraag stelde en (bevestigend) beantwoordde of de getuigplicht van art. 1946 B.W. rechtstreeks strekt ter bescherming van de belangen van de partij in een burgerlijk

geding. Ook het arrest H.R. 15 mei 1970, N.J. 1970, 327 m.o. G.J.S. dient naar mijn mening in deze sleutel geplaatst te worden. De tweede vraag speelt vooral, wanneer het betrokken belang het algemeen of een zuiver idëel belang is, maar ook wanneer er schade dreigt aan een niet rechtmatig belang".

Hieruit blijkt dat dwangsommen inzake familie-rechtelijke verplichtingen geacht worden niet te vallen onder de werking van dwangsommen.

Ook blijkt dat dwangsommen plegen te worden opgelegd ter voorkoming van onrechtmatig handelen jegens degene die de dwangsommen opeist.

In casu kan niet gesproken worden van onrechtmatig handelen jegens partij de Bruin die als moeder uiteindelijk belast werd met de voogdij.

Zij trad in dit geding niet op in haar hoedanigheid van moeder-voogdes voor het minderjarige kind. In dat geval zou zij machtiging hebben moeten gehad van den Kantonrechter, op straffe van niet-ontvankelijkheid".

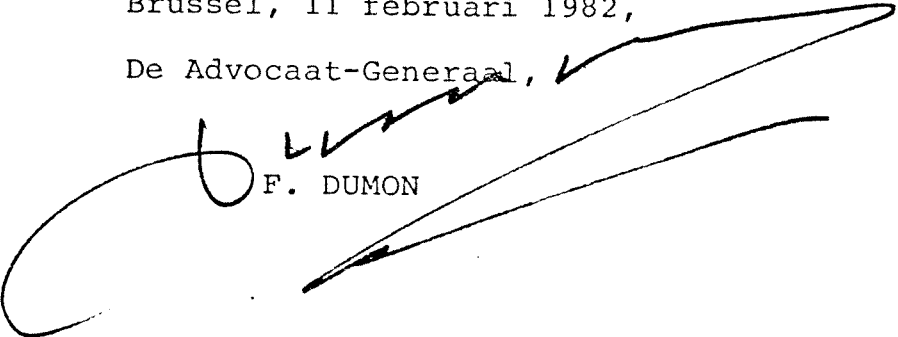
Ik ben zo vrij te menen, dat hetgeen ik hierboven heb uiteengezet, naar aanleiding van het onderzoek van de zin en de draagwijdte van de Eenvormige Wet, ter beantwoording van deze beide memories geen verder betoog behoeft.

Mijn antwoord op de vraag A, ons door de Hoge Raad der Nederlanden gesteld is derhalve : ja.

Ik hoof - en vermag - bijgevolg de vraag B (a) en (b) niet meer te beantwoorden.

Brussel, 11 februari 1982,

De Advocaat-Generaal,



F. DUMON