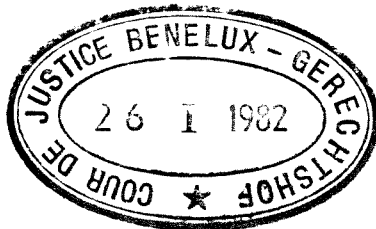


BENELUX - GERECHTSHOF  
REGENTSCHAPSSTRAAT 39  
1000 BRUSSEL  
TEL. 513.86.80

PARKET



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

PARQUET

A 81/6/6

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL F. DUMON

A 81/6            in zake : Maria Martina Wassenburg  
                  tegen     : Guillaume Leandre Gustave Maria Petit

Het arrest van 26 juni 1981 van de Hoge Raad der Nederlanden waarbij aan ons Hof de beantwoording wordt gevraagd van een probleem van interpretatie van een gemeenschappelijke rechtsregel - probleem dat hierna zal worden gepreciseerd - omschrijft de feiten waarop de door ons Hof te geven uitleg moet worden toegepast alsook de procedure die dienaangaande voor de Nederlandse rechtscolleges werd gevoerd als volgt :

"Nadat tussen partijen (M.M. Wassenburg en G.L.G.M. Petit) echtscheiding was uitgesproken heeft de Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage bij beschikking van 6 oktober 1975 de moeder benoemd tot voogdes over de minderjarige kinderen van partijen, geboren onderscheidenlijk in 1970 en 1972, en de vader tot toeziend voogd. Bij die beschikking heeft de Rechtbank voorts een reeds tijdens het echtscheidingsgeding getroffen omgangsregeling tussen de vader en de kinderen gehandhaafd, onder heropening en schorsing van het onderzoek met het oog op een eventuele uitbreiding van de omgangsregeling voor rapport en advies van de Raad voor de Kinderbescherming. Bij haar beschikking van 24 mei 1976 heeft de Rechtbank haar beschikking van 6 oktober 1975 aangaande de omgangsregeling gehandhaafd, met dien verstande dat de vader eenmaal per twee weken op zondag van 14.00 uur tot 18.00 uur contact met de kinderen zal mogen hebben. Een en ander steunt op artikel 161, lid 5, van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, voor zover luidende : "De Rechtbank kan op vordering onderscheidenlijk verzoek van beide ouders of van één van hen een regeling treffen

inzake de omgang tussen het kind en de ouder die niet met het gezag over het kind is of zal worden belast". De Kinderrechter in voormelde rechtbank, tot wie de vader zich had gewend ter verkrijging van wijziging van de beschikking van 24 mei 1976, heeft bij beschikking van 23 juni 1978 bepaald dat de vader eenmaal per twee weken op zondag de kinderen van 11.00 uur tot 18.00 uur mee zal mogen nemen, terwijl hij ten aanzien van de verzochte uitbreiding het onderzoek heeft geschorst voor rapport en advies van de Raad voor de Kinderbescherming.

"In het onderhavige kort geding, ingeleid bij dagvaarding van 5 september 1978, heeft de vader de veroordeling van de moeder gevorderd tot nakoming van de als voormeld getroffen omgangsregeling, met uitvoerbaarverklaring van het te wijzen vonnis bij lijfswang, althans met machtiging van de vader om het vonnis ten uitvoer te doen leggen met behulp van justitie en politie, en voorts met bepaling dat de moeder bij niet-voldoening aan het vonnis een dwangsom zal verbeuren.

De President van de Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage heeft deze vordering bij vonnis van 14 april 1980 toegewezen, behalve voor wat betreft de uitvoerbaarverklaring bij lijfswang en met behulp van justitie en politie. Het Hof (het gerechtshof, d.w.z. in België: het Hof van beroep) heeft dit vonnis bekrachtigd" (bij arrest dat voor de Hoge Raad der Nederlanden thans wordt bestreden).

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 een 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 A 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 ?

I.  Een probleem van bevoegdheid van het Benelux-Gerechtshof.

De Heer Petit meent dat het Benelux-Gerechtshof "niet bevoegd is om van de vraag van de Hoge Raad kennis te nemen nu op het moment waarop de vordering met betrekking tot de dwangsom werd ingesteld er nog geen sprake was van gemeenschappelijke rechtsregels!"

Hij steunt zijn opvatting over de onbevoegdheid van het Hof op de volgende overwegingen :

"Gedagvaard werd op 5 september 1978 tegen 15 september 1978. De Benelux-Overeenkomst van 26 november 1973 met de daarbij behorende Eenvormige Wet trad voor Nederland en Luxemburg in werking op 1 oktober 1978 en voor België op 1 maart 1980. Op het moment waarop nakoming met dwangsom door verweerder in cassatie, de heer Petit, aan de President van de Arrondissements-Rechtbank te 's-Gravenhage gevraagd werd (5.9.1978) was voornoemde overeenkomst nog voor geen van de drie landen in werking

getreden. Op het moment waarop de Haagse President echter zijn veroordelend vonnis wees (14.4.1980) was bedoelde overeenkomst wel van kracht voor alle drie de landen.

De derde afdeling van het tweede boek van het Nederlandse wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering - betreffende de dwangsom - trad in werking op 1 januari 1978. Deze wet (23 maart 1977 S. 184) is alleen van toepassing op dwangsommen, verschuldigd op grond van een na de inwerkingtreding van de wet uitgesproken veroordeling (art. IV). De betreffende Nederlandse wetsbepalingen zijn in casu derhalve van toepassing. Deze bepalingen zijn tot stand gekomen vanwege voornoemde Overeenkomst en Eenvormige Wet. Dit maakt echter Uw Hof nog niet zonder meer bevoegd om van de vraag van de Hoge Raad der Nederlanden kennis te nemen.

Op het moment waarop de vordering ex art. 611 A en volgende van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering werd ingesteld was immers bedoelde Overeenkomst een Eenvormige Wet nog niet van kracht voor de drie landen en zelfs nog niet voor Nederland. Er kon op dat moment nog niet gesproken worden van gemeenschappelijke rechtsregels, ook al had Nederland conform art. 1 van de Overeenkomst de regels van de Wet in de Nederlandse wetgeving opgenomen.

De heer Petit meent dat uw Hof niet bevoegd is van de vraag van de Hoge Raad kennis te nemen nu op het moment waarop de vordering met betrekking tot de dwangsom werd ingesteld er nog geen sprake was van gemeenschappelijke rechtsregels."

Alhoewel het probleem dat ons aldus wordt voorgelegd niet zo eenvoudig te beantwoorden is en door sommigen als kies en moeilijk zou kunnen worden beschouwd, meen ik nochtans onmiddellijk te mogen zeggen dat ons Hof ten deze wel degelijk bevoegd is.

Ik moge hier aanstippen, dat noch de ministers van justitie noch de "partij" M.M. Wassenburg het gepast of aangewezen geoordeeld hebben hun zienswijze in een memorie van antwoord daarover kenbaar te maken.

a) Een voorafgaand probleem nopens de "bevoegdheden" van ons Hof.

Is ons Hof bevoegd om zich uit te spreken over zijn "bevoegdheid" om derhalve te beslissen over de opgeworpen "exceptie" van onbevoegdheid ?

Een bevestigend antwoord is natuurlijk dienaangaande geboden. Ieder rechtscollege waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor een voorziening bij een ander gerecht of bij een andere autoriteit moet zich, uiteraard, daarover kunnen uitspreken; uitzonderingen kunnen, in dat opzicht, ingevoerd worden voor de andere rechtscolleges.

Ons Hof is derhalve bevoegd om zich over de "exceptie" uit te spreken, ongeacht of de exceptie door een "partij", door een "minister" of door het Hof zelf van ambtswege wordt opgeworpen.

Het is duidelijk dat zo het Hof verzocht zou worden zich uit te spreken over iets waarvoor het geen rechtsmacht werd toegekend - noch interpretatie van gemeenschappelijke rechtsregels, noch een vraag van een ambtenaar - zoals bedoeld door het Protocol ondertekend te 's-Gravenhage op 29 april 1969 - het zich onbevoegd zou moeten verklaren.

Het ligt ook voor de hand dat indien een nationaal rechtscollege of een regering het zou verzoeken zich uit te spreken over de interpretatie van rechtsregels die niet de hoedanigheid van gemeenschappelijke rechtsregels in de zin van artikel 1 van het Verdrag van 31 maart 1965 zouden hebben, het Hof zich onbevoegd zou dienen te verklaren. Dat heeft het trouwens gedaan in zijn arrest van 25 mei 1979 - zaak 78/3. (1)

---

(1) Jurisprudentie van het Hof 1975-1979, p. 213 en volgende.

In dezelfde gedachtengang zou het Hof ook bevoegd zijn om te beslissen of het Comité van Ministers op geldige wijze, met toepassing van artikel 1 - 2 - 3 en 4 van het Verdrag van 31 maart 1965, het karakter van gemeenschappelijk rechtsregel aan een norm heeft toegekend, en dienvolgens of het rechtsmacht heeft om zich over de interpretatie ervan uit te spreken (1).

\*  
\*       \*  
\*

De thans opgeworpen "exceptie" betreft niet - zoals dat het geval was toen het Hof zijn evengenoemd arrest van 25 mei 1979, zaak 78/3 wees - de vraag of een regel, op de ogenblikken waarop de vraag van interpretatie wordt voorgelegd en waarop daarover uitspraak dient gedaan te worden, het karakter van gemeenschappelijke rechtsregel, in de zin van artikel 1 van het Verdrag van 31 maart 1965, bezit (2) ... maar wel de vraag of de rechtsregel waarvan ten deze de President van de Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage en daarna het gerechtshof aldaar toepassing hebben gemaakt of moesten maken, en waarvan de Hoge Raad der Nederlanden om een interpretatie verzoekt louter een nationale rechtsregel is en als dusdanig niet vatbaar is voor een interpretatie door ons Hof dan wel of die regel reeds het karakter van gemeenschappelijke rechtsregel bezat.

Men zou geneigd kunnen zijn te oordelen, dat het uitsluitend aan de nationale rechtscolleges staat, en derhalve niet aan ons Hof, te beslissen of ze ofwel van een

- 
- (1) Raadpl. dienaangaande : a) het advies van de Belgische Raad van State - Stukken Kamer - zitting 1966-1967 - N. 338 N° 1, p. 21 en 22, en b) La Cour de Justice Benelux - Bruylant, 1980, p. 76, 77 en 78.
- (2) Er bestaat dienaangaande thans geen probleem vermits het Verdrag van 26 november 1972 houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom tussen de drie lid-Staten op 1 maart 1980 in werking is getreden.

nationale rechtsregel ofwel van een gemeenschappelijke rechtsregel toepassing hebben gemaakt of dienden te maken en derhalve dat, wanneer een nationale rechter ons een vraag van interpretatie voorlegt, dit betekent of kan betekenen dat hij, op onaantastbare wijze, wat onze bevoegdheid betreft, van oordeel is dat een gemeenschappelijke rechtsregel van toepassing is of eventueel kan zijn en dat derhalve, vermits een vraag van interpretatie van een dergelijke rechtsregel wordt voorgelegd, wij noodzakelijk bevoegd zijn. Men zou ook, om een dergelijke theorie meer kracht bij te zetten, naar voren kunnen brengen dat het uitsluitend aan de nationale rechter staat te oordelen welke vragen aan ons Hof voorgelegd dienen te worden, om zijn vonnis of zijn arrest te kunnen uitspreken (1).

Een dergelijke theorie kan nochtans niet beaamd worden omdat zij i.h.b., ten deze, aan de nationale rechter het recht zou toekennen te beslissen vanaf welk moment een rechtsregel de hoedanigheid van gemeenschappelijke rechtsregel bezit en, bijgevolg, vanaf wanneer die rechter de verplichting heeft van een dergelijke regel toepassing te maken ... hetgeen een probleem van interpretatie van de gemeenschappelijke rechtsregels uitmaakt, en derhalve een probleem waarvoor buiten kijf aan ons Hof bevoegdheid werd toegekend.

Het is geboden dat regels die gemeenschappelijk zijn vanaf hetzelfde moment van toepassing zijn in al de lid-Staten (2), tenzij regelmatig beslist zou zijn - hetgeen

- 
- (1) Vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen raadpl. o.m. La Cour de Justice Benelux, op. cit. p. 144 en volgende. Raadpl. nochtans sommige nuanceringen dienaangaande in de arresten van dit Hof van 12 juli 1979 - zaak 244/78 - en van 11 maart 1980 - zaak 104/79 - zoals in de conclusie van advocaat-generaal Warner, in de zaak 22/79 en van advocaat-generaal Sir Gordon Slynn, in de zaak 244/80.
- (2) Raadpl. conclusie voor het arrest van het Hof van Cassatie van 16 juni 1975 in Revue de droit pénal et de criminologie, 1975-1976, p. 67 en volgende, en de toepassing van dit principe o.m. in het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 15 december 1975 - zaak 35/71.

totnogtoe niet het geval is geweest (1) - dat gemeenschappelijke rechtsregels op verschillende momenten enerzijds in twee Benelux Lid-Staten en anderzijds in de derde, van toepassing worden (2)... en nog zou in een dergelijk geval een vraag van interpretatie in de zin van artikel 6 van het Verdrag van 31 maart 1965 vormen de vraag van de tijdstippen vanaf welke de "gemeenschappelijke rechtsregels" én in deze twee Lid-Staten én in de derde gelden.

Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen beslist terecht, met zoveel woorden of impliciet, dat uitmaken vanaf welk ogenblik een gemeenschapsnorm van kracht is, welke derhalve de toepassing daarvan in de tijd is (3) een probleem van interpretatie in de zin o.m. van artikel 177 E.E.G.-Verdrag vormt, zoals ook een dergelijk probleem vormt het vaststellen vanaf welk ogenblik een gemeenschapsbepaling verplichtingen oplegt, en in welke voorwaarden, aan Lid-Staten (4).

Het Benelux-Gerechtshof is derhalve bevoegd om zich over de "exceptie" uit te spreken.

- 
- (1)(2) a) raadpl. het arrest van het Benelux-hof van 25 mei 1979 - zaak 78/3 -  
 b) gemeenschappelijke rechtsregels zullen nochtans kunnen worden geregeld bepaald door Verdragen, Overeenkomsten of Protocolen, die door slechts twee lid-Staten geratificeerd zullen zijn, wanneer het Protocol ondertekend te Brussel op 10 juni 1980 in werking zal getreden zijn.
- (3) Arrest van 11 maart 1965 - zaken 31/64 en 33/64 - 24 november 1971 - zaak 30/71 - 14 december 1971 - zaak 43/71 ... 25 juni 1975 - zaak 5/75 - ... 28 maart 1979 - zaak 158/78 - en 12 november 1981 - zaken 212-217/80.
- (4) Arrest van 4 februari 1965 - zaak 20/64; raadpl. ook arresten van 7 maart 1972 - zaak 84/71 - en 25 juni 1975 - zaak 5/75.



b) Is ons Hof bevoegd om uitspraak te doen over de interpretatie-vraag die ons door de Hoge Raad der Nederlanden wordt gesteld ?

Nauwkeuriger gezegd : Was de regel of waren de rechtsregels waarvan de president van de Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage en het Gerechtshof aldaar toepassing gedaan hebben of dienden te doen, en waarvan de Hoge Raad, op hogere voorziening, de "wettelijkheid" dient te toetsen, een nationale rechtsregel of een gemeenschappelijke rechtsregel, in de zin van artikel 1 van het Verdrag van 31 maart 1965, i.h.b. een regel bepaald door de Benelux-Overeenkomst van 26 november 1973 houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom ?

M.a.w. nog, waren de regels van deze Overeenkomst van toepassing toen de president van de Arrondissementsrechtbank uitspraak deed, d.w.z. op 14 april 1980, alhoewel de vordering van de "partij" Petit reeds op 5 september 1978 was ingesteld ?

Er zij aan herinnerd, dat de Benelux-Overeenkomst pas op 1 maart 1980 in werking is getreden en dat bijgevolg de door die Overeenkomst bepaalde regels ook pas vanaf die datum, gemeenschappelijke rechtsregels in de zin van artikel 1 van het Verdrag van 31 maart 1965 zijn geworden.

Over dat bepaald probleem bestaan er, bij mijn weten althans, weinig of zelfs geen precedentes of zelfs doctrine.

Ons Hof heeft gewis reeds rechtsregels van genoemde Benelux-Overeenkomst geïnterpreteerd; ik bedoel het arrest van 9 juli 1981 - zaak A 81/1 -. Maar in dat geval rees niet het minste probleem van de werking in de tijd van de gemeenschappelijke rechtsregels door deze Overeenkomst bepaald. Immers, de rechtsvordering strekkend o.m. tot veroordeling tot een dwangsom werd voor de eerste rechter

ingesteld op 3 maart 1980, datum waarop sinds twee dagen reeds de in de drie Lid-Staten vigerende rechtsregels in zake dwangsom de Benelux-gemeenschappelijke rechtsregels waren die bepaald worden door de Benelux-Overeenkomst van 26 november 1973.

In twee arresten - 24 januari en 23 april 1980 (1) heeft het Hof van Cassatie beslist, dat wanneer een ongeval zich voorgedaan heeft vóór de datum van de inwerkingtreding van de gemeenschappelijke bepalingen gevoegd bij de Overeenkomst van 24 mei 1966 - en van het aanvullend Protocol van 26 september 1968 - betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen (2), de gemeenschappelijke rechtsregels niet van toepassing zijn, zelfs indien de nationale rechter zich dient uit te spreken na die datum, en dat derhalve er geen aanleiding bestaat, in een dergelijk geval, om een vraag van interpretatie van de regels aan het Benelux-Gerechtshof te stellen.

Voorzeker had het Hof van Cassatie, alvorens deze twee arresten te wijzen, beslist kunnen hebben ons Hof te raadplegen over de werking in de tijd van voormelde gemeenschappelijke bepalingen opdat het zichzelf over dat probleem van interpretatie - vanaf welk moment en i.h.b. betreffende welke gevallen zijn deze bepalingen van toepassing ? - had kunnen uitspreken. Maar het Hof van Cassatie is, mij dunkt, terecht van oordeel geweest, zoals bepaald wordt door art. 6-4-1° van het Verdrag van 31 maart 1965, "dat er redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan omtrent de oplossing van de gerezen vraag van uitleg".

Immers voormelde gemeenschappelijke bepalingen zijn bepalingen van materieel recht die, onder voorbehoud van uitzonderingen die ten deze niet werden bepaald, niet retroageren.

---

(1) Bull. en Pasic., 1980, I, 590 en 1055.

(2) Inwerkingtreding : Overeenkomst : 1.6.1976  
Aanv. Protocol : 1.7.1976

\*  
\*       \*  
\*

De gemeenschappelijke bepalingen vervat in de eenvormige wet betreffende de dwangsom - bijlage van de Benelux-Overeenkomst van 26 november 1973 - zijn geen materieelrechtelijke maar wel procedurebepalingen, die onmiddellijk van toepassing zijn en derhalve ook voor vorderingen die vóór de datum van de inwerkingtreding werden ingeleid en dit ingevolge regels of principes die gemeen zijn aan de positieve rechten van de drie Benelux-Statens, waarvan niet mag of zelfs niet kan verondersteld worden dat de drie nationale Uitvoerende Machten hebben willen afwijken toen ze deze Benelux-Overeenkomst conciepeerden, en ondertekenden; er dient integendeel aangenomen te worden, dat ze ten grondslag liggen aan de Overeenkomst.

Ik moge hier, terloops, aanstippen dat de Franse doctrine doceert : "la loi du 5 juillet 1972 (betreffende de dwangsom) est entrée en vigueur le 16 septembre 1972 (art. 19); et il a été jugé que son caractère de loi de procédure permettait son application aux instances introduites avant cette date" (1).

De Nederlandse en de Belgische wetgevers zijn van oordeel, met zoveel woorden, dat de eenvormige Benelux-wet betreffende de dwangsom, procedurebepalingen invoert, vermits de eerste ze in het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering en de tweede in het Gerechtelijk Wetboek (2) heeft gelast. In Luxemburg maken deze bepalingen nochtans deel uit van het Burgerlijk Wetboek (artikelen 2059 - 2066).

- 
- (1) Dalloz - Répertoire de Droit civil - Tome I - V° Astreintes - 1er mars 1974 - n° 22.  
Ik vermeld dat de enige referentie die door dit Répertoire wordt aangeduid en niet gepubliceerde beslissing van Toulouse, van 17 mei 1973, is.
- (2) Gedurende de bespreking van het wetsontwerp houdende goedkeuring van de Benelux-Overeenkomst door de Commissie voor de Justitie van de Senaat - verslaggever Senator Storme - werd terecht benadrukt dat "de dwangsom als rechtsfiguur beter past in het gerechtelijk wetboek i.p.v. in het Burgerlijk Wetboek. Het is geen schadeloosstelling, maar een techniek tot waarborg van de uitvoering van de gerechtelijke beslissing" (Stukken Senaat - buitengewone zitting 1979 - 177 N° 2, p. 5).

Uit deze laatste beschouwingen dient derhalve afgeleid te worden, dat de gemeenschappelijke bepalingen, vervat in de Benelux-Overeenkomst van 26 november 1973, vanaf 1 maart 1980 van toepassing zijn zelfs voor de vorderingen die vóór die datum werden ingesteld.

\*  
\*       \*

De "partij" Petit doet weliswaar gelden dat de Nederlandse wet van 23 maart 1977 waardoor de Eenvormige Benelux-wet betreffende de dwangsom in dat land van kracht is geworden (de nieuwe artikelen 611 a tot 611 i van het Wetboek van strafvordering) "alleen van toepassing is op grond van een na de inwerkingtreding van de wet uitgesproken veroordeling". Dit betekent evenwel niet dat de Nederlandse wet zou bepalen, dat de "Eenvormige Benelux-wet" niet van toepassing is voor de arresten en vonnissen gewezen na 1 maart 1980 - zoals ten deze - betreffende vorderingen ingesteld vóór die datum. Indien die wet dit zou bepaald hebben - quod non - zou ze strijdig zijn met het Benelux-recht - de werking in de tijd van de Benelux-Overeenkomst van 26 november 1973, zoals ons Hof ze dient te bepalen ingevolge zijn interpretatieopdracht - en de nationale rechtscolleges zouden, wegens het primaat van het Benelux-recht, moeten weigeren deze wet toe te passen in zoverre zij aldus haar werking in de tijd bepaald zou hebben.

#### BESLUIT.

1° Het Benelux-Gerechtshof is bevoegd om te beslissen, daar dit een interpretatieprobleem is, welke de werking in de tijd van een door de bevoegde Benelux autoriteiten aangewezen gemeenschappelijke rechtsregel is.

Het Hof dient derhalve o.m. te bepalen, of na 1 maart 1980 de Benelux gemeenschappelijke rechtsregels betreffende de dwangsom ook toepasselijk zijn wanneer een vordering strekkende o.m. tot het opleggen van een dwangsom, vóór die datum werd ingesteld.

2° Daar deze gemeenschappelijke rechtsregels procedureregels zijn, zijn ze onmiddellijk van toepassing en dienen ze derhalve ingevolge het Benelux-recht door de nationale rechtscolleges toegepast te worden, na 1 maart 1980 op vordering die zelfs vóór die datum werden ingesteld.

3° Vermits de Hoge Raad der Nederlanden ons Hof verzoekt zich uit te spreken over een vraag die ontegenzeggelijk de interpretatie van een Benelux-gemeenschappelijke rechtsregel betreft - "is de eenvormige wet (betreffende de dwangsom) ook van toepassing op gevallen waarin de hoofdvordering .... strekt tot nakoming van een verplichting uit het familierecht" - en vermits dit Hoge Rechtscollege door het stellen van die vraag, oordeelt (en geheel terecht) (zie 1° en 2° hierboven), dat die gemeenschappelijke rechtsregel ten deze van toepassing is, is ons Hof uiteraard bevoegd om die vraag te beantwoorden.

3° bis Men mag zich gewis afvragen, of ons Hof het recht zou hebben te weigeren een vraag van uitleg te beantwoorden wanneer het zou constateren dat de nationale rechter die de vraag stelt de regel waarvan hij een interpretatie vraagt, in de zaak waarover hij zich moet uitspreken, niet wettelijk zou mogen toepassen.

Indien deze vraag ontkennend beantwoord dient te worden, dan zijn ten deze al de beschouwingen die ik heb hierboven uiteengezet om de "exceptie" door de "partij" Petit naar voren gebracht te beantwoorden, van elk belang ontbloot. De Hoge Raad der Nederlanden stelt ons een vraag van interpretatie van een gemeenschappelijke rechtsregel; dit zou volstaan om ons te verplichten te antwoorden, zelfs indien ons antwoord niet het minst wettelijk belang zou hebben nopens het arrest dat door dit gerecht naderhand gewezen zou moeten worden.

Ik zou het nochtans niet aandurven een dergelijke theorie over de verplichtingen van ons Hof te poneren.

Zou het o.m. redelijk zijn ons Hof te verplichten een vraag van interpretatie van een gemeenschappelijke rechtsregel te beantwoorden, wanneer duidelijk zou zijn dat die regel niet "wettelijk" toegepast zou kunnen worden door de rechter die deze vraag stelt; aldus b.v. een vraag van interpretatie van de "eenvormige Benelux-wet" betreffende de dwangsom, gesteld door het Hof van Cassatie, dat zich moet uitspreken over een voorziening gericht tegen een arrest van een gerechtshof (Hof van beroep) dat gewezen werd vóór 1 maart 1980, datum waarop deze "eenvormige wet" in werking is getreden? (1)

Men zou nochtans dienaangaande kunnen opwerpen, dat het Beneluxgerechtshof niet mag weigeren een vraag van uitleg te beantwoorden, omdat dit antwoord de nationale rechter ertoe zou kunnen leiden een wetsmiskening betreffende zijn nationaal recht, en onder zijn eigen verantwoordelijkheid, te begaan. Gewis.

---

(1) In België althans zou het Hof van Cassatie de wettigheid van de bestreden beslissing niet beoordelen aan de hand van een rechtsregel - en de interpretatie daarvan - die door deze beslissing wettelijk niet toegepast kon worden.

Maar de jurisprudentie van het Hof van Justitie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen zet ons wijselijk tot voorzichtigheid aan, zodat ik werkelijk niet zou durven stellen dat wij een vraag van uitleg steeds zouden beantwoorden.

In het arrest van 3 februari 1977 - zaak 62/76 - beslist het Hof, dat het een vraag van uitleg van een gemeenschapsverordening niet hoeft te beantwoorden wanneer deze verordening ongeldig is, en dat derhalve de nationale rechter ze niet mag toepassen. Uit het arrest van 22 maart 1977 - zaak 70/76 - kan afgeleid worden dat het Europees Hof beslist dat het een vraag van interpretatie niet hoeft te beantwoorden wanneer de communautaire norm die zou dienen uitgelegd te worden, niet in het aan de nationale rechter voorgelegde geval toegepast kan worden.

In het arrest van 11 maart 1980 - zaak 104/79 - werd beslist, dat het Hof een vraag niet beantwoordt wanneer een antwoord de bepalingen van artikel 177 E.E.G.-Verdrag van hun doelstellingen zou afwenden, o.m. wanneer de nationale rechter die de vraag stelt het probleem of de toestand die hem wordt voorgelegd op grond van zijn nationaal recht kan oplossen.

In het arrest van 12 juli 1979 - zaak 244/78 - beslistte hetzelfde Hof een vraag van interpretatie van een verordening niet te beantwoorden, omdat een richtlijn de nationale rechter in staat stelt uitspraak te doen over het probleem dat hem was voorgelegd.

In het arrest van 16 december 1981 - zaak 244/80 - beslist het Hof dat, terwijl de nationale rechter, naar de economie van artikel 177, oordeelt, ten aanzien van de feitelijke en juridische omstandigheden die de ten geschille staande aangelegenheden op zichzelf kenmerken, of het noodzakelijk is voor de opgeworpen interpretatievragen

een oplossing te krijgen, het niettemin op het Hof rust, om zijn eigen bevoegdheid te toetsen, desnoods de voorwaarden te onderzoeken waaronder het door de nationale rechter wordt geraadpleegd.

In zijn conclusie in de zaak 22/79 overwoog de h. advocaat-generaal Warner dat het Hof o.m. van de "formulering (van een vraag door een nationale rechter) is afgeweken ... (o.m. wanneer) de vraag werd gesteld van de uitlegging van een gemeenschapsrechtelijke bepaling die, gezien de door de nationale rechter vastgestelde feiten, duidelijk niet van toepassing was ...".

4° Vermits de vragen van uitleg uitsluitend door de nationale rechters aan het Hof gesteld mogen worden - zulks wordt betwist noch in de jurisprudentie, noch in de doctrine - behoeft ons Hof te antwoorden in het gedeelte van zijn arrest waarin het "verklaart voor recht" ("dit pour droit") noch op aanvullende, andere of subsidiaire/<sup>vragen</sup> of op "exceptie" door een "partij" of een minister gesteld of opgeworpen.

Maar aangezien artikel 12-6 van het Verdrag van 30 maart 1965 bepaalt : "de beslissing van het Hof is met redenen omkleed", dient het Hof in zijn arrest natuurlijk kenbaar te maken om welke redenen een exceptie zoals die welke door de "partij" Petit wordt opgeworpen, goedkeurt of afkeurt.

Ik suggereer daaromtrent te zeggen wat ik hierboven voorstel sub 1°, 2° en 3° en i.h.b. 2° en 3°.



II. De vragen die ons door de Hoge Raad der Nederlanden worden gesteld.

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 bezoekrecht".

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 gecommenterend 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 **cas-**  
**tie**-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,<sup>(1)</sup> 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 judiciale 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 strafbepaling (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).

(“ 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 litteratuur het probleem of een dwangsom ter afdwinging van een omgangsregeling mag worden uitgesproken een omstreden zaak is (1). De jurisprudentie van de feitenrechtters 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 litteratuur, 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 Ruiters-Moltmaker, 1-II, 1976, p. 271; Pitlo-Kasdorp, 1979, p. 262; deRuiters, 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 kinderrechtters 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 jurisdictioneel 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 opneming 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 rechtelijke 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.

Dit is, natuurlijk ook de mening van de partij  
Guillaume L.G.M. Petit.

Steunende op argumenten en beschouwingen waarvan het Hof kennis genomen zal hebben, schrijft de partij Wassenburg in haar memorie : "Mijn conclusie hieruit is, dat in de Nederlandse wetgeving sinds 1980 (via art. 3.11.21 NBW) een algemeen voorbehoud is gemaakt ten aanzien van de toepasselijkheid van de dwangsom als sanctie in het personen- en familierecht. Uit het Benelux-Verdrag blijkt nergens, dat een dergelijk voorbehoud niet toelaatbaar zou zijn. Onder die omstandigheden moet dan ook worden aangenomen, dat in elk geval in de Nederlandse verhoudingen een dwangsom ten aanzien van een omgangsregeling ontoelaatbaar is te achten, nu zij slechts kan leiden tot voor het kind schadelijke effecten. Ik beantwoord de vraagpunten dan ook als volgt".

Om de redenen die ik breedvoerig, meen ik, heb uiteengezet kan ik deze conclusie natuurlijk niet beamen.

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

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

Brussel, 26 januari 1982,  
De Advocaat-generaal F. DUMON.

