



A 84/5/C

Conclusie van de heer E. Krings advocaat-generaal
in zake Merkenbureau Van der Graaf t/
N.V. Agio Sigarenfabrieken (A 84/5)

Aan het Hof worden twee vraagstukken onderworpen

Het eerste houdt verband met de aanwijzing van de bevoegde rechter om een veroordeling tot een dwangsom op te heffen, de looptijd op te schorten, de dwangsom te verminderen (1e vraag).

Het tweede houdt verband met de uitleg van het begrip "onmogelijkheid" voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen (2e en 3e vraag).

Beide vraagstukken stellen aan de orde art. 4, lid 1, van de Eenvormige Wet betreffende de dwangsom, die als bijlage van de Beneluxovereenkomst werd bekendgemaakt. In België is die tekst artikel 1385 quinquies van het Gerechtelijk Wetboek. In Nederland is hij art. 611-d van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering. In Luxemburg staat hij onder art. 2073, lid 1, van de Code civil.

In de uiteenzetting die hierna volgt zullen we steeds naar art. 4, lid 1, van de bijlage bij de Benelux-overeenkomst verwijzen.

Wat de eerste vraag betreft :

1. Luidens art. 4, lid 1, van de Eenvormige Wet (hierna : E.W.), kan de rechter die een dwangsom heeft opgelegd op vordering van de veroordeelde de dwangsom opheffen, de looptijd ervan opschorten gedurende de door hem te bepalen termijn of de dwangsom verminderen, ingeval ... enz.

Heeft de wetgever daarmede bedoeld dat alleen het gerecht dat de dwangsom oplegde, bevoegd is om opheffing, opschorting of vermindering ervan te bevelen ?

2. Men kan geneigd zijn, om het vraagstuk te onderzoeken, uit te gaan van de nationale wetgevingen. Dit is overigens de stelling die een van de partijen zowel in haar memorie als in de pleitnota heeft ingenomen.

Was die stelling juist, dan spreekt het vanzelf dat het Hof geen bevoegdheid heeft om het vraagstuk op te lossen, wat betekent dat de E.W., als ze naar "de rechter" verwijst, hiermede bedoelt de rechter die overeenkomstig de nationale wet daartoe bevoegd is.

De interpretatie van de E.W. is dan beperkt tot de vaststelling dat de wetgever naar de nationale wetgeving verwijst.

In het onderhavig geval echter is er geen eenvormigheid mogelijk, nu elk van de drie landen in dit verband anderluidende regels toepast.

3. De vraag rijst echter, ingeval die stelling juist is, waarom de E.W. met zoveel woorden bepaalt dat de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, de opheffing kan bevelen.

Had de wet anders bepaald, met name dat de opheffing, opschorting of vermindering "door de rechter" kan worden bevolen, dan kwam het aan het Beneluxhof toe te bepalen welke rechter hiermede werd bedoeld. In dat geval had het Hof kunnen beslissen ofwel dat het de rechter is die de dwangsom heeft opgelegd, ofwel dat het de rechter is die daartoe overeenkomstig de regels van het nationaal recht bevoegd is.

Maar de wetgever heeft de regel nauwkeuriger opgesteld : er wordt uitdrukkelijk beslist dat het de rechter is die een dwangsom heeft opgelegd.

Het blijkt dan ook niet mogelijk die tekst anders uit te leggen dan in die zin dat alleen de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, bevoegd is om die veroordeling op te heffen, op te schorten of te verminderen.

4. Weliswaar kan zulks een afwijking van de interne regels betekenen, maar het is nu precies de bedoeling van de wetgever dat de overeenkomstregel op de nationale regel voorrang krijgt.

Overigens die regel heeft tot gevolg dat er in de drie landen eenheid van oplossing bestaat: de bevoegde rechter is steeds de rechter die de oorspronkelijke beslissing heeft getroffen.

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

In dit verband betoogt de B.V. Merkenbureau Van der Graaf, dat het ~~niet~~ zozeer moet gaan om de persoonlijke beoordeling van de rechter die het eerst uitspraak deed, dan wel om de benadering van het vraagstuk door de rechter die over de dwangsom uitspraak deed. Die benadering kan verschillend zijn al naar gelang men te doen heeft met de rechter in kort geding of met de rechter over het bodemgeschil. De rechter in kort geding "weet welke beleidsmatige overwegingen bij het geven van een voorlopige voorziening meespelen" en o.m. "welke aandacht daarbij wordt geschonken aan een onderzoek naar mogelijkheden c.q. onmogelijkheden als bedoeld in het wetsartikel" (d.i. art. 4, 3e lid).

Deze opmerking geldt zeker voor zover het gaat om een gerecht zoals het kort geding, waar de benadering van het vraagstuk inderdaad kan verschillen van de benadering door de bodemrechter.

Die opmerking zou dus niet gelden wanneer de dwangsom door een andere rechter zou zijn uitgesproken, o.m. door de bodemrechter, en het vraagstuk van de wijziging of de opschorting zou worden opgeworpen vóór de rechter die voor de uitvoering bevoegd is, die in België de beslagrechter zou zijn (1).

(1) Vraag is evenwel of het hier gaat om een executiegeschil. Men kan er immers aan twijfelen (zie Ballon, A.P.R. Dwangsom, nr 188, bl. 68).

6. De opwerping wijst echter uit dat het vraagstuk vooral belangrijk is wanneer er een aanzienlijk verschil kan bestaan tussen de onderscheiden gerechten die voor het bodemgeschil bevoegd kunnen zijn. Dit zou wellicht meer belang vertonen in België dan in Nederland. België kent immers benevens rechtbanken van eerste aanleg, die vrijwel volle rechtsmacht bezitten, ook nog rechtbanken van koophandel en arbeid rechtbanken. Reeds vanwege de verschillende samenstellingen van deze rechtbanken, is de benadering van de vraagstukken sterk uiteenlopend. Hieruit vloeit voort, dat het niet onverschillig kan zijn of de rechter die de dwangsom heeft uitgesproken ook de rechter is die over de wijziging van de beslissing uitspraak doet.

Dit alles brengt dus mee dat een grote verscheidenheid van regelingen kan ontstaan, niet alleen wanneer men het vraagstuk naar de regeling gegeven door elk intern recht oplost, doch ook naar gelang het gerecht dat uitspraak doet eerst over de dwangsom zelve én naderhand over de wijziging ervan, al dan niet hetzelfde gerecht is.

Zulke verscheidenheid is niet wenselijk. Er moet eenheid bestaan onder de beoordeling bij het opleggen van de dwangsom en de beoordeling bij de wijziging ervan. De dwangsom moet als een geheel worden beschouwd.

7. Ik ben derhalve van oordeel, dat op de eerste vraag dient te worden geantwoord, dat de rechter die in een bodemprocedure over het geschil moet beslissen dat gerezen is met betrekking tot de executie van een door de president van de rechtbank in kort geding gewezen vonnis, niet bevoegd is om een voorziening als bedoeld in artikel 4, lid 1, E.W. te geven (1).

1) De rechtsleer is eveneens in deze zin: Ballon, Dwangsom, APR n° 202 bl. 72; Moreau-Margrève, Ann.Fac.Liège, 1982, L'astreinte, p. 83; Storme, Een revolutionaire hervorming: de dwangsom, TPR 1980, bl. 238; Ballon, De nieuwe wet op de dwangsom, RW 1979-1980, kol. 2029; Burgerlijke rechtsvordering Boek II, art. 611d, II 326a. De auteur legt er de klemtoon op dat in Nederland het een executiegeschil betreft dat noodzakelijk voor de rechter moet worden gebracht die het vonnis ten principale, houdend de veroordeling tot dwangsom, heeft geveld.

8. Wat de tweede vraag betreft.

De vraag luidt als volgt : Kan onder het begrip "onmogelijkheid", voorkomend in art. 611-d van het burgerlijk Wetboek van Rechtsvordering mede begrepen zijn de "putatieve onmogelijkheid", welke zich voordoet indien de veroordeelde in de mening verkeert aan de hoofdveroordeling geheel en tijdig te hebben voldaan, en die mening na het verstrijken van de termijn waarbinnen aan de veroordeling moest zijn voldaan onjuist blijkt te zijn geweest ?

Indien voorgaande vraag bevestigend wordt beantwoord, aan welke normen dient, in geval van een beroep op "putatieve onmogelijkheid" als bedoeld in de voorgaande vraag, het handelen of nalaten van de veroordeelde te worden getoetst ?

9. De E.W., art. 4, 1e lid, bepaalt enkel dat, "ingeval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen", de rechter de dwangsom kan opheffen, de looptijd ervan opschorten of de dwangsom verminderen.

In die tekst komt, uiteraard, geen bepaling van het woord "onmogelijkheid" voor.

Wanneer de wet een woord gebruikt en er geen bepaling van geeft, dan moet de rechter aan dat woord de draagwijdte toekennen, die het in de omgangstaal heeft, tenzij uit de context van de wet blijkt dat die draagwijdte anders moet worden bepaald.

Ten deze biedt de context van de wet geen mogelijkheid te beslissen dat van de betekenis in de omgangstaal werd afgeweken.

Luidens Van Dale, Groot Woordenboek der Nederlandse Taal, druk 1985, betekent "onmogelijkheid", het niet mogelijk zijn, het bedoelde volstrekt niet kunnen. "Onmogelijk" betekent "niet kunnende gebeuren, waaraan niet voldaan kan worden, wat niet te doen is."

In het Frans betekent "impossible" : qui ne peut se produire, être atteint ou réalisé, inaccessible, inabordable, irréalisable (zie Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, édition 1975

In de omgangstaal heeft het woord "onmogelijkheid" dus een wel omlinjnde draagwijdte.

Wanneer de rechter derhalve erom verzocht wordt de dwangsom op te heffen, de looptijd ervan op te schorten of het bedrag ervan te verminderen, dan moet hij vaststellen dat datgene wat door de hoofdveroordeling wordt opgelegd "volstrekt niet kan", dat "daaraan niet kan worden voldaan".

10. De beoordeling of zulks in deze zaak in feite het geval is, berust uiteraard bij de feitenrechter. De cassatierechter kan daar ten hoogste een marginale toetsing op uitoefenen. Hij kan dus wel beslissen dat uit de elementen die de feitenrechter heeft in beschouwing genomen, deze heeft kunnen afleiden dat de uitvoering onmogelijk was. Meer kan de cassatierechter niet doen. Daarom wordt in de rechtsleer meestal gezegd dat de beoordeling van de feitenrechter betreffende de onmogelijkheid onaan-tastbaar is. Dit is slechts juist binnen de hierboven vermelde grens.

11. Maar de beslissing van de rechter die aldus de dwangsom opheft, de loop ervan opschort of ze vermindert vormt een belangrijke uitzondering op de kracht van het gewijsde, verbonden aan de oorspronkelijke beslissing waarbij ze uitgesproken is. Hoewel die beslissing niet meer voor een rechtsmiddel vatbaar is, toch wordt ze, wat haar tenuitvoerlegging betreft, gewijzigd of teniet gedaan.

Daarom oordeelt men, dat de bepaling van artikel 4 voormeld restrictief dient te worden uitgelegd en toegepast (1). Dit betekent dus, dat wanneer de rechter niet vaststelt dat de uitvoering van de hoofdveroordeling niet onmogelijk is, doch slechts zeer moeilijk is, hij geen opheffing, vermindering of opschorting van de dwangsom mag toestaan. Hoe moeilijk de uitvoering ook zij, toch is ze niet onmogelijk. De rechter moet dus noodzakelijk de onmogelijkheid vaststellen, zo niet is er geen sprake van toepassing van artikel 4 E.W. (2).

12. Dit brengt ons tot de vraag of er sprake kan wezen van een "putatieve onmogelijkheid".

Weer eens geven de woordenboeken van dit woord een welomschreven bepaling: "putatief" betekent: vermeend, verondersteld (te goeder trouw), putatief huwelijk, putatief recht d.w.z. rechtsregel waarvan men ten onrechte meent dat ze rechtsgeldig is (Van Dale, Groot Woordenboek der Nederlandse Taal). In het Frans zegt Robert, (Dictionnaire alphabétique...), met verwijzing naar "mariage putatif", "mariage qui, en dépit d'une décision le frappant de nullité, produit ses effets juridiques jusqu'à la date de cette liaison, en raison de la bonne foi des deux époux ou de l'un d'eux seulement".

- (1) Moreau-Margrève, L'astreinte, p. 33, zie ook noot 78.
Ballon, Dwangsom, bl. 78-79-80.
Burgerlijke rechtsvordering, boek II, titel V, afd. 3,
II 326.
Ballon, De nieuwe wet op de dwangsom, R.W. 29.3.1980,
kol. 2028

- (2) In de gemeenschappelijke memorie van toelichting van de Benelux Overeenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom, staat in de toelichting bij artikel 4, lid 1, in het bijzonder te lezen: "In dit verband kan er op worden gewezen dat in de Nederlandse praktijk herziening van een dwangsom slechts mogelijk wordt geacht, indien zich na de rechterlijke uitspraak omstandigheden hebben voorgedaan welke de uitvoering van de hoofdverbintenis aanzienlijk hebben verzwaaard of die de beslissing van de rechter zouden hebben beïnvloed indien hij ervan op de hoogte zou zijn geweest".

Men kan in dit verband opmerken dat de eenvormige wet strenger blijkt te zijn dan die praktijk. De verzwaring alleen van de uitvoering van de hoofdverbintenis, kan thans geen aanleiding meer geven tot wijziging van de dwangsom.

13. Een putatieve onmogelijkheid is dus een onmogelijkheid waarvan men denkt dat zij bestaat doch die in feite niet bestaat. De hoofdveroordeling kan dus worden uitgevoerd, maar de schuldenaar werpt, "te goeder trouw", op dat hij in de onmogelijkheid verkeerde die veroordeling uit te voeren.

Beantwoordt nu de hier gestelde vraag aan die bepaling? Luidens het vonnis verkeerde de veroordeelde in de mening geheel en tijdig aan de hoofdveroordeling te hebben voldaan. Maar die mening bleek na het verstrijken van de termijn waarin aan de veroordeling moest zijn voldaan, onjuist te zijn.

De veroordeelde heeft voorzeker een vergissing begaan waarvan de rechter oordeelt dat ze te goeder trouw plaats had (zie het gebruik en de betekenis van het woord putatief). Volstaat dit?

Uit de uitleg die de rechter zelf in de vraag geeft, blijkt niet dat hij oordeelt dat de uitvoering binnen de bepaalde tijd onmogelijk was. In de uiteenzetting van de feiten (bl. 4 van het vonnis) zegt de rechter dat "Van der Graaf (stelt) dat zij, voor zover het lopende zaken betrof, in de veronderstelling verkeerde dat zij deze reeds op een eerder tijdstip (tegelijk met de andere lopende zaken) aan haar opvolger had afgegeven, en dat zij, voor zover het om zich in haar archief bevindende dossiers ging, zich van het bestaan daarvan niet bewust was geweest, nu deze dossiers, als gevolg van in het verleden gemaakte fouten, niet vermeld waren in haar merkenrapport, dat voor haar de enig in aanmerking komende toegang vormde tot het door haar voor Agio gehouden archief."

De "putatieve onmogelijkheid" waarvan de rechter spreekt is dus de vergissing die Van der Graaf heeft begaan en die aan haar wanordelijke toestand toe te schrijven is, waardoor zij niet binnen de toegestane tijd tot de uitvoering van de hoofdverplichting is overgegaan.

Dit betekent dus dat de schuldenaar dacht aan zijn verplichtingen te hebben voldaan, zodat hij niet verder uitvoerde. Doch hierin vergiste hij zich. Kan men hem, gelet op die vergissing, verwijten niet te hebben uitgevoerd?(1)

Van der Graaf betoogt dat, daar zij dacht te hebben uitgevoerd, zij redelijkerwijs in de onmogelijkheid verkeerde verder uit te voeren. Dit zou een "putatieve onmogelijkheid" zijn en zij beroept zich op de redelijkheid, op de billijkheid, om haar standpunt te staven.

14. Volstaat het echter dat de schuldenaar te goeder trouw meende aan zijn verplichtingen te hebben voldaan, om te beslissen dat het hem onmogelijk is, in de zin van artikel 4, lid 1 E.W., aan de hoofdverplichting te voldoen?

(1) Hierbij wordt geen rekening gehouden met de vaststelling, die eveneens in voormeld beroep voorkomt dat, gezien de korte tijd die voor de uitvoering wordt bepaald, het de schuldenaar onmogelijk was al de opzoeken, die daartoe vereist waren, te doen. Dit laatste is dan een vraagstuk van werkelijke onmogelijkheid, geen putatieve onmogelijkheid, en die de rechter in feite moet beoordelen.

De vraag die hier wordt gesteld is nu, of de onmogelijkheid steeds objectief moet worden beoordeeld, dan wel of die onmogelijkheid ook subjectief kan zijn, d.w.z. gelet op de manier waarop ze door de schuldenaar te goeder trouw werd beoordeeld.

Indien de onmogelijkheid ook subjectief mag worden beoordeeld, d.w.z. rekening houdend met de opvatting van de schuldenaar, hoewel objectief bekeken die opvatting verkeerd is, dan verruimt men aanzienlijk de toepassing van de bepaling van artikel 4, lid 1, E.W., nu in feite die toepassing plaatsvindt hoewel er geen werkelijke onmogelijkheid bestaat. Dit zou in strijd zijn zowel met de letter als met de draagwijdte van die bepaling. Eenvoudig een vergissing van de schuldenaar omtrent de mogelijkheid om uit te voeren kan dus niet volstaan.

De onmogelijkheid moet bijgevolg uitsluitend objectief worden beoordeeld, en dan moet de rechter, wanneer hij vaststelt dat de uitvoering mogelijk was, hoewel de schuldenaar meende niet te kunnen uitvoeren of niet meer te moeten uitvoeren, de opheffing, wijziging of opschorting van de dwangsom weigeren.

15. Dat neemt niet weg dat ook in deze stelling de rechter de onmogelijkheid moet beoordelen met inaanmerkingneming van de toestand van de schuldenaar. Die toestand kan van dien aard zijn dat het voor hem onmogelijk is aan de hoofdverplichting te voldoen. De tijdsperiode om uit te voeren kan o.m. te kort zijn, en dan mag de rechter de opschorting van de loop van de dwangsom bevelen. Dit kan ook een objectieve onmogelijkheid zijn.

In dit verband rijst evenwel het vraagstuk van de dwaling die bij de schuldenaar verschoonbaar kan zijn, wanneer blijkt dat ze ook zou begaan worden door ieder redelijk en voorzichtig persoon (1).

Naar Belgisch recht spreekt men dan van onoverkomelijke dwaling (erreur invincible). Dit begrip wordt meestal gehanteerd in strafzaken. Het wordt ook op burgerlijk gebied aangewend. Zo heeft het Hof van Cassatie beslist dat dwaling in de uitvoering van een overeenkomst alleen dan schuld kan uitsluiten als ze onoverkomelijk is (2).

Die stelling komt erop neer dat de dwaling slechts in aanmerking komt voor zover ze niet aan de schuld van de schuldenaar te wijten is.

(1) Dit is de bepaling die in menig arrest van het Hof van Cassatie voorkomt : 29 november 1976 (Arr. Cass. 1977, 359); 17 mei 1978, (Arr. Cass. 1978, 1096). Deze arresten werden op strafrechtelijk gebied gewezen.

(2) Zie Cass. 17 juni 1981 (Arr. Cass. 1981-1982, blz. 1201).

In feite wortelt die stelling veel dieper. Ze is verwant met de overmacht, hoewel zij er niet mee mag worden verward (1).

Nauwer bij het hier besproken vraagstuk leunt in dit verband het arrest van het Hof van Cassatie van 12 juni 1947 (2) aan, waarin het Hof immers beslist "dat voor de ontlasting van hem die teruggave verschuldigd is, het nodig is doch het ook volstaat dat de onmogelijkheid om terug te geven volstrekt weze en dat ze in niets aan de fout van de schuldenaar te wijten is".

Het is dus de fout die het criterium vormt. De dwaling op zichzelf volstaat niet. Zij zou immers aan de fout van de schuldenaar te wijten kunnen zijn. In dit geval kan er geen ontlasting plaatsvinden (3).

(1) Cass., 23 februari 1967, Arr. Cass., 1967, bl. 797. Het Hof heeft beslist dat in zaken van uitvoering van overeenkomst, overmacht een onoverkomelijk beletsel onderstelt. Geen overmacht maakt derhalve uit, de omstandigheid die de uitvoering van het contract niet volkomen onmogelijk maakt, maar slechts moeilijker of duurder.

(2) Cass., 12 juni 1947, Arr. Cass., 1947, 202.

(3) Hierbij zij opgemerkt, dat in België, zoals in Nederland, Luxemburg, Frankrijk en wellicht ook in andere landen, het vraagstuk van de dwaling meestal wordt behandeld in verband met het ontstaan van de overeenkomsten. Dit is overigens het voorwerp van de bepalingen van de artikelen 1109, 1110 en 1117 van het Belgisch Burgerlijk Wetboek.

Zowel de rechtsleer als de rechtspraak hebben hierbij doorgaans geoordeeld, dat alleen de verschoonbare dwaling in aanmerking komt. Men raadplege in dit opzicht Cass., 6 januari 1944, Arr. Cass., 1944, bl. 66, en de voetnoot van procureur-generaal Hayoit de Termicourt onderaan dit arrest in Bull. Cass., 1944, bl. 133, en ook een belangrijke studie, betreffende de draagwijdte van dit arrest, van Prof. Dabin, Etudes de droit civil, erreur inexcusable et nullité des conventions, bl. 31 tot 61, in het bijzonder bl. 44 tot 51; zie ook De Page, t. I, éd. 1962, nr 46, bl. 61.

Ook in Frankrijk wordt het vraagstuk op die wijze behandeld : Planiol et Ripert (Esmein), t. VI, nr 180, bl. 214; Mazeau L. et J., Les obligations, nr 171, bl. 155; Marty et Raynaud, Droit civil, Obligations, II, 1, nr 129, p. 122.

16. Naar Nederlands recht wordt, bij mijn weten, de stelling van de dwaling en dus uiteraard van de onoverkomelijke dwaling niet in verband gebracht met de uitvoering van overeenkomsten. Wel komt de dwaling in aanmerking bij het aangaan van overeenkomsten.

Op grond van enkele arresten van de Hoge Raad betreffende de dwaling bij het aangaan van de overeenkomst, kan evenwel worden besloten dat de leer van de dwaling in Nederland op dezelfde grondslagen stoelt als de zoëven aangehaalde Belgische rechtspraak.

Op het gebied van het aangaan van de overeenkomst heeft de Hoge Raad o.m. beslist : "dat indien iemand door het niet in acht nemen van de vereiste zorg, (t.w. binnen redelijke grenzen maatregelen nemen om te voorkomen dat hij onder de invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft) bij het aangaan van een overeenkomst in dwaling heeft verkeerd, de regels van de goede trouw kunnen meebrengen dat hij zich niet met vrucht op dwaling kan beroepen" (1).

In hetzelfde verband moge nog worden aangehaald : "de partij moet binnen aannemelijke grenzen maatregelen nemen om te voorkomen dat zij onder de invloed van onjuiste veronderstellingen haar toestemming geeft, in dier voege dat bij het achterwege blijven van zodanige maatregelen de regels van de goede trouw kunnen meebrengen dat zij zich niet met vrucht op dwaling kan beroepen" (2).

(1) Hoge Raad, 15 november 1957 (Burg. Kamer), Ned. Jurispr. 1958, nr 67, bl. 197-198.

(2) Hoge Raad, 21 januari 1966 (Burg. Kamer), Ned. Jurispr. 1966, nr 183, bl. 343, 344.

Doch ook op het gebied van het familierecht wordt dezelfde regel gehoord : in verband met een vraagstuk van erkenning van een minderjarig kind, beslist de Hoge Raad : het in art. 1225, lid 1, toegelaten beroep op dwaling is niet zo ruim dat daaronder ook zou vallen een beroep op een dwaling over de aan erkenning verbonden rechtsgevolgen welke dwaling de erkenner - door zich niet van tevoren voldoende van de rechtsgevolgen op de hoogte te stellen - aan zichzelf te wijten heeft (1).

En tot besluit moge in dit verband ook nog worden aangehaald een arrest van 13 februari 1981 (nr 11656), dat in feite zeer nauw aansluit bij de opvattingen van de Belgisch rechtspraak :

Bij het beoordelen van de dwaling zal de rechter rekening moeten houden met de omstandigheden van het geval. De rechter zal o.m. rekening mogen houden met de wijze waarop de partij de gewenste inlichtingen heeft ingewonnen, t.w. of die handelwijze gebruikelijk en redelijk is (2).

Deze zienswijze blijkt ook gedeeld te worden door de doctrine. In "Verbintenissenrecht", deel I (Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht), oordeelt Prof. Rutten (3) : "men zou de regel kunnen opstellen dat degene die onder invloed van dwaling een overeenkomst heeft aangegaan, op dit gebrek geen beroep kan doen, indien de dwaling hem kan worden toegerekend, omdat zij aan zijn eigen schuld is te wijten of aan een oorzaak welke naar de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. In deze formulering wordt de term "verschoonbaarheid", welk begrip te eng is gebleken, vermeden, terwijl

-
- (1) Hoge Raad, 7 september 1984, Rechtspr. v. d. week (Ned. Juristenblad) nr 148, bl. 506.
 (2) Hoge Raad, 13 februari 1981, Nederl. Jurispr., nr 441, bl. 1468.
 (3) Zesde druk, 1982, bl. 129.

zij overbodig maakt, dat men zijn toevlucht neemt tot een zo algemeen begrip als de goede trouw".

Uit deze gedachtengang blijkt duidelijk dat de dwaling enkel in aanmerking komt wanneer ze niet is te wijten aan de schuld van de partij die er zich op beroept, en om dit te bepalen zal de rechter nagaan of, gelet op de omstandigheden van de zaak, de handelwijze van die partij al dan niet gebruikelijk en redelijk was.

Dit zijn stellingen die ruimschoots overeenkomen met de criteria die in de Belgische rechtspraak met hetzelfde doel worden gehanteerd.

Trrouwens als in de Belgische rechtspraak en rechtsleer sprake is van onoverkomelijke dwaling, dan bedoelt men een dwaling die door ieder redelijk en voorzichtig persoon zou worden begaan. Dit wijst dus uit, dat de persoon die deze dwaling begaat geen verwijt van schuld treft (1).

Weliswaar houdt de Nederlandse stelling verband, zoals reeds werd aangestipt, met het aangaan van de overeenkomst. Doch men ziet niet in waarom ze ook niet met de uitvoering ervan in aanmerking zou kunnen komen. Zulke gevallen zijn wellicht zeldzaam. Maar de bepaling van art. 4, lid 1, E.W. kan ertoe leiden dat het vraagstuk voortaan veel meer kan worden opgeworpen.

(1) Prof. Dabin, in de hierboven aangehaalde studie, oordeelt dat de foutieve dwaling niet noodzakelijk niet verschoonbaar is. De fout kan zeer licht zijn, (op. cit., bl. 44) en zou dus verschoonbaar kunnen zijn. Het zou bijgevolg een zware fout moeten zijn.

17. Het Luxemburgs recht is in verband met het vraagstuk van de dwaling nauw verwant met het Frans recht, zowel met de Franse rechtspraak als met de Franse rechtsleer. Wat het vraagstuk betreft dat ons hier bezighoudt, moet worden onderstreept dat de vooraanstaande Franse rechtsleer eveneens de stelling beaamt dat bij niet verschoonbare dwaling de schuldenaar niet aansprakelijk kan worden gesteld (1).

(1) Zie de rechtsleer vermeld voetnoot nr 3, bl. 13.

18. Wanneer de rechter dus vaststelt dat de dwaling die de schuldenaar omtrent de uitvoering van de hoofdveroordeling heeft begaan wat hem betreft niet aan zijn schuld te wijten is (onoverkomelijk), dan constateert hij meteen, dat voor de schuldenaar de uitvoering van de hoofdverplichting, zoals ze had moeten gebeuren, onmogelijk was.

Iemand kan immers niet aansprakelijk worden gesteld voor de niet uitvoering, terwijl die persoon terecht mocht denken hetzij dat die uitvoering verder niet meer kon plaatsvinden hetzij dat ze reeds had plaatsgevonden.

Die toestand brengt, ten opzichte van de schuldenaar, een (objectieve) onmogelijkheid tot stand in de zin van artikel 4, lid 1, E.W.

Binnen deze zeer beperkte grenzen kan dus de putatieve onmogelijkheid in aanmerking worden genomen voor de toepassing van voormelde wetsbepaling.

Ik merk in dit verband op, dat dit geen vraag is van redelijkheid of billijkheid, zoals door het merkenbureau Van der Graaf wordt aangevoerd, doch enkel van toepassing van een rechtsinstituut dat op verscheidene gebieden van het recht in aanmerking komt.

19. Besluit. Ik meen aan het Hof te mogen voorstellen op de gestelde vragen als volgt te antwoorden :

op de eerste vraag : de voorziening als bedoeld in artikel 4, lid 1, E.W. kan enkel worden gegeven door de

rechter die over de dwangsom uitspraak heeft gedaan en dus niet door de rechter die in een bodemprocedure het geschil moet beslissen dat gerezen is met betrekking tot de executie van een door de president van de rechtbank in kort geding gewezen vonnis, waarbij een dwangsom is opgelegd.

op de tweede en de derde vraag: het begrip onmogelijkheid dat in voornoemd artikel voorkomt, omvat de putatieve onmogelijkheid die zich voordoet indien de veroordeelde in de mening verkeert aan de hoofdveroordeling geheel en tijdig te hebben voldaan slechts voor zover de dwaling die de veroordeelde aldus heeft begaan in genen dele aan zijn schuld kon toe te schrijven zijn. De rechter moet bij het beoordelen van die dwaling rekening houden met de omstandigheden van het geval en o.m. nagaan of, gelet op die omstandigheden, de dwaling ook zou begaan worden door ieder redelijk en voorzichtig persoon.

Brussel, 2 juni 1986.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'E. Krings', with a horizontal line underneath.

E. Krings.