

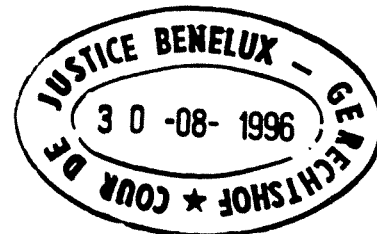
BENELUX - GERECHTSHOF

REGENTSCHAPSSTRAAT 39
1000 BRUSSEL
TEL. 519.38.61

COUR DE JUSTICE BENELUX

RUE DE LA RÉGENCE 39
1000 BRUXELLES
TÉL. 519.38.61

Nr A96/1



BENELUX-GERECHTSHOF

A 96/1/4

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

inzake:

BEVIER VASTGOED B.V.

tegen:

GEBR. MARTENS BOUWMATERIALEN B.V.

1. De Hoge Raad der Nederlanden heeft bij arrest van 12 januari 1996, nr. 15.865, RvdW 1996, 30 C vragen van uitleg gesteld met betrekking tot art. 1 lid 3 van de Eenvormige Wet betreffende de dwangsom behorende bij de desbetreffende Benelux-Overeenkomst van 26 november 1973 (Trb. 1974, 6; Benelux Basisteksten II, 4 onder "Dwangsom/Astreinte", p. 9; Sch. en J. Rv. Verdragen II 1992, p. 1038), welk artikellid in de Beneluxlanden overeenkomstig art. 1 van de Overeenkomst letterlijk overgenomen is in de nationale wetgeving, in Nederland met name in art. 611a lid 3 Rv., in België in art. 1385 bis lid 3 Gerechtelijk Wetboek en in Luxemburg in art. 2060 lid 2 Code Civil.

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

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

4. De vragen van uitleg, gesteld onder 5 in voormeld arrest, zijn de volgende:

"1. Indien de rechter in eerste aanleg aan een door hem uitgesproken hoofdveroordeling een veroordeling tot betaling van een dwangsom heeft verbonden en vervolgens de rechter in hoger beroep de aan de veroordeelde partij betekende uitspraak van de rechter in eerste aanleg - waarvan de nog niet voltooide tenuitvoerlegging door het hoger beroep was

geschorst - heeft bekrachtigd, brengt dan het bepaalde in art. 1 lid 3 van de Eenvormige Wet mee dat de bekrachtigde uitspraak opnieuw - al of niet te zamen met de uitspraak in hoger beroep - aan de veroordeelde partij moet worden betekend alvorens (opnieuw) dwangsommen kunnen worden verbeurd?

2. Indien bij een uitspraak in eerste aanleg als onder 1. bedoeld aan de veroordeelde partij een termijn is toegestaan waarbinnen hij aan de hoofdveroordeling kan voldoen alvorens dwangsommen te verbeuren, en vervolgens door het binnen deze termijn instellen van hoger beroep de tenuitvoerlegging van de uitspraak wordt geschorst en ook geen dwangsommen worden verschuldigd, brengt het bepaalde in art. 1 lid 3 dan mee dat de bedoelde termijn niet doorloopt doch na het einde van de schorsing - en na een nieuwe betekening zo deze vereist mocht zijn volgens het antwoord op vraag 1. - opnieuw gaat lopen, dan wel verder doorloopt, zodat de veroordeelde partij niet terstond na het einde van de schorsing dwangsommen verbeurt?"

5. Blijkens rechtsoverweging 4 van het vragende arrest heeft de Hoge Raad de aan de vragen ten grondslag liggende feiten ter voldoening aan lid 5 van het onder 3 hierboven bedoelde art. 6 samengevat onder 3.1 (i-x) in zijn arrest. Ik mag thans te dien aanzien daarheen en naar de conclusie van de Advocaat-Generaal Asser onder 1.1-1.9 verwijzen.

6. Ik voeg toe dat het geding, waarin de Hoge Raad op het ingestelde cassatieberoep tot de vragen van uitleg kwam, aanhangig is gemaakt door Martens, wier vordering onder meer strekte tot een verklaring voor recht dat door haar jegens de wederpartij Bevier geen dwangsommen zijn verbeurd ter zake van de opheffing van de beslagen, waartoe zij op verbeurte van een dwangsom ingeval van niet opheffing binnen vier dagen na betekening van het vonnis bij het door het Hof te 's-Hertogenbosch op 22 januari 1992 bevestigde vonnis van de Rechtbank te 's-Hertogenbosch van 12 april 1991 (dat drie dagen vóór het instellen van het appel aan Martens was betekend)

was veroordeeld en waartoe zij op 16 maart 1992 is overgegaan na de betekening van onder meer laatst vermeld arrest van het Hof op 11 maart 1992.

7. Het onder vi in 3.1 van het arrest van de Hoge Raad vermelde kort geding strekte ertoe om nu appel bij het Hof hing en mogelijk nog een cassatieprocedure zou volgen, een veroordeling als uitgesproken door de Rechtbank te 's-Hertogenbosch tegen Martens te krijgen, maar nu uitvoerbaar bij voorraad. De ruime mogelijkheden in een bodemprocedure uitvoerbaarheid bij voorraad te krijgen, zoals thans in de Nederlandse artt. 52 en 53 Rv. voorzien, waren in dit geval nog niet van toepassing.

8. Voor de beantwoording van de gestelde vragen van uitleg mag worden vooropgesteld dat niet de strekking van het Verdrag is met de dwangsomregeling tevens een desbetreffende procesrechtelijke eenvormige regeling voor de drie landen te treffen. Ik zei dit reeds onder 6 in mijn conclusie vóór BenGH 15 april 1992, A91/2, Jur. 1992, p. 89, NJ 1992, 648, RW 1991-1992, p. 1425. Vgl. Krings in zijn conclusie onder 2-4 vóór BenGH 25 september 1986, A84/5, Jur. 1986, p. 23, 24, NJ 1987, 909 (WHH), RW 1986-1987, p. 1333.

9. De inzet van de vragen van uitleg is echter niet, of en wanneer in het algemeen voor de tenuitvoerlegging van uitspraken voorafgaande betekening vereist is, zoals bijv. art. 430 lid 3 Rv. in Nederland voorschrijft, en wat dit vereiste betekent ingeval van een bekrachtiging in hoger beroep van een reeds betekend in eerste aanleg

gewezen vonnis. De inzet is het bijzondere voorschrift in art. 1 lid 3 EW dat betekening - die uiteraard in de hier eerder bedoelde betekening kan samenvallen - vereist alvorens dwangsommen kunnen worden verbeurd.

10. De uitleg van dit voorschrift, welke aan Uw Hof is voorbehouden, kan een afwijking van het onder 8 hierboven geformuleerde uitgangspunt meebrengen.

11. In de eerste vraag gaat het uitsluitend om de uitleg van art. 1 lid 3 EW, kort gezegd of na een bekrachtiging in appel als gevolg van dit voorschrift betekening moet worden herhaald.

12. In de vraag wordt ervan uitgegaan, dat bij een bevestigende beantwoording daarvan het de bekrachtigde uitspraak is, die opnieuw moet worden betekend "al of niet tezamen met de uitspraak in hoger beroep." Vgl. hierover onder meer HR 13 januari 1956, NJ 1956, 35 en de conclusie van mr Langemeijer.

13. In het licht van het arrest van Uw Hof van 15 april 1992, A91/2, Jur. 1992 p. 89, NJ 1992, 648, RW 1991-1992, p. 1425, met name rechtsoverweging 10 en 16 acht ik dit uitgangspunt juist. Bij een bekrachtiging zonder meer voor wat betreft het dictum in appel (gezien rechtsoverweging 14 van het hier geciteerde arrest van Uw Hof is het dictum beslissend, ook al is in de appeluitspraak een andere motivering gegeven dan in eerste aanleg), komt het ten uitvoer te leggen dictum in de regel uitsluitend in de bekrachtigde uitspraak

voor. Voor een voorbeeld waarin het Hof bij bekrachtiging het dictum van het vonnis van de Rechtbank wel in het dictum van zijn arrest weergaf, zie men HR 13 januari 1956, NJ 1956, 35. Voorts zal bij de betekening als bedoeld in art. 1 lid 3 EW in zodanig geval kunnen worden volstaan met de vermelding van het feit dat bekrachtigd is in appel, en van de uitspraak waarbij dat is gebeurd. Nalaten daarvan behoeft niet steeds fataal te zijn. Vgl. de conclusie van Advocaat-Generaal Langemeijer vóór het hierboven aangehaalde arrest van de Hoge Raad, NJ 1956, p. 118 l.k.

14. Mocht Uw Hof in de eerste vraag hier ook een vraagstelling lezen, dan zou ik deze als boven vermeld beantwoorden.

15. In de tweede vraag speelt voorts een rol de in art. 1 lid 4 EW aan de rechter toegekende bevoegdheid te bepalen dat de veroordeelde pas na verloop van een zekere termijn de dwangsom zal verbeuren.

16. Voor een beantwoording van de voorgelegde vragen van uitleg acht ik van belang hetgeen in de Gemeenschappelijke Toelichting omtrent de leden 3 en 4 van art. 1 EW wordt opgemerkt, Benelux Basisteksten II, 4 onder "Dwangsom/Astreinte", p. 30:

a. "Een dwangsom kan slechts verschuldigd worden, indien de hoofdveroordeling waaraan zij is verbonden niet wordt nagekomen."

b. "Het spreekt vanzelf dat van niet-nakoming eerst sprake kan zijn wanneer de hoofdveroordeling uitvoerbaar is geworden, m.a.w. wanneer het vonnis of arrest voor tenuitvoerlegging vatbaar is.

Voor het verschuldigd worden van de dwangsom wordt in het ontwerp de uitdrukking gebezigd dat de dwangsom door de veroordeelde wordt verbeurd (encourue). In de leden 3 en 4 worden hiervoor enige nadere voorwaarden vermeld. Volgens lid 3 kan de dwangsom niet worden verbeurd vóór de betekening van de uitspraak. Lid 4 opent de mogelijkheid dat de rechter een termijn vaststelt die verstreken moet zijn wil een dwangsom verbeurd kunnen worden."

c. "De in lid 3 gestelde eis van betekening heeft ten doel ter kennis van de schuldenaar te brengen dat de schuldeiser nakoming van de rechterlijke uitspraak verlangt. Betekening is voldoende; niet nodig is dat ook nog een aanmaning of een bevel tot nakoming wordt gegeven."

d. "Lid 4 berust op de gedachte dat het wenselijk is dat de rechter de schuldenaar uit billijkheidsoverwegingen nog een 'délai de grâce' kan geven."

17. De onder a hierboven geciteerde alinea uit de Gemeenschappelijke Toelichting herinnert eraan, dat in de Benelux-regeling de dwangsom een indirect executiemiddel is. Het is bedoeld als een prikkel voor de veroordeelde om inderdaad te doen of na te laten waartoe hij veroordeeld is. In de Gemeenschappelijke Toelichting, vierde alinea op art. 5 (Benelux Basisteksten II, 4 onder "Dwangsom/Astreinte", p. 33) wordt dit nog eens uitdrukkelijk herhaald.

18. Vandaar dat in de onder b geciteerde alinea wordt gezegd, dat van niet-nakoming eerst sprake kan zijn wanneer de hoofdveroordeeling uitvoerbaar is geworden, "m.a.w. wanneer het vonnis of arrest

voor tenuitvoerlegging vatbaar is."

19. In BenGH 5 juli 1985, A84/3, Jur. 1985, p. 115, NJ 1986, 19 (WHH), RW 1985-1986, p. 929 is dan ook uitgesproken dat de dwangsom niet wordt verbeurd gedurende de tijd dat wegens het instellen van een rechtsmiddel de gedwongen tenuitvoerlegging van de hoofdveroordeling is geschorst. Deze regel zal evenzo gelden bij schorsing om andere reden. Voor faillissement is dit met zoveel woorden in art. 5 lid 1 EW geregeld. Voor het overige zal het hier opgemerkte ook voor de afloop van het faillissement gelden.

20. Reeds in HR 18 januari 1940, NJ 1940, 1127 (PS) was een gelijke beslissing gevallen. Dit is van belang, omdat het toenmalige Nederlandse recht model heeft gestaan voor de Benelux-regeling van de dwangsom. Zie Gemeenschappelijke Toelichting, Benelux Basisteksten II, 4 onder "Dwangsom/Astreinte", p. 19-27; Marcel Storme, TPR 1980, p. 222, tweede alinea noot 1, en p. 240, nr. 34, laatste alinea.

21. Gezien deze strekking van de dwangsom, is de eis van betekening van de betrokken rechterlijke uitspraak ook begrijpelijk. In het citaat onder c in 16 hierboven wordt dit aldus verwoord, dat deze betekening ten doel heeft ter kennis van de schuldenaar te brengen dat de schuldeiser nakoming van de rechterlijke uitspraak verlangt.

22. Het karakter van prikkel tot nakoming vereist begrijpelijkerwijs dat de schuldenaar tenminste geacht moet kunnen worden van de veroordeling op de hoogte te zijn. Eerst dan kan nakoming verwacht

worden, waarvoor de dwangsom als stok achter de deur is bedoeld. Vgl. H. Stein in Kluwers losbladige "Burgerlijke Rechtsvordering", aant. 6 op art. 611a, p. II-1307 e.v.

23. Voorts is van belang, dat de schuldenaar op dat ogenblik ook weet, dat de schuldeiser nu inderdaad deze nakoming verlangt. De betekening is daarvoor voor hem het teken.

24. Het kan zijn dat de schuldeiser nakoming nog niet wil afdwingen, omdat bijv. nog de termijn van een rechtsmiddel loopt en hij niet het risico wil lopen dat, als dit rechtsmiddel wordt ingesteld en de beslissing daarop alsnog tot zijn ongelijk zou leiden, hij vergoeding verschuldigd wordt voor de schade die de wederpartij door de (inleiding van de) afdwinging met de betekening heeft geleden. Vgl. bijv. HR 16 november 1984, NJ 1985, 547 (WHH en LWH). In de toelichting Meijers op art. 3.11.5 onder 1 wordt dit argument in verband met de betekeningseis ook met zoveel woorden genoemd (Parl. Gesch. Boek 3 "Vermogensrecht in het algemeen", 1981, p. 902).

25. Anderzijds zal de schuldenaar, die niet door de betrokken uitspraak (en de bekrachtiging in appel) is overtuigd en het instellen van een rechtsmiddel overweegt, niet vrijwillig - ook al verplicht de uitspraak op zichzelf reeds (vgl. HR 27 april 1979, NJ 1980, 169 m.nt.WHH) - willen nakomen, omdat hij bij opheffing van de beslagen zijn zekerheid verliest en in ieder geval onder zodanige omstandigheden bij later verkregen gelijk geen vordering tot vergoeding van de schade wegens de nakoming van de (bijv. vernietigde)

uitspraak zal hebben.

26. Voorgaande houdt in, dat de voorgeschreven betekening een voor tenuitvoerlegging vatbare uitspraak moet betreffen. Dat is niet het geval als de betekening betrekking heeft op een uitspraak waarvan de mogelijkheid van tenuitvoerlegging is geschorst.

27. Ik zou menen, dat als aan de betekende uitspraak de mogelijkheid van executie bijv. door schorsing is komen te ontvallen, na opheffing van de schorsing het voorgaande (met name onder 17, 18 en 21-25) te dien aanzien evenzeer geldt en dat dus wederom betekening nodig is.

28. Tussen het geval van bekrachtiging op verzet, in appel en verwerping van het cassatieberoep enerzijds en een vernietiging met een nieuwe veroordeling versterkt met een dwangsom anderzijds, bestaat aldus met betrekking tot de betekeningseis geen verschil, zij het dat in het laatste geval het in appel (eventueel na een vernietiging in cassatie) gewezen arrest, dat de veroordeling met dwangsom inhoudt (vgl. 13 hierboven), zal moeten worden betekend.

29. De schuldeiser, die zich tegen (in zijn ogen; het mag niet worden verondersteld) misbruik van het instellen van een rechtsmiddel wil wapenen, zal een toewijzing van zijn hoofdvordering met uitvoerbaarheid bij voorraad moeten vorderen. Vgl. bijv. Dirix-Broeckx "Beslag" (1992), p. 43 onder b (en p. 13 onder 19).

30. De eerste vraag van uitleg moet derhalve bevestigend worden beantwoord.

31. Juist de redenen die een nieuwe betekening vergen, brengen ook mee, dat vanaf deze nieuwe betekening de aan de schuldenaar in de ten uitvoer te leggen uitspraak gegunde terme de grâce (vgl. Gemeenschappelijke Toelichting, laatste alinea n.a.v. art. 1, Benelux Basisteksten II, 4 onder "Dwangsom/Astreinte", p. 30) opnieuw gaat lopen.

32. De schuldeiser, die daartegen bezwaar heeft, kan aan de appelrechter (of in de verzetprocedure) vragen in ieder geval een kortere termijn vast te stellen.

33. Soms is in verband met het aflopen van de bepaalde termijn op een tijdstip dat ten tijde van de uitspraak in appel of in cassatie reeds is verstreken, ook bij een bekrachtiging of een verwerping van het beroep nodig een nadere of nieuwe uiterste dag van nakoming alvorens de dwangsom gaat lopen, te bepalen. Vgl. bijv. HR 4 januari 1985, NJ 1985, 789 (PAS), rechtsoverweging 3.4 en dictum.

34. In het geval, waarop de tweede vraag van uitleg ziet, is evenwel slechts sprake van een bekrachtiging zonder meer, dus ook zonder dat een nadere termijnbepaling heeft plaats gevonden.

35. Ten aanzien van de tweede vraag van uitleg moet, gelet op een en ander, mitsdien worden geantwoord dat na de (nieuwe) betekening

in de zin van art. 1 lid 3 EW de door de rechter op grond van het vierde lid van dit artikel gestelde termijn opnieuw gaat lopen.

36. In voormelde zin antwoordt ook Mevr. mr A.A. van Rossum naar aanleiding van het in dit geding vragende arrest van de Hoge Raad in het Advocatenblad 1996, p. 555-559. Deze uitkomst stemt ook overeen met de lijn die door de Advocaat-Generaal Asser onder 2.12-2.17 en 2.21 in zijn conclusie voorafgaand aan het vragende arrest is uitgezet, zij het dat ik de variëteit onder 2.15 in verband met de rechtszekerheid en de duidelijkheid in het procesrecht niet heb overgenomen. Voorts ligt deze uitkomst op één lijn met het advies van de huidige Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad Vranken, dat zich in het procesdossier als productie 6 bij de conclusie van repliek houdende wijziging eis bevindt. In deze zin ook Ballon, "Dwangsom" (1980), p. 32 nr. 84, maar p. 44 onder 119 maakt dit weer onzeker. Vgl. ook "Dix ans d'application de l'astreinte/Tien jaar toepassing van de dwangsom" (1990), p. 247 onder 9. Anders oordeelde Jongbloed, die in 1991 zijn monografie over "De Dwangsom in het Nederlandse privaatrecht" (men zie in het bijzonder p. 95) schreef, en wel in zijn adviezen, die in het procesdossier zijn opgenomen als productie 4 bij de conclusie van antwoord en als productie 6 bij de conclusie van dupliek.

37. In zijn conclusie voorafgaand aan BenGH 5 juli 1985, A84/3, Jur. 1985, p. 115, NJ 1986, 19 (WHH), RW 1985-1986, p. 929 heeft de Advocaat-Generaal Krings overwogen: "Heeft de eerste rechter in zijn einduitspraak een dwangsom opgenomen, dan is het wel zo

dat die som loopt vanaf de betekening tot het instellen van het rechtsmiddel en van dit moment af dus niet meer loopt, maar weer van kracht wordt na de einduitspraak op het rechtsmiddel, voor zover uiteraard deze einduitspraak op bevestiging van het vonnis van de eerste rechter luidt."

38. Uit zijn conclusie blijkt niet, of de Advocaat-Generaal toen mede het vraagstuk betreffende de betekening, waarover het in de huidige zaak gaat, voor ogen heeft gehad. Daarover ging het ook niet. Ik meen derhalve aan deze overweging geen belangrijke betekenis te kunnen hechten bij de beoordeling van de thans ter beslissing voorliggende vraagstelling.

39. In de Nederlandse en Belgische procesrechtelijke literatuur heb ik over dit vraagstuk verder geen relevante opmerkingen gevonden.

De conclusie strekt tot beantwoording van de door de Hoge Raad der Nederlanden gestelde vragen van uitleg (zie 4 hierboven) in de zin zoals hierboven onder 30 en wellicht onder 12-14 respectievelijk onder 35 is weergegeven.

's-Gravenhage 28 augustus 1996

Advocaat-Generaal

bij het Benelux-Gerechtshof,

