

## **Conclusie van het Parket van het Benelux-Gerechtshof**

### **I. Voorafgaande rechtspleging**

1. Het geding wordt gevoerd tussen de naamloze vennootschap naar publiek recht Belgacom en een van haar handelsagenten, de naamloze vennootschap Alphacom. Deze laatste heeft op 5 januari 2012 een dagvaarding aan Belgacom laten betekenen waarbij zij de overlegging van stukken op verbeurte van een dwangsom vordert alvorens recht wordt gedaan.

De rechtbank van koophandel te Brussel heeft die vordering bij vonnis van 26 januari 2012 toegewezen: zij heeft de overlegging van de stukken gelast en aan dat bevel een dwangsom verbonden van 1.000 EUR per dag vertraging vanaf de maand volgend op de betekening van het vonnis.

Het vonnis is op 17 februari 2012 door Alphacom aan Belgacom betekend.

Belgacom heeft diezelfde dag tegen die beslissing hoger beroep aangetekend voor het hof van beroep te Brussel, waarbij zij – volgens het relaas van de feiten door de rechter die zich thans tot het Hof wendt – de opheffing van diverse dwangsommen vordert.

2. Vervolgens heeft Belgacom op 9 maart 2012 Alphacom voor de rechtbank van koophandel, de thans aanzoekende rechter, gedagvaard teneinde de opheffing van de dwangsommen te verkrijgen voor informatie die niet langer in haar bezit is, alsook de opschorting c.q. vermindering van de dwangsommen voor informatie die voor haar moeilijk te verzamelen is.

Die vordering is een vordering tot herziening van de dwangsom, welke steunt op artikel 1385*quinquies*, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek, waarin is bepaald dat de rechter die een dwangsom heeft opgelegd, op vordering van de veroordeelde de dwangsom kan opheffen, de looptijd ervan kan opschorten gedurende de door hem te bepalen termijn of de dwangsom kan verminderen ingeval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen.

3. Alphacom betoogt voor die rechter dat de vordering niet-ontvankelijk is op grond dat "de rechter die een dwangsom heeft opgelegd" door de devolutieve werking van artikel 1068 van het Gerechtelijk Wetboek het hof van beroep is, nu het hoger beroep op de dwangsommen ziet en niet is afgedaan.

Belgacom, die daarbij naar het arrest van het Hof van 15 april 1992<sup>1</sup> verwijst, betwist dit en stelt zich op het standpunt dat, zolang de rechter in hoger beroep geen uitspraak heeft gedaan over de hoofdveroordeling dan wel over de veroordeling tot betaling van dwangsommen, de rechter die een dwangsom heeft opgelegd de rechter in eerste aanleg is.

---

<sup>1</sup> Benelux-Gerechtshof, 15 april 1992, zaak A 91/2.

Voor zover voornoemd artikel 1385*quinquies* van het Gerechtelijk Wetboek de letterlijke weergave is van artikel 4 van de Eenvormige Wet betreffende de dwangsom<sup>2</sup> behorende bij de desbetreffende Benelux-Overeenkomst van 26 november 1973, heeft de rechtbank de uitspraak aangehouden en de volgende prejudiciële vraag aan het Hof gesteld:

*« Indien de eerste rechter een partij heeft veroordeeld tot het overleggen van stukken op verbeurte van een dagelijkse dwangsom en de veroordeelde partij hoger beroep heeft ingesteld tegen die veroordeling en een vermindering van de dwangsommen voor de appelrechter vordert, en deze laatste nog geen uitspraak heeft gedaan, is dan de rechter "die een dwangsom heeft opgelegd" nog de eerste rechter of gaat het om de appelrechter voor wie de beslissing waarbij de dwangsommen zijn opgelegd, wordt betwist en voor wie een vordering tot vermindering van de dwangsommen subsidiair is ingesteld, zolang de appelrechter nog geen uitspraak heeft gedaan, met dien verstande dat de vordering tot opheffing of vermindering voor de eerste rechter niet voorlopig wordt ingesteld in afwachting van de beslissing van de appelrechter en dat de appelrechter slechts kennis kan nemen van het aan hem voorgelegde vonnis en niet van het eventuele vonnis van opheffing of vermindering van de dwangsommen? ».*

## **II. Bespreking van de vraag**

4. 's Hofs arrest waarnaar Belgacom verwijst, ziet op de toepassing van artikel 611*d* van het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering<sup>3</sup>, zijnde dus voormeld artikel 4 van de Eenvormige Wet betreffende de dwangsom, en de Hoge Raad had de volgende prejudiciële vragen aan het Hof gesteld:

*« (1) Moet in geval de rechter in eerste aanleg een dwangsom heeft opgelegd en zijn vonnis op dit punt in hoger beroep al dan niet met wijziging of aanvulling van de veroordeling is bekrachtigd, de rechter in eerste aanleg dan wel de rechter in hoger beroep worden aangemerkt als "De rechter die een dwangsom heeft opgelegd" als bedoeld in artikel 4 van de Eenvormige Wet?*

*(2) Indien de rechter in eerste aanleg als zodanig moet worden aangemerkt, brengt dan artikel 4 mee dat slechts deze rechter bevoegd is ter zake van de in dat artikel bedoelde vordering tot opheffing, schorsing of vermindering, in dier voege dat van zijn beslissing geen hoger beroep openstaat, ook al zou volgens algemene regels van nationaal procesrecht wel hoger beroep openstaan? ».*

Het Hof heeft die prejudiciële vraag bij genoemd arrest van 15 april 1992 in de volgende bewoordingen beantwoord:

---

<sup>2</sup> Dit artikel bepaalt het volgende: (1) De rechter die een dwangsom heeft opgelegd, kan op vordering van de veroordeelde de dwangsom opheffen, de looptijd ervan opschorten gedurende de door hem te bepalen termijn of de dwangsom verminderen ingeval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen. (2) Voor zover de dwangsom verbeurd was voordat de onmogelijkheid intrad, kan de rechter haar niet opheffen of verminderen.

<sup>3</sup> Deze bepaling luidt als volgt: "1. De rechter die een dwangsom heeft opgelegd, kan op vordering van de veroordeelde de dwangsom opheffen, de looptijd ervan opschorten gedurende de door hem te bepalen termijn of de dwangsom verminderen in geval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen. 2. Voor zover de dwangsom verbeurd was voordat de onmogelijkheid intrad, kan de rechter haar niet opheffen of verminderen".

« Indien de rechter in eerste aanleg aan een of meer door hem uitgesproken hoofdveroordelingen een veroordeling tot betaling van een dwangsom heeft verbonden en vervolgens de rechter in hoger beroep in enigerlei vorm eveneens tot een of meer hoofdveroordelingen en een daaraan verbonden veroordeling tot betaling van een dwangsom komt, heeft als regel de rechter in eerste aanleg te gelden als de "rechter die de dwangsom heeft opgelegd" in de zin van de artikelen 4 en 6 van de Eenvormige Beneluxwet betreffende de dwangsom; dit wordt alleen anders wanneer in het dictum van de beslissing in hoger beroep:

a) uitdrukkelijk is uitgesproken dan wel uit het dictum onmiskenbaar duidelijk blijkt dat de appelrechter de uitspraak van de rechter in eerste aanleg op het stuk van de hoofdveroordeling waaraan de veroordeling tot betaling van de dwangsom was verbonden, dan wel op het stuk van laatstbedoelde veroordeling geheel of ten dele heeft vernietigd en op een van deze punten een van de uitspraak in eerste aanleg afwijkende beslissing heeft gegeven, in welk geval de rechter in hoger beroep heeft te gelden als de "rechter die de dwangsom heeft opgelegd"; of

b) de appelrechter met instandhouding van de door de rechter in eerste aanleg uitgesproken hoofdveroordeling en de daaraan verbonden dwangsom een nieuwe hoofdveroordeling heeft uitgesproken en daaraan hetzij een nieuwe dwangsom hetzij de reeds door de rechter in eerste aanleg opgelegde dwangsom heeft verbonden, in welk geval de appelrechter ook ten aanzien van de door hem instandgehouden hoofdveroordeling van de eerste rechter met de daaraan verbonden dwangsom heeft te gelden als "de rechter die de dwangsom heeft opgelegd" ».

5. Dit arrest markeert een conceptuele breuk met het verleden. Het heeft van het begrip "rechter die een dwangsom heeft opgelegd", dat tot dan toe in relatie tot het nationale recht werd bepaald, een aan het Benelux-recht eigen rechtsbegrip gemaakt<sup>4</sup>. Voortaan is het antwoord op de vraag wie de bevoegde rechter is om uitspraak te doen over de herziening van de dwangsom, in de drie Benelux-staten bijgevolg niet langer te zoeken in het nationale recht alleen en meer bepaald door te verwijzen naar de devolutieve kracht van het hoger beroep<sup>5</sup>.

Dit gezegd hebbende dienen er twee kanttekeningen te worden geplaatst bij de met evengenoemd arrest ingevoerde regel.

Op de eerste plaats wordt zodoende vermeden dat de eerste rechter en de rechter in hoger beroep gelijke bevoegdheden hebben. Dit is geen toeval: uit de aan het arrest voorafgaande conclusie van advocaat-generaal Ten Kate blijkt integendeel dat het daarbij om een fundamentele zorg ging. "De duidelijkheid in het procesrecht", aldus de advocaat-generaal, "vereist een volledige keuze. Een oplossing dat de eerste rechter en appelrechter elk voor hun deel van het dictum bevoegd zouden zijn, geeft alleen maar problemen". Het Hof stond kennelijk open voor dit probleem.

Op de tweede plaats krijgt de huidige vraag welke rechter bevoegd is indien het hoger beroep is ingesteld doch daarover nog geen uitspraak is gedaan, met deze regel uit de jurisprudentie weliswaar nog geen ondubbelzinnige beantwoording. Echter, door voor de uitleg van voornoemd

<sup>4</sup>Vgl. in dit verband O. MIGNOLET, "La révision de l'astreinte: une impossible équation?", noot onder Cass., 14 oktober 2004, R.C.J.B., p. 772, nr. 53.

<sup>5</sup> Overigens vormt de bij meergenoemd arrest van 15 april 1992 bekrachtigde oplossing duidelijk een afwijking van wat de normale toepassing van deze regel zou hebben vereist; zie O. MIGNOLET, *ibid.*

artikel 4 van de Eenvormige Wet betreffende de dwangsom af te wijken van de nationale regels, waaronder met name de devolutieve kracht van het hoger beroep, staat 's Hofs arrest van 15 april 1992 een benadering toe waarbij de bewoordingen van enkel de Eenvormige Wet als richtsnoer dienen.

6. Ingevolge de tekst van artikel 4 van genoemde wet moet de vordering tot herziening van de dwangsom worden gebracht voor de rechter die de dwangsom heeft opgelegd. Welnu, het is duidelijk dat indien het hoger beroep zonder meer is ingesteld bij de appelrechter doch deze daarop nog niet heeft beslist, hij niet vermag te worden aangemerkt als wat dan ook te hebben opgelegd, en gewis niets omtrent de dwangsom in het geding.

De enige reden om anders te concluderen en de appelrechter als bevoegde rechter aan te merken, zou voortvloeien uit een uitleg van de Eenvormige Wet in het licht van het beginsel van de devolutieve kracht van het hoger beroep, waarvan zonet juist is gesteld dat dit niet vermag te worden betrokken bij de beoordeling van de strekking van het ten geschille staande begrip.

Er dient dan ook van te worden uitgegaan dat de eerste rechter bevoegd blijft om kennis te nemen van de vordering tot herziening, ook al is er hoger beroep ingesteld. Bovendien blijft de eerste rechter eveneens bevoegd wanneer de appelrechter zijn beslissing zal hebben genomen, zolang de onder a) en b) in het dictum van het arrest van 15 april 1992 vermelde voorwaarden niet zijn vervuld.

7. De reeds hierboven aangehaalde rechtsleer die na voormeld arrest van 15 april 1992 tot stand kwam, sluit zich hier volledig bij aan<sup>6</sup>. O. MIGNOLET ziet daar in zijn reeds geciteerde noot overigens een groot voordeel in: (vertaling) *"aan het feit dat de eerste rechter bevoegd blijft om uitspraak te doen over een vordering tot herziening zelfs nadat de zaak omtrent de vraag van de hoofdveroordeling en/of dwangsom aanhangig is gemaakt bij de appelrechter, is het grote voordeel verbonden dat de veroordeelde reeds een herzieningsmaatregel gedurende de rechtsgang in hoger beroep kan verkrijgen"*. (op. cit., p. 772, nr. 54). Zo ook andere auteurs, met name J. VAN COMPERNOLLE, *"L'astreinte"*, Brussel, Larcier, 2007, p. 92, nr. 126, en M. VANDERMERSCH, *"Incidence sur l'astreinte de la réformation en appel de la décision entreprise"*, noot onder Brussel, 4 november 1993, *T.B.B.R.*, 1995, p. 243.

8. Men kan zich afvragen of met een dergelijk systeem de kans niet bestaat dat dit aanleiding geeft tot een gelijke bevoegdheid van de eerste rechter en de rechter in hoger beroep, een situatie die advocaat-generaal Ten Kate uitdrukkelijk wilde vermijden.

Die vrees is wellicht niet gegrond. De voorwaarden voor elkaar overlappende bevoegdheden zouden slechts in één enkele situatie kunnen worden vervuld: de situatie waarin de appelrechter een beslissing wijst die voldoet aan de onder a) of b) van het arrest van 15 april 1992 gestelde voorwaarden, terwijl de eerste rechter nog geen uitspraak heeft gedaan over de vordering tot

---

<sup>6</sup> Als ik het wel heb, lijkt de kwestie noch in de Nederlandse noch in de Luxemburgse rechtsleer aan de orde te komen. Over voormeld artikel 611d van het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, vgl. de conclusie van advocaat-generaal mr. Vranken voorafgaand aan HR 20 mei 1994, LJN ZC1367, NJ 1994, 652, en de commentaar bij HR 15 februari 2008, LJN BB8095, NJ 2008, 437, met noot van A.I.M. van Mierlo, en JBPr 2008, 25, met noot van mr. H.W. Wiersma.

herziening. Echter, in een dergelijke situatie komt door de omstandigheid dat de appelrechter de rechter wordt die de dwangsom heeft opgelegd, aan de voor de eerste rechter gebrachte vordering de grondslag allicht te ontvallen.

Die stelling wordt verdedigd door O. MIGNOLET in zijn meergenoemde bijdrage: het is mogelijk (vertaling) *"in een latere fase, dat de appelrechter zich de beslissing betreffende de hoofdveroordeling en de dwangsom toe-eigent wanneer hij, uitspraak doende op het desbetreffende hoger beroep, afwijkt van het eerste vonnis in het geval als bedoeld onder a) in het dictum van het arrest (van 15 april 1992). In dat geval komt het ons voor dat aan de vordering tot herziening die vooraf voor de eerste rechter zou zijn ingesteld maar waarop door hem nog niet zou zijn beslist, de grondslag komt te ontvallen op de dag waarop de beslissing van de appelrechter wordt uitgesproken. Is zulks gerechtvaardigd, dan dient een vordering tot herziening te worden heringesteld voor de appelrechter, welke vordering hoe dan ook dient te worden aangepast aan de nieuwe hoofdveroordeling en/of nieuwe dwangsom die door de appelrechter wordt opgelegd. Wordt de appelrechter op grond van het dictum (van 15 april 1992) onder b) de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, dan moet de vooraf voor de eerste rechter ingestelde vordering tot herziening, waarop door hem nog niet is beslist, eveneens worden overgedaan voor de appelrechter, wat in de praktijk niet erg bevredigend is maar zich waarschijnlijk minder vaak zal voordoen dan andere gevallen"*.

Ik sluit mij bij die zienswijze aan.

### **III. Conclusie**

9 De prejudiciële vraag dient naar mijn mening als volgt te worden beantwoord:

Indien de eerste rechter een partij heeft veroordeeld tot het overleggen van stukken op verbeurte van een dagelijkse dwangsom en de veroordeelde partij hoger beroep heeft ingesteld tegen die veroordeling en een vermindering van de dwangsommen voor de appelrechter vordert, terwijl deze laatste nog geen uitspraak heeft gedaan, is de rechter *"die een dwangsom heeft opgelegd"* de eerste rechter.

De plaatsvervangend advocaat-generaal,

André HENKES

Brussel, 17 oktober 2012.