

# Doel en effect van dwangsom en lijfswang

*M.B. Beekhoven van den Boezem\**

## 1. INLEIDING

Dat dwangsom en lijfswang doeltreffende instrumenten kunnen zijn om te komen tot tenuitvoerlegging van velerlei rechterlijke veroordelingen, wordt in de literatuur niet betwist. De tenuitvoerlegging wordt met behulp van deze zijdelingse executiemiddelen op relatief eenvoudige wijze bereikt: door het dreigen met vrijheidsbeneming of vermogensverlies kan bewerkstelligd worden dat een debiteur een rechterlijke veroordeling uit eigen beweging nakomt. Zeker waar reële executie van de veroordeling niet mogelijk is, kan veelal de indirecte dwang, die van zijdelingse executiemiddelen uitgaat, uitkomst bieden. Wanneer de door dwangsom of lijfswang beoogde pressie de debiteur inderdaad tot nakoming van de hoofdveroordeling aanzet, lijkt executie van een veroordeling op deze manier probleemloos. Het beoogde doel wordt echter niet in alle gevallen bereikt: dwangsom en lijfswang zijn weliswaar bedoeld om zodanig dwingend te werken dat het naleven van de hoofdveroordeling voor de debiteur een relatief aantrekkelijke optie wordt, niet altijd kan het handelen van de dwangsomdebiteur tevoren juist worden ingeschat. Dit handelen vormt steeds een onzekere factor, ten aanzien waarvan de rechter slechts een voorspelling kan doen. Komt die voorspelling niet uit, dan schiet de dwangsom- of lijfswangveroordeling haar doel voorbij. Tenuitvoerlegging van dwangsom of lijfswang impliceert steeds het – al dan niet voorlopig – falen van het executiemiddel.<sup>1</sup>

Neemt de executie een aanvang, dan manifesteert zich bovendien een belangrijke reden om beide executiemiddelen kritischer te beschouwen. In geval van een dwangsomveroordeling dient de vraag

\* Mw. mr. M.B. Beekhoven van den Boezem is als universitair docent verbonden aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Erasmus Universiteit Rotterdam.

1. Wordt de lijfswang onmiddellijk ten uitvoer gelegd, althans een dag na betekening van het vonnis, dan impliceert die tenuitvoerlegging in mindere mate het – voorlopig – falen van het executiemiddel; waar tenuitvoerlegging van lijfswang een reactie is op niet-naleving van een veroordeling door de debiteur, zoals bij een verbod, heeft dit steeds te gelden. Zie § 3.2 hierna.

zich aan naar de rechtvaardiging voor de verplichting van de dwangsomdebiteur om verbeurde dwangsommen aan de crediteur te betalen. In de literatuur is men over het antwoord op deze vraag niet eensgezind. Vóór invoering van de wettelijke dwangsomregeling<sup>2</sup> werd de rechtvaardiging voor de betalingsverplichting van de debiteur bij overtreding van de hoofdveroordeling gezocht in compensatie voor de teleurgestelde schuldeiser; de subsidiaire veroordeling die tot deze betaling verplichtte was toentertijd ook niet anders dan een voorwaardelijke schadevergoedingsveroordeling. Inmiddels wordt uit de tekst van de huidige dwangsomregeling algemeen afgeleid dat de dwangsomveroordeling geen compensatie beoogt. Wel is in de literatuur ten aanzien van de huidige regeling betoogd dat de dwangsom na verbeurte als boete beschouwd zou moeten worden, en dat bestraffing zelfs het primaire doel van de regeling zou zijn. Deze opvatting heeft vergaande consequenties, omdat uiteraard ook de plaats van de regeling in het burgerlijk recht onder vuur komt te liggen, wanneer men vaststelt dat de regeling primair bestraffing beoogt.

Ook tegen de tenuitvoerlegging van lijfswang zijn in de literatuur belangrijke bezwaren naar voren gebracht; onvrijwillige opsluiting ademt in nog sterkere mate dan executie van dwangsommen een strafrechtelijke sfeer. Of ook hier wellicht in bestraffing het eigenlijke doel van de regeling is gelegen, behoeft dus bespreking.

In het eerste deel van deze bijdrage zal ik doel en effect van de dwangsomregeling aan een nader onderzoek onderwerpen. In § 2.1 bespreek ik met het oog daarop enkele historische aspecten. De relatie tussen dwangsom en straf komt vervolgens in § 2.2 aan de orde; § 2.3 van deze bijdrage is gewijd aan de relatie tussen dwangsom en schadevergoeding. Na de vaststelling dat de dwangsom in beginsel noch bestraffing, noch reparatie beoogt en het doel beperkt is tot preventie, komt vervolgens de vraag aan de orde in hoeverre een dwangsomveroordeling onbedoelde effecten met zich kan brengen en of in voorkomend geval mogelijkheden bestaan tot redres (§ 2.4).

In het tweede onderdeel van deze bijdrage komen doel en effect van lijfswang aan bod. Na een korte inleiding passeren de relatie tot bestraffing en de – al dan niet ongewenste – effecten van de regeling achtereenvolgens de revue (§ 3.1 t/m 3.3).

2. Voordat de dwangsom in 1933 wettelijke basis kreeg, werden voorwaardelijke schadevergoedingsveroordelingen als dwangmiddel gehanteerd, zie § 2.1 en § 2.3 hierna.

## 2. DOEL EN EFFECT VAN DE DWANGSOM

### 2.1 Inleiding

Het fenomeen dwangsom was vóór invoering van de wettelijke regeling in 1933<sup>3</sup> in ons land niet onbekend:<sup>4</sup> in de praktijk bestond al lang de gewoonte om rechterlijke veroordelingen door middel van subsidiaire geldveroordelingen afdwingbaar te maken. Om de subsidiaire geldveroordelingen een wettelijke basis te verschaffen, werden deze echter niet als dwangmiddel gepresenteerd, maar als voorwaardelijke veroordeling tot vergoeding van nog niet ingetreden schade.<sup>5</sup> Bij het niet naleven van het vonnis werd een door de rechter begroot bedrag aan de schuldeiser verschuldigd.<sup>6</sup> Over het algemeen begrootte de rechter de te verwachten schade in deze gevallen bijzonder ruim, opdat van de veroordeling dwingende werking zou uitgaan. Met een waarachtige inschatting van de te verwachten schade had deze begroting dus weinig van doen. Door lagere rechters werden zo nu en dan echter ook subsidiaire geldveroordelingen uitgesproken die niet aan toekomstige schade gerelateerd werden. Opvallend is, dat daarbij meer dan eens werd aangegeven dat de subsidiaire geldveroordeling in kwestie niet als schadevergoeding, maar als straf moest worden opgevat. Zo vond het Provinciaal Gerechtshof Limburg in 1864 dat de rechter de bevoegdheid moest hebben om door een strafbepaling kracht en uitvoering aan zijn uitspraak te verzekeren.<sup>7</sup> De Hoge Raad liet het betrokken arrest in stand, maar sanctioneerde de uitspraak voor wat betreft het karakter van de geldveroordeling niet: het betrof volgens de Hoge Raad ook hier een subsidiaire veroordeling tot vergoeding van toekomstige schade.<sup>8</sup> Ook uit de arresten die volgden bleek dat een geldveroordeling met een bestraffend karakter niet

3. Wet van 29 december 1932, Stb. 676.

4. Zie voor een uitgebreid historisch overzicht F.M. Westerouen van Meeteren, *De dwangsom (astreinte) in het Nederlandsch recht* (diss. Amsterdam UVA), Baarn: Oranje Nassau 1919.

5. Zie o.a. H.R. 23 juni 1899, *W.* 7302; HR 20 november 1908, *W.* 8789; Rb. Rotterdam 12 februari 1906, *W.* 8469; Rb. Utrecht 18 maart 1908, *W.* 8810; Hof Arnhem 19 juli 1911, *W.* 9236.

6. In België, waar de dwangsom eerst bij invoering van de Beneluxregeling wettelijke basis kreeg, is deze praktijk langere tijd gehandhaafd, vgl. bijvoorbeeld Cass. 9 juni 1975, *Pas.* 1975, 970 en *J.T.* 1975, 532.

7. Arr. van 4 april 1864, *W.* 2572.

8. HR 21 oktober 1864, *W.* 2636.

acceptabel werd gevonden,<sup>9</sup> in kort geding evenmin. Wel werd de president in kort geding – opmerkelijk genoeg – net als de bodem-rechter bevoegd geacht om een voorwaardelijke schadevergoedings-veroordeling uit te spreken.<sup>10</sup>

Met name het ontbreken van een wettelijke basis aan de dwang-somregeling maakte dat men deze met alle macht probeerde in te passen in rechtsfiguren die op dat moment wél voorhanden waren: de strafrechtelijke boete en de schadevergoedingsveroordeling. Toch werd daarnaast door lagere rechters een aantal maal al uitdrukkelijk van ‘dwangmiddel’ gerept.<sup>11</sup> Bij gebreke van een wettelijke basis werd een aldus betitelde geldveroordeling door de Hoge Raad echter steevast verworpen.

Invoering van de wettelijke regeling in 1933 zorgde voor meer duidelijkheid omtrent het rechtskarakter van de dwangsom. Niet alleen sprak de Memorie van Toelichting uitdrukkelijk van de categorie ‘middelen waarmee dwang wordt uitgeoefend tot nakoming van een veroordeling’, ook werd in de toelichting nog eens expliciet aangegeven dat dit dwangmiddel van schadevergoeding moest worden onderscheiden.<sup>12</sup> Anders dan men zou verwachten bij het bestuderen van de rechtspraak van vóór invoering van de wettelijke regeling, werd aan het – al dan niet – strafrechtelijk karakter van de dwangsom in de toelichting geen aandacht besteed. De wetgever meende kennelijk dat daarover geen twijfel meer kon bestaan, gezien de plaats van de regeling in het burgerlijk recht. De toelichting op de huidige Beneluxregeling met betrekking tot de dwangsom,<sup>13</sup> die in 1978 in ons land werd ingevoerd, is op dit punt wel expliciet. Dat de dwang-

9. ‘ (...) Het veronderstelt een aan den rechter gegeven macht, om zonder eenige wettelijken grens, op overtreding van eenig gebod of verbod, zuiver arbitrair ene boete te stellen,’ aldus AG Ledeboer in zijn conclusie bij HR 13 november 1914, *NJ* 1915, blz. 101. Een en ander achtte hij – en de Hoge Raad met hem – niet acceptabel.

10. HR 29 december 1921, *W.* 10845, *NJ* 1922, 225.

11. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam, 28 maart 1913, aangehaald door F.M. Westerouen van Meeteren a.w., p. 36.

12. Zie Kamerstukken II, Wetgevingsbijlagen NJB LXIII.

13. De huidige dwangsomregeling is neergelegd in de artikelen 611 a t/m i van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Deze regeling is gebaseerd op de Benelux Overeenkomst houdende Eenvormige Wet betreffende de Dwangsom (‘Eenvormige Wet’), *Trb.* 1974, 6; *Stb.* 184, 1977, voor Nederland in werking getreden op 1 januari 1978.

som wezenlijk verschilt van zowel schadevergoeding als straf, wordt daarin uitdrukkelijk gesteld.<sup>14</sup>

## 2.2 *Bestrafing; doel of middel?*

Toch is de dwangsom in de literatuur wel degelijk meer dan eens een strafrechtelijk karakter toegedicht en zijn de nodige bezwaren genoemd, die in verband daarmee zouden rijzen. Al in 1919 signaleert Westerouen van Meeteren dat het zonder wettelijke basis uitspreken van dwangsomveroordelingen niet in overeenstemming is met het nulla poena-beginsel.<sup>15</sup> Met het invoeren van de wettelijke dwangsomregeling is weliswaar enigszins aan zijn bezwaar tegemoet gekomen, maar het is niet aannemelijk dat deze wettelijke basis in het licht van artikel 1 van het Wetboek van Strafrecht voldoende wordt bevonden. Slechts de rechterlijke bevoegdheid om dwangsomveroordelingen uit te spreken is daarmee immers wettelijk vastgelegd, niet de na te leven norm en de daaraan te verbinden sanctie.<sup>16</sup>

Wanneer men meent dat de dwangsom inderdaad gekwalificeerd moet worden als straf, moet bovendien aan een aantal andere strafrechtelijke beginselen worden voldaan. Zo wijst Blaauw op het ultimum remedium-beginsel, op grond waarvan strafbaarstelling en bestrafing zo min mogelijk, zo voorzichtig mogelijk, zo zorgvuldig mogelijk en zo rechtvaardig mogelijk gehanteerd dienen te worden.<sup>17</sup> Blaauw bespreekt vervolgens in dit verband het nulla poena-beginsel, het beginsel van gelijkheid voor de strafwet, alsmede het beginsel, op grond waarvan bescherming van de verdachte in het strafprocesrecht centraal staat. Het behoeft geen betoog dat de civielrechtelijke proce-

14. *Kamerstukken II 1975/76*, 13 788, nr. 3, Gemeenschappelijke Memorie van Toelichting (GMvT) p. 15; zie voorts GMvT p. 16: 'De dwangsom is niet een straf, in de zin van een strafrechtelijke boete als sanctie op een inbreuk op de openbare orde, maar ligt geheel op het gebied van het burgerlijk recht.'

15. 'Gaat men den rechter toestaan, zonder dat een wettelijk voorschrift zulks veroorlooft een leed aan te doen aan iemand, die zich aan een onrechtmatig gedrag schuldig maakt, dan ondermijnt men het beginsel van art. 1 WvS al beweert men ook, dat die kastijding geen straf is in de zin van de criminele wetgeving.' Zie F.M. Westerouen van Meeteren, t.a.p.

16. De norm wordt immers door de rechter bij vonnis in het specifieke geval geformuleerd. Aan de naleving daarvan kan hij vervolgens geheel naar eigen inzicht een sanctie verbinden.

17. Zie R.M. Blaauw, *Executiemiddelen*, Preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer 1980, p. 53.

dure, waarin een dwangsomveroordeling wordt uitgesproken, in het licht van deze strafrechtelijke beginselen niet door de beugel kan. Wat bijvoorbeeld te zeggen van de civielrechtelijke exhibitieplicht, gezien in het licht van de strafrechtelijke cautie? Een recht om te zwijgen laat zich met een plicht om incriminerende stukken over te leggen niet verenigen. Ook de onschuldpresumptie komt niet erg uit de verf: op grond van artikel 611c Rv geldt immers dat de dwangsom onmiddellijk bij overtreding van de hoofdveroordeling kan worden geëxecuteerd, zonder dat een nieuwe procedure is vereist waarin de overtreding en de verschuldigdheid van dwangsommen door een rechter worden vastgesteld. Kortom, moeten we de dwangsom werkelijk onder het strafrecht scharen, dan schiet de huidige regeling tekort.

### 2.2.1 *EVRM*

Vanzelfsprekend is de vraag of de met een dwangsom versterkte hoofdveroordeling als strafrechtelijk zou moeten worden gekarakteriseerd er niet één die aan het nationale recht is voorbehouden. In verband met de toepasselijkheid van de in het EVRM vervatte waarborgen ten aanzien van het strafproces, heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zich meer dan eens uitgesproken over de vraag wanneer van een ‘criminal charge’ in de zin van de artikelen 6 en 7 EVRM sprake is. In de Straatsburgse jurisprudentie is een aantal criteria aangelegd aan de hand waarvan dit kan worden bepaald.<sup>18</sup> Allereerst is in dit verband volgens het Hof van belang (i) of de bepaling die het vergrijp in kwestie definieert volgens het nationale rechtssysteem tot het strafrecht behoort. Vervolgens moeten (ii) het karakter van het vergrijp en (iii) de aard en (iv) zwaarte van de sanctie welke betrokkene riskeerde worden onderzocht. Daarenboven zijn tenslotte van belang (v) het – al dan niet – algemeen karakter van de rechtsregel en (vi) de doelen van de straf, nl. of deze zowel afschrikwekkend als bestraffend genoemd kunnen worden.

Als we ten aanzien van de dwangsom de hierboven weergegeven criteria langslopen, zijn de bevindingen als volgt. In de eerste plaats staat vast dat de bepaling die het vergrijp definieert in geval van een met dwangsom versterkte hoofdveroordeling niet tot het strafrecht behoort. Het betreft immers een door de rechter bij vonnis vastgestelde norm, die op de algemene regels van het civiele recht is gebaseerd.

18. Zie EHRM 21 februari 1984, *NJ* 1988, 937 (Oztürk).

Het karakter van het vergrijp is al evenmin strafrechtelijk van aard: het gaat om het niet-naleven van een civielrechtelijk vonnis. Dit wordt niet alleen in Nederland, maar in de meeste Europese landen niet gezien als een strafrechtelijk vergrijp. Over de aard van de sanctie kan enerzijds worden gezegd dat het een geldveroordeling betreft, welke in principe het voor strafsancities kenmerkend punitief en afschrikwekkende karakter draagt. Anderzijds raakt het strafrechtelijke karakter weer op de achtergrond door het feit dat de verbeurde dwangsom niet aan de Staat toekomt,<sup>19</sup> maar aan de civiele wederpartij van de veroordeelde. Daarenboven wordt de dwangsomveroordeling alleen op vordering van die civiele wederpartij uitgesproken<sup>20</sup> en ook door deze ten uitvoer gelegd.<sup>21</sup>

Het voornaamste argument op grond waarvan de dwangsom niet als straf gekwalificeerd kan worden is echter naar mijn mening gelegen in het volgende. De overtreden norm is niet algemeen van aard, zoals het Europees Hof voor het aannemen van de kwalificatie van strafbepaling vereist. Ze is niet door de wetgever, maar door de rechter geformuleerd. Derhalve is de norm niet gericht tot alle burgers, of zelfs maar tot een groep burgers in een bepaalde hoedanigheid, maar specifiek tot de bij vonnis veroordeelde, toegesneden op een door de rechter specifiek beoordeeld geval tussen twee civiele partijen. De door de rechter geformuleerde norm stoelt weliswaar op de voor een ieder geldende verplichtingen krachtens het civiele recht, maar ze is in de hoofdveroordeling geconcretiseerd. Alleen aan die geconcretiseerde norm verbindt de rechter vervolgens voor de toekomst een voorwaardelijke geldveroordeling.

Wanneer we tenslotte het doel van de dwangsomveroordeling bezien, staat naar mijn mening preventie, en niet bestraffing centraal. Ook deze laatste toets moet dan ook in mijn optiek tot de conclusie

19. Dit geldt in ieder geval voor de dwangsom ex artikel 611 a Rv; onduidelijk is aan wie de per 1 januari 2002 in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geïntroduceerde dwangsom ex artikel 162 lid 3 Rv toe zou moeten komen, zie M.B. Beekhoven van den Boezem, 'De dwangsom ex artikel 162 lid 3 Rv; ongeoorloofde onduidelijkheid', *TCR* 2003, nr. 1, p. 10.

20. De dwangsom ex artikel 162 lid 3 Rv vormt een uitzondering op deze regel.

21. Zoals hierboven al aan de orde kwam is bij een dwangsomveroordeling voorts niet de wetgever, maar de rechter bevoegd al dan niet een sanctie aan het niet-naleven van de door hemzelf vastgestelde norm te verbinden, alsmede daarvan de hoogte vast te stellen. Nu de geoorlooftheid van dit systeem mede uitgangspunt was voor de hier behandelde vraag lijkt dit als argument echter een *petitio principii*.

leiden dat, gemeten aan de criteria die het Europees Hof in dit verband aanlegt, in geval van verbeurte van een dwangsom niet van bestraffing kan worden gesproken. Laten we nu bezien op welke gronden het tegendeel wel is bepleit.

### 2.2.2 *Blaauw*

In de literatuur neemt Blaauw wat dit onderwerp betreft het meest uitgesproken standpunt in: hij is van oordeel dat het dreigen met verbeurte van een dwangsom steeds een vorm van strafbaarstelling is, en het bij overtreden realiseren van die dreiging steeds een vorm van bestraffing.<sup>22</sup> Een en ander beargumenteert hij als volgt. Allereerst stelt hij vast dat een essentieel element van een straf is het toebrengen van als zodanig bedoeld leed. Verdergelegen doelen (zo noemt Blaauw generale of speciale preventie, afschrikking, beveiliging van de samenleving, vergelding, verzoening, voorkomen van eigenrichting, het waarmaken van een voorafgaande strafbedreiging) staan volgens Blaauw in geval van een straf los van dit naastgelegen doel. Blaauw vindt de dwangsom een straf, omdat de bedoeling van de dwangsombedreiging volgens hem is, het beïnvloeden van de wil van de veroordeelde door hem iets onaangenaams in het vooruitzicht te stellen voor het geval hij zich niet conformeert aan het vonnis (dreiging met leed, met als doel speciale preventie). De bedoeling van het doen verbeuren en executeren acht hij het realiseren van die dreiging: het opzettelijk laten ondergaan van het leed waarmee bedreigd werd. Blaauw overweegt dat het uiteindelijke doel van deze leedtoevoeging erin is gelegen, zowel aan de veroordeelde als aan een ieder die mocht menen dat het met het realiseren van dwangsombedreigingen wel meevalt, duidelijk te maken dat een dergelijk dreigement gemeend is.

In de redenering van Blaauw is van doorslaggevend belang, dat het naastgelegen doel van de dwangsomveroordeling zou zijn gelegen in het toebrengen van als zodanig bedoeld leed, net zoals dit het naastgelegen doel zou zijn van overige straffen. Preventie acht hij slechts een verdergelegen doel, dat aan het eerstgenoemde doel ondergeschikt is.

Mijns inziens kan opzettelijke leedtoevoeging in het geval van de dwangsomveroordeling echter niet als naastgelegen doel van de

22. Zie R.M. Blaauw, a.w., p. 52.



maatregel worden gezien. Het dreigen daarmee is naar mijn mening uitsluitend middel om tot het werkelijke doel van de dwangsomveroordeling te komen: het uitoefenen van dwang op de debiteur om het (opnieuw) overtreden van de door de rechter bij vonnis vastgestelde civielrechtelijke norm te voorkomen. Een preventieve maatregel benodigt altijd een middel waarmee men die preventie wil verwezenlijken, maar dit middel wordt normaliter nooit doel in zichzelf. Wanneer bijvoorbeeld van overheidswege pluimvee wordt geruimd met het oog op het voorkomen van uitbreiding van vogelpest, kan alleen de beoogde preventie als doel van de maatregel worden bestempeld. In het doden van kippen is het doel van de maatregel niet gelegen; dit vormt alleen het middel om tot de beoogde preventie te komen. Met de dwangsomveroordeling is het niet anders: de subsidiaire geldveroordeling wordt als preventieve maatregel uitgesproken, als middel om te voorkomen dat de debiteur de hoofdveroordeling naast zich neerlegt. Een en ander blijkt onmiskenbaar uit de aard en strekking van de regeling. Het komt bovendien op verschillende plaatsen zeer duidelijk naar voren in de Gemeenschappelijke Memorie van Toelichting, waar deze bepaalt dat de dwangsom wezenlijk van een straf verschilt en het karakter heeft van een dwangmiddel van geheel eigen aard.<sup>23</sup>

Niet alleen in de fase waarin de dwangsomveroordeling wordt uitgesproken moet naar mijn idee preventie en niet bestraffing als primair doel van de regeling worden gezien. In de executiefase is dit mijns inziens evenzo het geval, al helemaal wanneer de debiteur in kwestie ook na verbeurte van dwangsommen nog tot het – alsnog – nakomen van de hoofdveroordeling kan worden bewogen. In dat geval wordt immers met verbeurte van de dwangsom nog steeds in de eerste plaats beoogd te voorkomen dat de debiteur de verplichting zich naar de hoofdveroordeling te gedragen blijft veronachtzamen. De dwangsom wordt in de meeste gevallen per overtreding of per tijds-eenheid vastgesteld, juist om die dwingende werking te behouden en zelfs te doen oplopen: de duimschroeven worden aangedraaid, net zoals in geval van gijzeling de debiteur van zijn vrijheid wordt beroofd totdat deze dit niet langer kan velen. Blaauw<sup>24</sup> acht in de executiefase het uitoefenen van dwang al in het geheel geen na te streven

23. GMvT p. 15; zie ook GMvT p. 16.

24. R.M. Blaauw, a.w., p. 52.

doel van de dwangsomveroordeling meer, maar vindt bij lijfswang in deze fase nog wel dwang aanwezig. Mijns inziens bestaat voor dit onderscheid onvoldoende rechtvaardiging: pressie kan in deze fase niet alleen worden uitgeoefend door het ontnemen van vrijheid aan de debiteur, maar evengoed door het ontnemen van zijn vermogensbestanddelen. In beide gevallen is sprake van het doen oplopen van leed (het middel) teneinde de debiteur van een verder negeren van de hoofdveroordeling te weerhouden (het doel).<sup>25</sup>

Een bijzonder geval is aan de orde wanneer na een bepaald handelen in strijd met de hoofdveroordeling van de dwangsomveroordeling in de toekomst geen dwingende werking meer benodigd is, omdat het voor de debiteur niet mogelijk is om nogmaals in strijd met de hoofdveroordeling te handelen. Wanneer bijvoorbeeld jegens een stalker een verbod is uitgesproken om zich op de trouwdag van zijn ex-vriendin naar haar trouwlocatie te begeven, bestaat voor deze maar eenmaal de gelegenheid om zich al dan niet in overeenstemming met dit verbod te gedragen. Kiest hij ervoor om ondanks het verbod het bruidspaar met zijn komst te verblijden, dan kan uiteraard de executie van de daaraan verbonden dwangsom niet meer gericht zijn op het naleven van de hoofdveroordeling in de toekomst. Als het alsnog naleven van de hoofdveroordeling niet langer mogelijk is, werkt executie van een verbeurde dwangsom in het individuele geval niet langer preventief.<sup>26</sup> De mogelijkheid van verbeurde en inning van de

25. Kennelijk doelt Blaauw evenwel op het verschil in de wijze van tenuitvoerlegging van beide dwangmaatregelen, voor zover de lijfswang is uitgesproken ter naleving van een gebod zonder tijdsbepaling (zie § 2.3 hierna). Hij meent dat executie van verbeurde dwangsommen uitsluitend als reactie kan worden beschouwd op een normovertreding die al heeft plaatsgevonden en dat deze executie om die reden niet ook nog eens op toekomstig handelen in overeenstemming met de veroordeling van de debiteur gericht kan zijn. Omdat tenuitvoerlegging van lijfswang, in geval de hoofdveroordeling een gebod bevat, vaak onmiddellijk, althans in het algemeen een dag na betekening van het vonnis, plaatsvindt, en dus niet – althans in mindere mate – een vereffening inhoudt wegens eerdere niet-naleving, ben ik wel met Blaauw eens dat deze tenuitvoerlegging zich meer op toekomstig handelen richt dan de tenuitvoerlegging van dwangsommen. Wanneer tenuitvoerlegging van lijfswang echter een reactie op niet-naleven betreft (zoals bijvoorbeeld in geval van een verbod), bestaat dit verschil naar mijn idee niet.
26. Hoewel hier het alsnog naleven van de hoofdveroordeling niet mogelijk is, kan een matigingsverzoek op grond van artikel 611d lid 1 Rv niet slagen, omdat de verbeurde dwangsom ziet op overtreding van de veroordeling op een moment dat naleving daarvan nog wel mogelijk was (zie art. 611d lid 2 Rv).

dwangsom heeft in de voorafgaande fase haar rol al gespeeld: uitsluitend aan het bestaan van de mogelijkheid dat verbeurte en daaropvolgend inning plaats zou vinden, ontleende de dwangsom in die voorafgaande fase haar preventieve werking. Is weliswaar de uitgeoefende dwang voor het beoogde doel inmiddels in de praktijk onvoldoende gebleken, ook in dit geval moet de daadwerkelijke toevoeging van als zodanig bedoeld leed niet anders dan als middel worden beschouwd om een breder preventief doel te bereiken. Hiermee wordt beoogd in de toekomst in het algemeen te voorkomen dat naleving van met dwangsommen versterkte civielrechtelijke veroordelingen uitblijft.<sup>27</sup> Als het niet-naleven van de hoofdveroordeling immers niet steeds werkelijk tot executie van dwangsommen zou leiden, is ook het einde ingeluid van de preventieve werking van dwangsomveroordelingen in elk individueel geval. Om in het algemeen de dwingende werking van dwangsomveroordelingen te behouden moet het de schuldeiser dus ook in dit geval worden toegestaan de verbeurde dwangsommen te executeren. Het opzettelijk toevoegen van leed is ook hier naar mijn mening nog steeds een middel ten dienste van preventie in algemene zin, zowel ten aanzien van het toekomstig handelen van deze specifieke debiteur als ten aanzien van het handelen van een ieder. En dat doel heiligt het middel naar mijn idee ook hier.

Hetzelfde heeft mijns inziens te gelden voor de executie van verbeurde dwangsommen als gevolg van overtreding van een hoofdveroordeling die na die overtreding alsnog is nagekomen, of waarvan nakoming nadien onmogelijk is geworden.<sup>28</sup> Van deze executie zal evenmin nog pressie voor de toekomst uitgaan, maar de executie kan ook in deze gevallen naar mijn idee niet als bestraffing worden gezien. Ook deze executie is slechts de noodzakelijke consequentie van het feit, dat de rechter in een eerder stadium zijn veroordeling heeft willen versterken en daarom een definitieve voorwaardelijke veroordeling heeft uitgesproken. Het gedrag van de debiteur heeft vervolgens de betreffende voorwaarde doen intreden en de debiteur heeft daarmee voor zichzelf een betalingsverplichting doen ontstaan. Preventie in algemene zin kan voorts ook hier als doel van de executie gelden.

27. Volgens de GMvT moet dit ook als doel van de veroordeling worden beschouwd, zie p. 16.

28. Waaronder het in de vorige alinea al door mij beschreven geval mede is begrepen.

Zelfs al zou men overigens voor wat betreft dit laatstgenoemde geval, waarin met betrekking tot de nakoming van de veroordeling in de toekomst geen dwang meer benodigd is, van mening zijn dat het uitoefenen van dwang als naastgelegen doel niet meer zou bestaan, dan is er nóg alle aanleiding om de dwangsom als zodanig als pressiemiddel te kwalificeren, en niet als straf. Over het algemeen zal men een instrument in het recht immers steeds kwalificeren al naar gelang het doel dat met dit instrument van aanvang af primair werd beoogd. Of dit doel al dan niet wordt bereikt, is over het algemeen voor die kwalificatie niet relevant.

Zo kwalificeren wij bijvoorbeeld de civielrechtelijke dagvaarding als procesinleidend stuk, omdat het uitbrengen van dit stuk als naastgelegen doel heeft: het entameren van een gerechtelijke procedure met het oog op het verkrijgen van een vonnis. In de praktijk blijkt echter het enkel uitbrengen van dagvaardingen al vaak een probaat incassomiddel, zodat het tot een vervolg van de gerechtelijke procedure dan ook niet altijd meer komt. Het zou naar mijn mening echter te ver voeren om te stellen dat de dagvaarding zijn oorspronkelijk karakter als procesinleidend stuk heeft verloren als het uitbrengen daarvan in het concrete geval niet tot het verkrijgen van een vonnis heeft geleid. Ook in het dagelijks taalgebruik levert het doel van een instrument tenslotte steeds de kwalificatie op: een geneesmiddel wordt niet anders gekwalificeerd zodra duidelijk wordt dat gebruik ervan de genezing niet dichterbij brengt. Met de dwangsom is het niet anders: beoogd wordt in de eerste plaats het uitoefenen van dwang op de dwangsomdebiteur, teneinde deze ertoe te bewegen een civielrechtelijke veroordeling na te leven. Omdat in het uitoefenen van dwang in de eerste plaats het doel van de dwangsomveroordeling is gelegen, moet aan de hand hiervan haar karakter als dwangmiddel worden vastgesteld. Indien in het concrete geval dit beoogde doel niet wordt bereikt en het aanwenden van het dwangmiddel dus uiteindelijk niet leidt tot het gewenste gedrag van de debiteur, doet dit aan de kwalificatie van de dwangsom als civielrechtelijk dwangmiddel niet af.

Slechts in één specifiek geval ben ik er niet van overtuigd dat nog met succes kan worden betoogd dat de dwangsom preventie en geen bestraffing beoogt.

Wanneer het naleven van de hoofdveroordeling niet langer mogelijk is, maar de debiteur deze onmogelijkheid eigener beweging in het

leven heeft geroepen, is de rechter vrij om de dwangsomveroordeling in stand te laten wanneer de debiteur daarvan opheffing vraagt op grond van artikel 611d Rv, aldus de Toelichting.<sup>29</sup> Zo kan bijvoorbeeld de debiteur, die op straffe van een dwangsom van 10 euro per week tot afgifte van een dossier is veroordeeld, niet aan verbeurde van dwangsommen ontkomen door dit dossier aan zijn papierversnipperaar toe te vertrouwen. Weigert de rechter evenwel vervolgens aan een opheffingsverzoek van deze debiteur gehoor te geven, dan geldt ten aanzien van de dwangsommen die na vernietiging van het dossier verbeurd worden een bijzondere situatie. Noch voorafgaand aan de executiefase, noch daarna strekken deze dwangsommen nog tot het bevorderen van de naleving van de hoofdveroordeling: in ons voorbeeld kunnen de per week verbeurde dwangsommen er nimmer toe leiden dat afgifte van het dossier alsnog plaatsvindt. Anders dan in het in de vorige alinea besproken geval gaat van deze dwangsommen in het individuele geval dus niet alleen in de executiefase geen pressie uit, maar evenmin in de daaraan voorafgaande fase. Het behoeft geen betoog dat hier een wezenlijk kenmerk aan de dwangsom is komen te ontvallen. Geldt uiteraard ook in dit geval weliswaar nog dat het executeren van dwangsommen de dwingende werking van dwangsomveroordelingen in het algemeen versterkt, het verband tussen de dwangsom en deze legitimatie is beduidend verder verwijderd. Uiteraard is niet moeilijk te bedenken waarom in de Gemeenschappelijke Memorie van Toelichting echter voor deze visie is geopteerd: wanneer in het onderhavige geval de dwangsom zou worden opgeheven, zou de debiteur voor het frustreren van de executie worden beloond! Toch is naar mijn mening het lot van de dwangsomdebiteur in dit geval te ongewis. Is een dwangsomveroordeling namelijk per tijdseenheid of overtreding uitgesproken en staat vast dat nakoming van de hoofdveroordeling onmogelijk is geworden, dan is, bij gebreke van een aan de dwangsomveroordeling verbonden maximum, de sanctie op het onmogelijk maken van het naleven van de hoofdver-

29. Zie GMvT p. 19; gezien de discretionaire bevoegdheid die artikel 611d Rv de rechter biedt, om al dan niet tot vermindering of opheffing van de dwangsomveroordeling over te gaan, is in theorie zelfs denkbaar – maar niet voor de hand liggend – dat ook in een geval waarin de debiteur buiten zijn schuld niet tot het nakomen van de hoofdveroordeling in staat is, opheffing van de dwangsomveroordeling achterwege blijft. Uiteraard geldt hetgeen ik in deze alinea opmerk ook voor een dergelijk geval.

oordeling in principe ongelimiteerd.<sup>30</sup> Omdat de dwangsommen bovendien niet langer tot doel hebben de debiteur van het negeren van de hoofdveroordeling te weerhouden, lijkt in dit geval bestraffing inderdaad van middel doel in zichzelf te zijn geworden. Zuiverder lijkt het mij daarom wanneer de rechter het hier gesignaleerde probleem per afzonderlijke veroordeling zou voorkomen: door niet alleen het naleven van de hoofdveroordeling zelf op straffe van een dwangsom uit te spreken, maar ook de verplichting zich van het onmogelijk maken van het uitvoeren daarvan te onthouden. De dwangsom in verband met laatstgenoemde veroordeling zou vanzelfsprekend op een bedrag ineens gesteld moeten worden, zodat de debiteur tevoren weet welke dreiging wordt verwezenlijkt wanneer hij die veroordeling in de wind slaat. Komt het onverhoopt tot executie, dan zou deze ook daadwerkelijk met de voorafgaande dwingende werking van de dwangsom in direct verband staan en zou, net als in de andere gevallen, ook hier de preventieve werking van de dwangsomveroordeling als primair doel overeind blijven.<sup>31</sup>

### *2.3 Dwangsom en schadevergoeding*

Zoals al naar voren kwam in § 2.1 werd vóór invoering van de wettelijke dwangsomregeling een daarmee vergelijkbare dwingende werking bereikt door middel van aan de hoofdveroordeling verbonden voorwaardelijke schadevergoedingsveroordelingen. Door steeds de te vergoeden schade veel hoger te begroten dan bij overtreding van de hoofdveroordeling werkelijk werd verwacht, trachtte de rechter de kans te verkleinen dat de debiteur de hoofdveroordeling zou negeren. Wat de naam schadevergoeding droeg, was dat in feite dus maar gedeeltelijk: slechts een deel van de bij het intreden van de voorwaarde verschuldigde vergoeding zag op door de schuldeiser werkelijk te lijden schade. Een belangrijk gedeelte van de als schadevergoeding gepresenteerde veroordeling ontbeerde een reparatoir karakter.

30. J.L.W. Sillevius Smitt merkt ten aanzien van lijfswang op dat in dit geval de dwangmaatregel een strafsancie wordt, zie *Adv.bl.* 1989, p. 467; zie ook R.M. Blaauw, a.w., p. 13.

31. Zou men dit echter te onpraktisch vinden, dan zou toch in ieder geval steeds tevoren door de rechter een maximumbedrag moeten worden vastgesteld, dat in voorkomend geval verbeurd wordt.

In het Nederlands burgerlijk recht was en is een dergelijk niet-reparatoir element in de schadevergoeding niet gebruikelijk. Het is dan ook niet verwonderlijk dat deze praktijk van het uitspreken van oneigenlijke schadevergoedingsveroordelingen van verschillende zijden op verzet stuitte; het invoeren van de wettelijke dwangsomregeling kwam in belangrijke mate ook voort uit de wens om deze praktijk een halt toe te roepen. In de toelichting op de wettelijke regeling van 1932 werd uitdrukkelijk vermeld dat de dwangsom van de schadevergoeding moest worden onderscheiden.<sup>32</sup> Bij invoering van de Beneluxregeling is dit uitgangspunt gehandhaafd: de Toelichting bepaalt dat in de opzet van de regeling geen enkel verband bestaat tussen doel en omvang van de dwangsom enerzijds en van de schadevergoeding anderzijds. De tekst van artikel 611a Rv brengt dit ook met zoveel woorden tot uitdrukking.

Het scheiden van dwangsom en schadevergoeding impliceert dat het aan de rechter is om te bepalen of hij aan een hoofdveroordeling al dan niet een dwangsomveroordeling verbindt. Ook brengt dit met zich dat de rechter bij het vaststellen van de hoogte van die dwangsom geen rekening hoeft te houden met de als gevolg van het niet-naleven van de hoofdveroordeling voor de crediteur te verwachten schade. Uiteraard staat het de rechter overigens vrij om bij de vaststelling van de hoogte van de dwangsom wel degelijk de voor de crediteur te verwachten schade te betrekken, alsmede het door de debiteur te verwachten voordeel bij niet-naleving. Op zoek naar het omslagpunt, vanaf hetwelk het negeren van de hoofdveroordeling voor de debiteur niet langer aantrekkelijk zal zijn, vormen deze bedragen natuurlijk belangrijke indicaties.<sup>33</sup>

De scheiding die tussen dwangsom en schadevergoeding is aangebracht brengt nog een belangrijk gevolg met zich: op grond van die scheiding wordt algemeen aangenomen dat het aan dwangsommen betaalde bedrag als gevolg van het niet-naleven van de hoofdveroor-

32. De suggestie om de dwangsomregeling op te nemen in het Burgerlijk Wetboek in dezelfde titel als waarin de schadevergoeding was geregeld werd juist vanwege het te maken strenge onderscheid verworpen.

33. Zie ook A.I.M. van Mierlo, *Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 2002 (losbl.), art. 611a – 611i, Inleiding, aant. 4, waarin deze verwijst naar L.E.H. Rutten en W.H. Ariëns, *Hoofdstukken Burgerlijke Rechtsvordering*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1976, nr. 376.

deling niet in mindering kan worden gebracht op het door deze als gevolg daarvan aan schadevergoeding verschuldigde bedrag.<sup>34</sup> Deze laatste opvatting laat zich verklaren wanneer men bedenkt dat een subsidiaire veroordeling haar dwingende werking zou missen, wanneer deze niet iets onaangenaams in het vooruitzicht zou stellen dan een geldbetaling die het niet naleven van de hoofdveroordeling in ieder geval al met zich zou brengen. Van het in artikel 6:100 BW neergelegde uitgangspunt wijkt deze opvatting echter af. Op grond van dit artikel geldt immers, dat wanneer eenzelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade ook voordeel oplevert, dit voordeel voor zover dit redelijk is bij de vaststelling van de te vergoeden schade in aanmerking moet worden genomen. Een benadering, die in voorkomend geval voordeelstoerekening op zijn plaats acht,<sup>35</sup> wordt in de literatuur wel afgedaan als gebaseerd op een verwarring van causaliteiten.<sup>36</sup> De verwarring zou hierin zijn gelegen, dat de dwangsom is verschuldigd wegens het niet-nakomen van een rechterlijk bevel of verbod, terwijl de schadevergoeding uit hoofde van een door de een aan de ander toegebracht onrechtmatig nadeel is verschuldigd. Naar mijn mening is de verschillende grondslag voor de betalingsverplichtingen echter in deze niet relevant. Artikel 6:100 BW vereist naar mijn mening slechts dat eenzelfde gebeurtenis naast schade ook voordeel oplevert. Dit is in casu het geval: het plaatsvinden van de door de rechter als onrechtmatig bestempelde gebeurtenis, waaruit voor de dwangsomcrediteur schade voortvloeit, levert voor diezelfde schuldeiser ook voordeel op. Weliswaar is de oorzaak van het intreden van dit voordeel gelegen in het overtreden van het met een dwangsom ver-

34. Zie A.I.M. van Mierlo, t.a.p.; Hugenholtz/Heemskerk, *Hooflijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Den Haag: Elsevier bedrijfsinformatie 2002, p. 259; S.D. Lindenberg (schadevergoeding art. 6:100 BW), aant. 13; H.L.J. Roelvink, *Adv.bl.* 1989, p. 466; A.W. Jongbloed 2002, (*T & C Rv*), art. 611a Rv, aant. 9.

35. Zoals onder het oude recht bijvoorbeeld aangehangen door A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, p. 333; S.N. van Opstall, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle: Tjeenk Willink 1961, p. 143; C.J.J.C. van Nispen, *Onrechtmatige Daad (oud) II*, nr. 237. P. A. Stein merkt in zijn noot onder HR 5 januari 1979, *NJ* 1979, 207 op dat voordeelstoerekening gewoonlijk plaatsvindt, maar doelt kennelijk niet op de praktijk na inwerkingtreding van de huidige artikelen 611 a t/m i Rv. In zijn compendium acht hij op grond van artikel 611 a Rv voordeelstoerekening niet toelaatbaar, zie P.A. Stein, *Compendium Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 1997, p. 340.

36. zie A.I.M. van Mierlo, t.a.p.



sterkte rechterlijk bevel of verbod, maar dit doet voor de toepasselijkheid van de regel ex artikel 6:100 BW mijns inziens niet terzake. Ook wanneer een benadeelde in verband met een schadeveroorzakende gebeurtenis een uitkering van zijn schadeverzekeraar ontvangt, wordt bijvoorbeeld aangenomen dat voordeelstoerekening plaatsvindt, ook al is schadevergoeding verschuldigd uit hoofde van het onrechtmatig handelen, terwijl de verzekeringsuitkering op grond van een daartoe strekkende bepaling in de verzekeringsovereenkomst geschiedt.<sup>37</sup>

Of de tekst van artikel 611a Rv en de Toelichting daarop echter ruimte laten voor de opvatting dat in geval van samenloop van dwangsom en schadevergoeding voordeelstoerekening kan plaatsvinden, is de vraag. In artikel 611a Rv staat immers dat een dwangsomveroordeling kan worden opgelegd onverminderd het recht op schadevergoeding. De Toelichting bij dit artikel is nog explicieter in dit opzicht. Uitdrukkelijk wordt daarin overwogen:<sup>38</sup>

‘dat wel door Van Opstall de gedachte is geopperd dat de rechter een geïnde dwangsom in mindering zou moeten brengen op het bedrag van de schadevergoeding (...), maar dat in de tekst van de regeling de tegengestelde regel is neergelegd, volgens welke de betaling van vergoeding van geleden schade onafhankelijk is van de betaling van een dwangsom (...).’

Een mogelijkheid om desalniettemin in een flagrant geval toch voordeelstoerekening toelaatbaar te achten, zie ik evenwel in de Toelichting bij artikel 611c Rv.<sup>39</sup> Volgens de Toelichting ligt besloten in de woorden ‘komt ten volle toe’ in artikel 611c Rv, dat de schuldeiser zowel op de dwangsom als op de schadevergoeding aanspraak kan maken, doch een en ander slechts ‘behoudens andersluidend oordeel van de rechter in bijzondere gevallen’.

Naar mijn mening bestaat gezien dit uitdrukkelijke voorbehoud dus nog altijd een mogelijkheid voor de rechter om – zij het op grond van de Toelichting slechts in bijzondere gevallen – op de door de debiteur aan de crediteur te betalen schadevergoeding een bedrag wegens ontvangen dwangsommen in mindering te brengen. Overigens wordt in de Toelichting uit het tot dan toe ontbreken van rechtspraak op dit punt afgeleid dat de onderhavige vraag voor de praktijk niet

37. Een en ander uiteraard behoudens subrogatie.

38. GMvT, p. 15.

39. Artikel 611c Rv luidt: ‘De dwangsom, eenmaal verbeurd, komt ten volle toe aan de partij die de veroordeling heeft verkregen. (...)’

relevant zal zijn.<sup>40</sup> Gevallen van samenloop komen volgens de Toelichting weinig voor, omdat de veroordeelde partij maar zelden geen gevolg geeft aan de veroordeling en zijn wederpartij na inning van de dwangsommen niet licht opnieuw een procedure aanhangig maakt waarin hij de schade en de hoogte daarvan moet bewijzen. Die laatste constatering is opmerkelijk: het loont naar mijn idee beslist de moeite voor de dwangsomcrediteur die bijvoorbeeld met een op straffe van een dwangsom verboden onrechtmatig handelen wordt geconfronteerd, om na executie van verbeurde dwangsommen nog eenmaal een gang naar de rechter te wagen. Nu het onrechtmatig karakter van het handelen al eens is vastgesteld, zijn de risico's van de te entameren procedure gering. Het begroten van de geleden schade behoeft niet in alle gevallen tot onoverkomelijke problemen te leiden. Over het algemeen zal de crediteur bovendien in kort geding snel en eenvoudig zijn recht kunnen halen: gezien het eerder gegeven rechterlijk oordeel over de onrechtmatigheid van de gedraging zal de voorzieningenrechter waarschijnlijk al gauw geneigd zijn een voorschot op de schadevergoeding toe te wijzen.<sup>41</sup> Ondanks de heersende opvatting zou ik de debiteur die met deze schadevergoedingsactie wordt geconfronteerd vervolgens echter aanraden om te trachten op grond van artikel 6:100 BW het door hem betaalde bedrag aan dwangsommen op de schadevergoeding in mindering te doen brengen. Weliswaar dient hij daartoe bijzondere omstandigheden aan te voeren, maar in de Toelichting is de aard van deze omstandigheden niet nader geduid, zodat de rechter op dit punt een ruime beoordelingsvrijheid lijkt te hebben. Daarnaast lijkt mij, gezien het voorgaande, niet uitgesloten dat de rechter met het aan dwangsommen verbeurde bedrag rekening

40. In de lagere rechtspraak is voordeelstoerekening wel eens toegepast, zie Pres. Rb. Rotterdam 17 januari 1986, te kennen uit Hof 's-Gravenhage 28 mei 1986, *BIE* 1988, 1; Ktg. Amsterdam 24 januari 1986, *NJ* 1987, 655. Geen van beide uitspraken is op dit punt gemotiveerd.

41. De voorzieningenrechter zal een voorschot op de schadevergoeding alleen toewijzen wanneer de kans op toewijzing van de schadevergoedingsvordering in de bodemprocedure groot is. Uiteraard draagt aan die kans bij dat het bewuste handelen in een eerder rechterlijk vonnis is verboden, in het bijzonder wanneer het verbod door de bodemrechter is uitgesproken. Wanneer de uitleg van de veroordeling of de voorlopige vaststelling van de geleden schade echter tot bijzondere problemen leidt, ligt een en ander vanzelfsprekend minder eenvoudig en ligt toewijzing dan ook niet voor de hand.

houdt bij de beantwoording van de vraag of de schadevergoeding op grond van artikel 6:106 BW dient te worden gematigd.<sup>42</sup>

#### 2.4 Niet beoogde effecten

Uit de voorgaande paragrafen is naar voren gekomen dat de dwangsomveroordeling primair geen bestraffing of reparatie, maar preventie beoogt. Tot executie van dwangsommen komt het steeds pas als het door de maatregel primair beoogde doel niet is bereikt. We zagen dat de dwangsom in een uitzonderlijk geval ook een primair bestraffend karakter kan hebben: wanneer de dwangsomdebiteur een onmogelijkheid tot naleving van de veroordeling zelf in het leven roept en de rechter de aan die veroordeling verbonden dwangsomveroordeling per overtreding of tijdseenheid vervolgens niet opheft. Het geval waarin de dwangsom een reparatoir effect heeft is al helemaal uitzonderlijk: dit zou naar mijn mening kunnen worden betoogd wanneer krachtens artikel 6:100 BW voordeelstoerekening zou plaatsvinden. In dat geval kan de dwangsom een reparatoir effect worden toegeschreven, voor zover de rechter de betaling van die dwangsom – achteraf gezien – voor de betaling van schadevergoeding in de plaats heeft laten komen.<sup>43</sup>

In alle overige gevallen staat steeds de dwingende werking van de dwangsomveroordeling voorop. Om die dwingende werking zoveel mogelijk te verzekeren, heeft de dwangsomveroordeling steeds een definitief karakter: de Beneluxregeling kent een systeem, waarin na verbeurte van dwangsommen geen afzonderlijke vereffeningsprocedure gevolgd wordt, maar de crediteur tot executie van de dwangsommen kan overgaan op grond van het vonnis, waarbij deze dwangsommen werden bepaald. Uiteraard kan dit systeem een zekere strengheid niet ontzegd worden: de rechter bepaalt voorafgaand aan een eventuele overtreding van de door hem vastgestelde norm wat de sanctie zal zijn wanneer de debiteur die norm niet naleeft, zonder dat op dat moment de omstandigheden bekend zijn waaronder dit zal

42. Zie Lindenbergh, *a.w.*, art. 100, aant. 8 g, waar hij stelt dat wanneer de rechter de bevoegdheid heeft de schadevergoeding te matigen, hij op die wijze met voordelen rekening kan houden die naar de gewone regels wellicht niet voor verrekening in aanmerking komen, vgl. MvA II, Parl. Gesch., blz. 349.

43. Ook wanneer de dwangsomcrediteur geen schadevergoedingsvordering instelt omdat hij zich als gevolg van ontvangen dwangsommen voldoende gecompenseerd acht, kan de dwangsom in de praktijk een reparatoir effect niet worden ontzegd.

plaatshebben. Het tevoren definitief oordelen over feiten en omstandigheden in de toekomst bergt uiteraard het gevaar in zich dat de dwangsomveroordeling naast of in plaats van het bedoelde dwingende effect in bepaalde gevallen ongewenste gevolgen met zich brengt. Bestaat in enkele daarvan op grond van het gemene recht een mogelijkheid tot redres,<sup>44</sup> de gevallen waarin de Beneluxregeling de rechter de mogelijkheid biedt om de dwangsomveroordeling achteraf te wijzigen, zijn beslist niet talrijk. Een algemene matigingsbevoegdheid in geval de veroordeling tot 'kennelijk onaanvaardbare gevolgen' leidt<sup>45</sup> of 'wanneer de billijkheid dit klaarblijkelijk eist'<sup>46</sup> kent de regeling niet, terwijl de Beneluxregeling evenmin voor matiging van de veroordeling op grond van de redelijkheid en billijkheid ruimte lijkt te laten. Krachtens artikel 611d Rv (artikel 4 Eenvormige Wet) is de rechter immers uitsluitend tot matiging bevoegd in het geval dat van een aan de zijde van de debiteur bestaande onmogelijkheid kan worden gesproken.

Een en ander geeft als gezegd aanleiding voor de vrees dat de dwangsomveroordeling in een aantal gevallen haar doel voorbij schiet. Sinds niet al te lange tijd bestaat echter in dit opzicht aanleiding voor optimisme. In het arrest *Greenib car/Aaltink*<sup>47</sup> lijkt het BenGH immers de categorie gevallen waarin de matigingsgrond ex artikel 611d Rv kan worden toegepast in belangrijke mate te hebben verruimd. In een geval waarin verbeurte van dwangsommen klaarblijkelijk onredelijk zou zijn, maar niet werkelijk van een aan de zijde van de debiteur bestaande onmogelijkheid kon worden gesproken werd desalniettemin in artikel 611d Rv een grond voor matiging gevonden. Tot dan toe was bij de uitleg van het begrip onmogelijkheid steeds het uitgangspunt geweest dat de debiteur zich moeite had getroost aan de veroordeling te voldoen, en betrof de vraag dan nog slechts of de inspanningen in het concrete geval voldoende geoordeeld moesten worden. In de casus die aan het arrest van het BenGH *Greenib car/Aaltink* ten grondslag lag, had de debiteur zich in het

44. Zie M.B. Beekhoven van den Boezem, 'Matiging van verbeurde dwangsommen; redelijk onmogelijk?', *WPNR* 6431 (2001), p. 75-81 en *WPNR* 6432 (2001), p. 101-107.

45. Vgl. art. 6:109 BW met betrekking tot de matiging van schadevergoeding.

46. Vgl. art. 6:94 BW met betrekking tot de matiging van boetebedingen.

47. BenGH 25 mei 1999, *NJ* 2000, 14.

geheel geen moeite getroost de betreffende veroordeling na te leven. Investing van al dan niet voldoende inspanning aan de zijde van de debiteur was hier de vraag dus ook niet; in casu moest het BenGH beoordelen of de veroordeling onder de gegeven omstandigheden wel naleving behoeft.<sup>48</sup> Dat het in voorliggend geval onredelijk zou zijn om te oordelen dat de debiteur in casu dwangsommen zou verbeuren stond vast. Dat echter de onmogelijkheidstoets ex artikel 611d Rv hier de dwangsomdebiteur soelaas zou kunnen bieden, leek evenmin voor de hand te liggen. Het Beneluxgerechtshof kwam desalniettemin tot een billijk resultaat door artikel 611d Rv alhier toepasselijk te achten. Het BenGH redeneerde dat de dwangsom in het beoordeelde geval zijn functie als dwangmiddel had verloren. Nu volgens de Toelichting het functieverlies ook de ratio van de onmogelijkheidstoets betrof, achtte het Hof het geoorloofd om in dit geval deze ratio tot zelfstandige matigingsgrond te verheffen.<sup>49</sup>

In het licht van het voorkomen van ongewenste effecten van de dwangsomregeling kan dit arrest worden toegejuicht. Steeds als de dwangsom in een specifiek geval van zijn doel als dwangmiddel is beroofd, bestaat immers dankzij deze uitleg een mogelijkheid de dwangsomveroordeling achteraf door matiging of opheffing van deze onbedoelde effecten te ontdoen. Het spreekt echter voor zich dat deze jurisprudentie er vanuit het oogpunt van rechtszekerheid minder fraai

48. Het betrof hier een dwangsomveroordeling in kort geding, waarvan de werking door toedoen van een tussen dezelfde partijen gewezen tweede kort gedingvonnis opzij was gezet. Na vernietiging van het tweede kort gedingvonnis rees vervolgens de vraag of de debiteur zich – achteraf gezien – in de periode tussen het wijzen van het tweede kort gedingvonnis en vernietiging daarvan, aan het eerste kort gedingvonnis had moeten houden.

49. Weliswaar bepaalde het Benelux Gerechtshof ('BenGH') al in zijn arrest van 25 september 1986, *NJ* 1987, 909 (Van der Graaf/Agio), onder verwijzing naar de GMvT, dat van onmogelijkheid sprake was wanneer de dwangsom zijn zin als dwangmiddel had verloren, maar het BenGH legde toen slechts aan de hand hiervan het begrip onmogelijkheid uit: dit moest subjectief worden opgevat. In het arrest Greenib Car werd dit criterium niet slechts herhaald, maar werd voor het eerst het functieverlies tot zelfstandige matigingsgrond verheven, nu de vraag of de debiteur in de betrokken periode al dan niet tot naleving in staat was, niet speelde. Het BenGH behielp zich naar mijn mening met een drogredenering. Wanneer men stelt dat een gestylde toupet onder het begrip 'kapsel' kan worden begrepen omdat deze bedoeld is om het hoofd te tooien, kan men niet vervolgens de conclusie daaruit trekken dat een mijter of muts ook dit doel dient en dus eveneens onder het begrip kapsel moet worden begrepen.

uitziet. Het is naar mijn mening dan ook de taak van de wetgever om voor de toekomst te voorkomen dat het BenGH met het begrip onmogelijkheid moet blijven goochelen. De te hanteren billijkheidstoetsing verdient naar mijn idee een plaats in de dwangsomregeling zelf.<sup>50</sup>

### 3. DOEL EN EFFECT VAN LIJFSDWANG

#### 3.1 Inleiding

Lijfswang maakt in onze tijd als middel van indirecte executie op het eerste gezicht een wat middeleeuwse indruk. Toch vond de wetgever het kennelijk de moeite om bij gelegenheid van de herziening van het burgerlijk procesrecht per 1 januari 2002 de regeling te vernieuwen: een flink aantal inhoudelijke en redactionele wijzigingen werd bij die gelegenheid doorgevoerd. Vergeleken met de dwangsom wordt de lijfswang tegenwoordig echter nog maar weinig toegepast.

In een relatief klein aantal gevallen staat het dwangmiddel de crediteur ook maar ter beschikking. Dit is namelijk uitsluitend het geval wanneer aan het in artikel 587 Rv neergelegde vereiste is voldaan, dat toepassing van een ander dwangmiddel onvoldoende uitkomst zal bieden. De lijfswang is *ultimum remedium*, en waar dus nog andere wijzen van tenuitvoerlegging bestaan moet de uitvoerbaarverklaring bij lijfswang achterwege blijven.<sup>51</sup> In de meeste gevallen zal het bestaan van de mogelijkheid om een dwangsomveroordeling te vragen dus aan uitvoerbaarverklaring bij lijfswang in de weg staan.<sup>52</sup> In een tweetal gevallen kan echter een lijfswangveroordeling uitkomst bieden. In de eerste plaats kan lijfswang wel en een dwangsomveroordeling niet worden uitgesproken wanneer de na te

50. Zie omtrent de matigingsproblematiek voorts A. van Hees, 'Dwangsomperikelen', *JBPR* 2003, p. 6 e.v.; M.B. Beekhoven van den Boezem, 'Matiging van verbeurde dwangsommen; redelijk onmogelijk?', *WPNR* 6431 (2001), p. 75–81 en *WPNR* 6432 (2001), p. 101–107.

51. Jongbloed (*a.w.*, Boek 2 Rv, titel 5, Afd. 1, Inl. opm., aant. 6) acht het wel toelaatbaar wanneer lijfswang en andere wijzen van executie in één veroordeling worden uitgesproken en de schuldeiser de keuze wordt gelaten welke wijze van executie hij zal toepassen. Naar mijn mening is dit met art. 587 Rv niet in overeenstemming.

52. Wanneer de lijfswang in eenzelfde veroordeling subsidiair wordt uitgesproken, voor het geval de eveneens bij deze veroordeling uitgesproken dwangsom geen effect sorteert, lijkt dit mij wel met art. 587 Rv in overeenstemming.

leven verplichting het betalen van alimentatie betreft, zoals omschreven in artikel 585 sub b Rv. Omdat de dwangsomregeling een algemeen verbod bevat om geldveroordelingen met een dwangsomveroordeling te versterken, is in dit geval lijfswang het enige bruikbare indirecte executiemiddel.<sup>53</sup> In de tweede plaats kan de lijfswang als laatste redmiddel worden aangewend wanneer de dwangsomveroordeling als executiemiddel niet bruikbaar is, omdat de debiteur voor de te verbeuren dwangsommen geen verhaal biedt en dus ook van de dreiging met dwangsommen niet erg onder de indruk zal zijn.

Laat de wet alleen als uiterste maatregel toepassing van lijfswang toe, over het algemeen vordert een schuldeiser in de praktijk ook niet graag uitvoerbaarverklaring bij lijfswang. Voor hem is dit financieel niet aantrekkelijk: de kosten die de opsluiting van de debiteur met zich brengt moet de crediteur immers voldoen aan het huis van bewaring.<sup>54</sup> Weliswaar heeft de crediteur in theorie verhaal op de onwillige debiteur, maar dit is in de praktijk niet vaak succesvol. Het aantal gevallen waarin lijfswang toepassing vindt zal daarenboven nog eens verkleind worden door het uitdrukkelijke vereiste, dat het belang van de schuldeiser toepassing van lijfswang dient te rechtvaardigen.<sup>55</sup> De rechter wordt dus uitgenodigd om uitdrukkelijk te overwegen of in het voorliggend geval uitvoerbaarverklaring bij lijfswang wel proportioneel is.

Primair doel van de regeling met betrekking tot lijfswang is, net als van de dwangsomregeling, preventie. Ook ten aanzien van lijfswang blijkt dit uit de aard en strekking van de veroordeling, die geheel is gericht op tenuitvoerlegging van de rechterlijke veroordeling waaraan zij is verbonden. Al bij invoering van de lijfswang in ons burgerlijk procesrecht, in 1828, werd dit rechtskarakter benadrukt.<sup>56</sup> Ook de Gemeenschappelijke Memorie van Toelichting bij de Beneluxregeling betreffende de dwangsom geeft de parallel tussen het

53. Eerst zal daartoe evenwel moeten worden vastgesteld dat ook reële executie onvoldoende uitkomst biedt.

54. Zie art. 597 Rv.

55. Zie art. 587 Rv.

56. '(...) de lijfswang toch is geene straf (...), maar het is ene middel van burgerlijk recht, om den schuldenaar te dwingen, zijne burgerlijke verplichting te vervullen (...) tot welker vervulling hij (...) veroordeeld is.' Zie M.J.J. van den Honert, p. 570, aangehaald door A.I.M. van Mierlo, *Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 2002 (losbl.), art. 585–590, aant. 1.

karakter van dwangsom en lijfswang uitdrukkelijk weer, waar zij stelt dat de dwangsom in wezen overeenkomt met de gijzeling in het burgerlijk en handelsrecht.<sup>57</sup> Omdat lijfswang en dwangsom belangrijke wezenskenmerken delen, geldt hetgeen ik in de vorige paragraaf opmerkte ten aanzien van het doel van de dwangsomveroordeling grotendeels ook voor lijfswang. De vraag naar de overeenkomst met schadevergoeding doet zich bij lijfswang uiteraard niet voor, maar de vraag of lijfswang primair bestraffing beoogt en of lijfswang om die reden in het burgerlijk recht mogelijk niet thuis zou horen, is wel relevant. In de volgende paragraaf enkele nadere opmerkingen hierover.

### *3.2 Bestrafing: doel of middel?*

Als gezegd kennen dwangsom en lijfswang belangrijke overeenkomsten. Net zoals de dwangsom beoogt lijfswang een dwingende werking op de debiteur uit te oefenen, opdat deze eigener beweging tot uitvoering van de hoofdveroordeling overgaat. Dreigen met en toebrengen van als zodanig bedoeld leed is ook hier het gebruikte middel, en van de lijfswang evenmin het primaire doel. Ook in het licht van de artikelen 6 en 7 van het EVRM zal lijfswang, gezien de in § 2.2 hiervoor weergegeven toets van het Europees Hof, niet als straf moeten worden beschouwd<sup>58</sup> Dezelfde argumenten die ik in dit verband ten aanzien van de dwangsom aanvoerde, doen hier opgang. Weliswaar draagt het middel van onvrijwillige opsluiting nog sterker dan de betaling van een geldsbedrag een strafrechtelijk karakter, toch wordt dit over het algemeen als een zwaardere sanctie ervaren en is in geval van lijfswang bovendien de openbare macht bij de tenuitvoerlegging betrokken.<sup>59</sup> Doorslaggevend lijkt mij echter ook hier het feit

57. GMvT p. 16.: 'Net als de dwangsom is de lijfswang een dwangmiddel om de uitvoering van een rechterlijke uitspraak te verkrijgen, al onderscheiden deze indirecte executiemiddelen zich van de overige executiemiddelen.'

58. Weliswaar bepaalde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in zijn arrest van 8 juni 1995 (*NJ* 1996/1) dat artikel 7 EVRM op de lijfswang van toepassing is, maar het betrof in dat geval een door de Franse strafrechter uitgesproken strafrechtelijke maatregel, na veroordeling wegens een strafbaar feit. De lijfswang was uitgesproken ter afdwinging van de betaling van een strafrechtelijke geldboete.

59. De betrokkenheid van de Staat draagt volgens de GMvT ten aanzien van de dwangsomregeling het gevaar in zich dat verwarring met bestraffing ontstaat; om die reden wordt volgens de toelichting de dwangsom ook niet jegens de staat, maar jegens de wederpartij verbeurd, zie GMvT p. 19.



dat niet een algemene norm wordt gesanctioneerd: net als de dwangsom ziet ook de lijfswang op de tenuitvoerlegging van een rechterlijke uitspraak waarin een civielrechtelijke norm is vastgelegd, die geldt tussen de twee specifieke civielrechtelijke partijen tussen wie die uitspraak is gewezen.

Dat het toe te voegen leed hier niet het ontnemen van vermogen aan de debiteur betreft, maar het ontnemen van zijn persoonlijke vrijheid, is uiteraard een punt van verschil, maar verandert als gezegd mijn oordeel over het doel van de maatregel niet.

Wel staat, ook onafhankelijk van de vraag of het executiemiddel al dan niet civielrechtelijk van aard zou zijn, de geoorloofdheid van het middel van onvrijwillige opsluiting op zichzelf ter discussie. Met het recht op persoonlijke vrijheid, zoals neergelegd in artikel 5 EVRM, staat dit op gespannen voet. Omdat die discussie het bestek van deze bijdrage te buiten gaat, zal ik daarop hier niet nader ingaan.<sup>60</sup>

Wel van belang voor deze bijdrage is, dat verschillende problemen die ik hiervóór in § 2.2 besprak in verband met het – al dan niet strafrechtelijk – karakter van de dwangsomveroordeling, zich met betrekking tot de lijfswang niet voordoen. In het geval gegijzeld wordt totdat de debiteur de hoofdveroordeling naleeft, is dit terug te voeren op het feit dat de tenuitvoerlegging op een andere manier en op een ander tijdstip plaatsvindt dan bij de dwangsomveroordeling. Maar ook waar de wijze van tenuitvoerlegging met het systeem van de dwangsom meer overeenkomsten vertoont, namelijk wanneer een bepaalde gijzelingstermijn ten uitvoer wordt gelegd als reactie op niet-naleving van de hoofdveroordeling, ontstaan geen vergelijkbare problemen. Het feit dat de bepaling van een gijzelingstermijn per overtreding of tijdseenheid geen definitief karakter heeft, ligt hieraan ten grondslag.

In het eerstgenoemde geval, waarin het gaat om een veroordeling tot een geven of doen op een niet in de veroordeling vastgesteld tijdstip, kan de lijfswang in het algemeen een dag na betekening van het vonnis of de beschikking waarbij de lijfswang is bepaald, een aanvang nemen.<sup>61</sup> De debiteur kan in deze gevallen vanaf die dag

60. Zie hieromtrent bijvoorbeeld A.I.M. van Mierlo, *a.w.*, art. 585–590, aant. 2.

61. Zie art. 591 Rv.: behoudens verlof tot dadelijke tenuitvoerlegging.

worden gegijzeld totdat hij aan de hoofdveroordeling voldoet.<sup>62</sup> Is een debiteur eenmaal in gijzeling genomen, dan vallen dus vanaf dat moment verbeurte en tenuitvoerlegging van de lijfswang samen: de debiteur ondervindt onmiddellijk – en letterlijk – aan den lijve de nadelen die aan zijn halsstarrige houding zijn verbonden.

In geval van een veroordeling op straffe van verbeurte van dwangsommen levert juist het nadien tenuitvoerleggen van voorafgaand aan de executiefase verbeurde dwangsommen de vraag op of deze executie niet eigenlijk als bestraffing gezien moet worden. De dwangsomdebiteur krijgt in dat geval steeds op een later moment de rekening gepresenteerd van zijn ongewenst gedrag over een daaraan voorafgaande periode; eerst na verloop van tijd wordt die rekening vereffend. Bij lijfswang waaraan geen bepaalde termijn per overtreding of tijdseenheid is verbonden, vindt een dergelijke vereffening achteraf niet plaats,<sup>63</sup> zodat ook de problemen met betrekking tot het karakter van die vereffening hier geen rol spelen.

Als gezegd spelen bedoelde problemen evenmin wanneer de rechter wel een gijzelingstermijn per overtreding of tijdseenheid heeft vastgesteld.<sup>64</sup> Wanneer de af te dwingen hoofdveroordeling tot een niet-doen verplicht, of tot een geven of doen op een bepaald tijdstip of binnen een bepaalde termijn, zal men steeds op deze laatste vorm van lijfswang zijn aangewezen, en zal de tenuitvoerlegging dus steeds

62. Wel geldt een wettelijke maximumtermijn van één jaar, zie art. 589 lid 1 Rv. De rechter kan met het oog op de proportionaliteit deze limitering naar beneden bijstellen (zie lid 2). Overigens kan de faillissementsgijzeling krachtens art. 87 lid 3 Fw wel langer dan een jaar voortduren.
63. Zij het, dat de lijfswang ook in dat geval alleen plaatsvindt wanneer tussen betekening en aanvang van de tenuitvoerlegging naleving is uitgebleven, zodat aanvang van de tenuitvoerlegging wel als reactie op het niet-naleven in deze periode gezien kan worden.
64. Artikel 589 lid 2 Rv bepaalt (i) dat wanneer de verplichting tot een nalaten strekt, de rechter de termijn bepaalt gedurende welke de lijfswang kan worden ten uitvoer gelegd en (ii) dat de rechter ook bij andere verplichtingen een dergelijke termijn kan bepalen. Volgens de Memorie van Toelichting zijn hier verschillende modaliteiten denkbaar en kan de veroordeling dus per overtreding of per tijdseenheid worden uitgesproken, zie Van Mierlo/Bart, *Parl. Gesch. Herziening Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 514.

een reactie op eerdere niet-naleving zijn.<sup>65</sup> In deze gevallen houdt de executie dus net als bij de dwangsom weliswaar een vereffening achteraf in, maar anders dan bij de dwangsom worden niet altijd alle eenmaal verbeurde gijzelingstermijnen<sup>66</sup> daadwerkelijk ten uitvoer gelegd. De schuldenaar kan namelijk te allen tijde besluiten de hoofdveroordeling alsnog na te leven, en daarmee de tenuitvoerlegging van al verbeurde gijzelingstermijnen voorkomen. Artikel 600 sub b Rv bepaalt namelijk ongeclausuleerd, dat de schuldenaar uit de gijzeling wordt ontslagen, indien hij alsnog zijn schuld betaalt, dan wel onder het stellen van voldoende waarborg zich bereid verklaart aan de veroordeling te voldoen. De Memorie van Toelichting geeft voor de ontslaggrond uit artikel 600 sub b als ratio, dat lijfswang, net als de dwangsom, een drukmiddel moet blijven en niet mag ontaarden in een strafmaatregel.<sup>67</sup> In het licht van deze opmerking is buitengewoon opmerkelijk dat juist de dwangsomregeling een dergelijk ontslag van de verplichting eenmaal verbeurde eenheden te betalen in dit geval niet kent: kennelijk wordt door de wetgever met twee maten gemeten!

65. Vgl. C.J.J.C. van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel*, p. 23; Van Nispen wijst erop dat in de jurisprudentie wel is bepaald dat in geval van een verbod de lijfswang kan worden uitgeoefend zodra gegronde vrees bestaat dat de veroordeelde zich niet aan het rechterlijk verbod zal houden (Rb. Utrecht 19 april 1939, *NJ* 1940, 191; Hof Amsterdam 20 november 1946, *NJ* 1947, 411). Met Van Nispen ben ik echter van mening dat bij verboden het wapen van lijfswang slechts zinvol te hanteren is als reactie (Van Nispen zegt: straf) op een concrete overtreding. Ook de toelichting op art. 589 Rv lijkt hiervan uit te gaan. Mijns inziens bestaat voor tenuitvoerlegging die eerder aanvangt dan het moment waarop de debiteur blijkt geeft het vonnis niet na te leven, onvoldoende rechtvaardiging. Opmerkelijk is in dit verband dat het nieuwe artikel 87 lid 1 Fw wel de 'gegronde vrees voor niet-nakoming' als grond voor aanvang van de aldaar geregelde – met de lijfswang te vergelijken – verzekerde bewaring noemt.
66. Nu deze termijnen als maximum zijn bedoeld, om de periode te limiteren gedurende welke de lijfswang kan worden toegepast, kan hier strikt genomen niet, zoals bij dwangsommen, van verbeurde worden gesproken. Bedoeld wordt in deze gevallen dat 'de teller' is gaan lopen en mitsdien bij elke normovertreding het maximum van het door de debiteur uit te zitten aantal dagen toeneemt.
67. Zie Van Mierlo/Bart, *Parl. Gesch. Herziening Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 518.

In geval van een verbod op straffe van een door de rechter bepaalde gijzelingstermijn<sup>68</sup> zal de debiteur, gezien het voorgaande, dus uit de gijzeling ontslagen worden, wanneer hij onder voldoende waarborg aangeeft in de toekomst het verbod niet weer te zullen overtreden. Een merkwaardige situatie doet zich nu voor. Volgens de Toelichting bij artikel 600 sub b Rv moet de rechter, omdat in een dergelijk geval over het algemeen geen andere waarborg voorhanden zal zijn dan de belofte van de schuldenaar, deze belofte wegen bij de beoordeling van het ontslagverbod. Me dunkt echter dat een rechter die voor de tweede maal voor de taak wordt gesteld het toekomstige gedrag van de debiteur in kwestie te voorspellen, in de praktijk niet snel geneigd zal zijn hem het voordeel van de twijfel te gunnen. Bij het uitspreken van het verbod is hij immers wat deze voorspelling betreft al eens te optimistisch geweest en bedrogen uitgekomen, nu de door hem vastgestelde gijzelingstermijn klaarblijkelijk geen gedragsverandering van de debiteur tot gevolg heeft gehad!

Voorts lijkt de Memorie van Toelichting hier uitsluitend de situatie voor ogen te hebben, waarin een volgende overtreding van het verbod nog steeds mogelijk is. De vraag rest dus wat geldt voor de tenuitvoerlegging van lijfswang jegens de debiteur die een slechts eenmalig te overtreden verbod negeert, zoals de in § 2.2 door mij ten tonele gevoerde stalker. Het is mijns inziens denkbaar dat de man wordt verboden om op het huwelijk van zijn ex te verschijnen, dat de te verbeuren termijn lijfswang bij overtreding van het verbod wordt bepaald op vijf dagen, maar dat de dreiging van deze termijn hem niet

68. In de jurisprudentie is dit recentelijk een aantal maal uitgesproken met betrekking tot een door de NS uitgelokt verbod om zwart te rijden (zie bijv. Pres. Rb. Utrecht 19 april 2001, *KG* 2001, 172; Pres. Rb. Zwolle 6 augustus 1999, *KG* 1999, 271; Pres. Rb. Dordrecht 22 juni 1999, *KG* 1999, 174; Pres. Rb. Utrecht 25 mei 1994, *KG* 1994, 251) en met betrekking tot straat- en contactverboden (zie bijv. Pres. Rb. Den Bosch 20 oktober 1998, *KG* 1998, 318; Pres. Rb. Leeuwarden 23 februari 1996, *KG* 1996, 150; Pres. Rb. Groningen 10 augustus 1993, *KG* 1993, 339). H. Lenters, 'Tenuitvoerlegging bij lijfswang', *FJR* 1999, p. 96 acht het versterken van een straatverbod met lijfswang niet mogelijk, omdat met de gijzeling de overtreding eindigt, en verwijst in dit verband naar Pres. Rb. Den Bosch 19 oktober 1993 (*KG* 1994, 8). Mij overtuigt dit argument niet, omdat het voortduren van de overtreding tijdens de gijzeling naar mijn idee geen voorwaarde is voor toepassing van dit dwangmiddel. Inmiddels geeft de Toelichting op art. 589 Rv het straatverbod uitdrukkelijk als voorbeeld van een geval waarin lijfswang kan worden uitgesproken, zie Van Mierlo/Bart, *Parl. Gesch. Herziening Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 514.

van het bijwonen van de festiviteiten weerhoudt. Vindt jegens deze veroordeelde nu tenuitvoerlegging van de gehele termijn van vijf dagen gijzeling plaats, nu hij niet de mogelijkheid heeft zich tussentijds uit de gijzeling te laten ontslaan, door op enig moment beterschap te beloven voor de toekomst? Naar mijn mening is dit niet het geval. De huidige lijfswangregeling biedt immers deze debiteur een uitweg, die onder de oude regeling niet bestond: hij kan op grond van art. 600 sub d Rv aanvoeren dat zijn ontslag uit gijzeling dient plaats te vinden, omdat hij inmiddels buiten staat is te voldoen aan hetgeen waartoe het vonnis hem verplichtte. Een debiteur die buiten staat is om aan de hoofdveroordeling te voldoen wordt immers volgens dit artikel uit de gijzeling ontslagen.<sup>69</sup> Weliswaar is in dit geval onmiskenbaar, dat de debiteur zichzelf buiten staat heeft gesteld de veroordeling na te leven, maar in de nieuwe lijfswangregeling kan – anders dan bij de dwangsom – dit gegeven niet langer aan een beroep op deze ontslaggrond in de weg staan.<sup>70</sup> Ten aanzien van deze ontslaggrond is voorts evenmin bepaald dat geen opheffing of vermindering plaatsvindt van vóór het intreden van de onmogelijkheid verbeurde eenheden, zoals ten aanzien van de dwangsom op grond van het tweede lid van artikel 611d Rv geldt. Dat tenuitvoerlegging van de gijzelingstermijn in casu ziet op een overtreding die vóór het intreden van de onmogelijkheid plaatsvond, staat derhalve ook niet aan een beroep op deze ontslaggrond in de weg. Tenslotte heeft de rechter blijkens de tekst van art. 600 sub d Rv en de toelichting daarop terzake geen discretionaire bevoegdheid.<sup>71</sup>

Wanneer we voorgaand voorbeeld nog eens aanhalen, geeft de verschijning van de veroordeelde op het huwelijk dus aanleiding tot tenuitvoerlegging van lijfswang, maar dient het ontslag daaruit op eerste verzoek van de debiteur te volgen zodra het bewuste huwelijk voorbij is. Alleen wanneer de gijzeling nog diezelfde dag ten uitvoer

69. Volgens de Toelichting omdat de gijzeling ook wanneer de schuldenaar eenmaal is ingesloten het karakter van dwangmaatregel moet behouden, zie Van Mierlo/Bart, *Parl. Gesch. Herziening Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 518.

70. Het oude art. 611 lid 3 Rv bepaalde dat de debiteur die zichzelf buiten staat had gesteld aan de veroordeling te voldoen, geen ontslagvordering kon instellen op de grond dat hij tot nakoming van de veroordeling niet in staat was.

71. Dat de gijzeling het karakter van dwangmaatregel moet behouden, betekent volgens de Toelichting dat de debiteur steeds zal moeten worden vrijgelaten als hij aantoonbaar dat de prestatie onmogelijk is geworden.

wordt gelegd is deze hier denkbaar, en dan dus nog slechts voor een termijn die niet langer is dan het verbod voortduurt. Beslaat de verboden handeling maar één moment, dan is tenuitvoerlegging van lijfswang geheel ondenkbaar. Zo luidt bijvoorbeeld de veroordeelde, die op straffe van lijfswang is verboden een bunker op te blazen, bij overtreding van dit verbod in één klap de gijzeling in én uit!

Het behoeft geen betoog dat het geen zin heeft veroordelingen zoals de laatste uitvoerbaar bij lijfswang te verklaren, nu het tot tenuitvoerlegging van de lijfswang niet kan komen en deze daardoor van aanvang af geen dwingende werking zal hebben. In het eerste voorbeeld, waarbij het overtreden van het rechterlijk verbod niet met de verschijning op het huwelijk is voltooid, heeft dit wel zin, doch slechts voor de duur van het verbod. Een en ander geldt overigens niet alleen voor een eenmalig te overtreden verbod, maar ook voor een gebod met deze strekking.

### *3.3 Niet beoogde effecten*

Zoals uit het voorgaande blijkt, is op verschillende plaatsen in de Toelichting bij de nieuwe lijfswangregeling uitdrukkelijk aandacht geschonken aan de noodzaak om de lijfswang het karakter van dwangmaatregel te laten behouden. De Toelichting legt bovendien strengere eisen aan in dit opzicht dan de Beneluxwetgever in de dwangsomregeling.<sup>72</sup> Ook zijn deze eisen strikter dan die, welke ik zelf hanteerde bij mijn bespreking van het karakter van de dwangsom, in § 2.2. hiervoor. De wetgever acht het kennelijk noodzakelijk dat de debiteur in geval van lijfswang steeds door alsnog naleven van de veroordeling aan het dreigende leed kan ontkomen, dan wel het al gedeeltelijk tenuitvoergelegde leed door alsnog naleven of belofte van beterschap<sup>73</sup> kan doen ophouden. Hierin moet dan ook de reden worden gevonden voor het feit dat de wetgever de lijfswangveroordeling per overtreding of tijdseenheid geen definitief karakter heeft

72. In de toelichting bij art. 600 sub b wordt wel uitdrukkelijk naar de dwangsom verwezen voor wat betreft de ratio van deze bepaling, en wordt gesteld dat de lijfswang, net als de dwangsom, een drukmiddel moet blijven en niet mag onttaarden in een strafmaatregel. Het ontbreken van een vergelijkbare bepaling in de dwangsomregeling kan evenwel niet tot een andere conclusie leiden dan dat de dwangsom bij tenuitvoerlegging in de ogen van de wetgever in een strafmaatregel is ontaard!

73. Al dan niet onder voldoende waarborg.

willen geven. Alhoewel het langere tijd of meerdere malen niet nakomen van de hoofdveroordeling in theorie dus de lijfswangveroordeling doet oplopen, kan de debiteur zich uit de gijzeling laten ontslaan door zich alsnog in overeenstemming met het vonnis te gedragen of zich daartoe bereid te verklaren; hetzelfde geldt wanneer hij buiten staat geraakt het vonnis na te leven.

Ondanks de uit de Toelichting blijkende bedoeling van de wetgever lijkt evenwel toch één categorie veroordelingen te bestaan, ten aanzien waarvan lijfswang in de praktijk een definitief karakter heeft: het betreft het verbod, waarvan na overtreding afdwinging nog zinvol is: het verbod dat nadien nog overtreden kan worden. Ik verwacht dat in veel gevallen de door de rechter tevoren vastgestelde termijn bij overtreding van het verbod ook geheel ten uitvoer zal worden gelegd, doordat ofwel de gegijzelde zelf zijn ontslag niet zal vorderen,<sup>74</sup> dan wel die ontslagvordering weliswaar wordt ingesteld en de veroordeelde beterschap belooft, maar de rechter hem – gezien zijn hardnekkig en recent overtreden van het verbod – niet gelooft. Ook laat zich voorstellen dat de periode waarin de lijfswang ten uitvoer wordt gelegd te kort is om zijn ontslag op een eerder tijdstip te bewerkstelligen. Voor zover mijn voorspelling juist zal blijken te zijn, zal dit dus in de praktijk een kennelijk door de wetgever niet gewenst effect te weeg brengen. Zoals uit § 2.2 al bleek, heb ik overigens zelf tegen dit onbedoeld effect geen principiële bezwaren.

Of het voorts de bedoeling van de wetgever is geweest om alle veroordelingen, die tot een eenmalig handelen of nalaten verplichten, van toepassing van de lijfswang uit te sluiten, lijkt mij de vraag. Ook in die gevallen is immers denkbaar dat van bedreiging met gijzeling voorafgaand aan de executie de benodigde dwingende werking uitgaat. De bepalingen in de huidige wettelijke regeling, die lijfswang waar het deze veroordelingen betreft tot een inhoudsloos dreigement reduceren, beroven de crediteur in voorkomend geval van zijn laatste mogelijkheid om zijn veroordeling ten uitvoer te leggen. Wil men werkelijk met het oog op de bezwaarlijkheid van de maatregel desalniettemin deze categorie veroordelingen van toepassing van lijfswang uitsluiten, dan verdient het naar mijn idee de voorkeur om een duidelijke bepaling met deze strekking in de wet op te nemen. Een

74. Bijvoorbeeld doordat hij van het bestaan van deze mogelijkheid niet op de hoogte is (gebracht).

en ander maakt op basis van de huidige regeling veeleer de indruk een min of meer toevallige consequentie te zijn.

Waar het onbedoelde effecten betreft lijkt de lijfswangregeling vervolgens niet al te veel verrassingen op te zullen leveren. Was ik in dit opzicht ten aanzien van de dwangsomveroordeling al optimistisch, nu deze voor opheffing in aanmerking komt indien en zodra de dwangsom haar functie als dwangmiddel niet langer vervult, in geval van de lijfswang bestaan nog veel meer waarborgen om te verzekeren dat de vrijheidsbeneming als pressiemiddel blijft fungeren. Zo is in dit opzicht van belang dat de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit een plaats in de regeling hebben gekregen, aan welke beginselen niet alleen bij het opleggen van de veroordeling wordt getoetst,<sup>75</sup> maar ook bij beoordeling van de ontslagvordering van de gegijzelde.<sup>76</sup> Voorts is – anders dan in de dwangsomregeling – in de lijfswangregeling in een algemene wettelijke maximumtermijn voorzien, en een mogelijkheid voor de rechter om de gijzelingsduur – met het oog op de proportionaliteit – nader te limiteren.

Tenslotte is het aantal gevallen waarin de rechter een veroordeelde uit gijzeling kan ontslaan groter, dan dat waarin hij een dwangsomveroordeling kan schorsen, verminderen of opheffen.<sup>77</sup> De ten aanzien van de matiging van dwangsomveroordelingen gehanteerde toets ligt in de gronden voor ontslag uit gijzeling ex artikel 600 Rv in ieder geval besloten: artikel 611d Rv en art. 600 sub d Rv hebben dezelfde strekking. Het is voorts ondenkbaar dat het belang van de crediteur toepassing van de lijfswang zou rechtvaardigen, wanneer die lijfswang zijn functie als dwangmiddel verloren zou hebben.<sup>78</sup> Vanzelfsprekend is laatstgenoemd criterium bovendien op een nog veel ruimere categorie gevallen van toepassing.

75. Zie art. 587 Rv.

76. Zie art. 600 sub e Rv.

77. Zie artikel 600 Rv, sub a t/m f.

78. Vgl. het door het BenGH aangelegde uitgebreider criterium voor matiging van dwangsommen, zie § 2.4 hierboven.