

monumenten en landschappen. Dit advies is bindend voor zover het negatief is of voorwaarden oplegt. In de context van ruimtelijke ordening vormt het oordeel van de administratie, bevoegd voor de monumenten en landschappen, enkel een advies dat deel uitmaakt van de procedure tot aflevering van een stedenbouwkundige vergunning. Een stedenbouwkundige vergunning kan daarbij worden geweigerd of voorwaardelijk worden verleend, alleen reeds op grond van voormeld bindend advies tot behoud van het beschermde stads- of dorpszicht. Het is aldus niet uit te sluiten dat ook de herstellvordering alleen op gronden die ontleend zijn aan de bescherming van het betrokken stads- of dorpszicht wordt gemotiveerd.

De appelrechters die oordelen dat om reden dat de motivering van de herstellvordering verwijst naar het beschermde stads- of dorpszicht waarin de litigieuze werken gelegen zijn, «de herstellvordering een andere wettelijke basis kent die te dezen niet aan de orde is», en deze vordering bijgevolg «niet kan worden beschouwd als wettig gebaseerd op motieven van goede ruimtelijke ordening», verantwoord hun beslissing niet naar recht.

Gewestelijk stedenbouwkundig inspecteur t/ vzw S.C.B.

Volledige weergave: zie www.rw.be

Hof van Cassatie
1e Kamer – 20 december 2007

Voorzitter: de h. Verougstraete
Rapporteur: de h. Smetryns
Openbaar ministerie: de h. Van Ingelgem
Advocaten: mrs. T'Kint en Geinger

Rechten van de mens – Eerlijk proces – Onpartijdigheid van de deskundige – Onderscheid met onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter

Het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6, eerste lid, E.V.R.M. komt in het gedrang wanneer de rechter zijn beslissing grondt op het advies van een partijdige of schijnbaar partijdige deskundige. Het vereiste van onpartijdigheid van een deskundige staat echter niet gelijk met het vereiste van onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de rechter, omdat de deskundige vóór het debat alleen maar een advies verstrekt, dat voor de rechter kan worden betwist, terwijl deze laatste na het debat over de zaak beslist.

Onderlinge verzekeringsmaatschappij A.M.V.M.A. t/ L.H.

Volledige weergave: zie www.rw.be

Hof van Cassatie
1e Kamer – 4 januari 2008

Voorzitter-rapporteur: de h. Parmentier
Openbaar ministerie: de h. Henkes
Advocaten: mrs. Afschrift, De Bruyn en Goemaere

Inkomstenbelastingen – Onderzoeksmaatregelen – Beroepsgeheim van de notaris

De notaris miskent niet het beroepsgeheim wanneer hij op verzoek van het belastingbestuur inlichtingen meedeelt die hem werden verstrekt met het oog op bekendmaking, overeenkomstig de wettelijke vereisten, van de oprichting van een vennootschap.

NV O. t/ Belgische Staat, minister van Financiën, en T.d.M.E.

Volledige weergave: zie www.rw.be

Hof van Cassatie
3e Kamer – 7 januari 2008

Voorzitter-rapporteur: de h. Storck
Openbaar ministerie: de h. Genicot
Advocaten: mrs. Maes en Simont

Burgerlijke rechtspleging – Nietigheid – Werkelijke woonplaats – Nietig verwijzingsadres – Belangenschade

De rechter kan een procesakte slechts nietig verklaren indien het verzuim of de onregelmatigheid de belangen schaadt van de partij die de exceptie aanvoert. De verweerder kan de nietigheid van een exploit van betekening wegens een nietig verwijzingsadres niet opwerpen, omdat zijn belangen niet zijn geschaad. Ondanks de onjuistheid die de verweerder nu aanklaagt, heeft hij de bestreden beslissing immers aan de eiser kunnen betekenen en heeft hij de handelingen kunnen verrichten die strekken tot de tenuitvoerlegging van die beslissing.

Q. t/ M.

Volledige weergave: zie www.rw.be

Hof van Cassatie
1e Kamer – 27 februari 2009

Voorzitter: de h. Londers
Rapporteur: de h. Smetryns
Openbaar ministerie: de h. Thys
Advocaat: mr. Verbist

1. Deskundigenonderzoek – Burgerlijke zaken – Opdracht deskundige – 2. Hoven en rechtbanken – Rechtsmacht – Rechter die uitvoering van herstelwerken gelast – Precisering van hierbij in acht te nemen richtlijnen – Verbod van overdracht van rechtsmacht aan deskundige – 3. Dwangsom – Rechter die de dwangsom heeft opgelegd – Nauwkeurige formulering van hoofdveroordeling – Uitvoering van herstelwerken – Modaliteiten – Precisering van hierbij in acht te nemen richtlijnen – Verbod van overdracht van rechtsmacht

1. Het deskundigenonderzoek mag enkel vaststellingen of een technisch advies betreffen.

2. Krachtens art. 11 Ger. W. kunnen de rechters hun rechtsmacht niet overdragen. De rechter die de uitvoering van herstelwerken gelast, dient de hierbij in acht te nemen richtlijnen zelf te preciseren en kan niet, zonder schending van art. 11 en 962 Ger. W., beslissen dat een door hem aangewezen deskundige, wat de uit te voeren herstelwerken betreft, richtlijnen uitvaardigt die rechtstreeks bindend zijn voor de partij die tot de uitvoering van de werken gehouden is.

3. Uit art. 1385bis en art. 1385quater Ger. W. volgt dat de veroordeling om iets te doen, waaraan, voor het geval aan die hoofdveroordeling niet wordt voldaan, de verbeurte van een dwangsom wordt gekoppeld, voldoende nauwkeurig moet worden geformuleerd, en dat wanneer de dwangsomrechter de uitvoering van herstelwerken volgens bepaalde modaliteiten gelast, hij de hierbij in acht te nemen richtlijnen in voorkomend geval zelf dient te preciseren.

NV N.J.A. t/ Van H. e.a.

I. Rechtspleging voor het Hof

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 6 juni 2007 gewezen door het Hof van Beroep te Brussel.

...

III. Beslissing van het Hof

Beoordeling

...

Tweede onderdeel

3. Krachtens art. 1, tweede lid, van de wet van 12 januari 1993 betreffende een vorderingsrecht inzake bescherming van het leefmilieu kan de rechter de staking bevelen van handelingen waarvan de uitvoering reeds is begonnen of maatregelen opleggen ter pre-

ventie van de uitvoering ervan of ter voorkoming van schade aan het leefmilieu.

Op grond van die bepaling vermag de rechter te bevelen dat de uitgevoerde werken ongedaan worden gemaakt, wanneer dit nodig is om verdere schade aan het leefmilieu te voorkomen.

4. Krachtens art. 11 Ger. W. kunnen de rechters hun rechtsmacht niet overdragen.

Krachtens art. 962 Ger. W. kan de rechter ter oplossing van een voor hem gebracht geschil of ingeval een geschil werkelijk en dadelijk dreigt te ontstaan, deskundigen gelasten vaststellingen te doen of een technisch advies te geven.

Het deskundigenonderzoek mag enkel vaststellingen of een technisch advies betreffen.

5. De rechter die, om verdere schade aan het leefmilieu te voorkomen, beveelt dat uitgevoerde werken ongedaan worden gemaakt en de uitvoering van herstelwerken gelast, dient de in voorkomend geval hierbij in acht te nemen richtlijnen zelf te preciseren.

De rechter kan niet, zonder schending van art. 11 en 962 Ger. W., beslissen dat een door hem aangewezen deskundige, wat de uit te voeren herstelwerken betreft, richtlijnen uitvaardigt die rechtstreeks bindend zijn voor de partij die tot de uitvoering van de werken gehouden is.

6. Door te oordelen en te beslissen dat de partij, die gehouden is herstelwerken uit te voeren, deze zal uitvoeren volgens de richtlijnen bepaald door een door hen aangewezen begeleidingscommissie, die haar verslag niet ter griffie zal dienen neer te leggen, maar enkel aan de partijen zal dienen mede te delen, om reden dat het arrest definitief is en de vraag naar het al dan niet uitvoeren van de werken overeenkomstig de richtlijnen van bedoelde commissie de uitvoering van dit arrest betreft, schenden de appelrechters art. 11 en 962 Ger. W.

Het onderdeel is gegrond.

Derde onderdeel

7. Krachtens art. 1385bis Ger. W. kan de rechter op vordering van een van de partijen de wederpartij veroordelen tot betaling van een geldsom, dwangsom genaamd, voor het geval dat aan de hoofdveroordeling niet wordt voldaan, onverminderd het recht op schadevergoeding indien daartoe gronden zijn.

Krachtens art. 1385quater Ger. W. komt de dwangsom, eens dat zij is verbeurd, ten volle toe aan de partij die de veroordeling heeft verkregen en kan deze partij de dwangsom ten uitvoer leggen krachtens de titel waarbij zij is vastgesteld.

8. Uit deze bepalingen volgt dat de veroordeling om iets te doen, waaraan, voor het geval aan die hoofdveroordeling niet wordt voldaan, de verbeurte van een

dwangsom wordt gekoppeld, voldoende nauwkeurig moet worden geformuleerd, en dat wanneer de dwangsomrechter de uitvoering van herstelwerken volgens bepaalde modaliteiten gelast, hij de hierbij in acht te nemen richtlijnen in voorkomend geval zelf dient te preciseren.

9. De appelrechters, die de eiseres veroordelen herstelwerken uit te voeren overeenkomstig de richtlijnen bepaald door een door hen aangewezen begeleidingscommissie, zonder zelf deze richtlijnen te preciseren, en een dwangsom opleggen voor het geval aan deze hoofdveroordeling niet wordt voldaan, schenden de in het onderdeel aangevoerde artikelen.

Het onderdeel is gegrond.

NOOT – Maatregelen onder verbeurte van een dwangsom: nauwkeurig te formuleren, zonder overdracht van rechtsmacht

1. De dwangsom is bedoeld als middel om de veroordeelde tot behoorlijke uitvoering van de hoofdveroordeling aan te zetten. Zij is nooit bedoeld om effectief te worden verbeurd. Indien de veroordeelde zich houdt aan het bevel om iets te doen of iets niet te doen, zal de dwangsom niet worden verbeurd. Het gaat om een van de wezenskenmerken van de dwangsom, nl. haar voorwaardelijk karakter (K. Wagner, *Dwangsom*, in A.P.R., Mechelen, Kluwer, 2003, 8).

Om de veroordeelde de kans te bieden te ontsnappen aan verbeurte van de dwangsom, moet hij exact weten wat van hem verlangd wordt. De hoofdveroordeling dient derhalve precies te worden geformuleerd (E. Dirix, «Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom», in Jura Falconis (red.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 49; K. Wagner, o.c., 96-97). Deze regel wordt ook bevestigd in het geannoteerde arrest (rechtsoverweging 8).

Dit is ook van belang omdat de dwangsom geldt als een private straf. De beslagrechter die ertoe geroepen wordt te oordelen of de veroordeelde zich behoorlijk heeft gekweten van de bevolen prestatie (wat trouwens een exclusieve bevoegdheid van de beslagrechter uitmaakt, cf. Benelux Gerechtshof 27 juni 2008, R.W. 2008-09, 1183 en www.courbeneluxhof.be), dient het verbod of gebod derhalve restrictief te interpreteren. Dit betekent weliswaar niet dat hij beperkender dient te oordelen dan wat de rechter die de dwangsom heeft opgelegd redelijkerwijze heeft bedoeld, maar wel dat er geen ruimte kan zijn voor uitbreiding bij analogie (K. Wagner, o.c., 97-99).

Uiteraard is het illusoir om bij de formulering van de hoofdveroordeling alle hypothesen te willen expliciteren. De beslagrechter zal dan ook bij zijn interpretatie rekening moeten houden met het doel en de strekking van de veroordeling (E. Dirix en K. Broeckx,

Beslag, in A.P.R., Antwerpen, Kluwer, 2001, 57). De beslagrechter is niet bevoegd om uitspraak te doen over een vermindering of opheffing van de dwangsom op grond van art. 1385^{quinquies} Ger. W. (onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen), behoudens uiteraard in het uitzonderlijke geval waarin hij zelf de dwangsomrechter is (G. de Leval, «Le contentieux suscité par le recouvrement de l'astreinte», in G. de Leval en J. van Compennolle (red.), *Saisies et astreinte*, Luik, Edition Formation Permanente CUP, 2003, 282).

Onmogelijkheid die te wijten is aan de veroordeelde zelf, is in principe geen grond tot mildering van de dwangsom (K. Piteus, «Dwangsom verminderen of maximum bepalen», *NjW* 2003, 1325). Zelfs indien de onmogelijkheid te wijten is aan de eigen onzorgvuldigheid van de veroordeelde *voorafgaand aan de veroordeling*, kan in bepaalde (uitzonderlijke) omstandigheden geweigerd worden de dwangsom te milderen, bv. in het geval waarin de veroordeelde anticiperend op de veroordeling haar behoorlijke uitvoering doelbewust onmogelijk heeft gemaakt (Benelux Gerechtshof 29 april 2008, R.W. 2008-09, 823 en www.courbeneluxhof.be).

2. Het voorschrift dat de dwangsomrechter de hoofdveroordeling precies moet omschrijven, is *in abstracto* uiteraard makkelijk te proclameren, maar in de praktijk worden rechters vaak geconfronteerd met technisch ingewikkelde situaties. Soms zijn situaties technisch niet ingewikkeld, maar zijn ze niet gemakkelijk te vatten in zorgvuldige formuleringen (of minstens niet te vatten in exhaustieve formuleringen). Zo bv. is het denkbaar dat een verbod aan een handelsagent wordt opgelegd om nog «concurrerende producten» te verkopen. Dat lijkt *prima facie* vrij duidelijk, maar als men dan *in concreto* wil nagaan of een welbepaald product daar nu al of niet onder valt, kan men moeilijk buiten de vaststelling dat een dergelijke formulering in werkelijkheid erg vaag is. Als een dergelijke vage formulering onvermijdelijk is (of eenvoudigweg gebruikt werd in een vonnis, ongeacht of ze nu onvermijdelijk was of niet), dan speelt redelijke twijfel in het voordeel van de veroordeelde. Als er tussen redelijke mensen verschil van mening mogelijk is nopens het antwoord op de vraag of product x of y concurrerend is of niet, dan kan de verkoop daarvan geen inbreuk uitmaken. Met eenzelfde ruime formulering is het nochtans denkbaar dat niemand redelijkerwijze kan betwisten dat product z inderdaad een concurrerend product is, zodat dit dan wel een inbreuk kan opleveren.

3. Wanneer sprake is van een technisch ingewikkelde situatie, springt de figuur van de gerechtsdeskundige meteen voor het geestesoog. Over de driehoek rechter-dwangsom-gerechtsdeskundige, wordt in het ge-

annoteerde arrest van het Hof van Cassatie duidelijkheid geschapen. Krachtens art. 11 Ger. W. kunnen de rechters hun rechtsmacht niet overdragen, zo brengt het Hof in herinnering.

De taak van de gerechtsdeskundige is beperkt tot het doen van vaststellingen of het geven van een technisch (waarmee juristen in deze context meestal bedoelen: «niet-juridisch») advies. In commerciële geschillen worden expertises meestal bevolen omdat sprake is van technisch ingewikkelde materies, maar uiteraard kan aanduiding van een expert raadzaam zijn in andere gevallen, nl. ieder geval dat het kennisdomein van de jurist overstijgt. Zo bv. kan een expert worden aangeduid om uit te maken wat in het belang van het kind is (één ouder wil dat het kind voetballer wordt, een andere wil dat het kind violist wordt – het kind heeft talent voor beide, maar kan niet uitblinken in beide...). Voor de taakverdeling zoals hier beoogd, blijven de principes identiek, ongeacht het type geschil of het soort expertise.

De rechter kan dus niet een hoofdveroordeling verwoorden als «bevelen x om zich te gedragen overeenkomstig de richtlijnen die de gerechtsdeskundige zal geven, onder verbeurte van een dwangsom...». Dit komt neer op het uit handen geven van de rechtsmacht. De rechter kan er zich ook niet vanaf maken door op te merken dat de vraag of de richtlijnen van de deskundige behoorlijk werden nageleefd, enkel de uitvoering van de beslissing betreft. Partijen moeten immers ook nog de kans krijgen hun standpunt weer te geven over de vaststellingen of technische adviezen in het deskundigenverslag (zijn die inhoudelijk aanvechtbaar, zijn ze voldoende precies om te kunnen worden nageleefd, hoeveel tijd is er nodig om de instructies van de deskundige uit te voeren, is een aanvullende expertise nodig, enz.?).

4. Het geannoteerde arrest trekt de krijtlijnen waar ze moeten liggen: de rechter spreekt recht, de gerechtsdeskundige stelt vast of geeft technisch advies. De oplossing van het Hof van Cassatie biedt nochtans geen vrijgeleide voor veroordeelde partijen om zich hoe dan ook te gedragen, in afwachting van een latere beslissing. De rechter kan immers perfect, wanneer hij een gerechtsdeskundigenonderzoek beveelt, meteen ook bevelen om loyaal mee te werken aan dat onderzoek, onder verbeurte van een dwangsom (X., «Loyale medewerking aan een deskundig onderzoek kan worden bevolen onder verbeurte van een dwangsom» (noot onder Besl. gr. Brussel 18 januari 2000), *A.J.T.* 1999-2000, 654).

Met een dergelijke uitspraak put de rechter zijn rechtsmacht uit. De gerechtsdeskundige zal geen uitspraak kunnen doen over de kwestie of de dwangsom verbeurd is en zo ja ten belope van hoeveel eenheden (tijdseenheden of inbreuken). Hij zal enkel een aantal

feitelijke gegevens kunnen vaststellen (bv. een partij heeft nog vlug geprobeerd om een aantal computerbestanden uit te wissen, of een partij heeft geweigerd een werkend paswoord mee te delen). De rechter die de dwangsom in dit geval heeft opgelegd, kan dan later niet meer vaststellen of de veroordeling behoorlijk werd nageleefd. Die taak is immers voorbehouden aan de beslagrechter (cf. Benelux Gerechtshof 27 juni 2008, *R.W.* 2008-09, 1183 en www.courbeneluxhof.be). Ook denkbaar is dat de gerechtsdeskundige in zijn verslag noteert: de veroordeelde heeft geweigerd de noodzakelijke paswoorden mee te delen zodat ik mijn onderzoek niet heb kunnen uitvoeren, maar ik ben van oordeel dat dit niet deloyaal was, maar slechts een begrijpelijke paniecreactie. Het staat de beslagrechter in zo'n geval uiteraard vrij om rekening te houden met de vaststellingen van de deskundige (nl. weigering om paswoorden mee te delen), maar daaruit een andere juridische gevolgtrekking te maken (nl. dat er wel sprake was van deloyaal gedrag of een laakbaar gebrek aan medewerking).

De rechter kan bv. ook voor recht zeggen: bevelen de veroordeelde om loyaal mee te werken aan het gerechtsdeskundigenonderzoek, en stellen de zaak in voortzetting teneinde uitspraak te doen over de passende maatregelen die moeten worden genomen na afloop van het deskundigenonderzoek.

De rechter die de dwangsom heeft verbonden aan het gebod tot loyale medewerking, heeft in dat geval zijn rechtsmacht uitgeput m.b.t. het bevel erin bestaande om loyaal mee te werken. Het debat dat later voor hem zal worden voortgezet, heeft een ander voorwerp dan de kwestie of er loyaal werd meegewerkt. De rechter zal in het latere stadium van de procedure, wanneer de richtlijnen van de deskundige bekend zijn, een uitspraak kunnen doen die gemodelleerd is aan de hand van de richtlijnen van de deskundige. Vanzelfsprekend dienen de partijen de mogelijkheid te krijgen daarover tegenspraak te voeren (in het gecasseerde arrest van de feitenrechter werd de partijen die mogelijkheid ontnomen). Wanneer dan uiteindelijk de rechter een dwangsom oplegt verbonden aan een technische maatregel, gebaseerd op een deskundigenverslag, dient de veroordeelde tevens over de mogelijkheid te beschikken om die veroordeling tijdig uit te voeren, te rekenen vanaf de veroordeling en niet te rekenen vanaf de datum van het deskundigenverslag. Dit vloeit voort uit het voorwaardelijk karakter van de dwangsom (zie *supra*, nr. 1).

Zo zouden partijen bv. kunnen overeenkomen in een contract: «partijen erkennen dat het van cruciaal belang is dat de geleverde veranda beschikt over een isolatiewaarde tegen warmte, koude en geluid die overeenstemt met wat thans gebruikelijk is voor veranda's van topkwaliteit». Dit is vaag, maar de be-

doeling is duidelijk, zo zou kunnen worden geoordeeld (geoordeeld zou ook kunnen worden dat het te vaag is om juridisch afdwingbaar te zijn – m.i. is zo'n formulering in een contract wel rechtsgeldig; voor een leek is zo'n (vage) formulering trouwens veel duidelijker dan een precieze omschrijving met allerlei cijfers en parameters). Of het geleverde beantwoordt aan die bedoeling, zal in geval van een geschil enkel kunnen worden vastgesteld door een gerechtsdeskundige. De rechter kan de aannemer alleszins niet bevelen: breng de veranda in overeenstemming met de bedoeling van het contract. Dat is zonder twijfel te vaag. De lat ligt dus, voor wat betreft een rechterlijke uitspraak onder verbeurte van een dwangsom, wat betreft de vereiste precisie van de formulering een stuk hoger dan bij de libellering van contracten. De rechter kan ook niet zeggen: breng de veranda in overeenstemming met de instructies die de gerechtsdeskundige zal uitvaardigen. De rechter kan wel zeggen: wij bevelen een expertise, en stellen de zaak in voortzetting opdat de gerechtsdeskundige zijn advies kan geven over wat de partijen precies bedoeld hebben (welke thermische isolatie-eigenschappen moet het glas hebben, uitgedrukt in een welbepaalde k-waarde, welke akoestische isolatie-eigenschappen, uitgedrukt in een welbepaalde db-waarde, enz.). Na de uitspraak moet de veroordeelde aannemer over de nodige tijd beschikken om de vereiste werkzaamheden uit te voeren; hij moet ook precies weten wat van hem verlangd wordt. Als de bouwheer meent dat het nog steeds niet goed is, kan hij een executiegeschil uitlokken voor de beslagrechter teneinde te laten nagaan of de veroordeling behoorlijk werd nageleefd of niet. De beslagrechter kan dan op zijn beurt een expert (of dezelfde expert) een aantal metingen of andere vaststellingen laten verrichten teneinde na te gaan of de hoofdveroordeling behoorlijk werd uitgevoerd (K. Wagner, «De beslagrechter die uitspraak doet in een executiegeschil over verbeurde dwangsommen, vermag een onderzoeksmaatregel te bevelen met het oog op de vaststelling van het precieze aantal inbreuken» (noot onder Cass. 25 september 2000), *P. & B.* 2001, 114). Ook in dit voorbeeld, waarbij zowel de maatregel zelf als de behoorlijke uitvoering ervan niet zonder gerechtsdeskundigenonderzoek kunnen worden vastgesteld, blijft de taakverdeling zoals toegelicht in het geannoteerde arrest, zeer duidelijk.

De oplossing van het Hof van Cassatie verhindert dat de rechter zijn rechtsmacht uit handen geeft, dat partijen geen tegenspraak meer kunnen uitoefenen of dat gerechtsdeskundigen zouden rechtspreken.

Kris Wagner
Advocaat te Brussel