

STAND VAN ZAKEN EN ACTUELE ONTWIKKELINGEN INZAKE HET GEDING

In deze bijdrage wordt de aandacht gericht op de stand van zaken en actuele ontwikkelingen inzake het geding, wat verwijst naar de titel van Boek II («Geding») in het vierde deel van het Gerechtelijk Wetboek («Burgerlijke rechtspleging»). Aan bod komen onderwerpen als verzoening en bemiddeling, ingereedheidbrenging (met bijzondere aandacht voor sancties bij te laat ingediende of meegedeelde conclusies), advies van het openbaar ministerie, beraad en beraadslaging, betekening en kennisgeving van de uitspraak, tussenvorderingen, hervatting van het geding, afstand van geding, wraking en ten slotte de onderzoeksmaatregelen.

I. VOORAF

1. Deze bijdrage beoogt een overzicht te bieden van de belangrijkste vraagstukken omtrent het geding die van 2000 tot 2003 in de Belgische rechtspraak aan bod kwamen.¹ De beperkingen qua omvang die aan dit overzicht werden opgelegd, hebben de auteurs genoopt een selectie te maken in het ruime aanbod van interessante uitspraken, zodat de lezer geenszins een exhaustief overzicht mag verwachten.²

Het voorwerp van deze bijdrage werd beperkt tot de regelen betreffende het «geding», wat verwijst naar de titel van Boek II («Geding») in het vierde deel van het Gerechtelijk Wetboek («Burgerlijke rechtspleging»). Leerstukken als de rechtsmiddelen, het beslag en de collectieve schuldenregeling, arbitrage, de algemene ontvankelijkheidsvoorwaarden voor het instellen van de vordering in rechte, enz., komen bijgevolg niet aan bod. De nadruk ligt op de bespreking van (voornamelijk hogere) rechtspraak, maar de lezer vindt ook verwijzingen naar de belangrijkste rechtsleer uit de besproken periode, die zich meer bepaald uitstrekt van 1 januari 2000 tot 1 augustus 2003. Sporadisch werden wel verwijzingen opgenomen naar rechtspraak (of rechtsleer) verschenen kort voor of kort na de voormelde periode.

II. VERZOENING EN BEMIDDELING

A. Vrijwillige verzoeningspoging

2. Elke partij bij een rechtsgeschil kan zich, voorafgaandelijk aan de inleiding van de zaak, vrijwillig tot de rechter wenden met het verzoek een verzoeningspoging te

ondernemen (art. 731 Ger. W.). Ook tijdens de behandeling van de zaak in het navolgend geding kan de rechter de verzoening van partijen nog nastreven. In beide gevallen is de verzoening steeds vrijwillig en staat het de partijen in beginsel vrij elk overleg met het oog op een minnelijke schikking af te wijzen. Dat betekent evenwel niet dat wie een vordering in rechte wil instellen, zomaar mag nalaten om vooraf te verifiëren of een onderhandelde oplossing niet mogelijk is. In de rechtsleer wordt de jongste jaren de stelling verdedigd dat procespartijen en hun advocaten een (minimale) onderhandelingsplicht hebben en dat de manifeste weigering om op voorhand de mogelijkheden op een minnelijke schikking te verkennen – zij het door een ingebrekestelling, een informeel contact of een verzoek tot verzoening – als een deloyale proceshouding beschouwd kan worden.³ De Zandhovense vrederechter maakte van dat standpunt een interessante en opgemerkte toepassing. De vrederechter weigerde namelijk alle gerechtskosten toe te kennen aan een in het gelijk gestelde procespartij, omdat deze een dagvaarding had uitgebracht zonder na te gaan of de tegenpartij niet vrijwillig zou voldoen aan de eis.⁴ Daarmee wordt meteen ook geïllustreerd hoe de afrekening van de gerechtskosten voor een rechter een nuttig instrument kan zijn om de onderhandelingsplicht af te dwingen of minstens om partijen aan te moedigen haar in acht te nemen.⁵

³ J. LAENENS, «Règlement alternatif des litiges en Belgique», in *The Belgian Reports at the Congress of Brisbane of the International Academy of International Law*, Brussel, Bruylant, 2002, 287; J. LAENENS, «Schikken of beschikken? Pleidooi tegen de privatisering van de bemiddeling», *R.W.* 2000-01, 402; M.E. STORME, «De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaatsproces- en bewijsrecht», *T.P.R.* 1990, (353) 405, randnr. 25; M. STORME, «Algemene beginselen van behoorlijke procesvoering», in M. VAN HOECKE (red.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, (159) 175; M. STORME, «Pleidooi voor een procesnoodrecht», in M. STORME (red.), *Procesrecht vandaag*, Antwerpen, Kluwer, 1980, (504) 507-508; H. VUYE, «Justitie morgen: de toekomst van de vrederechten in een breder perspectief», *T. Vred.* 1998, (413) 432.

⁴ Vred. Zandhoven 5 september 2000, *R.W.* 2000-01, 850. Zie ook, maar dan in het raam van een verplichte verzoeningspoging, Vred. Roeselare 27 maart 2003, *R.W.* 2002-03, 1676 («Aangezien de procedure aldus uitsluitend haar oorsprong vindt in de weigering van aanlegster tot welkdanig zinnig gesprek (...), blijven alle kosten om proceseconomische redenen te haren laste»).

¹ Deze tekst is een wat uitgebreidere versie van onze bijdrage aan de Themis-conferenties over gerechtelijk recht (najaar 2003), verschenen in P. VAN ORSHOVEN (red.), *Gerechtelijk recht*, Themiscahier nr. 19, Brugge, Die Keure, 2003.

² Wie meer volledigheid wenst, raadplege o.m.: J. VAN COMPERNOLLE, G. CLOSSET-MARCHAL, J.-F. VAN DROOGHENBROECK, A. DECROES en O. MIGNOLET, «Examen de jurisprudence (1991 à 2001) – Droit judiciaire privé (suite)», *R.C.J.B.* 2002, 437-572 en 653-826; J. VAN COMPERNOLLE en G. CLOSSET-MARCHAL, «Examen de jurisprudence (1985 à 1998) – Droit judiciaire privé (suite)», *R.C.J.B.* 1999, 59-186; G. CLOSSET-MARCHAL en J. VAN COMPERNOLLE, «Examen de jurisprudence (1985 à 1996) – Droit judiciaire privé», *R.C.J.B.* 1997, 495-625.

B. Verplichte verzoeningspoging

3. Voor sommige geschillen legt de wet een verplichte verzoeningspoging op, in afwijking van het beginsel van vrijwilligheid dat in art. 731 Ger. W. is opgenomen. Een klassiek voorbeeld van zo'n verplichting vindt men in art. 734 Ger. W., naar luid waarvan voor een aantal specifiek omschreven vorderingen elk debat voor de arbeidsrechtbank op straffe van nietigheid dient te worden voorafgegaan door een poging tot minnelijke schikking, die op het zittingsblad wordt aangetekend. Dergelijke afwijkende wetsbepalingen gelden als *leges speciales* en moeten dus beperkend worden uitgelegd.⁶

Vanuit de rechtsleer hoort men geregeld kritiek op de wetsbepalingen die een verzoeningspoging verplicht opleggen. Al te vaak vervalt die tot een nutteloze formaliteit, zonder nog te leiden tot zinvol overleg, zo klagen deze auteurs.⁷ Toch heeft de wetgever in de laatste programawet opnieuw een dergelijke verplichting ingevoerd. Het nieuwe artikel 1344septies Ger. W. schrijft voor dat ook vorderingen inzake de aanpassing van de huurprijs, de invordering van achterstallige huurgelden of de uithuiszetting verplicht vooraf ter verzoening aan de rechter moeten worden voorgelegd.⁸ De wetgever liet evenwel na in de nieuwe bepaling duidelijk melding te maken van de *sanctie* die kan worden opgelegd wanneer een procespartij heeft nagelaten aan de verplichting te voldoen. Het debat daarover is in de rechtspraak en rechtsleer al losgebarsten.

Volgens de vrederechter van Molenbeek moet het uitblijven van een verzoeningspoging leiden tot de ontoelaatbaarheid (d.i. onontvankelijkheid) van de vordering.⁹ De vrederechter baseert zich op een interpretatie naar analogie van art. 1345 Ger. W., dat de verplichte verzoeningspoging in pachtzaken voorschrijft op straffe van «niet-toelaatbaarheid». Volgens vaste rechtspraak van het

Hof van Cassatie – die in 2002 nog bevestigd werd – staat dit gelijk met de sanctie van de onontvankelijkheid.¹⁰ De onontvankelijkheid op grond van art. 1345 Ger.W. (een wetsbepaling die de openbare orde niet raakt), is evenwel regulariseerbaar in de loop van het geding. Wie zich beroept op de analogie met art. 1345 Ger.W., moet dan ook de mogelijkheid van regularisering aanvaarden, zodat in de praktijk de «niet-toelaatbaarheid» eigenlijk neerkomt op een loutere schorsing van de procedure, tot de eisende partij de nodige formaliteiten heeft verricht. Enkele auteurs kunnen zich achter deze conclusie scharen.¹¹

De vrederechter te Leuven daarentegen was van oordeel dat, bij gebreke van een uitdrukkelijke wettelijke grondslag daarvoor, geen enkele sanctie mogelijk is. Indien de eisende partij geen oproeping in verzoening heeft uitgebracht, kan dit enkel worden geïnterpreteerd als een afwijzing van de minnelijke schikking, zonder verdere gevolgen.¹² Ons inziens is dit de juiste opvatting. Dat de wetgever niet de bedoeling heeft gehad om de niet-toelaatbaarheid als sanctie op te nemen, blijkt immers uit de parlementaire voorbereiding, tijdens welke een amendement in die zin werd weggestemd.¹³ De onontvankelijkheid is trouwens niet de geschikte sanctie voor een louter procedurele onregelmatigheid als deze, zoals ook de meest gezaghebbende auteurs verdedigen.¹⁴

Het standpunt van de vrederechter te Leuven sluit aan bij de rechtspraak over een niet-identieke, maar vergelijkbare wetsbepaling, meer bepaald art. 12 van de wet van 12 januari 1993 betreffende een vorderingsrecht inzake bescherming van het leefmilieu. Ook in die wetsbepaling wordt een voorafgaande verzoeningspoging opgelegd zonder vermelding van enige sanctie en weigert de rechtspraak de onontvankelijkheid uit te spreken.^{15 16}

⁵ Vgl. Kh. Hasselt 21 februari 1996, R.W. 1996-97, 829 (verzuim om, vooraleer het geding in te leiden, eerst een ingebrekestelling te versturen).

⁶ Zo verzet de proceseconomie zich soms tegen een tussenkomende verzoeningspoging, bijvoorbeeld in gevallen van spoedeisendheid. Om die reden heeft de Brusselse arbeidsrechtbank geoordeeld dat art. 734 Ger. W. niet geldt voor de rechtspleging in kort geding: Kort Ged. Arbrb. Brussel 13 maart 2000, J.L.M.B. 2000, 1032 en Soc. Kron. 2000, 425.

⁷ A. FETTWEIS, «L'usage de la conciliation pour le règlement des différends», in J. LIMPENS (red.), *Rapports belges au Xe congrès international de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 1978, (173) 182; R. RASIR en P. HENRY, *La procédure de première instance dans le code judiciaire*, Brussel, Larcier, 1978, 23; F. LIEVENS, «Bevoegdheid en onbevoegdheid van de vrederechter inzake minnelijke schikking», in G. BENOIT, F. LIEVENS en L. LOUSBERG (red.), *Bevoegdheden van de Vrederechters en Politiechters 1892-1992*, Brugge, Die Keure, 1992, (55) 61; H. RIEDER en E. VAN ACKER, «Rechtsingang», in *Tien jaar Gerechtig Wetboek*, Antwerpen, Kluwer, 1981, (35) 47-48; R. VERBEKE, «Enkele bijzondere regelingen», in G. BAETEMAN (red.), *De vrederechter en het gerechtelijk recht*, Deurne, Story, 1992, (249) 251.

⁸ Voor een commentaar, zie o.m. M. DAMBRE en B. HUBEAU, «Twee nieuwigheden in het huurrecht», N.J.W. 2003, 402 e.v.; C.-E. DE FRÉSART, «Conciliation obligatoire en matière de location de logements. Art. 1344septies du Code judiciaire», J.T. 2003, 112 e.v.

⁹ Vred. Molenbeek 25 maart 2003, J.T. 2003, 321, met noot. Zie ook D. SCHEERS, «Verzoening bij huur maat voor niets», *Juristenkrant* 2003, afl. 65, 1.

¹⁰ Cass. 7 maart 2002, T. Agr. R. 2002, 92; zie ook: Cass. 19 september 1991, Arr. Cass. 1991-92, 73 en R.W. 1991-92, 788; Cass. 23 december 1988, Arr. Cass. 1988-89, 517 en R.W. 1988-89, 1087; Cass. 20 juni 1979, Arr. Cass. 1978-79, 1253, R.W. 1979-80, 1632 en J.T. 1981, 255, met noot.

¹¹ M. DAMBRE en B. HUBEAU, o.c., N.J.W. 2003, 404; C.-E. DE FRÉSART, o.c., J.T. 2003, 114; D. STERCKX, «L'article 1344septies du Code judiciaire ou l'énigmatique sanction», (noot onder Vred. Molenbeek 25 maart 2003), J.T. 2003, 321; *contra*: J. LAENENS en M. HENQUIN, «De verplichte minnelijke schikking in huurgeschillen», R.W. 2002-03, (1652) 1655 (die pleiten voor een absolute, niet-regulariseerbare onontvankelijkheid).

¹² Vred. Leuven 6 februari 2003, weergegeven door D. SCHEERS, o.c., *Juristenkrant* 2003, afl. 65, 1.

¹³ Amendement nr. 275 van Joke Schauvliege, Parl. St. Kamer 2002-03, nr. 2124/35, p. 2.

¹⁴ G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, Brussel, Bruylant, 2002, 340; R. DE CORTE, «Hoe autonoom is het procesrecht?», T.P.R. 1980, p. 30, nr. 68; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Faculté de droit, 1987, 164 en 165.

¹⁵ Cass. 30 oktober 2003, www.cass.be; Brussel 20 oktober 1998, R.W. 1999-2000, 921. Vgl. Voorz. Rb. Brussel 31 oktober 2001, J.L.M.B. 2002, 1720, met noot.

¹⁶ Andere rechtspraak op grond van datzelfde art. 12 beperkt er zich toe vast te stellen dat, in afwezigheid van een duidelijke tekst, er van *nietigheid* geen sprake kan zijn: Gent 29 februari 2000, T.M.R. 2002, 454; Luik 29 juni 1995, J.L.M.B. 1995, 1289; Voorz. Rb. Doornik 18 april 2001, J.L.M.B. 2001, 1624, met noot.

C. Bemiddeling

4. Naast de verzoeningspoging door de rechter, bestaat ook de mogelijkheid voor de rechtbank om een derde aan te stellen die met de partijen in overleg treedt en hen naar een minnelijke schikking tracht te leiden. Men spreekt dan van proceduregebonden of gerechtelijke bemiddeling.

De wet van 19 februari 2001 heeft een dergelijk procédé voor wat betreft familiezaken formeel ingevoerd in het Gerechtelijk Wetboek, in de artikelen 734*bis* tot 734*sexies*, onder een nieuw hoofdstuk *Ibis*, «Bemiddeling in familiezaken».¹⁷ De nieuwe regeling geeft de rechter de gelegenheid, wanneer partijen erom verzoeken of daarmee instemmen, een wettelijk erkend bemiddelaar aan te wijzen in geschillen betreffende afstamming en ouderlijk gezag, huwelijk, echtscheiding en samenwoning (art. 734*bis* Ger. W.). De bemiddeling is beperkt in tijdsduur en volledig vertrouwelijk (art. 734*sexies* Ger. W.). De vergoeding van de bemiddelaar komt in aanmerking voor rechtsbijstand (art. 665 Ger. W.) en geldt voor het overige als gerechtskost, die in gelijke delen ten laste wordt gelegd van beide partijen, behoudens ingeval zij bij consensus daarvan afwijken of indien de rechter, alle omstandigheden in acht genomen, daar anders over beslist (art. 1017, vierde lid, Ger. W.).

Ook vóór de inwerkingtreding van deze wet¹⁸ was het reeds gebruikelijk voor bepaalde hoven en rechtbanken om in specifieke geschillen die zich daartoe leenden, een bemiddelaar aan te stellen. Deze praktijk wordt nu voortgezet, niet alleen in familiezaken maar ook daarbuiten. Zo werd in een geschil m.b.t. een erfenis een bemiddelaar aangesteld, ook al worden erfrechtelijke geschillen uit het toepassingsgebied van de wet van 19 februari 2001 gesloten.¹⁹ Art. 19, tweede lid, Ger. W. kan gelden als wettelijke grondslag voor een dergelijke maatregel.²⁰

¹⁷ Voor een commentaar, raadpleeg S. BROUWERS, «De wet betreffende de proceduregebonden bemiddeling in familiezaken», *A.J.T.* 2001-02, 1-8; P. TAELEMAN en G. VERSCHOLDEN, «Proceduregebonden bemiddeling in familiezaken», in *Gandaius Actueel VII*, Mechelen, Kluwer, 2002, 201-312 (waarvan een samenvatting verscheen in *R.W.* 2002-03, 1561-1578); A. THILLY, «De la pratique à la loi du 19 février 2001 relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire», *J.T.* 2001, 66-74; E. TORFS, «Proceduregebonden bemiddeling in familiezaken. Commentaar bij de Wet van 19 februari 2001», *E.J.* 2001, 106-119. Zie ook, voor een overzicht van ongepubliceerde (Franstalige) rechtspraak betreffende de proceduregebonden bemiddeling: G. HIERNAX, «Premières applications de la loi du 19 février 2001 sur la médiation familiale», *J.L.M.B.* 2003, 988-1000.

¹⁸ Op 1 oktober 2001.

¹⁹ Rb. Antwerpen 8 april 2002, *R.A.B.G.* 2003, 130, met noot.

²⁰ S. BROUWERS, «Het juridisch statuut van de advocaat-echtscheidingsbemiddelaar», *R.W.* 1998-99, (625) 628; H. CASMAN, «Gezinsbemiddeling. Enkele bedenkingen bij het door de Kamer van Volksvertegenwoordigers goedgekeurd ontwerp van wet», *R.W.* 2000-01, (363) 365; V. D'HUART, «La médiation au cœur du barreau», (noot onder *Arbrb.* Hoi 11 februari 1998), *J.L.M.B.* 1998, (693) 695; M. HENQUIN en D. VAN PUTTEN, «Court Ordered Mediation», *P. & B.* 2000, (219) 226; A. THILLY, «L'institutionnalisation de la médiation familiale dans l'ordre juridique», *Divorce* 2000, (98) 99; K. TIMMERMAN, «Pleidooi voor bemiddeling?», *A.J.T.* 1999-2000, (585) 595; F. VAN DE PUTTE en P. VAN LEYNSEELE, «Mode d'emploi de la médiation», *J.T.* 1999, (234) 235.

III. INGEREEDHEIDBRENGING VAN DE ZAAK

A. De mededeling van stukken

5. Over de mededeling van de stukken (art. 736–740 Ger. W.) werd in de besproken periode nauwelijks vernieuwende of anderszins meldenswaardige rechtspraak gevonden. Men raadplege in dit verband het overzicht van rechtspraak van B. Maes en E. Brewaeys, dat betrekking heeft op de periode 1993–1999.²¹

B. Uitwisseling van conclusies

1^o Indicatieve conclusieregeling

6. Art. 747, § 1, Ger. W. bevat een indicatieve conclusietermijnregeling (een maand, een maand, vijftien dagen). Luidens art. 747, § 1, laatste lid, Ger. W. kunnen de partijen de termijnen in der minne wijzigen. Het begrip «in der minne wijzigen» heeft binnen de context van deze wetbepaling een specifieke betekenis en impliceert niet dat de partijen over een eventuele wijziging een akkoord zouden moeten hebben bereikt. Dat begrip betekent eenvoudigweg dat ook een enkele partij de indicatieve regeling kan wijzigen, zonder enige formaliteit, nl. door haar niet toe te passen.

Het staat iedere procespartij vrij om op eigen initiatief, zonder overleg en zonder de instemming van de wederpartij, de indicatieve regeling van art. 747, § 1, Ger. W. te wijzigen. Op de niet-toepassing van de conclusietermijnen vermeld in die bepaling, staat geen sanctie.²² Op de miskenning van toezeggingen of beloftes om – met toepassing van art. 747, § 1, Ger. W. – vóór een bepaalde datum te concluderen, staat evenmin enige sanctie.²³ Art. 747, § 1, Ger. W. bevat ook geen minimumstandaard: wanneer partijen (binnen of buiten het kader van art. 747, § 1) overeenstemming bereiken over een regeling met kortere termijnen, bestaat daartegen geen enkel bezwaar.

Art. 747, § 1, Ger. W. stelt geen maximum op het aantal conclusies. In het raam van deze bepaling vormt slechts de overtuiging van alle partijen dat de zaak in gereedheid is, een rem op het aantal conclusies. De rechter heeft wel – krachtens art. 869 Ger. W. – de bevoegdheid de partijen te gelasten alle «rechtsmiddelen»²⁴ tegelijk voor te dragen, m.a.w. de partijen te gelasten een syntheseconclusie neer te leggen.²⁵

²¹ B. MAES en E. BREWAEYS, «Het in staat stellen van de zaak. Overzicht van rechtspraak 1993–1999», *P. & B.* 2000, (99) 100. Zie ook: E. BREWAEYS, «Het recht van verdediging tijdens de behandeling van de zaak», in B. MAES en M. STORME (red.), *Moet het recht van verdediging worden afgeschaft?*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 14-20.

²² D. SCHEERS, «Sanctie bij conclusietermijnen bepaald op de inleidende zitting», (noot onder Cass. 1 juni 2001), *T.B.B.R.* 2002, (636) 638; P. TAELEMAN, «Valkuilen en boobytraps van de rechtsdagbepalingen», in *Gandaius Actueel IV*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 198.

²³ E. BREWAEYS, «Commentaar bij art. 747 Ger. W.», in *Commentaar Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Kluwer, 1995, losbl., p. 5, nr. 6.

²⁴ Het begrip «rechtsmiddelen» wordt in art. 869 Ger. W. in een specifieke betekenis gebruikt, in de zin van «middelen van hun verweer of vordering», m.a.w. kortweg «middelen».

2° Bindende conclusieregeling

7. De conclusietermijnregeling vormde een van de hoekstenen van de hervorming van het Gerechtelijk Wetboek bij de wet van 3 augustus 1992. De uitgangspunten van de wetgever waren ongetwijfeld nobel. Zij waren erop gericht te vermijden dat onwillige procespartijen procedures zouden laten aanslepen of met dilatoire manoeuvres de procesgang zouden verstoren. De uitwerking van die uitgangspunten was evenwel niet feilloos, zoals reeds blijkt uit het feit dat sommige van de bepalingen gewijzigd of ingevoerd bij de wet van 3 augustus 1992, in 1995 opnieuw werden gewijzigd. De huidige regeling wordt door sommigen nog steeds als onbevredigend ervaren, maar zinvolle en bruikbare alternatieven blijken niet zo eenvoudig te formuleren. De huidige regeling is misschien niet perfect, maar na tien jaar is ze wel goed ingeburgerd op het terrein en heeft ook de rechtspraak een groot aantal vraagstukken opgehelderd. Waar in de praktijk (terecht) aanzienlijk ongenoegen over bestaat, is niet zozeer de conclusietermijnregeling zoals ingevoerd in 1992, maar wel het feit dat men te vaak te lang moet wachten op een rechtsdag. Wanneer advocaten 's nachts of in het weekend conclusies opstellen wegens een dwingende termijn, maar na de uitwisseling van alle conclusies bijvoorbeeld acht maanden, een jaar of zelfs langer moeten wachten op een rechtsdag, voelen zij zich als sprinters die de 100 meter lopen, maar vaststellen dat niemand aan de eindmeet staat om hun tijd op te meten.

8. Art. 747, § 2, Ger. W. is geconcipeerd om toepassing te vinden in een veelheid van situaties.²⁶ De bepaling kan toepassing vinden wanneer nog geen enkele conclusie werd genomen, alsook wanneer reeds vele conclusies werden uitgewisseld. Die laatste omstandigheid is zeker geen reden om de toepassing van art. 747, § 2, Ger. W. uit te sluiten. Men kan, wanneer alle partijen hebben geconcludeerd, ook toepassing vragen van art. 750 Ger. W. (§ 1 indien alle partijen daarover overeenstemming bereiken, § 2 indien dat niet het geval is), doch er bestaat geen verplichting in die zin.

Er ligt geen enkele valabele reden voor om de toepassing van art. 747, § 2, Ger. W. uit te sluiten in kort geding of in procedures zoals in kort geding.²⁷ Integendeel, ook in die

zaken kan die bepaling een efficiënte remedie zijn tegen de plaag van de zittingsconclusies.

Ook wanneer een zaak werd verdaagd op vaste datum, zonder dat conclusietermijnen werden vastgelegd, kan alsnog toepassing worden gemaakt van art. 747, § 2 Ger. W.²⁸

In de versie van deze tekst zoals ingevoegd in 1992, was het vereist dat de omstandigheden van de zaak de regeling van de conclusietermijnen verantwoordden. Dat gaf aanleiding tot nogal wat problemen en discussies. De zinsnede waarin dat vereiste verrat lag (art. 747, § 2, eerste lid, *in fine* Ger. W.: «... indien de omstandigheden van de zaak de regeling van de conclusietermijnen verantwoorden»), werd uit de tekst verwijderd bij de wet van 23 maart 1995. Thans volstaat het dat een partij toepassing vraagt van art. 747, § 2, Ger. W., opdat bindende termijnen worden opgelegd.²⁹

Ook in de huidige libellering van de tekst is nog sprake van de rechter die termijnen «kan» bepalen, maar die formulering moet niet geacht worden te betekenen dat de rechter zou mogen weigeren conclusietermijnen op te leggen.³⁰ De appreciatievrijheid van de rechter heeft slechts betrekking op de omvang (en bij meerpartijengeschillen de volgorde) van de dwingende termijnen, niet op de opportuniteit ervan. De rechter kan, indien de goede rechtsbedeling het vereist, langere of kortere termijnen opleggen dan door de verzoeker werd gevraagd.

9. Dwingende conclusietermijnen (ongeacht op grond van welke bepaling zij werden opgelegd) zijn «termijnen voor het verrichten van de proceshandelingen» als bedoeld in art. 48 Ger. W., waarop de bepalingen van dat hoofdstuk van toepassing zijn. Indien de laatste dag van een conclusietermijn valt op een zaterdag, zondag of wettelijke feestdag, kan men de conclusie nog tijdig neerleggen en mededelen op de eerstvolgende werkdag (art. 53 Ger. W.).³¹

²⁷ J. LAENENS, «De wet 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek: een storm in een glas water?», *R.W.* 1995-96, (169) 171-172 en de verwijzingen in voetnoot 56 aldaar.

²⁸ Zie bijvoorbeeld: Vred. Hasselt 7 februari 1997, *onuitg.*, aangehaald door: L. TACK, «Artikel 747, § 2 Ger. W. – deel 1: de procedurerechter», *Limb. Rechtsl.* 1997, 7.

²⁹ Daarnaast bestond ook discussie over het antwoord op de vraag of de rechter *andere* termijnen kon (of moest) opleggen dan die bepaald in art. 747, § 1, Ger. W. Die discussie was ontstaan n.a.v. de bewoordingen van de tweede volzin van § 2, die door de wet van 23 maart 1995 onaangeroerd bleven. Thans betwijfelt niemand nog dat termijnen op grond van § 2 het schema van § 1 mogen volgen dan wel ervan mogen afwijken, zodat aan die discussie geen verdere aandacht moet worden besteed.

³⁰ E. BREWAEYS, «Commentaar bij art. 747 Ger. W.», *L.c.*, 1995, losbl., p. 8, nr. 10; G. DE LEVAL, «La loi du 23 mars 1995 (M.B. du 19 mai 1995) modifiant les articles 747, 748 et 750 du Code judiciaire», *J.L.M.B.* 1995, 973; S. RAES, «Wet van 23 maart 1995 tot wijziging van de artikelen 747, 748 en 750 van het Gerechtelijk Wetboek», *P. & B.* 1995, 101.

³¹ Antwerpen 23 maart 1998, *T.B.B.R.* 1999, 477, met noot D. SCHEERS. Dat arrest is meldenswaard, omdat het uitdrukkelijk bevestigt dat art. 53 Ger. W. toepassing vindt op conclusietermijnen. Voor het overige past behoedzaamheid: de redenering gemaakt in dat arrest dat de mededeling aan de tegenpartij te laat mag gebeuren als de neerlegging ter griffie tijdig was omdat de tegenpartij de neergelegde conclusie ter griffie kan raadplegen, moet worden verworpen (zie in dezelfde zin: D. SCHEERS, «Berekeningsperikelen bij de conclusietermijnen overeenkomstig artikel 747 § 2 van het Gerechtelijk Wetboek», (noot onder

²⁵ E. BREWAEYS, «Commentaar bij art. 747 Ger. W.», *L.c.*, 1995, losbl., p. 5, nr. 5.

²⁶ Voor verdere lectuur raadplege men: H. BOULARBAH, «Quelques réflexions à propos de l'incidence des fixations, remises ou redistributions successives de la cause sur la qualification d'un jugement ou d'un arrêt», (noot onder Antwerpen 10 april 2000), *P. & B.* 2001, 75; H. BOULARBAH en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, «La mise en état des causes... perdue?», *J.T.* 2000, 813; E. BREWAEYS, «Concrete moeilijkheden bij de toepassing van art. 747 par. 2 Ger. W.», *A.J.T.* 2000-01, 58; D. SCHEERS, «Berekeningsperikelen bij de conclusietermijnen overeenkomstig artikel 747, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek», (noot onder Antwerpen 23 maart 1998), *T.B.B.R.* 1999, 477; P. Taelman, «Valkuilen en boobytraps van de rechtsdagbepalingen», in *Gandaius Actuel IV*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 197; P. Taelman, «Logica zoek: de beslissing tot het weren van een conclusie uit het debat is een eindbeslissing; beslissen dat een conclusie niet uit het debat geweerd wordt is een maatregel van inwendige aard», (noot onder Cass. 9 januari 1998), *A.J.T.* 1999-2000, 665; Ph. THION, «Deloyale procesvoering», *N.J.W.* 2002, 50.

Naast art. 53 Ger. W. is ook art. 52 Ger. W. – luidens hetwelk de termijn wordt gerekend van middernacht tot middernacht – van belang. Er werd immers geoordeeld dat een conclusie die op de laatste dag werd meegedeeld per fax (vrijdagavond om 22u43) niet tijdig werd meegedeeld, omdat de wederpartij in dat geval niet kon kennisnemen van de inhoud van die conclusie.³² Een dergelijk oordeel verdient geen bijval. *Ten eerste* wordt daardoor art. 52 Ger. W. miskend. Krachtens die bepaling (*in fine*) kan een handeling die ter griffie moet worden verricht enkel geldig gebeuren wanneer de griffie toegankelijk is voor het publiek, d.w.z. vóór 16:00. Voor handelingen die niet ter griffie moeten gebeuren, zoals een fax versturen naar de tegenpartij, geldt dat die handeling geldig kan gebeuren wanneer zij op de laatste dag van de termijn plaatsvindt, tot de laatste seconde van 23u59, en dit krachtens art. 52, eerste lid, eerste volzin Ger. W. *Ten tweede* kan oordelen dat conclusies die om 22u43 op de laatste dag werden gefaxt, te laat zijn meegedeeld, slechts bron zijn vanodeloze rechtsonzekerheid. Tot hoe laat zouden ze immers volgens die redenering dan wél tijdig zijn? *Ten derde* miskent dat oordeel ook het wezen zelf van de conclusietermijn. Er rust geen verplichting op de partij in wier voordeel een conclusietermijn loopt, om binnen die termijn kennis te nemen van de conclusie van degene tegen wie de termijn loopt (d.w.z. degene die moet concluderen), maar zij heeft ook als zodanig niet het recht om inhoudelijk kennis te kunnen nemen van de conclusie *binnen* de termijn (waarmee wordt bedoeld: een conclusie die 50 bladzijden telt en waarvan de verzending per fax is voltooid om 23u59, zal door de bestemming niet meer gelezen kunnen worden vóór middernacht, maar toch is die conclusie tijdig medegedeeld). Een conclusietermijn houdt slechts een verplichting in voor de partij die moet concluderen (en hooguit het recht voor de bestemming om de conclusie te ontvangen op de laatste dag uiterlijk om 23u59). Indien de concluderende partij haar conclusie meedeelt aan de tegenpartij op de laatste dag van de termijn om 23u59, dan beschikt de bestemming alleszins nog over *zijn volledige termijn*. Er ligt bijgevolg geen enkele reden voor om aan te nemen dat de laatste dag op enig ander tijdstip eindigt dan na het verstrijken van de laatste seconde van 23u59.

10. Het verzoekschrift waarvan sprake in art. 747, § 2, Ger. W. is aan weinig vormvoorschriften gebonden. Men dient als zodanig niet te motiveren waarom men toepassing vordert van die bepaling.³³ Wanneer men vraagt dat de termijnregeling als bepaald in art. 747, § 1, Ger. W. wordt opgelegd, dient geen enkele motivering te worden opgegeven. Wel past het te vermelden op welke datum de stukken zijn medegedeeld, of minstens te vermelden dat de

stukken werden medegedeeld. Noodzakelijk is dat evenwel niet, aangezien de wet het niet vereist en aangezien de partij die nog geen stukken ontving en om die reden nog niet concludeerde, steeds de mogelijkheid heeft de rechter te wijzen op die omstandigheid. De wet vereist slechts dat de reden wordt opgegeven waarom *andere* termijnen zouden worden opgelegd, d.w.z. andere termijnen dan die vermeld in art. 747, § 1 Ger. W.

Die redengeving kan uiterst beknopt zijn. Het volstaat te verwijzen naar een of andere omstandigheid die – volgens de opsteller van het verzoekschrift – het opleggen van langere (of kortere) termijnen verantwoordt. Het kan gaan om de complexiteit of de aard van de zaak, de omvang der stukkenbundels, de gerechtelijke vakantie, of eenvoudigweg het feit dat het «passend voorkomt de volgende termijnen op te leggen». Het spreekt vanzelf dat die redengeving beknopter mag zijn naarmate de voorgestelde conclusietermijnen gebruikelijker zijn (d.w.z. minimum de regeling van art. 747, § 1, Ger. W. en maximum een drietal maanden).

Volgens de tekst van art. 747, § 2, Ger. W. dient de verzoekende partij in haar verzoekschrift «de gewenste termijnen» aan te geven. Het komt al eens voor dat een verzoekschrift waarin wordt nagelaten de gewenste termijnen aan te geven, wordt afgewezen.³⁴ Die rechtspraak verdient geen navolging: wanneer een verzoekende partij nalaat melding te maken van gewenste termijnen, dient die partij vermoed te worden toepassing te vragen van de gebruikelijke termijnen, zijnde in beginsel de termijnen van art. 747, § 1, Ger. W., tenzij uit de omstandigheden van de zaak het tegendeel blijkt (bv.: de verzoeker wijst erop dat alle partijen reeds hebben geconcludeerd en wenst aan de verweerder nog een laatste repliekmogelijkheid te bieden). Met of zonder opgave van gewenste termijnen, behoudt de rechter in ieder geval zijn appreciatiebevoegdheid en dient hij termijnen op te leggen die hem geschikt lijken, rekening houdend met de aard en de complexiteit van de zaak.³⁵

11. Zodra men de stukken die men wenst aan te wenden in een procedure heeft medegedeeld aan de wederpartij, mag men een verzoekschrift op grond van art. 747, § 2, Ger. W. indienen. In theorie kan men dus een verzoekschrift op grond van art. 747, § 2, Ger. W. indienen op dezelfde dag als de betekening van de gedinginleidende dagvaarding, namelijk indien men op dezelfde dag reeds de stukken heeft medegedeeld aan de wederpartij. De loutere overtuiging van de eisende partij dat op de inleidingszitting toch geen akkoord zal kunnen worden bereikt over conclusietermijnen, volstaat in zo'n geval om de indiening van een verzoekschrift op grond van art. 747, § 2, Ger. W. te verantwoorden. Op de dag waarop de dagvaarding wordt betekend, heeft men in beginsel nog geen algemeen rolnummer, maar art. 747, § 2, Ger. W. vereist niet dat het verzoekschrift het algemeen rolnummer bevat. Als het verzoekschrift de namen van de partijen bevat, de datum waarop de zaak wordt ingeleid, en melding maakt van de

Antwerpen 23 maart 1998), *T.B.B.R.* 1999, 477). *Adde*: G. DE LEVAL, «De wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek (art. 16 tot 26 en 31 tot 33): het in staat stellen der zaken», in Interuniversitair Centrum voor Gerechtelijk Recht (red.), *Het vernieuwd gerechtelijk recht, Eerste commentaar bij de Wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek*, Antwerpen, Kluwer, 1993, p. 115-116; Brussel 14 maart 2002, *P. & B.* 2003, 224.

³² Rb. Brussel 6 april 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1141.

³³ Kh. Dinant 29 september 1997, *J.L.M.B.* 1998, 715; D. SCHEERS, «De rechter als hinderpaal voor een vlotte procedure», (noot onder Vred. Kortrijk 15 januari 1998), *T.B.B.R.* 1998, (240) 243.

³⁴ Zie bijvoorbeeld: Rb. Hasselt 7 april 1995, *onuitgegeven*, aangehaald door: L. TACK, «Artikel 747, § 2 Ger. W. – deel 1: de procedurerechter», *Limb. Rechtsl.* 1997, 3.

³⁵ G. CLOSSET-MARCHAL, «Six mois d'application du nouvel article 747, § 2 du Code Judiciaire», *J.L.M.B.* 1993, p. 423, nr. 9.

kamer waarvoor de zaak wordt ingeleid (d.w.z. allemaal gegevens die op dat ogenblik bekend zijn), mag het worden ingediend.

De situatie beoogd in de voorgaande alinea is vanzelfsprekend een ietwat theoretische hypothese, maar zij is vooral van belang ter illustratie van een ander punt, dat verre van theoretisch is. Met name is het *niet* vereist dat na de mededeling van de stukken of na de inleidingszitting, een maand zou verstrijken vooraleer toepassing kan worden gevraagd van art. 747, § 2, Ger. W.³⁶

Vóór de wetwijziging van 1995³⁷ was daarover wellicht twijfel mogelijk, thans niet meer. Bepaalde lokale gebruiken of opvattingen, bijvoorbeeld als zou men eerst toepassing moeten vragen van art. 751 Ger. W. vooraleer een verzoekschrift op grond van art. 747, § 2, Ger. W. te kunnen indienen, vonden reeds voor de wetwijziging van 1995 geen steun in de wet.³⁸ Dat geldt *a fortiori* met de huidige libellering van art. 747 Ger. W.

12. Na de kennisgeving van het verzoekschrift (bij gerechtsbrief aan de partijen, bij gewone brief aan hun raadslieden), beschikt men over een termijn van vijftien dagen om opmerkingen te doen gelden bij het verzoekschrift (art. 747, § 2, derde lid Ger. W.). De sanctie verbonden aan de overschrijding van de termijn van vijftien dagen is dat de rechter niet verplicht is rekening te houden met te laat ingediende opmerkingen.

De wet voorziet weliswaar niet in een mogelijkheid van repliek op de opmerkingen van de verweerders op verzoekschrift, maar op grond van het beginsel van de wapengelijkheid en mede uit proceseconomische overwegingen moet worden aangenomen dat de verzoekende partij wel over de mogelijkheid beschikt om schriftelijk te antwoorden op de door de wederpartij gemaakte opmerkingen. Het toelaten van zgn. «tegenopmerkingen» (indien mogelijk binnen de termijn, tenzij in gevallen waarin de verweerder op verzoekschrift zelf gewacht heeft tot de laatste of voorlaatste dag) kan er slechts toe bijdragen dat de rechter beter geïnformeerd is, zodat het bevelen van een (tijdrovende) verschijning van de partijen vermeden kan worden.³⁹

Binnen acht dagen na het verstrijken van de termijn van vijftien dagen doet de rechter uitspraak op stukken, tenzij hij meent dat er redenen zijn om de partijen te horen (art. 747, § 2, lid 4). Ingeval het verzoekschrift uitgaat van alle partijen, doet de rechter uitspraak binnen acht dagen na de neerlegging van het verzoekschrift.

Indien de rechter het nodig acht de partijen te horen, worden de partijen opgeroepen bij gerechtsbrief. In dat

geval wordt de beschikking gewezen binnen acht dagen na de zitting.

13. De praktijk om op de inleidingszitting een akkoord m.b.t. conclusietermijnen te laten notuleren, werd door het Hof van Cassatie (meermaals) geconsacreerd.⁴⁰ Het Hof overwoog in een arrest van 1 juni 2001 dat art. 747, § 2, Ger. W. niet uitsluit dat de partijen zelf een overeenkomst sluiten betreffende de conclusietermijnen en dat de partij tegen wie wordt geconcludeerd in strijd met die conventionele regeling, de wering van de te laat ingediende of meegedeelde conclusie uit het debat kan eisen.⁴¹ Niet vereist is dat uitdrukkelijk akte wordt genomen van het feit dat op miskenning van de overeengekomen termijnen de sanctie bepaald in art. 747, § 2, Ger. W. toepassing vindt.⁴²

De praktijk om over conclusietermijnen een akkoord te laten akteren op de inleidingszitting is niet *contra legem*, hoewel in art. 747, § 2, Ger. W. sprake is van een verzoekschriftprocedure, maar kan gelden als een afstand van de partijen van de formaliteiten gericht op het verkrijgen van dwingende termijnen, of minstens – zo men van mening is dat de bewoordingen van art. 747, § 2, Ger. W. geen ruimte zouden bieden voor dergelijke afspraken ter inleidingszitting – als een *sui generis*-praktijk, die algemeen wordt aanvaard en waarvoor art. 747, §1, laatste lid, Ger. W. («de partijen kunnen de termijnen in der minne wijzigen») eventueel als wettelijke grondslag kan dienen. Vereist is wel dat op de inleidingszitting alle partijen vertegenwoordigd zijn: bij ontstentenis van een akkoord tussen alle partijen kan uiteraard geen akte worden genomen van enig akkoord.⁴³ Indien een partij niet wenst dat op de inleidingszitting conclusietermijnen vastgelegd worden, of indien tussen de partijen geen akkoord tot stand komt over de termijnen, beschikt de rechter niet over de mogelijkheid zelf ter zitting akte te nemen van conclusietermijnen. Het is niet wenselijk de rechter die bevoegdheid toe te kennen, aangezien de verzoekschriftprocedure en met name de mogelijkheid om schriftelijk opmerkingen te formuleren, bij ontstentenis van een akkoord meer waarborgen biedt ter vrijwaring van het recht van verdediging.⁴⁴

14. Over de gevolgen van de wering uit het debat heeft de recentere rechtspraak duidelijkheid gebracht. Volgens een weinig praktisch standpunt, dat thans gelukkig als

⁴⁰ Cass. 1 juni 2001, *R.W.* 2002-03, 134 en *T.B.B.R.* 2002, met noot D. SCHEERS. Zie ook: Cass. 18 mei 2000, *Arr. Cass.* 2000, 937 en *R.W.* 2001-02, 1187 en Cass. 8 juni 1995, *Arr. Cass.* 1995, 575 en *R.W.* 1995-96, 385.

⁴¹ Zie in dezelfde zin: Antwerpen 22 september 1999, *P. & B.* 2001, 129. Zie ook: J. LAENENS, «De kalenderregeling op de inleidingszitting», *R.W.* 1995-96, 197.

⁴² D. SCHEERS, «Sanctie bij conclusietermijnen bepaald op de inleidende zitting», (noot onder Cass. 1 juni 2001), *T.B.B.R.* 2002, (636) 638.

⁴³ Brussel 11 mei 2000, *J.T.* 2000, 827. Zie ook: E. BREWAEYS, «De conclusietermijnregeling op de inleidende zitting», (noot onder Cass. 1 juni 2001), *A.J.T.* 2001-02, 528.

⁴⁴ Sommige magistraten menen dat zij over die bevoegdheid zouden moeten beschikken, maar dat zou als gevaarlijk neveneffect hebben dat de vrijwel onontbeerlijke praktijk om voor het laten akte nemen van conclusietermijnen een beroep te doen op «bereidwillige confraters», ernstig onder druk zou komen te staan, wat gerechtelijke procedures alleen maar logger en duurder kan maken.

³⁶ Zie ook: D. SCHEERS, «Sanctie bij conclusietermijnen bepaald op de inleidende zitting», (noot onder Cass. 1 juni 2001), *T.B.B.R.* 2002, (636) 638, en de verwijzingen in voetnoot 3 aldaar.

³⁷ Zie over de wet van 23 maart 1995: S. RAES, «Wet van 23 maart 1995 tot wijziging van de artikelen 747, 748 en 750 van het Gerechtelijk Wetboek», *P. & B.* 1995, 101.

³⁸ J. LAENENS, «De wet 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek: een storm in een glas water?», *R.W.* 1995-96, 171.

³⁹ B. DECONINCK, «Komt het laatste woord toe aan de verweerder? Omtrent het formuleren van opmerkingen op het verzoek tot gerechtelijke termijnregeling zoals voorzien in art. 747, par. 2 Ger. W.», *P. & B.* 1995, 138.

achterhaald kan gelden, hield een laattijdigheid niet alleen a.h.w. de doodstraf in voor de laattijdige conclusie, maar ook een eeuwige vervloeking van het nageslacht. Een te laat ingediende conclusie had volgens die strekking niet alleen wering uit het debat van die conclusie tot gevolg, maar ook verlies van het recht om later nog te concluderen en zelfs verlies van het recht om te pleiten.⁴⁵

In een arrest van 26 november 1999 heeft het Hof van Cassatie geoordeeld dat er geen algemene regel bestaat die verbiedt dat een partij die haar hoofdconclusie niet tijdig genomen heeft, nog een aanvullende conclusie zou nemen.⁴⁶ Het Hof bevestigde in een arrest van 14 maart 2002 dat een partij die nalaat te concluderen binnen de voor haar geldende termijn, niet noodzakelijk het recht verbeurt om in een latere termijn te concluderen.⁴⁷ Ook de opvatting dat een termijnoverschrijding wordt bestraft met een pleitverbod werd verworpen, namelijk in het cassatie-arrest van 27 september 2001.⁴⁸

15. Het cassatiearrest van 14 maart 2002 bevat nochtans een belangrijke precisering die niet vervat lag in het arrest van 26 november 1999. Gebruikmaken van een latere conclusiemogelijkheid wanneer een vroegere conclusiemogelijkheid niet of te laat werd aangewend, is slechts mogelijk binnen bepaalde grenzen. Wanneer men nalaat binnen een bepaalde termijn te concluderen, mag de conclusie binnen de volgende termijn niet strekken tot het aanvoeren van nieuwe middelen waarop een wederpartij niet meer kan antwoorden en met name mag die latere conclusie geen incidenteel hoger beroep inhouden waardoor de grenzen van het debat voor de appèlrechter worden verruimd. In het arrest van 14 maart 2002 overwoog het Hof van Cassatie *expressis verbis* dat het de rechter toekomt om een deloyale proceshouding te beteugelen en op die grond een conclusie uit het debat te weren.⁴⁹

Op grond van die overweging moet worden aangenomen dat de rechter in bepaalde omstandigheden ook wanneer

een partij steeds tijdig concludeerde, een laatste conclusie uit het debat mag weren wanneer die nieuwe middelen bevat waarop de wederpartij niet meer kon antwoorden of wanneer zij een incidenteel hoger beroep inhoudt dat de grenzen van het debat voor de appèlrechter verruimt. Indien zich iets van die aard voordoet, is de meest voor de hand liggende mogelijkheid het toestaan van nieuwe conclusietermijnen indien de wederpartij zulks wenst (eventueel zelfs retroactief, zodat de eertijds bepaalde rechtsdag behouden kan blijven). De wering uit het debat is in zo'n situatie evenwel ook mogelijk wanneer kennelijk sprake is van een deloyale proceshouding.⁵⁰ Dat besluit kan nodig zijn in gevallen waarin de nieuwe middelen klaarblijkelijk slechts werden opgeworpen met dilatoire intenties, en met name wanneer de vorige conclusie(s) van de wederpartij (of ruimer: de omstandigheden van de zaak) geen enkel aanknopingspunt biedt (bieden) ter verklaring van de opwerping van de nieuwe middelen.

De wettelijke grondslag voor een wering uit het debat bij ontstentenis van een termijnoverschrijding, vindt men niet in art. 747 of enige andere bepaling uit het Gerechtelijk Wetboek, maar wel in art. 1382 B.W. – of minstens is een dergelijke wering uit het debat gebaseerd op een autonoom rechtsbeginsel van «verbod van procesrechtsmisbruik» of de «verplichting tot loyale procesvoering». Indien men art. 1382 B.W. aanvaardt als wettelijke basis voor het verbod van procesrechtsmisbruik, dan maakt de deloyale proceshouding de fout uit en de wering uit het debat het herstel van de schade in natura.⁵¹

De aanduiding van de wettelijke grondslag voor het opleggen van een sanctie wegens deloyaal procederen is weliswaar, zoals reeds aangegeven, niet steeds een eenvoudige zaak. Wanneer er dwingende termijnen zijn opgelegd ingevolge een rechterlijke beschikking en die termijnen *in acht worden genomen*, maar er toch sprake is van deloyaal gedrag, is het zeker niet evident om art. 747, § 2, Ger. W. aan te wijzen als wettelijke grondslag voor een wering uit het debat.

De omstandigheid dat art. 1382 B.W. betrekking heeft op *buitencontractuele* situaties, hoeft echter niet noodzakelijk een hinderpaal te zijn voor de toepassing van die bepaling in het procesrecht, ook niet wanneer er sprake is van een termijnenregeling ingevolge een overeenkomst tussen de partijen. Immers, wanneer er een akkoord is totstandgekomen m.b.t. conclusietermijnen en de erin vervat liggende termijnen werden *miskend*, dan kan art. 747, § 2, Ger. W. gelden als wettelijke grondslag voor wering uit het debat: in zo'n geval kan worden geoordeeld⁵² dat partijen slechts afstand deden van de formaliteiten m.b.t. het verkrijgen van dwingende termijnen. Wanneer daarentegen de termijnen in het akkoord vervat *wel in acht genomen werden* (zodat art. 747, § 2, Ger. W. bezwaarlijk in aan-

⁴⁵ Een wettelijke basis voor het zgn. «pleitverbod» waar sommigen ooit (vóór het cassatiearrest van 14 maart 2002) voor gepleit hebben, is onbestaande. Buiten het geval van art. 758 Ger. W. (drift en onbedrevenheid), een bepaling die blijkens de bewoordingen ervan slechts van toepassing is op de partijen zelf, d.w.z. niet hun advocaten, kan de rechter een procespartij nooit verbieden te pleiten, althans niet op grond van de omstandigheid dat een conclusie te laat was ingediend. Iemand laten pleiten is in geen geval een omzetting van de sanctie van de wering uit het debat van een te laat ingediende conclusie. De rechter is immers niet verplicht in zijn vonnis te antwoorden op elementen die hem slechts mondeling werden voorgebracht. Zie in dezelfde zin: E. BREWAEYS, «Het recht van verdediging tijdens de behandeling van de zaak», in B. MAES en M. STORME (red.), *Moet het recht van verdediging worden afgeschaft?*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 31.

⁴⁶ Cass. 26 november 1999, *Arr. Cass.* 1999, 633, *R.W.* 2000-01, 772, met noot, *J.T.* 2000, 229 en *J.L.M.B.* 2000, 98.

⁴⁷ Cass. 14 maart 2002, *R.W.* 2002-03, 138. Voor een commentaar bij dit arrest, zie P. THION, «Deloyale procesvoering. Een toetssteen bij het concluderen», *N.J.W.* 2002, 50. *Adde*, in dezelfde zin: Antwerpen 2 mei 2002, *N.J.W.* 2003, 276, met noot.

⁴⁸ Cass. 27 september 2001, *R.W.* 2002-03, 18 met bibliografische noot en P. & B. 2002, 115.

⁴⁹ Zie ook over misbruik van het recht om te concluderen: H. BOULARBAH en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, «L'abus du droit de conclure: vivacité d'une théorie», in *Mélanges Philippe Gérard*, Brussel, Bruylant, 2002, 461.

⁵⁰ Het is dan wel vereist dat de wering werd gevorderd door een procespartij (in dezelfde zin: P. TAELEMAN, «Valkuilen en boobytraps van de rechtsdagbepalingen», in *Gandaius Actueel IV*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 210 en voetnoot 562).

⁵¹ P. VAN ORSHOVEN, «Niet-ontvankelijkheid, nietigheid, verval en andere wolfijzers en schietgeweren van het burgerlijk procesrecht», *P. & B.* 2002, nr. 59, p. 23-24.

⁵² Zoals het Hof van Cassatie (minstens impliciet) deed in: Cass. 1 juni 2001, *R.W.* 2002-03, 134 en *T.B.B.R.* 2002, met noot D. SCHEERS.

merking komt als wettelijke grondslag voor een wering uit het debat), maar er niettemin sprake is van deloyaal procederen, levert de omstandigheid dat art. 1382 B.W. betrekking heeft op buitencontractuele situaties geen bezwaar op tegen de aanwending van die bepaling als wettelijke grondslag voor een wering uit het debat: datgene waarvoor in zo'n geval een sanctie werd opgelegd, maakt per hypothese geen schending uit van het akkoord m.b.t. de termijnen maar wel een miskennen van de algemene zorgvuldigheidsplicht, in procesrechtelijke context geconcretiseerd tot verplichting tot loyale procesvoering.

16. Wanneer er voldoende tijd ligt tussen de laatste conclusie waarin nieuwe middelen worden opgeworpen enerzijds en de rechtsdag anderzijds, verdient het de voorkeur de wederpartij de mogelijkheid te gunnen nog aanvullend te concluderen bij wijze van repliek op de nieuwe middelen. Indien partijen akkoord gaan over de indiening van een bepaalde conclusie, komt het de rechter immers niet toe enige sanctie op te leggen wegens een te laat ingediende conclusie (art. 747, § 2, *juncto* art. 748 Ger. W.).⁵³ Deze regel geldt niet enkel binnen de context van art. 747 Ger. W., maar bij alle dwingende termijnen, dus ook bv. binnen de context van art. 751 Ger. W.⁵⁴ Wanneer men zelf onbetwistbaar nieuwe middelen heeft opgeworpen in een laatste conclusie en de wederpartij daarop nog wil antwoorden, zonder dat zij in een eertijds bepaalde regeling daartoe nog de mogelijkheid had, lijkt het voor een advocaat deontologisch zelfs moeilijk te verantwoorden een akkoord m.b.t. een nieuwe termijn te weigeren.

17. Een arrest van het Hof van Cassatie van 22 maart 2001 is nog meldenswaardig.⁵⁵ Zonder dat in dat arrest met zoveel woorden sprake is van een «deloyale proceshouding»,⁵⁶ wordt iets van die aard door dat arrest wel aan banden gelegd. Met name oordeelt het Hof dat de wering uit het debat van een aanvullende conclusie in een geval waarin de eerste conclusie weliswaar binnen de termijn was ingediend en medegedeeld, maar die eerste conclusie een loutere *pro forma*-conclusie was die geen enkel middel bevatte waarop de wederpartij kon antwoorden, een correcte toepassing van art. 747, § 2, Ger. W. uitmaakt.

Men kan – zoals reeds in het vorige randnummer vermeld – van mening verschillen over de vraag of de wettelijke grondslag voor de wering uit het debat in zo'n geval art. 747, § 2, Ger. W. dan wel art. 1382 B.W. is. Binnen een letterlijke lezing van art. 747, § 2, Ger. W. lijkt er immers weinig ruimte voor de wering uit het debat van een (tijdige) aanvullende conclusie na een (tijdige) *pro forma*-conclusie waarin geen enkel middel vervat ligt. Het wil ons voorkomen dat tijdig maar louter *pro forma* concluderen wel

degelijk *tijdig* concluderen blijft, maar dat zulks in de omstandigheden van de zaak deloyaal procederen kan uitmaken, d.w.z. foutief gedrag dat *in natura* hersteld dient te worden door wering uit het debat van de (eveneens tijdige) aanvullende conclusie waarin de partij haar volledige argumentatie ontwikkelt, zonder dat de wederpartij daarop nog kan antwoorden. Art. 1382 B.W. lijkt in zo'n geval meer aangewezen dan art. 747 Ger. W. als wettelijke basis voor de wering uit het debat. Dit geldt des te meer nu – indien men *pro forma* concluderen zou gelijkstellen met helemaal niet concluderen – de strekking volgens welke het nalaten (tijdig) te concluderen binnen een bepaalde termijn automatisch het verlies inhoudt van het recht om later nog te concluderen, door het Hof van Cassatie werd verworpen.⁵⁷

18. Uit het reeds vermelde arrest van het Hof van Cassatie van 14 maart 2002 kan eveneens worden afgeleid dat, opdat de rechter een te laat ingediende of meegedeelde conclusie uit het debat kan weren, *niet* vereist is dat de te late indiening of mededeling het recht van verdediging van de wederpartij miskent. Een dergelijk vereiste zou een stap te ver gaan: een bindende termijnenregeling is gericht op de vrijwaring van het goede procesverloop. Wanneer een partij die normaliter over twee maanden beschikte om te concluderen, ingevolge het te laat concluderen van de wederpartij nog maar over drie dagen beschikt om te concluderen, is het perfect denkbaar dat zij erin slaagt om binnen die drie dagen te concluderen, zodat men uit het feit dat zij heeft kunnen concluderen zou kunnen afleiden dat haar recht van verdediging niet werd geschonden. In een dergelijke situatie is het duidelijk dat het goede procesverloop wel degelijk ernstig werd verstoord, zodat de sanctie van de wering uit het debat geheel op haar plaats is. Vereisen dat het recht van verdediging werd geschonden, zou er dus op neerkomen dat de lat te laag ligt: als dat vereiste wordt aanvaard, zouden ook ernstige termijnoverschrijdingen getolereerd moeten worden.

Anderzijds gaat het dan weer te ver om aan te nemen dat de wering uit het debat een *automatische* sanctie is, die steeds moet worden uitgesproken. In het zesde lid van art. 747, § 2 luidt het: «Onverminderd de toepassing van de uitzonderingen bedoeld in artikel 748, §§ 1 en 2, worden de conclusies die zijn overgelegd na het verstrijken van de termijnen (...) ambtshalve uit de debatten geweerd».⁵⁸ Sommigen lezen deze bepaling letterlijk en leiden uit de bewoordingen «worden... ambtshalve uit de debatten geweerd» af dat de rechter terzake geen enkele appreciatievrijheid heeft: voor elke termijnoverschrijding, ook de geringste, zou hij de wering uit het debat moeten uitspreken. Die strekking is ons inziens niet houdbaar en wel om twee redenen.

In de eerste plaats omdat de voorstanders van een letterlijke lezing van de wet uit het oog verliezen dat in diezelfde wetsbepaling ook uitdrukkelijk melding wordt gemaakt van de toepasselijkheid van «de uitzonderingen bedoeld in art. 748, § 1 (en §2)». Krachtens art. 748, § 1,

⁵³ Zie: Cass. 14 maart 2003, www.cass.be; Luik 12 november 1993, *J.T.* 1994, 550; K. BROECKX, «De bepaling van een rechtsdag en de sanctionering van de onwillige procespartij overeenkomstig de art. 750 en 751 Ger. W.», *A.J.T. dossier* 1995-1996 nr. 6, (76) 79; O. GUTT, «La mise en état d'une cause face à un plaideur récalcitrant», *J.T.* 1995, 381. Zoals elders reeds vermeld, moet de instemming niet uitdrukkelijk gegeven worden maar kan zij blijken uit het procesverloop (Cass. 6 april 2001, www.cass.be).

⁵⁴ Cass. 8 mei 2003.

⁵⁵ Cass. 22 maart 2001, www.cass.be, met conclusie van advocaat-generaal X. DE RIEMAECKER.

⁵⁶ Een begrip dat in het arrest van het Hof van Cassatie van 14 maart 2002 (*cf. supra*) wel wordt gebruikt.

⁵⁷ Zie onder meer Cass. 14 maart 2002, *cf. supra*, voetnoot 47.

⁵⁸ In de tekst van de wet is slechts sprake van laattijdig «overgelegde» conclusies, maar eigenlijk kunnen zowel laattijdig ter griffie neergelegde als laattijdig aan de tegenpartij medegedeelde conclusies uit het debat geweerd worden.

Ger. W. mag een conclusie niet geweerd worden wanneer die is ingediend of medegedeeld met de instemming van de andere partij. Een rechter die vaststelt dat een conclusie werd ingediend of meegedeeld met overschrijding van de termijnen die krachtens art. 747, § 2, Ger. W. werden opgelegd, mag dus niet automatisch de wering uit het debat uitspreken wanneer de tegenpartij met die indiening of mededeling heeft ingestemd⁵⁹, ook al staat het hem vrij de kwestie ambtshalve op te werpen opdat partijen er verweer over zouden kunnen voeren. Het bovenstaande geldt des te meer in het licht van de rechtspraak van het Hof van Cassatie, luidens welke de instemming met een te late indiening of mededeling niet uitdrukkelijk moet worden gegeven.⁶⁰ Die instemming kan worden afgeleid uit het procesverloop.

Bovendien moet de wering uit het debat op grond van art. 747, § 2, Ger. W. worden beschouwd als een vorm van nietigheid,⁶¹ waarop de verzachtingsregel van art. 867 Ger. W. van toepassing is.⁶² Overschrijdingen van termijnen voorgeschreven op straffe van nietigheid worden sinds de wet van 23 november 1998 tot wijziging van art. 867 Ger. W. immers *expressis verbis* beoogd in art. 867 Ger. W.⁶³

Naar luid van art. 867 Ger. W. kan de niet-naleving van de op straffe van nietigheid voorgeschreven termijnen niet tot nietigheid leiden wanneer blijkt dat ofwel de handeling het doel heeft bereikt dat de wet ermee beoogt, ofwel dat die niet-vermelde vorm werkelijk in acht is genomen. Het doel van de regel in art. 747, § 2, Ger. W. is het handhaven van de goede procesorde: vermijden dat de rechter en de partijen hun kostbare tijd verliezen omdat een enkeling blijft treuzelen. Wanneer een conclusie één dag te laat werd ingediend of medegedeeld, bv. in het geval waarin de termijn twee maanden bedraagt, kan de rechter van oordeel zijn dat die geringe termijnoverschrijding het goede procesverloop niet daadwerkelijk verstoort en dat het normdoel dus nog steeds is bereikt. De wering uit het debat moet dan niet worden uitgesproken.

Men mag de regel van art. 867 Ger. W. evenwel niet verwarren met die van art. 861 Ger. W., krachtens welke een partij belangenschade moet kunnen aantonen alvorens de nietigheid van een proceshandeling te kunnen verkrij-

gen. Een rechter mag niet weigeren de sanctie bepaald in art. 747, § 2, zesde lid, Ger. W. uit te spreken om de enkele reden dat de partij die zich beklaagt over het te laat ingediend zijn van de conclusie, geen belangenschade aan-toont. Dat bevestigde het Hof van Cassatie uitdrukkelijk in het arrest van 18 mei 2000.⁶⁴ Die beslissing was – althans vanuit een letterlijke lezing van de artikelen 861, 862 en 867 Ger. W. – terecht, aangezien in art. 862, § 1, Ger. W. de op straffe van nietigheid voorgeschreven termijnen uitdrukkelijk worden uitgesloten uit de werkingssfeer van art. 861 Ger. W. In dat verband past nochtans de bedenking dat er binnen de context van te laat ingediende of neergelegde conclusies vanuit praktisch oogpunt geen wezenlijk verschil is tussen de verzachtingsregel van het bereikte normdoel of de vereiste belangenschade. Immers, wanneer een partij de wering uit het debat vordert in omstandigheden waarin haar belangen niet geschaad kunnen zijn, staat meteen ook vast dat het goede procesverloop niet daadwerkelijk werd verstoord, zodat ook het normdoel van de termijnenregeling werd bereikt. In een dergelijke situatie dient de rechter bijgevolg, geconfronteerd met een partij die slechts opwerpt dat haar te laat ingediende of meegedeelde conclusie de belangen van de wederpartij niet heeft geschaad, *ambtshalve*⁶⁵ te onderzoeken of in het licht van de omstandigheden van de zaak, het normdoel van de geschonden termijnbepaling niet in acht werd genomen – en dient de rechter m.a.w. na te gaan of het goede procesverloop daadwerkelijk werd verstoord.

De rechter zal dus (enkel) kunnen weigeren om de sanctie van art. 747, § 2, Ger. W. uit te spreken (1) wanneer de tegenpartij heeft ingestemd met de termijnoverschrijding of (2) wanneer het normdoel geacht mag worden te zijn bereikt. Meteen wordt ook duidelijk dat de term «ambtshalve» in het zesde lid van art. 747, § 2, Ger. W. correct moet worden ingevuld. Die term betekent *niet* dat de rechter *verplicht* is in alle gevallen van een te laat ingediende of meegedeelde conclusie de wering uit het debat uit te spreken, maar enkel dat de rechter een beslissing kan nemen die niet door een partij gevorderd werd.⁶⁶

19. De cassatierechtspraak biedt weinig voorbeelden van gevallen waarin een te laat ingediende of meegedeelde conclusie niet de sanctie krijgt van de wering uit het debat. Het belangrijkste «voorbeeld» in dit verband, zonder dat het echt gaat om een verzachting of uitzondering, is dat een conclusie die wordt ingediend of meegedeeld na het verstrijken van de termijn, niet uit het debat mag worden geweerd in zoverre ze de toepassing van art. 747, § 2, Ger. W. betwist.⁶⁷ In die omstandigheden de conclusie toch weren uit het debat, zonder kennis te nemen van het verweer op

⁵⁹ Zie hierover: J. LAENENS, «De wet 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek: een storm in een glas water?», *R.W.* 1995-96, (169) 172.

⁶⁰ Cass. 6 april 2001, *www.cass.be*.

⁶¹ P. VAN ORSHOVEN, «Niet-ontvankelijkheid, nietigheid, verval en andere wolfijzers en schietgeweren van het burgerlijk procesrecht», *P. & B.* 2002, 23.

⁶² Zie reeds in dezelfde zin: Luik 9 november 1993, *R.R.D.* 1994, 87; J. LAENENS, «De wet 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek: een storm in een glas water?», *R.W.* 1995-96, 173.

⁶³ In dezelfde zin: E. BREWAEYS, «Het recht van verdediging tijdens de behandeling van de zaak», in B. MAES en M. STORME (red.), *Moet het recht van verdediging worden afgeschaft?*, Antwerpen, Kluwer, 2000, (14) 29; P. VAN ORSHOVEN, «Niet-ontvankelijkheid, nietigheid, verval en andere wolfijzers en schietgeweren van het burgerlijk procesrecht», *P. & B.* 2002, 23. Meer hierover in de bijdrage van P. VAN ORSHOVEN en K. WAGNER te verschijnen in het verslagboek n.a.v. de studiedag die plaats had te Gent op 5 december 2003 (*Tien jaar toepassing van de wet van 3 augustus 1992 en haar reparatiewetgeving. Evaluatie en toekomstperspectieven*, Brugge, Die Keure, 2004).

⁶⁴ Cass. 18 mei 2000, *Arr. Cass.* 2000, 937 en *R.W.* 2001-02, 1187.

⁶⁵ Zie ook R. DE CORTE en B. DECONINCK, «Nietigheden na de wet van 3 augustus 1992. Toiletage of revolutie», in *Het vernieuwd gerechtelijk recht. Eerste commentaar bij de wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek*, Antwerpen, Kluwer, 1992, 137 en J. LAENENS, «De wet 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek: een storm in een glas water?», *R.W.* 1995-96, 172.

⁶⁶ In dezelfde zin: Arbrb. Charleroi 21 mei 1996, *J.L.M.B.* 1996, 1233; J. LAENENS, *ibid.* Vgl. ook Cass. 27 april 1989, *R.W.* 1989-90, 301 en Rb. Luik 2 oktober 1995, *J.L.M.B.* 1996, 309, met goedkeurende noot G.d.L.

grond waarvan de toepassing van art. 747, § 2, Ger. W. wordt betwist, maakt volgens het Hof van Cassatie een schending van het recht van verdediging uit. Dat arrest impliceert uiteraard niet dat het zou volstaan om de toepassing van art. 747, § 2, Ger. W. te betwisten om steeds te kunnen ontsnappen aan de sanctie wegens een termijnoverschrijding. De logica gebiedt te besluiten dat de rechter, na kennis te hebben genomen van het verweer m.b.t. de toepassing van art. 747, § 2, Ger. W. en na dat verweer ongegrond te hebben bevonden, niet meer ertoe gehouden is te antwoorden op de overige middelen uit de betrokken conclusie. Sterker nog: wanneer de rechter oordeelt dat de sanctie van de wering uit het debat nodig is, is het hem *verboden* nog kennis te nemen van de overige middelen die vervat liggen in de te laat ingediende of meegedeelde conclusie. Dat impliceert ook weer niet dat de rechter *verplicht* zou zijn de vordering van de wederpartij integraal toe te kennen. Ofwel ligt er nog een andere (vroegere of latere) conclusie voor die wel tijdig is, ofwel is er nog sprake van een ander processtuk waarin een partij haar standpunt uiteenzet en waarmee de rechter rekening kan (en moet) houden (een verzoekschrift tot hoger beroep, een dagvaarding, een verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomst, etc.).

Of een rechter de vordering nog mag afwijzen (of verminderen) wanneer de verwerende partij op geen enkel ogenblik haar standpunt te kennen heeft gegeven, is een delicate vraag.⁶⁸ Er heerst geen eensgezindheid in de rechtsleer over de draagwijdte van de rechterlijke opdracht en machten in dergelijke omstandigheden.⁶⁹ Deze problematiek overstijgt evenwel het bestek van deze bijdrage.

Volledigheidshalve moet nog de *actualisering van de eis* worden vermeld als «uitzondering».⁷⁰ Actualisering (met als typevoorbeeld: kapitalisatie) blijft steeds mogelijk, ook buiten een dwingende conclusietermijn. Deze uitzondering op het bindend karakter van conclusietermijnen moet strikt worden geïnterpreteerd. Slechts actualisering van de eis in de zin van art. 808 Ger. W. komt in aanmerking, niet uitbreiding van de vordering in de zin van art. 807 Ger. W.⁷¹ Teneinde de wederpartij en de rechter de mogelijk-

heid te bieden om snel na te gaan of in de nieuwe conclusie inderdaad slechts een actualisering wordt gevorderd, is het wenselijk dat de nieuwe conclusie wordt ingediend in de vorm van een louter aanvullende conclusie, en niet in de vorm van een vervangende syntheseconclusie.

Bij een opsomming van situaties die buiten de draagwijdte van een bindende termijnenregeling vallen, mag ten slotte art. 748, § 2, Ger. W. niet onvermeld blijven. De ontdekking van *een nieuw en terzake doend stuk of feit* biedt een partij de mogelijkheid om nieuwe conclusietermijnen te vragen. De praktijk leert dat art. 748, § 2, Ger. W. op vrij soepele wijze wordt toegepast (zo bijvoorbeeld in een geval waarin de laatste conclusie van een partij een verwijzing bevatte naar een voorheen niet geciteerd doch bijna 20 jaar oud cassatie-arrest, waarover de wederpartij nog wenste te concluderen...)⁷² Of (niet-recente) rechtspraak kan gelden als een nieuw en terzake dienend «stuk of feit» in de zin van art. 748, § 2, Ger. W. is een kwestie waarover men van mening kan verschillen. Wat buiten kijf staat, is dat zolang het stuk of feit cruciaal genoeg is om de uitkomst van het geding te kunnen beïnvloeden en niet blijkt dat het verzoek op grond van art. 748, § 2, Ger. W. gebaseerd is op louter dilatoire intenties, het past deze bepaling met de nodige soepelheid toe te passen.

3° Art. 751 Ger. W.

20. Hoewel sommigen menen dat art. 751 Ger. W. overbodig is, bewijst die bepaling in bepaalde omstandigheden haar nut. Met name in meerpartijengeschillen waarbij slechts één partij haar medewerking aan een vrijwillige ingereedheidbrenging niet verleent, kan art. 751 Ger. W. de procedure bespoedigen, zonder dat eenieder wordt opgezadeld met een nieuwe conclusieronde (die in geschillen met een dozijn partijen makkelijk een jaar in beslag kan nemen). Ook bij tweepartijengeschillen is die bepaling soms nuttig, met name wanneer de zaak omzeggens in gereedheid is en men enkel nog wacht op een laatste repliek van de verweerder.

Dat neemt niet weg dat er inderdaad situaties voorkomen waarbij de toepassing van art. 751 Ger. W. een maat voor niets blijkt (de eiser dagvaardt, vraagt toepassing van art. 751 Ger. W., de verweerder concludeert, en de eiser vraagt vervolgens verzending naar de rol, waarna de zaak jaren blijft liggen). Het probleem met zaken die jaren blijven liggen, moet evenwel in het juiste licht worden beschouwd: zeer vaak gaat het om een probleem dat slechts «statistisch» van aard is (in die zin dat het slechts voor de makers of gebruikers van statistieken hinderlijk is). Het komt niet zelden voor dat partijen, om de meest uiteenlopende redenen, iedere belangstelling voor het geschil verliezen.⁷³ Voorstanders van dwingende wettelijke termijnen «altijd en overal», verliezen die omstandigheid soms uit het oog. Altijd en overal dwingende termijnen opleggen, zou tot gevolg kunnen hebben dat de talrijke

⁶⁷ Cass. 27 januari 2000, *Arr. Cass.* 2000, 73 en *R.W.* 2000-01, 812.

⁶⁸ Zie daarover o.m. S. STIJNS, «Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering», *R.W.* 1989-90, (1003) 1011-1014; M. VAN QUICKENBORNE, *Feit en recht of de rechter en de procespartijen*, in *Prolegomena*, Brussel, Swinnen, 1987, nrs. 98-101.

⁶⁹ Men raadplege o.m. R. DE CORTE en J. LAENENS, «De taak van de rechter bij verstek. Het verzet», *R.W.* 1983-84, 2731 e.v.; A. KOHL, «Pouvoirs et devoirs du juge statuant par défaut», *J.T.* 1972, 329 e.v.; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, «Absens indefensus est», in J. LINSMEAU en M. STORME, *Le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil – De respectievelijke rol van rechter en partijen in het burgerlijk geding*, Diegem/Brussel, Kluwer/Bruylant, 1999, 176 e.v.; P. VAN ORSHOVEN en B. LAMBRECHT, «Het recht van verdediging bij de inleiding van de zaak», in B. MAES en M. STORME (red.), *Moet het recht van verdediging worden afgeschaft – Les perversions du droit de la défense*, Diegem/Brussel, Kluwer/Bruylant, 2000, (1) 9-13.

⁷⁰ Ook hier gaat het niet om een echte uitzondering, maar veeleer om een kwestie die buiten de draagwijdte van een bindende termijnenregeling valt.

⁷¹ Arbitragehof 29 september 1993, *P. & B.* 1993, 210; B. MAES en E. BREWAEYS, «Het in staat stellen van de zaak. Overzicht van rechtspraak 1993-1999», *P. & B.* 2000, (99) 113.

⁷² Brussel 18 juni 2002, eerste kamer bis, *onuitgegeven*, A.R. 2000/AR/3129.

⁷³ De invoering van art. 730, § 2, Ger. W. (m.b.t. de ambtshalve weglating) bij de wet van 3 augustus 1992 en vervangen bij de wet van 25 november 1993, bewijst dat zaken die een stille dood sterven hoegenaamd geen zeldzaamheid zijn.

zaken die anders een stille dood gestorven zouden zijn, allemaal in gereedheid moeten worden gebracht en – erger nog – allemaal moeten worden berecht.

De omstandigheid dat met name art. 751 Ger. W. niet zelden aanleiding geeft tot een onvoltooide – en in die zin gebrekkige – ingereedheidbrenging (bijvoorbeeld wanneer men na lectuur van de conclusie van de tegenpartij tot de overtuiging komt dat men de slaagkansen van de vordering ten tijde van de dagvaarding te optimistisch had ingeschat), levert daarom als zodanig geen doorslaggevend argument op voor de afschaffing van die bepaling. Wanneer partijen na een «mislukte» ingereedheidbrenging na toepassing van art. 751 Ger. W. om een of andere reden hun belangstelling voor het geschil verliezen, is dat op zichzelf geen probleem, want de rechtbanken moeten dan een vonnis minder schrijven. En wie wél nog een vonnis wil, heeft voldoende middelen te zijner beschikking om de tegenpartij te dwingen mee te werken aan de ingereedheidbrenging. Voor wie art. 751 Ger. W. nuttig vindt, komt die bepaling soms van pas en vermijdt ze tijdverlies wanneer een volledige nieuwe conclusieronde niet meer nodig is, en wie ze overbodig vindt, wordt ook nooit genoodzaakt er gebruik van te maken.

21. Het mechanisme van art. 751, § 1, Ger. W. (en met name de regel i.v.m. de twee maanden om te concluderen vanaf de kennisgeving of de betekening van de verwittiging), is vrij duidelijk en behoeft hier weinig verdere commentaar.⁷⁴

Wanneer de partij die toepassing vroeg van art. 751 Ger. W. heeft geantwoord op de conclusie die werd genomen binnen de termijn van twee maanden, heeft de partij tegen wie toepassing werd gevraagd van art. 751 Ger. W. het recht om te repliceren op die antwoordconclusie.⁷⁵

M.b.t. art. 751, § 2, Ger. W. is een arrest van het Hof van Cassatie van 9 juni 2000 meldenswaard.⁷⁶

Het tweede en derde lid van die bepaling luiden:

«De partij die de toepassing van dit artikel heeft gevraagd, kan uiterlijk tien dagen vóór de rechtsdag om verwijzing naar de rol verzoeken. Zo niet wordt de zaak op die rechtsdag behandeld. Is de rol overbelast, dan wordt de zaak verdaagd opdat er op een nabije datum beknopt over wordt gepleit.⁷⁷»

Indien vóór de bepaalde rechtsdag conclusies worden neergelegd door de partij die om de toepassing van dit artikel heeft verzocht, kan de andere partij verzoeken de zaak naar de rol te verwijzen of ze te verdagen tot een nabije datum.»

In de praktijk wordt de tiendagenregel van art. 751 Ger. W. niet altijd in acht genomen. Wanneer de partij die om toepassing van die bepaling heeft gevraagd, nalaat om minimum tien dagen voor de bepaalde rechtsdag de verwijzing naar de rol te vragen, heeft het echter voor de partij die binnen twee maanden na de kennisgeving of beteke-

ning van de verwittiging concludeerde in vele omstandigheden weinig zin om de zaak op de spits terijven. Met name in gevallen waarin de partij die om toepassing van art. 751 Ger. W. verzocht zelf nog niet concludeerde, zal de zaak in zulke omstandigheden vaak niet in gereedheid worden geacht, met een verwijzing naar de rol als resultaat. Het Hof van Cassatie heeft evenwel reeds in 1995 geoordeeld dat wanneer de partij die toepassing vroeg van art. 751 Ger. W., nalaat om minimum tien dagen vóór de bepaalde rechtsdag verzending naar de rol te vragen, de wederpartij kan eisen dat de zaak op die bepaalde rechtsdag wordt behandeld.⁷⁸ Deze laatste partij kan dit zelfs in afwezigheid van de andere partij eisen, en het vonnis zal worden geacht op tegenspraak te zijn.⁷⁹ In gevallen waarin de partij die om toepassing van art. 751 Ger. W. verzocht de termijn van tien dagen niet in acht neemt op een ogenblik dat zij zelf nog geen enkele conclusie nam, kan een verzending naar de rol soms meer raadzaam zijn dan de zaak te laten behandelen zoals op tegenspraak, althans wanneer de zaak kennelijk niet in gereedheid is. Hoe gehandeld moet worden op de zitting na ontstentenis van een tijdig verzoek tot rolverzending, lijkt daarom het best aan de rechterlijke beoordeling te worden overgelaten, daarbij rekening houdend met de omstandigheden van de zaak.⁸⁰

22. Het derde lid van art. 751, § 2, Ger. W. beoogt de situatie waarin de partij die om toepassing van die bepaling vroeg, zelf nog concludeert na ontvangst van de conclusie van de wederpartij. In de tekst van de wet is weliswaar sprake van concluderen «vóór de bepaalde rechtsdag» («avant le jour fixé»), maar het Hof van Cassatie aanvaardt ook toepassing van die bepaling (m.a.w. rolverzending of verdaging) bij indiening van een conclusie op de bepaalde rechtsdag.⁸¹ Daarnaast overwoog het Hof van Cassatie in dit verband dat indiening van een conclusie door de partij die om toepassing van art. 751 Ger. W. verzocht, vóór of op de bepaalde rechtsdag, niet afhankelijk is van de ontdekking van een nieuw en terzake dienend stuk of feit, en geen verband houdt met de bepalingen van art. 748 Ger. W.⁸²

Vermeldenswaard is ten slotte nog het arrest van het Hof van Cassatie van 8 mei 2003 (www.cass.be), waarin het Hof bevestigt dat bij een akkoord tussen de partijen nopens de te late indiening of mededeling van een conclusie, na verwittiging op grond van art. 751 Ger. W., de sanctie van de wering uit het debat niet mag worden opgelegd.

⁷⁸ Cass. 18 december 1995, *Arr. Cass.* 1995, 1139; *R.W.* 1996-97, 199 en *P. & B.* 1996, 174, met noot S. RAES.

⁷⁹ S. RAES, «Commentaar bij art. 751 Ger. W.», in *Commentaar Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Kluwer, 1997, p. 17, nr. 1.

⁸⁰ De termijn van tien dagen is bedoeld om te vermijden dat op de vastgestelde zitting pleitduur verloren zou gaan (door de rechtbanken de mogelijkheid te geven eventueel nog andere zaken vast te stellen op de voorziene rechtsdag na ontvangst van het verzoek tot rolverzending), maar in de praktijk wordt voor zaken vastgesteld op grond van art. 751 Ger. W. meestal toch geen pleitduur vastgesteld. S. Raes werpt dan ook terecht de vraag op of die termijn van tien dagen niet «in vele gevallen (...) overbodig» is, en zelfs «onevenredig belastend» voor de partij die toepassing vroeg van art. 751 Ger. W. (S. RAES, «Commentaar bij art. 751 Ger. W.», in *Commentaar Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Kluwer, 1997, p. 18, nr. 4).

⁸¹ Cass. 9 juni 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1077.

⁸² *Idem.*

⁷⁴ Meer daarover: S. RAES, «Commentaar bij art. 751 Ger. W.», in *Commentaar Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Kluwer, 1997, losbl.

⁷⁵ Cass. 14 februari 2003, www.cass.be.

⁷⁶ Cass. 9 juni 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1077.

⁷⁷ Waarom er in zaken vastgesteld op grond van art. 751 Ger. W. «Beknopt» zou moeten worden gepleit, is niet duidelijk (S. RAES, «Commentaar bij art. 751 Ger. W.», in *Commentaar Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Kluwer, 1997, p. 20, nr. 3).

IV. ADVIES VAN HET OPENBAAR MINISTERIE

23. Het Gerechtelijk Wetboek bepaalt in art. 764 de gevallen waarin een zaak, vooraleer de rechtbank daarover uitspraak mag doen, moet worden meegedeeld aan het openbaar ministerie voor advies. Die opsomming werd naar aanleiding van de hervorming van 1992 drastisch ingekort.

Het Hof van Cassatie lijkt de geest van de hervorming te respecteren en interpreteert art. 764 Ger. W. op veeleer beperkende wijze. Dit wordt geïllustreerd door het arrest van 30 mei 2002, waarin het Hof ertoe geroepen werd te oordelen over de vraag of mededeling verplicht is voor een vordering tot het aanstellen van een voorlopig bewindvoerder over de goederen van een persoon overeenkomstig art. 488bis B.W.⁸³ Op het eerste gezicht lijkt een dergelijke zaak te kunnen beantwoorden aan de omschrijving in art. 764, 1^o, Ger. W. waarin sprake is van een «vordering betreffende de staat van personen wanneer (...) onbekwamen bij het geding betrokken zijn.» Zo heeft het Hof het echter niet begrepen. In het besproken arrest luidt het dat art. 764 Ger. W., hoewel pas vervangen door de wet van 3 augustus 1992, geen melding maakt van de daaraan voorafgaande wet van 18 juli 1991 waarbij het nieuwe art. 488bis B.W. werd ingevoerd, zodat de vordering tot toevoeging van een voorlopig bewindvoerder aan een meerderjarige niet aan het openbaar ministerie moet worden meegedeeld.

V. BERAAD

A. Beraad en beraadslaging

24. Wanneer de zaak in gereedheid is gebracht en de partijen op de rechtsdag hun standpunt mondeling hebben uiteengezet, trekken de rechters zich terug in raadkamer om over de zaak te beraadslagen. De zaak wordt dan besproken, waarna bij consensus wordt beslist. Naar het voorschrift van art. 778 Ger. W. doet de voorzitter «hoofdelijke omvraag», waarbij elke rechter – te beginnen bij de jongstbenoemde en te eindigen bij de voorzitter zelf – zijn mening te kennen geeft. Zijn de meningen verdeeld, dan wordt er gestemd. Deze regeling is uiteraard moeilijk toepasbaar op kamers met alleenrechtsprekende rechters. Het Hof van Cassatie heeft in dat verband beslist dat een alleenrechtsprekende rechter die een zaak (alleen) in beraad neemt, de regel van art. 778 Ger. W. niet schendt, ook al kan er dan moeilijk worden beraadslaagd met andere rechters en is een hoofdelijke omvraag niet mogelijk.⁸⁴ Het Hof overwoog dat het beraad dat door art. 778 Ger. W. wordt geregeld, ook een «beraadslagen met zichzelf» kan zijn.

B. Samenstelling van de rechtbank

25. Welke rechters over een zaak mogen beraadslagen, wordt onder meer bepaald in art. 779 Ger. W., naar luid waarvan de rechters die een vonnis wijzen, op straffe van

nietigheid alle zittingen in de zaak moeten hebben bijgewoond. Een rechter die niet aanwezig kan zijn op een zitting of tijdens het beraad, kan zich niet laten vervangen, tenzij de zaak helemaal opnieuw wordt hernomen.

De recente cassatiejurisprudentie wijst uit dat ons hoogste Hof in toenemende mate naar een doelgebonden interpretatie van art. 779 Ger. W. grijpt. Het doel van de regel is het garanderen dat de rechters die zich een oordeel moeten vormen over een geschil, wel degelijk hebben kennis genomen van de argumenten die beide partijen zowel mondeling als schriftelijk naar voor hebben gebracht. Art. 779 Ger. W. is aldus een garantie voor de behoorlijke rechtsbedeling. Wanneer die behoorlijke rechtsbedeling niet in gevaar komt door een vervanging in de zetel, dan hoeft de nietigheid niet te worden uitgesproken.

Een illustratie van deze functionele aanpak vindt men in de rechtspraak omtrent de *heropening van het debat*. Het Hof heeft reeds meermaals beslist dat na een heropening van het debat de regel van dezelfde samenstelling van de rechtbank enkel geldt indien het om een voortzetting van het debat gaat.⁸⁵ Zo is er geen sprake van voortzetting – en mag de rechtbank dus anders worden samengesteld – wanneer het debat wordt heropend om enkel nog de partijen te horen over geschilpunten die in de voorafgaande rechtspleging nooit ter sprake zijn gekomen.⁸⁶ Een klassiek voorbeeld daarvan is de procedure waarin het debat eerst enkel over een exceptie van onontvankelijkheid wordt gevoerd en de rechtbank, na in een tussenvonnis de exceptie te hebben afgewezen, vervolgens het debat heropent om partijen te horen over de grond van de zaak. In die omstandigheden mag de rechtbank na de heropening van het debat zitting houden in een gewijzigde samenstelling.⁸⁷

De wet voorziet zelf ook in een specifieke uitzondering op de regel van verplichte aanwezigheid gedurende de ganse zaak, namelijk voor wat de *uitspraak* van het vonnis betreft (art. 779, tweede lid). Het formeel uitspreken van een vonnis gebeurt doorgaans op de eerstvolgende nuttige rechtsdag na de totstandkoming van de beslissing. Daarvoor mogen de rechters die het vonnis hebben gewezen zich wel laten vervangen, op voorwaarde dat zij zich op een wettige grond van verhinderd kunnen beroepen en dat de voorzitter van de rechtbank een vervanger aanwijst. Van deze uitzondering wordt, zoals bekend, frequent toepassing gemaakt. Er is evenwel betwisting gerezen omtrent de wettigheid van de vervanging van een *volledig* rechtscollege. Volgens sommigen zou dit niet mogen worden toegelaten, omdat aldus niet meer kan worden geverifieerd

⁸⁵ Cass. 31 januari 2002, *www.cass.be*; Cass. 31 maart 2000, *Arr. Cass.* 2000, 215; zie ook Cass. 20 mei 1998, *Arr. Cass.* 1998, 585; Cass. 26 juni 1995, *Arr. Cass.* 1995, 671; Cass. 15 juni 1993, *Arr. Cass.* 1993, 587; Cass. 28 november 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 286; Cass. 13 december 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 415; Cass. 17 november 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 329; Cass. 14 oktober 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 171; Cass. 17 mei 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 1281; Cass. 20 juni 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 1379.

⁸⁶ Cass. 21 maart 2003, *R.W.* 2003-04, 184, met noot B. ALLEMEERSCH.

⁸⁷ Cass. 8 januari 2002, *www.cass.be*; Cass. 18 september 2001, *www.cass.be*; over de ongelukkige formulering in dit laatste arrest, zie ook B. ALLEMEERSCH, «De samenstelling van de zetel na een heropening van de debatten», (noot onder Cass. 21 maart 2003), *R.W.* 2003-04, (184), p. 185, nr. 3.

⁸³ Cass. 30 mei 2002, *R.W.* 2003-04, 382 en *www.cass.be*, met gelijkluidende conclusie van advocaat-generaal DUBRULLE.

⁸⁴ Cass. 12 oktober 2001, *R.W.* 2001-02, 1392, met noot.

of de rechters die over het vonnis hebben beraadslaagd, wel degelijk de rechters waren die de zittingen in de zaak hebben bijgewoond.⁸⁸ Het Hof van Cassatie heeft die stelling afgewezen en heeft bevestigd dat een rechtscollege wel degelijk volledig vervangen kan worden voor de uitspraak, ongeacht of het een kamer van verschillende rechters of een alleenrechtsprekende rechter betreft.⁸⁹

VI. UITSpraak

A. Betekening en kennisgeving

26. De betekening van een vonnis aan de Belgische Staat op het kabinet van een onbevoegd minister, is niet rechtsgeldig.⁹⁰ Krachtens art. 42, eerste lid, 1^o, Ger. W. worden de betekeningen aan de Staat gedaan op het kabinet van de minister die bevoegd is om er kennis van te nemen of op het kantoor van de door hem aangewezen ambtenaar, onverminderd de in art. 705 Ger. W. gestelde regels. Art. 705 Ger. W. maakt evenwel deel uit van de bepalingen m.b.t. de *instelling van de vordering*. Samengevat komt die regeling erop neer dat wanneer men de Staat dagvaardt en men de dagvaarding laat betekenen aan het adres van een minister die niet bevoegd is, deze laatste enkel mag betwisten dat het voorwerp van het geschil tot de bevoegdheid van zijn departement behoort indien hij de bevoegde minister in zijn plaats stelt, wat bij eenvoudige conclusie gebeurt. Na de uitspraak weet de burger uiteraard welke minister bevoegd is, zodat de bescherming door art. 705 Ger. W. aan de burger geboden, niet meer nodig is. De woorden «onverminderd de in art. 705 gestelde regels» in art. 42, eerste lid, 1^o, Ger. W., houden bijgevolg in dat bij betekeningen aan de Staat de regeling van art. 705 Ger. W. toepassing vindt, maar uitsluitend in de gevallen waarin die bepaling van toepassing is, m.a.w. bij gedinginleidende akten.⁹¹

27. Een kennisgeving moet in de regel worden gedaan aan de woonplaats die een partij had op de dag van de gedinginleidende akte. Kennisgevingen op dat adres blijven geldig zolang de partij die van woonplaats is veranderd, nalaat de adreswijziging aan de griffie en de tegenpartij te melden.⁹² Een kennisgeving die wordt verstuurd naar een adres dat niet in de processtukken werd opgegeven, is ongeldig.⁹³

28. De kennisgeving bij gerechtsbrief doet de termijn voor het instellen van een rechtsmiddel enkel lopen in de gevallen waarin de wetgever in deze wijze van kennisgeving voorziet en op voorwaarde dat die kennisgeving de

strekking heeft om de termijn voor het instellen van rechtsmiddelen te doen lopen.⁹⁴

Voor wat het hoger beroep betreft, bepaalt art. 1051 Ger. W. dat de termijn om hoger beroep aan te tekenen een maand is, te rekenen vanaf de betekening van het vonnis of de kennisgeving ervan overeenkomstig art. 792, tweede en derde lid. In die laatste bepaling wordt voorgeschreven dat de kennisgeving op straffe van nietigheid de rechtsmiddelen vermeldt, de termijn waarbinnen het verhaal moet worden ingesteld, alsook de benaming en het adres van de rechtsmacht die bevoegd is om er kennis van te nemen. Een kennisgeving bij gerechtsbrief die gebeurt overeenkomstig de voorschriften van art. 792, derde lid, Ger. W. heeft aldus duidelijk de strekking om de termijn voor het instellen van rechtsmiddelen te doen lopen.

In art. 792, tweede lid, Ger. W. wordt bepaald dat de griffier het vonnis binnen acht dagen na de uitspraak ter kennis brengt van de partijen bij gerechtsbrief, voor de zaken opgesomd in art. 704, eerste lid, Ger. W. De belangrijkste aldaar beoogde gevallen zijn, ten eerste, het beroep (bij de arbeidsrechtbank) tegen een beslissing van het bureau voor juridische bijstand tot weigering van gedeeltelijk of volledig kosteloze juridische bijstand, en ten tweede, een aantal arbeidsrechtelijke en sociaalrechtelijke geschillen. Het gaat telkens om situaties waarover de wetgever heeft geoordeeld dat in het belang van de rechtszekerheid zo snel mogelijk een definitieve toestand dient te ontstaan, waarbij dat om sociale redenen met zo weinig mogelijk kosten gepaard mag gaan.⁹⁵

29. Luidens art. 977 Ger. W. vraagt de meest gereede partij bij verzoekschrift om vervanging van de gerechtsdeskundige telkens wanneer daartoe reden is. Het gaat om een procedure op tegenspraak, die niet verwordt tot een procedure op eenzijdig verzoekschrift door het feit dat de beschikking door de griffier bij gerechtsbrief ter kennis werd gebracht van de partijen op grond van art. 1030 Ger. W. (d.i. een bepaling uit de regeling van de procedure op eenzijdig verzoekschrift). Een zaak aanhangig gemaakt op grond van art. 977 Ger. W. is geen zaak bedoeld in art. 704, eerste lid, Ger. W. In die omstandigheden doet een kennisgeving bij gerechtsbrief de beroepstermijn niet lopen.⁹⁶

Meer algemeen geldt m.a.w. op grond van art. 1051 Ger. W. de regel dat wanneer de griffier overgaat tot kennisgeving bij gerechtsbrief buiten de gevallen opgesomd in art. 704, eerste lid, Ger. W., die kennisgeving de termijn voor het instellen van hoger beroep niet doet lopen. Nog algemener geldt de regel dat de kennisgeving bij gerechtsbrief die geschiedt zonder dat zij wettelijk is voorgeschreven, de termijn voor het instellen van een rechtsmiddel niet doet lopen.⁹⁷

30. Als datum van de kennisgeving geldt, in het licht van art. 32, 2^o, Ger. W., de datum van de toezending aan de bestemming, d.i. de datum van de afgifte ter post.⁹⁸ De

⁸⁸ Zie bv. Arbh. Gent 24 januari 1992, *R.W.* 1991-92, 1326.

⁸⁹ Cass. 12 oktober 2001, *R.W.* 2001-02, 1392, met noot; zie ook Cass. 16 december 1997, *Arr. Cass.* 1997, 558.

⁹⁰ Cass. 29 mei 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1000 en *R.W.* 2001-02, 502.

⁹¹ Cass. 29 mei 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1000 en *R.W.* 2001-02, 502.

⁹² Cass. 9 juni 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1073. Zie voor een toepassing in dezelfde zin: Gent 9 oktober 2002, *N.J.W.* 2003, 744 (kennisgeving van gerechtsbrief op grond van art. 751 Ger. W. blijft geldig wanneer de bestemming heeft nagelaten zijn adresverandering te melden aan het Hof en aan de tegenpartij).

⁹³ Cass. 9 juni 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1073.

⁹⁴ Cass. 28 februari 2002, *R.W.* 2003-04, 77.

⁹⁵ Zie *Parl. St.*, Senaat, 1993-94, nr. 1914/2, p. 6.

⁹⁶ Cass. 28 februari 2002, *R.W.* 2003-04, 77.

⁹⁷ Zie bijvoorbeeld: Cass. 8 mei 2000, *Arr. Cass.* 2000, 865, met conclusie van advocaat-generaal J.F. LECLERCQ. Voorziening in cassatie is niet te laat ingediend, na kennisgeving bij gerechtsbrief, terwijl in dat geval enkel de betekening bij gerechtsdeurwaarders-exploot de termijn kon doen lopen.

datum van de aanbieding van de aangetekende zending of van de ontvangst, blijven in ons recht buiten beschouwing.⁹⁹ Op het moment van de daadwerkelijke ontvangst van de zending door de bestemming, is dus meestal al (minstens) één dag van de termijn verstreken. Het nadeel voor de bestemming bestaande in die kleine verkorting van de termijn, wordt geacht niet op te wegen tegen de onzekerheid die anders inzake het vertrekpunt van de termijn zou bestaan.¹⁰⁰

Het Arbitragehof heeft in een arrest van 12 juli 2001 voor recht gezegd dat de artikelen 32, 2^o, en 46, § 2, Ger. W., gelezen in samenhang met de artikelen 792, tweede lid, en 1051 Ger. W., de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet schenden.¹⁰¹

31. Krachtens art. 40, vierde lid, Ger. W. is de betekening in het buitenland of aan de procureur des Konings¹⁰² ongedaan indien de partij op wier verzoek ze is verricht, de woonplaats of de verblijfplaats¹⁰³ of de gekozen woonplaats (in België of in het buitenland) van de bestemming kende. De betekening van een gedinginleidende akte, van een vonnis of arrest, of van een akte waarmee een rechtsmiddel wordt ingesteld, alsook andere betekeningen zoals die van beslagexploiten, aanmaningen, bevelen, etc., gelden als «proceshandeling» in de zin van art. 860 e.v. Ger. W.¹⁰⁴ De nietigheid van een betekening, bijvoorbeeld wegens miskennis van het voorschrift van art. 40, vierde lid, Ger. W. kan bijgevolg worden verzacht bij ontstentenis van belangenschade (art. 861 Ger. W.) of wanneer het normdoel bereikt is (art. 867 Ger. W.).¹⁰⁵

Uiteenlopende omstandigheden kunnen erop wijzen dat het normdoel is bereikt: de verschijning van de verweerder ter inleidingszitting na een (onregelmatig) betekende ge-

dinginleidende dagvaarding, de omstandigheid dat de bestemming van een (onregelmatig) betekend verzoekschrift houdende voorziening in cassatie tijdig een memorie van antwoord heeft ingediend waarin hij heeft geantwoord op de middelen aangevoerd door de eiser,¹⁰⁶ etc.

32. De in het buitenland gedane betekening van een akte is ongedaan indien de partij op wier verzoek ze is verricht, de gekozen woonplaats in België van de bestemming van de betekening kende (art. 40, vierde lid, Ger. W.). Het bewijs van die kennis moet worden geleverd door de partij die zich erop beroept.¹⁰⁷

Wanneer keuze van woonplaats werd gedaan in een exploit van betekening van een arrest dat gericht was aan de rechtsvoorganger van een bepaalde partij, vloeit daaruit niet noodzakelijkerwijze voort dat die partij zelf kennis had van de keuze van woonplaats.¹⁰⁸

33. De betekening van een vonnis op verzoek van een niet-bestaande natuurlijke persoon of rechtspersoon heeft geen rechtsgevolg, ook al is de betekening naar de vorm niet nietig.¹⁰⁹ Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer een vennootschap na de uitspraak van het beroepen vonnis door een andere vennootschap is opgeslorpt. De opgeslorpte vennootschap heeft het recht verloren zelf in rechte op te treden.¹¹⁰

B. Dwangsom

34. *Brevitatis causa* wordt op deze plaats niet ingegaan op alle rechtspraak m.b.t. de dwangsom uit de periode 2000–2003, maar wordt verwezen naar recente rechtsleer terzake, waarin de rechtspraak besproken *c.q.* gebundeld wordt.¹¹¹

VII. TUSSENGESCHILLEN

A. Excepties van nietigheid

35. De artikelen 860 tot 867 Ger. W., onder het opschrift «Excepties van nietigheid», vinden slechts toepassing op situaties waarin sprake is van *nietigheid*. Wanneer daarentegen sprake is van *onontvankelijkheid*, bijvoorbeeld wegens gebrek aan belang of hoedanigheid, kan er geen sprake zijn van verzachting op grond van art. 860 e.v. Ger. W.¹¹² Die bepalingen vinden toepassing noch bij de onontvankelijkheid van de initiële vordering, noch bij de onontvankelijkheid van een rechtsmiddel.¹¹³

In het licht van de schaarste van vernieuwende rechtspraak uit de onderzochte periode m.b.t. de artikelen 860–

⁹⁸ Zie uitgebreid hierover: J.-F. VAN DROOGHENBROECK, «La notification de droit judiciaire privé à l'épreuve des théories de la réception et de l'expédition», (noot onder Cass. 20 februari 1998), *R.C.J.B.* 1999, 191.

⁹⁹ Zie Cass. 10 december 2001, *www.cass.be*, en de verwijzingen aangehaald in de tevergeefs bestreden beslissing. Zie ook: S. COOLS en K. WAGNER, «Betekening in het buitenland (Zwitserland): langzaam en onzeker naar snel en efficiënt», (noot onder Antwerpen 29 januari 2001), *P. & B.* 2002, (329) 335, en de verwijzingen in voetnoot 1 en 2 aldaar.

¹⁰⁰ H. BRAECKMANS, «Zes jaar kennisgeving bij gerechtsbrief», *R.W.* 1974-75, 777-778. Zie ook Cass. 10 december 2001, *www.cass.be*.

¹⁰¹ Arbitragehof 12 juli 2001, *P. & B.* 2001, 239. Zie over deze kwestie ook: B. MAES, «De kennisgeving bij gerechtsbrief als vertrekpunt van een termijn om een rechtsmiddel aan te wenden», (noot onder Antwerpen 3 januari 2001), *P. & B.* 2001, 256.

¹⁰² Zie voor een geval waarin een betekening van een dagvaarding aan het parket ongeldig werd geacht omdat de bestemming van die betekening blijkens een getuigschrift van woonplaats met een overzicht van vroegere adressen, ten tijde van de dagvaarding niet zonder gekende woonplaats was: Cass. 12 september 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1342.

¹⁰³ Zie over het begrip «verblijfplaats» (art. 36 Ger. W.): Cass. 12 mei 2000, *Arr. Cass.* 2000, 905. De rechter oordeelt in feite en dus onaantastbaar waar de verblijfplaats van een partij is, zonder dat hij evenwel het begrip «verblijfplaats» mag miskennen.

¹⁰⁴ WERQUIN, conclusie voor Cass. 19 april 2002, *www.cass.be*.

¹⁰⁵ Cass. 19 april 2002, *R.C.J.B.* 2003, 317, met noot E. LEROY.

¹⁰⁶ Cass. 7 juni 2001, *www.cass.be*.

¹⁰⁷ Cass. 7 september 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1317.

¹⁰⁸ *Idem.*

¹⁰⁹ Cass. 15 juni 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1116.

¹¹⁰ *Idem.*

¹¹¹ K. WAGNER, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, Mechelen, Story-Scientia, 2003, 225 p.; K. WAGNER, *Casebook 20 jaar dwangsom*, Gent, Mys & Breesch, 2001, 560 p.

¹¹² Zie bijvoorbeeld: Cass. 4 oktober 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1496 en *R.W.* 2001-02, 563.

¹¹³ Zie bijvoorbeeld: Cass. 29 juni 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1224.

867 Ger. W.,¹¹⁴ wordt voor verdere lectuur verwezen naar enkele recente bijdragen in de rechtsleer daarover.¹¹⁵

B. Tussenvorderingen

1^o Uitbreiding of wijziging van de hoofdvordering

36. Wie een geding wil inleiden moet, overeenkomstig het vereiste neergelegd in art. 702, 3^o, Ger. W., in de dagvaarding duidelijk melding maken van de inhoud van zijn vordering. Wenst de eiser in de loop van het geding deze vordering aan te passen, dan zal dat moeten gebeuren met inachtneming van het voorschrift in art. 807 Ger. W., naar luid waarvan de gewijzigde of uitgebreide vordering moet berusten op een feit of akte aangevoerd in de dagvaarding. De regel van art. 807 Ger. W. heeft aanleiding gegeven tot heel wat betwisting, en ook in de voorbije drie jaren werd de casuïstiek verrijkt met tal van toepassingen.¹¹⁶ Daaruit blijkt dat over de uitbreiding en wijziging van de vordering geregeld misverstanden opduiken, die rechtzetting door het Hof van Cassatie vereisen. Een goed voorbeeld daarvan is de introductie van het begrip «virtuele vordering» in het discours omtrent art. 807 Ger. W.

Van virtuele vorderingen, of vorderingen die virtueel begrepen zijn in een andere vordering, is vooral sprake in het raam van de verjaring. Men gebruikt deze uitdrukking dan om te verklaren waarom het stuitend effect van een dagvaarding wordt uitgebreid naar een (schijnbaar) nieuwe tussenvordering die in de loop van het geding werd ingesteld.¹¹⁷ Soms duikt dit begrip evenwel op bij de toepassing van art. 807 Ger. W., veelal in hoger beroep, en wordt als (bijkomende) voorwaarde voor de uitbreiding of wijzi-

¹¹⁴ Het zou niet zinvol zijn alle vonnissen en arresten uit de onderzochte periode te vermelden waarin een loutere toepassing wordt gemaakt van de artikelen 860-867 Ger. W.

¹¹⁵ B. DECONINCK, «Commentaar bij art. 860-866 Ger. W.», in *Commentaar Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, losbl.; *idem*, Commentaar bij art. 867 Ger. W., l.c., 1999, losbl.; L. DU CASTILLON, «Le rôle du juge par rapport aux exceptions, nullités et fins de non-recevoir dans l'instance contradictoire», in J. LINSMEAU en M. STORME (red.), *Le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil / De respectievelijke rol van rechter en partijen in het burgerlijk geding*, Diegem, Kluwer, 1999, 147; G. VAN MELLAERT, «Excepties», in G. VAN MELLAERT (red.), *Praktijkboek gerechtelijk recht*, Brugge, Vanden Broele, 2002, losbl., deel «geding», hoofdstuk IV, afdeling I, 19 p.; P. VAN ORSHOVEN, «Niet-ontvankelijkheid, nietigheid, verval en andere wolfjizers en schietgeweren van het burgerlijk procesrecht», P. & B. 2002, 3-26.

¹¹⁶ Cass. 19 april 2002, R.W. 2003-04, 419; Cass. 28 juni 2001, *Verkeersrecht* 2002, 18; Cass. 18 mei 2000, *Arr. Cass.* 2000, 935 en R.W. 2000-01, 482; Cass. 18 februari 2000, *Arr. Cass.* 2000, 457. Voor (al dan niet correcte) toepassingen in de lagere rechtspraak, zie: Brussel 13 maart 2002, T.B.B.R. 2002, 435, met noot; Antwerpen 17 september 2001, P. & B. 2002, 64 en 121, met noot; Luik 19 februari 2001, T.B.H. 2001, 531; Arbrb. Bergen 12 mei 2000, J.T.T. 2000, 398; Arbrb. Brussel 14 juni 2000, J.T.T. 2000, 323; Rb. Antwerpen 9 juni 2002, T.F.R. 2003, 74, met noot (toepassing in fiscalibus); Vred. Gent 30 oktober 2001, T.G.R. 2002, 19.

¹¹⁷ Zie o.m. Cass. 7 mei 2001, R.W., 2001-02, 992 en R. Cass. 2001, 250, met noot; Cass. 11 maart 1993, *Arr. Cass.* 1993, 280; Cass. 24 april 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 801; Cass. 10 januari 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 415; Cass. 3 juni 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 984; Cass. 29 november 1990, *Arr. Cass.* 1990-91 356; Cass. 4 mei 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1138.

ging gesteld dat de nieuwe vordering ook virtueel begrepen moet zijn in de oorspronkelijke hoofdvordering. Die opvatting is verkeerd, en het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 29 november 2002 de gelegenheid aangegrepen om dat expliciet te bevestigen, overwegende «dat niet vereist is dat de uitbreiding of wijziging van de vordering tegen dezelfde partij waartegen de vordering was gesteld, (...) reeds virtueel in de oorspronkelijke vordering begrepen was, dit is impliciet begrepen in het voorwerp van de oorspronkelijke vordering.»¹¹⁸ Art. 807 Ger. W. verwijst immers naar de oorzaak die gelijk moet blijven, terwijl het virtualiteitscriterium naar het voorwerp van de vordering verwijst.¹¹⁹

37. Volgens een andere foutieve opvatting over art. 807 Ger. W. die soms nog opduikt, is de uitbreiding of wijziging van de eis slechts mogelijk indien de oorspronkelijke (te wijzigen of uit te breiden vordering) ontvankelijk of zelfs gegrond is. Dit standpunt werd verdedigd door onder meer Rouard, die van oordeel is dat het niet mogelijk is «de greffer une branche vivante sur un arbre mort».¹²⁰ De strekking-Rouard vindt nu en dan nog navolging: zo maakte de Arbeidsrechtbank te Dendermonde er toepassing van in een vonnis uit 2001.¹²¹ Het ging om een zaak betreffende onbetaald loon; een werknemer had zijn werkgever gedagvaard wegens het niet betalen van het loon en had in de dagvaarding zijn vordering als een contractuele vordering geformuleerd. Wanneer hij evenwel in de loop van het geding tot het besef kwam dat zijn vordering *ex contractu* verjaard was, besloot de werknemer ze alsnog om te zetten in een vordering *ex delictu*, waarvoor de toepasselijke verjaringstermijn nog niet verstreken was. De arbeidsrechtbank verklaarde de gewijzigde vordering onontvankelijk, omdat een vordering *ex contractu* niet meer kan worden omgezet in een vordering *ex delictu*, wanneer de oorspronkelijke vordering *ex contractu* reeds vóór de omzetting in een vordering *ex delictu* was verjaard.

De beslissing van de arbeidsrechtbank kan niet worden bijgevalen, omdat zij aan de wet een voorwaarde toevoegt die daarin niet is opgenomen. Nergens vereist art. 807 Ger. W. dat de oorspronkelijke vordering ontvankelijk moet zijn, om uitgebreid of gewijzigd te kunnen worden. Dat is de opvatting van een meerderheid van de rechtsleer,¹²² en die meerderheidsopvatting lijkt ook te sporen met de

¹¹⁸ Cass. 29 november 2002, R.W. 2002-03, 1299, met noot.

¹¹⁹ Voorafgaandelijk aan het cassatiearrest werd die opvatting ook al verdedigd in P. SCHOLLEN, «Virtuele vorderingen?», R.W. 2002-03, (277) 278.

¹²⁰ P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, III, Brussel, Bruylant, 261 (ook aangehaald in S. MOSSELMANS, «Artikel 807 Ger. W.», *Comm. Ger.*, losbl., 20). Zie ook Arbrb. Hoei 14 februari 1973, J.L. 1972-73, 215; E. GUTT en J. LINSMEAU, «Examen de jurisprudence (1971 à 1978). Droit judiciaire privé (suite)», R.C.J.B. 1983, (63) 107.

¹²¹ Arbrb. Dendermonde 7 november 2001, T.G.R. 2002, 44, noot.

¹²² S. CNUDE, «Tussengeschillen voortvloeiend uit de wijziging van de partijen en hun aanspraken», in *Bestendig handboek burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 10; J. LAENENS, «Kroniek van het gerechtelijk recht», R.W. 1982-83, (1425) 1440; S. MOSSELMANS, «Artikel 807 Ger. W.», *Comm. Ger.*, losbl., 20; P. THION, «Variaties op hetzelfde thema. De vordering vernieuwen zonder te verrassen: artikel 807 Ger. W.», P. & B. 2002, (122) 128; P. VANLERSBERGHE, «Het

zienswijze van het Hof van Cassatie, dat zich weliswaar nog niet expliciet over dit vraagstuk heeft moeten uitspreken, maar in een arrest uit 1980 toch overwoog dat de rechter bij wie een gewijzigde of uitgebreide vordering aanhangig was, niet moet onderzoeken of de oorspronkelijke vordering ontvankelijk dan wel gegrond was.¹²³ De Rechtbank van Koophandel te Bergen werd, enige tijd vóór de Arbeidsrechtbank van Dendermonde, ertoe geroepen uitspraak te doen over dezelfde vraag en verwierp dan ook geheel te recht de strekking-Rouard.¹²⁴

2° Tegenvordering

38. De tegenvordering is een tussenvordering die de verweerder instelt om tegen de eiser een veroordeling te doen uitspreken, aldus art. 14 Ger. W. Een vaak terugkerend probleem in dit verband betreft de *ontvankelijkheid* van de tegenvordering en de vraag of art. 807 Ger. W. hier van toepassing is. In principe is dit een uitgemaakte zaak, aangezien het Hof van Cassatie heeft beslist dat art. 807 Ger. W. enkel geldt voor de tussenvorderingen ingesteld door de oorspronkelijke eiser en dus niet voor de tegenvordering die de verweerder formuleert.¹²⁵ De theorie van A. Fettweis als zou art. 807 wel beletten dat de verweerder in een tweede of latere conclusie een tegenvordering instelt die niet berust op een feit of akte vermeld in zijn eerste conclusie, heeft het hoogste Hof blijkbaar tot op heden niet kunnen overtuigen.¹²⁶ De verweerder kan dus in beginsel om het even welke tegenvordering instellen, ook al heeft deze niets te maken met het geschil waarover de hoofdvordering gaat.¹²⁷ Er is evenwel controverse ontstaan over de tegenvordering die *voor het eerst in hoger beroep* wordt ingesteld.

Luidens de vaste cassatierechtspraak moet in hoger beroep een nieuwe tegeneis, ook van de (oorspronkelijke) verweerder, berusten op een feit of akte aangevoerd in de dagvaarding, een verweer op de hoofdeis inhouden of tot compensatie daarvan strekken, wil zij tenminste ont-

belang als toelaatbaarheidsvereiste voor het instellen van tussenvorderingen», in M. STORME en P. TAELEMAN (red.), *Het proces in meervoud*, Diegem, Kluwer, 1997, (51) 62.

¹²³ Cass. 7 januari 1980, *J.T.T.* 1981, 71 (het arrest werd tevens gepubliceerd in *Arr. Cass.* 1979-80, 529, maar slechts in een samengevatte versie en zonder de betrokken overweging).

¹²⁴ Kh. Bergen 16 februari 2000, *T.B.H.* 2000, 775. Zie in dezelfde zin: Brussel 13 september 1994, *J.T.* 1995, 109.

¹²⁵ Cass. 30 maart 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 900; Cass. 26 mei 1976, *Arr. Cass.* 1976, 1067. Recent nog bevestigd in: Cass. 31 maart 2003, *www.cass.be*.

¹²⁶ A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Faculté de droit, 1987, 97. Vgl. Luik 12 december 2000, *R.R.D.* 2001, 11 en *R.T.D.F.* 2001, 540 (waarin een tegeneis ontvankelijk wordt bevonden, niet omdat hij berust op een feit of akte aangevoerd in de dagvaarding maar wel op een feit – juist: een eerste tegeneis – aangevoerd in de eerste conclusie van de verweerder).

¹²⁷ Er moet wel opgemerkt worden dat als de verweerder een tegenvordering instelt, dit niet dermate laat mag gebeuren dat de tegenstrever daarop niet meer kan antwoorden (H. BOULARBAH en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, «L'abus du droit de conclure: vivacité d'une théorie», in *Mélanges Philippe Gérard*, Brussel, Bruylant, 2002, 489; P. THION, «Deloyale procesvoering. Een toetssteen bij het concluderen», *N.J.W.* 2002, 52, randnr. 10).

vankelijk zijn.¹²⁸ Deze beperking, die het Hof baseert op een analoge toepassing van art. 807 Ger. W., is ingegeven door de bezorgdheid dat een kwaadwillige verweerder in hoger beroep een tegeneis zou instellen die met het geschil niets te maken heeft en aldus voor de behandeling van die tegeneis de eiser van een aanleg zou beroven. Deze rechtspraak van het Hof van Cassatie werd door de rechtsleer echter nooit helemaal aanvaard. Vooral de Franstalige auteurs wijzen het standpunt van het Hof af en verdedigen de stelling dat ook in hoger beroep de verweerder zonder beperkingen een tegenvordering mag instellen.¹²⁹ De Nederlandstalige rechtsleer valt de Franstalige collega's bij in de kritiek op de cassatierechtspraak, maar stelt daarentegen wel meer genuanceerde oplossingen voor.¹³⁰ De lagere rechtspraak is sterk verdeeld. Het Arbeidshof te Luik is de Franstalige rechtsleer bijgevalen en heeft, in een arrest van 27 april 2001, beslist dat een tegenvordering die voor het eerst in hoger beroep is ingesteld steeds ontvankelijk is, ook al is aan de voorwaarden van art. 807 Ger. W. niet voldaan.¹³¹ De Hoven van Beroep van Gent en Brussel volgen daarentegen trouw de cassatierechtspraak en achten een nieuwe tegeneis in hoger beroep alleen ontvankelijk indien die berust op een feit of akte aangevoerd in de dagvaarding of wanneer zij een verweer tegen de oorspronkelijke hoofdvordering oplevert dan wel strekt tot compensatie.¹³²

Ons inziens is een tussenpositie de meest raadzame optie. Men hoeft immers niet te dulden dat de verweerder

¹²⁸ Cass. 18 januari 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 525; Cass. 4 mei 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1138; Cass. 4 december 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 467 en *R.W.* 1990-91, 305 (weergave), met noot; Cass. 10 september 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, 55 en *R.W.* 1983-84, 524, met noot; Cass. 10 april 1978, *Arr. Cass.* 1978, 917 en *R.W.* 1978-79, 1377.

¹²⁹ Zie o.m. G. CLOSSET-MARCHAL en J. VAN COMPERNOLLE, «Examen de jurisprudence (1985 à 1996). Droit judiciaire privé», *R.C.J.B.* 1997, (495) 550-551; G. CLOSSET-MARCHAL, «Les demandes reconventionnelles depuis l'entrée en vigueur du Code judiciaire: aspects théoriques et pratiques», *Ann. Dr. Louvain* 1992, (7) 28-29; B. DECONINCK, «Incidentele vorderingen in hoger beroep: nieuwe eis – tegeneis – addenda», *R.W.* 1986-87, (437) 446; G. DE LEVAL en A. KOHL, «La demande reconventionnelle en degré d'appel», *J.T.* 1978, (501) 502-503; E. GUTT en A.-M. STRANART-THILLY, «Examen de jurisprudence (1965 à 1970). Droit judiciaire privé», *R.C.J.B.* 1974, (89) 138; R. MANETTE, «L'appel», *Ann. Fac. dr. Liège* 1984, (67) 78; *R.P.D.B.*, tw. *Appel*, Compl. VI, s.d., nr. 773.

¹³⁰ K. BROECKX, *Het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, Antwerpen, Maklu, 1995, 298-299; J. LAENENS, «Een nieuwe tegeneis in hoger beroep», (noot onder Cass. 26 mei 1981), *R.W.* 1981-82, (2178) 2179; B. MAES, «De bepaling van het voorwerp van de vordering tijdens het burgerlijk geding», in J. LINSMEAU en M. STORME (red.), *Le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil – De respectievelijke rol van rechter en partijen in het burgerlijk geding*, Diegem, Kluwer, 1999, (50) 81-82; S. MOSSELMANS, «Artikel 807 Ger. W.», *Comm. Ger.*, losbl., 45-46.

¹³¹ Arbh. Luik 27 april 2001, *R.R.D.* 2001, 193. Zie ook Bergen 7 november 1990, *Pas.* 1991, II, 54, noot J.S. en Bergen 13 februari 1990, *J.T.* 1990, 740.

¹³² Gent 20 april 2001, *A.J.T.* 2001-02, 882; Brussel 2 maart 2001, *T.B.H.* 2002, 484, noot; Brussel 14 april 2000, *Rev. prat. soc.* 2000, 362. Zie eerder al: Luik 1 december 1992, *Pas.* 1992, II, 130; Arbh. Antwerpen 4 maart 1991, *J.T.T.* 1991, 381; Arbh. Bergen 19 december 1990, *J.T.T.* 1991, 50, noot; Antwerpen 1 maart 1989, *R.W.* 1989-90, 157; Brussel 22 september 1998, *Pas.* 1989, II, 38, met noot.

in hoger beroep om het even welke tegeneis uit de hoed kan toveren die niets te maken heeft met het aanhangige geschil. De grondslag daarvoor is o.i. evenwel niet, zoals het Hof van Cassatie oordeelt, de regel van art. 807 Ger. W. – een bepaling die niet kan gelden voor tegenvorderingen – maar wel het vereiste van wapengelijkheid en de verplichting tot loyale procesvoering.¹³³ Die impliceren dat de tegeneis minstens een redelijk verband moet hebben met het aanhangige geschil. Het criterium van het redelijk verband verenigen tot een «berusten op een feit of akte in de dagvaarding aangevoerd», lijkt echter te ver gaan. Immers, tijdens (of naar aanleiding van) de rechtspleging in hoger beroep kunnen zich gewijzigde omstandigheden voordoen die een nieuwe tegeneis alsnog rechtvaardigen, met name wanneer het voorwerp van een eis pas komt vast te staan in hoger beroep of de nieuwe tegenvordering rechtstreeks verband houdt met de procedure in hoger beroep.¹³⁴ Het komt dan ook juist voor het criterium voor de ontvankelijkheid van de tegeneis in hoger beroep minstens in die zin uit te breiden.

3^o Vordering tot tussenkomst

39. Tussenkomst is een «rechtspleging» waarbij een derde persoon partij wordt in het geding, zo bepaalt art. 15 Ger. W.¹³⁵ De doctrinale classificaties van de verschillende vorderingen tot tussenkomst zijn intussen genoegzaam bekend: de tussenkomst kan enerzijds gedwongen of vrijwillig zijn, en anderzijds bewarend of agressief, d.i. gericht op het verkrijgen van een veroordeling. Niet alle vorderingen tot tussenkomst kunnen zonder beperkingen worden ingesteld in om het even welke stand van het geding. De basisregels daaromtrent zijn opgenomen in art. 812 Ger. W., dat voorschrijft dat, enerzijds, tussenkomst enkel toegelaten is indien reeds bevolen onderzoeksverrichtingen geen afbreuk doen aan het recht van verdediging en, anderzijds, dat tussenkomst tot het verkrijgen van een veroordeling in hoger beroep in ieder geval uitgesloten is. Van deze regelen wordt in de rechtspraak frequent toepassing gemaakt.¹³⁶

¹³³ In dezelfde zin, althans voor wat de wapengelijkheid betreft: S. MOSSELMANS, «Artikel 807 Ger. W.», *Comm. Ger.*, losbl., 46. Vgl. Cass. 31 januari 2002, www.cass.be: «Overwegende dat de regel dat een nieuwe vordering niet voor het eerst in hoger beroep mag worden ingesteld, strekt tot bescherming van het recht van verdediging van de partijen».

¹³⁴ Zie ook: K. BROECKX, *Het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, Antwerpen, Maklu, 1995, 298-299; J. LAENENS, «Een nieuwe tegeneis in hoger beroep», (noot onder Cass. 26 mei 1981), *R.W.* 1981-82, (2178) 2179. Vgl., maar dan over de *hoofdvordering* in hoger beroep, Brussel 26 mei 2000, *Rev. prat. soc.* 2000, 373, noot: «De eisen die berusten op een feit of akte die in de oorspronkelijke dagvaarding zijn aangevoerd of die zich sindsdien in de context van deze situatie hebben voorgedaan, zijn ontvankelijk.»

¹³⁵ Tussenkomst is vanzelfsprekend geen «rechtspleging» op zich, maar wel een procesrechtelijk fenomeen dat tot gevolg heeft dat een derde in een hangende rechtspleging partij wordt.

¹³⁶ Zie bv. Cass. 11 januari 2001, www.cass.be (de rechter die toestaat dat een rechtspersoon in hoger beroep voor de eerste maal wordt gedwongen tussen te komen met het oog op het verkrijgen van een veroordeling, omdat door toedoen van verweerders verwarring is ontstaan tussen deze rechtspersoon en een andere

Een specifieke vorm van tussenkomst is de *vordering tot bindendverklaring* (of gemeenverklaring) van een vonnis, waarbij een derde wordt betrokken in het geding met de enkele bedoeling dat het uit te spreken vonnis ook tegenwerpelijk zou zijn aan deze persoon. Een vordering tot bindendverklaring komt dus neer op een gedwongen maar conservatoire tussenkomst.¹³⁷ De tussenkomst tot bindendverklaring is in 2001 het onderwerp geweest van twee interessante arresten van het Hof van Cassatie en het Arbitragehof.

Zo besliste het Arbitragehof dat het feit dat een derde voor de eerste maal in hoger beroep gedwongen kan worden tussen te komen in bindendverklaring in een zaak waarin uitspraak moet worden gedaan over een betwiste aangelegenheid waaromtrent die derde een belang te vrijwaren heeft, *geen schending van het gelijkheidsbeginsel* uitmaakt.¹³⁸ Een Waals-Brabantse gemeente had zich daarover beklagd, nadat zij voor het eerst gedwongen was in bindendverklaring tussen te komen in een procedure in hoger beroep. In die zaak had een particulier die het slachtoffer was geweest van een auto-ongeluk op een modderige landweg, de eigenaars van de omliggende akkers gedagvaard en van hen schadevergoeding gevorderd. De vordering werd in eerste aanleg afgewezen, en pas in hoger beroep, nadat in die aanleg alle partijen reeds conclusies hadden uitgewisseld, werd tegen de gemeente de bindendverklaring gevraagd. De gemeente was van oordeel dat in deze procedure haar belangen in het gedrang konden worden gebracht, zodat het niet opging een gedwongen tussenkomst tot veroordeling uit te sluiten in hoger beroep maar een gedwongen tussenkomst in bindendverklaring wel toe te staan. Het Arbitragehof zag daarin evenwel geen schending van art. 10 en 11 van de Grondwet, zolang de gemeente de mogelijkheid kreeg in die procedure haar opmerkingen alsnog te laten gelden. «De wetgever vermocht te oordelen», aldus het Arbitragehof, «dat, om tegenstrijdigheid in opeenvolgende beslissingen te vermijden, het kon worden verantwoord dat de tussenkomende partij nog voor het eerst kan worden gedagvaard in hoger beroep, zelfs als die partij het voordeel van de dubbele aanleg verliest.»

Het Hof van Cassatie, van zijn kant, sprak zich datzelfde jaar uit over de voorwaarden voor de *ontvankelijkheid* van een vordering tot bindendverklaring. Omdat het doel ervan louter bewarend is, is het volgens dat Hof voldoende – opdat een vordering tot bindendverklaring ontvankelijk zou zijn – dat er een loutere mogelijkheid bestaat dat de derde ooit in een ander geding zou trachten te ontsnappen aan het gezag van gewijsde van het vonnis.¹³⁹ Een rechter

met een bijna identieke benaming, schendt art. 812 Ger. W.); Bergen 24 april 2001, *J.T.* 2001, 216 (vordering tot tussenkomst onontvankelijk wegens te ver gevorderde staat van het deskundigenonderzoek dat reeds vooraf bevolen was); Rb. Antwerpen 6 januari 2000, *A.J.T.* 2000-01, 45 en 263 (vordering tot tussenkomst onontvankelijk, omdat deskundigenonderzoek haast volledig uitgevoerd was, ook al had de in tussenkomst gedagvaarde partij nog de mogelijkheid om opmerkingen te geven).

¹³⁷ Zie Cass. 25 november 1996, *Arr. Cass.* 1996, 1081.

¹³⁸ Arbitragehof 18 april 2001, *R.W.* 2001-02, 483 en *B.S.* 6 juni 2001, 18592.

¹³⁹ Cass. 16 november 2001, www.cass.be.

aan wie de bindendverklaring van zijn uit te spreken vonnis wordt gevraagd, dient dus niet in te gaan op de mogelijke betwistingen die in dat andere geding tussen de derde en de eiser in bindendverklaring aan bod kunnen komen, ook al zou daaruit misschien blijken dat de eiser uiteindelijk geen belang heeft bij een bindendverklaring. In zekere zin is het ontvankelijkheidscriterium er dus een van schijn van belang, of beter: een potentieel belang, eerder dan een «zeker en vaststaand» belang.

C. Hervatting van geding

40. Wanneer zich in de loop van een geding – voor de sluiting van het debat – een geval van rechtsopvolging voordoet ten aanzien van een van de procespartijen, dan is het aan de rechtsopvolgers om de andere partijen daarvan op de hoogte te brengen en een hervatting van het geding te ondernemen (art. 815 en 816 Ger. W.). Eén van de in art. 815 Ger. W. vermelde gronden die aanleiding kan geven tot een hervatting van geding is de *verandering van staat of de wijziging van de hoedanigheid*, welke omstandigheid soms aanleiding geeft tot misverstanden.

Volgens de gezaghebbendste rechtsleer horen de verandering van staat en de wijziging van de hoedanigheid niet echt thuis in het rijtje van art. 815 Ger. W.¹⁴⁰ In dat geval doet zich immers doorgaans geen rechtsopvolging voor maar enkel een verandering van de *dominus litis*.¹⁴¹ Deze opvatting is ons inziens correct. Stel bijvoorbeeld dat een voogd namens een onbekwame een geding instelt. De voogd treedt op als *dominus litis*, maar de onbekwame is de eigenlijke procespartij. Wanneer de onbekwame in de loop van het geding (opnieuw) bekwaam wordt, dan blijft deze gewoon procespartij, zodat een hervatting van geding eigenlijk niet nodig is.^{142 143}

Aansluitend op deze problematiek kan nog worden verwezen naar een cassatiearrest van 4 oktober 2000. In de

¹⁴⁰ A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Faculté de droit, 1987, 453; P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, dl. III, Brussel, Bruylant, 306; P. VAN ORSHOVEN, *Beginnselen van gerechtelijk recht. Geïllustreerde leidraad*, Leuven, Acco, 2003, 235.

¹⁴¹ P. VAN ORSHOVEN, *o.c.*, 235. Niet alle auteurs maken evenwel het door deze auteur gehanteerde onderscheid tussen procespartij en *dominus litis*; sommigen schijnen de beide begrippen gelijk te stellen (bv. P. VANLERSBERGHE, «Artikel 17 Ger. W.», *Comm. Ger.*, losbl., 22). Toch is het terminologische onderscheid ons inziens gerechtvaardigd: de procespartij is diegene wiens rechten in het geding zijn, terwijl de *dominus litis* diegene is die de bevoegdheid heeft om te bepalen hoe deze rechten moeten worden behandeld in een rechtsgeding (zie in dezelfde zin: Gent 25 februari 1999, *A.J.T.* 1999-00, 653; vgl. J. STEVENS, *Regels en gebruiken van de advocatuur te Antwerpen*, Antwerpen, Kluwer, 1990, p. 254, nr. 264).

¹⁴² Arbh. Bergen 20 juni 1975, *J.T.* 1975, 551; Rb. Hasselt 29 juni 1981, *Limb. Rechtsl.* 1982, 13.

¹⁴³ Dezelfde redenering verantwoordt waarom ook in geval van faillissement geen hervatting van geding mogelijk of vereist is (Brussel 14 april 2000, *Rev. prat. Soc.* 2000, 362; Brussel 24 februari 2000, *A.J.T.* 2000-01, 238 en *J.T.* 2000, 468; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Faculté de droit, 1987, 453). Er is immers ook in die omstandigheden geen sprake van rechtsopvolging maar enkel – wegens de aanstelling van een curator – van verandering van de *dominus litis* (zie Cass. 5 februari 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 742 en *R.W.* 1985-86, 110: (ook) indien de curator wordt vervangen, blijft de vertegenwoordigde partij in het geding en is een gedinghervatting dus niet vereist.)

zaak die voorafging aan dit arrest, had een moeder zich in naam en voor rekening van haar minderjarige dochter burgerlijke partij gesteld. Nadat de raadkamer een buitenvervolginstelling had uitgesproken, tekende de moeder hoger beroep aan tegen het vonnis, evenwel uit het oog verliezend dat op dat moment haar dochter reeds meerderjarig was geworden. Vervolgens trachtte de dochter het euvel te regulariseren door een hervatting van geding, maar deze mogelijkheid werd uitgesloten door het Hof van Cassatie. Het Hof baseerde deze beslissing op de overweging dat «de appellante (de moeder) noch de hoedanigheid noch het belang had om de zaak in eigen naam of *qualitate qua* bij het hof van beroep aanhangig te maken (...)». Het Hof plaatst aldus het probleem in het juiste perspectief: er was in deze omstandigheden inderdaad geen sprake van rechtsopvolging, maar enkel van een reeds initieel (bij de inleiding van de vordering) aanwezig gebrek aan belang en hoedanigheid,¹⁴⁴ waaraan niet geredieerd kan worden door een loutere hervatting van geding, spijs de vermelding in art. 815 Ger. W. van de wijziging van de hoedanigheid.

Toch roept het antwoord van het Hof in deze zaak enkele bedenkingen op. Een eerste betreft de motivering van het arrest. Om te verantwoorden waarom een hervatting van geding geen uitweg kon bieden, stipt het Hof niet alleen aan dat het eigenlijk om een probleem van belang en hoedanigheid ging, maar merkt het tevens op dat «een onregelmatig ingeleid geding niet kan worden hervat». De cassatierechters wilden met deze zinsnede wellicht alleen maar zeggen wat zij reeds overwogen hadden, namelijk dat een gedinghervatting niet dient om de zaak te redden wanneer de vordering niet regelmatig – *in casu* door de verkeerde persoon – werd ingeleid.¹⁴⁵ De verwoording ervan is echter ietwat ongelukkig. Zij wekt immers de indruk dat een rechter, alvorens een hervatting van geding te mogen aanvaarden, eerst moet beslissen dat de vordering regelmatig werd ingeleid en dus ontvankelijk is, wat niet juist is, want een dergelijke voorwaarde wordt niet door de wet gesteld. Een tweede bedenking bij dit arrest betreft het probleem van hoedanigheid. Het Hof spreekt van een gebrek aan hoedanigheid, maar... was hier wel sprake van gebrek aan hoedanigheid? Zeker, de moeder kon niet meer optreden als *wettelijke* vertegenwoordigster van haar dochter, wegens de ingetreden meerderjarigheid, maar kon een alternatief niet bestaan in het aanvaarden van een *conventionele* vertegenwoordiging?¹⁴⁶

¹⁴⁴ Het begrip hoedanigheid wordt toegelicht in o.m. Antwerpen 14 februari 2002: «de problematiek van hoedanigheid rijst ten aanzien van een eiser die zich niet op een eigen recht beroept of zo de vordering wordt gesteld door een ander persoon dan de houder van het ingeroepen recht» (P. & B. 2002, 236 e.v.).

¹⁴⁵ Zie in dat verband ook: Cass. 16 september 1994, *Arr. Cass.* 1994, 755 (de hervatting van geding door de erfgenamen kan niet beletten dat de voorziening in cassatie die door de erfgenamen werd ingesteld na het overlijden van de procespartij maar vóór de gedinghervatting onontvankelijk wordt verklaard); Gent 18 november 1998, P. & B. 1999, 272 (*idem*, maar dan in geval van hoger beroep); Luik 9 november 1993, *J.L.M.B.* 1994, 1325, met noot (*idem*); Gent 28 april 1995, *T.R.V.* 1995, 599, met noot (de hervatting van het geding kan niet beletten dat de vordering ingesteld door een vennootschap nadat zij reeds werd vereffend, onontvankelijk wordt verklaard).

D. Afstand van geding

41. De afstand van geding is, zoals bekend, te onderscheiden van de afstand van een recht, van de rechtsvordering en van een proceshandeling (art. 820-823 Ger. W.).¹⁴⁷ De afstand van geding is een afstand van de hele rechtspleging, zonder dat het onderliggende recht en de rechtsvordering, het *ius agendi*, worden prijsgegeven.

Over de afstand van geding zijn twee arresten meldenswaardig die een interessante toepassing maken van de leer van de *stilzwijgende afstand*.

De wet bepaalt in art. 824 Ger. W. dat de afstand stilzwijgend kan gebeuren, maar dat deze alleen mag worden afgeleid uit akten of uit bepaalde en met elkaar overeenstemmende feiten, waaruit met zekerheid blijkt dat de partij afstand wil doen. In de rechtsleer vindt men daarvan diverse voorbeelden, maar nieuw is toch de toepassing die het Hof van Beroep te Gent heeft gemaakt.¹⁴⁸ Het betrof een fiscale zaak, waarin een vennootschap in rechte optrad teneinde de vernietiging van een beslissing van de gewestelijke directeur der belastingen te verkrijgen. De vennootschap werd evenwel failliet verklaard en nog vóór het geding was beëindigd, werd de vereffening van de gefailleerde vennootschap volledig afgesloten. Bovendien weigerde de faillissementsrechter de verschoonbaarheid uit te spreken, zodat de vennootschap, overeenkomstig art. 83 van de Faillissementswet, geacht mocht worden niet meer te bestaan. Vanzelfsprekend werd dan de vraag gesteld naar het verdere verloop van het nog hangende fiscale geding. Het hof van beroep oordeelde daarover dat de definitieve sluiting van de vereffening, zonder enig voorbehoud vóór het geding, impliciet maar met zekerheid aantoonde dat de vennootschap afstand wenste te doen van het hangende geding.

Daarentegen werd door het Hof van Beroep te Luik geen afstand van geding aangenomen, ook geen impliciete afstand, in een zaak waarin een procespartij een onderhands geschrift voorlegde waarin de tegenpartij, een dame van 89 jaar oud, verklaarde de procedure te willen stopzetten.¹⁴⁹ De appelrechters waren van oordeel dat de in die akte geformuleerde afstand onvoldoende duidelijk en exact was om te voldoen aan de vereisten van art. 824 Ger. W., te meer daar het geschrift verkregen was tijdens een privé-bezoek van de partij aan de afstand doende tegenpartij, in afwezigheid van haar advocaten, en bovendien alle partijen erkenden dat de dame niet meer over al haar geestelijke vermogens beschikte.

E. Wraking

42. Krachtens art. 828, 1^o, Ger. W. kan de rechter worden gewraakt «wegens wettelijke verdenking». Die bepaling

¹⁴⁶ Over de mogelijkheid tot conventionele vertegenwoordiging, zie H. BOULARBAH, «La double dimension de la qualité, condition de l'action et condition de la demande en justice», *T.B.B.R.* 1997, (58) 75-78; P. VANLERSBERGHE, «Artikel 17 Ger. W.», *Comm. Ger.*, losbl., 31, randnr. 30 *in fine*.

¹⁴⁷ Aan deze wettelijke categorieën kan ook nog de afstand van een *verweermiddel* worden toegevoegd, als een vierde verschijningsvorm van afstand in het procesrecht.

¹⁴⁸ Gent 5 oktober 2000, *T.G.R.* 2001, 104.

¹⁴⁹ Luik 27 februari 2001, *J.T.* 2001, 614.

werd ingevoerd bij de wet van 10 juni 2001 (*B.S.*, 22 september 2001, tweede uitgave).¹⁵⁰

In art. 648, 2^o, Ger. W. is sprake van «wettige verdenking». Aangenomen mag worden dat de begrippen «wettige» en «wettelijke» verdenking dezelfde draagwijdte hebben.¹⁵¹ Luidens art. 648 Ger. W. kan de vordering tot *onttrekking van de zaak aan de rechter* worden ingesteld, onder meer wegens wettige verdenking.

De *onttrekking van de zaak aan de rechter* kan worden gevorderd, volgens de procedure bepaald in de artikelen 648 e.v. Ger. W., wanneer men verdenking aanvoert tegen alle magistraten van een rechtbank.¹⁵² Wanneer men slechts verdenking aanvoert tegen een of meer maar niet alle magistraten van een bepaalde rechtbank, is een verzoek tot onttrekking van de zaak aan de rechter kennelijk onontvankelijk, en dient men de wraking te vorderen.¹⁵³

De «wettige», «wettelijke» of «gewettigde» verdenking is een restcategorie, die alle gronden tot wraking omvat die niet elders in art. 828 Ger. W. worden omschreven.¹⁵⁴ In art. 828 Ger. W. is bijvoorbeeld sprake van betrokkenheid van de echtgenoot, bloed- of aanverwanten van de rechter bij de zaak. Wanneer nu een partij blijkt een intieme relatie te onderhouden met de rechter, dreigt minstens de schijn te ontstaan dat de rechter niet meer in staat is een onafhankelijk en onpartijdig oordeel te wijzen. De rechter kan in zo'n geval krachtens art. 828, 1^o, Ger. W. wegens «wettelijke» verdenking worden gewraakt.

Het begrip «wettelijke» verdenking gebruikt in art. 828, 1^o, Ger. W. is ongelukkig. In het Frans is sprake van «suspicion légitime». Bedoeld wordt eigenlijk niet «wettelijke» verdenking (d.i. overeenkomstig of krachtens de wet, of in een wet vastgelegd). Het begrip «wettig» (*cf.* art. 648 Ger. W.) betekent in beginsel overeenkomstig of krachtens de wet, net zoals «wettelijk», maar kan (althans volgens Van Dale) bij uitbreiding ook worden gebruikt in de betekenis van «geldig». Het begrip «wettige verdenking» geldt bijgevolg als een betere (minstens minder slechte) vertaling van «suspicion légitime».

Het adjectief «gewettigd» betekent volgens Van Dale: «waarvoor een deugdelijke grond bestaat». Dat laatste is wat in de artikelen 828 en 648 Ger. W. wordt bedoeld, zodat de uitdrukking «gewettigde verdenking» de voorkeur

¹⁵⁰ Voor een grondige bespreking van de problematiek van wraking en onttrekking van de zaak aan de rechter, voorafgaandelijk aan deze wetswijziging, raadpleeg o.m. H. BOULARBAH, «Desaisissement, récusation et impartialité du juge: évolutions récentes en matière civile», *P. & B.* 1999, 287 e.v.

¹⁵¹ De correcte term is «gewettigde verdenking» (zie *in fine* van dit randnummer). Die uitdrukking duikt soms in de rechtspraak op: zie b.v. Cass. 20 november 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1812; Cass. 18 juli 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1273.

¹⁵² Bijvoorbeeld omdat de eiser zelf een magistraat is uit een bepaalde rechtbank: Cass. 4 mei 2000, *Arr. Cass.* 2000, 852.

¹⁵³ Cass. 20 november 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1812; Cass. 18 juli 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1273.

¹⁵⁴ Vóór de invoering van de gewettigde verdenking als wrakingsgrond, volstond een vermoeden of een schijn van partijdigheid ten aanzien van een bepaalde rechter niet om een verzoek tot wraking te kunnen toekennen, aangezien dat «geen grond is die wordt vermeld onder de in artikel 828 (oud) Gerechtelijk Wetboek opgesomde redenen tot wraking»: Cass. 15 juni 1999, *P. & B.* 2000, 196.

verdient, spijs de door de wetgever in die bepalingen gehanteerde bewoordingen, die – vooral voor wat betreft «wettelijke verdenking» – als ongelukkige vertalingen van «suspicion légitime» moeten worden beschouwd.

43. Sedert de invoeging van het nieuwe art. 828, 1^o, Ger. W., is de rechtspraak die invulling geeft aan het begrip «gewettigde verdenking» in het raam van geschillen inzake onttrekking van de zaak aan de rechter, ook voor de wraking relevant. Aldus is er geen gewettigde verdenking aangaande de strikte objectiviteit en onpartijdigheid van een rechter, wanneer een procespartij «scherpe kritiek» heeft geuit op de voorzitter van de rechtbank waartoe de rechter behoort.¹⁵⁵ Persoonlijke aanvallen die een procespartij richt tegen de voorzitter van een rechtbank zijn als zodanig niet voldoende om bij de partijen en bij derden een gewettigde verdenking te doen ontstaan aangaande de strikte objectiviteit en onpartijdigheid van die rechtbank.¹⁵⁶

Wanneer «scherpe kritiek» of «persoonlijke aanvallen» worden gericht tegen de rechter zelf, en niet enkel tegen de voorzitter van de rechtbank waartoe die rechter behoort, zal men voor wat de wraking betreft ook rekening moeten houden met art. 828, 12^o, Ger. W., waarin sprake is van onder meer «mondelijke beledigingen». Stel dat een partij de rechter ter zitting een «dirty tyrannical old dog» noemt.¹⁵⁷ levert dat een grond tot wraking op? Vast staat dat zoiets een zittingsmisdrijf kan opleveren.¹⁵⁸ Wanneer de voorzitter overeenkomstig art. 762 Ger. W. proces-verbaal opmaakt naar aanleiding van dergelijke feiten, moet redelijkerwijze worden aangenomen dat er een wrakingsgrond voorligt. Precies het feit dat dergelijke feiten strafrechtelijk worden beteugeld, lijkt te verhinderen dat men door het beledigen van de rechter hem opzettelijk zou noodzaken zich uit de zaak terug te trekken, bij wijze van dilatoir maneuver.¹⁵⁹ Wanneer er daarentegen sprake is van «kritiek» of «persoonlijke aanvallen» die niet beledigend worden geformuleerd en die geen misdrijf opleveren, moet dat – in het verlengde van het arrest van 14 augustus 2000 – in beginsel niet als een wrakingsgrond worden beschouwd.

44. Art. 828, 9^o, Ger. W. bepaalt dat de rechter kan worden gewraakt wanneer hij raad gegeven, gepleit of geschreven heeft over het geschil, of wanneer hij daarvan vroeger kennis heeft genomen als rechter of als scheidsrechter, behoudens een aantal aldaar nader omschreven uitzonderingen (namelijk: meewerken aan een vonnis alvorens recht te doen, uitspraak doen op verstek gevolgd

door een verzet, of kennisnemen van een zaak in verenigde kamers).

Dwangmaatregelen die de jeugdrechtsbanken kunnen nemen krachtens art. 38 van het Jeugdbeschermingsdecreet van 4 maart 1991 zijn beperkt in de tijd, maar hernieuwbaar krachtens art. 10 van dat decreet. Wanneer de rechter uitspraak doet over een vordering tot hernieuwing van zo'n maatregel, dient hij rekening te houden met de evolutie van de situatie van het kind, van zijn gezin of van zijn gezinsleden, en van de gevolgen van de reeds eerder genomen maatregelen. Gelet op de nieuwe gegevens waarmee rekening dient te worden gehouden en gelet op de evolutie van de toestand, kan niet worden besloten dat de jeugdrechter in dergelijke omstandigheden kennisneemt van hetzelfde geschil in de zin van art. 828, 9^o, Ger. W.¹⁶⁰

Betwistingen over voorlopige maatregelen tijdens een echtscheidingsprocedure en die over uitkeringen na echtscheiding, maken niet hetzelfde geschil uit in de zin van art. 828, 9^o, Ger. W. De vorderingen in dat verband zijn gebaseerd op een verschillende rechtsgrond en hebben een ander voorwerp.¹⁶¹

45. Het bestaan van een zekere spanning tussen twee personen, zoals die kan blijken uit incidenten bij de ingereedheidbrenging van een zaak waarin beide personen optraden als raadslieden, wijst niet op een hoge graad van vijandschap als bedoeld in art. 828, 12^o, Ger. W., wanneer die reeds oude incidenten niet van aard schijnen te zijn de oordeelsvorming van het gewraakte lid van de tuchtraad te kunnen beïnvloeden.¹⁶²

46. Luidens art. 835 Ger. W. wordt de vordering tot wraking ingeleid bij een ter griffie neergelegde akte, die de middelen bevat en wordt ondertekend door de partij of door haar bijzondere gemachtigde, wiens volmacht bij de akte wordt gevoegd. Miskennis van de vereisten van art. 835 Ger. W. heeft als sanctie de onontvankelijkheid van de vordering tot wraking.¹⁶³

F. Ontkennis van proceshandelingen

47. De vordering tot ontkennis van een proceshandeling strekt ertoe een proceshandeling die namens een derde werd verricht door een persoon die daartoe niet wettig gemandateerd was, van onwaarde te verklaren (art. 848 Ger. W.).¹⁶⁴ De procedure tot ontkennis van een proceshandeling is op alle burgerlijke zaken van toepassing, maar niet – zo bevestigt het Hof van Cassatie – in strafzaken, zelfs niet wat de burgerlijke vordering in strafzaken betreft.¹⁶⁵

¹⁶⁰ Cass. 11 juli 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1270. Het arrest werd uitgesproken voor de hernummering bij de wet van 10 juni 2001 en verwijst bijgevolg nog naar art. 828, 8^o, Ger. W. Die hernummering vond plaats ingevolge de invoeging van een nieuw art. 828, 1^o, namelijk de wettelijke verdenking als wrakingsgrond.

¹⁶¹ Cass. 24 maart 2000, *R.W.* 2000-01, 346 en *P. & B.* 2001, 63. Zie ook over deze problematiek: B. ALLEMEERSCH, «Het verbod voor een rechter om tweemaal kennis te nemen van dezelfde zaak», (noot onder Cass. 10 april 2003), *P. & B.* 2003, 201 e.v.; O. MIGNOLET, «Observations sur la mise en cause de l'impartialité du juge lorsque celui-ci cumule les fonctions de juge du provisoire et du fond, au regard des principes et des sanctions», *P. & B.* 2001, 39.

¹⁶² Cass. 26 oktober 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1666.

¹⁶³ Cass. 21 december 2000, *Arr. Cass.* 2000, 2087.

¹⁵⁵ Cass. 14 augustus 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1280.

¹⁵⁶ Cass. 14 augustus 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1280.

¹⁵⁷ *Mayberry v. Pennsylvania*, U.S. Supreme Court, 400 US 455 (1971).

¹⁵⁸ Op smaad door woorden, daden, gebaren of bedreigingen gepleegd tegen een lid van de rechterlijke orde op de terechtzitting, staat krachtens art. 275 Sw. een gevangenisstraf van twee maanden tot twee jaar, benevens een geldboete van 200 tot 1000 euro.

¹⁵⁹ Zie voor een geval waarin een verzoek tot wraking werd afgewezen omdat uit de omstandigheden van de zaak bleek dat het slechts tot doel had de voortgang van de procedure te dwarsbomen: Cass. 21 juni 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1176 (onontvankelijkheid als sanctie voor rechtsmisbruik).

Wanneer, in burgerlijke zaken, een procespartij een vordering tot ontkenenis instelt in de loop van het geding, bij wege van incidentele eis, dan moet de advocaat in kwestie worden betrokken bij de behandeling van die eis. Vorderingen tot ontkenenis die worden ingesteld zonder dat de advocaat in het geding betrokken is of wordt, worden door de rechtspraak geregeld onontvankelijk verklaard.¹⁶⁶ Het betrekken van de advocaat in het geding gebeurt «volgens de regels van de tussenkomst», zoals art. 849 Ger. W. voorschrijft. Dit betekent doorgaans dat de procespartij in kwestie haar raadsman zal dagvaarden in gedwongen tussenkomst, teneinde tegen die persoon de ontkenenis te horen uitspreken. Aan het Hof van Cassatie werd de vraag gesteld of de advocaat ook preventief, om de kosten van dagvaarding te vermijden, vrijwillig kan tussenkomen alvorens de ontkenenis wordt gevraagd. Naar de mening van de eiser in cassatie was zo iets niet mogelijk, omdat, zolang de vordering tot ontkenenis niet is ingesteld, de advocaat geen belang heeft (in de zin van de art. 17 en 18 Ger. W.) om in het geding tussen te komen. Volgens het Hof is die vraag evenwel irrelevant, aangezien de onontvankelijkheid van een vrijwillige tussenkomst op zichzelf niet de onontvankelijkheid meebrengt van een vordering tot ontkenenis die bij conclusie is ingesteld tegen die vrijwillig tussengekomen partij.¹⁶⁷ De vordering tot ontkenenis lijkt dus beschouwd te worden als een autonome vordering, waarvan het lot niet afhangt van andere vorderingen en procesverhoudingen. In ieder geval heeft het Hof van Cassatie daarmee het gezond verstand laten spreken: als de advocaat eenmaal persoonlijk betrokken is in het geding, dan kan die zich verdedigen en kan de ontkenenis tegen hem of haar worden uitgesproken, ongeacht of diens eigen vordering of tussenkomst later al dan niet onontvankelijk blijkt.

VIII. ONDERZOEKSMATREGELEN

A. Overlegging van stukken

48. Een basisregel van het burgerlijk procesrecht is dat alle partijen verplicht zijn loyaal mee te werken aan de bewijsgaring.¹⁶⁸ Dit komt tot uiting in art. 871 Ger. W.,

¹⁶⁴ Recente toepassingen: Brussel 10 juni 2002, *P. & B.* 2002, 307, met noot B. LAMBRECHT en I. SAMOY (waarin het standpunt wordt verdedigd dat de regels omtrent ontkenenis van proceshandeling de toepassing van de leer van het schijnmandaat uitsluiten); Luik 27 september 2001, *J.T.* 2002, 47 en *R.R.D.* 2002, 105 (i.v.m. de keuze van woonplaats in een dagvaarding).

¹⁶⁵ Cass. 19 januari 2000, *Arr. Cass.* 2000, 138.

¹⁶⁶ Brussel 8 oktober 2002, *P. & B.* 2002, 167; zie ook: Arbh. Gent 7 november 1994, *onuitgegeven*, aangehaald in P. DEPUYDT, «Artikel 848 Ger. W.», *Comm. Ger.*, losbl., 18; Kh. Gent 4 september 1987, *T.G.R.* 1988, 22; Beslagr. Antwerpen 5 april 1973, *R.W.* 1973-74, 2115.

¹⁶⁷ Cass. 14 december 2001, *www.cass.be*.

¹⁶⁸ A. FETTWIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Faculté de droit, 1987, 353 e.v.; G. DEMEZ, «La participation des parties à l'administration de la preuve», *R.C.J.B.* 1976, 149 e.v.; G. GOUBEUX, «Le droit à la preuve», in C. PERELMAN en P. FORIERS, *La preuve en droit*, Brussel, Bruylant, 1981, 277 e.v.; S. STIJNS, «Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering», *R.W.* 1989-90, (1003) 1016; M.E. STORME, «De

naar luid waarvan de rechter aan iedere gedingvoerende partij kan bevelen het bewijsmateriaal dat zij bezit, over te leggen. Art. 877 Ger. W. rekt deze regel nog wat verder uit en geeft de rechter de mogelijkheid ook aan *derden* te bevelen (welbepaalde) stukken over te leggen die het bewijs inhouden van een terzake dienend feit. Samen vormen de art. 871 en 877 e.v. Ger. W. de procedure van overlegging van stukken, de zgn. *actio ad exhibendum*, die de Belgische variant vormt van wat men in de Verenigde Staten de «*discovery*»-procedure pleegt te noemen.¹⁶⁹

Wanneer men de rechter verzoekt de overlegging van bepaalde stukken te bevelen, is hij vanzelfsprekend niet verplicht daarop in te gaan. Overeenkomstig de bevoordingen van art. 877 Ger. W. kan een overlegging enkel worden bevolen als «er gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens bestaan dat een partij of een derde een stuk onder zich heeft dat het bewijs inhoudt van een terzake dienend feit». Zelfs als aan al die voorwaarden voldaan lijkt, behoudt de rechter een zekere appreciatievrijheid. Recente rechtspraak illustreert dat het maken van die appreciatie doorgaans gepaard gaat met een voorzichtige *belangenafweging*, namelijk tussen het belang van de partij die de overlegging eist en dat van de partij of de derde die de stukken onder zich heeft.

Zo oordeelde het Hof van Beroep te Bergen dat wanneer het gevorderde bevel tot overlegging impliceert dat de derde opzoeken moet doen in zijn gegevensbestand en vervolgens een gedetailleerde lijst moet opstellen van alle resultaten van die opzoeken, dit zou neerkomen op het verrichten van een dienst zonder vergoeding en aldus te ver gaat.¹⁷⁰ In een ander arrest, van het Luikse Hof van Beroep, werd geweigerd om de verwerende partij (een hotel) te bevelen haar klantenfiches – die elk hotel wettelijk verplicht is bij te houden – over te leggen, ook al beweerde de eiser (een concurrerend hotel) dat de verwerende partij er oneerlijke handelspraktijken op nahield door consequent na te laten deze fiches bij te houden en aldus, tegen de wettelijke vereisten in, de klanten anonimiteit te garanderen.¹⁷¹ De appèlrechters kwamen tot hun oordeel na een afweging van, enerzijds, het recht van de klanten op de bescherming van hun persoonlijke levenssfeer en anderzijds de waarschijnlijkheid dat de betrokken stukken het beoogde bewijs zouden leveren, waarbij de bescherming van de persoonlijke levenssfeer geacht werd het zwaarst door te wegen.

Een *minnelijke bewijsregeling*, echter, kan de rechtbank zo'n delicate belangenafweging besparen, zoals blijkt uit een beslissing van de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Hasselt. Eiser vroeg de overlegging door verweerder van diens inkoopfacturen, zodat bewezen kon worden dat die laatste zijn producten met verlies had verkocht. Verweerder verzette zich tegen dit verzoek om reden dat eiser daardoor te weten zou komen onder welke voorafdelige voorwaarden hij zijn producten aankocht en op zijn

goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaatsproces- en bewijsrecht», *T.P.R.* 1990, 353 e.v., i.h.b. randnr. 84.

¹⁶⁹ P. VAN LEYNSEELE en M. DAL, «Pour un modèle belge de la procédure de discovery?», *J.T.* 1997, 225-232.

¹⁷⁰ Bergen 1 oktober 2002, *Rev. Not. B.* 2003, 96.

¹⁷¹ Luik 14 januari 2000, *J.L.M.B.* 2001, 1289.

beurt deze voorwaarden bij de leverancier zou kunnen opeisen. De moeilijke keuze tussen de legitieme belangen van de eiser en die van de verweerder werd vermeden doordat eiser bereid bleek afstand te doen van zijn recht op tegenspraak en ermee akkoord ging dat verweerder zijn inkoopfacturen enkel aan de rechter zou overleggen, zonder dat eiser die kon inzien.¹⁷²

B. Schriftonderzoek

49. Wanneer men gebruik wenst te maken van een onderhandse akte en de partij tegen wie dit bewijs wordt geleverd, de echtheid van het stuk of van diens handtekening ontkent, dan kan de echtheid ervan formeel vastgesteld of weerlegd worden door een schriftonderzoek (art. 1324 B.W. en art. 883 tot 894 Ger. W.). Of het *initiatief* daartoe moet uitgaan van de partij die het stuk overlegt dan wel of dit ook door de rechter ambtshalve kan gebeuren, is onzeker. Recentelijk oordeelde een vrederechter nog dat een schriftonderzoek enkel op vordering van een partij en dus nooit ambtshalve kan worden bevolen.¹⁷³

Van groter praktisch belang is evenwel de vraag welke de bewijsrechtelijke gevolgen zijn van het uitblijven van een schriftonderzoek, nadat de echtheid van een bepaald stuk werd ontkend. Volgens sommigen verliest het stuk in een dergelijk geval elke bewijskracht.¹⁷⁴ Een recent arrest van het Hof van Cassatie laat echter een ander geluid horen. In de procedure ten gronde die eraan vooraf ging, ontkende een partij de auteur te zijn van een cruciale opzegbrief. Een schriftonderzoek werd nooit georganiseerd, maar toch achtte de feitenrechter, op basis van eigen inzichten, de echtheid van het stuk bewezen. Het Hof zag daarin geen graten en oordeelde dat «de rechter, zonder dat een schriftonderzoek overeenkomstig de artikelen 883 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek is bevolen, vermog te beslissen over de echtheid van het geschrift dat is ontkend door degene tegen wie het is ingeroepen, op grond dat hij daartoe voldoende zekerheid heeft door de overgelegde feitelijke gegevens en hun bewijswaarde.»¹⁷⁵ Deze beslissing is ongetwijfeld ingegeven door proceseconomische motieven – het Hof wou vermijden dat de ontkenning van echtheid een gemakkelijk en efficiënt dilatoir manoeuvre zou worden – en moet om die reden ook worden goedgekeurd. Men kan zich echter wel de vraag stellen hoe deze overweging van het Hof van Cassatie te verzoenen is met de tekst van art. 1324 B.W., naar luid waarvan een gerechtelijk onderzoek wordt bevolen naar de echtheid van elk stuk waarvan een partij het geschrift of de handtekening ontkent.

C. Valsheidsprocedure

50. Wie wil bewezen zien dat een bepaald stuk vals is, kan daartoe de valsheidsprocedure aanwenden (art. 895 tot 914 Ger. W.). Onder «valsheid» begrijpt men hier de ver-

draaiing van de waarheid, ofwel door het wijzigen van een stuk (materiële valsheid), ofwel door leugenachtigheid bij het opstellen ervan (intellectuele valsheid). Doorgaans is dit het gevolg van bedrog, list en kunstgrepen. De vraag is gerezen of valsheid ook het gevolg kan zijn van een opzettelijke verdraaiing. Een vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge heeft daarop affirmatief geantwoord: voor het instellen van de valsheidsprocedure is niet vereist dat er (misdadig) opzet zou hebben bestaan bij de totstandkoming van de valse vermeldingen in een akte. Aldus werd de valsheid erkend van een vonnis en een zittingsblad waarin per vergissing sprake was van een dwangsom van duizend Belgische frank per dag, terwijl de rechter enkel een dwangsom van duizend frank per maand had uitgesproken.¹⁷⁶ Wanneer er sprake is van materiële vergissingen of verschrijvingen in een vonnis, dient evenwel in beginsel niet de valsheidsprocedure van de art. 895 e.v. Ger. W. te worden toegepast, maar wel een vordering tot verbetering te worden ingeleid op grond van de art. 793 e.v. Ger. W.

D. Getuigenverhoor

51. Het getuigenverhoor is in de artikelen 915 tot 961 Ger. W. dermate extensief geregeld, dat daaromtrent nog maar zelden controverse rijst in de rechtspraak.

Een aspect dat in de rechtsleer en rechtspraak toch enige aandacht wekt, is het verhoor van *kinderen*. Art. 931 Ger. W. bepaalt dat bloedverwanten in nederdalende lijn niet mogen worden gehoord in zaken waarin hun bloedverwanten in opgaande lijn tegengestelde belangen hebben. Daarmee heeft de wetgever, vanuit de zorg om de bescherming van de familiale orde, willen beletten dat kinderen of kleinkinderen worden betrokken in de twisten tussen hun ouders of grootouders.

Het verbod van art. 931 Ger. W. wordt doorgaans beperkend geïnterpreteerd.¹⁷⁷ Het wordt bijvoorbeeld geacht niet te gelden voor schoonzonen of schoondochters¹⁷⁸ en ook niet ten aanzien van de niet-gemeenschappelijke kinderen.¹⁷⁹ Die laatste beperking werd recentelijk aange-

¹⁷⁶ Rb. Brugge. 13 september 2000, *T.W.V.R.* 2000, 121.

¹⁷⁷ B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, «Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofde vereiste in het burgerlijk bewijsrecht», *R.W.* 2002-03, (41) 49 e.v.; L. VERHAEGEN, «Art. 931 Ger. W.», in *Comm. Ger.*, losbl., 5-6; L. VERHAEGEN, *Het getuigenbewijs*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 20; E. VIEUJEAN, «Divorce et séparation de corps pour cause déterminée en droit civil», *l.c.*, 83.

¹⁷⁸ Luik 7 juni 1977, *R.R.D.* 1977, 281, met noot DUJARDIN; Brussel 17 juni 1967, *Pas.* 1968, II, 36; Brussel 7 februari 1958, *Pas.* 1958, II, 71; Rb. Marche-en-Famenne 8 november 1969, *J.L.* 1969-70, 86; P. DE BAETS, *Getuigenverhoor in privaatrechtelijke geschillen*, in *A.P.R.*, Antwerpen, Story-Scientia, 2000, 32; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Brussel, Bruylant, 1962, 1027, voetnoot 1; P. SENAËVE, *Handboek familieprocesrecht*, Leuven, Acco, 1985, 178; L. VERHAEGEN, *Het getuigenbewijs*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 21; E. VIEUJEAN, «Divorce et séparation de corps pour cause déterminée en droit civil», in *Le contentieux conjugal. Aspects sociologique, civil et judiciaire, social, fiscal et international*, Luik, Editions du Jeune Barreau de Liège, 1984, (59) 83; *contra*: Luik 21 april 1970, *Pas.* 1970, II, 179; Brussel 16 december 1964, *Pas.* 1965, II, 289; Rb. Luik 26 januari 1961, *J.L.* 1960-61, 155.

¹⁷⁹ Brussel 21 december 1976, *Rev. trim. dr. fam.* 1978, 91; Rb. Leuven 23 oktober 1995, *E.J.* 1997, 125, met noot K. HERBOTS.

¹⁷² Voorz. Kh. Hasselt 18 april 2001, *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 2001, 284.

¹⁷³ Vred. Wolvertem 22 maart 2001, *R.W.* 2001-02, 284.

¹⁷⁴ Vred. Brugge 28 november 1985, *T. Brugse R.* 1986, 50; Vred. Wolvertem 22 maart 2001, *R.W.* 2001-02, 284.

¹⁷⁵ Cass. 7 maart 2002, C.99.0205.N/1, www.cass.be.

vochten in een procedure voor het Hof van Beroep te Gent. Een procespartij was van mening dat het onderscheid dat wordt gemaakt tussen de gemeenschappelijke en de niet-gemeenschappelijke kinderen van een gehuwd koppel, zelfs indien allen deel uitmaken van hetzelfde gezin, strijdig was met het gelijkheidsbeginsel, uitgedrukt in art. 10 en 11 van de Grondwet, en met het recht op een billijk proces, dat wordt gewaarborgd in art. 6 E.V.R.M. De betrokken partij wenste dat, door het stellen van een prejudiciële vraag in die zin, het Arbitragehof zich daarover zou kunnen uitspreken. Volgens het hof van beroep is het onderscheid tussen het gemeenschappelijk en het niet-gemeenschappelijk kind echter redelijk verantwoord, omdat voor het niet-gemeenschappelijk kind slechts een van de ouders in het geschil betrokken is en diens loyaleit dan minder op de proef wordt gesteld.¹⁸⁰ «Een reeds geruime tijd aanwezig zijn in het kerngezin is niet hetzelfde als bloedverwant zijn van beide ouders», aldus het hof. Het standpunt ingenomen door het hof van beroep lijkt ons evenwel twijfelachtig, omdat het onvoldoende rekening houdt met het doel van het verbod in art. 931 Ger. W. Met dit verbod op getuigenis beoogde de wetgever immers de bescherming van de familiale cohesie, en die geldt net zo goed voor gezinnen met niet-gemeenschappelijke kinderen als voor gezinnen met gemeenschappelijke kinderen. Ons inziens kan het verbod van art. 931 worden uitgebreid tot de kinderen uit een ander huwelijk van een van de echtgenoten, indien althans die kinderen deel uitmaken van het gezin van de echtgenoten die in het betreffende geschil tegen-gestelde belangen verdedigen.

Om dezelfde reden moet het verbod van art. 931 Ger. W. trouwens ook geacht worden te gelden voor *adoptieve* kinderen, ook al is in de wettekst als zodanig enkel sprake van *bloedverwanten*.¹⁸¹

E. Deskundigenonderzoek

52. Naar gewoonte betreft een belangrijk deel van de jurisprudentie in het burgerlijk bewijs- en procesrecht het gerechtelijk deskundigenonderzoek. Dat is de voorbije drie jaren niet anders geweest. Grote omwentelingen hebben zich in deze materie evenwel niet voorgedaan.¹⁸² Niettemin zijn enkele recente vonnissen en arresten toch het vermelden waard, omdat daarin voor bepaalde klassieke thema's de puntjes op de i werden gezet.

Zo is er het arrest van 7 februari 2000 van het Hof van Cassatie waarin het Hof zich moest uitspreken over de

kwestie of een deskundigenonderzoek kan worden bevolen wanneer de persoon die door de deskundige moet worden onderzocht, niet in het geding is betrokken.¹⁸³ In een geschil tussen een werkgever en een arbeidsongevallenverzekeraar enerzijds, en anderzijds een ziekenfonds dat de medische kosten had vergoed van het slachtoffer van een beweerd arbeidsongeval, had het Hof van Beroep te Antwerpen geweigerd een deskundigenonderzoek te bevelen, omdat het slachtoffer zelf inmiddels geen partij meer was. Naar het oordeel van het Hof van Cassatie werd hiermee een voorwaarde ingesteld die niet in de wet is terug te vinden, en het vernietigde het arrest wegens schending van art. 962 Ger. W. Daarmee staat nu ook voor het deskundigenonderzoek vast, zoals voor de overlegging van stukken, dat derden onderworpen kunnen worden aan een deskundigenonderzoek in een geschil waarin zij persoonlijk geen partij zijn. De uitgebreide rechtsmacht van de rechter in bewijszaken en het bestaan van een medewerkingsplicht voor eenieder, worden daarmee nogmaals bevestigd.

53. Ook in de rechtspraak over het *contradictoir karakter* van het deskundigenonderzoek en de handhaving van het recht van verdediging, werd een en ander verduidelijkt. Men weet dat een gerechtelijk deskundigenonderzoek steeds op tegenspraak moet gebeuren, wat in de praktijk vooral betekent dat de partijen moeten worden opgeroepen om aanwezig te zijn op de werkzaamheden van de deskundige, dat zij weet dienen te hebben van al wat aan de deskundige schriftelijk of mondeling werd meegedeeld en de gelegenheid moeten krijgen om te reageren op de eerste bevindingen in het voorverslag. Een klassieke vraag in dit verband is welke de *sanctie* is die moet volgen op een eventuele miskenning door de deskundige van het beginsel van de tegenspraak. Door bepaalde rechters, zelfs in de hoven van beroep, wordt weleens gewag gemaakt van de nietigheid van het deskundigenverslag wegens een schending van het recht van verdediging.¹⁸⁴ Ten onrechte, want geen enkele wettekst voorziet in de nietigheid van een deskundigenverslag in geval van miskenning van het recht van verdediging en *sans texte, pas de nullité* (art. 860 Ger. W.). Steeds vaker weigeren de rechtbanken in te gaan op een exceptie van nietigheid als enkel een schending van het recht van verdediging wordt aangevoerd.¹⁸⁵ De juiste sanctie is inderdaad de niet-tegenwerpelijke van het verslag ten aanzien van de partij wier recht van verdediging werd miskend.¹⁸⁶ Andere sanctiemogelijkheden die als alternatief kunnen gelden voor (of gecumuleerd worden met)

¹⁸⁰ Gent 13 december 2001, R.W. 2002-03, 1347.

¹⁸¹ B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, «Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht», R.W. 2002-03, (41) 49-50.

¹⁸² Voor de recente rechtsleer over het gerechtelijk deskundigenonderzoek kan verwezen worden naar o.m.: P. Taelman, «Het deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken», in G. De Leval en B. Tilleman (red.), *Gerechtelijk deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingsconsulent – L'expertise judiciaire. Le rôle de l'expert-comptable et du conseil fiscal*, Brugge, Die Keure, 2003, 61-132; J. Van Compernelle, G. Closset-Marchal, J.-F. Van Drooghenbroeck, A. Decroës en O. Mignolet, «Examen de jurisprudence (1991 à 2001) – Droit judiciaire privé (suite)», R.C.J.B. 2002, (653) 754-823; J. Van Compernelle en B. Dubuisson (red.), *L'expertise*, Bruylant, Brussel, 2002, 267 p.

¹⁸³ Cass. 7 februari 2000, Arr. Cass. 2000, 308, R.W. 2000-01, 1613, met noot en P. & B. 2000, 200, met noot.

¹⁸⁴ Recentelijk nog in Vred. Deinze 3 juni 2001, T.O.G.O.R. 2002, 67, noot. Zie ook: Brussel 24 juni 1996, T.Gez. 1996-97, 119; Antwerpen 12 december 1994, Limb. Rechtsl. 1998, 1, met noot; Brussel 26 februari 1986, T.B.B.R. 1987, 68, met noot; Gent 25 februari 1986, T.G.R. 1986, 64, met noot; Vred. Brussel 21 maart 1997, T. Vred. 1998, 363, met noot.

¹⁸⁵ Rb. Hasselt 14 maart 2002, N.J.W. 2002, 29; Kh. Gent 7 juni 2001, T.G.R. 2001, 282. Zie ook Bergen 29 januari 1997, J.L.M.B. 1997, 1284.

¹⁸⁶ Bergen 8 september 2000, T.B.B.R. 2002, 409. Zie ook G. Closset-Marchal, «L'expertise et le Code judiciaire», in J. Van Compernelle en B. Dubuisson, *L'expertise*, Brussel, Bruylant, 2002, (5) 25, nr. 32; J. Van Compernelle, G. Closset-Marchal, J.-

de niet-tegenwerpelijke, zijn het bevelen van een aanvullend onderzoek¹⁸⁷ en/of het vervangen van de deskundige (voor zover men dergelijke maatregelen nog als «sanctie» wil bestempelen).¹⁸⁸

F. Verhoor van partijen

54. Art. 992 Ger. W. geeft de rechter de mogelijkheid om partijen te bevelen persoonlijk te verschijnen, zodat hij ze rechtstreeks kan aanspreken en verhoren. Sommige rechters combineren een persoonlijke verschijning weleens met een getuigenverhoor, zodat men kan overgaan tot een soort *confrontatie van partijen met getuigen*, zoals gebruikelijk is in strafzaken. Art. 1001 Ger. W. laat zulks uitdrukkelijk toe.¹⁸⁹ Het arrest van het Hof van Cassatie van 12 februari 2001 herinnert eraan dat de rechter in zo'n geval de verklaringen van de partij en van de getuige niet zomaar door elkaar mag haspelen.¹⁹⁰ In de zaak waarin het hoogste hof uitspraak deed, had een arbeidshof de raadvrouw van een partij geconfronteerd met een getuige en vervolgens de verbreking van het arbeidscontract bewezen verklaard. Dit gebeurde onder meer op basis van de verklaringen van de raadvrouw, waarnaar het arbeidshof verkeerdelijk verwees als zijnde een getuigenverklaring. Dit was een voldoende aanleiding voor het Hof van Cassatie om het arrest van het arbeidshof te vernietigen. Door een verklaring van een partij aan te duiden als een getuigenverklaring miskende het arbeidshof immers de bewijskracht van het proces-verbaal waarin de verklaringen van de raadvrouw en de getuige waren opgenomen en waarin wél duidelijk het onderscheid tussen de partij- en de getuigenverklaring werd gemaakt, zoals wettelijk vereist.

G. Vaststelling van overspel

55. Een bijzondere onderzoeksmaatregel is de vaststelling van overspel in art. 1016bis Ger. W., dat werd ingevoegd door de wet van 20 mei 1987. Een betwisting die daarover blijft aanhouden, betreft het antwoord op de vraag of de machtiging van de rechtbank tot het laten verrichten van de nodige vaststellingen al dan niet *vooraf betekend* moet worden aan de persoon bij wie dit zal moeten gebeuren. De wet zwijgt hierover.

F. VAN DROOGHENBROECK, A. DECROËS en O. MIGNOLET, «Examen de jurisprudence (1991 à 2001) – Droit judiciaire privé (suite)», *R.C.J.B.* 2002, (653) 793.

¹⁸⁷ Brussel 22 mei 2000, *A.J.T.* 2001-02, 130, met noot; J. LAENENS, «Het deskundigenonderzoek en de rechten van verdediging», (noot onder Brussel 26 februari 1986), *T.B.B.R.* 1987, (68) 72. Vgl. Rb. Namen 22 november 2001, *R.R.D.* 2002, 113.

¹⁸⁸ Rb. Hasselt 14 maart 2002, *N.J.W.* 2002, 29; Rb. Bergen 27 februari 2001, *J.T.* 2001, 821. Vgl. Rb. Gent 23 februari 2000, *T.G.R.* 2000, 168.

¹⁸⁹ Voor een toepassing, zie Rb. Luik 18 april 1989, *J.L.M.B.* 1989, 1032 (waarin de wettigheid van een confrontatie tussen getuigen en partijen nog eens uitdrukkelijk wordt bevestigd). Vgl. Gent 11 december 1998, *P. & B.* 1999, 271 (waarin een beschikking die derden gewoon beveelt om aanwezig te zijn bij de persoonlijke verschijning van partijen, zonder dat zij als *getuigen* worden opgeroepen, wel nietig wordt verklaard).

¹⁹⁰ Cass. 12 februari 2001, *J.T.T.* 2001, 273.

De rechtsleer is verdeeld. Sommige auteurs achten een voorafgaande betekening absoluut noodzakelijk, omdat het om een beschikking gaat die toelating geeft om binnen te dringen in iemands private levenssfeer.¹⁹¹ Anderen sluiten een betekening, minstens een voorafgaande betekening uit, onder meer met het argument dat de wet daaromtrent niets bepaalt.¹⁹²

Over dit twistpunt heeft het Hof van Cassatie zich nog niet in duidelijke bewoordingen uitgesproken. In een arrest uit 1992 werd weliswaar geoordeeld dat voorafgaande betekening aan de bewoner van een woning niet nodig is, maar dit was voor de specifieke omstandigheid waarbij die bewoner niet het subject van de vaststelling was en op dat moment zelfs afwezig was.¹⁹³ De commentatoren zijn het erover eens dat dit arrest niet volstaat om te kunnen spreken van een verwerping van een van beide stellingen.¹⁹⁴

Het wekt bijgevolg geen verwondering dat de rechtspraak dienaangaande sterk verdeeld blijft, zoals twee recente arresten van de Hoven van Beroep van Antwerpen en Brussel nog illustreren. Het Hof van Beroep te Antwerpen besliste op 27 juni 2001 dat voorafgaande betekening niet vereist was en bevestigde zodoende zijn vroegere rechtspraak.¹⁹⁵ Het Hof van Beroep te Brussel daarentegen oordeelde dat een betekening wél verplicht was.¹⁹⁶ Daarmee worden

¹⁹¹ J.C. BERTRAND, «De vaststelling van overspel», *De Gerechtsd.* 1992, (15) 17; K. BROECKX, «De vaststelling van overspel tussen vijf en zes uur in de morgen en het vereiste van de voorafgaande betekening van de beschikking», *R.W.* 1989-90, 1472-1474; J. LAENENS, «Vaststellingen van overspel: moet de beschikking van de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg betekend worden?», *De Gerechtsd.* 1988, 202-203; P. SENAËVE, «De vaststelling van overspel door gerechtsdeurwaarder», *R.W.* 1987-88, 836.

¹⁹² J. BEERNAERT, «Des us et coutumes en matière de constat d'adultère», *Div. Act.* 2001, (175) 179; G. DE LEVAL, «Vaststelling van overspel bij gerechtsdeurwaarder», *De Gerechtsd.* 1988 (203) 210; G. HIERNAX, «A propos du constat d'adultère par huissier de justice», *Rev. trim. dr. fam.* 1990, (373) 379; C. VANHEUKELEN, «Moet de presidentiële beschikking noodzakelijk voor de vaststelling van beweerd overspel worden betekend?», *De Gerechtsd.* 1991, 162-167.

¹⁹³ Cass. 18 december 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 1453 en *R.W.* 1992-93, 1061.

¹⁹⁴ Zie o.m. K. BROECKX, «Vaststelling van overspel bij gerechtsdeurwaarder: enkele actuele knelpunten», *E.J.* 1996, (18) 19-20; J. LAENENS, «De vaststelling van overspel», (noot onder Cass. 18 december 1992), *R. Cass.* 1993, 58-59; K. TOBACK en A. DE WOLF, «De vaststelling van overspel door gerechtsdeurwaarder: de juiste man op de verkeerde plaats?», *E.J.* 1996, (66) 71; *contra*: M.E. STORME, «De bewijswaarde van het proces-verbaal van vaststelling van materiële feiten door een gerechtsdeurwaarder op verzoek van particulieren (art. 516 Ger. W.) en aanverwante vragen», *De Gerechtsd.* 1995, (27) 29.

¹⁹⁵ Antwerpen 27 juni 2001, *A.J.T.* 2001-02, 1020; Antwerpen 11 september 1991, *R.W.* 1992-93, 97; zie verder ook: Gent 27 april 1990, *R.W.* 1990-91, 646, met noot; Voorz. Rb. Luik 9 februari 1998, *Div. Act.* 2000, 124; Rb. Luik 19 oktober 1995, *J.L.M.B.* 1995, 1548; Rb. Dendermonde 16 februari 1995, aangehaald door K. BROECKX, «Vaststelling van overspel bij gerechtsdeurwaarder: enkele actuele knelpunten», *E.J.* 1996, (18) 19, voetnoot 8; Rb. Turnhout 6 juni 1991, *T.B.B.R.* 1991, 647 (verkort); Rb. Brussel 24 april 1991, *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 359; Rb. Mechelen 27 december 1990, *Pas.* 1991, III, 56, met noot; Voorz. Rb. Turnhout 13 december 1990, *Turnh. Rechtsleven* 1991, 129, met noot; Rb. Brugge 13 april 1990, *T. Brugse R.* 1992, 113; Voorz. Rb. Brugge 2 april 1990, *R.W.* 1989-90, 1474, met noot; vgl. Rb. Luik 19 oktober 1995, *J.L.M.B.* 1995, 1548; Rb. Charleroi 30 januari 1989, *J.L.M.B.* 1989, 493.

beide strekkingen versterkt, zonder dat een duidelijke meerderheids- of minderheidsstrekking voorligt. Enkel een principiële arrest van het Hof van Cassatie of een interventie van de wetgever lijken een einde te kunnen maken aan deze controverse, maar in afwachting daarvan blijft de onzekerheid voor de gerechtsdeurwaarders duren.

Ons inziens biedt het vereisen van een voorafgaande betekening onvoldoende meerwaarde voor de bescherming van de privacy om een dergelijke verzwarende van de vaststellingsprocedure te kunnen verantwoorden. Immers, een eventuele betekening wordt in de praktijk meestal openblikkelijk gevolgd door de vaststelling. Bovendien is een vaststelling van overspel, met of zonder voorafgaande be-

tekening, altijd een verregaande intrusie in het privé-leven. Precies omdat er sprake is van het binnendringen in de persoonlijke levenssfeer, heeft de wetgever in een bijzondere procedure voorzien in art. 1016bis Ger. W. De vaststelling geschiedt derhalve binnen de wettelijke omkadering zoals vastgelegd in die bepaling, m.a.w. met rechterlijke machtiging en niet tussen 21u 's avonds en 5u 's ochtends.

Benoît ALLEMEERSCH en Kris WAGNER
Assistenten K.U.Leuven
Advocaten

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

17 DECEMBER 2003

Voorzitter: de h. Melchior

Rapporteurs: de hh. Henneuse en Derycke

Advocaten: mrs. Belamri loco Ghyselinck, Taillieu loco Hofströssler en Vanhulst

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Betekening en kennisgeving – Termijn – Gerechtsbrief – Gerechtsdeurwaardersexploot

In de interpretatie dat de voorzieningstermijnen tegen een beslissing waarvan bij gerechtsbrief kennis wordt gedaan, ingaan op de datum van verzending van de gerechtsbrief, schenden de artikelen 32, 2°, 46, § 2, Ger. W., gelezen in samenhang met art. 792, tweede lid, Ger. W., art. 10 en 11 van de Grondwet.

In de interpretatie dat de voorzieningstermijnen ingaan op de datum waarop de gerechtsbrief door de postdiensten ter hand is gesteld aan de geadresseerde in eigen persoon of aan diens woonplaats, schenden dezelfde artikelen art. 10 en 11 van de Grondwet niet.

Arrest nr. 170/2003

Onderwerp van de prejudiciële vraag

Bij arrest van 6 november 2002 heeft het Arbeidshof te Bergen de volgende prejudiciële vraag gesteld: «Schenden

¹⁹⁶ Brussel 25 juni 2002, N.J.W. 2003, 382; zie ook Gent 26 maart 1992, aangehaald door P. SENAËVE, «Art. 1016bis Ger. W.», in *Comm. Pers.*, 18, voetnoot 3; Rb. Brussel 24 april 1991, *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 359; Rb. Hasselt 20 juni 1990, *T.B.B.R.* 1991, 179; Rb. Leuven 18 juni 1990, *R.W.* 1990-91, 652, met noot; Rb. Hasselt 25 oktober 1989, *R.W.* 1989-90, 932; Voorz. Rb. Kortrijk 18 oktober 1989, *R.W.* 1989-90, 1472, met noot, hervormd door Gent 27 april 1990, *R.W.* 1990-91, 646 met noot; Rb. Hasselt 25 oktober 1988, *R.W.* 1989-90, 932.

de artikelen 32, 2°, 46, § 2, en 792, tweede lid, Ger. W., gelezen in samenhang met de artikelen 1051 en 50, tweede lid, Ger. W., art. 10 en 11 van de Grondwet, art. 14.1 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten van 19 december 1996 en art. 6 van het E.V.R.M., doordat, in tegenstelling tot de betekening door een gerechtsdeurwaarder, het beginsel van de kennisgeving bij gerechtsbrief, dat impliceert dat de «*dies a quo*» wordt toegepast op de dag van de verzending van de kennisgeving van het vonnis door de griffier en niet op de dag waarop de rechtzoekende ze ontvangt, erop neer komt – in het bijzonder wanneer de kennisgeving ervan gebeurt op de laatste werkdag die de gerechtelijke vakantie voorafgaat – dat die rechtzoekende elke mogelijkheid wordt ontzegd om de kopie van het vonnis te ontvangen en daarvan kennis te nemen vóór de gerechtelijke vakantie, waarbij hij niet de toepassing kan genieten van art. 50, tweede lid, Ger. W., en dat dus, in feite, de verlengde termijn voor hoger beroep zoals bedoeld in dat artikel, wordt beperkt?»

In rechte

B.1. Aan het Hof wordt een vraag gesteld over de bestaanbaarheid met het gelijkheidsbeginsel van de artikelen 32, 2°, 46, § 2, en 792, tweede lid, Ger. W., gelezen in samenhang met de artikelen 1051 en 50, tweede lid, Ger. W.

Die bepalingen luiden als volgt:

«Art. 32. In dit wetboek wordt verstaan:

1° (...);

2° Onder kennisgeving: de toezending van een akte van rechtspleging in origineel of in afschrift; zij geschiedt langs de post of, in de gevallen die de wet bepaalt, in de vormen die deze voorschrijft.»

«Art. 46. § 1. (...)

§ 2. In de gevallen die de wet bepaalt, zorgt de griffier ervoor dat de kennisgeving bij gerechtsbrief geschiedt.

De gerechtsbrief wordt door de postdienst ter hand gesteld aan de geadresseerde in persoon of aan diens woon-