

3. Aanlegger neemt in zijn kostenstaat de kosten op die werden gemaakt voor de betekening van de beschikking waarbij gerechtsdeurwaarder T. werd aangesteld om de nodige vaststellingen te doen die wijzen op overspel. Deze kosten worden niet toegekend nu er geen wetsbepaling is die voorschrijft dat dergelijke beschikking vooraf moet betekend worden aan de bewoner van de plaats of plaatsen waar de gerechtsdeurwaarder de vaststellingen moet doen (Cass. 18 december 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 1453, *Pas.* 1992, I, 1394 en *R.W.* 1992-93, 1061). Gelet op de inhoud van art. 1254 Ger.W. kent de rechtbank enkel de kosten toe die werden gemaakt voor het opvragen van de in dit artikel bepaalde akten.
(...)

Eerste kamer
Alleenzettelend rechter: Dupain

Noot – De vaststelling van overspel en de kosten van betekening

1. Over de vraag of een machtiging tot het laten vaststellen van overspel bij gerechtsdeurwaarder (art. 1016bis Ger. W.) vooraf betekend moet worden aan de persoon bij wie dit zal moeten gebeuren, bestaat nog steeds grote onenigheid. Een deel van de rechtspraak, waaronder deze van het Hof van Beroep te Antwerpen, meent dat dergelijke betekening niet nodig is.² Een ander deel – stilaan de minderheidsstrekking – is van oordeel dat zulks wel onontbeerlijk is.³ De Rechtbank van Eerste Aanleg te Tongeren sluit zich in het hierboven gepubliceerde vonnis aan bij de eerste opvatting, waar inderdaad heel wat voor te zeggen valt.⁴

De motivering die daarvoor in het vonnis wordt aangereikt, lijkt evenwel minder geslaagd. De verwijzing naar het arrest van het Hof van Cassatie van 18 december 1992 is hier niet op zijn plaats. Daarin heeft het Hof immers zijn oordeel dat voorafgaande betekening aan de bewoner niet nodig was, beperkt tot de specifieke omstandigheid waarbij die bewoner niet het subject van de vaststelling was en op dat moment zelfs uithuisig was.⁵ Men is het erover eens dat dit arrest niet volstaat om te kunnen spreken van een verwerping van één van beide stellingen.⁶

Nu is het niet zozeer dit aspect van de geannoteerde uitspraak dat hier onze aandacht wegdraagt. Meer belangwekkend is het (financiële) gevolg dat de rechtbank vastknoopt aan zijn stellingname.

2. In de zaak die aanleiding gaf tot het vonnis heeft de eiser op echtscheidingsvordering, beducht voor een eventueel procedureel incident, geen risico genomen en de betekening toch laten verrichten. De rechtbank, dit zoals gezegd al geoordeeld had dat een voorafgaande betekening niet nodig is, beschouwt de daaruit voortvloeiende kosten als nutteloos en weigert deze ten laste te leggen van de verweerder. Die conclusie doet wenkbrauwen fronsen.

Dat een rechter uitzondering kan maken op het voorschrift van art. 1017, 1^{ste} lid Ger.W., naar luid waarvan de in het ongelijk gestelde partij in de kosten wordt verwezen, valt niet te betwisten. Art. 1017 stelt zelf dat bijzondere wetten daarvan kunnen afwijken en volgens de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie is art. 1382 B.W. zo'n bijzondere wet.⁷ De rechter kan dus de kosten ten laste leggen van de in het gelijk gestelde partij indien zij door haar schuld zijn veroorzaakt.

-
2. Antwerpen 27 juni 2001, *A.J.T.* 2001-02, 1020; Antwerpen 11 september 1991, *R.W.* 1992-93, 97; Gent 27 april 1990, *R.W.* 1990-91, 646, 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, aangeh. in 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, noot; Voorz. Rb. Turnhout 13 december 1990, *Turnh. Rechtsleven* 1991, 129, noot; Rb. Brugge 13 april 1990, *T.V.B.R.* 1992, 113; Voorz. Rb. Brugge 2 april 1990, *R.W.* 1989-90, 1474, noot.
 3. Brussel 25 juni 2002, *N.J.W.* 2003, 382; Gent 26 maart 1992, aangeh. in P. SENAEVE, "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, noot; Rb. Hasselt 25 oktober 1989, *R.W.* 1989-90, 932; Voorz. Rb. Kortrijk 18 oktober 1989, *R.W.* 1989-90, 1472, noot, hervormd door Gent 27 april 1990, *aangeh.*; Rb. Hasselt 25 oktober 1988, *R.W.* 1989-90, 932.
 4. Raadpl. B. ALLEMEERSCH en K. WAGNER, "Stand van zaken en actuele ontwikkelingen inzake het geding", *R.W.* 2003-04, (1121) 1144-1145.
 5. Cass. 18 december 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 1453 en *R.W.* 1992-93, 1061.
 6. 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. TOBBACK en A. DE WOLF, "De vaststelling van overspel door gerechtsdeurwaarder: de juiste man op de verkeerde plaats?", *E.J.* 1996, (66) 71.
 7. Cass. 14 mei 2001, *Pas.* 2001, 852 en *Soc. Kron.* 2002, 349; Cass. 24 april 1978, *Arr. Cass.* 1978, 965 en *R.W.* 1978-79, 2669, noot J.L.

Abonnementenbeheer

Klantendienst Kluwer uitgevers
Motstraat 30
B-2800 Mechelen
Tel.: 0800-145 00
(gratis oproep)
Fax: 0800-175 29
e-mail: info@kluwer.be
website: www.kluwer.be

Prijzen (inclusief BTW, verzenden administratiekosten):

- Jaargang 2004: € 120 (stagiairs en kandidaat-notarissen: € 84)
- Los nummer: € 18.
- De opbergband is in de abonnementsprijs begrepen.

Een abonnement loopt per kalenderjaar en wordt automatisch verlengd behoudens opzegging.

Adreswijziging: bij wijziging van naam of adres, een verbeterd adres-etiket terugzenden a.u.b.

Behoudens de uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave veeelvoudig, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt worden, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande en schriftelijke toestemming van de uitgever.

De verwijzing naar art. 1382 B.W. in de cassatierechtspraak impliceert wel dat de nutteloze kost veroorzaakt moet zijn door de *fout* van de in het gelijk gestelde partij.⁸ Heel wat rechtspraak gaat echter verder en veroordeelt partijen tot het dragen van de door hen gemaakte nutteloze kosten, zelfs zonder na te gaan of er werkelijk sprake is van een aquiliaanse fout of nalatigheid. Dat gebeurde bijvoorbeeld reeds met de kosten van de slotenmaker bij een vaststelling van overspel, ingeval die tussenkomst achteraf onnodig bleek.⁹ Hier wordt dan eerder toepassing gemaakt van een soort *zuinigheidsprincipe* dat aansluit bij de idee van de proceseconomie: partijen dienen overbodige kosten zoveel als mogelijk te vermijden, op straffe van daarvoor zelf te moeten instaan.

3. Wat nu met de kosten van betekening van de machtiging van overspel? De Rechtbank te Tongeren lijkt er van uit te gaan dat het voldoende is om te oordelen dat de betekening niet nodig was, om de kosten van de betekening toe te wijzen aan diegene die ze liet verrichten. In zekere zin volgt de rechtbank daarmee de zonet aangehaalde rechtspraak die het *zuinigheidsprincipe* hanteert, zonder zich nog te bekommeren om een aquiliaanse fout.

Evenwel wordt bij de toepassing van dat principe in deze concrete zaak toch wel wat over het hoofd gezien. In de eerste plaats gaat de rechter voorbij aan het feit dat over de kwestie van de al dan niet verplichte betekening in de rechtspraak en rechtsleer toch heel wat discussie bestaat. De zaak was dus helemaal niet zo duidelijk als men in het vonnis wel laat uitschijnen. Bovendien is het niet omdat de betekening misschien niet *verplicht* was, dat zij daardoor ook meteen *zinloos* werd. Immers, de betekening doet de termijn voor derdenverzet tegen de beschikking ingaan en de gemoedsrust van de eisende partij kan er mee gebaat zijn dat deze termijn zo snel mogelijk een aanvang neemt.¹⁰ Hoewel derdenverzet tegen dergelijke beschikkingen eerder uitzonderlijk is en geenszins verantwoordt dat een vaststelling zonder voorafgaande betekening ongeldig zou zijn, lijkt het toch onjuist om de zorgvuldige procespartij te bestraffen als die zich er wil van verzekeren dat de machtiging tot vaststelling van overspel in kracht van gewijsde kan treden.

Het oordeel van de Rechtbank te Tongeren oogt dan ook te streng. Een voorafgaande betekening van een machtiging tot vaststelling van overspel bij gerechtsdeurwaarder lijkt dan wel – volgens wat stilaan de meerderheidsstelling is – niet verplicht, de verzoeker die daarvoor toch opteert uit overwegingen van procedurele veiligheid, hoort daarvoor niet gepenaliseerd te worden.

Benoît Allemeersch

Assistent KU Leuven, advocaat te Brussel

8. Zie b.v. Rb. Gent 4 november 2003, *N.J.W.* 2003, 1413, noot.

9. Rb. Aarlen 10 oktober 1990, *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 94; Rb. Charleroi 26 juni 1989, *J.T.* 1989, 622; vgl. Rb. Luik 20 december 1988, *J.L.M.B.* 1989, 485.

10. Rb. Charleroi 30 januari 1989, *J.L.M.B.* 1989, 493; B. DECONINCK, "Familiaal procesrecht: een vreemde eend in de procesrechtelijke bijt? Deel II. Procesrechtelijke actualia omtrent echtscheidingsproces & voorlopige maatregelen, art. 1280 Ger. W.", in M. STORME (ed.), *Gezin en recht in een postmoderne samenleving. Twintig jaar Post-universitaire Cyclus Willy Delva (1973-1993)*, Gent, Mys & Breesch, 1994, (243) 272.