

## De goede trouw in het geding ?

### De invloed van de goede trouw in het proces- en bewijsrecht<sup>1</sup>.

« I terzi giudizi sono tutti straordinarii, né quali signoreggia  
la verità d'essi fatti, à quali, secondo i dettami della coscienza  
soccorrono ad ogni uopo benignamente le leggi  
in tutto cio che domanda essa uguale utilità delle cause;  
tutti aspersi di pudor naturale, che è parto dell'intelligenza,  
e garantiti perciò della *buona fede ch'e figliuola dell' Umanità*,  
convenevole all' apertezza delle Repubbliche popolari,  
e molto più alla generosità delle Monarchie;  
v' i monarchi in questi giudizi fan pompa d'esser superiori alle leggi,  
e solamente soggetti alla lora cosicenza ed a Dio »

(G.B. VICO, *Principii di scienza nuova  
d'intorno alla comune natura delle nazioni* § 974)\*

« Il y a encore des juges à Berlin »

## Inleiding.

**(1. enkele voorbeelden)** Nadat beide geïntimeerden voor het Hof van beroep te Brussel, nl. de Belgische Staat en het Vlaams Gewest reeds eerder hun besluiten hadden neergelegd, legt de appellant zijn besluiten neer op 1 augustus 1985 en vraagt tegelijk een rechtsdag aan. Op 27 september 1985 waren partijen op de hoogte dat de zaak werd vastgesteld op 18 februari 1987. Eerst ter terechtzitting van 18 februari 1987 komt het Vlaams gewest met aanvullende besluiten af, zonder zonder enige rechtvaardiging voor de overschrijding van de repliektermijn, en beroept zich daartoe op het recht van verdediging. Het Hof oordeelt dat "de rechten van de verdediging niet absoluut zijn en beperkt worden door de rechten van de wederpartij en door de noodwendigheden van een vlugge rechtsbedeling in het algemeen; dat deze beperkingen *voor die partij, die zich op de rechten van de verdediging beroept, de verplichting meebrengen om deze rechten uit te oefenen op een wijze die de belangen van de wederpartij en de vlotte werking van het gerecht zo weinig mogelijk hindert*".

---

<sup>1</sup> Met dank aan allen die mij bij de voorbereiding geholpen hebben met waardevol materiaal, in het bijzonder de magistraten en advocaten die mij welwillend onuitgegeven rechtspraak hebben bezorgd.

\* vertaling : De derde soort oordelen, na de goddelijke oordelen en de oordelen van de ordo iudiciorum, de oordelen der menselijke jurisprudentie zijn oordelen extra ordinem. Daarin overheerst het ware der feiten zelf, waaraan de wetten, volgens het spellen van het geweten, in elke nood vriendelijk hulp verlenen in al wat de gelijknuttigheid (billijkheid) der zaken eist. Ze zijn besprenkeld met natuurlijke bescheidenheid - kind der intelligentie - en daarom gewaarborgd door de goede trouw - dochter der mens(elijk)heid -. Dit past bij de openheid der democratieën, en meer nog bij de mildheid der monarchieën, waar de monarchen in hun oordelen fier zijn boven de wetten te staan en slechts aan hun geweten en God te zijn onderworpen.

Een verweerder die vooraleer hij gedagvaard werd de uitvoerige argumentatie van de eiser nooit heeft beantwoord, beperkt zich in zijn besluiten, medegedeeld een half jaar na de inleiding van het geding, tot de vraag van de bevoegdheid van de rechter en vraagt voorbehoud om later aangaande de zaak zelf te besluiten. De Vrederechter van Zele beschouwt dit als een ongeoorloofd verdragingsmaneuver, "*in strijd met een faire procesvoering*".

Bij riolerings- en bestratingswerken richt de watermaatschappij meermaals schade aan aan installaties van een p.v.b.a., en maande na vaststelling daarvan die partij telkens aan om de schade tegensprekelijk vast te stellen, gaf bijkomende schriftelijk inlichtingen en stuurde een nauwkeurige afrekeningen toe, dit alles zonder protest of repliek van de tegenpartij. De Rechtbank van Brugge oordeelde dat "het niet binnen een redelijke termijn reageren op een toegestuurd schadebestek en - a fortiori - het verzuimen om tot een schadebegroting op tegenspraak over te gaan verwerking impliceren van het recht om de gevorderde schadebedragen te betwisten", vermits "door het tijdsverloop elke zinnige discussie hieromtrent onmogelijk is geworden".

Gealarmeerd door een technische bijlage bij een proces-verbaal van het Comité voor veiligheid en gezondheid van Cockerill-Sambre, waarin een opsomming gegeven werd van de door dit bedrijf geproduceerde afval, welke op de stortplaats Mellery wordt gestort, vragen de omwonenden in kort geding verbod om daar nog afval te storten. Het bedrijf roept in dat de bijlage vol fouten staat en dat niets de juistheid ervan aantoon, zonder evenwel de fouten aan te geven of op verantwoorde wijze de voorstelling tegen te spreken. Het Hof van Brussel beschouwt dergelijke betwisting als onvoldoende precies en acht de door de eisers gestelde feiten bewezen.

**(2. begrip goede trouw)** Deze enkele voorbeelden vormen een mooi uitgangspunt voor dit verslag over de goede trouw in het proces- en bewijsrecht. Immers, de eisen van de goede trouw in het procesrecht kan men zo omschrijven dat *in het geding partijen in een rechtsverhouding staan waarin zij zich mede door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij moeten laten leiden*. Dit is meer bepaald een omschrijving van de goede trouw van het handelen, die wij, om misverstand te voorkomen, eerst goed willen onderscheiden van de goede trouw van het niet-

weten<sup>2</sup>.

De *goede trouw van het niet-weten* wordt traditioneel de subjektieve goede trouw genoemd; zij heeft op de eerste plaats betrekking op de gezindheid - het te goeder of te kwader trouw zijn -. Deze gezindheid wordt vereist voor bepaalde rechtsgevolgen. Wij kennen ze allemaal uit het zakenrecht (de bezitter te goeder trouw), we kunnen ze in het procesrecht ontmoeten bij de bespreking van b.v. het beslag<sup>3</sup>.

De *goede trouw van het handelen* wordt traditioneel de objektieve goede trouw genoemd : zij kijkt niet naar de gezindheid, maar naar het handelen, zij stelt eisen aan het handelen, dat dan heet overeenkomstig de goede trouw of strijdig met de goede trouw te zijn. Meer bepaald eist zij *dat partijen zich in hun onderlinge verhoudingen mede door de gerechtvaardigde belangen van de ander laten leiden*. Wij kennen ze allemaal uit het overeenkomstenrecht (art. 1134, 3 B.W.). We zullen ze in dit rapport in het proces- en bewijsrecht ontmoeten, ook wanneer het niet om kontraktuele verbintenissen handelt.

Wij verkiezen te spreken van de goede trouw van het niet-weten en van het handelen, omdat ook de eerste ten dele objektief wordt beoordeeld : zo wordt in een hele reeks gevallen het niet-weten met weten gelijkgesteld omdat men behoorde te weten, omdat het niet-weten het gevolg geacht wordt van onvoldoende onderzoek of een andere onzorgvuldigheid. Denken we maar aan het "vermoeden van kwade trouw" van de beroepsverkoper, waarbij het niet-weten met weten gelijkgesteld wordt indien het het gevolg is van een tekortkoming aan een onderzoeksplicht. Wezenlijk is echter dat men inziet - waar sommige franstalige landgenoten soms nog moeite mee hebben<sup>4</sup> - dat de eisen van de goede trouw verder strekken dan alleen maar de gezindheid, de afwezigheid van bedrog of bedoeling tot schaden. Dit

---

<sup>2</sup> Zie P. van SCHILFGAARDE, "Over de verhouding tussen de goede trouw van het handelen en de goede trouw van het niet weten", *Goed & trouw, Opstellen aangeboden aan prof. mr. W.C.L. van der Grinten t.g.v. zijn afscheid als hoogleraar aan de K.U. Nijmegen*, Tjeenk Willink Zwolle 1984, 57 v.

<sup>3</sup> Voor het overige verwijzen we graag naar het rapport van A. van OEVELEN voor ditzelfde kongres, in ditzelfde nummer.

<sup>4</sup> De verwarring tussen beide aspecten van de goede trouw is daar veelal nog groot. Zie b.v. J.L. FAGNART, "L'exécution de bonne foi des conventions", *R.C.J.B.* 1979, (285) b.v. nr. 31 ("On ne risque pas trop de verser dans l'erreur en écrivant qu'un manquement à l'obligation de bonne foi constitue un acte de mauvaise foi. Il est d'autre part généralement admis que la "mauvaise foi" ou le "dol" dans l'exécution des contrats sont des expressions synonymes". Welnu, "erreur" is het toch !).

Zeer duidelijk onderscheidend daarentegen VOUIN, *La bonne foi. Notion et rôle actuels en droit privé français*, proefschrift Bordeaux, L.G.D.J., Paris 1939, nr. 35.

zal in dit verslag ruimschoots blijken.

**(3. goede trouw in het romeins recht en de code civil)** De juiste betekenis van de goede trouw van het handelen kan maar begrepen worden vanuit het romeins recht, en namelijk vanuit de tegenstelling tussen het "iudicium bonae fidei" en het "iudicium stricti iuris"<sup>5</sup>. In het "oordeel naar strikt recht" diende de praetor na te gaan of de wettelijk voorgeschreven rechtsfeiten voor de ingestelde "actio stricti iuris" en de daarmee gevorderde rechtsgevolgen vervuld waren, in het "oordeel naar goede trouw" daarentegen diende hij uit te gaan van de aan hem verschijnende rechtsverhouding om deze te beoordelen naar redelijkheid en billijkheid. Dit betekende dat naast de wettelijke maatstaven ook andere criteria diende mee te spelen om de rechtsverhouding tot zijn recht te laten komen. Een van de middelen waarmee dat gebeurde was de "exceptio doli generalis"<sup>6</sup>, die i.t.t. de "exceptio doli specialis" niet beperkt was tot de gevallen van bedrog (subjektieve kwade trouw) maar alle gevallen van objektieve onredelijkheid kon omvatten.

Deze ware historische betekenis van de goede trouw stond de opstellers van de code civil - i.t.t. wat sommigen beweren - wél degelijk nog voor ogen, getuige de woorden van Bigot-Prémeneu<sup>7</sup>:

"Le préteur exerçait sa jurisdiction (...) en renvoyant les parties devant les juges, qui dans certains cas étaient tenus de se conformer aux formules qu'il prescrivait - et alors les actions étaient appelées stricti iuris - et qui dans d'autres pouvaient juger suivant l'équité : c'étaient les actions dites bonae fidei".

De goede trouw is dan ook geen afzonderlijke norm, zelfs geen vormgevend rechtsbeginsel voor eender welke afzonderlijke rechtstak, maar veeleer dat beginsel dat maakt dat steeds weer nieuwe regels en beginselen mee kunnen spelen, dat het recht niet verstard geraakt.

---

<sup>5</sup> Zie daarvoor C. ZEVENBERGEN, *Aard en werking van de goede trouw in het romeins verbintenissenrecht*, rede, Tjeenk Willink, Zwolle (2)1931; A. BECK, "Zu den grundprinzipien der bona fides im römischen Vertragsrechts", *Aequitas et bona fides, Festgabe August Simonius*, 18 v. Vgl. ook E.M. MEIJERS, "Goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring", mededeling Koninklijke nederlandse Akademie van wetenschappen 1937, *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen* III, 278 v.; F. BAERT, "De goede trouw bij de uitvoering van overeenkomsten", Rede plechtige openingszitting van de Vlaamse Conferentie der Balie bij het Hof van beroep van Gent 10 november 1956, *R.W.* 1956-57, kol. (489) 493-494;

<sup>6</sup> Zie daarover het artikel van WENDT, "Die exceptio doli generalis im heutigen recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse", *AcP* 1906 II, 1 v., dat op de duitse rechtsleer over de goede trouw na de invoering van het BGB een beslissende invloed heeft gehad.

<sup>7</sup> "Exposé des motifs" nr. 7, in LOCRE, VI, VIII, 149. Vgl. de MALEVILLE, *Analyse raisonnée du code civil*, III, 7.

Dit betekent dus dat de goede trouw van het handelen, die voor de partijen een gedragsnorm is, voor de rechter een uitlegnorm is. De vraag of de goede trouw van art. 1134, 3 B.W. een gedrags- of uitlegnorm is, is o.i. dus een valse vraag.

**(4. goede trouw vs. legaliteitsbeginsel)** Meer in het algemeen dient men te stellen dat de goede trouw in ons recht een algemeen beginsel is dat alle rechtsverhoudingen beheerst die niet aan het legaliteitsbeginsel zijn onderworpen. Het legaliteitsbeginsel is immers de hedendaagse vorm van het "iudicium stricti iuris". Zoals in het romeins recht het iudicium bonae fidei tegenover het "iudicium stricti iuris" stond, zo staat in ons recht het beginsel van de goede trouw (van het handelen) tegenover het legaliteitsbeginsel.

Het legaliteitsbeginsel betekent immers dat bepaalde rechtsgevolgen, slechts op wettelijk aangegeven gronden (rechtsfeiten) kunnen worden toegewezen. In het oordeel over aan het legaliteitsbeginsel onderworpen verhoudingen staat niet de rechtsverhouding centraal, maar het rechtsgevolg; *niet het geval moet daarin tot zijn recht komen, maar de regel.*

Nu kan betoogd worden dat straffen, belastingen, benoemingen, ambten, sociale uitkeringen, subsidies, vergunningen e.d.m. slechts op wettelijk omschreven gronden kunnen worden toegewezen. Het is hier niet de plaats om na te gaan in hoeverre dit beginsel daar houdbaar blijft. Het is evenmin de plaats om na te gaan of er ook daar geen tekenen zijn van een grotere openheid, en of de billijkheid die daar langs de voordeur wordt buitengezet, niet langs het achterraam terug naar binnen komt. Er valt veel voor te zeggen om de centrale plaats van de wettelijkheid daar te vervangen door het "algemeen belang", waar niet enkel de wetgever over mee te spreken heeft. Ook daar speelt de goede trouw een rol, voornamelijk daar waar de wetgever aan het bestuur een beleidsruimte heeft gegeven, maar die rol is toch vrij verschillend en blijft in dit verslag verder buiten beschouwing.

In alle andere verhoudingen daarentegen geldt niet het legaliteitsbeginsel, maar het beginsel van de goede trouw, dat dus een algemeen beginsel is van o.m. het privaatrecht<sup>8</sup>. Dit is zonder enige twijfel het geval in die verhoudingen die ter vrije

---

<sup>8</sup> Vgl. J. ESSER, "Methodik des Privatrechts", *Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden*, XI (1972), (3 v.) 21; W.C.L. van der GRINTEN, "Handelen te goeder trouw", *Opstellen over recht en geschiedenis aangeboden aan prof. mr. B.H.D. Hermesdorf*, Kluwer, Deventer 1965, (155 v.) 165 v.

beschikking staan van de partijen (domein van de partij-autonomie, vooreerst de private vermogensrechtelijke verhoudingen). Doch het geldt ook voor die privaatrechtelijke verhoudingen die van openbare orde zijn (zoals vele familierechtelijke verhoudingen). In al die verhoudingen moet mede volgens de eisen van de goede trouw gehandeld en geoordeeld worden.

Dit betekent niet dat de goede trouw in al die rechtsverhoudingen die niet aan het legaliteitsbeginsel onderworpen worden een even belangrijke (zelfstandige) rol speelt. Gezien de goede trouw in de praktijk neerkomt op "ongeschreven recht", hangt haar betekenis namelijk af van de andere beginselen en regels die in een rechtsverhouding een rol spelen. Indien er voldoende blankonormen gelden zal de goede trouw nauwelijks een zelfstandige rol spelen. Bovendien moet de goede trouw genuanceerd worden naar gelang van de aard van de rechtsverhouding. Zo wordt er door meerdere auteurs op gewezen, dat de eisen die de goede trouw aan kontraktpartijen stelt niet dezelfde zijn (ja, veelal strenger zijn) als diegene die gelden tussen vreemden<sup>9</sup>.

---

Zie ook het pleidooi voor het aanvaarden van de goede trouw als algemeen rechtsbeginsel van o.m. P. van OMMESLAGHE, "L'exécution de bonne foi, principe général de droit ?", *T.B.B.R.* 1987, 101 v.

Dit besef van de goede trouw als algemeen rechtsbeginsel is in de latijnse landen vrij laat doorgedrongen omwille van de ontwikkeling van de leer van het rechtsmisbruik, die de werking van de goede trouw grotendeels overlapt. Nochtans zagen de opstellers van de code civil het werkingsveld van de goede trouw in ieder geval reeds ruimer dan de kontraktuele verhoudingen, en zagen zij met name ook de zgn. prekontraktuele verhoudingen erdoor beheerst (zie de verwijzingen bij A. de BERSAQUES, "La lésion qualifiée et sa sanction", *R.C.J.B.* 1977, (10) 28 nr. 24). In de meer moderne wetboeken wordt de goede trouw als beginsel gesteld voor alle obligatore verhoudingen (zie b.v. BGB § 242; NBW 6.1.1.2.; vgl. in andere bewoordingen art. 2 ZGB en art. 1175 it Cc.). Deze verruiming, zelfs naar niet-obligatore vermogensrechtelijke verhoudingen, wordt bevestigd door b.v. Benelux Gerechtshof 18 nov 1988, Philip Morris t. BAT, nr. A 87/2, *R.W.* 1988-89, 701, met besluiten Adv.-g. J.E. Krings, dat immers geen kontraktuele verhouding, maar een zaak van merkenrecht betrof.

Zie voor de vrij recente bewustwording van deze ruimere werkingssfeer o.m. A. de BERSAQUES, "L'abus de droit en matière contractuelle", *R.C.J.B.* 1969, (501) nr. 4-12 en 28; J.L. FAGNART, "R.C.J.B. 1979, (285) nr. 6 in fine; B. HUBEAU & W. RAUWS, "De toepassing van de leer van het rechtsmisbruik in het huurrecht", *T.B.B.R.* 1987, (113) nr. 17; voor Nederland A. PITLO, "De evolutie van een gesloten naar een open systeem van verbintenissen in de rechtspraak van de Hoge Raad" *TPR* 1973, (163) nr. 10; W.C.L. van der GRINTEN, "Handelen te goeder trouw", *Opstellen Hermesdorf*, 159-162; P. van SCHILFGAARDE, "Over de verhouding van de goede trouw van het handelen en de goede trouw van het niet weten", *Goed & trouw*, 58 v.; P. ABAS, *Beperkende werking van de goede trouw*, Kluwer, Deventer 1972, 47-50.

<sup>9</sup> Zie b.v. W. van GERVEN, & A. DEWAELE, "Goede trouw en getrouw beeld", *Liber amicorum Jan Ronse*, Story, Brussel 1986, (103 v.) 111-112, E. DIRIX & A. van OEVELEN, "Kroniek van het verbintenissenrecht 1981-84", *R.W.* 1985-86, (1) 94-95 nr. 43; E. DIRIX, "Over de beperkende werking van de goede trouw", *T.B.H.* 1988, (660 v.) 665-666; K. GEENS, "De jurisprudentiële bescherming van de minderheidsaandeelhouder tegen door de meerderheid opgezette beschermingsconstructies", *TPR* 1989, (33) 64 voetnoot 104, allen in hun kritiek op de stelling dat de beperkende werking van de goede trouw dient te worden herleid tot het

**(5. goede trouw in het procesrecht)** We gaan hier op al deze mogelijke en werkelijke verschillen niet nader in, om ons te beperken tot het proces- en bewijsrecht. Wat nu het procesrecht betreft moet o.i. een onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds de verhouding tussen de partijen en de rechter, en anderzijds de verhouding tussen de partijen onderling (de "procesverhouding", die we enkel in de eigenlijke of contentieuze rechtspraak terugvinden).

*De verhouding tussen de partijen en de rechter* is een publiekrechtelijke verhouding, beheerst door het algemeen belang van de openbare dienst die de rechtsbedeling is. Hier komen zaken ter sprake als de rechterlijke organisatie, ten dele de bevoegdheid, de processuele rol van de rechter, e.d.m.

*De processuele verhouding tussen partijen onderling* wordt in ieder geval door de goede trouw van het handelen beheerst wanneer de materieelrechtelijke verhouding die in het geding is, daardoor beheerst wordt. Doch ook in de andere gevallen (b.v. in strafzaken) geldt een zeer gelijkaardige "fair play"-vereiste, zeker telkens wanneer aan de partij die het algemeen belang verdedigt (b.v. het openbaar ministerie) een zekere beleidsvrijheid is gegeven. Het is niet omdat de rechter daar in zijn oordeel over de zaak zelf (de gegrondheid van de eis) aan het legaliteitsbeginsel onderworpen is, dat de partijen ontslagen zijn van de verplichting tot *fair play - de processuele goede trouw van het handelen*<sup>10</sup>.

---

misbruik van kontraktuele rechten (leer van het rechtsmisbruik). Vgl. over deze vraag S. STIJNS, "Abus, mais de quel(s) droit(s). Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus des droits contractuels", *J.T.* 1990, (33) 36.

<sup>10</sup> Het beginsel dat procespartijen jegens elkaar tot "loyauteit" gehouden zijn vinden we b.v. in Aanbeveling nr. 84/5 van de Raad van Europa, beginsel 2, 2, en in art. 88 it. CPC (dovere di lealtà e probità). Art. 116 Grieks ZPO spreekt van de regels van de goede trouw. Zie verder de verwijzingen in voetnoot 8. Niet alle schrijvers aanvaarden dat het vereiste van fair play betekent dat het procesmede door de eisen van de goede trouw wordt beheerst. Zie b.v. W.L. HAARDT, *Fair Play in het burgerlijk geding*, aantreerede Leiden 1958, Tjeenk Willink Zwolle 1958, 17; GERBRANDY, "Gebruik en misbruik van procesrecht", Preadvies, *Advocatenblad* 1959, (325) 374 v., die echter wel aanvaardt dat de eisen van een goede procesorde toch een gelijkaardige rol vervullen als de goede trouw in het kontraktenrecht (p. 376). De laatste verwoording vinden we ook bij P. SCHOLTEN, noot onder HR 3 maart 1939, Fesevur t. Numann, verwerping, *NJ* nr. 1012. Veel stelliger over de goede trouw zijn b.v. R.J. POLAK, "Misbruik van procesrecht", *NJB* 1941, 765 v.; R. DEKKERS, "De la collaboration des plaideurs dans l'administration de la preuve", *R.C.J.B.* 1959, (148) 156-157 nr. 21; P. van OMMESLAGHE, T.B.B.R. 1987, (101) 108 nr; 15; P. TAELEMAN, "Gebruik en misbruik van procesrecht", *TPR* 1988, (89) nr. 24-25; Ph. GERARD, noot onder Hof Brussel 24 mei 1988, *J.T.* 1989, (513) 514, A. HAMMERSTEIN, "Te goeder trouw procederen", *TPR* 1989, 1595 v., alsook de duitse rechtsleer, b.v. L. ROSENBERG & K.H. SCHWAB, *Zivilprozeßrecht*, § 2 IV; G. BAUMGÄRTEL, "Die Verwirkung prozessualer Befugnisse im Bereich der ZPO und des FGG, 67. *ZZP* 1954, (423) 427-428, 439, -, "Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren", 69. *ZZP* 1956, 89 v., -, "Treu und Glauben im Zivilprozeß", 86. *ZZP* 1973, 353 v.; H. DÖLLE, "Pflicht zur redlichen Prozeßführung ?", *Festschrift für Otto Riese*, 1964, 279 v.; W. ZEISS, *Die arglistige Prozeßpartei*, Duncker & Humblot Berlin 1967; voor Zwitserland, vgl. M. GULDENER, "Treu und Glauben im Zivilprozeß", 39. *SJZ*, 389 v.; P. SCHWARTZ, "Die Bedeutung von Treu und Glauben im Prozeß- und Betreibungsverfahren nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung", *Festschrift zum 70. Geburtstag von Dr.iur.*

We mogen er in dit verslag dan ook van uitgaan dat het beginsel van de goede trouw een grote rol speelt in het proces- en bewijsrecht, wanneer de verhouding tussen de gedingpartijen ter sprake komt, minstens in privaatrechtelijke gedingen. Zonder ons uit te spreken over de waarde van de konstruktie van een "contrat judiciaire", is het o.i. niet nodig om de processuele verhouding tussen gedingpartijen te konstrueren als een kontraktuele verhouding opdat zij - mede - door de goede trouw zou beheerst worden. Dat de goede trouw in concreto in een processuele verhouding niet steeds dezelfde betekenis zal hebben als b.v. in een kontraktuele verhouding, maakt het begrip daar nog niet onbruikbaar.

**(6. begrenzing van het onderwerp)** Hieruit volgt ook de begrenzing van dit verslag. Het handelt uitsluitend over de wijze waarop de goede trouw in de verhouding tussen de partijen onderling speelt.

1. We spreken dus vandaag niet over de vraag wat de sanktie is van de proces-economie in zoverre het gerecht en dus de gemeenschap nadeel lijdt door het gebrek aan proceseconomie bij één of meer gedingvoerende partijen.

Sommige van deze vraagstukken kunnen aan bod komen in de leer van het proces-rechtsmisbruik, in de zin van misbruik van het objektieve procesrecht, leer die dus door de hier beschreven rol van de goede trouw niet geheel overlapt wordt. Omgekeerd is de rol van de goede trouw in het procesrecht overigens ook niet te herleiden tot het procesrechtsmisbruik.

Het betreft echter vragen die veeleer publiekrechtelijk van aard zijn. Door de weerslag op de openbare dienst der rechtsbedeling en dus op de gemeenschap "at large" kan men dat het "makroprocesrechtelijk" aspekt noemen<sup>11</sup>. Deze vragen liggen natuurlijk anders in de private rechtspraak, de scheidsrechtspraak (en de kolleges van bindende derdenbeslissers), waar de situatie overigens alleen daarom reeds geheel anders moet worden bekeken, omdat de werking ervan - rechtstreeks of onrechtstreeks - door de partijen wordt betaald, en dit dus uiteindelijk toch in de verhouding tussen partijen onderling moet worden verrekend.

---

*Max Guldener*, red. M. Kummer en H.U. Walder, Schulthess Zürich 1973, 291 v.; W. HABSCHEID, *Schweizerisches Zivilprozeß- und Gerichtsorganisationsrecht. Ein Lehrbuch seiner Grundlagen*, Helbing & Lichtenhahn, Basel 1986, 259 nr. 710, voor Griekenland, N. KLAMARIS, "Der Rechtsmißbrauch im griechischen Zivilprozeßrecht", *Festschrift für Fritz Baur*, Mohr, Tübingen 1981, 483 v.

<sup>11</sup> Zie daarvoor M.L. STORME, "Over het tergend geding voor een roekeloze vriendschap", *Liber amicorum Jan Ronse*, Story, Brussel 1986, (67 v.), m.b. nr. 44. Vgl. ook P. Taelman, *TPR* 1988, (89) nr. 4.



We beperken ons zoals gezegd evenwel tot de rol van de goede trouw in de onderlinge verhouding tussen partijen, in het geding (procesrecht, deel I, en bewijsrecht, deel II), dan wel daaraan voorafgaand doch met het oog op een geding (bewijsrecht, deel II).

Omwille van de niet-bespreking van het publiekrechtelijk aspekt wordt evenmin de vraag behandeld of de in dit verslag besproken sankties ambtshalve door de rechter kunnen toegepast indien zij door de wederpartij niet worden gevraagd. Het enige wat we in dit verband willen verwoorden is de juiste vraagstelling : het gaat er namelijk om of het beschikkingsbeginsel dat de materiële rechtsverhouding tussen partijen beheerst - ook en zelfs nog meer<sup>12</sup> wanneer deze verhouding in geding is - ook de procesverhouding s.s. (zie randnr. 8) beheerst, dan wel of integendeel het beschikkingsbeginsel op dat punt moet wijken voor de actieve rol van de rechter<sup>13</sup> - zoals ook reeds het geval is met de opsporing van bewijsmiddelen, waartoe de rechter veelal ambtshalve kan overgaan. Ik wil hier alleen kwijt dat de rechter in beginsel deze sankties uitsluitend dan ambtshalve mag uitspreken indien dit wettelijk is bepaald, precies omdat de publiekrechtelijke verhouding in beginsel nog steeds door het legaliteitsbeginsel wordt beheerst.

2. We beperken ons dus evenzeer tot de eigenlijke of geschilsrechtspraak (konten-

---

<sup>12</sup> Ik zeg "nog meer", omdat éénmaal een geschil is gerezen ook afstand kan worden gedaan van bepalingen van dwingend recht.

<sup>13</sup> Het beschikkingsbeginsel impliceert immers helemaal niet - zoals vaak wordt beweerd - de lijdelijkheid van de rechter in de leiding van de debatten. Het beschikkingsbeginsel betreft immers uitsluitend de bepaling en beperking van datgene wat aan de rechter wordt voorgelegd, wat betreft het al dan niet ter kennis staan (ne procedat iudex ex officio), het voorwerp van de eis (petitum), haar oorzaak (positum), en haar bewijsgrondslag (bewijsmiddelen). Het beschikkingsbeginsel doet dus helemaal geen uitspraak over de vraag of de rechter de leiding mag nemen van de debatten, of hij de partijen argumenten en middelen mag suggereren, of hij een minnelijke schikking mag voorstellen, of hij termijnen mag opleggen, e.d.m. Zie voor dit onderscheid tussen beschikkingsbeginsel en lijdelijkheid R.W. MILLAR, "The formative principles of civil procedure", 18. *Illinois law review* 1923, (1 v., 94 v., 150 v.) § 3 (Verhandlungsmaxime vs. Untersuchungsmaxime) en 4 (Parteibetrieb vs. Offizialbetrieb).

In ons positief procesrecht wordt het beschikkingsbeginsel niet volstrekt doorgevoerd, gezien de rechter bij de bewijsmiddelen niet beperkt is tot diegene die door de partijen worden aangebracht of waartoe door hen een maatregel wordt gevraagd . De actieve rol van de rechter wordt in ons positief recht niet beperkt door het beschikkingsbeginsel, maar door het gebrek aan sankties waarover de rechter ambtshalve kan beschikken (b.v. opleggen van vervaltermijnen e.d.; wel kan hij ambtshalve veroordelen in de kosten, art. 1017 ger.W.).

Zie verder ook G. STEVIGNY, "«Themis» op de helling", Openingsrede Hof van Beroep Gent 1 september 1977, *R.W.* 1977-78? (609) 646 v. nr. 52 v.; M.L. STORME, "De actieve rol van de rechter", *Liber amicorum Baron Jean van Houtte*, Gent 1975, 967; R. SOETAERT, "Waarheid in het gewijsde", *Recht in Beweging, Opstellen aangeboden aan prof. mr. ridder René Victor*, Kluwer Antwerpen 1973, II (881), o.m. 886 v.

tieuze rechtspleging, m.i.v. het kort geding op éézijdige verzoekschrift, maar zonder de oneigenlijke of willige rechtspleging).

3. Ook de rol van de goede trouw in de verhouding met derde partijen, die niet in het geding betrokken zijn of worden, wordt niet als dusdanig behandeld. We denken b.v. aan de getuigen, de derde-beslagene, ...

4. Evenmin de verhouding tussen partijen en derden die als onpartijdigen bij het geding betrokken worden, zoals b.v. deskundigen<sup>14</sup>, derden-beslissers, e.d.m., maar wél de onderlinge verhouding tussen gedingpartijen naar aanleiding van het optreden van dergelijke personen.

5. Evenmin de - kontraktuele - verhouding tussen partijen en de personen aan wie zij opdracht geven met het oog op het geding (advokaten, gerechtsdeurwaarders, e.d.m.).

6. Evenmin de materieelrechtelijke verhouding tussen partijen, tenzij dan *sub specie probationis* in Deel II.

7. En tenslotte evenmin het beslagrecht, het recht van tenuitvoerlegging en bewarende maatregelen.

8. Hoewel de goede trouw in de praktijk dus de formele toegangspoort is voor het "ongeschreven recht" - juister "niet in wetten gesteld recht" -, betekent dit natuurlijk niet dat een bespreking van de rol van de goede trouw dat ongeschreven recht zelfstandig kan bespreken, zonder het in het geschreven recht in te passen. In dit verslag wordt dus voornamelijk aandacht besteed aan ongeschreven recht, doch wordt dit wel telkens teruggeplaatst in het kader van het geschreven recht, minstens van de grote lijnen daarvan. Eisen van redelijkheid en billijkheid bij de proces- en bewijsvoering die een tot nu toe bevredigende wettelijke regeling hebben gekregen in bijzondere rechtsfiguren worden slechts terloops behandeld, zo b.v. de *actio ad exhibendum*.

**(7. wijze van omgaan met de goede trouw)** De goede trouw, d.i. de redelijkheid en billijkheid, is dus die blankonorm die toelaat dat het ongeschreven recht méé

---

<sup>14</sup> Zie daarvoor S. RAES, "Aansprakelijkheid van deskundigen en scheidslieden", *R.W.* 1987-88, 1226 v.

talloze rechtsverhoudingen beheerst. Zoals ik elders reeds heb geschreven<sup>15</sup>, moeten bij het omgaan met dit grondbeginsel twee gevaren vermeden worden.

Het ene gevaar is de *denkluiheid* (of is het de denkleegheid) van de auteur, rechter of advocaat, waarbij de goede trouw een voorwendsel is om éénvoudigweg "naar billijkheid" een oplossing te stellen, zonder deze in het rechtssysteem in te passen en aan de toets der generalisering te onderwerpen (toets waaraan het oordeel volgens het gelijkheidspostulaat - de gelijke behandeling van gelijke gevallen - moet weerstaan). Wij hebben dan ook de plicht tot systematisering, steeds in aansluiting bij de reeds eerder wettelijk of rechterlijk besliste gevallen. Bij mijn poging deze plicht te vervullen schrik ik er dan ook niet voor terug nieuwe begrippen en categorieën te gebruiken, indien daarmee bepaalde denk- en oordeelwijzen beter kunnen worden gevat.

Het andere gevaar is de *verblindings* van de auteur, de rechter, e.d.m., door het reeds geschreven zijn van een regeling, verblindings die hem belet het recht verder te ontwikkelen en verfijnen, méde aan de hand van de redelijkheid en billijkheid. De ergste verblindings daarbij is die van het legalisme, dat geen recht buiten de wet ziet. Doch de auteur die zich beperkt tot een beschrijvend "overzicht van rechtspraak" blijft nog steeds - zij het minder - verblind. En een tikkeltje verblindings blijft nog steeds bestaan zolang men gelooft dat het mogelijk is de regels van het recht zo goed uit te werken, zij het in wetgeving, rechtspraak en rechtsleer, dat het recht van een konkreet geval daaronder volledig is gevat. Stééds opnieuw duiken immers omstandigheden op die in die uitwerking nog niet verdisconteerd zijn en maken dat een geval daaronder nog niet tot zijn recht kan komen. Stééds opnieuw moet het recht ontwikkeld en verfijnd worden, en begint deze verfijning met een geval waarop nog geen regel past, en waarvoor de passende regel zich eerst na verloop van tijd uitkristalliseert. De goede trouw is het beginsel dat de jurist daartoe dwingt<sup>16</sup> en belet weg te zinken in stereotiepe gezapigheid.

## **Deel I. De invloed van de goede trouw in het procesrecht**

---

<sup>15</sup> M.E. STORME, "De exceptio non adimpleti contractus als uitlegvraag. Uitwerking van enkele aspecten in de verhouding tussen partijen, meer bepaald evenredigheid en volgorde van de prestaties en bewijslast", *R.W.* 1989-90, 313 v.

<sup>16</sup> Vgl. E. DIRIX, "De beperkende werking van de goede trouw", *T.B.H.*, 1988, (660) 663-664, nr. 6; D. PHILIPPE, "De rechter en de bepaling van de inhoud van de overeenkomst", *De overeenkomst vandaag en morgen*, XVIe postuniversitaire cyclus W. Delva Gent 1989, nr. 2.2.1. e.aa.pp.

## 1.1. Algemeen deel.

### 1.1.1. De procesverhouding.

**(8. de procesverhouding)** In randnr. 5 onderscheidde we reeds de processuele verhouding tussen partijen van de publiekrechtelijke verhouding tussen de partijen en de rechter. Ook deze processuele verhouding wordt door een zekere tweeheid gekenmerkt. Enerzijds is de verhouding tussen gedingpartijen een voortzetting van de materieelrechtelijke verhouding tussen hen in een ander vlak, in een andere "aanleg". Anderzijds wordt daarop een "processuele" verhouding geënt die daartegenover een betrekkelijke autonomie heeft<sup>17</sup> (zie daarover verder 1.1.4.).

In deze betrekkelijk autonome "procesverhouding" kunnen we b.v. volgende bestanddelen onderscheiden :

- *het recht om te vorderen* (ius agendi, le droit d'agir en justice, Klagerecht; in Nederland terecht "vorderingsrecht" genoemd<sup>18</sup>), dat immers naast een *publiekrechtelijk aspect* (de aanspraak op rechtsbescherming, d.i. het recht betreft om door de rechter gehoord te worden aangaande de zaak zelf (het bodemgeschil) en zijn eis door hem beoordeeld te zien, en wel binnen een redelijke termijn<sup>19</sup>) ook een *procesrechtelijk aspect* heeft, namelijk *het recht om anderen in een (dit) proces te betrekken*. De belangrijkste grondvereisten voor dit ius agendi vinden we terug in de artt. 17-18 ger.W. (onder de verkeerde term "rechtsvordering" - zie de opmerking hieronder),

---

<sup>17</sup> Vroeger sprak men in ons recht niet van procesverhouding, maar van "contrat judiciaire", een voorstelling die een laat uitvloeisel is van de romeinsrechtelijke "litis contestatio". De leer van de procesverhouding werd ontwikkeld door negentiende-eeuwse Duitse processualisten, b.v. O. BÜLOW, *Die Lehre von den Prozeßinreden und die Prozeßvoraussetzungen*, Giessen 1868; WACH, *Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts*, 1885, I, § 4 v.; J. KOHLER, *Der Prozeß als Rechtsverhältnis*, Mannheim, 1888; MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, <sup>3</sup>III, p. 845; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli <sup>3</sup>1923, 89 v., 624 v.; -, "Rapporto giuridico processuale e litispendenza", *R.D.Proc.civ.* 1931, 3. Bij ons spreekt men, nu de leer van het gerechtelijk kontrakt in de verdomhoek is geraakt, van "lien d'instance". Zie verder J. VINCENT & S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Précis Dalloz, Parijs (20)1981, nr. 346 v.

<sup>18</sup> Zie W.H. HEEMSKERK, *Vorderingsrecht en rechtsvordering*, Kluwer Deventer 1974; R. de CORTE, "Men schiet geen vliegtuig neer omwille van een navigatiefout", *Actori incumbit probatio, Opstellen aangeboden t.g.v. de eerste promotie rechten aan de Universitaire Instelling Antwerpen*, Maarten Kluwer Antwerpen 1975, (45) 50 v. Zie ook de opmerking verderop in de tekst van dit randnr. en voetnoot 22.

<sup>19</sup> Dit aspect vindt o.m. uitdrukking in het verbod van rechtsweigeren (art. 5 ger.W.) , en in art. 6 E.V.R.M. Zie verder ook art. 4 ger.W. e.a.

doch er zijn nog andere vereisten en lasten, waarvan er enkele verderop ter sprake komen, en waarvan de naleving in de ene gevallen in het belang van de rechtsbedeling, in andere gevallen in het belang van de wederpartij wordt opgelegd.

Het vorderingsrecht wordt uitgeoefend door middel van vele rechtshandelingen, namelijk proceshandelingen, waarvan de eis er één is, doch ook de neerlegging van besluiten, het verzoek om een bewijsmaatregel, e.d.m. Het is ook de eiser die het geschil omschrijft waarvan hij de beoordeling vordert (nl. aan de hand van voorwerp en oorzaak).

- de keerzijde daarvan, *het recht van verdediging*, dat eveneens naast een *publiekrechtelijk aspekt* (het recht om door de rechter gehoord te worden) ook een *procesrechtelijk aspekt* heeft. Dat recht van verdediging omvat b.v. het recht op behoorlijke oproeping (in beginsel bij deurwaardersexploot of gerechtsbrief) om te verschijnen na een minimum - of wachttermijn (in beginsel acht dagen), het recht om zich voor de rechtbank van zijn woonplaats te verweren - behoudens de territoriale bevoegdheid *ratione materiae* -, het (betrekkelijke) recht om zich in zijn eigen taal te verweren, e.d.m. Men kan ook spreken van het recht om zich niet te hoeven te verdedigen, dat uitgedrukt wordt in de middelen van ontoelaatbaarheid (gebrek aan belang, ...) en het recht om zich niet meer te hoeven te verdedigen, dat kan afgeleid worden uit de regels betreffende het gezag van gewijsde, de termijnen der rechtsmiddelen, het verval voor de eiser om zijn vorderingsrecht nog verder uit te oefenen of de verwerking van een aspekt van dat recht, e.d.m. De vereisten voor de uitoefening van dit recht zijn niet algemeen gesteld in het ger.W., maar vinden we terug bij de verschillende vormen van verdediging afzonderlijk (verweer, tussenkomst, verzet, derdenverzet). Dit recht wordt afzonderlijk beschermd, b.v. door het verbod van verhogingsbedingen (art. 1023 ger.W.).

Ook het recht van verdediging wordt uitgeoefend door middel van proceshandelingen, zoals de verschijning, de neerlegging van besluiten, e.d.m., waarin de processuele excepties (nietigheid, onbevoegdheid e.a. opschortende excepties, ontoelaatbaarheid) en de verweermiddelen aangaande de zaak zelf (de gegrondheid) worden verwoord.

- rechten die zowel de eiser als de verweerder toekomen, zoals het recht op mededeling van alle aan de rechter voorgelegde stukken; het recht op antwoord; onder bepaalde voorwaarden het recht op hoger beroep e.d. rechtsmiddelen; e.d.m. Bij elk van de proceshandelingen kan men de mogelijkheid om ze te stellen immers als een afzonderlijk aspekt van het recht om te vorderen c.q. te verdedigen

beschouwen.

Opmerking. Het *ius agendi* is m.i. iets geheel anders dan de "actio" of rechtsvordering - veel juister is het duitse woord *Anspruch* - en het is dan ook zeer ongelukkig dat het Gerechtelijk wetboek het *ius agendi* precies met het woord "rechtsvordering/action en justice" benoemd heeft.

Deze laatste is immers een aspekt van een welbepaald materieel recht - traditioneel wordt het beschouwd als het aspekt dat het materiële recht perfektioneert<sup>20</sup>, waarvan de exceptie een ander aspekt is. Hoewel ik uitdrukkelijk voorbehoud wil maken bij deze traditionele scheiding tussen "subjektief recht" en "actio" (meer bepaald omdat o.i. het materieel recht geen ander is dan datgene dat door bewijs wordt vastgesteld), moet dit laatste in ieder geval goed onderscheiden worden van het "*ius agendi*". De excepties die de geldendmaking van een subjektief recht verhinderen, zoals de exceptie van verjaring, de exceptie van spel en weddenschap, van kunstmatige inseminatie (art. 318 § 4 B.W.) van verzoening (art. 1284-1285 ger.W.), e.d.m., worden in ieder geval beheerst door de regels van een welbepaald materieel recht, en datgene waarvan de geldendmaking door die excepties verhinderd wordt is in ieder geval een welbepaald materieel recht, en helemaal niet het "abstrakte" *ius agendi*, het recht om überhaupt naar de rechter te gaan ongeacht welk subjektief recht men door hem beoordeeld en afgedwongen wil zien. Deze excepties zijn geen middelen van ontoelaatbaarheid maar verweermiddelen aangaande de zaak zelf (het bodemgeschil), al spreekt de wet ook van onontvankelijkheid. Het is immers precies om het onderscheid met de materieel- en bewijsrechtelijke "onontvankelijkheid", d.i. niet-opeisbaarheid, te benadrukken, dat in het gerechtelijk wetboek uitsluitend van ontoelaatbaarheid wordt gesproken<sup>21</sup>.

Het *ius agendi* staat in beginsel los van het al dan niet bestaan van een materieel recht en is ook steeds hetzelfde, ongeacht over welk materieel recht het gaat, en al draagt de actor - afgezien van bijzondere rechtsplegingen zoals het kort geding - de last om een welbepaald materieel recht in te roepen (vorderingslast, d.i. om een eis met een materieelrechtelijk voorwerp te verwoorden). Het *ius agendi* is een vrij recent ontwikkeld recht (nl. door duitse processualisten en franse publicisten rond 1900<sup>22</sup>) dat heden ten dage voornamelijk in de "access to justice" wordt uitgewerkt<sup>23</sup>. De

<sup>20</sup> Zie b.v. de omschrijvingen van de "actio" bij DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon XI* nr. 338 ("le droit à l'état de guerre"); CEZAR-BRU, *Précis élémentaire*, Paris 1927, nr. 68-70 en GARSONNET & CEZAR-BRU, (3) I, nr. 351 ("le droit qui se met en mouvement"); ROGUIN, *La science juridique pure*, Lausanne 1923 (le droit armé et en lutte); REDENTI (posizione particolare del diritto soggettivo); C.W. STAR BUSMANN, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, Bohn Haarlem, (2) 1955, nr. 144-145, e.a.

<sup>21</sup> Zie het verslag-HERMANS, *Pasin.* 1967, p. 977.

<sup>22</sup> Zie reeds in zekere mate B. WINDSCHEID, *Die actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf 1856; vooral echter S. PLÓSZ, *Über das Klagerecht*, Budapest 1876, Leipzig 1880; DEGENKOLB, *Einlassungszwang und Urteilsnorm*, Leipzig 1877, -, *Der Streit über den Klagrechtsbegriff*, Leipzig 1905; J. KOHLER, "Der sogenannte Rechtsschutzanspruch", 33. *Z.deutschen Zivilprozeß* 1904; E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Rome <sup>2</sup>1936; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 43

keerzijde ervan is niet de materieelrechtelijke exceptio, maar het recht van verdediging (dat onder meer de middelen van ontoelaatbaarheid omvat en in zekere zin ook de processuele excepties van nietigheid, onbevoegdheid en opschorting). Binnen het *ius agendi* moet men niet onderscheiden naargelang de aard van het ingeroepen materieel recht, maar naargelang de processuele aard van het voorwerp van de eis : strekt zij tot veroordeling, tot een voorlopige maatregel, tot louter verklaring van recht (art. 18, 2 ger.W., Feststellungsklage), tot wijziging van staat (konstitutief vonnis), tot bezitsbescherming (*possessoria*), tot het bekomen van rechtsbijstand, tot exequatur, tot machtiging voor beslag, tot kassatie, tot nietigverklaring van een eenzijdige overheidsbeslissing, e.d.m.<sup>24</sup>. Het vereiste "belang" moet met betrekking tot die onderscheidingen beoordeeld worden, en helemaal niet m.b.t. de materieel- en bewijsrechtelijke verhouding.

Ten onrechte worden "actio" en "ius agendi" door de rechtsleer voortdurend door elkaar gegooid<sup>25</sup>.

Om de verwarring te verminderen zullen we proberen het woord "vordering" zoveel mogelijk te vermijden en ons aan het volgende woordgebruik te houden :

- "eis" voor "demande" (Klage) als een rechtsfeit (m.b. een rechtshandeling), dat al dan niet rechtsgevolgen kan hebben (geldigheid vs. nietigheid);
- "vorderen" voor "procederen", en meer bepaald "procederen over het bodemgeschil", waarvoor dus niet alleen een "geldige eis" maar ook "toelaatbaarheid" is vereist;
- "vorderingsrecht" voor *ius agendi* (*droit d'agir en justice*, Klagerecht, Rechtsschutzanspruch of Justizanspruch);
- "rechtsvordering" voor "actio" (Anspruch), d.i. een welbepaald subjectief recht dat kan geldend gemaakt worden zonder dat daartegen verhinderende excepties aangaande de zaak zelf (verjaring, spel en weddenschap, verzoening, e.d.m.) kunnen worden opgeworpen, en wel op alle rechtmatige wijzen, zoals bij wijze van eis in rechte, bij wijze van beslag, bij wijze van schuldvergelijking,

v., -, "L'azione nel sistema dei diritti", *Saggi di diritto processuale civile*, I, 3 v.; HAURIU, *Précis de droit administratif*, 378 v. Daaruit vloeien de moderne definities voort, die echter in het frans ten onrechte aan het woord "action" (in plaats van "droit d'agir") worden gegeven, zoals b.v. A. FETTWEIS, *Manuel* nr. 19 ("le droit processuel d'obtenir une décision sur le fond d'une prétention"), J. VINCENT & S. GUINCHARD, *Procédure civile*, nr. 19.

<sup>23</sup> Zie daarvoor b.v. A.F.M. BRENNINKMEIJER, *De toegang tot de rechter*, Tjeenk Willink Zwolle 1987. Zie ook F. BAUR, "Der Anspruch auf rechtliches Gehör", 153. *AcP*, 398; W. HABSCHEID, "Der Anspruch auf Rechtspflege", 67. *ZZP* 1954, 188; G. BAUMGÄRTEL, *Gleicher Zugang zum Recht für Alle*, Heymanns 1976; W. HABSCHEID, "Les principes fondamentaux de droit judiciaire privé", *Towards a justice with a human face*, red. M. STORME & H. CASMAN, Kluwer, Antwerpen/Deventer, 1978, (31) 53 v.

<sup>24</sup> In de duitse rechtsleer worden deze verschillende soorten eis uiteindelijk allemaal teruggebracht tot 3 soorten : *Leistungsklage*, *Gestaltungsklage*, *Feststellungsklage*.

<sup>25</sup> Zie b.v. nog R. de CORTE, "Hoe autonoom is het procesrecht. Studie van enkele raakvlakken tussen materieel recht en gerechtelijk recht", *TPR* 1980, (1 v.) nrs. 21, 35, tweede alinea en 36, laatste alinea (ook in *Procesrecht vandaag*, Kluwer Antwerpen 1980); A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik 1985, nr. 19-21; A. van OEVELEN, "Algemeen overzicht van de bevrijdende verjaring en de vervaltermijnen in het belgisch privaatrecht", *TPR* 1987, (1755) 1773, nr. 17, die enerzijds stelt dat middelen van niet-ontvankelijkheid hun grondslag vinden in regels van materieel recht, en anderzijds het *ius agendi* - mogelijkheid om een vonnis te verkrijgen over de gegrondheid - treffen (?!).

e.d.m.<sup>26</sup>, maar niet bij wijze van eigenrichting;  
- "schuldvordering" (inschuld) voor "créance".

In dit eerste deel wordt enkel ingegaan op de goede trouw of het misbruik met betrekking tot het recht om te vorderen (of zich te verdedigen of een aspect ervan), en niet op de goede trouw of het misbruik met betrekking tot subjektieve rechten en actiones, gezien dat dus vragen van materieel en bewijsrecht zijn, die de zaak zelf (het bodemgeschil, de gegrondheid van de eis) betreffen. Weliswaar spreekt het niet steeds vanzelf in welke categorie bepaalde bevoegdheden thuishoren (b.v. een vordering tot ontbinding, tot nietigverklaring, tot echtscheiding, tot faillietverklaring, e.d.m.), doch m.i. kan de maatstaf gebruikt worden of de vordering uitsluitend bij de rechter (of scheidsrechter) kan worden ingesteld, dan wel ook rechtstreeks aan de wederpartij kan worden gericht, zij het dat zij in sommige gevallen slechts met zijn akkoord buitengerechtelijk kan worden waargemaakt. Slechts weinige vorderingen horen uitsluitend tot de eerste categorie, waaronder b.v. de vordering tot faillietverklaring, en bij alle andere moeten beide aspecten goed onderscheiden worden. Veel van wat doorgaans door auteurs onder misbruik van procesrecht wordt behandeld is in feite misbruik van een materieelrechtelijk subjektief recht, en betreft dan ook zaak zelf (de gegrondheid van de eis) en niet de processuele verhouding tussen partijen.

---

<sup>26</sup> Ook hieruit blijkt dat "actio" en "ius agendi" moeten onderscheiden worden. Het gebrek aan actio belet immers niet alleen de toewijzing van een eis in rechte, maar ook een aantal andere wijzen van verwerkelijking of geldendmaking van het desbetreffende subjektief recht. Het verschil met de ontoelaatbaarheid blijkt b.v. uit art. 42 Handelsregisterwet, dat veel beperkender is.



### 1.1.2. Het beginsel van de goede trouw in het procesrecht.

(9.) Ook zonder te durven stellen dat het recht om te vorderen en het recht van verdediging "doelgebonden bevoegdheden"<sup>27</sup> zijn - stelling die ik uitdrukkelijk niet tot de mijne maak -, moet men toch stellen dat deze rechten kaderen in een rechtsverhouding (namelijk de procesverhouding) *waarin partijen zich mede door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij moeten laten leiden*, en meer bepaald door hun gerechtvaardigde processuele belangen. Dit is m.i. een omschrijving van het vereiste tot "fair play".

Deze formule kan verbazen, omdat het proces toch als een strijd wordt opgevat, waarvan het wezen precies is dat elke partij zijn eigen (materiële zowel als processuele) belangen verdedigt.

Doch ook de overeenkomst wordt meestal gesloten door partijen met tegenstrijdige belangen. Daarenboven hebben kontraktspartijen meestal ook een gemeenschappelijk belang bij het welslagen van de transactie (de ekonomie van de overeenkomst), en in ieder geval belang bij het feit dat overeenkomsten doorgaans slagen. Welnu, hetzelfde geldt voor gedingpartijen : zij hebben meestal een gemeenschappelijk belang bij een procesekonomische oplossing van hun geschil, en hebben er in ieder geval belang bij dat geschillen in het algemeen procesekonomisch worden opgelost<sup>28</sup>.

De reden waarom ik dit vertrekpunt, namelijk dat gedingpartijen in een verhouding staan waarbij zij zich mede door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij

---

<sup>27</sup> In die zin E.M. MEIJERS, "Misbruik van recht en wetsontduiking", *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen I*, (62) 72; G.A. de COCQ, "Gebruik en misbruik van procesrecht", Preadvies Nederlandse Orde van advocaten, *Advocatenblad* 1959, (388) 390 v.; J. de COCK, "Misbruik van procesrecht inzake hoger beroep", *De advocaat. De positie van de advocaat in en rond het gerechtelijk wetboek*, red. K. Dassen en M. van der Heyden, Kluwer, Antwerpen 1978, (111) 113; M.L. STORME, *Liber amicorum Jan Ronse*, (67) 70; P. TAELEMAN, *TPR* 1988, (89) 91 nr. 3; J. LAENENS, "Pleidooi voor deformalisering", *Een vernieuwd gerechtelijk wetboek ?*, Studiedag Gent 1989, Story, Brussel 1990, nr. 4. Vgl. ook GERBRANDY, *Advocatenblad* 1959, (325) 381; F. van NESTE, "Misbruik van recht", *TPR* 1967, (339) 357 nr. 30-32; W. van GERVEN, *Beginselen van belgisch privaatrecht, Algemeen deel*, Standaard Antwerpen, 1973, nr. 67, p. 176-177; P. van OMMESLAGHE, "Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi", *R.C.J.B.* 1976, 320-321; P. ABAS, *Beperkende werking van de goede trouw*, 334. Contra D.J. VEEGENS, noot onder HR 26 juni 1959, *NJ* nr. 553.

<sup>28</sup> Zie voor het begrip procesekonomie o.m. P. ZONDERLAND, *Privaatrechtspleging in grondtrekken*, Tjeenk Willink Zwolle 1977, 169; J. LAENENS, "Het voortschrijdend proces", *IUS I.*, *Tien jaar gerechtelijk wetboek*, 147; L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, Padova 1980; -, "Il principio di economia processuale nell'esperienza di ordinamenti stranieri", *Studi Tito Carnacini*, Milaan 1984, II, 199; D. LINDEMANS, "De behandeling en de berechting van de vordering", *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, red. H. Geinger, Vlaams Pleitgenootschap Brussel/ Kluwer Antwerpen 1984 p. (77) 93 nr. 36-44;

moeten laten leiden, benadruk, is dat in deze verwoording *een fundamentele breuk zichtbaar wordt met het subjektieve recht in de betekenis van bevoegdheid, vrijheid, wilsmacht*. In deze verwoording blijkt dat door de werking van de goede trouw niet langer de bevoegdheid, vrijheid, wilsmacht centraal staat, maar de rechtsverhouding, die meebrengt dat ze zich over en weer mede door de belangen van de ander moeten laten leiden<sup>29</sup>.

**(10.)** Gezien deze breuk met de traditionele opvatting van het subjektieve recht stilaan zichtbaar wordt, zien wij ook niet veel heil in de traditionele indeling van de verschillende functies of werkingen van de goede trouw, zoals de uitleggende, aanvullende en beperkende werking van de goede trouw<sup>30</sup>. Vooral beide laatste benamingen gaan er immers van uit dat de rechtsverhouding of het subjektief recht primair zou moeten worden bepaald zonder rekening te houden met de goede trouw, die dan echter langs het achterraam terug naar binnen mag.

Wat door de goede trouw beperkt wordt is dan ook niet het subjektief recht zelf, maar enkel de valse schijn ervan, die al te vaak aan de letter wordt vastgeknoopt<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> De verwoording komt van J.B.M. VRANKEN, "Enkele gedachten over de invloed en betekenis van de factor tijd in het privaatrecht", *RMThemis* 1986, (415) 425, en werd meer in het bijzonder gebruikt m.b.t. het leerstuk van de "Obliegenheiten" (meer bepaald de onderzoeks- en informatielasten, schadebeperkingslasten, e.d.m.), dat hieronder besproken wordt.

<sup>30</sup> Zie voor de uitwerking daarvan o.m. E.M. MEIJERS, "Goede trouw en stilzwijgende wilsvaerklaring", *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, III, 277; F. BAERT, *R.W.* 1956-57, kol. (489) 498-507; J. LIMPENS & R. KRUIHOF, "Rechtsvergelijkende aantekeningen bij het begrip rechtsmisbruik", *Recht in beweging. opstellen aangeboden aan prof. mr. ridder René Victor*, Kluwer Antwerpen 1973, I, 655 v.; P. ABAS, *Beperkende werking van de goede trouw*; W. de BONDT, "Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht", *TPR* 1984, 95 v.; J. MAELJER, "De corrigerende werking van de goede trouw, in het bijzonder binnen rechtspersonen", *Goed & trouw. Opstellen aangeboden aan prof. mr. W.C.L. van der Grinten t.g.v. zijn afscheid als hoogleraar aan de K.U. Nijmegen*, Tjeenk Willink Zwolle 1984, 31 v.; G.H.A. Schut, "Crediteursovermacht en billijkheid in het NBW", *Goed & trouw*, 71; S. STIJNS, *J.T.* 1990, 33 v. W. van GERVEN, & A. DEWAELE, "Goede trouw en getrouw beeld", *Liber amicorum Jan Ronse*, 103 v., deze laatsten evenwel erg genuanceerd betreffende het belang van dergelijke indeling.

Mijn scepticisme over deze onderscheidingen, alsook over het begrip "misbruik van (subjek—tief) recht", heb ik elders reeds uiteengezet. Wanneer ik in dit verslag over rechtsmisbruik spreek, betekent dit niet dat ik mijn mening daarover heb herzien. Zij mijn bijdragen "Contractuele aansprakelijkheid volgens de eisen van redelijkheid (goede trouw) of misbruik van contractueel recht?", *R.W.* 1984-85, 1725 v.; "De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing", *TPR* 1988, 1259 v.; "De invloed van de goede trouw op de contractuele schuldvorderingen", *R.W.* 1989-90, 137 v.

<sup>31</sup> Vgl. A. PITLO, *Het nederlands burgerlijk wetboek, deel 3. Algemeen deel van het verbintenisrecht*, Gouda Quint, Arnhem (8)1979, 250; H.C.F. SCHOORDIJK, *Het algemeen gedeelte van het verbintenisrecht naar het nieuw burgerlijk wetboek*, Kluwer, Deventer 1979, 23 en 33; K. LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung : die Bedeutung 'veränderter Umstände' im Zivilrecht*, Beck München 1951, 166.; E. DIRIX, "Over de beperkende werking van de goede trouw", *T.B.H.* 1988, (660 v.) 664-665.

Daarom ook zijn we erg ongelukkig met het woord rechtsmisbruik indien men daarmee misbruik van het subjektief recht (niet het objektief recht) bedoelt. Wél zijn de in het raam van die leer tot nu toe uitgewerkte maatstaven nuttig (bedoeling te schaden, geen redelijk belang, bij gelijk belang het voor de wederpartij meest bezwarende kiezen, onevenredigheid tussen eigen voordeel en nadeel van de ander, e.d.m.). Zo ook staat de eis om zijn "recht uit te oefenen op een wijze die de grenzen van een normale uitoefening door een voorzichtig persoon niet kennelijk te buiten gaat"<sup>32</sup> vrij dicht bij de door ons gegeven verwoording van de goede trouw van het handelen. Doch de overgeleverde maatstaven voor rechtsmisbruik zijn ook in het procesrecht niet alleenzaligmakend<sup>33</sup>.

Het lijkt ons op dit ogenblik dan ook nuttiger uit te weiden over een andere onderscheiding, die tot nu toe bij ons veel minder aandacht heeft gekregen.

---

<sup>32</sup> Cass. 10 september 1971, De Feyter t. Beeckman-Lobijn, *Arr.* 31 noot W. G.v.d.M., *R.W.* 1971-72, 321, met besluiten P.g. W. GANSHOF van der MEERSCH, *Compendium van rechtspraak*, Gent 1972, noot A.E. BOEHLE (Amotie-arrest); Cass. 16 december 1982, du Moulin t. n.v. Sarma, *Arr.*, 518, verbreking; Cass. 6 april 1984, gemeente Grobbendonk t. pvba firma Heylen, *Arr.* nr. 456, verwerping; Cass. 20 november 1987, nv T. t. De R., verbreking van Hof Antwerpen 11 maart 1986, *R.W.* 87-88, 1099; Cass. 18 februari 1988, Brouwerij Maes t. Notaert e.a., verwerping, *T.B.H.* 1988, 696, *R.W.* 1988-89, 1226, *Arr.* nr. 375.

<sup>33</sup> Zie de verwijzingen hierboven in voetnoot 9; vergelijkbare kritiek w.b. de werking van de goede trouw in het procesrecht bij M.L. STORME, *Liber amicorum Jan Ronse*, 67 v., P. ABAS, *Beperkende werking van de goede trouw*, 332.

### 1.1.3. Drie juridische structuren

**(11. drie wijzen van sanktioneren)** Zoals beloofd wil ik pogen enig systeem te brengen in de wijze waarop de goede trouw de rechtsverhoudingen in het algemeen, en die tussen gedingpartijen in het bijzonder, doordeesemt. Vooraleer op de concrete uitwerkingen in te gaan wil ik uw geduld dan ook nog even op de proef stellen door een onderscheid aan te geven dat in de loop van dit verslag een rol zal spelen. Het is namelijk zo dat de gerechtvaardigde belangen van de ene partij op drie wijzen kunnen worden beoordeeld en gesanktionerd wanneer de wederpartij er onvoldoende rekening mee houdt.

Het kan ten eerste voorkomen dat deze gedraging een fout uitmaakt, een *onrechtmatige daad* (in de zin van art. 1382 B.W.), die in beginsel met *schadevergoeding* wordt bestraft. In dat geval moet de wederpartij geplaatst worden in de toestand waarin hij geweest ware indien de fout niet was begaan, en wel door de meest adekwate sanktie (schadevergoeding dan wel herstel in natura, in het laatste geval desgevallend op straffe van verbeurte van een dwangsom). Men noemt dit ook een aansprakelijkheid voor het "*negatief belang*" (akwiliaans schadebegrip). Indien de schade ook zou ontstaan zonder het foutief aspect (d.i. in een rechtmatig alternatief), dan moet ze niet vergoed worden.

Het kan vervolgens ook voorkomen dat de gedraging een *tekortkoming* vormt aan een kontraktuele (of wettelijke) verbintenis, die in beginsel onder meer met *gedwongen uitvoering* - en met het opleggen van een dwangsom - gesanktionerd kan worden. In die gevallen gaat het om een aansprakelijkheid voor het "*positief belang*" (kontraktueel schadebegrip). Dit wil zeggen dat de schuldeiser niet geplaatst wordt in de toestand waarin die verbintenis niet zou zijn aangegaan, maar wel in de toestand waarin zij uitgevoerd ware. De kontraktant kan zich niet verweren met het argument dat het volkomen rechtmatig geweest ware het kontrakt niet te sluiten, en dat hij de wederpartij dus alleen maar moet terugplaatsen in de toestand waarin deze geweest was indien de kontraktant het kontrakt niet had gesloten.

Het kan ten slotte echter ook voorkomen dat deze gedraging géén fout vormt in de juridische betekenis van het woord, maar een *gedraging die in strijd wordt geacht met een door die partij (eerder) ingenomen rechtspositie*, en daarom - op grond van de wet, een rechtshandeling of de goede trouw - bestraft wordt, niet met schadevergoe-

ding, maar met het zich niet meer kunnen beroepen op die rechtspositie (kort gezegd : *rechtsverwerking*<sup>34</sup>). Een eenvoudig voorbeeld : wanneer de wet bepaalt dat de opeisbaarheid van een schuldvordering (actio) na een bepaald aantal jaren *verjaart* - of zelfs een schuldvordering überhaupt, in geval van sterke verjaring die ook de exceptie van de schuldvordering treft - dan betekent dit niét dat de schuldeiser verplicht is om deze éérder geldend te maken. Maar doet hij het niet, dan kan hij er achteraf geen beroep meer op doen (althans niet bij wijze van eis, en bij sterke verjaring evenmin bij wijze van verweer). De verjaring is geen schadevergoeding, noch gedwongen uitvoering, maar *een derde soort sanktie*, die niét kan begrepen worden als herstel in natura.

**(12. "Obliegenheiten" of "lasten")** In het eerste geval is de gedraging een tekortkoming aan een "*verplichting*" (devoir), zij het een wettelijke verplichting, zij het de

---

<sup>34</sup> Zie over deze rechtsfiguur o.m. E. RIEZLER, *Venire contra factum proprium*, Leipzig 1912; S. RUNDSTEIN, "Der Widerspruch mit dem eigenen Verhalten im Theorie des französischen Privatrechts", *Archiv für bürgerliches Recht* 1919, 319 v.; J.C. van Oven, "Overeenkomst en goede trouw", *NJB* 1926, (337) 357; A. BUCHENBACHER, *Rechtsverwerking of het tenietgaan van rechten door eigen toedoen van den gerechtigde*, pr. U. v. Amsterdam 1928, Scheltema & Holkema, Amsterdam 1928; W. SIEBERT, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung. Ein Beitrag zur Lehre von den Schranken der privaten Rechte und zur exceptio doli, unter besonderer Berücksichtigung des gewerblichen Rechtsschutzes*, Marburg 1934; S. van WIEN, "De jongste ontwikkeling van de rechtsverwerking in Nederland en elders", *RM* 1937, 499; A.L. PICKERING, "Estoppel by conduct", 55. *LQR* 1939, 400; Ph. HOUWING, *Rechtsverwerking*, Preadvies voor de Broederschap der candidaat-notarissen 1968; W.C.J. van LEEUWEN, *Verwerking van recht op het overeengekomene*, pr. U. Amsterdam 1950, Diligentia, Amsterdam 1950; J.P. VERHEUL, "Over rechtsverwerking", *Uit het recht, rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan mr. P.J. Verdam*, Kluwer, Deventer 1971, 75 v.; HOFMANN-ABAS, *Hofmann's nederlands verbintenissenrecht I., De algemene leer der verbintenissen*, II, Tjeenk Willink, Groningen (9)1977, 236 v.; F. RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung. Tutela dell'affidamento e decadenza di un diritto*; Cedam, Padova 1971, -, "Verwirkung et renonciation tacite. Quelques remarques de droit comparé", *Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian*, red. J. Waline en A. Weill, Librairies techniques, Paris 1974, I, 427, K. SPIRO, *Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatafristen*, Stämpfli, Bern 1975 deel II; H.J. WIELING, "Venire contra factum proprium", 176. *AcP* 1976, 334 v.; J. RONSE, o.m. "Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen 1968-1977", *TPR* 1978, (681) nr. 69; G. KEGEL, "Verwirkung, Vertrag und Vertrauen", *Festschrift für Klemens Pleyer zum 65. Geburtstag*, Heymanns, Köln 1986, 513; E. DIRIX & A. van OEVELEN, "Kroniek van het verbintenissenrecht", o.m. *R.W.* 1980-81, 2441 v. en *R.W.* 1985-86, 95 v.; H.A.M. AAFTINK & P. van OMMESLAGHE, "Rechtsverwerking en afstand van recht, Preadviezen voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland", *TPR* 1980, 735; M. MENDEL, "Rechtsverwerking in door goede trouw (redelijkheid en billijkheid) beheerste rechtsverhoudingen", *Lugdunum Batavorum Juri Sacrum, Rechtsgeleerde opstellen vervaardigd door leden van het Leids juridisch Dispuut 'Juri Sacrum' t.g.v. het honderdjarig bestaan van het dispuut*, Kluwer Deventer 1982, 39 v.; H.W. DETTE, *Venire contra factum proprium nulli conceditu. Zur Konkretisierung eines Rechtsspruchworts*, Schriften zur Rechtstheorie 115, Duncker & Humblot, Berlin 1985; P. van OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence. Les obligations", *R.C.J.B.* 1988, (33) nr. 230; P. HENRY & J.-F. JEUNEHOMME, "Rechtsverwerking : révolution ou restauration ?", *Livre du centenaire J.L.*, Story, Brussel 1988) 203 v.; E. DIRIX, "De beperkende werking van de goede trouw", *T.B.H.* 1988, (660) nr. 7.; M. E. STORME, *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, Story 1990, hoofdstuk 7.

algemene zorgvuldigheidsplicht, in het tweede geval is de gedraging een tekortkoming aan een "*verbintenis*" (obligation), zij het een vrijwillig aangegane verbintenis, zij het een wettelijke, zij het een op de goede trouw gegronde (zoals b.v. bij ongegronde verrijking). In het derde geval daarentegen is de gedraging geen tekortkoming aan een echte verplichting noch verbintenis, maar aan datgene wat in het Duitse recht een "*Obliegenheit*", soms een "*Last*", wordt genoemd, en waarvoor ik in het Nederlands het woord "*last*" wil gebruiken<sup>35</sup> (en in het Frans desgevallend "*charge*"). Een last is datgene waarmee een partij "belast" is wil zij zich op een bepaalde rechtspositie beroepen. Dergelijke lasten kunnen *wettelijk* worden opgelegd, bij *overeenkomst* (rechtshandeling) worden aangegaan, dan wel op de gebruiken of de *goede trouw* worden gegrond (vgl. art. 1135 B.W.).

Een eenvoudig bewijsrechtelijk voorbeeld : de rechter mag de oorzaak van de eis niet wijzigen. Dit betekent andersom dat de eiser, wil hij iets bekomen, voldoende rechtsfeiten moet stellen (aanvoeren) opdat het door hem gevorderde voorwerp hem naar recht zou kunnen worden toegewezen. Dit vereiste om feiten te stellen wordt in Nederland *stelplicht* genoemd. Doch het gaat niet om een "verplichting", gezien het niet stellen van voldoende rechtsfeiten op zich geen onrechtmatige daad vormt, maar alleen tot gevolg heeft dat de eis als ongegrond<sup>36</sup> wordt afgewezen (al kan een nieuwe eis worden ingesteld op grond van een andere oorzaak). Het is dan ook juist van *aanvoeringslast* te spreken : geen verplichting, maar een last.

---

<sup>35</sup> Het belangrijkste werk over deze "Obliegenheiten" is Reimer SCHMIDT, *Die Obliegenheiten. Studien auf dem Gebiet des Rechtszwangs im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts*, Verlag Versicherungswissenschaft, Karlsruhe 1953. Zie verder ook J. SUIJLING, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, Bohn, Haarlem 1928, I nr. 141 en 170, "indirecte verplichtingen"; E.M. MEIJERS, *Algemene leer van het burgerlijk recht, deel I - De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Universitaire pers Leiden 1948, 16; F. LENT, "Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozeß", 67. ZZZP 1954, 344 v.; Ph. HOUWING, *Rechtsverwerking*, Preadvies voor de Broederschap der candidaat-notarissen 1968, 26 ("oneigenlijke verplichtingen"); H.J. WIELING, "Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst", *AcP* 1976, (334) 346 v.; HOFMANN-van OPSTALL, *Hofmann's nederlands verbintenissenrecht I, De algemene leer der verbintenissen*, I, Tjeenk Willink, Groningen (9)1976, 49 v.; ("rechtsdrang"); G.H.A. SCHUT, "Crediteurs-overmacht en billijkheid in het NBW", *Goed & trouw, Opstellen aangeboden aan prof. mr. W.C.L. van der Grinten t.g.v. zijn afscheid als hoogleraar aan de K.U. Nijmegen*, Tjeenk Willink Zwolle 1984, (71) 74 ("quasi-verplichting"), *Rechtshandeling, verbintenis, overeenkomst*, Tjeenk, Willink Zwolle (2)1986, 57-59; J.B.M. VRANKEN, "Enkele gedachten over de invloed en betekenis van de factor tijd in het privaatrecht", *RMThemis* 1986, (415) 424 v.

Volledigheidshalve moet hieraan toegevoegd worden dat bepaalde Duitse auteurs nog een onderscheid maken tussen 'Obliegenheiten' en 'Lasten' (b.v. R. SCHMIDT, *Die Obliegenheiten*, 89 v., 101), onderscheid dat ons niet erg zinvol voorkomt.

<sup>36</sup> Zie onze bestrijding van de opvatting dat de aanvoeringslast de toelaatbaarheid van de eis, en niet de gegrondheid ervan zou betreffen, onder 2.1.2.3.

Een ander voorbeeld, dat verder in verschillende processuele gevallen aan bod zal komen : wanneer een partij de schade waarvoor een ander aansprakelijk is, onredelijk laat oplopen, dan krijgt hij dat deel van de schade niet vergoed<sup>37</sup>. Men kan niet zeggen dat zijn verzuim de schade te beperken een onrechtmatige daad vormt jegens de dader, gezien men alleen zichzelf schade berokkent, maar dit verzuim belet wel om de verder opgelopen schade op die dader af te wentelen : in die gevallen kan men dan ook beter spreken van *schadebeperkingslast* in plaats van schadebeperkingsplicht. Het verzuim daarvan wordt niet gestraft met schadevergoeding, maar met de verwerking van het recht om de schade af te wentelen.

Deze lasten en hun sanktie (nl. één of andere vorm van rechtsverwerking) zijn dus niet gelijk te stellen met de verkeersplichten die met de akwiliaanse aansprakelijkheid worden gesanktionerd, maar berusten veeleer op andere toepassingen van de goede trouw<sup>38</sup>.

**(13. nader over de "lasten")** Soms zegt men dat dergelijke (processuele of andere) lasten alleen een "verplichting" van een partij jegens zichzelf uitmaken : de wederpartij zou bij de naleving ervan door de eerste partij immers geen belang hebben, gezien de partij die ze niet-naleeft toch zijn proces verliest. Deze redenering is echter gezichtsbedrog. De naleving is maar in het eigen belang van de belaste persoon *omdat* het recht aan de niet-naleving nadelen vastknoopt. En dat gebeurt niet omwille van het belang van de belaste persoon, maar in het belang van derden

---

<sup>37</sup> Deze schadebeperkingslast wordt niet alleen in kontraktuele verhoudingen, maar ook in buitenkontraktuele verhoudingen ruim aanvaard. Zie R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Rousseau, Paris 1923-1933, IV nr. 463 bis en VI nr. 17; A. de BERSAQUES, *R.C.J.B.* 1969, (501) 505 nr. 6; J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, *A.P.R.*, nr. 462 v.; E. DIRIX, "De schadebeperkingsplicht van de benadeelde", *R.W.* 1979-80, 2922 en 2926 nr. 9; Th. DELAHAYE, Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Bruylant, Brussel 1984, nr. 224 v., 227 v.; R.O. DALCQ, "L'obligation de réduire le dommage dans la responsabilité quasi-délictuelle", *R.G.A.R.* (1987) nr. 11271; B. HANOTIAU, "Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage", *R.G.A.R.* nr. 11.289; R. KRUIHOF, "L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage", *R.C.J.B.* 1989, (12) nr. 4-14; M. E. STORME, *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 212 en 390-393. Zie ook H. de PAGE, *Traité* II nr. 469 p. 459; F. BAERT, *R.W.* 1956-57, (489) 500 in fine; E. DIRIX & A. van OEVELEN, "Kroniek van het verbintenissenrecht", *R.W.* 1980-81, 2438 v.

Ook buiten kontraktuele verhoudingen wordt de goede trouw hiervoor als grondslag gebruikt (zo b.v. voor het leggen van die last op het slachtoffer jegens de verzekeraar, al is dat slachtoffer geen partij bij de verzekeringsovereenkomst). Vgl. P. van OMMESLAGHE, *T.B.B.R.* 1987, (101) nr. 12.

<sup>38</sup> Vgl. reeds P. Taelman, *TPR* 1988, (89) nr. 19 v., en i.h.b. 25; Ph. GERARD, *J.T.* 1989, (513) 514; P. ABAS, *Beperkende werking van de goede trouw*, 337-338 over de ontoelaatbaarheids-sanktie.

(de wederpartij), die bij de naleving een voorwaardelijk belang hebben. Dit wil zeggen dat ze er belang bij hebben *in zoverre* die partij jegens haar een bepaalde rechtspositie zou willen innemen, omdat de nakoming van de op die partij gelegde last het hen mogelijk maakt om met het innemen van die rechtspositie terdege rekening te houden. Zo heeft een verweerder er belang bij dat, *in zoverre* een eiser zich op een bepaald rechtsfeit wil beroepen, hij dat doet op een ogenblik waarop de verweerder hem nog behoorlijk kan weerspreken (beginsel der tegenspraak als belangrijkste aspekt van het recht van verdediging).

Daarom zou men dergelijke lasten ook voorwaardelijke verplichtingen kunnen noemen : de belaste partij is niet ipso iure jegens de wederpartij tot nakoming van de last gehouden, maar slechts in de mate waarin hij jegens die persoon een bepaalde rechtspositie wil innemen<sup>39</sup>.

**(14. lasten in de procesverhouding onderscheiden van andere regelingen)** Ik leg op deze "lasten" de nadruk omdat zij m.i. - zeker wanneer ze op de goede trouw berusten - één van de rechtsfiguren vormen waarin de genoemde *fundamentele breuk zichtbaar wordt met het subjektieve recht in de betekenis van bevoegdheid, vrijheid, wilsmacht*, en de rechtsverhouding waarin partijen zij zich mede door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij moet laten leiden, centraal komt te staan. Dit is met name ook het geval in de procesverhouding.

De subjektieve rechten die we in deze procesverhouding reeds hebben aangegeven, namelijk het recht om te vorderen (*ius agendi*), het recht van verdediging, e.d.m., worden inderdaad in die richting gerelativeerd doordat zij met een aantal algemene en bijzondere "lasten" bezwaard zijn bij niet-naleving waarvan het vorderings- of verdedigingsrecht zelf of een aspekt daarvan kan vervallen of verwerkt worden. Deze lasten strekken er precies op de eerste plaats toe dat diegene die zijn recht om te vorderen uitoefent daarbij het recht van verdediging eerbiedigt en omgekeerd.

Het is goed deze lasten eerst kort te situeren tegenover andere rechtsfiguren.

**(14 a. geldigheidsvoorwaarden)** We hebben het hier niet over de vele "geldigheidsvoorwaarden" (vorm of grondvoorwaarden) die gesteld worden aan de

---

<sup>39</sup> Zie verder voor het onderscheid tussen "lasten" en "plichten" in de procesverhouding o.m. F. LENT, 67. ZZP, 1954, (344) 350; ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozeßrecht*, § 2 III; R. STÜRNER, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, Mohr Tübingen 1976, 71-84.



verschillende proceshandelingen tot uitoefening van het recht om te vorderen of zich te verdedigen (of door de rechter gestelde proceshandelingen), en die met *nietigheid* gesanktionerd worden<sup>40</sup>. De vormvereisten worden wettelijk bepaald voor elk van die handelingen afzonderlijk, de grondvoorwaarden daarentegen - die alle rechtshandelingen betreffen - treffen we in het B.W. aant, onder voorbehoud van afwijkende regelingen m.b.t. vertegenwoordigingsbevoegdheid. Vele van die geldigheidsvoorwaarden beschermen het recht van verdediging c.q. het recht om te vorderen (behoudens enkele nietigheden van openbare orde). Voor de "eis" zijn dit bij voorbeeld de vereisten zoals :

- (behalve bij arbitrage en kort geding op éézijdig verzoekschrift en behoudens vrijwillige verschijning) behoorlijke oproeping van de wederpartij om te verschijnen (dagvaarding<sup>41</sup>), in beginsel door deurwaardersexploot, soms bij tegensprekelijk verzoekschrift,
- met eerbiediging van de minimum- of wachttermijn<sup>42</sup>,
- met vermelding van voorwerp en middelen van de eis (artt. 702, 3°, 813, 1026, 3°, 1340, 3°, en 1344 bis, 4° e.a. ger.W., vgl. ook art. 1683 i.g.v. arbitrage, art. 2 § 1, 2° procedureregl. R.v.St.)<sup>43</sup> en wel met voldoende duidelijkheid (gesanktionerd door de *exceptio obscuri libelli*).

Voor andere proceshandelingen (neerlegging van besluiten, neerlegging van stukken, tegeneis, e.d.m.) gelden eveneens soortgelijke voorwaarden.

---

<sup>40</sup> Voor de leer der nietigheden in het ger.W., zie F. RIGAUX, "Théorie des nullités", *Ann. Dr.* 1968, 419 v.; A. FETTWEIS, "Les sanctions du formalisme dans le code judiciaire", *J.T.* 1970, 77 v., R. SOETAERT, "Nietigheid wegens vormverzuim en verval door tijdsverloop ter zake van proceshandelingen", *Actuele problemen van gerechtelijk privaatrecht*, Acco Leuven 1976, 41 v.; J. van COMPERNOLLE, "Le code judiciaire et la théorie des nullités", *R.C.J.B.* 1977, 606 v.; R. SOETAERT, "Het toepassingsgebied van de nietigheidsregeling in de artikelen 860-867 gerechtelijk wetboek", *TPR* 1980, 165 v.; (ook in *Procesrecht vandaag*, Kluwer Antwerpen 1980, 165 v.); J. ENGLEBERT, "La théorie des déchéances (Réflexions sur l'article 51 du Code judiciaire)", *T.B.B.R.* 1989, (181) 187 v.

<sup>41</sup> "Dagvaarding" wordt in deze tekst gebruikt in de zin van art. 700, 707 e.a. ger.W. en omvat zowel de dagvaarding bij deurwaardersexploot als de dagvaarding bij tegensprekelijk verzoekschrift (vgl. Ch. van REEPINGHEN, *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, Staatsblad Brussel 1964, I, 398.; J. LAENENS, "Inleiding van het geding: exploot of verzoekschrift?", *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, red. H. Geinger, Vlaams Pleitgenootschap Brussel/ Kluwer Antwerpen 1984, p. (51) 57.

<sup>42</sup> Voor het verschil tussen op straffe van nietigheid voorgeschreven minimumtermijnen (wachttermijnen) en op straffe van verval of verwerking (en dus onontvankelijkheid van latere handelingen) opgelegde maximumtermijnen, zie heel terecht J. ENGLEBERT, *T.B.B.R.* 1989, (181) 186 v. nr. 18-22 (met de onderscheiding tussen "délais d'attente" en "délais accélérateurs"). Vgl. reeds R. de CORTE, "Termijnen in het gerechtelijk recht", *Actuele problemen van gerechtelijk privaatrecht*, red. G. van DIEVOET, Acco, Leuven 1976, (31) 33. Verward b.v. G. CLOSSET-MARCHAL, "Du délai pour demander l'enquête contraire", noot onder Cass., 31 januari 1985, *R.T.D.Fam.* 1987, (339) 340-341 nr. 3-4.

<sup>43</sup> Deze vorderings- een aanvoeringslast hebben naast deze louter processuele functie (bescherming van het recht van verdediging) ook een belangrijk materieel- of bewijsrechtelijk aspect, dat in deel II ter sprake komt.

Deze voorwaarden dienen zeker in het licht van de goede trouw te worden bekeken, zoals blijkt uit art. 861 ger.W. (pas de nullité sans grief).

**(14 b. algemene toelaatbaarheidsvoorwaarden)** We hebben het ook niet als dusdanig over de wettelijke voorwaarden die niet aan een proceshandeling, maar aan het recht om te vorderen c.q. zich te verdedigen zelf of een bepaald aspect worden gesteld, en die niet met nietigheid, maar met *ontoelaatbaarheid* worden gesanktionerd (b.v. belang, hoedanigheid, afwezigheid van gewijsde, ...). Deze ontoelaatbaarheid gaat verder dan een nietigheid, omdat zij niet slechts één enkele proceshandeling treft, maar elke proceshandeling van een bepaalde categorie.

Natuurlijk is er ook een verband tussen het vereiste belang en de eisen van de goede trouw : deze laatste eist dat men niemand in een proces betreft zonder daarbij (d.i. bij het voorwerp van de eis) een voldoende belang te hebben. Dit vereiste komt dan ook - veeleer terloops - ter sprake bij de bespreking van de (on)redelijkheid van de rechtsingang.

**(14 c. lasten)** Daarnaast zijn het recht om te vorderen en het recht om zich te verdedigen (of bepaalde aspecten ervan) evenwel ook bezwaard met een aantal *lasten*, waarvan het verzuim ofwel *opschortend* werkt, ofwel *verhinderend* werkt, in welk laatste geval men ook van ontoelaatbaarheid of verval (verwerking) spreekt. Sommige van deze lasten zijn wettelijk bepaald, andere niet.

**(14 d. wettelijke lasten)** Sommige van de wettelijk bepaalde lasten worden opgelegd ter bescherming van de behoorlijke rechtsbedeling als openbare dienst, andere ter bescherming van de wederpartij. In het laatste geval zijn zij meestal uitdrukking van de eisen van de goede trouw van het handelen, en meerdere van die lasten zullen in dit verslag dan ook nog ter sprake komen.

Zo worden wettelijk een aantal *opschortende excepties* bepaald ter bescherming van de verweerder, zoals de territoriale onbevoegdheid, de taalwijziging, de bekendmaking van de identiteit der natuurlijke personen die de organen van de rechtspersoon zijn (art. 703 ger.W.), de exceptie van borgstelling e.d.m., en worden andere bepaald ter bescherming van de openbare dienst (b.v. de volstreckte bevoegdheid). Een opschortende exceptie ter bescherming van de eiser vinden we b.v. in art. 810 ger.W. (splitsbaarheid van de tegeneis indien zij de berechting van

de hoofdeis te zeer zou kunnen vertragen). Zo ook wordt de termijn om te besluiten opgeschort zolang de wederpartij zijn stukken niet heeft meegedeeld (ex art. 736 ger.W.). Een aantal van deze opschortende excepties kunnen dan ook begrepen worden als sanktie van een desbetreffende last (de last tot zekerheidstelling, de last tot mededeling van stukken, e.d.m.).

Zo worden wettelijk een aantal *met ontoelaatbaarheid van de eis, verval of verwerking van een bepaald aspekt van het vorderingsrecht, of andere sankties bekrachtigde lasten* opgelegd, veelal ter bescherming van de wederpartij<sup>44</sup>, zoals b.v.

- de last voor de eiser om voor alle eisen die hij in besluiten wil ontwikkelen (art. 807) reeds in de dagvaarding een feit of akte te vermelden, om zijn stukken mee te delen aan de wederpartij,
- of de last voor de verweerder om, behoorlijk opgeroepen zijnde, te verschijnen (op straffe van verstekvonnis), om onbevoegdheid, opschortende excepties of nietigheden in limine litis op te werpen (art. 854, 864, 2 en 868 ger.W.), om eveneens tevens zijn stukken mee te delen, om na verzending van de zaak naar de algemene rol te besluiten, e.d.m. Het niet-verschijnen of niet-besluiten kan daarbij ook soms bestraft worden met een uitspraak waartegen geen verzet open staat (art. 751 ger.W.) of verlies van het recht op mondelinge uiteenzetting (art. 756 ger.W.).
- een heleboel maximumtermijnen om te handelen, waarvan er slechts enkele op straffe van verval zijn voorgeschreven (w.o. de termijnen voor het instellen van de rechtsmiddelen), doch waarvan de andere ook dienen te worden gesanktionéerd, en wel op de wijze in het volgend randnr. aangegeven en verderop uitgewerkt.

Het feit dat deze met opschorting c.q. ontoelaatbaarheid (verval of verwerking e.d.) gesanktionéerde lasten wettelijk bepaald zijn, betekent niet dat de goede trouw hierbij geen rol speelt, zoals in randnr. 15 zal worden geadstrueerd.

**(14 e. lasten gegrond op de goede trouw)** Naast al deze wettelijke lasten kan men ook een aantal lasten aangeven die het recht om te vorderen c.q. het recht van verdediging (of een bepaald aspekt ervan) bezwaren *op grond van de goede trouw*, die voortvloeien uit de gehoudenheid om rekening te houden met de gerechtvaardigde processuele belangen van de wederpartij. Ook zij kunnen met opschorting van het geding dan wel verwerking van een processueel recht (een vorm van

---

<sup>44</sup> Ter bescherming van de openbare orde kunnen b.v. vermeld worden art. 3 Hyp.W., art. 41-42 Handelsregisterwet, e.d.m.

ontoelaatbaarheid) gesanktioneerde worden.

Naast de verplichting om de wederpartij niet op kosten te jagen (op straffe van schadevergoeding) kan men zo wijzen op reeds vermelde last voor elke partij om de eigen terugvorderbare *kosten te beperken* tot de noodzakelijke of nuttige kosten (op straffe van niet-terugvorderbaarheid der nodeloze kosten)<sup>45</sup>. Deze kostenbesparingslast is een procesrechtelijke vorm van de meer algemene schadebeperkingslast.

Men kan wijzen op de last voor de eiser om voorafgaandelijk aan de instelling van de eis *in gebreke te stellen* (zie onder randnr. 22), en omgekeerd op de last voor de verweerder om wanneer hij behoorlijk wordt aangemaand doorslaggevende verweermiddelen betreffende de toelaatbaarheid (b.v. de exceptie van gewijsde) dan wel de gegrondheid (b.v. de exceptie, van verjaring, van schuldvergelijking, van niet-uitvoering e.d.m.) reeds dan mee te delen (zie onder randnr. 45).

De reeds genoemde lasten om te verschijnen, stukken mee te delen, te besluiten e.d.m. kunnen op grond van de eisen der goede trouw veralgemeend worden tot een algemene *last om in het geding te handelen en standpunt in te nemen*. Indien er in het buitengerechtelijk verkeer geen algemene last geldt om te spreken (zwijgen geldt in beginsel niet als toestemmen), tenzij er bijzondere omstandigheden zijn (die het stilzwijgen "omstandig" maken), dan is de betrokkenheid in een geding precies een omstandigheid die in het algemeen de last oplegt om te spreken<sup>46</sup>.

Deze en andere lasten worden verderop in dit verslag besproken. De last om voldoende rechtsfeiten aan te voeren voor de gegrondheid van de eis (aanvoeringslast) en om de voor het bewijs daarvan nodige bewijsmiddelen aan te brengen (bewijslasten), worden in Deel II. besproken, omdat zij niet de toelaatbaarheid van de eis, maar wel haar gegrondheid betreffen. In Deel I. komt wel de aanvoeringslast m.b.t. de middelen van ontoelaatbaarheid ter sprake.

### **(15. de goede trouw en de sanktie der processuele lasten)** De rol van de goede

---

<sup>45</sup> Zie W.L. HAARDT, *De veroordeling in de kosten van het burgerlijk geding*, Leiden 1945, 20; HOFMANN-van OPSTALL, *De algemene leer der verbintenissen*, I, 94 voetnoot 1. Voor diegenen die zouden beweren dat art. 1018 ger.W. geen onderscheid maakt tussen nuttige en nodeloze kosten, kan vermeld worden dat het ger.W. het begrip nodeloze kosten wel degelijk kent (art. 866 ger.W.). Art. 92, 1 it. CPC bepaalt uitdrukkelijk dat "overdreven en overbodige kosten" niet kunnen worden teruggevorderd, en § 91 ZPO beperkt de kosten tot deze die noodzakelijk waren voor een doelmatige vordering of verweer. Zo ook art. 56 Rv. (NL).

<sup>46</sup> Vgl. R. PERROT, "Le silence en droit judiciaire privé", *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz Sirey, Paris 1985, (627) 629.

trouw is uitermate belangrijk bij de bepaling van de juiste sanktie van genoemde processuele lasten, of deze nu wettelijk voorgeschreven zijn of niet (en behoudens de lasten die van openbare orde zijn).

De typische sanktie van een last is de verwerking van het recht dat met de verzuimde last is bezwaard. Zo b.v. wordt :

- het recht van de winnaar op terugvordering van de kosten verwerkt in zoverre deze kosten nodeloos werden gemaakt;
- het recht om onbevoegdheid, opschortende excepties of nietigheden op te werpen verwerkt door dit niet in limine litis te doen;
- e.d.m.

De verwerking van het recht om dergelijke dingen te doen betekent - in processuele termen uitgedrukt - dat de ondanks de verwerking gestelde eisen, neergelegde stukken, e.d.m. *ontoelaatbaar* zijn, *uit de debatten geweerd* worden, e.d.m.

In de mate nu waarin deze verwerking op de goede trouw berust (en niet op de openbare orde) - en dit ongeacht of de last wettelijk is voorgeschreven of niet - treedt zij maar in, indien de wederpartij, die erdoor beschermd wordt, op haar beurt deze verwerking tijdig opwerpt, en geen daden stelt die onverzoenbaar zijn met de bestrijding van het recht van vordering of verdediging (of een aspekt ervan) van de eerste partij ("*venire contra factum proprium nulli conceditur*"). Zij treedt evenmin in, indien de beschermde wederpartij de eerste partij er feitelijk toe heeft gebracht om de last niet of niet tijdig na te leven (vgl. art. 1178 B.W.), of zelf gelijkaardige lasten evenmin naleeft : "*he who comes to equity must come with clean hands*". Bij het laatste spreekt ook van het "*tu quoque*"-beginsel<sup>47</sup>, en kan men een verband leggen met de vereiste "Waffengleichheit" tussen partijen. Bovendien moet voor de op de goede trouw gegronde lasten gevraagd worden naar het belang dat de wederpartij, die op sanktie aandringt, bij de naleving ervan had, en of dit belang wel door de geschonden norm beschermd wordt (normdoelleer)<sup>48</sup>. Al deze aspekten maken dat de goede trouw ook bij wettelijk opgelegde lasten nog een belangrijke rol speelt.

---

<sup>47</sup> Zie - voor het materieel recht - E. LORENZ, "Der Tu-quoque-Einwand beim Rücktritt der selbst vertragsuntreuen Partei wegen Vertragsverletzung des Gegners - BGH, WPM 1970, 1246 -", *JuS* 1972, 311. Zie ook J. PRÖLLS, "Der Einwand der "unclean hands" im bürgerlichen recht sowie im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht. Ein Beitrag zur Frage des Rechtsschutzes für anstößig erworbene oder ausgeübte Rechtspositionen", 132. *ZHR* 1969, 35 v.

<sup>48</sup> Zie R.J. POLAK, *NJB* 1941, 765 v., 795-797 (verband tussen rechtsmisbruik en "normbestemmingsleer").

Met deze nuanceringsen voor ogen moeten wij ook de sanktie bekijken van de wettelijk bepaalde processuele maximumtermijnen die niet "op straffe van verval" zijn voorgeschreven. We denken b.v. aan de termijnen om stukken mee te delen (8 dagen, art. 736, 2 ger.W.), om te besluiten (1 maand, art. 748, 1 en 2), om te replikeren (15 dagen, art. 748, 3), om tegenverhoor te vragen (1 maand, art. 921 ger.W.), om de lijst der getuigen neer te leggen (art. 922 ger.W.), om het verzoek tot summierere rechtspleging te verzenden (15 dagen, art. 1340 ger.W.).

Dat deze termijnen helemaal niet zouden gesanktionéerd zijn, zoals meestal wordt beweerd, is onaanvaardbaar. Het gaat om precieze wettelijk opgelegde termijnen, zodat de overschrijding ervan - behoudens overmacht, akkoord van de wederpartij of uitstel op de daartoe bepaalde wijze gevraagd - een fout uitmaakt, die wanneer zij de wederpartij schade veroorzaakt, tot schadevergoeding verplicht. De vraag is evenwel of dit de juiste sanktie is in het systeem van ons gerechtelijk recht. Onlangs werd in een artikel van J. Englebert<sup>49</sup> op m.i. overtuigende wijze aangetoond dat deze termijnen gesanktionéerd worden met "verval" (*déchéance* of "forclusion", eigenlijk gewoon een ander woord voor verwerking<sup>50</sup>), zij het natuurlijk geen absoluut verval (van openbare orde en ambtshalve door de rechter op te werpen), maar een relatief verval (door de wederpartij op te werpen, waarvan hij afstand kan doen, en vermijdbaar door tijdig verlenging te vragen). Deze sanktie volgt duidelijk uit het arrest-Sauvage / Paques, kassatie 8 februari 1979<sup>51</sup>, en wordt gegrond op art. 51 ger.W. Weliswaar betrof deze zaak de termijn van art. 921 ger.W., doch er is geen enkele reden waarom de redenering niet zou gelden voor andere termijnen<sup>52</sup>, zoals voor alle termijnen voor onderzoeksmaatregelen (argument ex art. 875 ger.W.), ja zelfs voor die van b.v. art. 748 ger.W. (termijnen om te besluiten), zeker nu een gelijkaardige regeling als de algemene regeling van

---

<sup>49</sup> J. ENGLEBERT, *T.B.B.R.* 1989, 181 v. (bekroond met de prijs van het Interuniversitair Centrum voor gerechtelijk recht). Reeds eerder in die zin Ph. de BRUYNE & M. HEYVAERT, "Enkele aspecten van de nietigheidstheorie in het gerechtelijk wetboek", *Tien jaar gerechtelijk wetboek*, Seminarie privaatrechtelijk procesrecht R.U.Gent, (ook als IUS nr. 1), Kluwer Antwerpen 1981, (93) 108 v. nr. 27 v. Veeleer contra G. CLOSSET-MARCHAL, "La sanction de l'inobservation des délais de procédure autres que ceux prescrits à peine de nullité ou de déchéance", *R.T.D.Fam.* 1989, 82 v.

<sup>50</sup> Vele van deze gevallen worden in het franse recht met "caducité" benoemd (zie R. PERROT, *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, (627) 644-645). Dergelijk begrip is een stoplap waaronder men alles kan brengen zonder nadere uitleg verschuldigd te zijn.

<sup>51</sup> Cass. 8 februari 1979, *J.T.*, 320 noot A. FETTWEIS. Vgl. ook Hof Luik 27 juni 1988, *J.L.M.B.* 1989, 250.

<sup>52</sup> In de zin van een algemene regel Rb. Namen, 16 juni 1989 (C. Panier), *R.T.D.Fam.* 1989, 79 n. G. CLOSSET-MARCHAL (in casu betreffende de termijn van 15 dagen voor het getuigenverhoor waarbinnen de lijst van getuigen dient te worden neergelegd, art. 922 ger.W.).

art. 51 ger.W. nog eens uitdrukkelijk in art. 748, 4 zelf is opgenomen. Om het onderscheid met de "op straffe van verval voorgeschreven" termijnen te benadrukken, spreken we in dit rapport van verwerkingstermijnen<sup>53</sup>.

Dát men dus door het laten verstrijken van de wettelijke termijnen voor al die proceshandelingen het recht om die handelingen te stellen kan verwerken, zodat de nadien gestelde handeling ontoelaatbaar is, betekent overigens nog niet dat deze verwerking in alle gevallen dient te worden uitgesproken. Ook hier geldt dat de verwerking door de wederpartij moet worden opgeworpen, dat dit tijdig moet gebeuren, dat de wederpartij niet even nalatig mag geweest zijn noch zelf de partij ertoe mag hebben gebracht, kortom dat dit opgeworpen in overeenstemming met de eisen van de goede trouw moet geschieden. Dit nuanceert deze sanktie in vrij belangrijke mate, zoals we verderop zullen zien.

**(16. rechtvaardiging van de verwerkingssanktie in het algemeen)** Laten wij even terugkeren naar het materieel recht om te zien hoe de rechtsverwerking daar als sanktie haar plaats vindt. Indien het verzuim aan een last kan gestraft worden met het zich niet meer kunnen beroepen op een rechtspositie die daarmee in strijd wordt geacht, dan betekent dit immers dat de sanktie soms zwaarder kan zijn dan de schade. Men kan daartegen opwerpen dat het verbod van rechtsmisbruik

"zijn sanktie niet vindt in een volledig verbeuren van het recht, maar door de normale uitoefening van dat recht op te leggen of in het herstel van de schade die door het misbruik is teweeggebracht"<sup>54</sup>,

m.a.w. in een beperking ervan.

Deze redenering is juist in het kader van de akwiliaanse aansprakelijkheid, maar sluit niet uit dat een recht op een andere grondslag toch verwerkt kan zijn. Inderdaad worden bepaalde gedragingen met een "verval" van het recht bestraft, zowel in de reeds in de code civil of het gerechtelijk wetboek bepaalde gevallen, alsook zonder dat zulks wettelijk is bepaald. Meer in het algemeen denken we ook aan de regel van art. 1178 B.W., volgens hetwelk een voorwaarde geacht wordt vervuld te zijn, wanneer de persoon die zich onder die voorwaarde verbonden heeft, de vervulling ervan verhindert.

---

<sup>53</sup> De kwalifikatie als rechtsverwerking werd eveneens reeds verdedigd door Ph. de BRUYNE & M. HEYVAERT, *Tien jaar gerechtelijk wetboek*, (93) 1089 nr. 28.

<sup>54</sup> Cass. 16 december 1982, du Moulin t. n.v. Sarma, *Arr.*, 518, verbreking.

Veelal gebeurt het sanktioneren met verval op verborgen wijze. Zo wordt de rechtsverwerking meestal verborgen onder een stilzwijgende toestemming. Dat dit veelal een fictie is moet niet meer geadstrueerd worden<sup>55</sup>.

Zo dekt het zogenaamde "herstel in natura" waarmee zovele buitenkontraktuele fouten (prekontraktuele fouten, valse schijn verwekken, e.a.) beweerdelijk bestraft worden, ook veelal een sanktie die verder gaat dan het "negatief belang" (de akwiliaanse schade). Wanneer iemand b.v. toerekenbaar een bepaalde schijn wekt, dan wordt de wederpartij niet gebracht in de positie waarin zij zou verkeerd hebben indien die schijn niet was opgewekt ("negatief belang"), maar wél in de positie waarin zij zou verkeerd hebben indien de schijn werkelijkheid was geweest ("positief belang"). *De wederpartij mag de schijn voor werkelijkheid houden*. We vinden dit in het leerstuk van de onverschoonbare dwaling, van de schijnvertegenwoordiging, bij de niet-tegenwerpelijkheid van tegenbrieven aan derden te goeder trouw, e.d.m. Nog afgezien van de vraag of hier wel een fout is, kan deze sanktie *niet* verklaard worden als een "herstel in natura", dat immers op akwiliaanse grondslag nooit verder kan reiken dan het "negatief belang", maar enkel op grond van andere beginselen (goede trouw, en m.b. vertrouwensbeginsel)<sup>56</sup>.

Toch is deze wijze van sanktioneren m.i. veelal ook gerechtvaardigd. Een belangrijke reden daarvoor is dat de schade (negatief belang) van die wederpartij veelal niet meer kan berekend of bewezen worden, en wel precies ten gevolge van de gedraging van de eerste partij (dit is ook de ratio van art. 1178 B.W.). Daarom dient de schade in beginsel begroot te worden op het positief belang (het recht zelf). Men kan dit een eis van proceseconomie noemen. Dit belet niet dat de wederpartij die zijn recht in beginsel verwerkt, toch nog bepaalde (materieelrechtelijke) excepties kan opwerpen of bepaalde vormen van tegenbewijs mag leveren. Dergelijke gevallen zullen in deel II. ter sprake komen.

Bij materiële rechten is dergelijke sanktie reeds - onrechtstreeks - proceseconomisch. Bij processuele rechten en bevoegdheden is dit zelfs rechtstreeks het geval : wanneer processuele lasten tot medewerking in geval van verzuim gesanktionéerd worden met het ontnemen van de daarmee verband houdende processuele rechten,

---

<sup>55</sup> Zie reeds het klassiek geworden opstel van E.M. MEIJERS, "Goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring", *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, III, 278 v.

<sup>56</sup> Vgl. Ph. GERARD, *J.T.* 1989, (513) 514.



dan betekent dit precies dat een rechtspleging bespaard wordt<sup>57</sup>. Zo moet een partij geen tweede kans krijgen tot een bepaalde bewijsvoering wanneer zij haar kans langdurig (en behoudens overmacht) niet heeft gebruikt (vgl. onder).

Men kan hier nog aan toevoegen dat de sanktionering van genoemde lasten met een of andere vorm van rechtsverwerking geen schadevergoeding vormt, maar precies belet dat er schade ontstaat<sup>58</sup>. En het is precies omdat het recht deze mogelijkheid heeft, dat het verzuim niet als onrechtmatig dient te worden beschouwd<sup>59</sup>.

In het procesrecht komt er bovenop deze en andere argumenten ten gunste van de mogelijkheid van rechtsverwerking nog een belangrijke reden, die samenhangt met de legitimerende taak van de procedure in het rechtssysteem. De rechtsgang moet namelijk zo opgebouwd worden dat de partijen stap voor stap zelf de keuzemogelijkheden voor de rechter beperken, en in zekere mate belet worden daarop terug te komen : in de mate waarin zulks het geval is, hebben zij het immers aan zichzelf te wijten dat zij hun proces verliezen. Deze legitimerende werking werd bijzonder knap beschreven door N. Luhmann<sup>60</sup>.

Om al deze redenen is het beter openlijk de mogelijkheid van rechtsverwerking te aanvaarden, in plaats van ze te verdringen achter fiktieve wilsverklaringen of onlogische vormen van herstel in natura<sup>61</sup> :

---

<sup>57</sup> Vgl. F. LENT, 67. ZJP 1954, (344) 346.

<sup>58</sup> Dit wordt heel terecht opgemerkt door P. TAELEMAN, *TPR* 1988, (89) nr. 24-25, n.a.v. de rechtspraak die zittingbesluiten uit de debatten weert, waaruit hij ook heel terecht afleidt dat de grondslag hiervan niet art. 1382 B.W. kan zijn, maar slechts de "objectieve goede trouw" (d.i. de goede trouw van het handelen).

<sup>59</sup> Vgl. F. LENT, 67. ZJP 1954, 351.

<sup>60</sup> N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Luchterhand Darmstadt 1975, 55 v., m.b. 82 v. Zie ook W. HENCKEL, *Prozessrecht und materielles Recht*, Schwartz Göttingen 1970, 93 v.

<sup>61</sup> Zie de aanvaarding van de rechtsverwerking in het belgisch recht door o.m. J. RONSE, *TPR* 1978, (681) nr. 69; E. DIRIX & A. van OEVELEN, *R.W.* 1980-81, 2441 v. en *R.W.* 1985-86, 95 v.; P. van OMMESLAGHE, *TPR* 1980, 735 v. en *R.C.J.B.* 1988, (33) nr. 230; E. DIRIX, "De beperkende werking van de goede trouw", *T.B.H.* 1988, (660) nr. 7.; A. van OEVELEN, "De nieuwe tijdelijke huurwet van 23 december 1980 : meer dan een coördinatie", *TPR* 1981, (67) nr. 21; D. PHILIPPE, "L'inopposabilité des exceptions à l'endossataire de la facture par suite du silence prolongé du débiteur", *J.T.* 1981, 649 v.; X. DIEUX, "Observations sur l'article 1794 du code civil et sur son champ d'application", *R.C.J.B.* 1981, (530) 533 nr. 3 en voetnoot 28; P.A. FORIERS, "La responsabilité de l'entrepreneur après réception", *T.V.A.* 1988, 261 v.; D. DELI, "Vrijwaring voor verborgen gebreken bij koop-verkoop : conventionele regeling van de "korte termijn" (art. 1648 BW) en de invloed van de herstellingen die de koper laat uitvoeren op zijn recht op vrijwaring", noot onder Hof Antwerpen 15 april 1987, *R.W.* 1988-89, (1060) 1063; Rb. Gent 3 maart 1980, De M. t. S., *R.W.* 1984-85, 626; Vred. St-Kwintens-Lennik 13 februari 1984, C. & T. t. W. & K., *R.W.* 1986-87, 1513; kh. Kortrijk 6 december 1984, L. Vyncke t. L. van den Bulcke, AR 1553/83; Kh. Brussel 18 april 1985, Mattelin t. n.v. Daniel Doyen, *R.P.S.* nr. 6362; Rb. Brugge 14 januari 1986, nv Royale belge t. nv Het belgisch verhaal en G.

"la mauvaise foi doit avoir pour sanction sa propre inefficacité : la règle de droit dont une personne ne se prévaut que par suite de quelque ruse ou déloyauté doit rester sans application dans ses relations avec ceux contre lesquels elle l'invoque (...) une des sanctions que le droit positif attache à la mauvaise foi est de refuser à celui qui invoque une règle contrairement à la loyauté le bénéfice de celle-ci"<sup>62</sup>.

Het is dan ook niet te verwonderen dat de wetgever lasten of verplichtingen die hij belangrijk genoeg vindt om ze concreet te verwoorden (en niet enkel via vage normen) veelal met een soort verval of verwerking sanktioneert, in plaats van met louter schadevergoeding. Nu het Hof van kassatie m.b.t. schijnvertegenwoordiging resoluut de weg van de vertrouwensleer (nl. het positief belang van de rechtmatig vertrouwende partij) is ingeslagen<sup>63</sup>, ligt een aanvaarding van de rechtsverwerking in dezelfde lijn. Een eerste uitspraak van het Hof over het leerstuk was overigens niet afwijzend, ook al heeft het Hof uitdrukkelijk voorbehoud gemaakt voor de toepasselijkheid ervan op het processueel recht om een rechtsmiddel aan te wenden, en werd de exceptie in casu afgewezen :

"dat, zelfs indien op het leerstuk van de rechtsverwerking, waarop het middel van niet-ontvankelijkheid steunt, t.a.v. rechtsmiddelen een beroep zou kunnen worden gedaan, aan de voor de toepassing ervan gestelde vereisten niet voldaan is".<sup>64</sup>

---

Struyf, *R.W.* 1988-89, 782; Kh. St-Niklaas 24 juni 1986, *R. t. b.v V. en C.V.*, *R.W.* 1986-87, 1282; kh. Kortrijk 3 februari 1987, AG Simonbank t. N.V. Bekaert; Hof Brussel 17 februari 1987, nv Egimo t. Orban en erf. Maere, *J.L.M.B.* 1987, 537; kh. Brussel 17 februari 1987, pvba Centre gériatrique d'Ixelles t. erf. G. Renda, A.R. 3695/84; Hof Antwerpen 19 augustus 1987, *R.W.* 1988-89, 749; kh. Charleroi 24 december 1987, NMBS t. Dohmen, *J.L.M.B.* 1988, 125; Vred. St-Kwintens-Lennik 25 januari 1988, *R.W.* 1989-90, 161; Hof Brussel 22 maart 1988, *J.L.M.B.* 1988, 1032; Rb. Bergen 29 juni 1988, *J.T.* 1989, 440 (in casu afgewezen); Hof Brussel 24 januari 1989, *J.L.M.B.*, 507; Hof Luik 16 maart 1989, *J.L.M.B.*, 540; Rb. Tongeren 23 januari 1989, G.H. t. echtg. J. H.-P., *R.W.* 1988-89, 1304; e.a. Contra L. CORNELIS, *Beginnelsen van het belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Maklu Antwerpen 1989, nr. 87.

In het bijzonder voor het procesrecht : M. STORME, "Pleidooi voor een procesnoodrecht", *TPR* 1980, (504) 510 nr.13; Ph. de BRUYNE & M. HEYVAERT, *Tien jaar gerechtelijk wetboek*, (93) 1089 nr. 28;

in het procesrecht in andere landen o.m. N. KLAMARIS, *Festschrift für Fritz Baur*, (483) 501.

<sup>62</sup> Vgl. Ph. GERARD, *J.T.* 1989, (513) 514 in fine, n.a.v. het uit de debatten weren van laattijdige aanvullende besluiten.

<sup>63</sup> Cass., 20 juni 1988, De Greef, Zambon, Trine t. n.v. Usines à cuivre et zinc de Liège, *Arr.* nr. 643.

<sup>64</sup> Cass., 12 mei 1989, Belg. Staat (Volksgezondheid & Financiën) t. n.v. United Foods en n.v. Van den Abeele, A.R. nr. 5981/1. Het middel werd overigens opgeworpen door mr. Ph. GERARD, zopas geciteerd.

De "voor de toepassing gestelde vereisten" zullen vermoedelijk de komende jaren door het Hof verder uitgewerkt worden. Hopelijk zal men daarbij niet zo streng zijn dat vaste rechtspraak over vele vragen, die zich nu nog achter fiktieve wilsverklaringen verschuilt, op de helling zou worden gezet, dan wel tot nog meer fictie zou worden verplicht (denken we bv. aan - in koop en aanneming - de zgn. "aanvaarding" of "goedkeuring" van de zaak of het werk die de zichtbare gebreken "dekt").

Daarbij wil ik hier nogmaals benadrukken dat de verwerking die op de goede trouw berust, d.w.z. in de gevallen die niet van openbare orde zijn, ook niet in strijd met de goede trouw mag worden opgeworpen: ook de rechtsverwerking kan verwerkt worden (b.v. doordat ze niet tijdig wordt opgeworpen).

Tot slot kan opgemerkt worden dat het *ius agendi* zelf, in zijn meest algemene betekenis - dit i.t.t. bepaalde aspecten of vormen ervan - niet voor verwerking in aanmerking komt<sup>65</sup>. Dit zou immers een vorm van "burgerlijke dood" betekenen, welke door art. 13 GW verboden wordt.

---

<sup>65</sup> Zie uitvoerig G. BAUMGÄRTEL, "Die Unverwirkbarkeit der Klagebefugnis", 75. ZZP 1962, 385 v.; A. MENZEL, *Grundfragen der Verwirkung, dargestellt insbesondere anhand des öffentlichen Rechts*, Lang Frankfurt a.M. 1987, 189 v. Vgl. ook J. VINCENT & S. GUINCHARD, *Procédure civile*, nr. 19; W. HENCKEL, *Prozeßrecht und materielles Recht*, 115.

#### 1.1.4. Een betrekkelijke autonomie van het procesrecht en enkele gevolgen daarvan, alsook de algemene regels voor verwijzing in de kosten.

**(17. betrekkelijke autonomie)** De procesverhouding kan mede geregeld worden door voorprocessuele overeenkomsten tussen de partijen (scheidsrechtspraak, bevoegdheidsovereenkomsten en woonstkeuze, overeenkomst van bemiddeling of bindend advies, zelfs een pactum de non petendo). De procesverhouding blijft dan ook veelal verbonden met de materieelrechtelijke verhouding. Haar betrekkelijke autonomie blijkt daaruit, dat de geldigheid van dergelijke overeenkomsten wél veelal zelfstandig moet worden beoordeeld (zie b.v. voor het scheidsrechterlijk beding art. 1697, 2° ger.W.<sup>66</sup>. Hetzelfde geldt ook voor de bevoegdheidsovereenkomst. Vgl. ook het beding van bindende derdenbeslissing<sup>67</sup> en het rechtskeuzebeding<sup>68</sup>), maar dat die beoordeling toch mede afhangt van de aard van de materieelrechtelijke verhouding (b.v. de vraag of zij ter beschikking staat van de partijen, als voorwaarde voor scheidsrechtsmacht, art. 1676 ger.W. j° 2056, 1 B.W.)<sup>69</sup>. Overigens kan hier aan toegevoegd worden dat - zoals voornamelijk in Deel II besproken wordt - de autonomie van de materieelrechtelijke verhouding tegenover het procesrecht even betrekkelijk is :

"La procédure conditionne la saisie du droit au fond, la perception et la délimitation du droit matériel comme la lumière conditionne la perception des couleurs"<sup>70</sup>.

Daarnaast wordt de procesverhouding op de eerste plaats geregeld door afzon-

<sup>66</sup> Zie verder F. RIGAUX, "De l'autonomie de la clause compromissoire en droit belge", *Ann. Lv.* 1961, 231.

<sup>67</sup> Zie voor deze rechtsfiguur E.M. MEIJERS, "Het zogenaamd bindend advies", *WPNR* (1924) 2866-2867, in *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, III, 131; M. L. STORME, "De bindende derdenbeslissing of het bindend advies als middel ter voorkoming van gedingen", *TPR* 1984, 1243; E. DIRIX, "De kwijting voor saldo van rekening", n. onder Arbrb. Brussel 12 maart 1981, *R.W.* 1981-82, (190)194.; M.L.STORME & M.E. STORME, "De bindende derdenbeslissing naar belgisch recht", Preadvies voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland 1985, *TPR* 1985, 713 v.; M.L. STORME, "Contractuele methoden voor de oplossing van geschillen", *De overeenkomst vandaag en morgen*, XVIe postuniversitaire cyclus W. Delva Gent 1989,

<sup>68</sup> Zie F. de LY, "rechtskeuze in internationale overeenkomsten", *TPR* 1989, (1001) nr. 8, 13 , 20 v. met verwijzingen.

<sup>69</sup> Zie verder J. LAENENS, *De bevoegdheidsovereenkomsten naar belgisch recht*, Kluwer Antwerpen 1981, nr. 263.

<sup>70</sup> J. DARBELLAY, "Le droit d'être entendu", 98. *Referate und Mitteilungen des schweizerischen Juristenvereins* 1964, Helbing und Lichtenhahn, Basel, IV, 427. Zie verder o.m. J. EGGENS, *N.K.F. Lands Verklaring van het burgerlijk wetboek, deel 6 : Boek IV, titel I-VI (bewijsrecht)*, tweede uitgave, Bohn, Haarlem 1933, p. 6; ; H.M. PAWLOWSKI, "Aufgabe des Zivilprozesses", 80. *ZZP* 1967, (345) 361 v. , en in zekere mate instemmend W. HABSCHEID, in *Towards a justice with a human face*, (31) 40-41.

derlijke processuele regels, die uitdrukking dienen te zijn van de processuele "fair play"-vereiste en van het vereiste van proceseconomie ("een goede procesorde"). Deze regels hebben een zelfstandige betekenis, in beginsel ongeacht de materieel- en bewijsrechtelijke verhouding. Zij mogen in beginsel niet overboord gegooid worden op grond van redenen eigen aan de zaak zelf (het bodemgeskil). Het fair en proceseconomisch verloop van rechtsgedingen heeft een zelfstandige waarde naast de door het materieel en bewijsrecht beschermde waarden. Daarom ook worden het recht om te vorderen en het recht van verdediging erkend los van de gegrondheid van de eis of het verweer. Daarom kan het zijn dat men omgekeerd aan het bodemgeskil niet toekomt bij gebrek aan belang of om andere redenen die het recht om te vorderen verhinderen. Het tegendeel zou betekenen dat eenieder die een materieel recht heeft ook eigen richting zou mogen bedrijven.

Hier schuilt natuurlijk ook een gevaar voor kafkaïaanse processen. Het beginsel van de goede trouw in het procesrecht moet dan ook omgekeerd beletten dat de procesrechtelijke regels en de procesverhouding *dusdanig* autonoom worden begrepen dat het procesrecht "disfunctioneel" gaat werken<sup>71</sup>. De autonomie moet kunnen doorbroken worden wanneer zij in het konkrete geval tot dusdanig onredelijke gevolgen leidt dat de zelfstandige waarde van het procesrecht, nl. een goede procesorde met alle waarborgen voor het recht om te vorderen en zich te verdedigen, ervoor moet wijken<sup>72</sup>. Overigens bepaalt het procesrecht zelf reeds ten dele deze doorbraak, of althans een tijdelijke opschorting van deze waarborgen in geval van spoedeisendheid, die een kort geding toelaat (art. 584, 1° ger.W.) en meer nog in geval van volstrekke noodzakelijkheid, die dit zelfs op éézijdig verzoekschrift toelaat (art. 584, 3° ger.W.). Zo ook kan het gezag van gewijsde in sommige gevallen doorbroken worden door het rechtsmiddel herroeping van gewijsde (c.q. herziening van arrest van de R.v.St.). Delikate vragen zijn b.v. de vraag of de rechter een kennelijk ongegronde eis mag afwijzen bij gebrek aan betwisting (m.b. bij verstek in de verschillende vormen, zoals algeheel verstek, gebrek aan besluiten dan wel afwezigheid ter zitting hoewel men besluiten heeft neergelegd), de vraag of de rechter een ongeoorloofd verkregen bewijsmiddel steeds moet uitsluiten, ook wanneer dit beslissend is voor de gegrondheid van een eis, e.d.m. Zij zullen verderop ter sprake

---

<sup>71</sup> Vgl. R. de CORTE, *TPR* 1980, (1 v.) nr. 65. Vgl. P. SCHWARTZ, in *Festschrift zum 70. Geburtstag von Dr.iur. Max Guldener*, 291 v.; Th. B. ten KATE, "Procesregels naar de kern genomen", *Een goede procesorde, Opstellen aangeboden aan Mr. W.L. Haardt*, Kluwer, Deventer, 1983, 71 v. Zie verder ook E. BENDA, "Formerfordernisse im Zivilprozeß und das Prinzip der Fairneß", 98. *ZZP* 1985, 365 v.

<sup>72</sup> Vgl. de ongrondwettelijke organisatie van verkiezingen met enkelvoudig algemeen stemrecht in 1919.

komen.

**(18. rechtsplegingsvergoeding vs. werkelijke rechtsplegingskosten)** Een ander belangrijk voorbeeld voor deze strijd tussen "autonomie" - juist de algemeen-dienende rol - en "dienende rol" - juist de het geval konkreet dienende rol - wensen we onmiddellijk te bespreken : namelijk de terugvorderbaarheid van gerechts- en advocatenkosten e.d.

We bespreken hier niet de vraag wie in de kosten moet worden verwezen, maar wel de vraag wélke kosten in beginsel in aanmerking moeten komen voor terugbetaling door de in de kosten verwezen partij. De wettelijke opsomming daarvan vinden we in de artt. 1018-1019 en 1022 ger.W. Partijen kunnen van deze opsomming niet afwijken - althans niet voor het rijzen van het geschil (zie art. 1023 ger.W. j° 1017, 1 in fine).

Belangrijkste twistpunt hierbij is wel de beperking van de terugvorderbare advocatenkosten tot de rechtsplegingsvergoeding. Dat er een wettelijke beperking is van de terugvorderbare erelonen tot het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding, volgt m.i. uit art. 1023 ger.W.<sup>73</sup>. Of ook de veelal belachelijk lage bedragen waarop die rechtsplegingsvergoeding bepaald wordt, met de geest van de wet overeenstemt, is minder zeker<sup>74</sup>. Is dergelijke beperking gerechtvaardigd ? Ik wil hier onmiddellijk stellen dat de terugvorderbaarheid van de werkelijke kosten in concreto m.i. onaanvaardbaar is zolang er voor eenzelfde prestatie merkelijke tariefverschillen zijn tussen advocaten onderling. Iedereen heeft natuurlijk het recht de duurste advocaat te kiezen, maar daarom nog niet het recht dit op een ander af te wentelen<sup>75</sup>. De belangrijkste vraag is dus veeleer of de "gemiddelde" werkelijke kost moet kunnen teruggevorderd worden, kost die in veruit de meeste gevallen duidelijk hoger ligt dan de rechtsplegingsvergoeding. Deze vraag moet o.i. afzonderlijk behandeld worden voor die gevallen waarin de eis (of het verweer)

---

<sup>73</sup> Het is ook de interpretatie van de Orde van advocaten van de Balie van Brussel (Beroepscode van de Nederlandse Orde van advocaten bij de Balie te Brussel - in het vervolg afgekort Beroepscode -, art. 324, ingevoerd bij Resolutie 30.3.1971).

<sup>74</sup> Art. 1022 werd gewijzigd bij W. 6 juli 1973. Het oorspronkelijk opzet was daarentegen dat door de wederpartij een vergoeding kon gevraagd worden "in verhouding tot de last van haar verdediging" (Ch. van REEPINGHEN, *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, 394).

<sup>75</sup> Vgl. de laatste overweging van het vonnis van Vred. St-Gillis 1 oktober 1985, *T.V.V.* 1987, 51, dat de erelonen van de advocaat in beginsel wel ten laste van de tegenpartij legde, maar benadrukte dat men daarbij moet uitgaan van de objectief gebruikelijke erelonen en geen rekening mag houden met de reputatie van de advocaat. Vgl. ook J. LINSMEAU, "La répétabilité des honoraires", *Investeren in Justitie*, Congres Nationale Orde van advocaten, Antwerpen 2 februari 1990, 28.

ontoelaatbaar wordt bevonden of het niet gaat om een rechtsgang, maar om een beslagprocedure (b).

a) Behalve in het in b) besproken geval betekent de beperking van de terugvorderbare advocatenkosten een welbepaalde door het procesrecht opgelegde beperking van de schade die kan teruggevorderd worden op grond van een (buitenprocessuele) onrechtmatige daad, wanprestatie e.d.m. Op het eerste gezicht grijpt het procesrecht dus in in het materieel recht, volgens hetwelk alle door de onrechtmatige daad, wanprestatie, e.d. veroorzaakte schade dient te worden vergoed.

Om te beoordelen of deze wettelijke beperking van de terugvorderbaarheid gerechtvaardigd is, dan wel in bepaalde gevallen op grond van de goede trouw terzijde moet kunnen worden gesteld, moet vooreerst gewezen worden op de beperkingen die we in het materieel recht kennen. Door de rechtspraak werd daar immers een beperking van de schadevergoeding ontwikkeld in die gevallen waarin de schadelijder mede schuld heeft aan de schade, dan wel verzuimd heeft de schade redelijkerwijze te beperken<sup>76</sup>. Deze beperking betekent in feite - al wordt dat zo niet gezegd - dat de schadelijder die zelf "schuld" heeft aan de schade of verzuimt de schade redelijkerwijze te beperken, een deel van de schadevergoeding verwerkt. Zoals gezegd bereust deze beperking niet noodzakelijk op een fout, maar veelal ook op een verzuim aan een "last" waartoe men gehouden is *in zoverre* men volledige schadevergoeding wil (ook art. 1153 B.W. - beperking van de schadevergoeding wegens wanbetaling van een geldsom tot de wettelijke intrest - kan in dat licht bekeken worden).

De beperking van de terugvorderbaarheid is niet aanvaardbaar wanneer het instellen van een eis die - dan wel voeren van een verweer dat - ongegrond wordt bevonden, een fout uitmaakt. Nu is dit omwille van de erkenning van het recht om te vorderen (*ius agendi*) en het recht van verdediging in beginsel niet het geval : slechts het tergend en roekeloos vorderen of verweren wordt foutief geacht. Dit wordt verderop aangegeven.

Daarbuiten is de beperking wel degelijk in ons rechtssysteem in te kleden. De beperking kan m.i. beschouwd worden als *een wettelijk vermoeden dat de partij die procedeert of verweert, zelfs gegrond, toch tekortgeschoten is* in zijn verplichting - minstens "last" - *om te proberen de zaak minnelijk te regelen*. Deze last is van dezelfde

---

<sup>76</sup> Zie de verwijzingen in voetnoot 37.

aard als de last voor de schuldeiser van een geldschuld om zich in te dekken (ex art. 1153 B.W.), op straffe van beperking van de schadevergoeding tot de interest, of de last voor des schuldeiser van een bepaalde zaak om ze af te halen, op straffe van dragen van het risico (art. 1138 B.W.). Het voornoemde vermoeden kan slechts worden tenietgedaan door het bewijs te leveren van het tergend en roekeloos karakter van de eis of het verweer. Dergelijk vermoeden is m.i. - en ik keer mij tegen een recente tendens in de rechtsleer en sommige rechtspraak<sup>77</sup> - niet verwerpelijk. Er wordt in ons land te veel geprocedeerd en te weinig geprobeerd om zaken zonder proces te regelen<sup>78</sup>. Slaagt men niet in een regeling zonder proces, hoewel de wederpartij niet tergend en roekeloos handelt, dan is dit weliswaar geen onrechtmatige daad, maar toch een mislukking die een beperking van de terugvorderbaarheid der kosten rechtvaardigt. Deze beperking van de terugvorderbaarheid voor de winnaar is net zoals omgekeerd de verwijzing in de kosten van de verliezer, ook buiten elke fout om, een vorm van aansprakelijkheid voor rechtmatige daad. Dergelijke regeling bevordert overigens een gezonde relativering van het recht, en breekt met de illusie dat het recht zwart of wit is, dat wie gelijk krijgt in een proces daarom ook gelijk heeft.

Deze rechtvaardiging houdt echter anderzijds ook in dat deze beperking op grond van de goede trouw moet kunnen worden terzijde geschoven in bijzondere gevallen, ook zonder dat de eis of het verweer waarlijk tergend en roekeloos kunnen worden genoemd. Belangrijk bij deze beoordeling is de gedraging van partijen vlak voor het proces (aanmaning, repliek, onderhandelingen e.d.).

Die landen die de terugvorderbaarheid wel kennen, hebben overigens omgekeerd ook beperkingen ingebouwd, die te maken hebben met de gedraging van partijen vlak voor het proces<sup>79</sup>.

b) (Nog) delikater ligt de vraag wanneer de dagvaarding nietig wordt bevonden of de

---

<sup>77</sup> Zie b.v. Vred. St-Gillis 1 oktober 1985, *T.V.V.* 1987, 51 (dat wel een verhaal tegen de verzekeraar betrof); B. DEMEULENAERE, "Advocatenhonoraria, een consumentvriendelijk perspectief", *TPR* 1988, (1) 24 v.; J. LINSMEAU, "La répétibilité des honoraires", *Investeren in Justitie*, Congres Nationale Orde van advocaten, Antwerpen 2 februari 1990. Genuanceerd J. LAENENS, "Kan een partij veroordeeld worden tot betaling van het ereloon van de advocaat van de tegenpartij?", noot onder Vred. St-Gillis *T.V.V.* 1987, 54.

Erg kritisch daarentegen E. BALATE, "Les honoraires d'avocat à charge de la partie succombante : facteur d'accès à la justice ou non?", *T.V.V.* 1987, 35.

<sup>78</sup> Vgl. M.L. STORME, *De overeenkomst vandaag en morgen*, in fine.

<sup>79</sup> Zie b.v. § 93 en 94 ZPO; zie verder J. LINSMEAU, *Investeren in Justitie*, Congres Nationale Orde van advocaten, Antwerpen 2 februari 1990, p. 18 (verenigd Koninkrijk),



eis ontoelaatbaar wordt bevonden (gebrek aan belang of hoedanigheid, afwezigheid van rechtsmacht, e.d.m.). Hier gaat het argument van het recht om te vorderen niet meer op. Daaruit zou moeten volgen dat de ontoelaatbaarverklaring van de eis in beginsel wél zou moeten gepaard gaan met een veroordeling tot terugbetaling van de gemiddelde werkelijke advocatenkost (in plaats van enkel de rechtsplegingsvergoeding). Anderzijds kan men opwerpen dat de partij die dergelijke nietigheid of ontoelaatbaarheid opwerpt, maar zo verstandig moet zijn om geen kosten te maken voor verweer aangaande de zaak zelf, maar eerst die exceptie of dat middel van ontoelaatbaarheid moet laten beslechten, en dat de rechtsplegingsvergoeding als vergoeding voor het aldus beperkte verweer moet volstaan. Weigert de eiser het aldus beperkte geschil afzonderlijk door de rechter te laten beslechten, wanneer de verweerder daarom verzoekt, dan zou hij dus wel tot de gemiddelde werkelijke kost moeten veroordeeld worden, indien de exceptie van nietigheid, afwezigheid van rechtsmacht of ontoelaatbaarheid rechtmatig wordt bevonden.

Beperking tot de rechtsplegingsvergoeding geldt in beginsel evenmin voor onrechtmatige tenuitvoerlegging of beslag.

**(19. algemene regels voor verwijzing in de kosten en tergend en roekeloos procederen)** Ieder eindvonnis verwijst in beginsel de in het ongelijk gestelde partij in de kosten (en de gedeeltelijk in het ongelijk gestelde partij gedeeltelijk in de kosten), behoudens bepalingen van bijzondere wetten of afwijkende overeenkomst (art. 1017, 1 en 3 ger.W.).

"Bijzondere wettelijke bepalingen" vinden we reeds in art. 1017, 2 (geschillen van sociale zekerheid) en 1017, 3 ger.W. (tussen echtgenoten, bloed- of aanverwanten). Het begrip "bijzondere wettelijke bepalingen" wordt echter - terecht - ruim uitgelegd en omvat zo ook een zo algemene bepaling als art. 1382 B.W.<sup>80</sup>. M.i. is ook art. 1134, 3 B.W. (de eisen van de goede trouw van het handelen) zo'n bijzondere wettelijke bepaling. Zij heeft het voordeel boven art. 1382 B.W. dat zij ook de terugvordering belet van kosten, waarvan het maken weliswaar geen fout vormt, maar toch een gedraging waarvan men de gevolgen niet op anderen mag afwentelen. Zoals reeds gezegd is het kiezen van de duurdere weg of het maken van nodeloze gerechtskosten veelal géén onrechtmatige daad, maar is het terugvorderen ervan veelal wél onrechtmatig.

---

<sup>80</sup> Cass. 24 april 1978, v.z.w. I. t. B., *R.W.* 1978-79, 2669 n. J. LAENENS, *Arr.*, 965, *J.T.T.* 1979, 254.

Daarnaast kan het procederen ook foutief geschieden, wat dient te worden bestraft met schadevergoeding bovenop verwijzing in de kosten (schadevergoeding wegens tergend en roekeloos geding). Het is zelfs niet uitgesloten dat een eis of verweer gegrond is, maar de winnaar dusdanig onzorgvuldig heeft geprocedeerd dat hij daarvoor schadevergoeding verschuldigd is<sup>81</sup>.

Op deze vergoeding wegens tergend en roekeloos geding wordt niet uitpuittend ingegaan in dit verslag<sup>82</sup>. Slechts twee opmerkingen. Ten eerste moet nogmaals benadrukt worden dat de "goede trouw van het niet weten" niet volstaat opdat er géén fout zou zijn. Zo kan men spreken van een zekere onderzoeksplicht van de eiser, wiens eis tergend en roekeloos is wanneer de ongegrondheid ervan uit een eenvoudig onderzoek diende te blijken ("kennelijk" was). Ten tweede zou de vergoeding m.i. in beginsel de volledige werkelijke schade moeten dekken - m.i.v. de advocatenhonoraria<sup>83</sup> en m.i.v. de morele schade (aantasting van goede naam e.d.) - al moet die dan wel door de eiser van die vergoeding aangevoerd (en zonodig bewezen) worden, maar dient deze werkelijke kost te worden gematigd indien de eiser zelf ook geen schoolvoorbeeld van zorgvuldigheid is. Doch een principiële beperking tot de "gemiddelde" kost is hier ongerechtvaardigd : in de akwiliaanse aansprakelijkheid moet de dader het slachtoffer "nemen zoals hij het vindt".

---

<sup>81</sup> Enkele voorbeelden daarvan komen in dit verslag ter sprake (zie b.v. randnr. 23 en 44). Zie verder o.m. J.L. FAGNART en M. DENEVE, "Chronique de jurisprudence, La responsabilité civile 1976-84", *J.T.* 1986, 306 nr. 64-1; M.L. STORME, *Liber amicorum Jan Ronse*, (67) 71 en 77; P. TAELEMAN, *TPR* 1988, (89) nr. 14; Y. DESDEVISES, "L'abus du droit d'agir en justice avec succès", *D.* 1979, C. 21-22; kh. Brussel 25 april 1986, beroepsvereniging U. t. nv A, *R.W.* 1986-87, 885 noot G.L. BALLON.

<sup>82</sup> We verwijzen daarvoor naar de rechtsleer die in het bijzonder dit onderwerp heeft behandeld, o.m. L. CAMPION, *La théorie de l'abus des droits*, Bruylant, Brussel 1925, 64 v., nr. 93 v.; F. van NESTE, "Misbruik van recht", *TPR* 1967, (339) nr. 39; M.L. STORME, *Liber amicorum Jan Ronse*, (67) ; J.L. FAGNART, "Chronique de jurisprudence. La responsabilité civile", *J.T.* 1976, (569) 588 nr. 44 en *J.T.* 1986, (306) nr. 64; R.O. DALCQ, "Examen de jurisprudence. La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle", *R.C.J.B.* 1973, (636) nr. 15 en *R.C.J.B.*, 1980, (362) nr. 8; H. de KEYSER, "Frais et dépens. Aperçu de la jurisprudence des juridictions du travail pour la période 1970-1980", *J.T.T.* 1982, 17 v.; P. TAELEMAN, *TPR* 1988, 89 v.; rechtsvergelijkend, S. GERBRANDY, "Gebruik en misbruik van procesrecht", *Advocatenblad* 1959, 325 v. Zie verder nog Kh. Brussel 18 april 1985, Mattelin t. n.v. Daniel Doyen, *R.P.S.* nr. 636 (in samenhang met rechtsverwerking); Hof Brussel 22 september 1988, n.v. Scaldia paper t. n.v. Bank Nagelmackers, *J.T.* 1989, 694; Rb. Brussel 14 juli 1989, I.D. t. Procureur des Konings, *J.T.* 1989, 696.

<sup>83</sup> Vgl. P. TAELEMAN, *TPR* 1988, (89) nr. 30 v. ; (terughoudend) J. LINSMEAU, *Investeren in Justitie*, Congres Nationale Orde van advocaten, Antwerpen 2 februari 1990, 16 en verwijzingen in voetnoot 32, waaronder contra (m.i. ten onrechte) Hof Brussel 15 juni 1987, *R.G.A.R.* 1989 nr. 11547 en 11557. Zie ook art. 91 it. CPC.

## 1.2. Uitwerking van de eisen en sankties der goede trouw in de verschillende stappen der rechtspleging.

### Inleiding

(20.) Zoals reeds eerder gezegd wordt de invloed van de goede trouw niet louter op zichzelf bekeken, maar ingebed in het systeem van het gerechtelijk wetboek. Ook zal niet telkens opnieuw herhaald worden dat bepaalde redeneringen, die zullen worden gemaakt, op de goede trouw worden gegrond.

#### 1.2.1. Onredelijkheid bij het aanspannen van een proces.

##### 1.2.1.1. Omstandigheden die het procederen zelf onredelijk maken.

(21.) Niet besproken worden hier de wettelijke middelen van ontoelaatbaarheid (exceptie van gewijsde, gebrek aan hoedanigheid, gebrek aan inschrijving in het handelsregister (art. 42 handelsregisterwet), gebrek aan kantmelding (art. 3 Hyp.W.), afwezigheid van rechtsmacht, e.d.m.<sup>84</sup>. Het vereiste belang komt terloops ter sprake. Wel wordt onder randnr. 47 v. ingegaan op de eisen van de goede trouw bij het opwerpen van deze middelen door de verweerder.

a) rauwelijks instellen van een eis en andere vormen van onredelijkheid van het procederen op grond van de preprocesuele gedraging van de eiser.

(22. **aanmaningsplicht**) Een eerste vorm van onredelijkheid van het procederen kan gelegen zijn in het dagvaarden zonder voorafgaande ingebrekestelling.

De ingebrekestelling wordt meestal bestudeerd in haar materieelrechtelijke rol<sup>85</sup> (zij doet de rente lopen, het risico overgaan, belet een mogelijke rechtsverwerking<sup>86</sup>, e.d.m.) of in haar tenuitvoerleggingsrechtelijke rol (als vereiste voor

---

<sup>84</sup> Zie verder A. van GELDER, "Hoe kom ik aan de grond ? De sanctieregeling in het gerechtelijk recht", *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, red. H. Geinger, Vlaams Pleitgenootschap Brussel/ Kluwer Antwerpen 1984, p. 15 v.

Andere excepties zoals de verjaring, de exceptie van spel en weddenschap, de exceptie van K.I., zijn o.i. géén middelen van onontvankelijkheid, maar materieelrechtelijke excepties (verweermiddelen ten gronde), die met het abstracte ius agendi en de daartoe vereiste hoedanigheid. Meer bepaald de verjaring heeft te maken met de opeisbaarheid van het subjektieve recht zelf, op een gelijkaardige wijze als b.v. de opschortende termijn.

<sup>85</sup> Zie b.v. H. de PAGE, *Traité*, III, nr. 80.

<sup>86</sup> Zie daarvoor M. E. STORME, *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 297, 353, 396, 417-419 en 475. Zie b.v. kh. Brussel 18 okt 1977, De Vuyst t.

bepaalde vormen van eigenrichting, b.v. buitengerechtelijke ontbinding - art. 1184 B.W. - of onrechtstreekse uitvoering zonder rechterlijke machtiging - art. 1144 B.W. -, waarbij de sanktie overigens ook materieelrechtelijk is : indien de wederpartij geen kans meer wordt gegeven tot vrijwillige uitvoering is de ontbinding ongeldig en diegene die ontbindt dus zelf in wanprestatie<sup>87</sup>), soms ook in haar bewijsrol (nl. als wijze om zichzelf een bewijsmiddel te verschaffen)<sup>88</sup>. Voor de verbintenisrechtelijke gevolgen is een ingebrekestelling (aanmaning of aansprakelijkstelling) overbodig zodra de uitvoering in natura blijvend materieel onmogelijk is geworden of geen nut meer oplevert voor de schuldeiser<sup>89</sup>, bij niet-nakoming binnen de bedongen termijn zo die geldt als aansprakelijkstelling - wat niet vermoed wordt (art. 1139 BW<sup>90</sup>) -, bij blijvende schade of een feit van de schuldenaar of een andere ernstige reden die eenzijdige verbreking toelaat, of bij uitdrukkelijke mededeling van de schuldenaar dat hij zijn verbintenis niet of niet tijdig zal nakomen<sup>91</sup>. Daarbuiten moet de schuldenaar in gebreke gesteld worden,

---

pvba De Weghe, *B.R.H.* 1978, 200 (ook besproken als rechtsverwerking door door P. van OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence", *R.C.J.B.* 1988, nr. 147 in fine) waar een verwarmingsinstallateur, die na een eenzijdige verbreking van de besteller langdurig stilzat zonder ingebrekestelling alvorens te dagvaarden, zijn vordering tot schadevergoeding verwerkt zag omdat "het niet opgaat twee jaar later plots schadevergoeding te vragen zonder aanmaning op een normaal tijdstip".

De verwerking werd overigens reeds door oudere auteurs in samenhang met de vereiste van ingebrekestelling behandeld, b.v. door C.B. TOULLIER, *Le droit civil suivant l'ordre du code. Ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique*, A. Wahlen & co., Brussel (5)1824, VI nr. 256 v.

<sup>87</sup> Zie voor dit alles o.m. M.E. STORME, *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 361; P. van OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence", *R.C.J.B.* 1975, 603 v. nr. 65 en 65 bis, *R.C.J.B.* 1986 nr. 98-100; M. BOURMANNE, noot onder Hof Luik 6 dec 1985, *R.Rég.D.* 1987, 14; Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, nr. 22 en 233 v.

<sup>88</sup> Zie W. WILMS, *De ingebrekestelling en de kwijtende verjaring*, Swinnen Brussel 1985, nr. 9-10, waar deze rol in samenhang gezien wordt met de regel van de verschuiving van het risico (rol bij het bewijs van de oorzaak van wanprestatie). De ingebrekestelling heeft ook nog in een meer primaire zin een bewijsrol, in die zin dat het gebrek aan ingebrekestelling gedurende langere termijn een vermoeden kan wekken dat de schuld reeds betaald werd .

<sup>89</sup> Cass. 20 december 1951, Maes t. Wuytack, *Arr.* 1952, 190; Cass. 3 mei 1957, nv cie. de Messageries maritimes t. nv Huileries de la Nethe, *Arr.*, 731, verbreking van Hof Brussel 17 feb ruari 1956; Cass. 4 september 1975, Nelissen t. Somer, *Arr.*, 20, *R.W.* 1975-76, 1561 noot H. van HOUTTE, *J.T.* 1976, 243, verbreking van Hof Luik 27 maart 1974; Cass. 25 november 1976, Buelens t. Hendrickx, *Arr.*, 337, verbreking van Hof Brussel 8 januari 1976.

<sup>90</sup> Voor de uitzonderingen, zie R. VANDEPUTTE, *Beginselen van belgisch privaatrecht*, deel X, 2. *Bijzondere overeenkomsten*, A. *Verkoop, bewaargeving, borgstelling*, Standaard Antwerpen 1981, p. 198-199; E. VIEUJEAN, "Le terme de droit suspensif" , *Les Nouvelles, Droit civil* , IV, 2, Larcier, Brussel 1958, nr. 941-963.

<sup>91</sup> Hof Brussel 29 november 1929, nv Gouweloos t. Ickx, *Pas.* 1930 II, 131; HR 15 mei 1987, Sopar t. Gronex, *NJ* nr. 830; R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, VI nr. 236; M. PLANIOL & G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français VII, Obligations, deuxième partie*, door P. ESMEIN, G. GABOLDE & J. RADOUANT, Paris (2)1957, nr. 828; HOFMANN-Van OPSTALL, *De algemene leer der verbintenissen*, I, 116 v.; ASSER-RUTTEN, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het nederlands burgerlijk recht*, 4. *Verbintenissenrecht*, deel I - de verbintenis in het

in beginsel door een aanmaning waarin een korte (doch redelijke) termijn ("Nachfrist", "délai de grâce") gegeven wordt, doch een schriftelijke aansprakelijkstelling zonder dergelijke termijn volstaat indien uit de houding van de schuldenaar blijkt dat dergelijke termijn nutteloos zou zijn, of wanneer reeds een termijn voor nakoming bepaald was.

Doch daarnaast heeft de ingebrekestelling ook een belangrijke processuele rol<sup>92</sup>. Op grond van de eisen der goede trouw in het procesrecht heeft de eiser de verplichting om, vooraleer te procederen, de schuldenaar daarvan te verwittigen<sup>93</sup>, om hem zodoende nog de kans te geven de betwisting zonder proces op te lossen. Naargelang de omstandigheden moet hij de verweerder ook de daartoe vereiste termijn gunnen. Het gaat hier om een beginsel van behoorlijke procesvoering. Deze processuele rol blijkt b.v. duidelijk uit de regel dat, anders dan voor een vordering tot uitvoering of ontbinding of voor een aanspraak op verwijlrente, in beginsel géén ingebrekestelling vereist is voor het opschorten van de eigen tegenprestatie (exceptio non adimpleti contractus)<sup>94</sup>. In het systeem van de code civil dient het vereiste van een aan de dagvaarding voorafgaande ingebrekestelling te worden gesanktionneerd met ontoelaatbaarheid van de eis<sup>95</sup>. Deze processuele rol is echter verduisterd geworden door een verkeerd begrip van de regel dat de dagvaarding als

*algemeen*, Tjeenk Willink, Zwolle (6)1981, p. 172; Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge* nr. 210; L.J. CONSTANTINESCO, *Inexécution et faute contractuelle en droit comparé*, nr. 41 en 58 IV.

<sup>92</sup> Zie W. WILMS, *De ingebrekestelling en de kwijtende verjaring*, nr. 3, 5-11 en 44-52 (daar ook de "politieke rol" genoemd). Ook H. de PAGE, *Traité III*, 111 nr. 82, spreekt van een dubbele rol (enerzijds materieelrechtelijke gevolgen anderzijds voorwaarde voor gedwongen uitvoering).

<sup>93</sup> In sommige bijzondere wetten wordt dit uitdrukkelijk bepaald, b.v. art. 46 KB 19 december 1967 houdende algemeen reglement van het sociaal statuut der zelfstandigen. Zijn er voorafgaand aan de vordering kontakten geweest tussen advocaten, dan moet ook de tegenstrever verwittigd worden, doch dit is een deontologische regel tussen advocaten (art. 240 Beroepscode, Beslissing 23.3.1971 van de Orde van advocaten te Brussel, nu art. 2 Reglement Nationale Orde 7 december 1989).

<sup>94</sup> A. de BERSAQUES, noot onder Cassatie 24 april 1947, *R.C.J.B.* 1949, (125) nr. 11; Cass. 23 februari 1956, *Hupin-Brichot t. belgische Staat (landsv.)*, verbreking van Hof Brussel 22 juni 1954, *Arr. Cass.*, 511, en noot 2; L. LAMINE, *Het retentierecht*, Kluwer, Antwerpen 1982, nr. 131; M. PLANIOL & G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français VI, Obligations, première partie*, door Paul ESMEIN, Paris (2)1957, nr. 455; L.J. CONSTANTINESCO, *Inexécution et faute contractuelle en droit comparé (droits français, anglais, allemand)*, Kohlhammer Stuttgart / Librairie encyclopédique, Brussel 1960, nr. 38; M. E. STORME, *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 291 v.

<sup>95</sup> Zie nog b.v. Hof Brussel 14 januari 1884, soc. union industrielle des deux Luxembourg t. belgische Staat, *Pas.* 1885, II, 42 (middel van ontoelaatbaarheid dat in elke stand van het geding kan worden opgeworpen). Vgl. b.v. ook Rb. Brussel 13 januari 1950, *De Coster cs. t. Van der Linden*, *Pas.*, III, 31.

Anders b.v. Rb. Charleroi 10 juni 1908, *n.v. de Contre-assurances t. Nandois & Cie*, *Pand. pér.* 1903, 1023.; Arbrb. Charleroi 21 april 1976, *v.z.w. Entr'aide t. Feront*, *J.T.T.* 1977, 84.

ingebrekestelling geldt. Deze regel betekent immers enkel dat een eerdere dagvaarding, weze ze nietig of al heeft ze om een andere reden niet tot een veroordeling geleid, het overbodig maakt om voorafgaand aan een tweede dagvaarding nogmaals aan te manen tot nakoming<sup>96</sup>. De regel betekent geenszins dat men een geding mag aanspannen zonder een aan de dagvaarding voorafgaande ingebrekestelling.

In het huidige recht is een aan de dagvaarding voorafgaande ingebrekestelling echter geen toelaatbaarheidsvereiste meer. Doch heeft de eiser de verweerder de kans niet gegeven om de zaak zonder geding op te lossen, hoewel die moest gegund worden, dan dient hij verwezen te worden in de kosten van het geding, indien de verweerder ten laatste bij de inleiding van het geding de nakoming van het gevraagde aanbiedt<sup>97</sup>.

Deze "processuele" verwittigingsplicht blijft o.i. niet noodzakelijk beperkt tot die gevallen waarin een ingebrekestelling vereist is voor de verbintenisrechtelijke gevolgen. Vooreerst blijft ze niet beperkt tot geschillen waarin de uitvoering in natura nog mogelijk is : ze betreft in beginsel ook de vorderingen tot herstel in natura, tot betaling van schadevergoeding wegens onrechtmatige daad, e.d.m. Ze is vereist telkens er nog een kans bestaat dat de verweerder vrijwillig aan het gevorderde zal voldoen (zij het dat uitvoering in natura gevorderd wordt, zij het schadevergoeding, zij het ontbinding, e.d.m.). De korte termijn die de verweerder daarbij nog moet gegund worden, kan doorgaans op twee weken geschat worden<sup>98</sup>, en moet minstens de termijn bedragen die voor de verbintenisrechtelijke gevolgen

---

<sup>96</sup> Vgl. W. WILMS, *De ingebrekestelling en de kwijtende verjaring*, nr. 50.

<sup>97</sup> E.M. MEIJERS, "Misbruik van recht en wetsontduiking", *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, I, 80; ASSER-RUTTEN, *Verbintenissenrecht*, deel I, 155; HOFMANN-van OPSTALL, *De algemene leer der verbintenissen*, I, 93-94; kh. Antwerpen 4 september 1883, Potter Twelves & cie t. Obels, *Pand. pér.* 1895, nr. 14; Arbrb. Brussel 31 maart 1981, Nationale sociale verzekeringskas voor Middenstand en beroepen, *R.W.* 1981-82, 1691; Arbrb. Charleroi 21 april 1976, v.z.w. Entr'aide t. Feront, *J.T.T.* 1977, 84. Vgl. ook GERBRANDY, *Advocatenblad* 1959, (325) 385 nr. 3; M. MIGNON, "Les instances actives et passives et la théorie de l'abus du droit", *D.* 1949, C. XLIV, p. (183) 184. Vgl. § 93 ZPO : "Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen dem Kläger die Prozeßkosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt".

Het in de tekst gesteld is m.i. niet in strijd met de regel dat de rechtsplegingsvergoeding verschuldigd is zodra de zaak op de rol is gezet, tenzij er voor de rolstelling volledige voldoening is geschonken aan de eiser (zo b.v. art. 323 Beroepsdodex, Resolutie 30.3.1971 Orde van advocaten te Brussel). Het is evenmin in strijd met art. 3, 2, tweede zin KB 30 november 1979 rechtsplegingsvergoeding (zoals gewijzigd bij KB 23 november 1976), dat deze vergoeding in dat geval immers vermindert tot 1/4, maar niet uitsluit. Bij deze bepalingen wordt er immers van uitgegaan dat aan de vereiste van voorafgaande ingebrekestelling is voldaan.

<sup>98</sup> Voor de aanmaning tot betaling voorafgaand aan de éézijdige summieze rechtspleging om betaling te bevelen, wordt hij wettelijk op 15 dagen bepaald (art. 1339 ger.W.) .

wordt vereist, b.v. voor een aanzegging van ontbinding<sup>99</sup>. Maar er moet natuurlijk rekening gehouden worden met de aard van de verbintenis.

Nu zijn er natuurlijk gevallen waarin de verweerder naar goede trouw geen termijn meer moet gegund worden, en dus ook een voorafgaande ingebrekestelling overbodig is, namelijk in de genoemde gevallen dat de verweerder ernstig zijn weigering meedeelt of deze duidelijk uit zijn houding blijkt. Men zou kunnen zeggen dat de verweerder in die gevallen de kans om nog na te komen zonder gerechtskosten heeft verwerkt.

Ook kan in beginsel geen voorafgaande ingebrekestelling vereist worden voor het nemen van bewarende maatregelen of wanneer zij de rechten van de eiser in gevaar brengt<sup>100</sup>. Dit is o.m. het geval voor de contentieuze rechtsplegingen die om die reden op éézijdig verzoekschrift worden ingesteld (kort geding op éézijdig verzoekschrift, beslag, vgl. ook art. 7, 5 handelshuurwet, exequatur e.d.m.). Andere rechtsplegingen op éézijdig verzoekschrift, die slechts de versnelling van de rechtsgang dienen (b.v. machtiging tot pandverkoop, summiere rechtspleging om betaling te bevelen) daarentegen moeten a fortiori door een aanmaning worden voorafgegaan (zie art. 4 Handelspandwet, art. 1339 ger.W., vgl. ook art. 8, 3 handelshuurwet).

Voor sommige rechtsplegingen wordt de hier verwoorde regel betreffende de kosten uitdrukkelijk in de wet bepaald, zoals b.v. voor de eis tot schriftonderzoek of voor de valsheidseis, wanneer de verweerder "aanstonds" (bij verschijning) het geschrift of de handtekening erkent c.q. verklaart dat hij zich t.o.v. de eiser niet van het stuk wil bedienen (art. 885 en 900 ger.W.).

**(23. andere vormen van verwittigingsplicht)** Een vergelijkbare verwittigingsplicht heeft ook de eiser die de aanspraak die hij geldend wil maken overgenomen heeft van een derde buiten weten van de schuldenaar (vgl. § 94 ZPO).

In sommige gevallen bepaalt ons recht een verregaander bescherming van de verweerder. Dit is meer bepaald het geval bij overdracht van schuldvordering : voor de tegenwerpelijke daarvan aan de schuldenaar (en dus de gegrondheid van de eis) is in beginsel een betekening vereist (art. 1690 B.W.), tenzij de schuldvordering

---

<sup>99</sup> De minimumtermijn daartoe wordt in een aantal gevallen wettelijk bepaald, meestal op 1 of 2 weken.

<sup>100</sup> Vgl. artt. 239 en 240 Beroepscode (Beslissing 23.3.1971 van de Orde van advocaten te Brussel), nu art. 1 en 2 Reglement Nationale Orde 7 december 1989.

belichaamd is in een waardepapier of in een faktuur - in het laatste geval mits kennisgeving bij aangetekend schrijven (art. 15 W. 25 oktober 1919 handelszaak en faktuur) -. Nu is het wel zo dat een dagvaarding van de schuldenaar bij deurwaardersexploot tot betaling van de overgenomen schuld in de meeste gevallen als betekening van de overdracht geldt, doch in de huidige stand van ons recht dient dit nog steeds op kosten van de schuldeiser te geschieden (tenzij in de oorspronkelijke schuldverhouding anders bedongen is). En voor waardepapieren mag maar gedagvaard worden indien het papier voordien ter betaling is aangeboden en geweigerd werd : weliswaar bepaalt b.v. art. 38 wisselwet dat het verzuim enkel aanleiding kan geven tot schadeloosstelling, zodat de vordering wel toelaatbaar is, maar die schadeloosstelling omvat precies ook de gerechtskosten. Voor regres op de tussentijdse houders vereist art. 45 wisselwet een protestakte en kennisgeving daarvan aan zijn endossant en aan de trekker; ook hier omvat de schade waarvan art. 45, 6 wisselwet en art. 42, 6 chequewet spreken o.m. de gerechtskosten.

Doch er zijn ook andere gevallen waarin iemand een aanspraak van een ander kan hebben overgenomen buiten weten van de schuldenaar. Bij overdracht van zakelijke rechten onder levenden is weliswaar overschrijving in openbare registers vereist (art. 1 Hyp.W.), zodat de verweerder geen andere vormen kan eisen voor tegenwerpelijkheid, doch deze tegenwerpelijkheid betekent nog niet dat men rauwelijks een derde mag dagvaarden, die geen bijzondere reden had om de registers te raadplegen en ook verder niet op de hoogte was van de overdracht, voor zover natuurlijk de persoon van de rechthebbende voor zijn verweer enig belang kan hebben. Bij overgang van rechten (zowel zakelijke als schuldvorderingen) mortis causa is geen publiciteit bepaald en moet de erfgenaam zijn hoedanigheid kunnen aantonen.

Bij dit alles mag men dan ook niet vergeten dat een schuldenaar naar goede trouw ook de nakoming van zijn verbintenis mag opschorten zolang hij redelijke gronden van twijfel heeft of de betaling aan de persoon die zich aandient wel bevrijdend is en of zij de werkelijke schuldeiser ten goede komt<sup>101</sup>. Dit opschortingsrecht heet ook "exceptio dubii". De "waarschijnlijke schuldeiser" zou wel consignatie of

---

<sup>101</sup> Cfr. R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, VI nr. 11; R. KRUIHOF, H. MOONS en C. PAULUS, "Overzicht van rechtspraak 1965-73. Verbintenissen", *TPR* 1975, (439 en 715) nr. 170; M.E. STORME, *De invloed van de goede trouw op kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 271. Zie b.v. kh. Brussel 28 september 1966, pvba D. Rooryck & Verheyen t. nv Constantia Leven, *R.W.* 1966-67, 610, *R.G.A.R.* nr. 7748 noot J. SCORIELS; art. 23 § 4 CIV Bern 9 mei 1980 (*W.* 25 apr 1983), art. 6, 2 VN-Verdrag multimodaal internationaal goederenvervoer 1980. Vgl. Benelux-ontwerp nakoming van verbintenissen art. 11 en de bespreking door S.N. van OPSTALL, "De ontwerp-Benelux-overeenkomst inzake nakoming van verbintenissen", *TPR* 1973, (697) 718-719 nr. 12; NBW art. 6.1.6.7c.; OR art. 168, 1.



zekerheidstelling kunnen eisen (desnoods in kort geding)<sup>102</sup>. Indien deze evenwel niet gevraagd wordt, dient rauwelijk dagvaarden ten koste te blijven van de eiser.

Nu is de verwittigingsplicht van de overnemende schuldeiser m.i. slechts een voorbeeld van een meer algemene regel. Er zijn nog vele andere situaties waarin een verweerder het niet op een geding zou hebben laten aankomen indien hij de feitelijke toedracht gekend had<sup>103</sup>. In al die gevallen kan men de eiser die deze toedracht wel kende en het belang ervan voor de beoordeling van de zaak door de wederpartij diende te beseffen, een gebrek aan voorprocessuele informatie verwijten. Indien de verweerder in dergelijke situaties niet schuldig onwetend was en onmiddellijk na kennisname van die toedracht voldoening aanbiedt (en ook binnen de daartoe vereiste termijn uitvoert), dan dient dit verzuim van verwittiging van de eiser met verwijzing in de kosten te worden bestraft.

Deze informatieplicht kan naar omstandigheden ook de verplichting omvatten om wezenlijke bewijsmiddelen reeds voor het proces over te leggen.

**(24. weigering van redelijke onderhandelingen)** We kunnen nog een stap verder gaan op grond van de eisen der goede trouw. Dagvaarden geschiedt niet alleen rauwelijks wanneer er geen voorafgaande aanmaning is geweest, maar ook wanneer op die aanmaning de tegenpartij een redelijk voorstel heeft gedaan zonder de eis definitief af te wijzen, en de eiser desondanks zonder nieuwe aanmaning dagvaardt en weigert op grond van dat redelijk voorstel te onderhandelen (ook al is hij er helemaal niet toe gehouden dat voorstel te aanvaarden)<sup>104</sup>.

We hebben het niet over de gevallen waarin een verzoeningspoging wettelijk verplicht is (b.v. inzake echtscheiding, art. 1258 ger.W., pacht, art. 1345 ger.W., en arbeidszaken, art. 734 j° 578 ger.W.) : wanneer in die gevallen géén van beide partijen een voorstel tot minnelijke schikking doet, is dit veelal een nutteloze formaliteit<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup> Zie b.v. Vz. kh. Brussel 22 maart 1983, nv Heller general Factoring t. GmbH Ashland-Sudchemie cs. (vonnis over de zaak zelf : kh. Brussel 4 juni 1985, *T.B.H.* 1986, 393).

<sup>103</sup> Zie de uitvoerige bespreking van deze vraag door R. STÜRNER, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, 261-377.

<sup>104</sup> Zie b.v. in die zin R.J. POLAK, *NJB* 1941, (765) 790.

<sup>105</sup> Vgl. (met voorbehoud voor echtscheidingszaken) M. STORME, B. DECONINCK, K. BAERT en E. CLYMANS, "De versnelling van het proces. Suggesties en randbemerkingen bij een colloquium te Gent", *R.W.* 1978-79, (2390) 2393, eveneens als "L'accélération de la procédure", *J.T.* 1979, 329.

Inzake huur werd deze verplichte verzoeningspoging dan ook terug afgeschaft met de W. 30 december 1982 (zie verslag-Storme, Parl. Stukken, Senaat, 1977-78, nr. 234/2, p. 6).

We hebben het hier evenmin over de materieelrechtelijke verplichting tot (her)onderhandelen<sup>106</sup>, die kan bestaan in geval van omstandigheden waarvoor een overeenkomst geen regeling bepaalt (een zogenaamde leemte in de overeenkomst), - maar niet bestaat bij een eenvoudige wanprestatie -.

Wel kan ter vergelijking gewezen worden op de gevallen waarin het afwijzen van een redelijk beëindigingsvoorstel van de wederpartij zou neerkomen op een misbruik van de optie tussen uitvoering en ontbinding van een overeenkomst, nl. wanneer de schuldeiser door de ontbinding geen nadeel lijdt in vergelijking met de situatie waarin de overeenkomst normaal ware uitgevoerd<sup>107</sup>.

Indien het juist is dat een verzoeningspoging voor de rechter niet verplicht kan worden gesteld (art. 731, 2 ger.W.), dan betekent dit nog niet dat een beding van voorafgaande buitengerechtelijke verzoeningspoging niet afdwingbaar zou zijn, net zozeer overigens als een beding van bindende derdenbeslissing, e.d.m. Het is juist dat het recht om te vorderen en zich te verdedigen in rechte niet bij overeenkomst kan worden uitgesloten - tenzij door een geldige arbitrage-overeenkomst -, noch dusdanig kan worden beperkt dat de uitoefening ervan uitermate moeilijk wordt, maar deze rechten kunnen wel bij overeenkomst gemodaliseerd worden. Zo zal de rechter de partij die vordert zonder eerst zoals afgesproken om een bindende derdenbeslissing te verzoeken, naar die derde moeten verwijzen (verwijzen niet in de technische zin van art. 660 ger.W.). Het gaat hier wel niet om onbevoegdheid of ontoelaatbaarheid<sup>108</sup>, maar om de zaak zelf, om de gegrondheid van de eis, al heeft het natuurlijk een weerslag op de kosten (die moeten gelegd worden op diegene die geweigerd heeft de zaak voor de derde te brengen). Doch evenzeer als het

---

<sup>106</sup> Zie N. HORN, "Neuverhandlungspflicht", *AcP* 1981, 255, J.M. van DUNNE, "De verplichting tot heronderhandelen in geval van hardship", *Iustitia et amicitia, geschillenbeslechting in en buiten rechte, Opstellen ter gelegenheid van het 175-jarig bestaan van het Genootschap Iustitia et Amicitia*, Gouda Quint Arnhem 1985, 117 v.; Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, L.G.D.J., Paris 1989, 212 v. nr. 188 v.

<sup>107</sup> Zie daarvoor b.v. Vred. Luik 23 november 1984 en Rb. Luik 13 juni 1986, Gomez t. Equchi, *J.L.M.B.* 1987, 874 noot B.C.; Vred. St-Gillis 23 november 1981, *T.V.V.* 1982, 200; Rb. Verviers 16 januari 1985, *J.L.*, 349, R.J.I., 269, *R.Rég.D.* 1986, 51 en Cass. 16 januari 1986 (verwerping), Hardy cs. t. Derouaux, *Arr.* nr. 317, *J.T.*, 404, *R.Rég.D.*, 37, *T.B.B.R.* 1987, 130 en bijbehorend artikel van B. HUBEAU & W. RAUWS, "De leer van het rechtsmisbruik in het huurrecht", *R.W.* 1987-88, 1470, noot A. van OEVELEN; zie ook Cassatie (Fr.) 22 feb 1968, verbreking Hof Dijon, *JCP* 1969, II nr. 15.735, noot R.D., *D.*, 607, noot Ph. MALINVAUD, besproken door Ph. SIMLER, "L'article 1134 du code civil et la résiliation anticipée des contrats à durée déterminée", *JCP* 1971 D. nr. 2413, nr. 15 v.

<sup>108</sup> Ik kom hiermee terug op wat ik eerder heb geschreven in *TPR* 1985, (713), nr. 13. Anders ook M.L. STORME, "De bindende derdenbeslissing of het bindend advies als middel ter voorkoming van gedingen", *TPR* 1984, (1243) nr. 37; W. HABSCHEID, "Das Schiedsgutachten, ein Grenzgebiet zwischen materiellem und Prozeßrecht", *Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, zweite Festschrift für H. Lehmann*, 1956, II, (794), 806.

verzoek tot scheidsrechtspleging stuit het verzoek tot derdenbeslissing de verjaring<sup>109</sup>.

**(25. procederen tijdens onderhandelingen)** Zijn er onderhandelingen aan de gang, dan is rechtsingang onredelijk indien dit gebeurt zonder bijzondere voorafgaande verwittiging<sup>110</sup>. *Men kan niet tegelijk warm en koud blazen* (zie evenwel onder randnr. 28).

Hierbij moet wel benadrukt worden dat onderhandelingen de verjaring stuiten, minstens schorsen, zodat ook de stuiting der verjaring geen rechtvaardiging vormt voor een plotselinge dagvaarding. Bij onderhandelingen verkeren de partijen immers in de "morele onmogelijkheid" te dagvaarden<sup>111</sup> en "*contra non valentem agere non currit praescriptio*"<sup>112</sup>.

Procederen is ook nodeloos wanneer vooraf duidelijk was dat partijen ook zonder proces tot een bevredigende oplossing zouden zijn gekomen - zo b.v. wanneer een gerechtelijke rangregeling wordt uitgelokt, hoewel het duidelijk was dat partijen het anders ook eens zouden geworden zijn<sup>113</sup>.

Zo ook werd het verder gerechtelijk blijven invorderen door de R.M.Z. van achterstallige bijdragen, nadat zij op de hoogte was van de oorzaak der achterstallen (arbeidsongeschiktheid) en hoewel de bijdrageplichtige de afbeta-

---

<sup>109</sup> Vgl. art. 3.11.16.3. NBW.

<sup>110</sup> Zie b.v. Rb. Luik 1 sep 1976, Verhoustraete t. Baré, *J.T.* 1977, 102 (tergend en roekeloos is de eis om de overdracht van onverdeelde delen te verbieden, wanneer men zelf over de overname daarvan onderhandelt).

<sup>111</sup> Zo stelde Hof Brussel 8 februari 1979, nv C. t. nv N. t. nv Z., *R.W.* 1979-80, 2933, dat het juridisch niet gegrond is dat diegene die het gebrek vaststelt onmiddellijk verplicht zou worden zich hals over kop in een geding te storten (in casu wegens de korte termijn van art. 1648 B.W.), *daar het algemeen belang vereist dat het gerecht er slechts bij betrokken wordt als geen regeling in der minne mogelijk blijkt en de termijn derhalve slechts loopt van zodra zulks gebleken is*".

<sup>112</sup> Zie over deze regel J. CARBONNIER, "La règle «contra non valentem agere non currit praescriptio»", *Rev. crit. lég. jur.* 1937, 158 v.; Cass. 2 januari 1969, Kimpe t. Fournier, Libert, verbreking van Rb. Doornik 22 maart 1966, *R.C.J.B.* 1969, 91 noot J. DABIN "Sur l'adage «Contra non valentem agere non currit praescriptio»"; rechtsvergelijkend K. SPIRO, "Zur neueren Geschichte des Satzes «agere non valenti non currit praescriptio»", *Festschrift für Hans Lewald bei Vollendung des 40. Amtsjahres als ordentlicher Professor im Oktober 1953*, Helbing & Lichtenhahn, Basel 1953); F. RANIERI, "«Exceptio temporis» e «replicatio doli» nel diritto dell'Europa continentale", *Riv. dir. civ.* 1971 I, (253) m.b. 290 v., en "Suspensione della prescrizione ed exceptio pacti sive doli", *Riv. dir. civ.* 1971 II, 11. Vgl. nog J. LIMPENS & R. KRUIHOF, "Rechtsvergelijkende aantekeningen bij het begrip rechtsmisbruik", *Recht in beweging. Opstellen aangeboden aan prof. mr. ridder René Victor*, Kluwer Antwerpen 1973, I, (655) 669.

<sup>113</sup> HR 17 februari 1927, *NJ*, p. 391; E.M. MEIJERS, "Misbruik van recht en wetsontduiking", *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, I, 80.

lingsschema's, die door de rechter werden bepaald, en de in der minne gestelde schema's eerbiedigd had en eerbiedigde, tergend en roekeloos geacht<sup>114</sup>.

**(26.)** Bij dit alles dient te worden benadrukt dat het niet uitgesloten is dat een gegronde eis toch nog steeds tergend en roekeloos kan zijn<sup>115</sup>.

Ik denk aan het voorbeeld van Rb. Bologna 21 juli 1970<sup>116</sup> : de houding van de schuldeiser die een (door verstrooidheid) niet ondertekende cirkulaire cheque ontving en, in plaats van de schuldenaar daarvan op de hoogte te brengen, dagvaardt, werd in strijd met de goede trouw geacht.

b) instellen van een kennelijk ongegronde of kennelijk overdreven eis.

**(27.)** Een kennelijk ongegronde of kennelijk overdreven eis is wél toelaatbaar<sup>117</sup> (de kennelijke ongegrondheid veronderstelt immers een oordeel over het bodemgeschil), maar kan tergend en roekeloos zijn. "Kennelijke ongegrondheid" is de ongegrondheid die de eiser in ieder geval diende te kennen, zij het door een eenvoudig onderzoek, en waarvan het niet-beseffen dus onverschoonbaar is, ook al was er geen tergend opzet<sup>118</sup>. Ik verwijs voor de uitwerking graag naar de rechtsleer en rechtspraak over het tergend en roekeloos geding en houd het bij enkele opmerkingen.

1. De kennelijkheid van de ongegrondheid voor de eiser moet in beginsel beoordeeld worden op het ogenblik van de rechtsingang<sup>119</sup> : "*mala fides superveniens non nocet*" mits de eiser daar tijdig besluiten uit trekt (en de zaak niet nodeloos rekt).

<sup>114</sup> Rb. Antwerpen 26 november 1987, b.v.b.a. P. t. R.S.Z., R.W. 1989-90, 26.

<sup>115</sup> Zie de verwijzingen in voetnoot 81.

Een bijzonder 'curieus' geval vinden we in Vred. St-Gillis, O.C.M.W. St-Gillis t. E.B., T.V.V. 1986, 255, waar een terugvordering van steun door het O.C.M.W. gegrond werd verklaard, doch tegelijk het vorderen ervan een misbruik werd geacht, gesanktionerd met veroordeling tot teruggave van hetzelfde bedrag (!?).

<sup>116</sup> Maracci t. Formica, Colucci, R.Dir.comm. 1971 II, 277 noot Guido ALPA.

<sup>117</sup> Anders GERBRANDY, *Advocatenblad* 1959, 385 met verwijzing naar Rb. Zutphen 20 januari 1955, NJ 1956, 475.

<sup>118</sup> Vgl. het opzet om de wederpartij tot toegevingen te dwingen, besproken door b.v. GERBRANDY, *Advocatenblad* 1959, (325) 341-342, 379.

<sup>119</sup> Zie b.v. Rb. Turnhout 19 okt 1988, echtg. Willems-Geuens t. cs. Luyten, A.R. 58.705/88, beroep aangetekend : partijen waarvoor een verkoper zich sterk gemaakt had, zijn mee gedagvaard door de koper (die de overeenkomst had verbroken), en hebben eerst nadien ondubbelzinnig de ratificatie afgewezen; eis tegen hen niet tergend en roekeloos wegens gebrek aan rechtsband.

2. De kennelijkheid van de ongegrondheid mag niet afgeleid worden uit het enkele feit dat de eis tegen een gevestigde rechtspraak of heersende mening ingaat<sup>120</sup>, anders zou de noodzakelijke verderontwikkeling van het recht ernstig worden belemmerd. Uitzichtloos geachte eisen hebben meer dan eens tot een doorbraak geleid. Om dat in te zien moet men nog niet zo ver gaan als R. von IHERING, die het in zijn *Kampf um's Recht* (1872) als een burgerplicht tegenover de rechtsstaat beschouwde dat éénieder zijn rechten ook steeds daadwerkelijk zou opvorderen.

3. Het tergend of roekeloos karakter kan ook volgen uit de kennelijke overdrijving van de eis. Dit kan m.b. het geval zijn indien de eiser het proces instelt of verderzet indien de verweerder na de eerste aanmaning een - naar in het proces komt vast te staan - voldoende aanbod heeft gedaan<sup>121</sup>.

4. Het tergend en roekeloos karakter van de eis dient sneller te worden aangenomen wanneer de gestelde rechtsfeiten onjuist zijn bevonden, of wanneer geen rechtsfeiten worden gesteld, dan wanneer het enkel om een verkeerde beoordeling naar recht gaat.

c) misbruik bij het in gang zetten van kollektieve rechtsplegingen.

(28.) Gevaar voor misbruik bestaat er zeker bij het instellen van kollektieve rechtsplegingen, zoals de aanvraag van faillissement, de vordering tot vereffening<sup>122</sup>, e.d.m. Dergelijke rechtsplegingen kunnen maar al te licht gebruikt worden als dreiging en drukkingsmiddel<sup>123</sup> tegen een schuldenaar om hem openbaar in diskrediet te brengen.

Zo is het een misbruik om het faillissement aan te vragen van zijn schuldenaar in het besef dat diens betalingsmoeilijkheden van tijdelijke aard zijn<sup>124</sup> of wanneer

<sup>120</sup> Vgl. M.L. STORME, *Liber amicorum Jan Ronse*, (67) 80 nr. 31.

<sup>121</sup> Zie b.v. Cass. fr. (Req.) 7 mei 1924, S. 1925, I, 217 n. BRETHER, ook besproken door GERBRANDY, *Advocatenblad* 1959, (325) 343-344 en 385.

<sup>122</sup> Vgl. ook Rb. Bergen 3 juni 1964, R.G.A.R. 1965, nr. 7391 (verdeling van een nalatenschap vorderen om een som van 3.372 BF te bekomen).

<sup>123</sup> De aanvraag van een faillissement is ongeoorloofd als drukkingsmiddel : kh. Brussel 27 oktober 1951, p.v.b.a. S. t. F., R. *Faill.* 1951-52, 125; kh. Brussel 29 december 1951, J.R. t. J.V., R. *Faill.* 1951-52, 229; J.L. FAGNART en M. DENEVE, *J.T.* 1986, nr. 64, 1. Vgl. ook kh. Charleroi 18 januari 1984, R.M.Z. t. faill. Deschamps, R. *Rég. Dr.* 1984, 41.

<sup>124</sup> Zie J. MESTRE, "Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance", *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz Sirey, Paris 1985, (439) 450 v. nr. 28 v.

men met kennis van de staking van betaling eerst een uitstel heeft toegekend<sup>125</sup>. Zo werd ook geoordeeld dat het een misbruik is het faillissement aan te vragen van zijn schuldenaar, wetende dat er toch geen verhaal zal te vinden zijn<sup>126</sup>, en kan dit o.i. ook naar belgisch recht gelden, gezien art. 536 Faill.W. voor zulk geval de sluiting van een faillissement bepaalt, zodat de schuldeiser wel individueel genoegdoening kunnen proberen te bekomen, maar niet de hulp van de wettelijke organen van het faillissement kunnen inroepen. Zo is de aanvraag een misbruik indien de aan de gang zijnde vrijwillige vereffening voor de schuldeisers voordeliger is (door de besparing van kosten)<sup>127</sup>.

Is de eis niet reeds ontoelaatbaar verklaard, omdat het misbruik nog niet dadelijk is gebleken, dan is schadevergoeding verschuldigd.

d) rechtsgang zonder de bedoeling om de rechter het geschil te laten beslechten.

**(29.)** Er kunnen zich meerdere toestanden voordoen waarin een eiser een eis instelt zonder de bedoeling te hebben om de rechter het geschil in werkelijkheid te laten beslechten (in geval van eis tot beoordeling van de zaak zelf), om de toegekende voorlopige maatregel aan te wenden (in geval van kort geding), e.d.m.

Laat ons het publiekrechtelijk gezichtspunt ("contempt of court", misbruik van de openbare dienst der rechtsbedeling)<sup>128</sup> even terzijde laten, evenals de gevallen waarin het de bedoeling is derden te bedriegen, en uitgaan van de situatie waarin de wederpartij het met die rechtsgang niet eens is, en dit opwerpt of zich verzet. Jegens de wederpartij kan dergelijke gedraging in sommige gevallen een misbruik vormen, ook al zou de eis overigens gegrond zijn. Dit is b.v. het geval wanneer men enkel de bedoeling heeft om de wederpartij op kosten te jagen, of te proberen een

---

<sup>125</sup> A. CLOQUET, *Les concordats et la faillite, Nouvelles, Droit commercial IV*, Brussel, Larcier, (3)1985, nr. 1114. Voor het overige oordeelt deze auteur wel dat het recht om een faillissement aan te vragen niet voor misbruik vatbaar is, zolang de vordering gegrond is (a.w. nr. 1087). Anders b.v. HR 4 september 1942, n.v. Twentsche Bank (faill. n.v. Britsch Continentale Handelsmaatschappij), NJ 617, in een geval waar de aanvraag geschiedde door een bank, niet omwille van de eigen, minieme vordering, maar om de belangen van een derde-pandgever te behartigen.

<sup>126</sup> R.J. POLAK, NJB 1941, 791; de COCQ, *Advocatenblad* 1959, (388) 393; Rb. Den Haag 11 februari 1971, Köhler t. B., *Praktijkids* 1971, nr. 642, NJ 1971, 290; P. ABAS, *Beperkende werking van de goede trouw*, 334-335.

<sup>127</sup> HR 26 juni 1942, Weegewijs t. n.v. Hollandse Electriche Spoorwegmaatschappij, NJ 585.

<sup>128</sup> Men kan denken aan de gevallen waarin partijen een geschil veinzen om van de rechter een louter theoretische uitspraak te bekomen (naar verteld wordt zou wijlen een leuvens hoogleraar dit destijds meermaals hebben gedaan "om aan rechtspraak te geraken wanneer er geen bestond"), om een authentieke akte te bekomen zonder notariële tussenkomst, e.d.m.

konkurrent te dwingen vertrouwelijke informatie - bv. de boekhouding - prijs te geven. In die gevallen moet dit misbruik gestraft worden met ontoelaatbaarheid van de eis (wegens "gebrek aan belang") en veroordeling in de kosten, desnoods met bijkomende schadevergoeding wegens roekeloos en tergend geding. Andere voorbeelden werden in het vorig randnr. besproken.

Anderzijds heeft men in het belgische recht te snel de neiging om een eis ontoelaatbaar te verklaren wegens gebrek aan belang<sup>129</sup>. Men is geneigd om slechts welbepaalde (processuele) categorieën van eisen (en vonnissen) toe te laten, en de bevoegdheid om te vorderen te binden aan het "doel" van de processuele categorie waartoe de konkrete eis behoort. Zo kan men mooi schematiseren : een eis tot veroordeling vereist een geschil en de bedoeling het naar recht te laten beslechten<sup>130</sup>, een (afzonderlijke) verzoek om een bewijsmaatregel veronderstelt een zekere spoed en de bedoeling die maatregel ook aan te wenden, e.d.m.

Nochtans moet m.i. soms ook een eis worden toegelaten die een andere dan dergelijke "typische" bedoeling heeft. Dit is met name het geval wanneer men procedeert met nog steeds de hoop dat een rechterlijk oordeel, of minstens de tenuitvoerlegging ervan, overbodig zal zijn omdat partijen ondertussen een minnelijke schikking zullen bereiken. Zo dit niet rauwelijks gebeurt (zie hierboven randnr. 22) en de eis niet tergend of roekeloos is, hoeft dit geen misbruik te zijn.

Het ondertussen wellicht meest bekende geval van dergelijk opzet vinden we bij de eiser die een voorlopige maatregel in kort geding vordert, en wanneer hij die bekommt, het bevelschrift niet betekent, maar gebruikt als een 'wapen' in de onderhandelingen om tot een minnelijke schikking te komen. Recentelijk werd dit wapen meermaals gehanteerd in kollektieve arbeidsgeschillen (SABENA-staking e.a.<sup>131</sup>). Het is een veel minder onfatsoenlijk wapen dan andere rechtsplegingen,

---

<sup>129</sup> Zo is art. 18, 2 ger.W. historisch slechts te verklaren ter bestrijding van een te enge opvatting over het vereiste belang. Zie voor dit vraagstuk verder R.P. CLEVERINGA, "Het belang van de vordering", *RMThemis* 1964, 219 v.; en de omkering in "s'il y a action, il y a intérêt" door M.L. STORME, *Liber amicorum Jan Ronse*, (67 v.) nr. 31.

<sup>130</sup> Zo zou van de rechter geen "bemiddelend vonnis" kunnen gevraagd worden. Evenmin wordt aanvaard dat de partijen aan de rechter in het kader van een gerechtelijke procedure een geschil voorleggen met het verzoek dit als goede man naar billijkheid te beslechten (zij kunnen dit wel scheidsrechterlijk voorleggen, indien de rechter die opdracht kosteloos wil aanvaarden).

<sup>131</sup> Vz. Rb. Brussel 5 augustus 1987, aangehaald in M.L. STORME, *Het proces : als in een spiegel*, rede Leiden 1987, Kluwer, Deventer 1988, 5; Vz. Rb. Brussel 31 augustus en 11 september 1987, *Chroniques de droit social* 1988, 165-167 (zie ook andere daar gepubliceerde rechtspraak. Zie meer bepaald de bespreking van de behandelde vraag door F. OST, "Rapport

die soms roekeloos gebruikt worden, zoals (derden)beslag e.d.

Een misbruik wordt het wanneer zulk wapen gebruikt wordt om de wederpartij door de dreiging van gerechtelijke tenuitvoerlegging met de bijkomende kosten die zulks meebrengt, ertoe te brengen méér toe te zeggen dan datgene wat zij verschuldigd is. Dit is echter geen vraag meer van procesrecht, maar van overeenkomstenrecht, voorwerp van leerstukken als misbruik van omstandigheden (zgn. gekwalificeerde benadeling) of ongeoorloofde oorzaak der eis<sup>132</sup>.

e) te traag instellen van de eis.

**(30.)** De "last" om, zo men een eis in rechte wenst in te stellen, dit ook tijdig te doen, wordt alleen materieel (- en bewijs-)rechtelijk gesanktionéerd, namelijk door de regels der verjaring (en de zogezegde "vervaltermijnen", begrip dat evenwel ten onrechte te pas en te onpas gebruikt wordt in het materieel en actiënrecht<sup>133</sup>) en eventueel door de leer der rechtsverwerking.

De verjaring is in ons recht immers - i.t.t. het common law - een verweer aangaande de zaak zelf<sup>134</sup>; zij treft niet het algemene ius agendi, maar de opeisbaarheid van

général de synthèse", *Les conflits collectifs en droit du travail, solutions négociées ou interventions judiciaires ?*, Fac. univ. St-Louis, Brussel 1989, (109) 121-122.

<sup>132</sup> Een voorbeeld dat inspirerend kan werken, ook voor het procesrecht, vinden we in Vred. Merkssem 8 juni 1988, L., M. t. S., R.W. 1988-89, 1175, waar de opzegging van een huur met de uitsluitende bedoeling de huurder tot onderhandelingen over een minder gunstige huurovereenkomst te dwingen, in strijd werd geacht met de goede trouw. Vgl. ook W. ZEISS, *Die arglistige Prozeßpartei*, 189 v.

<sup>133</sup> Zie mijn kritiek op het overmatig en ongedifferentieerd gebruik van het begrip vervaltermijn voor alle termijnen die geen klassieke verjaringstermijnen zouden zijn in *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 349-350. Meer bepaald dient het begrip vervaltermijn ook in het materieel recht, net zoals in het procesrecht, te worden voorbehouden voor termijnen die inhouden dat het in strijd is met de openbare orde dat nadien nog een beroep zou kunnen worden gedaan op een recht (e.d.). Het mag niet gebruikt worden voor termijnen die slechts dwingend of aanvullend bepalen dat na het verstrijken ervan niet meer kan worden gevorderd, zoals de gewone verjaringstermijnen, de sterke verjaringstermijnen (die ook de exceptie treffen, b.v. art. 1648 B.W.), en zelfs de niet schorsbare of niet stuitbare verjaringstermijnen (die meestal vervaltermijnen worden genoemd, veelal ten onrechte), alsook de verwerkingstermijnen (waarbij de verhindering van de verwerking geen geldendmaking in rechte vereist, zoals die wel vereist is voor de stuiting van de verjaring).

<sup>134</sup> H. de PAGE, *Traité* VIII nr. 1245 C.; GARSONNET, I, nr. 385 in fine; W. HUGENHOLTZ, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, door W.H. HEEMSKERK, VUGA 's Gravenhage, (15) 1988, 69 nr. 62. Cass. 14 juli 1898, *Pas.* I, 274 besliste immers dat de verjaring beheerst wordt door de lex contractus, en niet door de lex fori. Vgl. G. van HECKE & K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, APR, Story Brussel, (2)1989, nr. 686 en 800. De procesrechtelijke kwalifikatie is verder ook onaanvaardbaar omdat zij ertoe zou leiden dat bij wettelijke verkorting van de verjaringstermijn, b.v. van 30 tot 5 jaar, vorderingen van meer dan 5 jaar reeds verjaard zouden zijn, wat terugwerking van de wet zou inhouden, terwijl de materieel- en/of bewijsrechtelijke kwalifikatie ertoe leidt dat de vordering niet kan verjaren voor het verstrijken van ofwel de oude verjaringstermijn, ofwel de nieuwe termijn gerekend vanaf de inwerkingtreding van de verkortingswet. Dit laatste vinden we b.v. uitdrukkelijk in de W. 12 augustus 1985 waarbij de verjaring van de aansprakelijkheidsvordering tegen



een welbepaald subjektief recht. Dit heeft de verjaring gemeen met b.v. het gebrek aan bewijs, e.d.m. De regels der verjaring verschillen dan ook naargelang de aard van de aanspraak, en niet naargelang de categorie van de eis. De enige verjaringstermijn in het privaatrecht die eventueel als een middel van ontoelaatbaarheid kan worden beschouwd is de *praescriptio longissimi temporis*, de dertigjarige verjaring als processuele maximumgrens voor alle vermogensrechtelijke vorderingen, omdat deze door de belgische rechtbanken wordt toegepast zelfs wanneer het toepasselijke vreemde recht een langere of geen verjaringstermijn bepaalt<sup>135</sup>. Ook over de termijn voor een beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State is twijfel mogelijk, precies omdat deze alleen de konstitutieve eis treft, en niet een eis tot veroordeling tot schadevergoeding voor de gewone rechtbanken.

Nu is de verjaring een specifieke, wettelijk geregelde, vorm van rechtsverwerking, waarvoor geen bijkomende omstandigheden vereist zijn, behalve het verstrijken van een termijn zonder dat de aanspraak geldend wordt gemaakt, en behoudens schorsing, b.v. tijdens onderhandelingen. De rechtsverwerking kent naast de verjaring echter ook nog andere materieelrechtelijke vormen, die sneller kunnen intreden, doch bijkomende omstandigheden vereisen. Sommige daarvan worden in deel II (bewijsrecht) besproken. Vermeld weze hier slechts een voor de laattijdige rechtsingang belangrijke toepassing van de rechtsverwerking, nl. de beperking van de intresten. Of, zoals de Vrederechter van Tubize het zo mooi uitdrukte<sup>136</sup> :

"le retard à soumettre une action au juge ne peut constituer un mode de placement de capitaux (...)".

Hierbij kan ook vermeld worden dat de meerderheid van de rechtspraak art. 2277 B.W. (vijfjarige verjaring van periodieke schulden), toepast op vervallen verwijlintresten, ook wanneer het om de wettelijke interest gaat<sup>137</sup>. Eenmaal echter een geding aan de gang is, is art. 2277 B.W. geen voldoende grondslag meer, aangezien de verjaring tijdens een geding geschorst is.

---

advokaten op 5 jaar werd gebracht (art. 2276 bis B.W.). Vgl. ook art. 119 § 2 Afstammingswet 31 maart 1987; Cass., 6 maart 1958, Pas. I, 744. Omgekeerd blijft een éénmaal verjaarde vordering in beginsel verjaard, wat ook niet verzoenbaar is met de procesrechtelijke kwalifikatie.

<sup>135</sup> Zie G. van HECKE & K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, nr. 686 met verwijzingen. Dit kan evenwel ook verklaard worden op grond van de internationale openbare orde, zodat de kwalifikatie als middel van ontoelaatbaarheid niet noodzakelijk is.

<sup>136</sup> Vred. Tubize 14 feb 1978, J.-C. V. t. L. D., *R.J.I.*, 129 nr. 5662, n.a.v. een vordering door een aannemer na drie jaar stilzitten. Vgl. Vred. St-Jans-Molenbeek 28 okt 1986, *T.V.V.* 241.

<sup>137</sup> Zie b.v. kh. Brussel 17 mei 1971, *B.R.H.*, 444; R.P.D.B., *Prescription en matière civile*, nr. 608 v., m.b. 612; genuanceerd H. de PAGE, *Traité VII 2*, nr. 1323 B.

Daarnaast kent de rechtsverwerking ook processuele vormen, die verder in dit eerste deel ter sprake komen. Zoals reeds gezegd (randnr. 16 in fine) kan het *ius agendi* zelf, in zijn meest algemene vorm, echter niet verwerkt worden.

Wel kan omgekeerd de rechtsverwerking door langdurige strijdige houding een bijkomend element vormen om te besluiten dat de eis tergend en roekeloos is<sup>138</sup>.

#### f) Afstand en verwerking van geding.

**(31.)** De eiser kan afstand doen van zijn eis, al zal het geding slechts vervallen mits toestemming van de wederpartij, éénmaal deze besluiten heeft genomen over het onderwerp van de eis waarvan afstand wordt gedaan (zie art. 825 ger. W.). Stilzwijgende afstand kan slechts worden afgeleid uit akten of uit bepaalde en met elkaar overeenstemmende feiten, waaruit met zekerheid blijkt dat de partij afstand wil doen van het geding (art. 824, 2 ger.W.). Is er daarnaast nog plaats voor verwerking van het geding, nu art. 730, 1 ger.W. bepaalt dat geen zaak op de algemene rol kan worden doorgehaald dan met instemming van partijen ?

In beginsel wel, en deze verwerking kan in het stelsel van de wet worden ingepast als een vorm van ontoelaatbaarheid van de vordering wegens gebrek aan belang (wegvallen van het belang), zoals blijkt uit het arrest-Rys<sup>139</sup>, waar het wegvallen van het belang met name werd afgeleid uit "het door de rechtzoekende volgehouden vertoon van een volkomen gebrek aan belangstelling voor het verloop van het door hem begonnen proces" (overweging 2.1.3.), dit ondanks het feit dat verzoeker in die zaak vier dagen voor de terechtzitting nog zijn belangstelling betoonde en de wil om afstand te doen van het geding dus blijkbaar niet aanwezig was.

Indien het juist is dat in burgerlijke zaken dergelijke verwerking niet ambtshalve door de rechter kan worden uitgesproken (art. 730 ger.W.), dan wil dit nog niet zeggen dat zij niet door de wederpartij kan gevorderd, mits haar belangen geschaad zijn of zij rechtmatig mocht vertrouwen op een afstand door de andere partij.

Het is ook juist dat de burgerlijke rechtspraak erg terughoudend is om dergelijke ontoelaatbaarheid uit te spreken<sup>140</sup>, maar er is wel een tendens om de interest

---

<sup>138</sup> Zie bv. Kh. Brussel 18 april 1985, *Mattelin t. n.v. Daniel Doyen*, R.P.S. nr. 636 : "que la demande est manifestement téméraire, étant donné le délai dans lequel elle est introduite et la fonction qu'occupait M. Mattelin ...." (nadat eerst rechtsverwerking was uitgesproken).

<sup>139</sup> R.v. St. 6 april 1982, nr. 22.183, R.W. 1982-83 noot W. LAMBRECHTS.

<sup>140</sup> Zie b.v. Arbhof Brussel 26 januari 1989, *nv Ets. Mampaey t. L. van den Wijngaert*, A.R. nr. 23.162 (ondanks meer dan 12 jaar stilzitten door de eiser); Vz. kh. Mechelen 8 maart 1985, R.

niet te laten lopen gedurende de termijn tijdens dewelke de eiser geen enkele belangstelling vertoonde, hoewel de rechtspleging kon worden verdergezet<sup>141</sup> (dus niet indien er onderhandelingen aan de gang waren e.d.). Bovendien wordt dergelijk stilzitten ook gesanktioniseerd door een strengere beoordeling van de bewijslast (zie deel II)<sup>142</sup>.

Op de hiervan te onderscheiden ontoelaatbaarheid van welbepaalde proceshandelingen (b.v. besluiten) of stukken wegens verwerking van het recht om ze nog te stellen of te overleggen, wordt verderop ingegaan (onder 1.2.3.2.).

#### g) Niet procederen ?

**(32.)** De eiser bepaalt zelf of en in welke mate hij het geschil aan de rechter voorlegt (beschikkingsbeginsel). Kan het voorleggen van een geschil aan de rechter in bepaalde omstandigheden een misbruik vormen van het recht om te vorderen, het niet vorderen of slechts in beperkte mate vorderen van een beoordeling van de zaak zelf (het bodemgeschil) kan géén misbruik vormen<sup>143</sup>, althans niet tegenover de wederpartij. In sommige gevallen kan het niet vorderen (of te weinig vorderen) een fout zijn tegenover derden, geen processuele fout, maar soms een materieel-rechtelijke fout, b.v. t.o.v. zijn eigen schuldeisers. De wet bepaalt daarvoor echter specifieke remedies zoals de zijdelingse vordering (art. 1166 B.W.), het derdenverzet, e.d.m. Zo ook kan het Hof van Justitie van de EG een lidstaat veroordelen om in strijd met het gemeenschapsrecht toegekende steun terug te vorderen (HJEG nr. 70/72, *Jur.* 1973, (813) 829).

Natuurlijk is het veelal wel onrechtmatig om in plaats van in rechte te vorderen eigen richting te bedrijven, doch deze vraag wordt in deel IV. behandeld.

#### **1.2.1.2. Omstandigheden die de wijze van instelling van de eis onredelijk maken - de last om de goedkoopste weg te kiezen.**

---

Winckelmans t. F. Winckelmans, A.R. 23.718 (slechts 1 jaar stilzitten, wat op zichzelf inderdaad niet als voldoende kan worden beschouwd voor verwerking van geding).

<sup>141</sup> Zie b.v. Hof Brussel 4 januari 1984, De Boeck t. Bogaert, *R.G.A.R.* 11116, gegrond op de schadebeperkingsplicht.

<sup>142</sup> Zie eveneens Arbhof Brussel 26 januari 1989, nv Ets. Mampaey t. L. van den Wijngaert, A.R. nr. 23.162.

<sup>143</sup> Vgl. in dit verband J.E. KRINGS & B. DECONINCK, "Het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden", *TPR* 1982, (655) 657.

**(33. exploit of verzoekschrift)** Eisen kunnen in het algemeen voor de rechter gebracht worden door dagvaarding bij deurwaardersexploot of door vrijwillige verschijning (art. 700 ger.W., vgl. art. 1047 ger.W. voor het verzet). In sommige gevallen kan ook gedagvaard worden bij tegensprekelijk verzoekschrift (de willige rechtspleging op éézijdig verzoekschrift behandelen we hier niet). Door de keuzemogelijkheid kan de vraag rijzen of de goede trouw de partijen tot een bepaalde keuze kan verplichten.

Deze vraag werd reeds herhaaldelijk gesteld wat de *keuze tussen deurwaardersexploot en verzoekschrift* betreft, keuze die m.b. bestaat inzake verzet tegen een vonnis waarbij betaling bevolen wordt na summiere rechtspleging (art. 1343 § 2) en in huurzaken voor de Vrederechter (art. 1344 bis ger.W.). Een belangrijk deel van rechtspraak en rechtsleer staat de eiser die bij exploit gedagvaard heeft niet toe om de meerkost daarvan (t.o.v. een tegensprekelijk verzoekschrift) van de wederpartij terug te vorderen<sup>144</sup>. Ik zou mij daarbij willen aansluiten, onder voorbehoud van bijzondere omstandigheden die de duurdere weg rechtvaardigen, en door diegene die de kosten ervan terugvordert, moeten worden aangetoond. Hierbij wil ik wel opmerken dat het niet vereist is dat de keuze van de duurdere weg op zich

---

<sup>144</sup> Zie b.v. m.b.t. art. 704, 1 : Arbrb. Bergen 8 januari 1971, *J.T.T.*, 43, *T.S.R.*, 214; Arbrb. tongeren 26 januari 1971, *T.S.R.*, 214; Arbrb. Antwerpen 3 februari 1971, *R.W.* 1972-73, 1148; Arbrb. Antwerpen 24 maart 1971, *R.W.* 1971-72, 1963; Arbhof Luik 17 feb 1972, *J.L.* 1972-73, 3; J. PETIT, *Arbeidsgerechten en sociaal procesrecht*, A.P.R., Story Gent 1980, 335; G. de LEVAL, "La requête devant les tribunaux du travail et le régime des nullités", *J.T.* 1973, 417 nr. 2 met verww.

m.b.t. art. 1253 bis en 1320 : R. de CORTE, "Alimentatie onder het aspect gerechtelijk privaatrecht en bewijsrecht", *Onderhoudsgeld*, CED-Samsom Brussel 1978, 199 nr. 27; red. Brussel 1 juni 1978 en Vred. Gent 27 mei 1977, aangehaald door P. SENAËVE, *Handboek van familieprocesrecht*, Acco Leuven 1986, nr. 91-92;

m.b.t. art. 1056 : Arbhof Luik 17 februari 1972, P. t. LCM, *J.L.* 1972-73, 3;

m.b.t. art. 1344bis : Vred. Antwerpen 19 september 1984, *R.W.* 1984-85, 2705 goedkeurende noot B. HUBEAU, J. LIPPENS & J. VANDE LANOTTE, "Dagvaarding of verzoekschrift in het huurrecht : wie betaalt de rekening"; ; Vred. Berchem-Antwerpen 27 november 1984, W.-V. t. V., *T.V.V.* 1986, 49 n. R. VANCRAENENBROECK; Vred. Wetteren 20 juni 1985, *TRD-dossier* 1988-1, 13; Vred. Antwerpen 16 juli 1986, p.v.b.a. Froton international t. R. Schillemans, *T.V.V.* 1989, 241; Vred. Antwerpen (1e) 14 december 1988, Van Lommel-Krick t. Annemans en Barthels, A.R. nr. 14.891; verdere verwijzingen bij B. HUBEAU, *T.B.B.R.* 1989, (22) 37-38.

algemeen : ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire*, I-2 (1975) nr. 62, 779 en 806; RASIR, R. & HENRY, P., *La procédure de première instance dans le code judiciaire*, Larcier, Brussel, 1978, 21; A. van OEVELEN, "Enkele belangrijke wijzigingen in de tijdelijke huurwetgeving", *R.W.* 1982-83, (1825) 1850 nr. 28; J. LAENENS, in *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, (51) 68 met beroep op de schadebeperkingsplicht; A. FETTWEIS, *Manuel* nr. 177 en 925; M. STORME en B. DECONINCK, "Bevoegdheids- en procedureperikelen in familierechtelijke geschillen", *TPR* 1985, (89) 131-132; M. STORME, *Liber amicorum Jan Ronse*, (67 ) 79-80; B. HUBEAU, "De verzoekschriftprocedure in het huurrecht (art. 1344 bis Ger.W.)", *T.B.B.R.* 1989, (22) 36 v., m.b. 40 (kostenbesparingsplicht en schadebeperkingsplicht); verdere rechtspraak aangehaald bij E. GUTT & J. LINSMEAU, "Examen de jurisprudence. Droit judiciaire privé", *R.C.J.B.* 1983, (63) nr. 75.

een onrechtmatige daad vormt - wat m.i. meestal ook niet het geval is - gezien de onredelijkheid veeleer daarin bestaat dat men de meerkost van dagvaarding bij exploit op de wederpartij wil *afwentelen*.

Sommigen bestrijden deze stelling, hoofdzakelijk omdat zij de veralgemening van de dagvaarding bij verzoekschrift niet wensen te bevorderen. Een van de daartoe aangehaalde redenen is dat verzoekschriften veelal slecht zijn opgesteld (nl. wanneer dit niet door een jurist is geschied). De oplossing daartegen bestaat er natuurlijk niet om het exploit voorrang te geven, maar om gewoon aan het verzoekschrift op dat punt dezelfde eisen te stellen, zoals dit veelal ook wettelijk is bepaald (zie b.v. de artt. 813, 1026, 3°, 1340, 3° en 1344 bis, 4° ger.W.), en deze met de *exceptio obscuri libelli* te sanktioneren.

Ook moet toegegeven worden dat de kost van een exploit wel gerechtvaardigd is in die gevallen waarin haar nut is aangetoond, b.v. wanneer eerdere aanmaning door de post zijn teruggestuurd, wanneer de deurwaarder de gedaagde in persoon heeft weten te vinden op een andere plaats dan de woonplaats, e.d.m. Het scheppen van een systeem waarin verstek en verzet nog toeneemt zou inderdaad op haar beurt met de proceseconomie strijden. Om die reden moet de kost van een exploit eveneens gerechtvaardigd worden geacht wanneer de eiser in plaats van verstek te nemen de rechtspleging inzet om een vonnis te verkrijgen dat geacht wordt op tegenspraak te zijn geweest, gezien dergelijk vonnis minstens één betekening door een gerechtsdeurwaarder aan de persoon of zijn woonplaats veronderstelt (art. 751, 1°, 2 ger.W.).

Het opzet om de verjaring te stuiten is echter geen rechtvaardiging voor de meerkost van een exploit, omdat de verjaring ook gestuit wordt door de neerlegging van een tegensprekelijk verzoekschrift ter griffie<sup>145</sup>. Immers, ook een tegensprekelijk verzoekschrift houdt een dagvaarding in<sup>146</sup>, en de door art. 2044 B.W. vereiste 'betekening' mag niet in de technische zin van art. 32, 1° ger.W. begrepen worden, maar omvat ook de 'kennisgeving' en elke door het gerechtelijk wetboek bepaalde wijze van dagvaarding aan de schuldenaar, zoals zij overigens ook de 'kennisgeving' om een geschil voor scheidslieden te brengen (art. 1683, 1° ger.W.) omvat<sup>147</sup>.

In sommige andere tegensprekelijke rechtsplegingen bestaat volgens de tekst van

---

<sup>145</sup> A. FETTWEIS, *Manuel* nr. 176 met verww.; E. GUTT & J. LINSMEAU, *R.C.J.B.* 1983, (63) 64.

<sup>146</sup> Zie hoger voetnoot 41.

<sup>147</sup> Vgl. A. FETTWEIS, *Manuel* nr. 1127 in fine.

de wet zelfs geen keuze <sup>148</sup>, b.v. ook bij hoger beroep tegen een tegensprekelijk vonnis (art. 1056 ger.W.). Aangezien het verzoekschrift echter niet op straffe van nietigheid is voorgeschreven, moet echter tot hetzelfde besluit gekomen worden : de eis is geldig ingesteld<sup>149</sup>, maar de meerkost kan - *a fortiori* - niet teruggevorderd worden.

**(34. instelling tegeneis)** Eenzelfde vraag rijst voor de keuze tussen instelling van een tegeneis door dagvaarding bij deurwaardersexploot (of verzoekschrift), dan wel in besluiten. Ook daar mag m.i. de meerkost niet op de wederpartij worden afgewenteld<sup>150</sup> tenzij er bijzondere redenen zijn die een dagvaarding (bij deurwaardersexploot of verzoekschrift) rechtvaardigen. Het stuiten van de verjaring is m.i. ook hier geen voldoende rechtvaardiging, omdat zelfs wanneer men zou menen dat de tegeneis de verjaring niet stuit, deze in ieder geval geschorst is tijdens de duur van het proces (niet loopt tussen gedingpartijen)<sup>151</sup>.

Aan een derde partij kan men echter in beginsel niet verwijten dat zij, in plaats van door verzoekschrift tussen te komen in een geding, een nieuw geding door dagvaarding inleidt, ook wanneer de eis samenhangt met een reeds hangend geschil. De toelating van de tussenkomst is immers te aleatoir om hem tot dit risico te verplichten, zeker wanneer een verjaring dreigt.

**(35. aanvullende of nieuwe eisen)** Wel kan het eerder gestelde veralgemeend worden telkens het mogelijk is de eis bij besluiten in te stellen i.p.v. door een nieuwe dagvaarding, m.b. bij een nieuwe eis van eenzelfde partij die berust op een

---

<sup>148</sup> B.v. inzake rechtsbijstand (art. 675); in de meeste zaken van sociale zekerheid (art. 704, 1 ger.W.); voor vrijwillige tussenkomst (art. 813); voor machtiging tot onderhandse verkoping van onroerende goederen waarin onbekwamen of afwezigen mede-eigenaar zijn (art. 1193 bis, 4 en 5); inzake verlatenverklaring (1237 bis); tussen echtgenoten inzake huwelijksvermogensrecht (1253 bis); inzake levensonderhoud (art. 1320); inzake recht van uitweg (art. 1371 bis); ter begroting van de kosten van derdenbeslag (art. 1454, 2); inzake verlengde minderjarigheid (art. 487 ter en quinques B.W.); in de huurgeschillen geregeld door art. 1730, 1 en 1752 bis, 1 B.W.; en in enkele materies geregeld in bijzondere wetten. Zie J. LAENENS, in *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, (51) 58-59 nr. 11)

<sup>149</sup> A. FETTWEIS, *Manuel* nr. 177. Zie b.v. nog Rb. Luik 6 juni 1988, *Pas.* 1989, III, 12. Omgekeerd kan de vord'ering die normaal bijexploot moet worden ingeleid, op grond van art. 807 ger.W. bij besluiten worden ingeleid, ook indien de oorspronkelijke vordering bij verzoekschrift werd ingeleid (Arbhof Brussel 27 november 1980, n.v. H. t. L., *R.W.* 1980-81, 1479).

<sup>150</sup> Anders, ten onrechte Hof Antwerpen 6 oktober 1981, L. t. p.v.b.a. A., *R.W.* 1981-82, 2561 afkeurende noot J. LAENENS, "Verwijzing in nutteloze gerechtskosten".

<sup>151</sup> Anders evenwel G. de LEVAL, "Les conclusions et l'instruction du litige", *Ann. Lg.* 1984, (55) 57-58.

feit of akte in de dagvaarding vernoemd (art. 807 ger.W.)<sup>152</sup>. Weliswaar is de verjaring van de daarmee geldend gemaakte schuldvordering slechts gestuit in de mate waarin de oorzaak van de eis niet wordt gewijzigd (een aanvulling van het voorwerp daarentegen is wat de verjaring betreft in de oorspronkelijke eis begrepen<sup>153</sup>, en zo ook een aanvulling van rechtsgronden), en heeft de eiser dus belang bij dagvaarding om een bijkomende eis op een andere oorzaak in te stellen, doch de onzorgvuldigheid bij de verwoording van de eis dient niet op kosten van de wederpartij te worden goedge maakt. Om de bijkomende kosten terug te vorderen moet dus verantwoord worden waarom de nieuwe eis niet reeds in de oorspronkelijke dagvaarding kon worden gesteld.

Hetzelfde geldt zelfs indien een nieuwe eis tussen gedingpartijen bij dagvaarding wordt ingesteld omdat ze niet kan gesteund worden op een feit of akte in de eerste dagvaarding gesteld (en dus niet bij besluiten kan worden ingesteld), mits die nieuwe eis ten tijde van de eerste dagvaarding daarin redelijkerwijze had kunnen worden verwoord omdat ze met de eerste samenhangt, opeisbaar is en er geen minnelijke regeling meer van kan worden verwacht. De "samenhang" van art. 30 en 701 ger.W. moet m.i. tussen dezelfde partijne ruim worden uitgelegd. Samenhangend zijn b.v. meerdere invorderingen op korte termijn tegen dezelfde partij. Tussen handelaars is er een "samenhang" voor alle wederzijdse schuldvorderingen terzake van hun handel. Als maatstaf voor samenhang tussen dezelfde partijen zou ik graag willen verwijzen naar de samenhang die vereist wordt voor het retentierecht tussen partijen<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup> In die zin G. de LEVAL, *J.L.* 1983, 16; J. LAENENS, "Kroniek van het gerechtelijk recht", *R.W.* 1983-84, (1461) 1473 nr. 37; *Arbh Luik* 22 juni 1984, *J.L.*, 466; *Arbrb. Charleroi* 2 april 1985, *R.M.Z.* t. n.v. Vachaudez, *R.Rég.D.* 1985, 375; R. VANCRAENENBROECK, *T.V.V.* 1986, 55; A. FETTWEIS, *Manuel*, nr. 925 voetnoot 9; *Arbrb. Luik* 71 maart 1987, *J.T.T.* 1988, 149; P. TAELEMAN, *TPR* 1988, (89) nr. 16; *Arbeidshof Gent (Brugge)* 27 oktober 1988, nr. 018, 091-092 (verplichting zijn rechten uit te oefenen op de voor de tegenpartij goedkoopste wijze); *Rb. Brugge* 31 mei 1989, F. Verburgh t. G. Raxhon en n.v. New Trends, *A.R.* nr. 49.891 en 49.815. Anders, ten onrechte *Arbhof Luik* 23 april 1982, *J.L.* 1983, 16 n. G. de LEVAL (afkeurend).

<sup>153</sup> A. FETTWEIS, *Manuel* nr. 68 in fine; *Cass.* 9 april 1981, Johann Wedig K.G. t. soc. H.G. Tulkens, *Arr.*, 912, gedeeltelijke verbreking; *Cass* 29 maart 1984, Boudin t. p.v.b.a. Etuco c.s., *R.W.* 1984-85, 1094, *Arr.* nr. 441, verwerping.

<sup>154</sup> Zie daarvoor o.m. *Cass* 7 november 1935, faill. Kops t. nv Teintureries et Apprêts de l'Escaut, verwerping van een voorziening t. Hof Brussel 16 mei 1934, *J.C.B.* 1936, 364, *Pas.* 1936 I, 43; Hof Gent 4 mei 1961, faill. vof Weverij gebr. Nolf t. nv. J. & G. van Marcke, *R.W.* 1961-62, 841, *R.C.J.B.* 1963, 61 noot P. van OMMESLAGHE; kh. Brussel 25 februari 1975, Wiener t. pvba Denderbeton, *B.R.H.*, 248, *T.V.A.* 1978, 59; H. de PAGE *Traité* II nr. 866 A 1°, VI nr. 794, 801 v.; Jules BERTEN, "Le droit de rétention et ses effets à l'égard des tiers", noot onder kh. Gent 15 jan 1955, *J.T.* 1956, 109 v.; M. PLANIOL & G. RIPERT, *Traité pratique* VI, door P. ESMEIN, nr. 444 en 48; A. de BERSAQUES, *R.C.J.B.* 1949, (125), m.b. nr. 7 en 17; L.S.Ch. HEYNING-PLATE, *Eigenrichting tot zekerheid. De exceptio non adimpleti contractus en het retentierecht*, pr. E.U. Rotterdam 1969, Tjeenk Willink, Zwolle 1969, 88 v., 151 v.; Pierre COPPENS, *Retentierecht naar belgisch recht*, Preadvies voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland, Tjeenk Willink, Zwolle 1969; L.

Weliswaar is niemand verplicht om meerdere eisen die hij binnen betrekkelijk korte termijn tegen dezelfde partij wenst in te leiden, te centraliseren, maar behoudens bijzondere redenen dient de verbrokkeling van het contentieux tussen dezelfde partijen niet op kosten van de verweerder te geschieden, en dient deze - zo hij veroordeeld wordt - dus slechts in de kosten van één enkele dagvaarding te worden verwezen.

**(36. dagvaarding of vrijwillige verschijning)** Een vergelijkbare vraag kan zelfs gesteld worden wat de keuze betreft tussen dagvaarding en vrijwillige verschijning (artt. 700 en 1047 ger.W.): moet de partij die een eis wil instellen de wederpartij niet eerst (informeel) uitnodigen en de kans geven om vrijwillig te verschijnen, vooraleer kosten te maken? De mogelijke verjaring is geen tegenargument, omdat deze in ieder geval geschorst is tijdens het geding, en de vrijwillige verschijning van de wederpartij m.i. weliswaar geen afstand van de reeds verkregen verjaring inhoudt, maar wel een aanvaarding van de stuiting ervan mits de verjaring nog niet verkregen is.

Nu moet de genoemde kans aan de verweerder niet gegeven worden indien deze aangemaand werd of in gebreke gesteld met uitdrukkelijke dreiging tot dagvaarding omdat de verweerder dan de kans heeft gehad om zelf de vrijwillige verschijning aan te bieden. Aangezien de voorafgaande aanmaning reeds als regel geldt (zie randnr. 22), heeft dit aspect van de vraag dan ook slechts een gering belang.

Omgekeerd kan men wellicht ook zeggen dat de verweerder die op een uitdrukkelijk verzoek tot vrijwillige verschijning, met vermelding van voorwerp en middelen van de eis, niet antwoordt, of ongemotiveerd afwijst, in de kosten van dagvaarding moet worden verwezen, minstens wanneer de eis toelaatbaar is. Anders is het natuurlijk wanneer hij antwoordt met een verweermiddel dat in het daaropvolgende proces gegrond wordt bevonden.

**(37. vrijwillige verschijning na poging tot minnelijke schikking of verzoening)** In elk geval kan gesteld worden dat wanneer partijen voor de rechter verschijnen in poging tot minnelijke schikking of verzoening, de weigering van één der partijen (zij het de verzoeker, zij het de andere) om op dat ogenblik een proces-



verbaal van vrijwillige verschijning te ondertekenen<sup>155</sup>, in beginsel als strijdig met de goede trouw moet worden beoordeeld, zodat bij een mogelijke dagvaarding die partij in beginsel in de kosten daarvan moet worden verwezen<sup>156</sup>.

**(38. gewone of summiere rechtspleging)** Bij de beoordeling van de keuze tussen de summiere rechtspleging om betaling te bevelen en de gewone rechtspleging op dagvaarding, is meer voorzichtigheid geboden. Vooreerst werden de artt. 1338 v. ger.W. door vele Vrederechters dusdanig beperkend uitgelegd, dat zelfs de wijziging door de W. 29 november 1979, bedoeld om daaraan een einde te stellen, geen zekerheid heeft gebracht. Vervolgens gaat het om eisen waaraan dikwijls geen advocaat hoeft te pas te komen indien er gewoon gedagvaard wordt. De rechtspleging van art. 1338 v., die de tussenkomst van een advocaat vereist, is dus niet noodzakelijk goedkoper dan de dagvaarding bij deurwaardersexploot. En al stuit de neerlegging van het verzoekschrift overeenkomstig art. 1340 ger.W. ook de verjaring<sup>157</sup>, er zijn toch voldoende andere redenen waardoor de keuze van de gewone rechtspleging gerechtvaardigd is. Bovendien heeft de eiser belang bij een tegensprekelijke rechtspleging indien een ernstige betwisting verwacht wordt. Meer nog, de éézijdige rechtsgang zou in sommige gevallen zelfs als een misbruik kunnen worden beschouwd (vergelijk het misbruik bij de keuze tussen het gewoon kort geding en het kort geding op éézijdig verzoekschrift wegens "volstreekte noodzakelijkheid").

**(39. voorlopige maatregelen).** Een laatste vergelijkbare vraag rijst in verband met het kort geding. Maakt een kort geding dikwijls een rechtsgang aangaande het bodemgeschil feitelijk overbodig, dan geldt omgekeerd ook dat te veel korte gedingen overbodig worden ingesteld. Ik geef een tweetal situaties aan.

Is een rechtsgang aangaande het bodemgeschil hoe dan ook noodzakelijk, dan kunnen de voorlopige maatregelen ook gevorderd worden voor de bodemrechter, en wel op grond van art. 19, 2 ger.W. Meer bepaald is een kort geding veelal overbodig voor het bekomen van een onderzoeksmaatregel waarvan het nut met korte

---

<sup>155</sup> In dat proces-verbaal moet dan wel het geschil omschreven worden, d.i. moeten voorwerp en middelen van de eis worden opgesomd (overeenkomstig art. 702, 3° ger.W.).

<sup>156</sup> Vgl. de lege ferenda A. FETTWEIS, *Manuel* nr. 175 en 184; P. HEURTERRE, "De minnelijke schikking", TPR 1980, (195) 221 (ook in *Procesrecht vandaag*, Kluwer Antwerpen 1980).

<sup>157</sup> A. FETTWEIS, *Manuel* nr. 459.

debatten kan worden beoordeeld<sup>158</sup>.

Kan men de zaak oplossen door een vorm van eigen richting waarvan de geldigheid voldoende zeker is, of heeft men de zaak reeds zo opgelost, dan is een eis in kort geding dikwijls evenzeer overbodig. Dit is b.v. het geval met een eis in kort geding om uitvoering in natura te doen bevelen, wanneer men de prestatie ondertussen toch door een derde laat uitvoeren<sup>159</sup>.

Bovendien verwerkt men het *ius agendi* in kort geding wanneer men langdurig stilzit, tenzij natuurlijk nieuwe elementen opduiken die de zaak spoedeisend maken. Maar het dringend karakter van de zaak mag niet aan de nalatigheid van de eiser zelf te wijten zijn, anders is zijn eis ontoelaatbaar (zie verder randnr. 44).

### **1.2.1.3. Misbruik van de woonplaats van de gedaagde of bij het nemen van verstek.**

(40.) Het kan een misbruik zijn verstek te nemen wanneer men de wederpartij gedagvaard heeft op een plaats waar - naar de eiser weet - zij de dagvaarding niet zal ontvangen, zelfs indien dit haar woonplaats is. Immers, art. 35 ger.W. bepaalt dat de betekening aan de woonplaats geschiedt "indien de betekening niet aan de persoon kan worden gedaan". Dit betekent m.i. dat wanneer de eiser enerzijds weet waar de gedaagde in persoon kan gevonden worden of dit gemakkelijk te weten kan komen, en anderzijds weet dat deze het onder omslag afgegeven afschrift van het exploit dan wel de gerechtsbrief naar alle waarschijnlijkheid niet zal ontvangen, het een misbruik is om na te laten de dagvaarding te laten betekenen of mededeling ervan te doen op een plaats waar dit de persoon naar alle waarschijnlijkheid werkelijk zal bereiken<sup>160</sup>. Indien de eiser de advocaat van de tegenpartij kent, is het een misbruik om deze niet van de dagvaarding of inleiding te verwittigen, tenzij men zeker weet dat de dagvaarding de persoon bereikt heeft (in het laatste geval blijft het niet-verwittigen overigens nog steeds een

---

<sup>158</sup> Vgl. ook M. STORME, B. DECONINCK, K. BAERT en E. CLYMANS, *R.W.* 1978-79, (2390) 2395.

<sup>159</sup> Zie b.v. kh. Brugge 7 december 1989, A.R. 39.182, nv S. t. pvba C.

<sup>160</sup> Vred. St-Gillis 23 april 1985, A.R. nr. 5582, aangehaald door B. HUBEAU, J. LIPPENS & J. VANDE LANOTTE, "Kroniek van de huurrechtspraak II", *T.V.V.* 1986, (290) 295; Rb. Hasselt 4 april 1962, *R.W.* 1962-63, 161. Vgl. ook W.L. HAARDT, *Fair Play in het burgerlijk geding*, p. 5-9 (betreffende de betekening van de uitspraak); P. ABAS, *Beperkende werking van de goede trouw*, 335; art. 544 grieks ZPO. Zie voor het bijzonder geval van echtscheiding art. 1262 ger.W. en Hof Luik 8 juli 1954, *Pas.* 1956, II, 102.

deontologische fout tussen advocaten onderling<sup>161</sup>).

Weliswaar moet een persoon de gevolgen dragen van de woonplaats (nl. de plaats van inschrijving in de bevolkingsregisters, art. 36, 1 ger.W.) waar hij zich heeft ingeschreven, en dit ontslaat de eiser ervan om te onderzoeken of die persoon daar werkelijk bereikbaar is. Doch een mogelijke onzorgvuldigheid van de verweerder weegt niet op tegen de daadwérkelijke kwade trouw van de eiser, overeenkomstig de algemene regel dat onzorgvuldigheid niet opweegt tegen kwade trouw, regel die we b.v. vinden in het kassatie-arrest van 23 september 1977<sup>162</sup>, waar geoordeeld werd dat diegene die bedrog pleegt zich niet op de onverschoonbaarheid van de dwaling van de wederpartij kan beroepen.

De vraag is m.i. dan ook niet zozeer óf en wanneer het een misbruik is, maar wat de sanktie daarvan is. Indien de verweerder verschijnt, heeft hij de dagvaarding blijkbaar toch ontvangen, en volstaat desgevallend een uitstel. Verschijnt hij niet, vraagt de eiser verstek<sup>163</sup>, en tekent de verweerder later verzet aan, dan moeten de kosten daarvan ten laste van de oorspronkelijke eiser komen, indien het verstek te wijten is aan het niet tijdig ontvangen van de dagvaarding, zelfs wanneer het verzet ongegrond is. De moeilijkste gevallen vinden we evenwel

- a) wanneer de betekening of kennisgeving plaatsvindt in een rechtspleging tot het bekomen van een vonnis dat geacht wordt op tegenspraak te zijn geweest<sup>164</sup>
- b) wanneer na het nemen van verstek ook de betekening van de uitspraak de verweerder niet bereikt binnen de termijn voor verzet of hoger beroep.

O.i. gaat het hier om gevallen die herroeping van gewijsde mogelijk maken op grond

<sup>161</sup> Zie art. 239 Beroepscodex, Beslissing 23.3.1971 van de Orde van advocaten te Brussel, nu art. 2 Reglement Nationale Orde 7 december 1989.

<sup>162</sup> Noordermeer, Lodewikus t. Van Loo cs., *Arr.* 107, gelijkkluidende besluiten A.g. J.E. Krings, *R.W.* 1977-78, 933, *J.T.* 1978, 362, verwerping van de voorzieningen t. Hof Gent 27 juni 1975. Zie daarover o.m. J. MATTHIJS, "De l'effet de la négligence ou de l'imprudence de la victime du dol", *R.C.J.B.* 1980, 59; W. WILMS, "Het recht op informatie in het verbintenissenrecht", *R.W.* 1980-81, (489) 494; R. KRUIHOF, "Overzicht van rechtspraak", *TPR* 1983, 560; W. de BONDT, "De invloed van de nalatigheid van de bedrogene op de vordering tot nietigverklaring en/of op de vordering tot schadeloosstelling", *TPR* 1986, 1183 v. Vgl. ook J. GHESTIN, "L'obligation précontractuelle de renseignements", rapport français, *Le contrat aujourd'hui. Comparaisons franco-anglaises*, o.l.v. D. Tallon & D. Harris, L.G.D.J., Paris 1987, nr. 33.

<sup>163</sup> We gaan hier niet in op de vraag in welke mate de rechter bij verstek de behoorlijkheid van de oproeping moet gaan. Zie daarvoor o.m. A. KOHL, "Pouvoir et devoir du juge statuant par défaut", *J.T.* 1972, 329; ROUARD c.q. FETTWEIS, "Le domicile judiciaire et le pouvoir du juge en cas de défaut du défendeur", *J.T.* 1978, 214-215; R. de CORTE & J. LAENENS, "De verstekprocedure en de taak van de rechter bij verstek", *TPR* 1980, (447) 474 v. , 484 v. en 500 (ook in *Procesrecht vandaag*, Kluwer Antwerpen 1980). Zie ook art. 20, 2 , 27, 2 en 34 E.EX.

<sup>164</sup> Het door art. 751, 1°, 2 ger. W. gestelde vereiste van een exploit, indien de dagvaarding niet aan de persoon *of zijn woonplaats* is betekend, is zoals uit het voorgaande blijkt, niet steeds een voldoende waarborg.

van art. 1133, 1° (bedrog) of 2° (achterhouden van stukken, in casu de dagvaarding) ger.W.

Omgekeerd blijft de betekening op de plaats waar een partij bij het begin van het geding haar woonplaats had, in beginsel geldig zolang de wederpartij geen andere woonplaats meedeelt : het Hof van cassatie legt deze informatielast op de verhuizende partij<sup>165</sup>.

(41.) Het misbruik kan er ook in bestaan dat men verstek neemt wanneer de dagvaarding de verweerder niet bereikt heeft in de gevallen waarin de eiser dit weet of waarin de vertraging het gevolg is van een feit waarvoor hij moet instaan. Hetzelfde geldt wanneer in die omstandigheden de dagvaarding de verweerder wel bereikt heeft, maar het bericht ervan diens raadsman niet kan bereikt hebben. De politierechter van Hasselt oordeelde zo dat wanneer de advocaat van een betichte de opdracht van zijn cliënt ten gevolge van een poststaking niet tijdig heeft ontvangen, en na verstek verzet aantekent, de kosten daarvan ten laste blijven van de eiser, gezien die als overheid instaat voor de werking van de post<sup>166</sup>.

(42.) Heeft de oproeping de verweerder wel bereikt, dan kan het nemen van verstek in een aantal gevallen onredelijk zijn. Als voorbeeld kan men het geval geven dat er volledige betaling is geschied voor de inleidende zitting (geschiedt de betaling voor de rolzetting, dan is er overigens geen rechtsplegingsvergoeding verschuldigd)<sup>167</sup>. Ook kan gewezen worden op de verplichting voor elke partij om de wederpartij te verwittigen van het voornemen verstek te nemen, indien de verweerder schriftelijk verklaard heeft te verschijnen (veelal met verzoek tot verzending naar de rol om besluiten te kunnen opmaken). Deze verplichting is vastgelegd in de deontologie der advocaten<sup>168</sup>, maar is m.i. uitdrukking van de algemene zorgvuldigheidsplicht tussen partijen in geding<sup>169</sup>. Des te duidelijker is het misbruik wanneer men vooraf medegedeeld heeft zelf niet te zullen komen, of de wederpartij naar een verkeerde plaats zendt.

Deze verplichting betekent naztuurlijk nog niet dat men verplicht is uitstel of

---

<sup>165</sup> Cass. 1 februari 1982, n.v. Ets. Pagani, n.v. Carlton Restaurant t. Pirlet, *Pas.*, 688, *R.Not.B.*, 72 (verwerping).

<sup>166</sup> Pol. Hasselt 27 juni 1986, *T.V.V.* 1988, 31.

<sup>167</sup> Zie art. 1, 3, laatste zin KB 30 november 1979 rechtsplegingsvergoeding, zoals gewijzigd door KB 23 november 1976.

<sup>168</sup> Art. 217 Beroepscode, art. 6 Reglement Nationale Orde van advocaten 28.1.1988.

<sup>169</sup> Zie b.v. Rb. Hoei 16 oktober 1986, *Ann. Lg.* 1987, 430 noot P. LAMBERT, "La responsabilité de l'avocat envers la partie adverse". Vgl. G. BAUMGÄRTEL, 69. *ZZP* 1956, 123.

verzending naar de rol toe te staan (zie onder randnr. 56).

#### 1.2.1.4. Omstandigheden die de plaats van instelling van de eis (keuze van de rechtbank) onredelijk maken.

(43.) De keuzevrijheid tussen meerdere (territoriaal) bevoegde rechtbanken kan misbruikt worden. Dit is zelfs het geval indien deze door de partij bedongen was, b.v. bij een bevoegdheidsbeding dat de territoriale bevoegdheid aan de éézijdige beslissing van één partij overlaat, wanneer de keuze in strijd met de goede trouw geschiedt<sup>170</sup>.

Het gevaar voor en de ernst van het misbruik is evenwel het grootst bij internationale bevoegdheid. De combinatie van enerzijds buitensporige bevoegdheidsregels<sup>171</sup> en anderzijds liberale erkenningsregels, zoals m.b. in België (art. 570, 3° ger.W. voor die landen waarmee geen verdrag werd afgesloten) maakt immers veel mogelijk ten nadele van de belgische rechtsorde (de buitenlandse verweerder daarentegen is beschermd door art. 636 ger.W.). Het misbruik kan erin bestaan dat iemand op kosten gejaagd wordt om zich te verdedigen in een land dat met het geschil geen of bijna geen band heeft. Het kan ook een misbruik zijn van de IPR-regels en rechtstreeks toepasselijke regels ("règles d'application immédiate") van dat land, door toedoen waarvan men regels laat spelen die voor de "natuurlijke" rechter (*forum conveniens*) geen rol zouden kunnen spelen.

In rechtsverhoudingen met landen waarmee geen verdrag werd afgesloten is de enige uitlaatklep traditioneel de niet-erkenning wegens strijd met de openbare orde. Soms is er evenwel nood aan een radikalere remedie. Wat zou U denken van de "antisuit injunction", waar de "normaal" bevoegde rechter gevraagd wordt de

---

<sup>170</sup> Zie voor de toetsing van partijbeslissingen in het algemeen mijn bijdrage "De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing", *TPR* 1988, 1259 v.; E.M. MEIJERS, "Aanvulling en uitlegging van overeenkomsten door één der partijen", *WPNR* (1916) 2420-2422, in *Verzamelde privaatrechtelijk opstellen*, III, 16; J. RONSE, "Marginale toetsing in het privaatrecht", *TPR* 1977, 211-220; P.A. FORIERS, "L'objet et la cause du contrat", *Les obligations contractuelles*, Jeune barreau Brussel 1984, (101) 129 v. Voor abusieve bevoegdheidsbedingen, zie J. LAENENS, *De bevoegdheidsovereenkomsten naar belgisch recht*, 113 nr. 401; "Bevoegdheidsbedingen in toetredings- en standaardkontrakten", *Actori incumbit probatio, Opstellen aangeboden t.g.v. de eerste promotie rechten aan de Universitaire Instelling Antwerpen*, Maarten Kluwer Antwerpen 1975, 119 v. Vgl. ook de nietigheid van een arbitrageovereenkomst die aan één der partijen een bevoorrechte positie toekent bij de aanwijzing der scheidslieden (art. 1678, 1 ger.W.).

<sup>171</sup> Een lijstje van aangeklaagde regels vinden we in art. 4 Protocol nr. 1 bij de modelconventie van 1 februari 1971 over de erkenning en uitvoering van buitenlandse vonnissen; zie ook de lijst van art. 3 E.EX. Zie verder de bespreking door W. GRUNSKY, "Internationales Prozeßrecht", *Towards a justice with a human face*, red. M. Storme & H. Casman, Kluwer Antwerpen/Deventer, (67) 80 v.

partij die misbruik heeft gemaakt van internationale bevoegdheidsregels (choice of forum) verbod op te leggen de rechtspleging in het buitenland verder te zetten? Een voorbeeld<sup>172</sup>. Twee ex-echtgenoten, beiden Nederlanders en in Nederland verblijvend, hebben een geschil betreffende (beweerdelijk achterstallige) alimentatie. De vrouw maakt van een zakenbezoek van haar man in Florida misbruik om hem daar te dagvaarden en de eis daar te laten inleiden (bevoegdheid gegrond op de plaats der betekening) en tegelijk bewarend derdenbeslag te leggen. De man verzoekt de voorzitter in kort geding om opheffing van het beslag te bevelen en intrekking van de eis in Florida, beiden op straffe van verbeurte van een dwangsom. De Voorzitter verklaart zich bevoegd, beveelt de opheffing van het beslag, maar oordeelt dat de intrekking van de eis geen zaak was om in kort geding te bevelen. De mogelijkheid van een bevel tot intrekking van een elders abusief gevoerd geding, een "antisuit injunction", werd echter niet ontkend.

Verder dient de rechter zelf zich wegens wetsontduiking onbevoegd te verklaren, indien de bevoegdheid berust op een factor die door de eiser zelf geschapen werd met de uitsluitende bedoeling zo ten nadele van de wederpartij aan de normale bevoegdheid te ontsnappen, zoals bv. het uitvoeren van een verbintenis op een andere plaats dan waar dit normaal diende te gebeuren, of het uitlokken van een daad van onrechtmatige mededinging op een plaats waar die nog niet wordt bedreven, om een daarop gegronde vordering krachtens art. 635, 3 ger.W. en art. 5, 1 c.q. 3 EEX voor de rechter van die plaats te kunnen brengen.

#### **1.2.1.5. Omstandigheden die de instelling van bepaalde soorten eis onredelijk maken.**

(44.) Tot nu toe werd hoofdzakelijk uitgegaan van een eis tot veroordeling (op grond van de beoordeling van de zaak zelf). Het recht om een behandeling van het bodemgeschil te bekomen wordt daarbij, zoals gezegd, aan toelaatbaarheidsvereisten onderworpen. Zoals er voor een dergelijke eis toelaatbaarheidsvereisten zijn, zijn er ook voor andere soorten eis (processuele categorieën) veelal vereisten aan te geven, ook wanneer het niet gaat om eisen die al dan niet gegrond kunnen worden geacht (omdat het geen eisen aangaande de zaak zelf betreft). Deze vereisten zijn veelal wettelijk bepaald. Zo is voor het verkrijgen van rechtsbijstand vereist dat de in te stellen (of ingestelde) eis "rechtmatig lijkt" (art. 667 ger.W.), zo is voor een

---

<sup>172</sup> Naar Vz. Rb. Middelburg 25 januari 1985, *NIPR* nr. 239, *NJ* 1987, 114, besproken door J.P. VERHEUL, "Waait de antisuit injunction naar het continent over?", 7. *NIPR* 1989, 221.

voorlopige maatregel in kort geding vereist dat de zaak "spoedeisend is" (art. 584, 1° ger.W.) en "rechtmatig lijkt" (*fumus boni iuris*); zo is voor een kort geding op éénzijdig verzoekschrift "uiterste hoogdringendheid" vereist (art. 584, 3° ger.W.), zo is voor een eis tot louter verklaring van recht een "ernstig bedreigd recht" vereist (art. 18, 2 ger.W.), zo is voor een zijdelingse vordering vereist dat men zelf de hoedanigheid van schuldeiser heeft, zo zijn er toelaatbaarheidsvereisten voor de rechtsmiddelen, e.d.m.

Ook bij die andere vormen van *ius agendi* kan de goede trouw een rol spelen.

Zo b.v. is er in beginsel "geen aanleiding" tot een voorlopige maatregel wanneer de spoedeisendheid door de eiser in kort geding zelf is veroorzaakt<sup>173</sup>, doordat hij de zaak te lang heeft laten liggen, en behoudens nieuwe omstandigheden die een voorlopige maatregel opnieuw rechtvaardigen. Voor een voorlopige bewijsmaatregel treedt de verwerking van het recht daarop nog niet in door zulk stilzitten, mits de maatregel nuttig blijft<sup>174</sup>.

---

<sup>173</sup> Zie G. de LEVAL, "L'examen du fond des affaires par le juge des référés", *J.T.* 1982, 421 en b.v. het daar aangehaalde K.g. Luik 26 juni 1980, A.R. nr. 14042/80; Arbeidshof Luik 1 april 1987, *J.L.M.B.* 89/626, p. 1333 ("urgence artificiellement créée"); de verwijzingen bij. I. VEROUGSTRAETE, "Het kort geding. Recente trends", *TPR* 1980, (258) 264 nr. 12 noot 22. VEROUGSTRAETE zelf is evenwel terughoudend ("De houding van de eiser schept maar een vermoeden *iuris tantum* dat er geen spoed vereist is").

<sup>174</sup> Zie b.v. K.g. Luik 6 juli 1989, *J.L.M.B.* 89/909, besproken p. 1349-1350.

## 1.2.2. Omstandigheden die het zich verweren of de wijze van verweer onredelijk maken.

### 1.2.2.1. Gegronddoch laattijdig verweer.

(45.) In vrij veel gevallen zou een eiser, die een eis instelt die ongegrond blijkt, deze niet ingesteld hebben indien hij de verweermiddelen van de verweerder had gekend. Indien de verweerder deze voor de dagvaarding had medegedeeld, zou dit beide partijen een proces hebben bespaard. De vraag is dan ook wanneer hij een last heeft deze voor de dagvaarding (en meer bepaald ten laatste bij de daaraan voorafgaande aanmaning, cfr. hierboven randnr. 22-23) mee te delen, en wel in die zin dat zo de eiser ten gevolge van het verzuim van die mededeling kosten maakt, deze ten laste van de verweerder dienen te blijven.

In sommige gevallen is dergelijke informatie"plicht" (juiste ware "last") wettelijk bepaald. Zo moet de zelfstandige die zijn bedrijvigheid stopzet dit aan zijn sociale kas of fonds mee te delen (art. 8 van het algemeen reglement van het sociaal statuut der zelfstandigen, KB 19 december 1967). Verzuimt hij dit, in casu zelfs na een aanmaning tot betaling van zijn sociale bijdragen, en kon de wederpartij daardoor denken dat zij een opeisbare aanspraak had en heeft zij dientengevolge gedagvaard, dan moet hij de gerechtskosten dragen<sup>175</sup>.

Een vergelijkbare regel geldt m.i. meer algemeen voor geschillen die rijzen in of n.a.v. de uitoefening van een beroep of bedrijf, wanneer de eiser er - door het gebrek aan mededeling - kon van uitgaan dat er geen grond was voor dat verweer dan wel de verweerder van dat verweer had afgezien. Het eerste geval kan zich met name voordoen bij de exceptie van schuldvergelijking, soms ook bij de exceptie van niet-uitvoering. Het tweede kan zich voordoen bij de exceptie van verjaring, van niet-uitvoering e.a. Nog eerder is dit het geval wanneer het een meerpartijenverhouding betreft en aan de eiser, b.v. overnemer van een schuldvordering, excepties worden tegengeworpen uit de verhouding tussen verweerder en overdrager. In al die gevallen geldt naar verkeersopvattingen een informatie- of protestlast voor aanspraken die het beroep of bedrijf betreffen. Eveneens naar verkeersopvattingen is een verbruiker daartoe veel minder snel gehouden. Deze verkeersopvattingen kan men a fortiori

---

<sup>175</sup> Zie b.v. Arbhof Brussel 8 februari 1973, I. t. V.P.R. T.S.R. 1973, 272; Cass. 24 april 1978, v.z.w. Integrity t. Bothy, Arr., 965, R.W. 1978-79, 2669 n. J. LAENENS; Arbhof Luik 24 juni 1985, F., W., B. t. vzw TIB, J.T.T. 1985, 423.



afleiden uit de opvattingen i.v.m. de "aanvaarding" van een faktuur of rekeninguittreksel, aanvaarding die bij verbruikers behoudens bijzonder beding eerst na meerdere aanmaningen wordt aangenomen<sup>176</sup>, bij handelaars echter reeds zodra niet snel geprotesteerd wordt. "A fortiori", zeg ik, omdat dergelijke informatie- of protestlast m.i. na dreiging met dagvaarding nog strenger moet beoordeeld worden dan anders, althans wat de procesrechtelijke gevolgen (m.b. de gerechtskosten) betreft.

Zo ook moet het laattijdig verwerpen van de nalatenschap door de erfgenamen van een schuldenaar bestraft worden met de verwijzing in de kosten, indien daardoor een nutteloze eis werd ingesteld<sup>177</sup>. Weliswaar beschikt de erfgenaam over een termijn voor boedelbeschrijving en beraad (art. 795 B.W. en 853 ger.W.), doch deze termijnen lopen vanaf het openvallen van de nalatenschap (niet vanaf de dagvaarding) en dienen m.i. reeds na aanmaning te worden opgeworpen, op straffe van verwijzing in de kosten. Hetzelfde geldt indien de verwerping weliswaar snel geschiedde, doch de schuldeiser daarvan geen kennis werd gegeven ten laatste nadat hij de schuldenaar in gebreke heeft gesteld. In geval van aanmaning kan het m.i. in die gevallen de schuldeiser niet verweten worden dat hij het register van de akten van verwerping niet heeft geraadpleegd.

Het beginsel van de processuele goede trouw brengt er ons dan ook toe om na te gaan of het opwerpen van het verweer in de gegeven omstandigheden niet als foutief laattijdig dient te worden beschouwd. Zo kan het een nalatigheid zijn om de exceptie van gewijsde of de exceptie van verjaring<sup>178</sup> eerst op te werpen na dagvaarding, hoewel ze reeds was ingetreden bij de aanmaning.

Uiteindelijk gaat het hier om dezelfde algemene regel die we reeds voor de eiser gesteld hebben in randnr. 23. Indien de eiser het niet op een geding zou hebben laten aankomen indien hij de feitelijke toedracht gekend had, en de verweerder, die deze wel kende, dat diende te beseffen, moet de verweerder die deze niet reeds bij aanmaning meedeelde (alsook op verzoek wezenlijke bewijsmiddelen overlegt),

---

<sup>176</sup> Voor voorbeelden van dergelijke aanvaarding, zie o.m. Rb. Neufchâteau 11 februari 1981, ets. J. Bodart t. gemeente Houyet, *J.T.* 400; Vred. Tielt 26 november 1981, Imewo t. Van C., *BFE-Rechtspraak* nr. 10-D, 27.

<sup>177</sup> Vred. Elsenne, 2e K., A.R. 5553, kenes t. Arnauts, aangehaald door E. CEREXHE, "La condamnation aux dépens : une sanction au refus de collaboration à l'administration de la preuve", noot onder Kh. Luik 3 februari 1978, n.v. SECA t. n.v. Distrimas, *R.C.J.B.* 1979, (451) 461.

<sup>178</sup> Zie b.v. Arbrb. Brussel 5 februari 1974, *R.W.* 1973-74, 2452.

hoewel zijn verweer gegrond is, toch in de kosten verwezen worden, tenzij de eiser schuldig onwetend was (wat niet mogelijk is voor verweermiddelen die een uitdrukkelijk beroep vereisen, zoals de verjaring) of de eiser na mededeling volhardt in zijn eis.

Ik wil hier niet uitvoerig ingaan op de materieelrechtelijke dan wel de bewijsrechtelijke gevolgen van het laattijdig opwerpen van verweermiddelen. Vermeld zij alleen dat het laattijdig opwerpen van verweermiddelen meermaals bestraft wordt met verwerking van dat recht c.q. verwerking van bewijsmogelijkheden. Men moet maar denken aan de overvloedige rechtspraak en rechtsleer betreffende het stilzitten op de ontvangst van een faktuur, rekeninguittreksel of schadebestek<sup>179</sup>, de zogenaamde "goedkeuring" van de (gebrekkige of niet-overeenstemmende) prestatie - die veelal rechtsverwerking verbergt -<sup>180</sup>, het laattijdig opwerpen van de exceptie van niet-uitvoering<sup>181</sup> of de ontbinding, de tegenstrijdige of onverzoenbare gedraging, e.d.m. Op enkele vragen van bewijsrecht wordt in deel II. verder ingegaan.

Wel kan gesteld worden dat het laattijdig protesteren of standpunt innemen een bijzondere kleur krijgt wanneer het bovendien eerst gebeurt nadat een aanmaning en een dagvaarding zijn gegeven. Zolang er geen geding is, kan men er nog van uitgaan dat de eiser ook laattijdige protesten misschien nog welwillend ontvangt, zij het b.v. om commerciële redenen. Eenmaal de zaak in geding is, moet echter a

---

<sup>179</sup> Zie Cass. 29 maart 1976, nv Arboroute wegenonderneming t. Claes, *Arr.*, 833, verwerping van een voorziening t. Hof Luik 10 februari 1976; Hof Antwerpen 17 november 1976, pvba Expeditie bedrijf Maas t. pvba Sport en Rust, *B.R.H.* 1977, 270, *R.W.* 1976-77, 2687 (rekeninguittreksel niet geprotesteerd en aanmaning niet beantwoord); Hof Gent 11 december 1985, pvba Bird Love t. nv Powertrans, *I.V.L.Z.* 1986, 86; Rb. Brugge 14 januari 1986, nv Royale belge t. nv Het belgisch verhaal en G. Struyf, *R.W.* 1988-89, 782 (drie aanmaningen en een schadebestek); kh. Gent 3 september 1987, D.B. t. b.v.b.a. Paver, *T.B.H.* 1988, 243 (faktuur); Vz. kh. Mechelen 13 januari 1989, Leroux-Werkers t. pvba Bramac, J. van Oycke, K.g. nr. 1374 (aansprakelijkstelling). Zie verder E. DIRIX & G.L. BALLON, *De factuur*, Story, Gent 1985, nr. 197 (faktuur), 162-163 (rekeningafschrift) en 165-166 (uittreksel rekening-courant).

<sup>180</sup> Zie o.m. C. JASSOGNE, "La garantie décollant des contrats d'entreprise : plus de 25 ans d'hésitations en doctrine et en jurisprudence !", *Ann. Lg.* 1988, 251 v.; P.A. FORIERS, "La responsabilité de l'entrepreneur après réception", *T.V.A.* 1988, 261 v. Vgl. het Pekingeenden-arrest, H.J. Oldenhove t. nv pluimveeslachterij Calot, HR 5 april 1968, *NJ* nr. 251 noot G.J. SCHOLTEN; Hof Brussel 30 september 1987, nv Egimo t. Orban en erfgr. Maere, *J.L.M.B.* 1987, 537.

<sup>181</sup> Zie b.v. Kh. Brussel, 4 augustus 1961, n.v. Metropolitan Films t. n.v. Cobelciné t. n.v. Rubens Paleis, *J.C.B.*, 1963, 38 ("A chacun son étoile"); kh. Brussel 31 mei 1968, nv Bia t. nv Comptoir foncier et commercial, *B.R.H.*, 514; Hof Bergen 23 november 1987, Raes t. Banque sud belge, *J.L.M.B.*, 1988, 421 noot Cl. PARMENTIER; zie ook Cass., 23 februari 1956, Hupin-Brichot t. belgische Staat (landsv.), *Arr. Cass.*, 511, vernietiging van Hof Brussel 22 juni 1954;

fortiori standpunt worden ingenomen. Een mooi voorbeeld<sup>182</sup> : een verweerder had een bepaald pand reeds in handelshuur gehad van 1976 tot 1980, en huurt dit opnieuw vanaf 1 maart 1981; na een opzegging op grond van de termijnen van de tweede overeenkomst (tegen 1 maart 1984) repliceert hij (zonder uitleg) dat deze opzegging ongeldig is, zodat de verhuurder zich nu gaat baseren op de eerste overeenkomst, waarop ook de huurder zich meermaals beroept, o.m. in kort geding; eerst in de besluiten neergelegd in maart 1986 (ca. 5 maanden na dagvaarding) stelt hij een tegeneis in op grond van de tweede (wettelijk geldende) overeenkomst. De Vrederechter oordeelt het in verwarring brengen van de eiser door die dubbelzinnige houding in strijd met de verplichting van loyauteit en belet de huurder om de tweede overeenkomst nog op te werpen.

**(46. verstek en verzet)** Kan het stilzitten op een gewone aanmaning, een faktuur, e.d.m. nog verschoonbaar zijn, minstens bij niet-handelaars, dan moet toch strenger geoordeeld worden over het stilzitten op een dagvaarding zelf, m.b. door verstek te laten gaan, of de daarmee op dit punt omzeggens gelijk te stellen aanmaning tot betalen in de vormen van art. 1339 ger.W. onder dreiging van summiere rechtspleging of van art. 4 Handelspandwet onder dreiging van pandverkoop. Dergelijk verstek of stilzitten dient bestraft te worden met niet-terugvorderbaarheid van de kosten van verzet.

Natuurlijk, verschijnen is geen plicht (*nemo agere cogitur*), en verzet aantekenen in de huidige stand van de wetgeving<sup>183</sup> een recht - althans zo men ondertussen niet nogmaals de kans heeft gekregen om te verschijnen nadat de eiser de rechtspleging van art. 751 e.d. ger.W. heeft ingezet (in dat geval verwerkt men immers het recht op verzet). Maar het verschijnen is wel een "last"<sup>184</sup> (één van de sankties is bv. de mogelijkheid voor de wederpartij om bewarend beslag te leggen zonder nadere toelating, art. 1414 ger.W.). Onrechtmatig is niet het (één maal) verstek laten gaan en verzet aantekenen, onrechtmatig is echter wel dit op kosten van de wederpartij te willen doen.

Is het verzet ongegrond, dan dient de verzetdoende partij bovenop de kosten nog een aanvullende rechtsplegingsvergoeding van 500 BF (geïndexeerd 1.700 BF) (!?) te

---

<sup>182</sup> Vred. Zele 29 september 1987, A.R. nr. 23.067., A. de Maeyer t. Yan Man Tai.

<sup>183</sup> Voor kritiek, zie b.v. A. FETTWEIS, "Quelques correctifs nécessaires après une décennie d'application du code judiciaire", *Tien jaar gerechtelijk wetboek*, Seminarie privaatrechtelijk procesrecht R.U.Gent, (ook als IUS nr. 1), Kluwer Antwerpen 1981, (123) 131.

<sup>184</sup> Vgl. R. de CORTE & J. LAENENS, *TPR* 1980, (447) 487, die stellen : "hoewel het verschijnen geen juridische verplichting is, geeft het niet verschijnen geen blijk van voldoende zorgzaamheid bij het benaastigen van zijn belangen", een typische omschrijving voor een last of Obliegenheit. Cfr. F. LENT, 67. *ZZP* 1954, 344.

betalen. Is het verzet gegrond, dan mag zij m.i. de kosten van inleiding van het verzet nooit terugkrijgen<sup>185</sup>, tenzij 1° de eis tergend en roekeloos was en 2° de verzetdoende partij aantoont dat ze redelijkerwijze niet kon verschijnen (noch in persoon noch per advocaat noch door een verwant of een beroepsafgevaardigde voor de gerechten waar dit mogelijk is<sup>186</sup>) bij de inleiding van de eis. Dit laatste is natuurlijk ook het geval wanneer zij niet behoorlijk is opgeroepen of de oproeping door omstandigheden buiten haar wil niet tijdig heeft ontvangen.

Ten slotte kan hier nog opgemerkt worden dat het recht op verzet verwerkt wordt door niet te verschijnen of te besluiten wanneer de zaak geldig is vastgesteld op grond van art. 751 ger.W., alsook door (een tweede maal) verstek te laten gaan in een rechtspleging op verzet.

### **1.2.2.2. Onredelijkheid bij het opwerpen van processuele excepties en middelen van ontoelaatbaarheid.**

"La forme, sœur jumelle de la liberté ou  
cousine germaine de la mauvaise foi ?"

(naar de parafrase op R. von Ihering  
door premier président Aydalot,  
*Magistrat*, Lafont Paris 1976, 183)

(47.) Ook wanneer het niet onredelijk is dat een verweer niet reeds voor de dagvaarding of inleiding werd opgeworpen, kan het nog onredelijk zijn het niet onmiddellijk in het geding op te werpen. Hiermee raken we aan de vraag van de *vaste vs. arbitraire volgorde der verweermiddelen* (Präklusivprinzip of Prinzip der gesetzlichen Reihenfolge vs. arbiträre Reihenfolge) naargelang bepaalde verweermiddelen al dan niet voor de andere moeten worden voorgedragen<sup>187</sup> - op straffe van verwerking (het engelse 'preclusion' is immers synoniem met 'estoppel' of verwerking).

---

<sup>185</sup> Vgl. J.E. KRINGS, "Le défaut et l'opposition", *Rapports belges au XIe Congrès de l'Académie internationale de droit comparé Caracas 1982*, Kluwer Antwerpen/ Bruylant Brussel 1985, II, (21) 35 die stelt dat de rechter na ongerechtvaardigd verstek de verzetdoende partij tot schadevergoeding moet kunnen veroordelen.

<sup>186</sup> Zoals R. de CORTE & J. LAENENS, *TPR* 1980, (447) 495 het stellen, moeten, waar de verschijning voor de rechter vereenvoudigd werd, daar ook de nodige konklusies uit worden gehaald.

<sup>187</sup> Zie hierover R.W. MILLAR, "The formative principles of civil procedure", 18. *Illinois law review* 1923, (1 v.) § 5.

We bespreken hier niet de inhoudelijke volgorde van de verweermiddelen aangaande de zaak zelf, gezien die vraag veeleer tot het bewijsrecht behoort (zie deel II, m.b. bij de bespreking van de aanvoeringslast). Wel dient de vraag gesteld te worden voor de onderlinge volgorde van excepties van nietigheid, middelen van ontoelaatbaarheid en verweermiddelen aangaande de zaak zelf.

De vraag naar de concentratie van verweermiddelen, nl. het gespreid dan wel tegelijk voordragen, wordt verder besproken (randnr. 70 v.), omdat zij de procesgang meer algemeen betreft.

Hier wordt wel de vraag naar het vereiste belang voor het opwerpen van nietigheden en middelen van ontoelaatbaarheid besproken.

(48.) Voor de *excepties van nietigheid* is de vraag grotendeels geregeld in de artt. 860 v. ger.W., althans wat betreft de nietigheden wegens vormgebrek. Belangrijk voor ons onderwerp zijn twee regels, die gelden behoudens voor de nietigheden van openbare orde (die in art. 862 ger. W. opgesomd worden).

Ten eerste moet de exceptie van nietigheid opgeworpen worden, en wél voor enig ander middel (dus w.b. nietigheid van de dagvaarding of eis in limine litis)(art. 864, 2 ger.W.).

Ten tweede kan de nietigheid maar uitgesproken worden indien het aangeklaagde verzuim of de aangeklaagde onregelmatigheid de belangen schaadt van de excipiendus (art. 861 ger.W.). Dit betekent dat de excipiendus concrete redenen moet opgeven waarom zijn belangen door het verzuim geschaad zijn (dat hij bij de nietigheid zelf, d.i. bij de sanktie, belang heeft zal meestal wel geen probleem zijn). In bepaalde typische gevallen moet de belangenschade overigens in beginsel ontkend worden : wanneer enkel de vermelding van de vorm verzuimd is (art. 867 ger.W.), wanneer een onjuiste vermelding wel degelijk werd begrepen<sup>188</sup> ("*falsa demonstratio non nocet*"). Zo ook heeft de dagvaarding zijn doel bereikt, indien de verweerder verschijnt<sup>189</sup>, en is er dus geen plaats meer voor nietigheid, maar hoogstens voor opschorting, regularisatie, of dergelijke, althans indien de verweerder daar tijdig om vraagt<sup>190</sup>. Deze stelling zal bekrachtigd worden door

---

<sup>188</sup> Vgl. Th. B. ten KATE, in *Een goede procesorde*, (71) 73-74.

<sup>189</sup> R. de CORTE, *Actori incumbit probatio*, (45) 51-52.

<sup>190</sup> Ter vergelijking een materieelrechtelijk voorbeeld : een enige tijd te vroeg aangevraagde vernieuwing van een handelshuur is geldig indien de wederpartij na ontvangst het

art. 31 wetsontwerp hervorming ger.W. door een wijziging van art. 867 ger.W., waardoor geen nietigheid meer zal kunnen worden uitgesproken indien de handeling het door de wet bedoelde oogmerk heeft bereikt. Ook kan de nietigheid niet opgeworpen worden door de wederpartij die zelf mee het verzuim heeft veroorzaakt of uitgelokt, of althans de regularisatie ervan heeft verhinderd<sup>191</sup>.

**(49.)** De nietigheden die de grond van de processuele rechtshandelingen (i.t.t. hun vorm) betreffen worden door het gerechtelijk wetboek niet geregeld, en worden dan ook beoordeeld volgens de gemeenrechtelijke regels. M.i. geldt ook hiervoor de regel van art. 864, 2 ger.W. (de franse tekst spreekt van "toutes autres nullités") en wordt dergelijke nietigheid 'gedekt' en het beroep erop verwerkt door een daarmee onverzoenbare gedraging, zoals wanneer na het ontdekken van de nietigheidsgrond deze niet voor enig ander middel wordt opgeworpen<sup>192</sup>.

**(50.)** Voor de *toelatingsopschortende excepties* is de vraag van het onredelijk gebruik gedeeltelijk geregeld in het ger.W.

De regeling is zeer behoorlijk wat de exceptie van *onbevoegdheid* betreft. Gezien het onderwerp van dit verslag, bespreken we enkel de territoriale bevoegdheid (die immers niet van openbare orde is), en niet de volstreckte bevoegdheid, noch de prejudiciële procedures, die ook opschortend werken. Tegen de vele misbruiken is de wetgever opgetreden door de excipiendus te verplichten de exceptie van onbevoegdheid in limine litis op te werpen, zelfs voor de andere excepties (art. 854 ger.W.) en mét aanwijzing van de bevoegde rechter (art. 855 ger.W.). Blijft de vraag of de excipiendus belang moet hebben bij de verwijzing (het belang bij de verzuimde bevoegdheid en het belang bij de verwijzing vallen in deze vraag samen, anders dan bij de vraag der nietigheid). O.i. wel<sup>193</sup>, al kan dit belang gerust vermoed worden. Ook wordt de exceptie van onbevoegdheid verwerkt door de verweerder die de eiser er zelf eerst toe gebracht heeft op de bevoegdheid van de rechter, waarvoor gedagvaard werd, te vertrouwen (b.v. de verweerder die eerst beweert dat de waarde van de zaak 50.000 BF overtreft, en nadat hij voor de Rechtbank van eerste aanleg wordt gedagvaard, verwijzing naar de Vrederechter vordert).

---

stilzwijgen bewaart tot op de dag dat geen hernieuwing meer kan gevraagd worden (Vred. Merkssem 17 maart 1983, R.W. 1983-84, 44 noot C. de MEYER).

<sup>191</sup> Vgl. G. BAUMGÄRTEL, 69. ZJP 1956, (89) 111. Zie uitdrukkelijk art. 160 grieks ZPO.

<sup>192</sup> Art. 118 franse CPC luidt licht anders, daar het bepaalt dat de nietigheden betreffende de grond van proceshandelingen weliswaar in elke stand kunnen worden opgeworpen, maar dat i.g.v. verdragingsmaneuver (intention dilatoire) schadevergoeding verschuldigd is. Zie P. TAELEMAN, TPR 1988, nr. 21.

<sup>193</sup> Vgl. hierover BAUMGÄRTEL, 69. ZJP 1956, 118 v.

De *wraking* moet voorgedragen worden voor de aanvang van de pleidooien (art. 833 ger.W.), tenzij de redenen eerst later zijn ontstaan.

(51.) Voor de (andere) opschortende excepties impliceert art. 863, 1° ger.W. dat geen belang vereist is, al staat die regel daar totaal niet op zijn plaats, gezien het niet om nietigheden gaat. De regel is begrijpelijk doordat de wet de exceptie maar toekent in gevallen waarin de verweerder typisch belang heeft. Uitdrukkelijk vermeld zijn de termijnen van boedelbeschrijving, beraad en oproeping in vrijwaring, doch hetzelfde geldt voor de exceptie van borgstelling. Ook hier geldt echter dat de exceptie voor alle verweer moet worden opgeworpen (art. 868 ger.W.) en niet meer kan worden opgeworpen, zelfs indien dit voor enig ander middel gebeurt, indien de termijn in werkelijkheid reeds is gegeven of de zekerheid in werkelijkheid reeds voorhanden is. Bovendien wordt het niet vereist zijn van een concreet belang gekompenseerd door de verplichting tot schadevergoeding indien men van de gevraagde termijn niet het aangezegde gebruik heeft gemaakt (art. 858 ger.W. voor de oproeping in vrijwaring, doch veralgemeenbaar). Overigens wil art. 30 van het wetsontwerp hervorming ger.W. art. 863 ger.W. afschaffen, zodat na goedkeuring daarvan ook hier de vraag naar belangenschade zal rijzen.

(52.) Naast de wettelijke zijn er ook *konventionele opschortende excepties* mogelijk. Hieronder zouden wij de bedingen willen brengen die bepaalde pleegvormen opleggen vooraleer naar de rechter te gaan, pleegvormen die evenwel niet tot een voor executie vatbare uitspraak kunnen leiden : verplichte buitengerechtelijke verzoeningspoging, bindende derdenbeslissing, e.d.m. (zie hoger randnr. 24). Ook hiervoor geldt o.i. dat zij voor enig verweer met name moeten opgeworpen worden (analogie met de artt. 854, 868 en 1679, 1 ger.W.), ja veelal zelfs vooraleer de eis is ingesteld. O.i. kunnen zij wel terzijde gesteld worden bij gebrek aan belang, b.v. wanneer de partij die de exceptie van verzoeningsoproeping opwerpt geen concrete voorstellen doet. En zo ook is de excipiendus schadeplichtig indien hij de gevraagde procedure afwendt van haar doel, er alle medewerking aan weigert, e.d.m.

(53.) De *verhinderende excepties van ontoelaatbaarheid* zijn zeer gebrekkig geregeld in het ger.W. De verschillende vragen moeten voor de belangrijkste categorieën afzonderlijk gesteld worden. De ontoelaatbaarheid die het gevolg is van de *verwerking van het recht om een proceshandeling te verrichten wegens overschrijding* van een verwerkingstermijn, wordt evenwel onder randnr. 61 e. v. behandeld, omdat zij zowel de eiser als de verweerder kan treffen. De exceptie van verjaring wordt in

dit deel niet besproken, omdat zij o.i. een verweermiddel aangaande de zaak zelf vormt (dat ze zwakke werking heeft is geen argument daartegen: zij treft nog altijd een welbepaald aspekt van het subjektief recht in kwestie, niet het abstrakte *ius agendi*)<sup>194</sup>.

De *afwijzing van rechtsmacht* (d.i. wanneer geen verwijzing naar de bevoegde rechter mogelijk is zoals bepaald door art. 660 v. ger.W.) is weliswaar geen exceptie van onbevoegdheid, omdat ze niet opschortend, maar verhinderend werkt, maar wordt door gelijkaardige regels beheerst : indien de verweerder verschijnt moet de afwijzing "in de eerste besluiten" geschieden (zegt art. 636 ger.W. voor internationale geschillen), "voor alle exceptie of verweer" (zegt art. 1679, 1 ger.W. voor arbitrage), "uitsluitend" geschieden (zegt art. 18 E.EX.).

Het vraagstuk van misbruik van internationale bevoegdheid werd hoger reeds aangeraakt.

(54.) Wat de andere middelen van ontoelaatbaarheid van de eis betreft (geen belang, geen hoedanigheid, e.d.m.) rijzen nogmaals dezelfde vragen.

Wanneer moet het middel opgeworpen worden ? Men kan niet als algemene regel stellen dat zij in *limine litis* moeten worden opgeworpen, gezien de toelaatbaarheid niet uitsluitend op het ogenblik van de inleiding moet worden beoordeeld<sup>195</sup>. Doch daaruit kan men niet afleiden - zoals sommigen doen - dat het middel stééds in elke stand van het geding zou kunnen worden opgeworpen. O.i. geldt dit enkel voor de exceptie van gewijsde, zoals bepaald in art. 27 ger.W., en kunnen de andere excepties van ontoelaatbaarheid verwerkt worden door een daarmee onverzoenbare gedraging, zoals wanneer zij na het ontdekken ervan niet voor het verweer aangaande de zaak zelf worden opgeworpen<sup>196</sup> : het is immers tegenstrijdig om

---

<sup>194</sup> Voor een mogelijke nuancering wat de dertigjarige verjaring betreft, zie hoger randnr. 30.

<sup>195</sup> R. de CORTE, *TPR* 1980, (1) 23-24 nr. 47-48; A. FETTWEIS & A. KOHL, "L'exception dilatoire tirée de l'omission de l'appel en conciliation en matière de bail à ferme", noot onder Rb. Hoei 2 oktober 1974, *J.T.* 1975, 365 v. ; zie b.v. R.v.St. 6 april 1982, nr. 22.183 iz. Rys, *R.W.* 1982-83 n. W. LAMBRECHTS (wegvallen van het belang). Anders Cass. 4 januari 1968, Haid t. Eylenbosch, *Arr.*, 599, verwerping.

<sup>196</sup> Dit volgt b.v. uit Cass. 16 oktober 1974, Chartier t. Lambert e.a., *Arr.*, 228, verbreking, dat de afstand van een middel van ontoelaatbaarheid afleidt uit het voeren van verweer ten gronde zonder de ontoelaatbaarheid in *limine litis* te hebben opgeworpen (en dit afgezien van de vraag of de kwalifikatie van de vereiste van voorafgaande oproeping in verzoening als toelaatbaarheidsvereiste wel juist is). Minder verregaand, maar in casu ook tot de verwerking besluitend, Hof Brussel 31 januari 1980, Retira t. n.v. Hypotheek- en Financieringsmaatschappij van België, *Pas.* II, 52 (exceptie eerst in hoger beroep opgeworpen). Het volgt,



zonder voorbehoud een debat aangaande het bodemgeschil aan te gaan met iemand wiens recht op zulk debat men wenst te betwisten. Bovendien kan een middel van ontoelaatbaarheid dat berust op het verzuim door de eiser van een last die niet van openbare orde is, niet opgeworpen worden door de wederpartij die de eiser er feitelijk toe heeft gebracht om de last niet of niet tijdig na te leven, of zelf gelijkaardige lasten evenmin naleeft ("*venire contra factum proprium nulli conceditur*").

De tweede vraag is of belangenschade moet worden aangetoond. Natuurlijk heeft de excipiendus belang bij de ontoelaatbaarheid, doch het gaat erom of hij er belang bij heeft dat de wederpartij - in zoverre deze een eis instelt - daarbij de juiste hoedanigheid opneemt, de juiste soort eis (veroordelend, deklaratief, konstitutief) uitkiest, e.d.m. Ook hier moet uitgegaan worden van het normdoel, het doel van een toelaatbaarheidsvereiste. Veelal zal dit ertoe leiden dat bij vereisten die niet van openbare orde zijn regularisatie moet worden toegestaan, desgevallend mits schadevergoeding.

**(55.)** Zoals de nietigheden en de middelen van ontoelaatbaarheid moeten ook andere middelen geput uit de schending van het recht van verdediging tijdig worden opgeworpen. Zo kan men in hoger beroep niet klagen over schending van het recht van verdediging, nadat in eerste aanleg daarvoor geen voorbehoud werd verwoord zo zulks mogelijk was. Men kan in hoger beroep niet klagen over een verkorting van de termijn om te besluiten, wanneer men besluiten heeft genomen zonder voorbehoud<sup>197</sup>.

Gelijkaardige regels gelden ook voor de uit het recht van verdediging geputte verweermiddelen tegen een bewijsmiddel, andere dan de wettelijk voorgeschreven nietigheden (b.v. de zgn. niet-tegenwerpelijkheid), verweermiddelen die - zoals verderop zal blijken - meestal geen ontoelaatbaarheidsexcepties maar excepties aangaande de zaak zelf vormen, gezien zij de waardering van de bewijsmiddelen betreffen (en niet de toelaatbaarheid van het beroep op het bewijsmiddel). Zo kan men niet klagen over de eenzijdige aanstelling van een deskundige, wanneer men

---

minstens impliciet, ook uit de cassatierechtspraak inzake de concentratie van het verweer, onder randnr. 72 aangehaald.

Ter vergelijking : art. 123 franse CPC bepaalt dat de middelen van onontvankelijkheid weliswaar in elke stand kunnen worden opgeworpen, maar dat i.g.v. verdragingsmaneuver (intention dilatoire) schadevergoeding verschuldigd is (Zie P. TAELEMAN, *TPR* 1988, nr. 21).

Vgl. ook art. 185, 2 grieks ZPO.

<sup>197</sup> Hof Antwerpen 8 december 1980, V. t. H. en curatoren Arts en Bostoën, *R.W.* 1981-82, 2433 noot J. LAENENS.

zonder voorbehoud aan diens werkzaamheden heeft deelgenomen<sup>198</sup>. Zo kan men niet klagen over de valsheid van een akte, nadat men er zelf een beroep op heeft gedaan.

### 1.2.2.3. Ongegrond en onredelijk verweer

**(56. korte debatten)** Bij ongegrond verweer bestaat de onredelijkheid er veelal in dat men dit niet tijdig wil toegeven of inzien en de zaak probeert te rekken, soms zelfs in de hoop de eiser zo tot een toegeving te bewegen.

Een eerste vertrekpunt biedt art. 735 ger.W., dat bepaalt dat de zaken waarvoor slechts korte debatten nodig zijn op de inleidende zitting behandeld worden of verdaagd worden op bepaalde datum. Maar al te dikwijls proberen verweerders, soms ook eisers, gedingen op de lange baan te schuiven door te beweren dat korte debatten niet volstaan.

Ten onrechte gaat sommige rechtspraak en rechtsleer ervan uit dat een zaak slechts *korte debatten* vergt indien partijen het daarover eens zijn. De eiser c.q. verweerder heeft integendeel het recht zich te verzetten tegen een verzending naar de rol indien het verzoek daartoe onredelijk is, d.w.z. indien korte debatten kunnen volstaan, en de rechter kan dan uitstel weigeren<sup>199</sup>. Daartoe is wel vereist dat de eiser dit voornemen zo spoedig mogelijk (in beginsel in de dagvaarding) aan de verweerder mededeelt alsook aan de verweerder die zich meldt de stukken mededeelt<sup>200</sup>. Bovendien wordt zijn akkoord (door art. 729 ger.W.) volgens de gebruiken verondersteld indien hij niet voor de inleiding verzet bekend maakt wanneer de wederpartij om schriftelijke verschijning verzoekt.

Art.11 wetsontwerp hervorming ger.W. stelt in de gewijzigde versie van art. 735 ger.W. duidelijk dat de toestemming van de wederpartij niet vereist is, indien het vorderen van korte debatten door de eiser gemotiveerd geschiedt in de akte van rechtsingang c.q. door de verweerder bij de inleiding. Het voert de notie korte debatten verder ook in voor het hoger beroep (wijziging van art. 1066 ger.W. door

---

<sup>198</sup> Rb. Brugge 5 december 1988, Naeyaert t. Werbrouck & Vanoverberghe, A.R. nr. 47.919.

<sup>199</sup> Vgl. Verslag-De BAECK, *Parl. Stukken, Senaat 1964-65*, stuk 170, p.127; D. LINDEMANS, in *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, (77) 81 nr. 7; Vred. Grivegnée 11 april 1984, *J.L.*, 407; P. LEMMENS, "De voorlopige regeling van de toestand der partijen door de rechter ten gronde, na een behandeling ter inleidende zitting". *R.W.* 1984-85, 2011; A. FETTWEIS, *Manuel* nr. 273.

Contra, ten onrechte : ROUARD, *Traité* II-3 (1977), 64 nr. 47; Arbhof Antwerpen 21 juni 1982, *R.W.* 1983-84, 2563.

<sup>200</sup> Vgl. art. 6 Reglement Nationale Orde van advocaten 28 januari 1988.

art. 41 wetsontwerp).

Het is de partij die zich verzet die moet aantonen dat korte debatten niet volstaan. In zaken die normalerwijze uit hun aard slechts korte debatten vergen, moet hij aantonen dat in dit konkrete geval zijn recht van verdediging de verzending eist. Art. 11 wetsontwerp hervorming ger.W. (nieuw art. 735 § 2) bepaalt dit uitdrukkelijk voor eisen tot uitstel van betaling, tot een voorlopige of bewarende maatregel of een voorschot, tot een onderzoeksmaatregel of tot akkoordvonnis en voor de exceptie van onbevoegdheid. Een van de gevolgen daarvan is dat die partij verplicht is te besluiten (argument ex art. 741 ger.W.), gezien de rechter niet op de mondeling voorgedragen middelen dient te letten ("*quod non in actis non est in mundo*"), en al zal het tegen haar gevorderde vonnis vatbaar zijn voor verzet, tenzij de rechtspleging van art. 751 ger.W. werd gevolgd. Blijkt achteraf dat de verzending overbodig was, omdat de besluiten zuiver pro forma zijn en niets bevatten dat niet reeds in korte debatten kon worden betoogd, dan is de verweerder schadeplichtig jegens de partij die niet met de verzending heeft ingestemd (argument ex art. 858 ger.W.).

Tegen een *uitstel op korte termijn* mag de eiser zich volgens de deontologie der advocaten niet verzetten "in zoverre deze aanvraag werd gedaan in loyale omstandigheden en een nabije vaststelling kan worden bekomen" (art. 6 Reglement Nationale Orde van advocaten 28.1.1988, art. 219 Beroepscode), evenmin als tegen een kort uitstel indien dit vereist is om het de verweerder mogelijk te maken de stukken te onderzoeken (art. 6 Reglement Nationale Orde van advocaten 28.1.1988, art. 218 b Beroepscode).

Indien evenwel "de betwisting tussen partijen reeds jarenlang aansleepte, (verweerder) over alle stukken beschikte, en haar alle stukken waren medegedeeld, zodat zij met kennis van zaken op de inleidende zitting haar standpunt kon verdedigen", zijn haar rechten niet geschonden door de rechter die uitstel weigert, een onderzoeksmaatregel beveelt en de toestand van de partijen voorlopig regelt door eiser een provisie toe te kennen<sup>201</sup>.

Verweerder kan geen uitstel (tenzij heel kort) afdwingen wat betreft de bij inleiding gevraagde voorlopige maatregelen of onderzoeksmaatregelen, zelfs wanneer het bodemgeschil meer dan korte debatten vereist. De proceseconomie vereist dit,

---

<sup>201</sup> Rb. Antwerpen 24 mei 1984, n.v. B. t. p.v.b.a. D., R.W. 1984-85, 2010 n. P. LEMMENS.

omdat men zo een kort geding kan uitsparen (nl. via art. 19, 2 ger.W.). Voorlopige maatregelen kunnen immers maar toegekend worden indien door de duur van een (het) proces nadeel dreigt te ontstaan<sup>202</sup>.

Zelfs wanneer uit de aard van de zaak volgt dat de verweerder de kans moet krijgen om besluiten op te maken, kan hem nog een uitstel voor meer dan een korte termijn worden geweigerd, aangezien de eiser de rechter ook kan vragen de termijn om te besluiten in te korten (art. 748, 3 ger.W.)<sup>203</sup>.

**(57.)** Kennelijk ongegrond verweer moet op dezelfde wijze beoordeeld worden als kennelijk ongegronde eisen. Ik verwijs voor enkele bemerkings mutatis mutandis naar randnr. 27 supra, en voor verdere voorbeelden naar de literatuur<sup>204</sup>.

Kennelijk ongegrond is het verweer waarbij men een exceptie opwerpt die kennelijk slechts in verhouding tot anderen geldt, en zo werd geoordeeld betreffende de verzekeraar W.A.M. die het slachtoffer alleen excepties tegenwierp uit zijn verhouding met de verzekeringnemer<sup>205</sup>. Kennelijk ongegrond is het verweer dat er enkel in bestaan een vormgebrek van het bewijsmiddel van de eiser op te werpen - in casu een onderhandse akte houdende éézijdige verbintenis - zonder de verbintenis zelf te betwisten<sup>206</sup>.

Roekeloos is het verweer van een handelaar dat hij in feite voor rekening van een derde handel dreef, wanneer dit in strijd is met de vermeldingen in het handelsregister en de verweerder ook overigens niets daartoe inbrengt<sup>207</sup>. Roekeloos en tergend is het ook te weigeren mee te werken aan een minnelijke procedure waarbij men niets te verliezen heeft, zodat een ander verplicht is om ze gerechtelijk te voeren<sup>208</sup>. Het is overigens niet onwaarschijnlijk dat zulks geschiedt om de

---

<sup>202</sup> Zie voor dit punt P. LEMMENS, genoemde noot, *R.W.* 1984-85, 2014.

<sup>203</sup> Deze bepaling werd door Hof Luik 28 juni 1984, nv S. t. nv T., *J.L.* 1984, 547, ingeroepen om de weigering van een provisionele maatregel te rechtvaardigen. Zie verder over deze bepaling J. LAENENS, "Verkorting van de termijn om te concluderen", noot onder Hof Antwerpen 8 december 1980, *R.W.* 1981-82, 2434.

<sup>204</sup> Zie de hoger aangehaalde literatuur, en o.m. P. TAELEMAN, *TPR* 1988, (89) nr. 10. Zie nog b.v. Cass. 133 april 1967, Wijnants t. belg. Staat (Fin., Dienst van het Sekwester), *Arr.*, 981, verbreking (roekeloos verzet tegen een bevel tot betaling).

<sup>205</sup> Zie b.v. Cass. 30 januari 1970, n.v. Eurobel t. Rahoens, *Arr.*, 492, *Pas.* I, 458, verwerping van de voorziening tegen Rb. Brussel 6 september 1969, waarbij (ongespecificeerd) "schadevergoeding" werd toegekend.

<sup>206</sup> Rb. Brussel 24 februari 1976, n.v. Européenne de Courtage, Vanderborgh t. Stroobants, *Pas.* III, 61.

<sup>207</sup> Vred. Kortrijk 26 mei 1987, p.v.b.a. D. t. D., *R.W.* 1987-88, 542.

<sup>208</sup> Zie b.v. HR 17 februari 1927, *NJ* 391 noot P. SCHOLTEN (in casu weigering om mee te werken aan het royement van een hypotheek door een houder die niet batig is gerangschikt).

andere tot ongerechtvaardigde toegevingen te dwingen<sup>209</sup>.

---

<sup>209</sup> Vgl. GERBRANDY, *Advocatenblad* 1959, 367-368.

### 1.2.3. Onredelijkheid in de loop van de rechtspleging.

(58.) Nadat in 1.2.1.1. de vormen van onredelijkheid werden besproken die het meest met het instellen van de eis samenhangen, en in 1.2.2. die vormen die het meest met het verweer als dusdanig samenhangen, besproken we hier de omstandigheden die met de wijze van procederen samenhangen, ongeacht de positie als eiser of verweerder. Daarbij moet worden nagegaan op welke wijze elke procespartij met de gerechtvaardigde processuele belangen van de wederpartij rekening moet houden. Gerechtvaardigde processuele belangen zijn daarbij m.b. het belang bij een tegensprekelijke, behoorlijk snelle, niet nodeloos ingewikkelde rechtsgang zonder nodeloze kosten. Het rekening houden met deze belangen kan uitgedrukt worden in een aantal "lasten" en plichten, zoals mededelingslasten, verwittigingsplichten, versnellingslasten, vereenvoudigingsplichten, kostenbeperkingsplichten of -lasten.

De wijze van procederen kan ook bewijsrechtelijke gevolgen hebben. Dit zal b.v. het geval zijn wanneer men een onderzoeksmaatregel verwerkt en tegelijk niet over andere bewijzen beschikt. Hoewel nu de verwerking van een bewijsmaatregel veelal het verlies van een geding wegens gebrek aan bewijs meebrengt, moet men toch een onderscheid maken tussen het eigenlijke bewijsrecht - dat nauw met het materieel recht samenhangt -, dat in het tweede deel besproken wordt, en het processuele recht op bewijsmaatregelen, dat in dit eerste deel aan bod komt, en dat een aspect vormt van het recht om te vorderen en zich te verdedigen<sup>210</sup>. Zo is een stuk uit de debatten weren een processuele sanktie, die moet onderscheiden worden van het gebrek aan bewijswaarde van een stuk. De processuele sankties hangen meer bepaald samen met het recht van verdediging en de vereiste "Waffengleichheit" en het beginsel van tegenspraak. Zonder te willen vooruitlopen op de betekenis van het bewijs voor de beoordeling van de zaak zelf (de materieelrechtelijke verhouding, het bodemgeschil), kan hier dus wel gewezen worden op een zekere autonomie van de rechtspleging aangaande het bewijs : het behoorlijk en fair verloop van de bewijsvoering heeft in ons recht een zelfstandige betekenis tegenover de belangenafweging van het bewijs- en materieel recht. De rechtspleging aangaande het bewijs dient in beginsel te worden beoordeeld aan de hand van het recht om te vorderen en zich te verdedigen en de daarmee verbonden lasten. We hebben het hier dus niet over de mogelijke diskrepantie tussen de "juridische" en de "historische" waarheid - die

---

<sup>210</sup> Zie daarvoor M. TARUFFO, "Le droit à la preuve", *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung, Diskussionsberichte zum VII. internationalen Kongreß für Prozeßrecht, Würzburg 1983*, Giesecking, Bielefeld, (41) 43 v.

volgt uit de toepassing van de bewijsregels zelf -, maar over de "belemmering" van het vinden van de juridische waarheid door processuele regels.

Ook hier rijst uiteindelijk toch ook de vraag of de autonomie van het procesrecht in stand moet blijven wanneer zij tot ernstig onredelijke gevolgen leidt : op een bepaald ogenblik moet de zelfstandige waarde van een goede procesorde misschien toch wijken. Deze vraag wordt dan ook verder besproken in deel II (b.v. naar aanleiding van het probleem van de ongeoorloofd verkregen bewijsmiddelen).

### **1.2.3.1. De mededelingslast die volgt uit het beginsel van tegenspraak en de wijze van meedelen.**

**(59. algemeenheid van de mededelingslast)** De eerste last, die voortvloeit uit het beginsel van de tegenspraak ("audiatur et altera pars"), is de last om alles wat aan de rechter wordt voorgelegd ook aan de tegenpartij mee te delen. Vooraleer de vraag te behandelen wannéér dit dient te geschieden, is het goed nog even te wijzen op de omvang van de mededelingslast en de wijze van meedelen.

Het is blijkbaar niet overbodig de algemeenheid van de mededelingslast nogmaals te benadrukken. Indien de Orden van advocaten het noodzakelijk achten de desbetreffende reglementen nog regelmatig te verstrengen, betekent het dat sommigen het daarmee nog steeds niet altijd even nauw nemen.

Zo moeten niet alleen de stukken medegedeeld worden, maar ook alle zittingsnota's en aantekeningen in het zittingsdossier (art. 233, 2 Beroepscode).

Zo moeten niet alleen de stukken die aan de rechter voorgelegd worden medege-deeld worden, maar ook alle stukken die aan een deskundige worden overhandigd, zowel bij een gerechtelijk als bij een minnelijk (tegensprekelijk) deskundi-genonderzoek, zelfs bij een geneeskundig onderzoek (Beroepscode art. 145 en 190, resolutie Orde van advocaten Brussel 3 maart 1986).

Wat het laatste betreft, komt de sanctie verderop ter sprake (in 1.2.3.5. en in deel II). Voor de aan de rechter voorgelegde stukken is de sanctie éénvoudig en voorge-schreven in art. 740 ger.W. : "Alle memorie's, nota's of stukken die niet zijn over-gelegd voor de sluiting van de debatten, worden buiten het beraad gehouden". Eenvoudig toepasbaar is de sanctie evenwel uitsluitend voor stukken welke de rechter eerst na de sluiting van de debatten zou ontvangen (b.v. per brief). Nazicht of alle voor of op de zitting aan de rechter voorgelegde stukken en nota's ook reeds aan de wederpartij overgelegd zijn geworden, is veelal te omslachtig om doenbaar

te zijn. Raadsheer van Gelder verhaalt de gewoonte van een Vrederechter om de stukken uit de zittingsdossiers "per vergissing" aan de verkeerde partij terug te sturen, maar durft ze niet aanbevelen<sup>211</sup>. In geval van twijfel kan hij natuurlijk ook de raadsliden terugroepen. Ten slotte blijft er voor die - gelukkig zeldzame - gevallen waarin eerst na de beslissing aan het licht is gekomen dat een partij beslissende stukken niet overgelegd heeft aan de wederpartij, nog de mogelijkheid tot herroeping van gewijsde, of men dit nu op art. 1133, 2° ger.W. ("achterhouden van stukken") wil gronden, dan wel op art. 1133, 1° ger.W. (bedrog).

**(60. wijze van mededeling)** Art. 737 ger.W. bepaalt twee wijzen van mededeling van stukken : rechtstreeks, dan wel ter inzage neerleggen ter griffie. Volgens art. 740 ger.W., zoals het zou gewijzigd worden door art. 12 wetsontwerp wijziging gerechtelijk wetboek, zal tegelijk minstens een inventaris aan de tegenpartij moeten worden gezonden. Overlegging van het stuk zelf is natuurlijk overbodig indien de tegenpartij het reeds bezit. Uitsluitend neerleggen ter griffie wordt evenwel tussen advocaten terecht als een deontologische fout beschouwd (art. 225 Beroepscode, resolutie Orde van advocaten Brussel 14 april 1986), doch het is m.i. meer algemeen een tekortkoming aan de eisen die de goede trouw aan procespartijen stelt, tenzij de tegenpartij zo onbetrouwbaar is dat men niet bereid is de stukken uit te lenen én het dossier zo dik dat hij geen kopie mag verwachten zonder vergoeding. Alhoewel, wat het laatste betreft, moeten de kopieerkosten niet ten laste blijven van de partij die ze veroorzaakt door een dergelijk omvangrijk dossier samen te stellen ?

### **1.2.3.2. Niet-naleving van wettelijke of redelijke termijnen voor het stellen van proceshandelingen.**

« vigilantibus, non dormientibus, ius scriptum est »

**(61. wettelijke verwerkingstermijnen)** In randnr. 15 bespraken we reeds de sanktie van de processuele maximumtermijnen die niet "op straffe van verval" zijn voorgeschreven, en die wij *verwerkingstermijnen* noemen. Wij kozen voor de stelling dat deze termijnen wel degelijk toelaatbaarheidsvereisten vormen voor de proceshandelingen waarvoor ze zijn voorgeschreven, en de niet-naleving dus moet kunnen gesanktionerd worden met ontoelaatbaarheid van een buiten die termijn

---

<sup>211</sup> A. van GELDER, in *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, (15) 32, nr. 61.



gestelde handeling. Het feit dat deze termijnen niet op straffe van verval zijn voorgeschreven verhindert deze ontoelaatbaarheid niet, gezien "verval" in het ger.W. dient te worden begrepen als een ambtshalve door de rechter op te werpen sanktie voor ontoelaatbaarheden van openbare orde. De verwerking (forclusion) daarentegen houdt slechts een 'relatieve', d.i. door de partijen op te werpen, ontoelaatbaarheid, in, waarvan deze ook afstand kunnen doen, en die door de getroffen partij kan vermeden worden door tijdig verlenging te vragen overeenkomstig art. 51 ger.W.

We hebben ook reeds gesteld dat uit het 'relatief' karakter van deze ontoelaatbaarheid, van deze verwerking, volgt dat zij enkel in overeenstemming met de eisen van de goede trouw kan worden opgeworpen. Daarvoor verwoordden wij hoger reeds de belangrijkste vereisten. Wij herhalen ze kort.

a) De verwerking moet tijdig opgeworpen worden. Dit wil zeggen dat zo een partij toch een proceshandeling stelt na het verstrijken van de daartoe bepaalde verwerkingstermijn, de verwerking in ieder geval moet opgeworpen worden voordat men zelf enige andere proceshandeling stelt : het zou met een latere opwerping onverzoebaar zijn om na kennisname de rechtspleging zonder opwerping verder te zetten<sup>212</sup>. Ik ben zelfs geneigd te stellen dat de verwerking ten spoedigste moet worden opgeworpen na kennisname van de termijnoverschrijdende handeling. Men kan hiervoor de vergelijking maken met het faktuurprotest.

b) De partij die de verwerking opwerpt mag de wederpartij er niet toe gebracht hebben om de termijn te overschrijden. Vanzelfsprekend kan zij de verwerking niet opwerpen zo zij heeft ingestemd met een langere termijn. Zij kan dit evenmin zo zij de overschrijding uitgelokt heeft. Zij kan dit ook niet zo de overschrijding het gevolg is van onderhandelingen tussen partijen. Men kan hier de vergelijking maken met de "morele onmogelijkheid" welke de verjaring schorst ("contra non valentem agere non currit praescriptio").

c) Men kan nog een stap verder gaan en stellen dat de verwerking niet kan opgeworpen worden door de partij die zelf eerder een gelijkaardige termijn heeft overschreden, of dit later in de rechtspleging doet. Aan de wederpartij moet minstens de

---

<sup>212</sup> Vgl. Arbhof Gent 19 januari 1984, verz.mij. t. Brouillard en De Ridder, *de Verz.*, 339 (een laattijdig aangevraagd tegenverhoor werd door de tegenpartij bijgewoond "onder voorbehoud" (zonder meer), en zonder dat in eerste aanleg verder verzet werd geformuleerd (eerst in hoger beroep werd nietigheid gevorderd).

termijn gegund worden die men zelf nodig heeft gehad.

d) Is voor het opwerpen van de verwerking vereist dat men de wederpartij vooraf aangemaand heeft om de termijn na te leven<sup>213</sup> ? Men zou dit kunnen stellen voor sommige van die termijnen die vooruit gerekend worden (d.i. na een bepaalde datum), niet voor diegene die achteruit gerekend worden (bv. ten laatste 15 dagen voor de zitting). M.i. kan men het ook alleen stellen voor termijnen die door de partijen in der minne kunnen verlengd worden. Voor meerdere van die termijnen is het nu éénmaal inderdaad zo dat zij dikwijls overschreden worden zonder dat de wederpartij daarop de verwerking inroept, en dit is soms zelfs een dusdanig gebruik - bv. bij besluiten - dat men redelijkerwijze mag verwachten van een wederpartij die de verwerking wil opwerpen, dat zij vooraf op eerbiediging van de termijn heeft aangedrongen. Enige vormvereiste mag men aan die aanmaning evenwel niet stellen. M.i. kan hierin overigens geen afzonderlijk vereiste gezien worden, maar dient dit samen met het vereiste belang te worden begrepen : wanneer men ervan uitgaat dat de verwerking maar kan worden ingeroepen indien de wederpartij daardoor vertraagd wordt in zijn procesbenaarstiging, dan impliceert dit dat die wederpartij als meest gereede partij het proces benaarstigt door bv. vatstelling te vragen, wat ipso facto een aanmaning inhoudt.

e) Een laatste - de belangrijkste - vraag betreft dan ook het vereiste belang van de wederpartij die de verwerking opwerpt bij de naleving van de termijn, en de beschermenswaardigheid van dat belang. J. Englebert argumenteert vanuit art. 863, 1° ger.W. dat voor het opwerpen van de overschrijding van een maximumtermijn, zelfs wanneer die niet van openbare orde is (termijnen "op straffe van verval" voorgeschreven), nooit belangenschade moet worden aangetoond<sup>214</sup>, omdat die wettelijk vermoed wordt. worden. Hoewel art. 863, 1° algemeen spreekt van "andere termijnen dan die welke op straffe van verval of nietigheid zijn voorgeschreven", geeft het als voorbeelden enkel de termijnen van boedelbeschrijving en beraad. Dit zijn echter minimum- of wachttermijnen, die niet met verwerking kunnen gesanktionéerd worden, maar met opschorting van de rechtsgang, waarop

---

<sup>213</sup> In die zin Cass. fr., besproken *R.T.D.Civ.* 1982, 466 en door R. PERROT, *R.T.D.Civ.* 1986, 183 en *R.T.D.Civ.* 1987, 145.

<sup>214</sup> J. ENGLEBERT, *T.B.B.R.* 1989, (181) 192, nr. 34. Vgl. A. FETTWEIS, *Manuel* nr. 487; G. CLOSSET-MARCHAL, "Le rôle du juge en matière d'enquête et d'expertise", *La preuve*, Colloque 12-13 maart 1987, Faculté de droit U.C.L., 5 nr. 8; b.v. Hof Luik 10 maart 1983, *J.L.*, 276 noot G. de LEVAL; impliciet Rb. Charleroi 11 mei 1987, *J.L.M.B.* 1988, 362; Hof Luik 27 juni 1988, *J.L.M.B.* 1989, 250. Veeleer anders (in onze zin) Arbhof Gent 19 januari 1984, verz.mij. t. Brouillard en De Ridder, *de Verz.*, 339.

men als het ware recht heeft en waarvoor dus geen nader belang moet worden aangetoond door de partij die de termijn opwerpt. Het misbruik ervan kan met schadevergoeding gestraft worden (art. 868 ger.W.). Dezelfde redenering gaat echter niet op voor de maximumtermijnen. Deze worden niet opgeworpen door de partij die uitstel wil bekomen, maar door diegene die uitstel wil vermijden. Hier is het normdoel van de verwerking precies te beletten dat er schade ontstaat. Kan die niet ontstaan, dan is de verwerking niet gerechtvaardigd. Art. 29 wetsontwerp hervorming ger.W. wil art. 863 overigens gewoon afschaffen. Ik kan er dan ook wel mee instemmen dat de belangenschade wettelijk vermoed wordt, doch niet dat dat vermoeden onweerlegbaar zou zijn. De partij die een termijn overschreden heeft behoudt het recht om aan te tonen dat de wederpartij door de overschrijding geen schade zou lijden. Zelfs voor de Raad van State wordt geoordeeld dat een laattijdige memorie niet uit de debatten geweerd wordt als de wederpartij niet aantoonst dat een goede en vlugge rechtsbedeling in het gedrang wordt gebracht<sup>215</sup>.

Belangenschade wordt slechts dan irrelevant, wanneer het verzuim dusdanig is dat die partij daardoor bij de wederpartij het rechtmatig vertrouwen heeft gewekt om een bepaalde proceshandeling niet meer te zullen stellen<sup>216</sup> : in dat geval moet hij behandeld worden zoals iemand die afstand heeft gedaan van het recht om die handeling nog te stellen.

Hoe het genoemde vereiste van belang anderzijds kan worden uitgewerkt, wordt bij verschillende termijnen afzonderlijk aangegeven<sup>217</sup>.

f) Is de maximumtermijn niet op straffe van verval voorgeschreven, dan kan de belaste partij de rechter verlenging vragen zolang de termijn niet verstreken is (art. 51 ger.W.) (in de rechtspleging voor de Raad van State kan eveneens verlenging gevraagd worden zolang de termijn niet verstreken is, hoewel alle termijnen daar op straffe van verval zijn voorgeschreven - artt. 9 en 14, 3 procedurereg. R.v.St.). Verkrijgt hij die zonder reden, dan kan dit misbruik in beginsel niet meer bestraft worden met verwerking, maar wel, zoals bepaald in art. 858 ger.W., met schadvergoeding.

Deze mogelijkheid de verwerking op te werpen, indien dit in overeenstemming is

---

<sup>215</sup>R.v.St. 24 juni 1986, nr. 26.712 iz. De Cree; R.v.St. 29 juni 1987, nr. 28.262 iz. Vanheuverzwijn; R.v.St. 10 september 1987, nr. 28.439 iz. Landuyt cs.

<sup>216</sup> Vgl. daarvoor reeds M. STORME, "Pleidooi voor een procesnoodrecht", *TPR* 1980, (504) 510 nr.13, verderop aangehaald.

<sup>217</sup> Belangenschade wordt ook vereist door de rechtspraak van het franse Hof van cassatie. Zie de verwijzingen bij R. PERROT, *R.T.D.Civ.* 1987, 145-146.

met de goede trouw, belet niet dat de wederpartij in plaats daarvan schadevergoeding kan vorderen, mits zij evenwel haar schade aantoonst. Overigens gelden voor die eis *grosso modo* dezelfde vereisten als daarnet besproken voor het opwerpen van verwerking.

Omwille van deze eisen van de goede trouw, waarvan de uitwerking van termijn tot termijn kan verschillen, is het nuttig enkele termijnen afzonderlijk te bespreken. Een bijzondere plaats wordt daarbij ingenomen door de termijn om de eerste besluiten te nemen. De sanktionering daarvan moet nl. rekening houden met de regel dat behalve bij behandeling in korte debatten, de eis of het verweer in de vorm van schriftelijke besluiten moet geschieden om als betwisting te gelden - dit is althans de heersende opvatting<sup>218</sup> -, zodat de rechter op een louter mondelinge betwisting, ook wanneer een partij steeds verschijnt, niet dient te letten, maar zich in tegendeel dient te gedragen zoals bij verstek. Een mogelijke ontoelaatbaarheid van laattijdige besluiten treft de eis of het verweer dus in zijn geheel, anders dan een ontoelaatbaarheid van andere aan termijnen gebonden handelingen in de loop van het geding.

Of de aangegeven sanktie van verwerking ook mogelijk is wanneer er door de wet geen termijn wordt bepaald, komt eveneens hieronder ter sprake.

**(62. overlegging van stukken)** Een eerste wettelijk bepaalde termijn die nadere bespreking verdient is de termijn om stukken mee te delen : behoudens in de zaken die in korte debatten worden behandeld, dient de eiser zijn stukken in beginsel binnen acht dagen na de inleiding mee te delen, en de verweerder tegelijk met zijn besluiten (8 dagen, art. 736, 2 ger.W.). In bepaalde - meestal publiekrechtelijke - rechtsplegingen worden door bijzondere wetten andere termijnen bepaald, die veelal ook uitdrukkelijker worden gesanktionéerd (zie b.v. de termijn van 60 dagen bepaald door art. 282 WIB, zie ook art. 6 procedureregl. R.v.St.).

We bespreken hier niet de vraag van het achterhouden van nadelige stukken (zie verder), maar wel die van het laattijdig overleggen van stukken die men wel degelijk aan de rechter wil voorleggen.

---

<sup>218</sup> Zie b.v. uitdrukkelijk kh. Brussel 19 januari 1972, n.v. Titasco t. s.v. Safia, *B.R.H.*, 287; Cass., 5 juni 1985, Gerits, *Arr.* nr. 604; R. de CORTE & J. LAENENS, *TPR* 1980, (447) 465 nr. 38; D. LINDEMANS, in *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, (77) 84 nr. 16. Zie evenwel in andere zin J.P. DECHAMPS, "Eloge de la simplicité, ou «De l'application régulière des articles 751, 752 et 753 du Code judiciaire, aux divers degrés des juridictions du fond»", *Ann. Lg.* 1984, (229) 235.

De situatie waarin een partij in verzuim is überhaupt stukken mee te delen schept niet zo'n groot probleem. Is de eiser in verzuim, dan wordt de rechtspleging van rechtswege geschorst en lopen de termijnen niet tegen de wederpartij (zie art. 736, 1 en 748, 1 ger.W.)<sup>219</sup>. Meestal is dit een voldoende sanktie<sup>220</sup>, doch niet altijd. Niets belet de verweerder evenwel om besluiten te nemen en de rechtspleging verder te zetten, zodat het probleem verschoven wordt naar de vraag of de eiser later nog stukken kan inbrengen (zie hieronder). Ook wanneer de verweerder niet tegelijk met zijn besluiten stukken overlegt, belet niets de eiser om de rechtspleging verder te zetten.

Het probleem van de juiste sanktie rijst dus maar wanneer een partij eerst later - maar wel voor de sluiting van de debatten (art. 740 ger.W.) - stukken overlegt waarover zij reeds eerder beschikte of redelijkerwijze kon beschikken (het overleggen van nieuwe stukken kan haar natuurlijk niet verweten worden, gezien dit zelfs heropening debatten verantwoorden, art. 772 ger.W.). Een eerste gevolg daarvan is dat de wederpartij opnieuw over een termijn dient te beschikken om aanvullende besluiten te nemen, zonder dat dit haar kan verweten worden<sup>221</sup>. Doch is dit wel een voldoende sanktie ?

Art. 1261, 3° ger.W. bepaalt dat in zaken van echtscheiding op grond van bepaalde feiten de dossiers minstens 8 dagen voor de zitting die voor de pleidooien is vastgesteld, ter griffie worden neergelegd. Art. 12 van het wetsontwerp hervorming ger.W. wil, met een wijziging van art. 740 ger.W., dergelijke regel veralgemenen over alle rechtsplegingen behalve in korte debatten en voor de vrederechter, en uitdrukkelijk bepalen dat (niet nieuwe) stukken die niet minstens 8 dagen voor de pleitzitting worden neergelegd, uit de debatten geweerd worden. Een verbetering zou dit wel zijn, maar toch niet zo'n grote. Maakt het in rechtsplegingen met "lange debatten" veel uit of stukken die belangrijk genoeg zijn opdat de wederpartij de mogelijkheid moet krijgen om op de overlegging ervan te replikeren, op de zitting, dan wel acht dagen voorheen overgelegd worden ? M.i. niet. Indien het stuk niets toevoegt, is het niet erg wanneer het eerst op de zitting wordt medegedeeld, indien het daarentegen belangrijk is, volstaan acht dagen meestal niet om te replikeren,

---

<sup>219</sup> Zie b.v. Rb. Brugge 4 juni 1986, Kempeneers t. Boudart en n.v. agentschap Pallen, A.R. nr. 36.703.

<sup>220</sup> In die zin R. de CORTE, "Sancties tegen een onwillige procespartij, *TPR* 1971, (217) 232 nr. 17 (ook verschenen in *Ann. Lg.* 1972) .

<sup>221</sup> Vgl. G. de LEVAL, *Ann. Lg.* 1984, 55, in bespreking van Hof Luik 12 januari 1984 en Arbhof Luik 11 januari 1983.

althans in zaken die niet in korte debatten behandeld worden (en daarover gaat het juist in het ontwerp). Daarom moet ook v erder gedacht worden en nagegaan worden welke sankties dienen te worden toegepast aan de hand van de artt. 51, 736-740, 748 ger.W. en de regels der goede trouw. M.i. kan op grond van de combinatie van die regels elke partij die reeds besluiten heeft genomen, eisen dat stukken die de wederpartij nadien overlegt, hoewel ze die reeds eerder ter beschikking had en geen verlenging overeenkomstig art. 51 ger.W. heeft gevraagd, *uit het beraad worden geweerd* indien het gebruik ervan in strijd zou zijn met de processuele goede trouw, en met name indien het verweer waartoe die partij door het in het beraad houden van die stukken zou worden genoodzaakt, de rechtsgang ernstig zou vertragen. Dit laatste is meer bepaald het geval wanneer de zaak reeds werd vastgesteld en er tussen de mededeling van de stukken en de zitting onvoldoende tijd overblijft om behoorlijk op die stukken te replikeren. In dergelijke omstandigheden blijkt sommige rechtspraak de laattijdig overgelegde stukken dan ook effectief uit de debatten te weren<sup>222</sup>, sanktie die door een deel van de rechtsleer terecht wordt bijgetreden<sup>223</sup>. Deze omstandigheden zullen zich wel zelden voordoen wanneer een stuk eerst in hoger beroep, maar dan wel onmiddellijk, wordt overgelegd, al zal de partij die in hoger beroep wint op grond van dat stuk w el in de kosten van  en van beide instanties moeten worden veroordeeld.

De aangegeven regel geldt ook voor stukken die eerst na het verstrijken van de termijn voor mededeling ontdekt werden of ter beschikking waren, indien na dat ogenblik gedraald wordt met de overlegging ervan.

Het stuk moet ook uit de debatten worden geweerd indien de wederpartij voorheen het rechtmatig vertrouwen heeft gewekt dat het niet bestaat of dat hij het zal gebruiken (vertrouwensleer), en in die gevallen is geen nadere belangenschade vereist. Meestal gaat het hier evenwel om een materieelrechtelijke sanktie.

Wat de overlegging van pleitnota's e.d. betreft kan nog gewezen worden op de precisering van art. 738 ger.W. door de artt. 233, 1 en 3 Beroepscode.

**(63. wettelijke termijnen voor bewijsmaatregelen)** De in de vorige randnrs. uitgewerkte regeling van de niet op straffe van verval voorgeschreven maximumtermijnen (kort gezegd : verwerking mits belangenschade) past bijzonder wel op de

---

<sup>222</sup> B.v. Rb. Brugge 12 september 1988, Van der Poele t. Maes, Kerremans, A.R. nr. 45.119 (in strijd met de regels van loyale procesvoering; in casu had eiser eerst op 10.4.1987 gekonkludeerd (op 751), eerst op 17.3.1988 enige stukken neergelegd, en op de zitting van 28.3.1988 bijkomende stukken aangebracht, die ook reeds van 1986 dateerden).

<sup>223</sup> Zo b.v. R. de CORTE , TPR 1971, (217) 233 nr. 27. Vgl. P. Taelman, TPR 1988, (89) nr. 22.

termijnen die gesteld zijn voor de uitvoering van bewijsmaatregelen. Art. 875 ger.W. bepaalt immers dat, wanneer een bevolen onderzoeksmaatregel niet binnen de gestelde termijn is uitgevoerd, de meest gereede partij de zaak opnieuw ter zitting kan brengen om te doen beslissen naar recht<sup>224</sup>. Dit betekent dat een partij die een bewijsmaatregel verkregen heeft, het recht verwerkt<sup>225</sup> om deze maatregel na de gestelde termijn nog uit te voeren indien de laattijdigheid van die uitvoering de belangen van de wederpartij zou schaden, en met name een rechtsgang, die door de wederpartij benaarstigd wordt, ernstig zou vertragen. Deze verwerking kan dus intreden bij niet-naleving van wettelijk bepaalde termijnen, al zijn die niet op straffe van verval voorgeschreven. De rechtspraak heeft de gelegenheid gehad om dit voor bepaalde termijnen te bevestigen en te preciseren.

Zo moet een tegenverhoor aangevraagd worden binnen 30 dagen na de verzending<sup>226</sup> van het proces-verbaal van het getuigenverhoor (art. 921, 3) en kan het recht op tegenverhoor verwerkt worden indien binnen deze termijn geen aanvraag geschiedde, noch een verzoek tot verlenging overeenkomstig art. 51 ger.W. De rechtspraak is in deze zin gevestigd, minstens sinds het arrest *Sauvage / Paques*<sup>227</sup>, en dit op grond van art. 51 ger.W. Het opwerpen van de verwerking moet echter in overeenstemming met de eisen van de goede trouw geschieden. Dit wil vooreerst zeggen dat de wederpartij zich onmiddellijk tegen een laattijdig verzoek moet verzetten. Bovendien volgt uit de kassatierechtspraak<sup>228</sup> dat de rechter toch een tegenverhoor kan houden en in dat geval art. 961 ger.W. geldt, nl. dat de nietigheid van een proceshandeling of zelfs van het getuigenverhoor geen nietigheid van de getuigenissen tot gevolg heeft, indien deze niet zijn aangetast door één van de gebreken van art. 961, 1°-4°. Nu vermeldt art. 961, 3° precies de miskennis van het recht van verdediging. Zonder zo ver te willen gaan als het Hof van Luik<sup>229</sup>, dat stelde de schending van de rechten van de verdediging niet vereist dat aangetoond wordt dat de belangen geschaad werden, moet hieruit m.i. wel volgen dat de partij die de verwerking inroept moet aantonen dat haar belang

---

<sup>224</sup> Zie b.v. *Arbrb. Luik* 5 maart 1981, *Mossay t. Assurances fédérales*, *J.L.*, 330.

<sup>225</sup> Zo reeds *Ph. de BRUYNE & M. HEYVAERT*, *Tien jaar gerechtelijk wetboek*, (93) 109 nr. 28.

<sup>226</sup> De termijn zou dus niet lopen indien de griffier vrijgesteld werd van de verzending (zie *Cass.*, 31 januari 1985, *R.T.D.Fam.* 1987, 333 noot CLOSSET-MARCHAL)

<sup>227</sup> *Cass.* 8 februari 1979, *Sauvage t. Paques*, verw. voorz. t. Hof Luik 25 jan 1978, *J.T.*, 320 noot A. FETTWEIS, *R.T.D.Fam.*, 168. Vgl. ook Hof Luik 10 maart 1983, *J.L.*, 276 noot G. de LEVAL; Hof Luik 27 juni 1988, *J.L.M.B.* 1989, 250. Vgl. eerder reeds *Arbhof Brussel-Bergen* 22 april 1974, *J.T.*, 463; *Rb. Luik* 15 oktober 1974 (met beroep op art. 51 ger.W.).

<sup>228</sup> *Cass.*, 5 mei 1988, *Willaerts t. Thierens*, verwerping, *Arr.*, nr. 550.

<sup>229</sup> Hof Luik 27 juni 1988, *J.L.M.B.* 1989, 250

geschaad wordt door de laattijdigheid van het verzoek (schade door het verzoek zelf volstaat natuurlijk niet, die kan overigens altijd gesteld worden). Zoals hoger reeds gesteld kan een laattijdig verzoek tot tegenverhoor met name de meer gereede wederpartij het recht niet ontnemen om de behandeling van de zaak waartoe zij reeds stappen ondernomen heeft (vaststelling aangevraagd, e.d.m.), zonder vertraging verder te zetten, zodat het tegenverhoor moet geweigerd worden indien de toekenning ervan dit zou verhinderen<sup>230</sup>. Doch indien de rechter het tegenverhoor toch toestaat, is dit geen grond tot nietigheid, zolang de partijen nog de gelegenheid hebben om na het verhoor hun standpunt daarover bekend te maken (zie art. 961 ger.W.).

Zo moet de lijst der getuigen ten minste 15 dagen voor de zitting waarop het getuigenverhoor zal worden gehouden, worden verzonden (art. 922 ger.W.), behoudens verlenging voordien aangevraagd overeenkomstig art. 51 ger.W. Ook hier bestaat de sanktie in de ontoelaatbaarheid van een latere neerlegging op voorwaarde dat de rechtspleging daardoor ten nadele van de wederpartij wordt vertraagd. In feite betekent dit dat de partij geen recht meer heeft op een nieuwe zitting, indien het getuigenverhoor omwille van haar nalatigheid niet kon doorgaan op de vastgestelde zitting<sup>231</sup>, gezien zij het verzuim ook kan regulariseren door zelf de getuigen op te roepen en de griffier daarvan kennis te geven (art. 923, 2 ger.W.).

Naast de zopas besproken sanktie van verwerking van de onderzoeksmaatregel (een vorm van ontoelaatbaarheid), kan het niet benaarstigen van verkregen bewijsmaatregelen ook op andere wijze bestraft worden.

De bewijsrechtelijke sankties (gelegen in de bewijswaardering) worden in deel II besproken. Daarnaast zijn er ook zuiver materieelrechtelijke sankties mogelijk, nl. wanneer door die vertraging de schade oploopt : volgens het beginsel van de schadebeperkingsplicht moet de bijkomende schade ten laste blijven van diegene die geen redelijke maatregelen ter beperking heeft genomen -. Voorbeelden daarvan

---

<sup>230</sup> Vgl. POITEVIN, *J.T.* 1975, 125.

<sup>231</sup> In de zin van een algemene regel Rb. Namen, 16 juni 1989 (C. Panier), *R.T.D.Fam.* 1989, 79 noot G. CLOSSET-MARCHAL (in casu betreffende de termijn van 15 dagen voor het getuigenverhoor waarbinnen de lijst van getuigen dient te worden neergelegd, art. 922 ger.W.); G. de LEVAL, *Ann. Lg.* 1984, (55) 61. Zie eerder o.m. Rb. Brussel 16 december 1977 en Cass. 24 januari 1980 (verw.), Pereira Leal t. Ongenae, *Pas.*, I, 581; Hof Gent 11 juni 1981 en Cass. 1 oktober 1982 (verw.), De S. t. B., *Arr.*, 171 nr. 81 ("door eigen stilzitten tegenverhoor niet heeft laten doorgaan", "foutieve passiviteit" ); Arbrb. Doornik 12 april 1985, Jamart t. Erhur, *J.T.T.* 1985, 425 . Vgl. ook G. CLOSSET-MARCHAL, in *La preuve*, Colloque 12-13 maart 1987, 21 nr. 24.



zullen hieronder ter sprake komen.

**(64. bewijsmaatregelen voor de uitvoering waarvan geen termijn is bepaald)**

De sanktie der verwerking, die o.i. in beginsel kan worden gevorderd tegen de partij die verzuimt om wettelijk opgelegde termijnen na te leven, ook al zijn die niet op straffe van absoluut verval voorgeschreven, werd enigszins afgezwakt op grond van de eisen van de goede trouw, zodat wij tot de verwoording zijn gekomen dat dergelijke wettelijk bepaalde maximumtermijnen aldus dienen te worden gesanctioneerd dat het overschrijden ervan de wederpartij het recht niet kan ontnemen om de behandeling van de zaak waartoe zij reeds stappen ondernomen heeft, zonder vertraging verder te zetten, en dat, zo dat wel het geval zou zijn, de ontoelaatbaarheid van de proceshandeling dan ook kan worden gevorderd.

Welnu, de eisen van de goede trouw tussen procespartijen betekenen o.i. dat *hetzelfde moet gelden bij langdurig verzuim* door de partij die een bewijsmaatregel heeft verkregen, *ook wanneer voor de uitvoering daarvan géén termijn is gesteld*. Immers,

"Wie gedurende een bepaalde termijn nalaat enige proceshandeling te stellen en hierdoor bij de wederpartij het redelijk vertrouwen wekt dat het proces geen verdere doorgang zal vinden, heeft aldus zijn recht op de voortzetting van het geding verwerkt"<sup>232</sup>.

Dit moet op de eerste plaats voor de proceshandelingen met het oog op bewijsmaatregelen gelden, omdat de bewijsprocedure één der belangrijkste oorzaken is van de achterstand van het gerecht. Volgens sommigen moet de wederpartij dan eerst aan de rechter vragen een termijn te bepalen, en kan verwerking eerst na het verstrijken daarvan intreden<sup>233</sup>. Dit kan m.i. niet meer geëist worden indien het stilzitten lang genoeg heeft geduurd en de wederpartij stappen onderneemt om de behandeling verder te zetten (stappen die er niet noodzakelijk in moeten bestaan dat zij de rechter vraagt een termijn op te leggen voor de uitvoering door de wederpartij van de maatregel). Zo oordeelde de Rb. te Brussel<sup>234</sup> dat de partij die een deskundigenonderzoek vraagt, doch de deskundige niet op de hoogte brengt van zijn opdracht, dit gedurende bijna 3 jaar, zich niet kan verzetten tegen een

<sup>232</sup> M. L. STORME, *TPR* 1980, (504) 510 nr.13.

<sup>233</sup> Zie b.v. Rb. Aarlen 28 april 1987, *T.B.B.R.* 1989, 496 met verw. G. de LEVAL, "Divorce pour cause déterminée", *Le contentieux conjugal*, Luik 1984, 144 nr. 28; Rb. Aarlen 16 juni 1987, *J.L.M.B.*, 982.

<sup>234</sup> Rb. Brussel 5 januari 1977, *C. t. A.*, *R.W.* 1977-78, 1783.

vaststelling van de zaak door de tegenpartij en zo het recht op dit deskundigenonderzoek verliest<sup>235</sup>. Ook in oudere rechtspraak werd uit het langdurig stilzitten van partijen meermaals een afstand van uitvoering van het deskundigenonderzoek afgeleid<sup>236</sup>.

Naast deze verwerking blijven ook hier andere sankties mogelijk. Zo kan de vergoeding van de winnende partij beperkt worden omdat zij door haar processuele gedraging verzuimd heeft de schade te beperken. Zo b.v. oordeelde de Vred. Maasmechelen<sup>237</sup> dat de derving door de eigenaar van het genot van een verhuurd pand, doordat het deskundigenonderzoek naar de huurschade niet benaarstigd werd - in casu verliepen tussen het einde van de huur en het bezoek van de deskundige 5 1/2 maanden tijdens dewelke het pand dus niet kon worden gebruikt - slechts voor de "normale termijn" (in casu op 2 1/2 maanden bepaald) diende te worden vergoed door de huurder. Zo oordeelde het Hof Antwerpen<sup>238</sup> dat het slachtoffer van een aanrijding, dat onmiddellijk, minstens na 12 dagen, wist dat zijn auto "totaal verloren" was, maar nog 235 dagen wacht om een nieuwe te bekomen, geen recht had op vergoeding wegens gebruikserving.

Zo ook kan de partij die een onderzoeksmaatregel vraagt en nadien medewerking weigert, tot de reeds gemaakte kosten van onderzoek veroordeeld worden. Dit was bv. het geval voor de eiser, die een medisch onderzoek had gevraagd, doch tot 4 maal toe niet antwoordt op de oproeping door de deskundige<sup>239</sup>.

Dikwijls ook bepaalt een deskundige bij de kennisgeving van zijn bevindingen (preliminaria) een termijn waarbinnen de partijen hun opmerkingen krachtens art. 978 kunnen maken. Tenzij deze termijn ongebruikelijk kort zou zijn, moet de partij die een verlenging daarvan wenst (bv. wegens vakantie) dit aan de deskundige meedelen, zoniet kan zij het recht van verdediging niet inroepen om het deskundigenonderzoek als eenzijdig te laten waarderen<sup>240</sup>.

---

<sup>235</sup> Vgl. ook Hof Luik 20 december 1972, *J.L.* 1972-73, 61, *J.T.* 1973, 112, dat weliswaar een laattijdig verzoek tot tegenverhoor betrof, maar niet op art. 921 of 51 ger.W. gegrond was, doch in meer algemene termen was gesteld.

<sup>236</sup> Vgl. A. CLOQUET, *Deskundigenonderzoek*, A.P.R., nr. 269 met verwijzing Cass. 29 mei 1882, *Pas.*, 298.

<sup>237</sup> Vred. Maasmechelen 5 januari 1990, Pelssers t. Brouwerij Haacht n.v., A.R. nr. 10.875.

<sup>238</sup> Hof Antwerpen 15 april 1988, *R.W.* 1988-89, 1345.

<sup>239</sup> Arbrb. Luik 5 maart 1981, Mossay t. Assurances fédérales, *J.L.*, 330. Zie ook Arbhof Luik 28 juni 1983, besproken door G. de LEVAL, *Ann. Lg.* 1984, (55) 63-64.

<sup>240</sup> Vgl. Arbhof Luik 16 juni 1983, besproken door G. de LEVAL, *Ann. Lg.* 1984, (55) 63.

Indien een partij geen opmerkingen maakt, en eerst na vaststelling van de zaak in nieuwe besluiten - méér dan een jaar na het voorlopig verslag - stelt het verslag aan een tegenonderzoek te onderwerpen, en eerst in nog latere besluiten verzoekt een college van deskundigen aan te stellen, dan zijn deze vorderingen ontoelaatbaar : dergelijke partij "heeft haar recht verbeurd om haar opmerkingen of deze van haar technische raadslieden aan het advies van een college van deskundigen voor te leggen"<sup>241</sup>.

**(65. allerlei wettelijke termijnen)** De beschouwingen gegeven over de termijnen om stukken mee te delen, een tegenverhoor aan te vragen e.d.m., gelden ook voor allerlei andere termijnen die wettelijk bepaald zijn, ook al zijn zij niet op straffe van nietigheid voorgeschreven. We denken bv. aan de termijn van 15 dagen om het verzoek tot summiere rechtspleging te verzenden, te rekenen na de in een aanmaning gegeven Nachfrist van 15 dagen (art. 1339-1340 ger.W.), bij overschrijding waarvan een nieuwe aanmaning dan wel een gewone dagvaarding zou kunnen worden geëist<sup>242</sup>. In beginsel dient deze termijn niet anders te worden behandeld als de eerder genoemde, maar het is wel moeilijk om zich voor te stellen hoe de belangen van de schuldenaar zouden geschaad zijn door de laattijdigheid van de rechtsingang, wat m.i. wel vereist is.

We denken ook aan de termijn van 8 dagen om een deskundige te wraken, te rekenen vanaf de kennisname van de wrakingsgrond (art. 970, 2 ger.W.).

We kunnen ook denken aan de termijn van 15 dagen om een door een gerechtsdeurwaarder opgemaakte evenredige verdeling na beslag tegen te spreken (art. 1629, 3 ger.W.)<sup>243</sup>.

**(66. niet-naleving van de termijnen voor de eerste besluiten - algemeen)** Ook de termijn voor het nemen van de eerste besluiten wordt wettelijk bepaald, en wel op 1 maand (art. 748, 1-2 ger.W.)<sup>244</sup>, en er is uit deze en daarmee samenhangende

---

<sup>241</sup> Rb. Tongeren 6 november 1989, nv Belmans t. gemeente Genk, A.R. 150/75 en 1040/80.

<sup>242</sup> Zie bv. in de zin van ontoelaatbaarheid van de summiere rechtspleging Vred. Verviers 4 juli 1978, *J.T.* 1979, 12; Vred. Borgloon 11 mei 1978, *J.T.* 1979, 11. Anders b.v. Vred. Bilzen 12 april 1978, *J.T.* 1979, 11, alsook de noot A. KOHL daaronder.

<sup>243</sup> Zie b.v. Rb. Hoei 8 oktober 1984, *J.L.* 1985, 9

<sup>244</sup> Voor de behandeling in korte debatten zijn er geen wettelijke termijnen voorzien. Dit belet niet dat een partij op grond van art. 748, 4 aan de rechter kan verzoeken om de termijn te bepalen. Art. 11 van het wetsontwerp wijziging ger.W. bepaalt in een nieuwe § 3 bij art. 735 dat bij korte debatten de termijnen door de partijen bij de inleiding bepaald worden met instemming van de rechter.

Voor ervaringen uit landen waar rechter in het algemeen de termijnen om te besluiten oplegt, zie b.v. J.J. VRIESENDORP, "De instructie in burgerlijke zaken voor de

bepalingen geen enkele reden af te leiden om deze termijn niet op dezelfde wijze te sanktioneren als de eerder genoemde, en de leer van het arrest *Sauvage/ Paques* toe te passen, nu art. 51 ger.W. in algemene bewoordingen is gesteld, en er bovendien een gelijkaardige regeling gegeven wordt in het vierde lid van art. 748 ger.W. Als beginsel dient men dan ook voorop te stellen dat de partij die geen besluiten neemt binnen de wettelijke termijn en daardoor de belangen van de wederpartij, die dit tijdig opwerpt, heeft geschaad, het recht verwerkt om besluiten te nemen, zodat de laattijdige besluiten ontoelaatbaar zijn en uit de debatten dienen te worden geweerd. Anderzijds mag de verwerking van het recht om te besluiten niet lichtvaardig uitgesproken worden, omdat behalve bij behandeling in korte debatten, de eis of het verweer in de heersende opvatting zoals gezegd in de vorm van schriftelijke besluiten moet geschieden om als betwisting te gelden en de rechter op een louter mondelinge betwisting, ook wanneer een partij steeds verschijnt, niet dient te letten. Omgekeerd moet ook die argumentatie weer genuanceerd worden, in die zin dat een bijzondere bescherming slechts vereist is in die gevallen waarin er geen verzet mogelijk is, d.w.z. wanneer de uitspraak geacht zou worden op tegenspraak te zijn geweest, en niet als gewoon verstekvonnis geldt. In ons recht heeft de gedingpartij immers in beginsel het "recht" om éénmaal verstek te laten gaan, maar heeft de wederpartij het recht om die mogelijkheid te beperken tot een tweede kans binnen hetzelfde geding.

**(67. niet-naleving van de termijnen voor de eerste besluiten - art. 751)** Wil een partij een vonnis bekomen dat geacht wordt op tegenspraak te zijn geweest, dan kan de laattijdigheid van besluiten dus niet volstaan om deze ontoelaatbaar te verklaren en uit de debatten te weren : daartoe is meer vereist, daartoe moet de wederpartij namelijk een met voldoende waarborgen omringde tweede kans krijgen. Het recht om - in dezelfde aanleg - te betwisten wordt maar verwerkt wanneer het niet uitgeoefend wordt binnen een *tweede* termijn, die slechts loopt wanneer de eerste partij daartoe een vormelijk initiatief neemt. Dit is de regeling die we terugvinden in het U allen wel bekende art. 751 ger.W. Het is hier niet de plaats om op alle details en geheimen van deze bepaling in te gaan, en het volstaat erop te wijzen dat uit deze ratio volgt dat de verwittiging slechts kan gegeven worden na het verstrijken van de termijn om te besluiten (art. 751, 1°, 2 ger.W.), al zou de aanvraag daartoe reeds eerder kunnen geschieden<sup>245</sup>. De vraag blijft hoe lang de

---

gerechtshoven", *Een goede procesorde, Opstellen aangeboden aan Mr. W.L. Haardt*, Kluwer - Deventer 1983, (203) 204 v.

<sup>245</sup> In die zin b.v. R. de CORTE, *TPR* 1971, (217) nr. 53.

verzuimende partij nog besluiten kan neerleggen na de verwittiging op grond van art. 751 ger.W. Het zou in overeenstemming zijn met de geest van de wet dat er vanaf de verwittiging gewoon een nieuwe termijn van 1 of 2 maanden zou lopen, maar dergelijke bepaling vinden we niet in het ger.W., waarschijnlijk omdat ervan uitgegaan werd dat er steeds wel een vaststelling op 1 tot 2 maanden zou kunnen bekomen worden op grond van art. 751. U kent allemaal de werkelijkheid ... Er is dus geen wettelijke bepaling van de tweede termijn, en *de partij die een vonnis wil bekomen dat geacht wordt op tegenspraak te zijn geweest kan op dit ogenblik dus niet eisen dat zelfs op het laatste ogenblik neergelegde besluiten uit de debatten worden geweerd*. Dit lijkt ook de stelling te zijn van het Hof van cassatie in het steeds aangehaalde arrest van 19 mei 1976<sup>246</sup>, al moet daarbij worden opgemerkt dat er geen kassatiemiddel gegrond was op art. 51 ger.W., dat de wettelijke grondslag was voor het arrest van 8 februari 1979. Wel heeft een deel van de rechtspraak uit art. 747, dat bij de overhandiging ter zitting alleen van nieuwe besluiten spreekt, afgeleid dat de eerste besluiten slechts kunnen worden toegelaten indien ze voor de afroeping van de rol ter griffie werden neergelegd<sup>247</sup>. In ieder geval is er verandering op til, aangezien art. 17 van het wetsontwerp tot wijziging van het ger.W. (wijziging art. 751) bepaalt dat de besluiten binnen de twee maanden na de kennisgeving of betekening van een aanvraag tot vaststelling op grond van art. 751 ger.W. zullen moeten worden neergelegd om nog te worden toegelaten.

**(68. niet-naleving van de termijnen voor de eerste besluiten - andere mogelijkheden)** Tot hier toe zal ik waarschijnlijk weinig tegenspraak krijgen. Doch de genoemde regeling dient volgens mij beperkt te blijven tot het geval waarin de meest gereede partij een uitspraak wil bekomen die geacht wordt op tegenspraak te zijn geweest. *Art. 751 ger.W. betekent niet dat de termijn om te besluiten van art. 748 ger.W. op geen enkele andere wijze zou kunnen worden gesanktioneed* dan door dergelijk vonnis te vorderen en daarbij de vormen van art. 751 ger.W. te eerbiedigen

---

Anders, in de zin dat een aanvraag eerst na het verstrijken van de termijn om te besluiten kan geschieden, o.m. G. de LEVAL, J.N. CLOTUCHE & A. KOHL, "L'article 751 du code judiciaire. Analyse critique et projet de réforme", *J.T.* 1977, (1) 2.

<sup>246</sup> Cass. 19 mei 1976, Mornard t. C.V. De Wilde Motor, verwerping, *J.T.* 1977, 5. Anders b.v. Rb. Aarlen 2 september 1969, *J.L.* 1969-70, 143; kh. Antwerpen 20 december 1972, *B.R.H.* 1973, 291.

<sup>247</sup> Zo bv. E. GUTT & A.M. STRANART-THILLY, "Chronique de jurisprudence. Droit judiciaire", *R.C.J.B.* 1974, 130 nr. 77; LEDOUX, "A propos de l'article 751 du code judiciaire", *J.T.* 1974, 401; Arbrb. Mechelen 3 oktober 1972, A.R. nr. 3786, aangehaald door G. de LEVAL, J.N. CLOTUCHE & A. KOHL, *J.T.* 1977, (1) 3; kh. Antwerpen 20 december 1972, *B.R.H.* 1973, 290 (allen over neerlegging ter zitting van art. 751 ?). Vgl. ook kh. Brussel 19 januari 1972, n.v. Titasco t. s.v. Safia, *B.R.H.*, 287. Anders : Arbhof Brussel 29 april 1975 en Cass. 19 mei 1976, Mornard t. C.V. De Wilde Motor, *J.T.* 1977, 5.

en dat de meest gerede partij de daarbij optredende vertraging van het geding zo-  
maar in koop moet nemen.

Een van de mogelijkheden waarover de meest gerede partij beschikt is het vragen van een voorschot of een voorlopige maatregel op grond van art. 19, 2, en wel bij eenzijdig verzoekschrift<sup>248</sup>, na toewijzing van de zaak aan een kamer m.i. niet meer aan de Voorzitter van de Rechtbank, maar aan de voorzitter van de kamer waaraan de zaak is toegewezen (overeenkomstig art. 708, 2 ger.W.). Een afzonderlijk kort geding zou daartoe overbodig moeten zijn. Ook kan de meest gerede partij ondertussen toelating vragen tot het leggen van bewarend beslag.

Een onrechtstreekse sanktie van art. 748 ger.W. in sommige gevallen, bestaat erin dat een tegeneis die niet binnen de termijn om te besluiten is ingesteld, als onregelmatig wordt beschouwd wanneer de eiser afstand doet van geding. Door tijdig te besluiten kan men de ontoelaatbaarheid van die tegeneis door een éézijdige afstand van geding door de eiser verhinderen<sup>249</sup>.

Doch er moet - ook zonder wetswijziging - méér mogelijk zijn, en wel voor de partij die geen vonnis verlangt dat geacht wordt op tegenspraak te zijn geweest, maar zich met een gewoon verstekvonnis tevreden stelt (wat een aantal voordelen biedt, waaronder de mogelijkheid tot bewarend beslag zonder nadere toelating. Dergelijke partij heeft het recht de rechtspleging gewoon verder te zetten volgens de wettelijke kadans, ook wanneer de wederpartij niet besluit : hij kan een vaststelling vragen op grond van art. 750 ger.W. zodra de termijn om te besluiten verstreken is en hij zelf besluiten heeft neergelegd en medegedeeld. Voor wie daaraan nog twijfelt, zal art. 16 van het wetsontwerp tot wijziging ger.W. dit uitdrukkelijk verduidelijken (art. 750, nieuwe derde alinea). En hij kan, wanneer voor die zitting geen besluiten zijn neergelegd, gewoon verstek vorderen<sup>250</sup>.

Indien nu echter de wederpartij haar besluiten nog tot op de zitting zelf kan neerleggen, heeft de mogelijkheid gewoon verstek te vorderen geen enkel nut

---

<sup>248</sup> Toegekend door b.v.Vz. Rb. Brussel 6 maart 1984, L. t. n.v. E., A.R. nr. 31535, in een geval waar de verweerder na 6 maanden nog niet had gekonkludeerd. Het vonnis wordt instemmend aangehaald door D. LINDEMANS, in *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, (77) 87-88.

<sup>249</sup> Vgl. Rb. Luik 1 september 1976, Verhoustraete t. Baré, *J.T.*, (102) 103.

<sup>250</sup> R. de CORTE, *TPR* 1971, 234 nr. 31, zegt dat de stelling dat gewoon verstek kan gevorderd worden steun vindt in het Verslag-van REEPINGHEN, doch vindt dat het niet kan omdat het niet geregeld is in het ger.W.

(behalve mogelijks het niet vereist zijn van een deurwaardersexploot zoals in art. 751, 1°, 2 ger.W. bepaald), omdat men dan even goed een vaststelling op grond van art. 751 kan aanvragen. Omgekeerd ook is de meest gereede partij die zich desgevallend met een gewoon verstekvonnis tevreden wil stellen, niet verplicht om de wederpartij die verzuimd heeft tijdig te besluiten, binnen hetzelfde geding nog een tweede kans te geven. *Hij mag in beginsel eisen dat de besluiten die niet binnen de wettelijke termijn* noch binnen de 15 dagen na neerlegging van de hare (ex art. 848, 3 ger.W.), *zijn neergelegd of medegedeeld ontoelaatbaar verklaard worden*, tenzij de wederpartij overeenkomstig art. 748, 3 (en 51) ger.W. binnen die termijn een verlenging heeft gevraagd. Een tweede termijn moet behoudens tijdig verzoek (art. 748, 3) alléén gegund worden voor een vonnis dat niet voor verzet vatbaar is. Deze verwerking is principieel gerechtvaardigd. Elke partij die bij de inleiding de verzending naar de algemene rol vraagt wéét dat zij zich daardoor enkel nog kan verweren door schriftelijk te besluiten en voor die besluiten maar over een beperkte termijn beschikt, en dat zij binnen die termijn om verlenging moet verzoeken wanneer deze niet volstaat en de wederpartij deze niet in der minne toestaat.

Anderzijds kan deze verwerking slechts worden ingeroepen in overeenstemming met de eisen van de goede trouw. Dit vereist dat de meest gereede partij niet het vertrouwen heeft gewekt een langere termijn toe te staan. Het vereist dat zij door het laattijdig meedelen van besluiten in haar belangen wordt geschaad, wat meer bepaald het geval is indien de meest gereede partij een vaststelling heeft gevraagd en de besluiten op zo korte tijd voor de zitting (of zelfs ter zitting) worden neergelegd, dat de eerste partij niet meer de tijd heeft om daar behoorlijk op te antwoorden, en dus verplicht zou zijn om uitstel te vragen. Het vereist ook dat de wederpartij verwittigd was van het voornemen om de zaak te bespoedigen, verwittiging die echter reeds blijkt uit de aangevraagde vaststelling op zichzelf.

Dergelijke oplossing wordt door een deel van de rechtspraak reeds toegepast wanneer het om aanvullende besluiten gaat<sup>251</sup>. O.i. geldt zij dus ook voor de eerste besluiten, zolang de meest gereede partij zich met een gewoon verstekvonnis tevreden stelt. Voor nadere uitwerking alsook de door het wetsontwerp voorgestelde wijzigingen verwijzen we naar het volgende randnr.

**(69. laattijdige aanvullende besluiten)** Ook de termijn voor het nemen van aanvullende besluiten wordt wettelijk bepaald, en wel op 15 dagen (art. 748, 3 ger.W.), en ook hier is er geen bijzondere reden waarom de leer van het arrest *Sauvage/ Pa-*

---

<sup>251</sup> Zie de volgende noot

ques daarop niet zou kunnen worden toegepast.

Als beginsel dient men dan ook voorop te stellen dat de partij die aanvullende besluiten neemt buiten de wettelijke termijn (zonder verlenging te hebben bekomen) en daardoor de belangen van de wederpartij, die dit tijdig opwerpt, heeft geschaad, het recht verwerkt om besluiten te nemen, zodat de laattijdige besluiten ontoelaatbaar zijn en uit de debatten dienen te worden geweerd, tenzij zij gerechtvaardigd worden door een nieuw feit of een nieuw stuk (dit laatste naar analogie met art. 772 ger.W.). De belangen van de wederpartij zullen meer bepaald geschaad zijn indien de inhoud van de aanvullende besluiten van die aard is dat de wederpartij daarop niet meer behoorlijk kan antwoorden binnen de termijn die nog overblijft voor een reeds vastgestelde zitting. Worden nieuwe besluiten gerechtvaardigd door de ontdekking van een nieuw feit of een nieuw stuk, dan moeten dezelfde regels gelden indien die partij deze besluiten neemt buiten de wettelijke termijn te rekenen vanaf die ontdekking (zonder verlenging te hebben bekomen) en daardoor de belangen van de wederpartij heeft geschaad<sup>252</sup>.

Dergelijke stelling wordt aangehangen door minstens een deel van de rechtspraak, dat aanvullende besluiten die eerst ter zitting of korte tijd ervoor worden medege-deeld, uit de debatten weert<sup>253</sup>, en bijgetreden door een deel van de rechtsleer<sup>254</sup>. In andere gevallen werden de besluiten niet geweerd, al werd de mogelijkheid daarvan principieel erkend, omdat in casu de belangen van de wederpartij niet geschaad waren<sup>255</sup>. Daarbij wordt veelal van "misbruik van het recht van verdedi-

---

<sup>252</sup> Zie b.v. R.v.St. 6 april 1982, nr. 22.183 iz. Rys, *R.W.* 1982-83 n. W. LAMBRECHTS

<sup>253</sup> Hof Brussel 25 maart 1987, C. t. belgische Staat en vlaams Gewest, *R.W.* 1987-88, 716, *Ann. Lg.* 1987, 334 goedkeurende noot G. de LEVAL, *J.L.* 1987, 858 noot C. PARMENTIER (nadat beide partijen reeds besluiten hadden medege-deeld op 1 augustus 1985 en de vaststelling van de zaak op 18 februari 1987 reeds bekend was op 27 september 1985, legde het Vlaams gewest aanvullende besluiten neer ter zitting, zonder enige rechtvaardiging voor de overschrijding van de repliektermijn); Hof Brussel 4 februari 1988, S. t. S., *R.W.* 1987-88, 1368 (ondanks drie aanmaningen en een uitstel wegens niet-verschijning van geïntimeerde, legde deze zijn aanvullende besluiten slechts twee dagen voor de nieuwe zitting neer, dit na 8 maanden en bovendien in kort geding); Hof Brussel 31 maart 1988, *J.L.M.B.*, 926 (besluiten met nieuwe middelen en een nieuwe tegeneis de vooravond van een voortgezette zitting neergelegd); kh. Brussel 11 april 1989, Wtoreck t. Pierrard cs., *J.T.*, 515 (besluiten eerst medege-deeld - en dan nog onder voorbehoud van goedkeuring door de cliënt - de donderdag voor de dinsdagzitting, in casu meer dan drie maanden na de ontvangst van de besluiten van verweerder, en zonder enige rechtvaardiging van deze laattijdigheid). *Contra* daarentegen Hof Brussel 7 januari 1988, Wijvekens t. gemeente Eigenbrakel en Blanchard, *J.L.M.B.*, 909 met afkeurende noot evenwel; Rb. Charleroi 4 maart 1988, *J.L.M.B.* 1988, 934.

<sup>254</sup> O.m. G. de LEVAL, "Conclusions tardives et abus du droit de défense", *Ann. Lg.* 1987, 334; P. TAEELMAN, *TPR* 1988, (89) nr. 22; genuanceerd Ph. GERARD, noot onder Hof Brussel 24 mei 1988, *J.T.* 1989, 513. *Contra* evenwel G. BAERT, *Artikelsgewijze commentaar van gerechtelijk recht*, art. 747, nr. 2 en art. 748, nr. 8.

<sup>255</sup> Zie b.v. Hof Brussel 14 mei 1988, Bourdon cs. t. Lebout en OCMW Schaarbeek, *J.T.* 1989, 513 noot Ph. GERARD : aanvullende besluiten die geen enkel nieuw element bevatten, maar



ging" gesproken en telkens benadrukt dat de overschrijding van de termijn niet gerechtvaardigd werd. Soms wordt uitdrukkelijk een beroep gedaan op de eisen van de goede trouw<sup>256</sup>. Volgens Ph. GERARD gaat het niet om rechtsmisbruik, maar om een geval van rechtsverwerking<sup>257</sup>.

De Nationale Orde van advocaten durft, zoals te verwachten is, wel nog niet zo ver gaan, maar heeft toch reeds een verbod afgekondigd om nog besluiten te nemen nadat een vaststelling is aangevraagd, tenzij zulks "onvermijdelijk" is, en in dat laatste geval nog steeds tijdig genoeg om de tegenpartij niet te verplichten uitstel te vragen<sup>258</sup>.

Het wetsontwerp tot wijziging van het gerechtelijk wetboek gaat wel van het door ons verdedigde standpunt uit, en art. 13 wil een art. 747 bis invoegen, waarvan § 1 zou bepalen dat besluiten uit de debatten dienen te worden geweerd indien ze niet minstens één maand voor de zitting worden neergelegd<sup>259</sup> (en dat bij uitstel dit voordeel bovendien behouden blijft), tenzij :

- bij het ontdekken van een nieuw feit of stuk van overwegend belang en mits nauwkeurig gemotiveerd verzoek om een nieuwe termijn, die eveneens moet nageleefd worden op straffe van het weren van de besluiten uit de debatten en een vonnis dat geacht wordt op tegenspraak te zijn geweest (nieuw 747 bis § 2)
- als antwoord binnen 15 dagen op besluiten van de tegenpartij (die dus tussen één maand en anderhalve maand voor de zitting zouden ontvangen zijn).

### 1.2.3.3. Onredelijke opsplitsing van de rechtspleging

**(70. vraagstelling)** Het verschijnsel van de aanvullende besluiten roept nog andere vragen op dan enkel die naar de termijn waarbinnen zij kunnen worden genomen, en wel op de eerste plaats vragen naar de inhoud van die besluiten. We moeten nagaan in welke mate het onredelijk is om in aanvullende besluiten nieuwe feiten

---

enkel de mechanische aanpassing van het bedrag van de gevraagde schadevergoeding bevatte, op grond van de regel dat de vergoeding bepaald wordt op de dag waarop uitspraak wordt gedaan. Er werd ook op gewezen dat de partij die de verwerking inriep zelf 6 maanden nodig had gehad om op de besluiten van de andere te antwoorden.

<sup>256</sup> Zo b.v. Hof Brussel 31 maart 1988, *J.L.M.B.*, 926. Zo ook Ph. GERARD, *J.T.* 1989, 513.

<sup>257</sup> Ph. GERARD, *J.T.* 1989, (513) 514 in fine, waar hij weliswaar de term rechtsverwerking niet gebruikt, maar wel de omschrijving (zie het citaat hoger in randnr. 16)

<sup>258</sup> Art. 3 reglement Nationale Orde van advocaten 28.1.1988.

<sup>259</sup> Hiermee wordt een voorstel overgenomen van o.m. J.E. KRINGS, "Het ambt van de rechter bij de leiding van het geding, Openingsrede" *R.W.* 1983-84, 352 nr. 20, *J.T.* 1983, 517.

en middelen aan te brengen die reeds in eerdere (eerste) besluiten hadden kunnen worden voorgebracht, wat omgekeerd betekent dat de eerste besluiten onvolledig waren, ja soms zelfs gewoon pro forma. Eenzelfde vraag kan rijzen met betrekking tot het in schuifjes overleggen van stukken, waarover men reeds de vorige maal beschikte. Eenzelfde vraag kan ook rijzen met betrekking tot de duisterheid van de dagvaarding (*exceptio obscuri libelli*). In sommige gedingen kan men werkelijk spreken van een "salamitaktiek".

Nu verschilt de aanvaarding van dergelijke verknipping van de eis c.q. het verweer in meerdere stukjes, in uiteenliggende proceshandelingen, van land tot land, van rechtspleging tot rechtspleging. Naargelang de regeling van een bepaalde rechtspleging op dit punt, naargelang alle (verweer)middelen al dan niet tegelijk moeten worden voorgedragen, kan een rechtspleging kenmerken aan de hand van het concentratiebeginsel (*Konzentrationsmaxime*) dan wel het - daaraan tegengestelde - beginsel van de vrije spreiding<sup>260</sup>. In de meeste rechtsplegingen wordt gezocht naar een evenwicht tussen deze beide beginselen.

Deze vraag mag niet verward worden met de reeds besproken vraag van de vaste vs. arbitraire volgorde der (verweer)middelen (hoger, randnr. 47 e.v.), al zal de vraag van een vaste dan wel arbitraire volgorde der (verweer)middelen in de praktijk maar belang hebben in een stelsel waarin partijen niet gehouden zijn om alle middelen te concentreren, tegelijk voor te brengen.

**(71. wettelijke bepalingen)** De bepalingen van het gerechtelijk wetboek doen slechts zeer gedeeltelijk uitspraak over de vraag in welke mate onze rechtspleging door het ene dan wel door het andere beginsel dient te worden beheerst.

---

<sup>260</sup> Zie over deze beginselen R.W. MILLAR, "The formative principles of civil procedure", 18. *Illinois law review* 1923, (1 v.), § 5 (Eventualmaxime of Konzentrationsprinzip vs. Prozeßfreiheit); F. BAUR, *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß*, Vortrag juristische Gesellschaft Berlin 1965, De Gruyter Berlijn 1966; LAUTERBACH, "Konzentration oder Gleichwertigkeit der Termine?", *JZ* 1967, 137 v.; M. VOLLKOMMER, "Die lange Dauer der Zivilprozesse und ihre Ursachen", 81. *ZZP* 1968, (102) 123 v.; ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozeßrecht* § 84; A. KOHL, "Simulacre de conclusions. conclusions tardives au fond : Un duo interdit", *J.T.* 1975, 343. Het concentratiebeginsel is op gematigde wijze vastgelegd in art. 141 Nl. Rv. en in § 282, 296 e.a. *ZPO* (sedert 1976). Zie o.m. C.W. STAR BUSMANN, Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering, nr. 221 v.; P.A. STEIN, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Kluwer Deventer (2) 1970, 98; P. ZONDERLAND, *Privaatrechtspleging in grondtrekken*, 167-168; HUGENHOLTZ-HEEMSKERK, *Hoofdlijnen van nederlands burgerlijk procesrecht*, 70 nr. 63; M. FUHRMANN, *Die Zurückweisung schuldhaft verspäteter und verzögernder Angriffs- und Verteidigungsmittel im Zivilprozeß*, Gieseking Bielefeld 1987; S. WETH, *Die Zurückweisung verspäteten Vorbringens im Zivilprozeß*, Heymanns Köln 1988.

De belangrijkste konkrete bepalingen vinden we in de artt. 864, 2 en 868, 1 ger.W. Art. 864, 2 bepaalt dat alle nietigheden die tegen een proceshandeling kunnen worden ingeroepen, behalve deze die van openbare orde zijn, niet alleen voor enig ander middel (zie hoger randnr. 48) maar ook allemaal tegelijk moeten worden voorgedragen. Art 868 ger.W. bepaalt dat alle opschortende excepties niet alleen voor elk verweer aangaande de zaak zelf moeten worden voorgedragen (zie hoger randnr. 51) , doch ook allemaal tegelijk.

Het gerechtelijk wetboek spreekt zich evenwel rechtstreeks niet uit over de vraag of alle ontoelaatbaarheden al dan niet tegelijk moeten worden opgeworpen, noch over de vraag of alle (verweer)middelen aangaande de zaak zelf al dan niet tegelijk moeten worden voorgedragen, noch over de vraag of de excepties van nietigheid, de opschortende excepties, de middelen van ontoelaatbaarheid en de middelen aangaande de zaak zelf al dan niet tegelijk moeten worden voorgedragen. Deze vragen moeten dan ook beantwoord worden aan de hand van de algemene beginselen van ons procesrecht en de regels van de goede trouw, naast enkele regels die onrechtstreeks een antwoord geven, zoals meer bepaald art. 869 ger.W.

Het zou onjuist zijn te beweren dat ons burgerlijk procesrecht uitgaat van het beginsel van de vrije spreiding, met "uitzondering" van de twee genoemde bepalingen. Dergelijk beginsel vloeit niet voort uit het beschikkingsbeginsel, dat immers uitsluitend de omschrijving van het aan de beoordeling van de rechter voorgelegde geschil betreft. Men moet veeleer uitgaan van het beginsel van proceseconomie en van de eisen van een loyale procesvoering. Deze beginselen en eisen leiden niet tot een algemeen geldende regel, maar dwingen ons tot nadere onderscheidingen en tot een beoordeling naargelang de omstandigheden van het geding. In het ene geval dwingen zij tot een zekere concentratie, in het andere geval leiden zij tot een voorkeur voor een zekere opsplitsing van het geding. Dat ons procesrecht van een dergelijke evenwichtsoplissing uitgaat, moge ook blijken uit de genuanceerde regeling van de devolutive werking van het hoger beroep en het recht de zaak aan zich te trekken, regeling die de hier behandelde vraag precies voor het hoger beroep regelt (zie de artt. 1068 v. ger.W.).

In de rechtspleging voor het Hof van cassatie en de Raad van State<sup>261</sup> daarentegen wordt resoluut uitgegaan van een concentratie van de rechtspleging in drie geschriften (verzoekschrift, memorie van antwoord en memorie van wederantwoord - voor

---

<sup>261</sup> Zie m.b. R.v.St. 6 april 1982, nr. 22.183 iz. Rys, R.W. 1982-83 n. W. LAMBRECHTS

de Raad van State komen daarbij nog de memories na het verslag van de auditeur).

**(72. concentratie van het verweer aangaande de zaak zelf)** Een eerste vraag is dan ook of alle (verweer)middelen aangaande de zaak zelf al dan niet tegelijk moeten worden voorgedragen. Hierop dient te worden geantwoord dat een partij naar goede trouw in beginsel niet verplicht is te aanvaarden dat de tegenpartij zijn verweer uitspreidt over meerdere besluiten, meer bepaald door zich in de eerste besluiten het recht voor te behouden om later nog nieuwe besluiten te verwoorden over bepaalde punten van het bodemgeskil. Dergelijk voorbehoud kan de tegenpartij niet tegengeworpen worden éénmaal men zich reeds over de grond van de zaak heeft uitgesproken : "*protestatio actu contraria non valet*". Dit blijkt duidelijk uit een vaste kassatierechtspraak, die stelt dat :

"het geding is in staat van wijzen als elk der partijen over de zaak conclusie ten gronde heeft genomen of daartoe in gebreke werd gesteld, zelfs al had een partij de eis van de tegenpartij onvolledig beantwoord; de feitenrechter oordeelt soeverein of de bewoordingen van het verweer het hem mogelijk maken uitspraak te doen"<sup>262</sup>

Wanneer de partijen gekonkludeerd hebben zonder voorbehoud voor nieuwe of aanvullende eisen, kan de rechter uitspraak doen over het aldus afgebakende geschil, ook wanneer in aanvullende besluiten toch nog nieuwe eisen worden verwoord<sup>263</sup>.

Overigens kan, zelfs wanneer de wederpartij akkoord gaat met een opsplitsing, de rechter volgens art. 869 ger.W. nog gelasten alle rechtsmiddelen tegelijk voor te dragen<sup>264</sup>. En ook wanneer partijen buiten dit geval het recht hebben op een re-

---

<sup>262</sup> Cass. 21 december 1967, nv Ets. Leon Lhoist t. Leclercq, *Arr.*, 594, verwerping ; cass. 12 mei 1978, Vandemaele, Desmecht t. Borreeze, Deloddere, *Arr.*, 1070, verwerping; cass. 3 januari 1980, belgische Staat (Op.W.) t. pvba A. Heine, *Arr.*, 510, verwerping, ook besproken door D. LINDEMANS, in *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, p. (77) 92. Vgl. ook Cass. 9 oktober 1969, nv CINTA t. nv Ets. L. Lacroix, v.z.w. Fedetab, *Arr.*, 145, verwerping : zelfs wanneer niet over de grond gekonkludeerd werd, maar er wel over gepleit werd !

<sup>263</sup> Kh. Brussel 21 september 1961, n.v. Parfica en n.v. Cantab t. SpA Elettromeccanica e locomotive t. n.v. Baume et Marpent en n.v. Tracteurop, *J.T.* 1962, 138.

<sup>264</sup> Zie m.b. A. KOHL, "Simulacre de conclusions. conclusions tardives au fond : Un duo interdit", *J.T.* 1975, 343, in bespreking van de Reglementen van de Hoven van Antwerpen, Brussel en Bergen van 16.12.1974, volgens dewelke de besluiten in hoger beroep beknopt alle middelen moeten vermelden.

Volgens I. VEROUGSTRAETE, "Een efficiënte rechtspleging in graad van beroep", *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, red. H. Geinger, Vlaams Pleitgenootschap Brussel/ Kluwer Antwerpen 1984, p. (107) 130, volgt uit art. 740 ger.W. dat de rechter de partij kan verplichten om, indien meer dan twee besluiten gewisseld worden, de voorgaande besluiten in te trekken en in nieuwe besluiten te verwerken.

pliek of dupliek, volgt uit dat woord geenszins dat daarin nieuwe middelen mogen worden ontwikkeld.

Deze concentratie van de middelen betekent evenwel nog niet dat er eveneens moet gestreefd worden naar één enkele behandeling van de zaak en een afschaffing van tussenvonnissen. Een tussenvonnis kan meer bepaald nuttig zijn omdat :

"de processuele economie wordt niet gediend, wanneer partijen zich uitputten in het bewijs van feiten, die de rechter bij voorbaat als niet ter zake dienende beschouwt, en nog minder wanneer bewijslevering plaats vindt t.a.v. een vordering, waarvan terstond vaststaat, dat zij ook zonder verder bewijs zal worden toe- onderscheidenlijk afgewezen"<sup>265</sup>.

Doch het aanbod van bepaalde bewijsprocedures (b.v. getuigen) moet in beginsel wél gedaan worden tegelijk met de aanvoering van de feiten tot bewijs waarvan het aanbod strekt.

Anderzijds kan de weigering van een partij om in te stemmen met een splitsing van de debatten, de weigering om de wederpartij akte te verlenen van haar voorbehoud om nader te besluiten, ook een misbruik zijn, meer bepaald wanneer het gaat om materieelrechtelijke excepties, die maar betekenis krijgen eenmaal de eerste partij zelf voldoende rechtsfeiten en bewijsmiddelen aanvoert, of wanneer de complexiteit van een subsidiaire argumentatie merkkelijk groter is dan de kans dat de argumentatie in hooforde wordt afgewezen (een belangenafweging vergelijkbaar met het soort dat ook in kort geding plaatsvindt).

**(73. splitsing van toelaatbaarheid en gegrondheid)** Een volgende vraag luidt of alle (verweer)middelen, ongeacht of het excepties van nietigheid, opschortende excepties, middelen van ontoelaatbaarheid of middelen aangaande de zaak zelf betreft, al dan niet tegelijk moeten worden voorgedragen. Vooreerst moeten de opschortende excepties in ieder geval uitgezonderd worden : zij staan het een partij precies toe om zich nog niet uit te spreken over de toelaatbaarheden en/of het bodemgeschil. Voor het overige gelden in beginsel gelijkaardige regels als voor de middelen aangaande de zaak zelf. het Hof van cassatie stelt immers dat "het geding is in staat van wijzen als elk der partijen over de zaak conclusie ten gronde heeft genomen *of daartoe in gebreke werd gesteld*, zelfs al had een partij de eis van de

---

<sup>265</sup> C.R.C. WIJCKERHELD BISDOM, " In hoeverre behoort de civiele procedure in eerste aanleg te worden gewijzigd ?" , *Advocatenblad* 1949, (144) 149-150.

tegenpartij onvolledig beantwoord"<sup>266</sup>. In beginsel kan een partij dus weigeren om het debat te beperken tot b.v. enkel de bevoegdheid of de toelaatbaarheid van de eis. Zijn partijen het daar evenwel over eens, dan kan de rechter geen uitspraak doen over de rest van de zaak (m.b. over het bodemgeschil)<sup>267</sup>, tenzij op grond van art. 869 ger.W. en mits hij partijen eerst de kans geeft om alle middelen, zij het tegelijk, voor te dragen<sup>268</sup>.

Toch zal een ingebrekestelling van de ene partij aan de andere om over de grond van de zaak te besluiten en een weigering om in te stemmen met een splitsing van de debatten ook hier een misbruik kunnen zijn, duidelijk eerder nog dan een weigering om het debat aangaande de zaak zelf op te splitsen. Dit is b.v. het geval wanneer er een wanverhouding is tussen de complexiteit van het bodemgeschil en de kans dat de exceptie van ontoelaatbaarheid of onbevoegdheid (e.d.m.) niet ernstig is<sup>269</sup>. Bij de beoordeling van de (poging tot) opsplitsing van de debatten dient de goede trouw dan ook een rol te spelen. Daarbij moet meer bepaald rekening gehouden worden met de eerdere gedragingen der partijen. Voorbehoud vragen om later ten gronde te besluiten en zich tot de bevoegdheid beperken wordt als een ongeoorloofd verdragingsmaneuver afgedaan in een geval waarin verweerder ook voor het proces de uitvoerige argumentatie van de eiser nooit heeft beantwoord : "Het niet innemen van een standpunt ten gronde een half jaar na de inleiding van een procedure is in strijd met een faire procesvoering"<sup>270</sup>.

Blijkt het middel van ontoelaatbaarheid of de exceptie van onbevoegdheid evenwel gegrond, dan zou de partij die gevraagd heeft het debat daartoe te beperken, doch door de tegenpartij toch in gebreke werd gesteld om aangaande de zaak zelf te besluiten, m.i. recht hebben op vergoeding van de meerkost die zij door dergelijke weigering van de wederpartij heeft gemaakt (vgl. hoger randnr. 18 b).

**(74. splitsing over meerdere gedingen)** Ten slotte kan men nog de vraag stellen of een eiser willekeurig zijn aanspraak mag opsplitsen in meerdere eisen, die in afzonderlijke gedingen worden ingesteld, of althans, zich tot een onvolledige eis

---

<sup>266</sup> Zie voetnoot 262.

<sup>267</sup> Zie Cass. 6 januari 1978, Meljado t. belgische Staat (Fin.), *Arr.*, 543, verbreking. Vgl. ook Cass. 20 september 1962, echtg. Losseau-Leman t. cs. de Mevius, *Pas.*, I, 91.

<sup>268</sup> voetnoot 1 onder Cass. 3 januari 1980, *Arr.*, 510.

<sup>269</sup> Vgl. D. LINDEMANS, *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, 92.

<sup>270</sup> Vred. Zele 22 juni 1988, b.v.b.a. Metaalkonstruktie A. Adam t. b.v.b.a. Leema Transport, A.R. nr. 5.570.

mag beperken. M.b.t. een vordering tot verklaring voor recht van de onrechtmatigheid van een daad, waarbij voorbehoud werd gemaakt om later schadevergoeding te vorderen, antwoordde de HR 30 maart 1951<sup>271</sup> hierop dat een "eiser niet willekeurig zijn vordering mag splitsen in afzonderlijke vorderingen betreffende erkenning van recht en veroordeling tot prestatie, en dat deze splitsing alleen toelaatbaar is, wanneer bijzondere omstandigheden dit tot behoud van eisers rechten rechtvaardigen". De eis werd ontoelaatbaar verklaard wegens gebrek aan belang.

**(75. afzonderlijke berechting).** Omgekeerd is elke partij (alook de eiser in tussenkost) verplicht zich bij een afzonderlijke berechting van zijn aanvullende of tusseneis neer te leggen, indien deze de behandeling onredelijk zou vertragen. Men behoudt natuurlijk het recht tegeneisen in te stellen, aanvullende eisen te verwoorden op grond van een stuk of feit in de dagvaarding genoemd (art. 807 ger.W.), maar men moet zich mogelijks bij afzonderlijke berechting neerleggen (art. 810 en 814 ger.W.). Hetzelfde geldt ook voor de aanvullende eisen<sup>272</sup>. Zo ook kan het instellen van een tusseneis die samenhangt met een elders aanhangig geding, er niet toe leiden eis én tegeneis te verzenden, indien het om een verdragingsmaneuver gaat : de rechter kan de eis beslechten en de beoordeling van de tegeneis opschorten<sup>273</sup>.

#### 1.2.3.4. Andere processuele medewerkings-, verwittigings- en kostenbeperkingsplichten

**(76. verwittigingsplichten)** Gedingpartijen zijn er veelal toe gehouden de wederpartij van hun voornemens betreffende de procesvoering op de hoogte te brengen. Hoger werden reeds, naast de voorprocessuele verwittigingsplichten (aanmaningsplicht, zie randnr. 22 en andere, randnr. 23), enkele van deze processuele verwittigingsplichten besproken. Zo b.v. de verplichting om te verwittigen vooraleer verstek te nemen, indien de verweerder zich schriftelijk gemeld heeft (m.b. om verzending naar de rol te vragen) (art. 217 Beroepscode, zie hoger randnr. 42) of reeds eerder verschenen is.

In de deontologie der advocaten vinden we nog een aantal dergelijke specifieke

---

<sup>271</sup> HR 30 maart 1951, J. de V. t. F. van de H., *NJ* 1952, nr. 29 met concl. J. EGGENS en noot Ph. HOUWING.

<sup>272</sup> Vgl. art. 134 Rv. (NL.)

<sup>273</sup> Zie b.v. kh. Mechelen 7 februari 1986, pvba Weiss t. nv Automotive Service Center t. L. geerts, A.R. nr. 29.775

verwittigingsplichten<sup>274</sup>, zoals de verplichting om :

- te verwittigen van het voornemen de zaak te laten weerhouden op de inleidingszitting (art. 218 Beroepscode)
- te verwittigen als men vaststelling aanvraagt op grond van art. 751, 752 of 753 (art. 227 Beroepscode), van de bekomen vaststelling (art. 228 Beroepscode)
- te verwittigen indien men een zaak wil weerhouden op de zitting die door de tegenpartij op grond van art. 751 is aangevraagd (art. 229 Beroepscode, beslissing Nationale orde van advocaten 15.1.1981)
- te verwittigen van het voornemen om aanvullende besluiten op te maken na ontvangst van de besluiten van de tegenpartij.

Een partij die in de loop van het geding verhuist, is gehouden de wederpartij daarvan te verwittigen, zoniet kan deze - indien hij te goeder trouw is - geldig blijven betekenen aan het oude adres<sup>275</sup>.

**(77. medewerking bij de argumentatie naar recht)** Uit de goede trouw volgt ook de verplichting om de behandeling van de zaak niet nodeloos ingewikkeld te maken voor de tegenpartij. Daarvan kan zelfs wat de zuiver juridische behandeling betreft een voorbeeld worden gegeven. Zo verplichten de artt. 234-235 van de Beroepscode de advocaten om ook de rechtspraak of rechtsleer die voor de rechter wordt ingeroepen, integraal mede te delen aan de wederpartij, tenzij deze gepubliceerd is in juridische publikaties die courant in het land verspreid worden, in welk geval het meedelen van de vindplaats volstaat. "On ne communique pas sa bibliothèque" is dan ook evenzeer achterhaald als "Nemo tenetur edere contra se".

Dit betekent geenszins dat men de wederpartij zou moeten helpen bij de beoordeling naar recht : vanzelfsprekend moet de verweerder aan de eiser niet opmerken dat zijn eis op een andere grondslag meer kans zou maken, of de eiser aan de verweerder suggereren dat de verjaring is ingetreden. Meer nog, men mag zelfs bewust een verkeerde voorstelling van het recht geven, en in beginsel kunnen noch bedrog noch dwaling omtrent het recht als "gebreken in de toestemming" gelden voor proceshandelingen. Dat dwaling omtrent het recht niet kan worden opgeworpen is overigens een regel die voor alle "vaststellingshandelingen" (zoals b.v. dading, art. 2052, 2 B.W.) geldt. Dat men wat het recht betreft ook geen beroep kan doen op misbruik van omstandigheden ("gekwalificeerde benadeling"), en - behoudens

---

<sup>274</sup> Art. 6 Reglement Nationale Orde van advocaten 28.1.1988, in de Brusselse Beroepscode over meerdere artikelen verspreid.

<sup>275</sup> Cass. 1 februari 1982, nv Ets. Pagani en nv Cralton Restaurant t. Pirlet, *Pas.*, 688.



buitensporige gevallen - evenmin op bedrog, heeft daarmee te maken, dat éénmaal een geschil voor de rechter is gebracht - anders dan voor handelingen in het normale verkeer -, een partij die een voor haar nadelige handeling stelt of overeenkomst sluit zonder juridische bijstand of raadpleging het enkel aan zichzelf te wijten heeft. Na het rijzen van een geschil heeft iedereen de "last" om zich te laten bijstaan door een deskundige, op straffe van onverschoonbaarheid van de dwaling, e.d.m. De wederpartij of diens advocaat heeft géén informatie- of waarschuwingsplicht betreffende de rechtsgevolgen van bepaalde handelingen. De advocaat is wél verplicht tot "loyauteit"<sup>276</sup>, maar wat dat met betrekking tot het recht zou kunnen betekenen is niet erg duidelijk. Een duidelijker richtlijn wat dat betreft is bv. de regel dat hij niet de indruk mag wekken als verzoener voor beide partijen op te treden : hij moet de wederpartij waarschuwen dat hij uiteindelijk enkel het belang van de ene partij verdedigt. Doch dit alles zijn eigenlijk materieelrechtelijke vragen, zodat het hier niet de plaats is om er verder op in te gaan.

**(78. last om stelling te nemen)** Een van de lasten die in het verbintenissenrecht uit de eisen van de goede trouw wordt afgeleid, is de last voor de schuldeiser, om binnen een redelijke termijn stelling te nemen, om binnen een redelijke termijn na kennisname van de tekortkoming van de schuldenaar te kiezen tussen de remedies die hij ter beschikking heeft en deze keuze aan de schuldenaar bekend te maken. Deze last wordt gesanktionneerd door de mogelijkheid voor de schuldenaar om de schuldeiser aan te manen om te kiezen (*actio interrogatoria*)<sup>277</sup>, en bij gebrek aan keuze door de schuldeiser na aanmaning daartoe, zelf de keuze te maken.

M.i. volgt uit de processuele goede trouw een gelijkaardige regel, en wel deze dat een gedingpartij de andere kan aanmanen om stelling te nemen over een bepaald processueel punt. Enkele voorbeelden daarvan kwamen hoger reeds ter sprake, en volgen b.v. uit de verplichting om excepties van nietigheid of onbevoegdheid, alsook opschortende excepties, in *limine litis* op te werpen.

---

<sup>276</sup> Zo stelt art. 162, 3 Beroepscode (Resolutie Orde van advocaten Brussel 17 juni 1969).

<sup>277</sup> Zie R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, I nr. 188, p. 307; M.E. STORME, *De invloed van de goede trouw op kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 415-416; zie bv. art. 42 Benelux-niet-nakoming en NBW 6.1.8.13. Contra de mogelijkheid om zo'n vordering om tot keuze te verplichten in te stellen in rechte evenwel GARSONNET & CEZAR-BRU § 361 p. 541-542; GLASSON-TISSIER & MOREL § 180 p. 436.

Zo ook werd reeds de verplichting aangehaald om binnen een redelijke termijn stelling te nemen aangaande de zaak zelf<sup>278</sup>. We zullen zien dat de last om stelling in te nemen aangaande de zaak zelf bijzonder belangrijk is onder bewijsrechtelijk oogpunt.

Hier wensen we enkel te stellen dat het om een algemene processuele regel gaat, die met specifieke processuele sankties kan worden bestraft, zoals verwijzing in de kosten veroorzaakt door de weigering om (tijdig) stelling te nemen, of verwerking van het recht op uitstel om nog nader te besluiten.

**(79. enkele gevallen van nodeloze kosten)** Een regel die eveneens vrij algemeen geldt, is de reeds genoemde regel dat gedingpartijen ertoe gehouden zijn geen nodeloze kosten te maken, last die gesanktionerd wordt met verwijzing in die kosten. In de rechtspraak vinden we daarvan vrij uiteenlopende voorbeelden. Sommige rechtspraak kent de winnende partij niet de verplaatsingskosten toe veroorzaakt door het kiezen van een deurwaarder op merkelijk grotere afstand dan nodig<sup>279</sup>. Indien geen bijzondere rechtvaardiging gegeven wordt voor de vervanging van de kennisgevingen bij gerechtsbrief door betekening bij deurwaardersexploot (art. 46 § 2 ger.W.) moet dit geschieden op kosten van de partij die erom verzoekt<sup>280</sup>. Voor het veroorzaken van nutteloze verplaatsingen van een confrater bepaalt de deontologie der advocaten een vergoedingsplicht (zie b.v. art 218a Beroepscode, art. 4 Reglement Nationale Orde van advocaten 28 januari 1988, e.d.m.). Wanneer nodeloos een vertaling van stukken wordt geëist, a fortiori een beëdigde vertaling, dan dienen deze kosten ten laste te vallen van de partij die dit vraagt - dit is b.v. het geval wanneer men vertaling eist van overeenkomsten in een vreemde taal, tenzij precies gesteld wordt dat de partij die overeenkomst onbegrepen heeft ondertekend<sup>281</sup>. Vele andere voorbeelden zijn denkbaar.

---

<sup>278</sup> Vred. Zele 22 juni 1988, b.v.b.a. Metaalkonstruktie A. Adam t. b.v.b.a. Leema Transport, A.R. nr. 5.570, aangehaald in randnr. 73.

<sup>279</sup> Zie b.v. Vred. Aubel 22 september 1982, AG 1830 t. B., *J.L.* 1983, 21, goedkeurende noot G. de LEVAL. § 91 II ZPO bepaalt dat, hoewel de advocatenkosten in het duitse recht principieel terugvorderbaar zijn, de reiskosten van de advocaat behoudens in uitzonderlijke gevallen niet terugvorderbaar zijn indien de advocaat elders zijn woonplaats of kantoor heeft.

<sup>280</sup> Vgl. R. de CORTE, *TPR* 1971, 255 nr. 84 in fine.

<sup>281</sup> In ieder geval mag men, ook wanneer men vertaling mag eisen, niet eisen dat de stukken in een vreemde taal uit de debatten worden geweerd. Zie Cass. 7 januari 1971, Valentin t. De Turck, *R.W.* 1970-71, 1701.

### 1.2.3.5. Medewerkings-, mededelings-, waarheids- en kostenbeperkingsplichten bij de bewijsvoering.

**(80. inleidende vraagstelling)** Een afzonderlijke bespreking verdient de medewerkingsplicht bij de bewijsvoering. Meer bepaald dient daarbij te worden nagegaan hoever dergelijke medewerkingsplicht en aanverwante plichten als waarheidsplicht en mededelingsplicht reiken, en welke sancties aan deze plichten kunnen worden verbonden. De bewijsrechtelijke sancties in gedingen waar een partij in medewerking tekortschiet, die zich op het vlak van de bewijswaardering bevinden (omkering van de bewijslast of voor bewezen houden), bespreken we in deel II.

In het recht, en meer bepaald in het geding, gaat het niet - althans uiteindelijk niet - om de waarheid van "buitengerechtelijke" feiten, maar om de toewijzing (of afwijzing) van rechtsgoederen (rechtsgevolgen), en om de rechtsverhouding zoals deze voor de rechter verschijnt (niet de feitelijke verhouding an sich). Feiten komen daarin slechts aan bod in de mate waarin zij voor het recht terzake doen, d.w.z. als "rechtsfeiten" kunnen worden ingekleed waaraan aan de hand van een regel of precedent een rechtsgevolg kan worden vastgeknoopt, en - behalve voor de feiten die zich in het geding zelf voordoen - voor zover zij uit een bewijsmiddel - dit is een feit dat zich in het geding zelf voordoet - kunnen worden afgeleid. In ons akkusatoor stelsel van rechtspleging moeten deze rechtsfeiten door de gedingpartijen (zij het door het openbaar ministerie) minstens gesteld zijn (dit ongeacht de onderzoeksmacht van de rechter)<sup>282</sup>. De vraag luidt dan ook of 1° partijen gehouden zijn alle mogelijke rechtens ter zake dienende feiten waarvan zij kennis hebben bekend te maken, en 2° of zij gehouden zijn alle bewijsmiddelen voor de in het geding gestelde feiten, waarover zij beschikken, over te leggen.

We bespreken hier de verplichtingen van de gedingpartijen, niet die van de advocaten. De verplichtingen die uit de eisen van de processuele goede trouw voortvloeien zijn verplichtingen voor de partijen zelf jegens elkaar. Een ander vraagstuk is of de advocaat mag meewerken aan de kwade trouw van de partij, ja zelfs haar daartoe mag aansporen indien dit in haar belang is, dan wel hij in dat geval zijn opdracht moet teruggeven. Dergelijke vragen worden in dit verslag niet

---

<sup>282</sup> Zie J.E. KRINGS & B. DECONINCK, *TPR* 1982, (655), nr. 5-9. Hierop zijn slechts weinige uitzonderingen waaronder het ambtshalve uitspreken van een faillissement de belangrijkste is.

behandeld<sup>283</sup>.

We bespreken hier ook enkel het privaatrechtelijk proces.

**(81. algemene bespreking van de plicht tot het meedelen van feiten en het verbod om te liegen)** Op de eerste vraag kan m.i. niet algemeen stellig worden geantwoord. Vooreerst beoordeelt de rechter de voor hem ingestelde eis niet op grond van alle mogelijke feiten waarop zo'n eis zou kunnen worden gegrond, doch slechts op grond van de rechtsfeiten die door de eiser (c.q. excipiendus) zijn gesteld. De verweerder (op eis of exceptie) moet zich slechts verweren tegen de ingestelde eis in de mate waarin ze op welbepaalde rechtsfeiten wordt gegrond, en niet tegen alle mogelijke eisen, ongeacht hun oorzaak (vgl. art. 702, 3<sup>o</sup> ger.W. e.a. en de exceptio obscuri libelli). Wordt een verweerder niet op kontraktuele grondslag aangesproken, dan dient hij niet bekend te maken dat hij kontraktueel aan de eiser nog iets verschuldigd is. De eiser is omgekeerd in beginsel niet verplicht om de rechtsfeiten mee te delen waarop de verweerder een exceptie kan gronden, doch dit wordt anders bij die rechtsvernietigende excepties, die zelfs geen "natuurlijke verbintenis" laten bestaan, zoals b.v. de betaling : de eiser die een schuldvordering opeist wetende dat zij reeds betaald is, pleegt bedrog (vgl. art. 1378-79 B.W. over de accipiens te kwader trouw), de eiser die een verjaarde of door schuldvergelijking tenietgegane schuld opeist daarentegen niet<sup>284</sup>.

Dit antwoord houdt ook in dat men niet kan spreken van een *algemene* waarheidsplicht van gedingpartijen, van een *volledigheidsplicht*<sup>285</sup>, maar wél van specifieke waarheidsplichten. *Het verzwijgen van rechtsfeiten die ter zake dienend zijn is slechts in bepaalde gevallen bedrieglijk te achten, en namelijk in die gevallen waarin daardoor het gesteld zijn van andere feiten tot een leugen wordt.* Het verzwijgen van de betaling van de opgevorderde schuld maakt het stellen van de schuld van de wederpartij tot een leugen. Immers, de door een partij *gestelde rechtsfeiten* mogen nooit als zuiver historische feiten worden beschouwd, maar *dienen steeds in verband te worden gezien met de daarop gegronde eis of het daarop gegronde verweer* : indien het stellen dat de wederpartij een schuld is aangegaan zonder te vermelden dat zij die ook

<sup>283</sup> Zie daarvoor o.m. A. KOHL, *Procès civil et sincérité*, Université Liège/ Nijhoff den Haag 1971, 122 v.; L. GOFFIN, "De l'obligation de sincérité de l'avocat", *J.T.* 1989, 265.

<sup>284</sup> Vgl. W. HABSCHIED, *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, nr. 711; W. GRUNSKY, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, Gieseking Bielefeld 1970, 157.

<sup>285</sup> Anders o.m. ZPO § 138 I; A. HAMMERSTEIN, *TPR* 1989, (1595), 1601. Redelijk ver gaat ook CLEVERINGA, die bedrog definieert als "elke oneerlijke proceshouding, die tot strekking heeft de waarheid te verdoezelen en hierdoor het materiële recht in zijn tegendeel te verkeren" (Van ROSSEM-CLEVERINGA, art. 382 aant. 5, p. 617).

betaald heeft, historisch geen leugen is, juridisch is zij dat wel. En, *indien partijen niet gehouden zijn de waarheid te spreken, het is hun wel verboden te liegen*, d.i. bewust onware feiten te stellen<sup>286</sup>.

Leugen is er niet alleen wanneer men bewust onware feiten stelt, maar ook wanneer men bewust ware feiten, die door de wederpartij gesteld worden, ontkent<sup>287</sup>. Sommige auteurs menen dat een leugen geoorloofd kan zijn, indien men een exceptie zou kunnen opwerpen, maar niet kan bewijzen, zo b.v. bij ontkenning van een belofte, omdat men reeds betaald heeft, maar dat niet kan bewijzen<sup>288</sup>. In ons recht dient dit evenwel niet te worden opgelost door de ontkenning toe te laten, maar door de onsplitsbaarheid van de geklausuleerde of gekwalificeerde stellingname (de zogezegde gekwalificeerde of geklausuleerde bekentenis, die eigenlijk geen bekentenis is).

Het niet betwisten noch erkennen van een gesteld feit daarentegen is geen leugen, maar wordt bewijsrechtelijk gesanktionerd doordat zulk feit voor waar gehouden wordt, tenzij de zwijgende partij niet gehouden was om de door de wederpartij gestelde rechtsfeiten te betwisten, wat meer bepaald het geval is wanneer de vordering ontoelaatbaar is of wanneer de feiten niet dienend zijn voor de beoordeling van de zaak naar recht, alsook wanneer de feiten te vaag zijn om ze met ja of neen te beantwoorden (zie deel II).

Tegen deze stellingname, dat leugen verboden is, zou men kunnen opwerpen dat uit de rechtsfiguur van de gedingbeslissende eed blijkt dat men mag liegen, zolang de wederpartij omtrent een feit geen eed heeft opgedragen, en dat de partij die de wederpartij wil verplichten de waarheid te spreken dan maar de eed moet opdragen. Dergelijke opwerping snijdt geen hout, vooreerst omdat de eed een middel is om de wederpartij te verplichten de waarheid te spreken, en dus helemaal niet betekent dat hij buiten dat middel om mag liegen, en vervolgens omdat het verbod van bedrog kan afgeleid worden uit art. 1133, 1° ger.W. dat de mogelijkheid tot herroeping van gewijsde opent in geval van bedrog van een partij.

---

<sup>286</sup> Vgl. o.m. R.P.D.B., Tw. Requête civile, nr. 92; A. HAMMERSTEIN, *TPR* 1989, (1595), 1600; W. HABSCHEID, *Schweizerisches Zivilprozeß- und Gerichtsorganisationsrecht*, 258 nr. 710; P. SCHWARTZ, in *Festschrift zum 70. Geburtstag von Dr.iur. Max Guldener*, (291) 298. Vgl. ook Art. 4.4. Gedragscode voor de advocaten van de EG (goedgekeurd bij Reglement van de nationale orde van 12.10.1989) : "De advocaat mag nimmer de rechter bewust onjuiste of misleidende inlichtingen verstrekken" (art. 4.5. : idem t.o.v. deskundige).

<sup>287</sup> C.W. STAR BUSMANN, *Hoofdstukken*, 181 nr. 208; M. GULDENER, *Schweizerisches Zivilprozeßrecht*, Schulthess Zürich (3) 1979, 189; A. HAMMERSTEIN, *TPR* 1989, (1595), 1600.

<sup>288</sup> Zie b.v. A. HAMMERSTEIN, *TPR* 1989, (1595), 1600; P. SCHWARTZ, in *Festschrift zum 70. Geburtstag von Dr.iur. Max Guldener*, (291) 298.

Het bedrog wordt daarbij niet anders beoordeeld dan bij de totstandkoming van kontraktuele verbintenissen<sup>289</sup>.

Nu moet ook het verbod om te liegen op haar juiste plaats worden gezet. In verhoudingen die in rechte ter beschikking staan van de partijen (waarover dading mogelijk is) hebben partijen slechts tegenover elkaar en niet tegenover de rechter de verplichting om niet te liegen, en meer algemeen om geen bedrog te plegen. Dit betekent o.m. dat er geen verbod geldt om ten nadele van zichzelf te zwijgen of te liegen<sup>290</sup>, maar alleen een verbod om dit ten nadele van de wederpartij (of van een derde) te doen.

Een tweede nuancering, in de andere zin dan, is dat de afwezigheid van een *algemene verplichting* om alle ter zake dienende feiten mee te delen, niet uitsluit dat een partij de *last* kan hebben om haar beweringen of betwistingen voldoende in feite te specificeren. In het bij het begin van dit verslag aangehaalde Mellery-arrest vinden we daarvan een voorbeeld. Dit wordt in deel II besproken, omdat de sanktie daarvan meestal louter bewijsrechtelijk is. In sommige gevallen evenwel bestaat er reeds een materieelrechtelijke verplichting om specifieke inlichtingen te verschaffen aan de wederpartij. Dit is m.b. het geval bij "rekenplichtigen", personen die andermans zaken waargenomen hebben<sup>291</sup>. In die gevallen reikt de mededelingsplicht natuurlijk verder dan enkel het verbod om te liegen.

**(82. sanktie van het verbod om te liegen)** De grootste moeilijkheid van deze gematigde waarheidsplicht, juister nog van het verbod van bedrog, ligt in de sanktie. Grof geschetst zijn er twee mogelijkheden : ofwel komt het bedrog reeds in de loop van het geding (althans vooraleer de beslissing in kracht van gewijsde is gegaan) aan het licht, ofwel niet. In het laatste geval is enerzijds een verzoek tot herroeping van gewijsde mogelijk (c.q. herziening, art. 31 W.R.v.St.), anderzijds een

---

<sup>289</sup> Ch. van REEPINGHEN, noot onder Hof Luik 28 februari 1957, *J.T.* 1958, 94; W. GANSHOF van der MEERSCH, conclusies voor Cass. 16 mei 1974, *Pas.*, I, 962.

<sup>290</sup> Vgl. LAND-EGGENS, 36; M. GULDENER, *Schweizerisches Zivilprozeßrecht*, 189. Anders b.v. voor het duitse procesrecht (dat over het algemeen steeds veel publiekrechtelijker ingesteld is geweest, en de subjektieve waarheidsplicht in § 138 ZPO heeft ingevoerd) W. BERNHARDT, "Wahrheitspflicht und Geständnis im Zivilprozeß", *JZ* 1963, 245, en vergelijkbaar D. OLZEN, "Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozeß", 98. *ZZP* 1985, 403 v. Daartegen ingaand dan weer W. GRUNSKY, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, 155.

<sup>291</sup> Zie daarover o.m. F. HERZFELDER, "L'obligation de renseigner et de rendre des comptes", *R.I.D.C.* 1972, 563 v.; H. de PAGE & R. DEKKERS, *Traité*, V nr. 420 v. Zie b.v. de artt. 1993, 1372, 2, 389, 3, 469 v., 803, 813 BW en 1031, 5 B.W. en 1230 ger.W. Vergelijk ook de verplichting van de werkgever om een loonafrekening te bezorgen (art. 15 Loonbeschermingswet, KB nr. 5 van 23 okt 1978).

vordering tot schadevergoeding<sup>292</sup> (tegen de wederpartij, soms ook tegen diens advocaat rechtstreeks). In het eerste geval zijn er naast de bewijsrechtelijke sankties (de ongeloofwaardigheid van die partij voor de rest van het geding) ook processuele sankties mogelijk, meer bepaald een veroordeling in de bijkomende kosten door het bedrog veroorzaakt<sup>293</sup>.

Anderzijds moet het bedrog ook tijdig worden ingeroepen. Het recht om zich op het processueel bedrog van de wederpartij te beroepen - m.b. tot herroeping van gewijsde - wordt namelijk volgens het kassatie-arrest van 16 mei 1974<sup>294</sup> verwerkt door dit niet voor de uitspraak te doen, indien men dit bedrog voordien gemakkelijk had kunnen ontdekken (in casu door het ontvangstbewijs van een aange tekende zending bij de post op te vragen). In zijn gestrengheid is dit arrest niet meer houdbaar sinds het kassatie-arrest van 23 september 1977<sup>295</sup>, waar geoordeeld werd dat diegene die bedrog pleegt zich niet op de onverschoonbaarheid van de dwaling van de wederpartij kan beroepen. Uit dit arrest volgt m.i. dat het beroep op bedrog (of achterhouden van stukken) slechts verwerkt wordt indien men het beroep niet doet voor de uitspraak hoewel men het bedrog of achterhouden *kende*,<sup>296</sup> doch niet reeds bij gebrek aan een beroep wanneer men het bedrog enkel *kon* kennen<sup>297</sup>.

### **(83. de plicht tot het overleggen van bewijsmiddelen en de sanktie ervan)**

Op de tweede vraag, namelijk of partijen gehouden zijn alle bewijsmiddelen voor de in het geding gestelde feiten, waarover zij beschikken, over te leggen, dient eveneens genuanceerd positief te worden geantwoord.

Gaat het om bewijsmiddelen, b.v. stukken, waaruit zou blijken dat de door die partij gestelde feiten juridisch een leugen vormen, dan is niet vooreerst het achterhouden van die stukken, als wel reeds het verzwijgen van de daaruit bijkomende

---

<sup>292</sup> Zie o.m. A. KOHL, *Procès civil et sincérité*, 137-142.

<sup>293</sup> De veroordeling in de kosten wordt uitdrukkelijk vooropgesteld door art. 92, 1 Italiaanse C.P.C., als sanktie van de "dovere di lealtà e probità", opgelegd door art. 88 Italiaanse C.P.C.

<sup>294</sup> Cass., 16 mei 1974, Vandenhouste-Vanhumbecq t. Monier, verbreking, *Pas.* I, 961, met concl. P.G. W. GANSHOF van der MEERSCH, *R.W.* 1974-75, 725, *R.C.J.B.* 1976, 148 noot G. DEMEZ, "La participation des parties à l'administration de la preuve".

<sup>295</sup> Noordermeer, Lodewikus t. Van Loo cs., *Arr.* 107, gelijkkluidende besluiten A.g. J.E. Krings, *R.W.* 1977-78, 933, *J.T.* 1978, 362, verwerping van de voorzieningen t. Hof Gent 27 juni 1975. Zie daarover de rechtsleer aangehaald in voetnoot 162.

<sup>296</sup> Dat men in dat geval geen herroeping kan vragen, wordt algemeen aanvaard. Zie o.m. G. DEMEZ, *R.C.J.B.* 1976, 160 nr. 28.

<sup>297</sup> In dezelfde zin G. DEMEZ, *R.C.J.B.* 1976, 161 v. nr. 29 v.

feiten (b.v. de betaling) reeds een vorm van bedrog (zie vorig randnr.). Hetzelfde geldt, wanneer het gaat om bewijsmiddelen waaruit zou blijken dat de partij die ze achterhoudt leugenachtig door de andere partij gestelde feiten ontkent. Dit betekent natuurlijk niet dat een *actio ad exhibendum* in deze gevallen overbodig is : het is precies deze actio die het mogelijk maakt de leugen van die partij te bewijzen.

De vraag luidt dus verder in welke mate er ook daarbuiten deze genoemde gevallen van bedrog een verplichting tot overlegging van bewijsmiddelen bestaat, nl. in die gevallen waarin uit die bewijsmiddelen noch de valsheid van door de achterhoudende partij gestelde feiten noch de juistheid van door de wederpartij gestelde feiten zou blijken, maar wel ter zake dienende feiten die door de wederpartij niet gesteld werden, meer bepaald omdat die wederpartij de precieze toedracht van de zaak niet kent. Welnu, in die gevallen kan de rechter "aan iedere gedingvoerende partij bevelen het bewijsmateriaal dat zij bezit, over te leggen" (art. 871 ger.W.) en meer bepaald de overlegging van een stuk bevelen, indien "gewichti



ge, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens bestaan dat een partij (...) een stuk onder zich heeft dat het bewijs inhoudt van een ter zake dienend feit" (art. 877 ger.W.); in deze bepaling wordt *niet* vereist dat de actor dat ter zake dienend feit specifiek stelt. Doch de *actio ad exhibendum* wordt ten dele overbodig indien men aanvaardt - vergelijkbaar met het Mellery-arrest - dat, wanneer een partij een welbepaalde rechtens terzakelijke feitelijke toedracht beter kent of dient te kennen dan de wederpartij, zij niet kan volstaan met een algemene ontkenning van diens stelling, maar gemotiveerd en gespecificeerd dient te betwisten, op straffe van het bewezen geacht worden van die stelling (zie deel II). Indien in dergelijke betwisting dan feiten worden gesteld, waarvan uit achtergehouden stukken blijkt dat ze leugenachtig zijn, dan is reeds die betwisting (en niet zozeer het achterhouden van stukken) een vorm van bedrog. De *actio ad exhibendum* dient ook hier dan veeleer om een mogelijke leugen van die partij te bewijzen.

Indien de plicht tot het overleggen van bewijsmiddelen aldus reeds begrepen is in het verbod van bedrog, heeft zij toch ook een zelfstandige betekenis, omdat zij het precies mogelijk maakt de naleving van dat verbod na te gaan. In die zelfstandige betekenis gaat het echter niet meer om een algemene plicht tot het overleggen van alle bewijsmiddelen waarover men beschikt, ook - en vooral - de nadelige, maar uitsluitend om een verplichting om die specifieke bewijsmiddelen over te leggen die door de wederpartij (of de rechter) opgevraagd worden. Dit onderscheid blijkt b.v. uit art. 21 v. W.v.K. Deze zelfstandige overleggingsplicht vindt een duidelijke bepaling in de artt. 871 en 877 ger.W.

Ook hier is de vraag wat de sanktie dient te zijn in geval van weigering. M.i. is de sanktie vooreerst te vinden in de bewijswaardering, zoals verderop besproken wordt. Doch ook processuele sankties zijn denkbaar. Zo zal de partij die weigert in een deel of het geheel der kosten worden verwezen. Ook zou aan het bevel tot overlegging een dwangsom kunnen worden gekoppeld<sup>298</sup>. Anders dan bij het bevel tot persoonlijke verschijning gaat het hier inderdaad niet louter om een last, maar wel degelijk om een plicht, zoals blijkt uit art. 495 bis Sw. De ratio is dat het niet overleggen niet alleen het bewijs kan onmogelijk maken (dan zou de sanktie van het voor bewezen houden volstaan), maar soms de wederpartij ook belet om zelfs

---

<sup>298</sup> In die zin Rb. Luik 2 juli 1980, *J.L.*, 241 noot G. de LEVAL, Vred. Brugge 13 oktober 1981, *R.W.* 1981-82, 332; Rb. Hoi 30 december 1981, *J.L.* 1982, 137 noot G. de LEVAL; Hof Bergen 12 juli 1985, *R.rég.Dr.* 1987, 57; Rb. Luik 25 januari 1990, Pauchenne t. Schreuders, A.R. nr. 97.335/89; G. de LEVAL, "L'instruction sans obstructions", *La preuve*, Colloque 12-13 maart 1987, Faculté de droit U.C.L., 26 v.

maar de aanspraak te stellen, omdat hij geen enkele weet heeft van (de omvang van) zijn rechten.

Ten slotte kan hierbij nog opgemerkt worden dat er reeds een heel aantal gevallen bestaan waarin een partij op grond van de materieelrechtelijke verhouding verplicht is om bepaalde bewijsmiddelen ter beschikking te stellen (verplichting om een dubbel van de overeenkomst te bezorgen, om een ontvangstbewijs af te geven, om een kwijtschrift af te leveren, e.d.m.; vgl. ook art. 842 B.W.), al zal de wederpartij met die verplichting niet gebaat zijn indien de wederpartij precies de overeenkomst, ontvangst of betaling ontkent, en de partij niet meer over een opschortings- of retentierecht of een gelijkaardig drukkingsmiddel beschikt.

**(84. de last tot medewerking bij de bewijsvoering - omvang)** De last tot medewerking aan de bewijsvoering reikt verder dan enkel de reeds genoemde lasten om specifieke bewijsmiddelen over te leggen. Zij betreft meer bepaald ook de medewerking bij het scheppen van bewijsmiddelen, met name in de door het gerechtelijk wetboek voorziene procedures zoals verschijning in persoon, schriftonderzoek, deskundigenonderzoek of plaatsbezoek, of in door materiële wetten bepaalde bewijsprocedures, zoals b.v. bloedproeven en "andere wetenschappelijke methodes" (art. 331 octies B.W.), e.d.m.

Deze medewerkingslast kan reeds bestaan vooraleer er een geding is tussen partijen, precies omdat partijen er veelal toe gehouden zijn om vooraf - *in tempore utile* - bewijsmiddelen te verzamelen, zoals verder in deel II wordt besproken.

Men kan zeggen dat deze medewerkingslast niet algemeen is, maar specifiek, omdat zij steeds betrekking heeft op een welbepaalde bewijsprocedure of een welbepaalde bewijstechniek, tot medewerking waaraan een partij moet worden opgevorderd door de wederpartij of door de rechter. Doch binnen die procedure is de last vrij algemeen : zo houdt art. 972, 1 ger.W. een last in om aan de deskundige alle nodige stukken ter hand te stellen, en niet slechts specifieke door de deskundige opgevraagde stukken, precies mede omdat de deskundige niet weet welke stukken partijen precies bezitten.

Voor deze medewerkingslast is vereist dat de bewijsprocedure toelaatbaar is. Daartoe is meer bepaald vereist dat :

a) door middel van die procedure een bewijsmiddel tot stand kan worden gebracht

*waaruit naar regels van bewijsrecht* (b.v. art. 1341 B.W.) *een bewijs kan worden afgeleid* van de vordering tot bewijs waarvan de procedure wordt voorgesteld. Is dit niet het geval, dan is het verzoek tot dergelijke procedure ontoelaatbaar wegens gebrek aan belang. Hierbij moet wel opgemerkt worden dat niet het bewijs zelf toelaatbaar of ontoelaatbaar is, zoals art. 915 ger.W. stelt, want regels van bewijsrecht kunnen géén ontoelaatbaarheden bepalen, maar enkel dat uit bepaalde middelen het bewijs van bepaalde vorderingen of feiten niet kan (mag) worden afgeleid, wat geen vraag van toelaatbaarheid is, maar een vraag aangaande de zaak zelf (het bodemgeskil).

b) die procedure strekt tot het bewijs van rechtsfeiten welke *ter zake dienend* zijn, d.i. dienend voor de beslissing omtrent het geschil, wat afhangt van de rechtsgevolgen welke naar recht aan die rechtsfeiten kunnen worden toegekend. Anders is het verzoek eveneens ontoelaatbaar wegens gebrek aan belang<sup>299</sup>, al veronderstelt de beoordeling daarvan reeds een beoordeling van de zaak zelf.

c) die procedure in feite *nuttig* kan zijn voor het bewijs van de ter zake dienende rechtsfeiten tot bewijs waarvan zij strekt. Ook hier zou het verzoek anders ontoelaatbaar zijn wegens gebrek aan belang.

Nochtans mag de ontoelaatbaarheid, m.b. wegens het niet ter zake dienen dan wel de nutteloosheid, niet te snel worden uitgesproken, en meer bepaald niet indien de procedure van aard is om partijen tot erkenning (zgn. bekentenis) van bepaalde terzake dienende feiten te brengen.

**(85. de last tot medewerking bij de bewijsvoering - beperkingen voortvloeiend uit de materieelrechtelijke verhouding)** Het feit dat een bewijsprocedure overbodig is, omdat er een goedkopere werkwijze bestaat, brengt nog niet noodzakelijk ontoelaatbaarheid mee, maar heeft tot gevolg dat de verzoeker in ieder geval de meerkost daarvan moet dragen. Wel kan het feit dat geoordeeld wordt dat de verzoekende partij zich naar verkeersgebruik en/of goede trouw eerder een beter bewijsmiddel had moeten verschaffen de verwerking van het recht op andere bewijsmaatregelen meebrengen, zelfs indien die misschien nog nuttig zouden kunnen zijn. Voorbeelden daarvan komen in deel II ter sprake, zoals de afwijzing van een getuigenverhoor voor handelsverbintenissen waarvan men zich naar verkeersgebruik een schriftelijk bewijs had moeten verschaffen en gemakkelijk kon verschaffen. Het betreft hier een beperking gegrond op de materieelrechtelijke verhouding tussen partijen.

---

<sup>299</sup> A. FETTWEIS, *Manuel*, nr. 487.

Ook de weigering van de ene partij om mee te werken aan een bepaalde bewijsprocedure kan gerechtvaardigd zijn om redenen die volgen uit de aard van de materieelrechtelijke verhouding, die immers mede de omvang van de medewerkingslast bepaalt<sup>300</sup>. Meer bepaald bij bewijsprocedures die de menselijke persoon of zijn privéleven raken, dan wel de know-how of de bedrijfsgeheimen, is er slechts in bepaalde geschillen sprake van een medewerkingslast : zo kan de overlegging van de volledige boekhouding slechts bevolen worden in zaken van erfopvolging, gemeenschap, verdeling van een vennootschap of faillissement, of door bijzondere wetten bepaald (art. 21 W.v.K.); zo kan een bloedproef bevolen worden inzake afstamming (art. 331 octies B.W.), maar daarom niet in alle aangelegenheden; e.d.m. Zie b.v. ook art. 1253 quinqies B.W. Ik betwijfel evenwel dat deze beperking van de medewerkingslast veel verdergaat dan de reeds genoemde beperking door de vereiste dat dat de procedure nuttig moet zijn voor het bewijs van ter zake dienende feiten. De enige nuance die ik zie is dat voor dergelijke maatregel niet alleen vereist kan worden dat ze nuttig is, maar ook dat ze nodig is voor het bewijs van de desbetreffende ter zake dienende feiten. Maar zelfs "fundamentele" rechten en vrijheden kunnen misschien wél meebrengen dat een bepaalde bewijsmaatregel niet in natura mag worden afgedwongen, maar betekenen niet dat er bewijsprocedures zijn waaraan men *ongeacht de aard van het geschil* ongestraft medewerking mag weigeren (waarbij ik met ongestraft bedoel dat het verzuim geen enkele sanktie kan meebrengen, ook niet op het vlak van het bewijs of de kosten). Dit blijkt b.v. uit de bloedproef, die hoewel zij de menselijke persoon raakt, toch kan worden bevolen, m.b. inzake afstamming. Deze rechten brengen wél mee dat men medewerking mag weigeren indien de bewijsmaatregel niet nodig is voor het bewijs van een beslissend feit.

Het beroepsgeheim geeft dan ook veeleer aanleiding tot een verschuiving dan een opheffing van de mededelings- en medewerkingslast : het beroepsgeheim is steeds een verplichting jegens een welbepaalde persoon (of personen), zodat het inroepen ervan de vraag moet doen rijzen of die persoon, die de professioneel van zijn geheimhoudingsplicht kan ontslaan, zijn weigering daartoe kan rechtvaardigen en zelf jegens de gedingpartij recht heeft op de geheimhouding. Indien een advocaat omtrent bepaalde feiten een beroep kan doen zijn beroepsgeheim, dan betekent dat geenszins dat zijn cliënt dat omtrent die feiten kan, en het is niet aanvaardbaar

---

<sup>300</sup> Vgl. A. HAMMERSTEIN, *TPR* 1989, (1595) 1606.

dat een partij aan een mededelingsplicht zou kunnen ontsnappen, gewoon door het stuk aan zijn advocaat in bewaring te geven<sup>301</sup>. Is de partij niet tot geheimhouding gerechtigd, dan kan hij veroordeeld worden tot instemming met de overlegging van een bewijsmiddel, en geldt het bevel tot overlegging aan de derde overigens als toestemming (zijnde een uitvoering in natura daarvan).

Is zij wel tot geheimhouding gerechtigd tegenover de wederpartij, dan belet dit niet dat zij er toe gehouden is om een onpartijdig deskundige mededeling te doen, die op zijn beurt tot geheimhouding verplicht is behalve wat het vaststaan van de betwiste en ter zake dienende feiten zelf betreft. Zo is een koopman gerechtigd om de overlegging van de boekhouding aan de wederpartij en de rechter te weigeren (behalve in de gevallen van art. 21 W.v.K.), maar niet om de openlegging te weigeren aan een door de rechter aangestelde deskundige, opdat deze "daaruit zou nemen wat het geschil betreft" (art. 21-22 W.v.K.). Zo is een partij gerechtigd om de overlegging van een medisch dossier aan de wederpartij en de rechter te weigeren, maar niet om dit aan een door de rechter aangestelde medische deskundige te weigeren, ten einde daaruit te nemen hetgeen het geschil betreft. Hetzelfde geldt voor bedrijfsgeheimen, die men aan de concurrenten mag onthouden, maar daarom niet aan een door de rechter aangesteld deskundige. En vertrouwelijke briefwisseling tussen advocaten moet wel aan de stafhouder worden voorgelegd, opdat deze erover zou oordelen.

**(86. de last tot medewerking bij de bewijsvoering - inhoud en sanktie)** De verdere konkrete inhoud van de medewerkingslast, en meer bepaald de wijze waarop partijen zich bij een bewijsprocedure dienen te gedragen, is mutatis mutandis dezelfde als in de rechtspleging in het algemeen : tijdig inroepen van excepties, verbod van verdragingsmaneuvers, verplichting tot mededeling van alle stukken die aan de deskundige worden medegedeeld<sup>302</sup>, verbod van bedrog, e.d.m. Zo geldt ook bij bewijsmaatregelen een gematigd concentratiebeginsel, dat in sommige bijzondere bepalingen overigens uitdrukkelijk wordt voorgeschreven<sup>303</sup>.

Zo ook kan men bij de bewijsvoering spreken van een last om geenodeloze kosten te veroorzaken, dus om de goedkoopste weg te kiezen. Zo kan dikwijls reeds veel opgelost worden met een verhoor van partijen en/of een plaatsbezoek, en is het

---

<sup>301</sup> Vgl. A. DUQUESNE, M. FONTAINE, G. KELLENS, A. KOHL en C. PIRARD, "La procédure de production de documents dans le Code judiciaire et le secret professionnel", *Ann.Lg.* 1970, (195) 249, die evenwel voor het overige in die bijdrage veel te weinig aandacht besteden aan de vraag in welke gevallen de toevertrouwende wel recht heeft op geheimhouding.

<sup>302</sup> Zie b.v. art. 145 en 190 Beroepscode.

<sup>303</sup> Zie in het algemeen A. CLOQUET, *Deskundigenonderzoek*, nr. 311.

overdreven om dadelijk een deskundigenonderzoek te vragen<sup>304</sup>. Zo dient een partij die indien een deskundigenonderzoek noodzakelijk maakt doordat zij onvoldoende elementen in het debat brengt, de kosten daarvan te dragen, zelfs indien zij in het gelijk wordt gesteld<sup>305</sup>.

Sankties bij gebrek aan medewerking zijn ook hier weer op de eerste plaats te vinden in de bewijswaardering (het voor bewezen houden van de feiten aan de bewijs waarvan men weigert mee te werken, zie deel II) of aanverwante sancties (b.v. de vervallenverklaring van de eiser tot echtscheiding die het laat afweten op de persoonlijke verschijning, art. 1263 ger.W.), en de verwijzing in (de) kosten<sup>306</sup>. In sommige gevallen is ook een echte plicht, met mogelijkheid tot uitvoering in natura of veroordeling tot betaling van een dwangsom wenselijk. Dit dient in andere gevallen te worden afgewezen, zoals b.v. wat de persoonlijke verschijning betreft, doch dit is omdat het persoonlijkheidsrecht hier voorrang heeft, en niet omdat het bevel geen "veroordeling" zou zijn in de zin van de eenvormige wet op de dwangsom, en nog veel minder omdat dit in strijd zou zijn met een "vrijheid om zich te verweren zoals men dat wil" - zoals het Hof van cassatie lijkt te suggereren<sup>307</sup>. De vrijheid om zich te verdedigen zoals men dat wil is in ons gerechtelijk recht weliswaar niet onbestaande, maar evenmin onbeperkt en onbelast - zoals duidelijk blijkt uit o.m. art. 871 ger.W. : zij wordt precies beperkt door de eisen van de processuele goede trouw, door de verplichting om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.

**(87. verbod van misbruik van omstandigheden)** Naast het verbod van bedrog kan men nog het verbod onderscheiden om misbruik te maken van omstandigheden, en meer bepaald van behoeften, zwakheden, onkunde e.d. van de wederpartij<sup>308</sup>, en dit meer bepaald bij de voorstelling van de feiten. Dit hangt samen met het beginsel van de "Waffengleichheit". De sanctie hiervan kan liggen in de bewijswaardering en/of in de verwijzing in de kosten. Een recent geval waarin de rechter in

---

<sup>304</sup> Vgl. o.m. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, 73 nr. 72.

<sup>305</sup> Zie b.v. Hof Brussel 25 maart 1970, De Faleo t. RMZ, *J.T.*, 295. Vgl. ook voor een nodeloos deskundigenonderzoek in een materieelrechtelijke (kontraktuele) verhouding Vred. Antwerpen (1e k.) 28 september 1983, Hypotheek- en kapitalisatiemaatschappij t. Vetere, Procureur-Courtequise, A.R. nr. 4793.

<sup>306</sup> Zie voor de verwijzing in de kosten b.v. ook Kh. Luik 3 februari 1978, nv SECA t. nv DISTRIMAS, *R.C.J.B.* 1979, 451 noot E. CEREXHE

<sup>307</sup> Cass. 18 februari 1988, *R.W.* 1989-90, 145 betreffende het bevel tot persoonlijke verschijning. Zie daarvoor ook Hof Brussel, 25 maart 1986, *J.T.*, 514;.

<sup>308</sup> Zie verder W. HENCKEL, *Prozeßrecht und materielles Recht*, 145.

hoger beroep oordeelde dat de "égalité d'armes" geschonden was betref een deskundigenonderzoek inzake huurschade, waaraan de ene partij door een onkunde, domheid, e.d.m., waarvan de wederpartij niet onkundig kon zijn, niet zinvol kon deelnemen, en waaraan de rechter om die reden in casu geen bewijswaarde heeft toegekend<sup>309</sup>.

---

<sup>309</sup> Rb. Luik 12 mei 1989, *J.L.M.B.* 1990, 133.

#### 1.2.4. Misbruik van rechtsmiddelen

**(88. algemeen)** Een bespreking van de rol van de goede trouw bij het instellen van rechtsmiddelen leidt grotendeels tot een herhaling van van wat in het voorgaande werd gezegd. We gaan dan ook niet verder in op vragen als het tergend en roekeloos beroep (randnr. 27 en 57)<sup>310</sup>, de kostenbeperkingslast (randnr. 33), het concentratiebeginsel (randnr. 70 v., m.b. 72), de exceptio obscuri libelli tegen de akte van beroep, het verzet of hoger beroep na ongerechtvaardigd verstek (randnr. 46), de verwijzing in de kosten van de partij die eerst in hoger beroep een beslissend middel opwerpt of stuk overlegt (randnr. 62), e.d.m. - ook al gelden de hoger omtrent die punten verdedigde stellingen veelal zelfs a fortiori in hoger beroep.

Wat het laatste betreft, nl. het laattijdig verweer, kan er hier al op gewezen worden dat, zoals in deel II wordt uitgewerkt, een partij in ons recht in beginsel over de grond van de zaak nog steeds eerst in hoger beroep standpunt in kan nemen, zonder dat haar "berusting" kan worden tegengeworpen, en dit zowel wat de waardering naar recht betreft, als wat de feiten betreft, dit laatste onder dit voorbehoud, dat zij niet voordien erkend werden. Doch dit betekent niet dat dit laattijdig verweer niet met een veroordeling in de kosten dient te worden bestraft, zo het niet gerechtvaardigd wordt m.b. door het ontdekken van een nieuw feit of stuk.

**(89. berusting en verwerking van rechtsmiddelen)** Dit brengt ons bij de figuur van de berusting. Berusting is een middel van ontoelaatbaarheid van rechtsmiddelen en moet dan ook goed onderscheiden worden van de afstand van recht (althans van actio, d.i. van de opeisbaarheid van het recht), die het bodemgeschil (de zaak zelf) betreft. Het is m.i. dan ook onterecht dat men uit de bepaling van art. 1045, 3 ger.W. als algemene regel heeft afgeleid dat afstand van recht alleen kan worden afgeleid uit feiten die voor geen andere uitleg vatbaar zijn. Er kunnen immers redenen zijn om de afstand van rechtsmiddelen, die een processueel recht betreffen, anders te behandelen - namelijk strenger - dan de afstand van materieelrechtelijke rechten. Op materieelrechtelijk vlak b.v. is er geen enkele reden om de afstand van recht, als rechtshandeling om niet, anders te behandelen dan de belofte om niet (éénzijdige belofte of éénzijdige overeenkomst); de regel dat een éénzijdige overeenkomst alleen kan worden afgeleid uit feiten die voor geen andere uitleg

---

<sup>310</sup> Zie b.v. Ch. van REEPINGHEN, Verslag over de gerechtelijke hervorming, 394 noot 258; Vz. Rb. 's Gravenhage 17 juli 1980, NJ 1981, 96 kort geding tegen appellant die hoger beroep enkel instelt om de ontruiming van een woning uit te stellen).



vatbaar zijn, is dus precies even veel of even weinig verdedigbaar als de zopas genoemde. Uit de rechtspraak omtrent de berusting kan m.i. dus niets beslissends worden afgeleid voor de vraag wanneer afstand van recht kan worden aangenomen (en nog veel minder voor de vraag wanneer iemand zijn recht verwerkt). Deze vraag moet telkens in de kontekst van het bodemgeschil zelf, en dus rekening houdende met de buitenprocessuele omstandigheden, de verhouding tussen partijen, e.d. beoordeeld worden.

Omgekeerd is de strengheid inzake berusting<sup>311</sup> niet alleen wettelijk bepaald, maar ten dele ook gerechtvaardigd, omdat proceshandelingen nu eenmaal niet op grond van dezelfde gebreken in de toestemming kunnen worden vernietigd als andere rechtshandelingen. Weliswaar is een verzoek tot herroeping van gewijsde mogelijk in geval van bedrog door de wederpartij alsook in geval van dwaling veroorzaakt door het achterhouden of de valsheid van stukken e.d. Doch gewone dwaling, geweld noch benadeling laten geven de mogelijkheid tot een buitengewoon rechtsmiddel. Dit verklaart ook mede waarom precies de uitvoering van een bij voorraad uitvoerbare veroordeling betreft zo zelden als berusting wordt aanvaard. De dreiging van gedwongen tenuitvoerlegging is een reden om de uitvoering - zelfs zonder voorbehoud - niet als "vrijwillig" te beoordelen.

Is er dan nog plaats voor de goede trouw van het handelen bij de beoordeling van de berusting? M.i. wel, indien de partij die een rechtsmiddel instelt, door zijn eerdere gedraging het vertrouwen van de wederpartij heeft gewekt dat zij zou berusten en deze partij in vertrouwen daarop heeft gehandeld, zodat zij nu een nadeel leidt.

---

<sup>311</sup> Zie b.v. Cass. 3 januari 1974, Digneffe, Juprelle t. Del Marmol, de Fabribeckers, *Arr.*, 482; Cass. 17 november 1977, Nuy t. belgische Staat, *Arr.*, 319; Cass. 13 maart 1978, n.v. Walco Standard en Ideal Standard t. Verfaillie, *Arr.*, 824; Hof Brussel 11 februari 1988, Van den Lemmer t. p.v.b.a. Art moderne, *J.T.* 1988, 322 (betaling zonder voorbehoud - door de advocaat - van de gerechtskosten van een vonnis dat niet uitvoerbaar was bij voorraad); Hof Luik 28 juni 1985 en Cass. 26 februari 1987, Hennuy t. Landsbond soc. mut. *J.T.*, 343 (bij schrijven aan de Procureur des Konings klacht intrekken, afzien van schadevergoeding en vragen de vervolging te stoppen, zou geen afstand betekenen van het recht om te vorderen voor de burgerlijke rechter); Cass. 26 oktober 1989, curatoren Buchet & Gyselinx t. stad Charleroi, *J.L.M.B.* 1990, 38 (betekenen van een vonnis, zelfs zonder voorbehoud, houdt nog geen berusting in).

Opvallend is ook dat het in randnr. 16 aangehaalde arrest Cass., 12 mei 1989, Belg. Staat (Volksgezondheid & Financiën) t. n.v. United Foods en n.v. Van den Abeele, A.R. nr. 5981/1, dat niet principieel afwijzend staat tegenover de leer der rechtsverwerking, uitdrukkelijk voorbehoud maakt voor de toepassing ervan op rechtsmiddelen.

Berusting werd b.v. wel aanvaard door Hof Luik 1 juni 1987, Dumasy t. Sofivea, waar de appellant na het instellen van hoger beroep tegen een niet bij voorraad uitvoerbaar vonnis, toch volledig uitvoert zonder voorbehoud, en dan twee jaar stilzit, tot geïntimeerde in besluiten de berusting opwerpt.

Sanktie hiervan is dan wel veeleer schadevergoeding dan ontoelaatbaarheid van het rechtsmiddel.

Ook moet de wederpartij die een prestatie ontvangen heeft zonder dat bij de uitvoering daarvan voorbehoud werd verwoord, als accipiens te goeder trouw beschouwd worden in de zin van art. 1378 B.W. (subjektieve goede trouw bij onverschuldigde betaling), zodat hij bij een mogelijke hervorming van het vonnis géén intresten verschuldigd is, althans niet voor de periode tot aan de kennisname van de instelling van het rechtsmiddel.

**(90. misbruik van aanleg)** Een andere ontoelaatbaarheid, die typisch is voor het hoger beroep, zou kunnen gegrond worden op de kunstmatigheid van de aanleg, die slechts bereikt werd door de waarde van de zaak op te blazen om hoger beroep te kunnen instellen<sup>312</sup>. Art. 8 van het wetsontwerp tot hervorming van het gerechtelijk wetboek zal door de afschaffing van art. 620 ger.W. (samentellen van eis en tegeneis voor de bepaling van de aanleg) reeds één mogelijkheid tot misbruik uitschakelen. Nu immers kan men een tweede aanleg verkrijgen, enkel door een tegeneis in te stellen. Gevaar voor misbruik is er m.b. door de mogelijkheid een tegeneis wegens tergend en roekeloos geding in te stellen, gezien men deze op omzeggens om het even welk bedrag kan schatten.

---

<sup>312</sup> M. STORME, *Liber amicorum Jan Ronse*, nr. 37. Zie de verwijzingen bij J. de COCK, in *De advocaat. De positie van de advocaat in en rond het gerechtelijk wetboek*, (111) 121. Vgl. ook W. ZEISS, *Die arglistige Prozeßpartei*, 89-98.

### 1.3. Voorlopig besluit.

(91.) Uit al het voorgaande moge blijken dat er in ons procesrecht, ondanks zijn uitgebreide wettelijke regeling en semi-publiekrechtelijke aard, toch nog een grote rol voor de goede trouw is weggelegd. Zelfs een - stilaan dringend noodzakelijke - wettelijke hervorming zal deze zeker niet overbodig maken.

De belangrijke betekenis van de goede trouw kan echter maar begrepen worden indien ook de rol daarvan in het bewijsrecht minstens ten dele bestudeerd wordt, alleen al omdat vele processuele gedragingen, die men in strijd met de goede trouw kan oordelen, hun effectieve bestraffing slechts in het bewijsrecht vinden, alsook omdat het doel van het proces uiteindelijk ligt in het waarmaken van vorderingen, en waarmaken niets anders is dan bewijzen.

Het wordt dan ook de hoogste tijd om de invloed van de goede trouw in het bewijsrecht even te bekijken.