

HOMMAGE AAN PROF. DR. MARCEL STORME

DE WET 3 AUGUSTUS 1992 TOT WIJZIGING VAN HET GERECHTELIJK WETBOEK: EEN STORM IN EEN GLAS WATER?

Inleiding

1. Met bijzonder groot genoegen stelde prof. Marcel Storme bij het ter hand nemen van de speciale editie van het Belgisch Staatsblad van 31 augustus 1992 vast dat de nieuwe wet tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek de datum droeg van zijn verjaardag: 3 augustus. Reeds bij een eerste lectruur ontdekte hij echter dat de wet niet echt een verjaardagsgeschenk was.¹ Niettemin deed hij een oproep tot de rechtspractici: de nieuwe teksten moeten zonder negatieve vooringenomenheid bestudeerd worden en overeenkomstig de ene echte *ratio legis* – de proceseconomie – toegepast worden.²

2. Het past thans naar aanleiding van het emeritaat van prof. Marcel Storme een eerste balans op te maken: vond zijn oproep in de rechtspraktijk navolging? Heeft de Wet 3 augustus 1992 aldus de verhoopde justitiële rust gebracht? Kan het civiele proces dan toch een weldaad worden voor de burgers?³ Of berust een en ander op misplaatst optimisme, ja zelfs op naïviteit?⁴

3. In deze korte bijdrage volgen een aantal algemene bedenkingen ter evaluatie van de Wet 3 augustus 1992.⁵ Dit nummer van het *Rechtskundig Weekblad* is daarenboven een themanummer. De doctrine en de jurisprudentie handelen in hoofdzaak over het gerechtelijk recht. Ze vormen een eerbetoon aan prof. Marcel Storme die erin geslaagd is het gerechtelijk recht te doen herwaarderen en evolueren naar een volwaardige rechtstak.

*Doctrine*⁶

4. De eerste commentatoren van de Wet 3 augustus 1992 hebben ongetwijfeld gevolg gegeven aan de oproep van prof. Marcel Storme tot een positieve ingesteldheid.⁷ Op de talrijke succesvolle studiedagen – waarvan vele onder zijn bezielende leiding – werd elke vorm van defeatisme geweerd en werd een correcte en vooral loyale toepassing van de nieuwe wet bepleit.⁸ De eerste commentaren waren nochtans niet kritiekloos.⁹

Gewezen werd op een aantal onverklaarbare tegenstrijdigheden en onvolkomenheden in de Wet 3 augustus 1992. Ook het taalgebruik in deze wet werd gelaakt.¹⁰

Balie

5. De reactie van de balie was daarentegen ronduit negatief. Het balievolk morde.¹¹ Zijn misnoegdheid kwam tot uiting in beroepen tot vernietiging en vorderingen tot schorsing van een groot aantal bepalingen van de Wet 3 augustus 1992.¹² Deze werden echter telkenmale door het Arbitragehof verworpen.¹³

⁶ Terloops valt op te merken dat de Wet 3 augustus 1992 alvast geleid heeft tot een kwantitatieve toename van procesrechtelijke literatuur. Zie over dit fenomeen m.b.t. de Wet 10 november 1967 houdende het Gerechtelijk Wetboek: STORME, M., «Honderdvijftig jaar Belgisch procesrecht», in *Honderdvijftig jaar rechtsleven in België en Nederland 1830–1980*, Spanoghe, Eg. en Feenstra, R. (red.), Leiden, 1981, (131), 138.

⁷ Slechts twee spijtige uitzonderingen: LECLERCO, C., *Eléments pratiques de procédure civile (et modèles d'actes)*, Bruylant, Brussel, 1993, tweede uitgave, voorwoord p. 8 (zie de kritiek van recensent S.R. in P. & B., 1995, 63); BREWAEYS, E., «Het gewijzigde Gerechtelijk Wetboek», *De Advocatenkrant*, 1994-1, 1-3.

⁸ Vgl. DE LEVAL, G., «La mise en état de la cause», in *Le nouveau droit judiciaire privé*, DE LEVAL, G. en PANIER, C. (red.), Larcier, Brussel, 1994, (59), 122.

⁹ Zie bv. EVERS, F., SANTENS, M. en VAN DE PUTTE, C., «De hervorming van het gerechtelijk recht», in *De efficiëntie van de justitie*, Magistratuur & Maatschappij (red.), Mys & Breesch, Gent, 1994, (14), 21-22, nr. 5.1-5.3; MARKEY, K., «Tussen droom en daad. De toepassing van het vernieuwd gerechtelijk recht in Gent: een enquête», *De Advocatenkrant*, 1994-3, 3-5.

¹⁰ LELIARD, J., «De Wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek (B.S., 31 augustus 1992) en de Nederlandse (rechts)taal», *R.W.*, 1992-93, 805-809.

¹¹ Zie *De Advocatenkrant*, 1993-1, 1-3.

¹² Een aantal advocaten hadden hiertoe het initiatief genomen.

¹³ Arbitragehof, 23 december 1992, *B.S.*, 15 januari 1993; Arbitragehof, 25 maart 1993, *B.S.*, 2 juni 1993; Arbitragehof, 29 septem-

¹ STORME, M., «Een verjaardagsgeschenk?», *TRDr*, 1992-8, 995-996.

² STORME, M., «Een kwarteeuw later. Inleidende beschouwingen over de nieuwe Wet van 3 augustus 1992», in *Het vernieuwd gerechtelijk recht*, Interuniversitair Centrum voor Gerechtelijk Recht (red.), Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1992, (3), 18.

³ In die zin: STORME, M., *Het Proces: Weldaad of Kwaad?*, Mys & Breesch, Gent, 1991, 22 p.

⁴ Zie STASSYNS, E., «Kunnen de advocaten nog pleiten?», *TRD & I*, 1995-6, 567.

⁵ Dankbaar kon ik gebruik maken van de documentatie van N. Lenaerts, aspirant-assistent gerechtelijk recht UIA 1994-95.

6. Ook de Nationale Orde van Advocaten liet zich niet onbetuigd en vaardigde nieuwe reglementen uit,¹⁴ die echter de nieuwe procesregels (kunnen) doorkruisen.¹⁵ Die houding wekt wél verbazing, aangezien juist een voorstel van de Nationale Orde van Advocaten aan de nieuwe bepaling van art. 747, § 2, Ger. W. ten grondslag ligt.¹⁶ Om aan de paniek bij de advocaten¹⁷ i.v.m. het overgangsrecht m.b.t. de artt. 747, 748, 750 en 751 Ger. W. tegemoet te komen, voerde de Nationale Orde zelfs een regel van «overgangsdeontologie» in.¹⁸ Ook de minister van Justitie kwam de advocatuur te hulp:¹⁹ naar zijn mening waren de nieuwe bepalingen niet onmiddellijk van toepassing. Hij werd echter door het Hof van Cassatie teruggefloten:²⁰ de Wet 3 augustus 1992 moet bij gebreke van overgangsbepalingen onmiddellijk toegepast worden.²¹

7. Moeilijk kan ontkend worden dat lobbywerk van de balie de wetgever tot een eerste belangrijke wetswijziging bracht.²² Art. 730 Ger. W. werd bij Wet 25 november 1993 (B.S., 30 november 1993) op de vooravond van de eerste toepassing ervan in december 1993²³ in die zin gewijzigd dat de ambtshalve *doorhaling* vervangen werd door de ambtshalve *weglating* van alle zaken die sinds meer dan drie jaar op de rol

ber 1993, B.S., 27 oktober 1993; Arbitragehof, 1 december 1993, B.S., 16 december 1993.

¹⁴ Zie Reglement van 15 januari 1981 betreffende de gerechtsbrief – Toepassing van de artikelen 730, § 2, b, 747, § 2, 748, § 2, 751, 753, 803 en 804 Ger. W., zoals gewijzigd op 3 december 1992, 28 januari 1993 en 30 juni 1994. Zie *Tableau*, Kluwer Rechtswetenschappen, 1994, nr. 22, 3-4.

¹⁵ Vgl. DE LEVAL, G., *a.w.*, 68-69.

¹⁶ HUBIN, J., «De recente hervormingen», in *Het vernieuwd gerechtelijk recht*, (21), 27; zie tevens RASIR, R., «Les rendez-vous judiciaires», *J.T.*, 1991, 537.

¹⁷ Zie *De Standaard*, 30 december 1992.

¹⁸ LAENENS, J. en BROECKX, K., *Het gerechtelijk recht in een stroomversnelling*, Maklu, Antwerpen, 1994, 88, nr. 224.

¹⁹ *Beknopt Verslag, Senaat*, 22 december 1992, 341.

²⁰ Cass., 23 december 1993, *R.W.*, 1994-95, 399, noot VAREMAN, A., en T.B.B.R., 1995, 128, noot ENGLEBERT, J. Zie tevens CLOSSET-MARCHAL, G., «De l'application immédiate de l'article 751 nouveau du Code judiciaire», in *Le nouveau droit judiciaire privé*, 125-129.

²¹ In dezelfde zin: CLOSSET-MARCHAL, G., «Toepassing van de wet in de tijd», in *Het vernieuwd gerechtelijk recht*, (35), 43, nr. 21; zie tevens LAENENS, J. en BROECKX, K., *a.w.*, 88, nr. 222; meer genuanceerd: DE LEVAL, G., *a.w.*, 105; ENGLEBERT, J., «La Cour de cassation et l'application dans le temps de la loi du 3 août 1992 modifiant le Code judiciaire», *T.B.B.R.*, 1995, (130), 134, nr. 13; LEMMENS, P., *Herziening van het Gerechtelijk Wetboek*, Mys & Breesch, Gent, 1993, 12; VANLERSBERGHE, P., «De werking in de tijd van de wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek», *P. & B.*, 1993, (85), 93, nr. 4.4; VAREMAN, A., «De toepassing in de tijd van het nieuwe artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek», *R.W.*, 1994-95, (400), 402, nr. 11.

²² De eerste wetswijziging dagtekende reeds van 19 februari 1993 (B.S., 8 mei 1993). Het betrof echter enkel de rechtzetting van een vergetelheid. De artt. 1259 en 1260 Ger. W. werden inzake de tussenkomst van het openbaar ministerie in overeenstemming gebracht met art. 764 Ger. W. De eveneens noodzakelijke wijziging van art. 849, vierde lid, is de wetgever niettemin nog eens ontgaan (MEEUS, A., *Comm. Ger.*, art. 764, (1990), nr. 11).

²³ Zie over het (oud) art. 730 Ger. W. DECONINCK, B., «De wrevel, en de gevolgen van een ambtshalve doorhaling overeenkomstig art. 730 Ger. W.», *N. Ger. R.*, 1993-9, 5-10; LAENENS, J., «De ambtshalve doorhaling», *N. Ger. R.*, 1993-9, 2-5.

zijn ingeschreven en waarvan de debatten geen aanvang hebben genomen of die sinds meer dan drie jaar niet zijn voortgezet. Het wetgevend werk bleek echter overhaast en ondoordacht:²⁴ de wetgever kwam weliswaar tot inkeer, maar niet tot inzicht.²⁵ De nieuwe regeling sorteert daarenboven enkel nuttig effect wat de gerechtelijke statistieken betreft. Het aantal nog te berechten zaken vermindert, wat gunstig oogt in de cijfers met betrekking tot de gerechtelijke achterstand.²⁶

Procedure-ethiek

8. In zijn openingsrede uitgesproken op 1 september 1994 bepleitte procureur-generaal Van Camp een «procedure-ethiek» waarbij de goodwill en de fair-play, de redelijkheid en de hoffelijkheid tussen de advocaten onderling en tegenover de rechter ruimschoots aan bod zouden komen.²⁷ Hij legde aldus de vinger op de wonde. Een goede rechtsbedeling veronderstelt namelijk een nauwgezette samenwerking tussen al wie erbij betrokken is. Loyauteit en fair-play moeten de partijen ertoe aanzetten in het civiele proces enkel de kern van de zaak te bespreken. Civiele procesregels mogen geen doel *an sich* worden. Ze gelden uitsluitend ter realisatie van de materiële aanspraken van de partijen. Meer verantwoordelijkheidszin en een duidelijke mentaliteitsomkeer zijn dringend gewenst.

9. Advocaten moeten ervoor zorg dragen dat door hun diligent optreden elke vertraging in het verloop van de rechtspleging vermeden kan worden. Vele advocaten hebben het helaas niet zo begrepen. Zo bleek alras dat het nieuw art. 750 Ger. W. voor vele partijen én hun advocaten het gedroomd middel was om een procedure te rekken en te blokkeren.²⁸ De weigering tot medewerking aan een gezamenlijk verzoek tot aanvraag van een rechtsdag op grond van art. 750 Ger. W. werd geenszins als een deontologische fout gezien.²⁹ Een advocaat kan immers opmerken dat zijn cliënt ertegen gekant is in te gaan op een dergelijk verzoek van de tegenpartij.³⁰ Malafide advocaten hebben echter ook zeer vlug ontdekt hoe ze misbruik konden maken van de nieuwe bepalingen: ze leggen het gezamenlijk verzoek dat reeds door de tegenpartij is ondertekend, ter griffie neer samen met een nieuwe conclusie waarop de tegenpartij in beginsel overeenkomstig art. 748, § 1, Ger. W. niet meer kan antwoorden. Deze praktijk blijkt regelmatig voor te komen en vormt ditmaal zeker een deontologisch probleem.³¹

²⁴ DECONINCK, B. en LAENENS, J., «In extremis: art. 730 Ger. W.», *N. Ger. R.*, 1993-9, 1-2.

²⁵ EVERS, F., SANTENS, M. en VAN DE PUTTE, C., *a.w.*, 16, nr. 4.1.4.

²⁶ Zie VAN CAMP, R., «Bespreking vanuit het standpunt van het auditoraat-generaal van enkele artikelen na de hervorming door de wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek», *R.W.*, 1994-95, (657), 658.

²⁷ VAN CAMP, R., *a.w.*, *R.W.*, 1994-95, 660.

²⁸ MARKEY, K., *a.w.*, 5.

²⁹ MARKEY, K., *a.w.*, 4.

³⁰ KRINGS, E., «Rapport sur l'application de la loi du 3 août 1992 et sur l'arriéré judiciaire», in *Le nouveau droit judiciaire privé*, DE LEVAL, G. en PANIER, C., (red.), Larcier, Brussel, 1994, (1), 8-9.

³¹ MARKEY, K., *a.w.*, *t.a.p.*

Magistratuur

10. De magistratuur gaat evenmin vrijuit. Haar negatieve ingesteldheid kan moeilijk ontkend worden en blijkt alvast uit ellenlange beschikkingen omtrent procedureregels.³² Van nature zijn juristen veeleer behoudsgezind.³³ Door-gaans zijn ze wars van veranderingen of vernieuwingen op het procedureel vlak. Rechters ontsnappen zeker niet aan die regel.³⁴ De nieuwe rechtspleging vereenvoudigt hun taak geenszins. De huidige regeling belast misschien wel onnodig de rechters (én hun griffiers) met bijkomende proce-duurtjes in de procedure met bovendien een aanzienlijke stijging van de kosten wegens het groot aantal gerechtsbrieven.³⁵ Is dat echter een gegronde reden om tot sabotage over te gaan?³⁶

11. Wie vertrouwd is met de dagelijkse rechtspraktijk, weet dat het aanhouden van een zaak in eerste aanleg (art. 735 Ger. W.) geen sinecure is. Vaak verschilt het begrip «korte debatten» van rechtbank(kamer) tot rechtbank(kamer).³⁷ Een zaak aanhouden op de inleidende zitting van een hof van beroep (art. 1066 Ger. W.) is nagenoeg onmogelijk.³⁸ Prof. Marcel Storme – dé pleitbezorger van de proce-dure van korte debatten³⁹ – kwam tot de vaststelling dat de artt. 735 en 1066 Ger. W. meestal gesaboteerd worden.⁴⁰ Deze uitspraak werd zeker niet in dank aangenomen, doch strookt jammer genoeg met de werkelijkheid. De overbelas-ting van de rollen en de noodzaak eerst over de oude zaken uitspraak te doen⁴¹ kunnen weliswaar als excuus gelden.⁴² Ook staat vast dat de wetgever in 1992 te weinig aandacht heeft besteed aan de rechtspleging voor de vrederechter (en thans ook voor de politierechter).⁴³

12. Bepaalde magistraten hebben het duidelijk moeilijk met de toepassing van art. 747, § 2, Ger. W.⁴⁴ Deze nieuwe

bepaling wordt vaak manifest geboycot.⁴⁵ Allereerst valt een overdreven formalisme op m.b.t. de rechtspleging zelf.⁴⁶ De vijf-dagentermijn in art. 745 Ger. W. leidde boven-dien tot tegenstrijdige en vaak absurde uitspraken.⁴⁷ Te-recht wijst P. Taelman erop dat een regel van procesrecht geen valstrik mag zijn.⁴⁸ Art. 745 Ger. W. heeft slechts tot doel het beginpunt van een eventuele termijn voor de ge-adresseerde duidelijk te maken.⁴⁹ Vervolgens wordt het toe-passingsgebied van art. 747, § 2, Ger. W. *contra legem* beperkt en het keuzerecht van de meest gerede partij ontkend. Som-mige rechtbanken oordeelden dat de verzoeker die conclu-sies wil afdwingen, eerst een beroep moet doen op art. 751 Ger. W.⁵⁰ Een echte boycot vindt men in de talrijke beslissin-gen waarin geweigerd wordt om bij onwil van een procespar-tij het gezamenlijk verzoek ex art. 750 Ger. W. te onderteke-nen via art. 747, § 2, Ger. W. een rechtsdag te fixeren.⁵¹ Deze rechtspraak creëert een patsituatie. Betreft het geen school-voorbeeld van rechtswijgering?⁵² Ten slotte is de recht-spraak erg verdeeld inzake de toepasbaarheid van art. 747, § 2, Ger. W. op de rechtspleging in kort geding of zoals in kort geding. Enerzijds wordt de toepassing van deze bepaling re-soluut geweigerd.⁵³ Anderzijds kennen andere rechters wél verkorte termijnen⁵⁴ of een rechtsdag toe.⁵⁵ De doctrine op-teert alvast voor een ruime toepassing van art. 747, § 2, Ger. W.⁵⁶ Binnen het kader van een spoedeisende procedure

in het Hof van Beroep te Antwerpen», *N. Ger. R.*, 1993-7, 2-3; vgl. STORME, M., «En toch weer de termijnen», *T.G.R.*, 1994, 83-84.

⁴⁵ Bijvoorbeeld: een conclusietermijn van vijftien dagen en een rechtsdag twee jaar later (Rb. Brussel, 25 januari 1995, *J.L.M.B.*, 1995, 598, afkeurende noot DE LEVAL, G.).

⁴⁶ Beslist werd dat de rechter geen rekening mag houden met een repliek van de verzoeker op de opmerkingen van de tegenpartij, omdat de wet niet in die mogelijkheid heeft voorzien (Rb. Namen, 28 maart 1994, *J.T.*, 1994, 550).

⁴⁷ Zie Rb. Gent, 25 juni 1993, *T.B.B.R.*, 1994, 265; Rb. Kortrijk, 6 april 1993, *R.W.*, 1993-94, 27.

⁴⁸ Taelman, P., «N'est-ce pas une chose absurde et affreuse que ce qui est vrai dans un village se trouve faux dans un autre?», *TRD&J*, 1994, (917), 918.

⁴⁹ Brussel, 30 juni 1994, *J.T.*, 1994, 549; Lemmens, P., *a.w.*, 6, nr. 8.

⁵⁰ Gent, 19 februari 1993, *T.V.B.R.*, 1993, 55; Rb. Brussel, 31 maart 1993, *J.T.*, 1993, 504; Kh. Antwerpen, 15 juli 1993, *N. Ger. R.*, 1993-8, 6; Luik, 29 april 1993, *J.L.M.B.*, 1993, 845; anders: Kh. Has-selt, 21 september 1993, *R.W.*, 1993-94, 1434; Arrbr. Verviers, 21 april 1993, *J.L.M.B.*, 1993, 843; CLOSSET-MARCHAL, G., *a.w.*, 425;

DECONINCK, B. en LAENENS, J., «Pleidooi voor de toepassing van art. 747, § 2, Ger. W.», *N. Ger. R.*, 1993-8, 2.

⁵¹ Gent, 22 november 1993, *R.W.*, 1994-95, 373.

⁵² In bevestigende zin: LAENENS, J., «Kan de onwil van een proces-partij leiden tot rechtswijgering?», *N. Ger. R.*, 1993-6, 11; zie trou-wens reeds *Gedr. St., Senaat*, 1991-92, nr. 301/2, 66.

⁵³ Kort ged. Rb. Brussel, 26 februari 1993, *J.L.M.B.*, 1993, 475; Beslagr. Antwerpen, 5 maart 1993, *R.W.*, 1992-93, 1172; Beslagr. Antwerpen, 10 september 1993, *R.W.*, 1993-94, 334.

⁵⁴ Beslagr. Veurne, 5 mei 1993, *R.W.*, 1993-94, 547; Beslagr. Aar-len, 15 april 1993, *J.L.M.B.*, 1993, 848, noot DE LEVAL, G.

⁵⁵ Vz. Kh. Brugge, 23 april 1993, *N. Ger. R.*, 1993-7, 10.

⁵⁶ CLOSSET-MARCHAL, G., *a.w.*, *T.B.B.R.*, 1993, 421, nr. 4;

DE LEVAL, G., *a.w.*, 88-92, nrs. 15-16; LAENENS, J., «Is art. 747, § 2, Ger. W. toepaselijk op de beslagrechter?», *N. Ger. R.*, 1993-5, 2-5; Taelman, P., «Kan art. 747, § 2 Ger. W. toepassing vinden in de rechtspleging voor de beslagrechter?», *P. & B.*, 1993, 178-181.

³² Een aantal treffende voorbeelden vindt men verder in dit num-mer.

³³ LENAERTS, H., «Cassatierechtspraak vandaag», *R.W.*, 1991-92, (137), 138, nr. 6.

³⁴ Vgl. DE LEVAL, G., *a.w.*, 123.

³⁵ EVERS, F., SANTENS, M. en VAN DE PUTTE, C., *a.w.*, 17, nr. 4.3.4 en 22, nr. 6.1; zie ook KRINGS, E., *a.w.*, 5.

³⁶ Zie de waarschuwing van STORME, M., *a.w.*, 7.

³⁷ MARKEY, K., *a.w.*, 3.

³⁸ MARKEY, K., *a.w.*, *t.a.p.*

³⁹ STORME, M., «De procedure van korte debatten: één zwaluw kan de lente maken...», in *Het vernieuwd gerechtelijk recht*, 95-105. Op te merken valt dat zijn nogal verregaand standpunt i.v.m. het lou-ter marginaal toetsingsrecht van de geadieerde rechter niet gedeeld wordt door de andere commentatoren: DEBRULLE, A., «Les débats succints», in *Le nouveau droit judiciaire privé*, (47), 48; LAENENS, J. en BROECKX, K., *a.w.*, 52, nr. 123; SCHEERS, D., *Het vernieuwd Gerechte-lijk Wetboek*, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1993, 186, VAN CAMP, R., *a.w.*, 659.

⁴⁰ STORME, M., «De wiegedood van art. 1066 Ger. W.», *R.W.*, 1992-93, 1064.

⁴¹ Zie hierover LAENENS, J., «Art. 4 Ger. W. herontdekt», *N. Ger. R.*, 1993-5, 2.

⁴² In die zin: KRINGS, E., *a.w.*, 17.

⁴³ VERRYCKEN, M., *J.L.M.B.*, 1993, 503-505; LAENENS, J., «De vrederechter in de kou?», *T.Vred.*, 1993, 175-179.

⁴⁴ Zie CLOSSET-MARCHAL, G., «Six mois d'application du nouvel article 747, § 2 du Code judiciaire», *T.B.B.R.*, 1993, 421-425; DE LE-VAL, G., *a.w.*, 66-92; LAENENS, J., «Zes maanden art. 747, § 2, Ger. W.

moet eveneens de mogelijkheid bestaan om op een onwillige procespartij zinnig een sanctie toe te passen.

13. De rechter is in een aantal gevallen verplicht ⁵⁷ een tardieve conclusie *ambtshalve* uit de debatten te weren (art. 747, § 2, laatste lid, art. 748, § 1, en 751 § 1, vierde lid, Ger. W.). Deze sanctie kan echter onder meer niet worden toegepast als de tegenpartij met de neerlegging instemt (art. 748, § 1, Ger. W.). ⁵⁸ Aldus blijft het beginsel dat partijen meester zijn van de civiele procedure, onverkort gelden. ⁵⁹ Aan de term «ambtshalve» in art. 748, § 1, Ger. W. wordt echter soms een onjuiste lezing gegeven. Hij betekent geenszins dat de beslissing kan worden genomen «zonder voorafgaand verweer». «Ambtshalve» in zijn gebruikelijke zin betekent enkel dat de rechter die beslissing kan nemen «zonder dat hij daartoe is gevorderd». ⁶⁰ M.a.w. een conclusie kan slechts ambtshalve uit de debatten geweerd worden *met eerbiediging van het recht van verdediging*. De geadieerde rechter moet ter zitting aan de andere partij uitdrukkelijk vragen of zij, in voorkomend geval, instemt met de neerlegging van de conclusie van haar tegenpartij. ⁶¹ Een inquisitoire houding van de civiele rechter is voornamelijk uit den boze. ⁶²

14. De inertie van de rechtspractici bij de receptie van nieuwe wettelijke bepalingen m.b.t. de civiele procesgang is – zoals reeds gemeld – alom bekend. De schriftelijke behandeling (art. 755 Ger. W.). ⁶³ is hiervan een treffend voorbeeld. Deze rechtspleging is nog steeds niet ingeburgerd. ⁶⁴ Ze blijkt ondanks de verfijning en verruiming bij Wet 3 augustus 1992 geen successtory te zijn geworden. Integendeel! Vele advocaten blijven opteren voor het mondeling debat. Daarbij komt nog dat vele magistraten de toepassing van de schriftelijke rechtspleging afraden, minstens ontmoedigen. De rechter verliest namelijk de controle op de hem toevertrouwde zaken. De dossierverwerking wordt nagenoeg onbeheersbaar in de huidige stand van zaken. ⁶⁵ Bovendien mag de rechter geen voorrang geven aan de zaken waarin de procespartijen voor een schriftelijke behandeling opteerd, ten nadele van de «oudere» zaken die volgens de mondelinge procedure verder afgehandeld moeten worden. Al vertoont art. 755 Ger. W. ongetwijfeld lacunes, ⁶⁶ het syste-

matisch heropenen van de debatten om (soms één jaar later) een mondelinge opheldering van de partijen te krijgen, wekt terecht afkeuring op. ⁶⁷ In een aantal rechtbanken blijkt deze oplossing nochtans de regel. ⁶⁸

15. De invoering van een geldboete wegens tergend en roekeloos hoger beroep is evenmin een succes geworden. De aanzienlijke verzwarende van de procedure schrikt de appelrechtters allicht af. ⁶⁹ Zij kunnen zich ook verschuilen achter de onduidelijkheid omtrent het woord «daarenboven» in de tekst. ⁷⁰ Vaststaat dat het aantal (gepubliceerde) uitspraken zeer klein is. ⁷¹ Wordt de geldboete als een louter fiscale maatregel beschouwd? ⁷² Geldt hier weerom «das Gesetz des Wiedersehens»? ⁷³ Of weigert de rechter manifest aanklager te worden? De rechterlijke macht kan in dezen nochtans (eindelijk) haar verantwoordelijkheid opnemen. ⁷⁴

Het normdoel: toch één zwaluw?

16. Terecht stelde P. Taelman vast dat vooral aberrante uitspraken waardoor pleiters zich gegriefd voelden, in de vakpers terecht kwamen. Het publiceren van die «slechte» uitspraken wekt naar zijn oordeel te snel de indruk dat de Wet 3 augustus 1992 een maat voor niets is geweest. ⁷⁵ Die indruk is alvast onjuist wat het (nieuw) art. 867 Ger. W. betreft. De rechtspractici hebben immers het nut van het *normdoel* van een procesrechtelijk voorschrift ontdekt: slechts met het oog op een welbepaald doel legt de wetgever vormverplichtingen op. De geadieerde rechter moet telkenmale – zelfs ambtshalve ⁷⁶ – de realisatie van dit normdoel onderzoeken. Hij mag zich hierbij enkel laten leiden door de *ratio legis*. Alleen de teleologische interpretatie kan hem hierbij helpen. ⁷⁷

⁵⁷ In die zin: KRINGS, E., *a.w.*, 14.

⁵⁸ Zie Kamer, 25 april 1994 (103), Vraag nr. 527 van de heer Vandeurden van 22 december 1993 aan de minister van Justitie;

MARKEY, K., *a.w.*, 5.

⁵⁹ LEMMENS, P., *a.w.*, 11.

⁷⁰ Staant de geldboete en de door een partij gevorderde schadevergoeding volledig los van elkaar? Zie EVERS, F., SANTENS, M. en VAN DE PUTTE, C., *a.w.*, 20, nr. 4.10. De commentatoren hebben op grond van de parlementaire voorbereiding de totale onafhankelijkheid van beide «sancties» bepleit (LAENENS, J. en BROECK, K., *a.w.*, 85; SCHEERS, D., *a.w.*, 290; VAN COMPERNOLLE, J., «Het hoger beroep», in *Het vernieuwd gerechtelijk recht*, (165), 176, nr. 24).

⁷¹ Bergen, 3 november 1993, *J.L.M.B.*, 1993, 1504; Brussel, 20 december 1994, *P. & B.*, 1995, 55; zie ook de uitspraken in deze materie in dit nummer. Of worden dergelijke beslissingen bewust niet ter publicatie aangeboden?

⁷² Zie MOEYKENS, F., «Enkele kritische beschouwingen bij de nieuwe procedureregels vanaf 1 januari 1993», *T.V.B.R.*, 1992, (145), 161.

⁷³ Vgl. STORME, M., «Een kwarteeuw later», in *a.w.*, 16. Zie zijn omschrijving in *Het proces als in een spiegel*, Kluwer, Deventer, 1988, 23.

⁷⁴ In die zin: VAN CAMP, R., *a.w.*, 667, die weliswaar ervoor pleit dat de rechter het openbaar ministerie uitnodigt om voor die procedure het initiatief te nemen.

⁷⁵ Taelman, P., «Noord en Zuid», *TRD&I*, 1994-3, 241-242.

⁷⁶ DE CORTE, R. en DECONINCK, B., «Nietigheden na de Wet 3 augustus 1992. Toiletage of revolutie», in *Het vernieuwd gerechtelijk recht*, (137), 152, nr. 45.

⁷⁷ Zie in die zin STORME, M., «Een kwarteeuw later», in *Het vernieuwd gerechtelijk recht*, 18.

⁵⁷ Zie i.v.m. de interpretatie van «worden» («sollen») STORME, M., «Een kwarteeuw later», in *Het vernieuwd gerechtelijk recht*, 17, en «De procedure van korte debatten», in *a.w.*, 97.

⁵⁸ Deze uitzondering geldt evenwel niet bij toepassing van art. 751 Ger. W. (LAENENS, J. en BROECK, K., *a.w.*, 68, nr. 169).

⁵⁹ Zie *Gedr. St.*, *Senaat*, 1991-92, nr. 301/2, 9.

⁶⁰ Zie Cass., 27 april 1989, *R.W.*, 1989-90, 301.

⁶¹ Vgl. Luik, 30 juni 1994, *J.L.M.B.*, 1994, 1330. Een ambtshalve heropening van de debatten moet uiteraard vermeden worden, aangezien de procesgang aldus aanzienlijk vertraagd kan worden.

⁶² Blijkbaar anders: Vred. Roeselare, 9 november 1993, *R.W.*, 1994-95, 204, noot LAENENS, J., «De ambtshalve wering van conclusies uit de debatten».

⁶³ Zie RAES, S., «Schriftelijke behandeling en vrijwillige verschijning in de Wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek», *P. & B.*, 1993, 2-6, en *Comm. Ger.*, art. 755 (1993).

⁶⁴ Zie reeds in 1981 LAENENS, J., «Het voortschrijdend proces», in *Tien jaar Gerechtelijk Wetboek*, IUS, 1981, (147), 148, nr. 6.

⁶⁵ DECONINCK, B., «Het Danaïdenvat van de schriftelijke procedure», *N.Ger. R.*, 1993-1, 4-7; EVERS, F., SANTENS, M. en VAN DE PUTTE, C., *a.w.*, 18-19, nrs. 4.7.1-4.7.4.

⁶⁶ Ook moet vaak rekening worden gehouden met de onvolledigheid en/of slordigheid van de neergelegde dossiers.

17. Het normdoel als zodanig werd voor het eerst in 1992 verwoord in het (nieuw) art. 867 Ger. W. Deze wetbepaling is niet zo revolutionair.⁷⁸ Het begrip «normdoel» werd immers reeds sinds 1975 gehanteerd⁷⁹ en daadwerkelijk door het Hof van Cassatie toegepast in het curatorsarrest van 29 oktober 1976:⁸⁰ een faillissementscurator hoeft niet door een advocaat te worden bijgestaan om een eenzijdig verzoekschrift aan te bieden. Het door de wet beoogde doel, namelijk de *sluiswachtersfunctie*⁸¹ van de balie bij eenzijdige verzoekschriften, was inderdaad bereikt.

18. De volgende toepassingsgevallen verdienen alvast de aandacht.

Een contradictoir verzoekschrift kan bij afwezigheid van een getuigschrift van woonplaats slechts bij verstek van de geadresseerde nietig verklaard worden (art. 1034*quater* Ger. W.).⁸² Is laatstgenoemde ter zitting aanwezig, dan is het normdoel bereikt: de tegenpartij effectief en tijdig verwittigen, zodat zij voor de rechter naar behoren verweer kan voeren.

Een uitvoerend (onroerend) beslag kan bij gebrek aan een voorafgaande poging tot minnelijke schikking slechts nietig verklaard worden, indien vaststaat dat een minnelijke regeling effectief bereikt kon worden (art. 59 Wet 4 augustus 1992 op het hypothecair krediet).⁸³ Het normdoel is dat er een ernstige poging is geweest van de kant van de schuldeiser om de verzoening te bewerken tussen partijen. Deze hoeft niet per se bij de beslagrechter te worden gedaan. Voldoende is dat de schuldeiser vooraf een kans tot (minnelijke) regeling geboden heeft aan de beslagene.

Een expertiseverslag dat geen eedformule bevat, kan slechts nietig zijn, indien de vergetelheid niet is geregulariseerd (art. 979 Ger. W.).⁸⁴ Het doel dat de wet met de verplichte eedformule beoogde, kan met een eenvoudige oproeping van de expert tot aanvulling van zijn verslag met de eedformule bereikt worden.

19. Jammer genoeg is niet altijd zo duidelijk wat de wetgever juist met het vormvoorschrift beoogde, wat aanleiding kan geven tot rechtsonzekerheid.⁸⁵ Het voorbeeld bij uitstek is de naleving van de dagvaardingstermijn. Doorgaans wordt aangenomen dat het normdoel bereikt wordt, wanneer de gedaagde ter zitting verschijnt.⁸⁶ De rechtspraak is

hierover echter zeer verdeeld.⁸⁷ De stelling wordt verdedigd dat het normdoel van deze termijn is, niet alleen de verschijning van de partij mogelijk te maken, maar ook haar een redelijke beraad- en bedenktijd te geven, minstens voor die aspecten van haar recht van verdediging die zij op de inleidende zitting moet kunnen uitoefenen.⁸⁸

20. Hoe dan ook, het (nieuw) art. 867 Ger. W. leidt tot creatief denken, dat resulteert in een vlotter procesverloop. Het begrip «normdoel» wordt zelfs gehanteerd buiten de nietigheidsregeling voor proceshandelingen. Aldus werd een conclusie die tijdig aan de tegenpartij was gezonden, maar tardief ter griffie neergelegd, niet uit de debatten geweerd (art. 748, § 1, Ger. W.).⁸⁹ Terecht werd vastgesteld dat het door de wetgever beoogde doel bereikt was: vermijden dat een partij nog daags voor de zitting een conclusie ontvangt, zodat zij zich verplicht ziet een verdaging van de zaak te vragen.

Hete hangijzers

21. Over minstens twee discussiepunten raken de commentatoren het niet eens en is de jurisprudentie zeer verdeeld. Op de eerste plaats rijst een interpretatieprobleem omtrent het begrip «eindvonnis» in art. 1050, tweede lid, Ger. W. Tegen een beslissing inzake bevoegdheid kan slechts hoger beroep worden ingesteld samen met het hoger beroep tegen het eindvonnis. P. Lemmens meent dat de term «eindvonnis» kennelijk niet begrepen moet worden in de zin van art. 19 Ger. W.⁹⁰ Met het begrip «eindvonnis» wordt volgens hem de beslissing bedoeld waardoor de rechter *over het geheel* van de vordering uitspraak heeft gedaan. Dit betekent concreet dat, wanneer de geadieerde rechter zich *onbevoegd* verklaart en de zaak naar de volgens hem bevoegde rechter verwijst, zijn vonnis wél onmiddellijk appellabel is. Deze interpretatie lijkt niet te stroken met de parlementaire voorbereiding,⁹¹ maar heeft het voordeel een pragmatische oplossing te bieden voor een aantal praktische problemen.⁹² De

in het gerechtelijk recht», *T.B.B.R.*, 1990, (7), 13, nr. 17; LAENENS, J. en BROECKX, K., *a.w.*, 40, nr. 97.

⁸⁷ De verschijning van de geadresseerde leidt tot een regularisatie: Kh. Verviers, 4 maart 1993, *J.L.M.B.*, 1993, 495; Rb. Antwerpen, 11 juni 1993, *N. Ger. R.*, 1993-6, 13; Bergen, 22 november 1994, *J.T.*, 1995, 214; *andere*: Rb. Brussel, 17 juni 1993, geciteerd door BLOCK, G., «L'exception de nullité après la réforme du Code judiciaire», in *De sanctieregeling in het gerechtelijk recht*, LAENENS, J. en STORME, M. (red.), Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1993, (16), 40, nr. 39; Gent, 24 december 1993, *P. & B.*, 1994, 44, noot RAES, S.; Rb. Antwerpen, 3 februari 1994, *J.T.*, 1994, 555.

⁸⁸ DELVOIE, G., «De nieuwe nietigheidsregeling van de artikelen 860 e.v. Ger. W.», *T.B.B.R.*, 1993, (36), 43.

⁸⁹ Luik, 9 november 1993, *R.R.D.*, 1994, 87.

⁹⁰ LEMMENS, P., *Herziening van het Gerechtelijk Wetboek*, 10; LEMMENS, P. en MAERTENS, A.-S., *Comm. Ger.*, art. 1050, (1993), nrs. 31-32; *andere*: GUEBS, F., «La voie d'appel et les jugements sur la compétence: conditions et dimensions nouvelles», *Ann. Dr.*, 1994, (309); 327, nr. 18.

⁹¹ *Gedr. St., Senaat*, 1991-92, nr. 301/2, 43.

⁹² Zie hierover LAENENS, J., «De bevoegdheid ratione summae, de aanleg en de regeling van bevoegdheidsincidenten» in *Het vernieuwd gerechtelijk recht*, (71), 76, nr. 12; LAENENS, J., «Pleidooi voor een verwijzing naar de arrondissementsrechtbank», *N. Ger. R.*, 1993-3, 2-3; LAENENS, J. en BROECKX, K., *a.w.*, 36, nr. 84.

⁷⁸ Zie nochtans in die zin SEYEN, K., «Het nietigheidsautomatisme doorbroken?», *R. Cass.*, 1994, (141), 144, nr. 19.

⁷⁹ DE CORTE, R., «Men schiet geen vliegtuig neer omwille van een navigatiefout. Enkele bedenkingen over nietigheden in het gerechtelijk recht», in *Actori incumbit probatio*, Departement Rechten UIA (red.), 1975, 45-53.

⁸⁰ Cass., 29 oktober 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 253.

⁸¹ Deze omschrijving werd ontleend aan STORME, M.L. en STORME, M.E., «De telefax in het procesrecht», in *Liber Amicorum Marcel Briers*, Mys & Breesch, Gent, 1993, (377), 383.

⁸² Rb. Aarlen, 11 februari 1994, *T.B.B.R.*, 1994, 265.

⁸³ Beslagr. Brussel, 1 februari 1994, *T.B.B.R.*, 1994, 431.

⁸⁴ Kh. Verviers, 21 juni 1993, *J.L.M.B.*, 1994, 1069; zie tevens BLOCK, G., «Nullité, inopposabilité et écartement des débats du rapport d'expertise», in *L'expertise*, GILLARDIN, J. en JADOUL, P. (red.), 1994, (195), 201, nr. 9.

⁸⁵ VAN CAMP, R., *a.w.*, 665.

⁸⁶ DE CORTE, R. en DECONINCK, B., *a.w.*, 154-155, nr. 51;

DE CORTE, R. en SEYEN, K., «De adressering van de procespartijen en de betekening», *R. Cass.*, 1994, 21, nr. 4; LAENENS, J., «Termijnen

hoven van beroep zijn het blijkbaar niet eens over de interpretatie. Het Hof van Beroep te Gent acht het vonnis waarin de geadieerde rechter zich onbevoegd verklaart en naar de bevoegde rechter verwijst, onmiddellijk appellabel.⁹³ Het Luikse Hof van Beroep acht daarentegen een dergelijk hoger beroep ontoelaatbaar.⁹⁴ Op te merken valt dat K. Broeckx een derde interpretatie voorlegt: onder het «eindvonnis» dient het vonnis te worden verstaan waarmee de uiteindelijk bevoegde rechter zijn rechtsmacht over het geschil in zijn geheel uitput. Dat kan een vonnis zijn over de grond van de zaak zelf of een vonnis waarbij de vordering ontoelaatbaar wordt verklaard.⁹⁵

22. De grootste controverse is opgelaaid rond de vraag of een partij die geen (tijdige) conclusie heeft neergelegd, ter zitting nog mag pleiten. De tegenstanders van het pleitrecht wijzen erop dat het pleidooi slechts de mondelinge uiteenzetting kan zijn van regelmatig voor de rechter genomen conclusies. Bovendien dient men rekening te houden met het recht van verdediging van de niet-nalatige procespartij die ter zitting geconfronteerd zou worden met middelen en argumenten waarover de partijen geen tegenspraak hebben kunnen voeren.⁹⁶ De voorstanders van het pleitrecht⁹⁷ kunnen zich alvast op de parlementaire voorbereiding beroepen.⁹⁸ Het recht op tegenspraak dat gegarandeerd wordt in art. 6 E.V.R.M., wordt als meest doorslaggevend argument aangehaald.⁹⁹

23. Moeten voormelde interpretatieproblemen noodzakelijkerwijze aanleiding geven tot een wetgevend initiatief?¹⁰⁰ Is het cassatieberoep in het belang van de wet niet de oplossing bij uitstek? Aldus kunnen principiearresten uitgelokt worden zonder zware kosten voor de partijen op te leggen.¹⁰¹

⁹³ Gent, 24 november 1994, *P. & B.*, 1995, 54.

⁹⁴ Luik, 14 december 1994, *J.T.*, 1995, 452.

⁹⁵ BROECKX, K., *Het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding* (proefschrift), Antwerpen, 1994, 139, nr. 361.

⁹⁶ Kh. Brussel, 3 juni 1993, *Cah. Dr. Jud.*, 1993, 117; Vred. Anderlecht, 10 september 1993, *Cah. Dr. Jud.*, 1993, 118; Arrbr. Brussel, 17 januari 1994, *J.T.*, 1994, 553; Vred. Sint-Gillis, 28 april 1994, *J.T.*, 1994, 554; Brussel, 10 januari 1995, *P. & B.*, 1995, 57; ENGLEBERT, J., «Du droit de plaider et de l'obligation de se taire», *Cah. Dr. Jud.*, 1993, 105-117; LECLERCO, C., *a.w.*, 47.

⁹⁷ Zie onder meer STASSIENS, E., *a.w.*, TRD&I, 1995, 567-568.

⁹⁸ Aanvankelijk was inderdaad in een pleitverbod voorzien. Het werd echter nadien niet bij wet vastgelegd (zie *Gedr. St., Senaat*, 1990-91, 1198-1, 11).

⁹⁹ Brussel, 24 januari 1995, *J.L.M.B.*, 1995, 587; Brussel, 10 februari 1995, *J.T.*, 1995, 427. In laatstgenoemd arrest wordt de zitting waarop de onwillige procespartij nog mag pleiten vastgesteld op 13 mei... 1997! Is aldus voldaan aan het vereiste van art. 6 E.V.R.M. dat het proces moet plaatsvinden binnen een redelijke termijn? Zie daarover Kort ged. Rb. Brussel, 27 januari 1995, *J.L.M.B.*, 1995, 554, noot P.M.

¹⁰⁰ Zie in die zin, wat het pleitrecht betreft, DE LEVAL, G., *a.w.*, *Le nouveau droit judiciaire privé*, 115.

¹⁰¹ STORME, M., «Het cassatieberoep in het belang van de wet», in *Actuele problemen rond rechtsvinding*, UKRA (red.), Antwerpen, 1977, (30), 39; zie, m.b.t. art. 1089 Ger. W., DUMON, F., *Comm. Ger.*, artt. 1088-1091 en 1117, (1987), nrs. 33-50; vgl. DELNOY, P., «Pour une requête en interprétation devant la Cour de cassation», *J.T.*, 1992, 321-326, en *Gedr. St., Kamer*, 1992-93, nr. 743/1.

Behoeft aan een wetsevaluatie

Aan een grondig wetsevaluatief onderzoek bestond reeds na één jaar toepassing van de Wet 3 augustus 1992 een dringende behoefte.¹⁰² In oktober 1993 werd emeritus procureur-generaal E. Krings door de minister van Justitie met een dergelijke opdracht belast. Hij heeft de procedurewijzigingen niet uitsluitend juridisch-technisch bekeken. Hij heeft contact gehad met diverse rechtspractici om aldus te kunnen uitmaken in welke omstandigheden de nieuwe procedureregels eventueel niet werken en waarom.¹⁰³

25. Zijn conclusie is overduidelijk: de Wet 3 augustus 1992 is goed¹⁰⁴ en zal ontegenzeggelijk zeer nuttige gevolgen hebben voor het verloop van de rechtspleging in de toekomst. De gunstige werking wordt nu echter ten zeerste overschaduwd door het bestaan van de gerechtelijke achterstand. Het wegwerken van die achterstand moet dus een prioriteit worden.¹⁰⁵

26. Zijn suggesties om de artt. 747, 748 en 750 Ger. W. aan te passen¹⁰⁶ vonden onmiddellijk gehoor. Voormelde bepalingen werden bij Wet 23 maart 1995 (*B.S.*, 19 mei 1995) gewijzigd.¹⁰⁷ Het vereiste in art. 747, § 2, Ger. W. dat de omstandigheden van de zaak de gerechtelijke regeling van de conclusietermijn verantwoorden, valt terecht weg.¹⁰⁸ Wanneer niet alle procespartijen bereid zijn een gezamenlijk ver-

¹⁰² Zie, over een systeem van wetsevaluatie in het algemeen, ADAMS, M., «Wetgeving en beleid. Pleidooi voor een heroverweging van de rol van het parlement in het wetgevingsproces en een systeem van wetsevaluatie», in ADAMS, M. en WINTJENS, L.J. (red.), *Wetgeving in theorie en praktijk*, Maklu, Antwerpen, 1994, 55-75, en *R.W.*, 1992-93, 1941-1950; zie tevens wetsvoorstel Vande Lanotte tot inrichting van een driejaarlijkse wetsevaluatie, *Gedr. St., Kamer*, 1991-92, 439/1. M. STORME had eveneens een pleidooi gehouden voor een effect-rapportering van de wetgeving om, waar nodig, bij te sturen en legislatiek keuriger werk af te leveren («De unus iudex in België gewogen», *T.P.R.*, 1986, 783-784). Zie tevens de 10e aanbeveling geformuleerd op 16 maart 1984 op de slotzitting van het symposium over de invloed van de doctrine, in *Feestbundel 20 jaar T.P.R.*, Gent, 1984, 62.

¹⁰³ Zie trouwens in die zin VAN HOUTTE, J., «Is recht belangrijk? De functies van het recht in de maatschappij: veiligheid, sociale relaties, een humanere samenleving», *Economisch en Sociaal Tijdschrift*, 1995, (141), 154.

¹⁰⁴ Op te merken valt dat in het Groenboek van de Commissie van de Europese Gemeenschappen over «De consument en zijn verhaalsmogelijkheden en de beslechting van consumentengeschillen in de interne markt» (Com (93), 576, 16 november 1993, 21) het «consumentvriendelijk» aspect van de Wet 3 augustus 1992 onderstreept werd (zie BALATE, E., «L'accès des consommateurs à la justice et le règlement des litiges de consommation dans le marché unique: Livre vert», *J.T.*, 1994, 406-407).

¹⁰⁵ KRINGS, E., *a.w.*, 17.

¹⁰⁶ KRINGS, E., *a.w.*, 21.

¹⁰⁷ Zie de eerste commentaren: DE LEVAL, G., «Un nouveau moyen pour vaincre l'inertie d'une partie litigante», *J.L.M.B.*, 1995, 971-975; GUTT, O., «Premier commentaire de la loi du 25 mars 1995 modifiant les articles 747, 748 et 750 du Code judiciaire», *J.T.*, 1995, 493; PETILLION, F., «De artikelen 747, 748 en 750 Ger. W. Wetswijziging», *Tableau*, 1995/11, 3-6; RAES, S., «Wet van 23 maart 1995 tot wijziging van de artikelen 747, 748 en 750 Ger. W.», *P. & B.*, 1995, 101-102.

¹⁰⁸ In die zin ook CLOSSET-MARCHAL, G., *a.w.*, *T.B.B.R.*, 1993, 422, nr. 7; DE LEVAL, G., *a.w.*, in *Le nouveau droit judiciaire privé*, 1994, 87, nr. 14.

zoek tot bepaling van een rechtsdag in te dienen, kan de meest gerede partij via een nieuwe procedure – met oproeping van de andere partij(en) – toch nog een fixatie krijgen. De manifeste onwil van sommige advocaten en de halsstarre weigering van bepaalde magistraten om art. 747, § 2, Ger. W. overeenkomstig de parlementaire voorbereiding toe te passen, hebben bijgevolg geleid tot een bijkomende logge rechtspleging om een zaak in staat van wijzen te stellen. Kon niet worden volstaan met de toepassing van art. 747, § 2, Ger. W. te veralgemenen en art. 750 Ger. W. eenvoudigweg op te heffen? Art. 751 Ger. W., dat in de praktijk moeilijk toepasbaar lijkt,¹⁰⁹ kan dan best eveneens opgeheven worden.

Tabula rasa

27. Vele rechtspractici zijn in hun verwachtingen teleurgesteld. Het *procesnoodrecht*¹¹⁰ biedt thans de enige uitweg om een einde te maken aan de huidige malaise. De bepalingen van de Wet 3 augustus 1992 zullen slechts een nuttig effect sorteren, indien de gerechtelijke achterstand weggewerkt wordt.¹¹¹ Geheel met een schone lei beginnen is bijgevolg de boodschap. Dit kan slechts, wanneer uitzonderlijk drastische en tijdelijke maatregelen worden genomen.¹¹² De federale regering wenst daaromtrent een initiatief te nemen. Haar programma¹¹³ voorziet onder meer in «de toevoeging van bijkomende en tijdelijke krachten ten einde binnen drie jaar de achterstand weg te werken die in de loop der jaren is ontstaan, zoals de aanwijzing van plaatsvervangende en/of consulaire raadsheren binnen de hoven van beroep, evenwel zonder verhoging van het professioneel en permanent kader». Hiertegen is reeds vanuit de magistratuur fel geïnteresseerd.¹¹⁴⁻¹¹⁵

28. De wetgever kan alleen maar de algemene regels van de procesvoering vastleggen. De toepassing van het civiele

procesrecht werd aan de beroepsgenoten zelf toevertrouwd.¹¹⁶ Slechts indien iedere rechtspracticus zijn taak iets beter zou vervullen, kan het vertrouwen in het gerecht hersteld worden.¹¹⁷

29. Eén voorbeeld.¹¹⁸ De eisende partij kan in haar akte van rechtsingang het met redenen omkleed verzoek doen de zaak te behandelen op de inleidende zitting of te verdagen op een nabije datum (art. 735 Ger. W.), *minstens de conclusietermijnen en de rechtsdag overeenkomstig art. 747, § 2, Ger. W. te bepalen*¹¹⁹ en op grond van art. 51 Ger. W. alle termijnen vermeld in art. 747, § 2, Ger. W. te verkorten. Niets belet de tegenpartij(en) hiermee akkoord te gaan, zodat zij aldus in samspraak met de rechtbank op een optimale wijze een bindende kalender kunnen vastleggen.¹²⁰ De procesgang zal bovendien aanzienlijk versneld worden, wanneer de rechter – zo nodig ambtshalve – de partijen gelast alle middelen van recht tegelijk voor te dragen (art. 869 Ger. W.).¹²¹

30. Kortom, de Wet 3 augustus 1992 biedt meer mogelijkheden dan wat menig kortzichtig rechtspracticus erin meent te kunnen lezen. De *homo novus processualis*¹²² krijgt nu alle kansen om resoluut een einde te maken aan dé rechtsbron bij uitstek in het civiel procesrecht: de sleur en slenter in het rechtsgebouw. Hij kan thans op een creatieve wijze opteren voor een «vrijmoedige procesvoering».¹²³

Jean LAENENS

Universiteit Antwerpen

¹¹⁴ Magistratuur & Maatschappij, «Opmerkingen op het voorstel om plaatsvervangende raadsheren te benoemen», *Panopticon*, 1995, 335-336.

¹¹⁵ Vanuit de academische wereld werd aangedrongen op een (desnoods tijdelijke) wetswijziging, zodat leden van het academisch personeel in de hoven van beroep kunnen worden opgeroepen om zitting te nemen (Motie van het Departement Rechten van de Universiteit Antwerpen (U.I.A.) van 6 juli 1994).

¹¹⁶ STORME, M., «Het wetgevingsproces in het procesrecht: een dubbele bevraging van theorie en praktijk», in ADAMS, M. en WINTJENS, L.J. (red.), *Wetgeving in theorie en praktijk*, Maklu, Antwerpen, 1994, (180), 190.

¹¹⁷ DE BAETS, G., «Vertrouwen in het gerecht», *R.W.*, 1994-95 (893), 895.

¹¹⁸ CLOSSET-MARCHAL, G., *a.w.*, *T.B.B.R.*, 1993, 422, nr. 5; DE LEVAL, G., *a.w.*, in *Le nouveau droit judiciaire privé*, 83, nr. 12; DE LEVAL, G., *a.w.*, *J.L.M.B.*, 1995, 973; GUTT, O., «La mise en état d'une cause face à un plaideur récalcitrant», *J.T.*, 1995, (380), 383; LAENENS, J., «Is art. 747, § 2, Ger. W. toepasselijk voor de beslagrechter?», *N. Ger. R.*, 1993-5, (2), 4; LAENENS, J., *a.w.*, *T. Vred.*, 1993, 177, nr. 11; LAENENS, J. en BROECKX, K., *a.w.*, 59, vii. 331; TAELEMAN, P., *a.w.*, *P. & B.*, 1993, 180.

¹¹⁹ Het verzoek hoeft trouwens dienaangaande niet meer gemoeteerd te worden.

¹²⁰ Zie Brussel, 23 februari 1994, *A.J.T.*, 1994-95, 40, noot DECONINCK, B.; Brussel, 23 juni 1994, *J.L.M.B.*, 1994, 1065.

¹²¹ LAENENS, J., «Art. 747, § 2, Ger. W. en concentratie van verweer», *N. Ger. R.*, 1993-2, 4-5; in dezelfde zin: KRINGS, E., *a.w.*, in *Le nouveau droit judiciaire privé*, 15.

¹²² STORME, M., *a.w.*, in *Honderdvijftig jaar rechtsleven in België en Nederland*, 159, nr. 49.

¹²³ STERR, T. A. W., *Vrijmoedige procesvoering*, Kluwer, Deventer, 1979.

¹⁰⁹ DECONINCK, B., «De dilemma's van art. 751 Ger. W.», *N. Ger. R.*, 1993-7, 3-7.

¹¹⁰ STORME, M., «Pleidooi voor een procesnoodrecht», *T.P.R.*, 1980, 504-513.

¹¹¹ Uit een onderzoek blijkt dat in eerste aanleg de wachttijd tussen de aanvraag van de rechtsdag en de pleitdatum zelf eerder beperkt is (STOMMELS, M., «Gerechtelijke achterstand?», *De Advocatenkrant*, 1995-1, 1-4). Over de duurtijd van het in staat stellen van een zaak is echter nog geen onderzoek ingesteld!

¹¹² KRINGS, E., *a.w.*, 20.

¹¹³ Zie een uittreksel in *De Advocatenkrant*, 1995-2, 3-4.

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

4 APRIL 1995

Voorzitter: de h. De Grève

Rapporteurs: de hh. Suetens en Henneuse

Advocaten: mrs. Libaut loco Devers en Rombaut

Wetten, decreten en besluiten – Decreet – Retroactiviteit – Implicaties voor het beroep bij de Raad van State

Het enkele feit dat de opheffing bij decreet met terugwerkende kracht van een bepaling van een koninklijk besluit implicaties heeft voor het beroep bij de Raad van State, betekent niet dat het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel is geschonden doordat afbreuk zou worden gedaan aan de jurisdictionele waarborgen die aan alle burgers worden geboden.

De bevoegdheidsverdelende regels zijn daarbij slechts geschonden indien het decreet als enig of hoofdzakelijk doel zou hebben de bevoegdheid van de Raad van State ongedaan te maken of te beïnvloeden.

Prejudiciële vragen

Arrest nr. 30/95

Ten aanzien van de eerste prejudiciële vraag

B.1. De eerste prejudiciële vraag luidt:

«Strijdt artikel 101, § 2, 2°, van het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van bepaalde personeelsleden van het Gemeenschapsonderwijs met artikel 6 van de Grondwet (thans artikel 10 van de gecoördineerde Grondwet) in zoverre het met ingang van 1 januari 1990 opheft artikel 92 van het koninklijk besluit van 22 maart 1969 tot vaststelling van het statuut van de leden van het bestuurs- en onderwijzend personeel, van het opvoedend hulppersoneel, van het paramedisch personeel der inrichtingen voor kleuter-, lager, buitengewoon, middelbaar, technisch, kunst- en normaalonderwijs van de Staat, alsmede der internaten die van deze inrichtingen afhangen en van de leden van de inspectiedienst die belast is met het toezicht op deze inrichtingen?»

De prejudiciële vraag heeft uitsluitend betrekking op de opheffing met terugwerkende kracht van artikel 92 van genoemd koninklijk besluit. Dat artikel bepaalde: «Benoeeming in een bevorderingsambt kan enkel geschieden indien de te begeven betrekking vacant is.»

B.2. De verzoeker voor de Raad van State heeft op 25 juli 1990 een beroep tot nietigverklaring ingesteld tegen de beslissing van de Autonome Raad voor het Gemeenschapsonderwijs (ARGO) van 17 mei 1990 «geen vacantverklaring voor bevordering te organiseren van de te begeven betrekkingen in de bevorderingsambten».

Hij stelt dat de opheffingsbepaling van artikel 101, § 2, 2°, van het decreet van 27 maart 1991 artikel 10 van de Grond-

wet schendt, in zoverre zij betrekking heeft op voormeld artikel 92 van het koninklijk besluit van 22 maart 1969.

De verzoeker voor de Raad van State betoogt, enerzijds, dat hij een «volstrekt andere behandeling onderging dan zijn voorgangers-brevethouders die (...) onder (...) het koninklijk besluit van 1969 vielen» en, anderzijds, dat *in concreto*, de ARGO, overeenkomstig het «oud statuut», met de mutaties startte maar de procedure beëindigde vóór de vacantverklaring «en dit louter om de heer Michel Cremers te grieven». Door middel van een opheffing met terugwerkende kracht, zou het decreet de Raad van State verhinderen zich uit te spreken over het door de verzoeker aangevoerde middel steunend op de schending van voormeld artikel 92, dat volgens de verzoeker een verplichting tot vacantverklaring met het oog op de toewijzing bij wege van bevordering inhield.

B.3. De opheffing met terugwerkende kracht van artikel 92 van het koninklijk besluit van 22 maart 1969 moet worden beoordeeld in het licht van de globale onderwijshervorming die door de Vlaamse Gemeenschap is doorgevoerd in de periode 1988-1991.

B.4.1. Met toepassing van artikel 17, § 2, van de Grondwet (thans artikel 24, § 2) is bij het bijzonder decreet van 19 december 1988 de Autonome Raad voor het Gemeenschapsonderwijs (ARGO) opgericht.

De doelstelling van het bijzondere decreet is het overdragen van de bevoegdheden van de Gemeenschap als inrichtende macht van het Gemeenschapsonderwijs aan een Autonome Raad «die democratisch samengesteld wordt uit mensen die gehecht zijn aan dit onderwijs en waarin de ideologische en filosofische verscheidenheid binnen de Vlaamse Gemeenschap tot uiting komt.»

«Hierbij komen twee basisprincipes op de voorgrond: 'decentralisering' en 'democratisering' door inspraak via participatie van alle geledingen. Het principe 'wat op lokaal niveau kan beslist en uitgevoerd worden, moet niet centraal geregeld worden', primeert dan ook. Het gaat hier derhalve duidelijk om een 'responsabilisering' van alle deelnemers in betrokken onderwijsveld, van hoog tot laag» (*Gedr. St., Vlaamse Raad*, 1988-89, nr. 161/4, p. 4).

B.4.2. Het bijzondere decreet van 19 december 1988 splitst de bevoegdheden van de inrichtende macht voortaan op in twee niveaus: de lokale schoolraden en de centrale raad van bestuur, die samen de Autonome Raad voor het Gemeenschapsonderwijs vormen. Beide niveaus krijgen in het decreet specifieke taken toegewezen, waarbij de nadruk is gelegd op de bevoegdheid van de lokale instanties.

B.4.3. Gezien het fundamentele karakter van die onderwijshervorming, die het opzetten van totaal nieuwe structuren vereiste, werd beslist de hervorming in twee fasen door te voeren (*Gedr. St., Vlaamse Raad*, 1988-89, nr. 161/1, p. 5).

Op 1 januari 1989 startte een overgangsfase met een voorlopige centrale raad, die de inrichtende bevoegdheid uitoefende in het Gemeenschapsonderwijs. Op 1 april 1991 werden de schoolraden opgericht «die onmiddellijk alle hun door dit decreet toegekende bevoegdheden opnemen» (artikel 67 van het bijzondere decreet van 19 december 1988). Samen met de centrale raad vormen zij de inrichtende macht

(artikelen 4 en 5 van het bijzondere decreet van 19 december 1988). Met toepassing van artikel 66 van het bijzondere decreet van 19 december 1988 nam het mandaat van de leden van de voorlopige centrale raad een einde op 31 december 1992, waarna de «definitieve» centrale raad is geïnstalleerd.

B.5. Artikel 55, § 1, van het bijzondere decreet van 19 december 1988 bepaalt:

«De Regering bepaalt het administratief en geldelijk statuut van het personeel van het Gemeenschapsonderwijs.»

In dat verband stelde de memorie van toelichting:

«Samen met de oprichting van een Autonome Raad zal ook het statuut van het onderwijspersoneel van de ARGO dienen gewijzigd te worden teneinde de brede deconcentratie van bevoegdheden naar de lokale schoolraden toe, alsmede een betere organisatie van het pedagogisch aanbod te kunnen verzekeren» (*Gedr. St., Vlaamse Raad*, 1988-1989, nr. 161/1, p. 7).

In afwachting van de totstandkoming van het nieuwe personeelsstatuut, bepaalt artikel 74 van het bijzondere decreet van 19 december 1988:

«Zolang de Regering geen nieuwe personeelsstatuten heeft bepaald, blijven de in de artikelen 70, 71 en 72 bedoelde personeelsleden onderworpen aan de thans bestaande statuutregels, met dien verstande dat de in laatst genoemde regels toegekende bevoegdheden worden uitgeoefend door de bestuursorganen van de ARGO op de wijze bepaald in of krachtens dit decreet.»

B.6. Het nieuwe personeelsstatuut voor het Gemeenschapsonderwijs is vastgesteld bij het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van bepaalde personeelsleden van het Gemeenschapsonderwijs (*Belgisch Staatsblad*, 25 mei 1991).

De memorie van toelichting preciseert:

«Dit nieuwe statuut is noodzakelijk ten gevolge van de operationalisering van de lokale schoolraden en raden van bestuur. Deze nemen hun bevoegdheid op per 1 april 1991.

Aanvankelijk was in het bijzonder decreet van 19 december 1988 betreffende de Autonome Raad voor het Gemeenschapsonderwijs voorzien dat dit statuut zou uitgevaardigd worden bij besluit van de Vlaamse Executieve.

Artikel 55, § 1. De Executieve bepaalt het administratief statuut van het personeel van het Gemeenschapsonderwijs.

Alhoewel de Raad van State in het advies bij het bijzonder decreet terzake geen opmerking maakte is de interpretatie inzake het artikel 17, § 5 van de Grondwet dermate geëvolueerd dat thans de eventuele bepalingen van de rechtspositie van de personeelsleden van het Gemeenschapsonderwijs bij decreet dient (lees: dienen) vastgesteld te worden.

De ommekeer werd ingeleid door de afdeling administratie van de Raad van State in het arrest OTO, nr. 34.237 van 2 februari 1990. In dit arrest vernietigde de Raad van State het besluit van de Vlaamse Executieve over het eenheidskader in het secundair onderwijs, niet op basis van inhoudelijke criteria, doch wel op basis van formele criteria.

Na dit arrest is ook de afdeling wetgeving van de Raad van State de bevoegdheid van de Vlaamse Raad inzake onderwijs gaan accentueren» (*Gedr. St., Vlaamse Raad*, 1990-1991, nr. 470/1, p. 1).

B.7. Artikel 101, § 2, van dat decreet van 27 maart 1991 heeft de vroegere statuutregels op. Het koninklijk besluit van 22 maart 1969 werd opgeheven met ingang van 1 april 1991,

met enkele uitzonderingen, waaronder artikel 92, dat wordt opgeheven met ingang van 1 januari 1990.

B.8. In de eerste fase van de onderwijshervorming, waarin nog werd gewerkt met een voorlopige bestuursstructuur en het voorlopige behoud van het bestaande personeelsstatuut, heeft de centrale raad van de ARGO in het schooljaar 1989-1990 een mutatie voor bevorderingsambten georganiseerd. Op grond van artikel 94 van het koninklijk besluit van 22 maart 1969 kon een vacant bevorderingsambt enkel bij wijze van bevordering worden toegewezen indien zulks niet door mutatie kon geschieden.

De centrale raad van de ARGO besliste evenwel geen vacantverklaring voor bevordering meer te organiseren voor de te begeven betrekkingen in de bevorderingsambten, in afwachting van het nieuwe statuut van het onderwijspersoneel, enerzijds, en van de installatie van de lokale schoolraden op 1 april 1991, anderzijds.

B.9. Artikel 101, § 2, van het decreet van 27 maart 1991 heeft de artikelen 35, 78 en 92 van het koninklijk besluit van 22 maart 1969 opgeheven met ingang van 1 januari 1990. De decreetgever heeft aldus rekening gehouden met een evolutie die, zoals is aangeduid onder B.6, niet voorzienbaar was op het ogenblik dat het bijzondere decreet van 19 december 1988 werd uitgevaardigd, doch die veroorzaakt werd door het fundamentele en structurele karakter van de aan gang zijnde hervorming en die noodzakelijk was om de vooropgestelde basisprincipes te vrijwaren.

B.10. Ten deze heeft de decreetgever aan artikel 101, § 2, van het decreet van 27 maart 1991, in zoverre dit betrekking heeft op artikel 92 van het koninklijk besluit van 22 maart 1969, terugwerkende kracht verleend en aldus het beginsel dat als algemene regel is vervat in artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek terzijde geschoven.

Hoewel een dergelijke retroactiviteit van die aard is dat zij de rechtszekerheid kan aantasten, kan zij door uitzonderlijke omstandigheden verantwoord zijn, met name wanneer zij onontbeerlijk is voor de goede werking of de continuïteit van de openbare dienst.

Uit wat voorafgaat blijkt dat zulks ten deze het geval is: de opheffing met terugwerkende kracht van artikel 92 van het koninklijk besluit van 22 maart 1969 is verantwoord door de vaststelling dat de onverminderde toepassing van die bepaling niet bestaanbaar was met het fundamentele en vernieuwende karakter van de onderwijshervorming.

B.11. Bovendien moet worden opgemerkt dat, enerzijds, niet alleen de verzoeker voor de Raad van State, maar de gehele categorie van directeurs-brevethouders die zich in dezelfde situatie bevonden, zich met ingang van 1 januari 1990 niet meer op voormeld artikel 92 konden beroepen en, anderzijds, dat de mogelijkheid voor de verzoeker om zich kandidaat te stellen voor een bevorderingsambt niet werd afgeschaft, doch enkel werd uitgesteld. Vanaf 1992 regelt artikel 44 van het decreet van 27 maart 1991 de vacantverklaring met het oog op bevordering, met dien verstande dat de benoemingen in bevorderingsambten die vroeger uitsluitend op centraal niveau gebeurden, thans door de centrale raad gebeuren, doch op voordracht van de lokale schoolgemeenschappen.

B.12. Voor het feit dat de verzoeker met ingang van 1 januari 1990 een andere bepaling onderging dan zijn voorgangers-brevethouders, bestaat er derhalve een objectieve en

redelijke verantwoording; de aangewende middelen zijn niet onevenredig met het nagestreefde doel.

B.13. De verzoeker voor de Raad van State verwijt de bestreden bepaling ook dat ze op ongrondwettige wijze tussenkomt in het door hem ingestelde beroep tot nietigverklaring.

B.14. Het enkele feit dat de opheffing met terugwerkende kracht van artikel 92 van voormeld koninklijk besluit implicaties heeft voor het beroep bij de Raad van State, betekent niet dat het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel zou zijn geschonden doordat afbreuk zou worden gedaan aan de jurisdictionele waarborgen die aan alle burgers worden geboden. Dat zou slechts het geval zijn wanneer het enige of hoofdzakelijke doel dat met de retroactiviteit wordt beoogd, erin zou bestaan de beslechting van een of meer rechtsgedingen in een bepaalde zin te beïnvloeden of rechtscolleges te beletten over een bepaalde rechtsvraag uitspraak te doen, zonder dat uitzonderlijke omstandigheden aanwezig zijn die dat redelijkerwijze kunnen verantwoorden.

B.15. Ten deze is de opheffing met retroactieve werking van sommige bepalingen van het koninklijk besluit van 22 maart 1969 verantwoord door de zorg om de fundamentele opties van de aan gang zijnde onderwijshervorming te vrijwaren en te beletten dat het onverkort toepassen van het vroegere personeelsstatuut die opties zou doorkruisen.

De opheffingsbepaling van artikel 101, § 2, van het decreet van 27 maart 1991 kan dan ook in haar retroactieve werking niet worden beschouwd als een onverantwoorde inmenging in het annulatieberoep dat bij de Raad van State aanhangig is; zij doet in het genot van de jurisdictionele waarborgen toegekend bij artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State geen onderscheid ontstaan waarvoor geen objectieve en redelijke verantwoording zou bestaan.

Ten aanzien van de tweede prejudiciële vraag

B.16. De Raad van State vraagt het Hof eveneens:

«Schendt voornoemde opheffingsbepaling (van artikel 101, § 2, 2°, van het decreet van 27 maart 1991) de regels die door en krachtens de Grondwet zijn vastgelegd voor het bepalen van de respectieve bevoegdheden van de Staat en de Gemeenschappen?»

Die vraag steunt op de overweging dat «door die opheffing de decreetgever de Raad van State belet te beslissen over de vraag of de door verzoeker bestreden beslissing verenigbaar was met dat artikel 92, terwijl de Raad van State daartoe bevoegd was krachtens artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, welke wetten de nationale wetgever heeft aangenomen op grond van de hem bij artikel 94 van de Grondwet (thans artikel 146 van de gecoördineerde Grondwet) uitdrukkelijk opgedragen bevoegdheid (cfr. arrest nr. 46 van 11 februari 1988 van het Arbitragehof)».

B.17. De verwijzing naar het arrest nr. 46 van 11 februari 1988 van het Hof is niet verantwoord.

In dat arrest heeft het Hof geoordeeld over een decreet tot geldigverklaring van individuele administratieve rechtshandelingen, decreet dat door zijn draagwijdte en zijn rechtsgevolg uitsluitend beoogde afbreuk te doen aan de bevoegdheid van de Raad van State.

Ten deze gaat het om een decreet met een algemene draagwijdte waarbij een volledig nieuw statuut voor de personeelsleden van het Gemeenschapsonderwijs is ingevoerd.

B.18. De gemeenschappen zijn bevoegd voor het regelen van de rechtspositie van de personeelsleden van het onderwijs.

Hoewel de bestreden opheffingsbepaling van artikel 101, § 2, 2°, van het decreet van 27 maart 1991 weliswaar onrechtstreeks tot gevolg heeft dat de Raad van State zich in deze zaak niet meer zal kunnen uitspreken over het voor hem aangevoerde enige middel, in zoverre het gesteund is op de schending van artikel 92 van het koninklijk besluit van 22 maart 1969, kan, in het licht van haar wordingsgeschiedenis (zie B.3 tot B.15) niet worden aangenomen dat die opheffingsbepaling als enig of hoofdzakelijk doel zou gehad hebben de bevoegdheid van de Raad van State ongedaan te maken of te beïnvloeden, inzonderheid door het geldig verklaren van een onregelmatige individuele bestuurshandeling.

De bestreden opheffingsbepaling maakt geen inbreuk op de door artikel 146 van de Grondwet aan de federale wetgever voorbehouden aangelegenheid.

NOOT – *Legislatieve «validatie» en de bevoegdheid van de decreetgever: een kwestie van wetgevingstechniek?*

1. Het Arbitragehof heeft reeds een uitgebreide rechtspraak uitgewerkt over verschillende vormen van legislatieve «validatie», waarbij de wet- of decreetgever een onregelmatige rechtshandeling van de uitvoerende macht dekt, zodat deze rechtshandeling toch haar uitwerking behoudt (hierover Ergéc, R., «De l'invalidation des 'validations' législatives à l'égalité en matière fiscale», *J.T.*, 1991, 837-839, Popelier, P., «Over een regelmatig bestuur, een toedekkende wetgever en de rechtspraak van het Arbitragehof», *R.W.*, 1993-94, 295-300, en «Legislatieve 'validatie': een kwestie van wetgevingstechniek», in *Wetgeving in theorie en praktijk*, Adams, M. en Wintgens, L.J. (red.), Antwerpen, Maklu, 1994, 77-94, Simonart, H. en Salmon, J., «Les validations législatives et le contrôle de la Cour d'Arbitrage», *J.T.*, 1994, 197-207 en Vande Lanotte, J., m.m.v. Goedertier, G., *Overzicht van het publiek recht*, deel 2, Brugge, Die Keure, 1994, 105-113).

Tot nog toe ging het in slechts één arrest, het eerste in de rij, over een legislatieve «validatie» bij decreet (Arbitragehof, nr. 46, 11 februari 1988, *B.S.*, 24 februari 1988). Het hier besproken arrest brengt hierin een belangrijke nuancering aan (arrest nr. 30/95, 4 april 1995, *B.S.*, 19 mei 1995). Het betreft een decretale «validatie» waarbij het juridische regime van een administratieve rechtshandeling wordt getransformeerd, doordat retroactief een wettelijke basis wordt gegeven aan deze rechtshandeling (over de verschillende vormen van legislatieve «validatie», Mathieu, B., *Les 'validations' législatives*, Parijs, Economica, 1987, 38-158; zie ook de samenvatting bij Popelier, P., «Legislatieve 'validatie'...», *l.c.*, 80 e.v.). In dit geval werd het voor de Raad van State ter beoordeling voorliggende besluit niet rechtstreeks bekrachtigd, maar werd, met terugwerkende kracht, de aangevochten grond van onwettigheid ervan weggenomen.

2. In het eerste arrest overwoog het Hof dat, ofschoon het decreet noch op formele, noch in uitdrukkelijke termen afbreuk deed aan de gecoördineerde wetten op de Raad van State, dit in substantie nochtans uitsluitend de draagwijdte en het rechtsgevolg ervan was, doordat het ging om de geldigverklaring van individuele rechtshandelingen. Door de benoemingen die het beoogde geldig te verklaren, belette

het decreet van het Waalse Gewest de Raad van State te beslissen over de geldigheid van die benoemingen. De bevoegdheid daartoe is hem toegewezen door artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die de nationale wetgever heeft aangenomen op grond van de hem bij artikel 146 van de Grondwet uitdrukkelijk opgedragen bevoegdheid. Het decreet betrof aldus een aangelegenheid die door de Grondwet aan de wet was voorbehouden (arrest nr. 46, overwegingen B.5.2, B.5.3 en B.5.4). Dit blijkt te meer uit het nieuwe artikel 160 Gw., dat uitdrukkelijk de bevoegdheid van de Raad van State aan de wetgever voorbehoudt (Vande Lanotte, J., *o.c.*, 107, noot 318).

De decretale «validatie» werd zo vanuit het perspectief van de bevoegdheidsverdeling beoordeeld, terwijl de wetgevende «validaties» die later ter beoordeling van het Arbitragehof werden voorgelegd, vanuit het perspectief van het gelijkheidsbeginsel werden beoordeeld.

3. De nieuwe formulering van artikel 19 Bijz. W. van 8 augustus 1988 heeft wellicht een nuancering aangebracht in deze rechtspraak: de decreetgever zou op het bevoegdheidsdomein van de federale wetgever kunnen komen in het kader van zijn impliciete bevoegdheden (Popelier, P., «Legislatieve 'validatie': een kwestie van wetgevingstechniek», *l.c.*, 88).

Het hier besproken arrest lijkt echter aan te wijzen dat het Arbitragehof het eventueel inroepen van impliciete bevoegdheden tracht te vermijden. Met name de gehanteerde wetgevingstechniek lijkt hierbij een rol te spelen.

4. De bevoegdheidsverdelende regels worden niet geschonden wanneer een decreet enkel onrechtstreeks tot gevolg heeft dat de Raad van State zich in de zaak in kwestie niet meer zal kunnen uitspreken (arrest nr. 30/95, B.18). Zij worden enkel geschonden door een decretale «validatie» indien het decreet door zijn draagwijdte en zijn rechtsgevolg uitsluitend beoogde afbreuk te doen aan de bevoegdheid van de Raad van State (B.17), d.w.z. wanneer het als enig of hoofdzakelijk doel zou hebben gehad de bevoegdheid van de Raad van State ongedaan te maken of te beïnvloeden (B.18).

5. Dat komt overeen met het criterium dat het Arbitragehof ook voor wetgevende validaties gebruikt vanuit het perspectief van het gelijkheidsbeginsel om een verboden legislatieve «validatie» te onderscheiden van een «validatie» die kan worden gerechtvaardigd (vergelijk Arbitragehof, arresten nr. 67/92, 12 november 1992, *B.S.*, 8 december 1992, en nr. 33/93, 22 april 1993, *B.S.*, 8 juni 1993, overw. B.2). Het hier besproken arrest overweegt weliswaar dat het gelijkheidsbeginsel pas geschonden zou zijn wanneer «het enige of hoofdzakelijke doel dat met de retroactiviteit wordt beoogd, erin zou bestaan de beslechting van een of meer rechtsgedingen in een bepaalde zin te beïnvloeden of rechtscolleges te beletten over een bepaalde rechtsvraag uitspraak te doen, zonder dat uitzonderlijke omstandigheden aanwezig zijn die dat redelijkerwijze kunnen verantwoorden» (B.14). Dat zo ook een legislatieve «validatie» met dit motief als enig of hoofdzakelijk doel nog verantwoord zou kunnen worden, ligt nochtans niet in de lijn van de rechtspraak van het Arbitragehof (zie in het bijzonder arrest nr. 33/93).

6. Bij de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel hangt de vervulling van dat criterium echter af van het onderzoek naar andere mogelijke motieven (zie Popelier, P., «Over een onregelmatig bestuur...», *l.c.*, 298 e.v. en «Legislatieve 'validatie'», *l.c.*, 88).

Bij de toetsing aan de bevoegdheidsverdelende regels lijkt de gekozen wetgevingstechniek echter een belangrijkere rol te spelen.

7. In arrest nr. 46 overwoog het Hof dat de draagwijdte en het rechtsgevolg van het decreet in substantie uitsluitend erin bestond afbreuk te doen aan de gecoördineerde wetten op de Raad van State, doordat het ging om de (rechtstreekse) geldigverklaring van de individuele administratieve rechtshandelingen die aan de Raad van State ter beoordeling waren voorgelegd (B.5.2 en B.5.3; zie ook het hier besproken arrest nr. 30/95, B.17 en B.18).

In het hier besproken arrest benadrukt het Hof het wel erg onrechtstreeks karakter van de inmenging in het domein van de Raad van State (B.18) en de algemene draagwijdte van het decreet in kwestie (B.17). In het geval van een dergelijke «onrechtstreekse validatie» wordt het doel van de decreetgever nader onderzocht. De toetsing van de «validatie» aan de bevoegdheidsverdelende regels en die aan het gelijkheidsbeginsel en de daarin gehanteerde criteria van legitiem doel en evenredigheid, vallen dan in zekere mate met elkaar samen. *In casu* wordt immers, ter beantwoording van de bevoegdheidsvraag, verwezen naar de overwegingen B.3 tot B.15, waar de implicaties voor het beroep bij de Raad van State door de retroactieve werking van het decreet verantwoord worden geacht door de zorg om de fundamentele opties van de aan gang zijnde onderwijshervorming te vrijwaren en te beletten dat het onverkort toepassen van het vroegere personeelsstatuut die opties zou doorkruisen (B.18).

8. Wanneer de wetgevingstechniek in werkelijkheid geen rol speelt voor de bevoegdheidsvraag, maar, ongeacht de techniek en het al dan niet rechtstreeks of algemeen karakter ervan, als criterium geldt dat het enige of hoofdzakelijke doel van de decreetgever erin bestaat de bevoegdheid van de Raad van State ongedaan te maken of te beïnvloeden, heeft het inroepen van de impliciete bevoegdheden nog weinig nut. In dat geval valt het hoofdzakelijke doel zelf immers niet alleen buiten de bevoegdheid van de decreetgever, maar is het ook vanuit het perspectief van het gelijkheidsbeginsel onrechtmatig.

Indien weliswaar afbreuk wordt gedaan aan de bevoegdheid van de Raad van State, maar dit niet het enig of hoofdzakelijk doel van het decreet is, wordt het domein van de wetgever niet betreden, zodat een beroep op de impliciete bevoegdheden van artikel 10 in combinatie met artikel 19 van de Bijz. W. niet dient te worden ingeroepen. Het eigenlijke doel zelf dient weliswaar binnen het bevoegdheidsdomein van de decreetgever te blijven (zie *i.c.*, B.18).

9. Wanneer de gebruikte wetgevingstechniek wel degelijk een rol zou spelen bij de beantwoording van de bevoegdheidsvraag, zouden de impliciete bevoegdheden eventueel nog kunnen worden ingeroepen wanneer wordt vastgesteld dat de decreetgever, door een rechtstreekse «validatie» van individuele besluiten, het door artikel 146 van de Grondwet aan de federale wetgever voorbehouden aangelegenheid heeft betreden. De rol die de impliciete bevoegdheden hierbij kunnen spelen, lijkt nochtans eerder beperkt. Een van de voorwaarden luidt immers dat de weerslag voor het betreden domein slechts marginaal mag zijn (zie Rimanque, K., *De regel is niet steeds recht*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 90, en de daar geciteerde rechtspraak). Het Arbitragehof lijkt evenwel van oordeel dat dit bij een rechtstreekse «validatie» niet het geval is. Het komt dan ook eerder voor dat de nuancering

van het Arbitragehof in het hier besproken arrest en de rol die de gekozen wetgevingstechniek daarbij lijkt te spelen, eerder is ingegeven om het gebruik van de impliciete bevoegdheden te omzeilen.

10. In ieder geval blijkt hier een toenadering in de beoordeling tussen wetgevende en decretale «validaties».

In beide gevallen bestaat het eerste criterium in het doel van de «validatie», dat niet uitsluitend of hoofdzakelijk erin mag bestaan de Raad van State te verhinderen zich uit te spreken over de eventuele onregelmatigheid van het bekrachtigde besluit. Over de suggestie dat bij decretale «validaties» evenwel de gehanteerde wetgevingstechniek een doorslaggevend element is voor het beantwoorden van de bevoegdheidsvraag, kan enkel toekomstige rechtspraak van het Hof uitsluitel geven.

Indien het decreet deze voorwaarde respecteert, kan de «validatie» verder nog slechts vanuit het perspectief van het gelijkheidsbeginsel worden beoordeeld. Een rechtvaardiging is dan nog mogelijk, wanneer zij de toetsing aan het in het gelijkheidsbeginsel besloten evenredigheidsbeginsel doorstaat. Deze toetsing zal in vele gevallen echter reeds mee in het onderzoek naar de bevoegdheidsvraag besloten liggen. Het kennelijk impertinent of disproportioneel karakter van de «validatie» in het licht van de beweerdte legitieme doelstelling, stelt immers de waarachtigheid van de beweerdte doelstelling zelf in vraag (vgl. arrest nr. 33/93).

Patricia Popelier
Assistente U.I.A.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 8 DECEMBER 1994

Voorzitter: de h. Sace

Rapporteur: de h. Verheyden

Openbaar ministerie: de h. Janssens de Bisthoven

Advocaten: mrs. Houtekier en Simont

Onrechtmatige overheidsdaad – Aansprakelijkheid van de Staat voor fout van magistraat – In aanmerking te nemen foutbegrip – Schadeveroorzakende handeling die het rechtstreeks voorwerp is van de rechtsprekende functie – Vereiste van definitieve intrekking, wijziging, vernietiging of herroeping van de litigieuze handeling wegens schending van een gevestigde rechtsnorm – Procedure van ambtshalve faillietverklaring – Toepasselijkheid van de beginselen van de openbaarheid van de terechtzetting en van het contradictoir karakter van het privaatrechtelijk rechtsgeding

De fout van een magistraat waarvoor de Staat op basis van de artt. 1382-1383 B.W. aansprakelijk kan zijn, bestaat in de regel in een gedraging die, ofwel neerkomt op een verkeerd optreden dat moet worden beoordeeld naar de maatstaf van een normaal zorgvuldig en omzichtig magistraat, die in dezelfde omstandigheden verkeert, ofwel, behoudens onoverkomelijke dwaling of enige andere rechtvaardigingsgrond, een schending inhoudt van een nationaal-rechtelijke norm of van een internationaal verdrag met rechtstreekse werking in de interne rechtsorde, waarbij de magistraat verplicht is niets te doen of op een bepaalde manier wel iets te doen.

Wanneer de betwiste handeling het rechtstreeks voorwerp is van de rechtsprekende functie, is de Staat alleen aansprakelijk als de litigieuze handeling door een in kracht van gewijsde gegane beslissing ingetrokken, gewijzigd, vernietigd of herroepen is wegens schending van een gevestigde rechtsnorm.

Door vast te stellen dat er, ten tijde van het vonnis van ambtshalve faillietverklaring, zowel in de rechtspraak als in de rechtsleer een controverse bestond over de toepasselijkheid, op de procedure inzake de ambtshalve faillietverklaring, van de beginselen van de openbaarheid van de terechtzitting en van het contradictoir karakter van het privaatrechtelijk rechtsgeding, en door bovendien te oordelen dat, gelet op de stand van de rechtspraak op dat tijdstip, de door de rechtbank van koophandel gevolgde procedure bij de ambtshalve faillietverklaring niet dusdanig afweek van de gevestigde normen dat een normaal voorzichtig en omzichtig magistraat had moeten nalaten die normen toe te passen, heeft het bestreden arrest wettig kunnen beslissen dat de betrokken rechters in de rechtbank van koophandel geen enkele fout hebben begaan waarvoor de Staat aansprakelijk zou kunnen worden gesteld.

B.V.B.A. A., De K. en S. t/ Belgische Staat

Gelet op het bestreden arrest, op 28 januari 1993 op verwijzing gewezen door het Hof van Beroep te Luik;

Gelet op het arrest van het Hof van 19 december 1991;

Over het middel: schending van de artikelen 6, § 1, van het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, gesloten te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij wet van 13 mei 1955, 96, 97 (oud) van de Grondwet, 1147, 1148, 1319, 1320, 1322, 1349, 1353, 1382, 1383 van het Burgerlijk Wetboek, 437, 442, 446, 454, 465, 470 van het Wetboek van Koophandel, gewijzigd bij de wetten van 18 april 1851 en 10 oktober 1965, 2, 23, 26, 28, 780, 3°, 1042, 1065, 1068 van het Gerechtelijk Wetboek, en miskenning van de algemene rechtsbeginselen van de openbaarheid en van het contradictoir karakter van de terechtzittingen, van het recht van verdediging en van het absoluut gezag van het rechterlijk gewijsde inzake faillietverklaring, gesteld als volgt:

...

Overwegende dat de fout van een magistraat waarvoor de Staat, op basis van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, aansprakelijk kan zijn in de regel bestaat in een gedraging die, ofwel neerkomt op een verkeerd optreden dat moet worden beoordeeld naar de maatstaf van een normaal zorgvuldig en omzichtig magistraat, die in dezelfde omstandigheden verkeert, ofwel, behoudens onoverkomelijke dwaling of enige andere rechtvaardigingsgrond, een schending inhoudt van een nationaal-rechtelijke norm of van een internationaal verdrag met rechtstreekse werking in de interne rechtsorde, waarbij de magistraat verplicht is niets te doen of op een bepaalde manier wel iets te doen;

Dat bovendien, wanneer de betwiste handeling, zoals te dezen, het rechtstreeks voorwerp is van de rechtsprekende functie, de Staat alleen aansprakelijk is als de litigieuze handeling door een in kracht van gewijsde gegane beslissing ingetrokken, gewijzigd, vernietigd of herroepen is wegens schending van een gevestigde rechtsnorm;

Overwegende dat het bestreden arrest zegt: dat de vernietiging van het vonnis van faillietverklaring een noodzakelijke maar niet voldoende voorwaarde is om te besluiten dat ver-

weerder eventueel aansprakelijk is; dat de fout concreet moet worden beoordeeld naar de maatstaf van een normaal zorgvuldig en omzichtig magistraat, die in dezelfde voorwaarden en omstandigheden van tijd verkeert; dat de fout ook onderstelt dat er een verkeerde toepassing is gemaakt van een gevestigde rechtsnorm, dat wil zeggen van een norm die gekend was op het moment dat de litigieuze jurisdictionele handeling werd verricht en dat de dwaling van de magistraat als kennelijk onvergeeflijk kan worden beschouwd, gelet op alle gegevens waarover hij beschikte en met name op de onbetwistbare stand van de rechtspraak op dat tijdstip; dat inzake ambtshalve faillietverklaring, zoals uit de rechtspraak en de rechtsleer blijkt, de praktijk geweldig is geëvolueerd vooral na de beslissing waarvan de eisers beweren dat ze hun schade heeft toegebracht, daar de moeilijkheden van de eerste eiseres en de door haar gevoerde procedures ertoe hebben geleid dieper na te denken over onderwerpen en beginselen waarover men het niet altijd eens was; dat er derhalve geen sprake kan zijn van een foutieve gedraging van de rechters die de faillietverklaring ambtshalve hebben uitgesproken, zelfs als hun beslissing als nietig is beschouwd;

Dat het arrest aldus vaststelt dat er, ten tijde van de faillietverklaring, zowel in de rechtspraak als in de rechtsleer een controverser bestond over de normen die van toepassing zijn op de procedure inzake de ambtshalve faillietverklaring; dat het bovendien oordeelt dat, gelet op de stand van de rechtspraak op dat tijdstip, de door de rechtbank van koophandel gevolgde procedure niet dusdanig van de gevestigde normen afweek dat een normaal voorzichtig en omzichtig magistraat had moeten nalaten ze toe te passen;

Dat het arrest uit die vaststellingen en overwegingen, zonder schending van de door het middel aangewezen wettelijke bepalingen, heeft kunnen afleiden dat er geen enkele fout was begaan waarvoor verweerder aansprakelijk kon worden gesteld;

...
NOOT—Het tweede Anca-Arrest: een bevestiging en een nadere uitwerking van het principe van de aansprakelijkheid van de Staat voor rechtsprekende handelingen

1. Het is passend dat, in een nummer van het *Rechtskundig Weekblad* waarin hulde wordt gebracht aan collega prof. dr. Marcel Storme, enige beschouwingen worden gewijd aan de aansprakelijkheid van de Staat voor rechtsprekende handelingen. In 1975 bepleitte de gehuldigde immers reeds de wenselijkheid van het accepteren van het principe van de aansprakelijkheid (Storme, M., *Het recht als bevrijding*, Thorbecke-college, Zwolle, Tjeenk Willink, 1975, 29) en in 1983 schreef hij hierover: «Het komt mij voor dat het principe van de aansprakelijkheid van de Staat (voor foutieve rechterlijke oordelen) moeilijk kan worden betwist. 'Le service de la Justice' behoort inderdaad tot de oudste en meest fundamentele opdrachten van de moderne Rechtsstaat. Zo deze dienst slecht, nalatig, of, foutief functioneert, dient de Staat daarvoor aansprakelijk te worden gesteld» (STORME, M., «Wie berecht de onoordeelkundige rechter? Beschouwingen over de aansprakelijkheid van de rechterlijke macht», in *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, II, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1983, (695), 702, nr. 14).

2. Dit, door Marcel Storme twaalf jaar geleden verdedigde beginsel, kan thans niet meer worden betwist. In het eerste Anca-arrest, van 19 december 1991, heeft het Hof van Cassatie immers het principe aanvaard dat de Staat aansprake-

lijk kan worden gesteld voor ambtsfouten van magistraten. Het Hof heeft er evenwel deze nuance aan toegevoegd dat, indien de foutieve ambtshandeling van een magistraat het rechtstreeks voorwerp is van de rechtsprekende functie, de Staat voor de daaruit voortvloeiende schade slechts aansprakelijk kan worden gesteld als die ambtshandeling «bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing ingetrokken, gewijzigd, vernietigd of herroepen is wegens schending van een gevestigde rechtsnorm en derhalve geen gezag van gewijsde meer heeft» (Cass., 19 december 1991, *Arr. Cass.*, 1991-92, 364, *Pas.*, 1992, I, 316, met conclusie van de eerste advocaat-generaal Velu, J., *Rev. Rég.Dr.*, 1991, 411, met noot Jassogne, C., *J.L.M.B.*, 1992, 42, met noot Piedboeuf, F., *T.B.B.R.*, 1992, 60, met noot Van Oevelen, A., *J.T.*, 1992, 142, met uittreksel uit de conclusie van de eerste advocaat-generaal Velu, J., *R.W.*, 1992-93, 396, *R.C.J.B.*, 1993, 285, met noot Rigaux, F. en Van Compennolle, J.).

Zoals bekend, werd in dit geval door de eisers in cassatie aan de Brusselse rechtbank van koophandel als fout aangewezen het ambtshalve faillissement van de B.V.B.A. Anca te hebben uitgesproken met schending van het recht van verdediging en van het recht op een openbare behandeling van een rechtszaak (art. 6, eerste lid, E.V.R.M.).

Op verwijzing na cassatie oordeelde het Hof van Beroep te Luik dat de vernietiging, door het Hof van Beroep te Brussel, van dit vonnis van faillietverklaring (Brussel, 16 december 1982, *T.B.H.*, 1983, 430, met eensluidend advies van de advocaat-generaal Vandemeulebroeke) een noodzakelijke maar niet voldoende voorwaarde is om te besluiten tot de eventuele aansprakelijkheid van de Staat. Volgens het Luikse hof moet de fout *in concreto* worden beoordeeld, naar de maatstaf van een normaal zorgvuldig en omzichtig magistraat, die zich in dezelfde omstandigheden van plaats en tijd bevindt. Voorts overweegt dit hof dat de fout tevens onderstelt dat er een verkeerde toepassing is gemaakt van een gevestigde rechtsnorm, d.w.z. van een norm die gekend was op het ogenblik dat de litigieuze jurisdictionele handeling werd verricht, en dat de dwaling van de magistraat als kennelijk onvergeeflijk kan worden beschouwd, gelet op alle gegevens waarover hij beschikte en met name op de onbetwistbare stand van de rechtspraak op dat tijdstip. Welnu, zo besluit het hof, inzake ambtshalve faillietverklaring is de praktijk geweldig geëvolueerd, vooral na de uitspraak waarvan de eisers beweren dat ze hen schade heeft toegebracht, omdat die zaak ertoe geleid heeft dat men dieper is gaan nadenken over onderwerpen en principes waarover niet altijd eensgezindheid bestond, zodat er geen sprake kan zijn van een foutieve gedraging van de rechters die de faillietverklaring ambtshalve hebben uitgesproken, zelfs als hun beslissing als nietig is beschouwd. Bovendien bestaat er volgens het hof geen oorzakelijk verband tussen de door hen ingeroepen fout en de aangevoerde schade (Luik, 28 januari 1993, *J. Procçx*, 1993, afl. 234, p. 30, met noot Glansdorff, F., *J.L.M.B.*, 1993, 362; *J.T.*, 1993, 477, met noot Dalcq, R.O., *T.B.B.R.*, 1995, 106, met noot Deli, D.).

3. In het eerste onderdeel van het enige cassatiemiddel betogen de eisers, samengevat weergegeven, dat ingevolge het in kracht van gewijsde gegane arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 16 december 1982 vaststaat dat het vonnis van ambtshalve faillietverklaring van de B.V.B.A. Anca gewezen werd met schending van de principes van de openbaarheid van de terechtzitting en van het contradictoir karakter van de

gerechtelijke debatten. Hieruit leiden de eisers af dat de rechters van de Brusselse rechtbank van koophandel aldus de wettelijke beginselen hebben miskend die op het ogenblik van hun beslissing gevestigde normen waren die zij in acht moesten nemen en dat zij derhalve een onwettigheid hebben begaan. Die inbreuken op voormelde principes vormen volgens de eisers in cassatie op zichzelf een fout van deze magistraten die de aansprakelijkheid teweegbrengt van de Staat, van wie zij de organen zijn, zonder dat bovendien moet worden nagegaan of, met toepassing van het criterium van de normaal zorgvuldige en omzichtige magistraat, die rechters uit onvoorzichtigheid, nalatigheid of gebrek aan voorzorg hebben gehandeld, omdat er een eenheid bestaat tussen de begrippen «onwettigheid» en «fout». Naar het oordeel van de eisers in cassatie kan de Staat dan enkel nog aan zijn aansprakelijkheid voor zo'n fout ontkomen als hij zich kan beroepen op een onoverkomelijke dwaling of op een andere rechtvaardigingsgrond bij die magistraten, maar uit de vaststellingen van het bestreden arrest kan geen onoverkomelijke dwaling noch enige andere grond tot vrijstelling van aansprakelijkheid worden afgeleid. Ten slotte argumenteren de eisers in cassatie dat de rechters van de Brusselse rechtbank van koophandel die het ambtshalve faillissement van de B.V.-B.A. Anca hebben uitgesproken, door de algemene rechtsbeginselen van het openbaar en contradictoir karakter van de gerechtelijke debatten en van het recht van verdediging te schenden, in ieder geval een gedragsfout hebben begaan die een omzichtig en zorgvuldig magistraat, geplaatst in dezelfde concrete omstandigheden, niet zou hebben begaan, en dat het bestreden arrest, door van deze rechters een onvergeeflijke fout, dus een fout van een zekere zwaarte te eisen, de regels van de buitencontractuele aansprakelijkheid (artt. 1382-1383 B.W.) schendt, waarvoor iedere, zelfs lichte gedragsfout in aanmerking komt (voor de volledige tekst van dit uitvoerig cassatiemiddel zij verwezen naar de publikatie van het geannoteerde arrest in de *Pasicrisie belge* en de *Arresten van het Hof van Cassatie*).

4. In het hier becommentarieerde arrest verwerpt het Hof van Cassatie dit onderdeel van het middel.

Het Hof van Cassatie bevestigt in de eerste plaats het principe dat de Staat op basis van de artt. 1382 en 1383 B.W. aansprakelijk kan worden gesteld voor de schade veroorzaakt door de ambtsfout van een magistraat. Die fout bestaat in een gedraging die ofwel niet voldoet aan het criterium van het handelen op de wijze van de normaal zorgvuldige en omzichtige magistraat, geplaatst in dezelfde concrete omstandigheden, ofwel, onder het voorbehoud van een onoverkomelijke dwaling of van een andere rechtvaardigingsgrond, een schending inhoudt van een internrechtelijke norm of van een internationaal verdrag met rechtstreekse werking in de interne rechtsorde, die aan de magistraat oplegt iets niet te doen of op een welbepaalde manier te handelen. Deze omschrijving van de fout van een magistraat die de aansprakelijkheid van de Staat kan teweegbrengen, is blijkbaar ontleend aan de conclusie van de toenmalige eerste advocaat-generaal J. Velu voor het eerste Anca-arrest van 19 december 1991 (Velu, J. conclusie voor Cass., 19 december 1991, *J.T.*, 1992, (142), 149, nr. 61), maar is vrij klassiek te noemen, aangezien ze reeds voorkomt in het cassatiearrest van 13 mei 1982 (Cass., 13 mei 1982, *Arr. Cass.*, 1981-82, 1134; *Pas.*, 1982, I, 1056, met conclusie van de advocaat-generaal VELU, J., *J.T.*, 1982, 772, met conclusie, *R.C.J.B.*, 1984, 10, met noot

Dalcq, R.O., *R.W.*, 1984-84, 606, met noot). Het is belangrijk vast te stellen dat voor de beoordeling van de ambtsfout van een magistraat geen van het gemene recht afwijkend foutbegrip wordt gehanteerd.

In de tweede plaats herhaalt het Hof van Cassatie, in dezelfde bewoordingen als in het eerste Anca-arrest van 19 december 1991, het vereiste dat, om de Staat aansprakelijk te stellen voor een foutieve ambtshandeling van een magistraat die het rechtstreeks voorwerp uitmaakt van de rechtsprekende functie, die handeling door een in kracht van gewijsde gegane beslissing moet zijn ingetrokken, gewijzigd, vernietigd of herroepen wegens schending van een gevestigde rechtsnorm. Het is van belang daarbij op te merken dat een vonnis van ambtshalve faillietverklaring door het Hof van Cassatie uitdrukkelijk als een rechtsprekende handeling wordt gekwalificeerd.

Ten slotte toetst het Hof van Cassatie de hierboven in randnummer 3 weergegeven overwegingen van het bestreden arrest aan de zojuist vermelde principes voor de beoordeling van ambtsfouten van magistraten in de uitoefening van hun jurisdictionele functie, als uit dien hoofde tegen de Staat een aansprakelijkheidsvordering wordt ingesteld. Aangezien het bestreden arrest vaststelt dat er ten tijde van de ambtshalve faillietverklaring van de B.V.B.A. Anca zowel in de rechtspraak als in de rechtsleer een controverser bestond over de normen die van toepassing zijn op zo'n procedure, en het arrest bovendien oordeelt dat, gelet op de stand van de rechtspraak op dat ogenblik, de door de rechtbank van koophandel gevolgde procedure niet dusdanig afweek van de gevestigde normen dat een normaal voorzichtig en omzichtig magistraat had moeten nalaten die normen toe te passen, kon dit arrest volgens het Hof van Cassatie uit die vaststellingen en overwegingen wettelijk afleiden dat de rechters in de Rechtbank van Koophandel te Brussel geen enkele fout hebben begaan waarvoor de Staat aansprakelijk zou kunnen worden gesteld.

5. De discussie die door de laatstvermelde overwegingen van dit tweede Anca-arrest wordt beslecht, betreft de vraag of de schending, door de rechters van de rechtbank van koophandel, in een procedure van ambtshalve faillietverklaring, van de algemene rechtsbeginselen van het openbaar en contradictoir karakter van de gerechtelijke debatten en van het recht van verdediging, op zichzelf een buitencontractuele fout vormt, behoudens wanneer die rechters zich op een onoverkomelijke dwaling of op een andere rechtvaardigingsgrond zouden kunnen beroepen, dan wel of de rechters in dat geval slechts een fout begaan indien hun handelwijze niet overeenstemt met de wijze waarop een normaal zorgvuldig en omzichtig magistraat, geplaatst in dezelfde concrete omstandigheden, zich gedragen zou hebben.

In zijn bespreking van het eerste Anca-arrest van 19 december 1991 heeft R.O. Dalcq voor de eerste opvatting geopteerd. Als een schadeveroorzakende jurisdictionele beslissing wordt gewijzigd, vernietigd, herroepen of ingetrokken wegens een door de rechter begane vergissing in rechte, staat volgens deze auteur de fout van de betrokken rechter *ipso facto* vast, aangezien de rechter verplicht is het recht toe te passen en uit de wijziging, de vernietiging of de intrekking van zijn beslissing blijkt dat hij dit niet of niet correct heeft gedaan (Dalcq, R.O., «La responsabilité de l'Etat du fait des magistrats. A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 19 décembre 1991», *J.T.*, 1992, (449), 452). F. Rigaux en J. Van

Compernelle sluiten zich daarbij aan, maar enkel in zoverre de aan de magistraten verweten fout bestaat in de schending van de regels van de rechterlijke organisatie of van de rechtsplegingsnormen die een behoorlijke procedure dienen te waarborgen (art. 6 E.V.R.M.) (Rigaux, F. en Van Compernelle, J., «La responsabilité de l'Etat pour les fautes commises par les magistrats dans l'exercice de leurs fonctions» (noot onder Cass., 19 december 1991), *R.C.J.B.*, 1993, (293), 311, nr. 27).

De fout die in de Anca-zaak aan de rechters in de Rechtbank van Koophandel te Brussel werd verweten, is dat zij bij de terechtzitting die aan het vonnis van ambtshalve faillietverklaring voorafging, de principes van de openbaarheid van de terechtzitting en van het recht van verdediging hadden geschonden. De naleving van deze principes van behoorlijke rechtsbedeling vormt voor de rechters een resultaats- en geen inspanningsverbintenis (Dalcq, R.O., *o.c.*, *J.T.*, 1992, 452). Deze in art. 6 E.V.R.M. neergelegde beginselen leggen aan de rechters immers de verplichting op om op een welbepaalde manier te handelen, zodat de schending van deze principes op zichzelf een fout uitmaakt in de zin van artt. 1382 en 1383 B.W., behoudens wanneer de betrokken rechters zich op een onoverkomelijke dwaling of op een andere rechtvaardigingsgrond zouden kunnen beroepen. Zowel het bestreden arrest van het Hof van Beroep te Luik als het hier becommentarieerde arrest van het Hof van Cassatie kunnen dan ook bezwaarlijk worden goedgekeurd in zoverre zij bij de foutbeoordeling bovendien nog toepassing maken van het criterium van de normaal zorgvuldige en omzichtige magistratuur, geplaatst in dezelfde concrete omstandigheden (R.O.D., noot onder het hier geannoteerde arrest van Cass., 8 december 1994, *J.T.*, 1995, 497; zie in die zin reeds de kritiek op het bestreden arrest van Luik, 28 januari 1993, geformuleerd door Dony, M., «Responsabilité de l'Etat pour faute du pouvoir judiciaire après l'arrêt du 19 décembre 1991», *T.B.H.*, 1993, (804), 810-811, evenals door Dalcq, R.O., in zijn noot onder dit arrest in *J.T.*, 1993, 479-480).

Zoals in het eerste onderdeel van het cassatiemiddel werd aangevoerd, had eerder moeten worden nagegaan of de rechters van de Brusselse rechtbank van koophandel, toen zij de principes van de openbaarheid van de terechtzitting en van de tegenspraak in het privaatrechtelijk procesrecht schonden, zich konden beroepen op een onoverkomelijke dwaling of op een andere rechtvaardigingsgrond. Of deze benaderingswijze tot dezelfde oplossing zou hebben geleid, is moeilijk te zeggen, al mag een beroep op onoverkomelijke dwaling niet volledig worden uitgesloten, gelet op de onzekerheid en de twijfel die begin jaren '80 bestonden omtrent de toepasselijkheid van art. 6 E.V.R.M. op een procedure van ambtshalve faillietverklaring (zie de verwijzingen in het bestreden arrest van Hof van Luik, 28 januari 1993).

De oorsprong van dit verschil in benaderingswijze is gelegen in het feit dat het bestreden arrest, daarin gevolgd door het Hof van Cassatie, het vereiste dat de schadeveroorzakende jurisdictionele beslissing «bij een in kracht van gewijsde gegane uitspraak moet zijn ingetrokken, gewijzigd, vernietigd of herroepen wegens schending van een gevestigde rechtsnorm», beschouwt als een bijkomende voorwaarde voor het aannemen van een ambtsfout van een magistratuur in de uitoefening van de jurisdictionele functie. Uit het eerste Anca-arrest van 19 december 1991 en de daaraan voorafgaande conclusie van de toenmalige eerste advocaat-gene-

raal J. Velu blijkt nochtans dat dit vereiste niet in die zin mag worden opgevat, maar wel moet worden gezien als een voorwaarde die is gesteld om de aansprakelijkheid van de Staat voor foutieve jurisdictionele beslissingen op een coherente wijze in te passen in het geheel van het rechterlijk systeem, en meer in het bijzonder om rekening te houden met de schadeherstellende of schade-afwendende functie die door de rechtsmiddelen kan worden vervuld (Velu, J., conclusie voor Cass., 19 december 1991, *J.L.*, 1992, 145-147, nrs. 52-53, en 149-150, nr. 63. Zie daarover ook Van Oevelen, A., «De aansprakelijkheid van de Staat voor ambtsfouten van magistraten en de orgaantheorie na het Anca-arrest van het Hof van Cassatie van 19 december 1991», *R.W.*, 1992-93, (377), 385-387, nrs. 23-24 en de verwijzingen aldaar). Het vereiste van «schending van een gevestigde rechtsnorm» is dus geen voorwaarde voor de beoordeling van de fout van een magistratuur bij het stellen van een jurisdictionele handeling, zoals het bestreden arrest heeft aangenomen, maar kan slechts ter sprake komen als, met toepassing van de gemeenrechtelijke beoordelingscriteria, een fout in de zin van de artikelen 1382 en 1383 B.W. is vastgesteld. Het is te betreuren dat in het tweede Anca-arrest die twee zaken blijkbaar onvoldoende uit elkaar worden gehouden.

A. Van Oevelen

Hoogleraar aan de Universiteit
Antwerpen (U.I.A. en U.F.S.I.A.)

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 27 FEBRUARI 1995

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: mevr. De Raeve

Advocaat: mr. Houtekier

Ondernemingsraad en veiligheidscomité – Personeelsafgevaardigde – Ontslag – Dringende reden – Rechtspleging – Aanhangigmaking – 1. Termijn – Berekening – Werkdagen – Begrip – Zaterdagen – 2. Termijn – Vervaltermijn – 3. Termijn – Vervaltermijn – Dekking – Niet-verzoening – Beschikking van voorzitter

1. De wijze van termijnberekening bepaald in art. 52 Ger.W. is, binnen de grenzen vastgesteld door art. 2 van dit wetboek, van toepassing op alle rechtsplegingen.

De term werkdag gebruikt in art. 6 Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden, ter vaststelling van de termijn waarbinnen de werkgever die een personeelsafgevaardigde om een dringende reden wil ontslaan, de zaak aanhangig dient te maken bij de voorzitter van de arbeidsrechtbank, moet worden begrepen in de gebruikelijke betekenis van die term in het arbeidsrecht. Hij omvat dus ook de zaterdagen.

2. De termijn van drie werkdagen vastgesteld in art. 6 Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden, waarbinnen de werkgever de zaak aanhangig moet maken bij de voorzitter van de arbeidsrechtbank, is een vervaltermijn.

3. De beschikking bedoeld in art. 5, § 3, Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden, waarbij de voorzitter van de arbeidsrechtbank vaststelt dat er geen verzoening tussen de partijen is,

dekt niet het verval van de termijn van drie werkdagen om de zaak aanhangig te maken, bepaald in art. 6 van dezelfde wet.

S. en D.H. t/ H. en L.B.C.

Gelet op het bestreden arrest, op 22 juli 1994 door het Arbeidshof te Antwerpen gewezen;

Over het eerste middel: schending van de artikelen 2, 47, 2°, 48, 49, 52 en 53 van het Gerechtelijk Wetboek, gewijzigd bij de wet van 24 juni 1970, 2, § 1, 6 en 7 van de wet van 19 maart 1991 houdende bijzondere ontslagregeling voor de personeelsafgevaardigden in de ondernemingsraden en in de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen alsmede voor de kandidaat-personeelsafgevaardigden, 35, van de wet van 3 juli 1978, betreffende de arbeidsovereenkomsten, gewijzigd bij de wet van 18 juli 1985;

...

Overwegende dat, krachtens artikel 52 van het Gerechtelijk Wetboek, de termijn wordt gerekend vanaf de dag na die van de akte of van de gebeurtenis welke hem doet ingaan, en omvat alle dagen, ook de zaterdag, de zondag en de wettelijke feestdagen;

Dat die bepaling toepasselijk is op de berekening van de termijnen voor het verrichten van proceshandelingen; dat, binnen de grenzen van artikel 2 van het Gerechtelijk Wetboek, zij toepasselijk is op alle rechtsplegingen;

Overwegende dat artikel 6 van de wet van 19 maart 1991, bepaalt dat de werkgever de zaak bij de voorzitter van de arbeidsrechtbank binnen drie werkdagen na de dag waarop de voorzitter de bij artikel 5, § 3, bedoelde beslissing heeft genomen, aanhangig moet maken; dat het woord werkdag moet worden begrepen in de gebruikelijke betekenis van het woord in het arbeidsrecht en aldus ook slaat op zaterdagen;

Dat artikel 6 van de wet van 19 maart 1991 met het genoemde artikel 52 niet onverenigbaar is, tenzij in de mate waarin voor de berekening van de termijn geen rekening mag worden gehouden met de zondagen en de wettelijke feestdagen;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat: 1) de beschikking van de voorzitter van de rechtbank genomen werd op vrijdag 1 april 1994; 2) 2 april een zaterdag was; 3) de tweede werkdag op dinsdag 5 april en de derde werkdag op 6 april viel; dat het oordeelt dat de op donderdag 7 april betekende dagvaarding laattijdig was;

Dat het aldus de in het middel aangewezen wetsbepalingen niet schendt;

Over het tweede middel: (...)

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat uit de bewoordingen van artikel 6 van de wet van 19 maart 1991 blijkt dat de werkgever de zaak slechts op een geldige wijze bij de voorzitter van de arbeidsrechtbank aanhangig kan maken, indien hij dit doet binnen de termijn die door dit artikel is voorgeschreven; dat derhalve die termijn op straffe van verval is voorgeschreven;

Dat het onderdeel faalt naar recht;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat, krachtens artikel 864 van het Gerechtelijk Wetboek, verval en nietigheid pas gedekt zijn wanneer een vonnis of arrest op tegenspraak, behalve datgene dat een

maatregel van inwendige aard inhoudt, is gewezen zonder dat het verval of de nietigheid door de partij is voorgedragen of door de rechter ambtshalve is uitgesproken;

Dat de beschikking genomen door de voorzitter van de rechtbank tijdens de rechtspleging bedoeld in de artikelen 7 en 8 van de wet van 19 maart 1991 waarbij hij vaststelt dat er geen verzoening is, niet van aard is het verval te dekken; dat het verval immers slechts voor het eerst door de verweerder of door de rechtbank kan worden opgeworpen nadat de zaak naar de arbeidsrechtbank is verwezen door de voorzitter;

Dat het onderdeel faalt naar recht;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 7 APRIL 1995

Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen

Rapporteur: de h. Wauters

Openbaar ministerie: de h. D'Hoore, eerste advocaat-generaal

Advocaten: mrs. Bützler en Simont

Beslag en executie – Voorlopige tenuitvoerlegging – Hoger beroep – Wijziging of vernietiging – Schade – Vergoeding

De partij die een vonnis doet uitvoeren waarvan de rechter in eerste aanleg de voorlopige tenuitvoerlegging toegestaan heeft, dient, bij gehele of gedeeltelijke wijziging of vernietiging ervan door de appelrechter, boven de teruggave van hetgeen zij ingevolge de gewijzigde of vernietigde beslissing ontvangen heeft, de schade te vergoeden die door de enkele tenuitvoerlegging ontstaan is, zonder dat daartoe enige kwade trouw of fout in de zin van de artt. 1382 en 1383 B.W. vereist is.

N.V. V. t/ V.

Gelet op het bestreden arrest, op 9 december 1992 gewezen door het Hof van Beroep te Antwerpen;

Over het eerste middel: schending van artikelen 1235, eerste lid, 1376 tot 1378, 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek, en 1398, tweede lid, Gerechtelijk Wetboek,

doordat het arrest eiseres veroordeelt om aan verweerder te betalen «het bedrag dat ten onrechte effectief betaald werd (435.000 frank) met de vergoedende interesten (181.142 frank) onder aftrek van wat reeds werd terugbetaald (382.400 frank) of een saldo van 233.742 frank met de gerechtelijke interesten», op grond: «dat ingevolge het arrest van 9 april 1986 (eiseres) verplicht is op grond van artikel 1398, tweede lid, Ger. W. de door (verweerder) aan (eiseres) gedane betalingen volledig te restitueren; dat immers de partij die tot voorlopige tenuitvoerlegging van een vonnis is overgegaan dit op eigen risico deed en de gevolgen ervan dient te dragen indien, zoals te dezen, dat vonnis in hoger beroep gewijzigd wordt; dat deze teruggaveplicht inhoudt al wat gepresteerd werd en bovendien een volledige schade-loosstelling voor al het nadeel dat deze voorlopige tenuitvoerlegging heeft veroorzaakt; dat dit voortvloeit uit een objectieve (risico)aansprakelijkheid van degene die tot voorlopige tenuitvoerlegging is overgegaan zodat geen fout van zijn kant aangetoond moet worden en goede noch kwade trouw

in dezen spelen; dat derhalve de andere partij ermee kan volstaan aan te tonen dat de voorlopige tenuitvoerlegging schade heeft veroorzaakt opdat de tegenpartij hiervoor aansprakelijk is; dat de schade bewezen moet worden volgens de gemeenrechtelijke regels; dat bovendien deze executiemaatregel eventueel ook foutaansprakelijkheid op basis van de artikelen 1382 en 1383 B.W. kan insluiten indien hij onzorgvuldig werd uitgeoefend, bv. lichtvaardige tenuitvoerlegging of voortzetting van de tenuitvoerlegging na de wijziging van het bij voorraad uitvoerbaar vonnis; dat waar het wijzigend arrest van 9 april 1986 het onverschuldigd karakter doet blijken, het evenwel slechts de grondslag is voor de terugvordering van de betalingen gedaan ingevolge de voorlopige tenuitvoerlegging van het vonnis van 18 maart 1980», en, wat de door verweerder gevorderde schadevergoeding voor de financiële problemen die hij ondervonden zou hebben door de tenuitvoerlegging overweegt: «dat (verweerder) bovendien niet het bewijs levert dat (eiseres) bij die uitvoering onzorgvuldig of lichtvaardig gehandeld heeft en uit de door hem aangevoerde omstandigheden geen misbruik van recht door (eiseres) blijkt; dat er derhalve geen aanleiding is tot toekenning van enige schadevergoeding».

terwijl verweerder 435.000 frank vorderde vermeerderd met 181.142 frank vergoedende interesten, berekend tegen de wettelijke interestvoet vanaf de verschillende betaaldata tot de datum van de dagvaarding voor de beslagrechter (23 oktober 1986), en hij, rekening houdend met de terugbetaling door eiseres op 26 september 1986 van 382.400 frank, een eindsaldo vorderde van 233.742 frank vermeerderd met de gerechtelijke interesten vanaf 23 oktober 1986; het onverschuldigd karakter van de door verweerder verrichte betalingen pas bleek op het ogenblik dat het vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Turnhout van 18 maart 1980, op grond waarvan eiser tot uitvoering was overgegaan, door het Hof van Beroep te Antwerpen op 9 april 1986 werd gewijzigd;

eerste onderdeel, degene die ingevolge een toelating van de rechter tot voorlopige tenuitvoerlegging van een vonnis dat een veroordeling tot betaling van een geldsom inhoudt overgaat, niettegenstaande verzet of hoger beroep, bij wijziging van de bestreden beslissing, verplicht is hetgeen ter uitvoering van de vernietigde beslissing is betaald, terug te geven, nu, overeenkomstig het algemeen beginsel neergelegd in artikel 1235 Burgerlijk Wetboek, hetgeen betaald is zonder verschuldigd te zijn, teruggevorderd kan worden; krachtens artikel 1378 van het Burgerlijk Wetboek hij die iets ontvangen heeft, zonder dat het verschuldigd was, de interest slechts dan moet teruggeven te rekenen van de dag van de betaling, als hij te kwader trouw was; het feit dat de voorlopige tenuitvoerlegging overeenkomstig artikel 1398, tweede lid, Gerechtelijk Wetboek, «alleen op risico van de partij die daartoe last geeft» geschiedt, daaraan geen afbreuk kan doen nu de schuldeiser die uitvoert weet dat hij op eigen risico handelt, inzonderheid dat hij tot teruggave verplicht zal zijn in geval van wijziging van het vonnis, en hij eveneens volkomen rechtmatig handelt krachtens een uitvoerbare titel die hem uitdrukkelijk dit recht verleent, zodat hij dan ook niet verplicht kan worden, behoudens kwade trouw, vergoedende interesten te betalen voor de periode dat het onverschuldigd karakter van de ontvangen betaling nog niet was vastgesteld door de appelrechter; het arrest op het door eiseres bij conclusies aangevoerd middel dat zij «helemaal niet

te kwader trouw was, zodat zij geen interesten verschuldigd is voor de periode voor het arrest van 1986», antwoordt dat de teruggaveplicht van degene die voorlopig uitvoerde, inhoudt al wat gepresteerd werd en bovendien een volledige schadevergoeding voor al het nadeel dat deze voorlopige tenuitvoerlegging heeft veroorzaakt, «zodat geen fout van zijn kant aangetoond moet worden en goede noch kwade trouw in dezen spelen»,

zodat het arrest niet wettig kon beslissen dat de goede of kwade trouw van eiseres bij de voorlopige tenuitvoerlegging geen enkele rol speelt bij het bepalen van de omvang van de teruggaveplicht van het onverschuldigde, en derhalve eiseres niet wettig kon veroordelen tot betaling van vergoedende interesten op de door verweerder betaalde sommen vanaf hun respectievelijke betaaldata (schending van de artikelen 1235, eerste lid, 1376 tot 1378 Burgerlijk Wetboek, en 1398, tweede lid, Gerechtelijk Wetboek);

tweede onderdeel, overeenkomstig de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek alleen hij die door zijn fout schade aan een ander veroorzaakt, verplicht is deze te vergoeden; het feit dat de voorlopige tenuitvoerlegging overeenkomstig artikel 1398, tweede lid, Gerechtelijk Wetboek, «alleen op risico van de partij die daartoe last geeft» geschiedt, geen afbreuk doet aan de gemeenrechtelijke regels inzake foutaansprakelijkheid vervat in bovengenoemde wetsbepalingen, en geenszins een «objectieve aansprakelijkheid» invoert waarbij de benadeelde ermee zou kunnen volstaan aan te tonen dat de voorlopige tenuitvoerlegging schade heeft veroorzaakt opdat de tegenpartij, zonder fout of kwade trouw, hiervoor aansprakelijk is; de schuldeiser die uitvoert immers weet dat hij op eigen risico handelt, inzonderheid dat hij tot teruggave verplicht zal zijn in geval van wijziging van het vonnis, en dat hij, ook wanneer hij handelt op basis van een uitvoerbare titel die hem uitdrukkelijk dit recht verleent, niet tot uitvoering mag overgaan op een wijze die de grenzen van de normale uitoefening van dit recht door een voorzichtig en bedachtzaam persoon te buiten gaat,

zodat het arrest, door te beslissen dat degene die tot voorlopige tenuitvoerlegging overgaat naast een teruggaveplicht bovendien de tegenpartij volledig schadeloos dient te stellen zonder dat een fout aangetoond hoeft te worden, en dien tengevolge eiseres niettegenstaande de vaststelling dat zij geen fout begaan heeft, en evenmin haar recht om tot voorlopige tenuitvoerlegging over te gaan misbruikt heeft, te veroordelen tot betaling van vergoedende interesten op de door verweerder betaalde sommen vanaf hun respectieve betaaldata, de artikelen 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek, schendt:

Wat de beide onderdelen samen betreft:

Overwegende dat, krachtens artikel 1398, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek, degene die last geeft tot tenuitvoerlegging van een vonnis, waarvan de rechter de voorlopige tenuitvoerlegging heeft toegestaan, handelt op eigen risico, onverminderd de regels inzake kantonnement;

Dat daaruit volgt dat de partij die een dergelijk vonnis doet uitvoeren, bij gehele of gedeeltelijke hervorming of vernietiging ervan, boven de teruggave van hetgeen zij ingevolge de hervormde of vernietigde beslissing heeft ontvangen, de schade dient te vergoeden die door de enkele tenuitvoerlegging is ontstaan, zonder dat daartoe enige kwade trouw of fout in de zin van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek is vereist;

Dat het middel faalt naar recht;

...

NOOT-Risicoaansprakelijkheid bij voorlopige tenuitvoerlegging

1. In het arrest van 7 april 1995 geeft het Hof van Cassatie voor het eerst duidelijk aan wat de draagwijdte is van het risico waarvan sprake in art. 1398, tweede lid, Ger.W., waarmee de begunstigde van een bij voorraad uitvoerbaar vonnis rekening moet houden als hij tot voorlopige tenuitvoerlegging overgaat.

2. De voorlopige tenuitvoerlegging biedt de mogelijkheid aan de partij die in eerste aanleg in het gelijk is gesteld, om onmiddellijk over te gaan tot de tenuitvoerlegging van het vonnis, zelfs indien de tegenpartij verzet of hoger beroep aantekent. De winnende partij kan de executie aanvatten en zelfs voortzetten na het door de veroordeelde partij ingestelde hoger beroep. De voorlopige tenuitvoerlegging houdt een afwijking in op het algemeen beginsel van de schorsende kracht van de gewone rechtsmiddelen (Dirix, E. en Broeckx, K., *A.P.R. Tw.* «Beslag», Antwerpen, Kluwer, 1992, 154, nrs. 277-278). Een vonnis kan uitvoerbaar bij voorraad zijn hetzij van rechtswege, krachtens een uitdrukkelijke wetsbepaling, hetzij wanneer de rechter op verzoek van de belanghebbende procespartij de voorlopige tenuitvoerlegging van het vonnis toestaat.

3. De voorlopige tenuitvoerlegging van een vonnis is, zowel wanneer ze van rechtswege plaatsheeft als wanneer ze door de rechter wordt toegestaan, een loutere mogelijkheid en nooit een verplichting voor de begunstigde van het vonnis (Van Oevelen, A. en Lindemans, D., «Het kort geding: herstel van schade bij andersluidende beslissing van de bodemrechter», *T.P.R.*, 1985, (1051), 1058, nr. 11). De voorlopige tenuitvoerlegging is volgens het Hof van Cassatie een «bloot recht», dat de partij ten behoeve van wie zij is toegestaan, «naar eigen goedvinden al dan niet vermogen uit te oefenen» (Cass., 20 november 1953, *Pas.*, 1954, I, 220; *R.W.*, 1953)54, 1763).

4. Indien de begunstigde van een uitvoerbaar vonnis gebruik maakt van die mogelijkheid en opdracht geeft tot voorlopige tenuitvoerlegging, doet zij dit volgens art. 1398, tweede lid, Ger.W. op «eigen risico». Dit houdt in dat deze partij zelf de nadelige gevolgen dient te dragen van de mogelijkheid dat dit vonnis nadien op verzet of in hoger beroep wordt gewijzigd (Van Oevelen, A. en Lindemans, D., *l.c.*, 1065, nr. 20).

5. Zolang het vonnis niet gewijzigd of vernietigd is, kan zij tot voorlopige executie overgaan krachtens een uitvoerbare titel die haar uitdrukkelijk dit recht verleent. Daarbij mag zij niet onzorgvuldig of lichtzinnig te werk gaan en geen rechtsmisbruik plegen, hetgeen haar aansprakelijkheid op grond van art. 1382 B.W. in het gedrang kan brengen. Bovendien moet de executant rekening houden met het risico dat het voorlopig ten uitvoer gelegde vonnis in hoger beroep of na verzet wordt gewijzigd of vernietigd, welk risico hij krachtens art. 1398, tweede lid, Ger.W. voor zijn rekening moet nemen. De voorlopige tenuitvoerlegging kan immers ernstige schade berokkenen aan de partij aan wie voorlopig een bepaald verbod is opgelegd of aan wie het bevel is gegeven een bepaalde prestatie te verrichten.

6. Het risico voor de executant omvat een (1) *teruggaveplicht* en een (2) *schadevergoedingsplicht*. Ingeval de voorlopig ten uitvoer gelegde beslissing op verzet of in beroep geheel of ten dele wordt gewijzigd of vernietigd, is de executant

enerzijds teruggave verschuldigd van hetgeen hij reeds in uitvoering van de hervormde beslissing heeft ontvangen en kan hij anderzijds eventueel gehouden zijn tot herstel van de schade veroorzaakt door de voorlopige tenuitvoerlegging.

8. (1) *Teruggaveplicht*. Omtrent de juridische grondslag en omvang van de teruggaveplicht heerst in rechtspraak en rechtsleer geen discussie. De wijziging/vernietiging van een uitvoerbaar verklaard vonnis doet de rechtsgrond van de voorlopige tenuitvoerlegging vervallen met terugwerkende kracht. Dit heeft tot gevolg dat de partij tegen wie is uitgevoerd, de reeds door hem geleverde prestaties als onverschuldigd kan terugvorderen. Het gewijzigde of vernietigde vonnis/arrest vormt een titel op grond waarvan de teruggave kan worden gevorderd van hetgeen ter uitvoering van de gewijzigde of vernietigde beslissing is gepresteerd, ook indien dit in het dispositief gedeelte van de wijzigende of vernietigende uitspraak niet expliciet wordt gezegd (Cass., 10 augustus 1849, *Pas.*, 1849, I, 384; Cass., 30 juni 1960, *Pas.*, 1960, I, 1242; Cass., 15 februari 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 599, en *Pas.*, 1973, I, 570; Cass., 16 november 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 313). Deze teruggaveplicht steunt op het principe van de onverschuldigde betaling (Van Rossum, A.A., *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen*, Deventer, Kluwer, 1990, 14). Bij een voorlopig ten uitvoer gelegde geldsomveroordeling, dient de executant de bedragen terug te betalen die hij van de veroordeelde heeft ontvangen.

9. (2) *Schadevergoedingsplicht*. Tot het geannoteerde arrest van 7 april 1995 heerste in rechtspraak en rechtsleer grote onduidelijkheid omtrent de juridische grondslag en omvang van de schadevergoedingsplicht van de executant. Dienaangaande werden uiteenlopende standpunten verdeeld.

10. Traditioneel werd de schadevergoedingsplicht gebaseerd op de *foutaansprakelijkheid* van de artt. 1382-1383 B.W. Dit betekent dat moet worden aangetoond dat degene die tot executie is overgegaan, foutief gehandeld heeft (Cass., 24 mei 1878, *Pas.*, 1878, I, 274; Martens, P., «L'exécution provisoire en matière patrimoniale», *Ann. Dr.-Liège*, 1983, 192). Deze grondslag valt echter moeilijk te verdedigen. De fout van de executant kan niet gelegen zijn in het enkele feit tot executie te zijn overgegaan, aangezien de begunstigde over een uitvoerbare titel beschikte die hem daartoe machtigde. Het gebruik maken van een mogelijkheid die door de wet of door de rechter op een wettige wijze is toegestaan, kan op zichzelf beschouwd bezwaarlijk als een onrechtmatige daad worden bestempeld. Er is geen sprake van een onrechtmatige daad aangezien de legitimatie van het rechterlijk vonnis in dit geval zeer sterk is (Van Rossum, A.A., *o.c.*; 27; Van der Grinten, R.M., *Themis*, 1940, 413-415). De partij die uiteindelijk het proces verliest, maar die reeds tot de voorlopige tenuitvoerlegging van het vonnis van de eerste rechter was overgegaan, kan niet worden beschouwd als een persoon die foutief heeft gehandeld, maar wel als iemand die zelf de gevolgen moet ondergaan van het feit dat het risico, dat hij vrijwillig op zich heeft genomen, zich gerealiseerd heeft. De omstandigheid dat de voorlopige tenuitvoerlegging op zichzelf niet als een onrechtmatige daad kan worden aangemerkt, belet niet dat de wijze waarop deze executie geschiedt, hieraan wel een foutief karakter kan verlenen, waarvoor de benadeelde partij op grond van de artt. 1382-1383 B.W. schadevergoeding kan vragen. Dit is het

geval als een partij zonder nut of noodzaak tot executie overgaat (Van Oevelen, A. en Lindemans, D., *l.c.*, 1070, nr. 26).

11. Volgens een tweede opvatting, die vooral toepassing vindt bij geldsomveroordelingen, worden zowel de teruggave- als de schadevergoedingsplicht van de executant gebaseerd op de principes van de *onverschuldigde betaling* (artt. 1235 en 1376-1381 B.W.). Gesteld wordt dat ten gevolge van de nieuwe beslissing op verzet of in hoger beroep het onverschuldigd karakter van de ter uitvoering van de eerste beslissing gedane betaling vaststaat. De procespartij die is overgegaan tot de voorlopige tenuitvoerlegging van een rechterlijke beslissing die nadien wordt gewijzigd, dient te worden beschouwd als een ontvanger te kwader trouw in de zin van art. 1378 B.W., d.w.z. als iemand die, op het ogenblik van de betaling of later, wist dat deze hem niet verschuldigd was. Dit betekent dat hij niet alleen verplicht is terug te geven wat hij reeds ontvangen heeft (teruggaveplicht), maar bovendien ook vergoedende interesten moet betalen vanaf de dag van de effectieve betaling in zijn handen tot die van de teruggave. Deze vergoedende interesten vormen de schadevergoeding waartoe de executant als ontvanger te kwader trouw gehouden is. Ook deze opvatting stuit op ernstige bezwaren. Wie geld ontvangt ter uitvoering van een uitvoerbaar vonnis, heeft daartoe, op het ogenblik van de executie zelf, het volste recht krachtens een uitvoerbare titel en weet op dat ogenblik nog niet dat wat hij ontvangt, hem later niet verschuldigd zal zijn. Hij weet alleen dat hij het risico van een mogelijke wijziging op zich moet nemen. De procespartij die gebruik maakt van de mogelijkheid van voorlopige executie, kan niet gelijkgesteld worden met een ontvanger te kwader trouw en dient te worden beschouwd als een ontvanger te goeder trouw tot op het ogenblik van de wijziging van het vonnis (Dirix, E. en Broeckx, K., *o.c.*, 104, nr. 173; Plantol, M. en RIBERT, G., *Traité pratique de droit civil français*, VII, Parijs, L.G.D.J., 1954, 37, nr. 747). Bovendien is de vordering uit onverschuldigde betaling gericht op teruggave van het onverschuldigd ontvangene en niet op vergoeding van geleden schade.

12. Volgens een derde opvatting kan de eventuele schadevergoedingsplicht bij wijziging van een voorlopig ten uitvoer gelegde rechterlijke beslissing, gebaseerd worden op een *objectieve of foutloze aansprakelijkheid* (zie hierover Bocken, H., «Van fout naar risico», *T.P.R.*, 1984, (329), 331, nr. 4). Op grond van deze aansprakelijkheid, kan de executant tot schadevergoeding gehouden zijn zonder dat in zijn persoon een fout dient te worden aangetoond die in oorzakelijk verband staat met de schade. Het enkele feit dat de beslissing wordt gewijzigd, is op zichzelf een voldoende reden voor het toekennen van de schadevergoeding. De schuldeiser die overgaat tot voorlopige tenuitvoerlegging, stelt zich bloot aan een foutloze aansprakelijkheid, die hem in geval van wijziging van zijn precaire titel verplicht tot volledige restitutie van de ontvangen prestaties en tot schadevergoeding, zelfs indien hij zich bij de tenuitvoerlegging volledig aan de vormen grondvereisten van de executie heeft gehouden en de regelmatige uitvoerbare titel volkomen te goeder trouw ten uitvoer heeft gelegd (Dirix, E. en Broeckx, K., *o.c.*, 164, nr. 294).

13. In de rechtsleer wordt terecht de voorkeur gegeven aan de theorie van de foutloze aansprakelijkheid. Het gebruik van de termen «alleen op risico» in artikel 1398, tweede lid, Ger.W. vormt volgens Van Oevelen en Lindemans een belangrijk argument om te stellen dat men hier te maken heeft

met een geval van objectieve aansprakelijkheid. Bovendien kan de regel van art. 1398, tweede lid, Ger.W. in de bestaande «typologieën» van objectieve aansprakelijkheid worden ingedeeld bij de categorie van de «risicoaansprakelijkheid», waarbij de schade door de wetgever wordt toegerekend aan de executant, omdat hij een bepaalde band heeft met het schadeverwekkend gebeuren (Van Oevelen, A. en Lindemans, D., *o.c.*, 1065, nr. 20; 1066, nr. 22; Dirix, E. en Broeckx, K., *o.c.*, 104, nr. 174).

14. In de rechtspraak waren evenwel nagenoeg geen beslissingen waarin, wegens wijziging van een voorlopig ten uitvoer gelegd vonnis, toepassing wordt gemaakt van art. 1398, tweede lid, Ger.W. In het arrest van 7 april 1995 heeft het Hof van Cassatie expliciet beslist dat art. 1398, tweede lid, Ger.W. een vorm van foutloze aansprakelijkheid bevat. De partij die een bij voorraad uitvoerbaar vonnis doet uitvoeren, handelt op eigen risico: bij gehele of gedeeltelijke wijziging van het vonnis, dient de executant niet alleen terug te geven hetgeen hij ingevolge de gewijzigde of vernietigde beslissing heeft ontvangen, maar ook de schade te vergoeden die «door de enkele tenuitvoerlegging is ontstaan, zonder dat daartoe enige kwade trouw of fout in de zin van de artikelen 1382 en 1383 B.W. is vereist».

15. Het onderzoek naar de juridische grondslag van de schadevergoedingsplicht is niet zonder praktisch belang. Het antwoord op deze vraag is immers determinerend om de omvang van de schadevergoedingsplicht te bepalen. Dit wordt vooral duidelijk bij de executie van een geldsomveroordeling, die ook de aanleiding was tot het geannoteerde arrest. Meer in het bijzonder rijst de vraag vanaf welk ogenblik de executant interesten verschuldigd is op het bedrag dat hij ingevolge de voorlopige tenuitvoerlegging heeft ontvangen. Kan de schuldenaar de terugbetaling eisen van de interesten vanaf de dag dat hij de gelden effectief aan de executant heeft betaald, of beginnen de interesten pas te lopen bij de uitspraak van het wijzigend vonnis/arrest, of nog later bij de betekening van dit arrest? Zo ja, gaat het dan om moratoire of vergoedende interesten?

16. Vaststaat dat de terugbetaling pas eisbaar wordt vanaf de uitspraak van het vonnis/arrest dat het onverschuldigd karakter van de voorlopige betaling vaststelt. De bepaling van de verschuldigde interesten is afhankelijk van de juridische grondslag die men voor de aansprakelijkheid van de executant aanneemt.

Gaat men uit van een foutaansprakelijkheid, dan is de executant naast de teruggave van wat hij heeft ontvangen, slechts tot betaling van vergoedende interesten verplicht indien de executie onrechtmatig is geschied, nl. als een fout van de executant bewezen wordt of de schuldeiser misbruik heeft gemaakt van zijn recht op voorlopige executie. De benadeelde partij kan vergoedende interesten vorderen vanaf het ogenblik van de effectieve betaling, op grond van de artt. 1382-1383 B.W. als vergoeding voor de schade die hij ten gevolge van de onrechtmatige tenuitvoerlegging heeft geleden. De schuldenaar kan bovendien moratoire interesten opeisen vanaf de datum van de akte van hoger beroep die als ingebrekestelling kan gelden in de zin van art. 1153, derde lid, B.W.

Aanvaardt men de toepasselijkheid van de principes van onverschuldigde betaling, dan dient de executant slechts vergoedende interesten te betalen als hij beschouwd kan worden als een ontvanger te kwader trouw in de zin van art.

1378 B.W. Deze bepaling verplicht de ontvanger te kwader trouw niet alleen het kapitaal terug te geven maar ook de interesten of de vruchten, te rekenen vanaf de dag van de betaling (Van Compennolle, J., «Examen de jurisprudence (1972-1986). Droit judiciaire privé. Saisies conservatoires et voies d'exécution», *R.C.J.B.*, 1987, 429, nr. 23).

17. Nu de aansprakelijkheid van de executant dient te worden beschouwd als een risicoaansprakelijkheid, zal hij in geval van wijziging of vernietiging van zijn precaire titel tot volledige restitutie verplicht zijn van de ontvangen gelden, vermeerderd met de *vergoedende* interesten vanaf de dag der betaling tot de datum van de wijzigende uitspraak, zonder dat hiertoe enige fout (art. 1382 B.W.) of kwade trouw (art. 1378, tweede lid, B.W.) is vereist. Het is raadzaam dat in de wijzigende beslissing uitdrukkelijk aangegeven wordt dat de interesten verschuldigd zijn vanaf de dag dat de schuldeiser de terug te betalen hoofdsom ontvangen heeft (Arbh. Antwerpen, 21 maart 1983, *J.T.T.*, 1983, 296). Vanaf de dag van de wijzigende uitspraak zijn overeenkomstig art. 1153 B.W. ook *moratoire* interesten verschuldigd tot de dag van de effectieve betaling. Indien de schuldeiser op rechtmatige wijze de voorlopige executie heeft vervolgd en hem geen fout kan worden verweten, zijn de *moratoire* interesten slechts verschuldigd vanaf de datum van het wijzigend vonnis/arrest. Het valt niet in te zien hoe de schuldenaar *moratoire* interesten kan vragen op de terug te betalen hoofdsom vóór het ogenblik dat hij de terugbetaling daarvan kon eisen, zijnde het moment van de wijzigende uitspraak in hoger beroep waarbij het onverschuldigd karakter van de betaling is vastgesteld (Dirix, E., *Het begrip schade*, Antwerpen, 1984, 47-48, nr. 56; Dirix, E. en Broeckx, K., *o.c.*, 165, nr. 295; Ronse, J., *A.P.R.*, Tw. Schade en schadeloosstelling, nrs. 329 e.v.).

Karen Broeckx
Universiteit Antwerpen

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 7 APRIL 1995

Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen

Rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: de h. D'Hoore, eerste advocaat-generaal

Advocaten: mrs. Bützler en Simont

Overeenkomst – Schadebeding – Art. 1033 Ger. W. – Beding dat het bedrag van de schuldvordering wordt verhoogd met het aan een advocaat verschuldigde honorarium voor de invordering van die schuldvordering

Art. 1023 Ger.W., krachtens hetwelk ieder beding tot verhoging van de schuldvordering ingeval deze in rechte zou worden geëist, als niet geschreven wordt beschouwd, staat eraan in de weg dat de partijen overeenkomen dat het bedrag van de schuldvordering wordt verhoogd met het honorarium dat aan een advocaat verschuldigd is voor het voeren van een rechtspleging ter invordering van het verschuldigde bedrag.

D. en G. t/ N.V. C.

Gelet op de bestreden arresten, op 26 februari 1992 en 27 januari 1993 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

...

Over het tweede middel: schending van de artikelen 97 van de Grondwet en 1023 van het Gerechtelijk Wetboek,

doordat het hof van beroep (a) in het arrest van 26 februari 1992, betreffende de afrekening tussen partijen oordeelt «dat krachtens (de) overeenkomst alle onkosten ter recuperatie van het openstaand krediet-saldo ten laste zijn van (eisers), advocatenkosten inbegrepen, voor zover deze redelijk vastgesteld waren zoals in deze» en (b) in het arrest van 27 januari 1993 eisers hoofdelijk veroordeelt tot betaling van de kosten, t.w. 131.669 frank op grond «dat wat de kosten betreft het tussengekomen arrest reeds beslist heeft dat alle kosten gedaan ter recuperatie van het kredietsaldo ten laste vallen van (eisers)»,

...

terwijl, tweede onderdeel, krachtens artikel 1023 van het Gerechtelijk Wetboek, ieder beding tot verhoging van de schuldvordering ingeval deze in recht zou worden geëist, als niet geschreven wordt beschouwd; deze wetsbepaling hierop geen uitzondering bepaalt ingeval de «advocatenkosten (...) redelijk vastgesteld worden»,

zodat het hof van beroep door, in het arrest van 26 februari 1992 te beslissen dat, krachtens de overeenkomst, alle onkosten «ter recuperatie» van het openstaand krediet-saldo ten laste zijn van eisers, advocatenkosten inbegrepen, voor zover deze redelijk vastgesteld worden niet wettig weigert artikel 1023 van het Gerechtelijk Wetboek toe te passen op grond van een uitzondering die daarin niet voorkomt, en eisers, vervolgens, op dezelfde onwettige gronden, in het arrest van 27 januari 1993, hoofdelijk veroordeelt tot betaling van kosten t.b.v. 131.669 frank (schending van artikel 1023 van het Gerechtelijk Wetboek):

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt dat verweerder voor de appelrechter een voorschot vroeg voor honorarium van advocaat van 90.000 frank;

Dat het arrest van 26 februari 1992 vaststelt dat tussen de partijen was overeengekomen dat «alle onkosten ter recuperatie van het openstaand krediet-saldo ten laste zijn van (eisers), advocatenkosten inbegrepen voor zover deze redelijk vastgesteld worden zoals in deze»;

Overwegende dat, krachtens artikel 1023 van het Gerechtelijk Wetboek, ieder beding tot verhoging van de schuldvordering ingeval deze in rechte zou worden geëist, als niet geschreven wordt beschouwd;

Dat die wetsbepaling eraan in de weg staat dat de partijen overeenkomen dat het bedrag van de schuldvordering wordt verhoogd met het honorarium dat aan een advocaat verschuldigd is voor het voeren van een rechtspleging ter invordering van het verschuldigde bedrag;

Overwegende dat het arrest dat op de enkele gronden dat de partijen waren overeengekomen dat alle kosten, advocatenkosten inbegrepen, in verband met de recuperatie van het openstaand krediet-saldo, ten laste waren van de leners en dat de advocatenkosten redelijk waren, oordeelt dat de

laatst bedoelde kosten, honorarium inbegrepen, zonder enig onderscheid door de eisers waren verschuldigd, artikel 1023 van het Gerechtelijk Wetboek schendt;

...

NOOT—*De ongeldigheid van het beding tot verhoging van de schuldvordering ingeval deze in rechte wordt opgeëist en de toepassing ervan op de invordering van advocatenhonoraria*

1. In de jaren '50 en '60 werd in de rechtspraak en de doctrine een vrij heftige discussie gevoerd over de geldigheid van de clause waarin een (automatische) verhoging van de schuldvordering werd bedongen in het geval voor de inning van deze schuldvordering een rechtsvordering diende te worden ingesteld (voor een overzicht van deze problematiek, met de verwijzingen naar rechtspraak en doctrine, zie Vansweevelt, T., «Schadebedingen in enkele bijzondere wetten», *Jura Falc.*, 1984-85, (368), 369-374, nrs. 3-5).

In zijn arrest van 29 september 1967 heeft het Hof van Cassatie aan deze controverse een einde gemaakt door te beslissen «dat zulk algemeen en onbeperkt beding, waardoor elke betwisting, door de schuldenaar, van zijn verplichting tot betaling, van het ogenblik af dat zij aanleiding geeft tot een rechtsvordering, het verschuldigd zijn van de verhoging met zich brengt, zonder enig onderscheid naargelang dit verweer van de schuldenaar al dan niet redelijk en aannemelijk is, in strijd is met het recht van een ieder om zich in rechte te verdedigen, recht dat de openbare orde aanbelangt» (Cass., 29 september 1967, *Arr. Cass.*, 1968, 141, met noot A.C., *Pas.*, 1968, I, 132, met noot A.C., *B.R.H.*, 1968, 4, met noot De Backer, R., *R.W.*, 1967-68, 589). In een later arrest heeft het Hof van Cassatie dat standpunt bevestigd (Cass., 23 januari 1969, *Arr. Cass.*, 1969, 498, met noot, *Pas.*, 1969, I, 473, met noot, *R.W.*, 1968-69, 1370, met noot).

Het is belangrijk hierbij op te merken dat het Hof van Cassatie in die arresten niet ieder beding ongeldig verklaart dat leidt tot een automatische verhoging van de schuldvordering in het geval deze in rechte wordt opgeëist, maar deze sanctie voorbehoudt voor een «algemeen en onbeperkt beding». De rechtspraak en de rechtsleer hebben uit deze bewoordingen terecht afgeleid dat een beding tot automatische verhoging van de schuldvordering in het geval deze in rechte wordt opgeëist, wel als geldig kon worden aangemerkt – althans vóór de inwerkingtreding van art. 1023 Ger. W. (zie *infra*, nr. 5) – als de uitwerking van dat beding beperkt bleef tot het geval waarin het verweer van de schuldenaar «noch redelijk, noch aannemelijk» was (Kh. Sint-Niklaas, 19 maart 1968, *R.W.*, 1967-68, 1966; Rb. Luik, 4 april 1968, *T. Aann.*, 1969, 30, met noot Bartels, A.; Kh. Gent, 3 augustus 1968, *B.R.H.*, 1968, 697; Kh. Gent, 25 maart 1969, *B.R.H.*, 1970, 352; De Backer, R., «Vers plus de sécurité juridique en matière de clause pénale» (noot onder o.a. Cass., 29 september 1967, *B.R.H.*, 1968, (37), 40-41; Schoentjes-Merchiers, Y., «Strafbeding-boetebeding», *T.P.R.*, 1969, (51), 60, nr. 20; Kruithof, R., Moons, H. en Paulus, C., «Overzicht van rechtspraak (1965-1973). Verbintenissen (tweede deel)», *T.P.R.*, 1975, (715), 750, nr. 149; Vansweevelt, T., o.c., *Jura Falc.*, 1984-85, 375, nr. 6).

2. De wetgever heeft zich aangesloten bij de zienswijze van het Hof van Cassatie, zoals verwoord in de arresten van 29 september 1967 en 23 januari 1969, door bij de totstandkoming van het Gerechtelijk Wetboek een art. 1023 op te nemen, waarin wordt bepaald: «Ieder beding tot verhoging van

de schuldvordering ingeval deze in rechte zou worden geëist, wordt als niet geschreven beschouwd.»

Het hierna becommentarieerd cassatiearrest van 7 april 1995 is, voor zover kon worden nagegaan, het eerste arrest waarin het Hof van Cassatie zich uitspreekt over de draagwijdte en het toepassingsgebied van art. 1023 Ger.W. Dit is op zichzelf al een mooie gelegenheid om er aandacht aan te besteden in een nummer van het *Rechtskundig Weekblad* waarin hulde wordt gebracht aan collega prof. dr. Marcel Storme. Daarbij komt nog dat het hierboven besproken cassatiearrest van 29 september 1967 geannoteerd werd en van een uitvoerige bibliografie werd voorzien in Storme, M. en Van Slycken, L., *Compendium van rechtspraak*, Gent, Gakko, 1972. Dit is een welkome gelegenheid om een vergelijking te maken tussen de oude en de nieuwe cassatierechtspraak inzake de geldigheid van de contractuele bedingen die een automatische verhoging van de schuldvordering inhouden als deze in rechte wordt opgeëist.

3. De betwisting die tot het hier geannoteerde arrest aanleiding gaf, is vrij eenvoudig.

In een kredietovereenkomst komt de clause voor die men, vroeger meer dan nu, aantrof in sommige overeenkomsten van kredietopening of van hypothecaire lening, en die bepaalt dat «alle onkosten ter recuperatie van het openstaand krediet-saldo ten laste zijn van de kredietnemers, advocatenkosten inbegrepen, voor zover deze redelijk vastgesteld worden».

In een arrest van 26 februari 1992 betreffende de afrekening tussen de partijen oordeelde het Hof van Beroep te Antwerpen dat de advocatenkosten, waarvan de kredietinstelling de betaling vordert door de kredietnemers, «redelijk vastgesteld worden», in de zin als bedoeld door voornoemde clause. Toepassing makende van dit beding, en op grond van de overweging dat de advocatenkosten, honoraria inbegrepen, redelijk waren, heeft hetzelfde hof in een arrest van 27 januari 1993 de kredietnemers, eisers in cassatie, hoofdelijk veroordeeld tot betaling van alle kosten gedaan ter recuperatie van het krediet-saldo.

Voor het Hof van Cassatie betoogden de kredietnemers onder meer dat de bestreden arresten, door alle kosten ter recuperatie van het openstaande krediet-saldo te hunnen laste te leggen, met inbegrip van de advocatenkosten, voor zover deze redelijk vastgesteld worden, art. 1023 Ger.W. schenden, aangezien deze bepaling geen uitzondering bevat voor het geval de «advocatenkosten redelijk vastgesteld worden».

Dit onderdeel wordt door het Hof van Cassatie gegrond verklaard op basis van de overweging dat art. 1023 Ger.W. «eraan in de weg staat dat de partijen overeenkomen dat het bedrag van de schuldvordering wordt verhoogd met het honorarium dat aan een advocaat verschuldigd is voor het voeren van een rechtspleging ter invordering van het verschuldigde bedrag».

4. Dit arrest verdient goedkeuring, omdat het volledig in overeenstemming is met de *ratio legis* van art. 1023 Ger.W. en ten gevolge daarvan een versterking van het recht van verdediging van de schuldenaar meebrengt.

Uit de ontstaansgeschiedenis van art. 1023 Ger.W. blijkt duidelijk dat deze bepaling ertoe strekt het recht van verdediging van de schuldenaar te vrijwaren (zie o.m. Gutt, E. en Stranart-Thilly, A.M., «Examen de jurisprudence (1965 à 1970). Droit judiciaire privé (suite)», *R.C.J.B.*, 1974, (89),

180-181, nr. 89; Wymeersch, E., «Toetsing van verhogingsbedingen», *R.W.*, 1976-77, (135), 137-138). De Koninklijke Commissaris voor de Gerechtelijke Hervorming, Ch. Van Reepinghen, verantwoordde de invoering van dit voorschrift op grond van de vaststelling dat het instellen van een rechtsvordering doorgaans kosten meebrengt die de invordering van betwiste schuldvorderingen bezwaren, maar waarvan de schuldeiser geen terugbetaling kan krijgen via de veroordeling van de schuldenaar in de gerechtskosten. Om die kosten terug te innen, werd in vele contracten het beding opgenomen tot verhoging van de schuldvordering in het geval deze in rechte werd opgeëist, maar, zo schrijft de Koninklijke Commissaris, omdat de praktijk het licht geworpen heeft «op de misbruiken naar aanleiding van de toepassing van dergelijke bedingen waarvan de geldigheid ernstig wordt betwist», werd art. 1023 Ger.W. ingevoerd, dat dit soort van verhogingsbedingen ongeldig verklaart (Van Reepinghen, C., *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, I, Brussel, Belgisch Staatsblad, 1964, 394).

Voor een goed begrip van art. 1023 Ger.W. is het van belang deze bepaling te beschouwen in samenhang met art. 1022 Ger.W., waarin wordt bepaald dat de Koning, na het advies van de Algemene Raad van de Nationale Orde van Advocaten te hebben ingewonnen, een tarief vaststelt van de sommen die invorderbare kosten zijn wegens het verrichten van bepaalde materiële akten. Het gaat, zoals bekend, om de rechtsplegingsvergoeding en de uitgavenvergoeding (zie K.B. van 30 november 1970, *B.S.*, 3 december 1970, als nadien gewijzigd). Deze sommen zijn krachtens art. 1018, 6°, Ger.W. kosten, tot betaling waarvan de in het ongelijk gestelde partij wordt veroordeeld (zie art. 1017 Ger.W.). Art. 1022 Ger.W. is door de wetgever duidelijk bedoeld als een corollarium van art. 1023 Ger.W., om het in laatstgenoemde bepaling geformuleerd verbod gedeeltelijk te compenseren: de kosten wegens het verrichten van bepaalde, in voornoemd K.B. omschreven materiële handelingen, kunnen door een procespartij, die door een advocaat werd bijgestaan, wel als gerechtskosten van de in het ongelijk gestelde tegenpartij worden teruggevorderd ten belope van de in voornoemd K.B. vastgestelde bedragen (Van Reepinghen, C., *o.c.*, 394-395; Vansweevelt, T., *o.c.*, *Jura Falc.*, 1984-85, 375-376, nr. 8; Kh. Brussel, 20 oktobr 1970, *B.R.H.*, 1971, 305).

5. Tegen deze dubbele achtergrond wordt het duidelijk dat het Hof van Cassatie in het geannoteerde arrest terecht heeft geoordeeld dat art. 1023 Ger.W. verhindert dat partijen overeenkomen dat het bedrag van de schuldvordering wordt verhoogd met het honorarium dat aan een advocaat verschuldigd is voor het voeren van een rechtspleging ter invordering van die schuldvordering. Zo'n clause doet immers onrechtstreeks afbreuk aan het recht van de schuldenaar om zich vrij voor het gerecht te verdedigen, omdat hij ervan zou kunnen afzien zijn eventueel ernstig verweer in rechte te laten gelden, indien hij als prijs hiervoor een hogere schuld dient te betalen, namelijk de eigenlijke schuld, verhoogd met het door de advocaat van de tegenpartij aangerekende honorarium voor het innen van die schuldvordering. Aangezien het recht van een ieder om zich in rechte te verdedigen de openbare orde aanbelangt (zie Cass., 29 september 1967, geciteerd in randnr. 1), dienen de clauses die daaraan, zelfs onrechtstreeks, afbreuk doen, krachtens art. 6 B.W. als absoluut nietig te worden beschouwd (Rb. Brussel, 23 november

1967, *Pas.*, 1968, III, 55; Van Ommeslaghe, P., «Examen de jurisprudence (1968 à 1973). Les obligations (première partie)», *R.C.J.B.*, 1975, (423), 475-476, nr. 32; zie nadien in dezelfde zin: Braun, A. en Moreau, F., *Avocat*, in *R.P.D.B., Compl.*, VI, nr. 429; Linsmeau, J., «Droit judiciaire. Quelques questions d'actualité», in *La Copropriété*, Brussel, Bruylant en Editions de l'U.L.B., 1985, (254), 282, en voetnoot 125 aldaar).

Belangrijk in dit arrest is voorts dat het contractueel beding krachtens hetwelk het bedrag van de schuldvordering wordt verhoogd met het honorarium dat aan een advocaat is verschuldigd voor het voeren van een rechtspleging ter inning van die schuldvordering, naar het oordeel van het Hof van Cassatie onder het verbod van art. 1023 Ger.W. valt, ongeacht of dat honorarium, zoals te dezen, als redelijk is aangemerkt. Dit vormde inderdaad de kern van het rechtsprobleem dat in het tweede onderdeel van het cassatiemiddel aan de orde werd gesteld. Art. 1023 Ger.W. is immers in algemene bewoordingen geformuleerd («*Jeder beding tot verhoging van de schuldvordering ingeval deze in rechte zou worden geëist,...*») en maakt geen uitzondering voor het geval de aan de schuldenaar aangerekende verhoging van de schuldvordering als redelijk dient te worden beschouwd. Om dezelfde reden is het voor de toepassing van deze bepaling overigens evenmin van belang of het verweer van de schuldenaar al dan niet redelijk of aannemelijk is. Het in art. 1023 Ger.W. geformuleerde verbod is dus duidelijk strenger dan de regeling die voortvloeit uit het cassatiearrest van 29 september 1967, op basis waarvan, zoals hierboven vermeld (zie *supra*, nr. 1 en de verwijzingen aldaar), laatstgenoemd onderscheid wel kon worden gemaakt (Kruithof, R., Moons, H. en Paulus, C., *o.c.*, *T.P.R.*, 1975, 750, nr. 149 en de aldaar geciteerde rechtspraak; Vansweevelt, T., *o.c.*, *Jura Falc.*, 1984-85, 376, nr. 8 en de verwijzingen aldaar in voetnoot 34; *adde*: Brussel, 31 oktober 1989, *J.T.*, 1990, 273).

6. Er is nog een tweede motief op grond waarvan het contractueel beding kan worden aangevochten krachtens hetwelk het bedrag van de schuldvordering wordt verhoogd met het honorarium dat aan een advocaat is verschuldigd voor het voeren van een rechtspleging ter inning van die schuldvordering. Men zou immers kunnen argumenteren dat zo'n beding ertoe strekt aan het honorarium van de advocaat het karakter van gerechtskosten toe te kennen, wat niet alleen strijdig is met art. 1018 Ger.W., welke bepaling als van openbare orde dient te worden aangemerkt (Linsmeau, J., *o.c.*, *La Copropriété*, p. 282, voetnoot 125), maar waardoor ook afbreuk wordt gedaan aan art. 1022 Ger.W., dat de invorderbare kosten van de rechtsplegingsvergoeding en de uitgavenvergoeding beperkt tot de kosten verbonden aan het verrichten van materiële handelingen door een procespartij die door een advocaat is bijgestaan, met uitsluiting van diens honorarium (Van Ommeslaghe, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, p. 476, nr. 32, met verwijzing naar het verslag van Van Reepinghen, C., *o.c.*, 394-395; zie ook Fettweis, A., *Manuel de procédure civile*, Luik, Rechtsfaculteit, 1987, 590, nr. 933; BALATE, E., «Les honoraires d'avocat à charge de la partie succombante: facteur d'accès à la justice ou non?», *T. Vred.*, 1987, (35), 38, nr. 1).

Dit tweede motief is in het geannoteerde arrest echter niet terug te vinden, maar de eisers in cassatie hadden ook niet een schending van art. 1018 of 1022 Ger.W. aangevoerd, en zoals bekend is het Hof van Cassatie in privaatrechtelijke za-

ken gebonden door het middel (zie artt. 1082 en 1095 Ger.W.). Wellicht kan nochtans een impliciete verwijzing naar art. 1022 Ger.W. worden gelezen in de laatste overweging, waarin wordt gezegd dat het bestreden arrest, wanneer het oordeelt dat de advocatenkosten, «honoraria inbegrepen, zonder enig onderscheid door de eisers waren verschuldigd», art. 1023 Ger.W. schendt. De woorden «zonder enig onderscheid» refereren vermoedelijk aan het ontbreken van het onderscheid tussen het zuivere honorarium van de advocaat, dat aan de in het ongelijk gestelde tegenpartij wel de terugbetaling kan worden gevraagd.

7. Een laatste punt waaraan in deze annotatie aandacht moet worden besteed, is de vraag hoe het hier besproken arrest zich verhoudt tot en te rijmen valt met het cassatiearrest van 28 april 1986, waarin het Hof oordeelde dat de rechter ten gronde in feite en derhalve op onaantastbare wijze, binnen de perken van de conclusies van de partijen, het bestaan en de omvang van de schade beoordeelt, en met name of in een bepaald geval de *kosten van aanstelling van een raadsman bestanddelen van de schade* zijn inzake contractuele aansprakelijkheid. Het Hof besliste in dat geval dat de verzekeraar, die is tekortgeschoten in de naleving van zijn contractuele verplichting rechtsbijstand aan zijn verzekerde te verlenen, door de rechter wettig kan worden veroordeeld tot betaling aan de verzekerde van een schadevergoeding voor alle kosten van het geding, met inbegrip van die van de aanstelling van een deskundige of van een raadsman, die door de contractuele wanprestatie van de verzekeraar zijn veroorzaakt (Cass., 28 april 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, 1155; *Pas.*, 1986, I, 1043, *R.W.*, 1986-87, 1907, met noot).

Het laatstvermelde arrest is volkomen verenigbaar met het hier geannoteerde arrest, omdat beide uitspraken een verschillend rechtsprobleem behandelen. Het cassatiearrest van 28 april 1986 geeft een principieel bevestigend antwoord op de vraag of het honorarium van een advocaat een onderdeel kan vormen van de vergoedbare schade bij contractuele aansprakelijkheid, in ieder geval toch bij contractuele wanprestatie van een rechtsbijstandverzekeraar. Dit rechtsprobleem kan zich enkel voordoen bij rechtsgedingen inzake contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid, maar niet bij andere, bv. familierechtelijke geschillen (Balate, E., o.c., *T. Vred.*, 1987, 40, nr. 1). Bovendien is er hier ook geen gevaar dat het recht van verdediging van de schuldenaar wordt aangetast. In het hier geannoteerde arrest wordt daarentegen een ontkennend antwoord gegeven op de vraag of partijen geldig kunnen bedingen dat het bedrag van een schuldvordering wordt verhoogd met het honorarium dat aan een advocaat is verschuldigd voor het voeren van een rechtspleging ter inning van die schuldvordering. Deze problematiek heeft een ruimer toepassingsgebied dan het domein van de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid. Daarenboven is uit deze annotatie duidelijk gebleken dat hier wel het gevaar dreigt van een aantasting van het recht van de schuldenaar om zich vrij in rechte te verdedigen.

A. Van Oevelen
Hoogleraar aan de Universiteit
Antwerpen (U.I.A. en U.F.S.I.A.)

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

1e KAMER – 13 SEPTEMBER 1994

Voorzitter: de h. Van Orshoven

Raadsheren: de hh. Delvoie en Vanderwegen

Advocaten: mrs. van Severen loco Moons en De Coninck

Burgerlijke rechtspleging – Hoger beroep – Geldboete wegens tergend en roekeloos hoger beroep

Tergend en roekeloos is het principaal hoger beroep dat ingesteld wordt door wie duidelijk wist of had moeten weten dat het ongegrond was. De geldboete wordt vastgesteld op tweemaal de rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep.

N.V.B. t/ Belgische Staat e.a.

I. Over de proceshouding van de appellante

Overwegende dat reeds in het tussenarrest werd vastgesteld dat de overheidsopdracht, oorzaak van de vordering, uitging van de Regie der Gebouwen, een rechtspersoon die onderscheiden is van de Belgische Staat (Wet van 1 april 1971);

Overwegende dat de appellante, op grond van die overeenkomst de Belgische Staat en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest dagvaardde met de motivering dat zij «*door het Ministerie van Openbare Werken, Bestuur en Regie der Gebouwen, Directie Brussel-Hoofdstad, Sectie I, bij brief van 14.12.1987 belast geworden (is) met onderhouds-, veranderingen-, en aanpassingswerken aan 72 cellen van de gevangenis te Sint-Gillis*»;

dat de Belgische Staat en de Regie der Gebouwen – die vrijwillig tussenkwam – er in hun conclusie van 12 juni 1991 op wezen dat de Regie der Gebouwen, «*als openbare instelling met eigen rechtspersoonlijkheid instaat voor het beheer van de in de litigieuze overheidsopdracht bedoelde gebouwen*», zodat de Belgische Staat buiten de zaak moest worden gesteld;

dat het Brussels Hoofdstedelijk Gewest primair liet gelden dat de Regie der Gebouwen een nationale instelling is gebleven zodat het Brussels Hoofdstedelijk Gewest «*niets uitstaande heeft met het onderhavige geschil*»;

Overwegende dat de appellante in haar conclusie van 2 december 1991 akte heeft genomen van de vrijwillige tussenkomst van de Regie der Gebouwen en haar vordering tot deze partij heeft uitgebreid, zodat de solidaire veroordeling werd gevorderd van de Belgische Staat, het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en de Regie der Gebouwen;

Overwegende dat de Regie der Gebouwen en de Belgische Staat, in hun aanvullende conclusie van 2 april 1992, primair herinnerden aan het zelfstandig optreden van de Regie der Gebouwen, met de buitenzakestelling van de Belgische Staat tot gevolg;

dat de appellante hierop niet meer reageerde in haar tweede conclusie van 8 september 1992;

Overwegende dat de eerste rechter in het vonnis a quo van 29 april 1993 overwoog: «*...dat het de Regie der Gebouwen is die optrad als bouwheer en opdrachtgevend bestuur; dat bijgevolg de vordering ten laste van de Belgische Staat en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest onontvankelijk is en deze buiten de zaak moet worden gesteld*»;

Overwegende dat de appellante in hoger beroep opnieuw de veroordeling heeft gevraagd van *«alle geïntimeerde partijen zonder uitzondering, op solidaire wijze of in solidum, minstens de ene bij gebreke aan de andere»* zonder dat in het vijfentwintig bladzijden lange verzoekschrift in hoger beroep – evenmin trouwens als in de conclusie van 22 december 1993 – ook maar één grief te vinden is tegen de beslissing van de eerste rechter omtrent de Belgische Staat en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest;

II. Over het tergend en roekeloos hoger beroep

Overwegende dat de rechter in hoger beroep, indien hij het hoofdberoep afwijst, wegens tergend en roekeloos hoger beroep een geldboete kan opleggen van 5.000 frank tot 100.000 fr, te innen door de Administratie der Registratie en Domeinen (art. 1072bis Ger. W., ingevoegd door art. 52 van de wet van 3 augustus 1992, in werking getreden op 1 januari 1993);

dat deze rechtsregel geïnspireerd werd door de nieuwe Franse Code de Procédure Civile, art. 559, en door het principe nr. 2 van de Aanbeveling van 28 februari 1984 van de Raad van de Ministers van de Raad van Europa (cf. voor de tekst van deze Franse wet en van de Aanbeveling van de Raad van Ministers: G. de Leval, «La loi du 3 août 1992 modifiant le Code judiciaire, Commentaire à l'aide des travaux préparatoires», J.T., 1992, 857, voetnoten 29 en 30);

dat deze burgerlijke geldboete bijgevolg niet alleen mogelijk is bij een tergend en roekeloos hoofdberoep ingesteld met een dilatoire of vertragende bedoeling, maar ook wanneer het rechtsmiddel een wederrechtelijk karakter heeft, dit is, wanneer diegene die het instelt, duidelijk wist of had moeten weten dat het ongegrond was (cf. het Franse woord «abusif» in de zojuist geciteerde teksten);

Overwegende dat blijkt uit de onder I vermelde procedure-reakten, uit de rechtsregels omtrent de verschillende staats-hervormingen en in het bijzonder uit de proceshouding van de Regie der Gebouwen zelf dat er, sedert de tussenkomenst van deze laatste in het geding, geen enkele twijfel meer over kon bestaan, dat de overeenkomst waarop de vordering van de appellante was gebaseerd, werd aangegaan met de Regie der Gebouwen en niet met de Belgische Staat, en dat de rechten en verplichtingen uit dit contract nooit werden overgedragen, noch aan de Belgische Staat, noch aan het Brussels Hoofdstedelijk Gewest;

dat hieraan niets wordt afgedaan door de omstandigheid dat de Belgische Staat in zijn aanvullende conclusie in eerste aanleg *«ten overvloede»* heeft laten gelden dat sinds de inwerkingtreding der Financieringswet het Brussels Hoofdstedelijk Gewest zijn rechtsopvolger was;

dat de appellante bijgevolg reeds tijdens de behandeling voor de eerste rechter zeer goed heeft geweten, of alleszins zeer goed had moeten weten, indien zij de conclusies van de geïntimeerden goed had gelezen en de rechtsregels ter zake had nagezien, dat de rechten en de verplichtingen uit de overeenkomst, waarop zij haar vordering baseerde, alleen werden aangegaan door de Regie der Gebouwen en vervolgens nooit het voorwerp waren van enige overdracht;

dat het dan ook wederrechtelijk was dat zij tegen het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en tegen de Belgische Staat hoger beroep heeft ingesteld;

dat dit wederrechtelijk karakter duidelijk naar voren komt uit het ingestelde rechtsmiddel zelf dat op dit punt geen enkele grief en zeker geen uiteenzetting ervan bevat;

Overwegende dat die handelwijze van de appellante een duidelijke schade heeft toegebracht aan de rechtsbedeling nu er, na de hele procedure van kennisgevingen, de rechtsdagbepaling met toepassing van art. 751 Ger. W., de oproepingen en het uitstel, tevergeefs werd gezocht naar enig motief voor het ingestelde rechtsmiddel (cf. de verwijzing in het tussenarrest naar de wet van 1 april 1971);

dat in deze omstandigheden een geldboete van tweemaal de rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep (15.600 x 2 = 31.200 fr) verantwoord is;

...

NOOT – Zie eerder in dit nummer het artikel van Jean Laenens, nr. 15.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

5e KAMER – 25 OKTOBER 1994

Voorzitter: de h. Janssens

Raadsheren: de hh. Hulpiau en Peeters

Burgerlijke rechtspleging – Hoger beroep – Geldboete wegens tergend en roekeloos hoger beroep

Tergend en roekeloos is het principaal hoger beroep dat er alleen op gericht is uitstel van veroordeling te verkrijgen. Rekening houdend met de aan de rechtsbedeling berokkende schade wordt de geldboete vastgesteld op 75.000 fr.

F. t/ V.

Gelet op het arrest van dit Hof van 8 maart 1994, waarbij het hoger beroep ongegrond werd verklaard, het beroepen vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Tongeren van 17 mei 1993 werd bevestigd en appellant bijkomend werd veroordeeld tot betaling aan geïntimeerde van een schadevergoeding van 40.000 fr. wegens tergend en roekeloos hoger beroep en waarbij bovendien met toepassing van artikel 1072bis, tweede lid, Ger. W. een rechtsdag werd bepaald op 27 juni 1994 met het oog op de behandeling van het eventueel opleggen van een geldboete wegens tergend en roekeloos hoofdberoep;

Overwegende dat partijen overeenkomstig artikel 1072bis, tweede lid, Ger. W. bij gerechtsbrief werden opgeroepen om te verschijnen ter terechtzitting van 27 juni 1994; dat partijen noch iemand voor hen verschenen zijn;

Overwegende dat reeds in het arrest van 8 maart 1994, voormeld, werd vastgesteld dat de proceshouding van appellant dilatoir was, getuigde van kwade trouw en zijn hoger beroep tergend en roekeloos was;

dat de in voormeld arrest aangehaalde motivering thans wordt herhaald en nog wordt aangevuld met het hiernavermelde; dat appellant de grondslag van de eis van geïntimeerde in de akte van hoger beroep onbesproken heeft gelaten en de hierin vermelde beweringen op geen enkele wijze heeft gestaafd; dat hij trouwens, zoals voor de eerste rechter, zelfs na zijn eigen verzet, nooit voor het Hof is verschenen en geen conclusie heeft genomen;

dat appellant in die omstandigheden ongetwijfeld wist of minstens moest weten dat zijn hoger beroep geen kans van slagen had;

dat dan ook blijkt dat het aangewende rechtsmiddel, ingesteld op de laatste dag van de termijn van hoger beroep, er slechts op gericht was uitstel van veroordeling te verkrijgen;

Overwegende dat appellant ten aanzien van de toepassing van artikel 1072bis, tweede lid, Ger. W. geen verweer heeft voorgedragen;

dat het tergend en roekeloos hoofdberoep een misbruik van dit rechtsmiddel uitmaakt waardoor schade is berokkend aan de rechtsbedeling;

dat te dezen het opleggen van een geldboete verantwoord is;

dat deze geldboete, rekening houdend met voormelde schade, wordt vastgesteld op 75.000 fr.

...

NOOT – Zie eerder in dit nummer het artikel van Jean Laenens, nr. 15.

HOF VAN BEROEP TE GENT

1e KAMER – 4 NOVEMBER 1994

Voorzitter: de h. Mertens

Advocaten: mrs. Soete, Nelissen Grade, Debra en Vanhuysse

Burgerlijke rechtspleging – Behandeling en berechting op tegenspraak – Conclusie – Rechtsdag

Art. 747, § 2, Ger. W. kan niet worden aangewend om bij voorrang een rechtsdag te verkrijgen.

S. t/ Le D. e.a.

Gelet op het verzoekschrift, overeenkomstig het art. 747, § 2, Ger. W., neergelegd ter griffie door de derde geïntimeerde op 7 oktober 1994 en door de griffier ter kennis gebracht aan de overige partijen die daarop – binnen de door de wet gestelde termijn – geen opmerkingen hebben geformuleerd;

Op het verzoek kan niet worden ingegaan, bij gemis aan adequate redengeving daartoe; het verzoek voldoet aldus niet aan de vereisten gesteld in art. 747, § 2, eerste lid Ger. W., namelijk dat het regelen van conclusietermijnen en het bepalen van rechtsdag daarop volgend, verantwoord dienen te zijn door de omstandigheden van de zaak.

Niets belet de verzoekster toepassing te geven van art. 751, Ger. W., nu de appellante, de N.V. S., niet meer geconcludeerd heeft na en ingevolge de conclusies van de overige partijen, doch haar medewerking tot het bepalen van een rechtsdag, met toepassing van het art. 750 Ger. W. zou weigeren; dit, in tegenstelling tot alle andere partijen in dezen, die allen gevolg hebben gegeven aan het verzoek van de derde geïntimeerde om samen rechtsdag overeenkomstig art. 747, § 2, Ger. W. te benaarstigen; de weigering de fixatie te benaarstigen is niet te verantwoorden – procespartijen zijn elkaar medewerking en loyaliteit in de procesvoering verschuldigd –, behoudens indien de appellante (afgezien het tijdsverloop!) toch nog (weliswaar laattijdige) antwoordconclusies zou wensen te nemen...; deze reden is trouwens de enige valabe-

le, ter verantwoording van de weigering samen fixatie te benaarstigen.

Het voren gestelde geldt te meer, nu art. 751 Ger. W. toestaat een rechtsdag te bepalen waarop de zaak door de partijen kan worden gepleit.

Het Art. 747, § 2, Ger. W. kan trouwens niet worden aangewend om bij voorrang (met miskennis van de rechten van de procespartijen die een rechtsdag vorderden/bepaald kregen, overeenkomstig de artt. 750/751 Ger. W.) een rechtsdag te verkrijgen, op straffe art. 4 Ger. W. uit het oog te verliezen.

Daarbij dient vastgesteld te worden dat het zinloos is een onwillige procespartij (die reeds over vele maanden heeft beschikt om conclusies te nemen) een termijn (langer dan de wettelijk bepaalde) te verlenen om (hoe dan ook) binnen afzienbare tijd te concluderen en meteen – in dezelfde beslissing en inachtgenomen de rol – een rechtsdag te bepalen... voor vele maanden later, laat staan jaren later.

NOOT – Zie Laenens, J., «Art. 4 Ger. W. herontdekt», *N. Ger. R. w.*, 1993-5, 2, en «Kan de onwil van een procespartij leiden tot rechtsweigering?», *N. Ger. R.*, 1993-6, 11. Op te merken valt dat bij wet 23 maart 1995 (*B. S.*, 19 mei 1995) aan art. 750 Ger. W. een paragraaf 2 werd toegevoegd, waardoor het mogelijk wordt een rechtsdag aan te vragen zonder uitdrukkelijke overeenstemming daaromtrent van alle betrokken partijen.

J.L.

HOF VAN BEROEP TE GENT

14e KAMER – 22 NOVEMBER 1994

Voorzitter: de h. Top

Advocaten: mrs. Soete, en Tanghe

Handelszaak – Pand – Vereffening – Voorafgaand beslag – Bevoegdheid beslagrechter – Revindicatie – Volgrecht van de pandhouder

Voor de beslagrechter is in het raam van de procedure van de vereffening van het pand op de handelszaak geen taak weggelegd, behoudens voor revindicatievorderingen van derden die beweren eigenaar te zijn van een of meer van de in beslag genomen goederen. Als echter de vordering van de derde aan wie de handelszaak in haar geheel is overgedragen, strekt tot de niettegenwoordigbaarverklaring van het pandrecht, heeft ze niets van doen met de vordering tot onttrekking bedoeld in art. 1514 Ger. W.

N.V. B. t/ M. en P.

Het geschil betreft het pandbeslag dat appellante, met toepassing van artikel 11.I, Wet 25 oktober 1919, liet leggen bij akte van gerechtsdeurwaarder R. Lievens de dato 26 december 1989 op de bestanddelen van de handelszaak, zijnde de drankgelegenheden «B.S.», gelegen te O., haar in pand gegeven door tweede geïntimeerde bij overeenkomst de dato 19 maart 1986 en waarvoor een inschrijving werd genomen te Brugge, eerste Kantoor der Hypotheken op 7 april 1986.

Bij dagvaarding voor de eerste rechter de dato 10 januari 1990 vorderde de eerste geïntimeerde de opheffing van het

beslag en de veroordeling van appellante tot betaling van 25.000 frank schadevergoeding, aanvoerend dat hij te goeder trouw eigenaar geworden is van deze handelszaak, ingevolge een koopoptierecht toegestaan door tweede geïntimeerde bij overeenkomst de dato 6 november 1986 en waarvan hij gebruik heeft gemaakt bij aangetekend schrijven de dato 29 oktober 1987. Hij betwistte tevens de regelmatigheid van de beslagprocedure en inzonderheid de regelmatigheid van de inschrijving van het pand, wegens onjuiste vermelding van de geboortedatum van de pandgeefster (5.8.1945 in plaats van 5.8.1944), met het gevolg dat hem een negatief hypothecair getuigschrift werd afgeleverd op 26 november 1986.

Het bestreden vonnis doet geen uitspraak over de regelmatigheid van het beslag, maar oordeelt ten gronde dat de bedoelde inpandgeving aan eerste geïntimeerde niet kan worden tegengeworpen, indien niet op grond van artikel 4 (afwezigheid van inschrijving ten name van L. P., geboren op 5.8.1944), dan toch minstens op grond van artikel 5 (weglating of verkeerde vermelding van een der voorgeschreven formaliteiten wanneer daardoor schade wordt berokkend aan derden), nu niet voldoende is bewezen dat eerste geïntimeerde kennis had van de verkeerde inschrijving of met tweede geïntimeerde samenspan. Het vonnis beveelt diengevolge de opheffing van het beslag, doch wijst de schadeës af als ongegrond. Het verwijst appellante in de kosten.

Partijen twisten over het recht van appellante om over te gaan tot pandverzilvering, waarvan de eerste stap is het in beslag doen nemen van «al de elementen welke de in pand gegeven handelszaak vormen» (artikel 11, I, Wet 25 oktober 1919).

Hoewel dit stadium van de procedure kan worden gelijkgesteld met een bewarend beslag (A.P.R., BOUCKAERT, F., *Handelszaak*, 76, nr. 171; DE LEVAL, G. «La saisie mobilière», T.P.R., 1980, 316-317), dan is in elk geval de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel bevoegd om dit beslag om te zetten in uitvoerend beslag door de «gedane inbeslagnemingen» geldig te verklaren, zoals bepaald in artikel 11, IV, zelfde wet. Bij deze geldigverklaring onderzoekt de voorzitter niet alleen het bestaan en de eisbaarheid van de schuld, maar ook of het pand regelmatig was gevestigd, of het beslag wel degelijk op de handelszaak slaat en of het beslagexploot de elementen vermeldt die er deel van uitmaken en die de pandhouder zich voorneemt te gelde te maken, al kan de voorzitter hem toelating verlenen om de handelszaak hetzij in haar geheel, hetzij bij delen te verkopen (artikel 12, in fine, zelfde wet).

Deze bijzondere procedure, waarbij ook de pandgever betrokken wordt, aangezien hij, overeenkomstig artikel 4 van de Pandwet van 5 mei 1872, niet alleen betekening ontvangt van het verzoekschrift tot pandverzilvering met uitnodiging om, indien daartoe aanleiding bestaat, zijn opmerkingen aan de voorzitter te doen toekomen, maar ook daarna tegen de door de pandhouder verkregen beschikking verzet kan doen met dagvaarding voor de Rechtbank van Koophandel (artikel 5, zelfde Pachtwet), wijst er duidelijk op dat in deze materie geen taak voor de beslagrechter is weggelegd, behalve wellicht wanneer een derde beweert eigenaar te zijn van een of meer in beslag genomen roerende goederen en een vordering tot onttrekking instelt met toepassing van artikel 1514 Ger.W. (A.P.R., DIRIX EN BROECKX, *Beslag*, 34, nr. 51; DE LEVAL, G., *Traité*, 28, nr. 15, A).

In casu is het beslag op de handelszaak onmiddellijk aan-gevochten door eerste geïntimeerde, derde-verkrijger, die zich tot de beslagrechter heeft gewend om in feite te doen zeggen dat appellante tegen hem niets vermag te ondernemen en bovendien zeer laat heeft gereageerd met een naar de vorm onregelmatig beslag bij een derde, welk beslag daarenboven gelegd werd op goederen die hij inmiddels zelf heeft aangekocht of vernieuwd of nog in huur heeft ontvangen van derden. In zijn laatste conclusie de dato 16 maart 1994 voert hij ten slotte aan dat het beslag inmiddels is vervallen bij ontstentenis van hernieuwing binnen drie jaar, overeenkomstig artikel 1425 Ger.W.

In geval van vervreemding van de handelszaak in globo, zonder toestemming van de pandhouder, neemt men aan dat deze laatste over een volgrecht beschikt (KOKELENBERG, J., «Inpandgeving van handelszaak en andere voorrechten» in *Het zakenrecht, absoluut niet een rustig bezit*, Postun. cyclus W. DELVA 1991-92, (p. 133), 181-182, nr. 57); MERCHERS Y., e.a., «Overzicht Rechtspraak», T.P.R., 1992, (845), 867-868, nrs. 33-35), waardoor hij beslag kan leggen in handen van de derde (cessionaris) op dezelfde wijze als bepaald in artikel 11, I, Wet 25 oktober 1919. De verkoop wordt dan wel vervolgd tegen de debiteur, maar de derde wordt erbij betrokken ten einde de verkoop tegenwerpbaar te doen verklaren (VAN COMPERNOLLE, J., «Les sûretés réelles et droit belge», in *Les sûretés*, colloquium Brussel, Feduci, 1983, (4), 91). Het kan ook aangewezen zijn dat de pandhoudende schuldeiser vooraf tegen de derde-verkrijger een vordering instelt om de overdracht niet tegenwerpbaar te horen verklaren en dus te horen zeggen dat de handelszaak in het vermogen van de schuldenaar is gebleven. (VAN HEUVERSWYN Christine, «De bescherming van de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak», noot bij Gent, 30 maart 1988, T.G.R., 1988, (73), 76).

Ook eerste geïntimeerde als derde-verkrijger kan het initiatief nemen en de pandhoudende schuldeiser dagvaarden om voor recht te doen zeggen dat de inschrijving van het pand hem niet kan worden tegengeworpen, zodat de handelszaak hem rechtsgeldig is overgedragen. Een dergelijke vordering, met alle samenhangende betwistingen over de geldigheid of het verval van het beslag, en zelfs over de vraag of de handelszaak wel een autonoom en identificeerbaar geheel is gebleven, heeft evenwel niets te maken met een vordering tot onttrekking, als bedoeld in artikel 1514 Ger.W. Door de eigendomsaanspraken van eerste geïntimeerde gegrond te verklaren en het pandrecht van appellante als niet bestaande aan te merken heeft de eerste rechter uitspraak gedaan over de wederzijdse rechten van partijen ten gronde, waarvoor echter in de wet geen steun te vinden is.

NOOT – Enkele processuele knelpunten bij de uitwinning van het pand op de handelszaak

1. Drie in dit nummer opgenomen arresten bieden een goede gelegenheid om enkele procedureaspecten van de uitwinning van het pand op de handelszaak te onderzoeken.

De pandhouder beschikt over het recht van *parate executie* in die zin dat hij tot uitwinning van zijn pand kan overgaan zonder over een uitvoerbare titel te hoeven beschikken. Door de Wet Inpandgeving Handelszaak wordt voor de na te leven pleegvormen in hoofdzak verwezen naar de artikelen 4 e.v. Handelspachtwet. Artikel 11, I, Wet Inpandgeving

Handelszaak legt slechts bijkomend de verplichting op van een inmorastelling en van een *beslag* op de elementen van de in pand gegeven handelszaak (art. 11, I, Wet Inpandgeving Handelszaak).

Het vereiste van een voorafgaand beslag is begrijpelijk wegens het ontbreken van buitenbezitstelling. Door het beslag wordt aan de schuldenaar-pandgever de beschikkingsbevoegdheid ontnomen en wordt inzicht verschaft over de feitelijke omvang van het pand. Dit beslag wordt gelegd zonder rechterlijke machtiging en kan gelijktijdig met de inmorastelling gebeuren.

2. Over de wijze waarop het beslag door de pandhouder moet worden gelegd, bestaat geen eensgezindheid. De onzekerheid omtrent de juridische aard van de handelszaak eist ook hier haar tol. Volgens een gedeelte van de rechtsleer moet dit beslag worden gelegd volgens de aard van de diverse bestanddelen van de handelszaak (roerend beslag op de roerende activa, derdenbeslag op schuldvorderingen) (o.m. MOREAU-MARGRÈVE I., «Heurs et malheurs du gage sur fonds de commerce», *R.C.J.B.*, 1980, 158, nr. 27; DE LEVAL G., «Saisies et droit commercial», in *Les créanciers et le droit de la faillite*, 1983, 320).

De voorkeur verdient de opvatting dat het gaat om een beslag *sui generis* op de handelszaak in haar geheel (o.m. *A.P.R.*, tw. *Handelszaak*, 76, nr. 172; *A.P.R.*, tw. *Beslag*, 286, nr. 538; VAN GERVEN/STRANART, *Handels- en economisch recht*, 1, B, 695, nr. 729; VAN RYN & HEENEN, *Principes*, I, 398, nr. 436; VAN COMPERNOLLE, J., «Les sûretés réelles et droit belge», in *Les sûretés*, 1984, 89-90, nr. 46). Er valt namelijk moeilijk in te zien hoe het mogelijk is de handelszaak «in haar geheel te verkopen» indien men ze niet in haar geheel in beslag zou mogen nemen. Verder wordt hierdoor ook beter recht gedaan aan de algemeen aanvaarde opvatting dat in het raam van de inpandgeving – anders dan bij andere transacties – de handelszaak werkelijk als algemeenheid moet worden beschouwd. Ten slotte kan men zich afvragen welke specifieke vorm van beslag zinvol is voor bestanddelen zoals de handelsnaam of de cliënteel.

Andere schuldeisers kunnen daarentegen alleen maar beslag leggen op de specifieke bestanddelen van de handelszaak. Ten aanzien van hen geldt het beginsel van de ondeelbaarheid van de handelszaak niet (Rb. Brussel, 11 mei 1935, *Pas.*, 1935, III, 136; MORETUS PLANTIN R., *Bezitloos pandrecht*, 1970, 175, nr. 242; *R.P.D.B.*, tw. *Fonds de commerce*, nr. 163).

3. Door het beslag wordt de pandgever onbevoegd om nog over de handelszaak te beschikken ten nadele van de pandhouder. De pandgever moet voortaan beschouwd worden als een sekwester die de handelszaak onder zich houdt in het belang van de pandhouder (*A.P.R.*, tw. *Beslag*, 295, nr. 565; zie ook artt. 8 en 11, III).

Omvat het pand ook de *schuldvorderingen*, dan vallen deze eveneens onder het beslag. Een afzonderlijk derdenbeslag is niet nodig om de inbezitstelling te realiseren, zeker nu door het nieuwe art. 2075 B.W. een bezitloos pandrecht op schuldvorderingen is ingevoerd. De pandgever zal deze schuldvorderingen verder kunnen innen, zij het in zijn hoedanigheid van sekwester voor rekening van de pandhouder. Indien de pandhouder dergelijke betalingen (of andere beschikkingshandelingen ter zake van die schuldvorderingen) wenst te verhinderen, kan hij bijkomend derdenbeslag leggen in handen van de debiteuren van die schuldvorderingen. Ingevolge de nieuwe artikelen 1690 en 2075 B.W. is dit echter niet

noodzakelijk en kan worden volstaan met het zenden van een brief ter kennisgeving aan de debiteur van de schuldvordering.

4. De specifieke aard van de handelszaak in het raam van de inpandgeving staat eveneens voorop in het arrest van het Hof te Gent van 15 september 1994. Hierin wordt nader ingegaan op de wijze waarop de in *beslag* genomen bestanddelen van de handelszaak moeten worden omschreven. In het behandelde geval had de gerechtsdeurwaarder, wat de voorraden betreft, verwezen naar een inventaris opgesteld door de zaakvoerder van de pandgevende vennootschap dat aan het P.V. was gehecht. Twee wettelijke bepalingen regelen de ambtsverplichten van de gerechtsdeurwaarder daaromtrent. Luidens art. 1389, 4°, Ger.W. bevat het exploit op straffe van nietigheid «een korte beschrijving» van de in beslag genomen goederen. Voor het beslag op roerende goederen legt art. 1506 «een nauwkeurige en omstandige beschrijving» op van deze goederen.

Het Hof te Gent beslist terecht dat alleen dient te worden gelet op de algemene regel uit art. 1389, 4°, Ger.W. en dat het voorschrift uit artikel 1506 Ger.W. niet van toepassing is. Deze laatste bepaling betreft slechts het beslag op bepaalde roerende lichamelijke goederen en is niet bedoeld voor een algemeenheid als de handelszaak. De door de gerechtsdeurwaarder gevolgde werkwijze beantwoordt volgens het hof ten volle aan het voorschrift van artikel 1389, 4°, Ger.W. Men kan eraan toevoegen: ook aan artikel 1506 Ger.W. aangezien deze bepaling toch op een redelijke wijze moet worden opgevat.

5. Tot de verkoop kan dan eerst worden overgegaan nadat het beslag door de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel geldig is verklaard. Het bewarend beslag wordt als het ware omgezet in een uitvoerend beslag.

In het geannoteerde arrest wordt de regel bevestigd dat de beslagrechter niet bevoegd is om over de rechtsgeldigheid van dit beslag te oordelen. Wel wordt aangenomen dat hij bevoegd is om kennis te nemen van eventuele *revindicatievorderingen* van derden die beweren eigenaar te zijn van bepaalde van de in beslag genomen goederen (*A.P.R.*, tw. *Beslag*, 34, nr. 51; DE LEVAL G., *Traité*, 28, nr. 15, A).

In het hier besproken geval betrof het echter een overdracht van de handelszaak in haar geheel. De betwisting die dan rijst tussen de pandhouder en de derde-verkrijger kan, zo beslist het Hof te Gent, onmogelijk beschouwd worden als revindicatievordering. Het hof besluit derhalve tot de onbevoegdheid van de beslagrechter omdat de oplossing van dit geschil noodzakelijk raakt aan de materieelrechtelijke verhoudingen tussen partijen.

Zoals bekend beschikt de pandhouder over een volgrecht tegen de derde-verkrijger gedurende een termijn van zes maanden (art. 11, II). Is die bepaling klaarblijkelijk enkel geschreven voor de vervreemding van specifieke bestanddelen van de handelszaak, dan wordt algemeen aangenomen dat de pandhouder ook in het geval van een vervreemding van de handelszaak in haar geheel over zo'n *volgrecht* beschikt (zie hierover benevens de in het arrest geciteerde rechtsleer i.h.b. CUYPERS A., «Wet 25 oktober 1919», *Comm. Voorr. & Hyp.*, nr. 71, en de verwijzingen aldaar). De aard van dit volgrecht in geval van vervreemding van de handelszaak in haar geheel blijft onzeker. De grondslag is hoe dan ook te zoeken in de publiciteit die voor de tegenwerpbaarheid van dit bezitloos pandrecht is georganiseerd. De vergelijking met het

volgrecht van de hypothecaire schuldeiser tegen de derde-bezitter komt dan ook onwillekeurig in gedachten. Hoe dit ook zij, de betwisting tussen partijen betreft niet zozeer de vraag of de derde-verkrijger eigenaar is van de handelszaak, maar veeleer de uitoefeningsvoorwaarden van dit «volgrecht», nl. de geldigheid en de tegenwerpbaarheid van het pandrecht (o.m. de inschrijving) en de uitoefeningsvoorwaarden van het volgrecht (m.n. de voorwaarde dat de handelszaak nog identificeerbaar is). Het geannoteerde arrest moet dan ook worden goedgekeurd. Het sluit tevens aan bij de rechtspraak van het Hof van Cassatie die de bevoegdheid van de beslagrechter strikt heeft afgelijnd (bv. Cass., 3 juni 1994, *R.W.*, 1994-85, 880).

6. De voorzitter van de Rechtbank van Koophandel onderzoekt de regelmatigheid van de procedure (inmorastelling, beslag) en van de vestiging van het pand. De procedure wordt verder geregeld in de artikelen 4 e.v. Handelspandwet.

Het arrest van het Hof te Antwerpen van 2 augustus 1994 brengt de regel in herinnering dat aan de voorzitter hierbij niet de bevoegdheid toekomt om termijnen van *respijt* te verlenen. Het recht op parate executie is evenwel niet onverzoenbaar met het recht van de schuldenaar om gematigd uitsstel te bekomen (zie hierover DIRIX E., «Het boekenbeding en parate executie», *T.Not.*, 1994, 384). Voor het burgerlijk pand wordt dit recht vanouds aanvaard. Anders is het in handelszaken. Daar wordt algemeen aangenomen dat de voorzitter die bevoegdheid mist (VAN RYN & HEENEN, *Principes*, IV, 163, nr. 2581; FREDERICO, *Traité*, II, 662, nr. 436; *R.D.B.B.*, tw. *Nantissement*, nr. 244). De grondslag moet gezocht worden in de wet van 5 mei 1872 die in handelszaken een snelle en efficiënte procedure van pandverzilvering heeft willen organiseren en de mogelijkheden voor de schuldenaar tot chicanes drastisch heeft willen beperken.

Eric Dirix

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

1e KAMER – 22 FEBRUARI 1995

Voorzitter: de h. Spaas

Advocaten: mrs. Binnemans en Koninckx

Burgerlijke rechtspleging – Behandeling en berechting – Inleidende zitting – Conclusietermijn – Rechtsdag

Art. 747, § 2, Ger.W. kan niet worden toegepast op de inleidende zitting van het hof van beroep.

V. t/ N.V. N.

Gezien het eensluidend afschrift van het vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Hasselt van 17 oktober 1994, waartegen eensdeels bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van dit Hof op 9 januari 1995 (zaak 1995/AR/68) en anderdeels bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van dit Hof op 18 januari 1995 (zaak 1995/AR/194) hoger beroep is ingesteld;

Overwegende dat voornoemde zaken, met inbegrip van het gemeenschappelijk verzoek dat de gedingspartijen ter terechtzitting van de vijfde kamer van dit Hof op 7 februari

1995 hebben neergelegd, bij beschikking van de eerste Voorzitter op 7 februari 1995 aan de eerste kamer van dit Hof werden toebedeeld;

Overwegende dat de gedingspartijen op 7 februari 1995 ter zitting van de vijfde kamer van dit Hof voornoemd gemeenschappelijk verzoek hebben neergelegd ertoe strekkende in de zaak 1995/AR/68 toepassing te maken van art. 747 Ger.W.; dat de gedingspartijen op 17 februari 1995 ter griffie van dit Hof eveneens een zelfde gemeenschappelijk verzoek hebben neergelegd ertoe strekkende in de zaak 1995/AR/194 toepassing te maken van art. 747 Ger.W.;

Overwegende dat de gedingspartijen het voorwerp van hun verzoek als volgt omschrijven: «verweerder erkende stukken ontvangen te hebben en partijen verzoeken de termijnen om conclusies te nemen als volgt: – voor verweerder: 1 maand; – voor eiser: 1 maand ... partijen doen bij deze uitdrukkelijk afstand van de verzoekschriftprocedure geregeld in art. 747, § 2, en vragen dat onmiddellijk rechtsdag wordt bepaald en vragen toepassing van art. 46/4 Ger.Wetboek», het verzoek getekend zijnde door de raadslieden van partijen;

Overwegende dat, nu het verzoek werd neergelegd in een geschil dat ingeleid werd voor het hof van beroep, aangenomen mag worden dat de in het verzoekschrift genoemde partijen «verweerder» en «eiser» begrepen moeten worden als zijnde de gedaagde in hoger beroep en eiser in hoger beroep, en zulks in de zin van art. 1064 Ger.W.;

Overwegende dat de behandeling en de berechting van de voor de rechtbank/hof van beroep ingeleide vorderingen geschiedt overeenkomstig de ter zake toepasselijke wettelijke bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek;

Overwegende dat de partijen en hun raadslieden vrijelijk en autonoom binnen de perken van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek hun rechtszaken behartigen en in staat brengen om op een vast te stellen rechtsdag berecht te worden; dat het in staat stellen van een rechtszaak om gepleit te worden in beginsel aan de partijen en aan hun raadslieden wordt overgelaten, zonder de tussenkomst van de rechter;

Overwegende dat de gedingspartijen in beginsel gehouden zijn onderling hun behoorlijke medewerking te verlenen bij de behandeling van hun rechtszaak, en bij de berechting ervan voor de rechter;

Overwegende dat evenwel, wanneer bij de behandeling van de zaak zou blijken dat een gedingspartij (en/of meerdere gedingspartijen) zijn (hun) behoorlijke medewerking niet verleent (verlenen) bij het behandelen ervan en/of bij het berechten ervan, de meest gereede partij (partijen), die het slachtoffer hiervan is (zijn) of dreigt (dreigen) ervan te worden, o.m. de rechter kan (kunnen) verzoeken op te treden om afdwingbare termijnen te bepalen, waarbinnen de gedingspartijen moeten concluderen, en om een datum te bepalen waarop de zaak berecht zal worden;

Overwegende dat art. 747, § 2, Ger.W. de tussenkomst van de rechter in een dergelijke aangelegenheid regelt;

Overwegende dat uit het voorgaande dan ook volgt dat, om de rechtspleging van art. 747, § 2, Ger.W. te kunnen toepassen, vereist is dat de partij (partijen) die beweert (beweren) het slachtoffer te zijn en/of dreigt (dreigen) te worden van de onwil van zijn (hun) wederpartij(en) bij het behandelen van zijn (hun) rechtszaak en bij het laten berechten ervan, zich bij verzoekschrift tot de bevoegde rechter zou (den) wenden en de omstandigheden van de zaak zou (den) aange-

ven die de regeling van de conclusietermijnen en het verlenen van rechtsdag verantwoorden;

Overwegende dat het gemeenschappelijk verzoek, dat door de raadslieden van de partijen op 7 februari 1995 ter terechtzitting van de vijfde kamer van dit Hof werd neergelegd, niet aanduidt welke de omstandigheden van de zaak zijn, die de tussenkomst van de rechter verantwoorden om bindende en afdwingbare termijnen om conclusies te nemen aan de partijen op te leggen, en meteen een afdwingbare rechtsdag vast te stellen waarop de zaak berecht zal worden;

Overwegende dat de omstandigheid dat de termijnen om conclusies te nemen zoals geregeld in art. 1064 Ger.W. slechts ingaan na het inleiden van de zaak, en dat partijen, zonder het afwachten van de afloop van deze wettelijke termijnen, bij gemeenschappelijk verzoek – neergelegd op de inleidingszitting van de zaak – de vijfde kamer van dit Hof willen adiëren met een verzoek om, met toepassing van art. 747 Ger.W., termijnen om conclusies te nemen bindend en afdwingbaar voor partijen te bepalen en om meteen afdwingbaar rechtsdag voor het berechten van de zaak te fixeren, bijzonder bevreemdend voorkomt;

Overwegende dat met betrekking tot de gevraagde toepassing van art. 747 Ger.W. niet wordt ingezien dat de zetel van een rechtbank en/of van een hof van beroep bevoegd zou zijn om een beschikking te nemen inzake het afdwingbaar bepalen van termijnen om conclusies te nemen en het bepalen van de rechtsdag, terwijl art. 747 Ger.W. deze bevoegdheid aan de voorzitter of aan de, door hem aan te wijzen rechter heeft toegekend;

Overwegende dat de voorzitter van deze kamer, waarnaar de eerste voorzitter de zaak voornoemd verwees, en die eveneens bij beschikking van de eerste voorzitter van dit Hof van 13 juni 1994 aangewezen werd als rechter bevoegd om beschikkingen te nemen overeenkomstig art. 747 Ger.W., beslist dat bij materiële vergissing het gemeenschappelijk verzoek van de raadslieden van de partijen neergelegd werd ter terechtzitting van 7 februari 1995 van de vijfde kamer van dit Hof; dat dit verzoek, gebaseerd op de toepassing van art. 747 Ger.W., in wezen geadresseerd had moeten zijn aan de eerste voorzitter van dit Hof, en/of aan de voorzitter/raadsheer, door de eerste voorzitter aangewezen om beschikkingen te nemen inzake verzoeken gebaseerd op de toepassing van art. 747 Ger.W.;

Overwegende dat naar de inhoud van het neergelegde verzoek tot toepassing van art. 747 Ger.W. mag worden afgeleid dat reeds vanaf het inleiden van de zaak voor het hof van beroep er tussen de raadslieden van de gedingpartijen overeenstemming heeft bestaan om de zaak te behandelen en conclusies te nemen binnen de termijnen die van de wet zijn; dat alleszins geen uitgesproken onwil blijkt te bestaan bij de ene of de andere raadsman en/of partijen om zo spoedig mogelijk de zaak te behandelen en conclusies te nemen; dat daarenboven geen enkele omstandigheid wordt aangeduid die de tussenkomst van de rechter vereist om aan partijen en hun raadslieden dwingend termijnen op te leggen om hun conclusies te nemen en om een rechtsdag voor het berechten van de zaak te bepalen;

Overwegende dat om die reden het gemeenschappelijk verzoek van de raadslieden van de partijen niet kan worden ingewilligd;

Overwegende dat de partijen en hun raadslieden daarenboven ook erop dienen te worden gewezen dat het verzoek

naar inhoud tegenstrijdig en incoherent is; dat immers in de aanhef van het verzoek toepassing wordt gevraagd van art. 747 Ger. W., terwijl dat in de omschrijving van het voorwerp van het verzoek «partijen uitdrukkelijk afstand doen van de verzoekschriftprocedure voorzien in art. 747, § 2»;

Overwegende dat aan iedere gedingpartij het essentieel en fundamenteel recht toekomt om zijn geschil binnen een redelijke termijn berecht te zien; dat om de afdwingbaarheid van dat recht beter te verzekeren en de wetgever bij de wet van 3 augustus 1992 een daartoe geëigende rechtspleging bij verzoekschrift heeft geregeld, zoals bepaald bij art. 30, zijnde het nieuwe art. 747 Ger.W.; dat, wanneer de omstandigheden van de zaak zulks verantwoorden, d.w.z. wanneer een wederpartij geen behoorlijke medewerking verleent bij de behandeling van de zaak, zoals zulks door het Ger.W. is voorgeschreven, o.m. wanneer een wederpartij onverantwoord geen conclusie binnen de wettelijk vastgestelde termijnen neemt, en/of wanneer de wederpartij onverantwoord zijn instemming weigert en/of onverantwoord zijn schriftelijk akkoord niet betuigt om een rechtsdag aan te vragen, de rechter, hiertoe regelmatig aangezocht, afdwingbare termijnen kan opleggen om conclusies te nemen, en/of een rechtsdag bepalen;

Overwegende dat de door de raadslieden van de gedingpartijen gedane uitdrukkelijke afstand van de verzoekschriftprocedure van art. 747, § 2, Ger. W., dat aan de gedingpartijen de afdwingbaarheid verzekert van het recht om hun geschil binnen een redelijke termijn beslecht te zien, in wezen het mandaat «ad litem» van een advocaat overschrijdt, en deze afstand overeenkomstig art. 824 Ger.W. door de partij zelf diende te worden getekend of door de advocaat, mits deze laatste door de partij, die hij vertegenwoordigt, bij bijzondere volmacht hiertoe gemachtigd werd; dat deze afstand daarenboven, na betekening ervan, door de tegenpartij aangenomen diende te worden;

Overwegende dat de uitdrukkelijke afstand van de verzoekschriftprocedure, enkel door de advocaten getekend en waarvan niet blijkt dat zij aangenomen werd door de tegenpartij, ongeldig werd verricht, en dientengevolge geen rekening ermee gehouden wordt.

...

NOOT-Kalenderregeling op de inleidende zitting

1. De Limburgse rechtspractici hebben van meetaf aan geselecteerd voor een proceseconomische toepassing van art. 747, § 2, Ger.W. Ze kozen voor een oplossing die tijd- en kostenbesparend is voor al wie erbij betrokken is: de partijen en hun advocaten, de rechters en hun griffiers.

2. Het Limburgse «Formulier voor de toepassing van de wijzigingen van het Gerechtelijk Wetboek (wet 3 augustus 1992)» luidt, wat art. 747 Ger.W., betreft als volgt: «Verweerder erkent de stukken ontvangen te hebben en partijen verzoeken de termijnen om conclusies te nemen als volgt: – voor verweerder 1: ...; – voor verweerder 2: ...; voor eiser: ...; partijen doen bij deze uitdrukkelijk afstand van de verzoekschriftprocedure voorzien in art. 747, § 2, en vragen dat onmiddellijk rechtsdag wordt bepaald en vragen toepassing van art. 46/4 Ger.W.» (zie dit formulier in *N.Ger.R.*, 1993-2, 13).

3. Aldus kan de geadieerde rechter reeds op de inleidende zitting, op verzoek van en in overleg met de partijen, een bindende conclusietermijnregeling uitwerken en meteen ook een rechtsdag fixeren. Deze soepele oplossing, die zonder

omslachtige formaliteiten tot stand kan komen, wordt nu reeds probleemloos door bepaalde kamers van het Hof van Beroep te Brussel gevolgd (Brussel, 23 februari 1994, *A.J.T.*, 1994-95, 40, noot Deconinck, B.; Brussel, 23 juni 1994, *J.L.M.B.*, 1994, 1065).

4. De doctrine is het erover eens dat de eisende partij in haar akte van rechtsingang het verzoek kan doen de conclusietermijnen en de rechtsdag overeenkomstig art. 747, § 2, Ger.W. te bepalen en op grond van art. 51 Ger.W. alle termijnen vermeld in art. 747, § 2, Ger.W. te verkorten (Closset-Marchal, G., «Six mois d'application du nouvel article 747, § 2, du Code judiciaire», *T.B.B.R.*, 1993, (421), 422, nr. 5; De Leval, G., «La mise en état de la cause», in *Le nouveau droit judiciaire privé*, C. (red.), Larcier, Brussel, 1994, (59), 83, nr. 12; De Leval, G., «Un nouveau moyen pour vaincre l'inertie d'une partie litigante», *J.L.M.B.*, 1995, (971), 973; Gutt, O., «La mise en état d'une cause face à un plaideur récalcitrant», *J.T.*, (380), 383; Laenens, J., «Is art. 747, § 2, Ger.W. toepasselijk voor de beslagrechter?», *N.Ger.R.*, 1993-5, (2), 4; Laenens, J., «De vrederechter in de kou?», *TVred.*, 1993, 177, nr. 11; Laenens, J. en Broeckx, K., *Het gerechtelijk recht in een stroomversnelling*, Maklu, Antwerpen, 1994, 59, vn. 331; Taelman, P., «Kan art. 747, § 2, Ger.W. toepassing vinden in de rechtspleging voor de beslagrechter?», *P. & B.*, 1993, (178), 180).

5. Art. 747, § 2, Ger.W. laat toe dat de partijen *gezamenlijk* een dergelijk verzoek formuleren («op verzoek van ten minste een van de partijen»). Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat het slechts een «informeel» verzoek betreft (*Gedr.St.*, *Senaat*, 1991-92, 301/2, 67) dat te allen tijde (d.i. zelfs vóór het verstrijken van de termijnen waarin art. 747, § 1, voorziet) gedaan kan worden (*Gedr.St.*, *Senaat*, 1991-92, nr. 301/2, 66). Ingevolge de Wet 23 maart 1995 (*B.S.*, 19 mei 1995) hoeft het verzoek zelfs niet meer gemotiveerd te worden (Raes, S., «Wet van 23 maart 1995 tot wijziging van de artikels 747, 748 en 750 Ger.W.», *P. & B.*, 1995, 101).

6. Uit het voorgaande volgt dat de geannoteerde beschikking, die weliswaar gegeven werd vóór de wetswijziging, geen navolging verdient. Zij beperkt bovendien ten onrechte het mandaat *ad litem* van de advocaten. Dit mandaat houdt alle handelingen in om een rechtsgeding tot een goed einde te brengen (Stevens, J., *Comm.Ger.*, art. 440, (1993), nr. 8). Stellen dat het verzoek in kwestie daarenboven nog een uitdrukkelijke afstand van geding is, komt volkomen onbegrijpelijk over.

Jean Laenens

ARBEIDSRECHTBANK TE TONGEREN

23 NOVEMBER 1994

Voorzitter: de h. Verschuieren

Rechters in sociale zaken: de hh. Liebens en Vandecruys

Advocaat: mr. van Eeckhoutte

Ondernemingsraad en veiligheidscomité – Personeelsafgevaardigde – Ontslag – Dringende reden – Bepaalde feiten – Procedure – Hangend geding – Nieuwe feiten – Tweede procedure – Inleiding – Toelaatbaarheid – Beslissing

De omstandigheid dat de werkgever t.a.v. een beschermde werknemer, wegens bepaalde feiten, de bijzondere procedure tot ontslag wegens een erkende dringende reden heeft ingesteld, staat er niet aan in de weg dat hij, hangende het geding, nog een dergelijke procedure inleidt op grond van andere feiten waarvan hij pas later kennis heeft gekregen en die op zichzelf een dringende reden uitmaken.

Te dezen erkent de rechtbank de latere feiten als een dringende reden, ook al is de eerste procedure nog hangende.

N.V. B. t/ O. en Centrale A.C.V.-Metaal

Gelet op de voorafgaande procedure, inzonderheid:

– het verzoekschrift van 16 september 1994, aangetekend verstuurd aan de griffie dezer rechtbank, conform artikel 4, § 2, W. 19 maart 1991 (...)

– de beschikking van de voorzitter dezer rechtbank van 27 september 1994, waarbij verklaard wordt dat alle partijen, afzonderlijk en in persoon verschijnend, werden ingelicht over de draagwijdte van de te volgen procedure, bepaald in de wet van 19 maart 1991, en dat de partijen worden opgeroepen om te verschijnen op 4 oktober 1994 te 14 uur met het oog op verzoening;

– de beschikking van de voorzitter dezer rechtbank van 4 oktober 1994 waarbij aan de partijen akte wordt verleend dat zij zich niet verzoenen, en voor recht wordt gezegd dat de arbeidsovereenkomst tussen aanlegger en eerste verweerder tijdens de duur van de gerechtelijke procedure geschorst wordt;

– de inleidende dagvaarding, als in kort geding, van 7 oktober 1994, die ertoe strekt als werkgever de ernst te horen erkennen van de feiten ingeroepen tegen eerste verweerder, werknemer, als dringende redenen voor het ontslag en die elke professionele samenwerking definitief onmogelijk maken;

– de beschikking van de voorzitter van de Arbeidsrechtbank, zitting houdend als in kort geding, in raadkamer uitgesproken op 11 oktober 1994, waarbij de mislukking van de verzoeningspoging tussen partijen wordt vastgesteld en de zaak wordt verwezen naar de tweede kamer van deze rechtbank voor de zitting van 26 oktober 1994, zitting waarop de zaak tot pleiten werd gesteld op de zitting van 16 november 1994;

...

I. Ontvankelijkheid

A. Eerste verweerder werpt de onontvankelijkheid op van het verzoekschrift van 16 september 1994, houdende verzoek tot erkenning van een dringende reden (bedrog educatief verlof), op grond van het feit dat aanlegger op 26 augustus 1994 reeds een verzoekschrift tot erkenning van een dringende reden (vechtpartij in het bedrijf) heeft ingediend en tot dagvaarding overging.

...

De rechtbank kan de voorgaande argumentatie van eerste verweerder niet bijvallen.

1. Door tweemaal het voornemen te uiten om de beschermde werknemer te ontslaan, wordt geenszins tekortgedaan aan het begrip «ontslag om dringende reden» van artikel 35 WAO.

De Bijzondere Ontslagregelingswet van 19 maart 1991 heeft het begrip «dringende reden» in het kader van de pro-

cedure van voorafgaande erkenning aangepast: dringende redenen zijn feiten die elke professionele samenwerking definitief onmogelijk maken vanaf het ogenblik waarop zij door de arbeidsgerechten als juist en voldoende zwaarwegend beoordeeld worden.

In vergelijking met de definitie van artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet is «onmiddellijke» onmogelijkheid van professionele samenwerking niet meer vereist. De samenwerking wordt pas onmogelijk nadat het arbeidsrecht de redenen als dringend heeft erkend (art. 4, § 3, W. 19 maart 1991).

Derhalve, zolang er geen einduitspraak van de arbeidsgerechten is, blijft de arbeidsovereenkomst bestaan en kunnen feiten die achteraf zijn vastgesteld of die werden vernomen tijdens de onderhandelingsperiode, wanneer deze nieuwe feiten voldoende zwaar zijn om een ontslag wegens dringende redenen te rechtvaardigen, ingeroepen worden. In dat geval kan de werkgever voorzichtigheidshalve een nieuwe procedure starten (P. Smedts, «Drie jaar toepassing van de Bijzondere Ontslagregelingwet van 19 maart 1991. Deel I. Ontslag wegens dringende redenen», *Oriëntatie*, 4 april 1994, blz. 92).

Een arbeidsovereenkomst kan, ook al is zij geschorst, immers te allen tijde worden beëindigd, ook wegens een dringende reden, indien de voorwaarden daartoe vervuld zijn. Het feit dat tegen een beschermde werknemer een procedure werd ingeleid om van de rechtbank toelating te krijgen om hem wegens een dringende reden te ontslaan, kan dan ook geen beletsel zijn om, hangende die procedure, een nieuwe procedure in te leiden tot voorafgaande erkenning van *een andere dringende reden*, waarvan de werkgever intussen kennis kreeg.

De voorschriften van artikel 4, § 1, en artikel 7 van de wet van 19 maart 1991 sluiten het voorgaande zeker niet uit.

Artikel 4, § 1, W. 19 maart 1991 bepaalt dat de werkgever, die het voornemen heeft een beschermde werknemer «om een welbepaalde dringende reden te ontslaan», hem en de organisatie, die hem heeft voorgedragen bij een ter post aangezekende brief moet inlichten «van het feit dat het ontslag zou rechtvaardigen». In het verdere verloop van de procedure bepalen de vermeldingen van die aangezekende brief het voorwerp van het geschil: «De ingeroepen feiten mogen niet verschillen van die, welke met toepassing van artikel 4, § 1, ter kennis werden gebracht» (art. 7, W. 19 maart 1991).

De bedoeling van een en ander is duidelijk: zoals bij het ontslag van een niet-beschermde werknemer, wil de wetgever vermijden dat na de termijn van drie werkdagen (respectievelijk na het ontslag, voor niet-beschermde werknemers, en na de kennisneming van de feiten, voor beschermde werknemers) nog feiten worden betrokken in de beoordeling van de rechtbank. Anders zou de regel dat als dringende redenen alleen feiten in aanmerking komen die binnen de kortste tijd (drie werkdagen) worden ingeroepen, dode letter blijven.

Helemaal anders is evenwel de situatie waarin, vooraleer het tot een effectief ontslag wegens dringende reden is gekomen, *nieuwe feiten* aan het licht komen die *op zichzelf* een ontslag wegens een dringende reden verantwoorden. Uiteraard kunnen dergelijke nieuwe feiten niet worden ingeroepen in een voordien al gestarte procedure tot voorafgaande erkenning van andere feiten als dringende redenen: art. 7 van de wet verzet zich daar expliciet tegen. Maar niets belet dat een nieuwe afzonderlijke procedure wordt gestart om die nieuw

aan het licht gekomen feiten als dringende reden vooraf te doen erkennen.

Zulks volgt trouwens duidelijk uit de tekst van artikel 7 van de wet. Terwijl de Nederlandse tekst misschien enigszins dubbelzinnig bepaalt dat «tijdens de procedure (...) geen enkele andere reden aan het arbeidsrecht (mag) worden voorgelegd», kan er blijkens de Franse versie van dezelfde tekst geen twijfel over bestaan dat de wetgever hiermee wel degelijk de voorlegging in *dezelfde* procedure verbiedt: «Aucun autre motif ne pourra, dans la suite de la procédure, être soumis à la juridiction du travail.»

Er anders over oordelen zou overigens tot volstrekt absurde situaties kunnen leiden. Indien bijvoorbeeld een werkgever die een procedure tot voorafgaande erkenning van een dringende reden tot ontslag van een beschermde werknemer heeft ingeleid, in de loop van die procedure ontdekt dat een werknemer hem besteeft, zou hij – in de zienswijze van eerste verweerder – in de volstreekte onmogelijkheid verkeren daartegen iets te doen: wegens de eerste procedure zou hij geen nieuwe procedure kunnen inleiden, terwijl hij na afloop van de eerste procedure evenmin nog nuttige stappen zou kunnen zetten, omdat inmiddels de termijn van drie werkdagen na de kennisneming van de nieuwe feiten al lang verstreken is. Dat de werkgever in een dergelijke situatie gedwongen zou zijn de beschermde werknemer in dienst te houden of hem de beschermingsvergoeding te betalen, zou een absolute onrechtvaardigheid zijn, die zeker niet door de wetgever is gewild.

De argumentatie van eerste verweerder, dat een werkgever zich maar ervoor dient te hoeden lichtzinnig te ontslaan, is niet dienend, nu de wet geen opsomming geeft van de dringende redenen maar uiteindelijk de rechtbank hieromtrent het laatste woord geeft.

2. Het handhaven van de eerste procedure is, in tegenstelling met wat eerste verweerder beweert, geenszins in contradictie met artikel 35 AOW.

Immers, ten aanzien van beschermde werknemers vormen een dringende reden de feiten die «elke professionele samenwerking onmogelijk maken vanaf het ogenblik waarop zij door de arbeidsgerechten als juist en voldoende zwaarwichtig... beoordeeld worden» (art. 4, § 3, W. 19 maart 1991).

Onder meer, rekening houdend met mogelijke onderzoeksmaatregelen, staat het helemaal niet vast welke van beide procedures, die door aanlegger werden ingeleid, het eerst haar beslag zal krijgen.

Gelet op de beschikking van de voorzitter van de Arbeidsrechtbank te Tongeren van 25 september 1994, waarbij de eerste procedure werd geschorst op grond van het adagium «Le pénal tient le civil en état», is het zelfs waarschijnlijk dat de tweede procedure het eerst zal worden afgewerkt.

3. Het is onjuist dat de vordering van aanlegger die het voorwerp uitmaakt van deze procedure, «zonder voorwerp en derhalve onontvankelijk» zou zijn, omdat de arbeidsovereenkomst van eerste verweerder al geschorst werd in het kader van een andere procedure tot voorafgaande erkenning van een dringende reden tot zijn ontslag.

Het voorwerp van de vordering die aanlegger instelde in de eerder ingeleide procedure, is de voorafgaande aanneming van een dringende reden tot ontslag (art. 2, § 1, eerste lid, W. 19 maart 1991).

De eventuele schorsing van de arbeidsovereenkomst van de betrokken werknemer is een voorlopige maatregel die in

het kader van die procedure, eventueel *zelfs ambtshalve*, door de voorzitter wordt uitgesproken (art. 5, § 3, derde lid, W. 19 maart 1991).

Het is dan ook evident dat een dergelijke schorsingsmaatregel volstrekt geen beletsel is om, hangende de schorsing van de arbeidsovereenkomst, een nieuwe vordering in te leiden strekkende tot erkenning van een nieuwe dringende reden tot ontslag.

4. Met betrekking tot de door eerste verweerder ingeroepen laattijdigheid van de ingeroepen dringende reden (= binnen drie dagen na kennisname) merkt de rechtbank op:

...

Op grond van al het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat er van laattijdigheid of enig opgezet spel van aanlegger geen sprake is. Aanlegger bewijst dat hij slechts op 13 september 1994 kennis kreeg van het nieuwe feit dat volgens hem een dringende reden uitmaakt. Het aangeboden getuigenverhoor in dit verband is niet nodig.

Nu aanlegger op 16 september 1994 een verzoekschrift indient, blijft hij binnen de termijn van drie dagen na kennisneming en is dit verzoekschrift derhalve tijdig.

5. Ten slotte gaat de bewering dat aanlegger door de afgifte van het formulier-C4 op 19 september 1994 een definitief einde heeft gemaakt aan de arbeidsovereenkomst, geenszins op.

Uit de achterzijde van het C4 blijkt immers duidelijk dat van een effectieve beëindiging geen sprake was. Op dit C4 staat inderdaad expliciet vermeld: «Er werd geen verbrekingsvergoeding betaald en de tewerkstelling is geschorst sedert 19 september 1994 (...) Juiste oorzaak van de werkloosheid: Beschikking van 12 september 1994 door de voorzitter van de Arbeidsrechtbank te Tongeren: schorsing arbeidsovereenkomst van beschermde werknemer.»

Het enige wat aanlegger verweten kan worden, is dat hij een verkeerd formulier gebruikt heeft. Hij had een C3.2-formulier dienen af te geven. Het feit dat hij een formulier C4 afgegeven heeft, kan echter niet gelijkgesteld worden met een definitieve beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

De vordering is ontvankelijk.

II. De dringende reden

Op 15 september 1994 schrijft aanlegger de volgende aangetekende brief aan eerste verweerder: «Bij aangetekende brief van 26 augustus 1994 lichtten wij u in over ons voornemen u om dringende reden te ontslaan. Op 5 en 12 september 1994 verschenen we als voorbereiding op de ontslagprocedure voor de voorzitter van de Arbeidsrechtbank te Tongeren. De ontslagprocedure zelf werd inmiddels definitief aanhangig gemaakt door de betekening van de dagvaarding voor de zitting van de voorzitter van de Arbeidsrechtbank te Tongeren op dinsdag 20 september 1994. – Op 13 september 1994 is echter nog een andere ernstige tekortkoming aan het licht gekomen, die elke professionele samenwerking tussen ons onmogelijk maakt. – Reeds op 17 augustus 1994 werd u een eerste maal door onze verantwoordelijke voor de personeelsadministratie aangemaand om uw getuigschriften voor te leggen inzake regelmatige aanwezigheid in het kader van het betaald educatief verlof gedurende het tweede en het derde trimester van het schooljaar 1993-1994(...)»

In concreto komt uit deze brief naar voren dat aanlegger eerste verweerder verwijt «bedrog te hebben gepleegd bij het opnemen van betaald educatief verlof».

De rechtbank is van oordeel dat zulk een feit, indien het door de werkgever bewezen wordt, tevens rekening houdend met de voorafgaande formele aanmaning van 21 februari 1994 aan de werknemer dat geen enkele tekortkoming meer wordt geduld, op zichzelf volstaat om een ontslag wegens dringende reden te verantwoorden.

Immers, een werknemer, die de opleiding in het kader van betaald educatief verlof feitelijk stopzet, maar ten opzichte van zijn werkgever voorwendt de opleiding nog altijd te volgen en met doorbetaling van loon 20 dagen lang onwettig afwezig blijft van het werk, maakt elke professionele samenwerking onmiddellijk en definitief onmogelijk.

...

De rechtbank is van oordeel dat de werknemer, die gedurende een aantal uren of dagen, waar geen werkelijke aanwezigheid tijdens de lesuren tegenover staat, afwezig is en die op geen enkel ogenblik de werkgever gemeld heeft dat hij na een bepaalde datum niet meer effectief lessen heeft gevolgd, maar integendeel na die datum nog 20 dagen educatief verlof heeft genomen alsof hij verder opleiding volgde, zich schuldig maakt aan misbruik van het systeem en aan een ernstige vorm van bedrog.

Gelet al het voorgaande komt de rechtbank tot het besluit dat het door aanlegger ingeroepen bedrog bij educatief verlof van eerste verweerder bewezen is, en dat dit feit een dringende reden uitmaakt, die elke professionele samenwerking definitief onmogelijk maakt. Tevens is zij van oordeel dat, nu er een dringende reden aanwezig is, de discussie over vroegere door aanlegger ingeroepen tekortkomingen ten laste van eerste verweerder, die bovendien het voorwerp uitmaken van de eerdere door aanlegger ingestelde procedure, overbodig en louter academisch is. De rechtbank gaat hierop dan ook niet verder in.

VREDEGERECHT TE ROESELARE

2 DECEMBER 1993

Rechter: de h. Nolf

Advocaat: mr. Van Eeckenrode

Burgerlijke rechtspleging – Summiere rechtspleging – Verzekeringscontract – Territoriale bevoegdheid – Ambtshalve toetsing – Onbevoegdheid – Gevolgen

Het vermoeden van art. 630, derde lid, Ger.W. is niet van toepassing bij de summiere rechtspleging tot betaling van een geldsom daar deze geen procedure bij verstek is. Niettemin moet de rechter, als het gaat – zoals te dezen – om een geschil over een verzekeringscontract, zijn territoriale bevoegdheid ambtshalve nagaan.

Het is echter niet zinvol binnen het kader van de summiere rechtspleging toepassing te maken van de verwijzing van de zaak naar de arrondissementsrechtbank.

Daar in de voorafgaande aanmaning een onbevoegde rechter is vermeld, is het verzoekschrift nietig.

N.V. Z. t/ D.

Gezien het voorgaand verzoekschrift (...) dat ertoe strekt om met toepassing van de summiere rechtspleging om beta-

ling te bevelen, veroordeling te verkrijgen van (...) tot betaling van (verzekeringspremies).

Wij stellen vast dat verweerder woonachtig is te Oostduinkerke, en aldus onder territoriale bevoegdheid van de heer vrederechter over het kanton Nieuwpoort ressorteert.

De territoriale bevoegdheid, gelet op de aard der vordering, welke een verzekeringscontract betreft, wordt geregeld door art. 628, 10°, Ger.W.

Het voorschrift van voormeld artikel – in afwijking van hetgeen de regel is inzake de territoriale bevoegdheid – is van dwingend recht: indien partijen er na het ontstaan van het geschil vooralsnog van kunnen afwijken, wordt de niet verschijnende partij verondersteld de bevoegdheid van de geadieerde gevatte rechter af te wijzen (art. 630, derde lid, Ger.W.)

De summie rechtspleging betreft echter geen procedure bij verstek (Storme, *Procesrecht vandaag*, p. 354, sub 13).

Gewezen kan worden op de volgende eigenheden:

a. het verzoekschrift wordt voorafgegaan door een aanmaning tot betaling, welke ook de rechter vermeldt voor wie, bij niet-betaling door de schuldenaar, de vordering zal aanhangig worden gemaakt (art. 1339, derde lid, Ger.W.);

b. iedere eventuele mededeling van de schuldenaar, aan de verzoeker geformuleerd, wordt door deze laatste gevoegd bij het dossier van de rechtspleging (art. 1341, eerste lid, Ger.W.);

c. art. 1343, § 1, Ger.W. bepaalt dat de beschikking, waarbij de rechter het verzoek geheel of gedeeltelijk inwilligt (enkel) de gevolgen van een verstekvonnis heeft.

Bijgevolg achten wij het vermoeden van art. 630, derde lid, Ger.W. in dezen inderdaad niet van toepassing.

Zulks neemt niet weg dat wij, gelet op de dwingende bepalingen inzake de territoriale bevoegdheid, volgens de litigieuze materie, onze territoriale bevoegdheid ambtshalve dienen na te gaan, zelfs bij ontstentenis van het bij art. 630, derde lid, Ger.W. ingestelde vermoeden (Cass., 13 juni 1985, *Arr.Cass.*, 1984-85, 1423).

Wanneer wij, zoals in casu, ambtshalve menen het middel te moeten aanvoeren dat uit onze onbevoegdheid voortkomt, binnen het kader van deze summie rechtspleging, komt het echter niet aangewezen voor, ook toepassing te maken van art. 640 Ger.W., waarbij de verwijzing der zaak naar de arrondissementsrechtbank wordt geregeld:

a. in het algemeen schijnt een dergelijke verwijzing fundamenteel in strijd met de ratio legis van deze als eenvoudig en snel bedoelde procedure (Storme, *ibidem*);

b. een en ander zou het de vrederechter, naar wie de zaak hetzij verwezen, hetzij teruggewezen wordt, onmogelijk maken een (al dan niet geheel) inwilligende, hetzij afwijzende beschikking te verlenen binnen de termijn van vijftien dagen na de indiening van het verzoekschrift, bepaald door art. 1342 Ger.W.;

c. indien – steeds binnen het kader der hypothese van een verwijzing overeenkomstig art. 640 Ger.W. – de arrondissementsrechtbank zou beslissen in te gaan op de exceptie, en de zaak te verwijzen, zou de aldan geadieerde vrederechter noodzakelijkerwijze dienen vast te stellen dat de oorspronkelijke aanmaning, overeenkomstig art. 1139 Ger.W. aan de schuldenaar gestuurd, niet de rechter vermeldt, die van de betreffende vordering kennis zal blijken te nemen, waarop dan nietigheid als sanctie staat.

Zo al inderdaad niet betwist kan worden dat art. 640 Ger.W. in principe ook toepasselijk is op *procedures op eenzijdig verzoekschrift* (Fettweis, *Manuel*, p. 343, noot 2), kan de vaststelling niet ontgaan worden dat de procedure geregeld door de artt. 1338 e.v. van het Gerechtelijk Wetboek, aldus een geëigende rechtspleging betreft, welke afwijkt van de voorzieningen van de artt. 1025 tot 1034 Ger.W., en welke zich inderdaad beperkt tot summie procedure «van postbus tot postbus» (Storme, *ibidem*, nr. 14), welke impliceert dat enkel de vrederechter, aangewezen in de aanmaning overeenkomstig art. 1339, derde lid, Ger.W., ook geadieerd kan gevat worden door de vordering – hetgeen iedere notie van rechtstreekse of onrechtstreekse verwijzing uitsluit.

Wij moeten er ons bijgevolg in casu toe beperken vast te stellen dat, waar onze zetel aangewezen werd in de voorafgaande aanmaning van 21 oktober 1993, deze niet de rechter aanwijst bij wie de vordering, in acht genomen de dwingende bepaling van art. 628/10 Ger.W., aanhangig gemaakt diende te worden.

Gelet op de onregelmatigheid van de betreffende aanmaning, komt het verzoekschrift nietig voor (art. 1339, derde lid, Ger.W.) en dient het hic et nunc afgewezen te worden als niet toelaatbaar.

NOOT – Summiere rechtspleging en territoriale bevoegdheid

1. In de geannoteerde beschikking werd er toepassing gemaakt van de summie rechtspleging om betaling te bevelen. De bepalingen betreffende deze procedure kan men terugvinden in de artt. 1338-1344 Ger.W. (zie o.a. De Leval, G., *Procédure sommaire d'injonction de payer*, in *Rép.Not.*, XIII, Brussel, Larcier, 1988, 41 p.).

Art. 1339 Ger.W. vereist dat de schuldeiser het verzoekschrift laat voorafgaan door een aanmaning tot betalen, waarin onder andere op straffe van nietigheid de rechter voor wie, bij niet-betaling door de schuldenaar, de vordering aanhangig zal worden gemaakt, vermeld wordt. Het verzoekschrift moet eveneens op straffe van nietigheid de aanwijzing bevatten van de rechter die van de zaak kennis moet nemen (art. 1340, 4°, juncto art. 1026, 4°, Ger.W.).

De schuldeiser had zowel in de aanmaning als in het verzoekschrift een territoriaal onbevoegde rechter vermeld, en de zaak bij die rechter aanhangig gemaakt. Territoriaal was de rechter van de woonplaats van de verzekeringnemer bevoegd, daar de eisende partij de veroordeling tot betaling van achterstallige verzekeringspremies vorderde (art. 628, 10°, Ger.W.). Deze bevoegdheidsregel is van dwingend recht.

2. Op drie rechtsvragen diende de vrederechter een antwoord te geven: moet de vrederechter ambtshalve zijn territoriale bevoegdheid nagaan (A); is hij verplicht de zaak naar de arrondissementsrechtbank te verwijzen (B); en moet het verzoekschrift nietig verklaard worden indien een territoriaal onbevoegde rechter in de aanmaning en het verzoekschrift wordt vermeld (C)?

3.A. *Ambtshalve toetsing door de rechter van zijn territoriale bevoegdheid.* – De vrederechter te Roeselare meent dat de summie rechtspleging geen procedure bij verstek betreft en bijgevolg het vermoeden van art. 630, derde lid, Ger.W. niet van toepassing is. Art. 630, derde lid, Ger.W. bepaalt dat van de verweerder die niet verschijnt, vermoed wordt dat hij

de bevoegdheid van de rechter voor wie de zaak aanhangig is, afwijst.

Toch is de vrederechter van oordeel dat hij, gelet op de dwingende bepalingen inzake de territoriale bevoegdheid, ambtshalve zijn territoriale bevoegdheid dient na te gaan, zelfs bij ontstentenis van het bij art. 630, derde lid, Ger.W. ingestelde vermoeden. Hiervoor verwijst hij naar het cassatie-arrest van 13 juni 1985. In dit arrest heeft het Hof van Cassatie beslist dat, zelfs in de gevallen waarbij de territoriale bevoegdheid van aanvullend recht is, de rechter zijn bevoegdheid moet nagaan (Cass., 13 juni 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, 1423, en met noot, Fettweis, A., «Absens, si bonam causam habuit, vincet», *Ann. Dr. Liège*, 1986, 121).

4. De beschikking kan in haar redenering gevolgd worden waar zij stelt dat het niet om een procedure bij verstek gaat en bijgevolg het vermoeden van art. 630, derde lid, Ger.W. niet van toepassing is. De schuldenaar wordt immers niet ter zitting opgeroepen en heeft dus niet de mogelijkheid om verstek te laten gaan. Het is daarentegen een eenzijdige procedure (met echter dit kenmerk dat de schuldenaar de mogelijkheid heeft om opmerkingen aan de geadieerde rechter te doen geworden (art. 1341 Ger.W.)).

5. Zowel de geannoteerde beschikking als de meerderheid van de rechtsleer menen dat de rechter ambtshalve zijn territoriale bevoegdheid moet nagaan, zij het dat de geannoteerde beschikking en de heersende rechtsleer hiervoor verschillende gronden aanvoeren.

De geannoteerde beschikking verwijst naar het reeds aangehaalde cassatie-arrest van 13 juni 1985 (vgl. Laenens, J., «Bevoegdheid. Overzicht van rechtspraak (1979-1992)», *T.P.R.*, 1993, nr. 34, 1503).

Er moet echter voor ogen gehouden worden dat dit arrest van het Hof van Cassatie betrekking had op een gewone procedure waarbij de verweerder verstek liet gaan. Men kan dan ook de vraag stellen of de stelling van het Hof van Cassatie uitgebreid kan worden tot de summiere rechtspleging tot betaling van een geldsom, die een eenzijdige procedure is. Dit valt te betwijfelen, rekening houdend met de ratio legis van de bepalingen met betrekking tot de summiere rechtspleging. Het was de bedoeling van de wetgever om de schuldeiser in staat te stellen de betaling van kleine schulden op een snelle en goedkope wijze in rechte af te dwingen (rapport Van Reepingen, *Pasin.*, 1967, 491). Daarom werd door de wetgever geopteerd voor een eenzijdige procedure en bijgevolg voor een beperking van de rechten van de schuldenaar tijdens de procedure in eerste aanleg. Een tegenwicht voor het eenzijdige karakter van de procedure wordt gevonden in het feit dat de schuldenaar de mogelijkheid toegekend wordt verzet of hoger beroep aan te tekenen tegen de beschikking die de vordering geheel of gedeeltelijk inwilligt (art. 1343 Ger.W.) en het feit dat de beschikking niet uitvoerbaar bij voorraad is (art. 1399, tweede lid, Ger.W.).

De heersende rechtsleer haalt twee argumenten aan om de ambtshalve toetsing te steunen.

Ten eerste leidt men uit het feit dat de beschikking van de vrederechter die het verzoekschrift (geheel of gedeeltelijk) inwilligt de gevolgen van een verstekvonnis heeft (art. 1343, § 1, Ger.W.) af dat de verweerder een zelfde processuele bescherming van de geadieerde rechter moet kunnen genieten als bij de procedure bij verstek (Laenens, J., *De bevoegdheidsovereenkomsten naar Belgisch recht*, 1981, nr. 206, p. 60). In die redenering heeft de vrederechter m.a.w. de bevoegd-

heden en verplichtingen van een magistraat die bij verstek beschikt (Fettweis, A., *Manuel de procédure civile*, 1987, nr. 454, voetnoot 3).

Men kan zich nochtans afvragen of de processuele bescherming zoals bij de procedure bij verstek niet eerder een gevolg is van het verstek van de verweerder dan het gevolg van een verstekvonnis.

Een tweede argument steunt op het feit dat de schuldenaar deze processuele bescherming des te meer moet kunnen krijgen omdat hij in het kader van een eenzijdige procedure veroordeeld kan worden (Closset-Marchal, G., «La procédure sommaire d'injonction de payer: un nouvel essor?», *T.Vred.*, 1988, 42).

Zoals reeds aangehaald, heeft de wetgever gekozen voor een eenzijdige procedure, en bijgevolg voor de beperking van de rechten van de schuldenaar.

6. De argumenten aangehaald in de geannoteerde beschikking en de rechtsleer komen niet overtuigend over. Er moet integendeel aangenomen worden dat enkel indien het een bevoegdheidsregel van openbare orde betreft, de vrederechter ambtshalve een middel van onbevoegdheid moet opwerpen.

7.B. *Verwijzing naar de arrondissementsrechtbank.* – De vrederechter te Roeselare sluit de verwijzing naar de arrondissementsrechtbank uit en wel om verschillende redenen: de verwijzing is in strijd met de ratio legis van deze als eenvoudig en snel bedoelde procedure; de termijn van vijftien dagen na de indiening van het verzoekschrift om een beschikking te verlenen (art. 1342 Ger.W.) zou niet gerespecteerd kunnen worden; indien de arrondissementsrechtbank zou beslissen de zaak te verwijzen, zou de alsdan geadieerde vrederechter nog steeds dienen vast te stellen dat alvast de oorspronkelijke aanmaning niet de rechter vermeldt bij wie de betreffende vordering aanhangig gemaakt zou moeten worden, waarop dan een nietigheidssanctie toegepast zou moeten worden. Enkel bij de in de aanmaning aangewezen vrederechter kan de zaak aanhangig gemaakt worden, hetgeen iedere rechtstreekse of onrechtstreekse verwijzing naar een andere rechter uitsluit.

8. Daar het geen bevoegdheidsregel van openbare orde betrof, moest de vrederechter geen exceptie van onbevoegdheid opwerpen en bijgevolg de zaak niet naar de arrondissementsrechtbank verwijzen.

9. *Indien men zich echter zou aansluiten bij de geannoteerde beschikking en de strekking volgens welke de vrederechter zijn territoriale bevoegdheid ambtshalve moet nagaan, zelfs indien het gaat om bevoegdheidsregels van (aanvullend of) dwingend recht, rijst de vraag of de rechter de zaak naar de arrondissementsrechtbank moet verwijzen.* Na het geciteerde cassatie-arrest van 13 juni 1985 lijkt de betwisting in de rechtspraak en de rechtsleer of de verwijzingsplicht ook geldt indien de dwingende bevoegdheidsregels geschonden werden, gedooft te zijn (Laenens, J., «Bevoegdheid. Overzicht van rechtspraak (1979-1992)», *T.P.R.*, 1993, nr. 35, 1503-1504; zie vóór het cassatie-arrest van 13 juni 1985: Fettweis, A., noot onder Arrondrb. Luik, 16 oktober 1980, *Jur. Liège*, 1981, 31; Kohl, A., «Pouvoirs et devoirs du juge statuant par défaut», *J.T.*, 1972, 331-332, noot 37; Laenens, J., «Verwijzing naar de arrondissementsrechtbank bij verstek van de verweerder», noot onder Arrondrb. Gent, 24 december 1979, *R.W.*, 1980-81, 599; contra: Arrondrb. Luik, 6 janu-

ari 1971, *J.T.*, 1972, 321; Demez, G., noot onder Arbrb. Charleroi, 29 maart 1971, *J.T.T.*, 1971, 153).

Daar het de rechter zelf is die het initiatief neemt om de vraag over de bevoegdheid te stellen, moet verwezen worden naar de arrondissementsrechtbank, met toepassing van art. 640 Ger.W. Het zou trouwens niet logisch zijn dat bij niet-naleving van de bevoegdheidsregels van aanvullend recht de schuldenaar dezelfde bescherming zou krijgen als bij de schending van de bevoegdheidsregels van openbare orde (verplichte verwijzing van de zaak naar de arrondissementsrechtbank), terwijl bij niet-naleving van de dwingende bevoegdheidsregels die bescherming enkel zou gelden indien de eiser daarom zou verzoeken (art. 639 Ger.W.).

10.C. *Nietigheid van het verzoekschrift*. – Zonder de zaak naar de arrondissementsrechtbank te verwijzen, stelt de geannoteerde beschikking vast dat de aanmaning niet de rechter aanwees bij wie de vordering aanhangig diende te worden gemaakt overeenkomstig de dwingende bepalingen van art. 628, 10°, Ger.W. Dientengevolge verklaart de vrederechter het verzoekschrift nietig, en verklaart hij het verzoek niet toelaatbaar.

11. Zowel de aanmaning als het verzoekschrift moeten de rechter vermelden waarbij de vordering aanhangig gemaakt zal worden. Beide vermeldingen worden op straffe van nietigheid voorgeschreven (art. 1339 Ger.W. en art. 1340, 4°, juncto art. 1026 Ger.W.). Men kan evenwel de vraag stellen of de aanmaning en het verzoekschrift de wettelijk bevoegde vrederechter moeten vermelden.

12. Van Parys meent in verband met het eenzijdig verzoekschrift dat, indien de materieel en territoriaal bevoegde rechter niet precies is aangewezen, de rechter ambtshalve de nietigheid van het verzoekschrift moet uitspreken (Van Parys, L., «Verzoekschriftprocedure», in *Procesrecht vandaag*, 1980, nr. 13, p. 247). Enkele vrederechters (Vred. Borgloon, 15 januari 1976, *R.W.*, 1975-76, 1635) hebben zoals de geannoteerde beschikking het verzoekschrift bij vermelding van een onbevoegde rechter nietig verklaard.

De nietigheid van het verzoekschrift wegens gebrek aan (een juiste) aanwijzing van de rechter die van de zaak kennis moet nemen, mag echter niet verward worden met de onbevoegdheid van de vrederechter aan wie het verzoekschrift wordt aangeboden (Laenens, J., o.c., 60; zie ook Storme, M., «De kruimelrechter», in *Procesrecht vandaag*, 1980, nr. 13, p. 353). Er moet immers een onderscheid gemaakt worden tussen het vormvereiste van de vermelding van de rechter en de regels inzake bevoegdheid. De vermelding van de territoriaal onbevoegde rechter in de aanmaning en het verzoekschrift kan bijgevolg niet de nietigheid van het verzoekschrift tot gevolg hebben.

13. *Besluit*. – Indien de procedure van de summere rechtspleging tot betaling van een geldsom wordt gevolgd en de eiser een onbevoegde rechter in de aanmaning en in het verzoekschrift vermeldt, moet die rechter volgens de meerderheidsopvatting in de rechtsleer ambtshalve zijn bevoegdheid nagaan, en zich daarbij niet beperken tot een toetsing aan de bevoegdheidsregels van openbare orde. De rechter zal dan in geval van twijfel over zijn bevoegdheid, de zaak naar de arrondissementsrechtbank moeten verwijzen.

Toch kan verdedigd worden dat de rechter bij deze procedure slechts ambtshalve een middel van onbevoegdheid dient op te werpen en de zaak te verwijzen naar de arrondis-

sementsrechtbank, indien een bevoegdheidsregel van openbare orde is geschonden.

Anders dan in het geannoteerde vonnis wordt beslist, kan de enkele onbevoegdheid van de rechter niet leiden tot een nietigverklaring van het verzoekschrift.

Anja Vareman
Assistente K.U.Leuven

VREDEGERECHT TE ROESELARE

13 JUNI 1995

Rechter: de h. Nolf

Advocaten: mrs. Luyten en Van den Berghe

Burgerlijke rechtspleging – Behandeling en berechting van de zaak – Rechtsdag

Art. 747, § 2 Ger.W. is alleen dienstig als minstens ook conclusietermijnen geregeld dienen te worden.

K. t/ N.V. De K.

1. Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie op 22 mei 1995 vraagt aanlegger conclusietermijnen en rechtsdag te bepalen. Dit verzoekschrift werd aan de tegenpartij betekend bij gerechtsbrief van 23 mei 1995.

2. Bij brief van 24 mei 1995 deelt de raadsman van verweerder ons mee: «Ingevolge uw kennisgeving van 23 mei 1995 heb ik de eer u ter kennis te brengen dat deze zaak voor mij in staat is. Mr. Luyten heeft mij een conclusie bezorgd op 30 maart 1995 doch heeft nagelaten een placet ter fixatie te bezorgen. Ik zie dan ook niet in waarom toepassing werd gemaakt van art. 747 Ger.W.»

3. De Rechtbank wenst te vermijden dat een *blijkbaar perfect overbodige «procedure binnen de procedure»* wordt gevoerd.

Bij uitstek de alleenrechtdoende magistraat meent te mogen opmerken dat het de bedoeling niet geweest kan zijn van de wetgever, door de invoering van artikel 747, § 2, Ger.W., de magistraat af te leiden van zijn wezenlijke taak, te weten het *«berechten van de zaken»* overeenkomstig art. 4 Ger.W. (zie Rb.Brussel, 12 oktober 1993, *R.W.*, 1994-95, 412), in plaats van het *«regelen van procedureverwikkelingen»*.

Het is vrij evident dat een systematische toepassing van voormelde voorziening, tengevolge van dubbele voorbereiding welke deze bijkomende instructie noodzaakt, de werking van onze eerstelijnsjustitie zou dreigen volledig te overbelasten, en in elk geval merkwaardig te vertragen.

In dezen zij verwezen naar de mogelijkheid dat het *«koninginnestuk van de gerechtelijke hervorming»* (Laenens J., *R.W.* 1992-93, 920, nr. 141) zou ontaarden tot een *«verderfelijk automatisme»* (Vred. Oostende, 9 maart 1993, *R.W.*, 1992-93, 1246), wijl het specifieke *«proceseconomisch probleem»*, dat remmend zou kunnen werken op de normale activiteiten van de rechtbanken, specifiek voor de vrederechter, al van in het begin af gesignaleerd werd (Laenens J., *R.W.*, 921, noot 320, wiens gesuggereerde oplossing echter in de praktijk alvast ook zeer langdurige rolregelingen ter inleidingszitting zou veroorzaken).

Het concipiëren van een procedure binnen een bestaand proces schept aldus het risico van «een overlast voor de magistraten en de griffier» en een «nieuwe papierberg», indien geen respect opgebracht wordt voor een procedure-ethiek, gebaseerd op «goodwill en fairplay, en redelijkheid en hofelijkheid tussen de advocaten onderling én tegenover de rechter» (proc. gen. Van Camp, Openingsrede 1 september 1994, *R.W.*, 1994-95, 660).

Terecht werd geoordeeld 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*» (Brussel, geciteerd in Storme, M.E., 'Goede trouw in geding en bewijs', *T.P.R.*, 1990, 355).

Dit moge bij uitstek opgemerkt worden door niet alleen de allenrechtdoende rechter doch de enige magistraat alleenrechtdoende aan wie de bediening van de rechtbankzettel toevertrouwd werd en van wie, bezorgd om een kwalitatieve en expeditieve rechtsbedeling, verwacht wordt zowel de pleitzittingen als de thans ingevoerde «procedurezittingen» voor te bereiden, en waar te nemen, én ter zake, na beraad, te beslechten.

Van bona-fide pleiters mag dus inderdaad verwacht worden dat zij deze «unus iudex», wiens opdracht géén bezigheidstherapie betreft, niet nodeloos én Scylla én Charybdis zouden laten ondergaan.

De organisatie van de Justitie kan slecht haar maatschappelijke rol vervullen en een minimale efficiëntie behouden indien de nieuwe proceduremiddelen, aan partijen ter beschikkinggesteld om het hen mogelijk te maken procedures diligent en expeditief te vervolgen, niet verspillend of zinloos of met een kennelijk gebrek aan elementaire functionele selectiviteit aangewend worden.

Nu de wetgever reeds de rechter in hoger beroep de bevoegdheid verleend heeft een proces-partij ambtshalve te sanctioneren wegens de benadeling aan de rechtsbedeling *in het algemeen* berokkend (artikel 1072bis, tweede, derde en vierde lid, Ger.W.) meent de Rechtbank dat bovenstaande opmerkingen passend en nuttig voorkomen.

De nonchalance van verzoeker komt de Rechtbank immers onverantwoordelijk voor en is aan te merken als een milde vorm van het Angelsaksische «contempt of court».

4. Weliswaar heeft de wet van 23 maart 1995 (*B.S.*, 19 mei 1995) artikel 747, § 2, Ger.W. ondertussen gewijzigd en ingevolge artikel 3 Ger.W. is deze gewijzigde regeling ook op het onderhavige verzoek toepasselijk geworden.

De wetswijziging geschiedde echter blijkens de memorie van toelichting (verslag Barzin, *Gedr. St., Senaat*, nr. 849-4, p. 2) enkel om te vermijden dat «de omstandigheden van de zaak» tot het begrip van «*uitzonderlijke omstandigheden*» zou worden verenigd, en aldus de toepassing van het artikel al te zeer beperkt.

Weliswaar bleek de wil om het hierboven gewraakte «automatisme» toch in te bouwen, en iedere motiveringsplicht af te schaffen (interruptie Goovaerts, 10 februari 1994 – *Parl. Hand.*, 1993-94, pp. 155-156) doch terzelfder tijd werd uitgegaan om «in de toekomst een scheiding te maken tussen het materieel beheer van de Rechtbank en het juridisch be-

heer, enkel het uitspreken van vonnissen en het houden van zittingen» (interruptie Swaelen, *ibidem*).

Het hoeft geen groot betoog dat van dit laatste op het niveau van de eerstelijnsjustitie der «eenkoppige» vredege-rechten geen sprake is.

In de wettekst is er geen aanwijzing als zouden partijen de discretionaire mogelijkheid gelaten worden tussen de toepassing van artikel 747, § 2, Ger.W. enerzijds en 750, § 1 of § 2, Ger.W. anderzijds: het eerstgenoemde artikel is enkel dienstig als minstens ook conclusietermijnen dienen worden geregeld, wat in casu geenszins het geval blijkt.

Partijen hebben de wel te begrijpen (minimum)plicht de werking van Justitie niet te hinderen, voor de vooruitgang van het proces ook slechts te zorgen aan de hand van de daartoe primordiaal geschikte regels, en niet door die welke – zonder het minste praktisch nut – een procedure aan de procedure toevoegen.

Praktische proceseconomische overwegingen hierboven aangehaald – om gerechtelijke achterstand te vermijden – verzetten zich hiertegen.

5. Daarenboven werden zij geattendeerd op de maatschappelijke kostprijs van hun keuze: in de «*doorlichting*» van de administratieve taken van de griffies van hoven en rechtbanken en van parketsecretariaten, beslist door de ministerraad van 29 februari 1993 en afgesloten op 20 juni 1994, werden de reële kosten van een gerechtsbrief per stuk op 750 à 800 fr. geraamd, zodat het «aantal ervan onder controle gehouden dient te worden, en dit zeker met betrekking tot de gerechtsbrieven welke tijdens de procedure worden verzonden, en niet de opening of het sluiten van de debatten tot voorwerp hebben, en (...) voorgesteld wordt een griffierecht van 1.000 fr. per verzonden gerechtsbrief te laten storten door de verzoekende partij».

Er mag op gewezen worden dat artikel 747, § 2, Ger.W. nog steeds – en het huidige artikel 750, § 2, Ger.W. opnieuw – bepaalt dat:

a. enerzijds het inleidend verzoekschrift betekend wordt bij gerechtsbrief aan de wederpartij;

b. anderzijds deze wederpartijen hun opmerkingen «op dezelfde wijze» aan de rechtbank doen toekomen: zulks betekent dat dit dus opnieuw bij verzoekschrift geschiedt, en impliceert logischerwijze meteen dat ook dit verzoekschrift bij gerechtsbrief aan de oorspronkelijke verzoeker ter kennis gebracht wordt.

De huidige formulering van beide formalistische artikelen laat dus níet toe dat de «opmerkingen» bij eenvoudig schrijven of conclusie geformuleerd worden, door de betrokken raadsman zelf aan zijn tegenstander meegedeeld op de wijze als bepaald door artikel 745 Ger.W.

6. Ondertussen kunnen partijen slechts opgeroepen worden niet lichtzinnig om te springen met gemeenschapsgelden, hetgeen vermijdbaar is door de geëigende proceduremiddelen welbegrepen te benutten, en aldus noch de rechtbank, noch de griffie te belasten met volstrekt vermijdbare en dus nutteloze repetitieve tussenkomsten, die hinderlijk zijn voor een expeditieve rechtsbedeling.

Het verzoek dient afgewezen te worden.

NOOT–Zie eerder in dit nummer het artikel van Jean Laenens.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (3e Kamer), 3 april 1995

Openbaar ministerie – Art. 138, tweede lid, Ger.W. – Hoger beroep van begunstigde inzake aanvullende kinderbijslag voor gehandicapten ten onrechte niet laattijdig verklaard – Openbare orde niet in gevaar gebracht

Eisers cassatieberoep tegen het bestreden arrest (Arbh. Luik, afd. Namen, 2 november 1994) wordt als volgt afgewezen:

«Overwegende dat het openbaar ministerie, ingevolge artikel 138, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek, in burgerlijke zaken alleen ambtshalve mag optreden, buiten de in de wet bepaalde gevallen, als de openbare orde in gevaar wordt gebracht door een toestand die verholpen moet worden;

«Overwegende dat de openbare orde niet in gevaar is door het feit dat het hoger beroep van Benoîte Van A. ten onrechtte ontvankelijk zou zijn verklaard.»

«Dat het cassatieberoep niet ontvankelijk is.»

(Voorzitter: de h. Marchal – Rapporteur: de h. Rappe – Openbaar ministerie: de h. Leclercq – In de zaak: Procureur-generaal te Luik t/ Van A. en Rijksdienst voor Kinderbijslag voor Werknemers)

Hof Antwerpen, 2 augustus 1994

Handelszaak – Pand – Bevoegdheid voorzitter rechtbank van koophandel – Termijnen van respijt

«Overwegende dat conform art. 12 van de wet van 25 oktober 1919 betreffende het in pand geven van een handelszaak, het te gelde maken van de in pand gegeven handelszaak moet worden vervolgd overeenkomstig de artikelen 4 tot 10 van titel I der wet van 5 mei 1872;

«Overwegende dat de heer voorzitter van de rechtbank van koophandel enkel zijn bevoegdheid kan onderzoeken, de regelmatigheid van de procedure, alsmede van de vestiging van het pand; dat hij enkel de wijze bepaalt waarop dit gerealiseerd kan worden, zonder dat hij hierbij aan de schuldenaar een termijn van respijt kan toekennen.»

(Voorzitter: mevr. Bosmans – Advocaat: mr. Stoop – In de zaak: N.V. K. t/ B.V.B.A. E.)

NOOT – Zie ook nr. 6 van de noot van Eric Dirix bij het in dit nummer opgenomen arrest van Hof Gent, 22 november 1994, supra, p. 196.

Hof Gent (15e Kamer), 15 september 1994

Handelszaak – Pand – Voorafgaand beslag – Aard – Geen toepassing van art. 1506 Ger.W.

In de bestreden beschikking had de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Dendermonde het beslag van de pandhouder nietig verklaard op grond van de overweging

dat de gerechtsdeurwaarder bij de opname van de voorraden had verwezen naar een inventaris. Deze beschikking wordt tenietgedaan:

«Er moet op gewezen worden dat het beslag gelegd werd op 50% van de voorraad en dat deze voorraad voldoende werd omschreven door de zaakvoerder van de B.V.B.A. D. overhandigde inventaris per 31 december 1992; het is evident dat de gerechtsdeurwaarder, zoals hij zelf noteerde, in de gegeven omstandigheden in de onmogelijkheid verkeerde in het in werking zijnde bedrijf nauwkeurig de toenmalige stand op te nemen. Men kan niet ernstig stellen dat er belangenschade is gebeurd.

«Het beslag betrof overigens de handelszaak in haar geheel. Het beslagexploot (130 pagina's) geeft duidelijk 'een korte beschrijving van de in beslag genomen goederen'. Artikel 1506, 1°, van het Gerechtelijk Wetboek heeft betrekking op 'uitvoerend beslag op roerend goed' en is naar de mening van het hof onverenigbaar met de instelling van het pand op de handelszaak, waarbij de wetgever precies een algemeenheid heeft beoogd (met een bijzondere publiciteit om de bestanddelen ervan tegenwerpbaar te maken aan derden). Op te merken valt dat ook de bepaling van artikel 1506, 1°, Gerechtelijk Wetboek niet op straffe van nietigheid is voorgeschreven. Om de voormelde redenen vermocht de eerste rechter in gene mate het pandbeslag nietig te verklaren.»

(Voorzitter: de h. Degraeve – Raadsheren: de hh. Staesens en Delbeke – Advocaten: mrs. Koslowski, Laureys, Thyssen, Depuydt en De Ceuster – In de zaak: N.V. K. t/ B.V.B.A. D.)

NOOT – Zie ook nr. 4 van de noot van Eric Dirix bij het in dit nummer opgenomen arrest van Hof Gent, 22 november 1994, supra p. 195.

Hof Antwerpen (3e Kamer), 24 januari 1995

Burgerlijke rechtspleging – Behandeling en berechting van de zaak – Art. 751 Ger. W.

«Overwegende dat door appellant tegen geïntimeerde toepassing van artikel 751 Ger. W. gevraagd werd, de gerechtsbrief tot kennisgeving daarvan dateerde van 22 augustus 1994, de zitting gefixeerd werd op 30 november 1994, en geïntimeerde haar conclusie regelmatig en tijdig neerlegde op 18 oktober 1994; dat overeenkomstig artikel 747, § 1, appellant alsdan over een termijn van 1 maand beschikte om op die conclusie te antwoorden (termijn niet voorgeschreven op straffe van verval); dat het verzoek van appellant van 29 november 1994 om de zaak naar de rol te verwijzen laattijdig was; dat op de terechtzitting van 30 november 1994 de zaak uitgesteld werd tot de zitting van 20 december 1994 met toepassing van artikel 751, § 2, tweede lid, Ger. W., dat op 19 december 1994, daags voor de zitting waarnaar de zaak was verdaagd, door appellant een conclusie werd neergelegd ter griffie;

«Dat geïntimeerde ter terechtzitting van 20 december 1994 terecht de verwijdering uit de debatten vroeg van die conclusie van appellant nu de laattijdige neerlegging ervan de goede en vlotte werking van de procesgang belemmerden

en de rechten van de geïntimeerde daardoor foutief geschonden werden;

Dat het Hof dan ook geen acht slaat op die conclusie.»

(Voorzitter: de h. Van Coppenolle – Raadsheren: de hh. Snelders en Wetsels – Advocaten: mrs. Van Goethem en Franck – In de zaak: Vander B. t/ V.)

Rb. Brugge (Beslagrechter), 10 mei 1994

Dwangsom – Uitvoerbare titel – Cassatieberoep in strafzaken – Schorsende werking – Invloed op de verbeurte van de dwangsom

«Eiser stelt verzet in tegen het exploit beveling-bevel betekend op 31 augustus 1993, ten verzoeken van verweerster, ten laste van eiser, ingevolge een vonnis van 27 februari 1986 van de Correctionele Rechtbank te Brugge en het arrest van 6 april 1990 van het Hof van Beroep te Gent. Eiser werpt op dat het door hem ingestelde cassatieberoep de uitvoering schorst en er overigens verjaring is ingetreden.

«De verbeurte van een dwangsom onderstelt een uitvoerbaar rechterlijke beslissing. Gedurende de termijn voor cassatieberoep en tijdens het verloop van de procedure van cassatie in strafzaken wordt de tenuitvoerlegging geschorst en wel in die mate dat, wanneer het arrest uitvoerbaar wordt door de afwijzing van het cassatieberoep, de dwangsom kan verbeuren vanaf de betekening van het cassatiearrest die aan het arrest in graad van beroep terug uitvoerbare kracht geeft (E. Dirix en K. Broeckx, APR, V° Beslag, 43, nr. 69; Benelux-Gerechtshof 5 juli 1985, *R.W.*, 1985-86, 929).

«In casu begint de termijn van zes maanden tot herstel in natura te lopen vanaf 31 augustus 1993, hetzij tot 28 februari 1994. Vanaf 1 maart 1994 wordt de dwangsom verbeurd.»

(Beslagrechter: de h. Denys – Advocaten: mrs. Coppens en Priem – In de zaak: V. t/ Stad Brugge)

BOEKEN

MARCEL STORME, *Lof der Onrust*, Mys en Breesch, uitgevers te Gent 1995.

In een bewogen betoog heeft de schrijver uitwerking en vooral uitbreiding gegeven aan een zin die hem op weg naar, ik schreef bijna Damascus maar het was Zaventem, lezende in een boek bijzonder trof: ze had die onbeschrijflijke charme van de vrouwelijke onrust. Hij waagt het toch maar om deze en die andere onrust – van het recht en de beoefenaars van het recht – te beschrijven en wat mij betreft, is hij daarin geslaagd. Hij zet de onrust als creatieve eigenschap af tegen haar negatieve connotaties: rusteloosheid, ongeduld, paniek en angst en ziet eigenlijk haar tegenhanger: de rust als «het stukje poëzie» dat al wie onrustig is weldadig beïnvloedt. Als pessimist heb ik de twee laatste van de door hem aangehaalde versregels van Goethe:

Über alle Gipfeln
ist Ruh
In allen Wipfeln
spürest du
Kaum einen Hauch;
Die Vögelein schweigen im Walde
Warte nur! Balde
ruhest du auch,

altijd begrepen als aankondiging van de niet te ontlopen sterfelijkheid van al het geborene, maar misschien doelt ook Marcel Storme daar wel op als hij over die rust spreekt als «vrede met zichzelf».

Wat heeft dit boekje met het recht te maken? Heel veel zou ik zeggen en zeker niet alleen omdat het door een jurist is geschreven. Van de «onrust der intellectuelen» die van Storme, zich kerend tegen Julien Benda in diens *La Trahison des Clercs*, uit de ivoren toren van hun wetenschap moeten treden om deelachtig te worden aan de maatschappelijke onrust om de armoede in de wereld, gaat hij over naar de Onrust om het Recht. Ik denk dat een aantal juristen en andere lezers in binnen- en buitenland, besmet als zij zijn door het virus van de no-nonsense ziekte, die ongeneeslijk lijkt te zijn, wat te veel idealisme bespeuren bij deze oude meester. Onze jonge Nederlanders krijgen op hun eindexamen Nederlands een stuk uit het boek *Ik kan alles uitleggen* van de heer Korzec voorgezet, waarin hij betoogt dat mensenrechten niets te betekenen hebben. Gelukkig kwamen er, ook van de jeugd, volop protesten tegen deze kwaadaardige keuze. Volgende keer een stuk uit Storme's *Lof der Onrust*:

«Daar ligt o.m. onze opgave voor de XXIe eeuw: aan het recht op leven zijn volle betekenis geven door de idee van de onvervangbaarheid van de menselijke persoon in onze samenleving; via de gelijkheidsidee de mogelijkheid scheppen om alle schakels in de sociale ketting als gelijkwaardig te beschouwen; aan de vrijheid van expressie de waarheid als eindbestemming te geven.»

Grote woorden ongetwijfeld. Maar zij staan dan ook voor grote zaken. En graag of niet: de nieuwe eeuw zal de eeuw zijn van het ethisch reveil of van de onethische ondergang.

J. Leijten

B.C.M. JACOBS en P.L. NOVE (red.), *Hoven en Banken in Noord en Zuid: Derde Colloquium Raad van Brabant - Tilburg, 30 en 31 januari 1993*, Brabantse rechtshistorische reeks, 7, Assen, Van Gorcum, 1994, X + 249 pp., ill.

Deze bundel bevat de bewerkte bijdragen van het derde colloquium «Raad van Brabant» (Katholieke Universiteit Brabant en Gemeentearchief Tilburg, 1993). Het was gewijd aan de rechterlijke organisatie en de rechtspraak in verschillende gewesten na de scheuring der Nederlanden.

Een eerste deelaspect betreft de vergelijking tussen de Zuidnederlandse gewestelijke justitiehoven en hun jongere Noordnederlandse tegenhangers. In de inleidende bijdrage, «De gerechtelijke bevoegdheid van de Raad van Vlaanderen in vergelijking met de andere 'Wetten' (1515-1621)» schetst J. Monballyu de plaats van de justitieraden in het geheel van de instellingen in de Nederlanden, alsook hun rol in het vorstelijke centralisatiestreven. Uit het verrichte onderzoek blijkt de bijdrage van de Raad van Vlaanderen in dit centralisatieproces niet bijzonder groot. Wel consolideerde de Raad zijn in de 15e eeuw verworven positie en bouwde hij met name zijn gemeenrechtelijke bevoegdheid in eerste aanleg uit. L. Zoodma belicht in «De Raad en het Leenhof van Vlaanderen te Middelburg (1599-1795): een eerste verkenning» vooral institutionele aspecten van de formeel in 1599 door de Staten-Generaal der Verenigde Nederlanden opgerichte Staatse Raad van Vlaanderen, het gerechtshof en appelhof voor die delen van Vlaanderen die sinds de scheiding der Nederlanden onttrokken waren aan de jurisdictie van de Raad van Vlaanderen te Gent. In zijn bijdrage «De rechtspraak van de Commissarissen-Deciseurs te Maastricht», behandelt Th. J. Van Rensch voornamelijk de materiële en territoriale competenties van deze in 1540 tot stand gekomen en geheel op het tweeherige Maastricht toegespitste regeling van hoger beroep. Ook de in de 17e en 18e eeuw vigerende regels van procesrechtelijke aard worden belicht. In «De rechtspraak in leenzaken bij de Staatse Raad en het Leenhof van Brabant» bezorgt W.M. Lindemann een typologie van de soorten leenzaken die door Raad en Leenhof werden behandeld. Hij beklemtoont daarbij de grote invloed van het Brabantse gewoonterecht en de Brabantse (Zuidnederlandse) rechtsleer, alsook van het Hollandse en het Gelderse recht op de leenrechtspraak van Raad en Leenhof. De bijdrage van R. Huijbrecht, «Scheiding der geesten: spiegeling langs de breuklijnen der geschiedenis», schetst de heroprichting van het Hof van Holland te Delft in 1573 (met weliswaar een gereduceerde bevoegdheid ten opzichte van het Hof van voor de opstand), alsook de inrichting van een Hoge Raad in 1582,

een bovengewestelijk college van hoger beroep. B.C.M. Jacobs heeft in «Voor vijand en rebel gehouden: ten onrechte procederen voor de Raden van Brabant in Brussel en 's-Gravenhage» oog voor de lotgevallen van rechtzoekenden uit Brabant en de Landen van Overmaze die, al dan niet bewust, een (volgens de Spaanse of Staatse overheid) verkeerde keuze maakten tussen de justitiehoven van Brussel en 's-Gravenhage. Hij vergelijkt een aantal aspecten van het optreden van de overheden tegen dit ten onrechte procederen voor de «andere» Raad van Brabant.

Een tweede deelaspect betreft de interactie tussen enige justitiehoven en onder hen ressorterende schepenbanken en leengerechten. Zo behandelt N.W. Van Boven «De verhouding tussen de Raad van Brabant en de hoofdbanken inzake de appelrechtspraak in civiele zaken». Deze verhouding werd grotendeels bepaald door het recht van de hoofdbanken om als eerste appelcollege op te treden, alsook door hun recht van reformatie. Daar deze rechten tot aan het einde van het Ancien Régime grotendeels intact bleven, slaagde de Staatse Raad van Brabant er niet in zijn rechtsmacht uit te breiden. X. Rousseaux belicht in «Klacht en controle: machtsverhoudingen tussen lokale schepenbanken en de Brusselse Raad van Brabant in de zeventiende en achttiende eeuw in Waals Brabant» dezelfde problematiek. Hij schetst de dagelijkse praktijk van de lokale rechtbanken (die nogal afweek van de procesrechtelijke regels in de ordonnances) en de crisis van het plaatselijk gerechtelijk apparaat na 1750 (met een aantal spanningen tussen de lokale justitiehoven en de Raad van Brabant). Dezelfde verticale interactie wordt voor Vlaanderen onderzocht door R. Opsommer, «De Wetachtige Kamer van Vlaanderen en de ondergeschikte leenhoven circa 1500: enkele opmerkingen omtrent de Vlaamse feodale pyramide». Hieruit blijkt dat de structuur van in deze, omvangrijke en stabiele, feodale piramide boven elkaar geplaatste leenhoven de bevoegdheid van de leenhoven bepaalde qua oneigenlijke leenrechtspraak, leenrechtspraak in eerste aanleg en hoofdvraag. Alleen het hoger beroep (met de Raad van Vlaanderen als belangrijkste en hoogste beroepshof) vormde hierop een uitzondering. In zijn bijdrage, «Geëvoerde processen voor het Hof van Gelder te Venlo», heeft G.H.A. Venner oog voor het fenomeen «evocatie» in de rechtsliteratuur (17e-18e eeuw) en voor het Hof van Gelder, alwaar in de jaren 1717-1720 elf processen werden geëvoerd (meestal op grond van wraking van vrijwel alle schepenen). J.H.M.M. Van Hall zet in «Aspecten uit de rechterlijke organisatie van de Staatse Landen van Overmaze en uit de praktijk voor het Valkenburgse leenhof (1681-1730)» eerst de hoofdlijnen uiteen van de rechterlijke organisatie van Overmaze, zoals deze na het partagetractaat (1661) werd uitgetekend en die duidelijk geënt bleef op de bestaande structuren. Vervolgens behandelt hij enkele aspecten van de rechtspraktijk in het Leenhof van Valkenburg, met name (a.d.h.v. de appelrechtspraak) de verhouding van het hof tot onderhorige hoofd- en schepenbanken, alsook tot de Raad en het Leenhof van Brabant.

De bijdrage van B.C.M. Jacobs en G.J.W. Steijns, «Recht en rechtspraak in Tilburg 1342-1803», die deze verzorgde publikatie afsluit, bestaat grotendeels uit de beschrijving en afbeelding van een selectie van tijdens het colloquium in het Gemeentearchief Tilburg tentoongestelde archivalia, boeken en gerechtsattributen.

Koen Breugelmanns

PAUL VAN DEN BERG en MARGO TRAPPENBURG (red.), **Lokale Rechtvaardigheid. De politieke theorie van Michael Walzer**, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1994, 273 pp.

In deze bundel bespreken 14 Nederlandse auteurs aspecten van de politieke filosofie van Michael Walzer. Van hemzelf zijn twee bijdragen, in Nederlandse vertaling, opgenomen. Naast deze laatste bijdragen bieden in het bijzonder de inleidende bijdrage van Trappenburg en van den Berg en de slotbijdrage van Govert den Hartogh een inzicht in het denken van Walzer. De andere bijdragen pogen hoofdzakelijk concrete toepassingen van Walzers politieke filosofie te maken. Achteraan in de bundel is een bibliografie van en over Walzer opgenomen evenals de lijst van werken waarnaar in één of meer bijdragen verwezen wordt.

De kern van Walzers theorie komt ongeveer op het volgende neer. Gerechtigheid is niet universeel, maar wisselend naar tijd, plaats en milieu («sferen van gerechtigheid/rechtvaardigheid», wat ook de ti-

tel is van zijn hoofdwerk *Spheres of Justice*, New-York, 1983). Gerechtigheid in het onderwijs bv. steunt op andere regels dan gerechtigheid in de economie. Gerechtigheidsdenken is slechts mogelijk in de mate waarin bepaalde opvattingen gedeeld worden binnen een gemeenschap. De «collectieve identiteit» van de burgers binnen een bepaald territorium vormt de politieke gemeenschap (volgens Walzer: de natie-staat) die als basis fungeert voor het bepalen van wat «rechtvaardig» is.

In de bijdrage van Walzer zelf, die in de bundel werd opgenomen onder de titel «Uitsluiting, onrecht en de democratische staat» (pp. 181-195), licht Walzer dit als volgt toe: «Iedereen wordt geacht een gelijk aandeel te hebben in alle rechtvaardigheidsferen; ze moeten als burgers kunnen delen in de verdeling van welzijn, veiligheid, welvaart, scholing, diensten, politieke invloed, enz., en ook deel kunnen nemen aan de discussie over wat de verdeling inhoudt en hoe die zou moeten worden gereguleerd. Deze deelname moet (met een beetje geluk!) leiden tot een 'complexe gelijkheid' van de burgers. Niet dat alle goederen gelijkelijk over alle burgers zouden worden verdeeld: gezien de aard, d.w.z. de sociale betekenis, van de goederen en de manier waarop ze gewoonlijk gebruikt worden, is gelijke verdeling noch wenselijk noch mogelijk.» De verdeling zou per «sfeer» door andere personen en op basis van andere criteria moeten gebeuren, zodat niet één groep overal zou overheersen. Het bezit van één van de goederen, zoals rijkdom of macht zou niet automatisch het bezit van de andere goederen met zich meebrengen. «Mensen die het er in de ene verdelingsfeer slecht vanaf brengen, zouden het beter doen op een ander terrein. Niemand zou overal en altijd regeren of geregeerd worden. Niemand zou radicaal zijn uitgesloten» (p. 182).

Het merkwaardige aan Walzers theorie is het contrast tussen de grote aandacht die het kreeg (o.m. in het hier gerecenseerde werk) en de vrijwel unaniem vernietigende commentaar die het uitlokte (zie hierover in de bundel o.m. op p. 1).

Ik wil mij hier beperken tot de rechtstheoretische en rechtsfilosofische aspecten van Walzers denken, voor zover ze in de bundel aan bod komen.

De eerste, op zich reeds merkwaardige, vaststelling is dat «recht» in feite vrijwel volledig afwezig is in Walzers theorie (zie hierover in de bundel o.m. op pp. 12, 97 en 107). Dit is des te meer bevreemdend, nu de kern van Walzers politieke filosofie bestaat uit een staatstheorie: een pluralistische opvatting over juridische sferen, maar waarin de klassieke natie-staat een overwegende rol blijft spelen (op p. 183 stelt Walzer zelfs dat «de staat, gezien het nog steeds voortbestaan van achtergestelde groepen, een grotere rol moet spelen bij het bewerkstelligen van complexe gelijkheid dan ik voorzag toen ik tien jaar geleden over dit onderwerp schreef»). Walzer neemt aldus een tussenpositie in (zie bv. op p. 190) tussen het klassieke etatistische staatsdenken enerzijds en de thans steeds ruimer aanvaarde pluralistische rechtsopvattingen, waarin de «staat» slechts één van de rechtsferen is, maar niet de primaire (zie hierover in de Vlaamse rechtsliteratuur: Gijssels, J., *Recht ruim bekeken*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1991, pp. 13-59).

Wat is dan volgens Walzer het lot van culturele minderheden binnen een natie-staat? Zoals goed samengevat op p. 10 in de bundel hebben deze minderheden volgens Walzer de keuze uit twee alternatieven. In het eerste alternatief beperkt de minderheid zich tot het opeisen van die rechten «die zij kunnen verwoorden in termen van de dominante cultuur», m.a.w. de rechten die erkend zijn door, of in de lijn liggen van, de bestaande wetgeving van de staat. Dit houdt volgens Walzer o.m. in dat geen inwijking van burgers belet kan worden, ook niet als de instroom van cultureel andersgezinde vreemdelingen op termijn afbreuk zal doen aan de culturele waarden van de minderheidsgroep. Het tweede alternatief is de afscheiding en de stichting van een nieuwe natie-staat.

In de bijdrage «Uitsluiting, onrecht en de democratische staat» stelt Walzer de vraag naar het recht om zich als (politieke) gemeenschap te definiëren en anderen uit de groep te mogen uitsluiten: «Wie hoort erbij en wie niet?» is de eerste vraag, aldus Walzer, waarop elke politieke gemeenschap voor zichzelf een antwoord moet geven (p. 181). Hij betreft deze vraag o.m. op de gastarbeiders en illegale immigranten in onze samenlevingen. Het antwoord van Walzer is duidelijk: iedereen hoort erbij (zie de hierboven uitvoerig geciteerde tekst van p. 182). En hij voegt hieraan toe: «Ik ben van mening dat een samenleving waarvan niemand is uitgesloten inderdaad rechtvaardiger is dan een samenleving die uitgesloten of gemarginaliseerde leden omvat, die werkeloos aan de zijlijn staan in een wereld

waar ze tegen wil en dank deel van uitmaken. De hedendaagse kritiek op 'sociale afhankelijkheid' steunt deze opvatting, ongeacht de politieke motieven van die kritiek: het doel van sociale voorzieningen is het creëren van actieve deelnemers aan de economie en de politiek, niet de instandhouding van een groep van permanente uitkeringsgerechtigden» (p. 189). Maar als «iedereen erbij hoort», hoe verantwoordt men dan de natie-staat en bv. het sluiten van de grenzen voor vreemdelingen? Volgens Walzer is een dergelijke uitsluiting wel legitiem, voor de verdediging van gemeenschappelijke waarden en levenswijzen van etnische, culturele, religieuze, linguïstische, historische gemeenschappen, die een politieke gemeenschap, m.a.w. een staat, vormen. Deze uitsluiting van anderen is noodzakelijk voor de instandhouding en ontwikkeling van een collectieve politieke identiteit en gezamenlijkheid en voor de ontwikkeling van sociaal en cultureel rijke persoonlijkheden (zie p. 139). In zijn bijdrage tot de bundel bekritiseert Bader dit standpunt en poogt aan te tonen dat er sterke morele redenen zijn voor een politiek van «relatief open grenzen» en dat de staat niet steeds het meest adequate niveau is voor democratische «zelfbepaling» of voor de besluitvorming m.b.t. de verdeling van goederen, lasten, e.d. (pp. 137-164). Terecht bekritiseert Bader Walzer door te stellen dat deze laatste ten onrechte etnische of culturele gemeenschappen laat samenvallen met politieke gemeenschappen en deze laatste met de Staat (p. 143). Onder verwijzing naar Carens en Habermas maakt hij een scherp onderscheid tussen twee 'culturele contexten': de groeps-cultuur van bv. de religieuze, etnische of taalgroep en de publieke politieke cultuur van een sociaal-democratische samenleving (in de tekst is sprake van «liberaal-democratisch», dit is echter niet de juiste Nederlandse (of eigenlijk: Europese) vertaling van het Amerikaanse begrip «liberal democratic»). De Belgische jurist zal hier het onderscheid aan toevoegen tussen «persoonsgebonden», «culturele» materies enerzijds en «territoriumgebonden», «niet-culturele» materies anderzijds, die allebei een publieke politieke besluitvorming vergen, zij het dat de «culturele materies» niet gebonden zijn aan een klassiek staatsconcept (monopolie van geweld over een bepaald grondgebied). In een repliek op Bader (op pp. 165-167) antwoordt Walzer niet op deze staats-theoretische kritiek. Het antwoord is overigens theoretisch zeer zwak. Een soortgelijk oordeel over de theorie van Walzer velt Govert den Hartogh in de slotbijdrage «De architectuur van Walzers rechtvaardigheidstheorie» (pp. 231-256).

Dit brengt ons dan tot de vraag: wat is de waarde van Walzers theorie? Als theoretische constructie is het antwoord blijkbaar unaniem negatief, ook in de bijdrage tot de bundel waar de vraag uitdrukkelijk gesteld wordt. De bijdragen van Walzer tot deze bundel is zeker niet zo dat het dit oordeel ontkracht. De afwezigheid van (enige ernstige aandacht voor) het recht in Walzers theorie is niet enkel een leemte. Immers, «de verschillende rechtvaardigheidssferen zijn voor hun ontwikkeling voor een groot deel afhankelijk van het recht. Sterker nog: zij worden er voor een groot deel door bepaald» (Ton Hol op p. 109). Walzers «blinde vlek» leidt ook tot foutieve conclusies. Zo wijst Bovens er terecht op dat rechtsnormen vaak de enige «shared understandings» zijn die het maatschappelijk verkeer (nog) mogelijk maken in samenlevingen met een grote mate van anonimiteit en een pluralisme van culturen. Ook biedt recht een belangrijke bescherming tegen dominante groepen. In sferen zoals de gezondheidszorg, de psychiatrie, het onderwijs, het leger «kan het officiële recht onmondigen te hulp schieten om de definitieve macht van deskundigen aan banden te leggen» (p. 104).

Den Hartogh toont de theoretische zwakte aan van elk van de centrale begrippen in Walzers theorie. Toch is zijn eindoordeel over Walzer (zeer) positief, doch pas nadat hij zijn theorie geherinterpreteerd en (grondig) geherstructureerd heeft. De vraag is dan: is dit nog de theorie van Walzer of een (nieuwe) theorie van Den Hartogh? De eerste mogelijkheid lijkt aannemelijk. In een voorwoord tot een recent verschenen boek stelde de auteur «dat hij zijn eigen inzichten pas werkelijk had begrepen nadat Den Hartogh ze hem had uitgelegd» (Lagerspetz, Eerik, *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*, Dordrecht/Boston/Londen, Kluwer Academic Publishers, 1995, p. X). Wellicht overkomt dit nu ook Walzer.

Maar wat is dan het positieve aan Walzers theorie? Zoals Bader erop wijst komt Walzer «de historische verdienste toe als een van de eersten in de politieke filosofie de problemen van lidmaatschap en uitsluiting naar voren te hebben gebracht» (p. 139). Voor Den Hartogh ligt de verdienste van Walzer in zijn «trouw aan de fenomenen»,

in zijn gevoeligheid voor de kleinste nuances in onze gemeenschappelijke opvattingen, onze «shared understandings». Zijn theorie is «dichter bij de waarheid dan haar concurrenten» (p. 256). We kunnen het nog anders formuleren: een auteur die er in die mate in slaagt het kritisch denken van anderen te stimuleren, heeft hierdoor reeds zijn nut bewezen. Dat het kritisch denken vruchtbaar gestimuleerd wordt, blijkt duidelijk uit deze bundel.

Mark Van Hoecke

MEDEDELINGEN

Alumnidag van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Brussel

Op zaterdag 14 oktober 1995 organiseert de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de V.U.B. een Alumnidag.

Programma:

13u00: Ontvangst deelnemers

13u45: Verwelkoming door de Decaan

14u00: Voordrachten in 5 secties:

1. Sectie Strafrecht

A. «De nieuwe wet op het af luisteren van telefoongesprekken» (de h. M. De Swaef)

B. «Het milieu straf(proces) recht» (mr. B. Bronders)

2. Sectie Criminologie

A. Inleiding (prof. Ch. Eliaerts en prof. S. Snacken)

B. Getuigenissen uit de praktijk:

- magistratuur (de h. B. Bulthe)

- politie (de h. F. Buelens)

- gevangeniswezen (de h. R. Van de Voorde)

- private politie, bewaking en beveiliging: (de h. M. Cools)

3. Sectie Staats- en Bestuursrecht

A. «Openbaarheid van bestuur: naar een betere rechtsbescherming van de gebruiker van een openbare dienst» (mevr. Chantal Bamps, mevr. D. Coppens, de h. G. Vermeylen)

B. «Recente trends in het parlementair recht: naar een grotere doorzichtigheid» (de h. prof. dr. L. Veny en d. h. N. Vandermarliere)

4. Sectie Burgerlijk recht

A. «De nieuwe echtscheidingswet: praktische evaluatie van een jaar werking» (mr. S. Brouwers)

B. «Werving van de magistratuur: wettelijke regeling en problemen» (mr. F. Moeykens)

5. Sectie Economisch recht

A. «Natuurrampen verzekeren: op zoek naar een model van solidariteit in privé-beheer» (de h. W. Robyns)

B. «Enkele juridische vraagstukken betreffende de overname van een onderneming» (de h. J.L. Joris)

6. Sectie Fiscaal recht

«Fiscale aspecten verbonden aan het houden van onroerend goed» (L.A. Denys, W. D'Haese, B. Peeters, F. Van Den Heydonck, P. Van Heuverswijn en P. Wille)

17u00: Academische zitting en receptie

19u00: Banket

Voor bijkomende inlichtingen kan u contact opnemen met V.U.B. Rechtsfaculteit - Pleinlaan 2 - 1000 Brussel. Tel. (02)629.25.40/39.

Studiedag Belgische Vereniging van Bedrijfsjuristen

Op 19 oktober 1995 organiseert de Belgische Vereniging van Bedrijfsjuristen de Zesde Dag van de Bedrijfsjurist. Dit jaar wordt de toenemende plaats van het strafrecht in het bedrijfsleven bestudeerd.

Voor bijkomende inlichtingen en inschrijvingen kan U zich wenden tot het sekretariaat van de Belgische Vereniging van Bedrijfsjuristen, Ravensteinstraat 36/2, 1000 Brussel, tel. (02)512.74.33 en fax. (02)502.65.70