

Gerechtelijk Recht

Tussen “gelijk hebben” en “gelijk krijgen” Enkele recente ontwikkelingen in het burgerlijk procesrecht

Benoit ALLEMEERSCH
Instituut voor Gerechtelijk Recht, K.U. Leuven

Paul VAN ORSHOVEN
decaan faculteit Rechtsgeleerdheid K.U. Leuven

Kris WAGNER
Instituut voor Gerechtelijk Recht, K.U. Leuven

I. De macht van de rechter ¹

§1. *Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden: mogelijkheid of verplichting?*

1. De essentie van de jurisdictionele functie is rechtsgeschillen beslechten, wat een juridisch onderbouwde oplossing impliceert. Weliswaar mag de rechter zelf geen feiten aanbrengen, maar het komt hem in beginsel wel toe autonoom de voorgelegde feiten te kwalificeren en te oordelen welke rechtsregel hij daarop toepast, ook al wijkt hij daarmee af van de stellingen van de procespartijen 2. Dit principe wordt uitgedrukt in het adagium “da mihi factum, dabo tibi ius”: “geef mij de feiten en ik – de rechter – geef u het recht.” Op de vraag of de rechter ambtshalve een juridisch middel mag opwerpen, is het antwoord dus positief, mits bepaalde voorwaarden gerespecteerd worden (zie daarover verder meer).

2. In dat verband rijst de belangrijke vraag naar het facultatief dan wel dwingend karakter van deze substitutie. Stel dat de rechter van oordeel is dat de partijen de feiten verkeerd kwalificeren, een cruciale rechtsregel links laten liggen of een juridisch argument over het hoofd zien. Moet die rechter dan de motieven aanvullen of vervangen of is dat slechts een vrijblijvende mogelijkheid? Met andere woorden, schiet hij tekort wanneer hij zich houdt aan de grenzen van het debat zoals die door de partijen zijn afgebakend en kan zijn beslissing om die reden vernietigd worden? Het antwoord daarop hing lange tijd in de lucht. Weliswaar had het Hof van Cassatie in een zestal oudere arresten de aanvulling van juridische motieven bestempeld als een verplichting voor de rechter 3, toch aarzelde de rechtsleer om die arresten al te veel precedentwaarde toe te kennen 4. Het hoogste rechtscollege had de daarin ingenomen positie immers nooit meer bevestigd. Meestal bleef het Hof op de vlakke en luidde het eenvoudig dat het de rechter “toekomt” of “staat” om de motieven aan te vullen, zonder duidelijk te maken of het gaat om een vrijblijvende mogelijkheid dan wel een dwingende plicht 5. In andere arresten luidde het zelfs enkel dat

¹ Zie B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Intersentia, Antwerpen, 2007 (ter perse).

² Zie o.m. E. Krings, concl. bij Cass. 9 oktober 1980, Pas. 1981, I, (159) 166; C. Matray en L.-M. Henrion, “L’art de la communication: conclure et juger”, J.T. 1991, (185) 186.

³ Cass. 12 maart 1992, Arr. Cass. 1991-92, 669; Cass. 27 oktober 1988, Arr. Cass. 1988-89, 238; Cass. 10 mei 1985, Arr. Cass. 1984-85, 1243 en R.W. 1985-86, 2215, noot W. Rauws; Cass. 29 november 1967, Arr. Cass. 1968, 460; Cass. 6 januari 1961, Pas. 1961, I, 491; Cass. 22 september 1955, Arr. Verbr. 1956, 16. Vgl. Cass. 2 februari 1989, Arr. Cass. 1988-89, 657.

⁴ In die zin: J.-F. Van Drooghenbroeck, *Cassation et juridiction. Iura dicit curia*, Brussel, Bruylant, 2004, 515-518.

⁵ Bijv. Cass. 8 maart 1993, Arr. Cass. 1993, 265; Cass. 18 februari 1993, Arr. Cass. 1993, 202; Cass. 30 januari 1986, Arr. Cass. 1985-86, 722; Cass. 17 juni 1983, Arr. Cass. 1982-83, 1290; Cass. 24 november 1978, Arr. Cass. 1978-79, 341, concl. proc.-gen. Krings. Nog dubbelzinniger is de rechtspraak waarin het Hof stelt dat de rechter “ertoe gehouden is” de juridische aard van de voorgelegde feiten te

de rechter de motieven “kan” aanvullen, hoewel niet duidelijk is of het Hof daarmee echt beoogde het facultatieve karakter te beklemtonen. De kwestie bleef dus onbeslecht. Duidelijkheid lijkt er nu alsnog te zijn gekomen met het cassatiearrest van 14 april 2005 6, waarin het Hof voor het eerst sinds lang de kwestie opnieuw heeft opgenomen. In de zaak die eraan voorafging, had de oorspronkelijke eiseres zich beroepen op de quasi-contractuele aansprakelijkheid van haar tegenpartij om schadevergoeding te bekomen. De feitenrechter had deze grondslag verworpen en had eraan toegevoegd dat aangezien eiseres zich niet beriep op een contractuele fout, er niet kon worden nagegaan of verweerster misschien wel contractueel aansprakelijk kon worden gesteld. Het Hof van Cassatie vernietigde deze beslissing op grond “dat de rechter gehouden is het geschil te beslechten overeenkomstig de daarop toepasselijke rechtsregel; dat hij, mits hij het recht van verdediging eerbiedigt, de plicht heeft ambtshalve de rechtsmiddelen op te werpen waarvan de toepassing geboden is door de feiten, die door de partijen in het bijzonder worden aangevoerd tot staving van hun eisen” 7. De feitenrechter had zijn beslissing dus niet wettig verantwoord door de vordering af te wijzen met het enkele argument dat er geen grond voor buitencontractuele aansprakelijkheid was, zonder na te gaan of de feiten die eiseres had ingeroepen niet konden gelden als een contractuele fout.

Aldus ging het Hof in op het middel, dat onder meer gegrond was op de schending van de artikelen 5 en 1138, 3° van het Gerechtelijk Wetboek (verbod op rechtsweigering) evenals het “algemeen rechtsbeginsel krachtens hetwelk de rechter gehouden is om, mits hij het recht van verdediging eerbiedigt, de rechtsnorm te bepalen die van toepassing is op de bij hem ingestelde rechtsvordering en die regel, welke onder meer vervat ligt in artikel 774 van het Gerechtelijk Wetboek, toe te passen.”

§2. Substitutie van motieven: beperking door “de oorzaak van de vordering”

3. Bij dit alles moet men voor ogen houden dat de macht van de rechter om de rechtsgronden aan te vullen niet onbeperkt is, wat kan worden samengevat met de formule die het Hof van Cassatie sinds jarenlang in vaste rechtspraak herhaalt: de rechter mag de rechtsgronden slechts aanvullen op voorwaarde dat hij (i) noch het voorwerp (ii) noch de oorzaak van de vordering wijzigt, dat hij (iii) enkel steunt op elementen die hem regelmatig zijn overgelegd, dat hij (iv) geen betwisting opwerpt waarvan de partijen bij conclusie het bestaan hebben uitgesloten en dat hij (v) daarbij het recht van verdediging van de partijen eerbiedigt.

Elk van deze voorwaarden roept specifieke moeilijkheden op, maar de meeste aandacht gaat ongetwijfeld naar de vereiste betreffende de oorzaak.

onderzoeken, maar er meteen aan toevoegt dat hij in dat geval de motieven van partijen zo nodig “mag” aanvullen... (Cass. 19 juni 1998, Arr. Cass. 1998, 731; Cass. 10 maart 1997, Arr. Cass. 1997, 327; Cass. 9 februari 1995, Arr. Cass. 1995, 159).

6 Cass. 14 april 2005, R.A.B.G. 2005, 1663, noot R. Verbeke, J.T. 2005, 661, noot J. Van Compennolle en J.L.M.B. 2005, 860, noot G. De Leval.

7 Zie eerder al, in dezelfde zin: Cass. 7 oktober 2004, nr. C.99.0289.F, www.cass.be.

Blijkbaar verdraagt de dagelijkse geschillenpraktijk het abstracte karakter van deze notie niet zo goed. De rechtspraak van het Hof van Cassatie hierover is bovendien niet altijd even coherent. Recent heeft het hoogste Hof evenwel enkele arresten geveld die volgens een aantal auteurs een einde stellen aan alle controverses. Het loont de moeite daar even bij stil te staan.

4. In gewone mensentaal is de oorzaak van een eis de reden waarom men de rechter aanspreekt, het feit dat concreet aanleiding gaf tot de betwisting. Zo bijvoorbeeld de weigering van de koper om de prijs te betalen, de onvoorzichtigheid van een automobilist die een verkeersslachtoffer schade heeft berokkend, de familiale ontwrichting die de echtgenoten doet vragen om de beëindiging van hun huwelijksband, enzovoort. Procesrechtelijk bekeken liggen de zaken evenwel minder eenvoudig. Tal van auteurs hebben diverse omschrijvingen gegeven aan het begrip, vaak met zoveel nuances dat het voor een niet-specialist bijna ondoenbaar wordt om nog helder te zien in deze materie. Terecht stelt Thion over de oorzaak: “Voorliggend concept, dat volkomen kunstmatig is (...), heeft inderdaad metafysische proporties aangenomen en wekt hierdoor bij menig jurist een gevoel op van onbehagen” 8. Zo heeft men de oorzaak al omschreven als: “de juridische grondslag waarop men zijn aanspraak steunt” 9, “het rechtsfeit of de rechtshandeling die aan de vordering ten grondslag ligt” 10, “de (juridische) titel waarop een partij haar vordering laat steunen” 11, “het geheel van juridisch gekwalificeerde feiten dat partijen hebben ingeroepen om hun aanspraken te schragen” 12, “de handeling of het feit ingeroepen in de dagvaarding met abstractie van elke juridische kwalificatie die er eventueel door de partijen aan werd gegeven” 13, en “de gebeurtenis die het geschil tussen de partijen heeft uitgelokt” 14.

8 P. Thion, “Kwalificatie van oorzaak en voorwerp van de vordering”, N.J.W. 2003, (726) 728.

9 Bijv. J. Cerckel, “Beschouwingen over het gerechtelijk contract”, R.W. 1964-65, (185) 192 (“(..) de oorzaak van de eis (is) de juridische grondslag ervan (..)”); P. Pescatore, *Introduction à la science du droit*, Luxemburg, Offices des imprimés de l'état, 1960, 373 (“Par cause du procès, on entend le fondement juridique de ces prétentions”). Raadpl. ook W.J. Ganshof van der Meersch, concl. bij Cass. 4 mei 1972, Pas. 1972, (806) 816.

10 Bijv. E. Krings, “Het ambt van de rechter bij de leiding van het rechtsgeding”, R.W. 1983-84, (337) 346 (die verder in zijn rede spreekt van “het juridisch feit dat ten grondslag ligt aan de vordering”).

11 Ibid. Zie ook E. Krings en B. De Coninck, “Het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden”, T.P.R. 1982, (655) 671 en 673 (“de oorzaak is dus (...) de titel waarop de partij zich beroept om uit het vastgesteld feit, het gevorderde te bekomen”).

12 F. Rigaux, “L’objet et la cause de la demande en droit judiciaire privé”, noot onder Cass. 4 mei 1972, R.C.J.B. 1973, (239) 247 e.v. Zie ook F. Rigaux, “Scission du fait et du droit et la distinction entre le droit interne et le droit étranger”, noot onder Cass. 24 november 1978 en Cass. 9 oktober 1980, R.C.J.B. 1982, (8) 38 e.v.

13 J. Van Compernelle, “L’office du juge et le fondement du litige”, noot onder Cass. 24 november 1978 en 9 oktober 1980, R.C.J.B. 1982, (5) 31.

14 P. Van Orshoven, “Het verschil tussen ‘vragen’ en ‘inroepen’. Over het beschikingsbeginsel of de macht van de rechter in fiscalibus”, in X (ed.), *Mélanges Jac-*

5. Rond deze begrippen is een bijna heroïsche strijd ontstaan over de vraag of men de oorzaak zuiver feitelijk of ook juridisch moet invullen. De inzet van deze twist is niet gering: als de oorzaak louter feitelijk is, dan kan de rechter ongehinderd andere rechtsgronden aanbrengen, maar als de oorzaak daarentegen juridisch is of mag zijn, dan is de mogelijkheid tot ambtshalve aanvulling van rechtsgronden veel beperkter, zometeen onbestaande. De basisgedachte achter de strekking die de oorzaak juridisch laat invullen, is dat recht en feit sowieso té moeilijk uit elkaar te houden zijn.¹⁵ Dat bezwaar is voor een belangrijk deel van de rechtsleer nochtans geen beletsel om de oorzaak toch gelijk te stellen met de blote feiten die ten grondslag liggen aan de aanspraak, waarna het “onderwerp” van de vordering uiteindelijk de juridische grondslag uitmaakt van het gelijk van de eiser, dat met andere woorden de gegrondheid aantoont van het door hem gevorderde “voorwerp”, datgene waartoe hij de verweerder wil laten veroordelen. Deze auteurs willen vooral recht doen aan het adagium “*da mihi factum, dabo tibi ius*” en vinden dat de rechter ambtshalve moet kunnen overgaan

“à la réqualification (des faits) qui lui ont été soumis avec une coloration selon lui erronée”¹⁶.

6. Wat is nu de positie van het Hof van Cassatie in deze discussie? Een overzicht van de cassatierechtspraak van de vier laatste decennia leert ons dat, wanneer het Hof het vraagstuk van de oorzaak van de vordering aanraakt, “case by case” tewerk gaat en zelden of nooit ingaat op de controverse. Slechts enkele malen heeft het zich uitdrukkelijk uitgesproken over de betekenis van het begrip oorzaak en telkens koos het voor een eerder juridische invulling. Eerst en vooral is er het bekende arrest van 4 mei 1972, waarin het Hof de oorzaak heeft gedefinieerd als “de juridische grondslag die de partijen voor hun aanspraak hebben ingeroepen”¹⁷, doch dat arrest laten wij hier buiten beschouwing omdat daarin geen probleem van aanvulling van rechtsgronden maar van aanhangigheid aan de orde was.

Interessanter zijn twee arresten uit 1925 en 1964 waarin de oorzaak werd gelijkgesteld met “het juridische feit dat ten grondslag ligt aan de zaak”¹⁸. Daarnaast is er nog recentere rechtspraak waarin het Hof de oorzaak schijnbaar

ques Van Compernelle, Brussel, Bruylant, 2004, (821) 826 (eveneens verschenen in T.F.R. 2004, 155 e.v.).

- 15 Zie bijv. F. Rigaux, “Scission du fait et du droit et la distinction entre le droit interne et le droit étranger”, noot onder Cass. 24 november 1978 en Cass. 9 oktober 1980, R.C.J.B. 1982, (8) 42. Raadpl. ook A. Van Oevelen en E. Dirix, “De ambtshalve aanvulling of wijziging van rechtsgronden en de problematiek van de samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid”, R.W. 1985-86, (903) 906.
- 16 J. Van Compernelle, “L’office du juge et le fondement du litige”, l.c., 23, met verwijzing in voetnoot 41.
- 17 Cass. 4 mei 1972, Arr. Cass. 1972, 824 (in deze zaak ging het wel om een probleem van aanhangigheid en niet om de aanvulling van rechtsgronden, wat de precedentwaarde ervan voor ons onderzoek meteen relativeert).
- 18 Cass. 24 september 1964, Pas. 1965, I, 77 (“le fait juridique qui lui sert de fondement immédiat”); Cass. 15 oktober 1925, Pas. 1926, I, 11 (“le fait juridique qui fondait l’action”).

heeft gelijkgesteld met de “rechtsfeiten waarop de vordering was gegrond”¹⁹. Hoe dat begrip “rechtsfeit” of “juridisch feit” moet worden ingevuld, is evenwel niet helemaal duidelijk. Het Hof geeft daarop zelf geen antwoord; zijn benadering is veeleer casuïstisch, geënt op de concrete omstandigheden van elke zaak. Die omstandigheden zijn voor de lezer van het cassatiearrest moeilijk in te schatten, omdat hij geen kennis heeft van de inhoud van het rechtsplegingsdossier – met name de conclusies die in de aanleg voorafgaand aan de cassatieprocedure zijn uitgewisseld – en van de precieze wijze waarop de partijen het debat hebben gevoerd.

Een en ander belet niet dat men wel een poging kan ondernemen tot classificatie van arresten naargelang daaruit een eerder juridische dan wel feitelijke invulling van de oorzaak spreekt. Die oefening levert wel een verwarrend resultaat op: het Hof blijkt namelijk geen vaste koers aan te houden en integendeel vaak te schipperen tussen een eerder juridische en een feitelijke invulling van de oorzaak. Er zijn enerzijds veel arresten die de oorzaak nogal juridisch lijken in te vullen, doordat zij niet toestaan dat de rechter ambtshalve een andere rechtsgrond toepast op de zaak of een andere juridische kwalificatie geeft aan de feiten wanneer de partijen daarover al positie hebben ingenomen²⁰. Het typevoorbeeld daarvan is het Citadel van Dinant-arrest, waarin het Hof oordeelde dat wanneer aan de rechter een vordering wordt voorgelegd tot vergoeding van de schade die veroorzaakt werd aan een gebouw door stenen die neerstortten van de Citadel te Dinant, die rechter de oorzaak van de vordering wijzigt door deze toe te kennen op basis van een verstoring van het evenwicht tussen de naburige eigendommen, terwijl de eiser zijn aanspraak enkel steunde op een aquiliaanse fout²¹. Deze restrictieve rechtspraak wordt geregeld afgewisseld met arresten die de oorzaak veel feitelijker opvatten en de rechter merkbaar meer ruimte laten voor aanvulling van rechtsgronden²². In die laats-

¹⁹ Cass. 18 februari 1993, Arr. Cass. 1993, 202: “Overwegende dat het hof van beroep (...) op het geschil de rechtsregels heeft toegepast die volgens het hof de betrekkingen tussen de partijen regelden, zonder zijn beslissing te gronden op andere rechtsfeiten dan die waarop de vordering was gegrond en, derhalve, zonder de oorzaak ervan te wijzigen” (eigen cursivering).

²⁰ Zie bijv. Cass. 8 februari 2001, Arr. Cass. 2001, 248 en T.B.B.R. 2002, 446, noot G. Closset-Marchal; Cass. 5 december 1997, Arr. Cass. 1997, 1287; Cass. 31 oktober 1996, Arr. Cass. 1996, 975; Cass. 16 november 1992, Arr. Cass. 1991-92, 1309; Cass. 23 februari 1990, Arr. Cass. 1989-90, 830; Cass. 20 november 1989, Arr. Cass. 1989-90, 379; Cass. 16 maart 1989, Arr. Cass. 1988-89, 823; Cass. 12 maart 1987, Arr. Cass. 1986-87, 916; Cass. 17 april 1986, Arr. Cass. 1985-86, 1114; Cass. 3 december 1984, Arr. Cass. 1984-85, 463; Cass. 9 februari 1984, Arr. Cass. 1983-84, 703; Cass. 22 december 1983, Arr. Cass. 1983-84, 470; Cass. 29 april 1982, Arr. Cass. 1981-82, 1058; Cass. 10 januari 1980, Arr. Cass. 1979-80, 547; Cass. 10 maart 1977, Arr. Cass. 1977, 755; Cass. 25 februari 1977, Arr. Cass. 1977, 694; Cass. 13 juni 1974, Arr. Cass. 1974, 1130; Cass. 13 april 1972, Arr. Cass. 1972, 758; Cass. 9 januari 1969, Arr. Cass. 1969, 450; Cass. 8 december 1967, Arr. Cass. 1968, 507; Cass. 4 oktober 1956, Arr. Verbr. 1957, 54; Cass. 7 juli 1898, Pas. 1898, I, 265. In dezelfde zin, maar zonder uitdrukkelijke verwijzing naar de theorie van de oorzaak: Cass. 28 september 1950, Arr. Verbr. 1951, 30.

²¹ Cass. 20 maart 1980, Arr. Cass. 1979-80, 903.

²² Zo bijv. Cass. 22 januari 1998, Arr. Cass. 1998, 107; Cass. 9 februari 1995, Arr. Cass. 1995, 159; Cass. 18 februari 1993, Arr. Cass. 1993, 202; Cass. 30 januari 1986, Arr. Cass. 1985-86, 722; Cass. 16 december 1985, Arr. Cass. 1985-86, 574;

te categorie past ook de rechtspraak naar luid waarvan het de rechter steeds toegestaan is aan een contract de juiste benaming toe te kennen en het zondig te herkwalficeren 23.

7. Recent is ophef ontstaan over twee cassatiearresten die een ommekeer lijken aan te kondigen. Het begon met het arrest van 18 november 2004, naar luid waarvan “het (bestreden) arrest, dat steunt op feiten die niet door de partijen waren aangevoerd, aldus de oorzaak van de vordering wijzigt en het beschikkingsbeginsel miskent” 24. Deze overweging viel op, niet zozeer door wat erin staat maar vooral door wat er niet in staat: er is immers geen sprake meer van “juridische feiten” of “rechtsfeiten”, enkel nog van “feiten.” Van Drooghenbroeck vatte deze woordkeuze op als een bevestiging door het Hof dat de oorzaak niets anders is dan het geheel van feiten aangevoerd door de partijen, los van elke juridische thematisering 25. Hij sprak dan ook van “un grand arrêt”, waarvan hij hoopte dat het navolging zou krijgen. Daarbij past enige terughoudendheid. De commentator is misschien wat hard van stapel gelopen door aan te nemen dat het Hof met deze beslissing de controverse over de invulling van het oorzaakbegrip heeft willen beslechten; de formulering van de betrokken overweging noch de toedracht van de zaak doen vermoeden dat zulks daadwerkelijk het opzet was. De interpretatie van Van Drooghenbroeck lijkt vooral overdreven omdat bij nadere lezing de aangevochten beslissing strijdig lijkt te zijn met het verbod op wijziging van de oorzaak, ongeacht of men die juridisch dan wel feitelijk invult. Inderdaad, in de zaak die aan het cassatiearrest voorafging had de oorspronkelijke eiser schadevergoeding gevorderd wegens verbreking van een concessieovereenkomst en kende de feitenrechter die vergoeding gedeeltelijk toe op de grond dat “de houding van (eiseres) [aan] (verweerster) nadeel heeft berokkend daar zij geenszins heeft meegewerkt om de ware toedracht te verduidelijken en nadien geweigerd heeft de impasse te doorbreken.” Door aldus te oordelen heeft de rechter de veroordeling gebaseerd op feiten die

Cass. 26 februari 1960, Arr. Verbr. 1960, 612. In dezelfde zin, maar zonder uitdrukkelijke verwijzing naar de theorie van de oorzaak: Cass. 6 januari 1961, Pas. 1961, I, 491; Cass. 10 juni 1960, Arr. Verbr. 1960, 912; Cass. 26 februari 1960, Arr. Verbr. 1960, 612; Cass. 27 november 1959, Arr. Verbr. 1960, 277; Cass. 16 december 1943, Arr. Verbr. 1944, 55. Zie ook Cass. 25 maart 1982, R.W. 1982-83, 2735 (hoewel de eiser daarin geen schending van het beschikkingsbeginsel had aangevoerd, maar enkel van artikel 807 Gerechtelijk Wetboek, 1134 Burgerlijk Wetboek en het recht van verdediging); Cass. 28 september 1981, Arr. Cass. 1981-82, 158 (hoewel daarin het verbod op wijziging van de oorzaak niet letterlijk ter sprake komt, doch enkel het verbod om uitspraak te doen over niet gevorderde zaken).

23 Cass. 15 februari 1982, Arr. Cass. 1981-82, 772; Cass. 30 maart 1979, Arr. Cass. 1978-79, 900; Cass. 9 mei 1968, Arr. Cass. 1968, 1114; Cass. 24 september 1964, Pas. 1965, I, 77; Cass. 8 april 1960, Arr. Verbr. 1960, 731; Cass. 27 november 1959, Arr. Verbr. 1960, 277. Vgl. Cass. 8 april 1960, Arr. Verbr. 1960, 731.

24 Cass. 18 november 2004, J.T. 2005, 160, noot J.-F. Van Drooghenbroeck.

25 J.-F. Van Drooghenbroeck, “La théorie de la cause en voie de dénouement”, noot onder Cass. 18 november 2004, J.T. 2005, (160) 161. In dezelfde zin: J. Linsmeau en X. Taton, “Le principe dispositif et l’activisme du juge”, in J. Linsmeau en M. Storme (eds.), *Finalité et légitimité du droit judiciaire – Het gerechtelijk recht waarom en waarheen?*, Brugge, die Keure, 2005, (103) 119.

de eiser hoegenaamd niet had aangevoerd, meer bepaald het obstructieve procesgedrag van zijn tegenpartij. Deze omstandigheid in acht genomen, lijkt het weinig aannemelijk dat het Hof met dit arrest heeft willen zeggen wat de voormelde commentator er in leest.

De controverse werd evenwel opnieuw gevoed met het arrest van 14 april 2005, dat eerder al aan bod kwam. Zoals vermeld werd daarin de bestreden beslissing vernietigd omdat de feitenrechter had nagelaten te onderzoeken of de vordering, die ingesteld was wegens delictuele aansprakelijkheid, niet had kunnen toegewezen worden op grond van contractuele aansprakelijkheid. Het is duidelijk dat het Hof hiermee ingaat tegen de opvatting van voormalig procureur-generaal Krings, voor wie het duidelijk was dat een rechter niet ambtshalve een contractuele fout kon substitueren door een delictuele of vice versa, zonder de oorzaak te wijzigen. Toch is ook dit arrest geen scharnierbeslissing in het grote debat over de theorie van de oorzaak 26. Het Hof heeft immers in dit arrest evenmin stelling ingenomen over de invulling van het oorzaakbegrip, dat er zelfs niet met zoveel woorden in vermeld wordt. Het arrest mag toegevoegd worden aan het lijstje van beslissingen waarin het Hof de oorzaak eerder feitelijk lijkt in te vullen, maar daar blijft het ook bij. Het is nog steeds wachten op een principebeslissing, zij het dat die misschien niet zo lang meer op zich zal laten wachten vermits het momentum duidelijk in het voordeel van de loutere feitelijke benadering speelt.

II. Nietigheden in het burgerlijk procesrecht²⁷

§1. *Nietigheid, ultimum remedium of standaardsanctie?*

8. Iedereen is het erover eens dat nietigheid zo ingrijpend is, dat zij in het procesrecht slechts mag gelden als *ultimum remedium*, wanneer aan een dubbele voorwaarde voldaan is (1) enige andere vervangende sanctie of remediërende maatregel is niet mogelijk of niet opportuun; (2) enige verzachting van de nietigheid is niet opportuun. Een debat moeten voeren over de wenselijkheid of de noodzaak van een remediëring (met uiteraard het risico dat de rechter in een bepaalde casus besluit tot afwezigheid van een dergelijke wenselijkheid of noodzaak), is meestal een dermate onprettig vooruitzicht, dat de loutere gedachte daaraan een zeer belangrijke factor van normhandhaving is (het af-

²⁶ Zoals de meeste commentatoren nochtans aannemen, ook al werd eerder hetzelfde revolutionaire karakter reeds toegeschreven aan het cassatie-arrest van 18 februari 1993. Zie aldus G. De Leval, “Un arrêt fondamental et attendu”, noot onder Cass. 14 april 2005, J.L.M.B. 2005, 860; J. Linsmeau en X. Taton, “Le principe dispositif et l’activisme du juge”, in J. Linsmeau en M. Storme (eds.), *Finalité et légitimité du droit judiciaire – Het gerechtelijk recht waarom en waarheen?*, Brugge, die Keure, 2005, (103) 119-120; J. Van Compernelle, “La cause de la demande: une clarification décisive”, noot onder Cass. 14 april 2005, J.T. 2005, 661; R. Verbeke, “De oorzaak van de vordering en het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden”, noot onder Cass. 14 april 2005, R.A.B.G. 2005, (1663) 1669.

²⁷ Zie K. WAGNER, *Sancties in het burgerlijk procesrecht*, Maklu, Antwerpen, 2007 (ter perse).

schrikkend effect van het *risico* van een sanctie), zodat niet elke daadwerkelijke normovertreding het procesverloop grondig moet verstoren.

De nietigheid van een proceshandeling vindt haar grondslag in een onregelmatigheid die of een verzuim dat dermate ernstig is dat zulks het goede procesverloop daadwerkelijk verstoort en de rechten – meestal het recht van verdediging – van de wederpartij werkelijk aantast of ernstig dreigt aan te tasten, derwijze dat die proceshandeling – of andere, latere proceshandelingen – geacht wordt of worden nooit te hebben plaatsgevonden.

Gelet op de verregaande versterking van het rechtsverkeer ingevolge de nietigheid, dient deze sanctie te worden voorbehouden tot gevallen waarin geen verzachting of remediëring mogelijk of wenselijk is. Hierna zal blijken dat de nietigheid eigenlijk slechts op haar plaats is wanneer de rechtsvordering wordt uitgeoefend op een wijze die de belangen (en in het bijzonder het recht van verdediging) van de wederpartij aantast of ernstig dreigt aan te tasten, of wanneer sprake is van een zgn. “absolute” nietigheid waarbij belangenschade vermoed wordt. Wie de belangen van de wederpartij niet schaadt, zal in principe ook de goede werking van het rechterlijk apparaat niet in het gedrang brengen. Anders gezegd: bij ontstentenis van belangenschade, zal in principe geen nietigheid kunnen worden uitgesproken, behoudens zoals gezegd de zgn. “absolute” nietigheden. Belangenschade is dus, voor wat betreft de zgn. “relatieve nietigheden”, een noodzakelijke doch geen voldoende voorwaarde, want als het normdoel bereikt is, zal de nietigheid spijs de belangenschade niet worden uitgesproken.

Dat enkel het voorliggen van een absolute nietigheid (zonder dat belangenschade vereist is als het gaat om een absolute nietigheid vermeld in art. 862²⁸ of een relatieve nietigheid met belangenschade (art. 861), zonder dat het normdoel bereikt werd (art. 867), de grondslagen van een nietigheid – van onverschillig welke proceshandeling, art. 860 – kan opleveren, is een uitgangspunt dat uit samenlezing van voormelde wetsbepalingen blijkt. Verder zal nog blijken dat bepaalde afwijkingen van dat uitgangspunt (met name het verhaal van de “regels van rechterlijke organisatie”), moeilijk met de wet verenigbaar zijn.

§2. De rechtspraak: restrictieve toepassing van de verzachtingsregels

9. Wat in het gerechtelijk recht het voorwerp kan uitmaken van nietigheid, is een proceshandeling. Het Hof van Cassatie definieerde de notie “proceshandelingen” in een arrest van 28 april 1988 als “een handeling die in het kader van een proces of onder toezicht van het gerecht, door de partijen, hun gevolmachtigden of het hulp personeel van de rechter is verricht”.²⁹

De wetgever had bij de formulering van art. 860 Ger. W. de bedoeling het begrip “proceshandelingen” zo ruim mogelijk te formuleren, dit met het oog op deformalisering van het procesrecht.³⁰ Hoe ruimer de notie proceshandelingen, hoe meer nietigheden in aanmerking kunnen komen voor verzachting.

28 Belangenschade is dus wel vereist voor de absolute nietigheden wegens schending van een regel van openbare orde die niet vermeld is in de opsomming van art. 862.

29 Cass. 28 april 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, (1088) 1092.

30 Art. 860, lid 1: “Wat de verzuimde of onregelmatig verrichte vorm ook zij, geen proceshandeling kan nietig worden verklaard, indien de wet de nietigheid ervan niet uitdrukkelijk heeft bevolen.”

Blijkens de bovenstaande definitie, heeft het begrip “proceshandeling” niet enkel betrekking op handelingen binnen het kader van het eigenlijke proces voorafgaand aan het bekomen van een vonnis, maar ook op handelingen vericht ter uitvoering van of naar aanleiding van een vonnis. Aldus werd in het aangehaalde arrest van 28 april 1988 beschouwd als “proceshandeling” (weze het niet voorgeschreven op straffe van nietigheid): de betekening, in het kader van een uitvoerend beslag op onroerend goed, van een hoger bod aan de notaris bij gerechtsdeurwaardersexploot met aanzegging aan de koper, gepaard met een consignatie van het bedrag van het hoger bod op het kantoor van de notaris (art. 1592 Ger. W.).

10. In de rechtspraak bestaat echter een hardnekkige tendens om het toepassingsgebied van de verzachtingsregeling zo beperkt mogelijk te houden. De achterliggende redenen daarvoor zijn allicht de vrees voor laksheid, maar dat noopt niet altijd tot de gestrengheid die doorgaans aan de dag wordt gelegd, bijvoorbeeld door proceshandelingen te verdopen, wat soms aanleiding geeft tot haast surrealistische resultaten. Een arrest van het Hof van Cassatie van 20 december 1996 is daarvan een voorbeeld.³¹

Een partij laat een dagvaarding betekenen in handen van een lasthebber (in casu een scheepsagent) in plaats van aan de gedaagde zelf (in casu een rederij), terwijl bij die lasthebber geen keuze van woonplaats was gedaan.³² Het Hof overweegt “dat uit de vaststellingen van het arrest blijkt dat de dagvaarding betekend werd noch aan [de] persoon, noch aan de woonplaats van verweerder, noch aan een gekozen woonplaats, maar aan een lasthebber van verweerder bij wie geen woonplaats was gekozen; Dat het arrest uit die vaststellingen, zonder schending van de in het onderdeel aangewezen wetsbepalingen die de nietigheid van akten betreffen, vermocht te beslissen dat de verweerder niet rechtsgeldig was gedagvaard”.³³

In het licht van de aangevoerde geschonden wetsbepalingen, oordeelt het Hof van Cassatie met andere woorden dat o.m. de artikelen 860 en 861 Ger. W. niet geschonden werden, omdat in casu de verweerder niet rechtsgeldig zou gedagvaard zijn, en de verzachtingsregeling (o.m. het vereiste van belangenschade) enkel betrekking zou hebben op de “nietigheid van akten”. Dergelijke arresten verdienen om verschillende redenen geen bijval. Ten eerste omdat het Hof van Cassatie aldus de indruk wekt duidelijke wetteksten (cf. art. 860: “Wat de verzuimde of onregelmatig verrichte vorm ook zij...”) niet te willen toepassen, door in dit geval iets te hanteren dat moeilijk anders dan als een kunstgreep kan worden omschreven. Is een dagvaardingsexploot immers niet een archetypisch voorbeeld van een “akte”? Overwegen dat de verzachtingsregeling van de artikelen 860 e.v. enkel betrekking zou hebben op de nietigheid van akten, is eigenlijk zelfs een dubbele kunstgreep, want ten eerste blijkt uit de tekst van de wet zelf dat de verzachtingsregeling toepassing vindt op méér dan akten, namelijk op alle proceshandelingen. Ten tweede zou een gebrek in een dagvaardingsexploot zelfs met een verzachtingsregeling toepasselijk slechts op akten, daar nog steeds moeten onder kunnen vallen. De verzachtingsregeling is

³¹ Cass. 20 december 1996, *Arr. Cass.* 1996, 1241.

³² Zie voor een ander geval van betekening aan de scheepsagent: Antwerpen 19 maart 2001, *P. & B.* 2001, 253.

³³ Cass. 20 december 1996, *Arr. Cass.* 1996, 1242.

toepasselijk op alle proceshandelingen, waarvan akten een deelverzameling uitmaken, waar dagvaardingsexploten op hun beurt een deelverzameling van uitmaken.

De functie van een dagvaarding in een burgerlijke procedure is weliswaar belangrijk, maar beperkt. De oordeelsvorming van de rechter is in de overgrote meerderheid der gevallen slechts in geringe mate gebaseerd op de inhoud van de dagvaarding. Wat van belang is voor de oordeelsvorming van de rechter, is het debat zoals zich dat voor hem ontspint tijdens de pleidooien en/of zoals dat schriftelijk ontwikkeld wordt in de conclusies. Een dagvaarding is in die zin niet meer dan het belletje dat rinkelt om aan te kondigen dat de speeltijd voorbij is. Voor wie het hoort en terugkeert naar de klas, is het belletje niet meer van belang. Enkel voor wie het niet gehoord heeft (niet kon gehoord hebben) en niet komt opdagen tijdens de les, is er een probleem.

Omnis comparatio claudicat: strikt gezien ligt het natuurlijk iets ingewikkelder. Een dagvaarding heeft, toegeven, méér dan een signaalfunctie. Het signaal dat men zich moet komen verweren in rechte is op zich genomen zeer belangrijk, maar daarnaast dient de dagvaarding ook een (beknopte, maar toch min of meer duidelijke) indicatie te bevatten over datgene waartegen men zich moet komen verweren. De tweede functie van de dagvaarding kan men bijgevolg omschrijven als “verweervoorbereiding”.

Als men niet weet waartegen men zich moet komen verweren, kan men geen dossier samenstellen en kan men tegenwoordig in vele gevallen niet meer op zinnvolle wijze een raadsman kiezen (fenomeen van de specialisatie).

In het licht van de aangehaalde functies van de dagvaarding, is het een raadsel waarom de verzachtingsregeling daarop niet toepasselijk zou kunnen zijn. Immers, als betekend wordt aan een lasthebber bij wie blijkt geen woonstkeuze te zijn gedaan, maar die lasthebber maakt de dagvaarding niettemin over aan de lastgever, die vervolgens verschijnt, waar is dan het probleem?

Iemand die op een inleidingszitting verschijnt – zelfs onder alle voorbehoud m.b.t. de geldigheid van de dagvaarding – kan niet meer beweren dat hij “het belletje niet heeft horen rinkelen”. Het doel van de dagvaarding als signaal is bereikt wanneer iemand verschijnt op de inleidingszitting. Nietigheid van een dagvaarding kan bijgevolg – vanuit het oogpunt van de signaalfunctie van de dagvaarding, dus problemen m.b.t. de geldigheid van een betekening – m.i. slechts worden uitgesproken wanneer de dagvaarding haar doel als signaal niet bereikt heeft, zoals dat blijkt uit de afwezigheid van de verweerder.

Naast “niet verschijnen”, bestaat er ook het fenomeen van het “buiten adem verschijnen”, m.a.w. wanneer men slechts zeer korte tijd vóór de inleidingszitting kennis kreeg van de dagvaarding. Ook dat probleem is eenvoudig op te lossen, door op de inleidingszitting de zaak naar de rol te verzenden opdat partijen haar verder in gereedheid zouden brengen. Zolang op de inleidingszitting de zaak niet geheel of gedeeltelijk reeds beslecht wordt, en zolang er geen sprake is van verstek, bestaat er dus geen reden om enige sanctie op te leggen naar aanleiding van problemen m.b.t. de signaalfunctie van de dagvaarding (verkeerd adres, problemen met woonstkeuze, etc.).

Ook wat de zgn. “verweervoorbereiding” betreft, ligt geen enkele reden voor om een dagvaardingsexploot te onttrekken aan de verzachtingsregeling. Als een dagvaarding obscuur is en op de inleidingszitting verschijnt een volstrekt onvoorbereide verweerder – in dit geval per hypothese niet “buiten

adem” – en in de dagvaarding werd toepassing gevraagd van art. 735 Ger. W., waarna op de inleidingszitting de zaak inderdaad wordt afgehandeld met korte debatten, dan ligt er wel degelijk een schending voor van de belangen van de verweerder en heeft de dagvaarding haar normdoel evenmin bereikt (vanuit dit oogpunt: door een voldoende duidelijke omschrijving van het onderwerp en de korte samenvatting van de middelen van de vordering (art. 702 Ger. W.) een behoorlijke voorbereiding van het verweer mogelijk maken). Dit voorbeeld maakt meteen duidelijk dat er geen behoefte bestaat aan een zgn. “sanctieloos” burgerlijk procesrecht.³⁴

Wanneer daarentegen de inhoud van de dagvaarding op zich genomen niet helemaal duidelijk is (de “korte samenvatting van de middelen van de vordering” was bijv. te beknopt of zonder meer enigzins), hoeft dat op zich niet onherroepelijk aanleiding te geven tot een nietigverklaring van de dagvaarding. Met name kan enerzijds geoordeeld worden dat het in de loop van het debat voor de verweerder wel duidelijk geworden is waartegen hij zich moet verweren, al dan niet na lectuur van de conclusies van de eiser. In dat geval kan besloten worden dat de dagvaarding niet obscuur was. Wanneer anderzijds ontegensprekelijk vaststaat dat de dagvaarding toch obscuur was, kan het vereiste van de belangenschade hier aanleiding geven tot verzachting (art. 861). Immers, indien de eiser in zijn conclusie wel de nodige duidelijkheid verschaft zodat de verweerder weet waartegen hij zich moet verweren, dan zal de verweerder in de meeste gevallen moeilijk kunnen aantonen dat de onduidelijkheid in de dagvaarding zijn belangen geschaad heeft. De concrete omstandigheden van de zaak zullen daarbij van belang zijn. Indien de verweerder bijvoorbeeld in een zaak waarin geen dwingende conclusietermijnen bepaald werden met gepaste spoed na de inleiding van de zaak (en vanzelfsprekend na mededeling van de stukken van de eiser) in zijn conclusie opwerpt dat hij niet weet waartegen hij zich moet verweren, en de eiser vervolgens met gepaste spoed duidelijkheid scheidt over waar het debat precies over gaat, dan kan de verweerder bezwaarlijk volhouden dat zijn belangen geschaad werden door het enigszins obscure karakter van de dagvaarding. Wanneer daarentegen wel dwingende conclusietermijnen werden opgelegd en de verweerder verliest ingevolge het obscure karakter van de dagvaarding per hypothese de helft van zijn zinvolle conclusiemogelijkheden (onduidelijke dagvaarding, conclusie voor verweerder, één conclusie voor eiser waarin duidelijkheid geschapen wordt, laatste conclusie voor verweerder), dan kan men volhouden dat de belangen van de verweerder door het obscure karakter van de dagvaarding wél geschaad werden. Ook in dit geval is remediëring niet uitgesloten. Immers, als de belangenschade voor de verweerder erin bestaat dat hem één nuttige conclusiemogelijkheid ontnomen wordt, dan kan de eiser aanbieden om een bijkomende conclusieronde te organiseren. Indien de verweerder in zo’n geval zou weigeren daarmee akkoord te gaan, kan geoordeeld worden dat er dus toch geen belangenschade blijkt voor te liggen, zonet zou de verweerder wel gebruik gemaakt hebben van de mogelijkheid hem geboden door de eiser.³⁵

³⁴ In dezelfde zin: J. LAENENS, “Het sanctieloos civiel proces”, in J. LINSMEAU en M. STORME (eds.), *Het gerechtelijk recht. Waarom en waarheen?*, Brugge, Die Keure, 2005, 49.

³⁵ Maar nogmaals, veel hangt af van de concrete situatie. Indien sprake is van een geschil met twaalf partijen en een bijkomende conclusieronde zou bijvoorbeeld

Alles wat te maken heeft met de aanhangigmaking van de vordering, met inbegrip van problemen i.v.m. de betekening en de inhoud van een dagvaardingsexploot, moet dus wel degelijk geacht worden te vallen binnen het toepassingsgebied van de verzachtingsregeling van de nietigheid. De wetgever heeft de bedoeling gehad dat toepassingsgebied zo ruim mogelijk op te vatten en tendenzen in de rechtspraak om op artificiële wijze allerlei (kern)fenomenen uit het burgerlijk proces – zoals de aanhangigmaking van de vordering – onbuigzaam en formalistisch te bejegenen en het minste vormgebrek in dat verband onherroepelijk en zonder mogelijkheid tot remediëring aanleiding te laten geven tot afwijzing van de vordering (of ruimer, finale “kortsluiting” van het debat: het kan immers ook gaan om vormgebreken waar de verweerder verantwoordelijk voor is), dienen krachtig bestreden te worden.

§3. Vervolg. Regels van rechterlijke organisatie

11. De zgn. “regels van rechterlijke organisatie”³⁶ vormen een instrument uit de “trukendoos” van degenen die deformalisering van het procesrecht niet genegen blijken te zijn. Met name wordt – te vaak – in rechterlijke uitspraken volgehouden dat de verzachtingsregeling geen toepassing zou vinden op zgn. “regels van rechterlijke organisatie”. Het gaat blijkbaar om vergrijpen die men zo erg vindt... dat men de wet niet meer wil toepassen. Een elegante manier om de wet te weigeren toe te passen, is te beweren dat zij niet toepasselijk zou zijn.

Het hele verhaal van de “regels van rechterlijke organisatie” mag als *contra legem* beschouwd worden. Art. 860, dat het toepassingsgebied van de verzachtingsregeling uitstrekt tot alle proceshandelingen, rept met geen woord over enige niet-toepasselijkheid bij miskennis van een “regel van rechterlijke organisatie”.³⁷ Auteurs die – in ietwat kritiekloze navolging van bepaalde rechtspraak – toch menen een verantwoording te kunnen vinden voor het bestaan van de categorie van de “regels van rechterlijke organisatie” – waarop de verzachtingsregeling *ipso facto* nooit toepassing zou vinden – rijden zich niet

twee jaar in beslag nemen, dan kan zo’n gegeven wel beschouwd worden als belangenschade.

- 36 Zie voor verdere lectuur daarover: G. CLOSSET-MARCHAL, “La sanction de l’observation des règles relevant de l’organisation judiciaire”, (noot onder Cass. 22 april 1999), *T.B.B.R.* 2000, 361; G. CLOSSET-MARCHAL, “Exceptions de nullité, fins de non-recevoir et violation des règles touchant à l’organisation judiciaire”, (noot onder Cass. 27 mei 1994), *R.C.J.B.* 1995, 639; B. DECONINCK, “Naar een afbakening in de sanctieregeling?”, in J. LAENENS en M. STORME, (eds.), *De sanctieregeling in het gerechtelijk recht – Les sanctions en droit judiciaire*, Diegem, Kluwer, 1994, 80-88; D. DEGREEF, “De sanctieregeling bij niet-naleving van art. 700 Gerechtelijk Wetboek. ‘Nullité ou irrecevabilité sans texte?...’”, *P. & B.* 1998, 45; L. DU CASTILLON, “Le rôle du juge par rapport aux exceptions, nullités et fins de non-recevoir dans l’instance contradictoire”, in LINSMEAU, J. en STORME, M., (eds.), *Le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil / De respectievelijke rol van rechter en partijen in het burgerlijk geding*, Diegem, Kluwer, 1999, 147.
- 37 Zie eveneens voor kritiek op de niet-toepassing van de verzachtingsregeling op de zgn. “regels van rechterlijke organisatie”: P. VAN ORSHOVEN, “Wolfjizers en schietgeweren...”, 2000, 39-41.

zelden vast in een moeras van warrige *distinguo*'s waar iedere klare systematiek ver te zoeken is.³⁸ Aldus maken sommigen het onderscheid tussen onontvankelijkheid *sensu stricto* wegens ontstentenis van rechtsvordering (zodat de eis niet opnieuw kan worden ingeleid) tegenover de onontvankelijkheid van de vordering zelf, zonder dat de rechtsvordering als zodanig echt ontbreekt, zodat de vordering in dat geval wel opnieuw, maar dan correct, kan worden ingeleid – men verliest dan uit het oog dat het voorwerp van een onontvankelijkheid *altijd* de concrete vordering zelf is (ook als er geen sprake is van enige rechtsvordering, kan slechts een concreet ingestelde vordering onontvankelijk worden verklaard). Miskennen van regels van rechterlijke organisatie zou, volgens de auteurs die dergelijke *distinguo*'s hanteren, moeten worden beschouwd als een geval van “onontvankelijkheid van de concrete vordering zelf zonder dat echt sprake is van ontstentenis van rechtsvordering”³⁹ – een dergelijk *distinguo* is niets meer dan een krampachtige en artificiële poging om iets wat de wetgever heeft willen beschouwen als een nietigheid waarop de verzachtingsregeling toepassing kan vinden (wat dus allerminst impliceert dat de verzachting een automatisme uitmaakt en dat alles door de beugel moet kunnen), aan de toepassing van de verzachtingsregeling te onttrekken.

Een zo mogelijk nog krampachtiger *distinguo* dat in dit verband soms opduikt, betreft het onderscheid tussen “regels van rechterlijke organisatie” tegenover “regel die louter betrekking heeft op de rechterlijke organisatie” (het één zou de openbare orde raken, het ander niet).⁴⁰ Van hetzelfde allooï is het onderscheid tussen “organieke of gerechtelijke nietigheid” enerzijds tegenover de nietigheden die vallen onder art. 860 e.v. Samen met VAN ORSHOVEN kan er niet genoeg op gewezen worden dat een dergelijke “vlucht in de onontvankelijkheid” onaanvaardbaar is en dat dergelijke *distinguo*'s haaks staan op de bedoeling van de wetgever om alle nietigheden te onderwerpen aan de toepassing van de artikelen 860 e.v.⁴¹

12. Een arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 11 februari 2003⁴² illustreert hoe bepaalde rechtspraak soms beroep doet op de zgn. “regels van rechterlijke organisatie” om de verzachtingsregeling niet toe te passen in omstandigheden waarin zij volgens de wil van de wetgever wel toepassing zou moeten vinden. Te dezen ging het om artikel 1627 Ger.W., dat in de procedure van gerechtelijk verdeling de verwittiging bij aangetekende brief voorschrijft. Dat de normovertreding in casu volstrekt onbeduidend was, blijkt uit het gegeven dat de bestemming de brief ontvangen heeft en zulks niet betwist. Wanneer een document per aangetekende brief verstuurd moet worden maar er geen betwisting bestaat over het feit dat de bestemming het document ontvangen heeft, is het niet evident nog te discussiëren over de vraag of de brief misschien toch niet aangetekend had moeten worden verstuurd. Immers: wanneer de bestemming niet betwist dat hij de brief ontvangen heeft, is dat eigenlijk nog een veel grotere garantie van daadwerkelijke ontvangst dan het feit

38 Zie: D. DEGREEF, “De sanctieregeling bij niet-naleving van art. 700 Gerechtelijk Wetboek. ‘Nullité ou irrecevabilité sans texte?...’”, *P. & B.* 1998, 45 e.v.

39 Zie in die zin: D. DEGREEF, *l.c.*, *P. & B.* 1998, 51.

40 Zie: D. DEGREEF, *l.c.*, 52-53.

41 P. VAN ORSHOVEN, “Wolfjzers en schietgeweren...”, 2000, 39-40.

42 *Onuitg.*, inzake 2001/A.R./1500.

dat de brief aangetekend verstuurd werd. De enige bestaansreden van het fenomeen van de aangetekende brief, is de organisatie van een systeem gericht op grotere zekerheid van daadwerkelijke ontvangst dan bij een gewone zending.

13. Een ander typisch voorbeeld van een zgn. “regel van rechterlijke organisatie” waarbij ingevolge aanwending van die categorie een procedure-incident met ernstige gevolgen kan ontstaan, terwijl de goede werking van het rechterlijk apparaat allerminst bedreigd werd, is de problematiek van de wijze van rechtsingang.

De rechtspraak neemt overwegend aan dat die problematiek niet onder de verzachtingsregeling valt.⁴³ Dat is jammer, want in de gevallen waarin de verweerder verschijnt, heeft hij het signaal goed ontvangen. Als beide partijen verschijnen en geen van beiden klaagt enig verzuim aan m.b.t. de aanhangigmaking, mag van het gerecht verwacht worden dat de vordering als geldig aanhangig gemaakt geldt (uiteraard, desgevallend, na betaling van het rolrecht). Desnoods – in het bijzonder in het geval waarin de verweerder slechts werd uitgenodigd bij brief door de eiser – moet men er maar vanuit gaan dat de partijen vrijwillig verschenen zijn.

Het bovenstaande kan wellicht in de ogen van sommigen al te soepel lijken, maar het is dat niet. Immers, bovenstaande “vrijpostigheid” m.b.t. de wijze van aanhangigmaking van de vordering, houdt vanzelfsprekend op wanneer de (beoogde) verweerder niet verschijnt. Aldus kan er geen sprake van zijn dat aan de eiser die zijn verweerder heeft opgeroepen om te verschijnen op enige wijze die strijdt met de tekst van de wet (bv. verzoekschrift i.p.v. dagvaarding, of verzoekschrift zonder naleving van de toepasselijke voorschriften), een verstek wordt verleend.⁴⁴ Bij niet-verschijning van de verweerder is er immers geen enkele garantie m.b.t. het bereiken van de doelstellingen van de dagvaarding (signaalfunctie en verweervoorbereiding).

De lege lata bestaat er geen vrije keuze tussen inleiding van de vordering bij dagvaarding dan wel bij verzoekschrift (behoudens voor de arbeidsrechtbank voor wat betreft de vorderingen bedoeld in art. 704, § 1, Ger. W., ingevoerd bij wet van 13 december 2005, met ingang van een door de Koning te bepalen datum en uiterlijk op 1 september 2007). Dit kan worden afgeleid uit

⁴³ Zie voor enkele toepassingen: Cass. 30 oktober 1997, *Arr. Cass.* 1997, 1052; Arb. Antwerpen, afd. Hasselt, 25 juni 1999, www.cass.be, samenvatting (verzoekschrift i.p.v. dagvaarding, art. 700 als regel van gerechtelijke organisatie, vordering onontvankelijk, zelfs wanneer de rechten van de verweerder niet werden geschaad). Zie verder over deze kwestie: J. LAENENS, “Inleiding van het geding: exploit of verzoekschrift”, in X., *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 51; P. VAN ORSHOVEN en B. LAMBRECHT, “Het recht van verdediging bij de inleiding van de zaak” in B. MAES en M. STORME, (eds.), *Moet het recht van verdediging worden afgeschaft? / Les perversions du droit de la défense*, Antwerpen-Brussel, Kluwer-Bruylant, 2000, 1; P. VAN ORSHOVEN, “Wolfijzers en schietgeweren...”, 2000, 38.

⁴⁴ Bij onregelmatige oproeping is het verlenen van verstek onmogelijk: Cass. 4 oktober 1934, *Pas.* 1935, I, 1; R. SOETAERT, “Nietigheid wegens vormverzuim en verval door tijdsverloop ter zake van proceshandelingen”, in G. VAN DIEVOET, (ed.), *Actuele problemen van gerechtelijk privaatrecht*, Leuven, Acco, 1976, 51. Dat beginsel is gesteund op het recht van verdediging.

de tekst van art. 1034*bis* Ger. W.⁴⁵ In het bovenstaande wordt niet eens voor een dergelijke vrije keuze gepleit. De wetgever heeft gemeend dat er niet zelden omstandigheden zijn waarin rechtsingang bij dagvaarding (in strikte zin, dus bij gerechtsdeurwaardersexploot) een aantal bijkomende waarborgen biedt, en voor die keuze van de wetgever valt inderdaad wel iets te zeggen⁴⁶ (hoewel de inleiding bij verzoekschrift op tegenspraak toch ook met een aantal waarborgen omringd wordt, zie i.h.b. art. 1034*quater* Ger. W., dat vereist dat een getuigschrift van woonplaats wordt gevoegd bij het verzoekschrift, behalve wanneer het geding reeds eerder werd ingeleid bij dagvaarding of bij keuze van woonplaats).⁴⁷

In het bovenstaande wordt dus niet gepleit voor vrije keuze – een dergelijke opvatting zou men immers slechts kunnen volhouden *de lege ferenda* – maar wordt enkel het standpunt verdedigd dat enige sanctie niet opportuun is wanneer blijkt dat de verweerder verschijnt (d.i. het signaal van de eiser ontvangen heeft) en hij zijn verweer behoorlijk heeft kunnen voorbereiden.

Volledigheidshalve mag nog worden opgemerkt dat volgens een bepaalde strekking⁴⁸ – waaronder helaas ook de cassatierechtspraak⁴⁹ – de regels m.b.t. de wijze van inleiding van de vordering gelden als zgn. “regels van rechterlijke organisatie”.⁵⁰ Of de goede werking van het gerecht werkelijk bedreigd wordt wanneer iemand die had moeten worden gedaagd bij gerechtsdeurwaardersexploot, voor de rechtbank verschijnt gevolg gevend aan een oproeping bij gerechtsbrief waarbij hem een verzoekschrift bezorgd wordt, is een vraag waarop het antwoord uiteraard negatief is. In zo’n geval moet de verzachtingsregeling geacht worden toepassing te vinden. Uit deze situatie blijkt ook dat die regeling allerminst enig automatisme impliceert: wanneer de verweerder verschijnt (d.w.z. de boodschap goed ontvangen heeft), is er inderdaad geen probleem. Een probleem van wijze van rechtsingang sanctioneren met een nietigheid wanneer de verweerder toch verschenen is, is zowel disproportioneel als een

45 In dezelfde zin: P. VAN ORSHOVEN en B. LAMBRECHT, *l.c.*, 2-3.

46 Met name het beroep op de postdiensten blijft een inherent zwak punt bij kennisgeving bij gerechtsbrief; meer hierover bij P. VAN ORSHOVEN en B. LAMBRECHT, *l.c.*, 5.

47 Art. 1034*quater* Ger. W. werd gewijzigd bij Wet van 13 december 2005 houdende bepalingen betreffende de termijnen, het verzoekschrift op tegenspraak en de procedure van collectieve schuldenregeling (*B.S.* 21 december 2005); die wet voert o.m. de mogelijkheid in om in plaats van een getuigschrift van woonst (afgeleverd door het gemeentebestuur), een *uittreksel uit het rijksregister* bij het verzoekschrift op tegenspraak te voegen.

48 Zie o.m.: Antwerpen 1 december 2004, *P. & B.* 2005, 81.

49 Cass. 27 mei 1994, *R.W.* 1994-95, 1022. Zie ook in dezelfde kritische zin als hierboven: J. LAENENS, “Het sanctieloos civiel proces”, in J. LINSMEAU en M. STORME (eds.), *Het gerechtelijk recht. Waarom en waarheen?*, Brugge, Die Keure, 2005, 51, en de verwijzingen aldaar. Zie ook kritisch tegenover het arrest van 27 mei 1994: J. LAENENS, K. BROECKX en D. SCHEERS, *Handboek...*, 2004, 317.

50 Cass. 30 oktober 1997, *Arr. Cass.* 1997, 1052. Zie ook: D. DEGREEF, “De sanctieregeling bij niet-naleving van art. 700 Gerechtelijk Wetboek. ‘Nullité ou irrecevabilité sans texte?...’”, *P. & B.* 1998, 45.

geval waarin de sanctie zelf een grotere verstoring van het procesverloop oplevert dan het gesanctioneerde euvel.⁵¹

Wanneer de verweerder niet verschijnt na rechtsingang bij verzoekschrift in een geval waarin krachtens de wet een dagvaarding bij gerechtsdeurwaarders-exploot vereist is, impliceert de toepasselijkheid van de verzachtingsregeling helemaal niet dat de verweerder van enig recht verstoken blijft. Wanneer in zo'n geval de verweerder *incommunicado* blijkt, bestaat er geen enkele garantie dat het verzoekschrift hem wel degelijk bereikt heeft. De rechter moet in dat geval de vordering ten onrechte ingeleid bij verzoekschrift ambtshalve afwijzen wegens nietigheid van de inleidende akte (die bij ontstentenis van verschijning van de verweerder niet gedekt is in deze hypothese, omdat er geen garantie bestaat dat de verweerder kennis heeft gekregen van de oproeping), of minstens moet hij verdere behandeling van de zaak opschorten totdat de verweerder op regelmatige wijze gedagvaard werd.

III. Hoger beroep 52

§1. De bevoegde appelrechter. Hoger beroep tegen commerciële vonnissen van de vrederechter

14. Hoger beroep tegen de "commerciële" vonnissen van de vrederechter, meer precies "tegen de beslissingen, door de vrederechter in eerste aanleg gewezen inzake geschillen tussen kooplieden betreffende de handelingen die de wet als daden van koophandel aanmerkt of inzake geschillen betreffende wisselbrieven", wordt voor de rechtbank van koophandel gebracht (art. 577, tweede lid). Volgens de meerderheid van de rechtsleer is de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel in hoger beroep géén "exclusieve bevoegdheid", wat tot gevolg zou hebben dat de "voorwaardelijke volheid van bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg" (art. 568) toepasselijk is 53 zodat zij eveneens bevoegd zou zijn, zij het op voorwaarde van uitdrukkelijke of stilzwijgende instemming van de geïntimeerde. Een minderheid daarentegen verdedigt de "exclusiviteit" van de appelbevoegdheid van de rechtbank van koophandel, die dus ook bij de rechtbank van eerste aanleg van openbare orde zou zijn, ambts-

51 Ook in Nederland werd op dit stuk een en ander versoepeld: "Herstel van procesuele fouten wordt in nog ruimere mate dan voorheen toegelaten. Een verkeerde start van de procedure, bijvoorbeeld met een verzoekschrift in plaats van een dagvaarding of omgekeerd, leidt niet meer tot niet-ontvankelijkheid. De rechter beveelt dan verbetering of aanvulling van het inleidend stuk, waarbij de procedure aanhangig blijft vanaf de oorspronkelijke dag van indiening of dagvaarding (art. 69)." (HUGENHOLTZ, W. en HEEMSKERK, W. H., *Hoofdpijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag, Elsevier, 2002, 51).

52 Zie P. VAN ORSHOVEN, "Same player shoots again. Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het stuk van het hoger beroep", P. & B. 2007, ter perse.

53 Zie K. Broeckx, Het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding, 111, met verwijzingen.

halve moet worden opgeworpen door die rechtbank, met verwijzing naar de arrondissementsrechtbank enz... 54.

De laatste opvatting is de juiste, zij het niet omdat de "volheid van bevoegdheid" van de rechtbank van eerste aanleg (art. 568, eerste en tweede lid) zou worden uitgeschakeld door de "exclusiviteit" van de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel, maar eenvoudig omdat art. 568, eerste lid, sowieso niet toepasselijk is in tweede aanleg en dus niet eens voor uitschakeling in aanmerking komt. "Alle vorderingen" in art. 568 heeft immers betrekking op inleidende vorderingen, en geldt dus niet in hoger beroep, dat op zichzelf geen "vordering" uitmaakt, maar een rechtsmiddel, op het stuk waarvan de bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg uitsluitend is geregeld in art. 577, eerste lid, dat niets voorziet in de trant van "neemt kennis van alle hogere beroepen" of "van het hoger beroep tegen alle vonnissen", en waarop duidelijk uitzondering wordt gemaakt in het tweede lid, dat dus onverkort moet gelden, met of zonder kwalificatie als "exclusief", wat op dit stuk niet pertinent is.

Inmiddels heeft het Hof van Cassatie bevestigd dat de appelbevoegdheid van de rechtbank van koophandel tot gevolg heeft dat de rechtbank van eerste aanleg "niet wettig [kan] beslissen dat [zij] bevoegd was om kennis te nemen van het hoger beroep tegen de door de vrederechter over [een "commercieel"] geschil gewezen beslissing" 55, evenmin impliciet 56 (wat betekent dat zij ambtshalve haar onbevoegdheid moet opwerpen), zonder evenwel - evenmin als in het ingewilligde cassatiemiddel 57 - de minste allusie te maken op de "voorwaardelijke volheid van bevoegdheid" van de rechtbank van eerste aanleg of art. 568. Op die wijze heeft het Hof echter art. 568 impliciet niet toepasselijk verklaard, want anders had het moeten verwijzen naar het openbare orde-karakter - de exclusiviteit - van de appelbevoegdheid van de rechtbank van koophandel om art. 568 uit te schakelen. Nu, dat is slechts een academische kwestie, want praktisch gezien maakt dat geen enkel verschil.

§2. Ontvankelijkheid ratione summae. Samenvoeging van hoofd- en tegenvorderingen

15. De bekendste uitsluiting van hoger beroep is de niet-appellabiliteit, onder het motto *de minimis non curat praetor*, van beslissingen die *ratione summae*

54 O.a. C. Cambier, Droit judiciaire civil, II, La compétence, 229-230. In dezelfde zin: Rb. Brussel 3 juni 1993, Pas. 1993, III, 28. Bijvoorbeeld Arrondrb. Gent, 21 mei 2001, R.W. 2001-2002, 1035, met noot J. Dangreau, "De bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg, zitting houdende in hoger beroep".

55 Cass. 7 september 2000, www.cass.be.

56 Cass. (voltallige kamer) 22 september 2005, www.cass.be, met concl. M. Timperman; R.W. 2005-06, 1340, met concl. M. Timperman en noot J. Laenens; P. & B. 2006, 148, met noot K. Broeckx, "Bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg in hoger beroep: ambtshalve onderzoek van de materiële bevoegdheid verplicht".

57 Dat nota bene uitging van de appellant, die dus zelf eerst de rechtbank van eerste aanleg als appelrechter had uitverkoren, maar van hem ten gronde lik op stuk had gekregen...

in "laatste aanleg" 58 zijn geweest: op dit ogenblik tot € 1.860 bij de rechtbank van eerste aanleg - met uitzondering van de fiscale geschillen 59 - of de rechtbank van koophandel, tot € 1.240 bij de vrederechter en de politierechtbank 60 (art. 617-621 Ger.W.) 61. Voor het bepalen van de aanleg moeten niet alleen de nieuwe vorderingen van de eiser, maar ook de met de hoofdvordering samenhangende tegenvorderingen of (agressieve) vorderingen tot tussenkomst "ontstaan uit het contract of het feit dat aan de oorspronkelijke vordering ten grondslag ligt" - dus *ex eadem causa* - of tegenvorderingen wegens tergende of roekeloze hoofdvordering, met de hoofdvordering worden samengevoegd, aldus art. 620. Die bepaling was bij de wet van 10 februari 1999 uitgebreid tot tussenvorderingen tot tussenkomst, omdat het Arbitragehof een onverantwoorde ongelijke behandeling, dus discriminatie had gezien in de vroegere regeling. Die stond immers niet toe het bedrag van de vordering die door een benadeelde van een onrechtmatige daad rechtstreeks wordt ingesteld tegen de B.A.-verzekeraar van degene die hij aansprakelijk acht, dit zonder de verzekerde in de zaak te betrekken, samen te tellen met het bedrag van de (agressieve) vordering tot tussenkomst van de verzekerde, tegen de oorspronkelijke eiser, tot vergoeding van zijn eigen schade, alhoewel die laatste tussenvordering eveneens een gevolg is van het feit dat tot grondslag van de oorspronkelijke vordering dient 62.

De wetgever 63 had echter slechts oog voor het (noodzakelijk tot de bewisting voor het Hof en dus tot vorderingen tot tussenkomst beperkte) dispositief van die rechtspraak, niet voor de ruimere, op alle tussenvorderingen betrekking hebbende overwegingen, zodat het nieuwe artikel 620 binnen de kortst mogelijke keren eveneens veroordeeld werd, omdat het nog steeds gevallen uitsloot van samentelling van verschillende vorderingen *ex eadem causa*, meer bepaald de tussenvordering van een oorspronkelijke verweerder tegen een vrijwillig tussenkomende partij, die niet alleen geen tegenvordering, maar evenmin een vordering tot tussenkomst is, aangezien de tussenkomende partij in dat geval al in het geding is 64. Uit de motivering van de rechtspraak van het Arbitragehof mag worden afgeleid dat de logica van art. 620 eist dat alle (agressieve) tussenvorderingen *ex eadem causa*, dus ook nieuwe vorderingen tussen reeds in het geding aanwezige partijen, moeten worden samengevoegd voor het bepalen van de aanleg. Alhoewel de wetgever artikel 620 nog niet

58 Juister zou zijn "in enige" of "in eerste en enige aanleg". "Laatste aanleg" betekent doorgaans alleen maar "niet vatbaar voor hoger beroep", en dat is ook voor beslissingen in tweede aanleg het geval (zie art. 608).

59 Art. 617, derde lid.

60 Wanneer die haar "burgerlijke" bevoegdheid inzake verkeersongevallen uitoefent.

61 Een wetsvoorstel is hangende om die aanleggrenzen op te trekken tot i 2.000, resp. 2.500 (Parl. St. Kamer, 2003-2004, nr. 51/1252).

62 Arbitragehof nr. 15/97, 18 maart 1997; in dezelfde zin, over andere vorderingen tot tussenkomst, Arbitragehof nr. 31/97 van 21 mei 1997; nr. 14/98 van 11 februari 1998, nr. 81/98 van 7 juli 1998; nr. 97/98 van 24 september 1998 en nrs. 73/99 en 77/99 van 30 juni 1999.

63 Niet de indiener van het oorspronkelijke wetsvoorstel, senator Vandenberghe... (zie Parl. St. Senaat, 1996-97, nr. 575/1).

64 Arbitragehof, nr. 79/2001 van 7 juni 2001, overweging B.7., R.W. 2002-2003, 1134, met noot P. Taelman, "Ongelijkheid inzake het bepalen van de aanleg bij tussenvorderingen: wetgever verschalkt ondanks disclaimer Arbitragehof".

heeft aangepast, mogen rechters zich voortaan niettemin gedragen alsof dat wel is gebeurd, tenzij zij een nieuwe prejudiciële vraag stellen aan het Arbitragehof 65.

16. E.e.a. neemt niet weg dat het samenvoegen van de hoofdvordering met tussenvorderingen een mogelijkheid biedt om zich een tweede aanleg te versieren... behalve als dat opvalt: de appelrechter mag beoordelen of de tegenvordering uitsluitend is ingegeven om de regels van de aanleg te omzeilen en op grond van het aldus vervolgd onrechtmatig belang, het hoger beroep niet ontvankelijk verklaren 66.

§3. *Ontvankelijkheid ratione personae. Belang*

17. Voor de ontvankelijkheid van zijn hoger beroep is vereist dat de appellant geheel of gedeeltelijk in het ongelijk is gesteld in eerste aanleg en hoedanook nadeel kan ondervinden van de bestreden beslissing. Dit vloeit voort uit het algemeen belangvereiste van art. 17, dat niet alleen op de ten gronde ingestelde vordering betrekking heeft, maar ook op het aanwenden van een rechtsmiddel, dat óók een rechtsvordering is. Het hoger beroep is inderdaad niet uitgevonden om ingewilligde vorderingen uit te breiden, evenmin om daarvan afstand te doen. Het belang van de eiser (bij de inwilliging van zijn vordering) moet dan ook vaak onderscheiden worden van het belang van de appellant (bij de vernietiging van het bestreden vonnis) 67.

Zo heeft een verweerder belang bij het aanvechten van een tussenvonnis waarbij alléén een medeverweerder werd veroordeeld en alle andere geschilpunten naar de rol waren verwezen, indien de vordering waarover nog uitspraak moet worden gedaan strekt tot solidaire veroordeling van alle verweerders (Cass. 29 juni 1979, Arr. Cass. 1978-79, 1330). Anderzijds heeft een appellant géén belang bij het hoger beroep tegen een ontvankelijkheidsbeslissing, indien een daarop volgende beslissing over de grond van de zaak inmiddels in kracht van gewijsde is getreden en dus niet meer ongedaan kan worden gemaakt (Cass. 19 december 2003, R.C.J.B. 2004, 387, met noot G. Closset-Marchal, "Y a-t-il une réformation par voie de conséquence?").

18. Bovendien moeten ook de ontvankelijkheidsvoorwaarden voor de eventueel door de appellant ten gronde gehandhaafde vordering (nog steeds) zijn vervuld, zoals in eerste aanleg (bekwaamheid, hoedanigheid, belang...) (art. 17 en 18, juncto 1042). Niettemin heeft het Hof van Cassatie recent gezegd dat een partij die als eigenaar van een onroerend goed belang had om op te treden in eerste aanleg, alleen al omdat één van de punten van haar vordering door de eerste rechter is afgewezen, blijkt geeft van het vereiste belang om hoger beroep in te stellen, ook al is de eigendom van dat goed vóór de uitspraak van die

65 Art. 26, ' 2, tweede lid, 2E, bijzondere wet 6 januari 1989 op het Arbitragehof.

66 Cass. 8 januari 2004, R.W. 2004-05, 703; R.A.B.G. 2004, 607, met noot E. Bre-waays, "Tegeneis wegens tergend en roekeloos geding: de bedoelingen moeten zuiver zijn".

67 Zie K. Broeckx, o.c., 64 e.v.

beslissing overgedragen, waaraan het Hof de zinsnede liet voorafgaan dat "het in de artikelen 17 en 18 van het Gerechtelijk Wetboek bedoelde belang om op te treden beoordeeld wordt naar het tijdstip waarop de vordering is ingesteld"⁶⁸.

Op het eerste gezicht zou daaruit kunnen worden afgeleid dat belang en hoedanigheid niet méér hoeven te bestaan op het ogenblik van de instelling van het hoger beroep, maar het Hof liet in het midden - in tegenstelling tot de advocaat-generaal in zijn conclusie - of het met "vordering" de oorspronkelijke en in hoger beroep gehandhaafde vordering, dan wel het hoger beroep als zodanig bedoelde. Bovendien mag niet uit het oog worden verloren dat de te dezen ingestelde "oorspronkelijke vordering" niet stond of viel met het eigendomsrecht, en dus niet de uitoefening van een onlosmakelijk aan dat eigendomsrecht verbonden rechtsvordering was, maar een zogenaamde "kwalitatieve" eigenaarsvordering was, meer bepaald de aansprakelijkheidsvordering tegen de dader van een stedenbouwkundig misdrijf. Wordt vervolgd?

§4. Ontvankelijkheid ratione personae. Incidenteel hoger beroep

19. Incidenteel hoger beroep –hoger beroep van een partij tegen wie al eerder hoger beroep is aangetekend, tegen een andere partij die reeds “aanwezig” is in hoger beroep - vertoont enkele niet-onbelangrijke charmes: een incidenteel appellant mag terugkomen op zijn eventuele berusting, althans indien die vóór de betekening heeft plaatsgevonden (art. 1054, eerste lid, in fine) en hij wordt niet gehinderd door enige vervaltermijn (art. 1054, eerste lid, in initio). Vandaar het grote belang van de ontvankelijkheidsvoorwaarden van incidenteel hoger beroep, niet in het minst dat het uitsluitend mag worden aangetekend door een "gedaagde in hoger beroep" (art. 1054, eerste lid).

Daarbij rijst vooral de vraag of een "gedaagde in hoger beroep" enkel de "oorspronkelijke geïntimeerde" kan zijn, of ook nog de "geïntimeerde op incidenteel hoger beroep", d.i. de oorspronkelijke appellant, die nooit letterlijk is "ge-daagd" in hoger beroep? Uiteraard kan die in beginsel ook principaal "navolgend" hoger beroep aantekenen wanneer hij zijn eerste beroep beperkt had en hij daar nu spijt van heeft, eventueel bij conclusie, maar de termijn voor een (tweede) principaal hoger beroep kan zijn verstreken, zodat hij, in het eerste geval, geen "tweede", ditmaal incidenteel hoger beroep kan instellen, als reactie op het incidenteel hoger beroep van de tegenpartij. In de rechtsleer werd op grond hiervan werd een derde categorie voorgesteld, het "navolgend hoger beroep", om betwistingen te vermijden, vooral bij drie- of meerpartijenverhoudingen in eerste aanleg (meerdere eisers, meerdere verweerders, tussenkomende partijen enz...), inz. over de ontvankelijkheid van een hoger beroep ingesteld door de oorspronkelijke appellant, vervolgens geïntimeerde op incidenteel hoger beroep, om hem toe te staan van zijn kant daartegen eveneens een "tegenberoep" in te stellen ⁶⁹.

⁶⁸ Cass. 24 april 2003, R.C.J.B. 2004, 349, met noot A. Decroës, "Recevabilité de l'appel: qualité et intérêt"; www.cass.be, met conclusie Advocaat-generaal De Riemaecker.

⁶⁹ G. Delvoie, "Een krans voor goede wijn: het navolgend hoger beroep", *Liber amicorum E. Krings*, 1991, 541-552.

Bij nader inzien kan het probleem worden opgelost door de notie "gedaagde in hoger beroep" in art. 1054 ruim te verstaan, d.i. "geïntimeerde op hoofdberoep" zowel als "geïntimeerde op incidenteel hoger beroep", al is er in het laatste geval van "dagen" geen sprake geweest (incidenteel hoger beroep wordt bij conclusie ingesteld, cf. infra). Wetten moeten immers in grondwettige zin worden geïnterpreteerd 70, en de enge interpretatie lijkt ongrondwettig, meer bepaald stijdig met het gelijkheidsbeginsel, aangezien zij tot gevolg heeft dat een incidenteel geïntimeerde op zijn beurt geen incidenteel hoger beroep C a fortiori buiten de termijn van het principaal hoger beroep C kan aantekenen, wat niet redelijk verantwoord lijkt 71. Terecht heeft het Hof van Cassatie dan ook aanvaard, zij het zonder veel uitleg:

"Dat een partij van wie door diegene die het hoger beroep heeft ingesteld niets wordt gevorderd, niet kan worden beschouwd als een gedaagde in hoger beroep die incidenteel beroep kan instellen; Dat evenwel als gedaagde in hoger beroep kan beschouwd worden zowel de gedaagde tegen wie een hoofdberoep is gericht als degene die gedaagd werd door een andere gedaagde in hoger beroep, appellant op incidenteel beroep; dat in elk geval vereist is dat van de gedaagde in hoger beroep die incidenteel beroep instelt iets wordt gevorderd" 72.

En op 19 september 2003 werd gepreciseerd:

"[...] dat een partij enkel gedaagde in hoger beroep is in de zin van [art. 1054] wanneer een hoofd- of incidenteel beroep tegen haar wordt gericht, wat impliceert dat een partij voor de appelrechter een vordering heeft ingesteld, met uitzondering van een vordering tot bindendverklaring van het arrest, waardoor zij in haar belangen kan worden geschaad" 73.

Zónder incidenteel hoger beroep kan er uiteraard, nà het verstrijken van de termijn voor het instellen van hoger beroep, nog minder sprake zijn van enig "nakomend" hoger beroep vanwege de appellant dat de grenzen van zijn oorspronkelijk principaal hoger beroep te buiten gaat 74.

70 D.i. de zgn. "Waleffe-doctrine" van het Hof van Cassatie, Cass. o.a. 20 april 1950, Waleffe, Arr. Cass. 1950, 517; Pas. 1950, I, 560, met concl. L. Cornil; J.T. 1950, 340; Arbitragehof o.a. nr. 9/90, 7 februari 1990; nr. 71/92, 18 november 1992.

71 Zie hierover ook C. De Baets, "De ontvankelijkheid van het incidenteel beroep", P. & B. 1999, (211) 212-213.

72 Cass. 1 juni 2001, www.cass.be; A.J.T. 2001-02, 358, met noot I. Boone en S. Mosselmans, "Het incidenteel hoger beroep van degene die gedaagd wordt door een andere gedaagde in hoger beroep. De aansprakelijkheid van de stuwadoor voor het verlies van de hem toevertrouwde goederen"; R.W. 2001-02, 379, met noot K. Broeckx, "Meerpartijengeschillen in hoger beroep".

73 Cass. 19 september 2003, www.cass.be, met concl. adv.-gen. Henkes; J.L.M.B. 2003, 1571, met noot G. De Leval, "L'assouplissement des conditions de recevabilité de l'appel incident".

74 Cass. 25 maart 1999, R.W. 1999-2000, 1070.

§5. Ontvankelijkheid ratione temporis". Hoger beroep tegen een vonnis "inzake bevoegdheid"

20. Naar luid van art. 1050, eerste lid, is elk vonnis, "zelfs al is dit een beslissing alvorens recht te doen of een verstekvonnis", appellabel ratione temporis vanaf de uitspraak 75. De beruchte uitzondering hierop werd ingevoerd bij de wet van 3 augustus 1992 in het tweede lid van art. 1050 76: "Tegen een beslissing inzake bevoegdheid kan slechts hoger beroep worden ingesteld samen met het hoger beroep tegen het eindvonnis." De bedoeling was - in de ogen van de wetgever vaak dilatoire of achteraf overbodige 77 - hogere beroepen te verbieden tegen loutere bevoegdheidsvonnissen, die dus niet langer "onmiddellijk appellabel" zijn, maar nog slechts met het eindvonnis kunnen bestreden worden, voor zover één van de partijen daar op dat ogenblik uiteraard nog brood in ziet.

Die ongetwijfeld goedbedoelde maatregel 78 heeft jarenlang voorwerp van controverse uitgemaakt, omdat de tekst van art. 1050, tweede lid, in het midden laat wat onder "eindvonnis" moet worden verstaan, wat vooral problematisch is voor de appellabiliteit van een zogenaamd vonnis van onbevoegdheid, d.i. een vonnis waarbij de eerste rechter zich onbevoegd verklaart en de zaak verwijst naar de z.i. bevoegde collega 79. Volgens sommigen is een "eindvonnis" in de zin van art. 1050 een beslissing waarbij de rechter zijn rechtsmacht geheel heeft uitgeput, dus een "eindvonnis" in de "chronologische betekenis" ("jugement final"), dat tegenover een "tussenvonnis" staat. Een "vonnis van onbevoegdheid" is per hypothese een dergelijk "laatste woord" van dezelfde rechter, en zou dus onmiddellijk appellabel zijn 80. Anderen daarentegen verdedigden, op grond van de parlementaire voorbereiding van het nieuwe art. 1050, tweede lid 81, dat een "eindvonnis" in art. 1050, tweede lid, moet verstaan worden in de zin van art. 19, dus als een "eindbeslissing" waarbij een geschilpunt tussen de partijen wordt beslecht, maar uiteraard niet het geschilpunt van de bevoegdheid. Een vonnis waarbij de rechter zich onbevoegd verklaart en verwijst is dus maar appellabel na een eindbeslissing (het weze een tussenvonnis, bijvoorbeeld over de ontvankelijkheid, het weze een "werkelijk

75 Voor incidenteel hoger beroep moet uiteraard eerst nog het hoofdberoep worden afgewacht.

76 Wat in art. 1055 werd bevestigd.

77 Omdat de appellante ook zijn slag kan thuishalen op de ontvankelijkheid of de grond van de zaak, en dus geen belang meer heeft bij het hoger beroep tegen de beslissing over de bevoegdheid.

78 Die overigens door het Arbitragehof in overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel werd bevonden (Arbitragehof nr. 39/99, 30 maart 1999).

79 Wat al werd aangekondigd in de eerste grondige rechtsleerbijdrage over de gelegenheid: F. Guebs, "La voie d'appel et les jugements sur la compétence: conditions et dimensions nouvelles", Ann. dr. Louvain 1994, 309-353.

80 In die zin bijvoorbeeld J.M. Poupard, P. Lemmens en A.S. Maertens, ["Ger. W. Art. 1050"], Com. Ger., 15-16; Antwerpen, 23 mei 1996, R.W. 1996-97, 479. Zo ook Gent, 24 november 1994, P. & B. 1995, 54; 21 november 1996, R.W. 1998-99, 271.

81 Parl. St. Senaat, B.Z. 1991-92, nr. 301/2, commissieverslag, 43.

eindvonnis"), van de rechter naar wie de zaak werd verwezen werd 82. Een derde interpretatie ging nóg verder: een "eindvonnis" zou in elk opzicht het laatste woord in eerste aanleg moeten zijn, zodat de rechtsmacht van elke rechter in eerste aanleg volledig is uitgeput, het weze de rechter waar de bevoegdheidsexceptie werd opgeworpen en die zich bevoegd heeft verklaard, het weze de rechter naar wie de zaak verwezen werd. Een tussenvonnis kan dus nooit een "eindvonnis" zijn in de zin van art. 1050, tweede lid: een bevoegdheidsvonnis is pas appellabel na een vonnis van niet-toelaatbaarheid of na het laatste vonnis over de grond van de zaak 83.

De controverse werd op 13 februari 2003 - goeddeels - beslecht door het Hof van Cassatie dat op grond van de wetsgeschiedenis van de wet van 3 augustus 1992 besliste dat een eindvonnis in de zin van art. 1050, tweede lid, en art. 1055 een vonnis is "inzake de ontvankelijkheid of de gegrondheid, uitgesproken door de rechter die zich bevoegd heeft verklaard dan wel door de als bevoegd aangewezen rechter", zodat hoger beroep tegen een dergelijk "(on)bevoegdheidsvonnis" "slechts mogelijk is nadat de rechter die zich bevoegd heeft verklaard of de als bevoegd aangewezen rechter een eindvonnis heeft gewezen over de ontvankelijkheid of de gegrondheid" 84. Dat is dus, althans op het eerste gezicht, een "eindbeslissing" in de zin van art. 19, want de vordering kan "in schuifjes" respectievelijk ontvankelijk en gegrond verklaard worden.

Een bijkomende beslissing kan ook aan het bevoegdheidsvonnis voorafgaan, bijvoorbeeld wanneer de rechter (merkwaardig genoeg) de vordering eerst ontvankelijk bevindt, en zich vervolgens onbevoegd verklaart. In voorkomend geval is er een "eindvonnis" en is het "vonnis van bevoegdheid" appellabel (Cass. 24 juni 2005, P. & B. 2006, 31; R.A.B.G., 2006/5, 363, met noot E. Brewaews, "t Is maar een woord? Het eindvonnis van art. 1050, tweede lid, Ger. W.").

21. Uit de vermelde rechtspraak van het Hof van Cassatie moet op het eerste gezicht worden afgeleid dat een tussenvonnis "alvorens recht te doen" - bijvoorbeeld een onderzoeksmaatregel - het bevoegdheidsvonnis nog steeds niet appellabel maakt 85, want dat is niet alleen geen "eindbeslissing" in de zin van artikel 19, maar evenmin een "eindbeslissing" over de ontvankelijkheid of de grond van de zaak. Het absurde resultaat daarvan doet echter hopen dat het

82 In die zin J. Laenens, "De bevoegdheid *ratione summae*, de aanleg en de regeling van bevoegdheidsincidenten", *Het vernieuwd gerechtelijk recht*, 1992, (71) 76; J. Laenens en K. Broeckx, "Het gerechtelijk recht in een stroomversnelling", *R.W.* 1992-93, (897) 910; Brussel 6 mei 1997, P. & B. 1997, (244) 245; Gent 21 oktober 1998, P. & B. 1999, 191; Brussel 2 oktober 1997, *A.J.T.* 1999-2000, (291) 292, met noot G. Van Mellaert, "Over het begrip eindvonnis en tergende beroepen"; Antwerpen 6 mei 2002, P. & B. 2002, 312.

83 K. Broeckx, o.c., 1995, 163-164.

84 Cass. 13 februari 2003, *J.L.M.B.* 2003, 1568, met noot G. De Leval, "L'appel d'une décision sur la compétence"; *R.W.* 2002-03, 1583, met noot P. Van Rillaer, "Het hoger beroep tegen een beslissing inzake de bevoegdheid"; *R.A.B.G.* 2003, 554, met noot P. Vanlersberghe, "Het hoger beroep tegen een vonnis van onbevoegdheid: het einde van een controverse". Inmiddels (letterlijk) bevestigd bij Cass. 15 december 2003, www.cass.be; 6 maart 2006, www.cass.be; P. & B. 2006, 124.

85 In die zin P. Van Rillaer, l.c., 1585.

Hof van Cassatie dat niet zo bedoeld heeft, of daaraan (nog steeds) niet heeft gedacht. Het tussenvonnissen alvorens recht te doen zelf is immers wèl onmiddellijk appellabel (art. 1050, eerste lid), en de wagen zou, zacht uitgedrukt, toch wel voor de paarden gespannen worden mocht de rechter in hoger beroep de onderzoeksmaatregel wèl, maar de bevoegdheid van de rechter die hem heeft bevolen (nog) niet mogen beoordelen. En dit klemmt te meer omdat de appelrechter de zaak terug naar die eerste rechter moet sturen indien hij de bestreden onderzoeksmaatregel bevestigt (art. 1068, tweede lid)... Uiteraard is een maatregel alvorens recht te doen of een provisioneel vonnis geen "eindvonnis" in de zin van art. 19, eerste lid, maar of het daarom niet als een "eindvonnis" in de zin van art. 1050, eerste lid, beschouwd mag worden staat niet als een paal boven water. De wetgever heeft inderdaad niets anders gewild dan dat gewacht zou worden op "een beslissing over iets anders dan de bevoegdheid", sensu latissimo 86, en een maatregel alvorens recht te doen of een provisioneel vonnis is dat ook. Wordt vervolgd...

22. Wat vooralsnog evenmin werd beslecht door het Hof van Cassatie is de vraag of "samen met het hoger beroep tegen het eindvonnis" in art. 1050, tweede lid, slechts als een uitstel van de ontvankelijkheid *ratione temporis* van het beroep tegen het bevoegdheidsvonnis moet worden verstaan, dus als "niet eerder dan na het eindvonnis", dan wel of noodzakelijk tegen de twee vonnissen tegelijk moet worden opgekomen. Vooral Franstalige auteurs identificeren het verbod van "appel immédiat" nogal vlot met een verbod van "appel séparé" 87, maar dat zijn eigenlijk verschillende dingen...

Dat laatste stelt een bijkomend probleem: de bevoegdheid voor het hoger beroep dat in voorkomend geval overeenkomstig art. 1050, tweede lid, gezamenlijk zou moeten aangetekend worden tegen het bevoegdheidsvonnis en het daaropvolgende "eindvonnis", die immers van twee verschillende rechters kunnen uitgaan, zodat het risico bestaat dat zij niet ressorteren onder dezelfde appelrechter, bijvoorbeeld als verwezen werd door de rechtbank van eerste aanleg of de rechtbank van koophandel naar de arbeidsrechtbank of omgekeerd, door de vrederechter of de politierechtbank naar de rechtbank van eerste aanleg of de rechtbank van koophandel, of door een rechter uit het rechtsgebied van de ene appelrechter naar een rechter uit het rechtsgebied van een andere. Er wordt gesuggereerd 88 dat de appelrechter van de tweede rechter ook bevoegd zou zijn voor het hoger beroep tegen het vonnis van de eerste 89, maar er is geen enkele tekst die in die richting wijst, zelfs niet het adagium *qui peut le plus, peut le moins*. Integendeel, gezien de functies van het hoger beroep - niet enkel het herstel van rechterlijke vergissingen, maar ook de eenheid in de rechtspraak - zou de rechter die het hoger beroep over de bevoegdheids-

86 "Deze wijziging [van art. 1050] is de kern van het nieuwe voorstel en houdt de uitzondering in dat hoger beroep tegen loutere bevoegdheidsuitspraken uitsluit. Het eindvonnis dat hier wordt bedoeld, is een vonnis over het bodemgeschil of over een ander incident, bijvoorbeeld een aangelegenheid van ontvankelijkheid" (Parl. St. Senaat, 1991-92, nr. 301/2, 43; nadruk toegevoegd).

87 G. Closset-Marchal, "Examen de jurisprudence...", l.c., 169.

88 O.a. D. Scheers, J. Laenens, K. Broeckx en P. Van Rillaer.

89 J. Laenens en K. Broeckx, Het gerechtelijk recht in een stroomversnelling, 36.

vraag moet oplossen de natuurlijke appelrechter moeten zijn van de rechter die zich onbevoegd heeft verklaard...

Die oplossing heeft overigens een absurd resultaat wanneer de rechtbank van eerste aanleg verwijst naar de vrederechter en "twee stadia later" niet alleen kennis moet nemen van het hoger beroep tegen het "eindvonnis" van die vrederechter, maar ook tegen haar eigen "beslissing inzake bevoegdheid"... Stel dat zij dan tot de vaststelling komt dat zij eigenlijk van meet af aan bevoegd was in eerste aanleg, dan moet art. 1070 ook nog toegepast worden, dus met hoger beroep bij het hof van beroep... Het imbroglio is overigens compleet wanneer dan voor de rechtbank van eerste aanleg opnieuw een exceptie van onbevoegdheid wordt aangevoerd, die op vordering van de eiser moet verwezen worden naar de arrondissementsrechtbank (art. 639, 4de lid). Mag die dan verwijzen naar het Hof van Beroep? Wordt vervolgd...

23. Evenmin beslecht is de vraag of art. 1050, tweede lid, ook toepasselijk is op een vonnis waarbij de rechter beslist van een zaak geen kennis te kunnen nemen wegens de "bevoegdheid" van een "buitengerechtigde", bijvoorbeeld administratieve, of buitenlandse rechter, of op grond van een arbitragebeding. Het ziet er echter naar uit dat "bevoegdheid" ook hier in de strikte, gerechtelijk-privaatrechtelijke betekenis moet worden verstaan, en dus slechts betrekking heeft op de taakverdeling tussen de verschillende hoven en rechtbanken van de rechterlijke macht, niet op de verdeling van wat in dit opzicht doorgaans "rechtsmacht" wordt genoemd van gerechtelijke en andere - Belgische of buitenlandse - rechterlijke instanties. Op dezelfde grond wordt ook art. 660, eerste lid, uitgeschakeld en mag de rechter in voorkomend geval evenmin doorverwijzen naar een administratief rechtscollege, een buitenlandse rechter of een arbiter, maar in voorkomend geval slechts zijn eigen "onmacht" vaststellen 90 en de zaak "uit handen geven" 91. Ook ex absurdo is dit de juiste opvatting. Indien immers art. 1050, tweede lid, toepasselijk zou zijn op een "afwijzing van rechtsmacht", dus op het inwilligen van de betrokken excepties, zou voor het hoger beroep gewacht moeten worden op een beslissing van de administratieve of buitenlandse rechter of van de scheidsrechter...

Het is dan ook terecht dat het Hof van Beroep te Brussel vindt dat op geen "eindvonnis" moet worden gewacht wanneer de rechter zich "onbevoegd" verklaart in die zin dat hij zijn internationale rechtsmacht afwijst en dus niet verwijst, want dan is de zaak definitief uit handen gegeven van de rechterlijke macht in haar geheel (Brussel 3 september 2002, I.R.D.I. 2002, 278; zo ook Luik 5 maart 2002, J.T. 2003, 8, met noot H. Boularbah). Ook het Hof van Antwerpen van zijn kant vindt een vonnis waarbij een exceptie van arbitrage wordt verworpen eveneens onmiddellijk appellabel, want géén "vonnis van bevoegdheid" (Antwerpen, 7 april 2003, T.B.H. 2004, 572, met noot M. Piers, "De beslissing van de rechter over een exceptie van arbitrage is onmiddellijk vatbaar voor hoger beroep"). Niettemin heeft het Luikse Hof reeds gezegd dat de afwijzing van een declinatoire exceptie van internationale rechtsmacht een "vonnis van bevoegdheid" is in de zin van art. 1050, eerste lid, dat dus niet

90 Uiteraard op voorwaarde dat er een wet is die de vordering aan zijn rechtsmacht onttrekt (Cass. 19 maart 2001, <http://www.cass.be>, 1 september 2001).

91 Zie art. 660, art. 568, derde lid, art. 590, tweede lid.

onmiddellijk appellabel is (Luik, 4 oktober 2005, J.T. 2005, 718, noot). Wordt vervolgd?

§6. Ontvankelijkheid *ratione temporis*. Incidenteel hoger beroep

24. Principaal beroep mag worden aangetekend tot één maand na de betekening van het bestreden vonnis (art. 1051, eerste lid). Bovendien mag hoger beroep niet meer aangetekend worden na het verstrijken van de gemeenrechtelijke verjaringstermijn van 10 jaar vanaf het ogenblik van het ontstaan van de te dezen persoonlijke rechtsvordering (art. 2262bis B.W.), dus vanaf de uitspraak van de bestreden beslissing (zie art. 1050). Incidenteel hoger beroep van zijn kant mag "te allen tijde" worden ingesteld (art. 1054), uiteraard vóór de sluiting der debatten, maar dat impliceert dat het ook nog kan wanneer de debatten worden heropend, zij het dat het incidenteel beroep dan binnen de grenzen van die heropening moet blijven, en dus beperkt moet zijn tot een geschilpunt waarover de rechter nog rechtsmacht heeft 92.

Praktisch wordt die mogelijkheid beperkt door de termijn waarbinnen de procedurele "drager" van het incidenteel hoger beroep nog mogelijk is, dus nog conclusie kan worden genomen... althans wanneer waarop door de tegenpartij nog kan worden gerepliceerd. In zijn beginselarrest van 14 maart 2002 heeft het Hof van Cassatie inderdaad gezegd:

"[...] dat een [wederantwoord]conclusie niet mag strekken tot het aanvoeren van nieuwe middelen waarop een andere partij niet meer kan antwoorden en inzonderheid geen incidenteel hoger beroep mag inhouden waardoor de grenzen van de debat voor de appèlrechter worden verruimd; Dat het immers de rechter toekomt om een deloyale proceshouding te sanctioneren en op die grond die conclusie uit het debat te weren" 93.

Tenslotte moet ook hier gewezen worden op de gemeenrechtelijke verjaringstermijn van 10 jaar vanaf de uitspraak (art. 2262bis BW.), wat "te allen tijde" nog méér relativeert...

§7. De devolutieve werking van het hoger beroep

25. Hoger beroep zou geen tweede aanleg zijn indien er geen devolutieve werking van uitging, dit wil zeggen dat het in eerste aanleg beslechte geschil niet opnieuw aan de rechter ter beslechting zou worden voorgelegd. Dat is dan ook

92 Cass. 30 juni 2000, www.cass.be; P. & B. 2001, 109, met noot P. Vanlersberghe, "Toelaatbaarheid van het incidenteel beroep ingesteld na de heropening der debatten".

93 Cass. 14 maart 2002, www.cass.be (25 november 2003) en N.J.W. 2002, 59 (waarin het "deloyaal procesgedrag" weliswaar als een schending van art. 747, ' 2, werd gekwalificeerd, alhoewel dat per hypothese niet het geval is en het eigenlijk om een onrechtmatige daad gaat). Hier ging het over een tweede conclusie, nadat de eerste krachtens artikel 747, ' 2, uit de debatten was geweerd wegens niet-voldoen aan de kalenderregeling.

de eerste draagwijdte van de woorden "hoger beroep [...] maakt het geschil zelf aanhangig bij de rechter in hoger beroep" in art. 1068, eerste lid, wat "gewone" devolutieve werking wordt genoemd. Dank zij het beschikkingsbeginsel kan die devolutieve werking beperkt worden door de partijen. Ook de appelrechter moet de grenzen van het geschil, zoals bepaald door de partijen, respecteren: "tantum devolutum, quantum appellatum". Hij mag dus geen uitspraak doen over niet-bestreden onderdelen van de beslissing in eerste aanleg. Dat wordt soms ook "relatieve werking" van het hoger beroep genoemd, maar is daar slechts een onderdeel van: de appellant kan het hele vonnis aangevochten hebben, met inbegrip van de onderdelen van het vonnis a quo die in zijn voordeel zijn.

De enige uitzondering op "tantum devolutum, quantum appellatum" - maar niet "ten gronde" - is de bevoegdheid van de eerste rechter. Wanneer die de openbare orde raakt moet zij door de appelrechter ambtshalve worden onderzocht 94.

26. "*Tantum devolutum, quantum appellatum*" is één zaak, maar van het vóór de invoering van het Gerechtelijk wetboek geldende "*tantum devolutum, quantum iudicatum*", is geen sprake meer. De zinnen "Hoger beroep tegen een eindvonnis of tegen een vonnis alvorens recht te doen maakt het geschil zelf aanhangig bij de rechter in hoger beroep" en vooral "Deze verwijst de zaak alleen dan naar de eerste rechter, indien hij, zelfs gedeeltelijk, een in het aangevochten vonnis bevolen onderzoeksmaatregel bevestigt" in artikel 1068 hebben immers de onttrekking van alle geschilpunten aan de eerste rechter tot gevolg, ook wanneer hij zich daarover (nog) niet (helemaal) heeft uitgesproken, zelfs wanneer die zaak nog bij hem aanhangig is (dus in geval van hoger beroep tegen een tussenvonnis), ook wanneer zijn vonnis nietig verklaard wordt in hoger beroep, ook wanneer het geschilpunt hem niet eens was voorgelegd 95. Het laatste heeft tot gevolg dat de eventuele, in eerste aanleg niet opgemerkte gebreken van de gedingleidende akte niet worden gedekt 96.

Dit impliceert dat zeer veel betwistingen in enige aanleg beslecht worden, zij het, formeel gezien, "in hoger beroep", dus door de appelrechter, wat het belang van het hoger beroep nogal relativeert. Uiteraard is dit ingegeven door

94 Cass. 19 april 2002, <http://www.cass.be> (1 september 2003), met conclusie van advocaat-generaal Henkes; R.W. 2003-2004, 1500. Te dezen ging het om een vordering tot vergoeding van schade ontstaan uit een verkeersongeval, waarvoor de rechtbank van eerste aanleg was aangesproken, alhoewel de politierechtbank exclusief bevoegd is (art. 601bis) en vervolgens het Hof van Beroep zowel de Rechtbank van eerste aanleg als van de weeromstuit zichzelf onbevoegd had verklaard en verwezen naar... dezelfde rechtbank van eerste aanleg, maar zitting houdend in hoger beroep (art. 643).

95 Cass. 18 mei 1998, P. & B. 1999, 173.

96 Zoals het beruchte "geen verzoekschrift zonder tekst", Cass. 27 mei 1994, R.W. 1994-95, 1017, met concl. adv.-gen. du Jardin en noot K. Broeckx, "Nieuwe procesrechtelijke geluiden"; P. & B. 1994, 122; J.L.M.B. 1995, 8, met noot G. De Leval; J. Procès 1995, 29, met noot C. Panier; R.C.J.B. 1995, 639, met noot G. Closet-Marchal; Rec. Cass. 1994, 313, met noot K. Seyen en R. De Corte, "Terug naar af. Substantiële nietigheden in het gerechtelijk privaatrecht". Vroeger tegenovergesteld, maar betwiste oplossing: Cass. 5 mei 1988, R.W. 1989-90, 187; R.C.J.B. 1989, 521, met noot J. Van Compennolle.

proceseconomie, de inopportunititeit van een terugzending van een zaak naar een rechter die zijn rechtsmacht meent te hebben uitgeput en de vrees voor dilatoir hoger beroep tegen tussenvonnissen, maar van hoger beroep - nieuwe be-rechting - is dan geen sprake meer.

De enige echte uitzondering hierop 97 is dat een rechter die een in eerste aanleg bevolen onderzoeksmaatregel bevestigt, de zaak moet terugverwijzen naar de eerste rechter (art. 1068, tweede lid). *A contrario* moet de appelrechter de zaak evoceren wanneer hij de bestreden onderzoeksmaatregel ongedaan maakt. Zijn géén "onderzoeksmaatregelen" in de zin van art. 1068, het heropenen der debatten 98, het stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie 99 of de opdracht aan een notaris om een inventaris van de huwelijksgemeenschap op te stellen in het kader van een gerechtelijke verdeling 100.

Terugverwijzing moet slechts indien de eerste rechter zijn rechtsmacht niet volledig heeft uitgeput, dus bij hoger beroep tegen een tussenvonnissen. De ver-ruimde devolutieve werking is immers een uitzondering, bedoeld voor geschil-punten waarover géén of niet volledig uitspraak is gedaan door de eerste rech-ter. De terugverwijzing geldt niet alleen voor het uitvoeren van de onder-zoeksmaatregel, maar voor de volledige (verdere) behandeling van het geschil 101. Zij geldt ook indien de in eerste aanleg bevolen onderzoeksmaatregel in-middels is uitgevoerd 102; niet wanneer de appelrechter, na vernietiging van het bestreden vonnis, zelf dezelfde onderzoeksmaatregel beveelt 103. Tenslot-te: de partijen kunnen daarover niet beschikken, want het voorschrift raakt de openbare orde 104.

97 Traditioneel wordt aangenomen dat de tweede uitzondering op de verruimde de-volutieve werking besloten ligt in art. 643, naar luid waarvan bij hoger beroep te-gen het vonnis van een onbevoegde rechter en de appelrechter is eveneens onbe-voegd, de appelrechter de zaak moet verwijzen naar de bevoegde rechter in hoger beroep. Bij nader inzien is er dan wel degelijk devolutieve werking, maar ten voordele van de bevoegde rechter in hoger beroep.

98 Cass. 23 oktober 1992, R.W. 1993-94, 204; 20 april 2001, www.cass.be.

99 Cass. 21 oktober 2002, R.W. 2003-2004, (813) 814.

100 Cass. 10 januari 2003, www.cass.be.

101 Cass. 9 november 1995, A.J.T. 1996-97, 125, met noot P. Taelman, "Devolutieve werking van het hoger beroep".

102 Cass. 10 oktober 2005, www.cass.be; P. & B. 2005, 291.

103 Cass. 14 oktober 2005, www.cass.be; 29 januari 2004, R.W. 2004-2005, 339, met noot S. Mosselmans, "De verwijzingsverplichting in de zin van art. 1068, tweede lid, Ger. W."

104 Cass. 5 januari 2006, R.A.B.G. 2006, 830; R.W. 2005-06, met noot S. Mossel-mans, "De in art. 1068, tweede lid, Ger.W. bedoelde verwijzing is verplicht".