

De vordering van eiseres is dus niet alleen onontvankelijk, doch volledigheidshalve ook ongegrond.

IV. Beslissing

Na erover te hebben beraadslaagd, komt de rechtbank tot de volgende beslissing:

Verklaart de vordering van eiseres onontvankelijk en wijst haar ervan af;

Veroordeelt haar tot de kosten van het geding, aan de zijde van verweerster begroot op 1.440 EUR rechtsplegingsvergoeding.

Waar aanwezig waren: D. Mertens, voorzitter; L. Goossens en S. Biesmans, rechters in handelszaken.

N o o t

Het deskundigenonderzoek na Potpourri I: enkele tendensen

1. Artikel 19, derde lid van het Gerechtelijk Wetboek biedt de gedingvoerende partijen in elke stand van de rechtspleging de mogelijkheid de rechter te verzoeken om alvorens recht te doen een voorafgaande maatregel te bevelen om de vordering te onderzoeken of een tussengeskil te regelen dat betrekking heeft op een dergelijke maatregel, dan wel de toestand van de partijen voorlopig te regelen. Meest frequente verschijningsvorm van zulke voorafgaande maatregel is ongetwijfeld (nog steeds) het deskundigenonderzoek. Bovenstaande uitspraken bieden de gelegenheid om enkele aspecten van het deskundigenonderzoek uit te lichten. De wet van 19 oktober 2015 houdende wijziging van het burgerlijk procesrecht en houdende diverse bepalingen inzake justitie, gemeenzaam Potpourri I genoemd, laat ook hier haar invloed gelden¹.

2. In een interessante overweging merkt de Brusselse rechtbank fijntjes op dat indien de rechter om een onderzoeksmaatregel wordt verzocht, hij niet de gegrondheid van de vordering over de zaak zelf onderzoekt. Wel kan hij de ernst van de middelen ingeroepen tot staving van die vordering in zijn beoordeling betrekken. Omdat de rechter bij wie het verzoek tot voorlopige maatregel voorligt nadien nog over de zaak zelf recht moet (kunnen) spreken, lijkt het dan zaak voor de rechter om zich tot een *prima facie*-oordeel te beperken².

1. BS 22 oktober 2015.

2. H. BOULARBAH en X. TATON, "Les procédures accélérées en droit commercial (référé, comme en référé, avant dire droit, toutes affaires cessantes): principes, conditions et caractéristiques" in G.-A. DAL (ed.), *Le tribunal de commerce: procédures particulières et recherche d'efficacité*, Brussel, Ed. du Jeune Barreau, 2006, 75; in die zin ook E. BOIGELOT, "Les débats succincts et les mesures avant dire droit" in J. ENGLEBERT et al. (eds.), *Le procès civil accéléré? Premiers commentaires de la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire*, Brussel, Bruylant, 2007, 63; J. VAN DONINCK en K. PITEUS, *Het Gerechtelijk Wetboek vernieuwd. Een praktische commentaar bij de wet van 26 april 2007*, Mechelen, Kluwer, 2008, 12, vn. 21; S. VOET, "Het nieuwe artikel 19, tweede lid, Ger.W. (versus kort geding)", RW 2009-10, (1318) 1320, nr. 4.

Meer vertrouwd in de oren klinkt de verwijzing door die rechtbank naar het afwegen van het belang van de eiser bij tegensprekelijke bewijsverkrijging en het belang van de verweerder om hieraan niet te worden blootgesteld. De rechter doet hier aan een belangenafweging die nut en noodzaak van de gevraagde onderzoeksmaatregel centraal plaatst.

In de rechtspraak van het Hof van Cassatie luidt het dat de rechter kan weigeren om een deskundigenonderzoek te bevelen wanneer de eiser zijn vordering tot deskundigenonderzoek op geen enkel gegeven grondt dat de tot staving van zijn vordering aangevoerde feiten aannemelijk kan maken of wanneer er geen dienstige reden bestaat om die maatregel te bevelen³. Met artikel 875*bis* Ger.W. nieuwe stijl⁴ zet de wetgever die belangenafweging nog eens in de verf⁵.

3. Volgens artikel 875*bis* Ger.W. kan de rechter een onderzoeksmaatregel ook slechts bevelen nadat de betrokken vordering ontvankelijk werd verklaard.

De parlementaire voorbereiding verduidelijkt dat de bepaling ziet op situaties waarin “*de ontvankelijkheid van de vordering ter discussie staat*”⁶. Die ontvankelijkheid moet een geschilpunt zijn⁷, wat ook doelt op die gevallen waarin de rechter – met eerbiediging van het recht van verdediging – *ex officio* middelen van niet-ontvankelijkheid aanbrengt⁸.

De minister van Justitie lichtte toe dat het “*niet denkbaar is dat uitvoering zou worden gegeven aan een tussenvonnis waarbij onderzoeksmaatregelen worden gelast, als de ontvankelijkheid van de vordering ter discussie staat. Een heel eenvoudig voorbeeld maakt duidelijk waarom. Een bouwbeer dagvaardt een architect en een aannemer wegens vermeende fouten, terwijl die laatsten de ontvankelijkheid van de vordering betwisten omdat de periode van hun tienjarige aansprakelijkheid verstre-*

3. Cass. 15 juni 2012, *Arr.Cass.* 2012, 1661.

4. Ik doel op het tweede lid van artikel 875*bis* Ger.W., in werking getreden op 1 november 2015, dat integraal als volgt luidt: “*Behalve wanneer de maatregel betrekking heeft op het vervuld zijn van een ontvankelijkheidsvoorwaarde, kan de rechter een onderzoeksmaatregel slechts bevelen nadat de betrokken vordering ontvankelijk werd verklaard.*

De rechter beperkt de keuze van de onderzoeksmaatregel en de inhoud van die maatregel tot wat volstaat om het geschil op te lossen, mede in het licht van de verhouding van de verwachte kosten van de maatregel tot de inzet van het geschil en waarbij de meest eenvoudige, snelle en goedkope maatregel de voorkeur geniet.”

5. P. Taelman en K. Broeckx, “Rechtsmiddelen na Potpourri I” in B. Allemeersch et P. Taelman (eds.), *De hervorming van de burgerlijke rechtspleging door Potpourri I*, Brugge, die Keure, 2016, (103) 121, nr. 20.

6. Verslag van de eerste lezing namens de Commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer Richard Miller en mevrouw Sarah Smeyers, *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/005, 110.

7. Wat de rechter ter beslechting werd voorgelegd, desgevallend ambtshalve door de rechter aangevuld, en waarover door partijen tegenspraak werd gevoerd of kon worden gevoerd, kan aanleiding geven tot een eindbeslissing (cf. art. 19, eerste lid Ger.W.), bekleed met gezag van gewijsde (cf. Cass. 12 juni 2014, C.13.0465.N, www.cassonline.be; Cass. 8 oktober 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1661; Cass. 27 februari 1995, *Arr.Cass.* 1995, 227: “*dat, nu dat punt geen geschilpunt was, het vonnis over dat punt geen uitspraak heeft gedaan*”). De beslissing over een *niet-betwist punt* is geen eindbeslissing (cf. Cass. 6 december 1974, *Arr.Cass.* 1975, 408 (beslissing over ontvankelijkheid tegenvordering); Cass. 15 februari 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 781 (beslissing over ontvankelijkheid tussenkomst) en heeft dan ook geen gezag van gewijsde; cf. ook P. Taelman en K. Broeckx, “Rechtsmiddelen na Potpourri I” in B. Allemeersch et P. Taelman (eds.), *De hervorming van de burgerlijke rechtspleging door Potpourri I*, Brugge, die Keure, 2016, (103) 116.

8. Voor een recente overzichtsstudie van die ambtshalve controle, gepubliceerd naar aanleiding van het omstreden art. 806 Ger.W.; cf. S. MosseLMans, “Taak van de rechter bij verstek”, *RW* 2016-17, (3) 15-16, nrs. 46 *et seq.*

ken is. Stel dat de rechter vervolgens een expertise beveelt – een tijdrovende en dure demarche – en dat het hof van beroep later vaststelt dat de tienjarige termijn is verstreken en dat de vordering dus onontvankelijk is⁹.”

Bepaalde rechtsleer betwijfelt de “economie” van deze ingreep, die de rechter meer dan hem lief is zou dwingen om van bij aanvang een – mogelijkwijze complexe en tijdrovende – discussie over de ontvankelijkheid van de vordering te moeten beslechten¹⁰. Liet de Brusselse rechtbank zich door die gedachte inspireren toen zij besliste dat excepties van laattijdigheid zoals de overschrijding van de redelijke termijn voor verborgen lichte gebreken en de verjaring het noodzakelijke onderzoek naar die ontvankelijkheid overstijgen?

De redenering overtuigt niet. De wet maakt immers geen onderscheid tussen de materieel- of formeelrechtelijke grondslag van de ontvankelijkheid; het door de minister van Justitie aangehaalde voorbeeld illustreert dit¹¹. Zowel de tienjarige aansprakelijkheid voor al dan niet zichtbare gebreken die ernstig genoeg zijn om de stevigheid van het gebouw in gevaar te brengen (art. 1792 BW) als de redelijke termijn voor lichte verborgen gebreken kwalificeren als een proceduretermijn¹². Overschrijding vertaalt zich in de niet-toelaatbaarheid van de vordering, net zoals dat bij de verjaring het geval is¹³.

De rechter die de proceseconomie niet wil offeren op het altaar van de ontvankelijkheid, doet daarvoor beter beroep op een afweging waarin artikel 6 EVRM een plaats vindt. Aan de partij die om het deskundigenonderzoek verzoekt, moet de mogelijkheid worden geboden om haar zaak uiteen te zetten, met inbegrip van haar bewijzen, in omstandigheden die haar in vergelijking met haar tegenpartij niet in een duidelijk nadeligere situatie plaatsen¹⁴.

4. Wordt het deskundigenonderzoek toch bevolen, dan is hoger beroep vaak de volgende stap. Na Potpourri I bepaalt artikel 1050, tweede lid Ger.W. nu dat “tegen een beslissing inzake bevoegdheid of, tenzij de rechter anders bepaalt¹⁵, een beslissing

9. Verslag van de eerste lezing namens de Commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer Richard MILLER en mevrouw Sarah SMEYERS, *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/005, 110.
10. B. PETIT, “L’économie des mesures d’instruction” in J.-F. VAN DROOGHENBROECK (ed.), *Le Code judiciaire en Pot-Pourri. Promesses, réalités et perspectives*, Brussel, Larcier, 2016, (257) 260.
11. Cf. ook J. BOON, “Het algemeen beginsel van het gezond verstand. Potpourri I onder de loep” in BALIE BRUSSEL NEDERLANDSTALIGE ADVOCATENORDE (ed.), *Jaarboek 2015-2016*, www.jaarboek2015-2016.balie-brussel.be/, (34) 37. Raadsheer Boon, die de bouwkamer van het Brusselse hof van beroep voorziet, merkt terecht op dat er ook nog verweermiddelen zijn die betrekking hebben op de grond van de zaak, maar die indien mogelijk best worden beslecht om een nutteloze expertise te vermijden, zoals het ontbreken van een vorderingsrecht, of het zichtbaar karakter van de gebreken, die gezien de bewijsstukken werden aanvaard.
12. Cf. S. MOSSELMANS, “Gelijke waarborg- en proceduretermijn voor alle ernstige gebreken in de zin van de artikelen 1792 en 2270 BW” (noot onder Cass. 2 februari 2006), *RW* 2005-06, 1590-1591.
13. Cf. het proefschrift van LEFEBVRE-MASSCHELEIN (M.A. LEFEBVRE-MASSCHELEIN, *Het verval van een recht in het materieel privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 100, nr. 139) voor een recente overzichtsanalyse en besluit; eerder P. TAELEMAN, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde. Een begrippenstudie*, Diegem, Kluwer, 2001, 90-91.
14. EHRM, *Dombo Beheer BV / Nederland*, 1993, overw. 33.
15. Op die uitzondering gaan we hier niet nader in, cf. hierover P. TAELEMAN en K. BROECKX, “Rechtsmiddelen na Potpourri I” in B. ALLEMEERSCH et P. TAELEMAN (eds.), *De hervorming van de burgerlijke rechtspleging door Potpourri I*, Brugge, die Keure, 2016, (103) 130-132.

*alvorens recht te doen [...] slechts hoger beroep [kan] worden ingesteld samen met het hoger beroep tegen het eindvonnis.*¹⁶

Naar analogie met het bevoegdheidscontentieux¹⁷ wordt de mogelijkheid tot onmiddellijk hoger beroep uitgesloten tot – minstens – een eindbeslissing voorligt¹⁸. Waarover die eindbeslissing moet handelen, is vooralsnog geen uitgemaakte zaak.

De minister van Justitie was zich alvast goed bewust van de impact die artikel 875bis Ger.W. zou hebben op de slagkracht van dit uitgesloten onmiddellijk hoger beroep. Gemengde vonnissen die niet alleen de onderzoeksmaatregel maar ook de ontvankelijkheid van de vordering behandelen, zijn en blijven vatbaar voor onmiddellijk hoger beroep¹⁹.

Dat de beslissing over de ontvankelijkheid van de vordering bedoeld in artikel 875bis Ger.W. een geschilpunt over die ontvankelijkheid vereist opdat van zulk gemengd vonnis sprake kan zijn, kwam hiervoor al aan bod. Appelmagistraten hebben snel de unanieme rechtsleer hierover opgepikt²⁰.

Even snel werd ook verduidelijkt dat geschilpunten die met geen ander doel in het leven worden geroepen dan een appellabel vonnis te creëren, op grond van het algemene rechtsbeginsel inzake procesrechtsmisbruik snel kunnen worden geneutrali-

16. In werking getreden op 1 november 2015. Overeenkomstig de regels van overgangsrecht (art. 3 Ger.W.) geldt de nieuwe bepaling op uitspraken vanaf die datum gewezen (cf. C. DE BOE, "Le droit transitoire" in J.-F. VAN DROOGHENBROECK (ed.), *Le Code judiciaire en Pot-Pourri. Promesses, réalités et perspectives*, Brussel, Larcier, 2016, (357) 382, nr. 79; P. Taelman en K. Broeckx, "Rechtsmiddelen na Potpourri I" in B. ALLEMEERSCH et P. Taelman (eds.), *De hervorming van de burgerlijke rechtspleging door Potpourri I*, Brugge, die Keure, 2016, (103)147, nr. 54).
17. De vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie luidt dat geen onmiddellijk hoger beroep openstaat tegen het vonnis waarbij de geadieerde rechter zich bevoegd of onbevoegd verklaart en een dergelijk hoger beroep 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 (cf. Cass. 13 februari 2003, *Arr.Cass.* 2003, 397; Cass. 15 december 2003, *RABG* 2004, 634; Cass. 6 maart 2006, *Arr.Cass.* 2006, 544; Cass. 25 maart 2010, *Arr.Cass.* 2010, 933; Cass. 3 oktober 2014, *RABG* 2015, 425, noot P. VANLERSBERGHE; Cass. 20 maart 2015, *P&B* 2015, 153).
18. Het begrip "eindvonnis" blijft best voorbehouden voor de beslechting van alle geschilpunten, door een geheel van eindbeslissingen (cf. P. Taelman, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde. Een begrippenstudie*, Diegem, Kluwer, 2001, 139, vn. nr. 564; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Collection scientifique de la faculté de droit de Liège, 1987, 271, nr. 362).
19. *Memorie van toelichting* bij het wetsontwerp houdende wijziging van het burgerlijk procesrecht en houdende diverse bepalingen inzake justitie, *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/001, 24; verslag van de eerste lezing namens de Commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer Richard MILLER en mevrouw Sarah SMEYERS, *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/005, 110.
20. Cf. naast het hier gepubliceerde arrest van het hof van beroep te Antwerpen ook Antwerpen 16 maart 2016, *RW* 2015-16, 1623, met goedkeurende noot B. VANLERSBERGHE; eerder in de rechtsleer: G. DE LEVAL, J. VAN COMPERNOLLE en F. GEORGES, "La loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice", *JT* 2015, (785) 803; P. Taelman en K. Broeckx, "Rechtsmiddelen na Potpourri I" in B. ALLEMEERSCH et P. Taelman (eds.), *De hervorming van de burgerlijke rechtspleging door Potpourri I*, Brugge, die Keure, 2016, (103) 116-117; B. ALLEMEERSCH en S. VOET, "De wet 'Potpourri I'. Wijzigingen van het burgerlijk procesrecht", *RW* 2015-16, (1523) 1535, nr. 40; M. CASTERMANS, *Potpourri I: hervormingen m.b.t. de burgerlijke rechtspleging*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2016, 63; A. HOC, "L'appel différé des jugements avant dire droit" in J.-F. VAN DROOGHENBROECK (ed.), *Le Code judiciaire en Pot-Pourri. Promesses, réalités et perspectives*, Brussel, Larcier, 2016, 278, nr. 19 en 281, nr. 22.

seerd²¹, met desgevallend toerekening aan die partij van de gedingkosten²² en – bijkomend – geldboete en schadevergoeding (art. 780bis Ger.W.)²³.

Rest dan nog de vraag of het volstaat dat het deskundigenonderzoek *as such* werd betwist opdat die beslissing alvorens recht te doen van kleur verandert en door die betwisting een eindbeslissing op tussengeschild wordt, wat de onderzoeksmaatregel appellabel zou maken. Dat is alvast de interpretatie die in de rechtsleer aan – net om die reden – fel gecontesteerde cassatierechtspraak wordt gegeven²⁴.

Het in dat verband vaak geciteerde arrest van het Hof van Cassatie van 24 januari 2013 luidt als volgt: “Wanneer de voorafgaande maatregel om de vordering te onderzoeken die de rechter in de loop van rechtspleging heeft genomen, tot een betwisting heeft geleid die de rechter heeft moeten beslechten, waardoor hij zijn rechtsmacht daarover volledig heeft uitgeoefend, is die beslissing een eindbeslissing op tussenvordering en geen beslissing alvorens recht te doen; bijgevolg is een beschikking die een door de deskundige neergelegd verzoekschrift tot verlenging van de termijn ontvankelijk verklaart, terwijl een partij de ontvankelijkheid van dat verzoekschrift heeft betwist, geen beslissing alvorens recht te doen maar een eindbeslissing op tussenvordering.”²⁵.

Maar goed beschouwd volstaat het in het licht van die cassatierechtspraak helemaal niet dat de onderzoeksmaatregel werd betwist opdat er sprake zou zijn van zulke eindbeslissing op tussengeschild. Men moet daarbij voor ogen houden dat de beslissing tot termijnverlenging, waartegen volgens artikel 963, § 1 Ger.W. geen verzet of hoger beroep mogelijk is, volgens het Hof van Cassatie in die zaak een betwiste rechtsvraag opleverde en een oordeel over de ontvankelijkheid vergde, en dat er daarom geen sprake was van een niet-ontvankelijk cassatieberoep tegen een maatregel van inwendige aard of nog, een voortijdig cassatieberoep tegen een beslissing alvorens recht te doen (art. 1077 Ger.W.).

21. Voor een ander voorbeeld van zulke neutralisering van onrechtmatig procesgedrag, i.h.b. bij de begroting van de rechtsplegingsvergoeding; cf. Cass. 17 november 2010, *Arr.Cass.* 2010, 2772; Cass. 20 november 2012, *Arr.Cass.* 2012, 2600: “Het toegekende veeleer dan het gevorderde bedrag bij klaarblijkelijke overwaarderding die de normaal bedachtzame en zorgvuldige justitiabele niet zou hebben begaan, ofwel uit kwader trouw, mits eerbiediging recht van verdediging.”

22. Cass. 24 april 1978, *Arr.Cass.* 1978, 965.

23. Cass. 8 januari 2004, *Arr.Cass.* 2004, 13, RABG 2004, 607, noot E. BREWAEYS: “Wanneer, ingevolge de samenvoeging van het bedrag van de hoofdvordering en het bedrag van de tegenvordering wegens roekeloze en tergende vordering, de appelrechter uitspraak moet doen op het hoger beroep van de partij die de tegenvordering had ingesteld, mag hij oordelen dat de tegenvordering uitsluitend was ingegeven door de wil de regels van de aanleg te omzeilen en kan hij, op grond van het aldus onrechtmatig vervolgd belang, het hoger beroep niet ontvankelijk verklaren”; over dit arrest ook P. Taelman, “Loyale procesvoering” in B. Maes (ed.), *Voorstellen tot bijsturing van de burgerlijke rechtspleging*, Brugge, die Keure, 2006, (121) 135-136, nr. 14.

24. B. Vanlerberghe, “De beslissing alvorens recht te doen in de zin van artikel 1050, tweede lid Ger.W.” (noot onder Antwerpen 16 maart 2016), *RW* 2015-16, (1624) 1625; P. Taelman en K. Broeckx, “Rechtsmiddelen na Potpourri I” in B. Allemeersch et P. Taelman (eds.), *De hervorming van de burgerlijke rechtspleging door Potpourri I*, Brugge, die Keure, 2016, (103) 128-129, nr. 32; M. Castermans, *Potpourri I: hervormingen m.b.t. de burgerlijke rechtspleging*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2016, 62.

25. Cass. 24 januari 2013, C.12.0213.F, www.cassonline.be, *JT* 2013, 196, Concl. T. Werquin, (kritische) noot J. Van Compernelle en G. de Leval, *Pas.* 2013, 221, Concl. T. Werquin, RABG 2013, 323, noot J. Van Doninck, *RCJB* 2014, 255, noot G. Closset-Marchal, *RW* 2012-13, 1159 (samenvatting), 1159, *RW* 2014-15, 1304 (samenvatting).

In bepaalde gevallen zal de beslechting van een tussengeschild over een onderzoeksmaatregel inderdaad een eindbeslissing over de wettigheid van die onderzoeksmaatregel vergen, en laat de cassatierechtspraak nu net op die gevallen betrekking hebben²⁶.

Die beperkte categorie van eindbeslissing(en) levert ook inzake de expertise een beslissing op die vatbaar is voor onmiddellijk hoger beroep.

Belangenafweging, tegenspraak, juridisch gekleurde betwisting. Ook na Potpourri I blijft het voor de rechter die over de expertise gaat zaak om voldoende recht te doen aan de omstandigheden van het geval en niet in mechanische redeneringen te vervallen.

Jachin VAN DONINCK
Advocaat te Brussel
Praktijkassistent Instituut voor Procesrecht UGent

■ Samenlopende fouten aannemer en architect – Aansprakelijkheid *in solidum*

Antwerpen 6 januari 2016

Verbintenissenrecht – Algemene beginselen – Modaliteiten – Hoofdelijke verbintenis – *In solidum*

Bijzondere overeenkomsten – Bouw – Aanneming van werken – Aanneming – Algemeen – Aansprakelijkheid *in solidum* aannemer architect
 Beroepen – Architect – Opdracht – Aansprakelijkheid

De architect die gebrekkige plannen tekende, zonder exacte maten in de doorsneden, zonder weergave van draagconstructie, kolommen en ringbalk, en ondanks zijn volledige opdracht geen toezicht hield op de uitvoering der werken en deze ook niet controleerde, is in solidum aansprakelijk met de aannemer die bemerkte dat die

26. Cass. 2 november 2000, Arr.Cass. 2000, 1698: “Overwegende dat het bestreden arrest voorziet in de vervanging van de deskundige, die in een vorig arrest was aangewezen, maar van mening was zijn opdracht niet te kunnen vervullen; dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan niet blijkt dat het hof van beroep een **geschilpunt** heeft moeten beslechten om in die vervanging te voorzien”; Cass. 10 januari 1997, Arr.Cass. 1997, 56: “Overwegende dat de eisers in hun appelconclusie de verwerping vorderden van de subsidiaire vordering van verweerder, strekkende tot het houden van een getuigenverhoor, **niet enkel op grond van opportuniteitsredenen**, maar ook op grond van de niet-toelaatbaarheid van dit bewijsmiddel wegens de foutieve passiviteit van verweerder in de voorafgaande procedure; overwegende dat het arrest, door het gevorderde getuigenverhoor te bevelen, beslist over de toelaatbaarheid van een bewijsmiddel en een eindbeslissing neemt over een tussengeschild waartegen voorziening in cassatie openstaat; dat het middel van niet-ontuankelijkheid ongegrond is” (mijn benadrukking). In zijn conclusie bij het arrest van het Hof van Cassatie van 13 januari 1972 schreef toenmalig advocaat-generaal KRINGS hierover het volgende: “(...) *Une décision n’est pas purement d’instruction lorsqu’elle contient, fût-ce même sur un point ayant trait à cette mesure d’instruction, un jugement définitif: tel est le cas lorsque le juge décide que les faits cités sont susceptibles de faire l’objet d’une preuve par témoins, ou encore que ces faits sont pertinents et peuvent justifier le fondement de la demande. Il en est ainsi de nombreuses demandes d’enquêtes en matière de divorce.*” (Concl. E. KRINGS bij Cass. 13 januari 1972, *Pas.* 1972, I, p. 466; cf. ook F. DUMON, “Artikel 1077 Ger.W.” in *Comm.Ger.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 3, nr. 6, *in fine*).