

RECHTSMIDDELEN NA POTPOURRI I

PIET TAELEMAN, gewoon hoogleraar UGent, Instituut voor Procesrecht
KAREN BROECKX, hoofddocent UGent, Instituut voor Procesrecht, raads-
heer in het hof van beroep Gent

I. INLEIDING

1. Met zijn Justitieplan beoogt minister van Justitie Koen Geens de werking van justitie te verbeteren en de procedureregels efficiënter te maken, zonder in te boeten aan kwaliteit: “De basisdoelstelling is de garantie van een kwaliteitsvolle rechtspraak binnen een redelijke termijn aan een redelijke kostprijs. Justitie moet inzetten op haar kerntaak en dit is in de eerste plaats de beslechting van rechtsge- schillen op een kwaliteitsvolle manier en binnen een redelijke termijn. (...) Om deze doelstelling te realiseren worden ingrijpende aanpassingen doorgevoerd in de burgerlijke procedures om deze efficiënter, minder omslachtig en sneller te laten verlopen (1).” In het bijzonder is het de ambitie om het aantal zaken in hoger beroep te verminderen (2) en te komen tot meer proceseconomie in verband met hoger beroep, verstek en bemiddeling (3).

In dit plan werden maatregelen aangekondigd “die de kwalitatieve en volwaardige behandeling van een zaak in eerste aanleg moeten stimuleren en het aanwenden van hoger beroep terug moeten dringen tot de essentie, namelijk een tweede aanleg die slechts bij uitzondering wordt aangewend (4).” Concrete maatregelen betreffende het verstekvonnis (5) en om het aantal zaken in hoger beroep te verminderen, kregen gestalte in de W. 19 oktober 2015 houdende wijziging van het burgerlijk procesrecht en houdende diverse bepalingen inzake justitie. Die wet verscheen in het Belgisch Staatsblad van 22 oktober 2015. In navolging van de weinig vleiende benaming die de minister (6) er zelf aan gaf (7), wordt deze wet vaak de Potpourri I-wet genoemd.

(1) K. GEENS, *Justitieplan – Een efficiëntere justitie voor meer rechtvaardigheid*, 2015, in het bijzonder 26, nrs. 48-49. Zie ook Federale Regeringsverklaring (Michel I), *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-0020/1, 123. In zijn algemene beleidsnota Justitie is sprake van “een kwalitatieve en betaalbare rechtspraak binnen het jaar na de instelling van de vordering” (*Parl.St.* Kamer 2015-16, nr. 54-1428/8, 12).

(2) *Justitieplan*, 27-28, nrs. 57-61.

(3) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/5, 7-9.

(4) *Justitieplan*, 28, nr. 58. Vgl. Algemene beleidsnota Justitie *Parl.St.* Kamer 2015-16, nr. 54-1428/008, 12: “Deze maatregelen [bedoeld worden de in de Potpourri I-wet vervatte regelen] zullen tot gevolg hebben dat het aantal zaken in hoger beroep daalt (...).”

(5) Zie hierover *Justitieplan*, 31, nrs. 69-70.

(6) *De Standaard*, 2 november 2015: Geens (in De Zondag): “Hink-stap-sprong en potpourri komen uit mijn koker, koppig gekozen tegen de raad van marketeers in.”

(7) De minister koos zelf die volgens hem “bescheiden” benaming “Potpourri”; het aan het Frans ontleende woord betekent letterlijk “bedorven pot”. Maar volgens een andere omschrijving betreft het een “droog of vochtig mengsel van kruiden, bloemblaadjes, specerijen en fixatief, bedoeld als lang werkzame bron van aangename geur” (www.houtwal.nl).

2. In deze bijdrage komen de (nieuwe) bepalingen aan bod die een weerslag hebben op of gerelateerd zijn aan de gewone rechtsmiddelen (8), verzet en hoger beroep. We gaan niet in op de daarmee nochtans ook verbonden veralgemening van de alleenzetelende rechter, omdat deze topic – zowel voor wat betreft de behandeling van de zaak in eerste aanleg als in hoger beroep – op een andere plaats in dit boek wordt besproken (9).

3. In het bijzonder voor wat het terugdringen van het aantal hogere beroepen en de inperking van het geschil in hoger beroep betrof, reageerde de Hoge Raad voor de Justitie (hierna: HRJ) teleurgesteld op het voorontwerp en stelde hij zelf een “meer fundamentele aanpak” voor (10). Er valt inderdaad aan te stippen dat niet alle in het Justitieplan in het vooruitzicht gestelde maatregelen betreffende het hoger beroep – en de hiermee nauw verbonden herwaardering van de eerste aanleg – terug te vinden zijn in de hier besproken wet (11). Verwacht mag worden dat deze zullen figureren in één van de volgende Potpourri-wetten (12), waarin de hervorming van het hoger beroep verder vorm zal krijgen. De hier besproken nieuwe regelgeving van het hoger beroep betreft dus slechts een tussenstap. De toekomst zal uitwijzen of het stapsgewijze bijstellen van de burgerlijke procedureregels – die voor alle rechtspractici telkens een gewenningsperiode vereist en de rechtszekerheid onder druk zet – een goede keuze was ...

II. TAAK VAN DE RECHTER BIJ VERSTEK


a. Inleiding

4. Art. 806 (oud) Ger.W. bepaalde dat een verstekvonnis binnen het jaar nadat het werd gewezen (13) moest worden betekend, anders werd het als niet bestaande beschouwd. De sinds 1 november 2015 nieuwe tekst van deze bepaling schrijft voor dat de rechter bij verstek van een partij de vorderingen of het verweer van de verschijnende partij inwilligt, behalve in zoverre die vorderingen of die verweermiddelen in strijd zijn met de openbare orde. Hiermee omschrijft het nieuwe art. 806 Ger.W. – voor het eerst onder gelding van dit wetboek – de beoordelingsvrijheid van de rechter bij verstek (14). Op het eerste gezicht lijkt het daarbij diens rol te beperken tot beschermheer van de openbare orde.

be/vakjargon/vaktaal_index.htm). In elk geval sprak de minister de hoop uit dat deze wetgeving als een klein mammoetwerk zou worden ervaren (*Justitieplan*, 3).

(8) Zie art. 21 Ger.W.

(9) Wijzing naar bijdrage B. VANLERBERGHE en S. RUTTEN in dit boek.

(10)  de Raad voor de Justitie, *Ambtshalve uitgebracht advies Voorontwerp van wet houdende wijzigingen van het burgerlijk procesrecht*, 27 mei 2015, 5-7.

(11) *Justitieplan*, 28, nr. 60 vermeldt: “Bovendien wordt de eerste aanleg geherwaardeerd, in die zin dat de grond van de zaak niet langer voor het eerst in hoger beroep ter sprake komt.” Een concrete uitwerking hiervan ligt niet voor in Potpourri I.

(12) Een tipje van de sluier werd alvast gelicht in de algemene beleidsnota Justitie, *Parl.St.* Kamer 2015-16, nr. 54-1428/8, 13-14; zie ook *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/5, 109.


(13) Het betrof een vervaltermijn: Cass. 10 januari 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 657.

(14) Onder het Wetboek Burgerlijke Rechtsvordering werd het onderzoek door de rechter van de gegrondheid van de eis bij verstek wettelijk geregeld (R. DE CORTE en J. LAENENS,

Het wekt dan ook geen verbazing dat de nieuwe tekst reeds in zijn ontwerpfase de gemoederen van velen sterk heeft verhit en tal van kritische bedenkingen uitlokte. Maar sinds art. 806 (nieuw) Ger.W. een feit is, is de discussie over de toepassing en de gevolgen ervan pas in volle hevigheid los gebarsten. Er wordt geopperd dat de wetgever een aanslag heeft gepleegd op de onafhankelijkheid van de rechter, nu de wetgever bij verstek van een partij geen inhoudelijke beoordelingsvrijheid meer toelaat maar bepaalt hoe de rechter moet oordelen: hij moet immers bij verstek van een partij de vordering of het verweer van de verschijnende partij inwilligen, behalve in zoverre de rechtspleging, de vorderingen of de verweermiddelen in strijd zijn met de openbare orde. De vraag rees of deze bepaling niet in strijd is met art. 151 Grondwet en zelfs met art. 6.1 EVRM. In een arrest van 22 december 2015 schoof de familiekamer in het hof van beroep te Antwerpen de toepassing van art 806 (nieuw) Ger.W. terzijde, wegens kennelijke strijdigheid ervan met voormelde supranationale bepaling (15). Volgens het hof impliceert art. 6.1 EVRM dat een rechterlijke instantie in alle omstandigheden zijn beslissing moet kunnen steunen op zijn eigen, vrije oordeel omtrent de feiten en de rechtsgronden.

Een vrederechter oordeelde dat hij – ingevolge het nieuwe voorschrift – bij verstek “niet bevoegd [is] om ambtshalve hoge intresten te herleiden tot de wettelijke intrest vanaf de aanmaning en om hoge schadevergoedingen, bezettingsvergoedingen en wederverhuringsvergoedingen te herleiden of af te wijzen” (16). De oorzaak van de commotie is te herleiden tot de afbakening van het sleutelbegrip “openbare orde” in art. 806 (nieuw) Ger.W., dat door de wetgever niet omschreven werd. De invulling van deze open norm is ingevolge de nieuwe bepaling de toetssteen voor de rechter wanneer hij bij verstek recht spreekt, zodat de vraag rijst wat daaronder moet worden verstaan.

b. Art. 806 (oud) Ger.W.

5. Sinds de inwerkingtreding van het Gerechtelijk Wetboek bepaalde art. 806 (oud) Ger.W. dat het verstekvonnis binnen het jaar moet worden betekend, anders wordt het als niet bestaande beschouwd (17)  *ratio legis* van deze sanctie (18) lag in de bescherming van de versteklatende partij tegen verstekvonnissen die tegen haar bij verrassing zouden zijn uitgesproken omdat zij niet behoorlijk werd

“De verstekprocedure en taak van de rechter bij verstek”, *TPR* 1980, (447) 487-488, nrs. 97-101; A. SMETS, *Het recht op tegenspraak in civiele geschillen*, Brugge, die Keure, 2009, 475, nr. 654; A. SMETS, “Verstek en tegenspraak in de Wet van 3 augustus 1992” in P. Taelman en M. Storme (eds.), *Tien jaar toepassing Wet 3 augustus 1992 én haar reparatiewetgeving*, Brugge, die Keure, 2004 (57) 62-63, nr. 12.

(15) Antwerpen (3^e ter-kamer) 22 december 2015, AR 2015/FA/764, *onuitg.*

(16) Vred. Genk 15 december 2015, AR 15A1525, *onuitg.* Vgl. *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/5, 8, waar een abusieve verwijlinterrest of een buitensporige strafclausule als strijdig met de openbare orde wordt aangemerkt.

(17) E. BREWAEYS, “De raadsels van artikel 806 Ger.W.”, *RABG* 2008, 661; R. DE CORTE en J. LAENENS, “De verstekprocedure en de taak van de rechter bij verstek”, *TPR* 1980, (447) 481-483, nrs. 78-84; G. DE LEVAL e.a., *Droit judiciaire – Manuel de procédure civile*, Dl. II, Brussel, Larcier, 2015, 435, nr. 3.202.

(18) Deze bepaling werd niet van openbare orde geacht.

ingelicht over de procedure (19). In zijn arrest van 19 maart 2008 beoordeelde het Grondwettelijk Hof deze regel nog als pertinent om de bij verstek veroordeelde verweerder te beschermen tegen een gedwongen tenuitvoerlegging die met opzet wordt vertraagd door de partij die het vonnis heeft verkregen. Het Hof wees er op dat wanneer die (eisende) partij lang talmt om het verstekvonnis te laten uitvoeren en de nieuwe gerechtelijke geldigverklaring daarvan pas vraagt na meerdere jaren stilzitten, de bij verstek veroordeelde verweerder kan verplicht worden de oorspronkelijke veroordeling na al die jaren uit te voeren zonder enige verjaring tegen de verklaringen van de schuldeiser te kunnen tegenwerpen (20).

De sanctie van het “niet bestaan” gold enkel voor het verstekvonnis, maar niet voor de eraan voorafgaande procedure (21). De partij die nagelaten had het verstekvonnis binnen het jaar te betekenen (22), kon de zaak opnieuw ter zitting brengen door een verzoek tot rechtsdagbepaling zonder nieuwe dagvaarding, teneinde een nieuwe titel te bekomen (23). Het stuitende effect van het geding op de verjaring bleef doorwerken tot aan de dagtekening van dit nieuwe vonnis (24).

Meer dan 20 jaar geleden voorzag het wetsontwerp dat leidde tot de Wet 3 augustus 1992 al in de opheffing van deze bepaling (25). Ze bleef toen evenwel

(19) Vgl. *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/1, 19.

(20) Grondwettelijk Hof nr. 60/2008, 19 maart 2008, *BS* 21 mei 2008 (tweede ed.), 26.495; *RABG* 2008, 657. Door het verstrijken van de tijd is ook denkbaar dat de versteklatende partij de gegevens verliest die haar gelijk zouden kunnen bewijzen.

(21) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/1, 19.

(22) Aan het niet laten betekenen van de uitspraak konden goede redenen ten grondslag liggen, bijv. omwille van door de schuldeiser aan de debiteur na het bekomen van de uitspraak toegestane betalingsfaciliteiten.

(23) De wettelijke grondslag waarop de partij zich moet beroepen teneinde een rechtsdag te bekomen waarop zij om die nieuwe titel kan verzoeken, is sinds de wijziging van het Gerechtelijk Wetboek bij Wet 3 augustus 1992 problematisch. Enkel art. 747 Ger.W. voorziet thans nog in de mogelijkheid van een eenzijdige actie in die zin door een procespartij, maar leidt er in principe toe dat ook de wederpartij wordt opgeroepen. En precies de vraag of bij de bepaling van de nieuwe rechtsdag de bij verstek veroordeelde partij al dan niet moet worden opgeroepen, is zeer omstrede (zie hierover: S. RUTTEN, “Verstek en verzet in burgerlijke zaken herbekeken” in A. VAN OEVELEN, J. ROZIE, S. RUTTEN (eds.), *Verstek en verzet in burgerlijke zaken en strafzaken, nationaal en Europees*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (1) 12, nr. 17; P. MOREAU, “Faut-il convoquer la partie condamnée par défaut à l’audience de revitalisation d’un jugement réputé non avenu?”, *T.Vred.* 2007, 83-85). In de praktijk leverden gerechten, onder gelding van art. 806 (oud) Ger.W., wel eens zonder meer een nieuwe titel af, dit is zonder dat ze daaraan voorafgaand een nieuwe rechtsdag toekenden. Eveneens omstrede was het exacte rechtsgevolg van het niet langer bestaande zijn van het vonnis. Soms werd – o.i. foutief – geleerd dat enkel de uitvoerbare (en bewijs-)kracht verloren ging (in die zin: J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 389-390, nr. 931; S. RUTTEN, “Verstek en verzet in burgerlijke zaken herbekeken” in A. VAN OEVELEN, J. ROZIE, S. RUTTEN (eds.), *Verstek en verzet in burgerlijke zaken en strafzaken, nationaal en Europees*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (1) 11, nr. 16; A. SMETS, “Verstek en tegenspraak in de Wet van 3 augustus 1992” in P. Taelman en M. Storme (eds.), *Tien jaar toepassing Wet 3 augustus 1992 én haar reparatiewetgeving*, Brugge, die Keure, 2004 (57) 80-81, nr. 30, voetnoot 121 op die plaats.

(24) Cass. 13 september 1993, *Arr. Cass.* 1993, 692 en *RW* 1993-94, 751.

(25) *Parl.St.* Senaat 1990-91, nr. 1198/1, art. 26.

gehandhaafd, omdat de partij die het verstekvonnis liet vervallen door verzuimd te hebben dit tijdig te laten betekenen bijkomende kosten moest uitzetten (die ze echter enkel aan haarzelf te wijten had) (26).

Zowel de HRJ als de Orde van Vlaamse Balies (hierna: OVB) toonden zich een voorstander van het schrappen van art. 806 (oud) Ger.W. (27). De HRJ zag in die oude tekst een nodeloze complicatie en meende dat de belangen van de versterklater in de nieuwe bepaling passend worden gevrijwaard door het behoud van de mogelijkheid en de rechtsgevolgen (in het bijzonder de schorsende werking) van het rechtsmiddel van verzet (op voorwaarde dat zou worden verduidelijkt dat de rechter ook bij verstek strafbedingen mag blijven verminderen ex art. 1231 BW) (28). De OVB van zijn kant vreesde evenwel dat de hervorming tot meer verzetsprocedures zou leiden en onderstreepte dat, bijv. in familiezaken, het verstek wordt misbruikt. Tevens was deze advocatenorde er beducht voor dat de nieuwe bepaling een ongelijke behandeling creëert tussen de partij die verstek laat gaan en de partij die verschijnt, opdat een rechter in geval van verstek de vordering niet meer inhoudelijk zou kunnen nazien of matigen. Hierdoor wordt volgens de Orde de beoordelingsvrijheid van de rechter onevenredig beknot.

c. Taak van de rechter bij verstek

i. De wetgever sluit zich aan bij de minimalistische of reformistische opvatting

6. Art. 806 (nieuw) Ger.W. bepaalt: “In het verstekvonnis willigt de rechter de vorderingen of verweermiddelen van de verschijnende partij in, behalve in zoverre de rechtspleging, die vorderingen of middelen strijdig zijn met de openbare orde.” In het voorontwerp van wat de Wet 19 oktober 2015 werd, was de taak van de rechter bij verstek nog aanzienlijk ruimer omschreven. Het voorzag onder zijn art. 40 immers dat de rechter in een verstekvonnis de vorderingen of verweermiddelen van de verschijnende partij inwilligt, “behalve in zoverre die vorderingen of middelen strijdig zijn met de openbare orde *of kennelijk ongegrond zijn.*” De cursief gedrukte woorden zijn in het wetsontwerp (29) komen te vervallen.

(26) J. LAENENS en K. BROECKX, *Het gerechtelijk recht in een stroomversnelling*, Antwerpen, Maklu, 1993, 76. Naderhand werd in de rechtsleer opnieuw de schrapping van deze bepaling bepleit: F. ERDMAN en G. DE LEVAL, *Les dialogues de justice*, Brussel, 2004, 248-249.

(27) Hoge Raad voor de Justitie, *Ambtshalve uitgebracht advies Voorontwerp van wet houdende wijzigingen van het burgerlijk procesrecht*, 27 mei 2015, 11; Commentaar OVB op het Wetsontwerp houdende wijziging van het burgerlijk procesrecht en houdende diverse bepalingen inzake justitie, 1 september 2015, 9; Wetgevingsdossier OVB – Commentaar bij de wet van 19 oktober 2015 houdende wijziging van het burgerlijk procesrecht en houdende diverse bepalingen inzake justitie (= Potpourri I), 17 november 2015, 10.

(28) De wetgever volgde deze suggestie: *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54 1219/5, 8.

(29) Zie *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/1, 193-194, sub art. 20.

7. De taak van de rechter bij verstek was onder gelding van art. 806 (oud) Ger.W. binnen de rechtspraak en rechtsleer omstreden. Twee uiteenlopende strekkingen – een maximalistische en een minimalistische – werden verdedigd (30). Volgens de *maximalistische* strekking staat het aan de rechter, rechtsprekend bij verstek, alle voor de zaak relevante rechtsregels ambtshalve toe te passen, ook deze die de openbare orde niet raken. Haar voorstanders menen dat de functie van de rechter te belangrijk is om zonder meer het gevraagde toe te kennen, wanneer de verwerende partij verstek laat gaan. Het verstek moet volgens hen worden beschouwd als een integrale betwisting van het gevorderde (31). Deze strekking gaat ervan uit dat het verstek een middel is van betwisting van de vordering, zodat de rechter ambtshalve alle middelen moet onderzoeken die de versteklatende partij had kunnen inroepen.

Aangezien het verstek in deze optiek wordt beschouwd als een algemene en veronderstelde betwisting van de vordering, zou de rechter voor rekening van de niet-verschijnende partij alle verweermiddelen moeten opwerpen die deze partij had kunnen opwerpen mocht zij aanwezig zijn geweest. De rechter moet daarbij ook nagaan of ter staving van de vordering afdoende feiten werden aangevoerd en of die ook wel degelijk bewezen zijn.

Bij verstek verlaat de niet-verschijnende verweerder zich dus op de wijsheid of het oordeel van de rechter om – naast zijn bevoegdheid en de toelaatbaarheid van de vordering – ook de gegrondheid ervan te beoordelen. De opdracht van de rechter bij verstek anders benaderen zou volgens de maximalistische strekking alleen maar de weg effenen voor misbruiken en voor speculatie op een eventueel verstek. De rechter zou de verplichting hebben de materiële waarheid op te sporen (32).

De aanhangers van de *minimalistische* strekking verdedigden dat het de rechter bij verstek zeker niet is toegestaan ook nog een onderzoek ten gronde te verrich-

(30) Zie daarover *in extenso*: A. SMETS, *Het recht op tegenspraak in civiele geschillen*, Brugge, die Keure, 2009, 477-491, nrs. 656-667; A. SMETS, “Verstek en tegenspraak in de Wet van 3 augustus 1992” in P. Taelman en M. Storme (eds.), *Tien jaar toepassing Wet 3 augustus 1992 én haar reparatiewetgeving*, Brugge, die Keure, 2004, (57) 64-71, nrs. 14-21.

(31) De Raad van State onderstreept in zijn advies (*Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/1, 167) dat het Hof van Cassatie sinds het principearrest van 30 april 1936 (*Pas.* 1936, I, 225) die opvatting onderschrijft en refereert verder aan Cass. 14 november 2006, *Arr. Cass.* 2006, 2299: “Verstek is vanwege een partij die niet verschijnt, een wijze van betwisting voeren. Hieruit volgt dat de rechter ook bij verstek van de partij tegen dewelke een burgerlijke rechtsvordering is ingesteld, die vordering nauwkeurig moet onderzoeken. Zo moet de rechter onder meer nagaan of hij bevoegd is, of de vordering ontvankelijk is en wat de feitelijke en wettelijke grondslag van de vordering is. De rechter moet daarbij nagaan of voldoende feiten worden aangevoerd ter staving van de vordering en of die aangevoerde feiten ook bewezen zijn”.

(32) Vóór de invoering van het Gerechtelijk Wetboek werd bepaald dat de rechter een zeker onderzoek ten gronde diende uit te voeren. De rechter kon bij verstek de eis toestaan in zoverre deze “rechtmatig en wel gestaafd werd bevonden” (zie hierover: R. De Corte en J. Laenens, “De verstekprocedure en taak van de rechter bij verstek”, *TPR* 1980, (447) 486, nr. 94.4).

ten. Zij menen dat de regels van het bewijsrecht worden geschonden wanneer de rechter een afwezige partij beter gaat beschermen dan een aanwezige partij (33). De eisende partij moet immers enkel het bewijs leveren van de feiten die door de verwerende partij worden betwist. Indien een verwerende partij aanwezig is ter zitting en de eis niet betwist, dient de rechter het gevorderde zonder meer toe te kennen, weliswaar rekening houdende met de eventuele regels van openbare orde.

Wanneer een partij niet verschijnt, mag er volgens deze benadering van worden uitgegaan dat zij – minstens over de grond van de zaak – geen verweer wenst op te werpen. Deze visie leidt ertoe dat de rechter geen inzage dient te nemen van de stukken die de eisende partij inroept tot staving van haar vordering en evenmin onderzoeksmaatregelen moet bevelen om de gegrondheid van de vordering te onderzoeken, maar principieel de eis in zijn geheel dient toe te kennen. De enige beperking vormt een schending van de openbare orde. Indien de rechter vaststelt dat op de zaak een regel van openbare orde toepassing moet vinden, is hij verplicht deze te betrekken in zijn beoordeling van de vordering (34).

8. Art. 806 (nieuw) Ger.W. heeft alvast de ambitie aan deze discussie een einde te maken. De parlementaire voorbereiding leert dat “in de discussie (...) de knoop [is] doorgemaakt in de zin dat, bij verstek, de rechter er zich toe moet beperken na te gaan of de rechtspleging correct is verlopen en, wat de grond van de zaak aangaat, of er geen bepalingen werden geschonden die de openbare orde betreffen (zoals bijvoorbeeld een abusieve verwijlinterst of een buitensporige strafclausule). De verzetstermijn en het verzet zelf behouden immers hun schorsende werking, zodat wie te goeder trouw is geen misbruik hoeft te vrezen (35).” De wetgever stipte ook nog aan dat het vanuit die keuze niet coherent was om – zoals in het voorontwerp het geval was – de rechter alsnog toe te staan ambtshalve rechtsregels, die de openbare orde niet raken, wegens de kennelijke schending ervan toe te passen (36).

De keuze of, zoals de minister het uitdrukte, de terugkeer naar de minimalistische opvatting sluit naadloos aan bij “de teneur van het wetsontwerp: de rechter zoveel mogelijk ontlasten van overbodig werk, wetende dat slechts tegen een fractie van de verstekvonnissen verzet wordt aangetekend (37).” Het zijn dus procesecono-

(33) R. DE CORTE en J. LAENENS, “De verstekprocedure en taak van de rechter bij verstek”, *TPR* 1980, (447) 485-486, ns. 93-94.4; R. DE CORTE, “Sancties tegen een onwillige procespartij”, *TPR* 1981, (217) 230, nr. 19; R. DE CORTE en J. LAENENS, “De taak van de rechter bij verstek. Het verzet”, *RW* 1983-84, (2731) 2731-2743; H. BOULARBAH, “Le défaut et l’opposition devant les juridictions de travail”, *JTT* 1999, 425-433; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “Absens indefensus est” in J. LINSMEAU en M. STORME (eds.), *De respectievelijke rol van rechter en partijen in het burgerlijk geding*, Diegem, Kluwer, 1999, 176-251; P. VAN ORSHOVEN en B. LAMBRECHT, “Het recht van verdediging bij de inleiding van de zaak” in B. MAES en M. STORME (eds.), *Het recht van verdediging afgeschaft?*, Antwerpen, Kluwer, 2000, (1) 9.

(34) R. DE CORTE en J. LAENENS, “De verstekprocedure en taak van de rechter bij verstek”, *TPR* 1980, (447) 501, nr. 131.

(35) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/5, 8.

(36) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/1, 20 en *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/5, 99. Zie boven randnr. 6.

(37) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/5, 102.

mische redenen die aan de grondslag liggen van de maatregelen betreffende het verstek (38).

Wat betekent dit nu concreet voor de taakomschrijving van de rechter bij verstek onder gelding van art. 806 (nieuw) Ger.W.?

ii. *Onderzoek naar de regelmatigheid van de oproeping*

9. Onbetwist is dat de rechter, vooraleer hij verstek toekent, dient na te gaan of de gedaagde partij redelijkerwijze kennis heeft kunnen nemen van haar oproeping (39). De parlementaire voorbereiding laat er geen enkele twijfel over bestaan dat bij afwezigheid van die partij en wanneer tegen haar verstek wordt gevorderd, de rechter dient na te gaan of zij regelmatig werd gedagvaard of opgeroepen voor die zitting (40).

In de regel (41) levert dit onderzoek weinig moeilijkheden op. Het is immers de taak van de gerechtsdeurwaarder om de woonplaats van de gedaagde te controleren vooraleer hij overgaat tot betekening (42). De rechter kan de regelmatigheid van de oproeping nagaan aan de hand van de neerslag van de opzoekingen van de gerechtsdeurwaarder in het rijksregister die gevoegd wordt bij het dagvaardings-exploot. Indien de inleiding van het geding gebeurde met een verzoekschrift op tegenspraak dient daarbij een getuigschrift van woonst te zijn gevoegd dat hoogstens 15 dagen oud mag zijn (art. 1034^{quater} Ger.W.).

Stelt de rechter bij zijn controle vast dat de gedaagde partij niet rechtsgeldig is gedagvaard of opgeroepen, dan kan tegen deze partij geen verstek worden verleend. Stelt hij daarentegen vast dat de oproeping rechtsgeldig werd betekend/ter kennis gebracht op het adres van de gerechtelijke woonplaats, ook al kwam de gerechtsbrief onbesteld terug, dan zal dit geen beletsel vormen voor het verlenen van verstek.

(38) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/5, 8.

(39) R. DE CORTE en J. LAENENS, "De verstekprocedure en de taak van de rechter bij verstek", *TPR* 1980, (447) 474-475, nr. 63.

(40) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/5, 99. De minister onderstreepte het belang van het *ius vigilantibus*-beginsel, waar de praktijk uitwijst dat – in het bijzonder in familiezaken – oproepingen de bestemming ervan wel eens niet bereiken (*Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/9, 9).

(41) Zie voor uitzonderingen, die voornamelijk verband houden met onregelmatigheden van betekeningen in geval van woonstkeuze *ex art. 39 Ger.W.* of betekeningen aan de procureur des Konings *ex art. 40*, laatste lid *Ger.W.*: Cass. 7 november 2014, *RW* 2015-16, 739, noot B. VAN DEN BERGH; Cass. 15 juni 2012, *RW* 2013-14, 171, noot B. VAN DEN BERGH; Cass. 1 juni 2012, *RW* 2013-14, 171; Cass. 14 juni 2010, *P&B* 2011, 19; Cass. 6 mei 2010, *Ius & Actores* 2010, 87.

(42) J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 381, nr. 799; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, P.U.L., 1985, 184.

iii. *Onderzoek naar de rechtsmacht, bevoegdheid en toelaatbaarheid*

10. Voorts dient de rechter, vooraleer een verstekvonnis te kunnen uitspreken, na te gaan of hij over de hem voorgelegde zaak wel rechtsmacht heeft en of hij, overeenkomstig de regelen van het Ger.W., bevoegd is om over de zaak te oordelen. In zijn arrest van 13 juni 1985 oordeelde het Hof van Cassatie dat de rechter, in geval van verstek van de verweerder, zijn territoriale bevoegdheid moet onderzoeken, óók als deze niet van openbare orde maar slechts van dwingend of suppletief recht is (43). De minister gaf tijdens de parlementaire voorbereiding aan dat art. 806 (nieuw) Ger.W. die rechtspraak bijtreedt, zodat de rechter in geval van verstek de miskenning van om het even welke territoriale bevoegdheidsregel ambtshalve moet sanctioneren (44). Verder moet de rechter nagaan of aan de toelaatbaarheidsvereisten is voldaan. Omstreden is of de vereisten vervat onder de art. 17-18 Ger.W. de openbare orde raken (45). Tot slot dient ook te worden nagegaan of de regelen van de gerechtelijke organisatie werden nageleefd (46).

iv. *Onderzoek van de grond van de zaak*

11. Voor wat de grond van de zaak betreft, moet de rechter bij verstek volgens de parlementaire voorbereiding “alles wat de openbare orde raakt” aftoetsen (47). Benadrukt werd dat het niet opgaat de versteklatende partij beter te beschermen dan een partij die wél opdaagt: het mag niet zo zijn dat een rechter bij verstek uit eigen beweging een aantal elementen kan aanvoeren dat hij niet had kunnen aanvoeren als er geen verstek was geweest (48).

Het openbare orde begrip (49) is, zo poogde de (vertegenwoordiger van de) minister de parlementsleden in de commissie justitie te onderwijzen in antwoord op hun kritische vragen over woekerinteressen, overdreven schadebedingen en de hoogte van een onderhoudsgeld, een evolutief begrip. De invulling hiervan staat niet aan de wetgever, maar wel aan de rechtspraak zodat het laatste woord hierin toekomt aan het Hof van Cassatie. Meteen gaf hij ook aan dat telkens wanneer de wetgever zegt dat de rechter ambtshalve kan ingrijpen, het om regels van openbare

(43) Cass. 13 juni 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 1423 en *Pas.* 1985, I, 1315.

(44) *Parl.St.* Kamer 2014-15, 54-1219/9, 8-9 en 99-100.

(45) Zie hierover: G. DE LEVAL e.a., *Droit judiciaire – Manuel de procédure civile*, Dl. II, Brussel, Larcier, 2015, 78-79, nr. 2.5 die ter zake spreekt over een “afgezwakt” openbaar orde karakter: de rechter mag, maar moet niet ambtshalve een gebrek aan belang en/of hoedanigheid opwerpen. Vgl. Cass. AR C.12.0522.F, 14 februari 2014; Cass. 18 oktober 2012, *JT* 2013, 62, concl. A. HENKES.

(46) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/5, 99. Deze bepalingen zijn van openbare orde.

(47) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/5, 99-100.

(48) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/9, 10 en *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/5, 100.

(49) Zoals bekend wordt dit in de cassatierechtspraak klassiek als volgt omschreven: Alleen de wet die de essentiële belangen van de Staat of van de gemeenschap raakt, of die, in het privaatrecht, de juridische grondslagen bepaalt waarop de economische of morele orde van de maatschappij rust, is van openbare orde (Cass. 15 maart 1968, *RW* 1967-68, 2000; *Pas.* 1968, I, 884; Cass. 14 januari 1954, *Pas.* 1954, I, 402; Cass. 9 december 1948, *Pas.* 1948, I, 699; *RCJB* 1954, 251, met noot P. DE HARVEN).

orde gaat. Ter illustratie, aansluitend op een vraag van een commissielid, poneerde de minister dat de art. 1153 en 1231 BW (matiging van interesten en van het schadebeding), waar hun actuele versie voorziet in het ambtshalve optreden van de rechter, door het Hof van Cassatie als van openbare orde werden bestempeld (50).

12. Vanuit diverse hoeken werd het aansluiten op de minimalistische strekking scherp op de korrel genomen. De voorzitter van het Koninklijk Verbond van Vrede- en Politierechters gaf aan dat deze keuze strijdig is met de fundamentele opdracht van de rechter bij verstek (51). Van zijn kant twijfelde de voorzitter van het College van hoven en rechtbanken eraan of deze wetswijziging wel zal resulteren in tijdwinst. De weinige gewonnen tijd dreigt volgens hem verloren te gaan als gevolg van verzet of hoger beroep (52).

Amendementen die ertoe strekten in art. 806 (nieuw) Ger.W. na de woorden “met de openbare orde”, de woorden “of met een dwingende regel, dan wel kennelijk ongegrond zijn”, dan wel “alsook de dwingende bepalingen” te laten invoegen, werden niet aangenomen (53).

v. *Conclusie*

13. De parlementaire voorbereiding laat er geen twijfel over bestaan dat, vanuit proceseconomische overwegingen, met de bewoordingen van art. 806 (nieuw) Ger.W. werd geopteerd voor een beperkte taakomschrijving voor de rechter bij verstek. Uit het door de minister verstrekte overzicht van de taak van de rechter bij verstek volgt o.i. duidelijk wat door hem minimaal *moet* worden nagegaan en afgetoetst alvorens over de vordering uitspraak te doen, ook al is “openbare orde”, uit zijn aard, geen glashelder criterium. Precies omwille van de dynamiek die een begrip zoals “openbare orde” kenmerkt, mag hieruit niet worden besloten dat het de rechter verboden is verder te gaan. Dit maakt dat hij – ook bij verstek – exorbitante, overtrokken vorderingen passend *mag* milderen. Een dergelijke houding

(50) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/5, 97-102. Wat art. 1231 BW betreft heeft het Hof van Cassatie over de actuele tekstversie alvast geoordeeld dat deze van dwingend recht (en dus *niet* van openbare orde) is (Cass. 6 december 2002, *Arr.Cass.* 2002, 2673 en *RABG* 2003, 645, noot J. BAECK). Zie overigens ook: Cass. 22 oktober 2004, *RW* 2005-06, 460, noot D. MERTENS: “Overwegende dat het onderdeel dat ervan uitgaat dat de rechter op grond van artikel 1231, § 1, van het Burgerlijk Wetboek verplicht is het bedrag van het strafbeding te verminderen tot de werkelijk geleden schade, berust op een onjuiste rechtsopvatting”. Naar verluidt werd op een buitengewone algemene vergadering van het Koninklijk Verbond van de Vrede- en Politierechters te Edingen op 16 december 2015 door de aanwezige nabijheidsrechters unaniem beslist dat ook in het aansprakelijkheidsrecht (art. 1382 BW e.v.) woekerinteresten en exorbitante schadevorderingen strijdig zijn met de openbare orde. Het Hof van Cassatie oordeelde eerder dat de wetbepalingen betreffende de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad niet de openbare orde raken en evenmin van dwingend recht zijn (Cass. 15 februari 1993, *Arr.Cass.* 1993, 185; Cass. 4 januari 1993, *Arr.Cass.* 1993, 1).

(51) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/5, 150-151.

(52) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/5, 140. Zie, in dezelfde zin, ook de bedenking van commissielid S. VAN HECKE, *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/5, 102.

(53) Amendementen 39 en 43 op het wetsontwerp, *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/4, 21-22 en 30-33.

draagt overigens bij tot de door de wetgever nagestreefde proceseconomie. Het aantekenen van verzet omwille van het grievend karakter van een verstekvonnis dat een manifest overtrokken eis inwilligde, kan hiermee worden voorkomen.

14. Ons standpunt vindt steun in de parlementaire voorbereiding, waar de minister zijn toelichting op de taak van de rechter bij verstek besloot met de bedenking dat de middelen die deze rechter kan inroepen “dezelfde zijn als de middelen die de rechter kan inroepen in een tegensprekelijk geding”. Aansluitend hierop onderstreepte hij ook nog dat “als het gaat om een constante rechtspraak (...) de versteklater er evenveel recht op [heeft] als de verschijnende partij” (54).

15. Eén en ander lijkt er op te wijzen dat de taak van de rechter bij verstek in wezen niet zoveel afwijkt van deze van zijn evenknie in een geding dat op tegenspraak verloopt (55). De taakomschrijving van deze laatste werd het voorbije decennium in de cassatierechtspraak alsmaar verder uitgekristalliseerd. Zo leert een arrest van 5 december 2014: “De rechter is gehouden het geschil te beslechten overeenkomstig de daarop van toepassing zijnde rechtsregels. Hij moet de juridische aard van de door de partijen aangevoerde feiten en handelingen onderzoeken, en mag, ongeacht de juridische omschrijving die de partijen daaraan hebben gegeven, de door hen aangevoerde redenen ambtshalve aanvullen op voorwaarde dat hij geen betwisting opwerpt waarvan de partijen bij conclusie het bestaan hebben uitgesloten, dat hij enkel steunt op elementen die hem regelmatig zijn voorgelegd, dat hij het voorwerp van de vordering niet wijzigt en dat hij daarbij het recht van verdediging van de partijen niet miskent. Het feit dat de partijen de toepassing van een bepaalde wetsbepaling niet hebben opgeworpen, betekent niet dat zij die mogelijkheid bij conclusie hebben uitgesloten (56).”

Tot slot onderstrepen we nog dat vanuit het gegeven dat verstek frequent voorkomt in zaken waar consumenten in betrokken zijn, de kritiek op art. 806 (nieuw) Ger.W. vertrekt vanuit de premisse dat die tekst afbreuk doet aan de bescherming van de consument. We durven denken dat een onvoldoende vertrouwdeheid van rechtspractici met het – alsmaar sterker Europees getint – consumentenrecht aan die kritiek ten grondslag ligt. Het Hof van Justitie heeft, ondertussen in een lange reeks van arresten (57), de ambtshalve toepassing van (een deel van) dat Europees

(54) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/5, 100, waardoor een daling van de aangewende rechtsmiddelen zou kunnen worden gerealiseerd.

(55) Vgl. 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) 798, die besluiten: “sous la réserve du contrôle de la régularité de sa saisine et de sa compétence territoriale, les pouvoirs du juge statuant par défaut sont ceux du juge statuant de manière contradictoire.”

(56) Cass. 5 december 2014, *RABG* 2015, 397. Zie ook Cass. 14 december 2012, C.12.0018.N. Raadpleeg hierover ook: W. VAN EECKHOUTTE, “Schuifelen op de rechterstoel – De taak van de rechter in het Belgisch privaatrechtelijk procesrecht: een kwestie van moeten of mogen” in Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland (ed.), *Preadviezen 2015*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2015, 251-305.

(57) Zie onder meer HvJ 27 juni 2000, C-240/98, *Océano Grupo Editorial* en C-244/98, *Salvat Editores*; HvJ 21 november 2002, C-473/00, *Cofidis/Fredout*; HvJ 26 oktober 2006, C-168/05, *Mostaza Claro/Centro Móvil*; HvJ 4 juni 2009, C-243/08, *Pannon*; HvJ 6 ok-

consumentenrecht nadrukkelijk op de kaart gezet (58). Hieruit volgt de verplichting in hoofde van de (nationale) rechter om ambtshalve, dus zonder dat het hem wordt gevraagd, na te gaan of een contractueel beding dat moet worden beoordeeld in het aan hem voorgelegde geding al dan niet binnen de werkingssfeer van de richtlijn en/of haar omzettingswetgeving (59) valt. In voorkomend geval dient de nationale rechter dat beding ambtshalve – o.i. ook in het geval de consument verstek laat (60) – te toetsen aan de in de richtlijn en/of haar omzettingswetgeving neergelegde eisen van consumentenbescherming (61).

III. ART. 875bis GER.W.

a. Wat wijzigt er en waarom?

16. Art. 875bis Ger.W. (62) wordt in dubbel opzicht bijgesteld.

Het eerste lid van art. 875bis Ger.W. is nieuw: de rechter kan slechts een onderzoekmaatregel bevelen nadat hij eerst de vordering of het rechtsmiddel waarop zij betrekking heeft ontvankelijk (of toelaatbaar) (63) verklaarde. Diezelfde bepaling bevat ook één voor de hand liggende uitzondering: wanneer de rechter zich – alvorens recht te doen – verplicht ziet een onderzoekmaatregel te bevelen opdat hij met kennis van zaken uitspraak zou kunnen doen over de ontvankelijkheid van de voor hem aanhangig gemaakte vordering, zal hij zijn uitspraak over die ontvankelijkheid opschorten tot na de uitvoering van de onderzoekmaatregel. Met dit nieuwe vereiste wil de wetgever vermijden dat, vaak dure en tijdrovende,

tober 2009, C-40/08, Asturcom; HvJ 9 november 2010, C-137/08, *Pénzügyil/Schneider*; HvJ 4 juni 2015, C-497/13, *Froukje Faber/Autobedrijf Hazet Ochten BV*.

- (58) Zie daarover *in extenso* o.m. B. KRANS, “EU Law and National Civil Procedure Law: An Invisible Pillar”, *ERPL* 2015, (567) 573-576, nr. 5.1; B. KRANS, “Europees recht en nationaal burgerlijk procesrecht: een onzichtbare pijler”, *TPR* 2012, (1139) 1147, nr. 16.
- (59) Zie thans Boek VI (Marktpraktijken en consumentenbescherming) Wetboek Economisch Recht (hierna: WER), in het bijzonder art. VI.82-VI.87 WER.
- (60) Vgl. A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN en F. DUPON, “Ambtshalve inroepbaarheid van Europees consumentenrecht, materieelrechtelijk en procesrechtelijk beschouwd” in G. STRAETMANS en M. ROZIE (eds.), *Doorwerking van het Europese recht in de nationale rechterlijke praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 95-124, in het bijzonder 119-121, nr. 25, waarin deze werking weliswaar wordt vastgeknoopt aan de door het Hof van Cassatie gevolgde “maximalistische” opvatting vóór de wijziging van art. 806 Ger.W. bij W. 19 oktober 2015 (zie randnr. 7).
- (61) Gent 4 januari 2012, *NJW* 2012, 70, noot R. STEENNOT; R. STEENNOT, “Public and Private Enforcement in the Field of Unfair Contract Terms”, *ERPL* 2015, 589-619.
- (62) Deze bepaling werd ingevoegd bij art. 2 W. 15 mei 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek en tot herstel van artikel 509quater van het Strafwetboek (*BS* 22 augustus 2007), van toepassing op deskundigenonderzoeken die aanhangig zijn op 1 september 2007 (art. 34, tweede lid W. 15 mei 2007).
- (63) Beide woorden zijn, althans binnen de context van het Ger.W., synoniemen (zie bv. art. 17-18 Ger.W.). Wanneer een vordering niet kan worden toegelaten om een reden die haar grondslag vindt in het materiële recht (bv. verjaring (art. 2219 e.v. BW) of verval (bv. art. 1792 j° art. 2270 BW), is het aangewezen het woord “ontvankelijkheid” te gebruiken. In art. 875bis, eerste lid (nieuw) Ger.W. wordt zowel gedoeld op ontvankelijkheidsvereisten uit het formele als het materiële recht.

onderzoeksmaatregelen worden bevolen voor vorderingen die naderhand, bv. wegens verjaring of het intreden van een vervaltermijn, niet ontvankelijk (of niet toelaatbaar) zouden worden verklaard (64).

Het tweede lid van art. 875*bis* Ger.W. versterkt het “beginsel van de subsidiariteit van onderzoeksmaatregelen” (65) door de tekst van het oude (toen enige) lid aan te vullen met de hierna cursief gedrukte woorden: “De rechter beperkt de keuze van de onderzoeksmaatregel (66) 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.” Doelstelling is nogmaals te benadrukken dat een rechter steeds “met de gepaste zuinigheid” gebruik moet maken van onderzoeksmaatregelen, dit is “alleen in de mate van het onontbeerlijke en in redelijke verhouding tot de inzet van het geding (67).”

b. Uitspraak over de ontvankelijkheid van de vordering (resp. het rechtsmiddel) alvorens een onderzoeksmaatregel te bevelen (art. 875*bis*, eerste lid Ger.W.)

17. Voorafgaand aan het ontvankelijk verklaren van een vordering (en het, al dan niet onmiddellijk aansluitend hierop, gebeurlijk bevelen van een onderzoeksmaatregel) moet een rechter zich, minstens impliciet, uitspreken over zijn bevoegdheid (68). Enkel een bevoegde rechter kan oordelen over de ontvankelijkheid en, daarna, over de gegrondheid van de vordering. Art. 875*bis*, eerste

(64) Zie Verslag van de eerste lezing, *Parl.St.* Kamer, 2014-15, nr. 54-1219/5, 108-109, waar de minister volgend voorbeeld aanreikt: “Een bouwheer 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 verstreken 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 is.” Zie ook Wetsontwerp houdende wijziging van het burgerlijk procesrecht en houdende diverse bepalingen inzake justitie, *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/1, 23-24.

(65) Zie Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2540/7, 23. Dat beginsel wordt ook in het publiek procesrecht erkend (RvS 17 augustus 2012, nr. 220.467).

(66) Zie over dit begrip: B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 120-122, nrs. 231-234.

(67) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/1, 22-23.

(68) Hetgeen minstens een toetsing van de vordering vergt aan de bevoegdheidsregels die van openbare orde zijn en, bij verstek, ook aan deze die van dwingend en zelfs van suppletief recht zijn (zie *supra* randnrs. 10). Vgl. Cass. 4 januari 2007, *Arr.Cass.* 2007, 13 en *TBBR* 2008, 417; Cass. 28 juni 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 1417, *Pas.* 1985, I, 1315 en *RW* 1985-86, 892: “Overwegende dat, in de regel, elk vonnis alvorens recht te doen of elk eindvonnis over de zaak zelf een impliciete maar zekere beslissing inhoudt over de volstreekte bevoegdheid van de rechtbank die het heeft uitgesproken, voor zover daarover tegenspraak is gevoerd of is kunnen worden gevoerd. Dat zulks het geval is wanneer het verstekvonnis in kracht van gewijsde is gegaan, daar de partijen de gelegenheid hebben gehad die bevoegdheid door middel van verzet of hoger beroep te betwisten en dat niet hebben gedaan.” Zie ook *Parl.St.* Kamer, 2014-15, nr. 54-1219/5, 109. In voorkomend

lid (nieuw) Ger.W. mag niet zo worden begrepen dat de rechter in zijn beslissing altijd uitdrukkelijk uitspraak moet doen over de ontvankelijkheid van de vordering alvorens gebeurlijk een onderzoeksmaatregel te bevelen (69). Uit de memorie van toelichting (70) op en de parlementaire voorbereiding (71) van de nieuwe tekst, kan worden afgeleid dat die verplichting enkel op de rechter rust wanneer de ontvankelijkheid van de vordering tussen partijen omstreden was. Enkel in dit geval ontstaat er over de ontvankelijkheid van de vordering een geschilpunt – “dit is een punt waarover tussen partijen betwisting bestond en waarover zij het debat hebben gevoerd (72)” – dat door de rechter met een eindbeslissing (73), die zijn rechtsmacht hierover (74) uitput, moet worden beslecht (75).

Het is evenwel goed denkbaar dat er over de ontvankelijkheid van de vordering geen zinnige betwisting kan worden gevoerd en de partijen zich hierover in stilzwijgen hullen. In die omstandigheden hoeft de rechter geen uitspraak te doen over de ontvankelijkheid, bij gebrek aan geschilpunt hierover. Doet hij dit toch,

geval dient, hetzij door de betrokken rechter zelf, hetzij door de arrondissementsrechtbank, de zaak naar de bevoegde rechter verwezen te worden.

- (69) In dezelfde zin: 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; X. TATON en G. ELOY, “Structure et contenu des conclusions, chose jugée et mesures d’instruction: nouvelles responsabilités des parties” in J. ENGLEBERT en X. TATON (eds.), *Le procès civil efficace? – Première analyse de la loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile (dite “loi pot-pourri I”)*, Limal, Anthemis, 2015, (77) 104-105, nr. 26. Anders: F. LEJEUNE, “Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l’appel pour quelle efficacité?” in J. ENGLEBERT en X. TATON (eds.), *Le procès civil efficace? – Première analyse de la loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile (dite “loi pot-pourri I”)*, Limal, Anthemis, 2015, (107) 132-133, nr. 47.
- (70) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/1, 23.
- (71) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/5, 110.
- (72) Zie o.m.: Cass. 12 juni 2014, AR C.13.0465.N; Cass. 8 oktober 2001, AR S.00.0113.F; H. MOTULSKY, “Pour une délimitation plus précise de l’autorité de la chose jugée en matière civile”, *Dall.* 1968, *Chron.* I, nr. 37: “question litigieuse”, c.-à-d., “tout point qui a été contradictoirement débattu devant le juge et qui a été véritablement tranché par ce dernier. *Contestation et solution*: tels sont donc les facteurs nécessaires et suffisants; tels sont les seuls critères sûrs.” Vgl. A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, P.U.L., 1985, 258, nr. 342: “Pour que le jugement soit mixte, il doit comporter un dispositif épuisant la juridiction du siège saisi sur une *question litigieuse*. Tel n’est pas le cas du jugement qui ordonne une mesure d’instruction après avoir déclaré recevable une action dont la recevabilité n’était pas contestée [met verwijzing naar Cass. 6 december 1974, *Arr.Cass.* 1975, 408 en *Pas.* 1975, I, 377]. Il convient en effet d’être prudent avant d’admettre qu’un jugement d’avant dire droit contient une décision définitive implicite.”
- (73) Zie art. 19, eerste lid, Ger.W. dat ongelukkig spreekt van een “eindvonnis” i.p.v. een eindbeslissing.
- (74) Het Hof van Cassatie oordeelde dat het gezag van het rechterlijk gewijsde van een eindbeslissing houdende het ontvankelijk verklaren van een rechtsmiddel (*in casu* hoger beroep) er niet aan in de weg staat dat de (appel)rechter nadien datzelfde hoger beroep niet ontvankelijk verklaart op grond van gegevens die hem niet door partijen waren overlegd en waarvan hij geen kennis kon dragen (Cass. 15 december 1995, *Arr.Cass.* 1995, 1129, *JLMB* 1996, 866, *Pas* 1995, I, 1166 en *TBH* 1997, 93 (verkort)).
- (75) Cass. 9 september 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 34 en *Pas.* 1989, I, 29.

dan kwalificeert zijn beslissing op dit punt alvast niet als een eindbeslissing of eindvonnis (76).

De nieuwe regel van art. 875*bis*, eerste lid (nieuw) Ger.W. vindt toepassing op alle uitspraken (in eerste aanleg of in hoger beroep) waarin onderzoeksmaatregelen worden bevolen, ongeacht of die beslissing valt na behandeling van de zaak op een inleidingszitting, een pleitzitting of een zitting die werd vastgesteld *ex art.* 19, derde lid Ger.W. (77), tenzij in een eerder tussenvonnis door de rechter al uitspraak zou zijn gedaan over de ontvankelijkheid van de vordering (*c.q.* het rechtsmiddel) (78). Wanneer een onderzoeksmaatregel wordt gevorderd (of ambtshalve over de rechter wordt overwogen) nadat een rechtsmiddel werd aangewend, impliceren art. 875*bis*, eerste lid (nieuw) Ger.W. dat de rechter in voorkomend geval eerst uitspraak doet over de ontvankelijkheid van dit rechtsmiddel wanneer die tussen partijen omstreden is.

Art. 875*bis*, eerste lid (nieuw) Ger.W. kan niet los worden gezien van de beperking van de appellabiliteit van vonnissen alvorens recht te doen, die de wetgever realiseerde via het herschrijven van art. 1050, tweede lid Ger.W (79). Bij de bespreking van deze laatste bepaling (*infra* randnr. 24-36) komen we terug op art. 875*bis*, eerste lid Ger.W. en zijn relevantie voor het (al dan niet) bereiken van de door de wetgever nagestreefde doelstellingen.

18. Over de uitzondering op het nieuwe vereiste (80) verstrekt de parlementaire voorbereiding geen nadere toelichting. Maar de logica gebod in deze uitzondering te voorzien: het ligt voor de hand dat bezwaarlijk eerst over de ontvankelijkheid van een vordering een uitspraak kan worden gedaan, wanneer voor het

(76) Cass. 6 december 1974, *Arr.Cass.* 1975, 408 en *Pas.* 1975, I, 377.

(77) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/5, 108-109. Vgl. D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Potpourri I – Gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 129, die – o.i. ten onrechte – suggereren dat art. 19, derde lid Ger.W. naast en los van art. 875*bis*, eerste lid Ger.W. kan worden gelezen.

(78) D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Potpourri I – Gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 130 en 136 poneren dat wanneer de rechter in twee onderscheiden tussenvonnissen enerzijds uitspraak doet over de ontvankelijkheid van de vordering en anderzijds een onderzoeksmaatregel beveelt, de betrokken onderzoeksmaatregel niet onmiddellijk vatbaar zou zijn voor hoger beroep. Gelet op art. 1055 Ger.W. (voor zoveel als nodig samen gelezen met art. 1050, tweede lid (nieuw) Ger.W.) lijkt ons deze zienswijze enkel correct te zijn indien de eindbeslissing over de ontvankelijkheid van de vordering niet (langer) vatbaar zou zijn voor hoger beroep (bv. wegens betekening en het verstrijken van de termijn om hoger beroep aan te wenden zonder dat – gelijktijdig met het hoger beroep tegen de beslissing alvorens recht te doen – dit rechtsmiddel werd aangewend).

(79) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/1, 23.

(80) Zie *supra* randnr. 16. D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Potpourri I – Gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 130, laten uitschijnen dat in het bijzonder het verbod van overdracht van rechtsmacht (art. 11 en art. 962 Ger.W.) aan een frequent beroep op deze uitzondering in de weg staat. Hoewel het beoordelen van de ontvankelijkheid van de vordering exclusief tot de opdracht van de rechter behoort, valt o.i. niet uit te sluiten dat deze – bv. om de feiten helder te krijgen die aan de betwisting van de ontvankelijkheid ten grondslag liggen – één of andere onderzoeksmaatregel, inclusief een deskundigenonderzoek, beveelt. Het staat daarbij immers nog steeds aan de rechter om het bewijs te appreciëren dat dergelijke maatregelen kunnen opleveren.

beoordelen daarvan precies het voorafgaandelijk uitvoeren van een onderzoeksmaatregel is vereist. Ook in deze situatie geldt dat de rechter pas een onderzoeksmaatregel kan bevelen nadat hij zijn bevoegdheid heeft onderzocht en daarover, minstens impliciet, uitspraak heeft gedaan.

c. Aanscherpen van het subsidiariteitsbeginsel (art. 875bis, tweede lid Ger.W.)

19. Met zijn tweede ingreep doet de wetgever niet meer dan bevestigen wat in rechtspraak en rechtsleer (81) eerder al werd beslist of verdedigd (82). Zo werd bv. géén gerechtsdeskundige aangesteld:

- wanneer de rechten van partijen reeds afdoende werden vastgesteld door een vonnis, een eerder uitgevoerde onderzoeksmaatregel of door het bestaan van vermoedens (83);
- wanneer een andere, snellere en goedkopere, onderzoeksmaatregel (84) tot eenzelfde resultaat kon leiden (85);
- wanneer vaststellingen door een deskundige onmogelijk of zonder nut zouden zijn, bv. gelet op de laattijdigheid van het verzoek tot het aanstellen van de deskundige, waardoor alle materiële aanwijzingen van het gebeuren reeds uitgewist of verdwenen zijn (86);
- wanneer het gevaar bestond dat de kosten van een deskundigenonderzoek niet verantwoord zouden zijn in het licht van de waarde van het geschil (87).

-
- (81) Zie o.m. P. VANLERSBERGHE, “De beslissing tot aanstelling van de deskundige” in E. GULDIX (ed.), *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Antwerpen, Intersentia, 1999, (3) 6-8, nr. 2; J. LAENENS, “L’expertise” in N. VERHEYDEN-JEANMART (ed.), *Droit de la preuve*, Luik, Formation permanente CUP, 1997, Vol. XIX, (195) 205, nr. 16 en de verwijzingen op die plaats.
- (82) In dezelfde zin: D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Potpourri I – Gerechtig recht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 126-127; X. TATON en G. ELOY, “Structure et contenu des conclusions, chose jugée et mesures d’instruction: nouvelles responsabilités des parties” in J. ENGLEBERT en X. TATON (eds.), *Le procès civil efficace? – Première analyse de la loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile (dite “loi pot-pourri I”)*, Limal, Anthemis, 2015, (77) 103, nr. 24.
- (83) Cass. 18 mei 1981, *Pas.* 1981, I, 1075; Cass. 26 juni 1978, *Pas.* 1978, 1227; G. CLOSSET-MARCHAL, “Le rôle du juge en matière d’enquête et d’expertise” in *La preuve*, Colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 par le centre de recherches juridiques et le centre Charles Van Reepinghen pour le droit judiciaire, Louvain-la-Neuve, U.C.L., 1987, 7, nr. 9, met verwijzing.
- (84) Vgl. KG Rb. Luik 9 februari 1995, *JLMB* 1996, 472; J. VAN COMPERNOLLE, “La désignation, la mission et la fonction de l’expert” in J. GILLARDIN en P. JADOUL (eds.), *L’expertise*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1994, (105) 109, nr. 8.
- (85) Vgl. Kh. Gent 4 november 1992, *TGR* 1993, 25, waarin de rechtbank van koophandel oordeelde dat het gevorderde deskundigenonderzoek niet opportuun was, omdat de eisende partij zelf een expert in de materie was en in die hoedanigheid een eenzijdig verslag kon opmaken.
- (86) P. LURQUIN, *Traité de l’expertise en toutes matières*, Dl. I, Brussel, Bruylant, 1985, 73 e.v. Zie ook Gent 11 februari 1999, *TGR* 1999, 55.
- (87) Zie o.m. A. L. FETTWEIS, “L’expertise judiciaire” in G. DE LEVAL e.a., *Droit Judiciaire Privé III*, Luik, Ed. Scientifique de la Faculté de Droit de l’U.Lg., 1995, 14, met verwijzing naar Gent 26 november 1990, *TGR* 1991, 29.

In de parlementaire voorbereiding werd aangestipt dat de rechter, wanneer dit gelet op de inzet van het geding volstaat, voorrang moet geven aan minder uitgebreide onderzoeksmaatregelen (bv. de beperkte tussenkomst van een gerechtsdeskundige, zoals omschreven in art. 986 Ger.W., in plaats van een “volwaardig” deskundigenonderzoek) (88).

20. De OVB is van oordeel dat deze wijziging een ongeoorloofde inmenging vormt in de procesvrijheid van partijen, dat ze afbreuk doet aan de onafhankelijkheid van de rechter en dat ze voor justitie geen besparing oplevert omdat in de civiele rechtspleging het de partijen zelf zijn die de kosten dragen (89).

Deze kritiek kan o.i. zeker niet onverkort worden bijgetreden. Het beroep op de rechter – dit is op de per definitie beperkte overheidsmiddelen die voor een behoorlijke rechtsbedeling voorhanden zijn – mag niet vrijblijvend zijn en moet door die rechter kunnen worden getoetst aan beginselen zoals proceseconomie en het verbod procesrechtsmisbruik te plegen (90). Daarbij komt dat, ook al “beschikken” de partijen over hun rechtsvordering, de rechter verantwoordelijkheid draagt voor het goede en tijdige verloop van de procedure (91). De OVB miskent het gegeven dat het klassieke, liberalistische procesmodel is vervangen door een samenwerkingsmodel tussen een actieve rechter en geresponsabiliseerde partijen, waarbij het beschikkingsbeginsel tot een meer weloverwogen proportie werd teruggebracht (92). Om die reden vergist hij zich wanneer hij meent dat indien alle procespartijen het eens zijn om een bepaalde onderzoeksmaatregel doorgang te laten vinden, de rechter verplicht zou zijn op dit gezamenlijk verzoek in te gaan (93).

Dit neemt niet weg dat de rechter ook actief kan en soms moet optreden op het vlak van de bewijsvoering. Wanneer een partij beslist een geschil voor de rechter te brengen, dan ligt het in de rechtsmacht en de opdracht van die rechter besloten na te gaan of de vordering ontvankelijk en gegrond is. Om tot die beslissing te komen, moet hij, zo nodig, de vereiste bewijsvergaring en -levering kunnen bevelen.

(88) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/1, 22-23.

(89) Commentaar OVB op het Wetsontwerp houdende wijziging van het burgerlijk procesrecht en houdende diverse bepalingen inzake justitie, 1 september 2015, 13, nr. 16; Wetgevingsdossier OVB – Commentaar bij de wet van 19 oktober 2015 houdende wijziging van het burgerlijk procesrecht en houdende diverse bepalingen inzake justitie (= potpourri I), 17 november 2015, 11-12. Wat het kostenbesparend effect voor justitie betreft, verliest de OVB alvast uit het oog dat degenen die toegelaten worden tot de rechtsbijstand de aan onderzoeksmaatregelen verbonden kosten, minstens in eerste instantie, niet zelf dragen (zie art. 664-699ter Ger.W.).

(90) Vgl. B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 425-426, nr. 118 en 617, nr. 38: “De samenleving heeft (...) baat bij een rechtspleging die zo weinig mogelijk middelen vergt en zo snel mogelijk tot zijn einde komt.”

(91) E. KRINGS, “Het ambt van de rechter bij de leiding van het rechtsgeding”, *RW* 1983-84, (337) 351, nr. 19: het staat aan de rechter erover te waken dat de behandeling van de zaak plaatsvindt “overeenkomstig de regels van de rechtspleging en binnen een redelijke tijdsruimte.”

(92) Zie over deze ontwikkelingen *in extenso*: B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 671 p.

(93) Vgl. Cass. 12 januari 1990, *RW* 1990-91, 51.

Indien de rechter vaststelt dat de door een partij, ondanks de door haar verrichte inspanningen (94), aangeboden bewijzen niet tot het beoogde doel kunnen leiden of daartoe ontoereikend zijn terwijl er wettelijk andere bewijsmiddelen of -technieken mogen worden aangewend die hem meer zekerheid kunnen bieden, is hij gehouden de daartoe vereiste onderzoeksmaatregelen te bevelen (95).

Het “recht op bewijs”, dat o.m. voortvloeit uit het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging en uit art. 6 EVRM en art. 47 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, betreft het recht – in hoofde van elke procespartij – om enerzijds de bewijzen waarover zij beschikt voor te leggen en anderzijds te verzoeken dat de bewijzen waarover zij nog niet beschikt, zouden worden vergaard aan de hand van de nodige onderzoeksmaatregelen (96), binnen de grenzen van het beschikkingsbeginsel (97) en het recht op tegenspraak (98). Dat recht op bewijs verhindert onder meer dat de rechter een onderzoeksmaatregel zou weigeren, omdat de aangevoerde feiten niet bewezen zouden zijn of omdat geen andere bewijsmiddelen worden aangebracht (99). Wanneer een partij voor de rechter de aanstelling van een deskundige vordert, moet zij om die reden bv. niet bewijzen dat een fout werd begaan of minstens dat er aanwijsbare gegevens van een mogelijke fout (begin van bewijs), van een mogelijke schade en van een mogelijk causaal verband zouden bestaan (100), noch dat haar wederpartij zou moeten overgaan tot voorlegging “van een verslag, zij het eenzijdig, waarin een arts van dezelfde specialisatie als de aangesproken arts, het aandurft om zwart op wit te stellen dat zijn collega, wiens aansprakelijkheid in vraag wordt gesteld, daadwerkelijk een fout/nalatigheid heeft begaan, op voorwaarde uiteraard dat de rechtbank uit dit verslag inderdaad de nodige objectieve en medische aanwijzingen kan putten om een college van deskundigen aan te stellen (101).” Maar het reikt niet zo ver dat een rechter elke vordering tot het bevelen van een onderzoeksmaatregel moet inwilligen (102).

Vooraleer eender welke onderzoeksmaatregel te bevelen, moet de rechter steeds een dubbele toets uitvoeren. Allereerst een wettigheidstoets, dit is nagaan of het

(94) De bewijsvoering is in de eerste plaats een partijwerkzaamheid en het is niet de taak van de rechter te verhelpen aan ernstige tekortkomingen van partijen op dit vlak (B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 425-426, nr. 118; B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 121, nr. 233).

(95) E. KRINGS, “Het ambt van de rechter bij de leiding van het rechtsgeding”, *RW* 1983-84, (337) 353-354, nr. 22.

(96) Cass. 25 september 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1424.

(97) De onderzoeksmaatregelen moeten betrekking hebben op feiten die door een gedingpartij werden aangevoerd.

(98) Cass. 11 januari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 62.

(99) Cass. 17 september 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1122; Cass. 18 maart 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 747; Cass. 16 september 1996, *Arr.Cass.* 1996, 754; Cass. 5 december 1994, *Pas.* 1994, I, 1053.

(100) Vgl. Cass. 10 februari 2010, *JT* 2012, 94, noot D. DE CALLATAY.

(101) Antwerpen 28 januari 2013, *RW* 2014-15, 306.

(102) Cass. 17 november 1988, *RW* 1988-89, 1164: er kan geen schending van het recht van verdediging worden afgeleid uit het enkele gegeven dat de feitenrechter de door een partij aangeboden bewijslevering afwijst door impliciet te oordelen dat dit aanbod van bewijs niet noodzakelijk was om tot zijn overtuiging te komen.

bewijs dat uit die onderzoeksmaatregel kan volgen in de aan hem voorgelegde zaak wettelijk toegelaten is. Vervolgens een opportuniteitstoets, wat inhoudt dat hij *in concreto* enerzijds moet nagaan of de feiten die een partij via de beoogde onderzoeksmaatregel wil bewijzen voldoende precies en pertinent zijn (103), en anderzijds of – wat thans door art. 875*bis*, tweede lid (nieuw) Ger.W. wordt onderstreept – de daartoe beoogde of gevorderde onderzoeksmaatregel nuttig, geschikt en proportioneel is (104).

21. Zijn zienswijze dat het nieuwe art. 875*bis*, tweede lid Ger.W. de onafhankelijkheid van de rechter in het gedrang brengt, onderbouwt de OVB geenszins. Naar onze mening heeft de wetgever niet meer gedaan dan de boven summier geschetste ontwikkeling naar een meer actieve rechter en een evenwichtiger invulling van het beschikkingsbeginsel, te bevestigen.

d. Wat bij miskennen van het voorschrift van art. 875*bis*, tweede lid Ger.W.?

22. Aan de niet-naleving van art. 875*bis*, tweede lid Ger.W. verbindt de wetgever andermaal geen sanctie. De feitenrechter beoordeelt soeverein, in het licht van de concrete omstandigheden van de aan hem voorgelegde zaak én de criteria vervat in art. 875*bis*, tweede lid Ger.W., de raadzaamheid, de gepastheid en de noodzaak van een (bijkomende) – gevorderde of door hem ambtshalve overwogen – onderzoeksmaatregel (105). Het staat aan het Hof van Cassatie om, in voorkomend geval, na te gaan of de feitenrechter uit de vaststellingen gedaan bij zijn beoordeling van de zaak zijn beslissing om de onderzoeksmaatregel te bevelen naar recht heeft kunnen afleiden en of hij aan de criteria van art. 875*bis*, tweede lid Ger.W. geen uitlegging heeft gegeven die er niet mee verenigbaar is. De enkele omstandigheid dat de rechter de gevraagde onderzoeksmaatregel niet beveelt omdat hij oordeelt dat deze niet van aard is bij te dragen tot de waarheidsvinding, levert noch miskennen op van het in het recht van verdediging vervatte recht op tegenspraak, noch van het recht op toegang tot de rechter en op daadwerkelijke rechtshulp (106).

(103) De rechter kan weigeren 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 bevelen. De rechter kan evenwel niet alle deskundigenonderzoeken of (andere) onderzoeksmaatregelen weigeren als een dergelijk gegeven voorhanden is, daar hij in dat geval het recht miskent van de eiser om het bewijs te leveren van de feiten die hij aanvoert (Cass. 15 juni 2012, *Pas.* 2012, 1372).

(104) Vgl. Antwerpen 28 januari 2013, *RW* 2014-15, 306.

(105) Cass. 4 maart 1999, *Arr.Cass.* 1999, 313; Cass. 20 juni 1997, *Arr.Cass.* 1997, 680; Cass. 17 november 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 321. De rechter is zelfs niet verplicht, wanneer hij daartoe door partijen niet wordt uitgenodigd, de redenen van de verwerping van de vraag tot aanstelling van een deskundige op te geven (Cass. 16 januari 1976, *Arr.Cass.* 1976, 583).

(106) Cass. 31 januari 2012, *Arr.Cass.* 2012, 255 en *Pas.* 2012, 229.

IV. WIJZIGINGEN AAN DE REGELS BETREFFENDE DE APPELLABILITEIT EN DE (VOORLOPIGE) TENUITVOERLEGGING VAN VONNISSEN

a. *Voorlopig slechts twee wijzigingen, maar met belangrijke rechtsgevolgen*

23. De W. 19 oktober 2015 brengt, voor wat het gewoon rechtsmiddel hoger beroep en zijn werking betreft, slechts twee – volgens de minister beperkte (107) – wijzigingen aan het Ger.W. aan. Deze hebben tot doel om de eerste aanleg te versterken en misbruik van het hoger beroep te ontmoedigen (108). Ze raken meerdere artikelen in dit wetboek en de eraan verbonden rechtsgevolgen mogen beslist niet worden onderschat. De eerste wijziging betreft de beperking van het hoger beroep tegen bepaalde tussenvonnissen (*infra* randnr. 24-36). De tweede ingreep betreft het in de regel verlenen van de uitvoerbaarheid bij voorraad aan op tegenspraak gewezen eindvonnissen (*infra* randnr. 37-51). Zoals boven al aangestipt, valt te verwachten dat in vervolgwetgeving de regelgeving op het hoger beroep ingrijpend zal worden bijgesteld (109).

b. *Appellabiliteit van beslissing alvorens recht te doen*

i. *Inleiding*

24. Art. 31 W. 19 oktober 2015 vervangt integraal de tekst van art. 1050 Ger.W. De wijziging aan beide leden van deze bepaling betreft telkens de appellabiliteit van “beslissingen alvorens recht te doen.” Waar dergelijke beslissingen geveld vóór 1 november 2015 principieel (110) meteen vatbaar waren voor hoger beroep, kunnen ze wanneer ze werden gewezen vanaf voormelde datum (111) en onder voorbehoud van een andersluidende beslissing van de rechter nog slechts het voorwerp uitmaken van een hoger beroep dat wordt ingesteld samen met een hoger beroep tegen het eindvonnis. Naar analogie met wat de wetgever van 3 augustus 1992 (112) deed voor beslissingen die de rechter velde over zijn bevoegdheid, wordt de mogelijkheid tot het onmiddellijk aantekenen van hoger beroep tegen beslissingen alvorens recht te doen, dicht geknepen. Maar de wetgever van 2015 is wat minder streng dan zijn voorganger. Hij laat toe dat de rechter afwijkt van de regel, door bij het vellen van een beslissing alvorens recht te doen

(107) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/5, 109.

(108) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/5, 7-9 en 109.

(109) Zie *supra* randnr. 3.

(110) Met dit woord refereren we allereerst aan de regel vervat onder art. 621 Ger.W.: de appellabiliteit van beslissingen (waaronder beslissingen alvorens recht te doen) vervat in tussenvonnissen wordt beheerst door het al dan niet appellabel zijn van de hoofdvordering; voor de gevallen waarin de waarde van de hoofdvordering in geld is uitgedrukt, is vereist dat dit bedrag de toepasselijke aanleggrens overstijgt. Die regel moet bij het verder doornemen van deze bijdrage steeds voor ogen worden gehouden. In de tweede plaats moet ermee rekening worden gehouden dat de wet soms het aanwenden van een (gewoon) rechtsmiddel tegen een beslissing alvorens recht te doen verbiedt.

(111) Zie ook randnr. 54.

(112) Zie art. 42 W. 3 augustus 1992 (*BS* 31 augustus 1992), met ingang van 1 januari 1993 (art. 61).

uitdrukkelijk te voorzien dat die beslissing wél afzonderlijk het voorwerp mag uitmaken van een hoger beroep (113).

ii. *Doelstelling*


25. Doelstelling van deze wijziging is voorkomen dat het hoger beroep wordt misbruikt om de zaak op de lange baan te schuiven bij de beroepsrechter (114). Het aantekenen van hoger beroep tegen een beslissing alvorens recht te doen, welke beslissing per definitie vervat is in een tussenvonnis, leidt ertoe dat – naast de bestreden beslissing – alle nog niet door de eerste rechter beslechte geschilpunten aan hem worden onttrokken en worden overgeheveld naar de rechtsmacht van de appelrechter. Dit gevolg van de aan het rechtsmiddel verbonden “verruimde” devolutieve werking kan noch door partijen, noch door de rechter worden verhinderd (115).

iii. *Begrip: beslissing alvorens recht te doen*


26. Het begrip beslissing of maatregel alvorens recht te doen wordt (thans) omschreven in art. 19, derde lid Ger.W. Het betreft een door de rechter in de

(113) Uiteraard onder voorwaarde dat de hoofdvordering appellabel is (zie voetnoot 110). De rechter kan evident niet een hoger beroep toestaan tegen door hem bevolen maatregelen alvorens recht te doen wanneer de wet dit uitdrukkelijk verbiedt (hetgeen bv. in de regel het geval is voor de beslissingen die het verloop van de procedure van het deskundigenonderzoek regelen (zie de in art. 963, § 1 Ger.W. bedoelde beslissingen en de daar opgesomde uitzonderingen op de regel)).

(114) Wetsontwerp houdende de wijziging van het burgerlijk procesrecht en houdende diverse bepalingen inzake justitie, *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/1, 23-24.

(115) Zie hierover in detail: P. Taelman, “De devolutieve werking van het hoger beroep” in Vlaamse Conferentie bij de Balie te Antwerpen (ed.), *Meesters van het proces. Topics gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 223-237. Zie ook Cass. 29 mei 2015, *RABG* 2015, 1239, noot P. Vanlendersbergh.  bestaan wettelijke uitzonderingen op de verruimde devolutieve werking (zie o.a. art. 963, § 2 en art. 1224/2 Ger.W.). Zie voor een flagrante miskenning van de regel van de verruimde devolutieve werking: Antwerpen (eerste bis kamer) 9 september 2013, AR 2013/AR/172, *onuitg.*; Brussel 2 oktober 2012, *P&B* 2013, 162, noot D. Mougenot. Die verruimde devolutieve werking, samen met het voorschrift van art. 1496 Ger.W. (onderzoeksmatregelen zijn van rechtswege voorlopig uitvoerbaar), hebben volgens een aantal auteurs precies tot gevolg dat het hoger beroep tegen beslissingen alvorens recht te doen niet vertragend werkt op de rechtspleging (F. Lejeune, “Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l’appel pour quelle efficacité?” in J. Englebert en X. Taton (eds.), *Le procès civil efficace? – Première analyse de la loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile (dite “loi pot-pourri I”)*, Limal, Anthemis, 2015, (107) 130-132, nrs. 42-45). Anderen staan in principe achter deze maatregel (G. De Leval, J. Van Compernelle 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; M. Dewart, G. De Leval en F. Georges, “Optimalisation institutionnelle et fonctionnelle de l’appel” in P. Taelman (ed.), *Het hoger beroep opnieuw bekeken*, Brugge, die Keure, 2012, (187) 202-203, al is het soms met enige reserve (B. Deconinck en P. Taelman, “Rechtsmiddelen moeten efficiënter”, *TPR* 2012, (27) 43-44, nr. 20).

loop van de rechtspleging maar “voorafgaand” aan het *integraal* beslechten (116) van het voorwerp van de vordering(en) (117) die voor hem werd(en) aanhangig gemaakt, genomen beslissing om hetzij de vordering(en) te onderzoeken (118), hetzij een tussengeschied (119) over zo een door hem bevolen onderzoeksmaatregel te beslechten, hetzij de toestand van partijen voorlopig te regelen (120).

De rechter beschikt, sinds de wijziging van art. 19 Ger.W. bij W. 26 april 2007 (121), voor het vellen van beslissingen alvorens recht te doen over een blijvende of permanente saisine (122). Deze vangt aan hij  aanhangig maken van de vordering via de gedinginleidende akte (resp. het processtuk waarmee een rechtsmiddel wordt aanhangig gemaakt) en eindigt wanneer de rechter zijn rechtsmacht om over het geschil te oordelen volledig heeft uitgeput. Ze laat partijen toe de rechter op een eenvoudige wijze aan te spreken om de door hen of één van hen beoogde maatregel alvorens recht te doen (snel) te bekomen.

-
- (116) Het “integraal beslechten” van het voorwerp van de vordering(en) – zie art. 702, 3°, resp. art. 1034ter, 4° Ger.W., zoals gewijzigd door de W. 19 oktober 2015 – kan door de rechter gebeuren in één, dan wel in meerdere gerechtelijke uitspraken. Uitspraken alvorens recht te doen kunnen door de rechter worden verleend zolang hij zich niet over ieder punt van de voor hem aanhangig gemaakte vordering(en) heeft uitgesproken via een eindbeslissing waarmee hij zijn rechtsmacht over dat geschilpunt uitput.
- (117) Beslissingen alvorens recht te doen kunnen zowel betrekking hebben op hoofdvorderingen (in art. 12, eerste lid Ger.W. (Deel I - Algemene beginselen) ook inleidende vorderingen genoemd) als op tussenvorderingen.
- (118) Die maatregelen betreffen beslissingen over de overlegging van stukken (art. 877-882 Ger.W.), een getuigenverhoor (art. 915-961 Ger.W.), de overlegging van schriftelijke verklaringen (art. 961/1-961/3 Ger.W.), een deskundigenonderzoek (art. 962-991bis Ger.W.), het verhoor van partijen (art. 992-1004 Ger.W.), het horen van minderjarigen (art. 1004/1-1004/2 Ger.W.), de eedaflegging (art. 1005-1006 Ger.W.), een plaatsopneming (art. 1007-1016 Ger.W.) of een vaststelling van overspel (art. 1016bis Ger.W.). Het kan ook gaan om onderzoeksmaatregelen bevolen in het kader van een schriftonderzoek (art. 883-894 Ger.W.), of een valsheidsprocedure (art. 895-914 Ger.W.), of om de vaststelling van zuiver materiële feiten door een gerechtsdeurwaarder of tot vaststellingen die tot de wettelijke uitoefening van zijn ambt behoren (art. 519, § 1, 2° Ger.W.).
- (119) Hiermee wordt bedoeld op een probleem dat tijdens de uitvoering van een bevolen onderzoeksmaatregel de kop opsteekt, waarbij de rechter door één van de partijen dan wel door de derde aan wie door de rechter opdracht werd gegeven om de onderzoeksmaatregel uit te voeren (bv. een gerechtsdeskundige), wordt aangesproken om hierover een beslissing te vellen.
- (120) Bijvoorbeeld – alvorens recht te doen – een provisie toekennen op een gevorderd bedrag, of iemand verbieden of verplichten een gebouw af te breken, een hekken te sluiten ...
- (121) Art. 2 W. 26 april 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand (*BS* 12 juni 2007), met ingang van 1 september 2007 van toepassing op alle zaken waarin op die datum geen conclusiekalender of rechtsdag werd aangevraagd of vastgesteld (art. 31).
- (122) Zie hierover o.m. P. Taelman en S. Voet, “Inleiding van de zaak” in P. Taelman en P. Van Orshoven (eds.), *De wet van 26 april tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand doorgelicht*, Brugge, die Keure, 2007 (tweede uitgave), (15) 15-19, nrs. 1-4. Vgl. met art. 973, § 2 Ger.W. dat, anders dan art. 19, derde lid Ger.W., voorziet in strakke termijnregeling voor een efficiënte geschillenregeling.

27. In de praktijk maken beslissingen over een onderzoeksmaatregel en daarmee gerelateerde tussengeschillen het leeuwendeel uit van de door rechters gevelde beslissingen alvorens recht te doen. Het is – voor een correct begrip van de (mogelijke) impact van de hier besproken wetswijziging – goed voor ogen te houden dat de wetgever (gaandeweg) de mogelijkheid tot het instellen van rechtsmiddelen tegen onderzoeksmaatregelen en tegen rechterlijke beslissingen over tussengeschillen die in de loop van de uitvoering van een onderzoeksmaatregel de kop opsteken, heeft afgebouwd of beperkt. Zo sluiten de art. 880, 893, 944, 963, 996, 1003, 1008 en 1013 Ger.W. allen reeds – in min of meerdere mate (123) – één of meerdere rechtsmiddelen uit tegen dergelijke beslissingen (124).

Een gevolg hiervan is dat deze wetswijziging hoogstens op bescheiden wijze zal bijdragen tot een efficiëntere rechtspleging. *De facto* worden met de nieuwe regel vooral de beslissingen alvorens recht te doen die de toestand van partijen voorlopig regelen, bv. via het toekennen van een provisie op het gevorderde bedrag, van een onmiddellijk hoger beroep uitgesloten (125). Het aantal dergelijke beslissingen ligt in de praktijk evenwel niet hoog.

iv. Begripsverheldering: eindvonnis – beslissing alvorens recht te doen

28. De gewijzigde tekst van art. 1050 Ger.W. noopt tot opheldering van het begrip “eindvonnis” en vervolgens – mede in het licht van het gewijzigde art. 875*bis* Ger.W. – tot een nadere toelichting op beslissingen alvorens recht te doen.

29. De draagwijdte van het woord “eindvonnis”, dat blijft figureren in het tweede lid van art. 1050 Ger.W., was in de doctrine omstrede (126). Sinds het cas-

(123) Soms wordt elk rechtsmiddel uitgesloten (bv. art. 893 Ger.W.), soms alleen verzet en hoger beroep (bv. art. 963, 880, 996, 1003, 1008 en art. 1013 Ger.W.), soms blijft hoger beroep onder bepaalde voorwaarden wel mogelijk (art. 944 Ger.W.), soms blijven bepaalde beslissingen wel vatbaar voor de gewone rechtsmiddelen (art. 963 Ger.W.).

(124) Tot de – voor de rechtspracticus hoogst oncomfortabele – diversiteit draagt nog bij dat in sommige gevallen waar hoger beroep wel nog toegelaten is, er in enkele gevallen wel (zie art. 963, § 2 Ger.W.) maar in andere gevallen dan weer niet afbreuk wordt gedaan aan de verruimde devolutieve werking van het hoger beroep.

(125) De wetgever kwam overigens ook zelf tot dit inzicht (*Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/1, 24). De Hoge Raad voor de Justitie vond in zijn op 27 mei 2015 ambtshalve uitgebracht advies over het Voorontwerp van wet houdende wijzigingen van het burgerlijk procesrecht, de rond het hoger beroep voorgestelde maatregelen “ontoereikend”, in het bijzonder “om de input bij de hoven van beroep op significante wijze te verlagen en aldus de gerechtelijke achterstand, die juist het grootst is bij de hoven van beroep, te verminderen” (p. 6). Zie evenwel randnr. 3.

(126) Doorgaans werd onder dit begrip verstaan de beslissing waarmee de rechter zijn rechtsmacht uitput over enig geschilpunt over de ontvankelijkheid of de gegrondheid van de vordering (P. VAN RILLAER, “Commentaar bij art. 1050 Ger.W.” in *Comm.Ger.*, 2002, afl. 56, Mechelen, Kluwer, losbl., nr. 57; *anders*: K. BROECKX, *Het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, Antwerpen, Maklu, 1995, 162-165, nrs. 352-257, in het bijzonder 163, nr. 356: “M.i. dient onder ‘het’ eindvonnis te worden verstaan niet een vonnis waarmee de rechter in de loop van het geding zijn rechtsmacht over een geschilpunt uitput (art. 19 Ger.W.), maar ‘het’ vonnis waarmee de uiteindelijk bevoegde rechter zijn rechtsmacht over het geschil in zijn geheel uitput. Dit

satiearrest van 13 februari 2003 (127), dat ondertussen herhaaldelijk werd bevestigd (128), staat vast dat het moet worden begrepen in de betekenis die art. 19, eerste lid, Ger.W. (129) eraan verleent: “Het vonnis is een eindvonnis in zoverre daarmee de rechtsmacht van de rechter over een geschilpunt uitgeput is, behoudens de rechtsmiddelen bij de wet bepaald.”

Opdat van een “eindvonnis” sprake zou zijn, is geenszins vereist dat de rechter het geheel van de voor hem aanhangig gemaakte geschilpunten (die samen de “processtof” vormen) beslecht met een uitspraak die zijn rechtsmacht over elk van die punten uitput (130). Het volstaat dat hij – naast een door hem genomen beslissing alvorens recht te doen (*c.q.* een beslissing over zijn bevoegdheid) – een geschilpunt over de ontvankelijkheid of over de grond van de voor hem aanhangige vordering op die wijze beslecht (131), opdat de door hem gevelde uitspraak als een “eindvonnis” in de zin van art. 19, eerste lid en art. 1050, tweede lid Ger.W. kwalificeert. Met als gevolg dat – overeenkomstig art. 1050, tweede lid Ger.W. – die beslissing alvorens recht te doen (en/of die beslissing over zijn bevoegdheid) – kan worden bestreden in hoger beroep (dat, in die hypothese, ook moet worden aangetekend tegen een andere in het (tussen)vonnis vervatte beslissing over een geschilpunt, waarmee de rechter zijn rechtsmacht over dat punt heeft uitgeput).

Eerder werd al geschreven dat, voor een goed begrip, het wenselijk is het woord “vonnis” in art. 19, eerste lid Ger.W. te vervangen door “beslissing”, zodat die bepaling als volgt zou luiden: “Een *beslissing* is een *eindbeslissing* in zoverre daarmee de rechtsmacht van de rechter over een geschilpunt uitgeput is, behoudens de rechtsmiddelen bij de wet bepaald”. Aansluitend hierop zou art. 1050, tweede lid Ger.W. (in zijn actuele versie, dit is na de inwerkingtreding van de besproken W. 19 oktober 2015) als volgt luiden: “Tegen een beslissing inzake bevoegdheid of, tenzij de rechter anders bepaalt, een beslissing alvorens recht te doen kan

kan een vonnis zijn over de grond van de zaak zelf of een vonnis waarbij de vordering ontoelaatbaar wordt verklaard.” Dit standpunt impliceert voor Broeckx dat bij zogenaamde “gemengde” vonnissen alleen onmiddellijk hoger beroep open staat tegen de daarin vervatte eindbeslissing(en). Zie ook J. LAENENS, “Rechtsmacht en bevoegdheid van de civiele rechter: actualia en beleidsvragen” in XXIXe PUC WILLY DELVA 2002-03, *Goed procesrecht – Goed procederen*, Mechelen, Kluwer, 2004, (517) 542-543, nr. 49.

- (127) Cass. 3 februari 2003, *Arr.Cass.* 2003, 397, *JLMB* 2003, 1568, noot G. DE LEVAL, *Pas.* 2003, 333, *RABG* 2003, 554, noot P. VANLERSBERGHE en *RW* 2002-03, 1583, noot P. VAN RILLAER. Zie ook *Parl.St.* Senaat, B.Z. 1991-92, nr. 301-2, 43 (verslag Arts).
- (128) Cass. 20 maart 2015, *P&B* 2015, 153; Cass. 3 oktober 2014, *RABG* 2015, 425, noot P. VANLERSBERGHE; Cass. 25 maart 2010, *Pas.* 2010, 1020; Cass. 6 maart 2006, *Arr.Cass.* 2006, 544, *Pas* 2006, 541, *RABG* 2006, 839, noot en *P&B* 2006, 124; Cass. 24 juni 2005, *Arr.Cass.* 2005, 1450, *JT* 2006, 493, *Pas.* 2005, 1450, *RABG* 2006, 356, noot E. BREWAEYS, *Soc.Kron.* 2006, 12 en *P&B* 2006, 31; Cass. 15 december 2003, *RABG* 2004, 634.
- (129) Deze bepaling is opgenomen onder het eerste deel van dit wetboek, dat de algemene beginselen uiteenzet.
- (130) Zie over “uitputting van rechtsmacht”: P. Taelman, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde – Een begrippenstudie*, Mechelen, Kluwer, 2001, 97-109, nrs. 138-153.
- (131) Het moet dus gaan om een beslissing waarmee de rechter zijn rechtsmacht uitput, d.w.z. een voor die rechter “definitieve” beslissing over dat geschilpunt, waarmee hij recht doet over dat geschilpunt. Uiteraard mag het ook gaan om een dergelijke beslissing over *meerdere* geschilpunten. De rechter kan niet (meer) op die beslissing terugkomen, ook niet met toestemming van de partijen (Cass. 26 februari 2014, AR P.13.1637.F).

slechts hoger beroep worden ingesteld samen met het hoger beroep tegen *een eindbeslissing*.” Alle uitspraken die een rechter velt zonder zijn rechtsmacht over de volledige processtof uit te putten, zouden dan als “tussenvonnissen” kunnen worden bestempeld. Het – eventueel enige (maar in elk geval laatste vonnis in die zaak) – waarmee de rechter het geheel van de, *c.q.* de nog resterende, geschilpunten van de zaak beslecht, zou dan “eindvonnis” worden genoemd. Wij zijn alvast van oordeel dat het in die zin aanpassen van de wettelijke terminologie, niet in het minst vanuit pedagogisch oogpunt, aanbeveling verdient.

30. In zijn advies drong de Raad van State aan op hernieuwde reflectie over de aanpassing van art. 1050, tweede lid (nieuw) Ger.W. (132). Reden daartoe vormde de – in randnummer 29 in herinnering gebrachte – vaststaande omschrijving van het begrip eindvonnis in de cassatierechtspraak, samen gelezen met de wijziging die de besproken wet aanbrengt aan art. 875*bis*, eerste lid (nieuw) Ger.W. De Raad onderstreepte dat telkens de rechter, op grond van deze bepaling, zowel uitspraak doet over de (omstreden) ontvankelijkheid van de vordering en vervolgens één of meerdere maatregelen alvorens recht te doen beveelt, zijn uitspraak voldoet aan de vereisten voorzien in art. 1050, tweede lid Ger.W. Dit maakt deze uitspraak, met inbegrip van de erin vervatte onderzoeksmaatregel, principieel vatbaar voor hoger beroep (133), wat in wezen de doelstelling van de wetgever ondermijnt (134).

Het in art. 875*bis* Ger.W. opgenomen subsidiariteitsbeginsel plaatst in de praktijk die doelstelling nog verder onder druk (135). Dit vereist onder meer dat enkel onderzoeksmaatregelen worden bevolen die nuttig zijn voor de beoordeling van de zaak. Dikwijls dwingt het de rechter tot het voorafgaand beslechten van opgeworpen middelen die de grond van de zaak raken (136), teneinde te vermijden een onderzoeksmaatregel te bevelen die achteraf niet meer “dienend” zal blijken te zijn (137). Het beslechten van die geschilpunten levert ook telkens een eindbeslissing op, die de uitspraak samen met de – per hypothese – erin bevolen onderzoeksmaatregel principieel vatbaar maken voor hoger beroep.

31. Het bovenstaande mag een partij er niet toe verleiden om *pro forma*, op (zeer) slechte gronden, de ontvankelijkheid van de vordering te betwisten, in een poging haar onmiddellijk recht op hoger beroep gaaf te houden m.b.t. een voor de rechter gevorderde en door hem ingewilligde of door hem ambtshalve opgelegde onderzoeksmaatregel. Naar analogie met de rechtspraak over het omzeilen van de aanleggrens (138), zou de appelrechter kunnen besluiten tot onontvankelijkheid van het hoger beroep wanneer hij van oordeel is dat de betwisting van de ontvan-

(132) Adv.RvS nr. 57.529/2-3, 11 juni 2015, *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/1, 171-172.

(133) De zienswijze van de Raad van State werd bijgetreden door Boularbah (*Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/5, 204).

(134) Die zich van dit onvermijdelijke gevolg goed bewust was (*Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/1, 24 en nr. 54-1219/5, 8 en 110).

(135) Zie *supra* randnr. 25.

(136) Bv. de draagwijdte van de opdracht die aan een architect of een aannemer werd gegeven, het al dan niet aanvaard zijn door de bouwheer van een zichtbaar gebrek ...

(137) Brussel (20^e kamer) 22 december 2015, 2015/AR/1805, *onuitg.*

(138) Cass. 8 januari 2004, *Arr.Cass.* 2004, 13, *RABG* 2004, 607, noot E. BREWAEYS en *RW* 2004-05, 703. Vgl. Cass. 17 oktober 2008, *TBBR* 2011, 139: de rechter kan, in geval van procesrechtsmisbruik, de uitoefening van de rechtsvordering beperken.

kelijkheid van de vordering voor de eerste rechter uitsluitend of kennelijk was ingegeven door voormeld, onrechtmatig of niet redelijk doel.

Daarnaast kan die partij in voorkomend geval worden bestraft voor procesrechtsmisbruik *ex art. 780bis* Ger.W. Dit kan niet enkel wanneer ze de bedoeling had haar wederpartij(en) schade te berokkenen. Ook wanneer die partij haar recht om in rechte op te treden, heeft uitgeoefend op een wijze die de perken van de normale uitoefening van dat recht door een bedachtzaam en zorgvuldig persoon kennelijk te buiten gaat, kan de sanctie worden toegepast (139).

32. De – op zich al bescheiden – doelstelling (140) van de hier besproken hervorming wordt, wanneer de bevolen beslissing alvorens recht te doen een onderzoeksmaatregel betreft, verder nog (sterk) bedreigd door een o.i. ongelukkige uitspraak van het Hof van Cassatie. Die uitspraak werd tot op heden vooral in de Franstalige rechtsliteratuur scherp op de korrel genomen (141). In zijn arrest van 24 januari 2013 oordeelde het Hof – in lijn met de conclusie van de advocaat-generaal (142) – dat wanneer tijdens het debat over het al dan niet bevelen van een maatregel of beslissing alvorens recht te doen tussen partijen een betwisting rees die de rechter heeft moeten beslechten waardoor hij zijn rechtsmacht daarover volledig heeft uitgeput, de betrokken beslissing kwalificeert als een eindbeslissing

(139) Cass. 4 maart 2010, *RABG* 2010, 699 en *TBH* 2010, 385; Cass. 19 februari 2010, *RABG* 2010, 1355, noot E. DE KEZEL en *TRV* 2010, 277, noot; Cass. 31 oktober 2003, *Arr.Cass.* 2003, 2011 en *JT* 2004, 135, J.-F. VAN DROOGHENBROECK).

(140) Zie randnr. 25.

(141) J. VAN COMPERNOLLE en G. DE LEVAL, “L’instruction sans obstructions? A propos de la nature de la décision prorogant le délai pour le dépôt du rapport d’expertise” (noot onder Cass. 24 januari 2013), *JT* 2013, 198-201; G. CLOSSET-MARCHAL, “Considérations sur la nature et le régime des décisions de justice” (noot onder Cass. 24 januari 2013), *RCJB* 2014, 258-287; J. VAN DONINCK, “De aard van beslissingen inzake het deskundigenonderzoek: on the noble art of distinguishing” (noot onder Cass. 24 januari 2013), *RABG* 2013, 329-333; A. LYSSENS en L. NAUDTS, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen inzake ... Het gerechtelijk deskundigenonderzoek” in P. VAN ORSHOVEN en B. ALLEMEERSCH (eds.), *Gerechtelijk recht - Themis* 82, Brugge, die Keure, 2013, (39) 40-43, nrs. 5-11; B. VANLERBERGHE, “Actualia gerechtelijk recht: procedure en rechtsmiddelen” in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *CBR Jaarboek 2013-2014*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1) 32-34, nr. 41.

(142) Cass. 24 januari 2013, *JT* 2013, 196, concl. T. WERQUIN. Zie in het bijzonder randnummer 7 van het advies van het OM: “La distinction entre un jugement d’avant dire droit et un jugement définitif sur incident, qui tous deux sont des jugements rendus avant le jugement définitif qui fixe les droits des parties, dépend de la question de savoir si la décision prise a été l’objet d’une contestation préalable que le juge a dû trancher, épuisant ainsi sa juridiction sur celle-ci.” In dezelfde zin, zonder kritische bedenking: B. VANLERBERGHE, “Actualia gerechtelijk recht: procedure en rechtsmiddelen” in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *CBR Jaarboek 2013-2014*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1) 33, nr. 41: “Wanneer de rechter een maatregel beveelt om een tussengeschied te regelen dat betrekking heeft op een voorafgaande maatregel om de vordering te onderzoeken, impliceert dit noodzakelijkerwijze dat er over de maatregel een geschil tussen partijen bestond. De beslissing die hierover door de rechter genomen wordt, is noodzakelijkerwijze een eindbeslissing en geen beslissing alvorens recht te doen, zoals nochtans zou aangenomen moeten worden op grond van artikel 19, [derde] lid Ger.W.”

op tussengeschild (*une décision définitive sur incident*) en niet als een beslissing alvorens recht te doen (*une décision d'avant dire droit*) (143).

Dit standpunt van het Hof valt o.i. niet enkel moeilijk te rijmen met de sinds 2007 gewijzigde tekst van art. 19, derde (144) lid Ger.W., dat uitspraken die een tussengeschild beslechten met betrekking tot een onderzoeksmaatregel uitdrukkelijk kwalificeert als beslissingen alvorens recht te doen. De analyse van de advocaat-generaal die door het Hof werd gevolgd, vertrekt van een oude, volstrekt achterhaalde typologie van vonnissen waar de ontwerper van het Gerechtelijk Wetboek uitdrukkelijk komaf mee wou maken omdat “het prestige van het gerecht (...) niets te winnen [heeft] bij dergelijke discussies (145) die een bron zijn van onzekerheden en kosten die men goed kan vermijden door een ander stelsel (146).”

Dat “ander stelsel” bestaat erin dat we onder gelding van het Gerechtelijk Wetboek nog drie verschillende types van gerechtelijke uitspraken kennen:

- eindvonnissen (zoals gedefinieerd onder art. 19, eerste lid Ger.W., waarvan we nogmaals benadrukken dat ze beter zouden worden omschreven als “eindbeslissingen”); deze kunnen enkel de zaak zelf betreffen, d.w.z. de beslechting van de diverse omstreden of betwiste aspecten – zowel deze van procedurele (bevoegdheid, nietigheden en excepties, ontvankelijkheid of toelaatbaarheid) als van materieelrechtelijke aard m.b.t. in het geding zijnde subjectieve rechten – van de vordering(en) die voor de rechter aanhangig wordt of worden gemaakt en beoogt of beogen de rechtspositie van degene die ze instelt (desgevallend voorlopig) (147) te verbeteren;
- beslissingen alvorens recht te doen (zoals thans gedefinieerd onder art. 19, derde lid Ger.W.): of tussen partijen, voorafgaand aan en met betrekking tot een dergelijke beslissing al dan niet een betwisting (in feite of in rechte) rees die door de rechter diende te worden beslecht, wijzigt niet de aard van die uitspraak; die blijft – anders dan het Hof van Cas-


(143) Die uitspraak staat, zoals het notenapparaat in de conclusie van de advocaat-generaal leert, niet alleen. Zie in het bijzonder: 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 opportuiniteitsredenen, 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 nietontvankelijkheid ongegrond is.” Steeds staat in die arresten de interpretatie van art. 1077 Ger.W. aan de orde: “Voorziening in cassatie tegen vonnissen alvorens recht te doen, staat slechts open na het eindvonnis.”

(144) Vóór de wijziging van art. 19 bij art. 2 W. 28 februari 2014 (*BS* 15 mei 2014 (ed. 2), met ingang van 3 februari 2014 (art. 3)) was dit het tweede lid.

(145) Gedoeld wordt op het onduidelijke onderscheid tussen “voorbereidende” en “interlocutoire” vonnissen (zie art. 452 Wetboek Burgerlijke Rechtsvordering; A. BRAAS, *Précis de procédure civile*, Dl. II, Brussel, Bruylant, 1944, 593-602, nrs. 1134-1153).

(146) C. VAN REEPINGHEN, *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, Brussel, Dl. I, Belgisch Staatsblad, 1964, 50.

(147) Voor wat een vordering in kort geding of op eenzijdig verzoekschrift betreft.

- satie oordeelde in voormeld arrest van 24 januari 2014 – een beslissing alvorens recht te doen;
-  maatregelen van inwendige aard (zoals – aan de hand van enkele voorbeelden – omschreven onder art. 1046 Ger.W.) (148).

v. *Tenzij de rechter anders bepaalt ...*

33. De rechter die een beslissing alvorens recht te doen velst, kan op grond van art. 1050, tweede lid (nieuw) Ger.W. – in afwijking van de algemene regel – bepalen dat zijn beslissing vatbaar is voor hoger beroep. De wet, noch de parlementaire voorbereiding reikt echter duidelijke voorwaarden aan (149) waaronder de rechter van die mogelijkheid gebruik kan maken. Veel meer dan een uitlating van de minister dat “wanneer het tussenvonnissen zo belangrijk is (...) de rechter op basis daarvan zou moeten toestaan dat tegen het vonnis beroep wordt ingesteld (150)” vernemen we niet. De minister vroeg zich ook af “waarom de rechter in eerste aanleg – alvorens recht te spreken – niet in staat zou zijn zelf te oordelen op grond van objectieve elementen welke beslissing al dan niet uitvoerbaar zou zijn (151)”, maar liet na die objectieve gronden nader te duiden (152).

34. Wij zijn alvast van oordeel dat die nieuwe regel de rechter niet toelaat af te wijken van art. 621 Ger.W. (153): wanneer de hoofdvordering (154) niet appel-

(148) Maatregelen van inwendige aard zijn beslissingen waarbij de rechter geen enkel geschil van feitelijke of juridische aard of geen enkele feitelijke vraag of rechtsvraag beslecht, of daarover een beslissing wijst, zodat die beslissing geen onmiddellijk nadeel kan berokkenen aan een van de partijen (Cass. 26 mei 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1269, *JIT* 2004, 17, noot en *Pas.* 2003, 1071; Cass. 22 februari 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 819, *JLMB* 1990, 830, noot G.D.L., *JT* 1991, 105 (verkort) en *Pas.* 1990, I, 733).

(149) Wat hij volgens Boularbah nochtans had moeten doen, teneinde ‘un système tout à la fois malsain et arbitraire’ te vermijden (*Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/5, 205).

(150) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/5, 107.

(151) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/5, 49.

(152) Eén van de in de Commissie Justitie van de Kamer gehoorde experts, Hakim Boularbah, gaf aan het “incoherent” (niet samenhangend) te vinden om de rechter die de beslissing neemt, toe te staan zich uit te spreken over het (al dan niet) onmiddellijk vatbaar zijn voor hoger beroep ervan. Volgens hem is het aangewezen dat een andere, hogergeplaatste rechter beslist of een vonnis alvorens recht te doen onmiddellijk voor hoger beroep vatbaar is (*Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/5, 205). Vgl. G. DE LEVAL, J. VAN COMPENOLLE 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, die verwijzen naar art. 272 Code de procédure civile français, waar de eerste voorzitter van het hof van beroep toelating tot hoger beroep kan verlenen indien dit “est justifié d’un motif grave et légitime”. In rechtssystemen die een *leave to appeal* kennen, is het meestal een hiërarchisch hogere rechter die, nadat de beslissing is gewezen, de machtiging tot het instellen van het hoger beroep verleent.

(153) Die o.i. een regel van openbare orde betreft.

(154) Wanneer in hetzelfde geding, naast de hoofdvordering een tegenvordering of een ander type van tussenvordering aanhangig werd gemaakt die hun grondslag vinden in hetzelfde feit (of feitencomplex) van de hoofdvordering, zal de waarde van deze diverse vorderingen moeten worden samengeteld om de appellabiliteit te bepalen (Arbitragehof

label is, kan een beslissing alvorens recht te doen om die hoofdvordering (155) (of een aspect ervan) te onderzoeken (of een tussengeschild m.b.t. die onderzoeksmaatregel te beslechten), of de toestand van partijen voorlopig te regelen, door de rechter die ze verleent niet vatbaar voor hoger beroep worden verklaard. Evenmin vermag de rechter op grond van art. 1050, tweede lid (nieuw) Ger.W. een onderzoeksmaatregel vatbaar verklaren voor hoger beroep in die gevallen waar de wet dit rechtsmiddel uitsluit (156).

De afwezigheid van wettelijke criteria draagt verder zeker het risico in zich op (sterk) uiteenlopende rechtspraak. Al mag ook worden verwacht dat gezond verstand in het besluitvormingsproces van de rechter een belangrijke rol speelt, zodat vooral maatregelen alvorens recht te doen die een ernstige impact hebben op de feitelijke en/of financiële situatie van één of meerdere procespartijen (157) door hem vatbaar zullen worden verklaard voor een onmiddellijk hoger beroep.

35. Vereisen de woorden “tenzij de rechter anders bepaalt” in art. 1050, tweede lid (nieuw) Ger.W. dat de mogelijkheid om onmiddellijk hoger beroep te kunnen aantekenen tegen een (nog te vellen) beslissing alvorens recht te doen, moet worden gevorderd door de partij die daar belang bij meent te hebben? De wetgever bewaart hierover jammer genoeg het stilzwijgen (158), daar waar een duidelijke richtlijn zijn streefdoel naar meer proceseconomie in verband met het hoger beroep nochtans manifest zou hebben gediend.

Drie commentatoren zijn alvast van mening dat het beschikkingsbeginsel gebiedt dat de toelating om onmiddellijk hoger beroep te kunnen instellen gemotiveerd door de belanghebbende partij wordt gevorderd (159). Zelf zijn we van oordeel dat de in de parlementaire voorbereiding vervatte doelstellingen van de wetgever, die erop gericht zijn het goede verloop van het geding in eerste aanleg te verbeteren en de rechtsgang te versnellen door een voortijdig beroep op de appelrechter en in ieder geval misbruik van het hoger beroep te vermijden, moeilijk met een allesoverheersend beschikkingsbeginsel te rijmen vallen. De beweegredenen van de wetgever laten daarentegen toe om deze bepaling als van openbare orde te

7 juni 2001, nr. 79/2001, BS 14 september 2001 (uittreksel) en RW 2002-03, 1134, noot P. Taelman).

(155) Of een andere, binnen hetzelfde geding hangende vordering die haar grondslag vindt in hetzelfde feit (of feitencomplex) van de hoofdvordering.

(156) Zie randnr. 27.

(157) Bv. de afbraak van een gebouw. De OVB merkt terecht op dat, wanneer de rechter niet een onmiddellijk hoger beroep toelaat, een negatief gevolg kan zijn dat vele nutteloze kosten zullen zijn uitgezet wanneer – naar aanleiding van een hoger beroep in een later stadium van de procedure – de appelrechter besluit dat geen onderzoeksmaatregel diende te worden opgelegd.

(158) Ook een aantal commentatoren lopen om deze – o.i. nochtans essentiële – vraag heen (D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Potpourri I – Gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2015; J. ENGLEBERT en X. TATON (eds.), *Le procès civil efficace? – Première analyse de la loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile (dite “loi pot-pourri I”)*, Limal, Anthemis, 2015).

(159) 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.

beschouwen (160), zodat de rechter ze – zo nodig (161) – ambtshalve kan toepassen (162). Ons standpunt doet recht aan de beweegredenen van de door de wetgever beoogde hervorming en is bewust constructief bedoeld. Het biedt tevens het voordeel een werkzame en praktische oplossing voor de rechtzoekende aan te reiken. De beslissing van de rechter – (gedeeltelijke) inwilliging of afwijzing van de gevorderde maatregel – is voor partijen immers niet (met zekerheid) te voorzien. Daarenboven kan de rechter, onder omstandigheden, ook op eigen initiatief onderzoeksmaatregelen bevelen. Vereisen dat partijen op elke mogelijke beslissing van de rechter anticiperen, zou hen dwingen tot het maken van vele (complexe) hypothesen in hun (synthese)conclusie. Verder moet worden onderstreept dat op vandaag algemeen wordt aanvaard dat de rechter voor wat betreft modaliteiten van de uitvoerbaarheid van zijn uitspraak ambtshalve mag optreden. Dit is bv. het geval voor het al dan niet laten verstrekken van een zekerheidsstelling door de schuldeiser (163), ook wanneer de beslissing van rechtswege uitvoerbaar is (164).

In afwachting van de opheldering van dit twistpunt in de (cassatie)rechtspraak of via reparatiewetgeving (165), doet (de raadsman van) een voorzichtig rechtzoekende er uiteraard goed aan in voorkomend geval uitdrukkelijk te vorderen dat bij afwijzing van de door hem gevorderde, *c.g.* bij inwilliging van de door zijn tegenpartij gevorderde beslissing alvorens recht te doen, de rechter zijn beslissing onmiddellijk vatbaar voor hoger beroep zou verklaren.

36. In de mate dat de beslissing alvorens recht te doen een onderzoeksmaatregel betreft, moet in dit kader nog art. 1496 Ger.W. in herinnering worden gebracht: “De voorlopige tenuitvoerlegging geschiedt van rechtswege wanneer een vonnis een onderzoeksmaatregel voorschrijft en wat deze maatregel betreft.”

De gebeurlijk door de rechter verleende mogelijkheid tot het instellen van hoger beroep tegen deze beslissing, resp. het daadwerkelijk aanwenden van dit rechtsmiddel, zal niet kunnen verhinderen dat – indien degene die er belang bij heeft dat de onderzoeksmaatregel wordt uitgevoerd daarop aandringt (bv. bij de aangewezen gerechtsdeskundige) (166) – de maatregel zal worden uitgevoerd. Dit geschiedt uiteraard op zijn risico (art. 1398 Ger.W.), waarvoor de rechter hem kan verplichten zekerheid te stellen (art. 1400, § 1 Ger.W.).

Voor de tenuitvoerlegging van de onderzoeksmaatregel is niet vereist dat de beslissing alvorens recht te doen voorafgaandelijk aan de tegenpartij wordt bete-

(160) Vgl. m.b.t. art. 748*bis* Ger.W.: Cass. AR C.13.0612.N, 6 februari 2015.

(161) Waarmee wordt bedoeld het geval dat de partij die daarbij belang heeft, naliet het te vorderen.

(162) Dit is zonder dat het wordt gevorderd.

(163) Zie art. 1400, § 1 Ger.W.

(164) E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag in APR*, Mechelen, Kluwer, 2010, 246, nr. 361. G. DE LEVAL, *Traité des Saisies*, Luik, P.U.L., 1988, 561, nr. 271; C. VAN REEPINGHEN, *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, Brussel, Dl. I, Belgisch Staatsblad, 1964, 507.

(165) De minister stemde alvast in met een evaluatie van de wet “die te gepasten tijde moet worden doorgevoerd” (*Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/5, 48).

(166) Art. 989 Ger.W. voorziet dat de deskundige de vervulling van zijn opdracht *kan* (dus niet: moet) schorsen of uitstellen totdat hij op de hoogte is gebracht van de consignatie van het voorschot.

kend (167). Deze verplichting geldt *ex art.* 1495 Ger.W. alleen voor veroordelende beslissingen, hetgeen de uitspraak – althans in de mate dat ze een onderzoeksmaatregel beveelt – beslist niet is (168).

c. Een nieuwe regel: op tegenspraak gewezen eindvonnissen zijn uitvoerbaar bij voorraad

i. Begrip: uitvoerbare kracht

37. De uitvoerbare of executoriale kracht van een gerechtelijke beslissing is die eigenschap ervan die een partij machtigt om hetgeen de rechter heeft beslist, te laten verwezenlijken, desgevallend met behulp van de openbare macht – de sterke arm – via de door de wet bepaalde middelen van tenuitvoerlegging. De uitvoerbare kracht strekt m.a.w. tot verwerkelijking van het oordeel van de rechter, zoals dit in zijn uitspraak is vervat (169). Het is een eigenschap die van rechtswege (170) aan gerechtelijke uitspraken toekomt. Het is de wet die bepaalt dat vonnissen, zo nodig gedwongen – dit is tegen de wil in van degene die werd veroordeeld –, kunnen worden ten uitvoer gelegd en meteen ook de voorwaarden uitstippelt waaronder dit kan gebeuren.

ii. Uitvoerbaarheid en voorlopige tenuitvoerlegging van eindvonnissen, als ook de impact van het aanwenden van gewone rechtsmiddelen en het lopen van de termijn om die rechtsmiddelen in te stellen voor zaken aanhangig gemaakt vóór 1 november 2015

38. Voor zaken aanhangig gemaakt vóór 1 november 2015 (171) gold dat eindvonnissen, ongeacht of ze bij verstek dan wel op tegenspraak werden gewezen, in de regel niet vatbaar waren voor voorlopige tenuitvoerlegging. Art. 1397 (oud) Ger.W. bepaalde dat, behoudens de uitzonderingen die de wet bepaalt en onverminderd de regel van art. 1414 Ger.W., het instellen van verzet of hoger beroep tegen een eindvonnis de tenuitvoerlegging ervan schorste (minstens tot de n.a.v. dit rechtsmiddel te vellen beslissing) (172). Een gevolg hiervan was dat, in de

(167) *Anders*: G. CLOSSET-MARCHAL, “Le rôle du juge en matière d’enquête et d’expertise” in *La preuve*, Colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 par le centre de recherches juridiques et le centre Charles Van Reepinghen pour le droit judiciaire, Louvain-la-Neuve, U.C.L., 1987, 12, nr. 13.

(168) E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag in APR*, Mechelen, Kluwer, 2010, 175, nr. 246. Vgl. G. DE LEVAL, *Traité des Saisies*, Luik, P.U.L., 1988, 533, nr. 259D.

(169) P. TAELEMAN, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde – Een begrippenstudie*, Mechelen, Kluwer, 2001, 333-334, nrs. 445-446 en verwijzingen op die plaats.

(170) Zie art. 1386 Ger.W. Vgl. Adv.RvS *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/1, 172: “In de huidige stand van het recht zijn vonnissen in principe uitvoerbaar zodra ze zijn uitgesproken (noot: met dien verstande evenwel dat een gedwongen tenuitvoerlegging het vervullen van bepaalde vormvoorschriften vereist)”; zie ook P. TAELEMAN, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde – Een begrippenstudie*, Mechelen, Kluwer, 2001, 336-337, nr. 448.

(171) Zie randnrs. 55-56 voor de overgangsregeling.

(172) Vgl. Adv.RvS *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/1, 172-173.

regel, een rechterlijke uitspraak (173) ten uitvoer kon worden gelegd tot op het ogenblik dat tegen deze beslissing een gewoon rechtsmiddel werd aangewend.

Een uitzondering op de – voor wat de uitvoerbare kracht betreft – schorsende werking van het instellen van een gewoon rechtsmiddel, vormen de beslissingen die, hetzij van rechtswege (174), hetzij ingevolge een uitdrukkelijke beschikking van de rechter (175), uitvoerbaar zijn bij voorraad (176). *Ex art. 1400, § 1 (oud) Ger.W.* kon de rechter die de voorlopige tenuitvoerlegging voor het geheel of een gedeelte van de veroordeling had uitgesproken, daaraan de voorwaarde verbinden dat er zekerheid wordt gesteld volgens de door hem, zo nodig, vast te stellen modaliteiten. Hetzelfde gold voor de beschikkingen gewezen door de kortgeding-rechter (art. 1039, eerste lid Ger.W.) of door de voorzitter van de rechtbank op eenzijdig verzoekschrift (art. 1029, tweede lid Ger.W.), die van rechtswege uitvoerbaar bij voorraad zijn (177).

In een aantal hypotheses had de wetgever het schorsende effect op de uitvoerbare kracht van de uitspraak niet enkel verbonden aan het instellen van het gewoon rechtsmiddel, maar tevens aan de termijn waarbinnen verzet of hoger beroep kan worden aangewend. In deze, in de praktijk vaak voorkomende, gevallen kon er slechts tot gedwongen tenuitvoerlegging worden overgegaan nadat de uitspraak kracht van gewijsde verwierf. Die gevallen betroffen allereerst de veroordeling tot betaling van een som geld die het voorwerp is van een beslissing waartegen nog gewone rechtsmiddelen openstaan (art. 1495, tweede lid (oud) Ger.W.) (178). Daarnaast ging het om het – in de praktijk minder frequent voorkomende – geval van een gerechtelijke beslissing waarbij aan een derde een prestatie wordt opgelegd (179). Wanneer een in art. 1495, tweede lid (oud) Ger.W. of art. 1388 Ger.W. bedoelde uitspraak echter uitvoerbaar bij voorraad werd verklaard, verloor het nog lopen van de termijn waarbinnen een gewoon rechtsmiddel kon worden aangewend zijn schorsende werking (180).

(173) Mits ze was opgenomen in een uitvoerbare titel, d.w.z. bekleed met het formulier van tenuitvoerlegging (art. 1386 Ger.W.).

(174) Bv. uitspraken over verzoeken tot rechtsbijstand (art. 683 Ger.W.), beschikkingen gewezen op eenzijdig verzoekschrift (art. 1029, tweede lid Ger.W.), de bevelschriften gewezen door de kortgedingrechter *ex art. 1039, eerste lid Ger.W.* en de beslissingen die uitspraak doen over een uitkering tot onderhoud, tenzij de familierechtbank hierover anders beslist op vraag van één van de partijen (art. 1322/1 Ger.W.).

(175) Zie art. 1398, eerste lid (oud) Ger.W. Dit kon zowel door de rechter in eerste aanleg, als – bij toepassing van art. 1401 (oud) Ger.W. – door de appelrechter geschieden, weze het telkens op uitdrukkelijk verzoek daartoe van een partij (S. BRUIS, Ch. DE MUYNCK, R. LINDEMANS en J. DE FAUW, “Overzicht van rechtspraak – Beslag- en executierecht (2008-2014)”, *TPR* 2015, (279) 325, nr. 41).

(176) Daarop doelen de woorden “behoudens de uitzonderingen die de wet bepaalt”, die figureren in de aanhef van het oude en (het eerste lid van het) nieuwe art. 1397 Ger.W.

(177) De in deze zin geciteerde wetsbepalingen blijven ongewijzigd en gelden dus nog steeds.

(178) In de praktijk maken die het gros van de veroordelingen uit. Merk op dat de wet hier geen onderscheid maakt naargelang die veroordeling tot betaling van een geldsom is vervat in een zgn. eindvonnis of een beslissing alvorens recht te doen.

(179) Zie art. 1388 Ger.W.

(180) Zie resp. art. 1495, tweede lid (oud) *in fine* Ger.W. en art. 1388, tweede lid Ger.W.

iii. Een nieuwe regel voor op tegenspraak gewezen eindvonnissen die vatbaar zijn voor hoger beroep

39. De wetgever van 19 oktober 2015 heeft de in het vorig randnummer beschreven parallel tussen het verzet en het hoger beroep doorgeknipt voor zaken die aanhangig worden gemaakt vanaf 1 november 2015 (181). Het nieuwe “standaardregime” inzake eindvonnissen (zie voor de draagwijdte van dit begrip *supra* randnr. 29) ziet eruit als volgt.

Bij verstek gewezen eindvonnissen zijn in de regel, zoals voorheen, niet uitvoerbaar bij voorraad. Met als gevolg dat de schorsende werking van het instellen van het verzet (art. 1397, eerste lid (nieuw) Ger.W.) op de tenuitvoerlegging van het bestreden eindvonnis, *c.q.* voor geldsomveroordelingen – ongeacht of deze vervat zijn in een eindbeslissing of in een beslissing alvorens recht te doen – de schorsende werking van de lopende termijn om dit rechtsmiddel aan te wenden (art. 1495, tweede lid (nieuw) Ger.W.), principieel (182) ongewijzigd blijft.

Voor op tegenspraak gewezen eindvonnissen geldt onder het nieuwe recht daarentegen dat deze uitspraken principieel uitvoerbaar zijn bij voorraad (183). Het instellen van hoger beroep en het voor geldsomveroordelingen nog lopen van de termijn om dit rechtsmiddel in te stellen (184), heeft in de regel niet langer een schorsende werking op de tenuitvoerlegging van het (bestreden) eindvonnis. Uitzondering op de regel vormen (*i*) het geval waar de rechter, bij met bijzondere redenen omklede beslissing, anders beveelt (art. 1397, tweede lid (nieuw) Ger.W.) en (*ii*) de gevallen waarin de wet voorziet dat de uitspraak uitvoerbaar is bij voorraad.

Van deze (nieuwe) principes wordt slechts afgeweken voor “de zaken die van oudsher uitgesloten zijn van de voorlopige tenuitvoerlegging, meer bepaald inzake [het] familierecht (185).”

(181) Zie randnrs. 55-56 voor de overgangsregeling.

(182) De rechter kan bij met bijzondere redenen omklede beslissing van dit principe afwijken, in welk geval hij de voorlopige tenuitvoerlegging van de bij verstek gewezen beslissing zal toestaan (art. 1397, eerste lid (nieuw) Ger.W.); zie *infra* randnrs. 48-50. Daarnaast blijven de uitzonderingen die elders in de wet zelf zijn bepaald (bv. art. 1029 en 1039 Ger.W.), onverkort bestaan. Voor door de familierechtbank gewezen verstekvonnissen voorziet art. 1398/1, eerste lid (nieuw) Ger.W. in een afwijkende regel (onder voorbehoud van specifieke bepalingen).

(183) Zie reeds een pleidooi voor een “cultuuromslag” in die zin bij: E. DIRIX, “Dient de schorsende werking van het hoger beroep niet te worden afgeschaft?”, *RW* 2002-03, 477-478.

(184) Zie over dit aspect in detail *infra* randnr. 45.

(185) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/1, 32 en 174. In onze tekst gaan we niet in detail in op de (voorlopige) uitvoerbaarheid van uitspraken van de familierechtbank (raadpleeg daarover: P. SENAEVE, “De voorlopige tenuitvoerlegging van vonnissen in materies van familierecht na de wet van 19 oktober 2015 (Wet Potpourri I)”, *T.Fam.* 2015, 244-250). Wel stippen we aan dat een aantal beslissingen van de familierechtbank, zoals voorheen, op het vlak van de (voorlopige) tenuitvoerlegging en de invloed van de aanwending van een rechtsmiddel daarop, door afwijkende regels worden beheerst.

40. De concrete uitwerking van de bijgestelde regels – en hun uitzonderingen – gebeurt in de volgende aangepaste (186), vervangen of opgeheven bepalingen: art. 1397, art. 1398, art. 1398/1, art. 1398/2, art. 1399 (187), art. 1400, art. 1401 en art. 1495 Ger.W. Hierna gaan we nader in op een aantal aspecten van deze nieuwe bepalingen.

41. Het (opgeheven) art. 1398, eerste lid (oud) Ger.W. voorzag dat – behoudens de uitzonderingen die de wet bepaalt – de rechter de voorlopige tenuitvoerlegging van de vonnissen kan toestaan. Het schrappen van die bepaling deed bij een aantal commentatoren de vraag rijzen of de rechter een beslissing alvorens recht te doen nog bij voorraad uitvoerbaar kan verklaren (188). Art. 1397 (nieuw) Ger.W. biedt hierop geen antwoord, nu het daarin vervatte en boven besproken nieuwe standaardregime, enkel geldt voor “eindvonnissen” (in de betekenis die daaraan toekomt overeenkomstig art. 19, eerste lid Ger.W.).

Veroordelingen vervat in *een beslissing alvorens recht te doen* kunnen naar onze mening, na betekening van de uitvoerbare uitgifte van die beslissing, principieel meteen gedwongen ten uitvoer worden gelegd (189). Die beslissing behoeft daartoe niet uitvoerbaar bij voorraad te zijn verklaard. Ingevolge de wijziging van art. 1495, tweede lid (nieuw) Ger.W. geldt hetzelfde thans onverkort voor een in een dergelijke, op tegenspraak gewezen, beslissing vervatte geldsomveroordeling. Het nog lopen van de termijn voor, resp. het daadwerkelijk instellen van hoger beroep tegen zo een beslissing heeft geen weerslag op die mogelijkheid tot gedwongen tenuitvoerlegging. Nergens voorziet de wet immers in een schorsing van die tenuitvoerlegging wegens het nog lopen van de termijn voor hoger beroep, resp. het daadwerkelijk instellen van dit rechtsmiddel tegen een beslissing alvorens recht te doen. Uiteraard kan de veroordeelde partij, na het instellen van het hoger beroep, in de regel gebruik maken van haar recht op kantonnement *ex* art. 1404 Ger.W.

Uit het bovenstaande volgt dat de opgeworpen vraag geen antwoord behoeft. Of de rechter nu al dan niet over de mogelijkheid beschikt om beslissingen alvorens

(186) Die aanpassing betrof af en toe het verplaatsen van oude regels naar andere artikelnummers. Zo werden de art. 1398/1 en 1398/2 Ger.W. deels verplaatst naar art. 1399, eerste lid, 2° Ger.W. (*Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/1, 33).

(187) Vgl. inzake adoptie en de herroeping van de gewone adoptie het ongewijzigde art. 1231-18, eerste lid Ger.W.

(188) Merk op dat die vraag geen relevantie vertoont voor onderzoeksmaatregelen, die *ex* art. 1496 Ger.W. van rechtswege voorlopig uitvoerbaar zijn (zie randnr. 36), maar wel wanneer de beslissing alvorens recht te doen beoogt de situatie van de partijen voorlopig te regelen, in afwachting van een beoordeling over de grond van de zaak. Zie ook: 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) 802; F. LEJEUNE, “Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l’appel pour quelle efficacité?” in J. ENGLEBERT en X. TATON (eds.), *Le procès civil efficace? – Première analyse de la loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile (dite “loi pot-pourri I”)*, Limal, Anthemis, 2015, (107) 144, nr. 75.

(189) Vgl. Adv.RvS *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/1, 173 (weliswaar over de tenuitvoerlegging van zaken aanhangig gemaakt vóór 1 november 2015, maar zijn zienswijze m.b.t. beslissingen alvorens recht te doen blijft geldig onder het nieuwe recht).

recht te doen bij voorraad uitvoerbaar te verklaren, voegt niets toe maar doet evenmin enigszins afbreuk aan de mogelijkheid om deze beslissingen gedwongen ten uitvoer te leggen.

Nochtans menen we dat, om de hierna aangegeven redenen, een aanpassing van de (nieuwe) regelgeving zeer wenselijk is.

Als eerste bepaling (190) zou onder hoofdstuk III (Voorlopige tenuitvoerlegging), van de Eerste Titel (Voorafgaande regels) van Deel V (Bewarend beslag, middelen tot tenuitvoerlegging en collectieve schuldenregeling) van het Gerechtelijk Wetboek – zowel voor de transparantie van de regelgeving maar ook om pedagogische redenen – een omschrijving van de juridische notie “voorlopige tenuitvoerlegging” moeten worden opgenomen: “Voorlopige tenuitvoerlegging is de gedwongen tenuitvoerlegging van een vonnis dat, hetzij van rechtswege, hetzij ingevolge beslissing van de rechter, uitvoerbaar bij voorraad is, maar dat nog vatbaar is voor een gewoon rechtsmiddel of waartegen een gewoon rechtsmiddel werd ingesteld waarover nog recht moet worden gesproken.”

Na art. 1397 (nieuw) Ger.W. moet een nieuwe bepaling worden ingevoegd, met volgende inhoud: “Beslissingen alvorens recht te doen zijn van rechtswege vatbaar voor voorlopige tenuitvoerlegging.” Meteen kan het huidige art. 1496 Ger.W., dat ook over de voorlopige tenuitvoerlegging gaat maar ongelukkig staat opgenomen onder Titel III (Gedwongen tenuitvoerlegging) van Deel V Ger.W., worden opgeheven. De voorgestelde nieuwe bepaling houdt een duidelijke maar tevens voor de hand liggende regel in om *alle* beslissingen alvorens recht te doen, vanaf hun uitspraak, vatbaar te maken voor gedwongen tenuitvoerlegging. Dit is op vandaag al het geval voor alle onderzoeksmaatregelen (art. 1496 Ger.W.). Er is geen enkele reden om diezelfde duidelijkheid niet te scheppen voor de beide andere categorieën van beslissingen alvorens recht te doen: *(i)* degene die een tussengeschiedelijken regelen m.b.t. zo een onderzoeksmaatregel en *(ii)* degene die de toestand van partijen voorlopig regelen. In het bijzonder beslissingen alvorens recht te doen die de situatie van partijen voorlopig regelen, worden in de praktijk meestal genomen in situaties die nopen tot een snelle interventie van de rechter, zodat ze meestal – zij het op vordering van de belanghebbende partij – nu reeds uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

De coherentie wordt met de voorgestelde aanpassing gediend door de keuze van de wetgever om in art. 1398, eerste lid (nieuw) Ger.W. te spreken over “de *voorlopige* tenuitvoerlegging van het vonnis geschiedt alleen op risico van de partij die daartoe last geeft (191)”, terwijl de oude opgeheven bepaling (art. 1398, tweede lid (oud) Ger.W.) – weliswaar onder de hoofding “voorlopige tenuitvoerlegging” meer algemeen sprak over de “tenuitvoerlegging”: “de tenuitvoerlegging van het vonnis geschiedt niettemin op alleen op risico van de partij die daartoe last geeft (...).”

(190) Dus vóór art. 1397 (nieuw) Ger.W.

(191) Cursivering door de auteurs.

42. De voorlopige tenuitvoerlegging van vonnissen gebeurt overeenkomstig het bijgestelde art. 1398, eerste lid (nieuw) Ger.W., alleen op risico van de partij die daartoe last geeft. In geval van (gehele of gedeeltelijke) hervorming of vernietiging van de titel ingevolge het aanwenden van verzet of hoger beroep (192), zal de partij die opdracht gaf tot de voorlopige tenuitvoerlegging gehouden zijn tot (gehele of gedeeltelijke) teruggave van hetgeen zij langs die weg ontving, meer vergoeding voor de eventuele door die tenuitvoerlegging veroorzaakte schade, zonder dat in haar hoofde het bewijs van enige kwade trouw of fout in de zin van art. 1382 BW moet worden geleverd (193).

De voorlopige tenuitvoerlegging geschiedt overeenkomstig art. 1398, tweede lid (nieuw) Ger.W. “zonder borgstelling indien de rechter deze niet heeft bevolen en onverminderd de regels inzake kantonnement.” Dit lid werd ingevoegd op advies van de Raad van State, waarvan de memorie van toelichting leert dat het de bedoeling was dit te volgen (194). De wetgever deed dit niet onverkort, want hij verving in de door de Raad van State gesuggereerde Nederlandstalige tekst (195) het woord “zekerheid” door het engere (196) begrip “borgstelling”. In de Franse tekstversie is er evenwel telkens sprake van “*garantie*”, zodat we durven besluiten dat het gebruik van het woord “borgstelling” op een *lapsus* berust en dat het niet de bedoeling was aan de draagwijdte van de tekst te sleutelen.

43. Art. 1401 Ger.W. werd, *in extremis* (197), afgestemd op de nieuwe regel die voorziet in de uitvoerbaarheid bij voorraad van in eerste aanleg op tegenspraak gevelde (maar voor hoger beroep vatbare) eindvonnissen. Het voorziet thans dat het uitvoerbaar bij voorraad verklaren van de eerste uitspraak altijd kan worden gevraagd aan de appelrechter wanneer de eerste rechter (198), in afwijking van het nieuwe “standaardregime” (199), bij met bijzondere redenen omklede beslissing

(192) Deze bepaling die een risicoaansprakelijkheid in het leven roept, moet beperkend worden uitgelegd. Ze is niet van toepassing wanneer de uitvoering plaatsvindt op grond van een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing die na een cassatieberoep wordt vernietigd. In dat geval is de schuldeiser gehouden tot terugbetaling op grond van de regels van de onverschuldigde betaling. Hieruit volgt dat wanneer de schuldeiser de betaling te goeder trouw heeft ontvangen, intrest pas verschuldigd is vanaf de datum van het cassatiearrest (Cass. 23 februari 2015, *NJW* 2015, 318, noot A. COPPENS).

(193) Cass. 2 oktober 1997, *Arr.Cass.* 1997, 898; Cass. 7 april 1995, *Arr.Cass.* 1995, 383 en *RW* 1995-96, 184, noot K. BROECKX. Schade wordt, na terugbetaling van de ontvangen hoofdsom, integraal vergoed door de toekenning van vergoedende interesten vanaf de dag van de betaling: Gent 1 juni 2012, *P&B* 2013, 82; Antwerpen 2 december 2009, *RW* 2010-11, 1477; Gent 17 januari 2005, *RW* 2007-08, 1250.

(194) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/1, 33.

(195) Adv.RvS *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/1, 175.

(196) E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2010, 247, nr. 362.

(197) Via amendement nr. 58 (*Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/7, 2), ingediend in tweede lezing op basis van een wetstechnische nota van de juridische dienst van de FOD Justitie (*Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/9, 17-18).

(198) De wettekst vermeldt “eerste rechters”, in het meervoud, wat in het licht van de verdere veralgemening van de *unus iudex* in de Potpourri I-wet wat cynisch klinkt.

(199) Wanneer de eerste rechter niet afweek van dit standaardregime, kan de appelrechter de voorlopige tenuitvoerlegging van de vonnissen niet verbieden of doen schorsen, zulks op straffe van nietigheid (vgl. art. 1402 Ger.W.). Te verwachten valt dat de gewijzigde regels

de voorlopige tenuitvoerlegging van de door hem gewezen uitspraak zou hebben uitgesloten.

De partij die de uitvoerbaarheid bij voorraad van de uitspraak *a quo* wenst te bekomen zal daartoe zelf hoger beroep moeten instellen, in de regel via verzoekschrift *ex art.* 1056, 2° Ger.W. Werd tegen de betrokken beslissing al hoger beroep ingesteld door de veroordeelde partij, dan kan haar wederpartij die – hangende dit hoger beroep – de mogelijkheid tot voorlopige tenuitvoerlegging van de uitspraak *a quo* wil bekomen, incidenteel beroep aantekenen (in de regel via conclusie *ex art.* 1056, 4° Ger.W.). Het is in het belang van die partij zo spoedig mogelijk dit incidenteel beroep aan te tekenen, zodat haar verzoek desgevallend nog op de inleidingszitting kan worden behandeld.

Jammer is dat de wetgever naliet de aanpassing van deze bepaling aan te grijpen om een twistpunt op te helderen waartoe haar vorige versie aanleiding gaf (200). Dit betrof de vraag of de appelrechter, voorafgaand aan het verlenen van de uitvoerbaarheid bij voorraad van de uitspraak *a quo*, zich al dan niet moet uitspreken over de toelaatbaarheid (of ontvankelijkheid) van het hoger beroep. Een meerderheidsopvatting onder het oude recht was van oordeel dat er geen preliminair onderzoek van de toelaatbaarheid (en al zeker niet van de gegrondheid) van het hoger beroep diende te gebeuren alvorens de voorlopige tenuitvoerlegging toe te staan, omdat anders het nut van art. 1401 Ger.W. onderuit zou worden gehaald. We sluiten ons bij die visie aan, die onder het nieuwe recht onverkort overeind blijft. Temeer omdat uit een, weliswaar uitermate summier gemotiveerd cassatiearrest, kan worden afgeleid dat de betwisting over het al dan niet verlenen van uitvoerbaarheid bij voorraad aan de uitspraak *a quo* een afzonderlijk dispuut is, dat op zijn eigen verdiensten moet worden beoordeeld (201). De appelrechter dient zich bij een verzoek *ex art.* 1401 (nieuw) Ger.W. bijgevolg te beperken tot het overdoen van een afweging die de eerste rechter eerder maakte en die we nader toelichten *sub* randnr. 50.

44. Eveneens jammer is dat de wetgever art. 1066, tweede lid, 6° Ger.W. betreffende de korte debatten in hoger beroep uit het oog verloor. Dit werd niet bijgesteld in het licht van de besproken nieuwe regel dat in eerste aanleg op tegenspraak gewezen eindvonnissen principieel uitvoerbaar zijn bij voorraad. Gegeven de doelstellingen van de wetgever zou het nochtans zeer zinvol zijn geweest te voorzien dat wanneer de eerste rechter, in afwijking op voormeld principe, de

de zaken waarin met succes via een beroep op art. 1402 Ger.W. de voorlopige tenuitvoerlegging lam kan worden gelegd, sterk zal doen dalen.

(200) Zie daarover o.m. E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag in APR*, Mechelen, Kluwer, 2010, 247-251, nrs. 364-366; G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, Luik, P.U.L. 1988, 565, nr. 272 en noot 2499 op die plaats; G. DE LEVAL e.a., *Droit judiciaire – Manuel de procédure civile*, DL II, Brussel, Larcier, 2015, 728, nr. 7.66 (en noot 3108), 737, nr. 7.69 (noot 3154). Vgl. Cass. 17 maart 2005, *RW* 2008-09, 723 (*ex art.* 1406 Ger.W. kan de appelrechter over een vordering tot uitsluiting van kantonement uitspraak doen alvorens de bij hem aanhangig gemaakte exceptie van onbevoegdheid van de eerste rechter te onderzoeken); Gent 25 juli 2012, *P&B* 2013, 124; Antwerpen 21 november 2011, *RABG* 2012, 391, noot N. CLJMANS; Arbh. Brussel 5 december 2012, *JIT* 2013, 141.

(201) Cass. 27 november 2003, *RW* 2006-07, 1216.

voorlopige tenuitvoerlegging van zijn beslissing heeft uitgesloten, de meest gereede partij tegen die beslissing kon opkomen via de kortedebattenrechtspleging.

45. Het gewijzigde art. 1495, tweede lid (nieuw) Ger.W. brengt met zich mee dat wanneer de eerste rechter, bij met bijzondere redenen omklede beslissing, afwijkt van het nieuwe “standaardregime” waardoor aan zijn op tegenspraak gewezen eindvonnis (202) die een geldsomveroordeling inhoudt de uitvoerbaarheid bij voorraad wordt ontnomen, de veroordeelde partij bloot wordt gesteld aan de gedwongen tenuitvoerlegging van die uitspraak zolang die partij daartegen niet effectief hoger beroep heeft ingesteld. Pleiters anticiperen best op dit – in vergelijking met het oude recht gewijzigde – aspect en houden dit in de toekomst goed in het oog.

Volledigheidshalve herhalen we dat (geldsom)veroordelingen vervat in een op tegenspraak gewezen beslissing alvorens recht te doen, vanaf de betekening van die uitspraak worden ten uitvoer gelegd. Het nog lopen van de termijn voor, resp. het daadwerkelijk instellen van hoger beroep hebben geen weerslag op die mogelijkheid tot tenuitvoerlegging. Nergens voorziet de wet in een schorsende werking van het lopen van die termijn of het instellen van het rechtsmiddel.

iv. Doelstelling en verantwoording voor het nieuw gemaakte onderscheid tussen eindvonnissen gewezen op verstek, resp. op tegenspraak

46. Doelstelling van de nieuwe regels is verhinderen dat het hoger beroep wordt “gebruikt” om uitstel van uitvoering van de veroordeling te bekomen (203). Van zijn kant onderstreepte de Raad van State dat de chronische gerechtelijke achterstand bij sommige gerechten, in het bijzonder de appelgerechten, dit objectief schraagt (204).

47. Het nieuw gemaakte onderscheid tussen eindvonnissen gewezen op verstek, resp. op tegenspraak, kan volgens de Raad van State ook nog worden verantwoord en gerechtvaardigd door de wijzigingen die aan art. 806 Ger.W. werden

(202) Voor bij verstek gewezen eindvonnissen of beslissingen alvorens recht te doen die de veroordeling tot betaling van een geldsom inhouden, wijzigt er ten aanzien van het oude recht niets, zodat de termijn die loopt om het gewone rechtsmiddel van verzet aan te wenden principieel zijn schorsende werking behoudt (zie art. 1495, tweede lid (nieuw) Ger.W., *juncto* – voor eindvonnissen – art. 1397, eerste lid (nieuw) Ger.W.). Of de rol die de rechter in art. 806 (nieuw) Ger.W. toegemeten krijgt (zie randnr. 6-15) en het gegeven dat de bij verstek veroordeelde partij zich niet (volledig) heeft kunnen verdedigen (zie randnr. 47), volstaat om dit verschil in behandeling te rechtvaardigen, valt nog te bezien. De twijfel waaraan 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) 802, uiting geven onderschrijven we, temeer nu inderdaad ook verzet in de praktijk wordt aangewend om uitstel van de nakoming van een geldsomveroordeling te bekomen.

(203) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/1, 32; *Adv.RvS Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/1, 173; *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/5, 107.

(204) *Adv.RvS Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/1, 174.

aangebracht, “in het bijzonder in de bevoegdheden (205) van de bij verstek uitspraak doende rechter (206).” Op suggestie van de Raad van State nam de wetgever deze verantwoording uitdrukkelijk op in de memorie van toelichting (207).

Een in het parlement gehoorde expert verweet de wetgever op dit punt geen duidelijke keuze te hebben gemaakt (208). Volgens hem diende gekozen te worden tussen ofwel ruimere bevoegdheden (versta: machten) voor de rechter in geval van verstek, ofwel het recht om verzet aan te tekenen, maar niet de beide opties tegelijk openhouden (209). Die expert gaf ook aan dat in de praktijk vaak verzet wordt aangetekend om tijd te winnen, precies omwille van het daaraan op het vlak van de tenuitvoerlegging verbonden schorsende effect (210).

Ook de minister was van oordeel dat er “een goede reden is waarom een verstekvonnis niet [bij voorraad] uitvoerbaar is: één van de partijen heeft zich niet volledig in rechte kunnen verdedigen. Het op tegenspraak gewezen vonnis is wel [bij voorraad] uitvoerbaar, want de partijen hebben zich kunnen verdedigen (211).” Verder bevestigt in zijn optiek het bijgestelde art. 806 Ger.W. “de beperkte rol van de rechter in geval van verstek”, en wees hij op “de grotere risico’s die met een voorlopige tenuitvoerlegging gepaard gaan in het geval de versteklatende partij te goeder trouw was omdat zij bijvoorbeeld onwetend was van de gedinginleidende akte (212).”

v. *Tenzij de rechter bij met bijzondere redenen omklede beslissing anders beveelt ...*

48. De rechter kan, zowel wanneer het eindvonnis bij verstek (in welk geval die beslissing vatbaar is voor verzet en/of hoger beroep) (213) dan wel wanneer ze op tegenspraak werd gewezen (in welk geval de uitspraak vatbaar is voor hoger beroep) (214), bij “met bijzondere redenen omklede beslissing” afwijken (215) van het boven geschetste nieuwe “standaardregime” inzake de (voorlopige) uit-

(205) Het gaat o.i. niet over wijzigingen aan de “bevoegdheid”, maar wel aan de “rechtsmacht” van de rechter, rechtdoende op verzet.

(206) Zie boven randnrs. 6-13.

(207) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/1, 33.

(208) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/5, 218.

(209) Zijn voorkeur ging uit naar een beperking van de bevoegdheden (o.i. gaat het hier over de rechtsmacht) van de rechter die bij verstek een vonnis wijst.

(210) Vgl. *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/5, 46, waar een volksvertegenwoordiger aanstipt dat met het behoud van de schorsende werking van het verzet op de tenuitvoerlegging van de uitspraak, de wetgever de indruk wekt de rechtzoekende ertoe aan te zetten om verstek te maken.

(211) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/5, 112.

(212) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/1, 33.

(213) Hoger beroep kan in ieder geval maar worden ingesteld indien is voldaan aan de (toepasselijke) aanleggrens *ex art.* 617 Ger.W.

(214) Op voorwaarde dat is voldaan aan de (toepasselijke) aanleggrens *ex art.* 617 Ger.W.

(215) Oorspronkelijk was enkel voorzien dat de rechter kan afwijken van het nieuwe principe van de uitvoerbaarheid bij voorraad van eindvonnissen, vatbaar voor hoger beroep. Een opmerking hierover van de Raad van State (*Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/1, 174-175) leidde tot het toekennen van de mogelijkheid in hoofde van de rechter om wanneer

voerbaarheid van eindvonnissen. Moet deze “afwijking” door de partij die daartoe belang meent te hebben van de rechter worden gevorderd?

Om identieke redenen als door ons aangereikt *sub* randnummer 35 – en opnieuw vanuit de bezorgdheid de nieuwe regelen in het licht van de door de wetgever aangereikte doelstellingen zo constructief mogelijk te interpreteren – zijn we van oordeel dat de rechter tot die afwijking op eigen initiatief, dus ambtshalve, zou moeten kunnen beslissen (216). Hier valt nog sterker te betreuren dat de wetgever naliet duidelijkheid te scheppen op dit, voor het bereiken van de door hem naar voor geschoven objectieven, nochtans essentiële punt (217). Want er kan niet ernstig worden ontkend dat er tegen de door ons verdedigde stelling stevige argumenten kunnen worden aangevoerd.

Zo werd gerefereerd aan art. 1398/1, tweede lid (nieuw) Ger.W. (218). Deze bepaling voorziet dat “(d)e rechter die zitting houdt in de familierechtbank (...), bij met bijzondere redenen omklede beslissing, de voorlopige tenuitvoerlegging (kan) weigeren *indien een van de partijen hem daarom verzoekt*.” Er valt inderdaad moeilijk in te zien welke objectieve reden een verschil in behandeling op dit punt tussen een zaak voor de familierechtbank en een zaak voor een andere justitiële rechtbank zou kunnen rechtvaardigen. De parlementaire voorbereiding reikt alvast nergens een verklaring aan. Overigens staat art. 1398/1, tweede lid (nieuw) Ger.W. niet alleen. Sinds 1 augustus 2010 werd in het Gerechtelijk Wetboek art. 1322/1 opgenomen, dat in zijn huidige lezing luidt als volgt: “De beslissing die uitspraak doet over een uitkering tot onderhoud is van rechtswege uitvoerbaar bij voorraad, *tenzij de familierechtbank hierover anders beslist op vraag van een van de partijen* (219).”

Een tweede bezwaar vormt het vereiste van een strengere motiveringsplicht in hoofde van de rechter in geval deze wil afwijken van het nieuwe “standaardregime”. Temeer daar de memorie van toelichting voorziet dat gebruik van “standaardformules” in de “bij met bijzondere redenen omklede beslissing” moet

hij een verstekvonnis velt de uitvoerbaarheid bij voorraad hiervan toe te staan (*Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/1, 33)).

(216) *Anders*: 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) 801, met o.m. verwijzing naar de fundamentele rol die het beschikkingsbeginsel vervult in ons burgerlijk procesrecht en de andersluidende regel in art. 1398/1 (oud en nieuw) Ger.W.

(217) 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) 801: “Une netteté du législateur aurait néanmoins été la bienvenue.”

(218) Deze nieuwe bepaling is niet meer dan een kopie van (het opheffen) art. 1398/1, § 2 (oud) Ger.W., hetwelk met ingang van 1 september 2014 in dit wetboek werd ingeschreven naar aanleiding van de creatie van de familie- en jeugdrechtbank. O.i. ten onrechte meent P. SENAEVE, “De voorlopige tenuitvoerlegging van vonnissen in materies van familierecht na de wet van 19 oktober 2015 (Wet Potpourri I)”, *T.Fam.* 2015, (244), 248, nr. 24, dat art. 1398/1, tweede lid (nieuw) Ger.W. (zoals het eerste lid van die bepaling) enkel betrekking heeft op vonnissen die bij verstek van één van de partijen werden gewezen.

(219) Cursivering door de auteurs.

worden vermeden (220). Maar kan de rechter voor wie de zaak ten gronde werd behandeld niet uit de door partijen aangereikte feiten over hun betwisting, de door hen opgestelde processtukken, het door hen aangereikte bewijsmateriaal, hun pleidooien en uiteraard steeds rekening houdende met de eigenheid van de betrokken zaak, niet voldoende elementen halen om in voorkomend geval aan die bijzondere motiveringsplicht te voldoen?

Voorzichtigheidshalve, in afwachting van de noodzakelijke opheldering door de wetgever (221), zal de partij die daarbij belang meent te hebben er goed aan doen aan te dringen op het verlenen, resp. het ontnemen van de uitvoerbaarheid bij voorraad aan één of meerdere aspecten van de (gebeurlijke) veroordeling vervat in het door de rechter te vellen eindvonnis.

49. Terecht werd onderstreept dat de rechter gemoduleerd gebruik kan maken van de mogelijkheid om af te wijken van het nieuwe standaardregime inzake uitvoerbaarheid bij voorraad van het door hem gewezen eindvonnis (222). Het is goed denkbaar dat hij, mits de daartoe vereiste bijzondere motivering, slechts voor bepaalde onderdelen van de door hem uitgesproken veroordeling de voorlopige tenuitvoerlegging toestaat (223), resp. verbiedt (224), terwijl hij voor andere aspecten het standaardregime van art. 1397 (nieuw) Ger.W. laat spelen.

50. De aan de rechter toegekende macht om, in afwijking op de nieuwe regel, het door hem op tegenspraak verleende eindvonnis niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, heeft tijdens de parlementaire voorbereiding tot krasse uitlatingen geleid. Geponeerd werd dat rechters dit nimmer gaan doen, tenzij ze “gestoord” of “schizofreen” zijn (225). De OVB toonde zich sceptisch tegenover deze aan de rechter geboden mogelijkheid, die volgens de Orde snel de indruk zal wekken dat de rechter twijfelt aan zijn eigen uitspraak (226). Hij suggereerde de rechter te verplichten tot een bijzondere motivering wanneer hij het verzoek van een partij tot het opschorten van de uitvoerbaarheid *afwijst* (227).

Deze kritiek verbaast ons, omdat ze nimmer werd vertolkt onder gelding van het oude recht waar nochtans vaak de beslechting van een in wezen identiek vraagstuk aan de rechter werd voorgelegd. Een eisende partij vorderde, in quasi alle zaken waar de wet het toeliet, standaard de uitvoerbaarheid bij voorraad van de door haar nagestreefde veroordeling. Het kwam toen frequent voor dat wanneer de rechter de vordering ten gronde (geheel of gedeeltelijk) inwilligde, hij – na de behoeften van de schuldeiser te hebben afgewogen ten aanzien van het risico op

(220) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/1, 33.

(221) Waarbij we graag onderstrepen dat een reparatiewet veel sneller tot stand kan komen dan cassatierechtspraak, zodat hierdoor “ongelukken” beter kunnen worden voorkomen.

(222) 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) 801.

(223) Voor eindvonnissen bij verstek gewezen.

(224) Voor eindvonnissen op tegenspraak gewezen.

(225) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/5, 112 en 199.

(226) *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1219/5, 200.

(227) Commentaar OVB op het Wetsontwerp houdende wijziging van het burgerlijk procesrecht en houdende diverse bepalingen inzake justitie, 1 september 2015, 14.

insolvabiliteit van de schuldenaar (228) of na te hebben vastgesteld dat het belang van degene die de veroordeling verwierf niet zwaarder woog dan het belang dat de veroordeelde heeft bij het behoud van de bestaande toestand zolang ten gronde niet over een mogelijks nog in stellen rechtsmiddel is beslist – weigerde die gevorderde voorlopige tenuitvoerlegging toe te staan. Als criteria bij die afweging van de eerste rechter golden bijgevolg het door hem in voldoende mate aannemelijk achten dat de hogere rechter zijn vonnis in stand zal houden en de risico's waaraan zowel schuldeiser als schuldenaar zijn bloot gesteld door het tijdsverloop (229), maar ongetwijfeld ook de al dan niet onherroepelijke gevolgen die aan een voorlopige tenuitvoerlegging verbonden kunnen zijn (230). Eenzelfde afweging rond de uitvoerbaarheid van zijn uitspraak zal de (eerste) rechter onder gelding van de nieuwe regels moeten maken.

Eerder heeft één van de auteurs van deze bijdrage datgene wat nu, via art. 1397, tweede lid, nieuw Ger.W., voor eindvonnissen op tegenspraak de regel werd – de uitspraak van de eerste rechter is uitvoerbaar bij voorraad tenzij deze, desnoods ambtshalve, uitdrukkelijk die modaliteit uitsluit – bepleit (231). Hij blijft van mening dat die rechter, die de zaak grondig en in al zijn aspecten heeft onderzocht, zeer goed geplaatst is om op basis van de hem – op het tijdstip van het vellen van zijn beslissing – gekende gegevens en zijn besluitvormingsproces, te beslissen of de door hem verleende uitspraak al dan niet een (aanzienlijk) risico loopt op hervorming in hoger beroep en dit gegeven mee te verdisconteren bij het nemen van zijn beslissing of hij inzake de uitvoerbaarheid van zijn uitspraak al dan niet afwijkt van het “standaardregime”.

vi. *Een eerste beoordeling*

51. De nieuwe regel betreffende het voorlopig uitvoerbaar zijn van op tegenspraak gewezen eindvonnissen komt alvast tegemoet aan een in de doctrine al geruime tijd breed gedragen verzuchting (232), waar we ons met volle overtuiging bij aansluiten. Of de nieuwe regel in de praktijk ook een wezenlijk verschil zal maken en o.m. zal leiden tot een (drastische) daling van het aantal hogere beroepen, valt moeilijk in te schatten. Er zijn immers geen betrouwbare gegevens voorhanden over het aantal zaken waarin het verzoek om de uit te spreken veroordelingen voorlopig uitvoerbaar te verklaren (al dan niet met uitsluiting van borgstelling en het recht op kantonnement) werd ingewilligd, *c.q.* werd afgewezen.

(228) Vgl. Brussel 9 juni 1995, *Verkeersrecht* 1996, 121.

(229) Vgl. S. BRIJS, Ch. DE MUYNCK, R. LINDEMANS en J. DE FAUW, “Overzicht van rechtspraak – Beslag- en executierecht (2008-2014)”, *TPR* 2015, (279) 326-327, nr. 43; E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag in APR*, Mechelen, Kluwer, 2010, 243-244, nr. 357.

(230) Wat maakt dat op dit punt, alvast voor andere dan geldsomveroordelingen, een omzichtigte aanpak gewettigd kan zijn (Luik 24 juni 2004, *JLMB* 2005, 845).

(231) B. DECONINCK en P. Taelman, “Rechtsmiddelen moeten efficiënter!”, *TPR* 2012, (27) 35, nr. 10, met die nuance dat het pleidooi alle types van beslissingen van de rechter betrof, niet enkel “eindvonnissen”. Zie voor kritiek hierop: Commentaar OVB op het Wetsontwerp houdende wijziging van het burgerlijk procesrecht en houdende diverse bepalingen inzake justitie, 1 september 2015, 13-14.

(232) K. BROECKX, *Het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, Antwerpen, Maklu, 1995, 484, nr. 1052.

Waar eerder werd geschreven dat rechters zich in de regel terughoudend opstellen bij het toestaan van de voorlopige uitvoerbaarheid (233), wordt thans melding gemaakt van een gewijzigd, duidelijk versoepeld beleid, in het bijzonder in het handelscontentieux (234). In de mate dat de bestaande praktijk *de facto* al spoorde met wat nu de regel wordt, zal de impact van deze laatste uiteraard geringer zijn. Er valt echter niet uit te sluiten dat de nieuwe regels, samen met de in november 2015 aangekondigde beleidsinitiatieven op het vlak van het burgerlijk procesrecht (235), een cultuuromslag teweeg zullen brengen waardoor pleiters de behandeling van de zaak in eerste aanleg (opnieuw) ernstig gaan nemen.

De boven al aangestipte deficiënties en onduidelijkheden in de nieuwe regelgeving dreigen, in het licht van de doelstellingen van de wetgever, contraproductief te zijn. Aan de hierdoor gecreëerde rechtsonzekerheid behoort spoedig een einde te worden gemaakt, zo nodig met een reparatiewet. *Nobody is perfect!* Het verleden leerde ons al dat het bijstellen van procedureregelen zelden met één enkele wetgevende ingreep volledig kan worden afgerond (236).

V. INWERKINGTREDING EN OVERGANGSRECHT

a. Algemeen

52. De in deze bijdrage besproken, aangepaste, vervangen of opgeheven art. 806, 875*bis*, 1050, 1397, 1398, 1398/1, 1398/2, 1399, 1400, 1401 en 1495 Ger.W. traden, bij gebreke aan afwijkende bepaling, allen in werking de tiende dag na de bekendmaking van de W. 19 oktober 2015 in het BS 22 oktober 2015 (237), hetzij per 1 november 2015.

Alle in voorgaande alinea opgesomde bepalingen betreffen de rechtspleging en zijn – onder voorbehoud van de in de navolgende randnummers aangebrachte preciseringen – *ex art. 3 Ger.W.* van “onmiddellijke” toepassing op de hangende rechtsgedingen (238), zonder dat deze worden onttrokken aan de instantie van het gerecht waarvoor zij op geldige wijze aanhangig zijn.

(233) E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag in APR*, Mechelen, Kluwer, 2010, 244, nr. 357.

(234) S. BRIJS, Ch. DE MUYNCK, R. LINDEMANS en J. DE FAUW, “Overzicht van rechtspraak – Beslag- en executierecht (2008-2014)”, *TPR* 2015, (279) 326-327, nr. 43; Kh. Hasselt 6 november 2013, *Limb. Rechtsl.* 2014, 153, noot L. VERPOORTEN.

(235) Algemene beleidsnota Justitie 10 november 2015, *Parl.St.* Kamer 54 1428/8, 12-14.

(236) In dezelfde zin: 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) 805.

(237) Art. 4, tweede lid Afkondigingswet 31 mei 1961, *BS* 21 juni 1961: “Zij zijn verbindend in het gehele Rijk de tiende dag na die van hun bekendmaking, tenzij de wet een andere termijn heeft bepaald.”

(238) Dit zijn rechtsgedingen die nog moeten worden beslecht – versta: waarover er nog uitspraak moet worden gedaan – op 1 november 2015 (vgl. Cass. 18 oktober 1999, *Arr. Cass.* 1999, 1280).

b. Werking in de tijd van art. 806 Ger.W.

53. Verstekvonnissen die werden gewezen binnen het jaar vóór 1 november 2015 en nog niet werden betekend, kunnen wegens de opheffing van art. 806 (oud) Ger.W. niet meer komen te vervallen (239). Die verstekvonnissen hoeven niet meer binnen het jaar na hun datum te worden betekend, vooraleer ze – mits het respecteren van de ter zake geldende termijnen – ten uitvoer kunnen worden gelegd.

Verstekvonnissen die op 1 november 2015 op grond van het oude, opgeheven art. 806 Ger.W. als “niet bestaande” moeten worden beschouwd, blijven ook na die datum met dit rechtsgevolg behept. Het schrappen van het oude art. 806 Ger.W. heft m.a.w. dit onder gelding van de oude bepaling ingetreden rechtsgevolg niet op (240).

Onder gelding van het oude art. 806 Ger.W. werd algemeen aanvaard dat, na het verstrijken van de termijn van één jaar na het vellen van het verstekvonnis dat binnen die tijdspanne niet werd betekend, alleen dat verstekvonnis voor niet bestaande werd gehouden: de rechtspleging die eraan was voorafgegaan, met inbegrip van alle processtukken die in het raam daarvan waren opgesteld en de eventueel bevolen en uitgevoerde onderzoeksmaatregelen, bleven onverkort overeind (241). De partij in wiens voordeel deze uitspraak bij verstek was verleend, kon zich niet meer op dit vonnis beroepen om uitvoering van de daarin uitgesproken veroordeling te bekomen. Om een nieuwe titel te bekomen, volstond het dat die partij een (nieuwe) rechtsdag bekwam (waartoe een verzoek aan de griffie zou moeten

(239) H. BOULARBAH en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “Résumé rudimentaire et application dans le temps de la loi dite “Pot-pourri I”, *JT* 2015, (765) 765, nr. 5; 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) 797. Anders D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Potpourri I – Gerechtig recht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 156, en D. SCHEERS en P. THIRIAR, “De toepassing van art. 806 Ger.W. in de tijd”, *RW* 2015-16, 762, die ten onrechte menen dat het verval van het verstekvonnis enkel niet meer geldt voor verstekvonnissen uitgesproken vanaf de inwerkingtreding, per 1 november 2015, van de hier besproken Wet 19 oktober 2015.

(240) Vgl. Cass. 29 april 1993, *RW* 1993-94, 371; Cass. 22 november 1984, *Arr.Cass.* 1984-85, 413; Cass. 10 februari 1972, *Arr.Cass.* 1972, 536: een nieuwe wet, hoewel zij vanaf haar inwerkingtreding van toepassing is op de hangende rechtsgedingen, tast behoudens andersluidende bepaling de geldigheid niet aan van de onder de vroegere wet verrichte handelingen maar heft evenmin de nietigheid of het verval op van de proceshandelingen die, volgens die wet, nietig of tardief waren. Onjuist is het standpunt van een aantal vrederechters dat er voor verstekvonnissen uitgesproken vanaf 3 november 2014 (die magistraten meenden foutief dat de wijziging van art. 806 Ger.W. in werking trad op 2 november 2014) geen “nieuw vonnis” kan worden afgeleverd omdat er geen “tweede” titel kan worden verleend. Van een tweede titel kan gewoon geen sprake zijn, nu de eerste is komen te vervallen ...

(241) E. KRINGS, “Commentaar bij art. 806 Ger.W.” in *Comm.Ger.*, 1995, afl. 31, Mechelen, Kluwer, losbl., nr. 2 (en verwijzingen op die plaats; G. DE LEVAL e.a., *Droit judiciaire – Manuel de procédure civile*, Dl. II, Brussel, Larcier, 2015, 436, nr. 3.202; Cass. 13 september 1993, *RW* 1993-94, 751.

volstaan) (242). Op die rechtsdag kon aan de rechter worden gevraagd een nieuwe uitspraak te verlenen die – althans wanneer de bij verstek veroordeelde partij niet werd uitgenodigd – inhoudelijk identiek was aan de oorspronkelijke beslissing. Het schrappen van de inhoud van het oorspronkelijke art. 806 Ger.W. doet hieraan geen afbreuk. In gevallen waar het verstekvonnis *ex* het oude art. 806 Ger.W. als “niet-bestaande” moet worden beschouwd, is de rechtspleging als het ware nog steeds hangende en staat het aan de rechter – wanneer hij daartoe wordt verzocht – uitspraak te doen. Precies omdat de eerder door hem verleende uitspraak voor niet bestaande wordt (en blijft) gehouden, heeft hij zijn rechtsmacht hierover niet uitgeput.

c. Werking in de tijd van art. 1050 Ger.W.

54. De nieuwe regel betreffende de appellabiliteit van beslissingen alvorens recht te doen, vervat in art. 1050 Ger.W., is ingevolge vaststaande cassatierechtpraak en bij gebreke aan afwijkende regel, van kracht op dergelijke beslissingen die vanaf 1 november 2015 worden gewezen (243). De appellabiliteit van beslissingen alvorens recht te doen die dateren van vóór 1 november 2015 blijft beheerst door de regels die golden op de datum waarop deze uitspraak werd gewezen, ongeacht of er vóór dan wel na 1 november 2015 hoger beroep tegen wordt ingesteld (244).

d. Overgangmaatregel betreffende de uitvoerbaarheid van vonnissen

55. Voor de wijzigingen betreffende de uitvoerbaarheid van vonnissen (art. 1397, 1398, 1398/1, 1398/2, 1399, 1400, 1401 en 1495 Ger.W.) voorziet art. 50, tweede lid (245) W. 19 oktober 2015 in een overgangmaatregel. Deze bepalingen zijn van toepassing op zaken die voor justitiële rechtscolleges aanhangig zijn gemaakt vanaf de datum waarop die wet in werking trad, dit is vanaf 1 november 2015. Dit moet o.i. worden gelezen als zaken die *in eerste aanleg* aanhangig zijn gemaakt vanaf 1 november 2015, d.i. (regelmatig) ingeleid zijn vanaf 1 november 2015.

Zo zal het onder art. 1397 (nieuw) Ger.W. opgenomen nieuwe standaardregime inzake de (voorlopige) tenuitvoerlegging van vonnissen pas toepassing vinden

(242) Zie hierover in detail: G. DE LEVAL e.a., *Droit judiciaire – Manuel de procédure civile*, Dl. II, Brussel, Larcier, 2015, 439-440, nr. 3.205; E. KRINGS, “Commentaar bij art. 806 Ger.W.” in *Comm.Ger.*, 1995, afl. 31, Mechelen, Kluwer, losbl., nrs. 5-10.

(243) Cass. 6 oktober 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1227; Cass. 30 juni 1998, *Arr.Cass.* 1998, 780; Cass. 24 januari 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 686, noot; Cass. 27 oktober 1977, *Arr.Cass.* 1978, 266; Cass. 10 februari 1972, *Arr. Cass.* 1972, 536; Cass. 5 maart 1971, *Arr.Cass.* 1971, 647.

(244) Cass. 6 oktober 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1227; Cass. 30 juni 1998, *Arr.Cass.* 780.

(245) Die bepaling is, minstens in de Nederlandstalige tekstversie van de wet, onzorgvuldig geformuleerd. Ze voorziet: “De artikelen 41 tot 48 zijn van toepassing op de zaken die aanhangig zijn gemaakt vanaf de dag waarop deze wet in werking treedt.” Die moet worden gelezen als: De artikelen 41 tot *en met* 48 zijn van toepassing op de zaken die aanhangig zijn gemaakt vanaf de dag waarop deze wet in werking treedt.

op beslissingen geveld in zaken die werden ingeleid vanaf 1 november 2015. Zo ook zal een hof van beroep slechts toepassing kunnen maken van de nieuwe tekstversie van art. 1401 Ger.W. naar aanleiding van een hoger beroep tegen een in eerste aanleg gewezen uitspraak die werd geveld in een zaak die voor de eerste rechter werd ingeleid vanaf 1 november 2015. Opnieuw (246) zullen de oude en de nieuwe tekstversie van de betrokken bepalingen uit het Gerechtelijk Wetboek – wellicht voor vele jaren – naast elkaar bestaan (247). Voor de rechtspracticus zal het erop aankomen voor elke zaak telkens minutieus – in functie van de datum van het aanhangig maken van de zaak in eerste aanleg – na te gaan welke versie toepassing vindt.

56. Het Hof van Cassatie oordeelde dat een zaak bij een rechter aanhangig gemaakt wordt op het ogenblik van de betekening van het gedinginleidend (dagvaardings)exploot, zelfs al wordt de zaak pas naderhand op de algemene rol van de rechtbank ingeschreven (248). Vereist is dat de zaak op die rol is ingeschreven vóór de zitting die is aangegeven in het exploit (249). Deze opvatting sluit aan bij het declaratief karakter van een gerechtelijke uitspraak: zij werkt in de regel terug tot op de datum van dagvaarding.

Wordt het geding daarentegen ingeleid bij verzoekschrift op tegenspraak, dan wordt o.i. de zaak voor de rechter aanhangig hetzij op datum van het neerleggen van het processtuk ter griffie, hetzij op de verzendingsdatum van de aangetekende brief waarmee het verzoekschrift aan de griffie wordt toegezonden. Ook hier is vereist dat de zaak op de rol is ingeschreven, hetgeen in de praktijk pas zal gebeuren nadat in voorkomend geval de rolrechten zijn betaald. Pas nadien wordt het verzoekschrift ter kennis gebracht van de tegenpartij (250).

(246) Dit was eerder reeds het geval met diverse bepalingen uit de Wet 26 april 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand (*BS* 12 juni 2007) en de wet 15 mei 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek en tot herstel van artikel 509^{quater} van het Strafwetboek (*BS* 22 augustus 2007).

(247) In dezelfde zin: P. SENAËVE, “De voorlopige tenuitvoerlegging van vonnissen in materies van familierecht na de wet van 19 oktober 2015 (Wet Potpourri I)”, *T.Fam.* 2015, (244) 250, nr. 30.

(248) Cass. 6 december 2007, *Pas.* 2007, 2244; Cass. 2 mei 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1169; Cass. 31 oktober 1994, *Arr.Cass.* 1994, 900; *RW* 1994-95, 1277, *Soc.Kron.* 1995, 122, *De Gerechtsd.* 1994, 106, *JT* 1994, 534 en *R.Cass.* 1994, 150, met (kritische) noot R. DE CORTE; Cass. 20 december 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 373; Cass. 1 oktober 1990, *RW* 1991-92, 962.

(249) M.a.w. vóór de datum waarop de gedaagde partij moet verschijnen voor de rechtbank (art. 716 Ger.W.); zie ook de sanctie *sub* art. 717 Ger.W. bij niet-inschrijving van de zaak op de rol.

(250) Vgl.: S. RAES, “Commentaar bij art. 1034^{quinquies} Ger.W.” in *Comm.Ger.*, 1993, afl. 24, Mechelen, Kluwer, losbl., nr. 2, die meent – met verwijzing naar Cass. 9 januari 1978, *Arr.Cass.* 1978, 544 – dat de datum van indiening van het verzoekschrift op de griffie of de verzendingsdatum van de aangetekende brief waarmee dit aan de griffie werd toegezonden, bepalend is. Anders: G. DE LEVAL e.a., *Droit judiciaire – Manuel de procédure civile*, II, Brussel, Larcier, 2015, 342, nr. 3.89, die – met verwijzing naar Cass. 10 januari 2008, *Pas.* 2008, 64 – poneert dat de datum van inleiding van de zaak blijkt uit de door de griffier aangebrachte datumvermelding van ontvangst van het verzoekschrift op dat stuk, bij gebreke waaraan de datum van inschrijving op de algemene rol determi-

Wordt het geding ingeleid door vrijwillige verschijning via gezamenlijk verzoekschrift *ex art. 706 Ger.W.*, dan geldt de neerlegging ter griffie of de verzending per aangetekende brief van het verzoekschrift volgens het derde lid van deze bepaling als betekening. Op datzelfde tijdstip is de zaak bij de rechter aanhangig gemaakt. Ook hier geldt als voorwaarde (251) dat de zaak op die rol moet worden ingeschreven uiterlijk op de dag waarop gebeurlijk een inleidingszitting (zie art. 706, vijfde lid *Ger.W.*) is voorzien (252).

nerend is (zie in die zin: A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, P.U.L., 1987, 158, nr. 176); J.-F. ROMAIN, “Le point de départ de l’action en droit judiciaire privé”, *JT* 1992, (475) 179, nr. 9.2, is van mening dat de vordering aanhangig is gemaakt op de datumstempel van de gerechtsbrief *ex art. 1034sexies Ger.W.* houdende oproeping van de verweerder om te verschijnen op de zitting die de rechter bepaalt.

(251) Waarvan de niet-naleving wordt bestraft *ex art. 717 Ger.W.*

(252) Die inschrijving is, in voorkomend geval, afhankelijk van het kwijten van het verschuldigde rolrecht (art. 706, vierde lid *Ger.W.*). Zie G. DE LEVAL e.a., *Droit judiciaire – Manuel de procédure civile*, II, Brussel, Larcier, 2015, 339, nrs. 3.83-3.85 en 353, nr. 3.122.