

## EFFICIËNT PROCEDEREN VOOR EEN GOEDE RECHTSBEDELING



XLIste  
POSTUNIVERSITAIRE  
CYCLUS  
WILLY DELVA  
2014-2015



## **EFFICIËNT PROCEDEREN VOOR EEN GOEDE RECHTSBEDELING**

Editor: P. Taelman

met bijdragen van

M. Bossuyt, S. Boullart, K. Broeckx, B. Cattoir, T. De Jaeger,  
T. Gombeer, I. Govaere, P. Lemmens, J. Meese, I. Opdebek, P. Taelman,  
P. Traest, A.-S. Vandaele, J. Van Doninck, M. Van Putten,  
C. Van Severen, F. Van Volsem, I. Verougstraete, S. Voet

 Wolters Kluwer

Verantwoordelijke uitgever: Hans Suijkerbuijk

© 2016 Wolters Kluwer Belgium NV

Ragheno Business Park

Motstraat 30

B – 2800 Mechelen

Tel.: 0800 94 571

Fax: 0800 17 529

[www.wolterskluwer.be](http://www.wolterskluwer.be)

E-mail: [info@wolterskluwer.be](mailto:info@wolterskluwer.be)

Behoudens de uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt worden, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande en schriftelijke toestemming van de uitgever.

D/2015/2664/363

978-90-46-57607-6

BP/GANDPUC-BI15001

# Inhoudsopgave

|   |     |
|---|-----|
| <b>Woord vooraf</b><br>Prof. dr. Piet Taelman   | VII |
| <b>Deel 1. Prejudiciële vraagstellingstechniek</b>  |     |
| <b>Prejudiciële vragen voor het Grondwettelijk Hof</b><br>Prof. dr. Marc Bossuyt  | 3   |
| <b>Prejudiciële vragen voor het Hof van Cassatie en het Benelux Gerechtshof</b><br>Dhr. Ivan Verougstraete  | 35  |
| <b>De nationale rechters als Europese rechter: prejudiciële vraagstelling aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (art. 267 VWEU)</b><br>Prof. dr. Inge Govaere | 87  |
| <b>Deel 2. Raakvlakken en interferenties tussen strafprocesrecht, civiel procesrecht en tuchtprocesrecht</b>  |     |
| <b>Raakvlakken tussen het strafprocesrecht en de burgerlijke rechtspleging</b><br>Prof. dr. Philip Traest en Tessa Gombeer  | 127 |
| <b>Interferentie tussen ambtenarentuchtrecht en strafrecht</b><br>Prof. dr. Ingrid Opdebek  | 191 |
| <b>Interferentie tussen het tuchtprocesrecht en het civiel en strafprocesrecht m.b.t. het tuchtrecht van vrije beroepen en magistraten</b><br>Dhr. Mathieu Van Putten | 233 |
| <b>Deel 3. Regularisatietechnieken van vormgebreken in het civiel procesrecht. De techniek van de bestuurlijke en de administratieve lus in het bestuursrecht</b>     |     |
| <b>Herstel van vormgebreken in het burgerlijk procesrecht</b><br>Prof. dr. Piet Taelman, Dra. Claudia Van Severen en<br>Lic. Jachin Van Doninck                       | 305 |
| <b>De bestuurlijke lus en de administratieve lus vanuit het oogpunt van de rechtsbescherming van de rechtsonderhorige</b><br>Drs. Sven Boullart                       | 423 |

**Deel 4. Bewijs in burgerlijke en strafzaken**

**Bewijs in burgerlijke zaken. Actuele vraagstukken in de cassatierechtspraak**

Dhr. Bart CATTOIR 461

**Het bewijs in strafzaken**

Prof. Joachim MEESE 511

**Deel 5. Rechtsplegingsvergoeding en dwangsomproblematiek**

**Rechtsplegingsvergoeding in de civiele rechtspleging**

Prof. dr. Stefaan VOET en Drs. Tijn DE JAEGER 549

**De rechtsplegingsvergoeding in strafzaken: zeven jaar rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en het Hof van Cassatie**

Dhr. Filip VAN VOLSEM 595

**Dwangsommen voor de beslagrechter**

Prof. Karen BROECKX 673

**Dwangsommen voor de administratieve rechtscolleges**

Mevr. Ann-Sophie VANDAELE 715

**Deel 6. Het recht op een eerlijk proces volgens artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens**

**Het recht op een eerlijk proces volgens artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens**

Prof. dr. Paul LEMMENS 749

# Voorwoord







# Uitgebreide inhoudsopgave

## VOORWOORD<sub>2...</sub>

VII

|  |          |
|--|----------|
| <b>DEEL 1. PREJUDICIËLE VRAAGSTELLINGSTECHNIEK .....</b>   | <b>1</b> |
| <b>PREJUDICIËLE VRAGEN VOOR HET GRONDWETTELIJK HOF ..</b>  | <b>3</b> |
| Afdeling 1. Inleiding .....  | 5        |
| Afdeling 2. Het stellen van prejudiciële vragen .....  | 6        |
| § 1. De te toetsen normen: alle wetgevende normen (art. 26, § 1) .....                               | 6        |
| § 2. De referentienormen (art. 26, § 1) .....  | 7        |
| A. <i>De bevoegdheidsverdelende regels</i> .....   | 7        |
| B. <i>De rechten en vrijheden</i> .....  | 8        |
| § 3. Door wie mogen en wanneer moeten prejudiciële vragen worden gesteld (art. 26, §§ 2 en 3)? ..... | 9        |
| A. <i>Wie mag een prejudiciële vraag stellen?</i> .....  | 9        |
| B. <i>Wanneer moet een rechtscollege een prejudiciële vraag stellen?</i> .....                       | 10       |
| 1. Uitzonderingen geldend voor alle rechters .....   | 10       |
| 2. Uitzonderingen die enkel gelden voor de lagere rechtscolleges .....                               | 11       |
| § 4. Te vermijden valkuilen bij het stellen van prejudiciële vragen .....                            | 12       |
| A. <i>Wat betreft de te toetsen normen</i> .....   | 12       |
| B. <i>Wat betreft de normen waaraan kan worden getoetst</i> .....                                    | 12       |
| C. <i>Wat betreft deze beide normen</i> .....  | 12       |
| D. <i>Wat betreft het abstract karakter van de toetsing</i> .....                                    | 13       |
| E. <i>Wat betreft het nut van het antwoord voor het bodemgeschil</i> ..                              | 13       |
| F. <i>Wat betreft de interpretatie van de te toetsen norm door de bodemrechter</i> .....             | 13       |
| Afdeling 3. Samenloop van grondrechten (art. 26, § 4) .....  | 14       |
| § 1. Het probleem van de samenloop van grondrechten .....  | 14       |
| A. <i>De aanleiding tot het invoegen van een artikel 26, § 4 in de bijzondere wet</i> .....          | 16       |
| B. <i>De betwisting van artikel 26, § 4 voor het Hof van Justitie</i> ..                             | 17       |
| C. <i>Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet na de zaken Melki en Chartry</i> .....                   | 21       |
| § 2. Het cassatiearrest van 15 december 2014 .....   | 23       |
| A. <i>Is de wederkerigheidsvereiste een “zeer sterke overweging”?</i> ..                             | 24       |
| B. <i>Heeft het Hof van Cassatie zich gevoegd naar het arrest van het Grondwettelijk Hof?</i> .....  | 26       |
| Afdeling 4. Bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof ..                           | 30       |

|  |    |
|--|----|
| <b>PREJUDICIËLE VRAGEN VOOR HET HOF VAN CASSATIE EN HET BENELUX GERECHTSHOF</b> .....  | 35 |
| Afdeling 1. Prejudiciële vragen in het algemeen .....  | 37 |
| § 1. Prejudiciële vragen: de uitzondering op de regel .....  | 37 |
| A. <i>Verbod van delegatie</i> .....   | 37 |
| B. <i>Aard van de prejudiciële procedure</i> .....   | 37 |
| § 2. Typologie van de prejudiciële vragen .....  | 38 |
| A. <i>Prejudiciële vragen in het licht van een te voeren politiek beleid; de verplichting een vraag te stellen</i> .....   | 38 |
| B. <i>De prejudiciële vragen die minder rechtstreeks gecentreerd zijn op het beleid en meer op de uniformiteit van de uitlegging van wetten of decreten</i> .....              | 41 |
| C. <i>Conclusie</i> .....  | 41 |
| § 3. Gemeenschappelijke kenmerken voor alle prejudiciële procedures .....  | 42 |
| A. <i>Een geschil dat de rechter kan beoordelen</i> .....  | 42 |
| B. <i>De rechter die verwijst, oordeelt over de pertinentie – een beginsel dat afgezwakt wordt</i> .....   | 42 |
| C. <i>De eindbeslissing hoort aan de rechter die de vraag stelde</i> .....   | 43 |
| Afdeling 2. Prejudiciële vragen aan het Benelux Gerechtshof .....  | 45 |
| § 1. Principiële bevoegdheid van het Benelux Gerechtshof .....   | 45 |
| A. <i>Benelux-Verdrag</i> .....  | 45 |
| 1. <i>Bestaande regel</i> .....  | 45 |
| 2. <i>Bevoegdheden toegekend in het protocol van 15 oktober 2012</i> .....   | 47 |
| B. <i>Normen waarover uitlegging kan worden gevraagd (de lege lata)</i> .....  | 48 |
| C. <i>Gemengde vragen: gedeelde bevoegdheid van de Belgische rechter, het Grondwettelijk Hof en het Hof van Justitie</i> .....   | 49 |
| 1. <i>Samenloop van vragen</i> .....   | 49 |
| 2. <i>Management van de problemen</i> .....  | 49 |
| § 2. <i>Vorm van de vraag</i> .....  | 51 |
| A. <i>Benelux-regels</i> .....   | 51 |
| B. <i>Nationale vereisten: de concretisering van de Benelux-regels in de Belgische context</i> .....   | 52 |
| 1. <i>A priori parameters</i> .....  | 52 |
| 2. <i>Een verplichting het Benelux-recht ambtshalve toe te passen?</i> .....   | 53 |
| 3. <i>Hof van Cassatie en Benelux-recht</i> .....  | 53 |
| 4. <i>De vragen bij toepassing van het Benelux-recht</i> .....   | 54 |
| § 3. <i>Behandeling van de vraag in de huidige stand van het recht en dus voor de inwerkingtreding van het nieuwe Protocol en het nieuwe reglement van procesvoering</i> ..... | 55 |
| A. <i>Eerste onderzoek</i> .....   | 55 |
| B. <i>Behandeling</i> .....  | 55 |
| C. <i>De conclusie van het parket</i> .....  | 56 |
| D. <i>Beraad</i> .....   | 56 |
| E. <i>Arrest, uitspraak en verdere behandeling door de nationale rechter</i> .....   | 57 |

|   |    |
|---|----|
| § 4. Gezag van de uitspraak . . . . .   | 58 |
| § 5. Rechtsmiddelen tegen de verwijzingsbeslissing . . . . .  | 58 |
| Afdeling 3. Prejudiciële vragen voor het Hof van Cassatie . . . . .   | 59 |
| § 1. Principiële bevoegdheid: prejudiciële bevoegdheid van het Hof van<br>Cassatie . . . . .  | 59 |
| § 2. Beperkte bevoegdheid van het Hof van Cassatie: boek IV WER. . . . .  | 61 |
| A. <i>Historische achtergrond en huidige wet</i> . . . . .  | 61 |
| B. <i>Doel van de prejudiciële vragen: interpretatie van de wet tot<br/>            bescherming van de economische mededinging</i> . . . . .  | 61 |
| C. <i>Geen directe bevoegdheid tot interpretatie van de artikelen<br/>            101 en 102 VWEU</i> . . . . .   | 62 |
| § 3. De vraag . . . . .   | 62 |
| A. <i>Auteur van de vraag</i> . . . . .   | 62 |
| B. <i>Tijdstip waarop de prejudiciële vraag wordt gesteld</i> . . . . .   | 63 |
| C. <i>Vorm van de prejudiciële vraag</i> . . . . .  | 63 |
| D. <i>Gevolg van de prejudiciële vraagstelling</i> . . . . .  | 64 |
| § 4. Procedure voor het Hof van Cassatie . . . . .  | 64 |
| A. <i>Inkennisstelling</i> . . . . .  | 64 |
| B. <i>Het ter plaatse raadplegen van het proceduredossier, de vraag<br/>            om gehoord te worden en de vraag om een afschrift van het<br/>            proceduredossier te krijgen</i> . . . . . | 66 |
| C. <i>Berekening van de termijnen</i> . . . . .   | 66 |
| D. <i>Vervolg van de procedure indien er een vraag is om<br/>            gehoord te worden</i> . . . . .  | 66 |
| E. <i>Vervolg van de procedure indien er geen vraag is om<br/>            gehoord te worden</i> . . . . .   | 67 |
| F. <i>Gevolg van het arrest van het Hof van Cassatie</i> . . . . .  | 67 |
| G. <i>Kosten</i> . . . . .  | 68 |
| § 5. Mogelijke samenloop en samenwerking met de Europese overheid –<br>grondwettelijke vragen . . . . .   | 68 |
| A. <i>Samenloop met het Europees recht</i> . . . . .  | 68 |
| B. <i>Invloed van het Grondwettelijk recht – relatie met het<br/>            Grondwettelijk Hof</i> . . . . .   | 70 |
| BIJLAGE . . . . .   | 71 |

|   |           |
|---|-----------|
| <b>DE NATIONALE RECHTERS ALS EUROPESE RECHTER:<br/>PREJUDICIËLE VRAAGSTELLING AAN HET HOF VAN<br/>JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE (ART. 267 VWEU) . . . . .</b> | <b>87</b> |
| Afdeling 1. De EU: een meergelaagd “atomisch” stelsel van<br>rechtsbescherming . . . . .  | 89        |
| Afdeling 2. Artikel 267 VWEU: een dialoog van rechter tot rechter:<br>bevoegdheidsverdeling . . . . .   | 91        |
| Afdeling 3. Artikel 267 VWEU: de doelstelling van de prejudiciële procedure .   | 96        |
| Afdeling 4. Nationale rechterlijke instanties van een lidstaat als EU-rechters  | 99        |
| § 1. Het begrip “nationale rechterlijke instanties” . . . . .   | 99        |
| § 2. Het begrip “van een lidstaat” . . . . .  | 102       |

|   |     |
|---|-----|
| Afdeling 5. Verwijzingsplicht .....   | 103 |
| § 1. Draagwijdte van de verwijzingsplicht .....   | 103 |
| § 2. Raam voor toepassing verwijzingsplicht .....   | 104 |
| § 3. Afdwinging van de verwijzingsplicht.....   | 107 |
| A. <i>Staatsaansprakelijkheid</i> .....   | 107 |
| B. <i>Beroep wegens niet-nakoming van EU-verplichtingen</i><br>( <i>art. 258 VWEU</i> ) .....           | 109 |
| Afdeling 6. Verwijzingsrecht.....   | 111 |
| Afdeling 7. Gevolgen van een uitlegingsarrest bij het eerder verzaken aan de<br>verwijzingsplicht ..... | 115 |
| Afdeling 8. Afwijkend verwijzingskader voor geldigheidscontrole .....                                   | 117 |
| Afdeling 9. Ter afsluiting: prejudiciële vragen m.b.t. het Handvest van de<br>grondrechten .....        | 120 |

**DEEL 2. RAAKVLAKKEN EN INTERFERENTIES TUSSEN STRAFPRO-  
CESRECHT, CIVIEL PROCESRECHT EN TUCHTPROCESRECHT . 125**

**RAAKVLAKKEN TUSSEN HET STRAFPROCESRECHT EN DE  
BURGERLIJKE RECHTSPLEGING..... 127**

|   |     |
|---|-----|
| Afdeling 1. Inleiding en afbakening onderwerp .....   | 129 |
| Afdeling 2. Toepassing van het Gerechtelijk Wetboek in strafzaken .....   | 130 |
| § 1. Artikel 2 Ger.W. ....  | 130 |
| § 2. Algemene beginselen .....  | 132 |
| A. <i>Voorwaarden van de rechtsvordering (art. 17 Ger.W.)</i> .....   | 132 |
| B. <i>Rechterlijk gewijsde (art. 23-28 Ger.W.)</i> .....  | 132 |
| C. <i>Aanhangigheid, samenhang en onsplitsbaarheid</i><br>( <i>art. 29-31 Ger.W.</i> ) .....                        | 135 |
| D. <i>Betekeningen (art. 32-47 Ger.W.)</i> .....  | 136 |
| E. <i>Termijnen (art. 48-57 Ger.W.)</i> .....   | 140 |
| § 3. Rechterlijke organisatie en bevoegdheid .....  | 144 |
| A. <i>Algemeen</i> .....  | 144 |
| B. <i>Onttrekking van de zaak aan de rechter (art. 648-659 Ger.W.)</i> .....  | 144 |
| § 4. Rechtspleging .....  | 146 |
| A. <i>Instelling van de vordering</i> .....   | 146 |
| 1. <i>Rechtsingang door dagvaarding (art. 700-706 Ger.W.)</i> .....   | 146 |
| 2. <i>Verschijsing van de partijen na dagvaarding</i><br>( <i>art. 727-730 Ger.W.</i> ) .....                       | 147 |
| B. <i>Behandeling en berechting</i> .....   | 147 |
| 1. <i>Conclusies (art. 741-748 Ger.W.)</i> .....  | 147 |
| 2. <i>Bepaling rechtsdag en verdaging (art. 749-754 Ger.W.)</i> .....   | 150 |
| 3. <i>Terechtzitting (art. 757-763 Ger.W.)</i> .....  | 151 |
| 4. <i>Sluiten en heropenen van de debatten (art. 769-775 Ger.W.)</i> ... ..   | 151 |
| 5. <i>Beraadslaging, samenstelling van de zetel en vonnissen en</i><br><i>uitgiften (art. 778-792 Ger.W.)</i> ..... | 154 |
| 6. <i>Uitlegging en verbetering van het vonnis (art. 793-801 Ger.W.)</i> .....                                      | 157 |

|             |   |     |
|-------------|---|-----|
| C.          | <i>Tussengeschieden en bewijs</i> .....   | 158 |
| 1.          | Tussenvorderingen (art. 807-810 Ger.W.) .....   | 158 |
| 2.          | Tussenkomst (art. 811-814 Ger.W.) .....   | 159 |
| 3.          | Wraking en verschoning (art. 828-847 Ger.W.) .....  | 161 |
| 4.          | Excepties van nietigheid (art. 860-867 Ger.W.) .....  | 164 |
| 5.          | Deskundigenonderzoek (art. 962-991 Ger.W.) .....  | 165 |
| D.          | <i>Rechtsmiddelen</i> .....   | 177 |
| Afdeling 3. | Artikel 4, eerste lid V.T.Sv.: <i>le criminel tient le civil en état</i> ....                     | 178 |
| § 1.        | <i>Ratio legis</i> en algemene draagwijdte .....  | 178 |
| § 2.        | Toepassingsgebied .....   | 181 |
| § 3.        | Toepassingsvoorwaarden .....  | 183 |
| A.          | <i>Instellen van de strafvordering</i> .....  | 183 |
| B.          | <i>Punten die gemeenschappelijk zijn aan de strafvordering en de burgerlijke vordering.</i> ..... | 185 |
| C.          | <i>Instellen van de strafvordering voor of gedurende de burgerlijke rechtsvordering.</i> .....    | 186 |
| D.          | <i>Kanttekening</i> .....   | 187 |
| § 4.        | Redelijke termijn .....   | 187 |
| Afdeling 4. | Besluit .....   | 189 |

**INTERFERENTIE TUSSEN AMBTENARENTUCHTRECHT EN STRAFRECHT** .....

|             |  |     |
|-------------|--|-----|
|             |  | 191 |
| Afdeling 1. | Begrippen tuchtrecht en strafrecht .....   | 193 |
| Afdeling 2. | Onderscheid tussen tucht- en strafrecht .....  | 194 |
| § 1.        | <i>Doel</i> .....  | 194 |
| § 2.        | <i>Toepassingsgebied: beperkt versus ruim</i> .....  | 195 |
| § 3.        | <i>Toepasselijk recht: vaagheid versus precisie</i> .....  | 196 |
| § 4.        | <i>Aard van de beslissing: bestuurlijk versus juridictioneel</i> .....   | 197 |
| § 5.        | <i>Strafbare gedraging: tuchtfait versus misdrijf</i> .....  | 198 |
| A.          | <i>Tuchtfait en misdrijf vallen niet (noodzakelijk) samen</i> .....  | 198 |
| B.          | <i>Nullum crimen sine lege</i> .....   | 199 |
| § 6.        | <i>Straf en straftoemeting</i> .....   | 200 |
| A.          | <i>Aard van de straf</i> .....   | 200 |
| B.          | <i>Keuzevrijheid bij het bepalen van de straf: nulla poena sine lege</i> .....   | 200 |
| C.          | <i>Keuzevrijheid bij de straftoemeting</i> .....   | 201 |
| 1.          | Keuze van de straf .....   | 201 |
| 2.          | Verzwarende omstandigheden, verzachtende omstandigheden en<br>verschoningsgronden .....  | 201 |
| 3.          | Modaliteiten van de straf .....  | 202 |
| 4.          | Samenloop van strafbare feiten .....   | 203 |
| Afdeling 3. | Gevolgen van het onderscheid tussen tucht- en strafrecht .....   | 204 |
| § 1.        | <i>Cumul is mogelijk van een strafrechtelijke sanctie en een tuchtstraf,<br/>    indien die tuchtstraf niet de kenmerken vertoont van een<br/>    strafrechtelijke procedure</i> ..... | 204 |
| § 2.        | Schorsend effect van de strafvordering op de tuchtvordering? .....   | 206 |
| A.          | <i>Principe: geen automatisch schorsend effect van de<br/>        strafvordering op de tuchtvordering</i> .....  | 206 |

|  |     |
|--|-----|
| B. Uitzonderingen .....  | 208 |
| 1. Normatieve verplichting tot schorsing van de tuchtprocedure   | 208 |
| 2. Verplichting tot schorsing voortvloeiend uit het<br>zorgvuldigheidsbeginsel .....   | 209 |
| C. <i>Mag de tuchtverheid wachten op de uitspraak van de<br/>        strafrechter gelet op de redelijketermijneis?</i> .....   | 211 |
| 1. Redelijke termijn – algemeen .....  | 211 |
| 2. Draagwijdte van de redelijketermijneis wanneer er een<br>normatieve plicht bestaat om te wachten op de uitspraak<br>van de strafrechter .....   | 212 |
| 3. Draagwijdte van de redelijketermijneis bij facultatief wachten<br>op de uitspraak van de strafrechter .....   | 213 |
| D. <i>Gevolgen van de schorsing van de tuchtvoeding door de<br/>        strafvoeding</i> .....   | 218 |
| 1. Mogelijkheid tot preventieve schorsing van het personeelslid  | 218 |
| 2. Rechtsplicht voor het bestuur om tijdig en geregeld te<br>informereren naar de stand van zaken op strafrechtelijk vlak. . .   | 218 |
| § 3. <i>De tuchtverheid is enkel gebonden door de beslissingen van de<br/>    strafrechter over het al dan niet bewezen zijn van de feiten en<br/>    de schuldbequaamheid van de betrokkene</i> ..... | 219 |
| A. <i>Beslissingen van vonnisgerechten</i> .....   | 219 |
| B. <i>Beslissingen van onderzoeksgerechten</i> .....   | 222 |
| C. <i>Beslissingen van het Openbaar Ministerie</i> .....   | 223 |
| D. <i>Amnestie, genade, eerherstel en uitwissing</i> .....   | 224 |
| § 4. <i>Wat bij tegenspraak tussen de tuchtrechtelijke beslissing en de<br/>    strafrechtelijke uitspraak?</i> .....  | 225 |
| Afdeling 4. Gevolgen van een voorlopige hechtenis .....  | 226 |
| Afdeling 5. Opslorping van de tuchtvoeding door de strafrechtelijke<br>veroordeling .....  | 227 |
| § 1. Verlies van de burgerlijke en/of politieke rechten t.g.v. een<br>strafrechtelijke veroordeling .....  | 227 |
| § 2. Afzetting uit het openbaar ambt t.g.v. een strafrechtelijke<br>veroordeling .....   | 229 |
| Afdeling 6. Conclusies .....   | 230 |

**INTERFERENTIE TUSSEN HET TUCHTPROCESRECHT EN HET  
CIVIEL EN STRAFPROCESRECHT M.B.T. HET TUCHTRECHT VAN  
VRIJE BEROEPEN EN MAGISTRATEN** .....

|  |     |
|--|-----|
| Afdeling 1. Afbakening .....   | 235 |
| A. <i>Interferentie veronderstelt een ongeoorloofd, minstens ongepast<br/>            of ongewenst binnendringen;</i> .....  | 236 |
| B. <i>Interferentie veronderstelt beweging;</i> .....  | 237 |
| C. <i>Interferentie veronderstelt van elkaar losstaande bewegingen;</i>  | 237 |
| D. <i>Interferentie kan belemmerend (destructief, met name als de<br/>            golven in tegenfase zijn) of versterkend (constructief, met<br/>            name als de golven in fase zijn) zijn;</i> ..... | 237 |

|             |  |     |
|-------------|--|-----|
| E.          | <i>Vanuit evolutief oogpunt heeft interferentie een efemeer karakter; ofwel wordt snel geleerd dat de interferentie niet wenselijk is, ofwel groeit de overtuiging dat de interferentie wel wenselijk is, in welk geval de regel deel wordt van het systeem waarmee hij aanvankelijk interfereerde en aldus niet langer als interferentie wordt ervaren; . . . . .</i> | 238 |
| F.          | <i>Bovenop wat reeds onder aspect b. werd beschreven, kan nog vermeld worden dat er slechts sprake is van interferentie bij systemen die voldoende verbonden zijn. . . . .</i>   | 239 |
| Afdeling 2. | Het tuchtprocesrecht m.b.t. het tuchtrecht van vrije beroepen en magistraten, het civiel procesrecht en het strafprocesrecht als gescheiden, maar verwante, interferentiegevoelige systemen  | 242 |
| Afdeling 3. | Concrete interferentie tussen de tuchtprocedure enerzijds en de civiele procedure en/of strafprocedure anderzijds . . . . .  | 247 |
| § 1.        | <i>Destructieve interferentie . . . . .</i>  | 247 |
| § 2.        | <i>Constructieve interferentie . . . . .</i>   | 261 |
| A.          | <i>Civiel . . . . .</i>  | 261 |
| 1.          | <i>Het bevel tot overlegging van een tuchtdossier in het raam van artikel 877 et seq. Ger.W. . . . .</i>   | 261 |
| 2.          | <i>Bewijswaarde van de eerdere beslissing . . . . .</i>  | 261 |
| B.          | <i>Penaal . . . . .</i>  | 262 |
| 1.          | <i>Aanwending van het eerdere strafrechtelijk onderzoek/de eerdere strafrechtelijke beslissing als bewijsmiddel . . . . .</i>  | 262 |
| 2.          | <i>De relevantie van de eerder opgelegde strafmaat. . . . .</i>  | 263 |
| Afdeling 4. | Abstracte interferentie binnen de tuchtprocedure op zich . . . . .   | 263 |
| § 1.        | <i>Rechtstreekse abstracte interferentie . . . . .</i>   | 263 |
| A.          | <i>Oneigenlijke, “pseudo-”, rechtstreekse abstracte interferentie</i>  | 264 |
| 1.          | <i>Civiel procesrecht. . . . .</i>   | 264 |
| 2.          | <i>Strafprocesrecht . . . . .</i>  | 268 |
| B.          | <i>Eigenlijke, “onterechte”, rechtstreekse abstracte interferentie.</i>  | 269 |
| 1.          | <i>Civiel procesrecht. . . . .</i>   | 269 |
| 2.          | <i>Strafprocesrecht . . . . .</i>  | 272 |
| § 2.        | <i>Onrechtstreekse abstracte interferentie . . . . .</i>   | 274 |
| A.          | <i>Het (inter)nationaal verankerd grondrecht als oplosmiddel. . .</i>  | 275 |
| 1.          | <i>Artikel 3 EVRM. . . . .</i>   | 275 |
| 2.          | <i>Artikel 6 EVRM – algemeen . . . . .</i>   | 276 |
| 3.          | <i>Artikel 6 EVRM – penaal luik . . . . .</i>  | 280 |
| 4.          | <i>Artikel 7 EVRM. . . . .</i>   | 285 |
| B.          | <i>Het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel als oplosmiddel . . . . .</i>  | 285 |
| C.          | <i>Het algemeen rechtsbeginsel als oplosmiddel. . . . .</i>  | 289 |
| Afdeling 5. | Besluit in het licht van de evolutieve invalshoek. . . . .   | 293 |
| § 1.        | <i>De concrete interferentie . . . . .</i>   | 293 |
| § 2.        | <i>De verhouding tussen eigenlijke en oneigenlijke rechtstreekse abstracte interferentie. . . . .</i>  | 294 |
| § 3.        | <i>De verhouding tussen rechtstreekse abstracte interferentie en onrechtstreekse abstracte interferentie. . . . .</i>  | 294 |

|   |     |
|---|-----|
| § 4. <i>De verhouding tussen de verschillende categorieën van onrechtstreekse abstracte interferentie</i> . . . . . | 295 |
| Afdeling 6. Epiloog . . . . .   | 299 |

**DEEL 3. REGULARISATIE-TECHNIEKEN VAN VORMGEBREKEN IN HET CIVIEL PROCESRECHT. DE TECHNIEK VAN DE BESTUURLIJKE EN DE ADMINISTRATIEVE LUS IN HET BESTUURSRECHT . . . . . 302**

|  |            |
|--|------------|
| <b>HERSTEL VAN VORMGEBREKEN IN HET BURGERLIJK PROCESRECHT . . . . .</b>  | <b>304</b> |
| Afdeling 1. Inleiding . . . . .  | 307        |
| Afdeling 2. Gemeenrechtelijk herstelmechanisme inzake vormgebreken: de leer van de nietigheid en het verval . . . . .            | 308        |
| § 1. <i>Toepassingsgebied van de nietigheidsleer</i> . . . . .   | 308        |
| § 2. De herstelmechanismen van de nietigheidsleer . . . . .  | 318        |
| A. <i>Algemeen</i> . . . . .   | 318        |
| B. <i>Legaliteitstoets: geen nietigheid zonder wettekst (art. 860 Ger.W.)</i> . . . . .  | 319        |
| C. <i>Legitimitetoets: geen nietigheid zonder belangenschade (art. 861-862 Ger.W.)</i> . . . . .                                 | 330        |
| D. <i>Aanvoeringstoets: de dekking van de nietigheid (art. 864 Ger.W.)</i> . . . . .   | 335        |
| E. <i>Finaliteitstoets: het normdoel is bereikt of werkelijke naleving van de niet-vermelde vorm (art. 867 Ger.W.)</i> . . . . . | 337        |
| F. <i>Hersteltoets: herstel van de ontbrekende handtekening op een processtuk (art. 863 Ger.W.)</i> . . . . .                    | 346        |
| § 3. Gevolgen van de nietigheid . . . . .  | 349        |
| § 4. Herstel van de schending van (procedure)termijnen . . . . .   | 352        |
| A. <i>Begrippen – Soorten termijnen</i> . . . . .  | 352        |
| B. <i>Herstelmechanisme inzake de schending van proceduretermijnen: de leer van de nietigheid en het verval</i> . . . . .        | 354        |
| 1. <i>Legaliteitstoets: geen nietigheid of verval zonder wettekst (art. 860 Ger.W.)</i> . . . . .                                | 354        |
| 2. <i>Legitimitetoets: geen belangenschade vereist (art. 862 Ger.W.)</i> . . . . .   | 357        |
| 3. <i>Aanvoeringstoets: de dekking van de nietigheid of het verval (art. 864-865 Ger.W.)</i> . . . . .                           | 357        |
| 4. <i>Finaliteitstoets: het normdoel is bereikt (art. 867 Ger.W.)</i> . . . . .  | 358        |
| 5. <i>Gevolgen van de nietigheid of het verval</i> . . . . .   | 362        |
| Afdeling 3. Herstel van (vorm)gebreken in rechterlijke uitspraken . . . . .  | 363        |
| § 1. Inleiding . . . . .   | 363        |
| § 2. Samenstelling van de zetel – Vereiste van continuïteit . . . . .  | 364        |
| § 3. Verplichte vermeldingen in een rechterlijke uitspraak . . . . .   | 371        |
| § 4. Ondertekening van de rechterlijke uitspraak . . . . .   | 374        |
| § 5. Uitlegging, verbetering en herstel van rechterlijke uitspraken . . . . .  | 380        |



|   |     |
|---|-----|
| Afdeling 4. Doelmatig formalisme – met veel goede en enkele slechte voorbeelden . . . . .   | 388 |
| § 1. Volgorde voor het opwerpen van excepties . . . . .   | 388 |
| § 2. Wet 1935 taalgebruik in gerechtszaken . . . . .  | 390 |
| § 3. Inschrijving in de Kruispuntbank van Ondernemingen . . . . .   | 398 |
| § 4. Doorwerking van het recht op een eerlijk proces. . . . .   | 404 |
| A. <i>De rechtzoekende mag niet het slachtoffer worden van onduidelijke procesvoorschriften</i> . . . . .                         | 405 |
| B. <i>De toegang tot de rechter mag niet afhankelijk zijn van elementen waarop de rechtzoekende zelf geen vat heeft</i> . . . . . | 408 |
| § 5. Het toegenomen belang van loyaliteit in de procesvoering . . . . .   | 411 |
| § 6. Onttrekking van de zaak aan de rechter: slechte voorbeelden . . . . .  | 420 |
| Afdeling 5. Naschrift. . . . .  | 421 |

**DE BESTUURLIJKE LUS EN DE ADMINISTRatieve LUS VANUIT HET OOGPUNT VAN DE RECHTSBESCHERMING VAN DE RECHTSONDERHORIGE . . . . .**

|   |            |
|---|------------|
| <b>Afdeling 1. Inleiding . . . . .</b>  | <b>425</b> |
| <b>Afdeling 2. De bestuurlijke lus . . . . .</b>  | <b>430</b> |
| § 1. Inleidende beschouwingen . . . . .   | 430        |
| § 2. Het gebruik van de bestuurlijke lus was een mogelijkheid voor de Raad van State, geen verplichting . . . . .                               | 433        |
| § 3. Mogelijkheid of opdracht voor verwerende partij? . . . . .   | 434        |
| § 4. Alle middelen moesten eerst worden onderzocht . . . . .  | 435        |
| § 5. Toepassing bestuurlijke lus bij onevenredige benadeling belanghebbenden? . . . . .   | 436        |
| § 6. Het voorstel tot toepassing van de bestuurlijke lus en het geven van opmerkingen daarover in de procedure voor de Raad van State . . . . . | 438        |
| § 7. Welk gebrek kan het voorwerp uitmaken van de bestuurlijke lus? . . . . .   | 442        |
| § 8. Wijze van herstel? . . . . .   | 443        |
| § 9. Hersteltermijn. . . . .  | 444        |
| § 10. Verder procedureverloop . . . . .   | 444        |
| § 11. Nabeschuiving: wat met artikel 159 Gw. na het lussen? . . . . .   | 448        |
| <b>Afdeling 3. De administratieve lus . . . . .</b>   | <b>450</b> |
| § 1. Inleidende beschouwingen . . . . .   | 450        |
| § 2. Enkele recente voorbeelden . . . . .   | 451        |
| § 3. Decreet omgevingsvergunning . . . . .  | 451        |
| § 4. Bouwberoep deputatie en openbaar onderzoek (art. 4.7.23, § 2 VCRO) . . . . .   | 454        |
| § 5. Herneming ruimtelijk uitvoeringsplan m.o.o. rechtzetting wettigheidsgebrek . . . . .   | 455        |
| <b>Afdeling 4. Slot . . . . .</b>   | <b>457</b> |

**DEEL 4. BEWIJS IN BURGERLIJKE EN STRAFZAKEN ..... 459**

**BEWIJS IN BURGERLIJKE ZAKEN. ACTUELE VRAAGSTUKKEN  
IN DE CASSATIERECHTSPRAAK..... 461**

|   |     |
|---|-----|
| Afdeling 1. De bewijslast .....   | 463 |
| § 1. Het vereiste niveau van rechtszekerheid.....                                       | 464 |
| § 2. De omvang van de verplichting van de procespartijen inzake de<br>bewijsgaring..... | 468 |
| § 3. De bewijslast t.a.v. de negatieve feiten.....                                      | 473 |
| § 4. Verplichting tot ambtshalve aanvulling van de bewijsregels? .....                  | 476 |
| Afdeling 2. De toegelaten bewijsmiddelen .....  | 479 |
| § 1. De vereiste van intentionaliteit van de bekentenis .....                           | 479 |
| § 2. De bewijskracht van vaststellingen door een gerechtsdeskundige ...                 | 483 |
| § 3. De bewijskracht van vaststellingen door een gerechtsdeurwaarder ...                | 487 |
| § 4. De bewijskracht van de akte en uitlegging.....                                     | 489 |
| § 5. Het niet-betwisten door de verwerende partij als feitelijk vermoeden               | 493 |
| § 6. <i>Opeenstapeling van feitelijke vermoedens</i> .....                              | 496 |
| Afdeling 3. De grenzen van het burgerlijk bewijsrecht .....                             | 498 |
| § 1. <i>De leer van de ongeoorloofde bewijsmiddelen</i> .....                           | 498 |
| § 2. De bescherming van het zakengeheim .....   | 503 |
| Afdeling 4. Besluit.....  | 509 |

**HET BEWIJS IN STRAFZAKEN..... 511**

|  |     |
|--|-----|
| Afdeling 1. Inleiding .....  | 513 |
| Afdeling 2. De bewijslast en de bewijsmiddelen.....  | 513 |
| § 1. De bewijslast.....  | 513 |
| § 2. De bewijsmiddelen .....   | 515 |
| Afdeling 3. Het onrechtmatig verkregen bewijs .....  | 518 |
| § 1. Inleiding .....   | 518 |
| § 2. Binnenlands of buitenlands bewijs .....   | 520 |
| § 3. Bewijs <i>à charge</i> of bewijs <i>à décharge</i> .....  | 522 |
| § 4. Toepassing van artikel 32 V.T.Sv. op het wettelijk bewijs .....   | 522 |
| § 5. Hoofd- en subcriteria tot uitsluiting van onrechtmatig<br>verkregen bewijs.....                               | 524 |
| A. <i>Eerste hoofdcriterium: de op straffe van nietigheid</i><br><i>voorgeschreven vormvereisten</i> .....         | 524 |
| B. <i>Tweede hoofdcriterium: aantasting van de betrouwbaarheid</i><br><i>van het bewijs</i> .....                  | 525 |
| C. <i>Derde hoofdcriterium: schending van het recht op een eerlijk</i><br><i>proces</i> .....                      | 526 |
| 1. Subcriteria ter beoordeling van het recht op een eerlijk proces   | 527 |
| a. Eerste subcriterium: opzettelijkheid of onverschoonbare<br>onachtzaamheid .....                                 | 527 |
| b. Tweede subcriterium: de verhouding tussen de ernst<br>van de onrechtmatigheid en de ernst van het misdrijf. ... | 528 |
| c. Derde subcriterium: materieel element van het misdrijf .  | 531 |

|             |  |     |
|-------------|--|-----|
| d.          | Vierde subcriterium: aantasting van het door de miskende norm beschermde recht . . . . . | 531 |
| e.          | Vijfde subcriterium: schending van een regel met een puur formeel karakter . . . . .     | 532 |
| 2.          | Niet-cumulatief en zelfs facultatief karakter van de subcriteria . . . . .               | 532 |
| 3.          | Andere mogelijke subcriteria . . . . .   | 534 |
| D.          | <i>Is er nog ruimte voor andere hoofdcriteria?</i> . . . . .                             | 534 |
| § 6.        | Afwijzing van de <i>inevitable discovery-doctrine</i> . . . . .                          | 536 |
| § 7.        | <i>Fruits of the poisonous tree</i> . . . . .  | 537 |
| § 8.        | Onrechtmatig verkregen bewijs en de onderzoeksgerechten . . . . .                        | 538 |
| A.          | <i>In het raam van de zuivering der nietigheden.</i> . . . . .                           | 538 |
| B.          | <i>In het raam van de voorlopige hechtenis</i> . . . . .                                 | 542 |
| § 9.        | De doorsijpeling van de Antigoondoctrine naar andere rechtstakken . . . . .              | 542 |
| § 10.       | Evaluatie van de Belgische bewijsuitsluitingsregel: een gebrek aan visie . . . . .       | 543 |
| Afdeling 4. | De bewijswaardering en de bewijsstandaard . . . . .                                      | 544 |
| Afdeling 5. | Besluit . . . . .  | 545 |

**DEEL 5. RECHTSPLEGINGSVERGOEDING EN DWANGSOMPROBLEMATIEK. . . . . 547**

**RECHTSPLEGINGSVERGOEDING IN DE CIVIELE RECHTSPLEGING. . . . . 549**

|             |   |     |
|-------------|---|-----|
| Afdeling 1. | Inleiding . . . . .   | 551 |
| Afdeling 2. | De rechtsplegingsvergoeding en de partij . . . . .  | 552 |
| § 1.        | De partij die van juridische tweedelijnsbijstand geniet . . . . .   | 552 |
| § 2.        | De gerechtsdeskundige als partij . . . . .  | 554 |
| § 3.        | De partij die optreedt in het algemeen belang . . . . .   | 555 |
| Afdeling 3. | De rechtsplegingsvergoeding en procesvertegenwoordiging . . . . .   | 561 |
| § 1.        | Advocaat . . . . .  | 561 |
| § 2.        | Gerechtelijk mandatarissen . . . . .  | 562 |
| Afdeling 4. | De toekenning van de rechtsplegingsvergoeding . . . . .   | 564 |
| § 1.        | De in het (on)gelijk gestelde partij . . . . .  | 564 |
| A.          | <i>Principe</i> . . . . .   | 564 |
| B.          | <i>Procedures op eenzijdig verzoekschrift</i> . . . . .   | 565 |
| C.          | <i>Afstand van geding vs. de in het ongelijk gestelde partij</i> . . . . .                                | 567 |
| D.          | <i>Onderscheidenlijk in het (on)gelijk gestelde partijen – partijen met een familiale band.</i> . . . . . | 568 |
| § 2.        | Eén rechtsplegingsvergoeding per aanleg . . . . .   | 569 |
| § 3.        | Eén rechtsplegingsvergoeding per “gerechtelijke band” . . . . .   | 570 |
| A.          | <i>Principe</i> . . . . .   | 570 |
| B.          | <i>“Gerechtelijke band” = procesverhouding</i> . . . . .  | 572 |
| C.          | <i>Procesverhouding vs. samenhang</i> . . . . .   | 574 |

|             |  |     |
|-------------|--|-----|
| Afdeling 5. | De berekening en bepaling van de rechtsplegingsvergoeding ...        | 577 |
| § 1.        | Berekening van de rechtsplegingsvergoeding .....                     | 577 |
| § 2.        | Bepaling van de rechtsplegingsvergoeding .....                       | 581 |
|             | A. <i>Principe</i> .....   | 581 |
|             | B. <i>Afwijking van het basisbedrag</i> .....                        | 581 |
|             | C. <i>Meerdere in het gelijk gestelde partijen</i> .....             | 582 |
|             | D. <i>Rechtsplegingsvergoeding in bepaalde processituaties</i> ..... | 584 |
|             | E. <i>Interesten op de rechtsplegingsvergoeding</i> .....            | 589 |
| Afdeling 6. | De rechtsplegingsvergoeding en btw .....                             | 589 |
| § 1.        | Algemeen .....   | 589 |
| § 2.        | Btw en de rechtsplegingsvergoeding .....                             | 591 |

**DE RECHTSPLEGINGSVERGOEDING IN STRAFZAKEN: ZEVEN JAAR RECHTSpraak VAN HET GRONDWETTELIJK HOF EN HET HOF VAN CASSATIE .....**

|             |  |     |
|-------------|--|-----|
|             |  | 595 |
| Afdeling 1. | Inleiding .....  | 597 |
| Afdeling 2. | Het regelgevend kader: aanleiding, betwistingen en wijzigingen   | 599 |
| Afdeling 3. | Het forfaitair karakter van de rechtsplegingsvergoeding .....  | 603 |
| Afdeling 4. | De kostenregeling in het strafprocesrecht .....  | 605 |
| Afdeling 5. | Het ambtshalve karakter van de veroordeling tot een rechtsplegingsvergoeding .....   | 606 |
| Afdeling 6. | Het bedrag van de rechtsplegingvergoeding .....  | 608 |
| § 1.        | Het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding – algemeen .....  | 608 |
| § 2.        | In beginsel: het basisbedrag .....   | 609 |
| § 3.        | Grondslag voor de berekening: bij een in geld waardeerbare vordering op het bedrag van de vordering .....                                | 611 |
| § 4.        | De niet in geld waardeerbare vordering .....   | 615 |
| § 5.        | Gemengde vorderingen .....   | 616 |
| § 6.        | De criteria om af te wijken van het basisbedrag: algemeen .....  | 616 |
| § 7.        | Een van de criteria om af te wijken van het basisbedrag: het kennelijk onredelijk karakter van de situatie .....                         | 619 |
| § 8.        | Een bijzonder geval: de in het ongelijk gestelde partij geniet juridische tweedelijnsbijstand (art. 1022, vierde lid Ger.W.) .....       | 620 |
| § 9.        | Een bijzonder geval: de in het ongelijk gestelde partij laat verstek .....   | 622 |
| § 10.       | Het omslaan van de rechtsplegingsvergoedingen .....  | 625 |
| Afdeling 7. | De partijen die gerechtigd zijn op een rechtsplegingsvergoeding  | 627 |
| § 1.        | Algemeen .....   | 627 |
|             | A. <i>Niet in de relatie Openbaar Ministerie versus in verdenking gestelde/beklaagde/beschuldigde</i> .....                              | 628 |
|             | B. <i>Niet in de relatie aansluitende burgerlijke partij versus in verdenking gestelde/beklaagde/beschuldigde</i> .....                  | 630 |
|             | C. <i>Niet in de relatie douane-administratie als vervolgende instantie versus beklagde/burgerrechtelijk aansprakelijke partij</i> ..... | 631 |
|             | D. <i>De burgerrechtelijk aansprakelijke partij</i> .....  | 632 |
|             | E. <i>De tussenkommende partij</i> .....   | 632 |
|             | F. <i>De herstellvorderende overheden</i> .....  | 636 |

|  |   |            |
|--|---|------------|
| § 3.   | Voor de onderzoeksgerechten: het geval van een strafvordering op gang gebracht door een burgerlijkepartijstelling en eindigend met een nominatieve buitenvervolginstelling . . . . .  | 640        |
| § 4.   | Voor de vonnisgerechten: de veroordeling van de in het ongelijk gestelde rechtstreeks dagende burgerlijke partij . . . . .  | 644        |
| § 5.   | Voor de vonnisgerechten: de onmogelijkheid om bij een afwijzing van de burgerlijke vordering door het vonnisgerecht de burgerlijke partij te veroordelen tot een rechtsplegingsvergoeding (behoudens in het geval zij met een rechtstreekse dagvaarding de strafvordering heeft op gang gebracht) . . . . . | 646        |
| § 6.   | Bijzonder geval: voor de jeugdgerechten . . . . .   | 647        |
| § 7.   | Bijzonder geval: de procedures inzake rechtsbijstand . . . . .  | 648        |
| § 8.   | Een partij die geen beroep doet op een advocaat . . . . .   | 648        |
| § 9.   | De gerechtelijk mandatarissen-advocaat . . . . .  | 649        |
| § 10.  | Meerdere gerechtigden: een partij die optreedt in eigen naam en voor een derde . . . . .  | 652        |
| § 11.  | Meerdere gerechtigden: regeling van artikel 1022, vijfde lid Gerechtelijk Wetboek . . . . .   | 653        |
| § 12.  | Er zijn meerdere gerechtigden die een beroep doen op eenzelfde advocaat . . . . .   | 654        |
| § 13.  | De rechtsplegingsvergoeding wordt uitgesproken ten voordele van de in het gelijk gestelde partij en niet van de advocaat . . . . .  | 656        |
| Afdeling 8.  | Varia . . . . .   | 656        |
| § 1.   | De beoordeling per aanleg . . . . .   | 656        |
| § 2.   | De beoordeling per zaak . . . . .   | 659        |
| § 3.   | Tijdstip van beoordeling . . . . .  | 661        |
| § 4.   | Rechtsmiddelen: verzet, hoger beroep en cassatie . . . . .  | 661        |
| Afdeling 9.  | Het overgangsrecht . . . . .  | 665        |
| Afdeling 10.                                       | Besluit . . . . .   | 666        |
| Afdeling 11.                                       | Naschrift . . . . .   | 667        |
| <b>DWANGSOMMEN VOOR DE BESLAGRECHTER . . . . .</b> |   | <b>673</b> |
| Afdeling 1.  | Inleiding . . . . .   | 674        |
| Afdeling 2.  | Reële executie en vervangende schadevergoeding . . . . .  | 674        |
| § 1.   | <i>Principe: reële executie</i> . . . . .   | 674        |
| § 2.   | <i>Vervangende schadevergoeding</i> . . . . .   | 677        |
| § 3.   | <i>Machtiging tot executie op kosten van de schuldenaar</i> . . . . .   | 677        |
| Afdeling 3.  | Dwangsom . . . . .  | 678        |
| § 1.   | <i>Begrip</i> . . . . .   | 679        |
| § 2.   | <i>Taakverdeling dwangsomrechter-beslagrechter</i> . . . . .  | 680        |
| § 3.   | De dwangsom moet gevorderd worden . . . . .   | 683        |
| § 4.   | <i>Nauwkeurige omschrijving van de hoofdveroordeling</i> . . . . .  | 684        |
| § 5.   | <i>Interpretatiebevoegdheid van de beslagrechter</i> . . . . .  | 686        |
| § 6.   | <i>Het bedrag en modaliteiten: soevereine beoordelingsmacht van de rechter</i> . . . . .  | 689        |
| § 7.   | <i>Uitvoeringstermijn versus respijttermijn</i> . . . . .   | 690        |
| § 8.   | <i>De beslagrechter en de verbeurte van de dwangsom</i> . . . . .   | 695        |
| A.   | <i>Voorafgaande betekening</i> . . . . .  | 695        |

|             |  |     |
|-------------|--|-----|
|             | B. Vaststellen van de verbeurte . . . . .  | 697 |
| § 9.        | De gevolgen van het al dan niet uitvoerbaar karakter van de<br>hoofdveroordeling . . . . . | 699 |
|             | A. Hoofdveroordeling niet uitvoerbaar bij voorraad. . . . .                                | 699 |
|             | B. De hoofdveroordeling is uitvoerbaar bij voorraad. . . . .                               | 701 |
| § 10.       | Gevolgen van het instellen van rechtsmiddelen op de<br>verbeurte van dwangsommen. . . . .  | 702 |
|             | A. De hoofdveroordeling is niet uitvoerbaar bij voorraad . . . . .                         | 702 |
|             | B. De hoofdveroordeling is uitvoerbaar bij voorraad. . . . .                               | 703 |
|             | C. Kort geding en andersluidende beslissing van de<br>bodemrechter. . . . .                | 703 |
| § 11.       | De beslagrechter en de onmogelijkheid om aan de<br>hoofdveroordeling te voldoen. . . . .   | 704 |
| § 12.       | De beslagrechter en de dwangsom in akkoordvonnissen/arresten. .                            | 710 |
| § 13.       | De beslagrechter en de verjaring van de dwangsom. . . . .                                  | 711 |
| § 14.       | De beslagrechter en de schorsing van executie . . . . .                                    | 713 |
| Afdeling 4. | Besluit. . . . .   | 714 |

**DWANGSOMMEN VOOR DE ADMINISTRatieve**

|                                 |   |     |
|---------------------------------|---|-----|
| <b>RECHTSCOLLEGES</b> . . . . . |   | 715 |
| Afdeling 1.                     | Inleiding: de uitvoering van beslissingen van administratieve<br>rechtscolleges, praktische en juridische problemen . . . . . | 717 |
| Afdeling 2.                     | Artikel 6 EVRM en de uitvoering van rechterlijke beslissingen .   | 718 |
| Afdeling 3.                     | De dwangsom bij de Raad van State . . . . .   | 720 |
| § 1.                            | Dwangsom in het annulatiecontentieux . . . . .  | 724 |
|                                 | A. De gevolgen van een vernietigingsarrest: onthoudings-<br>en/of handelingsplicht . . . . .                                  | 724 |
|                                 | B. De niet-uitvoering van de onthoudings- en/of handelingsplicht  | 726 |
|                                 | C. De verzoeker: “de persoon op wiens verzoek de nietigverklaring<br>is uitgesproken”. . . . .                                | 730 |
|                                 | D. Verweerder: “de betrokken overheid”. . . . .   | 730 |
|                                 | E. Procedure . . . . .  | 731 |
|                                 | F. Terechtzitting en arrest . . . . .   | 733 |
|                                 | G. De bestemming van de dwangsom. . . . .   | 738 |
|                                 | H. Tenuitvoerlegging . . . . .  | 741 |
| § 2.                            | Dwangsom in het schorsingscontentieux. . . . .  | 741 |
| § 3.                            | Dwangsom voor het niet-neerleggen van het administratief dossier  | 743 |
| Afdeling 4.                     | Dwangsom bij andere administratieve rechtscolleges . . . . .  | 743 |
| Afdeling 5.                     | Conclusie . . . . .   | 746 |

|  |            |
|--|------------|
| <b>DEEL 6. HET RECHT OP EEN EERLIJK PROCES VOLGENS<br/>ARTIKEL 6 VAN HET EUROPEES VERDRAG VOOR DE RECHTEN<br/>VAN DE MENS.....</b> | <b>749</b> |
|--|------------|

|   |            |
|---|------------|
| <b>HET RECHT OP EEN EERLIJK PROCES VOLGENS ARTIKEL<br/>6 VAN HET EUROPEES VERDRAG VOOR DE RECHTEN VAN DE<br/>MENS .....</b> | <b>751</b> |
| Afdeling 1. Inleiding .....   | 753        |
| Afdeling 2. Toepassingsgebied van artikel 6 EVRM. ....  | 754        |
| § 1. Burgerlijk luik. ....  | 754        |
| A. <i>Geschil over rechten of verplichtingen</i> .....  | 754        |
| 1. Geschil .....  | 754        |
| 2. Rechten en verplichtingen .....  | 754        |
| a. Rechten .....  | 755        |
| b. Verplichtingen .....   | 755        |
| 3. Rechten of verplichtingen als voorwerp van het geschil .....   | 756        |
| a. Geschillen over rechten (of verplichtingen), of over de<br>wettigheid van een inmenging in rechten .....                 | 756        |
| b. Stadia in de procedure .....   | 756        |
| B. <i>Burgerlijk karakter van de betrokken rechten of verplichtingen</i>  | 757        |
| § 2. Strafrechtelijk luik .....   | 758        |
| A. <i>Strafvervolgging</i> .....  | 758        |
| B. <i>Gegrontheid van de strafvervolgging: stadia in de procedure</i> ..  | 761        |
| Afdeling 3. Recht op een rechterlijke instantie .....   | 761        |
| § 1. Toegang tot een rechter. ....  | 761        |
| A. <i>Beginsel</i> .....  | 761        |
| B. <i>Beperkingen</i> .....   | 763        |
| § 2. Jurisdictionele beslechting van het geschil. ....  | 763        |
| § 3. Eerbiediging van de uitspraak van de rechter. ....   | 765        |
| Afdeling 4. Structurele en procedurele waarborgen .....   | 766        |
| § 1. Een rechterlijke instantie opgericht bij wet .....   | 766        |
| A. <i>Rechterlijke instantie</i> .....  | 766        |
| B. <i>Oprichting bij wet</i> .....  | 766        |
| § 2. Onafhankelijkheid en onpartijdigheid .....   | 768        |
| A. <i>Onafhankelijkheid</i> .....   | 768        |
| B. <i>Onpartijdigheid</i> .....   | 768        |
| § 3. Openbaarheid .....   | 769        |
| A. <i>Openbare behandeling van de zaak</i> .....  | 769        |
| B. <i>Openbare uitspraak</i> .....  | 770        |
| § 4. Eerlijke behandeling .....   | 770        |
| A. <i>Algemeen</i> .....  | 770        |
| 1. Begrip .....   | 770        |
| 2. Enkele algemene aspecten van een eerlijke behandeling .....  | 771        |
| a. Deelname van de betrokkenen aan de procedure .....   | 771        |
| b. Contradictoir karakter van de procedure .....  | 771        |
| c. Gelijkheid van wapens .....  | 772        |

|             |  |     |
|-------------|--|-----|
| d.          | Eerlijke bewijsvoering . . . . .   | 772 |
| e.          | Motivering van het vonnis . . . . .  | 775 |
| f.          | Coherentie van de rechtspraak . . . . .  | 777 |
| B.          | <i>Bijzondere waarborgen in strafzaken</i> . . . . .   | 777 |
| 1.          | Verhouding tussen het algemene recht op een eerlijke<br>behandeling van de zaak en de bijzondere waarborgen in<br>strafzaken . . . . . | 777 |
| 2.          | Opsomming van een aantal bijzondere waarborgen. . . . .  | 779 |
| a.          | Recht om te zwijgen en verbod van zelfincriminatie . . . . .   | 779 |
| b.          | Vermoeden van onschuld (art. 6, § 2). . . . .  | 779 |
| c.          | Informatie over de tenlastelegging (art. 6, § 3, a) . . . . .  | 780 |
| d.          | Tijd en faciliteiten voor de voorbereiding van de<br>verdediging (art. 6, § 3, b) . . . . .  | 781 |
| e.          | Recht om zichzelf te verdedigen en recht om te worden<br>bijgestaan door een advocaat (art. 6, § 3, c). . . . .                        | 782 |
| f.          | Ondervraging van getuigen <i>à charge</i> en oproeping van<br>getuigen <i>à décharge</i> (art. 6, § 3, d). . . . .                     | 786 |
| g.          | Bijstand door een tolk (art. 6, § 3, e) . . . . .  | 789 |
| h.          | Nieuwe beoordeling door een hoger gerecht<br>(art. 2 Zevende Protocol). . . . .  | 790 |
| i.          | Schadeloosstelling i.g.v. rechterlijke dwaling<br>(art. 3 Zevende Protocol). . . . .   | 790 |
| j.          | Geen tweemaal dezelfde vervolging of bestraffing voor<br>eenzelfde strafbaar feit (art. 4 Zevende Protocol). . . . .                   | 791 |
| § 5.        | Redelijke termijn . . . . .  | 793 |
| A.          | <i>In aanmerking te nemen termijn</i> . . . . .  | 793 |
| B.          | <i>Redelijk karakter van de termijn</i> . . . . .  | 794 |
| C.          | <i>Preventie en herstel van een overschrijding van de redelijke<br/>    termijn</i> . . . . .  | 796 |
| Afdeling 5. | Conclusies . . . . .   | 796 |



# **DEEL 1**

## **PREJUDICIËLE VRAAGSTELLINGS- TECHNIEK**



# **PREJUDICIËLE VRAGEN VOOR HET GRONDWETTELIJK HOF**

Marc BOSSUYT  
Emeritus voorzitter van het Grondwettelijk Hof  
Emeritus buitengewoon hoogleraar Universiteit Antwerpen



## AFDELING 1. INLEIDING

Prejudiciële vragen strekken ertoe de eenheid van het recht te verzekeren door de rechter, voor wie een concreet geschil aanhangig is, in bepaalde omstandigheden te verplichten een vraag te stellen aan een hoog rechtscollege over een probleem waarvoor dit rechtscollege uitsluitend bevoegd is.<sup>1</sup> Prejudiciële vragen kunnen worden gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie, aan het Benelux Gerechtshof en aan het Grondwettelijk Hof.

Wat het Grondwettelijk Hof betreft, gaat het om de vraag of de wetgevende norm die de rechter moet toepassen, al dan niet de Grondwet schendt. Wanneer dit het geval is, kan de rechter deze norm niet toepassen of althans niet in de interpretatie die door het Grondwettelijk Hof ongrondwettig is bevonden. Het Grondwettelijk Hof heeft immers het monopolie verkregen om nieuwe wetgevende normen te vernietigen of om oudere wetgevende normen ongrondwettig te verklaren. De grondwetgever is van oordeel geweest dat het uitzonderlijk zwaarwichtig karakter van een dergelijk rechterlijk ingrijpen vereist dat alleen een bijzonder daartoe opgericht rechtscollege een dergelijke beslissing mag nemen.

Dit gaat gepaard met bijzondere regels inzake de samenstelling van dat Hof uit rechters die ervaring hebben, ofwel als voormalige leden van de wetgevende macht, ofwel als voormalige leden van het Hof van Cassatie of de Raad van State, als referendarissen van het Grondwettelijk Hof of als hoogleraren aan Belgische rechtsfaculteiten. Naast een pariteit tussen deze twee categorieën van rechters, is er ook voorzien in een taalkundige pariteit (Nederlands/Frans) en in een vertegenwoordiging van de twee geslachten. In de praktijk wordt er bovendien over gewaakt dat de samenstelling van het Hof op een politiek evenwichtige wijze gebeurt. De arresten waarin een schending van de Grondwet wordt vastgesteld, worden door minstens zeven, en vaak door twaalf, rechters aangenomen. Ten slotte, verzekert de werkwijze van het Hof dat de verantwoordelijken voor de wetgevende normen die voor het Hof worden bestreden, i.h.b. de regeringen en parlementen, de gelegenheid krijgen om in de procedure tussen te komen.

Het monopolie op het ongrondwettig bevinden van rechtsnormen beperkt zich tot wetgevende normen. De rechterlijke macht en de Raad van State blijven bevoegd om lagere rechtsnormen, zoals i.h.b. KB's, om reden van ongrondwettigheid ontoepasbaar te verklaren of te vernietigen.

---

1. Zie o.m. A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, p. 539, nr. 478.

## AFDELING 2. HET STELLEN VAN PREJUDICIËLE VRAGEN

Achtereenvolgens wordt aandacht geschonken aan de normen die kunnen worden getoetst (alle wetgevende normen), de normen waaraan wordt getoetst (de referentienormen), wie prejudiciële vragen mag stellen (alleen rechtscolleges) en wanneer zij moeten worden gesteld, welke uitzonderingen daarbij gelden, en welke valkuilen te vermijden zijn bij het stellen van prejudiciële vragen.

### *§ 1. De te toetsen normen: alle wetgevende normen (art. 26, § 1)*

Het Grondwettelijk Hof vermag alle wetgevende normen te toetsen. Het gaat dus om de federale wetten, de decreten van de gemeenschappen en de gewesten en de Brusselse ordonnanties. Komen dus niet in aanmerking om door het Grondwettelijk Hof te worden getoetst: verdragsbepalingen, Europese rechtshandelingen, weze het verordeningen, richtlijnen of beschikkingen, alsmede uitvoeringsbesluiten uitgaande van welke administratieve overheid ook, met inbegrip i.h.b. van KB's.

Wat dit laatste betreft, kunnen er zich afbakeningsproblemen voordoen.<sup>2</sup> De techniek van de machtiging van de uitvoerende macht tot wijziging, aanvulling of opvulling van wetgevende bepalingen en de techniek van de wettelijke bekrachtiging van administratieve rechtshandelingen heeft voor gevolg dat een formele wet reglementaire bepalingen, en een besluit wetskrachtige bepalingen, kan bevatten. Het eerste komt voor wanneer een besluit een wet heeft gewijzigd zonder achteraf wettelijk te zijn bekrachtigd; het tweede wanneer een besluit er zich toe heeft beperkt louter vormelijke aanpassingen aan te brengen of wanneer wettelijke bepalingen worden gecoördineerd in een besluit. Omgekeerd wordt een door de wetgever bekrachtigd (al of niet gewijzigd) KB, alsook een door de wetgever gewijzigd besluit, een wetgevende akte.

Het volstaat niet een besluit ter toetsing voor te leggen “in samenhang gelezen” met de wet waaraan het uitvoering geeft, of de wet voor te leggen “in zoverre die de Koning ertoe heeft gemachtigd [de betwiste uitvoeringsmaatregel te nemen]”. Het Grondwettelijk Hof gaat er immers vanuit dat moet worden aangenomen dat, wanneer de wetgever een machtiging verleent, behoudens aanwijzingen in de tegenovergestelde zin, hij de gemachtigde enkel de bevoegdheid verleent om die machtiging in overeenstemming met de Grondwet aan te wenden.<sup>3</sup> Alleen wanneer de wetgever de Koning uitdrukkelijk toelaat het betwiste verschil in behandeling in te voeren, kan het aan de wetgever worden toegeschreven. Wanneer echter blijkt dat het betwiste

2. Zie P. SCHOLLEN, “Aandachtspunten bij de redactie van een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof” in S. SOTTIAUX en P. SCHOLLEN (eds.), *Publiekrecht 2014-2015, Themis cahier 90*, Brugge, die Keure, 2014, 23-48.

3. Zie GwH 14 mei 2009, nr. 82/2009, B.4.2.

verschil in behandeling voortvloeit uit een door de grondwetgever zelfgemaakte keuze, zal het Grondwettelijk Hof zich onbevoegd verklaren om die bepaling aan de Grondwet te toetsen.<sup>4</sup>

Het Grondwettelijk Hof aanvaardt daarentegen wel verdragsbepalingen te toetsen via de instemmingswetten. Sinds de bijzondere wet van 9 maart 2003, is dat evenwel niet mogelijk voor “een constituerend verdrag betreffende de Europese Unie of het Verdrag van 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden of een aanvullend Protocol bij dat Verdrag” (art. 26, § 1*bis*). Voor andere verdragsbepalingen, en i.h.b. voor bepalingen van EU-recht, gebeurt het dat het Grondwettelijk Hof deze toetst door ze samen te lezen met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Het Hof zal dan een schending van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie vaststellen wanneer het voordeel van de toepassing van deze verdragsbepalingen aan sommigen wordt ontzegd.

## § 2. De referentienormen (art. 26, § 1)

De referentienormen (of de normen waaraan kan worden getoetst) zijn, enerzijds, de bevoegdheidsverdelende regels en, anderzijds, de rechten en vrijheden.

### A. De bevoegdheidsverdelende regels

Het is om bevoegdheidsconflicten te beslechten tussen de verschillende wetgevers, die in beginsel exclusieve bevoegdheden hebben, dat het Grondwettelijk Hof (aanvankelijk “Arbitragehof” genaamd) werd opgericht. De bevoegdheidsverdelende regels bevinden zich in de eerste plaats in de Grondwet zelf. Andere bevoegdheidsverdelende regels bevinden zich i.h.b. in titel II van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen onder de hoofding “De bevoegdheden”.

Sommige grondwettelijke beginselen behoren eveneens tot de bevoegdheidsverdelende regels. Dit is het geval met het evenredigheidsbeginsel dat vereist dat een wetgever, wanneer hij zijn bevoegdheden uitoefent, de uitoefening van de bevoegdheden van een andere wetgever niet onmogelijk of overdreven moeilijk mag maken.<sup>5</sup> Ook het beginsel van de economische en monetaire unie waarop het Belgische staatsbestel berust, wordt door het Grondwettelijk Hof beschouwd als een regel waaraan het Hof in het raam van het bevoegdheidscontentieux kan toetsen.<sup>6</sup> Krachtens artikel 30*bis* van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof van 6 januari 1989 zijn ook de bepalingen

4. Zie GwH 3 april 2014, nr. 58/2014, B.7.1 en B.10.

5. A. ALEN, *o.c.*, 775, nr. 693.

6. A. ALEN, *o.c.*, 405, nr. 368; B. RENAULD, “Saisir la Cour constitutionnelle d’une question préjudicielle” in P. MARTENS (ed.), *Saisir la Cour constitutionnelle et la Cour de justice de l’Union européenne*, Luik, Anthemis, 2012, 91.

in de wetten tot hervorming der instellingen die een procedure van overleg tussen de staat, de gemeenschappen en de gewesten voorschrijven, bevoegdheidsverdelende regels.<sup>7</sup> Daarentegen heeft het Grondwettelijk Hof steeds geweigerd formele onregelmatigheden bij de totstandkoming van een wettelijke regeling, zoals de afwezigheid van een advies van de Raad van State, te sanctioneren. Het bevoegdheidscontentieux voor het Grondwettelijk Hof nam gedurende de laatste tien jaren (2005-2014) slechts 10 % in (186/1 858) van het totaal aantal arresten.

## B. De rechten en vrijheden

Tot 1989 was het Grondwettelijk Hof enkel bevoegd om te toetsen aan de bevoegdheidsverdelende regels. Wanneer de gemeenschappen bevoegd werden inzake onderwijs (door de grondwetswijziging van 15 juli 1988) verkreeg het Grondwettelijk Hof (door de bijzondere wet van 6 januari 1989) de bevoegdheid om, i.h.b. de gemeenschapsdecreten, te toetsen aan de vrijheid van onderwijs, en meer i.h.b. ook aan het gelijkheidsbeginsel inzake onderwijs (art. 24, § 4 Gw.).

Terzelfder tijd werd het Grondwettelijk Hof bevoegd om te toetsen aan de artikelen 10 en 11 van de Grondwet: het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie. Bij de interpretatie van dit beginsel liet het Hof zich inspireren door het arrest van 23 juli 1968 van het Europees Hof van de Rechten van de Mens (hierna: Europees Hof) in de *zaak betreffende sommige aspecten van de taalregeling in het Belgisch onderwijs*. In zijn arrest nr. 21/89 van 13 juli 1989 in de zaak *Biorim* liet het Grondwettelijk Hof zich inspireren door dat Belgisch taalarrrest door te stellen:

*“De grondwettelijke regels van de gelijkheid der Belgen voor de wet en van de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling volgens bepaalde categorieën van personen zou worden ingesteld, voor zover voor het criterium van onderscheid een objectieve en redelijke verantwoording bestaat. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld met betrekking tot het doel en de gevolgen van de overwogen maatregel; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat de aangewende middelen redelijkerwijze niet evenredig zijn met het beoogde doel” (B.4.5.b).*

Deze interpretatie werd ook overgenomen door de Raad van State<sup>8</sup> in een arrest van 25 april 1990 en door het Hof van Cassatie<sup>9</sup> in een arrest van 5 oktober 1990.

Het Grondwettelijk Hof was toen (nog) niet bevoegd om rechtstreeks te toetsen aan de rechten en vrijheden gewaarborgd door de Grondwet. Wanneer het echter rechten en vrijheden betreft waarvan het genot aan eenieder moet worden gewaarborgd, kon een

7. *Ibid.*

8. Nr. 38.814, vzw *Association des Femmes au foyer*.

9. *Arr.Cass.* 1990-91, 134.



persoon die het slachtoffer was van een wetgevende bepaling die hem dat genot ontzegde of op onverantwoorde wijze beperkte, zich beroepen op een schending van het beginsel van gelijkheid en discriminatie in het desbetreffende recht of vrijheid. Het is dus via dat beginsel dat het Hof ook toetste aan de door de Grondwet gewaarborgde rechten en vrijheden.

Het Grondwettelijk Hof was evenmin bevoegd om rechtstreeks te toetsen aan de rechten en vrijheden gewaarborgd door verdragen die België binden. Het Hof was evenwel van oordeel dat de grondwettelijk gewaarborgde rechten en vrijheden en de verdragsrechtelijk gewaarborgde rechten en vrijheden onlosmakelijk met elkaar waren verbonden. Daarom betrof het Hof deze verdragsrechtelijke rechten en vrijheden in zijn onderzoek en hield het ook rekening met de interpretatie die daaraan werd gegeven door de bevoegde internationale rechtscolleges. Dit is i.h.b. het geval met de bepalingen van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens (hierna: EVRM) zoals geïnterpreteerd door het Europees Hof.<sup>10</sup>

Door de bijzondere wet van 9 maart 2003 werd de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof ook formeel uitgebreid tot de artikelen van titel II “De Belgen en hun rechten” en de artikelen 170, 172 en 191 van de Grondwet. Het gaat dus om de rechten die door het Grondwettelijk Hof reeds in zijn onderzoek werden betrokken. Naast de gehele titel II gaat het om artikel 170 (het wettigheidsbeginsel inzake belastingen), artikel 172 (het gelijkheidsbeginsel inzake belastingen) en artikel 191 (het gelijkheidsbeginsel inzake de behandeling van vreemdelingen).

### *§ 3. Door wie mogen en wanneer moeten prejudiciële vragen worden gesteld (art. 26, §§ 2 en 3)?*

Alleen rechtscolleges kunnen prejudiciële vragen stellen maar, behoudens strikt omliggende uitzonderingen, hebben zij de verplichting dit te doen wanneer voor hen de schending wordt opgeworpen door een wetgevende norm van een bevoegdheidsverdelende regel of van een grondrecht.

## **A. Wie mag een prejudiciële vraag stellen?**

Alleen rechtscolleges mogen prejudiciële vragen stellen aan het Grondwettelijk Hof. Uit de statistische gegevens van het Grondwettelijk Hof blijkt dat, voor wat de laatste tien jaren betreft (2005-2014), op een totaal van 1 858 arresten er 1 228 arresten (66 %) werden gewezen waarin werd geantwoord op 1 526 prejudiciële vragen.

10. Voor een uitvoerig overzicht van de omgang van het Grondwettelijk Hof met het internationaal en Europees recht, nl. als indirecte toetsingsnorm, zie A. ALEN, J. SPREUTELS, E. PEREMANS en W. VERRIJDT, “Het Grondwettelijk Hof en het internationaal en Europees recht”, *TBP* 2014, 619-652.

De meeste van die vragen werden gesteld door rechtbanken van eerste aanleg (481 = 31 %), gevolgd door hoven van beroep (264 = 17 %) en door de Raad van State (232 = 15 %). Opvallend is dat het Hof van Cassatie slechts 61 (4 %) prejudiciële vragen heeft gesteld en aldus ook nog wordt voorafgegaan door de arbeidsrechtbanken (158 = 10 %), de politierechtbanken (108 = 7 %) en de arbeidshoven (106 = 7 %). Er zijn alleen minder prejudiciële vragen gesteld door vrederechters (53 = 3 %), door rechtbanken van koophandel (43 = 3 %) en door andere rechtscolleges (20 = 1 %).

Voor wat die andere rechtscolleges betreft, blijkt dat het Grondwettelijk Hof het begrip “rechtscollege” eerder ruim interpreteert.<sup>11</sup> Zo heeft het Hof, sinds zijn oprichting, o.m. reeds prejudiciële vragen beantwoord van de permanente deputatie handelend als rechtscollege, het college van burgemeester en schepenen handelend als rechtscollege in verkiezingszaken, een (provinciale) Herkeuringsraad, de Vaste Beroepscommissie voor vluchtelingen, de Raad voor vreemdelingenbetwistingen, de Raad voor mededinging, de Commissie voor hulp aan slachtoffers van opzettelijke gewelddaden, de Commissie betreffende de vergoeding voor onwerkzame voorlopige hechtenis, de Commissie van beroep ingesteld bij de Dienst voor geneeskundige controle van het RIZIV, het Vast Comité van Toezicht op de inlichtingendiensten, de Commissie van beroep van het Instituut van de accountants en de belastingconsulenten, de (Nederlandstalige) Tuchtraad van beroep voor advocaten, het Rechtscollege van het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest, de Commissie tot bescherming van de maatschappij en de (provinciale) Kamer van notarissen. Scheidsrechterlijke rechtscolleges zijn daarentegen, zoals blijkt uit de parlementaire voorbereiding<sup>12</sup>, uitgesloten.

## **B. Wanneer moet een rechtscollege een prejudiciële vraag stellen?**

Wanneer voor een rechtscollege de schending wordt opgeworpen door een wetgevende norm van een bevoegdheidsverdelende regel of van een grondrecht, moet dat rechtscollege in de regel deze vraag voorleggen aan het Grondwettelijk Hof. Er bestaan op die regel een aantal uitzonderingen waarvan sommige gelden voor alle rechtscolleges en andere slechts voor de lagere rechtscolleges.

### **1. UITZONDERINGEN GELDEND VOOR ALLE RECHTERS**

- a. wanneer de zaak niet kan worden behandeld omwille van onbevoegdheid van het rechtscollege of onontvankelijkheid van de zaak, behoudens wanneer die grond van onbevoegdheid of onontvankelijkheid in het geding is (art. 26, § 2, 1°);

11. Zie RENAULD, *o.c.*, 86.

12. *Parl.St.* Senaat 1980-81, nr. 704/1, p. 6.

- b. wanneer het Grondwettelijk Hof reeds uitspraak heeft gedaan op een prejudiciële vraag of een beroep tot vernietiging met een identiek voorwerp (art. 26, § 2, 2°). Het betreft hier de zogenaamde “*acte éclairée*”; het rechtscollege kan echter steeds een nieuwe vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof;
- c. wanneer het gaat om spoedeisende vorderingen waarvan de uitspraak slechts een voorlopig karakter heeft of om procedures ter beoordeling van de handhaving van de voorlopige hechtenis; i.g.v. ernstige twijfel over de grondwettigheid van de wetgevende norm, moet de vraag desalniettemin worden gesteld (art. 26, § 3);
- d. wanneer het gaat om een samenloop van grondrechten moet geen prejudiciële vraag worden gesteld wanneer:
  - 1. het rechtscollege oordeelt dat het grondrecht “klaarblijkelijk niet is geschonden” (de zogenaamde “*acte clair*”) (art. 26, § 4, tweede lid, 2°);
  - 2. uit een arrest van een internationaal rechtscollege of van het Grondwettelijk Hof blijkt dat het grondrecht “klaarblijkelijk geschonden is” (de zogenaamde “*acte éclairée*”) (art. 26, § 4, tweede lid, 3° en 4°).

## 2. UITZONDERINGEN DIE ENKEL GELDEN VOOR DE LAGERE RECHTS-COLLEGES

(Rechtscolleges waarvan de beslissing vatbaar is voor hoger beroep, verzet, voorziening in cassatie of beroep tot vernietiging bij de Raad van State):

- a. wanneer de wetgevende norm de bevoegdheidsverdelende regels en de grondrechten, andere dan i.g.v. samenloop, “klaarblijkelijk niet schendt” (de zogenaamde “*acte clair*”) (art. 26, § 2, derde lid);
- b. wanneer het rechtscollege meent dat het antwoord op de prejudiciële vraag niet onontbeerlijk is om uitspraak te doen (*ibid.*).

De uitzondering van de “klaarblijkelijke niet-schending” geldt voor alle rechtscolleges (ook de hoogste) i.g.v. samenloop van grondrechten; voor andere grondwetsbepalingen geldt deze uitzondering enkel voor de “lagere” rechtscolleges. Niet alleen het rechtscollege dat de prejudiciële vraag heeft gesteld, maar ook elk ander rechtscollege dat in dezelfde zaak uitspraak doet, moet zich, voor de oplossing van het geschil naar aanleiding waarvan de vragen zijn gesteld, voegen naar het arrest van het Grondwettelijk Hof (art. 28). Uit de bepaling in artikel 26, § 2, 2°, m.b.t. de zogenaamde “*acte éclairée*”, blijkt *a contrario* dat dit ook geldt voor rechters in andere zaken die, ofwel het eerdere arrest van het Grondwettelijk Hof moeten volgen, ofwel een nieuwe prejudiciële vraag kunnen stellen. Tegen de beslissing van een rechtscollege om een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof of om geen prejudiciële vraag te stellen, kan geen rechtsmiddel worden aangewend (art. 29).

#### § 4. *Te vermijden valkuilen bij het stellen van prejudiciële vragen*

In een recente studie heeft Peter SCHOLLEN<sup>13</sup> een aantal punten aangeduid die aandacht verdienen bij het stellen van prejudiciële vragen aan het Grondwettelijk Hof. Hij steunt zich daarvoor op een analyse van 183 arresten waarin het Grondwettelijk Hof in de periode 2004-2014 de gestelde vraag heeft geherformuleerd of niet inhoudelijk heeft beantwoord. Op basis daarvan wijst hij op een aantal valkuilen en geeft hij aan hoe die kunnen worden vermeden. Deze punten kunnen als volgt worden samengevat:

##### **A. Wat betreft de te toetsen normen**

Aanbevolen wordt om, voor zover onduidelijkheid zou kunnen bestaan over het wetskrachtig karakter van de te toetsen norm, “zorgvuldig de volledige titel van de akte waarvan het te bevragen artikel deel uitmaakt, te noteren en de wetshistoriek van de betrokken wetsbepaling te reconstrueren”<sup>14</sup>, na te gaan “of het concrete probleem dat men aan de kaak wil stellen, zich wel in de wetskrachtige norm situeert”<sup>15</sup> en, zo nodig, het grondwettigheidsbezwaar uit te splitsen in meerdere vragen.

##### **B. Wat betreft de normen waaraan kan worden getoetst**

Wanneer het normen betreft waartoe het Hof zijn bevoegdheid heeft uitgebreid, wordt aanbevolen “steeds eerst de formele toetsingsnorm aan te duiden” en “pas nadien de *de facto* beoogde bijkomende toetsingsnorm in de vraag op te nemen voorafgegaan door de vermelding ‘in samenhang gelezen met’”<sup>16</sup>.

##### **C. Wat betreft deze beide normen**

De te toetsen normen en de normen waaraan moet worden getoetst, aanduiden, alsook alle vereiste elementen aanbrengen om het probleem te schetsen, zodat “louter op basis van de verwijzingsbeslissing of van de weergave van de prejudiciële vraag, alsook zonder enige voorkennis van het dossier”, de betrokkenen en eventuele belanghebbende derden zich “een oordeel [kunnen] vormen of de vraag hen aanbelangt”<sup>17</sup>; voor wat het gelijkheidsbeginsel betreft, aanduiden op welke wijze de ene categorie van personen, vergeleken met een andere, minder goed wordt behandeld, want het moet gaan om een vergelijking van personen en niet van procedures of rechtsfiguren, en, voor wat de grondrechten betreft, uitleggen op welke wijze de wetgever aan een grondrecht afbreuk heeft gedaan.<sup>18</sup>

---

13. Zie noot 2.

14. *Ibid.*, 25.

15. *Ibid.*, 27.

16. *Ibid.*, 32.

17. *Ibid.*, 35.

18. *Ibid.*, 36-37.

## D. Wat betreft het abstract karakter van de toetsing

De ongrondwettig ervaren uitkomst van de te toetsen norm moet “een inherent kenmerk zijn van de norm zelf” en niet het resultaat van het geheel van feitelijke omstandigheden waarin de bodemrechter deze moet toepassen.<sup>19</sup>

## E. Wat betreft het nut van het antwoord voor het bodemgeschil<sup>20</sup>

De band tussen de vraagstelling en het bodemgeschil mag niet te los zijn, wat het geval is wanneer zij betrekking heeft op:

- situaties die zich niet voordoen in het bodemgeschil;
- een mogelijkheid die niet zou bestaan in andere situaties dan deze die de bodemrechter voor zich heeft;
- de grondwettelijke theorie in het algemeen;
- een opgeheven bepaling die niet meer kan worden toegepast in het bodemgeding;
- problemen die slechts in een andere fase van de procedure dan deze voor de bodemrechter kunnen rijzen;
- een reeds eerder vernietigde wetsbepaling met handhaving van de gevolgen.

## F. Wat betreft de interpretatie van de te toetsen norm door de bodemrechter<sup>21</sup>

De bodemrechter moet de vraag formuleren als een geldigheidsvraag (en niet als een interpretatievraag) en het verdient aanbeveling dat hij geen definitieve uitspraak doet over de juiste interpretatie van de te toetsen norm; hij moet vermijden “een klaarblijkelijk verkeerde interpretatie van de wetkrachtige norm aan te nemen”, al stelt het Hof zich in de regel bij deze beoordeling terughoudend op.

Ten slotte wordt er nog op gewezen dat de bodemrechter de redactie van de vraag bepaalt en dat de partijen voor het Hof de draagwijdte ervan niet kunnen wijzigen of laten wijzigen.<sup>22</sup> Het verdient wel aanbeveling dat de partijen de bodemrechter “actief bijstaan in de zoektocht naar de juiste formulering ervan”, want “het geheim van een goed antwoord van het Grondwettelijk Hof schuilt in een goede vraag”.<sup>23</sup>

---

19. *Ibid.*, 39.

20. *Ibid.*, 42-43.

21. *Ibid.*, 44-46.

22. *Ibid.*, 47.

23. *Ibid.*, 48.

## AFDELING 3. SAMENLOOP VAN GRONDRECHTEN (ART. 26, § 4)

Vooreerst wordt de problematiek van de samenloop van grondrechten geschetst, waarbij wordt nagegaan welke de aanleiding was tot het invoegen van een artikel 26, § 4 in de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof, hoe deze regeling werd betwist voor het Hof van Justitie en of, i.h.b. na zijn herformulering door de bijzondere wet van 4 april 2014, deze regeling in overeenstemming is met de voorwaarden die in het arrest *Melki* van 22 juni 2010 zijn uiteengezet. Daarna wordt nagegaan of het Hof van Cassatie zich in zijn arrest van 15 december 2014 heeft gevoegd naar het arrest van het Grondwettelijk Hof voor de oplossing van het geschil naar aanleiding waarvan het Hof van Cassatie een prejudiciële vraag had gesteld.

§ 1. *Het probleem van de samenloop van grondrechten*<sup>24</sup>

Sinds de wijziging op 9 maart 2003 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof is het Hof expliciet bevoegd om wetgevende normen rechtstreeks te toetsen aan de rechten en vrijheden gewaarborgd in Titel II van de Grondwet. In zijn arrest nr. 136/2004 van 22 juli 2004 heeft het Grondwettelijk Hof gesteld dat:

*“Wanneer evenwel een verdragsbepaling die België bindt, een draagwijdte heeft die analoog is aan die van een of meer van de voormelde grondwetsbepalingen, vormen de waarborgen vervat in die verdragsbepalingen een onlosmakelijk geheel met de waarborgen die in de betrokken grondwetsbepalingen zijn opgenomen” (B.5.3).*<sup>25</sup>

24. Zie o.m. J. VELAERS, “Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen”, *TBP* 2005, 297-318; J. VELAERS, *De samenloop van grondrechten in het Belgische rechtsbestel, Preadviezen VVSRBN 2008*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2008, 81-141; J. VELAERS, “Artikel 26, § 4, van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscollages bij samenloop van grondrechten”, *TBP* 2010, 387-410; J. VELAERS, “Het arrest-*Melki-Abdeli* van het Hof van Justitie van de Europese Unie: een voorwaardelijk ‘fiat’ voor de voorrang van de toetsing aan de Grondwet op de toetsing aan het internationaal en het Europees recht”, *RW* 2010-11, 770-794; J. VELAERS, “The protection of fundamental rights by the Belgian Constitutional Court and the *Melki-Abdeli* judgment of the European Court of Justice” in M. CLAES *et al.*, *Constitutional conversations in Europe: actors, topics and procedures*, Cambridge, Intersentia, 2012, 323-342; P. POPELIER, “Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten”, *RW* 2009-10, 50-62; M. BOSSUYT en W. VERRIJDT, “The Full Effect of EU Law and of Constitutional Review in Belgium and France after the *Melki* Judgment”, *EuConst* 2011, 581-596; M. BOSSUYT en W. VERRIJDT, “Het Grondwettelijk Hof en Samenloop van Grondrechten na *Melki* en *Chartry*” in *Liber amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, 87-108; A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2011, nr. 68, p. 59-60; T. BOMBOIS, “Réflexions sur la question prioritaire de constitutionnalité et sa conformité au droit de l’Union européenne”, *RBDI* 2012, 486-500; M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Brussel, Larcier, 2012, 226-234; J. SPREUTELS, “Droits fondamentaux en concours et concours des questions préjudicielles. La Cour constitutionnelle et la jurisprudence *Melki* et *Chartry* de la Cour de justice de l’Union européenne” in A. ALEN, V. JOOSTEN, R. LEYSEN en W. VERRIJDT (eds.), *Liberæ Cogitationes. Liber amicorum Marc Bossuyt*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 681-693; A. ALEN *et al.*, o.c., *TBP*, 623-625 en 638-640; G. ROSOUX, *Vers une “dématisation” des droits fondamentaux?*, Brussel, Bruylant, 2015, 1069 p.

25. Arbitragehof 22 juli 2004, nr. 136/2004, B.5.3.

Het gaat immers in beide gevallen om mensenrechten, d.w.z. rechten en vrijheden waarvan eenieder, waar ook, moet kunnen genieten louter en alleen omdat hij mens is. Uiteraard kunnen er variaties optreden in de formulering van deze rechten en vrijheden in de teksten die beogen ze te waarborgen, maar zij hebben de essentie ervan gemeen. Voor bijna elke grondwetsbepaling waarin een recht of een vrijheid wordt gewaarborgd, kan wel een geheel of gedeeltelijk analoge verdragsbepaling die België bindt, worden gevonden.

Het zou bijzonder artificieel zijn een onderscheid te maken tussen de grondwettelijk gewaarborgde en de verdragsrechtelijk gewaarborgde rechten en vrijheden. Daarom betreft het Hof de verdragsrechtelijk gewaarborgde rechten vrijheden in zijn toetsing. Dit is des te meer het geval daar vele grondwettelijk gewaarborgde rechten en vrijheden dateren van 1831, zodat een grondwetsvoetsing die geen rekening zou houden met de moderne mensenrechtenbescherming, zoals die zich na de Tweede Wereldoorlog vooral in het raam van de Raad van Europa en van de Verenigde Naties heeft ontwikkeld, hopeloos verouderd zou zijn.<sup>26</sup>

Vermits het om analoge bepalingen van universele rechten en vrijheden gaat, is het trouwens niet mogelijk dat, bv., een wetgevende norm terecht wel strijdig zou worden geacht met het volkenrechtelijk gelijkheidsbeginsel, doch niet met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel. Uiteraard kunnen verschillende rechtscolleges tot verschillende interpretaties besluiten, maar zij kunnen onmogelijk beiden gelijk hebben. Noodzakelijkerwijze moet het ene of het andere rechtscollege zich vergissen. Binnen één nationaal rechtstelsel zou het de rechtszekerheid niet ten goede komen wanneer verschillende nationale hoogste rechtscolleges, i.h.b. wanneer het gaat om de geldigheid van wetsbepalingen, tot uiteenlopende interpretaties van rechten en vrijheden zouden kunnen besluiten.

In België heeft de grondwetgever, o.m. vanuit de noodzaak naar eenvormige interpretatie, die toetsing toevertrouwd aan een bijzonder rechtscollege, nl. het Grondwettelijk Hof, waarvoor een bijzondere samenstelling en rechtspleging geldt (zie *supra*).<sup>27</sup> Weliswaar, doet het Grondwettelijk Hof, wanneer het uitspraak doet over de al dan niet strijdigheid van een wetgevende norm met grondwettelijk gewaarborgde rechten en vrijheden die geheel of gedeeltelijk analoog zijn aan verdragsrechtelijke rechten en vrijheden, slechts met gezag van gewijsde uitspraak over het grondwettelijke luik en niet, al evenmin als enig ander Belgisch rechtscollege, over het verdragsrechtelijk luik: slechts een

26. Die vaststelling biedt meteen een antwoord op kritieken die een gebrek aan analogie aanklaarten: de verouderde grondwetsbepalingen hebben een evolutieve interpretatie nodig teneinde aangepast te zijn aan de sterk veranderde maatschappij. Daarnaast zou het artificieel zijn voor bepaalde verdragsrechtelijk gewaarborgde grondrechten de gekunstelde omweg van de art. 10 en 11 Gw. te blijven vereisen, wanneer een evolutieve interpretatie van de rechtstreekse toetsingsnormen, gebruikmakend van modernere teksten betreffende hetzelfde grondrecht, tot een bevredigender resultaat kan leiden.

27. Over het onderscheid tussen gecentraliseerde en diffuse grondrechtentoetsing, zie L. GARLICKI, "Constitutional courts versus supreme courts", *Int.J.Const.L.* 2007, 44-68.

internationaal rechtscollege, zoals het Europees Hof en het Hof van Justitie, kan die norm met gezag van gewijsde interpreteren.

In afwezigheid van een andersluidend arrest van een bevoegd internationaal rechtscollege, valt niet in te zien met welke bijzonder sterke argumenten een Belgisch rechtscollege een arrest van het Grondwettelijk Hof over een geheel of gedeeltelijk analoge grondwetsbepaling naast zich zou kunnen neerleggen en op eigen gezag zou kunnen weigeren een nationale wetsbepaling toe te passen om reden van strijdigheid met samenlopende grondrechten. Dit is des te meer het geval daar het Grondwettelijk Hof de geheel of gedeeltelijk analoge verdragsbepaling in zijn onderzoek heeft betrokken, rekening houdend met de relevante internationale rechtspraak.

## A. De aanleiding tot het invoegen van een artikel 26, § 4 in de bijzondere wet

In arresten van 9 en 16 november 2004 had het Hof van Cassatie gesteld dat:

*“wanneer de Grondwet, zoals hier, geen verdere eisen stelt dan de verdragsbepaling met rechtstreekse werking, [...] een toetsing van de wet aan het Verdrag [volstaat] en [...] een verdere toetsing van de wet aan de Grondwet niet dienstig [is]”*.<sup>28</sup>

Aangezien het Hof van Cassatie zich aldus een bevoegdheid toe-eigende die krachtens artikel 142 van de Grondwet exclusief aan het Grondwettelijk Hof toekomt en de gevoerde argumentatie het gevaar inhield dat de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof zou worden uitgehold, werd een symposium georganiseerd over de verhouding tussen het Grondwettelijk Hof, de rechterlijke macht en de Raad van State. Bij dat symposium, dat plaatsvond op 21 oktober 2005, werden o.m. de drie hoogste Belgische rechtscollages, de rechtsfaculteiten en de balies betrokken.<sup>29</sup>

Een werkgroep van dit symposium, die handelde over de samenloop van grondrechten, werkte een voorstel van wijziging van bijzondere wet uit.<sup>30</sup> Na langdurig overleg tussen de korpsoversten van de drie hoogste rechtscollages werd door de senatoren Francis DELPÉRÉE en Hugo VANDENBERGHE een voorstel van bijzondere wet ingediend. Over dit voorstel werd een hoorzitting gehouden op 23 april 2008. De eerste voorzitter van het Hof van Cassatie, de heer Ghislain LONDERS, maakte daar melding

28. Cass. 9 november 2004, P.04.0849.N, *Rev.dr.pén.* 2005, 789, noot M.-F. RIGAUX; Cass. 16 november 2004, P.04.0644.N en P.04.1127.N, *Rev.dr.pén.* 2005, 665, *RW* 2005-06, 387, noot P. POPELIER, *CDPK* 2005, 597, noot A. VANDAELE en *RCJB* 2007, 24, noot J. VAN MEERBEECK en M. MAHIEU; zie ook de commentaar van F. MEERSCHAUT, “De ondraaglijke lichtheid van de Grondwet”, *TBP* 2005, 48-53.

29. De referaten van dat symposium werden gepubliceerd in A. ARTS, I. VEROUGSTRÆTE, R. ANDERSEN *et al.* (eds.), *De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2005, 394 p.

30. J. VELAERS, “De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen, bij samenloop van grondrechten”, *ibid.*, 101-123 (in het Nederlands) en 125-149 (in het Frans).



van “*une guerre des juges*” die door omstandigheden had plaatsgevonden.<sup>31</sup> De eerste voorzitter van de Raad van State, de heer Robert ANDERSEN, had het eerder over “schermutselingen” en “grensincidenten”<sup>32</sup>, terwijl de procureur-generaal van het Hof van Cassatie, de heer Jean-François LECLERCQ, sprak over drie groepen van alpinisten die naar elkaar sneeuwballen gooiden.<sup>33</sup> Ondanks enkele nuanceverschillen, werd het voorstel gesteund door de korpsoversten van de drie hoogste Belgische rechtscolleges. De wijziging van de bijzondere wet werd aangenomen op 12 juli 2009.

Daardoor luidde artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof als volgt: “*Wanneer voor een rechtscollege wordt opgeworpen dat een wetgevende norm een grondrecht schendt dat op geheel of gedeeltelijk analoge wijze is gewaarborgd in een bepaling uit Titel II van de Grondwet en in een bepaling van Europees of internationaal recht, stelt het rechtscollege eerst aan het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag over de verenigbaarheid met de bepaling uit Titel II van de Grondwet*”.

Als compromis werd, mede gelet op de proceseconomie<sup>34</sup>, eveneens aanvaard dat geen enkel rechtscollege – ook niet<sup>35</sup> het Hof van Cassatie en de Raad van State – verplicht is om i.g.v. samenloop van grondrechten een prejudiciële vraag te stellen indien er sprake is van een zogenaamde *acte clair* of *acte éclairé*. Voor die twee hoogste rechtscolleges geldt de uitzondering van de *acte clair* enkel i.g.v. samenloop van grondrechten. De heikele kwestie of de verdragen primeren op de Grondwet of omgekeerd werd uit de weg gegaan. De bedoeling van de nieuwe bepaling is de uitoefening van de resp. bevoegdheden van de Rechterlijke Macht en van het Grondwettelijk Hof harmonisch te laten verlopen en tegenstrijdige uitspraken te vermijden. Bij gebreke aan loyale toepassing van dit artikel 26, § 4, zou deze discussie opnieuw kunnen oplaaien met alle risico’s van dien.<sup>36</sup>

## B. De betwisting van artikel 26, § 4 voor het Hof van Justitie

Op 29 oktober 2009 stelde een rechter van de rechtbank van eerste aanleg te Luik evenwel volgende prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie in de zaak *Chartry*:

“*Verzetten artikel 6 [EU] en artikel 234 [EG] zich tegen een nationale wet*

31. *Parl.St.* Senaat 2007-08, 4-12/4, 9.

32. *Ibid.*, 22.

33. *Ibid.*, 20.

34. J. VELAERS, o.c., *TBP* 2010, 399.

35. Buiten de hypothese van de samenloop van grondrechten geldt de uitzonderingsgrond van de *acte clair* enkel voor de rechtscolleges waarvan de beslissing vatbaar is voor, al naar het geval, hoger beroep, verzet, voorziening in cassatie of beroep tot vernietiging bij de Raad van State (art. 26, § 2, derde lid bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof). De uitzonderingsgrond dat het antwoord niet onontbeerlijk is om uitspraak te doen, blijft voorbehouden aan de lagere rechtscolleges.

36. M. BOSSUYT, *BTIR* 2012, 80.

*zoals de wet van 12 juli 2009 tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet op het [Grondwettelijk Hof], die de nationale rechter verplicht zich vooraf tot het Grondwettelijk Hof te wenden wanneer hij vaststelt dat een belastingplichtige de daadwerkelijke bescherming in rechte, zoals die wordt gewaarborgd door artikel 6 van het EVRM, dat deel uitmaakt van het gemeenschapsrecht, wordt ontzegd door een andere nationale wet, namelijk artikel 49 van de programmawet van 9 juli 2004, zonder dat deze rechter onmiddellijk de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht in het voor hem aanhangige geding kan verzekeren en de verenigbaarheid van een bepaling met een internationaal verdrag nog kan toetsen wanneer het Grondwettelijk Hof heeft erkend dat de nationale wet verenigbaar is met de door titel II van de Grondwet gewaarborgde fundamentele rechten”?*

Indien de rechter te Luik het oneens was met de uitspraak van het Grondwettelijk Hof dat zich voordien *in abstracto* had uitgesproken over dat artikel 49 van de programmawet van 9 juli 2004, had zij aan het Grondwettelijk Hof kunnen vragen of de toepassing van deze wetsbepaling op de feitenconstellatie in het concrete geschil dat bij haar aanhangig was, strijdig was met de Grondwet.

Nog vooraleer het Hof van Justitie zich over deze vraag had kunnen uitspreken, werd dat Hof echter ondervraagd door het Franse Hof van Cassatie over de analoge Franse wetsbepaling.<sup>37</sup> In Frankrijk was immers de Grondwet herzien en was een “*Question prioritaire de constitutionnalité*” ingevoerd.<sup>38</sup> De Franse organieke wet van 10 december 2009 bepaalt dat prejudiciële vragen kunnen worden gesteld aan de Franse *Conseil constitutionnel* via de filter van het Hof van Cassatie en van de Raad van State.<sup>39</sup> Op 16 april 2010 had het Franse Hof van Cassatie bij hoogdringendheid aan het Hof van Justitie volgende vraag gesteld:

*“Verzet artikel 267 [VWEU] zich tegen een wettelijke regeling die de rechters verplicht met voorrang uitspraak te doen over de toezending van de hun voorgelegde grondwettigheidvraag aan de Conseil constitutionnel wanneer deze vraag is gestoeld op de onverenigbaarheid van een bepaling van nationaal recht met de Grondwet vanwege de strijdigheid van deze bepaling met het recht van de Unie”?*

37. Cass.fr. 16 april 2010, nr. N 10-40.002, *Sélim Abdeli*, concl. M. DOMINGO; zie hierover M.S., “A fleurets mouchetés sur la Question prioritaire de constitutionnalité”, *Annonces de la Seine* 2010 (25), 10-11; D. SIMON en A. RIGAUD, “Drôle de drame: la Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité”, *Europe* mei 2010, 5-10.

38. Zie hierover T. SOUVEREINS, “De Franse *question prioritaire de constitutionnalité* in zijn internrechtelijke en supranationale context” in W. PAS, P. PEETERS en W. VERRIJDT, *Liber discipulorum André ALEN*, Brugge, die Keure, 2015, 373-408.

39. Art. 23-1 tot 23-5 van de *ordonnance n° 58-1067* van 7 november 1958, *loi organique sur le Conseil constitutionnel*. Zie P. BON, “La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009”, *RFDA* 2009, 1107-1124; B. MATHIEU, “La question prioritaire de constitutionnalité: une nouvelle voie de droit”, *La Semaine juridique* nr. 52/2009, 602-612; F. SUDRE, “Question préjudicielle de constitutionnalité”, *RFDC* 2009, nr. 80, 817-836.

Op 22 juni 2010 antwoordde het Hof van Justitie in zijn arrest *Melki en Abdeli* hierop dat artikel 267 VWEU zich niet verzet tegen een dergelijke nationale wettelijke regeling, voor zover de andere nationale rechters vrij blijven, om:

- “1) op elk ogenblik [...], aan het Hof elke prejudiciële vraag voor te leggen die zij noodzakelijk achten,
- 2) elke nodige maatregel aan te nemen ten einde de voorlopige jurisdictionele bescherming te verzekeren van de door de rechtsorde van de Unie verleende rechten,
- 3) de in het geding zijnde nationale wetgevende bepaling buiten toepassing te laten [...] indien zij die in strijd met het recht van de Unie achten”.<sup>40</sup>

Met dit arrest is het Hof van Justitie ingegaan op een door de *Conseil constitutionnel* gestarte rechterlijke dialoog, aangezien de drie voorwaarden die het Hof stelt, overeenkomen met de drie kenmerken van de toetsingsprocedure die de *Conseil constitutionnel* zelf had uiteengezet in zijn arrest van 12 mei 2010.<sup>41</sup>

Het Franse Hof van Cassatie heeft niettemin geweigerd zich aan te sluiten bij de EU-conforme interpretatie die het Hof van Justitie had aanvaard. Het Hof van Cassatie oordeelde – met verwijzing naar de passages van het arrest *Simmenthal* waarop het arrest *Melki* evenwel een nuance heeft aangebracht<sup>42</sup> – dat het niet bevoegd is om voorlopige maatregelen te nemen, zodat niet aan de voorwaarden van het Hof van Justitie is voldaan en zij de bepalingen van de organieke wet betreffende de “*question prioritaire de constitutionnalité*” buiten toepassing moest laten.<sup>43</sup>

In de Franse rechtsleer was er heel wat kritiek op de houding van het Franse Hof van Cassatie in deze aangelegenheid.<sup>44</sup> Waar de Raad van State werd geroemd als een voorbeeld van loyale en constructieve samenwerking, werd aan het Hof van Cassatie verweten dat het de weg had verkozen van absurde koppigheid en onnodige complexiteit. Na dit arrest bleef het Hof van Cassatie niettemin volharden in de boosheid. In een artikel met de veel sprekende titel “*Perseverare autem diabolicum*” werd gesteld dat het niet zeker was dat de rechtsstaat en de jurisdictionele samenhang ook maar iets te winnen hadden van deze provocerende weigering van een model van wapenstilstand dat werd gesuggereerd door het Hof van Justitie in een Franse “*guerre des juges*”.<sup>45</sup> Ook anderen stelden dat er ernstige twijfels bestonden over de “*loyauté constitutionnelle de la Cour de cassation*”.<sup>46</sup>

40. HvJ 22 juni 2010, C-188/10 en C-189/10, *Melki en Abdeli*, §§ 49-54.

41. Conseil constitutionnel 12 mei 2010, Déc. n° 2010-605. Zie in dezelfde zin Conseil d'Etat 14 mei 2010, requête n° 312305.

42. F.-X. MILLET, “Le dialogue des juges à l'épreuve de la QPC”, *RDP* 2010, 1743.

43. Cass.fr., ass. plén. 29 juni 2010, n° 10-40.001, *Melki*.

44. Zie o.a. F. DONNAT, “La Cour de cassation et la QPC: Chronique d'un arrêt imprévisible et imprévu”, *Rec.Dalloz* 2010, chronique 26; O. DUHAMEL, “La Cour de cassation veut à tout prix casser la QPC”, *France culture* 5 juli 2010; D. SIMON en A. RIGAUX, *o.c.*, 1-2; L. COUTRON, “Priorité à la question de conventionalité!”, *Rev.Aff.Eur.* 2009-10, 565-574; H. LABAYLE, “Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle: ordonner le dialogue des juges?”, *RFDA* 2010, (659-678), 675-676; F.-X. MILLET, *o.c.*, (1729-1750), 1743-1749.

45. D. SIMON en A. RIGAUX, *o.c.*, 2.

46. L. COUTRON, *o.c.*, 574.

Wat de zaak *Chartry* betreft (C-457/09), heeft het Hof van Justitie zich bij beschikking van 1 maart 2011 “kennelijk onbevoegd [verklaard] op de door de rechtbank van eerste aanleg te Luik (België) gestelde vraag te beantwoorden”.<sup>47</sup> In deze beschikking heeft het Hof verwezen naar het arrest *Melki*.<sup>48</sup> Het heeft er ook aan herinnerd dat de bepalingen van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, volgens zijn artikel 51, eerste lid, “enkel tot de lidstaten [zijn] gericht wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen” en dat die bepalingen “geenszins een verruiming inhouden van de bevoegdheden van de Unie zoals bepaald in de verdragen”.<sup>49</sup> Bij de hierboven aangehaalde redenen waarom de Luikse rechter *in casu* geen ontvankelijke prejudiciële vraag kon stellen, komt dat de feiten waarover zij uitspraak moest doen, geen band met het EU-recht vertoonden.<sup>50</sup>

Indien het zou volstaan om te verwijzen naar een bepaling van het EVRM om een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie, ook al betreft het geen wetsbepalingen die ter uitvoering van recht van de Unie zijn genomen of bepalingen van nationaal recht die om een andere reden binnen de werkingssfeer van het EU-recht vallen, zou om het even welke rechtszaak aan dat Hof kunnen worden voorgelegd. Volgens de strekking van de aan dat Hof gestelde vraag, zou de rechter zich immers op die wijze kunnen onttrekken aan het gezag van gewijsde van het Grondwettelijk Hof. Indien er een probleem is met een bepaling van het EVRM waarmee het Grondwettelijk Hof geen of althans onvoldoende rekening zou hebben gehouden, komt het aan de zich benadeeld achtende partij toe om zich, na uitputting van de nationale rechtsmiddelen in beroep en in cassatie, tot het Europees Hof te wenden en niet tot het Hof van Justitie.

Ten slotte heeft ook het Europees Hof in een onontvankelijkheidsbeslissing van 11 september 2012, genomen in de zaak *Optim en Industerre t. België*, een klacht m.b.t. artikel 49 van de programmawet van 9 juli 2004 (de norm die in de zaak *Chartry* in het geding was) afgewezen, omdat artikel 6.1 EVRM niet van toepassing wordt geacht op het burgerlijk luik van fiscale procedures<sup>51</sup> en omdat potentiële fiscale schulden geen eigendom zijn in de zin van artikel 1 van het Aanvullend Protocol nr. 1 bij het EVRM.<sup>52</sup>

47. HvJ (besch.) 1 maart 2011, C-457/09, *Chartry t. België*.

48. *Ibid.*, punten 19 en 20.

49. *Ibid.*, punten 23 en 24. Dat het Handvest van de Grondrechten de materiële bevoegdheden van de Unie niet uitbreiden, wordt ten overvloede herhaald in art. 6 VEU.

50. *Ibid.*, punt 25: “Uit geen enkel concreet element van de verwijzingsbeslissing kan worden opgemaakt dat er een band bestaat tussen het voorwerp van het hoofdgeding en het recht van de Unie” en “Het hoofdgeding vertoont geen enkel aanknopingspunt met een van de situaties die in de Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van personen, diensten en kapitaal aan de orde zijn” en er ook geen “ter uitvoering van het recht van de Unie genomen nationale maatregelen in het geding zijn”.

51. § 24: “L'article 6 § 1 n'est pas applicable sous son volet civil aux procédures relatives aux réclamations fiscales des requérantes”.

52. § 37: “Les dettes fiscales n'étant que potentielles, la Cour ne peut partager la thèse des requérantes selon laquelle, par l'effet de l'article 49 de la loi programme du 9 juillet 2004, elles se sont trouvées privées d'un 'bien' au sens de l'article 1 du Protocole n° 1”.

## C. Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet na de zaken *Melki* en *Chartry*

Aangezien de zaak *Chartry* niet ten gronde werd behandeld, stelt zich de vraag of artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof in overeenstemming is met de voorwaarden die in het arrest *Melki* zijn uiteengezet. De samenloopprocedure beoogt een volgorde in de toetsing in te stellen, zonder afbreuk te doen aan de smeerkasdoctrines<sup>53</sup> en zonder een volgorde in het stellen van prejudiciële vragen te impliceren.<sup>54</sup>

Aan de eerste voorwaarde, die inhoudt dat de rechter te allen tijde een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie moet kunnen stellen, is dan ook voldaan. Aangezien enkel de toetsing aan het internationaal recht door de gewone rechter moet wachten, maar niet het stellen van de prejudiciële vraag<sup>55</sup>, hetgeen een loutere onderzoeksdaad uitmaakt, laat artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof toe dat tegelijkertijd een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof en aan het Hof van Justitie wordt gesteld.<sup>56</sup> Wellicht is dat ook de meest aangewezen optie, want het stellen van consecutieve vragen, in om het even welke volgorde, kan in conflict komen met de vereiste van redelijke termijn opgelegd door artikel 6.1 EVRM.<sup>57</sup> In die zin betekent een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof overigens geen werkelijke vertraging, aangezien de procedure voor het Grondwettelijk Hof sneller verloopt dan voor het Hof van Justitie.<sup>58</sup>

De tweede voorwaarde, die vereist dat voorlopige en bewarende maatregelen kunnen worden genomen door de verwijzende rechter, doet evenmin problemen rijzen. Geen enkele bepaling verbiedt de rechter die handelwijze, en indien dat wel het geval zou zijn, zou die rechter zich op de *Factortame*-rechtspraak zelf kunnen beroepen.<sup>59</sup> De parlementaire voorbereiding van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof laat dit overigens expliciet toe<sup>60</sup> en in de rechtspraak bestaan ook voorbeelden van dergelijke maatregelen.<sup>61</sup> Ook het Grondwettelijk Hof zelf kan dergelijke maatregelen nog nemen.<sup>62</sup>

De derde voorwaarde, die stelt dat de verwijzende rechter, ook na het antwoord van het Grondwettelijk Hof, vrij moet blijven om de in het geding zijnde nationale

53. Zie *infra*, noot 81.

54. J. VELAERS, o.c., RW, 776.

55. J. VELAERS, RW, 786.

56. *Ibid.*, 786; W. VERRIJDT, *Liber Melchior, l.c.*, 557-558.

57. J. VELAERS, *ibid.*, 786.

58. *Ibid.*, 786; W. VERRIJDT, *Liber Melchior, l.c.*, 566-567.

59. W. VERRIJDT, *Liber Melchior, l.c.*, 557.

60. *Parl.St.* Senaat 2001-02, nr. 897/4, 3-4.

61. RvS 12 mei 2003, nr. 119.261, *Brouillard*; RvS 13 januari 2004, nr. 127.040, *Servais*; RvS 18 maart 2010, nr. 202.039, *X. t. Gemeenschapsonderwijs*.

62. GwH 29 juli 2010, nr. 96/2010, B.29.

wetgevende bepaling buiten toepassing te laten, indien hij die in strijd met het recht van de Unie acht, wordt door artikel 26, § 4, niet uitgesloten. Een verdere toetsing door de rechter is weliswaar overbodig indien het Grondwettelijk Hof reeds een schending heeft vastgesteld.<sup>63</sup> En ook indien het Grondwettelijk Hof geen schending heeft vastgesteld, zal er, wanneer het om grondrechten gaat, voor de verwijzende rechter, die zich voor de oplossing van het geschil naar aanleiding waarvan hij een prejudiciële vraag heeft gesteld, moet voegen naar het arrest van het Grondwettelijk Hof, maar weinig ruimte zijn om tot een besluit te komen dat anders luidt dan dat van dat Hof dat in zijn arrest rekening heeft gehouden met de geheel of gedeeltelijk analoge grondrechten.

Om ten volle rekening te houden met het *Melki*-arrest, werd artikel 26, § 4, vierde alinea van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof, door een bijzondere wet van 4 april 2014, als volgt geherformuleerd:

*“[...] Indien voor het rechtscollege slechts de schending van de bepaling van Europees of internationaal recht wordt opgeworpen, dient het, zelfs ambtshalve, na te gaan of titel II van de Grondwet een geheel of gedeeltelijk analoge bepaling bevat. Deze verplichtingen doen geen afbreuk aan de mogelijkheid van het rechtscollege om, tegelijkertijd of op een later tijdstip, ook een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie te stellen”.*

Aldus wordt verduidelijkt dat de verplichting om eerst een vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof, het verwijzende rechtscollege niet verhindert ook aan het Hof van Justitie een vraag te stellen “tegelijkertijd of op een later tijdstip”.<sup>64</sup> Om te vermijden dat de partijen in een geschil het Grondwettelijk Hof zouden kunnen ontlopen door, ondanks het bestaan van een geheel of gedeeltelijk analoge mensenrechtenbepaling in de Grondwet, enkel en alleen de verdragsrechtelijke mensenrechtenbepaling in te roepen, werd bepaald dat het rechtscollege, in voorkomend geval “zelfs ambtshalve”, moet nagaan of de Grondwet een geheel of gedeeltelijk analoge bepaling bevat. Tevens werd in artikel 30 van de bijzondere wet uitdrukkelijk ingeschreven dat het verwijzende rechtscollege, “zelfs ambtshalve, de vereiste voorlopige maatregelen [kan] nemen, o.m. om de bescherming te verzekeren van de rechten die door de rechtsorde van de Europese Unie zijn toegekend”.

Geen enkele bepaling, hoe ook geformuleerd, weze het in een wet, in een bijzondere wet of in de Grondwet, kan gerechtelijke “schermutselingen” en “grensincidenten”<sup>65</sup> uitsluiten, wanneer er rechtscolleges zouden zijn die niet bereid zijn deze bepalingen

63. J. VELAERS, *RW, l.c.*, 791.

64. Zie T. SOUVERIJNS, “Bijzondere wetgever verduidelijkt de regeling van artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof inzake samenloop van grondrechten”, *RW* 2013-14, 1523-1531.

65. In de woorden van R. ANDERSEN, eerste voorzitter van de Raad van State, op 23 april 2008 in de Senaat (*Parl.St.* Senaat 2007-08, 4-12/4, 22).

loyaal en te goeder trouw toe te passen. Zonder deze bereidheid zou uiteindelijk de rechtsstaat zelf op de helling worden gezet. Dienaangaande kunnen vragen worden gesteld bij het arrest van 15 december 2014 van het Hof van Cassatie.

## § 2. *Het cassatiearrest van 15 december 2014*

In zijn arrest<sup>66</sup> van 15 december 2014 in de zaak nr. S.12.0081.F (met conforme conclusies van Adv. Gen. J.-M. GENICOT) heeft de Franstalige derde kamer van het Hof van Cassatie het cassatieverzoek verworpen betreffende een arrest van het hof van beroep te Brussel van 21 maart 2012 dat artikel 27 van het KB van 24 oktober 1967 “betreffende het rust- en overlevingspensioen voor werknemers” buiten toepassing verklaart omdat “het verschil in behandeling tussen, enerzijds, de vluchtelingen, de staatlozen en de bevoorrechte vreemdelingen die hun pensioen behouden, ook al verblijven zij in het buitenland, en, anderzijds, de andere vreemdelingen die hun pensioen verliezen als zij België verlaten”, strijdig werd geacht met artikel 14 EVRM. Sinds dat artikel werd vervangen door artikel 9 van de wet van 5 juni 1970 “tot wijziging van sommige bepalingen betreffende de pensioenregelingen voor werknemers, arbeiders, bedienden, mijnwerkers en vrijwillig verzekerden en het gewaarborgd inkomen voor bejaarden” heeft het kracht van wet.

In deze zaak had de Franstalige derde kamer van het Hof van Cassatie op 27 mei 2013<sup>67</sup> een prejudiciële vraag gesteld aan het Grondwettelijk Hof. Het Hof van Cassatie heeft in dat arrest daarbij evenwel gesteld dat “de hoven en de rechtbanken van de rechterlijke orde oordelen over de conformiteit van alle normen van intern recht met een norm van internationaal recht met rechtstreekse werking in de interne rechtsorde”. Verwijzend naar artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof, oordeelde het Hof van Cassatie, alvorens uitspraak te doen over de conformiteit, met artikel 1 Protocol nr. 1 bij het EVRM en artikel 14 EVRM, van de bepalingen waarvan het bestreden arrest de toepassing had verworpen, dat het een prejudiciële vraag moest stellen aan het Grondwettelijk Hof over de al dan niet schending van de artikelen 10, 11, 16 en 191 van de Grondwet.

In tegenstelling tot het Grondwettelijk Hof dat, i.g.v. samenloop van grondrechten, het grondwettelijk gewaarborgd grondrecht samen leest met het geheel of gedeeltelijk analoge door een verdrag gewaarborgd grondrecht, lijkt het Hof van Cassatie in dat arrest ervan uit te gaan dat het twee gescheiden kwesties zijn die afzonderlijk moeten worden beantwoord, de ene door het Grondwettelijk Hof aan wie de vraag wordt gesteld en de andere door de verwijzende rechter die de vraag stelt. De indruk

66. Zie M. BOSSUYT, “Schuift het Hof van Cassatie een moeizaam bereikt compromis inzake samenloop van grondrechten terzijde?”, *RW* 2014-15, 1624-1628.

67. Arrest in de zaak nr. S.12.0081.F, *Arr.Cass.* 2013, 1296.

wordt zelfs gewekt dat het Hof van Cassatie weliswaar aan het Grondwettelijk Hof de gelegenheid wil geven om de in het geding zijnde wetsbepalingen strijdig te verklaren met het grondwettelijk gewaarborgd grondrecht, maar dat, indien het Grondwettelijk Hof aan deze verwachting niet zou beantwoorden, de verwijzende rechter zich niet zou moeten voegen naar die uitspraak maar die wetsbepalingen dan maar strijdig kan verklaren met het analoge verdragsrechtelijk gewaarborgd grondrecht. Het arrest van het Grondwettelijk Hof zou dan niet meer zijn dan een advies dat door de verwijzende rechter slechts zou moeten worden opgevolgd indien hij de mening van het Grondwettelijk Hof deelt. Om te vermijden dat zijn arrest zonder gevolg zou blijven, zou het Grondwettelijk Hof dan maar een arrest moeten vellen dat zo veel als mogelijk overeenstemt met de verwachtingen van de verwijzende rechter. Dit lijkt toch wel haaks te staan op de in de bijzondere wet uitgewerkte regeling i.g.v. samenloop van grondrechten.

Hoe dan ook, het Grondwettelijk Hof heeft deze prejudiciële vraag, die werd samengevoegd met een gelijkaardige vraag van het arbeidshof te Brussel van 6 februari 2013 waarin de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in samenhang werden gelezen met artikel 26 BUPO, alsook met artikel 1 Protocol nr. 1 en artikel 14 EVRM, in zijn arrest nr. 86/2014 van 6 juni 2014 ontkennend beantwoord, i.h.b. voor wat betreft:

*“de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, met artikel 14 van hetzelfde Verdrag en met artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten” (B.12).*

## **A. Is de wederkerigheidsvereiste een “zeer sterke overweging”?**

Wat de grond van de zaak betreft, is het perfect mogelijk dat rechters, volkomen te goeder trouw, van mening verschillen over het antwoord op de vraag of een dergelijk verschil in behandeling al dan niet redelijk is verantwoord. Het antwoord op die vraag is niettemin bijzonder belangrijk. Het gaat immers niet alleen over het pensioen van een 76-jarige persoon uit Madagaskar die naar zijn land is teruggekeerd. Het gaat zelfs niet alleen over de bijkomende lasten die worden gelegd op reeds zwaar onder druk staande pensioenfondsen die door de Belgische belastingbetalers moeten worden ondersteund. Het gaat vooral over Belgen (en bij uitbreiding ook over onderdanen van andere landen die partij zijn bij het EVRM) die buiten Europa (en dat betreft dus niet alleen Afrikaanse landen) pensioenrechten hebben opgebouwd en die – zonder wederkerigheidsakkoorden – elke hoop verliezen om ooit van deze rechten te kunnen genieten wanneer ze het land verlaten waar ze die rechten hebben opgebouwd. Daarboven gaat het bij uitbreiding niet enkel om pensioenrechten maar ook om andere voorzieningen inzake sociale zekerheid of sociale bijstand. Men denke o.m. aan de toelagen voor onvrijwillige werkloosheid, aan de overzeese sociale zekerheid, alsook aan het minimum bestaansinkomen, het gewaarborgd inkomen voor ouderen, de tegemoetkomingen aan personen met een handicap en de gewaarborgde gezinsbijslag.



De wetgever heeft geoordeeld dat, “zolang dit niet voor alle landen het geval is”, alleen door “slechts bij wege van wederkerigheid” de uitbetaling van onze pensioenen aan vreemdelingen toe te staan, het buitenland ertoe wordt aangezet “hun pensioenen aan de Belgen ook buiten hun territorium uit te betalen” (B.3.3).<sup>68</sup> Het bestreden verschil van behandeling steunt dus niet op de nationaliteit van de pensioengerechtigde, maar op diens verblijfplaats. Het betreft ook niet een verschil tussen Belgen en vreemdelingen, maar tussen vreemdelingen onderling, naargelang zij al dan niet onderdanen zijn van een staat die met België een wederkerigheidsakkoord heeft gesloten, zodat artikel 191 van de Grondwet niet van toepassing is. Het betwiste verschil in behandeling is, zoals het Grondwettelijk Hof het heeft opgemerkt, “gebaseerd op internationaalrechtelijke normen die de verplichting opleggen om aan de eerst vermelde categorie van vreemdelingen dezelfde rechten als aan de eigen onderdanen toe te kennen” (B.10). Het zou nogal vreemd zijn een verschil in behandeling dat steunt, naargelang de categorie van personen, op het al of niet bestaan van internationaalrechtelijke verplichtingen, als discriminerend te beschouwen. Trouwens, onder de 13 (verdachte) gronden van onderscheid vermeld in artikel 14 EVRM bevinden zich noch de nationaliteit, noch de verblijfplaats.

Het Grondwettelijk Hof heeft vastgesteld dat het verschil in behandeling verband houdt met:

*“het door de wetgever nagestreefde doel dat niet alleen erin bestaat een pensioen te waarborgen voor de Belgen en de vreemdelingen ten aanzien van wie België internationale verplichtingen heeft, maar ook zijn eigen onderdanen die pensioenrechten in het buitenland hebben verworven, te waarborgen dat zij de uitbetaling ervan zullen verkrijgen, ook al verblijven zij niet in dat land en hebben zij niet de nationaliteit ervan, waarbij die Staten ertoe worden aangezet met België wederkerigheidsakkoorden te sluiten” (B.9.1).*

Voor onderscheiden op grond van nationaliteit vereist het Europees Hof zeer sterke overwegingen (“*des considérations très fortes*”).<sup>69</sup> Rekening houdend met de ruime beoordelingsvrijheid die het Europees Hof aan de verdragspartijen laat in economische en sociale aangelegenheden<sup>70</sup>, beschouwt het Grondwettelijk Hof deze wederkerigheidsvereiste blijkbaar als een zeer sterke overweging die het verschil in behandeling kan verantwoorden. Nogmaals, verschillen van mening daarover kunnen

68. *Parl.St.* Kamer 1969-70, nr. 607-4, 14.

69. Zie M. BOSSUYT, “De uitbreiding van de rechtsmacht van het Europees Hof van de Rechten van de Mens tot socialezekerheidsregelgeving: een rechterlijke revolutie?”, *RW* 2007-08, (842-856) 846-851; “Should the Strasbourg Court exercise more self-restraint? On the extension of the jurisdiction of the European Court of Human Rights to social security regulations”, *HRLJ* 2007, (321-332) 324-327; “L’extension de la compétence de la Cour de Strasbourg aux prestations sociales: sur l’interprétation de l’article 14 de la Convention combiné avec l’article 1<sup>er</sup> du Protocole n<sup>o</sup> 1 dans les affaires *Gaygusuz*, *Koua Poirrez*, *Stec et autres*, *Burden et Andrejeva*”, *Rev.dr.monég.* 2009-10, (91-130) 106-116.

70. In *Stec et al. t. het Verenigd Koninkrijk*, GK 12 april 2006, § 52 (“*Une ample latitude est d’ordinaire laissée à l’Etat pour prendre des mesures d’ordre général en matière économique ou sociale*”) en *Andrejeva t. Letland*, GK 18 februari 2009, § 89 (“*la grande marge d’appréciation dont bénéficie le Gouvernement en matière de sécurité sociale*”).

bestaan en het komt de auteur van deze bijdrage niet toe daar dieper op in te gaan. Echter, losstaand van de voorliggende zaak, stelt zich in het algemeen de vraag of het Hof van Cassatie, dat een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof heeft gesteld, het arrest waarin het Grondwettelijk Hof daarop heeft geantwoord, mag omzeilen.

## **B. Heeft het Hof van Cassatie zich gevoegd naar het arrest van het Grondwettelijk Hof?**

Zoals blijkt uit de conclusies van de advocaat-generaal, lijkt de derde kamer van het Hof van Cassatie ervan uit te gaan dat het arrest van het Grondwettelijk Hof enkel bindend zou zijn voor wat het grondwettelijk luik betreft en niet voor wat het verdragsrechtelijk luik betreft. Hierdoor wordt gepoogd wat “onlosmakelijk” is, los te maken en wordt voorbijgegaan aan de gehele regeling i.g.v. samenloop van grondrechten, zoals uitgewerkt in artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof. Er is sprake van samenloop van grondrechten die een “onlosmakelijk geheel” vormen, wanneer zij geheel of gedeeltelijk analoog zijn zodanig dat zij samen moeten worden onderzocht omdat een verschillende oplossing onvermijdelijk inherent tegenstrijdig zou zijn. De regeling van de prejudiciële procedure i.g.v. samenloop van grondrechten dient er juist toe om dergelijke tegenstrijdigheden te verhinderen.

Het betreft hier een duidelijk geval van samenloop van grondrechten. In het verslag van de senaatscommissie m.b.t. de invoeging van dat artikel 26, § 4, werden de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en artikel 14 EVRM trouwens als voorbeeld daarvan gegeven.<sup>71</sup> De regels en de criteria om uit te maken of er al dan niet sprake is van discriminatie, zijn dezelfde voor de artikelen 10 en 11 van de Grondwet als voor artikel 14 EVRM. Het Grondwettelijk Hof heeft dan ook reeds in zijn eerste arrest<sup>72</sup> na de bevoegdheidsuitbreiding van 6 januari 1989 voor de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in wezen dezelfde definitie overgenomen als die welke het Europees Hof had aangenomen m.b.t. artikel 14 EVRM in zijn arrest van 23 juli 1968 in de hierboven vermelde *Belgische taalzaak* (in rechte, I.B.10).<sup>73</sup> Het enige verschil bestaat erin dat de toepassing van artikel 14 EVRM is beperkt tot het genot van de rechten en vrijheden die in het EVRM zijn vermeld. Het toepassingsgebied van het grondwettelijk discriminatieverbod is dus ruimer dan dat van het EVRM. Het is om het Europees Hof bevoegd te maken voor een algemeen discriminatieverbod dat zich uitstrekt tot alle rechten en vrijheden, zoals het geval is met de artikelen 10 en 11 van de Belgische Grondwet, dat het (door België niet geratificeerde) Twaalfde Protocol bij het EVRM van 4 november 2000 werd aangenomen. Het is dus mogelijk dat het grondwettelijk discriminatieverbod is geschonden zonder dat artikel 14 EVRM is geschonden, maar

71. *Parl.St.* Senaat 2008-09, nr. 4-12/8, 5.

72. GwH 13 juli 1989, arrest nr. 21/89, B.4.5.b.

73. Over discriminatie, zie M. BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 1976, 262 p.

het omgekeerde is niet mogelijk. Als artikel 14 EVRM is geschonden, dan zijn onvermijdelijk ook de artikelen 10 en 11 van de Grondwet geschonden.

In hun commentaar op hetzelfde cassatiearrest, zijn Christian BEHRENDT en Martin VRANCKX<sup>74</sup> eveneens van mening dat er slechts een beginsel van niet-discriminatie in het geding is.<sup>75</sup> Zij erkennen dat de afwezigheid van een schending van het algemeen niet-discriminatiebeginsel gewaarborgd door de artikelen 10 en 11 van de Grondwet noodzakelijkerwijze leidt tot de vaststelling van de afwezigheid van de bijzondere regel gewaarborgd door artikel 14 EVRM.<sup>76</sup> Daaruit volgt dat de twee arresten logischerwijze onverenigbaar zijn en dat de oplossingen die zij voorstellen, elkaar uitsluiten.<sup>77</sup> Zij menen niettemin dat het volkomen geoorloofd is dat het Hof van Cassatie tot een verschillend resultaat komt.<sup>78</sup> Zij beschouwen weliswaar een dergelijke oplossing, die een – trouwens “voorzienbare en voorziene” – “*faillie*” van het systeem blootlegt, als “*intellectuellement boiteuse*” maar dat het nu eenmaal een compromisoplossing is.<sup>79</sup> Zij aanvaarden dat een dergelijke bevoegdheid van de verwijzende rechter, die dankzij de leer van het *Ski*-arrest beschikt over het recht van een “*second regard*”, zich inschrijft in een schema van *check and balances*, een bevoegdheid die, om vruchtbaar te zijn, moet worden uitgeoefend met de grootste spaarzaamheid en in alle doorzichtigheid op straffe anders het gehele systeem te laten kantelen in anarchie en het vertrouwen van de rechtzoekende in de rechtscolleges aan het wankelen te brengen.<sup>80</sup> Het zou nochtans volstaan dat de verwijzende rechter de bescheidenheid zou hebben, om bij het beantwoorden van dergelijke vragen zijn eigen mening niet te laten voorgaan op die van het Grondwettelijk Hof, om te komen tot een oplossing die niet intellectueel mank zou lopen, die de logica geen geweld zou aandoen en die niet het risico met zich zou meebrengen dat het zou leiden tot anarchie of tot het aan het wankelen brengen van het vertrouwen in de rechtscolleges.

Ook Géraldine ROSOUX<sup>81</sup> erkent dat de klacht m.b.t. strijdigheid met het EVRM “substantieel identiek” is aan de klacht die het Grondwettelijk Hof heeft onderzocht. Zij merkt daarbij op dat Hof van Cassatie niettemin elk gezag van gewijsde van het antwoord dat het Grondwettelijk Hof hierop heeft gegeven, afwijst en dat het op een autonome wijze redeneert t.o.v. van artikel 14 EVRM zonder ook maar enigszins het arrest van het Grondwettelijk Hof te vermelden. Het Hof van Cassatie scheidt volkomen het volkenrechtelijk luik van het grondwettelijk luik om een flagrant verschil in mening te kunnen verantwoorden.

74. “Deux principes bien distincts? Le principe de non-discrimination ... et le principe de non-discrimination”, *JLMB* 2015/24, 1126-1137.

75. *Ibid.*, 1136.

76. *Ibid.*, 1131.

77. *Ibid.*, 1134.

78. *Ibid.*, 1132.

79. *Ibid.*, 1133-1134.

80. *Ibid.*, 1136.

81. *O.c.*, 276-277.

Door een wetgevende bepaling, die door het Grondwettelijk Hof niet strijdig is bevonden met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, bovendien in samenhang gelezen met o.m. artikel 14 EVRM, strijdig te verklaren met dat laatste artikel, spreekt het Hof van Cassatie niet alleen het Grondwettelijk Hof tegen, maar begeeft het zich tevens op het exclusieve toetsingsdomein van dat Hof. Er kan moeilijk worden beweerd dat, voor de oplossing van het geschil naar aanleiding waarvan de in artikel 26 bedoelde vragen zijn gesteld, het rechtscollege dat de prejudiciële vraag heeft gesteld, zich heeft gevoegd naar het arrest van het Grondwettelijk Hof, zoals vereist door artikel 28 van de bijzondere wet. Nochtans geldt deze verplichting, ook i.g.v. samenloop van grondrechten, onverkort.

Uiteraard heeft het Hof van Cassatie het recht te toetsen aan andere verdragsbepalingen dan deze die een grondrecht waarborgen dat op geheel of gedeeltelijk analoge wijze is gewaarborgd in de Grondwet<sup>82</sup> en dat Hof is bevoegd om een dergelijke door een verdrag bepaalde regel te laten voorgaan op een daarmee strijdige internrechtelijke norm.<sup>83</sup> Maar om uit te maken of er een schending is van een grondrecht, zoals het discriminatieverbod, dat op geheel of gedeeltelijk analoge wijze is gewaarborgd in een bepaling uit titel II van de Grondwet, zoals in de artikelen 10 en 11 ervan, en in een bepaling van Europees of internationaal recht, zoals artikel 14 EVRM, moet het Hof van Cassatie, alsook alle andere Belgische rechtscolleges, bij ontstentenis van een van de uitzonderingsgevallen aangegeven in artikel 26 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof, een prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof en zich voegen naar diens uitspraak. Het Grondwettelijk Hof heeft weliswaar niet het laatste woord inzake de interpretatie van een bepaling van het EVRM. Dat komt toe aan het Europees Hof, doch niet aan enig ander Belgisch rechtscollege. Wanneer dat Hof zou besluiten tot een schending van artikel 14 EVRM, zou het Grondwettelijk Hof niet anders kunnen dan in een gelijkaardige zaak tot een schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet besluiten.

De derde kamer van het Hof van Cassatie lijkt daar allemaal nogal licht mee om te gaan. In zijn arrest (B.4.2 en B.7.1-B.8.2) citeert het Grondwettelijk Hof uitvoerig de arresten *Andrejeva, o.c.*, §§ 76-77 en 83 [met verwijzing naar *Stec et al., o.c.* en o.m. ook naar de beslissing *L.B. t. Oostenrijk*, 18 april 2002], *Carson et al. t. het Verenigd Koninkrijk* (16 maart 2010, §§ 88-90) en *Pichur t. Oekraïne* (7 november 2013, §§ 50-53) van het Europees Hof. Het Grondwettelijk Hof (B.6) verwijst ook naar het Verdrag nr. 102 van de Internationale Arbeidsorganisatie van 1952 dat voorziet in de mogelijkheid dat de verstrekking kan worden geschorst “zolang de betrokkene zich niet op het grondgebied van het Lid bevindt” (art. 69) en in de mogelijkheid de toepassing van het beginsel van gelijke rechten voor niet-onderdanen afhankelijk

82. Ook wat betreft de uitzonderingsgrond van de *acte clair* wordt een onderscheid gemaakt naargelang het al dan niet gaat om de hypothese van de samenloop van grondrechten.

83. Cass. 27 mei 1971, *Franco-Suisse Le Ski, Arr.Cass.* 1971, 959.

te maken van “het bestaan van een bilateraal of multilateraal akkoord waarbij een wederkerigheid voorzien wordt” (art. 68, § 2).

Niets daarvan, zelfs geen verwijzing ernaar in de motivering, kan worden teruggevonden in het arrest van de derde kamer van het Hof van Cassatie. Slechts in de conclusies van de advocaat-generaal wordt kort verwezen naar de Straatsburgse arresten. Dat het Hof van Cassatie – in tegenstelling tot het Grondwettelijk Hof – bijzonder zwaar zou tillen aan het internationaal recht, komt hier niet tot uiting. Trouwens, nergens wordt in dit arrest aangegeven waarin het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM op een zodanige wijze zou verschillen van het discriminatieverbod van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet dat het een verschillende interpretatie mogelijk zou maken. Het gaat hier dus niet, zoals in het *Ski*-arrest<sup>84</sup>, over een toepassing van de primauteit van een door een verdrag bepaalde regel t.o.v. een daarmee strijdige internrechtelijke norm. Het gaat erom dat in het cassatiearrest wordt geoordeeld dat een rechtscollege van de rechterlijke orde de eigen interpretatie mag laten voorgaan op die van het Grondwettelijk Hof. Er is hier geen tegenstelling tussen voor- of tegenstanders van de primauteit van een verdragsregel t.o.v. een grondwettelijke regel maar van de primauteit van de interpretatie van de verwijzende rechter die de vraag heeft gesteld t.o.v. die van het Grondwettelijk Hof die de vraag heeft beantwoord. Of dat in overeenstemming is met de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof kan worden betwijfeld.

Ook de stelling in het arrest dat de reciprociteitsvoorwaarde geen zeer sterke overweging zou zijn, is niet meer dan een bewering waarvoor geen enkel argument wordt aangevoerd. Zoals de advocaat-generaal, en ook het hof van beroep, merkt het Hof van Cassatie (terecht) op dat, indien er een bilaterale socialezekerheidsovereenkomst zou zijn, dat geen verschil zou uitmaken voor het toezicht op de betalingsvoorwaarden van de pensioenen in het buitenland, maar dat is ook niet het oogmerk dat de wetgever met dat onderscheid nastreeft. Met de bestreden pensioenregeling beoogt de wetgever onderdanen van een bepaald land die niet in België verblijven, gelijk te behandelen als Belgen die niet in dat land verblijven. Door de wederkerigheidsvoorwaarde te schrappen, kunnen buitenlanders die niet in België verblijven, pensioenen ten laste van België ontvangen, terwijl Belgen in dezelfde omstandigheden van dat vreemd land geen pensioenen kunnen ontvangen. Deze ongelijkheid wordt veroorzaakt door het arrest van het Hof van Cassatie dat de ene categorie bevoordeltig ten nadele van de andere categorie. Immers, aan Belgen die zich in dezelfde omstandigheden bevinden, wordt nu de hoop ontnomen dat het land waar zij pensioenrechten kunnen laten gelden, nog een socialezekerheidsovereenkomst zal sluiten waardoor die Belgen een pensioen ten laste van dat land zouden kunnen ontvangen.

---

84. *Ibid.*

Omdat bij toetsing van juridische normen aan grondrechten, verschillen van mening niet zeldzaam zijn, i.h.b. wanneer het gaat over toetsing van wetten aan het discriminatieverbod, en omdat de maatschappelijke (en vaak ook budgettaire) gevolgen ervan groot kunnen zijn, heeft de bijzondere wetgever daartoe de exclusieve bevoegdheid verleend aan een bijzonder daartoe samengesteld rechtscollege, nl. het Grondwettelijk Hof. Zoals elk rechtscollege kan ook het Grondwettelijk Hof zich vergissen, maar in het in België uitgewerkte stelsel voor toetsing van wetgevende normen aan grondrechten komt het niet toe aan een (Franstalig) rechtscollege (met vijf leden – en bij uitbreiding aan elk ander rechtscollege – om op eigen gezag de arresten van een bijzonder daartoe samengesteld (tweetalig) rechtscollege met twaalf leden tegen te spreken.

De primordiale opdracht van het Hof van Cassatie bestaat erin de rechtszekerheid te bevorderen door aan de wetten de eenvormige interpretatie te verlenen die de wetgever eraan heeft willen geven en niet in het creëren van rechtsonzekerheid door het buiten toepassing verklaren van door de wetgever gewilde normen. Ook de arresten van het Grondwettelijk Hof op prejudiciële vraag zijn geen vrijblijvende adviezen die enkel moeten worden gevolgd als ze de vraagsteller behagen. Het heeft geen enkele zin dat het verwijzende rechtscollege een prejudiciële vraag stelt aan het Grondwettelijk Hof wanneer het daarna voor het geschil een oplossing aanneemt die tegengesteld is aan het bekomen arrest. Dit lijkt in dit arrest – uitgaande dan nog van het hoogste rechtscollege van de rechterlijke macht – nochtans het geval te zijn. Laat ons hopen dat het een eenmalige “*faux pas*” is, want als voortaan elke rechter kan weigeren een wet toe te passen als hij deze strijdig acht met een verdragsrechtelijke bepaling, ook al heeft het Grondwettelijk Hof geoordeeld dat deze wet niet strijdig is met de analoge grondwetsbepaling, ontstaat er én voor de rechtsstaat én voor de rechtzoekende een uitermate zorgwekkende rechtsonzekerheid.

## AFDELING 4. BIJZONDERE WET VAN 6 JANUARI 1989 OP HET GRONDWETTELIJK HOF<sup>85</sup>

### **Hoofdstuk II. Prejudiciële vragen**

Art. 26. § 1. Het Grondwettelijk Hof doet, bij wijze van prejudiciële beslissing, uitspraak bij wege van arrest op vragen omtrent:

1° de schending door een wet, een decreet of een in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel van de regels die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten;

85. Zoals gewijzigd op 9 maart 2003 (diverse wijzigingen), 12 juli 2009 (wijziging art. 26), 21 februari 2010 (diverse wijzigingen; vervanging van “Arbitragehof” door “Grondwettelijk Hof”), 6 januari 2014 (wijziging o.m. van art. 26) en 4 april 2014 (diverse wijzigingen).

2° onverminderd 1°, elk conflict tussen decreten of tussen regels bedoeld in artikel 134 van de Grondwet, die uitgaan van verschillende wetgevers en voor zover het conflict ontstaan is uit hun onderscheiden werkingssfeer;

3° de schending door een wet, een decreet of een in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel van de artikelen van titel II “De Belgen en hun rechten”, en de artikelen 170, 172 en 191 van de Grondwet.

4° de schending door een wet, een decreet of een in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel, van artikel 143, § 1, van de Grondwet.

§ 1bis. Van het toepassingsgebied van dit artikel worden uitgesloten de wetten, de decreten en de in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regels waardoor een constituerend verdrag betreffende de Europese Unie of het Verdrag van 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden of een Aanvullend Protocol bij dit Verdrag instemming verkrijgt.

§ 2. Indien een vraag te dien aanzien wordt opgeworpen voor een rechtscollege, dan moet dit college het Grondwettelijk Hof verzoeken op deze vraag uitspraak te doen.

Het rechtscollege is daartoe echter niet gehouden:

1° wanneer de zaak niet door het betrokken rechtscollege kan worden behandeld om redenen van onbevoegdheid of niet-ontvankelijkheid, tenzij wanneer die redenen ontleend zijn aan normen die zelf het onderwerp uitmaken van het verzoek tot het stellen van de prejudiciële vraag;

2° wanneer het Grondwettelijk Hof reeds uitspraak heeft gedaan op een vraag of een beroep met een identiek onderwerp.

Het rechtscollege waarvan de beslissing vatbaar is voor, al naar het geval, hoger beroep, verzet, voorziening in cassatie of beroep tot vernietiging bij de Raad van State, is daartoe evenmin gehouden wanneer de wet, het decreet of de in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel een regel of een artikel van de Grondwet bedoeld in § 1 klaarblijkelijk niet schendt of wanneer het rechtscollege meent dat het antwoord op de prejudiciële vraag niet onontbeerlijk is om uitspraak te doen.

§ 3. Behalve wanneer ernstige twijfel bestaat over de verenigbaarheid van een wet, een decreet of een in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel met een van de in § 1 bedoelde regels of artikelen van de Grondwet en geen vraag of beroep met hetzelfde onderwerp bij het Hof aanhangig is, is een rechtscollege zowel in het geval de vordering spoedeisend is en de uitspraak over de vordering slechts een voorlopig karakter heeft, als in het geval het een procedure ter beoordeling van de handhaving van de voorlopige hechtenis betreft, er niet toe gehouden een prejudiciële vraag te stellen.

§ 4. Wanneer voor een rechtscollege de schending wordt opgeworpen door een wet, een decreet of een in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel van een grondrecht dat op geheel of gedeeltelijk analoge wijze is gewaarborgd in een bepaling uit titel II van de Grondwet en in een bepaling van Europees of internationaal recht, dient het rechtscollege eerst aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag te stellen over de verenigbaarheid met de bepaling uit titel II van de Grondwet. Indien voor het

rechtscollege slechts de schending van de bepaling van Europees of internationaal recht wordt opgeworpen, dient het rechtscollege, zelfs ambtshalve, na te gaan of titel II van de Grondwet een geheel of gedeeltelijk analoge bepaling bevat. Deze verplichtingen doen geen afbreuk aan de mogelijkheid van het rechtscollege om, tegelijkertijd of op een later tijdstip, ook een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te stellen. In afwijking van het eerste lid geldt de verplichting een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof niet:

1° in de gevallen bedoeld in de paragrafen 2 en 3;

2° wanneer het rechtscollege oordeelt dat de bepaling uit titel II van de Grondwet klaarblijkelijk niet geschonden is;

3° wanneer het rechtscollege oordeelt dat uit een arrest van een internationaal rechtscollege blijkt dat de bepaling uit het Europees of internationaal recht klaarblijkelijk geschonden is;

4° wanneer het rechtscollege oordeelt dat uit een arrest van het Grondwettelijk Hof blijkt dat de bepaling uit titel II van de Grondwet klaarblijkelijk geschonden is.

Art. 27. § 1. Prejudiciële vragen worden bij het Hof aanhangig gemaakt door overzending van een door de voorzitter en door de griffier van het rechtscollege ondertekende expeditie van de beslissing tot verwijzing.

§ 2. De beslissing tot verwijzing vermeldt de bepalingen van de wet, het decreet of de in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel die het onderwerp uitmaken van de vraag; in voorkomend geval preciseert zij bovendien welke artikelen van de Grondwet of van de bijzondere wetten ter zake dienend zijn. Het Grondwettelijk Hof kan evenwel de gestelde prejudiciële vraag herformuleren.

Art. 28. Het rechtscollege dat de prejudiciële vraag heeft gesteld evenals elk ander rechtscollege dat in dezelfde zaak uitspraak doet, moeten voor de oplossing van het geschil naar aanleiding waarvan de in artikel 26 bedoelde vragen zijn gesteld, zich voegen naar het arrest van het Grondwettelijk Hof.

Art. 29. § 1. Tegen de beslissing van een rechtscollege kan, in zover dit aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag stelt, geen enkel rechtsmiddel worden aangewend.

§ 2. De beslissing waarbij een rechtscollege weigert een prejudiciële vraag te stellen, moet de redenen van de weigering aangeven. Tegen de beslissing van een rechtscollege kan, in zover dit een dergelijke vraag weigert te stellen, geen afzonderlijk rechtsmiddel worden aangewend.

Art. 30. De beslissing om aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag te stellen schort de procedure en de termijnen van procedure en verjaring op vanaf de datum van die beslissing tot de datum waarop het arrest van het Grondwettelijk Hof ter kennis wordt gebracht van het rechtscollege dat de prejudiciële vraag heeft gesteld. Een afschrift ervan wordt aan de partijen gezonden.



Het rechtscollege kan evenwel, zelfs ambtshalve, de vereiste voorlopige maatregelen nemen, onder meer om de bescherming te verzekeren van de rechten die door de rechtsorde van de Europese Unie zijn toegekend.



# **PREJUDICIËLE VRAGEN VOOR HET HOF VAN CASSATIE EN HET BENELUX GERECHTSHOF**

Ivan VEROUGSTRAETE  
Ere-voorzitter van het Hof van Cassatie



## AFDELING 1. PREJUDICIËLE VRAGEN IN HET ALGEMEEN

### § 1. *Prejudiciële vragen: de uitzondering op de regel*

#### A. Verbod van delegatie

1. Prejudiciële vragen maken reeds lang deel uit van het Belgisch gerechtelijk landschap.<sup>1</sup> Hun aard is zeer verschillend en daarenboven kan de aard ervan in de tijd evolueren zoals het geval geweest is van de prejudiciële vragen gericht aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

De rechter aan wie een geschil wordt voorgelegd, moet dit geschil in beginsel oplossen of zich onbevoegd verklaren. Naar een derde verwijzen voor de oplossing van het geschil druist in de regel in tegen de opdracht van de rechter. De rechter die een prejudiciële vraag stelt, delegeert in werkelijkheid een deel van zijn bevoegdheid aan een andere gerechtelijke of politieke instantie. Hij zal dit alleen mogen doen als een uitdrukkelijke wet dit toelaat *c.q.* dit aan de rechter oplegt.<sup>2</sup> Het verbod te delegeren raakt de openbare orde.<sup>3</sup> Naar de woorden van P. MARTENS: “S’en remettre à autrui pour décider est un péché mortel pour le juge.”<sup>4</sup> Prejudiciële vragen stellen in de grenzen van het wettelijk toelaatbare of verplichtend wordt thans beschouwd als een vorm van dialoog eerder dan een afstand van bevoegdheid, maar die dialoog blijft een afwijking op de normale gang van zaken.

#### B. Aard van de prejudiciële procedure

2. Niet alle prejudiciële procedures zijn het gevolg van prejudiciële vragen gesteld door een rechter aan een andere overheidsinstantie. Bepaalde prejudiciële procedures zijn het gevolg van de opsplitsing tussen de opdrachten van twee rechterlijke instanties waarbij het eerder aan de partijen toekomt om de verplichte coördinatie te bewerkstelligen.

In bepaalde complexe geschillen zullen twee rechtbanken bevoegd zijn om ten gronde te oordelen over één betwisting. Dit gebeurt bv. bij geschillen ontstaan voor een faillissement en waarin ingevolge de samenloop die het gevolg is van een faillissement, de insolventierechter en een andere “natuurlijke” rechter zullen samenwerken.

1. Zie J.B. HOFFMANN, *Traité théorique et pratique des questions préjudicielles*, 3 delen, Brussel 1865-1870; C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil, De la compétence*, Larcier, 1981, p. 22-32.

2. Art. 11 Ger.W.; zie hierover P. SCHOLLEN, “Het begrip ‘prejudiciële vraag’, de techniek en de plaats in de procedure” in J. GHYSELS en B. VANLERBERGHE, *Prejudiciële vragen. De techniek in kaart gebracht*, Intersentia, 2013, p. 1.

3. Cass. 14 september 1992, AR 9311.

4. “Préface” in C. NAOME, *Le renvoi préjudiciel en droit européen*, Larcier, 2007, p. 7.

De arbeidsrechtbank zal bv. uitspraak doen over de beëindiging van een arbeidsovereenkomst terwijl de faillissementsrechtbank de vordering zal opnemen in het passief en uitspraak doen over de rang van de vordering. De beslissing van de rechtbank van koophandel de zaak aan te houden tot wanneer de arbeidsrechtbank heeft beslist, is geen eigenlijke prejudiciële beslissing.

Een analogo geval doet zich voor bij de toepassing van de artikelen 17 en 18 Sv. Een partij kan in een strafzaak ertoe verplicht zijn een prejudicieel geschil omtrent een zakelijk recht bij de burgerlijke rechter aanhangig te maken. Een ander voorbeeld betreft het bewijs van afstamming (art. 331, § 2 BW). Deze materie is verwant met de materie van de excepties.<sup>5</sup>

In de hiernavolgende uiteenzetting gaat het niet om dergelijke gevallen maar wel om vragen die een rechter krachtens een wettelijke toelating of verplichting aan een overheidsinstantie stelt. Deze vragen leiden tot een vorm van gedeelde bevoegdheidsverdeling die zeer verscheiden gedaanten aanneemt die hierna **sub B** zullen worden omschreven terwijl **sub C** wij enkele algemene kenmerken van de prejudiciële procedures zullen omschrijven.

## § 2. *Typologie van de prejudiciële vragen*

### **A. Prejudiciële vragen in het licht van een te voeren politiek beleid; de verplichting een vraag te stellen**

3. Prejudiciële procedures kunnen onderverdeeld worden naargelang hun strekking. De prejudiciële procedure voorzien in het Europees Unierecht en in het Belgisch grondwettelijk recht strekt er niet alleen toe om een eenvormige uitlegging te bevorderen van de normen, maar dient ook om een bepaalde gezagsstructuur uit te bouwen waarin de overheid naar wie verwezen wordt en die niet noodzakelijk tot de rechterlijke macht behoort, de normen ordent en het politiek landschap medebepaalt.

De bevoegdheid toegekend aan het Hof van Justitie van de Europese Unie en aan het Belgisch Grondwettelijk Hof overstijgt de klassieke scheiding der machten zoals zij traditioneel werd geconcipieerd. Zij is een teken van een functionele scheiding der machten eerder dan van een institutionele scheiding. De scheiding der machten als een soort Ueberprinzip beschouwen van de organisatie van de staat is niet meer mogelijk in de huidige publieke structuren.

---

5. Zie *Pand.b., Questions préjudicielles devant les tribunaux civils*, nr. 2.

Het Europa van heden is een soort subsysteem van de internationale rechtsorde<sup>6</sup> maar is zeker niet uniek. Het Hof van Justitie heeft een bijzondere politieke verantwoordelijkheid verkregen of verworven in de uitbouw van de Europese pre-federatie en zijn taak bestaat er niet uitsluitend in te waken over de eenvormigheid van de uitlegging van de Europese wetgevende norm. De prejudiciële procedure heeft – anders dan de stichters van de Europese entiteit het dachten – de status verworven van een kroonjuweel van de Europese politieke integratie.

Het Grondwettelijk Hof oefent toezicht uit op de wijze waarop de parlementen zich kwijten van hun verplichting de Grondwet na te leven en moet ook waken over de naleving van de bevoegdheidsverdeling in de Belgische staat tussen de federale staat en de deelentiteiten. Het Hof heeft zijn bevoegdheid zeer ruim geconcipieerd. Wat bijzonder opvalt, is hoe via het non-discriminatiebeginsel van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, het Grondwettelijk Hof niet alleen de wet aan de Grondwet toetst (de referentienorm) maar steeds verdergaat in de uitlegging van de te toetsen norm – wat uiteraard leidt tot spanningen met de rechterlijke orde aan wie de uitlegging van wetten en decreten is voorbehouden.

4. De wijze waarop die overheden hun bevoegdheid uitoefenen – niet alleen in België maar ook in andere landen – vertoont vaak enkele typerende elementen.

Zij kunnen uitspraak doen over de geldigheid van de te toetsen norm. Zo kan het Grondwettelijk Hof, in het raam van een prejudiciële vraag, uitspraak doen over de geldigheid van wetten.

Dergelijke entiteiten stellen zich zeer flexibel op bij de beoordeling van hun eigen bevoegdheid. Zowel het Hof van Justitie van de Europese Unie als het Grondwettelijk Hof zullen de strekking hebben in bepaalde domeinen de pertinentie van de vraag te beoordelen, terwijl dit strikt genomen niet tot hun bevoegdheid behoort.<sup>7</sup>

De entiteiten zullen zich ook niet overmatig bekommeren over de **procedurele context** waarin de vraag wordt gesteld (bv. om na te gaan of er rechtsmiddelen zijn uitgeoefend tegen de prejudiciële verwijzing en of überhaupt vragen mochten gesteld worden volgens de procesregels die de werking van de verwijzingsrechter beheersen).

6. H.C.F.J.A. DE WAELE, *Rechterlijk activisme en het Europees Hof van Justitie*, Boom Juridische uitgever, 2009, p. 70.

7. NAOMÉ omschrijft het voortreffelijk. “Dans de nombreux cas, la Cour répond de manière brève par la formule de principe selon laquelle c’est aux juridictions nationales saisies d’un litige qu’il appartient d’apprécier tant la nécessité d’une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre leur jugement que la pertinence des questions qu’elles posent à la Cour. La brièveté de cette réponse ne devrait cependant pas tromper sur le fait que, malgré la phrase utilisée, la Cour contrôle la pertinence des questions, ni sur l’énergie consacrée à cet examen, parfois bien supérieur à l’énergie requise par la réponse aux questions” (*Le renvoi préjudiciel en droit européen. Guide pratique*, Larcier, 2007, p. 104).

Krachtens de regels die de werking van de verwijzingsrechter beheersen kan bv. geen nieuw middel meer worden aangevoerd omdat dit proceduraal niet meer tijdig zou zijn. Het Hof van Justitie heeft reeds geoordeeld dat dit er niet aan in de weg mag staan dat de verwijzingsrechter toch een prejudiciële vraag moet stellen ook al is het middel te laat opgeworpen volgens de interne procesregels.<sup>8</sup>

Die typische aard uit zich ook wat betreft het **bindend gezag van de beslissing**. De internationale gerechten maar ook het Grondwettelijk Hof beschouwen hun beslissingen op een prejudiciële vraag hetzij als bindend *erga omnes* hetzij als virtueel bindend *erga omnes*.

Deze uitbreiding heeft een stevige politieke grond. Het Hof van Justitie heeft zich een taak toegemeten die ver buiten de grenzen lag van de wil van de oprichters van de Europese Economische Gemeenschap. Aldus werd bv. bij de discussie over het voormalig artikel 177 EEG, op politiek vlak beslist dat het Hof geen uitsluitende bevoegdheid mocht hebben voor de uitlegging van het verdrag en evenmin voor de uitspraak over de geldigheid en uitlegging van afgeleide wetgeving. De prejudiciële procedure was een uitzondering op de regel die alleen maar aan een beperkt aantal personen in een beperkt aantal omstandigheden toeliet een zaak voor het Hof aanhangig te maken.<sup>9</sup> In het rapport SPAAK van 1956 (p. 25) was zelfs geen sprake van enige prejudiciële bevoegdheid; alleen directe beroepen werden overwogen. Het Hof van Justitie heeft niet gewacht op een wijziging van het EEG-Verdrag om via de uitlegging zijn bevoegdheid te verruimen zodat de prejudiciële bevoegdheid een centrale positie heeft verworven in de werking van de Europese instellingen.

Het is kenmerkend dat de **opperste gerechtshoven** (Hof van Cassatie, Hoge Raad enz.) **verplicht** worden prejudiciële vragen te stellen aan een entiteit die **buiten** de (nationale) rechterlijke macht staat. Dit laat toe via de omweg van de opperste gerechtshoven die verplicht worden prejudiciële vragen te stellen, een efficiënt toezicht te houden op de volledige rechtspraak.

De integratie van deze prejudiciële procedures in de rechtspleging is niet vanzelfsprekend in een democratische rechtsorde. De uitlegging van wetten behoort er toe aan de hoven en rechtbanken en de bindende kracht van uitspraken van een niet-nationale instantie of van een instantie die grondwettelijk buiten de rechterlijke macht staat, is niet vanzelfsprekend voor hoven en rechtbanken vertrouwd met de idee dat alleen het (nationale) parlement bevoegd is een authentieke uitleg te geven aan de wettelijke bepalingen.

8. Zie hierover HvJ 14 december 1995, C-312/93; J. STEENBERGEN, "Ambtshalve toepassing van het EU-mededingingsrecht", *SEW* 2011, p. 59; M. DASSESE, "L'arrêt Petercam", *JDF* 1996, 169-174.

9. Doc. MAE 524/57, geciteerd in NERI SPERL, *Traité instituant la Communauté économique européenne – Travaux préparatoires (...)*, Cour de justice des CE Luxembourg 1960, sub art. 177.



## **B. De prejudiciële vragen die minder rechtstreeks gecentreerd zijn op het beleid en meer op de uniformiteit van de uitlegging van wetten of decreten**

5. Prejudiciële vragen in de nationale sfeer – te dezen de prejudiciële vragen over mededinging gericht aan het Hof van Cassatie – hebben hun aard bewaard van techniciteit, met klemtoon op de eenheid van rechtspraak. De vraag van de geldigheid van de te toetsen norm komt hier niet op de voorgrond en kan slechts incidenteel rijzen.

Een gelijkaardige adviesbevoegdheid (maar meer uitgebreid) is verleend aan de Nederlandse Hoge Raad (wet van 9 februari 2012 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Wet op de rechterlijke organisatie in verband met de invoering van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan de civiele kamer van de Hoge Raad) en aan het Franse Hof van Cassatie. Deze procedures hebben een overwegend technische aard om de rechtsvrede preventief te bewerkstelligen. Zij zijn vrijwillig van aard. Een ander gelijkaardig model is dit gegeven door de Cour commune de justice et d'arbitrage van de OHADA (art. 14 verdrag) (de CCJA heeft ook een cassatiebevoegdheid: art. 13 verdrag).

De prejudiciële procedures, zoals die van het Hof van Cassatie van België of het Benelux Gerechtshof hebben een meer beperkte ambitie dan de prejudiciële procedures gevoerd voor het Hof van Justitie of het Grondwettelijk Hof. Het doel is louter de bevordering van een eenvormige uitlegging van de wet en niet de handhaving of bevordering van een federale of confederale rechtsorde.

## **C. Conclusie**

6. Het beeld van de prejudiciële vragen is dus complex. Zoals onder C hieronder zal gezien worden, vertoont de techniek van de prejudiciële vraag enkele gemeenschappelijke kenmerken ook al is het doel van de prejudiciële vraagstelling soms zeer uiteenlopend. In het geval van het Europees Hof van Justitie en het Grondwettelijk Hof is de politieke taak overwegend. Zowel Europees als Belgisch kon het evenwel politiek niet aanvaard worden dat die twee instellingen die buiten de nationale rechterlijke macht staan, een directe cassatiebevoegdheid zouden krijgen. De prejudiciële weg is dan een aanvaardbaar en soms vruchtbaar compromis gebleken.

### § 3. *Gemeenschappelijke kenmerken voor alle prejudiciële procedures*

#### **A. Een geschil dat de rechter kan beoordelen**

7. Er zijn gemeenschappelijke kenmerken aan alle types van prejudiciële procedures die in dit opstel bedoeld zijn en dus gelden voor de prejudiciële vragen aan het Benelux Gerechtshof en het Hof van Cassatie.

De rechter zal en mag alleen verwijzen indien een **geschil rechtsgeldig** bij hem aanhangig is gemaakt. Als de vordering niet ontvankelijk is om een reden die vreemd is aan de inhoud van de prejudiciële vraag of als hij onbevoegd is om het geschil dat voor hem gebracht is, te beslechten, zal hij de zaak niet verwijzen tenzij zijn bevoegdheid zelf het voorwerp is van de prejudiciële vraag. Als de aanhangig gemaakte zaak niet ontvankelijk is wegens bv. een vormgebrek of een reden van verval, zal de rechter uiteraard geen prejudiciële vraag stellen over de rechtsproblemen die het bodemgeschil stelt.

Er moet ook een daadwerkelijk geschil zijn, anders kan er ook geen echte vraag rijzen.

Een bijzonder geval van niet-ontvankelijkheid is dit waarbij de partijen een fictief geding instellen om een prejudiciële vraag te kunnen stellen. De reden waarop de rechter steunt om een prejudiciële vraag af te wijzen, is in dergelijk geval niet volledig vreemd aan de inhoud van de prejudiciële vraag, maar is wel in hoofdorde een reden van processuele aard.<sup>10</sup> Iets ruimer dan de vraag of het geding niet fictief is, is de vraag of er een echte “vraag” opgeworpen wordt. Het moet ook een echte d.i. niet hypothetische vraag zijn.<sup>11</sup>

Bepaalde wetgevingen expliciteren deze regel, hoewel dit niet echt nodig is omdat de regel volgt uit de aard zelf van de prejudiciële vraag.

#### **B. De rechter die verwijst, oordeelt over de pertinentie – een beginsel dat afgezwakt wordt**

8. De rechter die een prejudiciële vraag stelt (ambtshalve of op verzoek van de partijen) beslist vrij of het beantwoorden van de vraag die hij zou stellen hem kan vooruithelpen in de oplossing van het geschil, m.a.w., of de vraag relevant is. De beoordeling of de vraag relevant is, behoort tot zijn opdracht en taak en is in feite de eerste stap in zijn

10. Zie HvJ 11 maart 1980, 104/79, *Foglia Novello, Rec.*, p. 745.

11. HvJ 16 juli 1992, C-38-91, *Meilicke, Rec.*, I-4871.

redenering.<sup>12</sup> Dit geldt zowel voor vragen aan het Benelux Gerechtshof als aan het Hof van Cassatie.

Dit wordt ook bevestigd door o.m. het Hof van Justitie van de Europese Unie en ook het Belgisch Grondwettelijk Hof, maar dit lijkt wel enigszins op lip service wanneer de rechter naar wie verwezen wordt zelf oordeelt dat het antwoord een zgn. nuttig effect moet hebben en dit aangrijpt om de vraag naar zijn hand te zetten.<sup>13</sup>

Een bijzondere toepassing van deze relevantietoets is de leer van het Hof van Cassatie – het Hof is in beginsel verplicht prejudiciële vragen te stellen aan het Grondwettelijk Hof, het Benelux Gerechtshof en het HvJ – die ertoe strekt dat het Hof van Cassatie **geen** prejudiciële vraag stelt wanneer een **middel** waarop de prejudiciële vraag is gebaseerd, zelf niet ontvankelijk is of moet worden verworpen om een reden die onafhankelijk is van de gestelde vraag. Die leer is een cruciale filter voor het stellen van vragen aan het Grondwettelijk Hof. Formeel laat de wet aan het Hof van Cassatie alleen toe **geen** vraag te stellen wanneer het **cassatieberoep zelf** niet ontvankelijk is. Die uitbreiding is thans een vaste rechtspraak die ook wordt toegepast voor vragen aan het Hof van Justitie. Zij zal gevolgen hebben voor de redactie van de arresten van het Hof van Cassatie. De middelen zullen voor het Hof enige prejudiciële vraag stelt, onderzocht worden i.h.b. naar hun ontvankelijkheid.

## C. De eindbeslissing hoort aan de rechter die de vraag stelde

9. Het is ook inherent aan de aard van de prejudiciële vraag dat de rechter die de prejudiciële vraag stelt, bevoegd blijft om het geschil te beslechten dat hem is voorgelegd en dat de instantie naar dewelke verwezen wordt niet mag beslissen wat aan de rechter die hem de vraag heeft voorgelegd, toekomt.

Dit houdt in dat de instantie die het antwoord geeft, verplicht zal zijn niet alleen binnen de grenzen van de vraag te blijven maar desgevallend ook zich te onthouden van een antwoord dat aan de rechter zijn fundamentele bevoegdheid zou ontnemen het geschil te beslechten. Het is inderdaad zo dat bepaalde instanties aan wie een vraag gesteld wordt op basis van de verplichting een nuttig antwoord te geven op de vraag verdergaan dan de vraag, de vraag herformuleren om te komen tot een nieuw concept waarbij nog *ultra petita* redenen aan het antwoord kunnen worden toegevoegd. Dit strijdt met de aard van de prejudiciële vraag. De instantie naar dewelke verwezen wordt zal altijd rekening moeten houden met een zekere mate van abstractie om niet op de stoel te zitten van de rechter die haar de vraag heeft gesteld.

12. Zie bv. Cass. 2 december 1999, AR P09.1087.F; RvS 28 maart 2000, nr. 86.304.

13. Zie bv. HvJ 6 november 2008, C-248-07, *Trespa International bv*, r.o. 32-33; GwH 28 februari 2013, 19/2013.

Soms staat de rechtsleer kritisch tegenover het Hof van Justitie dat onvoldoende rekening zou houden met de concrete omstandigheden van de zaak. Deze kritiek is meestal onterecht. Het Hof moet zich terughoudend opstellen, zo weinig mogelijk het geschil zelf beoordelen en vermijden zo precies te zijn in de uitlegging van de norm dat er niets meer te beoordelen valt.

De rechter die de vraag gesteld heeft, blijft natuurlijk vrij, ook al heeft het arrest van het Hof van Justitie of het Grondwettelijk Hof een bindende kracht voor de rechter die de vraag stelde, al dan niet enig effect te geven aan de beschouwingen die obiter zijn gemaakt.

**10.** Deze beginselen hebben geleid tot een opvallende toepassing die de meningen verdeelt. Het Hof van Cassatie had in een zaak S.12.0008.N op 27 mei 2013 een prejudiciële vraag gesteld aan het Grondwettelijk Hof over de bestaanbaarheid van artikel 27 van het KB nr. 50 van 24 oktober 1967 betreffende het rust- en overlevingspensioenen van werknemers (een volmachtbesluit) met de artikelen 10, 11, 16 en 191 van de Grondwet. Het Hof van Cassatie stelde **nadrukkelijk geen vraag** over de bestaanbaarheid van die wettelijke bepaling met artikel 14 EVRM en behield zich dus het recht voor daarover te oordelen nadat het Hof het antwoord zou ontvangen hebben van het Grondwettelijk Hof. De eiser in cassatie had schending aangevoerd van artikel 14 EVRM maar het Hof van Cassatie hield dit aspect uit de prejudiciële vraag.

Het Grondwettelijk Hof besliste op 6 juni 2014 dat “de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 1 van het Eerste aanvullend protocol bij het Europees verdrag voor de rechten van de mens, met artikel 14 van hetzelfde Verdrag en met artikel 26 van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten” (B.12). Het Grondwettelijk Hof betrok aldus artikel 14 EVRM in het antwoord. Het deed dit nadat het eerst aan de vraag gesteld door het Hof van Cassatie een zaak gevoegd had van een arbeidshof dat wél artikel 14 EVRM in de vraag had vermeld.

Na het antwoord te hebben ontvangen, besliste het Hof van Cassatie bij arrest van 15 december 2014 dat de genoemde wetsbepaling (KB nr. 50) wel degelijk een schending inhield van artikel 14 EVRM.

Het arrest van het Hof van Cassatie houdt een dubbele lering in. Het gezag van het Grondwettelijk Hof is beperkt tot het antwoord op de gestelde vraag; de rechter van de rechterlijke orde is de eerste rechter over de verzoenbaarheid van de nationale normen met een internationale rechtstreeks werkende bepaling en wanneer hij, zoals het hoort, eerst de omweg maakt van het Grondwettelijk Hof i.v.m. het grondwettelijk recht, mag hij na ontvangen van het antwoord vrij beslissen over de bestaanbaarheid met direct werkende internationaalrechtelijke bepalingen. Dit is ook zo wanneer de

bepalingen van het internationaal of Europees recht sterk gelijken op de nationale bepalingen, want het is geenszins zeker dat zelfs identiek geformuleerde normen dezelfde inhoud hebben.

Het eindresultaat van deze discordantie is natuurlijk een nogal vervelende onzekerheid. De toestand had kunnen vermeden worden indien het Grondwettelijk Hof, door twee prejudiciële zaken te voegen, niet als het ware een nieuwe prejudiciële vraag gecreëerd had die niet afgestemd was op de wensen van een van de dialoogpartners.

## AFDELING 2. PREJUDICIËLE VRAGEN AAN HET BENELUX GERECHTSHOF

### § 1. *Principiële bevoegdheid van het Benelux Gerechtshof*

#### A. Benelux-Verdrag

##### 1. BESTAANDE REGEL

**11.** Het verdrag is tot stand gekomen in een sfeer van uitgesproken scepsis t.a.v. het Benelux-recht. Het was dus zeker niet de bedoeling om van de prejudiciële procedure een belangrijk sluitstuk te maken van de verdragen. Nochtans was het beseft dat de eenheid van uitlegging belangrijk was, voldoende sterk om de aarzelingen te overbruggen. Het verdrag is evenwel nooit een instrument geworden van politieke integratie.

De samenstelling van het Hof – zonder permanente leden maar samengesteld uit leden van de drie opperste gerechtshoven – garandeerde dat het Hof geen financiële last zou worden voor de lidstaten of blind zou worden voor de noden van het nationaal recht. De omstandigheid dat het Hof alleen bevoegd was om uitleg te geven van een beperkt aantal materies had de verdienste in de ogen van de wetgever een te sterke centripetale werking van de rechtspraak van het Benelux Gerechtshof te vermijden.

**12.** Het cruciale verschil met de Europese Unie is dat de Benelux geen volwaardige autonome rechtsorde vormt terwijl dit (bijna) anders is in de Europese context. Daarom is de rol van het Benelux Gerechtshof ontologisch verschillend van de rol van het HvJ.

Krachtens het Verdrag van 31 maart 1965, betreffende de instelling en het statuut van een Benelux Gerechtshof, ondertekend te Brussel, *BS* 11 december 1973, is de taak van het Hof de volgende:

Artikel 1, tweede lid:

*“Het Hof heeft tot taak de gelijkheid te bevorderen bij de toepassing van rechtsregels, welke gemeen zijn:*

*a) aan de drie Benelux-landen en welke zijn aangewezen:*

- hetzij bij verdrag;*
- hetzij bij een beschikking van het krachtens het Verdrag van 3 februari 1958 tot instelling van de Benelux Economische Unie ingestelde Comité van Ministers;*

*b) aan twee der Benelux-landen en welke zijn aangewezen bij een tussen die landen in werking getreden verdrag, ondertekend door de drie Benelux-landen”.*

Die bevoegdheid wordt uitgeoefend hoofdzakelijk bij middel van de beantwoording van prejudiciële vragen gesteld door de hoven en rechtbanken van de Benelux-landen.

De prejudiciële procedure wordt nader omschreven in artikel 6 van het verdrag. Artikel 6 van het verdrag luidt:

*“1. In de hierna omschreven gevallen neemt het Benelux-hof kennis van vragen betreffende de uitleg van rechtsregels, aangewezen krachtens artikel 1, voor zover deze zijn gerezen in zaken aanhangig hetzij bij een rechtscollege van één der drie landen dat zitting houdt binnen hun grondgebied in Europa, hetzij bij het in het Unieverdrag bedoelde college van Scheidsrechters.*

*2. Wanneer blijkt dat een uitspraak in één voor een nationaal rechtscollege aanhangige zaak meebrengt de beantwoording van een vraag van uitleg van een krachtens artikel 1 aangewezen rechtsregel, kan dat rechtscollege, indien het van mening is dat een beslissing op dit punt noodzakelijk is om vonnis te kunnen wijzen, ook ambtshalve zijn definitieve uitspraak opschorten teneinde een beslissing van het Beneluxhof over de vraag van uitleg uit te lokken.*

*3. Indien aan de voorwaarden, omschreven in het voorgaande lid is voldaan, is een nationaal rechtscollege, tegen de uitspraken waarvan krachtens het nationale recht geen beroep kan worden ingesteld, verplicht de vraag van uitleg aan het Beneluxhof voor te leggen.*

*4. Het in lid 2 of lid 3 bedoelde rechtscollege zal dit echter niet doen:*

*1° indien het van oordeel is, dat er redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan omtrent de oplossing van de gerezen vraag van uitleg;*

*2° indien de zaak wegens haar spoedeisend karakter geen uitstel gedooft.*

*Voorts kan het rechtscollege nalaten de vraag aan het Beneluxhof voor te leggen, indien het zich verenigt met een reeds eerder door het Beneluxhof in een andere zaak of bij advies op dezelfde vraag gegeven antwoord.*

*5. De beslissing waarbij uitleg wordt gevraagd omschrijft de feiten, waarop de door de Beneluxhof te geven uitleg moet worden toegepast. Van de beslissing behoeft noch grosse te worden gelicht noch betekening te worden gedaan. Ambtshalve wordt een door de griffier voor conform getekend afschrift der*

*beslissing zo spoedig mogelijk aan het Beneluxhof toegezonden. Dit doet daarvan afschrift toekomen aan de Ministers van Justitie van de drie landen. Het Hof kan overlegging van de dossiers verlangen.*

*6. Het rechtscollege, dat zonder tegelijkertijd een eindbeslissing te wijzen overeenkomstig de tweede alinea van dit artikel beslist over de wenselijkheid om een vraag van uitleg aan het Beneluxhof voor te leggen, kan bepalen of een rechtsmiddel, dat tegen die beslissing openstaat, onmiddellijk kan worden aangewend dan wel gelijk met een rechtsmiddel tegen de eindbeslissing”.*

**13.** Artikel 6 van het verdrag dat hiervoren is weergegeven, preciseert in welke omstandigheden een rechtscollege verplicht kan worden een prejudiciële vraag te stellen. Als een nationaal rechtscollege gelden niet alleen de rechterlijke instanties maar eveneens instanties zoals het Grondwettelijk Hof en de Raad van State.<sup>14</sup>

De verplichting wordt opgeheven krachtens datzelfde artikel in de gevallen van de “*acte clair*” (art. 6, vierde lid, 1<sup>o</sup>) of de “*acte éclairé*” (art. 6, vierde lid *in fine*) of nog indien de zaak wegens haar spoedeisend karakter geen uitstel gedooft. Deze laatste categorie laat enige ruimte voor uitlegging. De loutere omstandigheid dat de zaak in kort geding of zoals in kort geding is ingeleid, betekent nog niet *per se* dat de zaak geen uitstel gedooft.

## 2. BEVOEGDHEDEN TOEGEKEND IN HET PROTOCOL VAN 15 OKTOBER 2012

**14.** In een Protocol op 15 oktober 2012 gesloten tussen de drie Benelux-landen maar op 1 april 2015 nog niet geratificeerd door België, bepaalt de tekst van artikel 1, sub 2 en 3, zoals gewijzigd, het volgende:

*“2. Het Hof heeft tot taak de gelijkheid te bevorderen bij de toepassing van rechtsregels die gemeen zijn aan de Benelux-landen. Ter uitvoering van deze taak beschikt het Hof over:*

*a. De bevoegdheid kennis te nemen van vragen betreffende de uitleg van rechtsregels;*

*b. Rechtsprekende bevoegdheid;*

*c. Adviserende bevoegdheid.*

*3. De bevoegdheden bedoeld in lid 2, onder (a) en (c) worden uitgeoefend ten aanzien van rechtsregels welke, hetzij bij verdrag, hetzij bij een beschikking van het Comité van Ministers van de Benelux-Unie zijn aangewezen. (...)”.*

Die uitbreiding van bevoegdheid is een coperniciaanse revolutie: de klemtoon van de bevoegdheid van het Hof zal liggen in zijn rechtsprekende functie wat niet betekent dat de uitleggingsfunctie hierdoor vermindert. Die evolutie differentieert het Benelux

<sup>14</sup>. Zie Beneluxhof 22 maart 2013, A 11/2.

Gerechtshof van het Europees Hof waarvan de bevoegdheid meer gecentreerd is op de prejudiciële procedure.

De samenstelling van het Hof wordt ook gewijzigd in die zin dat voor de eerste kamer (die kennis neemt o.a. van de prejudiciële verzoeken maar ook cassatiebevoegdheid heeft voor geschillen van intellectuele eigendom), een beperkte samenstelling mogelijk is, terwijl een tweede kamer wordt gecreëerd, samengesteld uit magistraten van de hoven van beroep van de drie landen, die kennis zal nemen van beroepen tegen beslissingen van het Bureau van de Intellectuele eigendom.

De prejudiciële procedure zelf wordt door het Protocol niet gewijzigd maar krijgt wel een facelift.

De behandeling wordt een stuk efficiënter gemaakt in het ontwerp Reglement van Orde en Reglement van procesvoering, die in april 2015 aan het Benelux Gerechtshof ter goedkeuring en advies worden voorgelegd.

## **B. Normen waarover uitlegging kan worden gevraagd (*de lege lata*)**

**15.** Uit de hoger aangehaalde tekst van het verdrag blijkt dat de prejudiciële bevoegdheid van het Beneluxhof beperkt is. De akten waarvoor uitlegging kan of moet worden gevraagd, zijn niet zo talrijk.

Er zijn drie types van akten die het Beneluxhof kan uitleggen:

- a) bepalingen gemeen aan de drie Benelux-landen en welke zijn aangewezen:
  - hetzij bij verdrag (bv. Wet op de dwangsom);
  - hetzij bij een beschikking van het krachtens het Verdrag van 3 februari 1958 tot instelling van de Benelux Economische Unie ingestelde Comité van Ministers (bv. beschikking 28 juni 1967 betreffende de verwijdering en de overname van personen);
- b) bepalingen gemeen aan twee der Benelux-landen en welke zijn aangewezen bij een tussen die landen in werking getreden verdrag, ondertekend door de drie Benelux-landen.

De lijst van de betrokken bepalingen is in bijlage weergegeven en is ook terug te vinden op de website van het Benelux Gerechtshof.

**16.** Uit de lijst blijkt duidelijk dat de trend naar meer Benelux-wetgeving niet meer aanwezig is, ook al heeft artikel 350 van het VWEU het bestaan en de werking van de Benelux-Unie expliciet erkend. De materies die tot de bevoegdheid van het Benelux Gerechtshof behoren, zijn ook niet altijd de meest opwindende materies voor de publieke opinie, wat impliceert dat het Beneluxhof vrij onbekend is.



De werking van het Hof situeert zich vooral op het niveau van de intellectuele eigendom en van het procesrecht. Potentieel is het een instrument van een verdieping van de harmonisatie van het recht van drie landen met een gemeenschappelijke historische, sociologische en economische achtergrond en die goed op elkaar zijn afgestemd.

## C. Gemengde vragen: gedeelde bevoegdheid van de Belgische rechter, het Grondwettelijk Hof en het Hof van Justitie

### 1. SAMENLOOP VAN VRAGEN

17. Het kan voorvallen dat in één geding problemen rijzen van Internationaal, Europees, Benelux, Grondwettelijk en gewoon nationaal recht. Soms staan de vragen los van elkaar, soms zijn ze verstrengeld en ontstaat er een ware samenloop die vereist dat alle vragen onderzocht worden.<sup>15</sup>

### 2. MANAGEMENT VAN DE PROBLEMEN

18. Elk geval moet afzonderlijk worden onderzocht maar het lijkt geen twijfel dat er een aantal mogelijkheden van samenloop bestaat.<sup>16</sup> De gepaste oplossing van de samenloop zal hierin bestaan dat de rechter aan wie het toekomt om een correcte eindbeslissing te wijzen met zo weinig mogelijk uitstel en kosten zal vermijden vragen te stellen aan overheden die niet zelf de vraag kunnen beantwoorden of vragen te stellen in een volgorde die niet tot een nuttig resultaat kunnen leiden.<sup>17</sup>

De samenloop van mogelijke vragen te stellen door de Belgische rechter aan het Benelux Gerechtshof enerzijds en aan andere externe instellingen (GwH, HvJ) anderzijds zal niet zo vaak voorkomen. De belangrijkste samenloop wat het Benelux-recht betreft, is de samenloop met het Europees recht. I.v.m. de intellectuele eigendom ligt dit voor de hand gelet op het bestaan van een Benelux-merk en een Gemeenschapsmerk, maar ook in andere materies (o.m. het procesrecht) kunnen gevallen ontstaan van samenloop.

15. De vraag van die samenloop is diepgaand onderzocht in A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN, G. SUETENS-BOURGEOIS, M.F. RIGAUX, R. RYCKEBOER en A. DE WOLF, *De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State*, die Keure, 2006, p. 297 et seq. Zie ook I. VEROUGSTRAETE, "De verhouding tussen het EVRM en de EU" in *Europeanisering van het Nederlands recht, Opstellen aangeboden aan mr. W.E. Haak*, Deventer, Kluwer, 2004, 10-28.

16. Zie het "Verslag" in het in **noot 15** genoemde boek, "De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State" door J. SPREUTELS, p. 307.

17. Zie hierover W.J.M. DAVIDS, "Het Benelux-gerechtshof en het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen" in *Imperat lex. Liber amicorum Pierre Marchal*, Larcier, 2003, p. 15-35; B.D., "Het Beneluxgerechtshof en het Hof in Luxemburg" (noot onder Beneluxhof 26 juni 2000), *TBH* 2000, p. 481-482; Beneluxhof 1 december 2004, A98/2, *Campina v. BMB*; Beneluxhof 1 december 2004, A 99/1, *KPN v. BMB*.

Het Beneluxhof kan staan voor een geval van samenloop hetzij wanneer de nationale rechter vragen stelt die zowel het Benelux-recht als het Europees recht betreffen, hetzij wanneer het bij de uitlegging van Benelux-regels ook stuit op een probleem van Europees recht. Het probleem is gerezen of het Beneluxhof, als het een vraag krijgt voor de oplossing waarvan een uitlegging van het Europees recht noodzakelijk is, een prejudiciële vraag **moet** stellen aan het Europees Hof van Justitie. De omgekeerde vraag of het Hof van Justitie zou verplicht zijn een prejudiciële vraag te stellen aan het Beneluxhof wanneer voor het HvJ een vraag van Benelux-recht opkomt, is nooit gesteld geworden, hoewel dit op theoretisch vlak niet uitgesloten is. Benelux en de Europese Unie zijn twee subsystemen van de internationale orde en er is geen volstrekte voorrang van de ene op de andere.

Het Beneluxhof is, naar eigen analyse, geen opperste instantie van de rechterlijke orde die zou **moeten** verwijzen. Het oordeelt wel dat het Hof **mag** verwijzen naar het Hof van Justitie (Beneluxhof 26 juni 2000, A98/2, *Campina*: “Overwegende dat het **wenselijk is** dat de vragen VI, VII en VIII van de Hoge Raad ook aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen worden voorgelegd”).

Het Europees Hof houdt er een andere lezing op na en rangschikt het Benelux Gerechtshof bij de opperste rechtscolleges die **moeten** verwijzen (HvJ 4 november 1997, C-337/95). Het oordeelt als volgt: “Wat vervolgens de vraag betreft, of een rechterlijke instantie als het Beneluxhof verplicht kan zijn zich tot het Hof te wenden, zij eraan herinnerd, dat indien een prejudiciële vraag wordt opgeworpen in een zaak die aanhangig is bij een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, deze instantie ingevolge artikel 177, derde alinea, van het Verdrag gehouden is zich tot het Hof van Justitie te wenden. Volgens de rechtspraak van het Hof moet deze verwijzingsverplichting worden gezien in het kader van de samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties – in hun hoedanigheid van rechters belast met de toepassing van het gemeenschapsrecht – en het Hof van Justitie, ter verzekering van de juiste toepassing en eenvormige uitlegging van het gemeenschapsrecht in alle Lid-Staten (zie, onder meer, arrest van 6 oktober 1982, zaak 283/81, *Cilfit*, *Jurispr.* 1982, blz. 3415, r.o. 7). Uit de rechtspraak blijkt tevens, dat artikel 177, derde alinea, inzonderheid beoogt te voorkomen, dat zich in een Lid-Staat een nationale rechtspraak ontwikkelt die niet met de normen van het gemeenschapsrecht in overeenstemming is (zie, onder meer, arresten van 24 mei 1977, zaak 107/76, *Hoffmann-La Roche*, *Jurispr.* 1977, blz. 957, r.o. 5, en 27 oktober 1982, gevoegde zaken 35/82 en 36/82, *Morson en Jhanjan*, *Jurispr.* 1982, blz. 3723, r.o. 8). Hieruit volgt, dat aangezien geen hoger beroep openstaat tegen de uitspraak van een rechterlijke instantie als het Beneluxhof, die definitief uitspraak doet op vragen over de uitlegging van het uniforme Beneluxrecht, deze instantie ingevolge artikel 177, derde alinea, gehouden kan zijn zich tot het Hof te wenden wanneer voor haar een vraag over de uitlegging van de richtlijn wordt opgeworpen”.

Het Beneluxhof heeft zich dus daarbij niet neergelegd zoals blijkt uit het eerder geciteerd arrest *Campina*. Het Benelux Gerechtshof is een internationaal gerecht *sui generis* en bepaalt zelf of het al dan niet moet verwijzen.

## § 2. *Vorm van de vraag*

### A. Benelux-regels

19. Voor de wijze van vraagstelling kan deze bijdrage aanvullend verwijzen naar wat het Europees Hof van Justitie aanbeveelt (aanbeveling van 6 november 2012, *Pb.C.* 338, 6 november 2012). Dit is geen toeval: de regeling van de “*acte clair*” en van de “*acte éclairé*” die jurisprudentieel door het Hof van Justitie is opgelegd, is wat het Beneluxhof betreft al bij verdrag vastgelegd sedert 1965 en de leer van het Hof van Justitie kan *mutatis mutandis* ook inspirerend werken voor de Belgische rechter.

Het verdrag (art. 6) bevat ook de hoofdregels. De beslissing waarbij uitleg wordt gevraagd, omschrijft de feiten, waarop de door de Beneluxhof te geven uitleg moet worden toegepast. Van de beslissing behoeft noch grosse te worden gelicht, noch betekening te worden gedaan. Ambtshalve wordt een door de griffier voor conform getekend afschrift der beslissing zo spoedig mogelijk aan het Beneluxhof toegezonden. Dit doet daarvan afschrift toekomen aan de ministers van Justitie van de drie landen. Het Hof kan overlegging van de dossiers verlangen. De toezending gebeurt vooralsnog schriftelijk.

Anders dan het Hof van Justitie geeft het Beneluxhof geen nadere richtlijnen aan de rechters of partijen (tenzij degene die vastgelegd zijn in het reglement van procesvoering). Het Beneluxhof is zeer inschikkelijk over de wijze waarop de prejudiciële vragen zijn gesteld. Het is uitzonderlijk dat een vraag wordt verworpen omdat zij onduidelijk is of irrelevant.<sup>18</sup>

Het is eveneens uitzonderlijk dat de vraag zodanig wordt omgebogen (onder het motto van een “nuttig” antwoord te kunnen geven) dat de vraagsteller zijn eigen vraag niet meer herkent. Soms kan wel een onjuist geformuleerde vraag worden “vertaald” naar een uitleggingsvraag (zie bv. Beneluxhof 30 juni 2005, A 2004/2).

18. Zoals uitgedrukt door F. DUMON: “C’est le juge national, et lui seul, (...) qui décide quelles sont les questions d’interprétation qui seront soumises à la Cour de justice Benelux, une solution de celles-ci lui étant nécessaire pour qu’il puisse rendre son jugement. Pas plus la Cour de justice Benelux que la Cour de Justice des communautés européennes ne peut se substituer au juge national quant au choix et à la nature de ces questions” (F. DUMON, *La Cour de justice Benelux*, Bruylant, 1980, p. 143).

Het Beneluxhof is evenmin bevreesd voor het gevaar van een fictief proces. Dit betekent m.a.w. dat de toegang tot het Beneluxhof laagdrempelig is en dat de wijze waarop de vraag wordt gesteld minder cruciaal is dan in het raam van de Europese Unie.

Gezien vanuit het standpunt van het Beneluxhof, verwacht dit Hof, conform artikel 6 van het verdrag, dat de verwijzende rechter voldoende gegevens aanbrengt, ook in feite, om het Hof toe te laten een juist en pertinent antwoord te geven. Het Beneluxhof geeft “abstracte” antwoorden in die zin dat het gewoon de regel uitlegt, maar de uitlegging geschiedt wel in de context van het concrete geval. Het is niet absoluut noodzakelijk dat de verwijzende rechter ook de normen (andere dan de Benelux-normen) uitlegt die hij hanteert: de leden van het Hof die uit de drie landen afkomstig zijn, kunnen uiteraard nationale normen ook uitleggen. Het is nochtans nuttig dat hij dat zou doen omdat dit het begrip van de vraag bevordert.

## **B. Nationale vereisten: de concretisering van de Benelux-regels in de Belgische context**

### **1. A PRIORI PARAMETERS**

**20.** Een correcte vraag gesteld door de nationale rechter zal aan zekere parameters moeten beantwoorden, gezien zowel uit het oogpunt van het Benelux-recht als uit dat van het nationaal recht:

- zij moet normaliter beantwoorden aan de **redelijke verwachtingen van de partijen**. Indien het Benelux-aspect voor de feitenrechter niet in beeld kwam, zou het niet correct zijn dat de feitenrechter een vraag stelt zonder dat dit voor hem besproken werd. Dit betekent niet dat de (feiten)rechter een Benelux-regel ambtshalve niet mag opwerpen: het Benelux-verdrag zelf bepaalt uitdrukkelijk dat het rechtscollege ook ambtshalve zijn definitieve uitspraak kan opschorten (art. 6, tweede lid). Een aftoetsen van de vraag bij de partijen biedt daarenboven het bijkomend voordeel dat de formulering van de vraag dankzij de inbreng van de partijen kan verfijnd worden. Een prejudiciële vraag in het Benelux-recht is een vorm van “interne” dialoog tussen rechters en vereist, formeel gezien, geen heropening van het debat. Daarenboven volstaat het aanvoeren van het rechtsfeit door de rechter om hem toe te laten de juiste norm op de zaak toe te passen (zie ook **hierna, derde gedachtenstreep**);
- zij moet ook gesteld worden nadat de elementaire procedurale hindernissen genomen zijn; als bv. de geïntimeerde de niet-ontvankelijkheid van het hoger beroep wegens niet-naleven van de beroepstermijnen opwerpt, zal de appelrechter vooraleer de vraag te stellen, deze hinderpaal uit de weg ruimen (tenzij de vraag van de termijnen gebonden is aan het onderwerp van de vraag);
- idealiter, als de rechter reeds aan een oplossing op het vlak van het Benelux-recht denkt, is het goed dat hij ten voorlopige titel, laat blijken welke oplossingen zouden kunnen aangereikt worden en waarom een van deze oplossingen *prima facie* zijn goedkeuring zou kunnen wegdragen.

## 2. EEN VERPLICHTING HET BENELUX-RECHT AMBTSHALVE TOE TE PASSEN?

**21.** Moet de rechter ambtshalve een Benelux-vraag opwerpen wanneer naar zijn oordeel een eenvormige wetsbepaling relevant is en geen van de partijen het geschil in die optiek benadert? Het antwoord op die vraag doet beroep op een aantal redeneringen. Zoals gesteld in een cassatiearrest van 14 december 2012 (C.12.0018.N): “Hij heeft de plicht ambtshalve de rechtsmiddelen op te werpen waarvan de toepassing geboden is door de feiten die door de partijen in het bijzonder worden aangevoerd tot staving van hun eisen. Dit houdt niet in dat de rechter gehouden is alle in het licht van de vaststaande feiten van het geschil mogelijke, doch niet-aangevoerde rechtsgronden op hun toepasselijkheid te onderzoeken, doch enkel dat hij, mits eerbiediging van het recht van verdediging, de toepasselijkheid dient te onderzoeken van de niet-aangevoerde rechtsgronden die zich door de feiten zoals zij in het bijzonder worden aangevoerd, onmiskenbaar aan hem opdringen”.<sup>19</sup>

Het is niet duidelijk of de feitenrechtters moeten beschouwen dat elke Benelux-bepaling **alleen** wegens haar aard van transnationale bepaling per definitie de openbare orde raakt. Bepaalde Benelux-regels kunnen de openbare orde raken, maar dat is niet noodzakelijk het gevolg van de omstandigheid dat het een Benelux-bepaling is. Het Benelux-recht, als dit aan bod komt, zou kunnen als een regel van openbare orde beschouwd worden, alleen reeds omdat de handhaving van dat recht gemeen aan meerdere staten, een impact heeft op de internationale aansprakelijkheid van het land. Dit lijkt wel een overdreven uitbreiding te zijn van het begrip openbare orde.

Wanneer hij dan toch het Benelux-recht toepast al hebben de partijen hem hierom niet gevraagd, dan zal hij onder omstandigheden om de partijen niet te verrassen het debat heropenen.

## 3. HOF VAN CASSATIE EN BENELUX-RECHT

**22.** Voor het Hof van Cassatie is het antwoord iets meer genuanceerd. *In civilibus* mogen geen middelen ambtshalve worden opgeworpen. Als de eiser een middel geput uit het Benelux-recht had kunnen opwerpen (en het niet heeft gedaan), kan het Hof van Cassatie hieraan niet verhelpen en zal het cassatieberoep desgevallend moeten afwijzen. Het Hof van Cassatie kan wel op grond van het Benelux-recht een middel **afwijzen** ook al heeft de verweerder dit Benelux-recht niet aangevoerd of is de verweerder niet verschenen: het Hof van Cassatie kiest vrij de methode om te verwerpen

<sup>19</sup>. Voor een bespreking van dit arrest, zie W. VAN ECKHOUTTE, “Schuifelen op de rechtersstoel” in *Pre-adviezen 2015 Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Boom Juridische uitgevers, 2015, p. 151.

en is hiertoe niet gebonden door het verweer van de verweerder (in zoverre een verweerder verschijnt).

Voor de ambtshalve toepassing van het Benelux-recht door het Hof van Cassatie is artikel 1097/1 Ger.W. belangrijk. Luidens dit artikel, is artikel 1097 van toepassing wanneer het aan het Openbaar Ministerie of het Hof voorkomt dat een middel niet-ontvankelijk zou kunnen zijn na de substitutie van een rechtsreden door een reden waarvan het de onwettigheid aanvoert of niet ontvankelijk op grond van een element dat de eiser niet kon voorzien. Deze wat moeizame tekst betekent, toegepast op het Benelux-recht, dat de cassatierechter niet zonder meer op grond van een Benelux-bepaling een middel kan verwerpen wanneer de eiser hierdoor verrast zou zijn.

#### 4. DE VRAGEN BIJ TOEPASSING VAN HET BENELUX-RECHT

**23.** Het Benelux-recht opwerpen en toepassen is één zaak, verwijzen naar het Beneluxhof is een andere zaak. Zoals gezien in de aanhef van deze bijdrage zijn alleen de opperste gerechtshoven verplicht een vraag te stellen als zij – buiten de gevallen van *acte clair* en *acte éclairé* – het Benelux-recht toepassen. De Raad van State en het Grondwettelijk Hof, die geen deel uitmaken van de rechterlijke orde, kunnen een vraag stellen (de Raad van State heeft het overigens gedaan). Zijn zij ertoe verplicht? Zij zijn nationale rechtscolleges die wel geen deel uitmaken van de rechterlijke macht maar wel rechtscolleges zijn.

**24.** De wijze waarop de vraag wordt gesteld, zal in grote mate afhangen van de aard van het rechtscollege dat de vraag stelt.

Voor het Hof van Cassatie zijn de (civiele) arresten strak gestructureerd. Wanneer Benelux-recht een rol kan spelen, zal de cassatierechter in de regel eerst alle middelen uit de weg ruimen die zouden kunnen leiden tot een volledige vernietiging van het bestreden arrest zonder toepassing van het Benelux-recht. De prejudiciële vraag moet alleen worden gesteld wanneer de beantwoording ervan noodzakelijk is voor het oordeel of de bestreden beslissing al dan niet moet vernietigd worden. Indien bv. ongeacht de beweerdelijk geschonden Benelux-rechtsregel, het cassatieberoep niet kan slagen om redenen die losstaan van het Benelux-recht, zal er geen vraag gesteld worden. In de omgekeerde hypothese (nl. dat het cassatieberoep kan slagen op grond van het Benelux-recht), zullen alleen de middelen beantwoord worden die hoe dan ook moesten behandeld worden in een (cassatie)logische gedachtengang: formele ontvankelijkheid van het cassatieberoep, verwerpen van de eventuele gronden van niet-ontvankelijkheid van het middel.

Voor de overige hoven en rechtbanken geldt een gelijkaardige redenering maar *mutatis mutandis*. De betrokken rechter moet eerst de geldigheid van zijn saisine positief beoordelen of zijn bevoegdheid erkennen. Het is nuttig dat hij op voorhand een

“educated guess” maakt van het te verwachten antwoord om de relevantie van de vraag die hij wil stellen, te kunnen bepalen.

### *§ 3. Behandeling van de vraag in de huidige stand van het recht en dus voor de inwerkingtreding van het nieuwe Protocol en het nieuwe reglement van procesvoering*

#### **A. Eerste onderzoek**

**25.** Artikel 2 van het reglement van de procesvoering laat aan het Hof toe om aan de rechter die een prejudiciële vraag heeft gesteld de overlegging te vragen van het dossier van de zaak. Met het dossier van de zaak wordt ook bedoeld het dossier dat de partijen hebben overgelegd aan de rechter die de vraag heeft gesteld en niet het beperkt proceduredossier, wat de verwijzende rechter desgevallend zal verplichten het dossier van de partijen terug te vragen als de griffie het teruggezonden had. Het Hof, de president of de gedelegeerd rechter kunnen eveneens aan partijen verzoeken alle stukken over te leggen en alle inlichtingen te verstrekken welke zij nodig achten.

#### **B. Behandeling**

**26.** De rechtspleging laat toe – ook al is de vraagstelling in essentie een dialoog tussen de verwijzende rechter en het Beneluxhof – dat de partijen en de regeringen in de procedure optreden. De regels van dit optreden zijn vastgelegd in artikel 3 van het Reglement.

De procedure is in beginsel schriftelijk maar in praktijk vragen de partijen meestal te mogen pleiten en dit wordt hen dan ook in de regel toegestaan. Het Hof kan ook ambtshalve een mondelinge behandeling gelasten. De pleidooien worden gehouden in het land waar de vraag werd gesteld.

Artikel 5 bepaalt wie mag pleiten. Tot de pleidooien worden toegelaten de leden der balies van de lidstaten van de Europese Unie. Volgens artikel 5, tweede lid, moeten de advocaten van de lidstaten van de Europese Gemeenschappen buiten de Benelux handelen in samenwerking met een advocaat uit de Benelux-staten (het lijkt mij onzeker of deze bepaling verzoenbaar is met het EU-recht). Volgens artikel 5, vijfde lid, worden tot de pleidooien eveneens toegelaten de personen die geen lid van de bovenbedoelde balies zijn en die in elk afzonderlijk geval door het Hof zijn toegelaten. De partij, de ministers van Justitie of de regering die door een dergelijke persoon de zaak wenst te doen toelichten, moet uiterlijk tien dagen vóór de datum waarop de zitting zal plaatsvinden, een verzoekschrift indienen ter verkrijging van toelating van die persoon. Dit slaat op de gemachtigden.

Artikel 6 houdt de bepalingen in betreffende de termijnen. De president van het Hof bepaalt in feite de termijnen waarin de partijen moeten handelen.

Artikel 7 bepaalt hoe de terechtzittingen verlopen. De president leidt de mondelinge behandeling en handhaaft de orde ter terechtzitting. De president kan de advocaten en toegelaten personen verzoeken af te zien van toelichtingen betreffende onderwerpen waaromtrent het Hof zich voldoende geïnformeerd acht. Hij kan hun eveneens verzoeken bepaalde onderwerpen nader toe te lichten.

Het Beneluxhof volgt het model van de actieve rechter en volgt aldus in feite het model gegeven door het Hof van Justitie. Dit model valt op omdat het afwijkt van het model gevolgd door het Belgische Hof van Cassatie.

### **C. De conclusie van het parket**

27. Artikel 8 omschrijft de taak van de parketmagistraat. In prejudiciële zaken is het advies van een lid van het parket vereist. Nadat de memories zijn uitgewisseld of, i.g.v. mondelinge behandeling, nadat de pleidooien zijn gehouden, stelt de president in overleg met de advocaat-generaal de datum vast waarop deze zijn conclusie zal nemen. De conclusie is met redenen omkleed en wordt, i.g.v. mondelinge behandeling, ter zitting genomen, tenzij het Hof in overleg met de advocaat-generaal beslist dat de conclusie schriftelijk zal worden medegedeeld aan de leden van het Hof, aan partijen en aan de ministers van Justitie, die, al naargelang het geval een memorie, een memorie van antwoord of een schriftelijke uiteenzetting hebben ingediend. Het is nu algemeen gebruikelijk dat de advocaat-generaal zijn conclusie schriftelijk mededeelt aan alle betrokken partijen.

### **D. Beraad**

28. Het beraad volgend op de conclusie gebeurt in twee fasen, uiteraard zonder aanwezigheid van een lid van het parket. De rapporteur stelt een ontwerp op dat aan twee andere magistraten die in de zaak zitting hebben, wordt medegedeeld waarop de drie bijeenkomen om te beraadslagen. Dit ontwerp wordt dan behandeld in plenum. Er wordt zeer behoedzaam gebruikgemaakt voor het beraad van video-conferenties.



## E. Arrest, uitspraak en verdere behandeling door de nationale rechter

29. Het arrest bevat:
- de datum van de uitspraak;
  - de namen van de president en de rechters die de beslissing hebben gegeven, alsmede die van de advocaat-generaal die de conclusie heeft genomen;
  - het verzoek om uitleg;
  - de vermelding van partijen en van de ministers van Justitie, bedoeld in artikel 8, tweede lid *in fine*;
  - de namen van de advocaten en van de door het Hof toegelaten personen;
  - de met redenen omklede beslissing;
  - de beslissing omtrent de kosten overeenkomstig artikel 13 van het verdrag;
  - de namen van de magistraten en de griffier die bij de uitspraak aanwezig waren.

Het antwoord van het Beneluxhof is – analoog met het antwoord van het Hof van Justitie – een mix van concreet en abstract. Het Beneluxhof geeft wat minder uitvoerige antwoorden dan het Hof van Justitie. De invloed van twee “latijnse” opperste gerechtshoven is onmiskenbaar, maar het Hof aarzelt niet om het achterste van zijn tong te laten zien. De redeneringen zijn doorgaans zeer expliciet en de rechter naar wie wordt verwezen, weet meestal duidelijk het waarom en het hoe van de antwoorden.

Het maakt ook deel uit van de vaste stijl van de arresten dat de feiten die aan de grond liggen van de verwijzing kernachtig in het arrest worden weergegeven.

30. Het arrest wordt in openbare zitting uitgesproken op dag, uur en plaats, die ten minste acht dagen voor bedoelde zitting door de griffier ter kennis worden gebracht van partijen en van de ministers van Justitie, bedoeld in artikel 8, tweede lid *in fine*. Het arrest wordt uitgesproken door de president of door een door hem gedelegeerd rechter, die aan de beraadslaging heeft deelgenomen. Een advocaat-generaal en een griffier zijn bij de uitspraak aanwezig. De aanwezigheid van de andere rechters is niet vereist. De minuut van het arrest wordt onverwijld ondertekend door de rechter die de uitspraak heeft gedaan, alsmede door de griffier. Daarna wordt de minuut ter griffie gedeponeerd. Afschriften van het arrest worden door de griffier toegezonden aan het rechtscollege dat het verzoek om uitleg heeft gedaan, aan partijen en aan de ministers van Justitie.

Als de zaak terugkomt naar de rechtsinstantie die de vraag heeft gesteld, moet deze rechtsinstantie de zaak terug opnemen. Op het Hof van Cassatie van België zal de griffier de partijen verwittigen dat zij een noot mogen neerleggen ter griffie tegen een bepaalde datum, waarna de verslaggever het eindarrest maakt, de voorzitter van de kamer een dag bepaalt voor de zitting en op die dag, het Openbaar Ministerie opnieuw

concludeert (met een mogelijke repliek van de partijen). Deze laatste ontwikkelingen nemen zeer weinig tijd in beslag. Opnieuw valt op hoe de procedure allures aanneemt van tegenspraak.

#### § 4. *Gezag van de uitspraak*

31. Het gezag van de uitspraak lijkt op dit van de arresten van het Hof van Justitie. Het arrest bindt de rechter die de vraag heeft gesteld of rechters die in dezelfde zaak nog moeten oordelen maar heeft geen gezag *erga omnes* tenzij op moreel vlak.

#### § 5. *Rechtsmiddelen tegen de verwijzingsbeslissing*

32. Het nationaal recht bepaalt of een hoger beroep (of cassatieberoep) kan worden ingesteld tegen een beslissing waarbij een prejudiciële vraag wordt gesteld (of geweigerd wordt een prejudiciële vraag te stellen). Naar komend recht in 2015 bepaalt een voorontwerp van de regering van wijziging van artikel 1050 Ger.W. dat “tegen een beslissing inzake bevoegdheid of, tenzij de rechter anders bepaalt, tegen een beslissing alvorens recht te doen kan slechts hoger beroep worden ingesteld samen met het hoger beroep tegen het eindvonnis”.

De gevolgen van het uitoefenen van het rechtsmiddel naar nationaal recht hebben in beginsel geen invloed op de prejudiciële procedure zelf die autonoom is. Elke rechtsorde heeft zijn eigen autonomie.

Het Benelux-Verdrag bevat hierover een bijzondere bepaling. Volgens artikel 6 van het verdrag:

*“Het rechtscollege, dat zonder tegelijkertijd een eindbeslissing te wijzen overeenkomstig de tweede alinea van dit artikel beslist over de wenselijkheid om een vraag van uitleg aan het Beneluxhof voor te leggen, kan bepalen of een rechtsmiddel, dat tegen die beslissing openstaat, onmiddellijk kan worden aangewend dan wel tegelijk met een rechtsmiddel tegen de eindbeslissing”.*

Wanneer het rechtscollege beslist heeft geen vraag te stellen, is deze bepaling logisch, in zoverre het nationaal recht principieel toelaat een rechtsmiddel in te stellen. De bepaling is minder logisch wanneer het rechtscollege effectief een vraag gesteld heeft.

In dat laatste geval hoeft het Beneluxhof geen rekening te houden met een intern beroep of cassatieberoep: ieder ageert in zijn eigen bevoegdheidskring. Niets belet evenwel het Beneluxhof de behandeling van de zaak op te schorten. De toestand zal alleen anders zijn indien de beslissing waarbij een prejudiciële vraag werd gesteld, hervormd of vernietigd is. In dit laatste geval zal de griffier van het appelgerecht de

griffie van het Hof van Justitie op de hoogte brengen en een kopie bezorgen van het hervormde vonnis.

## AFDELING 3. PREJUDICIËLE VRAGEN VOOR HET HOF VAN CASSATIE

### *§ 1. Principiële bevoegdheid: prejudiciële bevoegdheid van het Hof van Cassatie*

**33.** De prejudiciële procedure voor het Hof van Cassatie is een voorbeeld van de evolutie van het Hof van Cassatie van een XIXde eeuwse model naar een instelling die aansluit bij de mainstream van de Europese opperste gerechtshoven in de XXIste eeuw. De wetgevende en jurisprudentiële aanpassingen van de laatste twintig jaar kunnen allemaal kleine stapjes lijken, maar zij moeten gezien worden in een bredere context waarin het Hof van Cassatie evolueert van de rol van een behoeder van de discipline van de hoven en rechtbanken en van de soms apodictische bewaker van de eenheid van het recht, naar een rol van behoeder van het recht en zijn evolutie<sup>20</sup> met een grotere klemtoon op een voortreffelijke motivering en eerbiediging van het recht van verdediging.

De nieuwe klemtonen gelegd door de wet van 10 april 2014 die voor het Hof van Cassatie de tegenspraak versterken en de verplichte terugverwijzing naar de feitenrechter inperken, illustreren het vernieuwde gezag van het Hof.

Andere opperste gerechtshoven in Europa en buiten Europa hebben de weg ingeslagen van prejudiciële antwoorden op rechtsvragen in de interne orde, met de idee dat een gezagvolle oplossing geven aan nieuw gerezen rechtsvragen in een pril stadium van de betwistingen veel nutteloze gedingen kan vermijden.

De prejudiciële weg is erkend in Nederland: de wet van 9 februari 2012 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering en de Wet op de rechterlijke organisatie in verband met de invoering van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan de civiele kamer van de Hoge Raad, *Stscour*. 2012, nr. 65, 17 februari 2012. De adviesprocedure bestaat eveneens in Frankrijk. Artikel 441-1 van het Franse Wetboek houdende de rechterlijke organisatie bepaalt: “Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l’ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l’avis de la Cour de cassation”. De procedure wordt beschreven in artikel 1031-1 van de Code de procédure civile. Het advies is niet

20. XXX noot 20???

bindend. Ook in de OHADA geeft de CJA preventieve adviezen aan de rechtinstan-  
ties.<sup>21</sup>

De mogelijkheid gegeven aan het Hof van Cassatie op prejudiciële vragen te antwoor-  
den, is op het eerste gezicht merkwaardig omdat de eenheid van het recht normaal  
voor interne normen verkregen wordt door de werking van cassatieberoepen, en niet  
door prejudiciële vragen. De Raad van State had die opmerking reeds gemaakt toen  
de vroegere versie van de huidige teksten werd opgenomen in de wetgeving. De vraag  
rees of het Hof van Cassatie hiermede niet buiten het domein trad van de klassieke  
taak van de rechter en door normerende uitspraken te doen, zich geen “wetgevende  
rol” zou aanmatigen. De evolutie van de denkwijzen o.m. i.v.m. de aard van de preju-  
diciële beslissingen heeft deze opvattingen weerlegd.<sup>22</sup>

De mogelijkheid van preventieve prejudiciële vragen ligt in het spoor van de heden-  
daagse denkwijzen. Aldus stelt DE LEVAL de volgende vraag over het Hof van Cassa-  
tie: “La Cour ne devrait-elle pas avoir un rôle avant tout procès dans l’interprétation  
préventive de nature à fixer le sens de la loi de procédure et non seulement en aval du  
procès. Cette philosophie préventive de la coopération s’exprimant dans un dialogue  
des juges est dans l’esprit de l’évolution contemporaine de la procédure civile”.<sup>23</sup>

Het Hof heeft wanneer het een vraag beantwoordt een *quasi*-normatieve rol. De inter-  
pretatie die het Hof aan de wet geeft, heeft bij de hoven en rechtbanken immers een  
moreel gezag, aangezien het oordeel van de rechter het gevaar loopt om gecasseerd  
te worden indien het van die interpretatie afwijkt. Het Hof verfijnt zo het werk van  
de wetgever.

De wetgever heeft met de bepalingen van de artikelen IV.75 en IV.76 WER een deur  
geopend (op een kier; een windstoot kan de deur dichtklappen).

---

21. Zie hierover I. VEROUGSTRAETE, “La Cour commune de justice et d’arbitrage: missions juridictionnelles” in  
P. DE WOLF en I. VEROUGSTRAETE (eds.), *Le droit de l’OHADA: son insertion en République démocratique du Congo*,  
Bruylant, 2012, 49-85.

22. Zie nochtans J. DE CODT, “Nous prendrons quand même cette colline”, *JT* 2015, 119, weliswaar hoofdzakelijk om  
praktische redenen.

23. “Le citoyen et la justice civile. Un délicat équilibre entre efficacité et qualité”, *Rev.dr.ULB* 2006/2, 17 en noot 12; zie  
ook L. CADIET, *Bulletin d’information de la Cour de cassation de France* 2006, p. 18, nr. 32; A. LACABARATS, “Chro-  
nique de la Cour de cassation”, *Dall.* 2007, 88. Een analoog voorstel wordt geformuleerd door K. MORBEE, “Het Hof  
van Cassatie als prejudicieel Hof in fiscale zaken?”, *TFR* 2013/5, p. 191-192.

## § 2. *Beperkte bevoegdheid van het Hof van Cassatie: boek IV WER*

### A. Historische achtergrond en huidige wet

34. De (interne) prejudiciële procedure in mededingingszaken is niet recent. Zij kende een moeilijke start. Zij was bij wet van 5 augustus 1991 toevertrouwd aan het hof van beroep te Brussel wat meteen aanleiding was tot ernstige problemen en kortsluitingen.<sup>24</sup>

De wet van 10 juni 2006 wijzigt grondig de wet van 5 augustus 1991 en is de onmiddellijke voorloper van de huidige wet die deel uitmaakt van het WER. Niet iedereen was onverdeeld gelukkig met deze toekenning van bevoegdheid aan het Hof van Cassatie.<sup>25</sup>

De thans geldende tekst is opgenomen in het Wetboek Economisch Recht (art. IV.76, § 1). De tekst van het WER is het voorlopig eindpunt van een groeiproces. Bij de invoering van het WER werd in de parlementaire voorbereiding weinig of geen aandacht besteed aan deze bevoegdheid.

### B. Doel van de prejudiciële vragen: interpretatie van de wet tot bescherming van de economische mededinging

35. Het doel van de prejudiciële verwijzing is, zoals in het Europees Unierecht, de uniforme toepassing van de bij de wet beschermde mededingingsregels door de feitenrechters te verzekeren. Het model van de prejudiciële vraag is dit van de prejudiciële vraag in het Europees recht.

De bevoegdheid van het Hof van Cassatie is beperkt tot de vragen verbonden aan de interpretatie van Boek IV van het WER. Het Hof kan niet ten prejudiciële titel oordelen over het geoorloofd karakter van restrictieve mededingingspraktijken. De prejudiciële vraag voor het Hof van Cassatie zou enkel een vraag kunnen zijn tot het beslechten van een rechtspunt en niet tot het toepassen van het WER. De toepassing van de aldus geïnterpreteerde norm op de feiten van het geschil zou voorbehouden blijven aan de verwijzende rechter.

24. A. BOSSUYT onderstreept de moeilijkheden gerezen bij de toepassing van de wet van 5 augustus 1991 in “De in de gecoördineerde wet van 15 september 2006 tot bescherming van de economische mededinging voorziene prejudiciële vraag aan het Hof van Cassatie” in *Prejudiciële vragen – De techniek in kaart gebracht*, Intersentia, 2013, p. 145 *et seq.*; zie ook S. PLINGERS, “De verhouding tussen Belgisch en Europees kartelrecht”, *Jura Falc.* 1997-98, nr. 4, p. 34; I. VEROUWSTRAETE, “Institutionele wijzigingen” in J. STUYCK en P. WYTINCK (eds.), *De hervormde Belgische mededingingswet*, Kluwer, 2000, 35, nr. 32.

25. Zie hierover D. ARTS, “Enkele krachtlijnen van de nieuwe Belgische mededingingswet”, *TBM* 2007, 19. Sommigen hebben bedenkingen bij deze prejudiciële procedure: J. BOURGEOIS, “De nieuwe Belgische mededingingswet: enkele belangrijke materiële en procedurele wijzigingen”, *SEW* 2007, 273; zie ook H. VIAENE, “De prejudiciële vraag of hoe een vlag niet altijd de lading dekt”, *TBM* 2006, 118.

Krachtens artikel 147, tweede lid van de Grondwet mag het Hof van Cassatie niet in de beoordeling van de zaken zelf treden. Dit belet niet dat het Hof de rechtsvraag uitlegt in het licht van de vastgestelde feiten, aangezien het normaliter of in de meeste gevallen niet mogelijk en evenmin nuttig is de interpretatie van een regel of een norm af te scheiden van de feiten of omstandigheden die haar noodzakelijk maken. Binnen bepaalde grenzen zal het Hof desnoods een marginale toetsing van de feiten uitvoeren. De rechter past immers de wet aan de feiten aan, hij legt ze uit om haar in overeenstemming te brengen met de sociale en economische noden.

## **C. Geen directe bevoegdheid tot interpretatie van de artikelen 101 en 102 VWEU**

**36.** Krachtens artikel IV.76 WER is het Hof van Cassatie bevoegd zich uit te spreken “met betrekking tot de interpretatie van deze wet” en dus niet van de artikelen 101 en 102 VWEU. Het Hof is niet bevoegd om uitleg te geven aan supranationale normen, zoals de artikelen 101 en 102 (Cass. 24 november 2011, H.11.0002.N).

Het hoeft geen betoog dat de interpretatie van het WER, althans die delen van het WER die inhoudelijk rechtstreeks aansluiten bij de Europese regelgeving, zal gebeuren in het licht van de interpretatie van het EU-mededingingsrecht.<sup>26</sup> Er kunnen evenmin prejudiciële vragen aan het Hof van Cassatie worden gesteld betreffende het recht m.b.t. staatssteun, niettegenstaande deze steun zijn weerslag kan hebben op de economische mededinging.<sup>27</sup>

### *§ 3. De vraag*

#### **A. Auteur van de vraag**

**37.** Wanneer de oplossing van een geschil afhangt van de interpretatie van het WER, kan het gerecht waarbij de zaak aanhangig is gemaakt, op verzoek van de partijen, dan wel ambtshalve, de uitspraak uitstellen en een prejudiciële vraag stellen aan het Hof van Cassatie.

Met “gerecht” worden alle hoven en rechtbanken van de rechterlijke orde bedoeld. Zie bv. de vraag gesteld door het hof van beroep te Brussel in de zaak H.14.0001.F, beantwoord bij arrest van 20 november 2014.

26. Zie daaromtrent G. ZONNEKEYN en D. SMEETS, “De hervorming van de Belgische mededingingswet: een nieuwe start of een gemiste kans?”, *TBH* 2006, p. 902, nrs. 93-97.

27. Zie ook S. PLINGERS, “De verhouding tussen Belgisch en Europees kartelrecht”, *Jura Falc.* 1997-98, nr. 4, p. 34; I. VEROUGSTRATE, “Institutionele wijzigingen” in J. STUYCK en P. WYTINCK (eds.), *De hervormde Belgische Mededingingswet*, Antwerpen, Kluwer, 2000, p. 35, nr. 32.

## B. Tijdstip waarop de prejudiciële vraag wordt gesteld

**38.** De wet preciseert niet in welk stadium van de procedure een vraag kan worden gesteld. De prejudiciële vraag kan worden gesteld in elke stand van het geding, ook voor het eerst in hoger beroep. Het is wenselijk dat de prejudiciële vraag wordt gesteld wanneer de procedure zover is gevorderd dat het feitelijk en rechtskader van het probleem duidelijk kunnen worden afgebakend en alle mogelijke excepties die zouden kunnen leiden tot een voortijdige beëindiging van het geschil opgeworpen zijn door de partijen.

## C. Vorm van de prejudiciële vraag

**39.** De doeltreffendheid van de samenwerking tussen het Hof van Cassatie en de verwijzende rechters wordt in zekere mate bepaald door de wijze waarop de prejudiciële vraag wordt gesteld. Een duidelijk en dienstig antwoord kan slechts gegeven worden op een voldoende duidelijke vraag. Een te vage vraag zal verworpen worden (Cass. 24 november 2011, H.11.0002.N).

De verwijzingsbeschikking vormt de grondslag van de procedure voor het Hof van Cassatie. Het Hof moet nl. over de feitelijke gegevens beschikken die het in staat stellen de verwijzende instantie een nuttig antwoord te geven. De griffier van de verwijzende instantie zal derhalve ook het volledige dossier van de zaak (en niet enkel het procedurendossier) aan het Hof overmaken en verwittigt de partijen dat hij dit gedaan heeft.

De wenken voor de correcte opstelling van een verwijzingsbeschikking aan het Hof van Cassatie, sporen met de geldende wenken betreffende de vorm van een verwijzingsbeschikking aan het Hof van Justitie, hoewel het Beneluxhof aanzienlijk minder streng de hand houdt aan deze vormvereisten.<sup>28</sup>

Hoewel beknopt, moet de verwijzingsbeschikking volledig zijn en alle relevante gegevens bevatten voor een goed begrip van het feitelijk en juridisch kader van het hoofdgeding door het Hof en de betrokkenen die opmerkingen mogen indienen. De verwijzingsbeschikking moet nl.:

- een korte uiteenzetting bevatten van het voorwerp van het geschil en van de relevante feiten die vast zijn komen te staan, of althans een uiteenzetting van de feitelijke hypothesen waarop de prejudiciële vraag is gebaseerd;

28. De “Wenken voor de indiening van prejudiciële verzoeken door de nationale rechters”, zijn te raadplegen onder “Teksten betreffende procedure – Hof van Justitie” op de website van het Hof van Justitie (<http://curia.europa.eu>). Voor een bespreking van deze wenken, zie C. NAOME, “Le renvoi préjudiciel et droit européen – Guide pratique”, *JLMB Opus 4* 2007, p. 300, nrs. 350-375; A.-M. VAN DEN BOSSCHE, “Curia non novit ius ... De prejudiciële vraagstelling aan het Hof van Beroep te Brussel ex artikel 42 WBEM”, *Handelspraktijken en Mededinging* 1995, p. 601, nrs. 30-31.

- uiteenzetten waarom de verwijzende rechter twijfelt aan de uitlegging van het wetboek;
- in voorkomend geval een samenvatting geven van de wezenlijke argumenten van de partijen in het hoofdgeding.

Zo zij dit wenselijk achten, kunnen de gerechten ten slotte ook beknopt vermelden hoe de prejudiciële vragen naar hun mening kunnen worden beantwoord. Die voorlopige beoordeling bindt de verwijzende rechter niet, maar is een deel van een dialoog dat bevorderd wordt door die voorlopige beoordeling.

De prejudiciële vraag of vragen moet(en) idealiter zijn opgenomen in een onderscheiden deel van de verwijzingsbeschikking, doorgaans naar Belgische traditie, aan het eind daarvan. Zij moeten kunnen worden begrepen zonder raadpleging van de motivering van het verzoek, die evenwel de voor een goede beoordeling noodzakelijke context beschrijft.

## **D. Gevolg van de prejudiciële vraagstelling**

**40.** De beslissing om een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Cassatie schorst de termijnen en de procedure voor de rechtbank die de vraag stelt vanaf de dag waarop de beslissing werd genomen (dit is wanneer de beslissing is uitgesproken) tot de dag waarop het gerecht waarbij de zaak aanhangig is gemaakt het antwoord van het Hof van Cassatie ontvangt.

Tegen de beslissing van de rechter om een prejudiciële vraag te stellen of een dergelijke vraag niet te stellen, kan geen enkel rechtsmiddel worden aangewend. Bij gemengde beslissingen moet dit worden genuanceerd. Naar komend recht 2015 zou artikel 1050 Ger.W. (nieuw) deze materie anders kunnen regelen.

De ontoelaatbaarheid van een rechtsmiddel dat alleen de prejudiciële vraag zou betreffen, is logisch aangezien een prejudiciële vraag slechts een maatregel is van voorbereidende aard die de zaak zelfs niet voorlopig afsluit.

### *§ 4. Procedure voor het Hof van Cassatie*

#### **A. Inkennisstelling**

**41.** De griffier van het Hof van Cassatie stelt de partijen, de Belgische mededingingsautoriteit, de minister die de Economie onder zijn bevoegdheid heeft (hierna: de minister) en i.g.v. toepassing van de artikelen 101 en 102 van het Verdrag betreffende



de werking van de Europese Unie, de Europese Commissie, onverwijld in kennis van de prejudiciële vraag artikel IV.76, § 2.

De griffier van het Hof van Cassatie nodigt de partijen, de Belgische mededingingsautoriteit, de minister en de Europese Commissie uit om hun schriftelijke opmerkingen over te zenden, op straffe van onontvankelijkheid, binnen een maand na de kennisgeving van de prejudiciële vraag (art. IV.76, § 2 WER).

Het gaat wel om een “uitnodiging” wat inhoudt dat hieraan geen enkel negatief gevolg is verbonden als de instellingen niet antwoorden en er meteen geen schending is van de soevereiniteit van de Europese commissie. De kennisgeving aan de Commissie houdt slechts een uitnodiging en geen verplichting in. Enerzijds kan ze niet worden aangezien als een verzoek in de zin van artikel 15.1 van verordening 1/2003 waarop de Commissie verplicht is te antwoorden. Anderzijds kan het indienen van schriftelijke opmerkingen door de Commissie, in antwoord op de kennisgeving, niet worden aangezien als een handelen in de zin van artikel 15.3 van verordening 1/2003. Praktisch is afgesproken dat het Hof, indien de Commissie binnen de gestelde termijnen niet op de brief antwoordt, ervan zal uitgaan dat de Commissie geen opmerkingen wenst over te maken, niet wenst gehoord te worden en ook niet wenst het proceduredossier ter plaatse te raadplegen of een afschrift daarvan te ontvangen. Indien de Commissie laat weten dat zij wenst tussen te komen, zal de concrete wijze waarop de Commissie zal optreden, in voorkomend geval dan worden geregeld in overleg met de vertegenwoordigers van de Commissie en van het Hof. In het raam van het overleg is ook overeengekomen dat de Europese Commissie het Hof van Cassatie in kennis zal stellen van de verzoeken die zij van Belgische rechterlijke instanties zou ontvangen ingevolge artikel 15.1 van verordening 1/2003.

De mededelingen aan het Hof zijn niet aan vormvereisten verbonden en kunnen per mail of gewone brief worden gedaan. Bij het elektronisch versturen zal een of andere vorm van authenticatie wel vereist zijn die het Hof van Cassatie vrij kan appreciëren.

De termijn van een maand voor het verzenden van de opmerkingen geldt op straffe van niet-ontvankelijkheid van de toegezonden opmerkingen. Zelfs al wordt de laattijdigheid niet opgeworpen, zal het Hof ambtshalve geen acht slaan op te laat ingediende opmerkingen.

Deze regeling heeft als voordeel dat het Hof van Cassatie op korte termijn zal kunnen beschikken over de nodige economische appreciaties die bijzonder nuttig kunnen zijn bij het behandelen van de vraag. Vragen rond de uitlegging van de bepalingen van boek IV kunnen het best beantwoord worden indien de brede economische context van de zaak wordt uiteengezet.

## **B. Het ter plaatse raadplegen van het proceduredossier, de vraag om gehoord te worden en de vraag om een afschrift van het proceduredossier te krijgen**

42. De partijen, de Belgische mededingingsautoriteit, de minister en de Europese Commissie kunnen elk het proceduredossier ter plaatse komen raadplegen, vragen dat hen een afschrift van het dossier wordt toegezonden en vragen om gehoord te worden (art. IV.76, § 3). Dit lijkt volgens de letter van de wet uit te sluiten dat de betrokken personen van op afstand kennis zouden nemen van een elektronisch bewaard dossier, maar die beperkende lezing was zeker niet de bedoeling van de wetgever. Met toezenden van een afschrift van het dossier moet ook begrepen worden de toegang verschaffen tot het elektronisch dossier (dat op voorhand zal gezuiverd zijn van de vertrouwelijke stukken).

## **C. Berekening van de termijnen**

43. De berekening van de termijnen verloopt conform het gemeen recht van het Gerechtelijk Wetboek. De termijnen beginnen te lopen vanaf de eerste dag die volgt op deze waarop de brief aangeboden werd op de woonplaats van de geadresseerde of, in voorkomend geval, op zijn verblijfplaats of gekozen woonplaats. De termijnen worden gerekend van middernacht tot middernacht en omvatten alle dagen, ook de zaterdag, de zondag en de wettelijke feestdagen. De vervalddag is in de termijn begrepen. Is die dag echter een zaterdag, een zondag of een wettelijke feestdag, dan wordt de vervalddag verplaatst op de eerstvolgende werkdag. De in maanden bepaalde termijn wordt gerekend van de zoveelste tot de dag vóór de zoveelste.

## **D. Vervolg van de procedure indien er een vraag is om gehoord te worden**

44. Enkel diegene die heeft gevraagd te worden gehoord, zal worden gehoord door het Hof van Cassatie. Deze hoorzitting zal plaatsvinden op korte termijn nadat de termijn van een maand na de kennisgeving van de prejudiciële vraag is verstreken. Het Hof doet immers uitspraak met voorrang boven alle andere zaken (art. IV.76, § 3). Dit zijn natuurlijk niet de enige materies waarin het Hof uitspraak doet met voorrang boven alle andere zaken maar desondanks wordt die voorrang *de facto* goed nageleefd. In de zaak H.14.0001.F bv. was de vraag gesteld bij arrest van het hof te Brussel van 9 mei 2014 en werd beantwoord bij arrest van 20 november 2014.

Het Openbaar Ministerie zal in de regel schriftelijk concluderen, zodat de procedure op dat punt niet afwijkt van het gemeen recht. Anders wellicht dan in gewone civiele zaken (waarin de rapporteur start met het concept van arrest vooraleer het OM zijn

activiteiten aanvat) zullen de rapporteur en het Openbaar Ministerie tegelijkertijd werken aan het concept van conclusie *c.q.* arrest.

Het Hof neemt vervolgens een met redenen omklede beslissing. Kenmerkend voor deze prejudiciële procedure is dat de wet uitdrukkelijk bepaalt dat het Hof de prejudiciële vraag kan herformuleren. Dit is wel een basisregel bij prejudiciële zaken, nl. dat de rechter de prejudiciële vragen zo kan herformuleren dat het antwoord nuttig is voor de rechter die de vraag stelt en dat een vraag niet om vormredenen niet-ontvankelijk wordt verklaard. De omstandigheid dat dit nadrukkelijk in de wet wordt bepaald, is een aanmoediging voor het Hof van Cassatie om de gestelde vragen met open geest te beantwoorden.

De herformulering moet wel ondersteuning vinden in de verwijzingsbeschikking. De prejudiciële vraag leidt tot een dialoog tussen de rechter en het Hof van Cassatie. Het past niet dat een partij bij die dialoog (het Hof van Cassatie) eenzijdig de termen van de dialoog zou veranderen.

## **E. Vervolg van de procedure indien er geen vraag is om gehoord te worden**

**45.** De procedure is schriftelijk. Het Openbaar Ministerie zal in de regel schriftelijk concluderen. Het Hof neemt vervolgens een met redenen omklede beslissing en kan de prejudiciële vraag herformuleren, zoals hiervoor weergegeven.

## **F. Gevolg van het arrest van het Hof van Cassatie**

**46.** Het rechtscollege dat de prejudiciële vraag heeft gesteld evenals elk rechtscollege dat in dezelfde zaak uitspraak doet, moeten zich, voor de oplossing van het geschil naar aanleiding waarvan de vragen zijn gesteld, voegen naar het arrest dat het Hof van Cassatie heeft gewezen (art. IV.76, § 4) (zie Cass. 21 oktober 2011, H.11.0001.F). Een beslissing die dit zou negeren, zou uiteraard vatbaar zijn voor cassatie. Niets belet dat het Hof van Cassatie bij een dergelijke miskening in dezelfde samenstelling zou zitting hebben als wanneer het uitspraak deed over de prejudiciële vraag. Om opportuniteitsreden kan de zetel desgevallend anders samengesteld worden.

Na behandeling van de zaak bij het Hof van Cassatie, zal de griffier het dossier van de zaak terugsturen naar de verwijzende instantie.

Alhoewel het WER niet voorziet in een (*quasi*) *erga omnes* effect van het prejudicieel arrest, kan men ervan uitgaan dat het normatief ageren van het Hof van Cassatie de nodige autoriteit geniet. Het jurisprudentieel gezag van de arresten van het Hof van Cassatie is immers vrij hoog. De redenen hiertoe zijn veelvoudig. De rechters wensen

uiteeraard dat hun beslissingen zoveel mogelijk rechtszekerheid aan de partijen bieden en niet bestreden worden.<sup>29</sup>

## G. Kosten

47. Buiten de kosten voor het verkrijgen van een afschrift van de proceduredossier, is de prejudiciële procedure voor het Hof van Cassatie kosteloos. Het Hof beslist niet over de kosten van de partijen in het hoofdgeding; daarover beslist de verwijzende rechter.

### § 5. *Mogelijke samenloop en samenwerking met de Europese overheid – grondwettelijke vragen*

## A. Samenloop met het Europees recht

48. Drie mogelijke toestanden leiden tot drie mogelijke beslissingen van de feitenrechter:

- a. de feitenrechter kan een vraag stellen over bepalingen van het WER die inhoudelijk niet aansluiten bij de Europese regels. In dit geval kan de feitenrechter enkel aan het Hof van Cassatie een vraag stellen betreffende de interpretatie van de desbetreffende bepaling van het WER;
- b. tweede hypothese: de feitenrechter moet uitspraak doen over bepalingen van het WER die inhoudelijk rechtstreeks aansluiten bij de Europese regelgeving of zelfs in identieke bewoordingen is geformuleerd. De feitenrechter beschikt in dit geval over twee mogelijkheden. In zoverre hij wenst een vraag te stellen, zal hij de meest opportune en pertinente weg moeten kiezen:
  - hetzij een vraag stellen aan het Hof van Cassatie betreffende de interpretatie van het WER;
  - hetzij een vraag stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie betreffende de interpretatie van het EU-mededingingsrecht (in dit geval gaat hij er vanuit dat de nationale bepaling inhoudelijk volledig overeenstemt met de Europese bepaling).

De omstandigheid dat de Belgische wetgever zijn inspiratie heeft gezocht in het EU-mededingingsrecht voor het maken van boek IV WER, brengt niet met zich mee dat het Hof van Cassatie als het, in zijn rol van prejudiciële rechter, van oordeel is dat het WER dezelfde concepten inhoudt als de artikelen 101 en 102 VWEU en moet worden geïnterpreteerd aan de hand van deze bepalingen, omtrent deze

---

29. Zie I. VEROUWSTRAETE, “Cassatie in civiele zaken (Belgisch recht)” in *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland – De werkwijze van de hoogste rechtscolleges*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2007, p. 143, nr. 36.

interpretatie steeds een prejudiciële vraag zou moeten stellen aan het Hof van Justitie. Zoals MOK ook schrijft, zou dit een nog zwaardere belasting van het Europees Hof betekenen en ernstige vertraging meebrengen bij de afdoening van nationaal kartelrechtelijke procedures. Het daartegenoverstaande voordeel – convergentie – is in beginsel tijdelijk.<sup>30</sup> Een vraagstelling in cascade (door de feitenrechter aan het Hof van Cassatie en door het Hof van Cassatie aan het Hof van Justitie) is in theorie niet uitgesloten in het licht van de verplichting van de hoogste hoven om een vraag te stellen aan het Hof van Justitie. Maar in principe moet dit eerder de uitzondering zijn rekening houdend met de bevoegdheidssfeer van de beide gerechtshoven. Een dergelijke situatie is overigens weinig wenselijk gelet op de korte termijnen waarbinnen het Hof van Cassatie, volgens de wet, uitspraak moet doen;

- c. derde hypothese: de feitenrechter moet ook uitspraak doen over de artikelen 101 en 102 van het EU-Verdrag.

De rechterlijke instanties kunnen, wanneer voor hen een vraag rijst over de interpretatie van de artikelen 101 en 102 VWEU in een geschil m.b.t. een overeenkomst tussen ondernemingen, een besluit van een ondernemersvereniging of een onderling afgestemde feitelijke gedraging welke de handel tussen de lidstaten kan beïnvloeden, een prejudiciële vraag stellen aan het Hof van Justitie ingevolge artikel 234 EG-Verdrag. Een prejudiciële vraag daaromtrent aan het Hof van Cassatie is uitgesloten.

Zij kunnen ook de Europese Commissie verzoeken om inlichtingen waarover zij beschikt of haar adviezen betreffende de toepassing van de communautaire mededingingsregels inwinnen.<sup>31</sup>

Uit de verschillende opties zal de feitenrechter de meest opportune en pertinente moeten kiezen. Als de feitenrechter enerzijds een vraag richt tot het Hof van Cassatie en anderzijds een vraag stelt aan het Hof van Justitie of de Commissie om een advies verzoekt, zou het Hof van Cassatie desgevallend zijn antwoord uitstellen in afwachting van het arrest van het Hof van Justitie. De cumulatie van vragen is niet wenselijk voor de helderheid van het debat.

30. Zie M.R. MOK, noot onder HvJ 17 juli 1997, *Leur-Bloem*, SEW 1997, p. 334-335, nr. 4; zie ook C. NAOME, "Le renvoi préjudiciel et droit européen – Guide pratique", *JLMB Opus* 2007, p. 300, nrs. 114-117; zie daaromtrent ook H. VIAENE, "De prejudiciële vraag of hoe een vlag niet altijd de lading dekt", *TBM* 2006, p. 118, nr. 23; F. WUCKMANS, "De nieuwe Belgische mededingingswet", *RW* 2006-07, p. 622, nr. 56.

31. Over de toepassing van het EG-mededingingsrecht door de nationale rechters en mededingingsautoriteiten, zie nl. B. PONET, "Toepassing van mededingingsrecht door mededingingsautoriteiten en nationale rechterlijke instanties: enige procedureaspecten" in Y. MONTANGIE (ed.), *Mededingingsrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 103; H. NYSSENS, "Le règlement 1/2003 CE: vers une décentralisation et privatisation du droit de la concurrence", *TBH* 2003, 286; C. SCHURMANS en P. ANDRAU, "La Commission comme amicus curiae. La coopération entre la Commission européenne et les juridictions nationales après l'entrée en vigueur du Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité CE", *TBM* 2006, 236; B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, "La décentralisation du droit européen de la concurrence – présentation de la réforme" in *La décentralisation dans l'application du droit de la concurrence – un rôle accru pour le praticien?*, Brussel, Bruylant, 2004, 21. Zie ook de mededelingen van de Commissie, betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten bij de toepassing van de art. 81 en 82 van het Verdrag, *Pb.C.* 101 van 27 april 2004, 54 en betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten, *Pb.C.* 101 van 27 april 2004.

## **B. Invloed van het Grondwettelijk recht – relatie met het Grondwettelijk Hof**

**49.** In de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van het Hof van Cassatie van 22 januari 2008 (H.07.0001), hebben de eiseressen het Hof verzocht een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof. Aangezien het Hof conform de Mededingingswet uitspraak moet doen bij voorrang boven alle andere zaken, weigerde het de prejudiciële vraag te stellen.

**BIJLAGE**

De lijst van de betrokken bepalingen is de volgende, terug te vinden op de website van het Benelux Gerechtshof:

| <b>Datum</b> | <b>Gemeenschappelijke rechtsregel</b>   |
|--------------|---|
| 05.09.1952   | Verdrag nopens wederkerige bijstand inzake invordering van belastingschulden  |
| 07.06.1956   | Arbeidsverdrag en Protocol van ondertekening  |
| 06.07.1956   | Protocol betreffende de nationale behandeling bij de aanbesteding van werken en de aankoop van goederen en Protocol van ondertekening   |
| 03.02.1958   | Verdrag tot instelling van de Benelux Economische Unie, overgangsovereenkomst met aangehechte lijsten, zoals deze zijn gewijzigd bij beschikkingen van het Comité van Ministers van de Benelux Economische Unie van 15 mei 1961 Uitvoeringsprotocol en Protocol van ondertekening |
| 11.12.1958   | Derde Aanvullend Protocol bij het Verdrag van 18 februari 1950 tot unificatie van accijnzen en van het waarborgrecht  |
| 11.04.1960   | Overeenkomst inzake de verlegging van de personencontrole naar de buitengrenzen van het Benelux-gebied  |
| 20.06.1960   | Beschikking betreffende de aanmeldingsplicht van vreemdelingen  |
| 19.09.1960   | Overeenkomst inzake de tenuitvoerlegging van artikelen 55 en 56 van het Verdrag tot instelling van de Benelux Economische Unie  |
| 28.12.1961   | Beschikking inzake het recht van terugkeer van werkende vluchtelingen   |
| 29.03.1962   | Vierde aanvullend Protocol bij het Verdrag van 18 februari 1950 tot unificatie van accijnzen en van het waarborgrecht   |
| 27.06.1962   | Verdrag aangaande de uitlevering en de rechtshulp in strafzaken   |
| 27.06.1962   | Protocol betreffende de burgerrechtelijke aansprakelijkheid voor ambtenaren die optreden op het grondgebied van een andere partij, aangehecht aan het Verdrag aangaande de uitlevering en de rechtshulp in strafzaken   |
| 23.09.1963   | Aanbeveling inzake de harmonisatie der wetgevingen betreffende het veterinaire certificaat, waarvan vlees in het intra-Benelux-verkeer moet vergezeld gaan  |
| 23.09.1963   | Aanbeveling inzake het gemeenschappelijk reglement betreffende het intra-Benelux-vervoer van lijken   |
| 01.10.1963   | Beschikking met betrekking tot het identiteitsbewijs, bedoeld in artikel 1 van de Overeenkomst inzake de tenuitvoerlegging van de artikelen 55 en 56 van het Verdrag tot instelling van de Benelux Economische Unie   |

PREJUDICIËLE VRAGEN VOOR HET HOF VAN CASSATIE EN HET BENELUX  
GERECHTSHOF

- 25.11.1963 Aanbeveling inzake de harmonisatie der wetgevingen betreffende de stempeling van vers vlees, bestemd voor het intra-Benelux-verkeer
- 14.01.1964 Overeenkomst ter uitvoering van artikel 37, lid 2, van het Verdrag tot instelling van de Benelux Economische Unie
- 31.03.1965 Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof
- 31.03.1965 Aanbeveling betreffende de toepassing van eenvormige voorschriften inzake schiethamers
- 31.03.1965 Aanbeveling betreffende de harmonisatie der wetgevingen inzake pesticiden (bestrijdingsmiddelen) en fytofarmaceutische producten
- 25.10.1965 Aanbeveling inzake de harmonisatie der wetgevingen betreffende draagbare blustoestellen
- 25.10.1965 Aanbeveling betreffende de werkzaamheden van loonspuiters
- 18.04.1966 Aanbeveling betreffende acetyleenontwikkelaars, terugslagveiligheden en reduceertoestellen
- 18.04.1966 Aanbeveling betreffende de wederzijdse erkenning van vergunningen en het uitwisselen van gegevens tussen de bevoegde diensten, inzake invoer, vervoer, doorvoer en distributie van radioactieve stoffen
- 18.04.1966 Beschikking met betrekking tot de lijst van beperkingen op het vrije handelsverkeer, bedoeld in artikel 10 van de Overgangsovereenkomst
- 18.04.1966 Aanbeveling inzake een wederzijdse erkenning van vergunningen en het uitwisselen van gegevens tussen de bevoegde diensten inzake het niet-militair vervoer van explosieve stoffen
- 24.05.1966 Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen met Gemeenschappelijke Bepalingen en Protocol van ondertekening
- 17.10.1966 Aanbeveling tot aanvulling van de Aanbeveling van 31 maart 1965, M (65) 14 betreffende de harmonisatie der wetgevingen inzake pesticiden (bestrijdingsmiddelen) en fytofarmaceutische producten
- 17.10.1966 Aanbeveling inzake de technische voorwaarden waaraan de elektrische installaties voor hun aansluiting moeten voldoen
- 18.01.1967 Aanbeveling inzake erkende vakdiploma's
- 12.04.1967 Aanbeveling inzake smetstoffen voorkomend bij dieren en levende vaccins voor veterinaire gebruik
- 12.04.1967 Aanbeveling inzake tuberculine voor veterinaire gebruik
- 12.04.1967 Aanbeveling inzake het in de handel brengen in de B.L.E.U. van farmaceutische specialiteiten van Nederlandse oorsprong



- 12.04.1967 Beschikking met betrekking tot de lijst van beperkingen op het vrije handelsverkeer, bedoeld in artikel 10 van de Overgangsovereenkomst
- 12.04.1967 Aanbeveling inzake de toepassing van Benelux-referentiemethoden van onderzoek betreffende cacao en chocolade
- 30.05.1967 Tweede Aanbeveling tot aanvulling van de aanbeveling M (65) 14 betreffende de harmonisatie der wetgevingen inzake pesticiden en fytofarmaceutische producten
- 28.06.1967 Beschikking betreffende de verwijdering en de overname van personen
- 28.06.1967 Beschikking betreffende ongewenste vreemdelingen
- 22.09.1967 Aanbeveling inzake de minimumeisen voor de voornaamste veterinaire sera en vaccins op basis van smetstoffen en zoonosen, welke onder een controleregeling vallen
- 29.01.1968 Aanbeveling inzake het intra-Benelux-handelsverkeer in groene magen, pensen en ongeschraapte darmen
- 29.01.1968 Aanbeveling inzake het handelsverkeer in vlees dat residuen en oestrogene stoffen of antibiotica bevat
- 29.01.1968 Aanbeveling inzake de behandeling van vlees, dat besmet is bevonden met *cysticercus bovis*
- 29.01.1968 Aanbeveling inzake het verwerken van paardevlees in vleeswaren
- 29.01.1968 Aanbeveling inzake de harmonisatie der wetgevingen betreffende specerijen en specerijproducten
- 29.01.1968 Aanbeveling inzake de harmonisatie der wetgevingen betreffende zout bestemd voor menselijke consumptie
- 29.01.1968 Aanbeveling betreffende de centrifuges
- 29.01.1968 Aanbeveling inzake destructiemateriaal
- 29.01.1968 Aanbeveling inzake het vrije intra-Benelux-verkeer in organen en delen van slachtdieren, bestemd voor opotherapeutische doeleinden
- 28.03.1968 Aanbeveling inzake bouwliften voor personen- en goederenverkeer
- 29.04.1968 Vijfde Aanvullend Protocol bij het Verdrag van 18 februari 1950 tot unificatie van accijnzen en van het waarborgrecht
- 26.09.1968 Aanvullend Protocol bij de Benelux-Overeenkomst van 24 mei 1966 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen
- 11.12.1968 Aanbeveling inzake de toepassing van Benelux-referentiemethoden van onderzoek, behorende bij de Aanbeveling M (63) 20 inzake de harmonisatie der wetgevingen betreffende zetmeel en puddingpoeder
- 11.12.1968 Aanbeveling inzake de toepassing van Benelux-referentiemethoden van onderzoek, behorende bij de Aanbeveling M (63) 21 inzake de harmonisatie der wetgevingen betreffende honing

PREJUDICIËLE VRAGEN VOOR HET HOF VAN CASSATIE EN HET BENELUX  
GERECHTSHOF

- 11.12.1968 Aanbeveling inzake de harmonisatie der wetgevingen betreffende de meeteenheden
- 11.12.1968 Aanbeveling inzake de harmonisatie der wetgevingen betreffende niet-automatische weegwerktuigen
- 11.12.1968 Aanbeveling inzake de harmonisatie der wetgevingen betreffende gasmeters, welke het gemeten gas in eenheden van volume aangeven
- 11.12.1968 Aanbeveling inzake de identificatie van slachtdieren
- 11.12.1968 Aanbeveling betreffende het vervoer van vers vlees
- 11.12.1968 Beschikking inzake de gemeenschappelijke uitvoerings- en controlevoorschriften voor het ongeregelde internationale reizigersvervoer over de weg
- 21.03.1969 Aanbeveling inzake de harmonisatie der wetgevingen betreffende de inhoudsmaten
- 21.03.1969 Aanbeveling betreffende de verplaatsbare transporteurs
- 21.03.1969 Aanbeveling inzake de harmonisatie der wetgevingen betreffende de lengtematen
- 29.04.1969 Aanvullend Protocol bij het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof inzake de rechtsbescherming van personen in dienst van de Benelux Economische Unie
- 29.04.1969 Protocol inzake de afschaffing van controles en formaliteiten aan de binnengrenzen van Benelux en inzake de opheffing van de belemmeringen van het vrije verkeer
- 29.04.1969 Protocol ter uitvoering van artikel 1, lid 2, van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof
- 29.04.1969 Protocol ter uitvoering van artikel 1, lid 2, van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof
- 29.04.1969 Overeenkomst inzake de administratieve en strafrechtelijke samenwerking op het gebied van de regelingen die verband houden met de verwezenlijking van de doelstellingen van de Benelux Economische Unie, met drie Aanvullende Protocollen, houdende bijzondere bepalingen op het stuk van a) de regeling van in-, uit- en doorvoer b) de belastingen c) het vervoer
- 29.04.1969 Overeenkomst inzake de administratieve en strafrechtelijke samenwerking op het gebied van de regelingen die verband houden met de verwezenlijking van de doelstellingen van de Benelux Economische Unie, met drie Aanvullende Protocollen, houdende bijzondere bepalingen op het stuk van a) de regeling van in-, uit- en doorvoer b) de belastingen c) het vervoer
- 29.04.1969 Overeenkomst tot eenmaking van het Benelux-douane-gebied
- 03.06.1969 Aanbeveling inzake de harmonisatie der wetgevingen betreffende mosterd
- 08.12.1969 Beschikking betreffende de voorwaarden voor binnenkomst van vreemdelingen

- 23.12.1969 Derde Aanbeveling tot aanvulling – wat betreft de pesticiden voor niet-landbouwkundig gebruik – van Aanbeveling M (65) 14 van 31 maart 1965 betreffende de harmonisatie der wetgevingen inzake pesticiden (bestrijdingsmiddelen) en fytofarmaceutische producten M (69) 27
- 23.12.1969 Aanbeveling inzake de toepassing van Benelux-referentiemethoden van onderzoek, behorende bij de Aanbeveling M (68) 20 inzake de harmonisatie der wetgevingen betreffende koffie, koffie-extracten en koffiesurrogaten
- 23.12.1969 Aanbeveling inzake de toepassing van Benelux-referentiemethoden van onderzoek, behorende bij de Aanbeveling M (68) 19 inzake de harmonisatie der wetgevingen betreffende thee, thee-extract, mate en theesurrogaten
- 10.06.1970 Vierde Aanbeveling tot aanvulling – wat betreft de brandgevaarlijke middelen van Aanbeveling M (65) 14 van 31 maart 1965 betreffende de harmonisatie der wetgevingen inzake pesticiden (bestrijdingsmiddelen) en fytofarmaceutische producten
- 10.06.1970 Aanbeveling betreffende het stralen en het ontzanden
- 10.06.1970 Overeenkomst op het gebied van de jacht en de vogelbescherming, zoals gewijzigd door het Protocol van 20 juni 1977
- 15.06.1970 Protocol tot vaststelling van een Beneluxtarief van invoerrechten, met bijlage
- 09.12.1970 Aanbeveling inzake invoer en intra-Benelux-verkeer van nertsen en tamme konijnen in levende staat
- 31.12.1970 Aanbeveling tot wijziging van de sanitaire voorschriften inzake het intra-Beneluxverkeer van vers vlees
- 31.12.1970 Aanbeveling tot wijziging van de sanitaire voorschriften inzake het intra-Beneluxverkeer van vleeswaren
- 01.02.1971 Beschikking tot instelling van een overgangsregeling inzake wapens en munitie
- 10.03.1971 Beschikking inzake tuinbouwproducten
- 10.03.1971 Beschikking met betrekking tot de lijst van beperkingen op het vrije handelsverkeer, bedoeld in artikel 10 van de overgangsovereenkomst
- 29.04.1971 Tweede Aanbeveling inzake erkende vakdiploma's
- 09.06.1971 Beschikking betreffende de toepassing van de Overeenkomst inzake administratieve en strafrechtelijke samenwerking van 29 april 1969 op het gebied van thee, thee-extract, mate en theesurrogaten
- 09.06.1971 Beschikking tot instelling van een begeleidings- en waarschuwingsformulier ten behoeve van veterinair toezicht op zendingen ingevoerde levende dieren en producten
- 09.06.1971 Beschikking inzake veterinairrechtelijke voorschriften voor het intra-Beneluxverkeer en de invoer van bijen, bijenkorven en honingraten

- 09.06.1971 Beschikking inzake veterinairerechtelijke voorschriften voor het intra-Beneluxverkeer en de invoer van sperma van dieren, bestemd voor de centra voor kunstmatige inseminatie
- 09.06.1971 Beschikking inzake veterinairerechtelijke voorschriften voor het intra-Beneluxverkeer en de invoer van levende schapen en geiten
- 09.06.1971 Beschikking betreffende de toepassing van de Overeenkomst inzake administratieve en strafrechtelijke samenwerking van 29 april 1969 op het gebied van zetmeel en puddingpoeder
- 09.06.1971 Beschikking inzake veterinairerechtelijke voorschriften voor het intra-Beneluxverkeer en de in-, uit- en doorvoer van tot een circus behorende dieren
- 09.06.1971 Beschikking betreffende de toepassing van de Overeenkomst inzake administratieve en strafrechtelijke samenwerking van 29 april 1969 op het gebied van kleurstoffen voor voedingswaren
- 09.06.1971 Beschikking betreffende de toepassing van de Overeenkomst inzake administratieve en strafrechtelijke samenwerking van 29 april 1969 op het gebied van zout bestemd voor menselijk verbruik
- 09.06.1971 Beschikking betreffende de toepassing van de Overeenkomst inzake administratieve en strafrechtelijke samenwerking van 29 april 1969 op het gebied van koffie, koffie-extracten en koffiesurrogaten
- 09.06.1971 Beschikking betreffende de toepassing van de Overeenkomst inzake administratieve en strafrechtelijke samenwerking van 29 april 1969 op het gebied van honing en soortgelijke producten
- 09.06.1971 Beschikking betreffende de toepassing van de Overeenkomst inzake administratieve en strafrechtelijke samenwerking van 29 april 1969 op het gebied van de cacao en chocolade
- 09.06.1971 Beschikking betreffende de toepassing van de Overeenkomst inzake administratieve en strafrechtelijke samenwerking van 29 april 1969 op het gebied van specerijen en specerijproducten
- 30.06.1971 Beschikking betreffende de tijdelijke wederinstelling van de personencontrole aan de binnengrenzen
- 30.06.1971 Tweede Beschikking inzake de gemeenschappelijke uitvoerings- en controlevoorschriften voor het internationale vervoer van personen met huurauto's en taxi's
- 11.04.1972 Beschikking inzake veterinairerechtelijke voorschriften voor het intra-Beneluxverkeer en de invoer van bloed en bloedserum van dierlijke oorsprong voor laboratoriumdoeleinden
- 11.04.1972 Beschikking betreffende de toepassing van Benelux-referentiemethoden van onderzoek inzake specerijen en specerijproducten
- 11.04.1972 Beschikking betreffende de toepassing van Benelux-referentiemethoden van onderzoek inzake vleesextract en vlees-bouillon
- 29.05.1972 Beschikking betreffende de toepassing van Benelux-referentiemethoden van onderzoek inzake soepen

- 18.10.1972 Beschikking betreffende de instelling en de taak van een nieuwe subcommissie belast met de controle op de Beneluxtarieven inzake het goederenvervoer over de weg
- 18.10.1972 Beschikking tot instelling van een ministeriële Werkgroep van volksgezondheid
- 29.12.1972 Overeenkomst inzake commoriëntes met Gemeenschappelijke Bepalingen
- 17.03.1973 Beschikking betreffende de toepassing van Benelux-referentiemethoden van onderzoek inzake melkpoeder
- 17.03.1973 Beschikking inzake de materiële en hygiënische eisen te stellen aan slachtinrichtingen en uitsnijderijen
- 17.07.1973 Beschikking betreffende de toepassing van Benelux-referentiemethoden van onderzoek inzake geëvaporeerde en gecondenseerde melk
- 31.08.1973 Beschikking inzake de harmonisatie der wetgevingen inzake soepen
- 31.08.1973 Beschikking betreffende de harmonisatie der wetgevingen inzake vleesextract, vloeibare aroma's, strooi-aroma's en bouillons
- 31.08.1973 Aanbeveling betreffende bepaalde machines, gebruikt in de leder- en huidenindustrie
- 31.08.1973 Aanbeveling betreffende persluchtcaissons
- 31.08.1973 Aanbeveling betreffende houtbewerkingsmachines
- 24.09.1973 Beschikking inzake veterinairerechtelijke voorschriften voor het intra-Beneluxverkeer en de invoer van geslachte, tamme konijnen
- 24.09.1973 Beschikking betreffende de vaststelling van enkele bijzondere gemeenschappelijke regels voor pendelvervoer met autobussen (autocars) en voor de bijzondere vormen van geregeld vervoer met autobussen
- 26.10.1973 Aanbeveling betreffende de gelijke behandeling van al de personen gevestigd in de Benelux Economische Unie, ten opzichte van de afgifte van vergunningen van elk partnerland
- 13.11.1973 Beschikking tot aanvulling van de Beschikking van 9 juni 1971, M (71) 30 inzake de veterinairerechtelijke voorschriften voor het intra-Beneluxverkeer en de invoer van levende schapen en geiten
- 26.11.1973 Aanbeveling inzake volcontinu-arbeid in de industrie
- 26.11.1973 Beschikking betreffende de toepassing op het gebied van de schiethamers van de Benelux-Overeenkomst van 29 april 1969 inzake strafrechtelijke samenwerking
- 26.11.1973 Aanbeveling tot wijziging van de Aanbeveling van 18 april 1966, M (66) 5, betreffende acetyleenontwikkelaars, terugslagveiligheden en reduceertoestellen
- 26.11.1973 Aanbeveling inzake veiligheidsvoorschriften voor slijpmachines

PREJUDICIËLE VRAGEN VOOR HET HOF VAN CASSATIE EN HET BENELUX  
GERECHTSHOF

- 26.11.1973 Aanbeveling betreffende de veiligheidsvoorschriften voor guillotine-scharen voor metalen
- 26.11.1973 Aanbeveling inzake veiligheidsvoorschriften voor spanninggevers van schrikdraden
- 26.11.1973 Aanbeveling inzake veiligheidsgordels voor industrieel gebruik
- 26.11.1973 Benelux-Overeenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom
- 11.05.1974 Tweede Protocol ter uitvoering van artikel 1, lid 2, van het Verdrag betreffende de instelling en het Statuut van een Benelux-Gerechtshof, met Bijlagen
- 11.05.1974 Tweede Protocol ter uitvoering van artikel 1, lid 2, van het Verdrag betreffende de instelling en het Statuut van een Benelux-Gerechtshof, met Bijlagen
- 11.05.1974 Protocol tot aanvulling en wijziging van het Verdrag aangaande de uitlevering en de rechtshulp in strafzaken
- 11.05.1974 Modelwet betreffende bedrogsdelicten, bijlage I bij het Tweede Protocol ter uitvoering van artikel 1, lid 2, van het Verdrag betreffende de instelling en het Statuut van een Benelux-Gerechtshof
- 11.05.1974 Modelwet betreffende de strafbaarstelling van valse verklaringen voor internationale gerechten, bijlage II bij het Tweede Protocol ter uitvoering van artikel 1, lid 2, van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof
- 13.05.1974 Eerste Beschikking tot wijziging en aanvulling van Beschikking M (71) 10 van 1 februari 1971 tot instelling van een overgangsregeling inzake wapens en munitie
- 18.03.1975 Beschikking inzake veterinairerechtelijke voorschriften voor het intra-Benelux-verkeer en de invoer van varkens
- 18.03.1975 Beschikking tot vervanging van Beschikking M (71) 40 van 9 juni 1971 inzake veterinairerechtelijke voorschriften voor het intra-Beneluxverkeer en de invoer van runderen
- 07.05.1975 Beschikking inzake veterinairerechtelijke voorschriften voor het intra-Beneluxverkeer en de invoer van beenderen van vee
- 07.05.1975 Tweede Protocol tot wijziging van artikel 80, lid 2 van het Verdrag tot instelling van de Benelux Economische Unie
- 26.01.1976 Zesde Protocol bij het Benelux-Verdrag tot unificatie van accijnzen en van het waarborgrecht, ondertekend te 's Gravenhage op 18 februari 1950
- 26.01.1976 Beschikking betreffende de toepassing van Benelux-referentiemethoden van onderzoek inzake zout bestemd voor menselijke consumptie
- 26.01.1976 Beschikking betreffende de toepassing van Benelux-referentiemethoden van onderzoek inzake mosterd
- 26.01.1976 Beschikking tot wijziging van Beschikking M (72) 12, betreffende de toepassing van Benelux-referentiemethoden van onderzoek inzake vleesextracten en vleesbouillon

- 26.01.1976 Beschikking tot wijziging van Beschikking M (72) 14, betreffende de toepassing van Benelux-referentiemethoden van onderzoek inzake soepen
- 26.01.1976 Beschikking tot wijziging van de Beschikking van 17 juli 1973, M (73) 13, inzake de materiële en hygiënische eisen te stellen aan slachtinrichtingen en uitsnijderijen
- 26.01.1976 Beschikking inzake de toepassing van een Beneluxreferentiemethode voor het opsporen en het identificeren van in levensmiddelen aanwezige, in water oplosbare, synthetische kleurstoffen
- 26.01.1976 Beschikking inzake de toepassing van een Beneluxreferentiemethode voor het opsporen en het identificeren van in levensmiddelen aanwezige, in vet oplosbare synthetische kleurstoffen
- 26.01.1976 Beschikking betreffende de procedure voor de samenwerking bij wering en bestrijding van dierziekten
- 24.05.1976 Tweede Beschikking met betrekking tot de bescherming van de vogelstand
- 25.11.1976 Beschikking tot wijziging van Beschikking M (75) 3 van 7 mei 1975 inzake veterinairerechtelijke voorschriften voor het intra-Beneluxverkeer en de invoer van beenderen van vee
- 03.05.1977 Tweede Beschikking tot wijziging van Beschikking M (71) 10 van 1 februari 1971 tot instelling van een overgangsregeling inzake wapens en munitie
- 20.06.1977 Protocol tot wijziging van de Benelux-overeenkomst op het gebied van de jacht en de vogelbescherming
- 08.12.1977 Beschikking inzake het intra-Beneluxverkeer van meststoffen, kalkmeststoffen, organische bodemverbeterende middelen en aanverwante waren
- 14.04.1978 Beschikking betreffende de uitoefening van de personencontrole aan de buitengrenzen van het Beneluxgebied
- 31.05.1978 Beschikking tot vervanging van de beschikking inzake veterinairerechtelijke voorschriften voor het intra-Beneluxverkeer en de invoer van pluimvee, eendagskuikens en broedeieren
- 31.05.1978 Beschikking tot vervanging van Beschikking M (71) 37 van 9 juni 1971 inzake veterinairerechtelijke voorschriften voor de doorvoer van dieren en producten
- 31.05.1978 Beschikking inzake de verlegging van de gezondheidscontrole op honden en katten naar de buitengrenzen van het Benelux-gebied
- 14.11.1978 Tweede Beschikking tot wijziging van Beschikking M (76) 12 van 26 januari 1976 betreffende de procedure voor de samenwerking bij wering en bestrijding van dierziekten
- 04.05.1979 Beschikking inzake de bemonsteringsmethode voor de controle van meststoffen, kalkmeststoffen, organische bodemverbeterende middelen en aanverwante waren

PREJUDICIËLE VRAGEN VOOR HET HOF VAN CASSATIE EN HET BENELUX  
GERECHTSHOF

- 04.05.1979 Beschikking inzake veterinaire rechtelijke voorschriften voor het intra-Beneluxverkeer en de invoer van levende wilde eenhoevigen, wilde herkauwers en wilde varkensachtigen
- 04.05.1979 Beschikking betreffende de toepassing van Benelux-referentiemethoden van onderzoek inzake bier
- 04.05.1979 Beschikking tot aanvulling van Beschikking M (72) 14 betreffende de toepassing van Benelux-referentiemethoden van onderzoek inzake soepen
- 06.02.1980 Protocol inzake de bekendmaking in het Benelux-Publicatieblad van bepaalde gemeenschappelijke rechtsregels voor de uitleg waarvan het Benelux-Gerechtshof bevoegd is
- 26.06.1980 Beschikking tot wijziging van de Beschikking inzake poeders en andere samengestelde producten bestemd voor de bereiding van pudding en soortgelijke waren, M (73) 34 van 26 november 1973
- 26.06.1980 Derde Beschikking tot wijziging van de Beschikking van 26 januari 1976, M (76) 12, betreffende de samenwerking bij wering en bestrijding van dierziekten
- 03.12.1980 Beschikking inzake de te nemen maatregelen met het oog op de fytosanitaire inspectie van ingevoerde planten, plantaardige producten en grond op een andere plaats dan de plaats van dedouanerij
- 14.05.1981 Derde Beschikking tot wijziging van Beschikking M (71) 10 van 1 februari 1971 tot instelling van een overgangsregeling inzake wapens en munitie
- 14.05.1981 Beschikking betreffende de harmonisatie van de wetgevingen inzake het intra-Beneluxverkeer en de invoer uit derde landen van vers vlees
- 10.06.1981 Protocol tot wijziging van artikel 1 van het Verdrag betreffende de instelling en het Statuut van een Benelux-Gerechtshof
- 18.01.1982 Beschikking houdende wijziging van Beschikking M (77) 12 inzake de harmonisatie der wetgevingen betreffende farmaceutische specialiteiten en geprefabriceerde geneesmiddelen voor menselijk gebruik
- 14.04.1982 Beschikking betreffende het verkeer van vreemdelingen
- 08.06.1982 Overeenkomst op het gebied van natuurbehoud en landschapsbescherming
- 27.04.1983 Beschikking strekkende tot onderlinge erkenning van de jachtexamens
- 06.05.1983 Aanbeveling inzake de samenwerking tussen de drie landen op het gebied van het toezicht op en de registratie van de geneesmiddelen voor menselijk gebruik



- 06.05.1983 Beschikking tot wijziging van de bevoegdheden van de ministeriële werkgroep van volksgezondheid ten aanzien van de samenwerking van de drie landen op het gebied van het toezicht op en de registratie van de geneesmiddelen voor menselijk gebruik
- 17.10.1983 Beschikking inzake de introductie in de natuur van niet-inheemse diersoorten
- 17.10.1983 Beschikking betreffende de harmonisatie der wetgevingen inzake poeders en andere samengestelde producten bestemd voor de bereiding van pudding en soortgelijke waren
- 17.10.1983 Beschikking tot wijziging van de Beschikking M (74) 20 van 18 maart 1975 inzake veterinairerechtelijke voorschriften voor het intra-Beneluxverkeer en de invoer van runderen
- 17.10.1983 Beschikking tot wijziging van de Beschikking M (78) 2 van 31 mei 1978 inzake veterinairerechtelijke voorschriften voor het intra-Beneluxverkeer en de invoer van pluimvee, eendagskuikens en broedeieren
- 17.10.1983 Beschikking inzake wederzijdse bijstand ter vaststelling van schade veroorzaakt door grensoverschrijdende gevolgen van grondwateronttrekking
- 20.12.1983 Beschikking tot aanwijzing van de wildsoorten en de streken van de Beneluxlanden waar een afschotplan zal gelden
- 24.09.1984 Beschikking strekkende tot de limitatieve opsomming van de te bezigen geweren en munitie bij de jacht op de onderscheiden wildsoorten
- 06.11.1984 Beschikking tot wijziging van het Benelux-tarief van invoerrechten
- 23.11.1984 Protocol tot wijziging en aanvulling van het Verdrag betreffende de instelling en het Statuut van een Benelux-Gerechtshof
- 12.12.1984 Beschikking ter intrekking en vervanging van het aan Beschikking M (78) 5 van 31 mei 1978 gevoegde reglement inzake de verlegging van de gezondheidscontrole op honden en katten naar de buitengrenzen van het Benelux-gebied
- 12.12.1984 Beschikking inzake overleg en samenwerking bij de voorbereiding van beslissingen omtrent vergunningen voor grondwateronttrekkingen waarvan grensoverschrijdende gevolgen mogelijk zijn
- 12.12.1984 Beschikking ter vervanging van Beschikking M (71) 35 van 9 juni 1971 inzake veterinairerechtelijke voorschriften voor het intra-Beneluxverkeer en de invoer van mest, hooi en stro
- 12.12.1984 Beschikking tot wijziging van het Benelux-tarief van invoerrechten
- 24.12.1984 Beschikking strekkende tot de limitatieve opsomming van de te bezigen geweren en munitie bij de jacht op de onderscheiden wildsoorten
- 11.03.1986 Beschikking tot wijziging van het Benelux-tarief van invoerrechten

PREJUDICIËLE VRAGEN VOOR HET HOF VAN CASSATIE EN HET BENELUX  
GERECHTSHOF

- 22.04.1986 Beschikking houdende tweede wijziging van de Beschikking van 9 juni 1971, M (71) 30, inzake veterinairerechtelijke voorschriften voor het intra-Beneluxverkeer en de invoer van levende schapen en geiten
- 22.04.1986 Beschikking tot aanwijzing van Gemeenschappelijke rechtsregels in de zin van artikel 1, lid 2, van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof
- 22.04.1986 Beschikking tot aanwijzing van Gemeenschappelijke rechtsregels in de zin van artikel 1, lid 2, van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof
- 2.09.1986 Benelux-Overeenkomst inzake grensoverschrijdende samenwerking tussen territoriale samenwerkingsverbanden of autoriteiten
- 17.09.1986 Beschikking tot wijziging van het Benelux-Tarief van invoerrechten
- 23.06.1987 Eerste beschikking tot wijziging van de Overeenkomst op het gebied van de jacht en de vogelbescherming
- 24.11.1987 Beschikking houdende wijziging van een aantal levensmiddelen waarin verdikkingsmiddelen zijn toegelaten en die voorwerp uitmaken van een Benelux-harmonisatie
- 24.11.1987 Beschikking met betrekking tot een Belgisch-Nederlands grenspark "Kalmthoutse Heide"
- 24.12.1987 Beschikking tot wijziging van het Benelux-tarief van invoerrechten
- 25.05.1988 Beschikking inzake overleg en samenwerking bij de voorbereiding van beslissingen die van belang zijn voor de bescherming van het grondwater in de grensgebieden
- 25.05.1988 Beschikking inzake technische eisen voor motorrijtuigen, aanhangwagens, opleggers, motorrijwielen, alsmede motorvoertuigen op drie wielen
- 21.11.1988 Beschikking betreffende de harmonisatie der wetgevingen inzake limonade
- 13.06.1989 Beschikking tot wijziging van de Beschikking M (78) 2 van 31 mei 1978 inzake veterinairerechtelijke voorschriften voor het intra-Beneluxverkeer en de invoer van pluimvee, eendagskuikens en broedeieren
- 16.02.1990 Protocol houdende wijziging van artikel 81 van het Verdrag tot instelling van de Benelux Economische Unie van 3 februari 1958
- 17.04.1990 Beschikking inzake technische eisen voor motorrijtuigen, aanhangwagens, opleggers, motorrijwielen, alsmede motorvoertuigen op drie wielen
- 17.04.1990 Beschikking inzake de afmetingen en massa's bedrijfsvoertuigen en personenauto's welke in het internationale verkeer op het grondgebied van een Beneluxland worden toegelaten

- 18.06.1990 Beschikking tot wijziging van Beschikking M (79) 4 van 4 mei 1979 inzake de veterinairerechtelijke voorschriften voor het intra-Beneluxverkeer en de invoer van wilde eenhoevigen, wilde herkauwers en wilde varkensachtigen
- 18.06.1990 Tweede Beschikking tot wijziging van de Benelux-Overeenkomst op het gebied van de jacht en de vogelbescherming
- 18.06.1990 Beschikking inzake de grensbeweidning van runderen aan de intra-Beneluxgrenzen
- 18.06.1990 Beschikking tot vervanging van de Beschikking M (76) 39 van 25 november 1976 inzake veterinairerechtelijke voorschriften voor het intra-Benelux-verkeer en de invoer van eenhoevigen
- 18.11.1991 Beschikking houdende aanvulling van Beschikking M (79) 4 van 4 mei 1979 inzake de veterinairerechtelijke voorschriften voor het intra-Benelux-verkeer en de invoer van wilde eenhoevigen, wilde herkauwers en wilde varkensachtigen, zoals gewijzigd door Beschikking M (90) 9 van 18 juni 1990
- 18.11.1991 Beschikking inzake aanwijzing van de landen van waaruit dieren, dierlijke en andere producten kunnen worden ingevoerd alsmede een procedure tot aanpassing van het invoerbeleid aan de dierzieketesituatie in deze landen
- 18.11.1991 Beschikking inzake veterinairerechtelijke voorschriften voor het intra-Beneluxverkeer en de invoer van papegaaiachtigen
- 16.12.1991 Beschikking tot instelling van een Bijzondere Commissie voor grensoverschrijdende samenwerking
- 16.12.1991 Beschikking inzake de vaststelling van de voorwaarden waaronder in een Beneluxland gevestigde ondernemers in de andere Beneluxlanden worden toegelaten tot het beroepsgoederenvervoer over de weg
- 15.06.1992 Beschikking tot wijziging van Beschikking M (78) 2 van 31 mei 1978 inzake veterinairerechtelijke voorschriften voor het intra-Beneluxverkeer en de invoer van pluimvee, Eendagskuikens en broedeieren
- 15.06.1992 Beschikking tot wijziging van de beschikkingen M (83) 26, M (84) 16, M (88) 8 met betrekking tot het grondwater
- 20.12.1994 Beschikking houdende de vaststelling van additionele bepalingen inzake het reizigersvervoer met touringcars en met autobussen op het grondgebied van een Benelux-Staat
- 20.12.1994 Beschikking tot wijziging van Beschikking M (88) 9 d.d. 25.5.1988 inzake technische eisen voor motorrijtuigen, aanhangwagens, opleggers, motorrijwielen, alsmede motorvoertuigen op drie wielen
- 26.04.1996 Beschikking inzake de vrije migratie van vissoorten in de hydrografische stroomgebieden van de Beneluxlanden

PREJUDICIËLE VRAGEN VOOR HET HOF VAN CASSATIE EN HET BENELUX  
GERECHTSHOF

- 02.10.1996 Beschikking op het gebied van de jacht en de vogelbescherming
- 02.10.1996 Beschikking met betrekking tot de jacht en de vogelbescherming
- 01.10.1998 Beschikking tot wijziging van de Beschikking M (77) 15 van 8 december 1977 inzake het intra-Benelux-verkeer van meststoffen, kalkmeststoffen, organische bodemverbeterende middelen en aanverwante waren
- 17.12.1998 Beschikking met betrekking tot de instelling van een Bijzondere Commissie van overleg en advies voor het grensoverschrijdend gebied Stramprooierbroek
- 17.12.1998 Protocol houdende wijziging van het uitvoeringsreglement van de eenvormige Beneluxwet inzake tekeningen en modellen
- 17.12.1998 Beschikking ter aanvulling van de Beschikking M (96) 8 met betrekking tot de jacht en de vogelbescherming en ter wijziging van de in bijlage hiervan opgenomen toelichting
- 25.10.1999 Beschikking tot aanvulling van de Beschikking M (83) 3 strekkende tot onderlinge erkenning van de jachtexamens
- 25.10.1999 Beschikking tot afschaffing en vervanging van de Beschikking M (72) 18 van 30 augustus 1972 met betrekking tot de bescherming van de vogelstand
- 18.10.2003 Beschikking houdende opheffing van de alsnog geldende beschikkingen op het gebied van levensmiddelen
- 25.02.2005 Verdrag inzake de intellectuele eigendom
- 25.02.2005 Verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen). Met protocol inzake voorrechten en immuniteiten van de Benelux-Organisatie voor de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen)
- 24.04.2006 Beschikking houdende opheffing van de beschikkingen M (77) 15 van 8 december 1977 inzake het intra-Beneluxverkeer van meststoffen, kalkmeststoffen, organische bodemverbeterende middelen en aanverwante waren
- 01.12.2006 Beschikking houdende wijziging van het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen)
- 08.03.2007 Beschikking tot opheffing en vervanging van de beschikkingen M (83) 3 van 25 april 1983 en M (99) 10 van 25 oktober 1999 strekkende tot onderlinge erkenning van de jachtexamens
- 17.04.2007 Protocol van 17 april 2007 tot wijziging van het aanvullend protocol inzake de belastingen gevoegd bij de overeenkomst inzake de administratieve en strafrechtelijke samenwerking op het gebied van de regelingen die verband houden met de verwezenlijking van de doelstellingen van de Benelux Economische Unie. Incl. Verklaring van de drie regeringen

- 04.12.2007 Beschikking tot vaststelling van het statuut van de ambtenaren van het Secretariaat-Generaal van de Benelux Economische Unie
- 16.09.2009 Beschikking tot opheffing en vervanging van Beschikking M (96) 5 van 26 april 1996 inzake de vrije migratie van vissoorten in de hydrografische stroomgebieden van de Beneluxlanden
- 08.12.2009 Beschikking met betrekking tot het grensoverschrijdend spoedeisend ambulancevervoer
- 13.12.2010 Beschikking tot wijziging van Beschikking M (83) 17 strekkende tot de limitatieve opsomming van de te bezigen geweren en munitie bij de jacht op de onderscheiden wildsoorten
- 02.05.2011 Beschikking met betrekking tot instelling van een Bijzondere Commissie voor het grensoverschrijdend park De Zoom Kalmthoutse Heide



**DE NATIONALE RECHTERS ALS  
EUROPESE RECHTER:**

**PREJUDICIËLE VRAAGSTELLING AAN  
HET HOF VAN JUSTITIE VAN DE  
EUROPESE UNIE (ART. 267 VWEU)**

Professor dr. Inge GOVAERE  
Jean Monnet Chair in EU Legal Studies, Universiteit Gent  
Director of the Ghent European Law Institute (G.E.L.I.)





## AFDELING 1. DE EU: EEN MEERGELAAGD “ATOMISCH” STELSEL VAN RECHTSBESCHERMING

Bij het opzetten van een stelsel van rechtsbescherming in de EU-Verdragen werd er niet louter voor geopteerd om een nieuw (en supranationaal) rechtscollege in het leven te roepen in de vorm van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: “HvJ”).<sup>1</sup> Zoals blijkt uit artikel 19, eerste en derde lid van het Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna “VEU”)<sup>2</sup> werden tevens de nationale rechterlijke instanties (hierna: “nationale rechters”)<sup>3</sup> aangeduid als Europese rechters. Zij zijn belast met de toepassing van het EU-recht in samenwerking met het HvJ d.m.v. de prejudiciële procedure van artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna “VWEU”).

Deze samenwerkingsprocedure is ongetwijfeld een van de belangrijkste procedures ingeschreven in de EU-Verdragen die moet toelaten om de naleving en uniforme doorwerking van het EU-recht in de nationale rechtsorde van de lidstaten te verzekeren. Gezien de huidige draagwijdte van het EU-recht dat omzeggens geen rechtsdomein nog onberoerd laat, is het ook in de nationale rechtspraak verworpen tot een courant gebruikte procedure.<sup>4</sup> Het aantal prejudiciële verwijzingen van nationale rechters gaat in stijgende lijn, culminerend in een recordaantal van 450 in 2013.<sup>5</sup> In datzelfde jaar bedroeg de gemiddelde procesduur van een prejudiciële verwijzing voor het HvJ 16,3 maanden, wat een lichte stijging betekent ten overstaan van 2012 (15,6 maanden).<sup>6</sup>

- 
1. Doorheen de jaren werd een oplossing gezocht voor het groeiend aantal zaken en de alsmaar zwaardere belasting van het HvJ door het toevoegen van het Gerecht en het Gerecht van Ambtenarenzaken.
  2. Art. 19, eerste en derde lid VEU bepaalt als volgt:  
 “1. Het Hof van Justitie van de Europese Unie omvat het Hof van Justitie, het Gerecht en gespecialiseerde rechtbanken. Het verzekert de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van de Verdragen. De lidstaten voorzien in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het recht van de Unie vallende gebieden te verzekeren.  
 ...  
 3. Het Hof van Justitie van de Europese Unie doet uitspraak overeenkomstig de Verdragen:  
 a) inzake door een lidstaat, een instelling of een natuurlijke of rechtspersoon ingesteld beroep;  
 b) op verzoek van de nationale rechterlijke instanties bij wijze van prejudiciële beslissing over de uitlegging van het recht van de Unie en over de geldigheid van de door de instellingen vastgestelde handelingen;  
 c) in de overige bij de Verdragen bepaalde gevallen”.
  3. Zie *infra* m.b.t. de invulling van het begrip “nationale rechterlijke instanties”.
  4. Zie bv. de verwijzing door het Belgisch Grondwettelijk Hof (arrest nr. 15/2015 van 5 februari 2015) naar het HvJ in de zgn. “ARCO-zaak”. De samenwerkingsprocedure van art. 267 VWEU is een van de belangrijkste procedures voor het afdwingen van de internemarktregels, zie L. GOOSSENS en L. VAN DEN BROECK, “Toepassing en afdwinging van internemarktregels” in I. GOVAERE (ed), *Europees recht: moderne interne markt voor de praktijkjurist*, Mechelen, Kluwer, 2012, p. 285-313, i.h.b. op p. 287-300.
  5. Dit op een totaal van 699 ingestelde beroepen in dat jaar, zie HvJ, *Jaarverslag* 2013, p. 10, <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-06/qdag14001nlc.pdf>.
  6. *Idem*. Deze stijging in procesduur is volgens het HvJ “statistisch gezien niet veelzeggend”.

De prejudiciële verwijzingsprocedure is en blijft vooreerst een samenwerkingsprocedure tussen het HvJ en de nationale rechterlijke instanties, waarbij aan alle nationale rechters, van de hoogste tot de laagste, een cruciale rol als Europese rechters wordt toebedeeld. Maar doorheen de jaren in de rechtspraak van het HvJ is de aard van de samenwerking evenwel enigszins gewijzigd. Daar waar men oorspronkelijk eerder een bilaterale en horizontale samenwerking kende, is dit snel geëvolueerd naar een multilaterale en verticale samenwerking waarbij het HvJ zich gradueel positioneert in een eerder hiërarchische verhouding tot de nationale rechterlijke instanties.<sup>7</sup> Door middel van een ruime interpretatie van het verwijzingsrecht<sup>8</sup> worden tevens hiërarchisch opgebouwde nationale structuren opzijgeschoven ten voordele van wat men een “atoom constellatie” zou kunnen noemen met het HvJ als nucleus.

De cijfers tonen aan dat dit laatste zeker ook geldt voor wat de Belgische nationale rechters betreft. In de periode 1952-2013 werden in totaal 739 prejudiciële verwijzingen aanhangig gemaakt door Belgische rechters<sup>9</sup>, met volgende onderverdeling:

Grondwettelijk Hof 28;  
Hof van Cassatie 90;  
Raad van State 68;  
Andere rechters 553.<sup>10</sup>

Het overgrote merendeel van de prejudiciële verwijzingen wordt dus ook in België ingeleid door rechters tegen wiens uitspraken nog hogere voorziening mogelijk is naar Belgisch recht.

Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 heeft de prejudiciële procedure nog verder aan belang gewonnen en zullen deze statistieken wellicht nog verder in stijgende lijn gaan.<sup>11</sup> De belangrijkste aspecten waarop moet

---

7. Zie *infra*, “verwijzingsplicht”.

8. Zie *infra*, “verwijzingsrecht”.

9. Zo spelen de Belgische rechters bv. een cruciale rol bij het ontwikkelen van de EU-rechtspraak inzake het concept “indirecte discriminatie op grond van nationaliteit” m.b.t. het vrij verkeer van studenten, zie L. VAN DEN BROECK, *Indirecte discriminatie op grond van nationaliteit: rechtvaardigingsgronden in het diensten- en personenverkeer*, Maklu, 2014, p. 13.

10. Zie HvJ, *Jaarverslag* 2013, p. 109, <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-06/qdag14001nlc.pdf>, Gerechtelijke statistieken “Ontwikkeling van de gerechtelijke werkzaamheden (1952-2013) – Aanhangig gemaakte prejudiciële verwijzingen (per lidstaat en per rechterlijke instantie)”. Ter vergelijking, op p. 112 geven de Gerechtelijke Statistieken het volgende beeld voor Nederland, op een totaal van 879:

Hoge Raad der Nederlanden: 239;  
Raad van State: 95;  
Centrale Raad van Beroep: 58;  
College van Beroep voor het Bedrijfsleven: 148;  
Tariefcommissie: 35;  
Andere rechters: 304.

11. Een andere belangrijke factor is de uitbreiding van de EU, laatst met Kroatië als 28ste lidstaat op 1 juli 2013, waardoor meer nationale rechters prejudiciële vragen kunnen/moeten stellen.

worden gewezen in dit verband zijn tweeërlei. Vooreerst zijn er de te verwachten gevolgen van het opheffen van de pijlerstructuur.<sup>12</sup> Hierdoor werd de jurisdictie van het HvJ en dus ook de mogelijke draagwijdte van een prejudiciële vraagstelling, gevoelig uitgebreid. De prejudiciële samenwerkingsprocedure is nu ook onverkort van toepassing op de voormalige “derde pijler”-materies inzake de ruimte van veiligheid, vrijheid en recht. Teneinde tegemoet te komen aan de specifieke noden binnen dergelijke gevoelige materies werd door het Verdrag van Lissabon tevens een aanpassing van de procedure van artikel 267 VWEU doorgevoerd.<sup>13</sup>

Een andere belangrijke wijziging sinds 1 december 2009, die een groot nieuw potentieel betekent voor het aanwenden van de prejudiciële procedure door nationale rechters, is het juridisch bindend worden van het Handvest van de Grondrechten. Hoewel hiervoor geen wijziging werd voorzien in de procedure zelf van artikel 267 VWEU is het duidelijk dat het deze samenwerkingsprocedure in een nieuw spanningsveld kan plaatsen. Naar de toekomst toe verhoogt immers de kans op samenloop van procedures voor het HvJ en de hoogste nationale rechterlijke instanties met juridische vraagstelling inzake de conformiteit van nationaal recht met fundamentele waarden die bescherming vinden zowel in de nationale Grondwet als in het Handvest.<sup>14</sup>

## AFDELING 2. ARTIKEL 267 VWEU: EEN DIALOOG VAN RECHTER TOT RECHTER: BEVOEGDHEIDSVVERDELING

De samenwerkingsprocedure van artikel 267 VWEU regelt de zgn. “onrechtstreekse toegang” tot het HvJ. Via een prejudiciële verwijzingsprocedure beslist de nationale rechterlijke instantie, hetzij (veelal) op aangeven van een betrokken partij, hetzij ambtshalve<sup>15</sup>, een prejudiciële vraag te stellen over uitlegging of geldigheid van EU-recht. Alle prejudiciële vragen worden tot op heden rechtstreeks aan het HvJ voorgelegd; aan het Gerecht kunnen dus vooralsnog geen prejudiciële vragen worden gesteld.<sup>16</sup>

---

12. De zgn. Romeinse of Griekse “pijlerstructuur” werd ingevoerd met het Verdrag van Maastricht (1992). Naast het bestaande Europees Gemeenschapsrecht (eerste pijler), werden toen twee nieuwe intergouvernementele pijlers geïntroduceerd, nl. het Gemeenschappelijke Buitenlands en Veiligheidsbeleid (tweede pijler) en Justitie en Binnenlandse Zaken (derde pijler). Dit alles onder een nieuwe algemene en overkoepelende benaming “Europese Unie”.

13. Zie *infra*, punt 2.

14. Zie *infra*, punt 9.

15. Dit werd onlangs nog bevestigd door het HvJ in zaak C-26/11, *Belgische Petroleum Unie et al.*, ECLI:EU:C:2013:44, punten 23-26.

16. Bij de hervorming van de werking van het HvJ voorzag het Verdrag van Nice eveneens de mogelijkheid om aan het Gerecht prejudiciële bevoegdheden toe te kennen, maar tot op heden zijn er daartoe nog geen concrete uitvoeringsbeslissingen genomen.

Artikel 267 VWEU luidt als volgt:

*“Het Hof van Justitie van de Europese Unie is bevoegd, bij wijze van prejudiciële beslissing, een uitspraak te doen*

*a) over de uitlegging van de Verdragen,*

*b) over de geldigheid en de uitlegging van de handelingen van de instellingen, de organen of de instanties van de Unie.*

*Indien een vraag te dien aanzien wordt opgeworpen voor een rechterlijke instantie van een der lidstaten, kan deze instantie, indien zij een beslissing op dit punt noodzakelijk acht voor het wijzen van haar vonnis, het Hof van Justitie verzoeken over deze vraag een uitspraak te doen.*

*Indien een vraag te dien aanzien wordt opgeworpen in een zaak aanhangig bij een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, is deze instantie gehouden zich tot het Hof te wenden.*

*Indien een dergelijke vraag wordt opgeworpen in een bij een nationale rechterlijke instantie aanhangige zaak betreffende een gedetineerde persoon, doet het Hof zo spoedig mogelijk uitspraak”.*

De prejudiciële procedure is een van de belangrijkste technieken van EU-rechtsbescherming. Indien er voor een nationale rechterlijke instantie een vraag rijst over hetzij de interpretatie van het Unierecht, hetzij de geldigheid van een EU-rechtshandeling dan kan of moet deze het geding schorsen en een vraag hieromtrent stellen aan het HvJ. In de zaak *Weryński*<sup>17</sup> van 2011 heeft het HvJ verduidelijkt dat de vereiste van een beslissing die noodzakelijk wordt geacht voor het “wijzen van haar vonnis” zeer ruim moet worden geïnterpreteerd en ook vragen kan bevatten die slechts indirect betrekking hebben op het hoofdgeding. *In casu* betrof het een vraag naar uitlegging van verordening (EG) nr. 1206/2001 van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken.<sup>18</sup> In de woorden van het HvJ:

*Dat begrip (“wijzen van haar vonnis”) “moet dus aldus worden begrepen dat het betrekking heeft op de gehele procedure die leidt tot het vonnis van de verwijzende rechter, zodat het Hof in staat is uitspraak te doen over de uitlegging van de Unierechtelijke procedurevoorschriften die de verwijzende rechter dient toe te passen om zijn vonnis te wijzen. Anders gezegd omvat dit begrip het hele wordingsproces van het vonnis, met inbegrip van alle vragen betreffende de proceskosten”.*<sup>19</sup>

17. Zaak C-283/09, *Weryński*, ECLI:EU:C:2011:85. Over deze zaak, zie M. FARTUNOVA, “Le renvoi préjudiciel dans le cadre de la coopération judiciaire d’obtention des preuves en matière civile et commerciale”, *Revue des affaires européennes* 2011, 201-209.

18. *Pb.L.* 2001, L 174, blz. 1.

19. Zaak C-283/09, *Weryński*, ECLI:EU:C:2011:85, punt 42. Deze vraag betrof het verhoor van getuigen en de daarmee samenhangende proceskosten.

Uit de tekst van artikel 267 VWEU blijkt duidelijk dat de appreciatie van de pertinentie en relevantie van de prejudiciële vraagstelling in een voorliggend geding uitsluitend toebehoort aan de nationale rechter. Het HvJ benadrukt dat dit een “dialoog van rechter tot rechter” betreft.<sup>20</sup> De partijen mogen eventueel door de nationale rechter worden uitgenodigd om mogelijke formuleringen van deze prejudiciële vragen voor te stellen, maar dit kan geen afbreuk doen aan zijn exclusieve bevoegdheid om zelf over de vorm en de inhoud van de prejudiciële vraagstelling te beslissen.<sup>21</sup> De nationale rechter is aldus de spilfiguur, die beslist “of” er een vraag zal worden gesteld alsook “hoe” ze moet worden geformuleerd.<sup>22</sup> Er rust een “vermoeden van relevantie” op de prejudiciële vragen waardoor het HvJ in beginsel zelf niet overgaat tot het onderzoeken hiervan.<sup>23</sup> Twee nuances dringen zich echter hierbij op.

Ten eerste, heel uitzonderlijk, nl. in louter fictieve of hypothetische gevallen, kan het HvJ beslissen om niet op een dergelijke vraag in te gaan. Dit teneinde te vermijden dat het HvJ via “proefprocessen” geroepen zou worden een uitspraak te doen over bepaalde vraagstukken van het Unierecht, zonder dat daarvoor behoefte bestaat met het oog op de beslechting van een werkelijk geschil. Vanuit dit oogpunt stelde het HvJ dat, wanneer dit niet ondubbelzinnig uit de stukken blijkt, de nationale rechter bij het formuleren van de prejudiciële vraag moet aangeven waarom een antwoord “noodzakelijk” is voor het beslechten van een geschil.<sup>24</sup>

Ten tweede, vanuit het oogpunt van proceseconomie zal het HvJ waar nodig overgaan tot het herformuleren van de prejudiciële vraagstelling in de zin van artikel 267 VWEU, naar een vraag van uitlegging/geldigheid van EU-recht eerder dan een vraag naar toepassing/geldigheid van nationaal recht. Vele prejudiciële vragen worden gesteld in de context van, en geformuleerd in de zin van, een mogelijk conflict tussen EU-regels en nationale voorschriften. Vermits het HvJ alleen het EU-recht kan interpreteren of de geldigheid van een EU-handeling onderzoeken en niet zelf de nationale regel kan toetsen aan de EU-regels, is het courante rechtspraak van het Hof dat het uit een verkeerdelijk geformuleerde prejudiciële vraag de eigenlijke uitleggingsvragen haalt en aldus de oorspronkelijk gestelde prejudiciële vraag herformuleert tot een uitleggingsvraag dat binnen zijn bevoegdheid kadert. Een dergelijke werkwijze heeft

20. Zaak C-104/10, *Kelly*, ECLI:EU:C:2011:506, punt 63. In de zaak C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi en Autorità garante della concorrenza e del mercato*, ECLI:EU:C:2013:489, verduidelijkt het HvJ dat eventuele tegenstrijdige nationale bepalingen opzij moeten worden gezet. Zie ook P. LANNUCELLI, “La responsabilisation des juges nationaux dans le cadre du renvoi préjudiciel: un bon exemple en droit de la concurrence”, *Revue des affaires européennes* 2013, 553-562.

21. Zaak C-104/10, *Kelly*, ECLI:EU:C:2011:506, punt 65. Over deze zaak, zie bv. A. GARDIN, “L’actualité de la jurisprudence européenne et internationale. Aménagement de la charge de la preuve en cas de discrimination fondée sur le sexe”, *Revue de jurisprudence sociale* 2011, 755-756.

22. Zaak C-127/92, *Enderby/Frenchay Health Authority en Secretary of State for Health*, ECLI:EU:C:1993:859. Voor een annotatie van dit arrest, zie E. ELLIS, *Common Market Law Review* 1994, 387-394.

23. Zie recent zaak C-463/11, *L t. M*, ECLI:EU:C:2013:247, punt 28.

24. Zaak 244/80, *Foglia t. Novello*, ECLI:EU:C:1981:302. Zie o.a. D. WYATT, “Foglia (n.2): The Court Denies it has Jurisdiction to give Advisory Opinions”, *European Law Review* 1982, 186-193.

tot gevolg dat het Hof zich maar in zeer zeldzame gevallen onbevoegd moet achten een prejudiciële vraag te beantwoorden en zodoende onnodig tijdsverlies kan vermijden t.g.v. een terugverwijzen louter voor het herformuleren van de vraagstelling.

In het licht hiervan en teneinde het HvJ in staat te stellen een “nuttig” antwoord te formuleren, moet de nationale rechter, naast de prejudiciële vraagstelling als dusdanig, ook volgende informatie verstrekken aan het HvJ:

- “a) een summier overzicht van het voorwerp van het geschil en de relevante feiten zoals die door de verwijzende rechter zijn vastgesteld, althans, ten minste een uiteenzetting van de feitelijke gegevens waarop de vragen berusten;*
- b) de inhoud van de nationale bepalingen die op de zaak van toepassing kunnen zijn en, in voorkomend geval, de relevante nationale rechtspraak;*
- c) de uiteenzetting van de redenen die de verwijzende rechter ertoe hebben gebracht om zich over de uitlegging of de geldigheid van bepalingen van het recht van de Unie vragen te stellen, alsook het verband tussen die bepalingen en de op het hoofdgeding toepasselijke nationale wettelijke regeling”.*<sup>25</sup>

Het antwoord van het HvJ is bindend. Het onderscheid tussen enerzijds “interpreteren” en anderzijds “toepassen” staat centraal in de bevoegdheidsverdeling tussen het HvJ en de nationale rechter: het HvJ zal enkel het EU-recht “interpreteren”, terwijl het “toepassen” ervan op de concrete zaak behoort tot de bevoegdheid van de nationale rechter.<sup>26</sup> De nationale rechter die de prejudiciële vraag heeft gesteld, moet wel degelijk het antwoord van het HvJ in het geschil dat voor hem hangend is ook effectief toepassen.

Dit laatste geldt tevens indien de nationale rechter niet verplicht was om een prejudiciële vraag te stellen.<sup>27</sup> Artikel 267 VWEU maakt enkel een onderscheid voor wat de vraagstelling betreft tussen verwijzingsmogelijkheid en verwijzingsplicht. Indien een vraag betreffende interpretatie van Unierecht of geldigheid van een EU-rechtshandeling wordt opgeworpen voor een nationale rechterlijke instantie dan kan deze instantie, indien zij een beslissing op dit punt noodzakelijk acht voor het wijzen van haar vonnis, het HvJ verzoeken hierover uitspraak te doen.<sup>28</sup> Wanneer deze rechterlijke instantie echter

25. Art. 94: “Inhoud van het verzoek om een prejudiciële beslissing”, zie de geconsolideerde versie van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie van 25 september 2012: Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie van 25 september 2012 (*Pb.L.* 265 van 29 september 2012, met rectificatie in *Pb.L.* 38 van 9 februari 2013, blz. 20), zoals gewijzigd op 18 juni 2013 (*Pb.L.* 173 van 26 juni 2013, blz. 65).

26. Zie recent zaak C-463/11, *L. t. M.*, ECLI:EU:C:2013:247, punt 29.

27. Zie ook *infra*, punt 6, verwijzingsrecht.

28. Deze mogelijkheid staat altijd open voor alle nationale rechters, “eenvoudige” zaken kunnen worden afgehandeld via de zgn. “vereenvoudigde procedure” van art. 99 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie, zie de geconsolideerde versie van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie van 25 september 2012: Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie van 25 september 2012 (*Pb.L.* 265 van 29 september 2012, met rectificatie in *Pb.L.* 38 van 9 februari 2013, blz. 20), zoals gewijzigd op 18 juni 2013 (*Pb.L.* 173 van 26 juni 2013, blz. 65). De vereenvoudigde procedure voorziet een antwoord gegeven aan de nationale rechter door het HvJ bij met redenen omklede beschikking in de volgende gevallen: “Wanneer een gestelde prejudiciële vraag identiek is aan een

wil afwijken van een eerder door het HvJ gegeven interpretatie, dan is zij verplicht opnieuw een prejudiciële vraag te stellen. Indien een vraag van EU-recht wordt opgeworpen voor een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep<sup>29</sup>, dan moet deze instantie verwijzen naar het HvJ.<sup>30</sup> Er moet echter worden op gewezen dat, in afwijking van de tekst van artikel 267 VWEU, het HvJ een algemene verwijzingsplicht heeft geïntroduceerd indien een nationale rechter de geldigheid van een EU-handeling in vraag stelt.<sup>31</sup>

Het Verdrag van Lissabon voegt in artikel 267 VWEU een laatste alinea toe volgens dewelke het HvJ zo spoedig mogelijk uitspraak doet als een prejudiciële vraag wordt opgeworpen in een bij een nationale rechterlijke instantie aanhangige zaak betreffende een gedetineerd persoon. Dit is de zgn. “prejudiciële spoedprocedure”.<sup>32</sup> De noodzaak van een prejudiciële spoedprocedure hangt samen met het opheffen van de pijlerstructuur door het Verdrag van Lissabon. Dit impliceert dat de jurisdictie van het HvJ en dus ook het toepassingsbereik van de prejudiciële samenwerkingsprocedure, gevoelig werd uitgebreid met de voormalige zgn. “derde pijler”-materies inzake justitie en binnenlandse zaken.

De prejudiciële spoedprocedure kan op verzoek van de verwijzende rechter, of bij wijze van uitzondering ambtshalve, en dient ertoe het HvJ in staat te stellen de gevoeligste vragen in aangelegenheden betreffende de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht en politieke en justitiële samenwerking in strafzaken als bedoeld in Titel V

---

→ vraag waarover het Hof reeds uitspraak heeft gedaan, wanneer het antwoord op een dergelijke vraag duidelijk uit de rechtspraak kan worden afgeleid of over het antwoord op een prejudiciële vraag redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan, kan het Hof in elke stand van het geding op voorstel van de rechter-rapporteur, de advocaat-generaal gehoord, beslissen om bij met redenen omklede beschikking uitspraak te doen”. Volgens het *Jaarverslag* van het HvJ (p. 10, <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-06/qdag14001nlc.pdf>) heeft het HvJ, in 2013, 33 keren gebruikgemaakt van deze “vereenvoudigde procedure”.

29. Voor België denkt men hierbij aan het Hof van Cassatie, de Raad van State en het Grondwettelijk Hof.

30. Zie *infra* voor de rechtspraak van het HvJ inzake verwijzingsplicht en verwijzingsrecht.

31. Zie *infra*, punt 8.

32. Dit komt naast de zgn. “versnelde procedure” van art. 105 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie, zie de geconsolideerde versie van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie van 25 september 2012: Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie van 25 september 2012 (*Pb.L.* 265 van 29 september 2012, met rectificatie in *Pb.L.* 38 van 9 februari 2013, blz. 20), zoals gewijzigd op 18 juni 2013 (*Pb.L.* 173 van 26 juni 2013, blz. 65). Het HvJ staat de versnelde procedure slechts uitzonderlijk toe. Het is bv. vaste rechtspraak dat het grote aantal personen of situaties rechtens waarvoor de prejudiciële vraagstelling gevolgen heeft, op zich geen uitzonderlijke omstandigheid is die het beroep op de versnelde procedure kan rechtvaardigen, zie o.a. de beschikkingen van de president van het Hof *Kőgáz et al.*, C-283/06 en C-312/06, EU:C:2006:602, punt 9; *Plantanol*, C-201/08, EU:C:2008:385, punt 10 en *Abdullahi*, C-394/12, EU:C:2012:623, punt 11. Voor een kritische noot zie o.a. E.R. BROUWER, “Kaveh Puid, Abdullahi en de Dublin-Verordening: uitleg bij een haperend asielsysteem, gemiste kans wat betreft de rechtsbescherming”, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2014, 133-138. Zo werden in 2013 alle 14 aanvragen voor een versnelde procedure verworpen, zie HvJ, *Jaarverslag* 2013, p. 103, <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-06/qdag14001nlc.pdf>. In 2014 werd wel aanvaard dat het potentieel verlies van de hoofdwoning van de betrokkene en zijn gezin reden kan zijn voor een versnelde procedure, zie de beschikkingen van de president van het Hof in zaak C-169/14, *Sánchez Morcillo en Abril García*, ECLI:EU:C:2014:1388, punten 11-13.

van het derde deel VWEU binnen een aanzienlijk verkorte termijn te behandelen.<sup>33</sup> In gevallen van “uiterste spoedeisendheid” kan worden beslist om de schriftelijke behandeling achterwege te laten.<sup>34</sup> De prejudiciële spoedprocedure betreft bv. geschillen waarbij het antwoord van het Hof doorslaggevend is voor een persoon in hechtenis<sup>35</sup> of voor de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in familie zaken.<sup>36</sup> In 2013 werden 2 prejudiciële spoedprocedures toegewezen en 3 verworpen.<sup>37</sup> De gemiddelde duur bedroeg 2,2 maanden<sup>38</sup>, hetgeen strookt met het opzet om de volledige spoedprocedure binnen een termijn van 2 tot 4 maanden af te ronden.

Bij de implicaties van de opheffing van de pijlerstructuur voor de prejudiciële procedure moeten evenwel twee kanttekeningen worden geformuleerd. Ten eerste blijven de “opt-outs” van de voormalige “derde pijler”-materies voor het Verenigd Koninkrijk, Ierland en Denemarken onverkort van kracht.<sup>39</sup> Ten tweede blijven de voormalige zgn. “tweede pijler”-materies inzake buitenlands en veiligheidsbeleid ook na het Verdrag van Lissabon grotendeels buiten de jurisdictie van het HvJ en dus buiten de draagwijdte van de prejudiciële procedure, met als notabele uitzondering restrictieve maatregelen (vnl. financiële sancties) t.o.v. particulieren.<sup>40</sup>

### AFDELING 3. ARTIKEL 267 VWEU: DE DOELSTELLING VAN DE PREJUDICIËLE PROCEDURE

De prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU behoort ongetwijfeld tot de meest specifieke kenmerken van het systeem van EU-rechtsbescherming, naast het beroep

33. Enkel de partijen in het hoofdgeding, de instellingen en de lidstaat van de verwijzende rechter kunnen schriftelijke opmerkingen indienen. Een prejudiciële verwijzing volgens de spoedprocedure wordt behandeld door een daartoe aangestelde kamer van het Hof. Zie de geconsolideerde versie van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie van 25 september 2012: Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie van 25 september 2012 (*Pb.L.* 265 van 29 september 2012, met rectificatie in *Pb.L.* 38 van 9 februari 2013, blz. 20), zoals gewijzigd op 18 juni 2013 (*Pb.L.* 173 van 26 juni 2013, blz. 65).

34. Zie “Artikel 111: Achterwege laten van de schriftelijke behandeling”, geconsolideerde versie van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie van 25 september 2012: Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie van 25 september 2012 (*Pb.L.* 265 van 29 september 2012, met rectificatie in *Pb.L.* 38 van 9 februari 2013, blz. 20), zoals gewijzigd op 18 juni 2013 (*Pb.L.* 173 van 26 juni 2013, blz. 65).

35. Dit impliceert niet alleen dat het een persoon in hechtenis betreft, maar ook dat de oplossing van het hoofdgeding een niet onbelangrijke invloed heeft op de duur van vrijheidsberoving, zaak C-168/13, *PPU, Jeremy F.*, ECLI:EU:C:2013:358. Over het belang van de samenwerkingsprocedure in deze zaak, waarbij de Franse “*Conseil constitutionnel*” voor de eerste keer een prejudiciële vraag stelde aan het HvJ, zie F.-X. MILLET, “How Much Lenience for How Much Cooperation? On The First Preliminary Reference of the French Constitutional Council to the Court of Justice”, *Common Market Law Review* 2014, 195-218; A. DYEVE, “If You Can’t Beat Them, Join Them. The French Constitutional Council’s First Reference to the Court of Justice”, *European Constitutional Law Review* 2014, 154-161.

36. Zie bv. de recente Belgische zaak C-498/14 *PPU, Bradbrooke*, ECLI:EU:C:2015:3.

37. Zie HvJ, *Jaarverslag* 2013, p. 103, <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-06/qdag14001nlc.pdf>.

38. Zie HvJ, *Jaarverslag* 2013, p. 100, <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-06/qdag14001nlc.pdf>.

39. Zie resp. Protocolen 21 en 22 bij het Verdrag van Lissabon.

40. Art. 24 TEU en 275 VWEU, de andere uitzondering betreft jurisdictie van het HvJ voor art. 40 VEU.



wegens niet-nakoming van EU-verplichtingen dat de Commissie kan instellen tegen lidstaten (art. 258 VWEU). De prejudiciële procedure maakt het immers mogelijk dat de nationale rechter met zekerheid en op uniforme wijze de juiste strekking en draagwijdte van de EU-rechtsregels, die thans een zeer grote omvang aannemen en zeer veel domeinen van het recht bestrijken, kan vatten en toepassen. Hoewel de prejudiciële samenwerkingsprocedure van artikel 267 VWEU op het eerste gezicht voldoende duidelijk lijkt en vooral moet toelaten om duidelijkheid te verwerven over de correcte uitlegging en geldigheid van (vooral materieelrechtelijke) EU-rechtsregels, heeft er zich een belangrijke rechtspraak ontwikkeld waarbij het HvJ overgaat tot een uniforme uitlegging van de begrippen en procedure vervat in artikel 267 VWEU zelf.<sup>41</sup>

Getrouw aan de specifieke EU-methode van interpretatie hanteert het HvJ daarbij geen tekstuele maar eerder een teleologische of “purposive” methode<sup>42</sup>, waarbij artikel 267 VWEU wordt uitgelegd in het licht van de doelstellingen van het EU-Verdrag.

In *advies 1/09*<sup>43</sup> verwoordt het HvJ het doel en belang van de prejudiciële procedure als volgt:

*“83. Ook zij in herinnering gebracht dat artikel 267 VWEU, dat een essentiële rol speelt voor het behoud van het communautaire karakter van het bij de Verdragen ingevoerde recht, tot doel heeft te verzekeren dat dat recht onder alle omstandigheden dezelfde werking heeft in alle lidstaten. Het aldus vastgelegde prejudiciële mechanisme dient ter voorkoming van divergenties bij de uitlegging van het recht van de Unie dat de nationale rechterlijke instanties dienen toe te passen en strekt ertoe, die toepassing te verzekeren door de nationale rechter een middel te verschaffen, de moeilijkheden die zouden kunnen ontstaan door het vereiste, het recht van de Unie volle werking te verlenen in het kader van de gerechtelijke stelsels van de lidstaten, uit de weg te ruimen. Voorts bezitten de nationale rechterlijke instanties de meest uitgebreide bevoegdheid, zo niet de verplichting, zich tot het Hof te wenden indien zij menen dat een bij hen aanhangige zaak vragen opwerpt die een uitlegging of een beoordeling van de geldigheid van bepalingen van het recht van de Unie verlangen waarover zij een beslissing moeten nemen (zie in die zin arresten van 16 januari 1974, Rheinmühlen-Düsseldorf, 166/73, Jurispr. blz. 33, punten 2 en 3, en 12 juni 2008, Gourmet Classic, C-458/06, Jurispr. blz. I-4207, punt 20).  
84. Het bij artikel 267 VWEU ingevoerde stelsel omvat derhalve een rechtstreekse samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties, in het*

41. Zie *infra*.

42. Zie Lord MACKENZIE STUART, *The European Communities and rule of law*, Londen, Stevens & Sons, 1977, op p. 77, waar hij deze “purposive method” als volgt omschrijft: “seeking out the object of the text in dispute and trying to give practical effect to it”.

43. *Advies 1/09*, ECLI:EU:C:2011:123, dit advies betrof de vraag of de voorgenoemde overeenkomst tot invoering van een gemeenschappelijk stelsel voor octrooigeschillenbeslechting (Gerecht voor het Europees en het Gemeenschapsoctrooi genoemd) verenigbaar is met de bepalingen van de EU-Verdragen.

*kader waarvan deze laatste nauwlettend deelnemen aan de juiste toepassing en de eenvormige uitlegging van het recht van de Unie en aan de bescherming van de door die rechtsorde aan particulieren verleende rechten.*

*85. Uit het voorgaande blijkt dat de functies die respectievelijk aan de nationale rechterlijke instanties en aan het Hof zijn toegekend, van essentieel belang zijn voor het behoud van de aard van het bij de Verdragen ingevoerde recht”.*

Hierin lezen we alvast dat de samenwerkingsprocedure van artikel 267 VWEU van “essentieel” belang is voor het behoud van het EU-recht; de uniforme uitlegging en toepassing van het EU-recht moet waarborgen – inclusief voor wat betreft de bescherming van rechten van particulieren – maar ook dat het een middel is ter beschikking van nationale rechters om EU-recht volle werking te kunnen verlenen “in het kader van de gerechtelijke stelsels van de lidstaten” en eventuele moeilijkheden daarbij “uit de weg te ruimen”.

M.a.w., gezien de voorrang van het EU-recht is het tevens een instrument voor de nationale rechter om regels van nationaal procesrecht naast zich neer te leggen indien (en in de mate dat) dit noodzakelijk is om de volle doorwerking van het EU-recht in de nationale rechtsorde te verzekeren.<sup>44</sup> Het HvJ formuleert de verhouding tot het nationaal (proces)recht als volgt:

*“Daarnaast moet worden benadrukt dat de nationale rechter, die in het kader van zijn bevoegdheid belast is met de toepassing van de bepalingen van het Unierecht, verplicht is zorg te dragen voor de volle werking van deze normen, waarbij hij zo nodig, op eigen gezag, elke strijdige bepaling van de nationale wetgeving, met name procedurele, buiten toepassing moet laten, zonder dat hij de voorafgaande opheffing hiervan via de wetgeving of enige andere constitutionele procedure heeft te vragen of af te wachten (zie in die zin arrest van 5 oktober 2010, Elchinov, C-173/09, Jurispr. blz. I-8889, punt 31).”<sup>45</sup>*

Het is in het licht van de aldus geformuleerde doelstelling dat de samenwerkingsprocedure van artikel 267 VWEU en zijn diverse begrippen moeten worden uitgelegd. Achtereenvolgens wordt hierna stilgestaan bij het concept van “nationale rechterlijke instantie”, de verwijzingsplicht, het verwijzingsrecht, de gevolgen van (retroactieve) interpretatie van EU-recht en de bijzondere vereisten inzake geldigheidscontrole van EU-handelingen d.m.v. artikel 267 VWEU.

44. Zie eerder ook zaak 106/77, *Simmenthal*, ECLI:EU:C:1978:49. Over deze belangrijke initiële zaak, zie o.a. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, “L’arrêt du 9 mars 1978 de la Cour de justice des Communautés européennes et la règle de l’application directe du droit communautaire dans le droit interne des Etats membres”, *Revue de droit international et de droit comparé* 1978, 24-39; J. USHER, “The Primacy of Community Law”, *European Law Review* 1978, 214-217; D. CARREAU, “Droit communautaire et droits nationaux: concurrence ou primauté? La contribution de l’arrêt Simmenthal”, *Revue trimestrielle de droit européen* 1978, 381-418; Ph. Gérard, “De hoeder van de meerlagige Europese Constitutie tussen unierecht en grondwet in Frankrijk en België”, *SEW* 2011, 152-165.

45. Zaak C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi en Autorità garante della concorrenza e del mercato*, ECLI:EU:C:2013:489, punt 33.

## AFDELING 4. NATIONALE RECHTERLIJKE INSTANTIES VAN EEN LIDSTAAT ALS EU-RECHTERS

Zoals voor alle begrippen in het EU-Verdrag geeft het HvJ ook een uniforme Europeesrechtelijke invulling aan het begrip “nationale rechterlijke instanties” in de zin van artikelen 19 VEU en 267 VWEU, de prejudiciële procedure. Het uitgangspunt hierbij is de nuttige en volle werking van het EU-recht zoveel mogelijk te garanderen. Dit impliceert dat de Europeesrechtelijke definitie voldoende ruim moet zijn teneinde te bekomen dat in beginsel alle rechterlijke instanties van de lidstaten ressorteren onder het Europeesrechtelijk begrip “nationale rechterlijke instanties”, maar niet noodzakelijkerwijze vice versa. Ook instanties die niet worden aangezien als rechterlijke instanties in een lidstaat kunnen wel degelijk beschouwd worden als een “nationale rechterlijke instantie” in de zin van artikel 267 VWEU.

Het is vnl. deze laatste “verruimde” categorie die tot op heden aanleiding geeft tot uitlegging van het begrip “nationale rechterlijke instanties” alvorens te kunnen overgaan tot de eigenlijke prejudiciële vraagstelling. Dat dit geen louter theoretische of in de praktijk te verwaarlozen vraag is, mag blijken uit de cijfers. Sinds de inwerking-treding van het Verdrag van Lissabon heeft het HvJ zich reeds in meer dan 20 zaken uitdrukkelijk moeten uitspreken over het begrip “nationale rechterlijke instantie” in de zin van artikel 267 VWEU. O.a. het Rechtsprekend College van het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest<sup>46</sup>, het Italiaanse Consiglio Nazionale Forense<sup>47</sup>, alsook het Portugese “Tribunal Arbitral Necessario”<sup>48</sup>, werden door het HvJ beschouwd als nationale rechterlijke instanties in de zin van artikel 267 VWEU.

### § 1. Het begrip “nationale rechterlijke instanties”

Het is vaste rechtspraak van het HvJ dat een aantal elementen cumulatief moet aanwezig zijn teneinde te besluiten dat men te maken heeft met een nationale rechterlijke instantie die de samenwerkingsprocedure kan initiëren. De standaardformulering luidt als volgt:

46. Zaak C-17/00, *De Coster*, ECLI:EU:C:2001:651.

47. Gevoegde zaken C-58/13 en C-59/13, *Torresi*, ECLI:EU:C:2014:2088.

48. Zaak C-555/13, *Merck Canada*, ECLI:EU:C:2014:92. Wat scheidsgerichten als nationale rechtelijke instanties in de zin van art. 267 VWEU betreft, wordt volgend onderscheid gemaakt:

*Punt 17: “Ook moet in herinnering worden gebracht dat een bij overeenkomst ingesteld scheidsgerecht geen rechterlijke instantie van een lidstaat in de zin van artikel 267 VWEU is, omdat er voor de contractpartijen rechtens noch feitelijk een verplichting bestaat hun geschillen aan een scheidsgerecht voor te leggen, en de overheidsinstanties van de betrokken lidstaat noch betrokken zijn bij de keuze voor arbitrage, noch de mogelijkheid hebben ambtshalve in te grijpen in het verloop van de procedure voor de arbiter (arrest van 27 januari 2005, Denuit en Cordenier, C-125/04, Jurispr. blz. I-923, punt 13 en aldaar aangehaalde rechtspraak)”.*

*Punt 18: “Niettemin heeft het Hof verzoeken om een prejudiciële beslissing ontvankelijk verklaard die waren ingediend door een scheidsgerecht met een wettelijke grondslag, waarvan de beslissingen bindend waren voor de partijen en waarvan de bevoegdheid niet afhangt van hun toestemming (zie in die zin arrest van 17 oktober 1989, Danfoss, 109/88, Jurispr. blz. 3199, punten 7-9)”.*

*“Volgens vaste rechtspraak houdt het Hof, om te beoordelen of het verwijzende orgaan een rechterlijke instantie in de zin van (thans artikel 267 VWEU) is, hetgeen uitsluitend door het gemeenschapsrecht wordt bepaald, rekening met een samenstel van factoren, zoals de wettelijke grondslag van het orgaan, het permanente karakter, de verplichte rechtsmacht, het uitspraak doen na een procedure op tegenspraak, de toepassing door het orgaan van de regelen des rechts, alsmede de onafhankelijkheid van het orgaan (zie onder meer arresten van 17 september 1997, Dorsch Consult, C-54/96, Jurispr. blz. I-4961, punt 23; 21 maart 2000, Gabalfrisa e.a., C-110/98–C-147/98, Jurispr. blz. I-1577, punt 33; 30 november 2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund, C-195/98, Jurispr. blz. I-10497, punt 24, en 30 mei 2002, Schmid, C-516/99, Jurispr. blz. I-4573, punt 34). Bovendien is de nationale rechter alleen bevoegd tot verwijzing naar het Hof indien bij hem een geding aanhangig is gemaakt en hij uitspraak moet doen in het kader van een procedure die moet uitmonden in een beslissing die de kenmerken van een rechterlijke uitspraak vertoont (zie onder meer arrest van 12 november 1998, Victoria Film, C-134/97, Jurispr. blz. I-7023, punt 14, en arrest Österreichischer Gewerkschaftsbund, reeds aangehaald, punt 25)”.<sup>49</sup>*

Zo antwoordde het HvJ in bovenstaande *Syfait*-zaak bv. negatief op de vraag of de Griekse mededingingsautoriteit beschouwd kan worden als een nationale rechterlijke instantie in de zin van artikel 267 VWEU. O.m. de volgende elementen stonden hierbij centraal: de Griekse mededingingsautoriteit staat onder toezicht van de minister van Ontwikkeling, die binnen zekere grenzen, bevoegd is om de rechtmatigheid van zijn beslissingen te toetsen; er zijn onvoldoende waarborgen voor de onafhankelijkheid van zijn leden; er is geen duidelijk onderscheid tussen de verschillende functies ervan; alsook het feit dat de Europese Commissie een mededingingszaak naar zich kan toetrekken.<sup>50</sup>

Wat centraal staat bij de appreciatie door het HvJ van het vervullen van het vereiste van onafhankelijkheid, is dat het verwijzende orgaan “de hoedanigheid van derde heeft ten opzichte van de autoriteit die de aangevochten beslissing heeft genomen”, hetgeen zelf een dubbele conditie bevat. Vooreerst moet het voldoende beschermd worden “tegen tussenkomsten of druk van buitenaf die de onafhankelijkheid van de oordeelsvorming van zijn leden in aan hen voorgelegde geschillen in gevaar zouden kunnen brengen” (extern criterium). Voorts moet het voldoende onpartijdig zijn door het behouden van “gelijke afstand ten opzichte van de partijen bij het geding en hun

49. Zaak C-53/03, *Syfait*, § 29, ECLI:EU:C:2005:333. Zie o.a. G. ANAGNOSTARAS, “Preliminary problems and jurisdiction uncertainties: the admissibility of questions referred by bodies performing quasi-judicial functions”, *European Law Review* 2005, 878-890; H. TAGARAS en M. WAELBROECK, “Les autorités nationales de la concurrence et l’article 234 du traité: Un étrange arrêt de la Cour de justice”, *Cahiers de droit européen* 2005, 465-492.

50. Zaak C-53/03, *Syfait*, §§ 30-38, ECLI:EU:C:2005:333.

respectieve belangen met betrekking tot het voorwerp van het geding” (intern criterium).<sup>51</sup>

Indien aan de eerste “formele” voorwaarden is voldaan, om te kunnen kwalificeren als een nationale rechterlijke instantie, dan nog moeten de andere bijkomende voorwaarden worden vervuld, waaronder het komen tot een uitspraak in het raam van een procedure die moet leiden tot een beslissing die de kenmerken van een rechterlijke beslissing vertoont. Het belang hiervan werd ten volle aangetoond in de zaak *Belov*<sup>52</sup> van 2013. Hier weigerde het Hof van Justitie een verzoek tot prejudiciële beslissing (inzake uitlegging van de non-discriminatie-richtlijn 2004/53/EG) te beantwoorden op grond van het feit dat de verzoekende instantie, de Bulgaarse Commissie ter bescherming tegen discriminatie, niet kon beschouwd worden als een “nationale rechterlijke instantie” in de zin van artikel 267 VWEU. Een belangrijke nuancering van voorgaande rechtspraak lijkt echter te liggen in het voorzichtig formuleren van dit afwijzend antwoord in het licht van de specifieke vraagstelling. Om te beoordelen of het verwijzende orgaan een “rechterlijke instantie” in de zin van artikel 267 VWEU is, hetgeen uitsluitend door het Unierecht wordt bepaald, moet volgens het Hof worden rekening gehouden:

*“met een samenstel van factoren, zoals de wettelijke grondslag van het orgaan, het permanente karakter, de verplichte rechtsmacht, het uitspraak doen na een procedure op tegenspraak, de toepassing door het orgaan van de regelen van het recht, alsmede de onafhankelijkheid van het orgaan. [...] Om vast te stellen of een nationaal orgaan, dat krachtens de wet functies van verschillende aard uitoefent, als ‘rechterlijke instantie’ in de zin van artikel 267 VWEU moet worden aangemerkt, dient derhalve te worden nagegaan wat de specifieke aard is van de functie die het uitoefent in de bijzondere normatieve context waarin het zich tot het Hof wendt”.*<sup>53</sup>

*In casu* was deze laatste voorwaarde niet vervuld, waardoor het HvJ zich onbevoegd verklaarde om te antwoorden op de voorgelegde vragen. Maar de verwijzing naar “de specifieke aard van de functie” en “de bijzondere normatieve context van de prejudiciële vraagstelling” lijkt niet uit te sluiten dat het HvJ eenzelfde Commissie bij het uitoefenen van andere bevoegdheden en inzake een andere prejudiciële vraagstelling toch zou kunnen aanmerken als een nationale rechterlijke instantie in de zin van de EU-Verdragen. Het HvJ lijkt hierbij eerder een functionalistische dan een strikt formalistische invulling van het begrip “nationale rechterlijke instantie” te hanteren.

51. Zaak C-506/04, *Wilson*, EU:C:2006:587, punten 49-52. In de zaak C-517/09, *RTL Belgium*, ECLI:EU:C:2010:821, oordeelde het HvJ dat het Collège d’autorisation et de contrôle du Conseil supérieur de l’audiovisuel de la Communauté française de Belgique (College voor vergunning en controle van de Hoge raad voor de audiovisuele sector van de Franse Gemeenschap van België) niet voldoet aan deze onafhankelijkheidsvoorwaarde.

52. Zaak C-394/11, *Belov*, ECLI:EU:C:2013:48. Zie o.a. M. MÖSCHEL, “Race discrimination and access to the European Court of Justice: *Belov*”, *Common Market Law Review* 2013, 1433-1450.

53. Zaak C-394/11, *Belov*, ECLI:EU:C:2013:48, punten 39 en 41.

Het belang van “de specifieke aard van de functie dat het verwijzend orgaan uitoefent in de bijzondere normatieve context waarin het zich tot het Hof wendt” werd bevestigd in recente rechtspraak.<sup>54</sup> Een geval tot geval-aanpak is dus aangewezen.

## § 2. *Het begrip “van een lidstaat”*

Artikel 267 VWEU vereist bijkomend dat de prejudiciële vraagstelling uitgaat van een nationale rechterlijke instantie “van één der Lidstaten”. Het HvJ leek aanvankelijk geneigd om dit eerder ruim te interpreteren. Zo stelde het HvJ reeds in de *Parfums Christian Dior*-zaak van 1997<sup>55</sup> dat het Benelux Gerechtshof niet alleen de mogelijkheid, maar zelfs de plicht heeft om een prejudiciële vraag inzake EU-recht te verwijzen naar het HvJ. De redenering was als volgt: “*Er is immers geen enkele reden waarom een dergelijke rechterlijke instantie die verschillende Lid-Staten gemeen hebben, anders dan de rechterlijke instanties van elk van deze Lid-Staten, het Hof geen prejudiciële vragen zou kunnen voorleggen*”.<sup>56</sup> In recente rechtspraak lijkt het HvJ echter meer terughoudend om een ruime invulling te geven van dit deelbegrip.

In de *Miles*-zaak van 2011<sup>57</sup> onderscheidde het HvJ de rechtspraak inzake het Benelux Gerechtshof van andere instanties opgericht bij verdragen tussen de lidstaten en de Unie, *in casu* de kamer van beroep voor de Europese scholen. Het HvJ oordeelde als volgt: “*Anders dan het Beneluxhof, is de kamer van beroep echter geen dergelijke rechterlijke instantie die verschillende lidstaten gemeen hebben. Terwijl het Beneluxhof tot taak heeft de uniforme toepassing van de gemeenschappelijke rechtsregels van de drie Beneluxlanden te verzekeren, en voorts de procedure voor het Beneluxhof een in een voor de nationale rechterlijke instanties aanhangige procedure gerezen incident vormt waarin definitief uitspraak wordt gedaan over de uitlegging van de gemeenschappelijke rechtsregels van de Benelux (zie arrest Parfums Christian Dior, reeds aangehaald, punt 22), heeft de kamer van beroep immers geen dergelijke banden met de gerechtelijke stelsels van de lidstaten*”.<sup>58</sup> Wat hiermee precies bedoeld wordt, kan wellicht worden afgeleid uit advies 1/09 van hetzelfde jaar.<sup>59</sup>

In advies 1/09 stelt het HvJ duidelijk dat er d.m.v. het afsluiten van een internationaal verdrag niet kan worden geraakt aan de absolute bevoegdheid van de

54. Gevoegde zaken C-58/13 en C-59/13, *Torresi*, ECLI:EU:C:2014:2088, punt 19.

55. Zaak C-337/95, *Parfums Christian Dior*, ECLI:EU:C:1997:517. Over de relatie tussen beide hoven n.a.v. dit arrest, zie o.a. W.J.M., DAVIDS, “Het Benelux-Gerechtshof en het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen” in *Imperat lex: liber amicorum Pierre Marchal*, Brussel, Ed. De Boeck & Larcier, 2003, p. 15-35.

56. *Idem*, punt 21.

57. Zaak C-196/09, *Miles*, ECLI:EU:C:2011:388.

58. *Idem*, punt 41. Punt 42 vervolgt: “*Voorts is de kamer van beroep weliswaar opgericht door alle lidstaten en de Unie, maar dit neemt niet weg dat zij een orgaan van een internationale organisatie is die, hoewel zij functionele banden met de Unie heeft, formeel van de Unie en deze lidstaten onderscheiden blijft*”.

59. Advies 1/09, Ontwerpovereenkomst tot invoering van een gemeenschappelijk stelsel voor octrooigeschillenbeslechting, ECLI:EU:C:2011:123.

nationale rechterlijke instanties van een lidstaat om de samenwerkingsprocedure van artikel 267 VWEU op te starten. *In casu* wees het HvJ op belangrijke verschillen tussen het beoogde, bij verdrag op te richten “Gerecht voor het Europees en het gemeenschapsoctrooi” enerzijds en de geëigende nationale rechtelijke instanties van de lidstaten inclusief het Benelux Gerechtshof anderzijds. Hoewel een prejudiciële verwijzingsprocedure, geënt op artikel 267 VWEU, was voorzien in de ontwerpovereenkomst, waardoor de cruciale rol van het HvJ werd erkend en onderschreven, wees het HvJ op het feit dat dergelijk Gerecht niet onderhevig zou zijn aan de bestaande mogelijkheden tot afdwinging van de verwijzingsplicht, i.h.b. het inroepen van staatsaansprakelijkheid en een beroep wegens niet-nakoming van EU-verplichtingen door een lidstaat.<sup>60</sup> Derhalve oordeelde het HvJ dat de invoering van een dergelijk gemeenschappelijk stelsel voor octrooigeschillenbeslechting, nl. een internationaal gerecht buiten het institutionele en gerechtelijk kader van de Unie en waarbij de rechterlijke instanties van de lidstaten hun bevoegdheden op het gebied van de uitlegging en de toepassing van het recht van de Unie zouden worden ontnomen ten voordele van dit nieuwe internationale gerecht, niet verenigbaar is met de EU-Verdragen.

## AFDELING 5. VERWIJZINGSPLICHT

### § 1. *Draagwijdte van de verwijzingsplicht*

Volgens artikel 267, derde alinea VWEU rust er een verwijzingsplicht op de nationale rechter “tegen wiens beslissing geen hoger beroep mogelijk is”. Van zodra dit is vervuld, is er sprake van een verwijzingsplicht i.p.v. een simpel verwijzingsrecht zoals geldt voor alle andere nationale rechterlijke instanties.<sup>61</sup> Het HvJ aanvaardt geen bijkomende criteria en maakt dus ook geen onderscheid al naargelang er in de betrokken lidstaat een accusatoir dan wel een inquisitoir rechtsstelsel geldt.<sup>62</sup>

In de recente *Križan*-zaak van 2013 heeft het HvJ verduidelijkt dat er wel degelijk een verwijzingsplicht rust op elke nationale rechterlijke instantie tegen wiens beslissingen geen hoger beroep mogelijk is volgens het nationale recht. Er wordt hierbij uitdrukkelijk gesteld dat de mogelijkheid naar nationaal recht om bij de constitutionele rechter beroep in te stellen beperkt tot de vraag of er sprake is van een eventuele schending

60. *Idem*, punt 82 stelt in dit verband zeer duidelijk: “Beklemtoond moet worden dat de in de ontwerpovereenkomst beoogde situatie van het OG zou verschillen van die van het Benelux-Gerechtshof, aan de orde in het arrest van 4 november 1997, *Parfums Christian Dior (C-337/95, Jurispr. blz. I-6013, punten 21-23)*. Aangezien dit laatste een rechterlijke instantie is die gemeen is aan meerdere lidstaten, en die bijgevolg tot het gerechtelijk stelsel van de Unie behoort, zijn de beslissingen ervan onderworpen aan mechanismen die de volle werking van de normen van de Unie verzekeren”.

61. Zie *infra*, punt 6.

62. Zaak C-104/10, *Kelly*, ECLI:EU:C:2011:506, *dictum* 4.

van door de nationale Grondwet of een internationale overeenkomst gewaarborgde rechten en vrijheden, geen afbreuk doet aan dergelijke conclusie.<sup>63</sup>

Voortbouwend op de recente rechtspraak inzake het verwijzingsrecht<sup>64</sup>, wijst het HvJ er in de *Križan*-zaak tevens op dat deze verwijzingsplicht ook van kracht blijft na terugverwijzing naar de hoogste nationale rechter door de constitutionele rechter. De voorrang en uniforme doorwerking van het EU-recht vereist dat het oordeel geformuleerd door de constitutionele rechter opzij moet worden gezet indien dit in strijd mocht blijken te zijn met het EU-recht.<sup>65</sup>

De potentieel verreikende implicaties van een dergelijke uitlegging krijgen hun volle betekenis mede in het licht van het juridisch bindend worden van het Handvest van de Grondrechten sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon. Het kan hier volstaan te wijzen op een verhoogde kans op samenloop van grondrechten, met eventuele gevolgen *inter alia* voor prejudiciële procedures voor het Belgisch Grondwettelijk Hof.

## § 2. Raam voor toepassing verwijzingsplicht

Het is van cruciaal belang niet alleen te weten “op wie” de verplichting tot prejudiciële vraagstelling rust, zoals hierboven uiteengezet, maar ook en vooral “wanneer” deze verplichting zal gelden. Wellicht de belangrijkste zaak waarin het HvJ de verwijzingsplicht als dusdanig kadert en uitlegt, is het bekende *Cilfit*-arrest.<sup>66</sup> In deze zaak formuleerde het HvJ het raam voor samenwerking tussen de hoogste nationale en Europese rechters en beantwoordde i.h.b. de vraag in welke mate een nationale rechterlijke instantie, waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, werkelijk altijd verplicht is een prejudiciële vraag te stellen in de zin van artikel 267 (3) VWEU.

63. Zaak C-416/10, *Križan et al.*, ECLI:EU:C:2013:8, punten 72-73. Zie o.a. M.J.M. VERHOEVEN, “Baas boven baas: De nationale rechter is bij verwijzing of terugwijzing niet gebonden aan de rechtsopvatting van de hoogste rechter, wanneer hij twijfelt of deze opvatting strijdig is met het Unierecht”, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2013, 206-212; N. CARIAT en A. HOC, “Arrêt ‘Križan’: dans quelle mesure le juge national est-il tenu de poser une question préjudicielle?”, *Journal de droit européen* 2013, 97-98.

64. Zie *infra*.

65. Zaak C-416/10, *Križan et al.*, ECLI:EU:C:2013:8, punten 70-71.

66. Zaak 283/81, *Cilfit*, ECLI:EU:C:1982:335. Zie o.a. K. LENAERTS, “La modulation de l’obligation de renvoi préjudiciel”, *Cahiers de droit européen* 1983, 471-500; P. VAN NUFFEL, “Precisering van de uitzonderingen op de verwijzingsplicht van art. 177, al. 3, EEG”, *RW* 1982-83, 2324-2328; H. RASMUSSEN, “The European Court’s Acte Clair Strategy in C.I.L.F.I.T. Or: Acte Clair, of course! But What Does it Mean?”, *European Law Review* 1984, 242-259; R.H. LAUWAARS, “Een verwijzingsplichtige rechter is niet altijd verplicht om te verwijzen” in *Het recht van de Europese Unie in 50 klassieke arresten*, Den Haag, Ed. Boom Juridische Uitgevers, 2010, p. 149-153; G. BEBR, “The Rambling Ghost of ‘Cohn-Bendit’: Acte Clair and the Court of Justice”, *Common Market Law Review* 1983, 439-472.



Anders geformuleerd, stelde zich hierbij de delicate vraag naar de al dan niet stiefmoederlijke behandeling van de hoogste nationale rechterlijke instanties door het HvJ, vooral in zaken die als “gemakkelijke” zaken van interpretatie van EU-recht worden beschouwd. Het HvJ grijpt deze vraagstelling aan om een duidelijk samenwerkingskader te schetsen dat voldoende ruimte moet bieden aan, maar ook verantwoordelijkheid moet leggen bij, de hoogste nationale rechterlijke instanties. De “stille dialoog” hierover tussen het HvJ en de hoogste rechterlijke instanties impliceert de aanvaarding van een “*give and take*”-beweging. Enerzijds zullen de hoogste nationale rechterlijke instanties niet altijd onderhevig zijn aan de verwijzingsplicht. Anderzijds zullen nationale rechters gehouden zijn aan rechtspraak van het HvJ, waardoor een shift in verhouding bewerkstelligd wordt van “bilateraal en horizontaal” tot “multilateraal en verticaal”. In essentie verwordt de samenwerkingsprocedure van artikel 267 VWEU van een “dialoog van rechter tot rechter” tot een “dialoog van rechter tot rechters”. De aldus tot stand gekomen structuur houdt een vierledig stappenplan in en kan als volgt worden samengevat.

Vooreerst benadrukt het HvJ dat ook bij toepassing van artikel 267, alinea 3 VWEU de dialoog van rechter tot rechter berust op de appreciatie van de relevantie en noodzaak om een prejudiciële vraag te stellen door de hoogste nationale rechter. Simpel gesteld, indien EU-recht niet relevant is voor het oplossen van het geschil, dan is er ook geen verplichting om een vraag te stellen.

Dit betekent echter niet dat *a contrario* de hoogste nationale rechter telkens en altijd een prejudiciële vraag moet stellen van zodra hij meent dat EU-recht wel degelijk relevant is. In de volgende welbepaalde gevallen aanvaardt het HvJ dat de verwijzingsplicht komt te vervallen, maar er moet onmiddellijk op worden gewezen dat de nationale rechter wel steeds het recht behoudt om een prejudiciële vraag (opnieuw) te stellen.

Zo stelde het HvJ reeds in 1963 in de zaak *Da Costa en Schaake* dat de verwijzingsplicht vervalt “*wanneer de opgeworpen vraag zakelijk gelijk is aan een vraag welke reeds in een gelijksoortig geval voorwerp van een prejudiciële beslissing is geweest*”.<sup>67</sup> Zodoende verruimde het HvJ de dialoog van rechter tot rechter, tot een dialoog van rechter tot rechters, vermits de uitspraak n.a.v. een prejudiciële vraagstelling door één nationale rechter ook implicaties kon hebben voor alle andere nationale rechters die met eenzelfde “gelijksoortig geval” geconfronteerd werden.

Een verdere stap weg van het “bilateraal en horizontaal” karakter van de samenwerkingsprocedure, in de richting van een eerder “verticale en multilaterale” constructie, werd gezet met het vervallen van de verwijzingsplicht indien de voorliggende vraag

67. Zaak 28-30/62, *Da Costa en Schaake*, ECLI:EU:C:1963:6.

reeds het onderwerp is van “consistente” of “vaste” rechtspraak van het HvJ, de zgn. “*acte éclairé*”. In de *Cilfit*-zaak onderlijnt het HvJ dat het daarbij niet van belang is, “*welke de aard was van de procedures die aanleiding tot die rechtspraak hebben gegeven, en evenmin dat de vraagpunten in geschil niet volstrekt identiek zijn*”.<sup>68</sup> De *acte éclairé* is hierin dus duidelijk te onderscheiden van de veeleer beperkte *Da Costa en Schaake*-redenering.

De belangrijkste en nieuwe vraag, gesteld aan het HvJ in de *Cilfit*-zaak, was of de verwijzingsplicht opzij kan worden gezet door de hoogste nationale rechters indien er weliswaar nog geen vaste rechtspraak is van het HvJ maar de juiste toepassing van het Unierecht zo evident lijkt dat redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan omtrent de wijze waarop de gestelde vraag moet worden opgelost, de zgn. “*acte clair*”. Het antwoord van het HvJ is zeer genuanceerd en moet volledig worden gelezen vooraleer tot een afdoende conclusie op deze vraag te komen. Het HvJ aanvaardt in beginsel dat de hoogste nationale rechter op grond van de “*acte clair*”-redenering mag verzaken aan de verwijzingsplicht maar stipuleert tegelijkertijd een belangrijke voorwaarde, nl. “*dient de nationale rechter ervan overtuigd te zijn dat die oplossing even evident zou zijn voor de rechterlijke instanties van de andere Lid-Statens en voor het Hof van Justitie*”.<sup>69</sup> Het HvJ geeft ook mee dat ten dien einde rekening moet worden gehouden met de volgende kenmerken van het EU-recht en de bijzondere moeilijkheden bij de uitlegging ervan:

*“Vooreerst moet in aanmerking worden genomen, dat de teksten van gemeenschapsrecht in verscheidene talen zijn opgesteld en dat de verschillende taalversies gelijkelijk authentiek zijn; de uitlegging van een bepaling van gemeenschapsrecht vereist dan ook een vergelijking van de verschillende taalversies.*

*Voorts zij opgemerkt dat, zelfs wanneer de taalversies volledig overeenstemmen, het gemeenschapsrecht een eigen terminologie bezigt. Bovendien hebben de rechtsbegrippen in het gemeenschapsrecht niet noodzakelijkerwijs dezelfde inhoud als in de verschillende nationale rechtssystemen.*

*Tenslotte moet elke bepaling van gemeenschapsrecht in haar context worden geplaatst en worden uitgelegd in het licht van dit recht in zijn geheel, zijn doelstellingen en zijn ontwikkelingsstand op het ogenblik waarop de betrokken bepaling moet worden toegepast”.*<sup>70</sup>

De vraag is natuurlijk of de hoogste nationale rechters bij introspectie en met inachtneming van voorgaande karakteristieken eigen aan de interpretatie van EU-recht oprecht kunnen oordelen dat zij goed, zo niet het best, geplaatst zijn om te besluiten tot een concrete toepassing van de *acte clair*. Het kan wellicht volstaan

68. Zaak 283/81, *Cilfit*, ECLI:EU:C:1982:335, punt 14.

69. Zaak 283/81, *Cilfit*, ECLI:EU:C:1982:335, punt 16.

70. Zaak 283/81, *Cilfit*, ECLI:EU:C:1982:335, punten 18-20.

om de vraag te stellen welke nationale rechter over de taalkundige omkadering beschikt zoals het HvJ om alle 24 taalversies, inclusief Fins, Roemeens en Hongaars, te kunnen begrijpen en vergelijken. Het lijkt dan ook weinig waarschijnlijk dat een nationale rechter in staat is om aan de cumulatieve voorwaarden zoals gesteld in de *Cilfit*-zaak ook effectief te voldoen.

### § 3. Afdwinging van de verwijzingsplicht

Een belangrijk probleem ligt evenwel in de afdwinging van de verwijzingsplicht indien de “stille constitutionele dialoog” niet werkt en de hoogste nationale rechters verzaken aan hun verwijzingsplicht. Artikel 267 VWEU voorziet zelf geen remedie, maar momenteel is er een drievoudige aanpak te ontwaren in de aanpak van het HvJ ter bevordering van de afdwinging van de verwijzingsplicht. Vooreerst breidde het HvJ in het arrest *Köbler*<sup>71</sup> de staatsaansprakelijkheid uit tot de schade veroorzaakt aan particulieren door een schending van het EU-recht die kan worden toegerekend aan een hoogste rechterlijke instantie.<sup>72</sup> Een andere mogelijkheid is de procedure wegens niet-nakoming van verplichtingen vanwege een lidstaat, hoewel deze laatste remedie toch ook belangrijke vragen oproept gezien de scheiding der machten.<sup>73</sup> Meer recent blijkt het HvJ aan de problematiek van de afdwinging van de verwijzingsplicht ook deels tegemoet te komen door een zeer ruime interpretatie te geven van het verwijzingsrecht.<sup>74</sup>

## A. Staatsaansprakelijkheid

Hoewel het beginsel van de staatsaansprakelijkheid aanvankelijk door het HvJ geïntroduceerd werd in de *Francovich*-zaak<sup>75</sup> teneinde tegemoet te komen aan de

71. Zaak C-224/01, *Köbler*, ECLI:EU:C:2003:513. Zie o.a. H.B. KRANS, “Het arrest Köbler: aansprakelijkheid voor schending van EG-recht in rechterlijke uitspraken”, *Nederlands juristenblad* 2004, 571-576; E. STEYGER, “De gevolgen van de aansprakelijkheid van de Staat voor rechterlijke schendingen van EG-recht”, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2004, 18-22; M. BREUER, “State liability for judicial wrongs and Community law: the case of Gerhard Köbler v Austria”, *European Law Review* 2004, 243-254.

72. Zie *infra*, punt 5.3.1.

73. Zie *infra*, punt 5.3.2.

74. Zie *infra*, punt 6.

75. Gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, *Francovich*, ECLI:EU:C:1991:428. In punt 40 werden de 3 cumulatieve voorwaarden voorop gesteld: “In de eerste plaats moet het door de richtlijn voorgeschreven resultaat de toekenning van rechten aan particulieren inhouden. In de tweede plaats moet de inhoud van die rechten kunnen worden vastgesteld op basis van bepalingen van de richtlijn. En tenslotte moet er een causaal verband bestaan tussen de schending van de op de staat rustende verplichting en de door de benadeelde personen geleden schade”. Over deze zaak, zie o.a. W. VAN GERVEN, “Bescherming van individuele rechten op basis van normatieve aansprakelijkheid in het Europese gemeenschapsrecht”, *TPR* 1993, 5-35; S. PRECHAL, “Onrechtmatige (niet) wetgeving: nu procederen!”, *Nederlands juristenblad* 1991, 1138-1139; H. GILLIAMS, “Overheidsaansprakelijkheid bij schending van Europees gemeenschapsrecht”, *RW* 1991-92, 877-880; A. CARNELUTTI, “L’arrêt ‘Francovich Bonifaci’. L’obligation des Etats membres de réparer les dommages causés par les violations du droit Communautaire”, *Revue du marché unique européen* 1992, 187-192; J. STEINER, “From Direct Effects to Francovich: Shifting Means of Enforcement of Community Law”, *European Law Review* 1993, 3-22.

negatieve gevolgen voor particulieren i.g.v. de niet-directe werking van richtlijnen en tegelijkertijd de lidstaten ertoe aan te zetten hun tenuitvoerleggingsverplichtingen na te leven, wordt het in latere rechtspraak veralgemeend en potentieel toepasselijk geacht op elke inbreuk op het EU-recht. Zo wordt duidelijk gesteld in de *Brasserie du Pêcheur- en Factortame-zaken*<sup>76</sup> van 1996 dat het beginsel van staatsaansprakelijkheid niet beperkt wordt tot schade geleden door het niet-tijdig of niet-correct omzetten van richtlijnen maar van toepassing is op alle schendingen van het EU-recht. Dit ongeacht het orgaan waarvan de schending uitgaat, ongeacht of de schending is toe te rekenen aan de wetgevende, uitvoerende dan wel rechterlijke macht, alsook ongeacht of de geschonden bepaling van het EU-recht al dan niet directe werking heeft. Uit het arrest *Köbler*<sup>77</sup> volgt duidelijk dat een lidstaat ook aansprakelijk is voor de schade veroorzaakt aan particulieren door een schending van het EU-recht die kan worden toegerekend aan een hoogste rechterlijke instantie. Het HvJ verwoordt het als volgt:

*“Gezien de essentiële rol van de rechterlijke macht bij de bescherming van de rechten die particulieren aan communautaire voorschriften ontleen, zou de volle werking ervan in gevaar komen en zou de bescherming van de daarin toegekende rechten worden verzwakt, indien het uitgesloten zou zijn dat particulieren onder bepaalde voorwaarden schadevergoeding kunnen krijgen indien zij in hun rechten zijn geschaad door een schending van het gemeenschapsrecht die kan worden toegerekend aan een beslissing van een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie van een lidstaat.*

*Een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie is per definitie de laatste instantie bij wie particulieren de hun door het gemeenschapsrecht toegekende rechten geldend kunnen maken. Aangezien een schending van deze rechten door een beslissing van een dergelijke rechterlijke instantie die definitief is geworden, gewoonlijk niet meer kan worden hersteld, mag particulieren niet de mogelijkheid worden ontzegd om de staat aansprakelijk te stellen en zo een rechtsbescherming van hun rechten te krijgen.*

*Overigens is het vooral om te voorkomen dat door het gemeenschapsrecht aan particulieren toegekende rechten worden geschonden, dat op grond van artikel 234, derde alinea, EG (thans artikel 267, derde alinea VWEU) een rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, gehouden is zich tot het Hof te wenden.*

76. Gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*, ECLI:EU:C:1996:79. Zie o.a. T. HEUKELS en B.N. WIJMENA, “Belangwekkende ontwikkelingen bij aansprakelijkheid lidstaat wegens schending EG-recht”, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 1996, 118-121; N. EMILIOU, “State Liability Under Community Law: Shedding More Light on the Francovich Principle?”, *European Law Review* 1996, 399-411.

77. Zaak C-224/01, *Köbler*, ECLI:EU:C:2003:513. Voor een bespreking van dit arrest, zie o.a. A. VAN OEVELEN, “Een vergelijking tussen de rechtspraak van het Belgische Hof van Cassatie en die van het Europese Hof van Justitie inzake de aansprakelijkheid van de staat voor ambtsfouten van magistraten”, *TPR* 2004, 903-943; H.B. KRANS, “Het arrest Köbler: aansprakelijkheid voor schending van EG-recht in rechterlijke uitspraken”, *Nederlands juristenblad* 2004, 571-576; E. STREYGER, “De gevolgen van de aansprakelijkheid van de Staat voor rechterlijke schendingen van EG-recht”, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2004, 18-22; M. BREUER, “State liability for judicial wrongs and Community law: the case of Gerhard Köbler v Austria”, *European Law Review* 2004, 243-254.

*Uit de vereisten die inherent zijn aan de bescherming van de rechten van particulieren die zich op het gemeenschapsrecht beroepen, volgt dan ook dat zij bij een nationale rechter vergoeding moeten kunnen verkrijgen van de schade die is veroorzaakt door schending van deze rechten door een beslissing van een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie (zie, in die zin, arrest *Braserie du pêcheur en Factortame*, reeds aangehaald, punt 35).<sup>78</sup>*

De gevolgen van de schade zullen echter in het raam van het nationale aansprakelijkheidsrecht ongedaan moeten worden gemaakt. Hier gelden de klassieke principes inzake de procesautonomie van de lidstaten. Het is het nationale procesrecht dat deze vorderingen beheerst met dien verstande dat er geen discriminatie mag bestaan en de doeltreffendheid moet worden gegarandeerd.<sup>79</sup> Dit betekent dat de materiële en formele voorwaarden van de nationale regels voor schadevergoeding niet ongunstiger mogen zijn voor een schending van het EU-recht dan voor een gelijksoortige nationale vordering en zij mogen er niet toe leiden dat het effectief verkrijgen van deze schadevergoeding in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk wordt.<sup>80</sup>

## **B. Beroep wegens niet-nakoming van EU-verplichtingen (art. 258 VWEU)**

Artikel 258 VWEU voorziet in een procedure waarbij de Commissie een lidstaat voor het Hof van Justitie kan dagen, indien de Commissie van oordeel is dat een lidstaat een krachtens de verdragen op hem rustende verplichting niet is nagekomen. Een moeilijke doch belangrijke vraag hierbij is of de Commissie een lidstaat voor het Hof kan dagen wegens “niet conform EU-rechtspraak”. Hierbij wordt niet zozeer gedacht aan het feit dat een EU-strijdige uitspraak door een nationale rechter kan worden geveld wegens onvoldoende kennis of vertrouwdheid met het EU-recht, maar eerder aan het doelbewust en/of systematisch verkeerd toepassen en verzaken aan EU-rechtelijke verplichtingen door de hoogste nationale rechterlijke instanties. Als recent en extreem voorbeeld van deze laatste categorie kan worden verwezen naar de *Holubec*-uitspraak van het Grondwettelijk Hof van Tsjechië (*Ustavní soud*) in januari 2012.<sup>81</sup> Hierin werd er voor de eerste maal door een hoogste nationale rechter in de EU uitdrukkelijk een uitspraak van het HvJ *ultra vires* bevonden, nl. in de naar haar door het Tsjechische Hof van Cassatie (*Nejvyšší správní soud*), verwezen

78. Zaak C-224/01, *Köbler*, ECLI:EU:C:2003:513, punten 33-36.

79. Zaak C-118/08, *Transportes Urbanos*, ECLI:EU:C:2010:39.

80. Voor een meer gedetailleerde uiteenzetting over de EU-regels inzake staatsaansprakelijkheid en de procedurele autonomie van de lidstaten, zie H. DE WAELE, “De doorwerking van Europese internemarktregels in de nationale rechtsorde” in I. GOVAERE (ed.), *Europees recht: moderne interne markt voor de praktijkjurist*, Mechelen, Kluwer, 2012, p. 245-284, i.h.b. op p. 272-278.

81. *Ustavní soud*, 2012/01/31 – Pl. US 5/12: Slovak Pensions, voor Engelse versie, zie: [www.usoud.cz/en/decisions/?tx\\_ttnews%5Btt\\_news%5D=37&cHash=911a315c9c22ea1989d19a3a848724e2](http://www.usoud.cz/en/decisions/?tx_ttnews%5Btt_news%5D=37&cHash=911a315c9c22ea1989d19a3a848724e2), laatst geconsulteerd op 11 maart 2015.

*Landtová*-zaak<sup>82</sup>, in de plaats van deze uitspraak van het HvJ te eerbiedigen, na te leven en toe te passen.<sup>83</sup>

Hoewel theoretisch denkbaar zal de Commissie in de praktijk terughoudend zijn om dergelijke situaties via een procedure artikel 258 VWEU door het Hof van Justitie te laten beslechten, rekening houdend met het beginsel van de scheiding der machten. De administratieve fase van artikel 258 VWEU kan wel worden ingeleid in de hoop dat dit signaal de betrokken rechterlijke instantie tot andere inzichten zal brengen.

Het HvJ heeft echter geoordeeld in een zaak ingeleid door de Commissie tegen Italië dat de procedure wegens niet-nakoming in dergelijke gevallen ook tot het einde kan worden doorgezet.<sup>84</sup> Hoewel ook deze zaak belangrijke vragen van opvolging oproep gezien de scheiding der machten, omzeilde het HvJ enigszins deze problematiek. *In casu* oordeelde het Hof immers dat Italië in gebreke was gebleven om de nationale regelgeving, die op een foutieve manier werd geïnterpreteerd door de hoogste rechterlijke instanties (de “Corte suprema di cassazione”), aan te passen.

Een artikel 258 VWEU-arrest heeft vooreerst een declaratoir karakter. Het Hof stelt vast dat de lidstaat de krachtens de verdragen op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen, maar het is de lidstaat die de nodige maatregelen moet nemen ter uitvoering van het arrest (art. 260, eerste lid VWEU). Indien dit op zich niet voldoende zou zijn dan kan men op twee wijzen reageren. Vooreerst via de rechtspraak van het HvJ zelf in het arrest *Waterkeyn*<sup>85</sup>, alsook via de toepassing van de nieuwe verdragsbepaling in artikel 260, tweede lid VWEU t.g.v. het Verdrag van Maastricht.

---

82. Zaak C-399/09, *Landtová*, ECLI:EU:C:2011:415.

83. In deze zaak is er een duidelijke niet-erkenning van de jurisdictie van het HvJ voor wat betreft de gevolgen van de opsplitsing van Tsjechië en Slowakije (voorafgaand aan hun EU-lidmaatschap) in termen van niet-discriminatie en verworven pensioenrechten. In de woorden van het Tsjechisch Grondwettelijk Hof: “*Due to the foregoing, European law, i.e. Regulation (EEC) No 1408/71 of the Council of 14 June 1971 on the application of social security schemes to employed persons, self-employed persons, and members of their families moving with the Community, cannot be applied to entitlements of citizens of the Czech Republic arising from social security until 31 December 1992; and, based on the principles explicitly stated by the Constitutional Court in judgment file no. Pl. US 18/09, we cannot do otherwise than state, in connection with the effects of ECJ judgment of 22 June 2011, C-399/09 on analogous cases, that in that case there were excesses on the part of a European Union body, that a situation occurred in which an act by a European body exceeded the powers that the Czech Republic transferred to the European Union under Art. 10a of the Constitution; this exceeded the scope of the transferred powers, and was ultra vires*”, zie: [www.usoud.cz/en/decisions/?tx\\_ttnews%5Btt\\_news%5D=37&cHash=911a315c9c22ea1989d19a3a848724e2](http://www.usoud.cz/en/decisions/?tx_ttnews%5Btt_news%5D=37&cHash=911a315c9c22ea1989d19a3a848724e2), laatst geconsulteerd op 11 maart 2015. Voor een grondige en kritische analyse van deze zaak, zie M. BOBEK, “*Landtová, Holubec, and the problems of an uncooperative court: Implications for the preliminary procedure*”, *European Constitutional Law Review* 2014, 54-89.

84. Zaak C-129/00, *Commissie t. Italië*, ECLI:EU:C:2003:656. Zie hierover K.J.M. MORTELMANS en J.W. VAN DE GRONDEN, “Een novum: een Europeesrechtelijke veroordeling van een lidstaat wegens incorrecte toepassing van het Gemeenschapsrecht door zijn hoogste nationale rechterlijke instantie”, *Ars aequi* 2004, 198-205; Z. PEERBUX-BEAUGENDRE, “*Première consécration expresse du principe de la responsabilité de l’Etat membre pour les jurisprudences de ses cours suprêmes dans le cadre de l’article 226 CE*”, *Revue trimestrielle de droit européen* 2004, 208-215.

85. Gevoegde zaken C-314-316/81 en 83/82, *Waterkeyn*, ECLI:EU:C:1982:430.

In de zaak *Waterkeyn*<sup>86</sup> onderzoekt het HvJ de weerslag van een arrest volgens artikel 258 VWEU op een procedure voor de nationale rechter. Het stelt dat wanneer het volgens artikel 258 VWEU heeft vastgesteld dat een lidstaat zijn verplichtingen niet is nagekomen, “*de nationale rechter op grond van het gezag dat aan 's Hofs arrest toekomt, desgevallend rekening moet houden met hetgeen daarin als recht is omschreven teneinde de draagwijdte te bepalen van de voor hem toe te passen gemeenschapsrechtelijke bepalingen*”.<sup>87</sup> De achterliggende redenering van het HvJ is dat alle organen van de lidstaat, ieder binnen hun bevoegdheidssfeer, verplicht zijn mee te werken aan de uitvoering van de arresten van het HvJ volgens artikel 258 VWEU. Dit geldt niet alleen t.o.v. de wetgevende organen maar ook t.o.v. de rechterlijke macht.

Voorts is er ook de mogelijkheid voor de Commissie om o.g.v. artikel 260, tweede lid VWEU<sup>88</sup> (ingevoegd door het Verdrag van Maastricht) een bijkomende procedure te voeren met het oog op het opleggen van boetes en dwangsommen teneinde de lidstaten ertoe aan te zetten arresten van het Hof volgens artikel 258 VWEU stipt na te komen. In oktober 2013 werd België bv. veroordeeld tot een dwangsom (859 404 euro per halfjaar) en een forfaitaire som (10 miljoen euro) wegens het niet-uitvoeren van een eerder arrest (niet-nakoming van richtlijn 91/271/EEG inzake de behandeling van stedelijk afvalwater).<sup>89</sup>

## AFDELING 6. VERWIJZINGSRECHT

Een andere vraag betreft de uitlegging van het recht tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het HvJ door alle (ook de laagste) nationale rechterlijke instanties. Zoals gesteld in artikel 267, tweede alinea VWEU mogen, maar zijn daartoe niet verplicht, de nationale rechterlijke instanties waarvan de beslissingen volgens het nationale recht vatbaar zijn voor hoger beroep een prejudiciële vraag stellen aan het HvJ. Uit rechtspraak van het HvJ blijkt dat hierbij geen enkele nationale belemmering kan worden opgeworpen, ook niet voortvloeiende uit de nationaal geldende hiërarchische verhouding tussen lagere rechtbanken en hoogste hoven. Het recht om te verwijzen is een onaantastbaar recht van alle nationale rechterlijke instanties op gelijke voet en op elk tijdstip in de procedure. Uit onderstaande recente rechtspraak lijkt het daarenboven

86. Idem.

87. Idem, punt 15.

88. De tekst luidt als volgt: “*Indien de Commissie van oordeel is dat de betrokken lidstaat niet het nodige heeft gedaan om gevolg te geven aan het arrest van het Hof, kan zij, nadat zij deze staat de mogelijkheid heeft geboden zijn opmerkingen in te dienen, de zaak voor het Hof brengen. De Commissie vermeldt het bedrag van de door de betrokken lidstaat te betalen forfaitaire som of dwangsom die zij in de gegeven omstandigheden passend acht. Indien het Hof vaststelt dat de betrokken lidstaat zijn arrest niet is nagekomen, kan het deze staat de betaling van een forfaitaire som of een dwangsom opleggen. Deze procedure geldt onverminderd het bepaalde in artikel 259*”.

89. Zaak C-533/11, *Commissie t. België*, ECLI:EU:C:2013:659. Voor een annotatie, zie C. JANSSENS, P. POPELIER en W. VANDENBRUWAENE, “Zaak C-533/11, Commissie/België”, *Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 2014, 254-258.

ook een mogelijke manier te zijn om de correcte toepassing van het EU-recht, inclusief de verwijzingsplicht, door de hoogste nationale rechterlijke instanties te helpen afdwingen.

Zo heeft het HvJ in 2010 geoordeeld, in het *Melki en Abdeli*-arrest<sup>90</sup>, dat nationale procedureregels die een voorafgaande toetsing aan de Grondwettelijke Hoven (of gelijkaardige instanties) verplicht maken, de volle werking van het recht van de Unie en meer bepaald de prejudiciële vraagstelling in het gedrang kunnen brengen.<sup>91</sup> Hoewel dit in de lijn ligt van het bekende *Simmenthal*-arrest van 1977<sup>92</sup> en dus niet echt verrassend kan worden genoemd, heeft deze uitspraak toch enige commotie veroorzaakt en leidde het alvast in België tot een aanpassing van de verwijzingsprocedures.<sup>93</sup>

Ook de eerdere Belgische incidentele procedure voor grondwettigheidstoetsing werd immers in dezelfde periode gecontesteerd voor het HvJ in de zaak *Chartry* van 2011.<sup>94</sup> Het HvJ achtte zich in deze zaak “kennelijk onbevoegd” om op de door de rechtbank van eerste aanleg te Luik gestelde vraag te antwoorden, maar enkel daar het een puur nationale zaak betrof waarbij een aanknopingspunt met de materieelrechtelijke toepassing van EU-recht ontbrak.<sup>95</sup> Het HvJ liet evenwel niet na om ook in de *Chartry*-zaak en dus in de Belgische context te wijzen op het belang van de *Melki en Abdeli*-uitspraak. Het deed dit in volgende niet mis te verstane termen:

90. Gevoegde zaken C-188/10 en C-189/10, *Melki en Abdeli*, ECLI:EU:C:2010:363, m.b.t. een nationale regeling die voorziet in voorrang van incidentele procedure voor grondwettigheidstoetsing. Over dit arrest, zie o.a. J. VELAERS, “Het arrest Melki-Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie: een voorwaardelijk ‘fiat’ voor de voorrang van de toetsing aan de Grondwet op de toetsing aan het internationaal en het Europees recht”, *RW* 2010-11, 770-794; G. MARTI, “L’arrêt Melki de la Cour de justice, la clef d’un pluralisme constitutionnel renforcé? CJUE, gde ch., 22 juin 2010, Melki et Abdeli”, *Revue des affaires européennes* 2009-10, 889-904; D. SARMIENTO, “L’arrêt Melki: esquisse d’un dialogue des juges constitutionnels et européens sur toile de fond française”, *Revue trimestrielle de droit européen* 2010, 588-598; A. PLIAKOS, “Le contrôle de constitutionnalité et le droit de l’Union européenne: la réaffirmation du principe de primauté”, *Cahiers de droit européen* 2010, 487-514; Ph. GÉRARD, “De hoeder van de meerlagige Europese Constitutie tussen unierecht en grondwet in Frankrijk en België”, *SEW* 2011, 152-165.

91. Voor een gedetailleerde analyse van de verhouding tussen grondwettelijke hoven en het HvJ n.a.v. dergelijke rechtspraak, zie D. PIQANI, “The role of national constitutions courts in issues of compliance” in M. CREMONA (ed.), *Compliance and the enforcement of EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 132-156.

92. Zaak 106/77, *Simmenthal*, ECLI:EU:C:1978:49, punt 34.

93. Voor een analyse van de gevolgen van het *Melki en Abdeli*-arrest voor de Belgische verwijzingsregels, zie de bijdrage van Marc BOSSUYT in dit boek.

94. Zaak C-457/09, *Claude Chartry t. Belgische Staat*, ECLI:EU:C:2011:101.

95. *Idem*, in punt 25 verwoordt het HvJ dit als volgt: “Ook al vormt het recht op een doeltreffende voorziening zoals gewaarborgd door artikel 6, lid 1, EVRM, waarnaar de verwijzende rechter verwijst, een algemeen beginsel van het recht van de Unie (zie met name arrest van 16 juli 2009, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland/Commissie*, C-385/07 P, *Jurispr. blz.* I-6155, punten 177 en 178) en is het bevestigd in artikel 47 van het handvest, dit neemt niet weg dat uit geen enkel concreet element van de verwijzingsbeslissing kan worden opgemaakt dat er een band bestaat tussen het voorwerp van het hoofdgeding en het recht van de Unie. Het hoofdgeding, waarin een geschil tussen een Belgische staatsburger en de Belgische Staat is gerezen omtrent de heffing van belasting over op het grondgebied van deze lidstaat uitgeoefende activiteiten, vertoont geen enkel aanknopingspunt met een van de situaties die in de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van personen, diensten en kapitaal aan de orde zijn. Bovendien zijn geen door de betrokken lidstaat ter uitvoering van het recht van de Unie genomen nationale maatregelen in het geding”.



*“19 Volgens vaste rechtspraak van het Hof kan het bij artikel 234 EG (thans artikel 267 VWEU) ingestelde samenwerkingsstelsel tussen het Hof van Justitie en de nationale rechterlijke instanties de voorrang van het Unierecht alleen verzekeren indien de nationale rechter vrij is om op elk ogenblik van de procedure dat hij passend acht, alle naar zijn oordeel noodzakelijke prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie voor te leggen (zie arrest van 22 juni 2010, Melki en Abdeli, C-188/10 en C-189/10, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 52).*

*20 Het Hof heeft met name geoordeeld dat artikel 234 EG (thans artikel 267 VWEU) zich verzet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat die een incidentele procedure voor toetsing van de grondwettigheid van de nationale wetten invoert, voor zover de voorrang van deze procedure ertoe leidt dat zowel vóór de toezending van een grondwettigheidsvraag aan de nationale rechter die met de toetsing van de grondwettigheid van de wetten is belast, als in voorkomend geval na de beslissing van deze rechter over die vraag, geen van de andere nationale rechters zijn bevoegdheid kan uitoefenen om zich met prejudiciële vragen tot het Hof te wenden dan wel zijn verplichting daartoe kan nakomen (arrest Melki en Abdeli, reeds aangehaald, punt 57)”.*

Even belangrijk voor het nationaal procesrecht, zo mogelijk nog meer voor de dagelijkse rechtspraktijk, is de *Elchinov*-zaak.<sup>96</sup> In dit arrest dat tevens dateert van 2010 sprak het HvJ zich uit over de nationale verplichting van een lagere rechter om, bij terugverwijzing van een zaak, de aanwijzingen van de hogere rechter op te volgen. Ook dergelijk nationaal voorschrift kan volgens het HvJ geen afbreuk doen aan het absoluut recht van elke nationale rechter om in elk stadium van een geding een prejudiciële vraag van EU-recht voor te leggen aan het HvJ. Het gevolg is dat de lagere rechter, desgevallend, het met EU-recht strijdige oordeel van de hogere nationale rechter naast zich neer moet leggen. Voortbouwend op de *Melki en Abdeli*-logica deed het HvJ de volgende, potentieel zeer ingrijpende, uitspraak:

*“27. Het Hof heeft daaruit afgeleid dat een regel van nationaal recht op grond waarvan rechterlijke instanties die niet in laatste aanleg uitspraak doen zijn gebonden door het rechtsoordeel van de hogere rechterlijke instanties, eerstgenoemde instanties niet de bevoegdheid ontnemt, het Hof vragen voor te leggen over de uitlegging van het recht van de Unie waar bedoeld oordeel betrekking op heeft. Volgens het Hof moet het de niet in laatste aanleg uitspraak doende rechter immers vrijstaan zich met zijn vragen tot het Hof te wenden indien hij meent dat het rechtsoordeel van de hogere rechter hem tot een met het recht van de Unie strijdig vonnis zou kunnen brengen (zie in die zin arresten Rheinmühlen-Düsseldorf,*

96. Zaak C-173/09, *Elchinov*, ECLI:EU:C:2010:581. Zie o.a. M. FARTUNOVA, “Précisions sur l’autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres. A propos de l’arrêt Elchinov. CJUE, 5 octobre 2010, Elchinov”, *Revue des affaires européennes* 2009-10, 905-912; O. LYNSEY, “Revisiting the Role of National Courts in Judicial Dialogue in the EU: Elchinov, a Missed Opportunity?”, *European Law Reporter* 2011, 5-9.

*reeds aangehaald, punten 4 en 5, en Cartesio, reeds aangehaald, punt 94; arrest van 9 maart 2010, ERG e.a., C-378/08, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 32, en arrest Melki en Abdeli, reeds aangehaald, punt 42).*

...

30. *Uit een en ander volgt dat de nationale rechter die gebruik heeft gemaakt van de hem door artikel 267, tweede alinea, VWEU geboden mogelijkheid, voor de beslechting van het hoofdgeding gebonden is aan de door het Hof gegeven uitlegging van de betrokken bepalingen en dat hij in voorkomend geval het oordeel van de hogere rechter naast zich neer moet leggen indien hij, gelet op die uitlegging, meent dat dit oordeel in strijd is met het recht van de Unie.*

31. *Bovendien zij benadrukt dat blijkens vaste rechtspraak de nationale rechter, die in het kader van zijn bevoegdheid belast is met de toepassing van de bepalingen van het recht van de Unie, zorg moet dragen voor de volle werking van die bepalingen, en daarbij zo nodig, op eigen gezag, elke strijdige nationale bepaling, in casu dus de in punt 22 van het onderhavige arrest vermelde nationale procedureregels, buiten toepassing moet laten zonder dat hij eerst de intrekking hiervan bij wet of enige andere constitutionele procedure heeft te vragen of af te wachten (zie in die zin arresten van 9 maart 1978, Simmenthal, 106/77, Jurispr. blz. 629, punt 24, en 19 november 2009, Filipiak, C-314/08, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 81).*

32. *In het licht van het voorgaande dient op de derde vraag te worden geantwoord dat het recht van de Unie zich ertegen verzet dat een nationale rechterlijke instantie die uitspraak moet doen in een zaak die naar haar is verwezen door een in hoger beroep aangezochte hogere rechterlijke instantie, naar nationaal procesrecht gebonden is aan het rechtsoordeel van die hogere rechterlijke instantie indien zij, gelet op de uitlegging die zij het Hof heeft gevraagd, meent dat bedoeld rechtsoordeel in strijd is met het recht van de Unie”.*

Met deze rechtspraak ondermijnt het HvJ potentieel de nationaal hiërarchisch opgebouwde procesregels, ten voordele van de Europeesrechtelijke dialoog van rechter tot rechter waarbij de nationale rechterlijke instanties zonder onderscheid als volwaardige gesprekspartners worden beschouwd door het HvJ. Dit leidt tot een soort van atoomconstellatie van prejudiciële vraagstelling met het HvJ als nucleus.<sup>97</sup>

Dit betekent echter niet dat de nationale hiërarchische structuren noodzakelijkerwijze en altijd opzij moeten worden geschoven, noch dat de lagere rechters d.m.v. het EU-recht verplicht worden om voorbij te gaan aan het rechtsoordeel van de hogere nationale rechterlijke instanties. Het is belangrijk te onderlijnen dat de lagere nationale rechters immers niet verplicht zijn om een prejudiciële vraag te stellen aan het HvJ, maar als zij daartoe beslissen dan zijn zij wel verplicht om het antwoord van het HvJ ook

97. In eenzelfde zin, zie M. BOBEK, “Landtová, Holubec, and the problems of an uncooperative court: Implications for the preliminary procedure”, *European Constitutional Law Review* 2014, 54-89.

effectief toe te passen. Bij het beoordelen van de pertinentie van de vraagstelling kunnen verschillende overwegingen in de balans worden gebracht, niet in het minst de negatieve implicaties van de bijkomende procesduur.<sup>98</sup>

Anderzijds is het ook onmiddellijk duidelijk dat de hoogste nationale rechterlijke instanties zelf kunnen voorkomen om buitenspel te worden gezet. Dit d.m.v. het strikt naleven van hun verwijzingsplicht en dus door zelf de dialoog met het HvJ over de voorliggende vragen van EU-recht te voeren. Vanuit dit perspectief bekeken, impliceert deze ontwikkeling in de rechtspraak een indirecte afdwinging van de verwijzingsplicht d.m.v. het verstevigen van het verwijzingsrecht.

## AFDELING 7. GEVOLGEN VAN EEN UITLEGGINGSARREST BIJ HET EERDER VERZAKEN AAN DE VERWIJZINGSPLICHT

Het HvJ is bevoegd om de verdragen te interpreteren alsook de handelingen van de instellingen, de organen of de instanties van de Unie.<sup>99</sup> De bevoegdheid van het HvJ om in het raam van de prejudiciële procedure het Unierecht uit te leggen, heeft geleid tot niet alleen een zeer omvangrijke maar inhoudelijk ook zeer belangrijke rechtspraak. Via deze uitleggingsbevoegdheid heeft het Hof tal van fundamentele materiële rechtelijke principes uitgelegd en verfijnd, bv. inzake vrij verkeer van goederen, personen enz., maar bovendien ook de fundamenten gelegd voor de basisprincipes van de EU-rechtsbescherming zoals o.a. directe werking en voorrang.

Ook heeft het Hof het begrip “uitlegging” nader omschreven. In het arrest *Denkavit*<sup>100</sup> wordt gesteld dat onder de in artikel 267 VWEU aan het Hof gegeven bevoegdheid, het HvJ het EU-voorschrift verklaart en uitlegt, en de betekenis en strekking van het voorschrift aangeeft “zoals het sedert het tijdstip van zijn inwerkingtreding moet of had moeten worden verstaan en toegepast”.<sup>101</sup> Hieruit volgt, aldus het Hof, dat het aldus uitgelegde voorschrift door de nationale rechter ook kan en moet worden toegepast op rechtsbetrekkingen die zijn ontstaan en tot stand gekomen vóór het arrest waarbij op het verzoek om uitlegging is beslist. Slechts bij uitzondering is het HvJ van dit principe afgeweken door het beperken van de uitspraak in de tijd.<sup>102</sup>

98. Zie *supra*, punt 1.

99. Deze bevoegdheid strekt zich ook uit tot akkoorden die de Unie sluit met derde staten omdat dergelijke akkoorden als “handelingen van de instellingen” in de zin van art. 267 VWEU zijn te beschouwen, zie zaak 181/73, *Haegemann*, ECLI:EU:C:1974:41.

100. Zaak 61/79, *Denkavit*, ECLI:EU:C:1980:100. Zie o.a. T. HARTLEY, “The Effects in National Law of Judgments of the European Court”, *European Law Review* 1980, 366-373.

101. Zaak 61/79, *Denkavit*, ECLI:EU:C:1980:100, punt 16.

102. Zie bv. zaak 43/75, *Defrenne*, ECLI:EU:C:1976:56, punten 69-75. M.b.t. dit aspect van de *Defrenne*-zaak, zie o.a. M. WAELBROECK, “May the Court of Justice Limit the Retrospective Operation of Its Judgments?”, *Yearbook of European Law* 1981, 115-123; A. KOHL, “Observations sur la ‘non-rétroactivité’ de l’autorité de l’arrêt Defrenne prononcé de 8 avril 1976 par la Cour de justice des Communautés européennes”, *Revue critique de jurisprudence belge* 1977, 231-242; T. KOOPMANS, “Retrospectivity Reconsidered”, *The Cambridge Law Journal* 1980, 287-303.

De vraag stelt zich evenwel naar de gevolgen van een uitleggingsarrest op voorgaande situaties waarbij er (onterecht) geen prejudiciële vraag ter uitlegging aan het HvJ werd gesteld door de nationale rechterlijke instanties. In de rechtspraak heeft het HvJ hierbij een onderscheid gemaakt tussen twee situaties, al naargelang het een latere beslissing van resp. een bestuursorgaan dan wel een rechterlijke instantie betreft.

In de *Kühne*-zaak<sup>103</sup> wijst het HvJ op het beginsel van rechtszekerheid als erkend algemeen beginsel van EU-recht, zodat een besluit van een bestuursorgaan definitief wordt na het verstrijken van redelijke beroepstermijnen of na uitputting van alle rechtsmiddelen. Daaruit trekt het HvJ de volgende conclusie: “*Bijgevolg vereist het gemeenschapsrecht niet dat een bestuursorgaan in beginsel moet terugkomen op een besluit dat aldus definitief is geworden*”.<sup>104</sup> Hierop bestaat evenwel een uitzondering en een bestuursorgaan moet toch een definitief geworden besluit desgevraagd opnieuw onderzoeken:

- “teneinde rekening te houden met de uitlegging die het Hof inmiddels aan de relevante bepaling van gemeenschapsrecht heeft gegeven, wanneer:*
- hij naar nationaal recht bevoegd is om op dat besluit terug te komen;*
  - het in geding zijnde besluit definitief is geworden ten gevolge van een uitspraak van een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep;*
  - voormelde uitspraak, gelet op latere rechtspraak van het Hof, berust op een onjuiste uitlegging van het gemeenschapsrecht, gegeven zonder dat het Hof overeenkomstig (thans artikel 267, derde alinea, VWEU) is verzocht om een prejudiciële beslissing, en*
  - de betrokkene zich tot het bestuursorgaan heeft gewend onmiddellijk na van die rechtspraak kennis te hebben genomen”.*<sup>105</sup>

Deze voorwaarden lijken cumulatief geformuleerd en behelzen duidelijk een situatie waarbij de verwijzingsplicht niet werd gerespecteerd door de hoogste nationale rechterlijke instanties. Dit is op zich echter wellicht niet voldoende. Bijkomstig moet het nationale kader faciliteren dat op een dergelijk besluit wordt teruggekomen. Ook dan moet dit niet noodzakelijkerwijze ambtshalve gebeuren maar is het de betrokkene zelf die tijdig actie daartoe moet ondernemen.

---

103. Zaak C-453/00, *Kühne*, ECLI:EU:C:2004:17. Zie o.a. J.H. JANS en A.T. MARSEILLE, “Bevoegdheid blijft bevoegdheid? Terugkomen op met het gemeenschapsrecht strijdige besluiten”, *SEW* 2007, 329-333; Z. PEERBUX-BEAUGENDRE, “Une administration ne peut invoquer le principe de la force de chose définitivement jugée pour refuser de réexaminer une décision dont une interprétation préjudicielle ultérieure a révélé la contrariété avec le droit communautaire – Commentaire de l’arrêt de la CJCE du 13 janvier 2004”, *Revue du droit de l’Union européenne* 2004, 559-567.

104. Zaak C-453/00, *Kühne*, ECLI:EU:C:2004:17, punt 24.

105. Zaak C-453/00, *Kühne*, ECLI:EU:C:2004:17, punt 24.

De *Kapferer*-zaak<sup>106</sup> betrof de belangrijke vraag naar de mogelijke implicaties van de *Kühne*-zaak voor het nationaal procesrecht. *In casu* boog het HvJ zich over de problematiek of ook een nationale rechterlijke instantie een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing zou moeten (her)onderzoeken en vernietigen, wanneer deze naderhand in strijd met het EU-recht blijkt te zijn. Het HvJ besloot wijselijk resoluut dat dit een stap te ver zou zijn. Volgende motivering werd hierbij naar voor geschoven:

“20. *In dit verband moet worden herinnerd aan het belang, zowel in de communautaire rechtsorde als in de nationale rechtsordes, van het beginsel van kracht van gewijsde. Om zowel de stabiliteit van het recht en van de rechtsbetrekkingen als een goede rechtspleging te garanderen, is het van belang dat rechterlijke beslissingen die definitief zijn geworden nadat de beschikbare beroepsmogelijkheden zijn uitgeput of nadat de beroepstermijnen zijn verstreken, niet meer opnieuw aan de orde kunnen worden gesteld (arrest van 30 september 2003, C-224/01, Jurispr. blz. I-10239, punt 38).*

21. *Bijgevolg gebiedt het gemeenschapsrecht een nationale rechter niet, nationale procedureregels die een beslissing kracht van gewijsde verlenen buiten toepassing te laten, ook al zou daardoor een schending van het gemeenschapsrecht door deze beslissing kunnen worden opgeheven (zie in die zin arrest van 1 juni 1999, Eco Swiss, C-126/97, Jurispr. blz. I-3055, punten 46 en 47)”.*

Dit is een belangrijke verduidelijking door het HvJ dat aan het beginsel van kracht van gewijsde niet zal worden afgedaan door het EU-recht, maar dat het er integendeel ook integraal deel van uitmaakt. Aan dit beginsel wordt dus niet getornd, ook niet teneinde de correcte naleving van het EU-recht door de nationale rechters te verzekeren of de verwijzingsplicht af te dwingen. Eenzelfde houding kon ook reeds worden vastgesteld in de *Köbler*-zaak, waarbij het HvJ erop wees dat het aanvaarden van staatsaansprakelijkheid voor niet-conforme EU-rechtspraak niet het belangrijke beginsel van het kracht van gewijsde aantast.<sup>107</sup>

## AFDELING 8. AFWIJKEND VERWIJZINGSKADER VOOR GELDIGHEIDSCONTROLE

De prejudiciële bevoegdheid van het HvJ strekt zich niet alleen uit tot interpretatie van het Unierecht maar ook tot geldigheidscontrole van de secundaire handelingen

106. Zaak C-234/04, *Kapferer*, ECLI:EU:C:2006:178. Zie o.a. R. ORTLEP, “Geen bevoegdheid = Geen verplichting! Enkele gedachten over de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Kapferer*”, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2006, 138-140.

107. Zaak C-224/01, *Köbler*, ECLI:EU:C:2003:513, zie *supra*, punt 5.3.2.1. Over dit aspect, zie o.a. P. VAN KEMPEN, “Redres bij schending Eurostrafrecht: Over de betekenis voor het strafrecht van *Köbler* en *Kühne & Heitz* en de huidige onwenselijkheid van heropening van afgesloten strafprocedures vanwege beslissingen van het Hof van Justitie”, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2005, 164-175.

van de instellingen, de organen of de instanties van de Unie, zoals verordeningen en richtlijnen. De primaire EU-Verdragen zijn geen handelingen van de instellingen van de Unie en kunnen derhalve niet op hun geldigheid worden getoetst door het HvJ.

Artikel 267 VWEU is bijzonder summier t.a.v. van deze bevoegdheid. Er wordt bv. niets gezegd over de relatie tussen de geldigheidscontrole volgens artikel 267 VWEU en de wettigheidscontrole volgens artikel 263 VWEU, noch over de gronden voor ongeldigheid, noch over de gevolgen.

In het arrest *Foto Frost*<sup>108</sup> verduidelijkte het HvJ dat elke nationale rechter zonder te verwijzen de geldigheid van EU-handelingen kan bevestigen. Indien hij echter van oordeel zou zijn dat een EU-handeling ongeldig is dan kan hij dit niet op eigen gezag beslissen maar is hij verplicht een prejudiciële vraag hierover te stellen aan het HvJ. Het HvJ gaat dus eigenlijk voorbij aan de tekst zelf van artikel 267 VWEU en introduceert een algemene verwijzingsplicht bij vermoeden van ongeldigheid van EU-handelingen. Dit gewijzigde verwijzingskader is van toepassing op alle nationale rechterlijke instanties, ongeacht of deze al dan niet in laatste instantie uitspraak doen.

De motivering hiervoor is van tweeërlei aard. Vooreerst is een afwijkend verwijzingskader volgens het HvJ noodzakelijk om de bovenvermelde doelstelling van artikel 267 VWEU te helpen verwezenlijken.<sup>109</sup> Toelaten dat één nationale rechter beslist tot de ongeldigheid van een EU-handeling terwijl een andere nationale rechter een andere mening kan zijn toegedaan, staat immers haaks op het garanderen van een uniforme toepassing en doorwerking van het EU-recht. Voorts wijst het HvJ in het arrest *Foto Frost* ook op de noodzaak om een coherent systeem van rechtsbescherming in te lezen in het verdrag. Het behoort immers tot de taak van het HvJ om toe te zien op de noodzakelijke samenhang van het door het verdrag geschapen stelsel van rechtsbescherming inzake wettigheidstoetsing. Dit kan enkel wanneer het HvJ hiertoe een exclusieve bevoegdheid heeft, niet alleen m.b.t. artikel 263 VWEU, maar dus ook voor wat betreft de geldigheidscontrole voorzien in artikel 267 VWEU.<sup>110</sup>

108. Zaak 314/85, *Foto-Frost*, ECLI:EU:C:1987:452. Zie o.a. G. BEBR, "The Reinforcement of the Constitutional Review of Community Acts under Article 177 EEC Treaty", *Common Market Law Review* 1988, 667-691; A. ARNULL, "National Courts and the Validity of Community Acts", *European Law Review* 1988, 125-131.

109. Zie *supra*, punt 3.

110. Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat als grond voor ongeldigheid dezelfde gronden kunnen worden ingeroepen als bij wettigheidscontrole volgens art. 263 VWEU. Er zijn echter ook belangrijke verschillen tussen beide procedures. Hoewel enigszins gewijzigd door het Verdrag van Lissabon zijn er nog steeds moeilijke ontvankelijkheidsvereisten voor particulieren bij het instellen van een rechtstreeks beroep tot nietigverklaring o.g.v. art. 263 VWEU binnen een strikte termijn. De vraag of de moeilijke onrechtstreekse geldigheidscontrole volgens art. 263 VWEU kan omzeild worden via een art. 267 VWEU geldigheidstoetsing werd door het HvJ afwijzend beantwoord in het arrest *Textilwerke Deggendorf*, zie zaak C-188/92, *WD t. Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:1994:90. Althans kan dit niet wanneer een particulier, die zonder twijfel tegen een bepaalde EU-handeling een vordering volgens art. 263 VWEU had kunnen instellen omdat hij "rechtstreeks en individueel" erdoor geraakt was, de in art. 263 VWEU vermelde termijn van twee maanden had laten verlopen. De vereisten van rechtszekerheid verzetten zich ertegen, aldus het HvJ, om in een dergelijk geval voor de nationale rechterlijke instanties de geldigheid van een handeling opnieuw in het geding te brengen via de prejudiciële procedure. Over deze zaak, zie o.a. M. Ross, "Limits on Using Article 177 EC", *European Law Review* 1994, 640-644.

De gevolgen van ongeldigheid n.a.v. een prejudiciële vraagstelling zijn nochtans niet dezelfde als de gevolgen van een wettigheidscontrole o.g.v. artikel 263 VWEU. Een uitspraak betreffende de nietigheid volgens artikel 263 VWEU leidt in beginsel tot een nietigheid *ex tunc en erga omnes*. Ongeldigheid volgens artikel 267 VWEU heeft geen dergelijke vergaande gevolgen maar betekent dat de nationale rechter die de prejudiciële vraag heeft gesteld de betreffende EU-handeling *in casu* niet meer kan toepassen.

Het arrest *International Chemical Corporation*<sup>111</sup> creëert echter een soort *quasi erga omnes*-effect van ongeldigheid van een EU-handeling n.a.v. een artikel 267 VWEU-procedure. In dit arrest wijst het HvJ op het belang ook voor andere nationale rechters van een geldigheidstoetsing volgens artikel 267 VWEU teneinde de uniforme toepassing van het EU-recht en de rechtszekerheid te verzekeren:

*“13 Hieruit volgt dat een arrest van het Hof, waarbij krachtens artikel 177 EEG-Verdrag [thans art. 267 VWEU] de ongeldigheid wordt vastgesteld van een handeling van een instelling, inzonderheid van een verordening van de Raad of de Commissie, ofschoon het rechtstreeks alleen tot de verwijzende rechter is gericht, voor iedere andere rechter voldoende grond vormt om die handeling als ongeldig te beschouwen met het oog op een door hem te geven beslissing.*

*14 Deze vaststelling doet echter geen afbreuk aan de bevoegdheid die artikel 177 EEG-Verdrag [thans art. 267 VWEU] aan de nationale rechterlijke instanties toekent: het staat aan hen te beoordelen of er belang bestaat bij het opnieuw opwerpen van een vraag die het Hof reeds heeft beslist, ingeval het Hof voordien de ongeldigheid van een handeling van een gemeenschapsinstelling heeft vastgesteld. Een dergelijk belang zou er met name kunnen zijn wanneer er nog twijfels zouden bestaan omtrent de redenen, de omvang en eventueel de gevolgen van de eerder vastgestelde ongeldigheid.*

*15 In het tegengestelde geval zijn de nationale rechterlijke instanties volkomen gerechtigd voor de hun voorgelegde zaken de consequenties te trekken uit een door het Hof in een geschil tussen andere partijen gewezen arrest tot ongeldigverklaring”.*

In deze lijkt ook hier de samenwerkingsprocedure van artikel 267 VWEU te zijn verschoven van een dialoog van rechter tot rechter naar een dialoog van rechter tot rechters.

---

111. Zaak 66/80, *International Chemical Corporation*, ECLI:EU:C:1981:102. Zie o.a. J. USHER, “Declarations of Invalidity under Article 177 EEC: Of General Effect?”, *European Law Review* 1981, 284-287; H. LABAYLE, “La Cour de justice des Communautés et les effets d’une déclaration d’invalidité”, *Revue trimestrielle de droit européen* 1982, 484-510.

## AFDELING 9. TER AFSLUITING: PREJUDICIËLE VRAGEN M.B.T. HET HANDVEST VAN DE GRONDRECHTEN

Hoewel tekstueel weinig gewijzigd doorheen de jaren, blijkt duidelijk uit de rechtspraak van het HvJ inzake de interpretatie van artikel 267 VWEU dat de prejudiciële samenwerkingsprocedure zeker geen statisch concept is. Het juridisch kader voor de toepassing van deze cruciale procedurele verdragsbepaling is onderhevig aan een eigen Europeesrechtelijke dynamiek, gestuwd vanuit het oogmerk om de Europeesrechtelijke doelstellingen en uniformiteit van het EU-recht te verwezenlijken. Ten dien einde moeten de nationale rechterlijke instanties – in hun capaciteit van EU-rechter – soms voorbijgaan aan nationale procedureregels, ook indien grondwettelijk van aard, en kunnen de nationale hiërarchische structuren potentieel enig geweld worden aangedaan.

De impact van het uitgebreide en onvoorwaardelijke verwijzingsrecht van de nationale rechterlijke instanties, alsook de verwijzingsplicht voor de hoogste nationale rechters en de afdwinging hiervan d.m.v. EU-recht, op het nationaal procesrecht kan moeilijk worden overschat. Gezien de gestage en belangrijke uitbreidingen van de draagwijdte van het EU-Verdrag doorheen de verschillende verdragswijzingen naar quasi alle domeinen van het recht, zou in omzeggens elke zaak de vraag gesteld moeten worden of de samenwerkingsprocedure al dan niet potentieel van toepassing is. Het blijft dan aan de lagere nationale rechters om te beslissen al dan niet gebruik te maken van hun verwijzingsrecht, alle factoren hierbij indachtig zijnde, zoals de verlenging van de procesduur. Enkel puur nationale zaken zonder aanknopingspunt met het materieel recht van de EU, alsook de meeste zaken onder het Gemeenschappelijk Buitenlands en Veiligheidsbeleid, blijven buiten de jurisdictie van het HvJ en dus ook buiten het toepassingsgebied van de samenwerkingsprocedure.

Het Verdrag van Lissabon verhoogt echter gevoelig de kans op samenloop van procedures en dus Europeesrechtelijke interferenties met nationaal procesrecht, meer nog dan voorgaande verdragswijzingen. Sinds het Verdrag van Lissabon is het immers ook mogelijk om prejudiciële vragen te stellen betreffende een uitlegging van het Handvest van de Grondrechten, waarbij veelal de conformiteit van nationaal recht of de geldigheid van EU-handelingen ter betwisting zal staan. Tezamen met het opheffen van de pijlerstructuur<sup>112</sup> heeft dit een grote impact in de zin van het opentrekken van de mogelijkheid voor de nationale rechter om de prejudiciële procedure in te leiden. Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon is het Handvest juridisch bindend.<sup>113</sup> Artikel 6, eerste lid VEU bepaalt uitdrukkelijk dat het Handvest dezelfde

112. Zie *supra*, punt 2.

113. Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie werd reeds op de Europese Raad van Nice van december 2000 officieel afgekondigd, maar het betrof louter een politieke verklaring die geen juridische verplichtingen inhield. Op 12 december 2007 werd een aangepaste versie ondertekend die de weg opende om het Handvest juridisch bindend te maken.



juridische waarde heeft als de verdragen. De rechten, vrijheden en beginselen van het Handvest behoren derhalve ingevolge het Verdrag van Lissabon tot het primair recht van de Unie. Protocol nr. 30 bij de EU-Verdragen voorziet echter in een special statuut voor Polen en het Verenigd Koninkrijk.<sup>114</sup>

Artikel 51, eerste lid Handvest stelt dat de bepalingen van het Handvest gericht zijn tot de instellingen, organen en instanties van de Unie en de lidstaten, maar tot deze laatste echter “uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen”. De toelichtingen bij het Handvest zijn echter ruimer geformuleerd. Hier wordt gestipuleerd dat de verplichting voor lidstaten om de EU-grondrechten te eerbiedigen geldt wanneer zij optreden “binnen het toepassingsgebied van het recht van de Unie”. Dit zou dan impliceren dat prejudiciële vraagstelling inzake conformiteit van nationaal recht met het Handvest niet beperkt zou blijven tot die handelingen van de lidstaten die het recht van de Unie als dusdanig uitvoeren, zoals het omzetten van richtlijnen in nationaal recht. De samenwerkingsprocedure met verwijzing naar het Handvest wordt dan integendeel potentieel van toepassing van zodra een lidstaat optreedt binnen het toepassingsgebied van het EU-Verdrag. Een dergelijke vereiste is bv. reeds voldaan door het inroepen van een rechtvaardigingsgrond onder de uitzonderingsbepaling van artikel 36 VWEU voor een nationale regeling die een belemmering vormt voor de interne markt.<sup>115</sup> Enkel “puur nationale situaties” zonder enig aanknopingspunt met het Europees materieel recht vallen dan buiten de draagwijdte van de jurisdictie van het HvJ.<sup>116</sup>

In een aantal recente arresten heeft het HvJ de draagwijdte van het Handvest verduidelijkt. In het arrest *Akerberg*<sup>117</sup> bevestigde het Hof vooreerst dat het Handvest inderdaad een ruime draagwijdte heeft en van toepassing is in alle gevallen waarin een nationale regeling binnen de werkingssfeer van het EU-recht valt. Deze interpretatie verhoogt de kans gevoelig dat een en dezelfde nationale maatregel getoetst kan worden op conformiteit met fundamentele waarden zowel onder nationaal (grondwettelijk) recht als EU-recht. Naast de vraag naar samenloop van procedures, waar

---

114. Het Protocol bepaalt dat noch een Europese, noch een nationale juridische autoriteit de bevoegdheid heeft om te bepalen dat nationale wetten, regelgeving of administratieve bepalingen, praktijken of maatregelen van die lidstaten in strijd zijn met het Handvest. M.a.w. voorziet titel IV van het Handvest niet in inroepbare rechten die in deze lidstaten van toepassing zijn, behalve voor zover de nationale wetgeving reeds in dergelijke rechten voorziet. Door een beslissing van de Europese Raad van oktober 2009 geldt dit ook voor Tsjechië.

115. Zie o.a. arrest *Familiapress*, C-368/95, ECLI:EU:C:1997:325.

116. Een voorbeeld hiervan is de eerder vermelde Belgische *Chartry*-zaak, zie *supra*, punt 6.

117. Arrest *Akerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105. Zie o.a. M.A. FIERSTRA, “Akerberg Fransson: ruim toepassingsgebied van Handvest op handelingen van lidstaten”, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2013, 197-205; J.-H. REESTMAN en L. BESSELINK, “After Akerberg Fransson and Melloni”, *European Constitutional Law Review* 2013, 169-175; B. VAN BOCKEL en P. WATTEL, “New Wine into Old Wineskins: The Scope of the Charter of Fundamental Rights of the EU after Akerberg Fransson”, *European Law Review* 2013, 866-883; D. RITLENG, “De l’articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l’Union”, *Revue trimestrielle de droit européen* 2013, 267-292; A. BAILLEUX, “Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne face à son Destin”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme* 2014, 215-235.

de algemeen geldende principes inzake verwijzingsrecht en verwijzingsplicht onder artikel 267 VWEU gelden<sup>118</sup>, kan er bijkomstig een ander belangrijk probleem rijzen indien er ook een verschil in aanpak geldt, waarbij hetzij het EU-recht dan wel het nationaal recht een hogere bescherming biedt. Een dergelijke situatie was aanleiding voor het HvJ om in het arrest *Melloni*<sup>119</sup> duidelijk voorop te stellen dat lidstaten geen hogere grondrechtenbescherming mogen hanteren wanneer handelingen van Unierecht (in casu het Europees aanhoudingsbevel) in overeenstemming zijn met het Handvest. Dit impliceert dat er in een dergelijk geval een verplichting is voor nationale rechters om de met EU-fundamentele rechten strijdig nationaal recht buiten toepassing te laten, ook al biedt deze laatste een betere grondrechtenbescherming.

Uit recente rechtspraak van het HvJ blijkt dat het Handvest der Grondrechten ook belang kan hebben bij geschillen tussen particulieren. Als particulier en zeker ten overstaan van particulieren kan men er nl. baat bij hebben, waar mogelijk en bij het ontbreken van tijdige en/of correcte nationale uitvoeringsmaatregelen, zich rechtstreeks te steunen op bepalingen en algemene rechtsbeginselen ingeschreven in de EU-Verdragen, eerder dan op richtlijnen die hieraan verdere uitvoering geven. Op die manier kan het moeilijke vraagstuk van de horizontale directe werking van richtlijnen worden omzeild. Een eerste zaak *Mangold*<sup>120</sup> betrof het als algemeen rechtsbeginsel erkende verbod van discriminatie op grond van leeftijd (art. 19 VWEU), dat verder werd geconcretiseerd in richtlijn 2000/78. In het arrest stelde het Hof dat de nationale rechter verplicht was elke eventuele strijdige bepaling buiten toepassing te laten, ook al was de omzettingstermijn van deze richtlijn nog niet verstreken.<sup>121</sup> Dit om de volle werking van de algemene rechtsbeginselen te verzekeren. De inroepbaarheid van deze algemene beginselen in contractuele verhoudingen tussen particulieren werd bevestigd in de *Kücükdeveci* zaak.<sup>122</sup> Daarin werd opnieuw door het Hof de mogelijkheid erkend om het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd, waarbij uitdrukkelijk werd verwezen naar het feit dat dit een algemeen rechtsbeginsel is dat tevens verankerd is in artikel 21, eerste lid Handvest, rechtstreeks toe te passen in een geschil tussen particulieren.

Er moet evenwel worden onderlijnd dat deze rechtspraak de vaste rechtspraak niet wijzigt waarbij er tot op heden nog steeds gesteld wordt dat er geen sprake is van horizontale directe werking voor bepalingen uit richtlijnen. De mogelijkheid tot horizontale directe werking is immers niet gesteund op de richtlijn die het algemeen

118. Zie *supra*, punten 5 en 6.

119. Arrest *Melloni*, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107. Zie o.a. M.I. VELDT-FOGLIA, "Stefano Melloni: grenzen aan de nationale grondwettelijke grondrechtenbescherming bij uitvoering van een EAB", *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2013, 339-345; L. BESSELINK, "The parameters of constitutional conflict after Melloni", *European Law Review* 2014, 531-552.

120. Arrest *Mangold*, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709.

121. *Idem*, punten 75-77.

122. Arrest *Kücükdeveci*, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21.

rechtsbeginsel verder concretiseert, maar op de algemene rechtsbeginselen zelf als primaire rechtsbron, die niet verder afhankelijk zijn van enige uitvoering in Europese of nationale wetgeving.<sup>123</sup> De in een richtlijn geconcretiseerde primair-rechtelijke basisprincipes kunnen derhalve zowel t.a.v. de overheid als tussen particulieren onderling worden ingeroepen.

De erkenning van grondrechten als “algemene beginselen van het Unierecht” heeft dus potentieel ook belangrijke gevolgen voor de doorwerking van deze principes in de nationale rechtsorde van de lidstaten. Het belang van het Handvest<sup>124</sup>, dat juridische waarde heeft verworven met het Verdrag van Lissabon, zal wellicht in komende rechtspraak centraal staan en een belangrijke nieuwe bron van doorwerking van EU-recht in de nationale rechtsordes betekenen. Het ligt dan ook in de lijn der verwachtingen dat het Handvest veelvuldig het voorwerp van een prejudiciële vraagstelling zal uitmaken, hetzij op aangeven van de partijen hetzij ambtshalve door de nationale rechterlijke instantie.

---

123. Over deze belangrijke nieuwe wending in de rechtspraak, zie o.a. H. DE WAELE en I. KIEFT, “De doorwerking van richtlijnen en algemene beginselen van EU-recht”, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2010, 170-178; A. Albers-Llorens, “Keeping up appearances: The Court of Justice and the effects of EU directives”, *The Cambridge Law Journal* 2010, 455-458.

124. Het bestaan van het EU-Handvest van de Grondrechten betekent echter niet dat het Europees Verdrag voor de rechten van de mens (EVRM) aan belang verliest, zoals blijkt uit art. 6, derde lid VEU. Het Verdrag van Lissabon voorziet zelfs voor de eerste keer dat de EU zal toetreden tot het EVRM. Hiermee wordt tegemoetgekomen aan een probleem van bevoegdheid dat door het HvJ bij een eerdere vraag naar mogelijke toetreding was vastgesteld (advies 2/94, Toetreding van de Gemeenschap tot het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ECLI:EU:C:1996:140). Dit neemt niet weg dat er nog belangrijke juridische vraagstukken moeten worden opgelost vooraleer de toetreding ook effectief kan plaatsvinden. Zo moet o.a. een mechanisme worden uitgewerkt waarbij de bevoegdheidsverdeling tussen de EU en de EU-lidstaten wordt gerespecteerd zonder afbreuk te doen aan de exclusieve rechtsmacht van het HvJ te Luxemburg om zich uit te spreken over de toepassing en interpretatie van het EU-recht. Over deze problematiek, zie I. GOVAERE, *De Europese Rechtsorde na Lissabon: hoe eigen, hoe autonoom?*, Mechelen, Kluwer, 2012. Een ontwerpakkkoord over EU-toetreding tot het EVRM werd op 18 december 2014 onverenigbaar met de EU-Verdragen verklaard door het HvJ, o.a. wegens het ontbreken van dergelijk mechanisme waardoor de EVRM-rechter zich als eerste zou kunnen buigen over vraagstukken van EU-recht wanneer de nationale rechter de prejudiciële procedure van art. 267 VWEU niet zou hebben aangevangen, zie advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454. Door dit advies 2/13 lijkt de effectieve toetreding van de EU tot het EVRM thans op de lange baan komen te staan.



## **DEEL 2**

# **RAAKVLAKKEN EN INTERFERENTIES TUSSEN STRAFPROCESRECHT, CIVIEL PROCESRECHT EN TUCHTPROCESRECHT**



# **RAAKVLAKKEN TUSSEN HET STRAFPROCESRECHT EN DE BURGERLIJKE RECHTSPLEGING**

Philip TRAEST  
Buitengewoon Hoogleraar UGent, advocaat

Tessa GOMBEER  
Doctor-assistente UGent





## AFDELING 1. INLEIDING EN AFBAKENING ONDERWERP

1. De strafprocedure is traditioneel beschouwd als een vrij hermetisch van andere domeinen afgesloten terrein. De raakpunten tussen het strafprocesrecht en de andere (procedurele) disciplines zijn steeds vrij miniem geweest. De laatste jaren is evenwel bij meerdere gelegenheden het besef tot uiting gekomen dat het Gerechtelijk Wetboek ook in strafzaken een bepaalde rol heeft te spelen. De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof nopens de interpretatie van de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie hebben ertoe geleid dat een aantal regelingen uit het Gerechtelijk Wetboek ook in strafzaken ingang vonden. De bepalingen inzake het deskundigenonderzoek – waarover later meer – vormen hiervan een duidelijke illustratie. Verwonderlijk is dit niet echt, aangezien het in de geest van de opstellers van het Gerechtelijk Wetboek ook altijd de bedoeling is geweest het Gerechtelijk Wetboek als het gemeen recht van de procedure te laten gelden.

2. In de hiernavolgende studie zal dan ook een evaluatie van de stand van het recht op dit domein worden gegeven. Een exhaustieve inventaris wordt niet beoogd, wel veeleer het blootleggen van de tendensen en de richting waarin een en ander vermoedelijk kan evolueren.

In het verleden werd deze oefening reeds ondernomen door andere auteurs. Er zal dan ook dankbaar gebruik worden gemaakt van deze bijdragen.<sup>1</sup> Bovendien is deze bijdrage wat betreft de toepassing van het Gerechtelijk Wetboek in strafzaken een actualisering van de tekst van beide auteurs onder de titel “De toepassing van het Gerechtelijk Wetboek in strafzaken” in het *CBR Jaarboek 2008-09*.<sup>2</sup>

3. Daarenboven zal in de hiernavolgende studie verder worden ingegaan op nog een raakvlak tussen het strafprocesrecht en de burgerlijke rechtspleging, nl. de toepassing van het *adagium le criminel tient le civil en état*. Indien het slachtoffer ervoor opteert zijn burgerlijke vordering voor de burgerlijke rechter te brengen, schrijft artikel 4, eerste lid V.T.Sv. de plicht voor in hoofde van de burgerlijke rechter tot het schorsen van de burgerlijke vordering zolang niet definitief is beslist over de strafvordering die

---

1. R. DECLERCQ, “Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht – strafprocesrecht” in M. STORME (ed.), *Procesrecht vandaag*, Antwerpen, Kluwer, 1980, 32-79 (hierna verkort R. DECLERCQ, “Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht – strafprocesrecht”) en A. KOHL, “Le code judiciaire, droit commun de la procédure”, *Rev.dr.Ulg* 1975, 401-538 (hierna verkort A. Kohl, “Le code judiciaire, droit commun de la procédure”). Meer recent kan worden verwezen naar de bijdrage in *Jaarverslag 2005* van het Hof van Cassatie (176-286) waar door G.-F. RANERI en M. TRAEST een uiterst volledige inventaris wordt gemaakt van de rechtspraak van het Hof van Cassatie m.b.t. de toepasselijkheid van de art. 700 t.e.m. 1145 Ger.W. in strafzaken. Naar deze bijdragen zal dan ook logischerwijze regelmatig worden verwezen.

2. P. TRAEST en T. GOMBEER, “De toepassing van het gerechtelijk wetboek in strafzaken” in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *CBR Jaarboek 2008-2009*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 455-503.

voor of gedurende de burgerlijke vordering is ingesteld. Deze opschortingsplicht is gemeenzaam gekend als de toepassing van het *adagium le criminel tient le civil en état*.<sup>3</sup>

## AFDELING 2. TOEPASSING VAN HET GERECHTELIJK WETBOEK IN STRAFZAKEN

### § 1. Artikel 2 Ger.W.

4. De basis van de toepasselijkheid van het Gerechtelijk Wetboek in andere rechtsplegingen is vanzelfsprekend het alom gekende artikel 2 Ger.W. Krachtens dit scharnierartikel zijn de in het Gerechtelijk Wetboek gestelde regelen van toepassing op alle rechtsplegingen, behoudens wanneer deze geregeld worden door niet uitdrukkelijk opgeheven wetsbepalingen of door rechtsbeginselen, waarvan de toepassing niet verenigbaar is met de toepassing van de bepalingen van dit wetboek. Het verdient aanbeveling even stil te staan bij de betekenis van dit artikel. Een voor de hand liggende vaststelling is dat de veralgemeende toepassing van het Gerechtelijk Wetboek blijkbaar de regel is en dat zulks enkel kan worden tegengegaan door de vaststelling dat een aangelegenheid door een andere wet wordt geregeld of door een ander beginsel waarvan de toepassing niet verenigbaar is met het Gerechtelijk Wetboek wordt geregeld.<sup>4</sup> De draagwijdte van artikel 2 Ger.W. is dan ook zeer ruim. Dit artikel dient immers als aanknopingspunt om aan de hand van het Gerechtelijk Wetboek de leemten op te vullen die andere procedurewetten zouden laten bestaan.<sup>5</sup> Niettemin kan worden vastgesteld dat bij de goedkeuring van het Gerechtelijk Wetboek in 1967 wat het strafprocesrecht betreft geen voorbeelden gegeven zijn van de draagwijdte van artikel 2 Ger.W. Dit kan wellicht grotendeels verklaard worden door de overtuiging en de wens van de toenmalige wetgever dat de hervorming van het gerechtelijk recht spoedig zou gevolgd worden door een hervorming van het strafprocesrecht.

3. Op de problematiek van het gezag van het strafrechtelijk gewijsde t.a.v. de burgerlijke rechter zal in deze bijdrage niet worden ingegaan. M.b.t. deze problematiek en de relativering van het gezag van het strafrechtelijk gewijsde t.a.v. de burgerlijke rechter kan nuttig verwezen worden naar andere bijdragen ter zake (o.a. I. BOONE, “Gezag van strafrechtelijk gewijsde en de burgerlijke rechter”, *NJW* 2002, 336-341; N. COLETTE-BASECQZ en N. BLAISE, “Responsabilité civile et responsabilité pénale” in *Responsabilités. Traité théorique et pratique, partie préliminaire*, Mechelen, Kluwer, 2012, 33-54; A. JACOBS, “Que reste-t-il de l’autorité de chose jugée du pénal sur le civil?” (noot onder Cass. 23 september 2004), *RCJB* 2005, 654-679 en P. TAELEMAN en S. VOET, “Procesrechtelijke aspecten van aansprakelijkheidsvorderingen” in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingsystemen. PUC Willy Delva 2006-2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 783-796.

4. Terecht wordt opgemerkt dat de niet-toepasselijkheid van het Gerechtelijk Wetboek ook kan volgen uit een regel die kan worden afgeleid uit een wet of een beginsel en niet alleen uit een wet of beginsel die het vraagstuk expliciet regelen (*Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2005, 176-177).

5. E. BREMS, *Commentaar Gerechtelijk recht*, Mechelen, Kluwer, losbladig, art. 2, nr. 2; A. KOHL, “Le code judiciaire, droit commun de la procédure”, 404, nr. 2.

De vaststelling dat er voor een bepaald procedureprobleem binnen het strafprocesrecht geen oplossing bestaat, kan er dan ook niet toe leiden dat automatisch het Gerechtelijk Wetboek wordt toegepast. Steeds moet worden nagegaan of bepaalde rechtsbeginselen de toepassing van dit wetboek niet in de weg staan. Deze benadering maakt het vanzelfsprekend niet altijd eenvoudig om een concreet antwoord op bepaalde vragen te geven. Steeds zal van geval tot geval een oplossing moeten gezocht worden.<sup>6</sup>

5. Het Hof van Cassatie heeft sedert enige tijd aangenomen dat de rechtspleging wordt bepaald door de aard van het rechtscollege en niet door de aard van de belangen die in het geding zijn.<sup>7</sup> Enige relativisering van deze regel is toch op zijn plaats.<sup>8</sup> Vooreerst belet zulks natuurlijk niet dat het Gerechtelijk Wetboek gebruikt wordt om bepaalde leemten op te vullen.<sup>9</sup>

Bovendien kan worden opgemerkt dat de aard van de in het geding zijnde belangen soms wel een rol spelen bij de vraag of de regelen van het Gerechtelijk Wetboek al dan niet kunnen worden toegepast. Het Grondwettelijk Hof heeft zich hier bv. uitdrukkelijk op gesteund om de bepalingen inzake het deskundigenonderzoek van toepassing te maken op de door de vonnisgerechten bevolen expertise, inzonderheid in het raam van de afhandeling van de burgerlijke belangen.<sup>10</sup> Ten slotte kan worden opgemerkt dat, zelfs indien een bepaald punt expliciet geregeld wordt in het strafprocesrecht, de toepassing van het Gerechtelijk Wetboek ook dan niet uitgesloten is nadat door het Grondwettelijk Hof zou geoordeeld zijn dat de toepassing van de twee regelingen, gelet op de onderscheiden positie en belangen, niet verenigbaar zou zijn met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel.

Dit illustreert eens te meer de moeilijkheid van het vraagstuk en de noodzaak van een wettelijk ingrijpen.

6. A. KOHL, "Le code judiciaire, droit commun de la procédure", 413.

7. Cass. 11 februari 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 811.

8. Opgemerkt werd dat ook de wetgever meer en meer deze regel relateert door voorkeur te geven aan regelen van burgerlijk recht wanneer het geschil burgerlijke belangen betreft voor de strafrechter (P. DUINSLAGER, conclusie voor Cass. 8 februari 2002, *Arr.Cass.* 2002, 346). Bij wijze van voorbeeld werd verwezen naar de wet van 13 april 2005 die in art. 4 V.T.Sv. regelen invoert voor de instaatstelling van een zaak op burgerlijk gebied wanneer uitspraak is gedaan over de strafvordering.

9. *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2005, 176.

10. Er is immers geen verschil in de proceshouding van twee partijen voor de burgerlijke rechter en diezelfde partijen bij de afhandeling van de burgerlijke belangen voor de strafrechter.

## § 2. Algemene beginselen

### A. Voorwaarden van de rechtsvordering (art. 17 Ger.W.)

6. Artikel 17 Ger.W. bepaalt dat de rechtsvordering niet kan worden toegelaten indien de eiser geen hoedanigheid en geen belang heeft om ze in te dienen. Waar het belang kan worden omschreven als ieder materieel of moreel voordeel dat door de persoon die de vordering instelt, mag verwacht worden en waardoor zijn huidige rechtstoestand gewijzigd en verbeterd zou kunnen worden<sup>11</sup>, is het duidelijk dat dit begrip niet zomaar kan worden toegepast in het strafprocesrecht. Vooreerst moet het belang van het Openbaar Ministerie in elk geval anders worden ingevuld<sup>12</sup>, aangezien het geen persoonlijk belang behartigt, maar dit van de gemeenschap.

7. Hogere omschrijving zou wel kunnen aangenomen worden waar het om de burgerlijke vordering voor de strafgerechten gaat. Artikel 3 V.T.Sv. bepaalt in dit verband dat de rechtsvordering tot herstel van de schade door een misdrijf veroorzaakt, behoort aan hen die schade hebben geleden. Deze bepaling is als dusdanig niet in strijd met artikel 17 Ger.W., doch voegt er enkel aan toe dat dit belang in strafzaken beperkt wordt tot de schade veroorzaakt door het misdrijf dat vervolgd wordt.

8. In de fase van het gerechtelijk onderzoek is enige waakzaamheid geboden. Voor het op gang brengen van de strafvordering d.m.v. een klacht met burgerlijke partijstelling is enkel vereist dat men beweert te zijn benadeeld door een misdaad of een wanbedrijf (art. 63 Sv.). Evenwel moet men, wil die burgerlijkepartijstelling ontvankelijk zijn, deze bewering omtrent de schade aannemelijk maken.<sup>13</sup> Bovendien kan worden opgemerkt dat de burgerlijke partij in het gerechtelijk onderzoek, bv. bij het instellen van een hoger beroep tegen een buitenvervolginstelling, in werkelijkheid de strafvordering op gang houdt en in deze stand van de rechtspleging veeleer de strafvordering benaarstigt dan de eigen private burgerlijke vordering. Waar artikel 17 Ger.W. dan ook niet expliciet in strafzaken toepasselijk verklaard wordt, is het wel duidelijk dat de onderliggende beginselen van toepassing kunnen zijn op de vordering van de burgerlijke partij.<sup>14</sup>

### B. Rechterlijk gewijsde (art. 23-28 Ger.W.)

9. De artikelen 23 t.e.m. 28 Ger.W. betreffen het rechterlijk gewijsde. Een onderscheid kan worden gemaakt tussen het gezag van het strafrechtelijk gewijsde t.a.v. een

11. R. DE CORTE, "Hoe autonoom is het procesrecht?", *TPR* 1980, 22.

12. R. DECLERCQ, "Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht – strafprocesrecht", 34.

13. Cass. 24 oktober 2006, *Arr.Cass.* 2006, 2104 en *Pas.* 2006, 2143.

14. A. KOHL, "Le code judiciaire, droit commun de la procédure", 415, die er ook terecht op wijst dat art. 18 Ger.W. niet verenigbaar is met de rol van het Openbaar Ministerie in strafzaken.

andere strafrechter en t.a.v. de burgerlijke rechter. De vraag naar de toepasselijkheid van de artikelen 23 t.e.m. 28 Ger.W. betreft het eerstgenoemde aspect.

Het lijkt geen twijfel dat het onmogelijk is diegene die voor een strafbaar feit reeds werd veroordeeld of vrijgesproken een tweede maal te vervolgen. Het *adagium non bis in idem* verzet zich hiertegen. Dit beginsel wordt in burgerlijke zaken geregeld in de voormelde artikelen van het Gerechtelijk Wetboek. In een vaste rechtspraak wordt geoordeeld dat artikel 23 *et seq.* Ger.W. niet toepasselijk zijn op het gezag van gewijsde aangaande de strafvordering.<sup>15</sup> Het principe *non bis in idem* heeft in strafzaken het statuut van een algemeen rechtsbeginsel.<sup>16</sup> Bovendien wordt dit beginsel ook weergegeven in artikel 14.7 BUPO-Verdrag dat directe werking heeft in de Belgische rechtsorde en zich zodoende aan de Belgische rechter opdringt.<sup>17</sup> Volledigheidshalve kan er worden op gewezen dat het beginsel *non bis in idem* m.b.t. uitspraken van vrij-spraak door het hof van assisen in de Belgische wetgeving uitdrukkelijk is geregeld in artikel 339 Sv. Dit artikel bepaalt dat de beschuldigde die door een hof van assisen is vrijgesproken niet meer kan worden vervolgd wegens dezelfde feiten, ongeacht de juridische omschrijving daarvan. In zoverre is het dan ook niet meer vereist een beroep te doen op het algemeen rechtsbeginsel *non bis in idem*.

**10.** DECLERCQ geeft aan dat het gevaarlijk is om, in weerwil van de manifeste verschillen tussen deze figuur in het strafprocesrecht en het gerechtelijk recht, toch te pogen bepaalde artikelen uit het Gerechtelijk Wetboek toepasselijk te verklaren. Zo heeft het volgens DECLERCQ weinig zin te proberen artikel 23 Ger.W. toe te passen in strafzaken nu op het eerste gezicht reeds duidelijk is dat dit artikel geschreven is met burgerlijke zaken voor ogen.<sup>18</sup> Wel kan de vraag worden gesteld of de *ratio legis* van dit artikel geen rol zou kunnen spelen indien een rechter zich reeds eerder heeft uitgesproken over bepaalde elementen van een misdrijf, ook al betreft de nieuwe vervolging niet eenzelfde feit.

Dat de artikelen 25 en 26 Ger.W. eventueel in strafzaken kunnen toegepast worden, lijkt aannemelijk, hoewel ook hier kan worden aangenomen dat de wetgever zulks niet voor ogen had.

15. Cass. 26 mei 1972, *Pas.* 1972, I, 892; Cass. 16 juni 2004, *Rev.dr.pén.* 2005, 106. Men raadplege eveneens R. DECLERCQ, "Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht – strafprocesrecht", 34; A. KOHL, "Le code judiciaire, droit commun de la procédure", 416-417; J. VAN MEERBEECK, "La fin de l'autorité ... de chose jugée?" in Y. CARTUYVELS, P. JADOUËL en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Liber amicorum Michel Mahieu*, Brussel, Larcier, 2008, 146.

16. Cass. 5 mei 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, nr. 464; Cass. 11 mei 2004, *Arr.Cass.* 2004, 813 en *Pas.* 2004, 794.

17. Cass. 20 februari 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, nr. 335. Het beginsel *non bis in idem* is eveneens terug te vinden in art. 4 van het zevende Aanvullend Protocol bij het EVRM, dat ondertussen door België werd geratificeerd. Volledigheidshalve kan hier nog worden gewezen, wat de verhoudingen tussen de Schengenlanden betreft, op art. 54 van de Schengenuitvoeringsovereenkomst en op het Handvest van Grondrechten van de Europese Unie en de Europese Grondwet.

18. R. DECLERCQ, "Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht – strafprocesrecht", 35, die zich in dit verband afzet tegen A. Kohl, "Le code judiciaire, droit commun de la procédure", 417, die poogt art. 23 Ger.W. met enkele correcties toch in strafzaken toe te passen.

Het grote verschil tussen de beide stelsels is evenwel dat het gezag van gewijsde in strafzaken van openbare orde is en derhalve door de rechter ambtshalve moet worden opgeworpen terwijl hij dit niet mag doen krachtens artikel 27, tweede lid Ger.W. in burgerlijke zaken. De verdachte of beklagde kan er ook niet aan verzaken en het beginsel kan in elke stand van het geding ingeroepen worden.<sup>19</sup>

**11.** Wat de beslissingen van de onderzoeksgerechten betreft, is het duidelijk dat de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek geen toepassing vinden. Op grond van artikel 246 Sv. wordt immers aangenomen dat beslissingen tot buitenvervolginstelling een einde stellen aan de vervolging, behoudens de aanwezigheid van nieuwe bezwaren. Deze bepaling, die enkel betrekking heeft op de kamer van inbeschuldigingstelling, wordt uitgebreid tot de gelijkaardige beslissingen van de raadkamer, die niet door een hoger beroep worden bestreden.

**12.** Evenwel is het gezag van gewijsde niet van openbare orde als het gaat om beslissingen m.b.t. de burgerlijke vorderingen die uit een misdrijf voortspuiten. Het kan hierbij gaan zowel om beslissingen van de burgerlijke rechter die worden ingeroepen voor de strafrechter bij wie een burgerlijke vordering uit een misdrijf aanhangig is, als beslissingen van strafrechters over de burgerlijke vordering<sup>20</sup> die voor de burgerlijke rechter later worden ingeroepen. In dit geval kan wel toepassing gemaakt worden van de betreffende artikelen uit het Gerechtelijk Wetboek. Deze bepalingen verhinderen natuurlijk niet dat eenzelfde burgerlijke vordering door dezelfde partij achtereenvolgens wordt gesteld in twee strafprocedures tegen verschillende beklagden (bv. in het geval dat mededaders niet tegelijk zouden worden vervolgd). Er zal dan immers niet voldaan zijn aan de eis van identiteit van partijen, waarvan sprake in artikel 23 Ger.W.

**13.** Artikel 28 Ger.W., dat het begrip kracht van gewijsde definieert, is moeilijk toepasbaar in strafzaken. Waar met KOHL<sup>21</sup> zou kunnen gezegd worden dat het principe ook van toepassing is in strafzaken blijkt zulks bij nader toezien toch slechts in heel beperkte mate het geval te zijn. Vooreerst verkrijgt een beslissing bij verstek in strafzaken wel kracht van gewijsde vanaf het verstrijken van de gewone termijn van verzet, ook al kan nog perfect geldig verzet aangetekend worden in de buitengewone termijn. Ten tweede heeft een uitspraak in strafzaken geen kracht van gewijsde wanneer cassatieberoep werd aangetekend en zolang over dit cassatieberoep geen uitspraak is gedaan.<sup>22</sup>

---

19. R. VERSTRAETEN, *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 2005, 157, nr. 265.

20. De omstandigheid dat een beslissing op de burgerlijke rechtsvordering wordt gewezen door een strafgerecht verhindert niet dat het gezag van gewijsde van deze beslissing de openbare orde niet raakt (Cass. 3 november 1970, *Arr.Cass.* 1971, 205; Cass. 20 oktober 1994, *RW* 1996-97, 18).

21. A. KOHL, "Le code judiciaire, droit commun de la procédure", 422.

22. R. DECLERCQ, "Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht – strafprocesrecht", 36.

In beginsel volstaat het voor de toepassing van het rechtsbeginsel *non bis in idem* niet dat een beslissing gezag van gewijsde heeft doch zij moet ook definitief zijn, m.a.w. ook kracht van gewijsde hebben. Nochtans is het verdedigbaar en zelfs aangewezen dat een strafrechter voor wie de exceptie van gewijsde wordt aangevoerd op grond van een beslissing die nog niet in kracht van gewijsde is gegaan, zijn beslissing om deze reden zou uitstellen.

### C. Aanhangigheid, samenhang en onsplitsbaarheid (art. 29-31 Ger.W.)

**14.** De artikelen 29 t.e.m. 31 Ger.W. kunnen bezwaarlijk worden toegepast in strafzaken.

De definitie van aanhangigheid in artikel 29 Sv. is duidelijk geschreven voor burgerlijke zaken. De exceptie van aanhangigheid bestaat niet in strafzaken, vooral omdat men daar over andere middelen beschikt om eventuele gelijktijdige vervolgingen uit de weg te ruimen, zoals de toepassing van het beginsel *non bis in idem* door de tweede rechter of de regeling van rechtsgebied.<sup>23</sup> Hetzelfde geldt voor de definitie die in artikel 30 Ger.W. wordt gegeven van de samenhang. Waar natuurlijk wel het criterium van de goede rechtsbedeling ook blijkt uit artikel 30 Ger.W. moet worden vastgesteld dat de samenhang in strafzaken en de gevolgen daarvan uitdrukkelijk worden geregeld door de artikelen 226 en 227 Sv.<sup>24</sup> De beslissing in dit verband wordt volkomen overgelaten aan de feitenrechter die onder voorbehoud van het recht van verdediging op onaantastbare wijze beoordeelt of het belang van een goede rechtsbedeling vereist dat verschillende zaken samen dan wel apart worden behandeld.<sup>25</sup> Ook de bijzondere bevoegdheidsregels, opgenomen in de artikelen 565 en 566 Ger.W. zijn dan ook niet toepasselijk in strafzaken. De artikelen 30 en 31 Ger.W. kunnen dan ook niet worden aangewend ter ondersteuning van een vraag aan de strafrechter om zaken samen te voegen die geen uitstaans hebben met de feiten van de tenlastelegging.<sup>26</sup>

**15.** Wat de onsplitsbaarheid betreft in de zin van artikel 31 Ger.W. bestaat enige aarzeling. Terecht werd opgemerkt dat dit begrip in het strafprocesrecht niet is geregeld en dat de onsplitsbaarheid een feitelijk gegeven is dat zich aan de rechter opdringt. Op deze gronden werd geoordeeld dat artikel 31 Ger.W. in strafzaken van

23. R. DECLERCQ, "Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht – strafprocesrecht", 37; A. KOHL, "Le code judiciaire, droit commun de la procédure", 423.

24. Cass. 9 maart 1976, *Arr.Cass.* 1976, 788.

25. Cass. 9 juni 1999, *Arr.Cass.* 1999, 340. Men raadplege omtrent de samenhang in strafzaken tevens F. DHONT, "Is er samenhang in de 'samenhang'?" in P. TRAEEST en A. DE NAUW (eds.), *Strafrecht. Wie is er bang van het strafrecht?, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1997-98*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 35-62.

26. Voor een toepassing: Brussel 17 oktober 1990, *JT* 1991, 241. In deze zaak vroeg de beklaagde dat de strafrechter, gevat op grond van art. 507, tweede lid Sw. ook zou oordelen over een vordering tot wijziging van de registers van de burgerlijke stand en de repatriëring van het familiaal patrimonium uit Italië.

toepassing zou zijn.<sup>27</sup> Toch is dit niet zo evident. Het criterium is nl. anders. In burgerlijke zaken gaat het over de situatie van de materiële onmogelijkheid van uitvoering van onderscheiden beslissingen.

De onsplitsbaarheid in een strafrechtelijk kader is in werkelijkheid de situatie van eenzelfde feit dat onder meerdere kwalificaties kan worden gebracht en zulks wordt in strafzaken geregeld door de eendaadse samenloop op basis van artikel 65 Sw.<sup>28</sup> Dat er eventueel ook onsplitsbaarheid zou zijn indien meerdere personen vervolgd worden wegens hetzelfde misdrijf leidt tot geen andere conclusie. De territoriale bevoegdheid wordt bv. geregeld door artikel 139 Sv. en heeft vanzelfsprekend gevolgen voor alle mededaders en medeplichtigen indien de plaats van het misdrijf als criterium wordt gebruikt. Voorts wordt niet betwist dat mededaders en/of medeplichtigen aan eenzelfde misdrijf ook afzonderlijk kunnen worden vervolgd. De toepassing van artikel 31 Ger.W. in strafzaken is dus niet alleen moeilijk, maar ook nutteloos.

## D. Betekeningen (art. 32-47 Ger.W.)

16. De artikelen 32 t.e.m. 47 Ger.W. betreffen de vorm en de wijze van betekeningen. Over het algemeen zijn deze burgerlijke procedureregels ook toepasselijk in strafrechtelijke procedures, althans indien deze toepassing verenigbaar is met zowel de wetsbepalingen als de rechtsbeginselen van het strafprocesrecht.<sup>29</sup>

17. In beginsel moet een betekening aan de persoon worden nagestreefd. Zo geeft artikel 33 Ger.W. aan dat de betekening geschiedt aan de persoon, wanneer het afschrift van de akte aan de geadresseerde zelf wordt ter hand gesteld. In het strafprocesrecht wordt o.a. in artikel 145 Sv. deze omschrijving van een betekening aan de persoon bevestigd.<sup>30</sup> Indien een dergelijke betekening aan de persoon niet mogelijk blijkt, moeten de verdere in het Gerechtelijk Wetboek opgenomen procedureregels inzake de betekeningstechniek worden toegepast.<sup>31</sup>

18. Indien de betekening niet aan de persoon kan worden gedaan, moet nl., ook voor de strafgerechten, conform artikel 35 Ger.W. worden betekend aan de woonplaats of, bij gebreke van een woonplaats, aan de verblijfplaats van de geadresseerde

27. A. KOHL, "Le code judiciaire, droit commun de la procédure", 424-425.

28. R. DECLERCQ, "Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht – strafprocesrecht", 38.

29. Cf. libellering art. 2 Ger.W.; Cass. 15 februari 1977, *Arr.Cass.* 1977, 661, *Pas.* 1977, 638 en *RW* 1976-77, 2465; Antwerpen 23 januari 1996, *T.Strafr.* 2001, 206; R. DECLERCQ, "Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht – strafprocesrecht", 39; A. KOHL, "Le code judiciaire, droit commun de la procédure", 427.

30. A. KOHL, "Le code judiciaire, droit commun de la procédure", 429.

31. Antwerpen 23 januari 1996, *T.Strafr.* 2001, 206.



en, voor een rechtspersoon, aan de maatschappelijke of de administratieve zetel.<sup>32, 33</sup> Ingeval het *exploit in strafzaken* niet op een dergelijke wijze kon worden betekend, vond tot voor kort artikel 37 Ger.W. toepassing: de betekening bestond dan in de afgifte van het afschrift van het exploit op het hoofdkantoor van de gerechtsdeurwaarders, waar dit bestond, of anders op het politiecommissariaat en, waar geen commissaris van politie was, aan de burgemeester, aan een schepen of aan een ambtenaar die daartoe opdracht had. De gerechtsdeurwaarder liet hierbij in de woonplaats of, bij gebreke van een woonplaats, in de verblijfplaats van de geadresseerde, onder gesloten omslag, een bericht achter, waarin de bestemming kennis werd gegeven van de aanbieding van het exploit en de plaats waar hij het kon afhalen.

**19.** Artikel 37 Ger.W. moest duidelijk onderscheiden worden van artikel 38 Ger.W., hetgeen de vorm en de wijze van betekenen betrof in andere dan in strafzaken en voor zover niet kon worden betekend aan de persoon, noch aan de woonplaats of verblijfplaats, of nog, voor een rechtspersoon, aan de maatschappelijke of de administratieve zetel. In een dergelijke hypothese bestond de betekening in het door de gerechtsdeurwaarder achterlaten aan de woonplaats of, bij gebrek aan een woonplaats, aan de verblijfplaats van de geadresseerde, van een afschrift van het exploit onder gesloten omslag. Uiterlijk op de eerste werkdag die volgde op de aanbieding van het exploit, richtte de gerechtsdeurwaarder aan de bestemming, onder een ter post aangetekende omslag, een door hem ondertekende brief, waarin de aanbieding, alsook de mogelijkheid voor de bestemming binnen een door de wet voorziene termijn een eensluidend afschrift van dit exploit af te halen op het kantoor van de gerechtsdeurwaarder, werd gemeld. Concreet werden bestemmingen in burgerlijke zaken vlugger geïnformeerd dan bestemmingen van exploiten in strafzaken, aangezien in burgerlijke zaken het afschrift van het exploit zelf aan de woon- of verblijfplaats van de bestemming werd achtergelaten.<sup>34</sup>

32. Cass. 26 mei 1975, *Arr.Cass.* 1975, 1014; Cass. 15 oktober 1980, *Arr.Cass.* 1980-81, 165, *Pas.* 1981, I, 199, noot en *Rev.dr.pén.* 1981, 97; Cass. 28 mei 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 1314; Cass. 14 oktober 1986, *Arr.Cass.* 1986-87, 185; Cass. 29 oktober 1986, *Arr.Cass.* 1986-87, 282, *Pas.* 1987, I, 263 en *RW* 1987-88, 78, noot A. VANDEPLAS.

33. Indien de woonplaats of de verblijfplaats van de bestemming in het buitenland is gekend en hij in België geen gekende woonplaats, verblijfplaats of gekozen woonplaats heeft, legt art. 40, eerste lid Ger.W. op dat de gerechtsdeurwaarder op de door wet voorziene wijze het afschrift van de akte stuurt aan de woonplaats of de verblijfplaats in het buitenland. Heeft de betrokkene in België noch in het buitenland een gekende woonplaats, verblijfplaats, noch gekozen woonplaats, dan wordt de betekening gedaan aan de procureur des Konings. Over de toepassing van art. 40 in strafzaken zie o.a. Cass. 29 april 2009, *RW* 2010-11, 1053, noot B. DE SMET; Cass. 4 november 2009, *RABG* 2010, 425, noot F. VAN VOLSEM; Cass. 14 december 2010, *Pas.* 2010, 3237. Zie ook B. DE SMET, "De juiste wijze van betekening van verstekvonnissen aan de beklagde" (noot onder Cass. 29 april 2009), *RW* 2010-11, 1054-1055 en F. VAN VOLSEM, "Over de wijzen van betekening in strafzaken in het algemeen en aan een in een buitenlandse gevangenis opgesloten beklagde in het bijzonder" (noot onder Cass. 4 november 2009), *RABG* 2010, 434-435 en de aldaar vermelde rechtspraak.

34. E. BREWAEYS, "Betekeningen in strafzaken en in andere zaken (art. 37 en 38 Ger.W.): zin en onzin van een onderscheid" (noot onder Cass. 21 juni 2005), *RABG* 2005, 1647. Over de toepassing van art. 37 (oud) Ger.W. en art. 38 (oud) Ger.W. zie E. BREWAEYS, "Betekeningen in strafzaken en in andere zaken (art. 37 en 38 Ger.W.): zin en onzin van een onderscheid" (noot onder Cass. 21 juni 2005), *RABG* 2005, 1647; P. TRAESE en T. GOMBEER, "De toepassing van het gerechtelijk wetboek in strafzaken" in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *CBR*

20. Aangenomen moest worden dat het begrip “exploot in strafzaken” doelde op de procesakte in zaken die onder de bevoegdheid van de strafrechtmachten ressorteren: er werd *expressis verbis* een aangelegenheid van strafprocesrecht geregeld. De toepasselijkheid van artikel 37 Ger.W. (strafzaken) dan wel van artikel 38 Ger.W. (andere zaken) werd dan ook bepaald door de aard van de rechtbank en niet door de aard van de zaken die er worden behandeld.<sup>35</sup>

21. Bij wet van 6 april 2010 werd artikel 37 Ger.W. echter opgeheven. Deze ingreep werd noodzakelijk geacht door de wetgever om te komen tot uniformiteit wat betreft de wijze van betekenen, geldig ongeacht de aard van de zaken en om capaciteit vrij te maken bij de politiediensten om andere taken te realiseren. De regeling van artikel 38 Ger.W. werd veralgemeend en is bijgevolg ook van toepassing in strafzaken.<sup>36</sup> Bij wet van 14 januari 2013 werd met het oog op een werklastvermindering binnen justitie artikel 38 Ger.W. gewijzigd in die zin dat voortaan een gewone brief volstaat om aan de betekende partij te laten weten dat het exploot werd aangeboden en dat de mogelijkheid bestaat om een afschrift ervan op te halen op het kantoor van de gerechtsdeurwaarder.<sup>37</sup>

Op grond van artikel 38, eerste lid Ger.W. moet voortaan ingeval een exploot, ook in strafzaken, niet kan worden betekend op de wijze bepaald in artikel 35, de betekening bestaan in het door de gerechtsdeurwaarder achterlaten aan de woonplaats of, bij gebrek aan een woonplaats, aan de verblijfplaats van de geadresseerde, van een afschrift van het exploot onder gesloten omslag. Uiterlijk op de eerste werkdag volgend op de betekening van het exploot, richt de gerechtsdeurwaarder hetzij aan de woonplaats, hetzij, bij gebrek van een woonplaats, aan de verblijfplaats van de geadresseerde een door hem ondertekende brief waarin hij de aanbieding meldt en de mogelijkheid voor de geadresseerde om een afschrift van dit exploot af te halen op diens kantoor en dit binnen een door de wet voorziene termijn.

---

→ *Jaarboek 2008-2009*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 470; D. LEONARD, “La signification de la déclaration de pourvoi en cassation en matière répressive depuis la loi du 24 mai 1985 modifiant les articles 37, 38, 43 et 46 du Code Judiciaire”, *JT* 1989, 193; A. SMETS, *Commentaar Gerechtelijk recht*, Mechelen, Kluwer, losbladig, art. 37, nr. 1.

35. E. BREWAEYS, “Betekeningen in strafzaken en in andere zaken (art. 37 en 38 Ger.W.): zin en onzin van een onderscheid” (noot onder Cass. 21 juni 2005), *RABG* 2005, 1647; *contra* D. LEONARD, “La signification de la déclaration de pourvoi en cassation en matière répressive depuis la loi du 24 mai 1985 modifiant les articles 37, 38, 43 et 46 du Code Judiciaire”, *JT* 1989, 193; A. SMETS, *Commentaar Gerechtelijk recht*, Mechelen, Kluwer, losbladig, art. 37, nr. 1.

36. Wetsvoorstel van 3 juni 2008 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek wat de betekening in strafzaken betreft, *Parl. Sr. Kamer* 2007-08, nr. 1211/1, 3 en 6; B. DE SMET, “De juiste wijze van betekening van verstekvonnissen aan de beklagde” (noot onder Cass. 29 april 2009), *RW* 2010-11, 1054; S. EVENS en E. BREWAEYS, “Ontvankelijk verzet tegen een verstekvonnis waarbij het verval van het recht om een voertuig te besturen werd uitgesproken” (noot onder Pol. Halle 17 juli 2013), *VAV* 2014, 49; F. VAN VOLSEM, “Over de wijzen van betekening in strafzaken in het algemeen en aan een in een buitenlandse gevangenis opgesloten beklagde in het bijzonder” (noot onder Cass. 4 november 2009), *RABG* 2010, 431.

37. S. EVENS en E. BREWAEYS, “Ontvankelijk verzet tegen een verstekvonnis waarbij het verval van het recht om een voertuig te besturen werd uitgesproken” (noot onder Pol. Halle 17 juli 2013), *VAV* 2014, 49.

Op grond van artikel 38, tweede lid Ger.W. moet verder indien uit de ter plaatse vastgestelde feitelijke omstandigheden blijkt dat het materieel onmogelijk is over te gaan tot een betekening door het achterlaten van een afschrift van het exploit aan de woonplaats of, bij gebrek aan een woonplaats, aan de verblijfplaats van de geadresseerde, de betekening bestaan in de terhandstelling van het afschrift aan de procureur des Konings in wiens rechtsgebied deze feiten zich voordoen. Hetzelfde geldt wanneer de woning waar de persoon aan wie betekend wordt zijn woonplaats heeft, klaarblijkelijk verlaten werd zonder dat hij de overbrenging van woonplaats heeft gevraagd.

**22.** Er moet verder ook nog rekening gehouden worden met de volgende kanttekeningen. Artikel 32 Ger.W. definieert het begrip betekening als de afgifte van een origineel of een afschrift van de akte *bij gerechtsdeurwaardersexploot*. In strafzaken is enige nuancering toch van belang, gelet op artikel 645 Sv., dat het Openbaar Ministerie toelaat politieambtenaren, (vertegenwoordigers van de) directeurs van penitentiaire inrichtingen en (vertegenwoordigers van de) directeurs van gemeenschapscentra voor minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd, te belasten met de betekening van alle gerechtelijke akten in strafzaken.<sup>38</sup> De vraag rijst of de met deze taak belaste politieambtenaren en directeurs dezelfde procedureregels in acht moeten nemen als de gerechtsdeurwaarders bij de betekening van gerechtelijke akten. De rechtszekerheid is alvast gediend met een positief antwoord.<sup>39</sup>

**23.** In strafzaken kan artikel 43, 2° Ger.W., niet zomaar worden toegepast. In strafrechtelijke aangelegenheden moet immers rekening gehouden worden met artikelen 145 en 182 Sv.<sup>40</sup> Concreet moet de naam van de opdrachtgevende magistraat van het Openbaar Ministerie niet géxpliciteerd worden.<sup>41</sup>

**24.** Ook artikel 47, 2° Ger.W., volgens hetwelk geen betekening mag worden gedaan op zaterdag, zondag of een wettelijke feestdag, geldt niet in het strafprocesrecht ingevolge artikel 2 van de wet van 17 thermidor jaar VI, die niet werd opgeheven.<sup>42</sup> Artikel 47, 1° Ger.W., waarin wordt bepaald dat in een voor het publiek niet toegankelijke plaats geen betekening mag worden gedaan vóór zes uur 's morgens en na negen uur 's avonds, moet daarentegen wel toepasselijk worden geacht in strafrechtelijke procedures.<sup>43</sup>

38. Zie Antwerpen 7 mei 2008, *RW* 2008-09, 1008, noot B. DE SMET: de gewone termijn voor het instellen van verzet loopt vanaf het overhandigen van de verstekbeslissing door een politieambtenaar of een gevangenisdirecteur aan de beklaagde, die tekent voor ontvangst.

39. B. DE SMET, "Niet de betekening, maar de afgifte van het verstekvonnis vormt het beginpunt van de termijn voor verzet" (noot onder Antwerpen 7 mei 2008), *RW* 2008-09, 1009-1010.

40. Ook art. 702 Ger.W. kan in strafzaken niet toepasselijk worden verklaard. De strafprocedure moet immers in overeenstemming met de art. 145, 182 en 211 Sv. verlopen. *Infra* art. 700-706 Ger.W.

41. Cass. 20 juni 1978, *Arr.Cass.* 1978, 1219 en *Pas.* 1978, I, 1185; R. DECLERCQ, "Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht – strafprocesrecht", 39.

42. Cass. 25 april 1939, *Pas.* 1939, I, 211; Gent 9 april 1957, *RW* 1957-58, 1295; Antwerpen 2 oktober 1975, *RW* 1976-77, 1834, noot A. VANDEPLAS; Cass. 27 maart 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 987, *Pas.* 1984, I, 882, *RW* 1984-85, 1093 en *JT* 1985, 374; *Pand.b.*, v° *Exploit (matière pénale)*, nrs. 45-47; A. KOHL, "Le code judiciaire, droit commun de la procédure", 427; A. SMETS, *Commentaar Gerechtelijk recht*, Mechelen, Kluwer, losbladig, art. 47, nr. 7.

43. *Pand.b.*, v° *Exploit (matière pénale)*, nr. 141; A. KOHL, "Le code judiciaire, droit commun de la procédure", 427.

## E. Termijnen (art. 48-57 Ger.W.)

25. De in artikelen 48 t.e.m. 57 Ger.W. vervatte burgerlijke procedureregeling betreffende de termijnen voor het verrichten van proceshandelingen zijn grotendeels ook in strafzaken van toepassing.<sup>44</sup> De wetsbepalingen en rechtsbeginselen van het strafprocesrecht verzetten zich alvast niet tegen de toepasselijkheid van de artikelen 48<sup>45</sup>, 49 en 50, eerste lid Ger.W. Artikel 50, tweede lid Ger.W., waarin expliciet wordt verwezen naar de in artikelen 1048, 1051 en 1253<sup>quater</sup>, c) en d) Ger.W. opgenomen termijnen van verzet en hoger beroep, vindt in strafzaken evident geen ingang.<sup>46</sup>

26. De aanhef van artikel 51 Ger.W., waarin wordt bepaald dat de bevoegde rechter termijnen die niet op straffe van verval zijn bepaald, voor hun vervaltijd kan verkorten, is zonder belang in de strafprocedure. De artikelen 146 en 184 Sv. regelen immers de mogelijkheid tot verkorting van termijnen.<sup>47</sup>

27. Ook in strafzaken worden de termijnen verder gerekend en berekend zoals vooropgesteld door de artikelen 52, eerste en tweede lid<sup>48</sup>, 53, eerste lid<sup>49</sup> en 54<sup>50</sup> Ger.W.<sup>51</sup> Artikel 53, tweede lid Ger.W., volgens hetwelk de vervaldag die valt op een zaterdag, een zondag of een wettelijke feestdag wordt verplaatst op de eerstvolgende werkdag, is daarentegen zonder belang in het strafprocesrecht, gelet op artikel 644 Sv.<sup>52</sup> De wetsbepalingen en rechtsbeginselen van het strafprocesrecht verzetten zich als dusdanig niet

44. R. DECLERCQ, "Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht – strafprocesrecht", 39; G. FLAMAND, "Considérations sur les délais en matière de procédure pénale", *Rev.dr.pén.* 1966-67, 243-282; A. KOHL, "Le code judiciaire, droit commun de la procédure", 430.

45. Art. 48 Ger.W. herhaalt de basisgedachte van art. 2 Ger.W., toegepast op de termijnen voor het verrichten van proceshandelingen. Krachtens art. 48 Ger.W. zijn, *tenzij de wet anders bepaalt*, deze termijnen onderworpen aan de gelding van art. 48 tot 57 Ger.W. Deze aanhef van art. 48 Ger.W. is vanzelfsprekend overbodig, gelet op de libellering van art. 2 Ger.W. Cf. art. 53bis Ger.W. Zie ook A. KOHL, "Le code judiciaire, droit commun de la procédure", 430-431 en D. LINDEMANS m.m.v. D. SCHEERS, *Commentaar Gerechtelijk recht*, Mechelen, Kluwer, losbladig, art. 48, nr. 1.

46. R. DECLERCQ, "Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht – strafprocesrecht", 39; A. KOHL, "Le code judiciaire, droit commun de la procédure", 431.

47. R. DECLERCQ, "Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht – strafprocesrecht", 39-40; *contra* A. KOHL, "Le code judiciaire, droit commun de la procédure", 431.

48. Cass. 17 maart 1970, *Arr.Cass.* 1970, 679; Cass. 27 mei 1974, *Arr.Cass.* 1974, 1068 en *Pas.* 1975, I, 995, noot; Cass. 19 december 1978, *Arr.Cass.* 1978-79, 469 en *Pas.* 1979, I, 475, noot; Cass. 5 mei 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1089; Cass. 10 mei 1989, *Arr.Cass.* 1988-89, 1055; Cass. 24 april 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 870; Cass. 16 juni 1993, *R.Cass.* 1993, 189; Cass. 4 oktober 2005, *P&B* 2005, 297; Cass. 23 januari 2008, *Pas.* 2008, 222 en *Rev.dr.pén.* 2008, 600; Cass. 27 februari 2008, *Rev.dr.pén.* 2008, 602.

49. Cass. 16 juni 1993, *R.Cass.* 1993, 189.

50. Cass. 19 december 1978, *Arr.Cass.* 1978-79, 469; Cass. 5 mei 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1089; Cass. 16 juni 1993, *R.Cass.* 1993, 189.

51. R. DECLERCQ, "Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht – strafprocesrecht", 40; G. FLAMAND, "Considérations sur les délais en matière de procédure pénale", *Rev.dr.pén.* 1966-67, 243-282; A. KOHL, "Le code judiciaire, droit commun de la procédure", 431; J. KRINGS, "De toepassing van de regels van het gerechtelijk wetboek op de rechtsplegingen in strafzaken, tuchtzaken, fiscale zaken e.a." in G. VAN DIEVOET (ed.), *Actuele problemen van gerechtelijk privaatrecht*, Leuven, Acco, 1976, 15; D. LINDEMANS m.m.v. D. SCHEERS, *Commentaar Gerechtelijk recht*, Mechelen, Kluwer, losbladig, art. 48, nr. 1.

52. R. DECLERCQ, "Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht – strafprocesrecht", 40; *contra* A. KOHL, "Le code judiciaire, droit commun de la procédure", 431.

tegen de toepassing van artikel 53bis Ger.W. dat de berekening van de termijnen betreft die beginnen te lopen vanaf een kennisgeving op een papieren drager.<sup>53</sup>

Wat betreft de berekening van de termijnen in de Wet op de voorlopige hechtenis geldt bv. dat de termijn van één maand waarbinnen de handhaving van de voorlopige hechtenis opnieuw moet worden beoordeeld, in overeenstemming met artikelen 52 t.e.m. 54 Ger.W. moet worden berekend vanaf de dag na de voorgaande beschikking tot de dag voor de zoveelste.<sup>54</sup>

**28.** De vraag naar de toepasselijkheid van artikel 55 Ger.W. in strafzaken werd zowel in rechtspraak als in rechtsleer reeds (ten dele) positief beantwoord. Artikel 55 Ger.W. schrijft de duur voor van de verlenging van termijnen wanneer de wet bepaalt dat t.a.v. een procespartij die in België noch (gekozen) woonplaats, noch verblijfplaats heeft, de haar verleende termijnen moeten worden verlengd.<sup>55</sup> In andere rechtspraak verduidelijkt het Hof van Cassatie dat artikel 55 Ger.W. niet van toepassing is op de gewone termijn van verzet<sup>56</sup>, de buitengewone termijn om verzet aan te tekenen indien blijkt dat de beklagde in België kennis kreeg van de betekening van de verstekbeslissing<sup>57</sup>, de termijn voor het instellen van hoger beroep door de beklagde tegen een op tegenspraak gewezen beslissing<sup>58</sup> en de in hoofde van de burgerlijke partij geldende termijn om een cassatieberoep in te stellen.<sup>59, 60</sup>

**29.** Artikel 56 Ger.W. bepaalt uitdrukkelijk dat het overlijden van de partij het verloop van de termijn haar verleend om in verzet, hoger beroep of cassatie te komen, schorst. Gelet op artikel 20 V.T.Sv., volgens hetwelk de dood van de verdachte de

53. Brussel 22 februari 2007, *JLMB* 2007, 805; Cass. 27 juni 2007, *JT* 2007, 561, noot; Cass. 8 januari 2008, *Pas.* 2008, 51 en *RW* 2008-09, 869; Cass. 27 februari 2008, *Rev.dr.pén.* 2008, 602.

54. Cass. 4 mei 2005, *Pas.* 2005, 993.

55. Cass. 9 november 1970, *Pas.* 1971, I, 211 (het vroegere art. 73 Wetboek van Burgerlijke Rechtspleging); Cass. 5 november 1980, *Arr.Cass.* 1980-81, 251 (termijnverlenging voor de partij die bij verstek werd veroordeeld en hoofdberoep instelt); Cass. 20 juni 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 1347 (verlenging van de termijn om cassatieberoep in te stellen tegen een uitspraak bij verstek, cf. Cass. 29 oktober 1996, *Arr.Cass.* 1996, 970); Cass. 18 oktober 1994, *P&B* 1995, 9/95 (verlenging van de buitengewone termijn om verzet aan te tekenen); Cass. 16 mei 2001, *Arr.Cass.* 2001, nr. 287 (verlenging van de buitengewone termijn om verzet aan te tekenen); Cass. 28 mei 2002, *Arr.Cass.* 2002, nr. 322 (verlenging van de buitengewone termijn om verzet aan te tekenen); Cass. 17 december 2002, *RW* 2003-04, 1102, noot S. VAN OVERBEKE (termijnverlenging voor de partij die bij verstek werd veroordeeld en hoofdberoep instelt); Cass. 6 april 2004, *T.Strafr.* 2005, 356 (verlenging van de buitengewone termijn om verzet aan te tekenen); Cass. 1 februari 2006, *Pas.* 2006, 254 (termijnverlenging voor de partij die bij verstek werd veroordeeld en hoofdberoep instelt); Cass. 14 december 2010, *Pas.* 2010, 3237 (verlenging van de buitengewone termijn om verzet aan te tekenen); R. DECLERCO, "Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht – strafprocesrecht", 40; A. KOHL, "Le code judiciaire, droit commun de la procédure", 428 en 431; R. VERSTRAETEN, *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 2005, 1045-1048, 1080-1083 en 1101-1104.

56. Cass. 1 maart 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, nr. 400; Cass. 3 januari 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, nr. 262.

57. Gent 17 november 1977, *RW* 1977-78, 2216.

58. Cass. 10 oktober 2001, *Arr.Cass.* 2001, nr. 541; Cass. 28 januari 2003, *Pas.* 2003, 210 en *RABG* 2003, 790, noot J. EGGER.

59. Cass. 29 oktober 1996, *Arr.Cass.* 1996, 970 en *RW* 1996-97, noot A. VANDEPLAS (cassatieberoep gericht tegen een eindbeslissing op tegenspraak).

60. Zie ook R. VERSTRAETEN, *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 2005, 1045-1048, 1080-1083 en 1101-1104.

strafvordering doet vervallen, kan deze burgerlijke procedureregul niet worden toegepast t.a.v. de strafvordering. De dood van de verdachte leidt echter niet tot het verval van de burgerlijke vordering. Omdat de strafrechter van de burgerlijke rechtsvordering zou kunnen kennismemen, moet het slachtoffer deze vordering wel voor het verval van de strafvordering hebben ingesteld.<sup>61</sup>

**30.** Artikel 57, eerste lid Ger.W. bepaalt het aanvangspunt van de termijnen voor verzet, hoger beroep en voorziening in cassatie, tenzij de wet anders voorziet. In artikelen 187 Sv. (verzet), 203 *inuncto* 205 Sv. (hoger beroep) en 359 *inuncto* 423-424 Sv. (cassatieberoep) gelden specifieke regelingen.<sup>62</sup> Verder rijst de vraag naar de toepasselijkheid van het tweede lid van voormelde wetsbepaling, waarin het aanvangspunt wordt vooropgesteld van deze termijnen t.a.v. degenen die in België noch woonplaats, noch verblijfplaats, noch gekozen woonplaats hebben en ingeval de kennisgeving niet aan de persoon is gedaan.

**31.** Artikel 40 Ger.W.<sup>63</sup>, dat in verband moet gebracht worden met artikel 57 Ger.W., poneert dat, t.a.v. personen die in België geen gekende woonplaats, verblijfplaats, of gekozen woonplaats hebben, de gerechtsdeurwaarder het afschrift van de akte aan hun woonplaats of aan hun verblijfplaats in het buitenland zendt bij een ter post aangekende brief en met de luchtpost indien de plaats van bestemming niet in een aangrenzend land ligt. Indien de betrokkene in België noch in het buitenland een gekende woonplaats, verblijfplaats, noch gekozen woonplaats heeft, wordt de betekening gedaan aan de procureur des Konings in wiens rechtsgebied de rechter die van de vordering kennis moet nemen of heeft genomen, zitting houdt.

Artikel 57, 2° Ger.W., waarin wordt bepaald dat t.a.v. degenen die in België noch woonplaats, noch verblijfplaats, noch gekozen woonplaats hebben en ingeval de kennisgeving niet aan de persoon is gedaan, de termijn begint te lopen bij de afgifte van een afschrift van het exploit aan de post of in voorkomend geval aan de procureur des Konings, vindt op het verzet tegen de lastens de beklagde door een strafgerecht uitgesproken (burgerrechtelijke) veroordelingen geen toepassing. De in een strafzaak bij verstek veroordeelde beklagde beschikt immers, op grond van artikel 187 Sv., over een buitengewone verzetstermijn indien de betekening van het vonnis niet aan de beklagde in persoon is gedaan. Deze termijn houdt in dat de beklagde wat de veroordeling tot straf betreft, in verzet kan komen binnen een termijn van vijftien dagen na de dag waarop hij van de betekening kennis heeft gekregen en impliceert dus dat deze niet buiten zijn medeweten tegen hem kan lopen. Indien blijkt dat de beklagde

61. A. KOHL, "Le code judiciaire, droit commun de la procédure", 431-432.

62. A. KOHL, "Le code judiciaire, droit commun de la procédure", 432.

63. De vraag naar de toepasselijkheid van deze wetsbepaling voor de strafgerechten werd positief beantwoord in o.a. Cass. 6 september 1971, *Arr.Cass.* 1972, 8; Cass. 22 mei 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1178; Cass. 11 april 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 1064; Cass. 30 juni 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1046; Cass. 1 februari 2006, *Pas.* 2006, 254; Cass. 4 maart 2008, *Pas.* 2008, 608.

geen kennis heeft gekregen van de betekening, kan deze, wat de strafrechtelijke veroordelingen betreft, in verzet komen totdat de termijnen voor de verjaring van de straf zijn verstreken. Wat de burgerrechtelijke veroordelingen betreft, is verzet dan mogelijk tot de tenuitvoerlegging van de uitspraak.

**32.** Het Grondwettelijk Hof besliste dat deze onderscheiden regeling wat betreft het aanvangspunt van de termijnen van verzet in burgerlijke zaken, resp. strafzaken, de artikelen 10 en 11 Gw., gelezen in samenhang met artikel 14.1 BUPO-Verdrag en artikel 6 EVRM, niet schenden. Het Grondwettelijk Hof argumenteert als volgt. Er wordt op gewezen dat de burgerlijke procedure en de strafprocedure verschillende doelstellingen beogen. Terwijl in de burgerlijke procedure particuliere belangen worden beslecht, stelt de strafrechtelijke procedure zich nl. tot doel de maatschappelijke orde te beschermen. De in een burgerlijke procedure bij verstek veroordeelde persoon en de bij verstek strafrechtelijk veroordeelde persoon vormen dan ook geen vergelijkbare categorieën personen. Niet-verschijnende partijen in burgerlijke zaken en niet-verschijnende partijen in strafzaken die zich willen verzetten tegen de door het burgerrechtelijk rechtscollege, resp. het strafgerecht uitgesproken *burgerrechtelijke* veroordelingen worden daarentegen wel als vergelijkbare categorieën personen beschouwd.<sup>64</sup>

De verschillende behandeling van deze categorieën personen t.g.v. de toepassing van de vermelde onderscheiden procedureregels is volgens het Grondwettelijk Hof niet-temin niet discriminerend. Onder verwijzing naar de rechtszekerheid, wijst het Hof erop dat redelijkerwijze verantwoord is dat, in artikel 40, eerste lid en tweede lid Ger.W. *iuncto* artikel 57, tweede lid Ger.W., indien de betekening aan de persoon niet kan plaatsvinden, het aanvangspunt van de verzetstermijn tegen de bij verstek gewezen beslissing wordt vastgesteld. Hierdoor worden immers de rechten vastgesteld van de persoon ten gunste van wie het verstekvonnis wordt uitgesproken, die daarop de uitvoering van het verstekvonnis kan vorderen. Het bestaan van een buitengewone verzetstermijn tegen burgerrechtelijke veroordelingen, uitgesproken door strafgerechten, kan niet leiden tot de conclusie dat de in artikelen 40 en 57 Ger.W. opgenomen procedureregels inzake betekening in het buitenland discriminerend zijn, indien alle nuttige opzoekingen teneinde de woon- of verblijfplaats van de tegenpartij te bepalen, geen resultaat opleverden.<sup>65</sup>

Kortom, aan het recht op een eerlijk proces van de persoon aan wie wordt betekend in een burgerlijke zaak en t.a.v. wie de termijn voor verzet aanvangt en verstrijkt buiten zijn medeweten en niet verantwoordelijk kan worden geacht voor het niet-gekend zijn

64. GwH 12 juli 2007, nr. 99/2007, *Arr:GwH* 2007, 1147, *JLMB* 2007, 1659, *P&B* 2008, 200 en *RW* 2007-08, 1238; E. BREWAEYS, "Aparte regeling voor verzet in straf- en burgerlijke zaken mag", *Juristenkrant* 2008, afl. 161, 5.

65. GwH 12 juli 2007, nr. 99/2007, *Arr:GwH* 2007, 1147, *JLMB* 2007, 1659, *P&B* 2008, 200 en *RW* 2007-08, 1238; E. BREWAEYS, "Aparte regeling voor verzet in straf- en burgerlijke zaken mag", *Juristenkrant* 2008, afl. 161, 5.

van zijn woonplaats, wordt niet op onevenredige wijze afbreuk gedaan: bij bewijs van overmacht blijft voor hem verzet nl. mogelijk, ondanks het verstrijken van de wettelijk voorziene termijnen.<sup>66</sup>

### § 3. *Rechterlijke organisatie en bevoegdheid*

#### **A. Algemeen**

**33.** Deel II en III van het Gerechtelijk Wetboek over de rechterlijke organisatie en de bevoegdheid vinden in strafzaken enkel toepassing in zoverre daarin uitdrukkelijk de strafgerechten worden behandeld. I.h.b. kan worden verwezen naar de artikelen 91, 92 en 92*bis* Ger.W., waarin wordt geregeld in welke gevallen een zaak voor de correctionele rechtbank wordt behandeld met een of drie rechters en die ook strafuitvoeringszaken betreffen. Het gaat hier niet om een toepassing van artikel 2 Ger.W., maar wel om de toepassing van bepalingen die *expressis verbis* een aangelegenheid van strafprocesrecht regelen.

#### **B. Onttrekking van de zaak aan de rechter (art. 648-659 Ger.W.)**

**34.** Bijzondere aandacht moet worden gegeven aan de bepalingen m.b.t. de onttrekking van de zaak aan de rechter (art. 648-659 Ger.W.). Deze materie wordt wat strafzaken betreft uitdrukkelijk geregeld door de artikelen 542-552 Sv., die de verwijzing van de ene rechtbank naar de andere betreffen. De gronden voor een vordering tot onttrekking worden aangegeven in artikel 648 Ger.W. In zoverre het gaat om de wettige verdenking en de openbare veiligheid zijn deze artikelen niet van toepassing in strafzaken nu beide gronden ook in artikel 542 Sv. vermeld worden als mogelijke grond tot een verwijzing van de zaak naar een andere rechter.

Wat artikel 648, 4° Ger.W. betreft, nl. de situatie waarbij de rechter gedurende meer dan zes maanden verzuimt de zaak te berechten die hij in beraad heeft genomen, heeft het Hof van Cassatie in twee arresten van 22 juni 2006 en 22 juni 2007 geoordeeld dat deze bepaling wel van toepassing is in strafzaken. Deze toepassing is klaarblijkelijk niet beperkt tot de situatie waarbij enkel nog de burgerlijke belangen aan het oordeel van de rechter zijn onderworpen maar strekken zich uit tot elke strafzaak. Het Hof oordeelde dat het Wetboek van Strafvordering niet voorziet in de mogelijkheid voor de partijen om, zoals bepaald in artikel 652 van het Gerechtelijk Wetboek, de zaak aan de rechter te onttrekken wanneer deze gedurende meer dan zes maanden verzuimd heeft de zaak te berechten die hij in beraad heeft genomen. Na te hebben gewezen op

---

66. GwH 12 juli 2007, nr. 99/2007, *Arr.GwH* 2007, 1147, *JLMB* 2007, 1659, *P&B* 2008, 200 en *RW* 2007-08, 1238; E. BREWAEYS, "Aparte regeling voor verzet in straf- en burgerlijke zaken mag", *Juristenkrant* 2008, afl. 161, 5.



artikel 2 Ger.W. beslist het Hof van Cassatie dat de artikelen 648, 4° en 652 Ger.W. ook toepasselijk zijn op de strafgerechten.<sup>67</sup>

**35.** Er moet hierbij geen onderscheid worden gemaakt naargelang enkel de burgerlijke belangen in het beraad zijn betrokken dan wel de zaak in zijn geheel. De beginselen van de strafrechtspleging verzetten zich niet tegen de toepassing van de artikelen 648, 4° en 652 Ger.W. wanneer de zaak in zijn geheel in beraad is en derhalve ook op strafgebied. Het Hof van Cassatie kan alle omstandigheden in aanmerking nemen om te beoordelen of die onttrekking het belang van een goede rechtsbedeling dient.<sup>68</sup> Een dergelijke appreciatie kan ook gebeuren indien het gaat om de beoordeling van de strafvordering. Vermelden wij ten slotte dat het verzoek tot onttrekking in burgerlijke zaken schorsend werkt (art. 654 Ger.W.), wat niet het geval is met een verzoek tot verwijzing in de zin van artikel 542 Sv.<sup>69</sup>

**36.** Nu de beslissing van het Hof van Cassatie in het arrest van 22 juni 2006 expliciet steunt op de afwezigheid van een dergelijke bepaling in het Wetboek van Strafvordering lijkt ook artikel 648, 1° Ger.W. dat betrekking heeft op de bloed- of aanverwantschap, in strafzaken van toepassing te kunnen zijn. Deze grond kan immers krachtens artikel 542 Sv. als zodanig geen aanleiding geven tot een verwijzing naar een andere rechtbank, hoewel omstandigheden van verwantschap een grond kunnen zijn om het verzoek tot verwijzing in te willigen.<sup>70</sup> Hierbij moet wel worden opgemerkt dat, i.t.t. de in artikel 648, 4° Ger.W. vermelde grond, de bloed- of aanverwantschap – anders omschreven – op grond van artikel 828, 3° Ger.W. ook in strafzaken een wrakingsgrond kan uitmaken. Anderzijds is het niet onmogelijk dat een bepaalde omstandigheid als grondslag kan dienen voor zowel een wraking als een verzoek tot onttrekking van de zaak. Als uitzondering op de niet-toepasselijkheid van artikel 648 Ger.W. in strafzaken wees DECLERCQ reeds eerder op artikel 649, 2° in zoverre dit melding maakt van de politierechters.<sup>71</sup>

**37.** In een arrest van 28 december 2010 wordt de toepassing van artikel 648 Ger.W. in strafzaken ondertussen echter resoluut afgewezen.<sup>72</sup> In de zaak in kwestie is een grief aan de orde gesteund op de bewering dat een van de assessoren in de strafuitvoeringsrechtbank de eiser in het raam van een therapeutische deskundigenopdracht heeft ontmoet.

67. Cass. 22 juni 2006, *P&B* 2006, 205, noot D. VAN DER KELEN; Cass. 22 juni 2007, *Arr.Cass.* 2007, 1416 en *Pas.* 2007, 1301. In de eerstvermelde zaak was de zaak enkel in beraad wat betreft de burgerlijke belangen. Wat de tweede zaak betreft, kan zulks niet worden opgemaakt uit de tekst van het arrest.

68. Cass. 21 april 2006, *Arr.Cass.* 2006, 924, *Pas.* 2006, 911 en *P&B* 2007, 18.

69. Cass. 22 januari 2003, *Arr.Cass.* 2003, 198.

70. Bv. Cass. 17 juni 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, nr. 655, conclusie J. DU JARDIN.

71. R. DECLERCQ, "Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht – strafprocesrecht", 42.

72. Cass. 28 december 2010, *Pas.* 2010, 3317 en *RW* 2012-13, 894, noot. Zie ook R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1735.

## § 4. Rechtspleging

### A. Instelling van de vordering

#### 1. RECHTSINGANG DOOR DAGVAARDING (ART. 700-706 GER.W.)

38. De artikelen 700 tot 706 Ger.W. regelen de wijze waarop een vordering wordt ingesteld. Waar de dagvaarding in burgerlijke zaken de regel is, is zulks ook het geval in de strafrechtspleging. Ook daar wordt de dagvaarding aangewend om een strafvordering bij de vonnisrechter aanhangig te maken, ook al geldt een dergelijke dagvaarding na een verwijzingsbeschikking van het onderzoeksgerecht slechts als dagstelling. Artikel 702 Ger.W. somt een aantal vermeldingen op die op straffe van nietigheid in de dagvaarding moeten figureren. Dit artikel is in strafzaken niet toepasselijk.<sup>73</sup> De dagvaarding in strafzaken wordt volgens het Hof van Cassatie niet geregeld door artikel 702 Ger.W. maar wel door de artikelen 145, 182, 184 en 211 Sv.<sup>74</sup> In de vermeldde artikelen van het Wetboek van Strafvordering wordt geen gewag gemaakt van enige nietigheidssanctie. Artikel 182 Sv. bepaalt enkel dat de dagvaarding het feit dat de tenlastelegging uitmaakt en kenmerkt zo moet omschrijven dat het voorwerp ervan voldoende duidelijk is voor de beklaagde en het recht van verdediging verzekerd wordt.<sup>75</sup> Een dagvaarding in strafzaken zal enkel nietig zijn indien er een essentieel bestanddeel aan de akte ontbreekt of als het recht van verdediging aangetast wordt.<sup>76</sup> Het Openbaar Ministerie kan steeds, zelfs tijdens het verloop van het proces, bijkomende dagvaardingen achtereenvolgens laten betekenen tot precisering van de feiten of een uitbreiding van de incriminatieperiode op voorwaarde dat voor de rechter ten gronde de mogelijkheid wordt gegeven tegenspraak te voeren.<sup>77</sup> Of een bepaalde onregelmatigheid het recht van verdediging van de beklaagde al dan niet heeft geschaad en de beklaagde wist wat hem ten laste werd gelegd, beoordeelt de feitenrechter onaantastbaar.<sup>78</sup> Een dergelijke schending kan evenmin voor het eerst voor het Hof van Cassatie worden aangevoerd.

---

73. Cass. 18 februari 1997, *Arr.Cass.* 1997, nr. 94. Aangezien art. 702.3° Ger.W. niet van toepassing is in strafzaken hoeft de dagvaarding in strafzaken geen korte samenvatting van de middelen van de vordering te bevatten (Cass. 29 maart 2000, *Arr.Cass.* 2000, 674).

74. Cass. 23 mei 2001, *Arr.Cass.* 2001, nr. 306. Men raadplege eveneens de uitvoerige rechtspraak in het *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2005, 178-179. Met art. 148 van de wet van 17 maart 2013 werd met ingang van 1 september 2014 een derde lid toegevoegd dat bepaalt dat de betekening aan personen aan wie een bewindvoerder is toegevoegd, wordt gedaan aan die persoon en aan de woonplaats of verblijfplaats van de bewindvoerder.

75. Cass. 12 november 2002, *NJW* 2003, 130, noot M. DE SWAEF; Cass. 4 februari 2003, *Arr.Cass.* 2003, nr. 83.

76. R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2014, 931-932, nr. 2195 *et seq.*

77. Cass. 2 september 2008, AR P080393N. Dit kan zelfs indien de beklaagde reeds zijn standpunt over de eerder uitgebrachte dagvaarding heeft kenbaar gemaakt.

78. Zo werd geoordeeld dat het feit alleen dat het uur van verschijning in de dagvaarding niet is vermeld geen aanleiding geeft tot nietigheid van de dagvaarding (Cass. 4 februari 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, nr. 356). Ook de vermelding van een verkeerde datum heeft niet noodzakelijk de nietigheid van de dagvaarding tot gevolg (Cass. 8 juni 1994, *Arr.Cass.* 1994, nr. 294).

**39.** Het recht van verdediging als toetssteen inzake de eventuele nietigheid van de dagvaarding in strafzaken betekent ook dat de omschrijving van het feit in de dagvaarding niet noodzakelijk alle constitutieve elementen van het misdrijf moet bevatten maar verhindert niet dat het feit in de dagvaarding wordt omschreven in de termen van de wet. In deze hypothese bevat de dagvaarding noodzakelijk alle constitutieve elementen van het ten laste gelegde misdrijf.

Deze regelen gelden *a fortiori* ook indien de dagvaarding het feit niet aanhangig maakt bij het vonnisgerecht, doch enkel geldt als dagstelling.

**40.** Artikel 703 Ger.W. werd in een zaak toegepast waarbij geoordeeld werd dat voor de ontvankelijkheid van de vordering niet vereist is dat de identiteit van de natuurlijke personen die de organen zijn van de rechtspersoon blijkt uit de stukken die aanwezig waren op het ogenblik van de burgerlijkepartijstelling.<sup>79</sup>

Nog m.b.t. de dagvaarding is duidelijk dat artikel 707 Ger.W., dat de dagvaardingstermijn bepaalt, daarentegen niet toepasselijk is in strafzaken nu de artikelen 146 en 184 Sv. ter zake een termijn van tien dagen bepaalt.

## 2. VERSCHIJNING VAN DE PARTIJEN NA DAGVAARDING (ART. 727-730 GER.W.)

**41.** Artikel 728 Ger.W. regelt de verschijning van de partijen. Het is duidelijk dat deze bepaling niet van toepassing is op de strafgerechten. In strafzaken wordt de verschijning van de partijen geregeld door de artikelen 152 en 185 Sv. Waar nog enigszins zou kunnen getwijfeld worden indien enkel de eerste paragraaf wordt gelezen, blijkt uit het vervolg van artikel 728 Ger.W. dat enkel de rechtspleging in burgerlijke zaken wordt beoogd.

## B. Behandeling en berechting

### 1. CONCLUSIES (ART. 741-748 GER.W.)

**42.** De artikelen 741 t.e.m. 748 Ger.W. betreffen het indienen en uitwisselen van conclusies. Het begrip “conclusie” is in strafzaken vanzelfsprekend geen onbekende notie. Het begrip van de conclusie heeft in zowel burgerlijke zaken als strafzaken dan ook een gelijkaardige betekenis. Het gaat in strafzaken om een geschrift dat, hoe het ook genoemd wordt, door een partij of de advocaat die haar vertegenwoordigt of bijstaat, ondertekend is, dat tijdens het debat op de terechtzitting aan de

<sup>79</sup> Cass. 26 september 2000, *Arr.Cass.* 2000, nr. 493.

rechter wordt voorgelegd, waarvan regelmatig wordt vastgesteld dat de rechter er kennis van heeft genomen en waarin middelen worden aangevoerd tot staving van een eis, verweer of exceptie.<sup>80</sup> In burgerlijke zaken werd een gelijkaardige definitie gegeven, m.u.v. de vermelding van de wijze waarop een conclusie wordt ingediend.<sup>81</sup> Opgemerkt kan worden dat in strafzaken strikt genomen een conclusie ook mondeling kan worden genomen, maar dan moet zulks vastgesteld worden in het proces-verbaal van de terechtzitting of in het vonnis of arrest zelf en moet de inhoud van deze conclusie ook uit de stukken blijken.<sup>82</sup> Indien zulks niet gebeurt – wat in de praktijk vrijwel steeds het geval is – blijft de mondelinge tussenkomst een louter pleidooi waarop de rechter in beginsel niet moet antwoorden, aangezien uit de stukken van de rechtspleging ook niet zal blijken welke argumenten door de verdediging werden aangevoerd. De rechter moet dus niet antwoorden op een argumentatie die niet het voorwerp uitmaakt van een schriftelijke, ter terechtzitting tijdens de debatten neergelegde conclusie of van een mondelinge conclusie, ter terechtzitting tijdens de debatten voorgesteld en regelmatig vastgesteld.<sup>83</sup> Conclusies die evenwel niet tijdens het debat aan de rechter zijn overgelegd maar aan de griffie werden toegezonden of daar werden neergelegd, moeten door de strafrechter niet worden beantwoord.<sup>84</sup>

**43.** Waar de definitie van het begrip “conclusie” gelijkaardig is in burgerlijke zaken en strafzaken situeren de grote verschillen zich nochtans in de wijze waarop een conclusie aan de rechter wordt meegedeeld. De artikelen 741 t.e.m. 748bis Ger.W. regelen in wezen de wijze van overlegging van conclusies en zijn in strafzaken niet van toepassing. In strafzaken worden conclusies ingediend op de zitting zelf. De neerlegging van de conclusie en meteen het bewijs dat de rechtbank van de conclusie kennisgenomen heeft, blijkt uit de handtekening van de voorzitter op het geschrift onder de vermelding van de datum waarop de zaak is behandeld.<sup>85</sup> Indien aldus in het proces-verbaal van de terechtzitting melding is gemaakt van de neerlegging van een

---

80. Cass. 7 december 1999, *Arr.Cass.* 1999, nr. 665 en *R.Cass.* 2000, 123, noot B. MAES; Cass. 18 april 2007, *Arr.Cass.* 2007, 807 en *Pas.* 2007, 709; Cass. 5 juni 2012, *NC* 2012, 404. Voor andere voorbeelden van arresten waarin m.b.t. strafzaken een dergelijke definitie werd gegeven: *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2005, 184. Zelfs een niet-ondertekende nota, gevisieerd door de rechter en bevattende een eis, verweer of exceptie wordt als een conclusie beschouwd (R. DECLERCO, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2014, 774, nr. 1829).

81. Cass. 17 mei 1979, *Arr.Cass.* 1978-79, 1102.

82. Cass. 4 september 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, nr. 3. Zo werd eerder aangenomen dat niet moet worden geantwoord als het niet blijkt dat de betrokken partij of haar raadsman die argumenten in pleidooi heeft uiteengezet (Cass. 26 november 1985, *Arr.Cass.* 1985-86, nr. 209). Ingevolge latere rechtspraak van het Hof van Cassatie werd de motiveringsplicht van de rechter in strafzaken aangescherpt onafhankelijk van het indienen van conclusies. Zo werd geoordeeld dat art. 6 EVRM vereist dat, zelfs bij afwezigheid van een schriftelijke conclusie, minstens de voornaamste redenen worden aangegeven waarom de tenlastelegging al dan niet bewezen verklaard werd (Cass. 8 juni 2011, AR P110570F, conclusie Adv. Gen. VANDERMEERSCH; Cass. 29 mei 2012, AR P112037N; Cass. 2 oktober 2012, *RABG* 2013, 14, noot F. VAN VOLSEM). De rechter voldoet aan deze verplichting door vast te stellen dat de beklagde de gegrondheid van de strafvordering niet betwist of door de concrete redenen te vermelden, zij het op beknopte wijze, die hem hebben overtuigd van zijn onschuld of schuld (Cass. 5 juni 2012, AR P110902N; Cass. 23 oktober 2012, AR P120300N).

83. Cass. 27 maart 2000, *Arr.Cass.* 2000, nr. 211.

84. Cass. 5 juni 2012, *NC* 2012, 404.

85. Cass. 2 april 2003, *Arr.Cass.* 2003, nr. 223.

conclusie hoeft deze neerlegging niet meer te worden vermeld in de uitspraak zelf.<sup>86</sup> Nu de neerlegging van een conclusie in strafzaken gebeurt op de terechtzitting zelf, is het duidelijk dat een stuk dat naar de griffie werd toegezonden zonder dat blijkt dat het andermaal ter zitting zou zijn neergelegd of dat de eiser zijn middelen mondeling zou hebben aangevoerd<sup>87</sup>, geen schriftelijke conclusie is waarop de rechter moet antwoorden.<sup>88</sup> Hetzelfde geldt natuurlijk voor conclusies die enkel aan het parket worden toegezonden zonder dat zij vervolgens op de terechtzitting worden ingediend.

De achterliggende gedachte van de artikelen 741 tot 748*bis* Ger.W. wordt wel toegepast in artikel 4, zesde tot elfde lid V.T.Sv. De afhandeling van de burgerlijke belangen wordt volgens deze bepaling in staat gesteld op een wijze die vergelijkbaar is met burgerlijke zaken.<sup>89</sup> Er wordt weliswaar niet rechtstreeks verwezen naar het Gerechtelijk Wetboek – behoudens naar artikel 748, § 2 Ger.W. – doch de beschreven procedure is bijna letterlijk deze van artikel 747, § 2 Ger.W. zoals van toepassing voor de wijziging door de wet van 26 april 2007.<sup>90</sup> Een en ander betekent dan ook dat wanneer de voorzitter met toepassing van artikel 4 V.T.Sv. de termijnen bepaalt om conclusies te nemen, de neerlegging van die conclusies ter griffie en de toezending ervan aan de tegenpartij binnen de vastgestelde termijn moet gebeuren. Alleen de neerlegging ter griffie volstaat niet zodat de rechter, indien blijkt dat de conclusies niet werden toegezonden aan de tegenpartij, ambtshalve de conclusies moet weren die na het verstrijken van de termijn zijn meegegeeld.<sup>91</sup> Het gaat in dit geval niet om een rechtstreekse toepassing van het Gerechtelijk Wetboek, aangezien de betrokken regeling is opgenomen in artikel 4 V.T.Sv.

**44.** Voor het overige gelden in strafzaken geen conclusietermijnen. Conclusies of stukken kunnen dus worden overgelegd tot de sluiting van de debatten en er is geen enkele wettelijke bepaling die de beklaagde verplicht om zijn conclusie voor neerlegging mee te delen aan het Openbaar Ministerie en de burgerlijke partij. Het feit dat de conclusie niet voor de zitting aan het Openbaar Ministerie werd medegedeeld, rechtvaardigt dan ook niet de beslissing deze conclusie uit de debatten te weren.<sup>92</sup> Niettemin werd beslist dat de rechter de neerlegging van conclusies kan weigeren als ze

86. Cass. 24 juni 2008, *Pas.* 2008, 1647.

87. Hier moet worden gewaarschuwd voor een misverstand. Dit arrest betekent niet dat de rechter verplicht is te antwoorden op een louter mondeling pleidooi. Hij moet enkel antwoorden op een mondeling verweer waarvan de inhoud ook uit de stukken van de rechtspleging blijkt.

88. Cass. 18 april 2007, *Arr.Cass.* 2007, 807 en *Pas.* 2007, 709; Cass. 5 juni 2012, *NC* 2012, 404.

89. Voor een analyse van deze regeling zie P. Taelman en S. Voet, "Procesrechtelijke aspecten van aansprakelijkheidsvorderingen" in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*. PUC Willy Delva 2006-2007, Mechelen, Kluwer, 2007, 768-777.

90. Er kan inderdaad worden vastgesteld dat de wijzigingen aangebracht door de wet van 26 april 2007 ter bestrijding van de gerechtelijke achterstand niet werden getransponeerd naar art. 4 V.T.Sv. Het initiatief tot bepaling van de conclusietermijnen blijft in dit laatste geval bij de partijen liggen.

91. Cass. 9 mei 2007, *Arr.Cass.* 2007, 980, *Pas.* 2007, 870, *RW* 2009-10, 64 en *T.Strafr.* 2007, 385. Art. 4 V.T.Sv. preciseert dat zulks niet geldt i.g.v. akkoord tussen de partijen of i.g.v. art. 748, § 2 Ger.W.

92. Cass. 10 april 2007, *Pas.* 2007, 672; Cass. 19 juli 2011, AR P111154N.

enkel als een verdragingsmanoeuvre bedoeld is.<sup>93</sup> Wel is de rechter in dit geval verplicht in zijn beslissing vast te stellen dat het de enige bedoeling van de beklagde was om de behandeling van de zaak te vertragen.<sup>94</sup> De rechter kan een laattijdig ingediende conclusie uit het debat weren door ze als een misbruik van de rechtspleging aan te merken op grond dat zij een goede rechtsbedeling verhindert, de rechten van de tegenpartij op onrechtmatige wijze schendt en het recht op een eerlijke behandeling van de zaak in het gedrang brengt.<sup>95</sup> De ontwikkeling in de betrokken conclusie van een ernstig verweer lijkt in elk geval een aanduiding te zijn dat vertraging niet de enige bedoeling van de concluderende partij is. Het weigeren van een conclusie in strafzaken buiten deze omstandigheid maakt vanzelfsprekend een schending van het recht van verdediging uit. Het weze ten slotte opgemerkt dat eventuele afspraken omtrent conclusietermijnen die in het proces-verbaal van de terechtzitting zouden worden opgenomen niet bindend zijn. Het niet-respecteren van deze termijnen kan op zich niet leiden tot het weren van de betrokken conclusie, behoudens indien de enige bedoeling gelegen is in het aanwenden van een verdragingsmanoeuvre, in welk geval de hogervermelde rechtspraak van toepassing is.

## 2. BEPALING RECHTSDAG EN VERDAGING (ART. 749-754 GER.W.)

**45.** Artikel 749 *et seq.* Ger.W., die betrekking hebben op de bepaling van de rechtsdag, zijn duidelijk geschreven voor de burgerlijke rechtspleging. Zij zijn dan ook niet toepasselijk in strafzaken.<sup>96</sup> Wel moet worden opgemerkt dat het begrip van de vonnissen die geacht worden te zijn gewezen op tegenspraak, zoals voorheen<sup>97</sup> aangegeven in de artikelen 751 en 753 Ger.W., thans sedert de wet van 12 februari 2003 ook gekend is in de strafrechtspleging. De artikelen 152 en 185 Sv. vermelden dit begrip, hoewel in een ander kader, nl. indien de beklagde noch in persoon noch in de persoon van een advocaat verschijnt nadat hij op de inleidingszitting is verschenen.<sup>98</sup>

93. Cass. 6 oktober 1993, *AJT* 1994-95, 241, noot L. ARNOU en *Arr.Cass.* 1993, nr. 396; Cass. 16 juni 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1090, *Pas.* 2004, 1049 en *Rev.dr.pén.* 2005, 198.

94. In de zaak die geleid heeft tot het arrest van het Hof van Cassatie van 16 juni 2004 had de KI aangegeven dat de inverdenkinggestelde getracht had “conclusies door de raadkamer in aanmerking te doen nemen zonder dat deze aan een voorafgaande en eerlijke tegenspraak waren onderworpen, zodat die raadkamer, door ze uit het debat te weren, de enige beslissing heeft genomen die het ten aanzien van de burgerlijke partij gepleegde misbruik passend en in de juiste verhouding kon bestraffen”. Zeer overtuigend lijkt deze motivering op het eerste gezicht niet.

95. Cass. 8 juni 2011, AR P110181F.

96. A. KOHL (“Le code judiciaire, droit commun de la procédure”, 450) geeft aan dat art. 754 Ger.W. eventueel in strafzaken toepasselijk zou kunnen zijn. Het is juist dat geen enkel beginsel van de strafrechtspleging er zich tegen zou verzetten dat na verdaging door de griffier een gewoon bericht zou worden gestuurd aan de advocaten of aan de partijen zelf. DECLERCQ merkt op dat deze bepaling in strafzaken nochtans geen reden van bestaan heeft aangezien na verdaging de niet-aanwezige partij opnieuw moet gedagvaard worden (R. DECLERCQ, “Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht – strafprocesrecht”, 45). Niets verzet er zich evenwel tegen dat een op art. 754 Ger.W. geïnspireerde bepaling in de strafrechtspleging zou worden opgenomen.

97. Voor de opheffing van deze artikelen door de reeds vermelde wet van 26 april 2007.

98. Vereist is wel dat voorafgaand de persoonlijke verschijning van de beklagde werd bevolen (Cass. 1 juni 2005, *RW* 2006-07, 649, noot S. VANDROMME). Hierbij weze tevens opgemerkt dat ook de notie van de inleidingszitting in het strafprocesrecht werd geïntroduceerd. Het gaat in het strafproces om de zitting waarop de zaak voor het eerst wordt opgeroepen.

Ook in dit geval gaat het niet om een toepassing van het Gerechtelijk Wetboek doch wel om het gebruik in het Wetboek van Strafvordering en in andere omstandigheden van een aan het Gerechtelijk Wetboek ontleend begrip.

### 3. TERECHTZITTING (ART. 757-763 GER.W.)

**46.** De artikelen 757 t.e.m. 763 Ger.W. betreffen het verloop en de orde van de terechtzitting en zijn volgens vaste rechtspraak van toepassing in strafzaken. In artikel 763 Ger.W. wordt overigens bepaald dat de bepalingen van dit hoofdstuk van toepassing zijn op alle plaatsen waar de rechters of de leden van het Openbaar Ministerie hun ambt uitoefenen. Er is dan ook geen reden om een onderscheid te maken tussen de burgerlijke procedure en de strafprocedure. Het tweede lid van artikel 758 Ger.W. moet, hoewel toepasselijk in strafzaken, met de nodige omzichtigheid worden toegepast. Zelfs na de wet van 12 februari 2003, die een algemeen recht op vertegenwoordiging van de beklaagde introduceerde, blijft de persoon van de beklaagde in het strafproces centraal staan. Het recht om persoonlijk te verschijnen is een uiting van het recht van verdediging. Terecht maakt DECLERCQ een onderscheid tussen de drift die tot gevolg heeft dat de beklaagde zijn zaak niet met de vereiste betamelijkheid kan bespreken enerzijds en onbedrevenheid waardoor de beklaagde zijn zaak niet met de nodige duidelijkheid zou kunnen bespreken anderzijds. In het eerste geval gaat het om iemand die de orde verstoort en zal deze persoon uit de zaal kunnen verwijderd worden. In het tweede geval zou het opleggen van een spreekverbod volstrekt ontoelaatbaar zijn.<sup>99</sup> Wat het hof van assisen betreft, bestaat in artikel 327 Sv. een bijzondere regeling m.b.t. het verwijderen van de beschuldigde bij het verhoor van een getuige.

Het tweede lid van artikel 758 laat in elk geval niet toe dat aan de beklaagde verbod zou worden opgelegd een schriftelijke conclusie in te dienen.<sup>100</sup>

### 4. SLUITEN EN HEROPENEN VAN DE DEBATTEN (ART. 769-775 GER.W.)

**47.** M.b.t. de sluiting van de debatten zijn sommige bepalingen uit het Gerechtelijk Wetboek van toepassing in strafzaken. Artikel 769 Ger.W., dat de sluiting van de debatten regelt, kent geen tegenhanger in het strafprocesrecht, behoudens wat het hof van assisen betreft in artikel 335 Sv. Niettemin wordt in de praktijk vastgesteld dat ook voor de andere gerechten de debatten worden gesloten en dat zulks in het proces-verbaal van de terechtzitting vermeld wordt. Hierdoor wordt artikel 769 Ger.W. evenwel niet toepasselijk, nu de in dat artikel neergelegde regeling niet kan toegepast

99. R. DECLERCQ, "Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht – strafprocesrecht", 46.

100. Cass. 18 september 1979, *Arr.Cass.* 1979-80, 63. Indien deze schriftelijke conclusie wegens "onbedrevenheid" volstrekt onduidelijk zou zijn, zal zulks natuurlijk wel tot gevolg hebben dat de rechter niet gehouden zal zijn op deze conclusie te antwoorden.

worden in strafzaken. De sluiting van de debatten moet in strafzaken dan ook niet formeel worden vastgesteld. Aangenomen kan worden dat door het in beraad nemen van de zaak de debatten worden gesloten.<sup>101</sup>

**48.** De bepalingen m.b.t. de heropening van de debatten zijn volgens een vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie niet van toepassing in strafzaken.<sup>102</sup> Hieruit volgt dat ook de formaliteiten die in artikel 773 Ger.W. worden aangegeven niet moeten worden nageleefd bij een verzoek tot heropening van de debatten in strafzaken.<sup>103</sup>

Hieruit volgt dat ook zonder dat een nieuw stuk of een stuk van overwegend belang wordt ontdekt in de zin van artikel 772 Ger.W. in strafzaken een heropening van het debat kan worden gevraagd om nieuwe conclusies te nemen of nadere uitleg te verstrekken.<sup>104</sup> In strafzaken is de heropening van het debat immers niet beperkt tot de gevallen omschreven in artikel 772 Ger.W.<sup>105</sup> Een en ander belet natuurlijk niet dat het criterium dat het nieuwe stuk “van overwegend belang” moet zijn een evidentie uitdrukt die ook in strafzaken kan worden aangenomen.<sup>106</sup> Hierdoor wordt artikel 772 Ger.W. niet toepasselijk. De rechter die de heropening van het debat weigert omdat het geen nieuw stuk of feit zou zijn dat beantwoordt aan de voorwaarden van artikel 772 Ger.W. verantwoordt zijn beslissing niet naar recht. De voorwaarden van artikel 772 Ger.W. zijn niet van toepassing aangezien in strafzaken de rechter onaantastbaar oordeelt over de noodzaak of raadzaamheid van de door een partij gevorderde heropening van het debat.<sup>107</sup> Indien na de sluiting van de debatten stukken aan de rechter worden toegezonden, moet de rechter ofwel de debatten heropenen ofwel in zijn uitspraak verklaren dat hij met de betrokken stukken geen rekening houdt. De keuze die hij maakt, moet dan ook uit het vonnis blijken.<sup>108</sup>

**49.** Het strafprocesrecht wijkt ook op een ander punt af van artikel 772 Ger.W. Waar volgens deze laatste wetsbepaling het recht om een heropening van het debat te

---

101. A. KOHL, “Le code judiciaire, droit commun de la procédure”, 452.

102. Cass. 13 april 2005, *Arr.Cass.* 2005, 858 en *Pas.* 2005, 852; Cass. 27 november 2007, *Pas.* 2007, 2122; Cass. 12 februari 2013, AR P120675N. Voor andere precedentes raadplege men het *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2005, 188. *Contra* A. KOHL, “Le code judiciaire, droit commun de la procédure”, 453. Zie ook Luik 10 februari 2014, *Rev.dr.pén.* 2014, 713.

103. In dit verband is het duidelijk dat de inhoud van art. 772 Ger.W., hoewel volgens de rechtspraak niet toepasselijk in strafzaken, als algemene regel niet strijdig is met de beginselen van de strafrechtspleging. Hier opnieuw moet nochtans gewaarschuwd worden voor de benadering waarbij de toepassing van het Gerechtelijk Wetboek artikel per artikel wordt onderzocht.

104. R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2014, 711, nr. 1679.

105. Antwerpen 29 september 1994, *RW* 1994-95, 1401-1404, noot L. ARNOU. De strafrechter heeft immers de plicht om de waarheid te achterhalen.

106. In een arrest van 9 december 2008 wordt overigens de terminologie “nieuw stuk of feit van overwegend belang” gebruikt (Cass. 9 december 2008, AR P081159N).

107. Cass. 12 februari 2013, AR P120675N.

108. Cass. 28 februari 1989, *Arr.Cass.* 1988-89, nr. 366; P. TAELEMAN en S. VOET, “Procesrechtelijke aspecten van aansprakelijkheidsvorderingen” in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*. PUC Willy Delva 2006-2007, Mechelen, Kluwer, 2007, 759, nr. 15.



vragen enkel toekomt aan een verschijnende partij, werd in strafzaken beslist dat ook een beklagde die op de terechtzitting niet is verschenen een heropening van het debat kan vragen.<sup>109</sup> De regels van de strafrechtspleging verzetten er zich immers niet tegen dat een heropening van het debat gevraagd wordt door een partij die niet verschenen is.<sup>110</sup>

**50.** De beslissing van de rechter om het debat al dan niet te heropenen, is onaantastbaar. Indien de rechter beslist de debatten niet te heropenen, staat hem niets anders te doen dan de stukken uit de rechtspleging te weren. De omstandigheid dat de verzoeker de gelegenheid niet heeft gehad zijn standpunt daarover te verduidelijken, maakt geen schending uit van het recht van verdediging of het recht op tegenspraak.<sup>111</sup>

**51.** Het tweede lid van artikel 774 Ger.W., dat voorschrijft dat de rechter de debatten moet heropenen wanneer hij de vordering afwijst op grond van een exceptie die de partijen voor hem niet hadden ingeroepen, wordt eveneens niet toepasselijk geacht in strafzaken. Dit is zelfs het geval indien de strafrechter uitspraak doet over de burgerrechtelijke belangen.<sup>112</sup> Wel wordt aanvaard dat de strafrechter ambtshalve de debatten mag heropenen indien hij zulks raadzaam acht. De niet-toepasselijkheid van artikel 774 Ger.W. steunt op de idee dat het middel dat door de strafrechter ambtshalve wordt opgeworpen steeds de openbare orde zal raken en artikel 774 Ger.W. in dit geval nooit toepasselijk is.<sup>113</sup> De vraag rijst evenwel of deze redengeving zonder meer kan toegepast worden op de beoordeling van de burgerlijke vordering door de strafrechter, waar tal van excepties bestaan die de openbare orde niet raken.<sup>114</sup> Hoger aangehaalde rechtspraak had dikwijls betrekking op de afwijzing van de burgerlijke vordering zonder heropening van het debat op grond van een argument dat de openbare orde raakte, zoals de bevoegdheid van de strafrechter om kennis te nemen van een vordering op grond van artikel 29bis van de WAM-Wet (de zgn. regeling voor de zwakke weggebruiker)<sup>115</sup> of de toepassing van artikel 50, § 1 van de Jeugdbeschermingswet.<sup>116</sup>

109. Cass. 26 juni 2001, *Arr.Cass.* 2001, nr. 397 en *T.Strafr.* 2002, 317, noot P. TRAEST. In deze zaak had de beklagde voor het hof van beroep verstek laten gaan, maar werd tijdens het beraad een dading afgesloten tussen de beklagde en de burgerlijke partij, waardoor de burgerlijke belangen geregeld werden. De beklagde vroeg op grond hiervan een heropening van het debat aan, wat door de appelrechters als onontvankelijk werd afgewezen. Het Hof van Cassatie vernietigde deze beslissing.

110. Cass. 9 december 2008, AR P081159N.

111. Cass. 21 oktober 2008, *Pas.* 2008, 2317.

112. Cass. 6 mei 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 1011 (verwerping van de kapitalisatiemethode wegens onvoldoende bewijs van het basisinkomen); Cass. 19 januari 2000, *Arr.Cass.* 2000, nr. 45; Cass. 12 november 2002, *Arr.Cass.* 2002, nr. 598; Cass. 22 januari 2013, AR P120543N.

113. A. KOHL, "Le code judiciaire, droit commun de la procédure", 453.

114. P. Taelman en S. Voet, "Procesrechtelijke aspecten van aansprakelijkheidsvorderingen" in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen. PUC Willy Delva 2006-2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 761, argumenteren terecht dat het verkieslijk is een heropening van het debat op burgerlijk gebied te laten verlopen volgens het Gerechtelijk Wetboek.

115. Cass. 2 februari 2000, *Arr.Cass.* 2000, nr. 86.

116. Cass. 12 november 2002, *Arr.Cass.* 2002, nr. 598.

52. Een en ander belet natuurlijk niet dat bij de beoordeling van de burgerlijke vordering het recht van verdediging moet worden gerespecteerd. Indien de beklagde betwist dat hij volledig aansprakelijk is voor een ongeval zonder evenwel een concrete fout aan de burgerlijke partij te verwijten, schendt de rechter het recht van verdediging van deze laatste wanneer hij, zonder de heropening van het debat te bevelen, oordeelt dat de burgerlijke partij een concrete fout heeft begaan in oorzakelijk verband met de aanrijding.<sup>117</sup> Hieruit blijkt duidelijk dat, los van de toepasselijkheid van artikel 774 Ger.W. bij de beoordeling van de burgerlijke vordering, het recht van verdediging de rechter ertoe kan verplichten de debatten ambtshalve te heropenen.<sup>118</sup> De aan artikel 774 Ger.W. ten grondslag liggende filosofie wordt derhalve in strafzaken toegepast via het recht van verdediging.<sup>119</sup>

## 5. BERAADSLAGING, SAMENSTELLING VAN DE ZETEL EN VONNISSEN EN UITGIFTEN (ART. 778-792 GER.W.)

53. De artikelen 778 en 779 Ger.W. worden volgens een vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie toepasselijk geacht in strafzaken.<sup>120, 121</sup> Wel moet worden opgemerkt dat artikel 779 Ger.W. in burgerlijke zaken niet van openbare orde is terwijl in strafzaken de partijen niet kunnen akkoord gaan met een afwijking van de regel, wat wel mogelijk is in burgerlijke zaken.<sup>122</sup> Veel eerdere rechtspraak heeft betrekking op het tweede lid van artikel 779 Ger.W., dat werd opgeheven met ingang van 1 september 2007 door de wet van 26 april 2007.<sup>123</sup> Deze opheffing ging gepaard met de invoering van een artikel 782bis Ger.W., aangepast bij de wet van 8 juni 2008<sup>124</sup>, waarbij bepaald wordt dat het

117. Cass. 12 februari 2002, *Arr.Cass.* 2002, 405 en *Pas.* 2002, 384.

118. Het recht van verdediging verhindert eveneens dat de rechter in strafzaken een civielrechtelijke vordering zou afwijzen op een ambtshalve aangevoerde grond die niet van openbare orde is en waarover de partijen geen betwisting hadden. Wel mag hij ambtshalve de door de partijen voorgedragen redenen aanvullen wanneer hij enkel steunt op regelmatig aan zijn beoordeling overgelegde feiten of stukken en het voorwerp noch de oorzaak van de vordering wijzigt (Cass. 30 mei 1995, *Arr.Cass.* 1994-95, nr. 263).

119. Dit belet nochtans niet dat de vraag gewettigd is of de niet-toepasselijkheid van art. 774, tweede lid Ger.W. in strafzaken, in zoverre het gaat om de beoordeling van de burgerlijke vordering en om excepties die de openbare orde niet raken, niet in strijd zou kunnen worden geacht met de art. 10 en 11 van de Grondwet. De beklagde en de burgerlijke partij bevinden zich immers in deze hypothese in een situatie die volkomen vergelijkbaar is met de toestand van partijen in een burgerlijk geding.

120. *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2005, 190-196; P. MATHIEU, "L'application de l'article 779 du Code judiciaire en matière répressive" (noot onder Cass. 9 oktober 2002), *Rev.dr.pén.* 2003, 291-296.

121. In een arrest van 21 mei 2002 oordeelde het Hof van Cassatie dat, wat de burgerlijke vordering betreft, er ook in strafzaken slechts nietigheid bestaat wanneer de wet het bepaalt en voor zover de belangen van de partij die de nietigheid inroept hierdoor geschaad zijn. Het Hof van Cassatie oordeelt verder dat uit de schriftelijke melding van de eiseres aan de appelrechters dat het stuk op grond waarvan de verweerder de heropening van het debat vroeg geen wezenlijk belang vertoonde zodat de heropening van het debat niet verantwoord was, volgt dat het verschil in samenstelling tussen de zetel die het bestreden arrest heeft gegeven en de zetel die de beslissing tot het verwerpen van het verzoek tot heropenen van het debat heeft genomen, geen invloed heeft kunnen hebben op het oordeel van de rechters die het bestreden arrest hebben gegeven. Zie Cass. 21 mei 2002, *Arr.Cass.* 2002, nr. 310 en *RW* 2002-03, noot B. ALLEMEERSCH.

122. R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2014, 973, nr. 2324.

123. Wet van 26 april 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand, *BS* 12 juni 2007.

124. *BS* 16 juni 2008, ed. 2.

vonnis uitgesproken wordt door de voorzitter van de kamer die het heeft gewezen, zelfs in afwezigheid van de andere rechters.<sup>125</sup> Het Openbaar Ministerie moet vanzelfsprekend aanwezig zijn, wat ook blijkt uit artikel 782*bis* Ger.W. doch zulks is niet vereist indien de strafrechter alleen kennisneemt van de burgerlijke belangen en in afwezigheid van het Openbaar Ministerie zitting houdt.<sup>126</sup> Indien een kamervoorzitter wettig verhinderd is het vonnis uit te spreken, kan de voorzitter van het gerecht een andere rechter aanwijzen om de voorzitter op het ogenblik van de uitspraak te vervangen. Er moet worden aangenomen dat zowel het gewijzigde artikel 779 Ger.W. als het nieuwe artikel 782*bis* Ger.W. van toepassing zijn in strafzaken.<sup>127</sup> Wanneer de zaak reeds op 1 september 2007 was vastgesteld, blijft de eventuele vervanging van magistraten geregeld door het opgeheven artikel 779, tweede lid Ger.W.<sup>128</sup> De betekening van de eerste dagvaarding in de zaak geeft de datum aan waarop de zaak wordt vastgesteld.<sup>129</sup> Het nieuwe artikel 782*bis* Ger.W. werd reeds meermaals in strafzaken toegepast. Aangezien de assessoren niet op de uitspraak aanwezig moeten zijn, kan noch de vermelding van hun aanwezigheid in het rechtscollege, noch de omstandigheid dat een andere magistraat aanwezig is die niet alle zittingen over de zaak heeft bijgewoond tot de nietigheid van het vonnis leiden.<sup>130</sup> De uitspraak is wel nietig indien het arrest niet werd ondertekend door twee van de magistraten die het hebben gewezen en wier afwezigheid bij de ondertekening niet verantwoord is volgens de modaliteiten die bij artikel 785, eerste lid Ger.W. zijn voorgeschreven. De vervanging bij beschikking overeenkomstig artikel 782*bis*, tweede lid Ger.W. geldt immers enkel voor de kamervoorzitter en niet voor de magistraten die verhinderd zijn de door hen gewezen beslissing te ondertekenen.<sup>131</sup> Meteen blijkt dat ook artikel 785, eerste lid Ger.W. toepasselijk kan geacht worden in strafzaken.

125. Indien op de zitting na de uitspraak een vordering tot onmiddellijke aanhouding wordt gesteld, mag daarover mede beslist worden door twee rechters die niet degene zijn die de uitspraak hebben gewezen (Cass. 7 mei 2008, *JT* 2008, 457, noot, *NJW* 2008, 926, noot A. VANDERHAEGHEN, *Pas.* 2008, 1115, *RABG* 2008, 1067, noot J. VAN DONINCK, *Rev.dr.pén.* 2008, 929 en *RW* 2008-09, 322, noot S. VOET, impliciete oplossing).

126. Cass. 16 september 2009, AR P090608F.

127. Cass. 7 mei 2008, *JT* 2008, 457, noot, *NJW* 2008, 926, noot A. VANDERHAEGHEN, *Pas.* 2008, 1115, *RABG* 2008, 1067, noot J. VAN DONINCK, *Rev.dr.pén.* 2008, 929 en *RW* 2008-09, 322, noot S. VOET. De verwijzing in art. 782*bis* Ger.W. naar strafzaken heeft tot doel aan te geven dat in strafzaken het Openbaar Ministerie bij de uitspraak aanwezig moet zijn. Deze precisering toont meteen aan dat het beginsel van de uitspraak door de voorzitter alleen ook in strafzaken toepasselijk is. Men raadplege in dit verband K. PITEUS en J. VAN DONINCK, *Het Gerechtelijk Wetboek vernieuwd. Een praktische commentaar bij de Wet van 26 april 2007*, Mechelen, Kluwer, 2008, 117-123.

128. Cass. 21 mei 2008, *Pas.* 2008, 1254 en *TBP* 2009, 491. Dit is niet het geval indien de zaak sedert de inleiding tot op 1 september 2007 steeds op verzoek van de partijen werd uitgesteld aangezien een dergelijke zaak kan beschouwd worden als een zaak waarvoor geen kalender van de rechtspleging werd vastgesteld en aldus art. 782*bis* Ger.W. van toepassing is (Cass. 25 mei 2011, AR P110060F).

129. Cass. 24 september 2008, *Pas.* 2008, 2037. In de betrokken zaak werd een medebeklaagde gedagvaard op 22 juni 2007 om te verschijnen op 5 november 2007.

130. Cass. 14 januari 2009, *Arr.Cass.* 2009, 113 en *Pas.* 2009, 91. In hetzelfde arrest wordt tevens geoordeeld dat de voorzitter, die verhinderd is voor de uitspraak, niet moet worden vervangen bij beschikking van de voorzitter op grond van art. 782*bis*, tweede lid Ger.W. wanneer de uitspraak gedaan wordt door een rechter die deel uitmaakte van de kamer die de beslissing heeft gewezen, aan het beraad waarvan hij heeft deelgenomen. Zie eveneens Cass. 7 mei 2008, *RW* 2008-09, 322, noot S. VOET en *RABG* 2008, 1067, noot J. VAN DONINCK, voor een toepassing waarbij op de uitspraak door de voorzitter twee andere bijzitters aanwezig waren dan de rechters die hebben geoordeeld met de betrokken voorzitter.

131. Cass. 28 januari 2009, *Arr.Cass.* 2009, 279, *JT* 2009, 394, *Pas.* 2009, 245 en *Rev.dr.pén.* 2009, 717, noot O. MICHIELS.

**54.** Dat het vonnis of arrest moet worden ondertekend door de rechters die het hebben uitgesproken en door de griffier, volgt zowel uit artikel 782 Ger.W. als uit artikel 195*bis* Sv. Artikel 782 Ger.W. werd minstens impliciet toepasselijk geacht in strafzaken.<sup>132</sup> De vraag rijst of dit nu nog onverkort het geval kan zijn. Artikel 782, eerste lid Ger.W. bepaalt immers sedert de wet van 26 april 2007 dat het vonnis ondertekend wordt voor de uitspraak terwijl artikel 195*bis* Sv. bepaalt dat de griffier het vonnis laat ondertekenen binnen achtenveertig uren.

Het Hof van Cassatie herhaalde na de wet van 26 april 2007 nog dat artikel 782 Ger.W. van toepassing is in strafzaken, maar niet voorgeschreven is op straffe van nietigheid en evenmin substantieel is.<sup>133</sup>

Nochtans kan worden aangenomen dat de afwijkende bepaling uit het Wetboek van Strafvordering voorrang heeft wat betreft het tijdstip van ondertekening van de uitspraak<sup>134</sup>, ook al kan er ernstig aan getwijfeld worden of dit wel de bedoeling van de wetgever is geweest en kan vermoed worden dat de wetgever het bestaan van artikel 195*bis* Sv. uit het oog is verloren. Vanzelfsprekend verhindert geen enkele bepaling dat ook in strafzaken het vonnis voor de uitspraak zou ondertekend worden.

**55.** Ten slotte rijst de vraag wat er moet gebeuren indien de uitspraak door de voorzitter alleen gebeurt en op die zitting een vordering tot onmiddellijke aanhouding wordt geformuleerd. Uit het reeds vermelde arrest van 7 mei 2008 van het Hof van Cassatie volgt impliciet dat over deze vordering door het hof van beroep weliswaar uitspraak moet worden gedaan door drie raadsheren, doch dat dit niet noodzakelijk dezelfde hoeven te zijn als degene die ten gronde uitspraak hebben gedaan.<sup>135</sup>

**56.** Vermelden wij ten slotte dat artikel 788, eerste lid Ger.W. betreffende het herstel op vordering van de procureur-generaal van enig verzuim betreffende de processen-verbaal van de terechtzitting ook van toepassing is in strafzaken.<sup>136</sup> Bepaalde

---

132. Cass. 5 april 2005, *Arr.Cass.* 2005, 765, *Pas.* 2005, 767 en *P&B* 2006, 254; *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2005, 200 en de aldaar vermelde arresten van het Hof.

133. Cass. 22 november 2011, AR P110993N, waarin werd aangevoerd dat het arrest pas na de uitspraak was ondertekend. In de noot bij dit arrest wordt verder verwezen naar twee onuitgegeven arresten van 28 september 2010 en 23 november 2010 (AR P100513N en AR P101235N).

134. De art. 782 en 782*bis* Ger.W. staan er niet aan in de weg dat de rechters slechts na de uitspraak ondertekenen (Cass. 15 juni 2010, *Pas.* 2010, 1898).

135. Cass. 7 mei 2008, *JT* 2008, 457, noot, *NJW* 2008, 926, noot A. VANDERHAEGHEN, *Pas.* 2008, 1115, *RABG* 2008, 1067, noot J. VAN DONINCK, *Rev.dr.pén.* 2008, 929 en *RW* 2008-09, 322, noot S. VOET.

136. Cass. 8 februari 2005, *Arr.Cass.* 2005, 328, *NJW* 2005, 128 en *Pas.* 2005, 322. Het herstel kan zelfs nog gebeuren na het instellen van een cassatieberoep en voor de uitspraak van het Hof van Cassatie (Cass. 16 oktober 2002, *Rev.dr.pén.* 2003, 302, noot; Cass. 10 oktober 2007, *Arr.Cass.* 2007, 1900, *Pas.* 2007, 1754 en *TBP* 2009, 425; Cass. 6 januari 2010, *Pas.* 2010, 16). Bovendien kan het Hof van Cassatie – buiten de toepassing van art. 788 Ger.W. om – een verschrijving in een akte rechtzetten wanneer uit de context van de stukken waarop het vermag acht te slaan zonder twijfel blijkt dat het een materiële vergissing betreft (Cass. 10 december 2013, AR P130691N i.v.m. een verschrijving in een zittingsblad dat de uitspraak van het bestreden arrest bevestigt maar hierbij de datum van 5 maart 2013 vermeldt i.p.v. 4 maart 2013; zie tevens Cass. 3 mei 2011, AR P101865N i.v.m. een verklaring van cassatieberoep, waar evenwel werd geoordeeld dat er geen verschrijving voorlag). Eenzelfde bevoegdheid om een materiële

onderdelen van artikel 780 Ger.W. zijn in strafzaken van toepassing.<sup>137</sup> Dit artikel is evenwel niet van toepassing op een Europees aanhoudingsbevel of een daarmee gelijkgestelde Schengensignalering.<sup>138</sup> Artikel 792 Ger.W. betreffende de toezending van een afschrift van het vonnis aan de partijen is niet van toepassing in strafzaken.<sup>139</sup>

## 6. UITLEGGING EN VERBETERING VAN HET VONNIS (ART. 793-801 GER.W.)

**57.** Artikel 793 *et seq.* Ger.W. nopens de uitlegging en verbetering van het vonnis worden toepasselijk geacht in strafzaken.<sup>140, 141</sup> Het Wetboek van Strafvordering bepaalt dienaangaande niets, zodat er krachtens artikel 2 Ger.W. ruimte bestaat voor de toepassing van artikel 793 *et seq.* van het Gerechtelijk Wetboek.<sup>142</sup> Het gaat dan ook enerzijds om de uitlegging van onduidelijke of dubbelzinnige beslissingen<sup>143</sup> en anderzijds om de verbetering van een beslissing, steeds zonder dat de in het vonnis bevestigde rechten uitgebreid, beperkt of gewijzigd mogen worden.<sup>144</sup> De vordering tot verbetering veronderstelt een belang, dat in strafzaken kan gelegen zijn in de noodzaak om moeilijkheden bij de uitvoering te voorkomen.<sup>145</sup> De materiële vergissing moet een vergissing van de rechter en niet van de partijen zijn en moet bovendien duidelijk blijken uit de stukken van het dossier.

Hierbij moet voor ogen worden gehouden dat elke beslissing over een geschil een *dictum* is, ongeacht de plaats ervan in de tekst van de uitspraak.<sup>146</sup> Een vordering tot

---

→ verschrijving recht te zetten, komt toe aan het onderzoeksgerecht dat moet oordelen over de uitvoerbaarverklaring van een Europees aanhoudingsbevel (Cass. 28 september 2010, AR P101512N).

137. Nl. art. 780, 1° en 5° Ger.W. (*Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2005, 198-200). Dit is dan weer niet het geval voor art. 780, 2° Ger.W. (Cass. 28 september 1988, *RW* 1988-89, 924-925, noot A. VANDEPLAS).

138. Cass. 28 september 2010, AR P101512N, waarbij was aangevoerd dat het Europees aanhoudingsbevel niet gedateerd was en de naam, functie en handtekening van de rechter die het uitvaardigt, niet bevat.

139. Men kan zich nochtans de vraag stellen of er gegronde redenen zijn om in strafzaken de toezending van een afschrift van de uitspraak aan de partij of haar advocaat te ontzeggen.

140. J. DE CORDT, "L'erreur matérielle et sa rectification devant les juridictions répressives" (noot onder Brussel 17 september 2002), *Rev.dr.pén.* 2003, 312-318.

141. Het art. 794/1 Ger.W., ingevoegd bij wet van 24 oktober 2013 (*BS* 24 januari 2014) dat betrekking heeft op het herstel van een omissie bestaande uit het verzuim uitspraak te doen over een punt van de vordering, lijkt toepasselijk te kunnen worden geacht in strafzaken in zoverre het gaat om een beoordeling op burgerrechtelijk gebied.

142. Cass. 31 januari 2006, *Arr.Cass.* 2006, 239 en *Pas.* 206, 245.

143. De uitlegging van een beslissing kan zich niet uitstrekken tot de gevolgen die voortvloeien uit de beslissing, zoals bv. de vraag of na een herstel in eer en rechten de verplichting om examens af te leggen, die was verbonden aan een rijverbod, ook ophoudt te bestaan (Antwerpen 27 juni 1989, *RW* 1989-90, 717-719, noot L. DE SCHEPPER).

144. Zo maakt de toevoeging door de strafuitvoeringsrechter van een nieuwe voorwaarde geen verbetering uit in de zin van art. 794 Ger.W. (Cass. 25 augustus 2009, AR P091286N). Hetzelfde geldt voor de bepaling van de duur van het uitstel wanneer in een eerdere beslissing de rechter een veroordeling met uitstel had uitgesproken zonder de duur van het uitstel te preciseren (Cass. 31 oktober 2012, AR P120862F) en voor een vervanging van een verwijzing door een buitenvervolginstelling, zelfs indien verwezen wordt naar een tegenstrijdigheid tussen de redenen en het *dictum* (Cass. 30 januari 2013, AR P112030F).

145. Cass. 25 augustus 2009, AR P091228F waar geoordeeld werd dat dit belang niet aanwezig is als het gaat om schrijffouten die geen belang hebben voor de uitvoering.

146. Cass. 4 oktober 2005, *Arr.Cass.* 2005, 1807 en *Pas.* 2005, 1809.

uitlegging moet derhalve niet noodzakelijk betrekking hebben op een beslissing die in het dispositief van het arrest is opgenomen. De verbetering kan betrekking hebben op een misrekening die het resultaat van een rekenkundige verrichting betreft en die uit de intrinsieke bestanddelen van die beslissing blijkt.<sup>147</sup>

**58.** De vordering tot verbetering of uitlegging wordt op grond van artikel 796 Ger.W. ingeleid d.m.v. een dagvaarding of via een vrijwillige verschijning. Het Openbaar Ministerie mag de vordering aanhangig maken door een geschreven rechtsvordering.<sup>148</sup> Ook de artikelen 798 en 799 Ger.W. zijn van toepassing in strafzaken.

## C. Tussengeschillen en bewijs

### 1. TUSSENVORDERINGEN (ART. 807-810 GER.W.)

**59.** De vraag naar de toepasselijkheid van de artikelen 807 t.e.m. 810 Ger.W. m.b.t. de tussenvorderingen is enkel relevant wat artikel 807 Ger.W. betreft. Uit de bewoordingen van de artikelen 808 t.e.m. 810 Ger.W. blijkt immers dat deze niet of bijzonder moeilijk kunnen worden toegepast in strafzaken. Bovendien is artikel 807 Ger.W. ook enkel van toepassing op de burgerlijke rechtsvordering.<sup>149</sup> Bijvoeglijke strafvervolgingen worden geen tussenvorderingen genoemd en worden evenmin met een conclusie aanhangig gemaakt.<sup>150</sup> Voorts kan worden vastgesteld dat in het Wetboek van Strafvordering geen bepalingen figureren die de uitbreiding van een door een burgerlijke partij gestelde vordering regelen. De in artikel 807 Ger.W. besloten boodschap is dan ook minstens impliciet van toepassing in strafzaken.

**60.** Het Hof van Cassatie heeft dan ook meermaals geoordeeld dat de burgerlijke partij, overeenkomstig de artikelen 807 en 1042 Ger.W. zelfs in hoger beroep de vordering die met toepassing van de artikelen 3 en 4 V.T.Sv. voor de strafrechter aanhangig is, kan uitbreiden of wijzigen, mits de uitbreiding of de wijziging blijft berusten op het aan de beklaagde ten laste gelegde misdrijf.<sup>151</sup> Wel rijst de vraag of ook in strafzaken de vereiste geldt dat de conclusies waarbij de eis wordt uitgebreid, op tegenspraak moeten worden genomen. Wellicht luidt het antwoord ontkennend.<sup>152</sup>

147. Zie de rechtspraak aangehaald in het *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2005, 202-204.

148. Cass. 15 december 2004, *Arr.Cass.* 2004, nr. 613.

149. Cass. 4 september 2012, AR P120344N.

150. R. DECLERCQ, "Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht – strafprocesrecht", 51-52.

151. Cass. 23 december 1992, *Arr.Cass.* 1992-93, nr. 813; Cass. 16 oktober 2001, *Arr.Cass.* 2001, nr. 548; Cass. 2 november 2005, AR P051013F; Cass. 9 december 2009, AR P090725F. In het arrest van 16 oktober 2001 had de burgerlijke partij in hoger beroep de eis uitgebreid voor de schadepost "economisch verlies huishoudster", waarvoor in eerste aanleg geen vergoeding werd gevorderd. De beslissing waarbij de appelrechters oordeelden dat deze uitbreiding niet ontvankelijk was, werd door het Hof van Cassatie vernietigd.

152. *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2005, 208, met verwijzing naar een noot bij een arrest van het Hof van 7 april 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, nr. 470.

## 2. TUSSENKOMST (ART. 811-814 GER.W.)

**61.** De tussenkomst van andere partijen wordt in het Gerechtelijk Wetboek geregeld door de artikelen 811 t.e.m. 814 Ger.W. Volgens een vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie is de vrijwillige of gedwongen tussenkomst in strafzaken enkel ontvankelijk op voorwaarde dat een bijzondere wet zulks uitdrukkelijk bepaalt of dat, krachtens de wet, de strafrechter uitzonderlijk het recht heeft een veroordeling, een sanctie of een andere maatregel uit te spreken tegen een derde.<sup>153, 154</sup> Het Wetboek van Strafvordering en de wetten betreffende de strafrechtspleging bepalen welke partijen een vordering kunnen instellen of tegen wie voor deze rechters een vordering kan worden ingesteld.<sup>155</sup> Het Grondwettelijk Hof heeft reeds enige tijd geleden geoordeeld dat deze regel verantwoord is, omdat nl. de strafrechtspleging wordt georganiseerd teneinde inbreuken op de openbare orde strafrechtelijk te doen beoordelen door een rechter en teneinde diezelfde rechter in de mogelijkheid te stellen uitspraak te doen over privébelangen, maar enkel m.b.t. de door het misdrijf veroorzaakte schade, zonder de uitspraak op strafgebied nodeloos te vertragen. Het Hof was bevreesd voor het risico dat “strafgerechten zouden worden overstelpt met geschillen die geen voldoende band hebben met de beoordeling van de aan de verdachte ten laste gelegde feiten”.<sup>156</sup> Een beklagde kan wel via een rechtstreekse dagvaarding een andere persoon voor de rechter brengen, doch hiervoor is vereist dat deze beklagde schade heeft geleden t.g.v. een door die persoon gepleegd misdrijf.<sup>157</sup> Een zuivere gedwongen tussenkomst in vrijwaring of een vordering tot gemeenverklaring en tegenstelbaarverklaring<sup>158</sup> is voor de strafgerechten dan ook niet mogelijk. Ook in het raam van een cassatiegeding in strafzaken voorziet de wet niet in een vrijwillige tussenkomst.<sup>159</sup>

**62.** Een aantal gevallen van toepassing van deze principes in strafzaken zijn bekend. Zo kan in de gevallen waarin een verbeurdverklaring tegen een derde kan worden uitgesproken deze in het strafgeding tussenkomen. Dit werd eerst door de rechtspraak erkend<sup>160</sup>, doch werd nu uitdrukkelijk opgenomen in artikel 5ter V.T.Sv. t.a.v. de

153. Cass. 14 december 2010, AR P100622N (tussenkomst van een burgerlijke partij die in hoger beroep niet meer in zake is om in hoger beroep een schadevergoeding te verkrijgen van een andere burgerlijke partij).

154. Zie in dit verband ook P. TAELEMAN en S. VOET, “Procesrechtelijke aspecten van aansprakelijkheidsvorderingen” in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*. PUC Willy Delva 2006-2007, Mechelen, Kluwer, 2007, 751-756.

155. Cass. 22 januari 2003, *Arr.Cass.* 2003, nr. 52; Cass. 10 mei 2006, *Arr.Cass.* 2006, 1066 en *Pas.* 2006, 1098. Zie ook *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2005, 208-211 en S. MOSSELMANS, *Tussenvorderingen in het civiele geding*, Mechelen, Kluwer, 2007, nrs. 310-311.

156. Arbitragehof 30 juni 1999, nr. 75/99, *BS* 19 november 1999. De omstandigheid dat een beklagde zich tot de burgerlijke rechter moet wenden om vergoeding te krijgen van de schade die hij zelf heeft geleden t.g.v. een fout van een derde en hierdoor de rechtsgang wordt verzwaard, weegt volgens het Hof niet op tegen de principiële doelstelling en de noodzaak om de strafgerechten niet van hun hoofdplicht af te leiden.

157. Om deze reden kan een beklagde geen rechtstreekse dagvaarding uitbrengen lastens de burgerrechtelijk aansprakelijke partij (Cass. 24 mei 1995, *Arr.Cass.* 1995, nr. 255; Arbitragehof 1 februari 1996, *RW* 1996-97, 774, noot S. VAN OVERBEKE).

158. Zie in dit verband Antwerpen 11 oktober 2006, *T.Strafr.* 2007, 111-113, noot B. MEGANCK.

159. Cass. 28 augustus 2012, AR P121454F.

160. Cass. 24 maart 1947, *Pas.* 1947, I, 123, conclusie R. HAYOIT DE TERMICOURT; Cass. 31 juli 1995, *Arr.Cass.* 1995, nr. 352; Cass. 10 mei 2006, *Arr.Cass.* 2006, 1066 en *Pas.* 2006, 1098.

personen die krachtens hun rechtmatig bezit rechten kunnen doen gelden op de vermogensvoordelen bedoeld in de artikelen 42, 3°, 43<sup>bis</sup> en 43<sup>quater</sup> Sw. of op zaken bedoeld in artikel 42, 1° Sw. of de zaken bedoeld in artikel 505 Sw.

**63.** Een dergelijke tussenkomst wordt ook veelvuldig aangewend in het domein van de verzekering van de burgerlijke aansprakelijkheid. In dit verband kan verwezen worden naar artikel 19<sup>bis</sup>-17 van de WAM-Wet van 21 november 1989 (m.b.t. het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds) en artikel 89, 5° van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, thans opgeheven bij wet van 4 april 2014 betreffende de verzekeringen en vervat in artikel 153, § 3 van de voormelde wet van 4 april 2014. Aangezien een dergelijke tussenkomst werd ingevoerd in het belang van de benadeelde en de verzekerde, kan deze er niet toe strekken dat de verzekeraar zich zou beroepen op de fout van zijn verzekerde teneinde achteraf verhaal te nemen. De mogelijkheid tot tussenkomst van de verzekeraar voor de strafrechter heeft als tegenhanger het eigen recht van de benadeelde tegen de verzekeraar op grond van artikel 86 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, thans opgeheven bij wet van 4 april 2014 betreffende de verzekeringen en vervat in artikel 150 van de voormelde wet van 4 april 2014.<sup>161</sup>

Ook werd terecht geoordeeld dat het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds voor de strafrechter geen tussenvordering kan stellen lastens de beklaagde in terugbetaling van alle bedragen waartoe dat fonds zou gehouden zijn tegenover de burgerlijke partij.<sup>162</sup>

De rol van verzekeringsinstellingen die gesubrogeerd zijn in de rechten van hun verzekerd lid moet van het bovenstaande worden onderscheiden. Zij oefent in dat geval voor de strafrechter de burgerlijke rechtsvordering van de benadeelde uit.<sup>163</sup>

**64.** De bekommernis die door de vaste rechtspraak tot uiting wordt gebracht, is ongetwijfeld begrijpelijk. Complexe problemen van burgerlijk recht kunnen de rechtsgang voor de strafrechter inderdaad vertragen. Anderzijds kan worden opgemerkt dat het de strafrechter steeds vrij staat uitspraak te doen op strafgebied en de uitspraak op burgerlijk gebied uit te stellen en dat het samenbrengen van de – ook onrechtstreekse – gevolgen van een strafbaar feit voor dezelfde rechter proceseconomisch bepaalde voordelen kan bieden.

---

161. P. Taelman en S. Voet, "Procesrechtelijke aspecten van aansprakelijkheidsvorderingen" in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen. PUC Willy Delva 2006-2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 753.

162. Pol. Brugge 13 september 2012, VAV 2013, 72-74.

163. P. Taelman en S. Voet, "Procesrechtelijke aspecten van aansprakelijkheidsvorderingen" in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen. PUC Willy Delva 2006-2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 755, nr. 10.



### 3. WRAKING EN VERSCHONING (ART. 828-847 GER.W.)

**65.** Artikel 828 Ger.W. *et seq.* m.b.t. de wraking van een rechter zijn van toepassing op alle rechtsplegingen, behoudens wanneer deze geregeld worden door niet uitdrukkelijk opgeheven wetsbepalingen of geregeld worden door rechtsbeginselen waarvan de toepassing niet verenigbaar is met de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek. De toepassing t.a.v. de strafgerechten van de in artikel 828 Ger.W. *et seq.* opgesomde wrakingsgronden wordt niet betwist.<sup>164</sup>

**66.** Ook in strafzaken wordt aangenomen dat de wrakingsgronden, limitatief opgesomd in artikel 828 Ger.W., beperkend moeten worden geïnterpreteerd.<sup>165</sup> Sinds de invoering bij wet van 10 juni 2001 van de wettige verdenking als wrakingsgrond werd in een zaak waarin als reden tot wraking niet de wettige verdenking werd opgeworpen, doch gevaar voor de rechterlijke partijdigheid, onder verwijzing naar artikelen 6.1 EVRM en 14.1 BUPO-Verdrag en het rechtsbeginsel inzake de rechterlijke onpartijdigheid, de beperkende interpretatie van artikel 828 Ger.W. bevestigd.<sup>166</sup> Niettemin werd reeds beslist dat, hoewel schending van het door artikel 6.3 EVRM gewaarborgde recht over voldoende tijd te beschikken ter voorbereiding van zijn verdediging *an sich* geen wrakingsgrond vormt, teneinde het bestaan te bevestigen van een wettige verdenking dat de betrokken rechter niet onpartijdig is, moet worden gecontroleerd of de verdenkingen in hoofde van een procespartij objectief verantwoord zijn.<sup>167</sup>

164. O.a. Cass. 11 juni 1974, *Arr.Cass.* 1974, 1125; Antwerpen 3 maart 1976, *Pas.* 1977, II, 29; Cass. 22 juni 1976, *Arr.Cass.* 1976, 1192; Cass. 6 september 1977, *Arr.Cass.* 1978, 24; Cass. 18 maart 1981, *Arr.Cass.* 1981, 789, *Pas.* 1981, I, 770 en *Rev.dr.pén.* 1981, 703; Cass. 24 april 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 1113; Cass. 3 januari 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 578; Luik 20 maart 1992, *JLMB* 1992, 1157; Cass. 18 november 1997, *Arr.Cass.* 1997, nr. 485; Cass. 10 december 2003, AR P031636F; Cass. 28 februari 2008, *RW* 2008-09, 237, noot A. VANDEPLAS; Cass. 28 oktober 2010, *Pas.* 2010, 2850; Cass. 21 april 2011, *Arr.Cass.* 2011, 1062, *Pas.* 2011, nr. 276 en *T.Strafr.* 2013, 31; Cass. 13 mei 2011, *T.Strafr.* 2011, 269; Cass. 9 oktober 2012, *T.Strafr.* 2013, 37; Cass. 9 april 2013, *T.Strafr.* 2013, 373, noot M. DAMS en P. HARTOCH; *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2005, 213-214; E. BREWAEYS, noot onder Cass. 14 februari 1977, *JT* 1977, 745; R. DECLERCQ, “Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht – strafprocesrecht”, 53; R. DECLERCQ, *Commentaar Strafrecht en strafvordering*, Mechelen, Kluwer, losbladig, wraking, nr. 1; S. DE COSTER, *Commentaar Gerechtelijk recht*, Mechelen, Kluwer, losbladig, art. 828-847, nrs. 15-16; G. DE LEVAL, *Institutions judiciaires*, Luik, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit, 1992, 62; J. GHYSELS, “Rechtscreativiteit of toepassing van de wet?”, *AJT* 1996-97, 44-45; R. HAYOIT DE TERMICOURT, “Considérations sur le projet de Code judiciaire”, *JT* 1966, 497; A. KOHL, “Le code judiciaire, droit commun de la procédure”, 464-465; J. KRINGS, “De toepassing van de regels van het gerechtelijk wetboek op de rechtsplegingen in strafzaken, tuchtzaken, fiscale zaken e.a.” in G. VAN DIEVOET (ed.), *Actuele problemen van gerechtelijk privaatrecht*, Leuven, Acco, 1976, 15; S. VAN OVERBEKE, “Wraking van de rechter in strafzaken” (noot onder Antwerpen 13 november 1991), *RW* 1994-95, 294. Zie meer in het algemeen voor recente verdere toepassingsgevallen van de wrakingsgronden in strafzaken M.-A. BEERNAERT, H. BOSLIJN en D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, die Keure, 2014, 1517-1520 en M. DAMS en P. HARTOCH, “Hof van assisen: wraking en preliminaire zitting” (noot onder Cass. 9 april 2013), *T.Strafr.* 2013, 375-379.

165. Cass. 4 februari 1997, *Arr.Cass.* 1997, nr. 63; Cass. 19 november 1998, *Arr.Cass.* 1998, nr. 480; Cass. 15 juni 1999, *Arr.Cass.* 1999, nr. 361; Cass. 30 mei 2001, *Arr.Cass.* 2001, nr. 322; Cass. 23 juli 2002, *Arr.Cass.* 2002, nr. 404; Cass. 24 september 2002, *Arr.Cass.* 2002, nr. 477; Cass. 19 november 2003, *Pas.* 2003, 581; Cass. 28 januari 2004, *RABG* 2004, 632; Cass. 30 april 2004, *Pas.* 2004, I, 228 en *RW* 2005-06, 1302; *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2005, 216.

166. Cass. 23 juli 2002, *Arr.Cass.* 2002, nr. 404; *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2005, 217-218.

167. Cass. 28 januari 2004, *Arr.Cass.* 2004, 144, *Pas.* 2004, 182 en *RABG* 2004, 632. Vgl. met Cass. 24 januari 2008, *Pas.* 2008, 250; *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2005, 218.

67. Zo is ook artikel 828, 9° Ger.W., volgens hetwelk iedere rechter kan worden gewraakt indien hij raad gegeven, gepleit of geschreven heeft over het geschil of indien hij daarvan vroeger kennis heeft genomen als (scheids)rechter, behalve indien hij in dezelfde aanleg heeft meegewerkt aan een vonnis of een uitspraak alvorens recht te doen; na uitspraak te hebben gedaan bij verstek, van de zaak kennisneemt op verzet; na uitspraak te hebben gedaan op een voorziening, later van dezelfde zaak kennisneemt in verenigde kamers, van toepassing op de rechtspleging in strafzaken.<sup>168</sup>

Met toepassing van deze wetsbepaling kan dan ook de rechter die de beklagde als raadsman had vertegenwoordigd, worden gewraakt.<sup>169</sup> Daarentegen kunnen (1) de raadsheeren van de kamer van inbeschuldigingstelling bij wie een zaak aanhangig is in het raam van de rechtspleging van de artikelen 235*bis* en 235*ter* Sv. – nl. de controle van de tijdens het onderzoek aangewende bijzondere opsporingsmethoden, nadat eerder uitspraak werd gedaan over de voorlopige hechtenis<sup>170</sup> en (2) de assessor in de strafuitvoeringsrechtbank, die bij de uitoefening van zijn beroep de veroordeelde heeft ontmoet die vervolgens voor hem verschijnt<sup>171</sup>, niet worden gewraakt.<sup>172</sup>

68. Verder rijst de vraag of ook in strafzaken het Openbaar Ministerie kan worden gewraakt. Gelet op de duidelijke libellering van artikel 832 Ger.W., volgens hetwelk het Openbaar Ministerie niet kan worden gewraakt wanneer het ageert als hoofdpartij, moet deze vraag negatief worden beantwoord. Aangezien in strafzaken het Openbaar Ministerie optreedt als vervolgende partij, kan de parketmagistraat die optreedt in het geschil nooit worden gewraakt.<sup>173</sup> Deze onmogelijkheid tot wraking van het in een welbepaalde strafzaak zetelend lid van het Openbaar Ministerie geldt tevens indien de strafvordering door de burgerlijke partij op gang wordt gebracht.<sup>174</sup>

168. Cass. 18 maart 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, nr. 413; *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2005, 219.

169. Cass. 13 oktober 1975, *Arr.Cass.* 1976, 181.

170. Niets belet een rechter in beide zaken zitting te hebben aangezien de uitspraak over de volledigheid van het strafdossier voor de doeleinden van de voorlopige hechtenis niet gelijk is aan de uitspraak over de volledigheid van het strafdossier in het algemeen. Cass. 10 juni 2010, *RABG* 2011, 619.

171. Cass. 28 december 2010, *Pas.* 2010, 3317 en *RW* 2012-13, 894, noot.

172. Voor andere toepassingsgevallen van art. 828, 9° Ger.W. in strafzaken zie o.a. Cass. 21 maart 2000, *Arr.Cass.* 2000, nr. 196; Cass. 8 mei 2001, *Arr.Cass.* 2001, nr. 263; Cass. 30 mei 2001, *Arr.Cass.* 2001, nr. 322; Cass. 18 september 2001, AR P041277N; Cass. 18 september 2001, AR P041278N; Cass. 18 september 2001, AR P041279N; Cass. 6 april 2004, *Arr.Cass.* 2004, 614 en *Pas.* 2004, 601; Cass. 17 oktober 2008, *Pas.* 2008, 2286; *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2005, 219-221.

173. Cass. 26 januari 2009, AR C090021F; S. DE COSTER, *Commentaar Gerechtelijk recht*, Mechelen, Kluwer, losbladig, art. 832, nr. 2; J. GHYSELS, "Rechtscreativiteit of toepassing van de wet?", *AJT* 1996-97, 45; A. KOHL, "Le code judiciaire, droit commun de la procédure", 465; *RPDB*, v° *Récusation*, nr. 24.

174. S. DE COSTER, *Commentaar Gerechtelijk recht*, Mechelen, Kluwer, losbladig, art. 832, nr. 2; J. GHYSELS, "Rechtscreativiteit of toepassing van de wet?", *AJT* 1996-97, 45; A. KOHL, "Le code judiciaire, droit commun de la procédure", 465; *RPDB*, v° *Récusation*, nr. 24.

69. Ook de wrakingsprocedure<sup>175</sup> is van toepassing in strafprocedures.<sup>176</sup> Bij een verzoek tot wraking van een rechter in strafzaken moet worden rekening gehouden met de vormvoorschriften, die substantieel en van openbare orde zijn, alsook met het tijdstip waarop wraking moet worden voorgedragen en de termijnen binnen dewelke uitspraak moet worden gedaan. Ook deze laatste twee aspecten raken de openbare orde.<sup>177</sup> Wat betreft de vraag of de wraking van een strafrechter een burgerlijk dan wel een strafrechtelijk karakter heeft, moet ten slotte worden vastgesteld dat in de rechtspraak geen eenduidig standpunt wordt ingenomen.<sup>178</sup>

70. Het Hof van Cassatie neemt aan dat een cassatieberoep tegen een arrest waarin uitspraak wordt gedaan over een verzoek tot wraking van een strafrechter, ook wanneer dit arrest is gewezen door een burgerlijke kamer van een hof van beroep, moet worden ingesteld in overeenstemming met de door het Wetboek van Strafvordering voorziene vormelijke voorwaarden en termijnen.<sup>179</sup> Zo is een arrest van een hof van beroep waarin het van een verdachte uitgaande verzoek tot wraking van een van de correctionele rechters wordt afgewezen volgens het Hof van Cassatie niet vatbaar voor onmiddellijk cassatieberoep, aangezien het *primo* aan de tegen de verdachte ingestelde vervolgingen geen einde stelt, *secundo* geen uitspraak doet over een geschil inzake bevoegdheid en *tertio* geen beslissing betreft met toepassing van artikelen 135 en 235*bis* Sv., noch een beslissing inzake de burgerlijke rechtsvordering die uitspraak doet over het beginsel van aansprakelijkheid.<sup>180</sup> Indien het cassatieberoep in voormelde omstandigheden wordt ingesteld voor de eindbeslissing over de strafvordering zelf, is het volgens diezelfde rechtspraak onontvankelijk met toepassing van artikel 416 Sv.<sup>181</sup>

175. Over de toepassing van art. 833 Ger.W. in strafzaken zie Cass. 21 april 2011, *Arr.Cass.* 2011, 1062, *Pas.* 2011, nr. 276 en *T.Strafr.* 2013, 31 en Cass. 5 september 2012, *Pas.* 2012, 1590 en *Rev.dr.pén.* 2012, 1312, noot F. KUTY. Over de toepassing van art. 837, eerste lid Ger.W. in strafzaken zie Cass. 16 augustus 2011, *Arr.Cass.* 2011, 1715; *contra* Cass. 17 november 1998, *Arr.Cass.* 1998, 1058 (in het raam van voorlopige hechtenis).

176. *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2005, 215; S. DE COSTER, *Commentaar Gerechtelijk recht*, Mechelen, Kluwer, losbladig, art. 828-847, nr. 17; S. DE COSTER, *Commentaar Gerechtelijk recht*, Mechelen, Kluwer, losbladig, art. 835, nr. 3.

177. Cass. 18 november 1997, *Arr.Cass.* 1997, 1160 en *Pas.* 1997, I, 1215; *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2005, 222.

178. *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2005, 215; S. DE COSTER, *Commentaar Gerechtelijk recht*, Mechelen, Kluwer, losbladig, art. 835, nr. 3.

179. Cass. 18 november 1997, *Arr.Cass.* 1997, nr. 485; Cass. 27 februari 2002, *Arr.Cass.* 2002, nr. 141; Cass. 18 september 2002, *Arr.Cass.* 2002, nr. 459; Cass. 24 januari 2008, *Pas.* 2008, 250; *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2005, 214-215; S. DE COSTER, *Commentaar Gerechtelijk recht*, Mechelen, Kluwer, losbladig, art. 835, nr. 3. Zie ook *RPDB*, v° *Récusation*, nr. 149 *et seq.* Zie ook Cass. 12 juni 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1646, *Pas.* 2009, 1514 en *RABG* 2009, 1177, noot B. MAES en Cass. 26 juni 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1839 en *Pas.* 2009, 1691, hierna verder besproken.

180. Cass. 6 november 1967, *Arr.Cass.* 1968, 342 en *Pas.* 1968, I, 320; Cass. 4 juni 1974, *Arr.Cass.* 1974, 1098; Cass. 26 november 1974, *Arr.Cass.* 1975, 359 en *Pas.* 1975, I, 330; Cass. 30 juni 1975, *Arr.Cass.* 1975, 1169 en *Pas.* 1975, I, 1059; Cass. 16 maart 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, nr. 420; Cass. 19 mei 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, nr. 560; Cass. 6 februari 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, nr. 347; Cass. 4 september 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, nr. 7; Cass. 8 augustus 1994, *Arr.Cass.* 1994, 681 en *Pas.* 1994, I, 670; Cass. 5 december 1995, *Arr.Cass.* 1995, nr. 529; Cass. 8 december 1998, *Arr.Cass.* 1998, nr. 512; Cass. 27 februari 2002, *Arr.Cass.* 2002, nr. 141; Cass. 8 mei 2002, AR P020495F; Cass. 18 september 2002, *Arr.Cass.* 2002, nr. 549; Cass. 2 oktober 2002, *Arr.Cass.* 2002, nr. 502; Cass. 29 januari 2003, *Arr.Cass.* 2003, nr. 66; *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2005, 214-215; S. DE COSTER, *Commentaar Gerechtelijk recht*, Mechelen, Kluwer, losbladig, art. 835, nr. 3.

181. Cass. 26 november 1974, *Arr.Cass.* 1975, 359 en *Pas.* 1975, I, 330; Cass. 8 december 1998, *Arr.Cass.* 1998, nr. 512; Cass. 18 september 2002, *Arr.Cass.* 2002, nr. 459; Cass. 2 oktober 2002, *Arr.Cass.* 2002, nr. 502; Cass.

Indien de betrokken rechter zich, door op een tussengeschild uitspraak te doen over een verzoek tot wraking de bevoegdheid door de wet aan een andere rechterlijke instantie toegekend, uitoefent, is het cassatieberoep daarentegen wel ontvankelijk, zelfs indien de cassatievoorziening werd ingesteld voor de eindbeslissing.<sup>182</sup>

In een arrest van 29 september 2006 merkt het Hof van Cassatie op dat, gelet op het autonoom karakter van de wrakingsprocedure, het arrest dat uitspraak doet over het verzoek tot wraking van een rechter in een strafzaak niet als een voorbereidend arrest of arrest van onderzoek, zoals bedoeld door artikel 416 Sv.<sup>183</sup> kan worden gekwalificeerd, en het cassatieberoep tegen een dergelijk arrest derhalve toch kan worden ingesteld voor de eindbeslissing over de strafvordering<sup>184</sup>. In de literatuur wordt de vraag gesteld of hieruit kan worden afgeleid dat de wraking van een rechter in strafzaken een burgerlijk karakter heeft. In twee arresten van 12 juni 2009 en 26 juni 2009 herinnert het Hof van Cassatie eraan dat het cassatieberoep tegen een arrest dat uitspraak doet over het verzoek tot wraking van een rechter in een strafzaak kan worden ingesteld in overeenstemming met de door het Wetboek van Strafvordering voorziene vormen, zelfs indien de behandeling gebeurt door de burgerlijke kamer van het Hof van Cassatie.<sup>185</sup>

**71.** In lagere rechtspraak werd daarentegen reeds verdedigd dat enkel de regels van de burgerlijke rechtspleging mogen worden toegepast. Op grond van de toepassing in strafzaken van de in het Gerechtelijk Wetboek voorziene wrakingsprocedure werd dan ook geconcludeerd dat de wraking van de strafrechter een burgerlijk karakter heeft.<sup>186</sup>

#### 4. EXCEPTIES VAN NIETIGHEID (ART. 860-867 GER.W.)

**72.** Het Gerechtelijk Wetboek bevat een regeling inzake nietigheden. Deze is opgenomen in de artikelen 860 t.e.m. 867 Ger.W. De vraag rijst dan ook of, bij gebreke van enige specifieke regeling in het Wetboek van Strafvordering, deze artikelen in het strafproces toepassing kunnen vinden. De rechtspraak van het Hof van Cassatie geeft op deze vraag geen duidelijk antwoord.<sup>187</sup>

---

→ 29 januari 2003, AR P030028F; Cass. 29 januari 2003, *Arr.Cass.* 2003, nr. 66; Cass. 24 februari 2004, AR P040163N; Cass. 24 februari 2004, AR P040185N; *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2005, 215; S. DE COSTER, *Commentaar Gerechtelijk recht*, Mechelen, Kluwer, losbladig, art. 835, nr. 3; *RPDB*, v° *Récusation*, nrs. 151-152.

182. Cass. 3 januari 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, nr. 266; *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2005, 215.

183. Ingevolge de nieuwe cassatieprocedure zie hierover art. 420 Sv., dat in werking is getreden op 1 februari 2015.

184. Cass. 29 september 2006, *Pas.* 2006, 1932; S. DE COSTER, *Commentaar Gerechtelijk recht*, Mechelen, Kluwer, losbladig, art. 835, nr. 3.

185. Cass. 12 juni 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1646, *Pas.* 2009, 1514 en *RABG* 2009, 1177, noot B. MAES; Cass. 26 juni 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1839 en *Pas.* 2009, 1691; S. DE COSTER, *Commentaar Gerechtelijk recht*, Mechelen, Kluwer, losbladig, art. 835, nr. 3.

186. Gent 11 oktober 1974, *RW* 1974-75, 2089, noot; Gent 26 december 1974, *RW* 1974-75, 2091, noot C.J.V. *Anders RPDB*, v° *Récusation*, nr. 78. Zie ook S. DE COSTER, *Commentaar Gerechtelijk recht*, Mechelen, Kluwer, losbladig, art. 835, nr. 3.

187. *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2005, 230-236.

Het is vooreerst duidelijk dat de in de artikelen 860 t.e.m. 867 Ger.W. vervatte regeling betrekking heeft op proceshandelingen. Dit is reeds een eerste indicatie dat deze regeling niet wordt toegepast indien het gaat om nietigheden die ter gelegenheid van de bewijsvergaring zouden zijn begaan. Er kan worden aangenomen dat vormverzuimen die in het vooronderzoek zijn begaan, beoordeeld worden op grond van de zgn. Antigoondocctrine<sup>188</sup>, thans verankerd in artikel 32 V.T.Sv.<sup>189</sup>

**73.** Het begrip van de belangenschade, gehanteerd in artikel 861 Ger.W., is in strafzaken overigens bijzonder moeilijk te hanteren.<sup>190</sup> Het strafproces heeft een eigen dynamiek en valt daardoor buiten het bereik van artikel 861 Ger.W.<sup>191</sup> Bij de handhaving van secundaire voorschriften werd niettemin soms een beroep gedaan op artikel 861 Ger.W. Dit was dan vnl. het geval bij de fouten begaan bij de betekening van exploiten in strafzaken.<sup>192</sup> Hier zijn wel goede redenen voor. Indien bij gebreke van eigen regels in het Wetboek van Strafvordering de betekening van de dagvaarding geregeld wordt door het Gerechtelijk Wetboek lijkt het logisch dat ook artikel 860 *et seq.* Ger.W. worden toegepast om de sanctie op niet-naleving van deze regels te bepalen. Voor het overige staat de rechtsleer in zijn algemeenheid bijzonder afwijzend tegenover het transponeren van het criterium van de belangenschade uit artikel 861 Ger.W. naar het strafprocesrecht. Niet alleen zijn de betrokken artikelen uit het Gerechtelijk Wetboek niet in die optiek geschreven, het strafproces berust bovendien op een eigen waardepatroon of ethiek.<sup>193</sup> Het ontbreken van een fundamentele benadering van de problematiek van de verzuimen en onregelmatigheden in het Wetboek van Strafvordering belet dan ook niet dat de hantering van de begrippen uit het gerechtelijk privaatrecht geen oplossing biedt.<sup>194</sup>

188. Cass. 14 oktober 2003, *NJW* 2003, 1367, noot E. BREWAEYS, *RABG* 2004, 333, noot F. SCHUERMANS, *RW* 2003-04, 814 en *T.Strafr.* 2004, 129, noot P. TRAEST.

189. Ingevoegd bij art. 3 van de wet van 24 oktober 2013 (*BS* 12 november 2013).

190. I.v.m. de moeilijkheden die men ontmoet indien men de art. 860-867 Ger.W. in strafzaken wenst toe te passen: A. DE NAUW, "De hantering van de begrippen 'belang' en 'normdoel' bij de toepassing van de nietigheidssanctie wegens niet-naleving van de regels uit het strafprocesrecht" in W. VAN GERVEN, P. VAN ORSHOVEN, R. DE CORTE, J. LAENENS, P. Taelman, K. BROECKX, J. STUYCK, A. DE NAUW, S. VAN CROMBRUGGE, P. HUMBLET, P. LEMMENS en M. VAN HOECKE (eds.), *De norm achter de regel, Liber amicorum M. Storme*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 101-119.

191. B. DE SMET, "De handhaving en relativisering van strafvorderlijke voorschriften" in P. TRAEST en A. DE NAUW (eds.), *Wie is er bang van het strafrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 109, nr. 227; A. KOHL, "Le code judiciaire, droit commun de la procédure", 467-469.

192. B. DE SMET, "De handhaving en relativisering van strafvorderlijke voorschriften" in P. TRAEST en A. DE NAUW (eds.), *Wie is er bang van het strafrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1998, nr. 254. Ook in dit geval blijkt de toepassing van het Gerechtelijk Wetboek geen constante te zijn. Zie P. TRAEST en T. GOMBEER, "De toepassing van het gerechtelijk wetboek in strafzaken" in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *CBR Jaarboek 2008-2009*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 471-472.

193. B. DE SMET, "De handhaving en relativisering van strafvorderlijke voorschriften" in P. TRAEST en A. DE NAUW (eds.), *Wie is er bang van het strafrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1998, nr. 282.

194. A. DE NAUW, "De hantering van de begrippen 'belang' en 'normdoel' bij de toepassing van de nietigheidssanctie wegens niet-naleving van de regels uit het strafprocesrecht" in W. VAN GERVEN, P. VAN ORSHOVEN, R. DE CORTE, J. LAENENS, P. Taelman, K. BROECKX, J. STUYCK, A. DE NAUW, S. VAN CROMBRUGGE, P. HUMBLET, P. LEMMENS en M. VAN HOECKE (eds.), *De norm achter de regel, Liber amicorum M. Storme*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 119.

Volledigheidshalve kan nog worden opgemerkt dat het Hof van Cassatie uitdrukkelijk heeft beslist dat artikel 867 Ger.W. in elk geval niet van toepassing is in strafzaken.<sup>195</sup> Ook werd geoordeeld dat artikel 863 Ger.W. op grond waarvan het ontbreken van een handtekening kan worden geregulariseerd niet tot gevolg heeft dat een ongetekend stuk, nl. een memorie, alsnog ontvankelijk zou worden doordat op de rechtszitting een authentieke handtekening werd geplaatst, buiten de termijn voorgeschreven bij artikel 97, § 1, tweede lid van de wet van 17 mei 2006 betreffende de externe rechtspositie van de veroordeelde.<sup>196</sup>

## 5. DESKUNDIGENONDERZOEK (ART. 962-991 GER.W.)

**74.** De artikelen 962 t.e.m. 991 Ger.W. regelen het deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken. De laatste decennia is er omtrent deze artikelen heel wat te doen geweest. Onder invloed van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof is er in de praktijk een tendens ontstaan om de artikelen van het Gerechtelijk Wetboek – of althans een deel ervan – tot op een bepaalde hoogte toe te passen op deskundigenonderzoeken bevolen in strafzaken. De ruimte ontbreekt hier om deze jurisprudentiële evolutie volledig te schetsen, doch essentieel is dat bij de trend naar meer tegenspraak bij de uitvoering van deskundigenonderzoeken in strafzaken de desbetreffende artikelen uit het Gerechtelijk Wetboek als hefboom werden gebruikt.<sup>197</sup> Hierbij komt nog dat de wet van 15 mei 2007 deze artikelen grondig heeft gewijzigd en derhalve een aantal van deze nieuwigheden ook in bepaalde gevallen in strafzaken van toepassing zullen zijn.

**75.** Voor zover het gaat om een expertise die wordt bevolen tijdens het vooronderzoek, mogen nog steeds alle wettelijke bepalingen over het deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken (art. 875*bis* en 962 t.e.m. 991*bis* Ger.W. (nieuw)) zonder aarzeling terzijde worden geschoven als zijnde niet van toepassing. Het toenmalige Arbitragehof heeft in zijn arrest van 24 juni 1998 immers voor recht gezegd dat het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel niet wordt geschonden in zoverre de artikelen 43 en 44 Sv. de (door het parket in de loop van het opsporingsonderzoek of door de rechter in de loop van het gerechtelijk onderzoek) aangestelde deskundige niet verplichten de regels van het contradictoir debat, vervat in artikel 962 *et seq.* Ger.W. (oud), in acht

195. Cass. 3 maart 1998, *Arr.Cass.* 1998, nr. 115. Dit is het geval, zelfs zo het Gerechtelijk Wetboek toepasselijk is wat de betekening van een dagvaarding in strafzaken betreft.

196. Cass. 25 september 2013, AR P131528F.

197. Omtrent de evolutie van de rechtspraak i.v.m. de tegenspraak bij de uitvoering van het deskundigenonderzoek in strafzaken raadplege men o.m. B. DE SMET, *Deskundigenonderzoek in strafzaken* in *APR*, Gent, Story-Scientia, 2001, 162-190, nrs. 276-323; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS en A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, Brussel, Larcier, 2012, 543-549 en 1204-1215; V. PIRE, “Vers la consécration légale du principe du caractère contradictoire de l’expertise à tous les stades de la procédure pénale?” in Y. CARTUYVELS, P. JADOUL en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Liber amicorum Michel Mahieu*, Brussel, Larcier, 2008, 117-128; P. TRAEST en P. VAN CAENEGEM, “Het deskundigenonderzoek in strafzaken” in G. DE LEVAL en B. TILLEMANS (eds.), *Gerechtelijk deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingconsulent*, Brugge, die Keure, 2003, 345-443; D. VANDERMEERSCH, “L’expertise pénale: situation actuelle et perspectives d’avenir” in E. FELIX (ed.), *L’expert et la justice. De deskundige en het gerecht*, Brugge, die Keure, 2006, 137-179.

te nemen.<sup>198</sup> Het Hof van Cassatie heeft deze rechtspraak gevolgd.<sup>199</sup> Het feit dat het *niet verplicht is* dat de expertise in het vooronderzoek op tegensprekelijke wijze zou verlopen, betekent nochtans *niet dat het niet zou zijn toegelaten* dat de expertise in dit stadium van de strafrechtspleging op tegensprekelijke wijze zou verlopen. De procureur des Konings, de onderzoeksrechter of de kamer van inbeschuldigingstelling kunnen het deskundigenonderzoek contradictoir maken wanneer zij van oordeel zijn dat hierdoor geen aantasting geschiedt van het vermoeden van onschuld of dat hierdoor de efficiëntie van het onderzoek niet in het gedrang wordt gebracht.<sup>200</sup> In dit geval worden de artikelen uit het Gerechtelijk Wetboek niet rechtstreeks toegepast, doch gaat het meestal om een selectieve op het Gerechtelijk Wetboek geïnspireerde toepassing.

Zelfs wanneer een deskundigenonderzoek in het vooronderzoek volkomen eenzijdig is verlopen – wat zoals gezegd op zich niet onregelmatig is – hebben de onderzoeksrechten en de vonnisgerechten de bevoegdheid om het gebrek aan tegenspraak recht te zetten door bv. de deskundige te verplichten te antwoorden op bepaalde vragen, hem te bevelen zijn verslag te herwerken op grond van door de partijen aangebrachte gegevens of hem ter zitting van de vonnisrechter in aanwezigheid van partijen te horen. Ook deze ingrepen kunnen nochtans niet beschouwd worden als een rechtstreekse toepassing van de bepalingen uit het Gerechtelijk Wetboek.

**76.** Voor de expertises bevolen door de vonnisgerechten in strafzaken is de toestand iets complexer. In een arrest van 30 april 1997 heeft het Grondwettelijk Hof geoordeeld dat het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel wordt geschonden wanneer de artikelen 43, 44 en 148 Sv. en artikel 962 *et seq.* Ger.W. (oud) in die zin worden geïnterpreteerd dat zij de door een strafrechter, handelend in de hoedanigheid van feitenrechter, aangestelde deskundige niet zouden verplichten om de in de voormelde artikelen van het Gerechtelijk Wetboek vervatte regels betreffende het contradictoir karakter in acht te nemen.<sup>201</sup> Opvallend is dat het Grondwettelijk Hof hierbij geen

198. Deze stelling wordt verantwoord door de overweging dat in de fase van het vooronderzoek rekening moet worden gehouden met het feit dat de wetgever heeft gewild dat de strafrechtspleging in dat stadium nog inquisitoriaal zou zijn om, enerzijds, rekening houdend met het vermoeden van onschuld, te vermijden dat personen onnodig in diskrediet zouden worden gebracht en, anderzijds, met het oog op doeltreffendheid, snel te kunnen handelen, zonder de schuldigen op de hoogte te brengen (Arbitragehof 24 juni 1998, nr. 74/98, AA 1998, 899, AJT 1998-99, 434, BS 25 september 1998, 31.445, JLMB 1998, 1280, Journ.proc. 1998, afl. 353, 25, noot P. CHOME en N. GALAND, JT 1998, 551, RW 1998-99, 1139, noot B. DE SMET, T.Deskundige 1998, afl. 153, 35 en Verkeersrecht 1999, 16). Het Hof heeft zijn zienswijze nog bevestigd in zijn arrest van 13 januari 1999, nr. 1/99, AA 1999, 1, BS 2 april 1999, 11.107 en RW 1999-2000, 857.

199. Cass. 24 juni 1998, JLMB 1999, 604 en JT 1998, 662; Cass. 10 februari 1999, R.Cass. 1999, 342, noot G. STESSENS; Cass. 19 februari 2003, JT 2003, 465 en Rev.dr.pén. 2004, 130, noot A. FETTWEIS; Cass. 9 februari 2011, AR P101784F; Cass. 10 januari 2012, NC 2012, 383; Cass. 7 februari 2012, AR P111732N; Cass. 13 november 2012, AR P121082N, conclusie Adv. Gen. P. DUINSLAEGER.

200. Arbitragehof 13 januari 1999, nr. 1/99, AA 1999, 1, BS 2 april 1999, 11.107, Rev.dr.pén. 1999, 720 en RW 1999-2000, 857; KI Bergen 5 oktober 2000, JLMB 2001, 247 en JT 2001, 109, noot; KI Brussel 17 september 2001, JT 2002, 89, noot D. VANDERMEERSCH en O. KLEES; Cass. 19 februari 2003, JT 2003, 465 en Rev.dr.pén. 2004, 130, noot A. FETTWEIS; Cass. 21 april 2004, AR P040069F. Zie ook de conclusie van Adv. Gen. DUINSLAEGER voor Cass. 13 november 2012 (AR P121082N).

201. Arbitragehof 30 april 1997, nr. 24/97, AA 1997, 313, BS 19 juni 1997, 16.447, JLMB 1997, 788, noot A. MASSET, JT 1997, 494, Rev.dr.pén. 1997, 792, RRD 1997, 337, noot H. BOSLY, RW 1997-98, 713, TBP 1997, 711, TRD&I 1997,

onderscheid maakt tussen de expertises op strafrechtelijk gebied – met inbegrip van de gemengde expertises – en de expertises die louter op burgerlijk gebied worden bevolen.

Het Hof van Cassatie maakt dit onderscheid dan weer wel. Het Hof van Cassatie heeft omtrent de expertise op louter burgerrechtelijk gebied in zijn arrest van 8 februari 2000 ondubbelzinnig gesteld dat, “wanneer een deskundigenonderzoek uitsluitend burgerlijke belangen betreft, de artikelen 973 en 978 van het Gerechtelijk Wetboek moeten worden toegepast”.<sup>202</sup> De expertise die louter op burgerlijk gebied wordt bevolen, moet dus verplicht op tegensprekelijke wijze verlopen, zonder dat de strafrechter zulks uitdrukkelijk moet bepalen.<sup>203</sup> Het Hof zegt dus niets over de toepasselijkheid van alle andere voorschriften van artikel 962 *et seq.* Ger.W. (oud) op de expertises die louter op burgerlijk gebied worden bevolen. Wij menen dat ook de andere bepalingen van artikel 962 *et seq.* Ger.W. (oud) in beginsel wel degelijk van toepassing kunnen zijn op de expertises die op burgerlijk gebied worden bevolen.<sup>204</sup> Dit onderdeel van de nieuwe zienswijze van het Hof van Cassatie, aldus geïnterpreteerd, kan geheel in overeenstemming worden geacht met de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, omdat zij de door het vonnisgerecht in het raam van de afhandeling van de burgerlijke belangen aangestelde deskundige effectief verplicht om de in artikel 962 *et seq.* Ger.W. (nieuw) vervatte regels betreffende het contradictoir karakter in acht te nemen.

**77.** Het Hof van Cassatie heeft met zijn arrest van 8 februari 2000, gewezen in voltallige terechtzitting, standpunt ingenomen m.b.t. de tegenspraak in de expertises op strafgebied.<sup>205</sup> Vertrekkend vanuit de overweging dat geen bepaling in het Wetboek van Strafvordering de wijze regelt waarop het deskundigenonderzoek in strafzaken moet geschieden<sup>206</sup>, stelt het Hof dat, wanneer de expertise die door het vonnisgerecht

---

→ afl. 7, 26 en *Verkeersrecht* 1997, 258. Het Arbitragehof heeft zijn zienswijze bevestigd in zijn arrest van 27 mei 1998, nr. 60/98, AA 1998, 727, AJT 1998-99, 432, BS 15 augustus 1998, 26.154 en *Verkeersrecht* 1998, 336.

202. Cass. 8 februari 2000, *Arr.Cass.* 2000, 100, *JLMB* 2000, 625, noot A. SADZOT, *JT* 2000, 306, noot en *RW* 2000-01, 238 (met publicatie van een ruim uittreksel uit de conclusie van Adv. Gen. DUINSLAEGER op de p. 217-231).

203. In de praktijk is het aangewezen dat de strafrechter de tegensprekelijkheid wel steeds uitdrukkelijk zou opleggen en bij de omschrijving van de opdracht in detail de regels zou bepalen die de deskundige moet naleven. Voor een toepassing zie Corr. Brugge 1 maart 1999, *TWVR* 1999, 133, noot.

204. Voor een uitgebreide motivering van deze stelling zie P. TRAESE en P. VAN CAENEGEM, “De tegensprekelijkheid van het deskundigenonderzoek in strafzaken: een status questionis ten behoeve van de praktijk”, *T.Straf.* 2000, 49. Deze stelling wordt gevolgd door J. KERKHOF, “Het deskundigenverslag ten behoeve van de curatele als bewijs in strafzaken” (noot onder Antwerpen 4 januari 2000), *Limb.Rechtsl.* 2000, 97.

205. Cass. 8 februari 2000, *Arr.Cass.* 2000, 100, *JLMB* 2000, 625, noot A. SADZOT, *JT* 2000, 306, noot en *RW* 2000-01, 238. Het is opvallend dat het Hof van Cassatie zich in dit arrest tevens heeft uitgesproken over de tegensprekelijkheid van de expertise, bevolen door het vonnisgerecht, die strekt tot beoordeling van de strafvordering zelf, terwijl het Hof strikt genomen enkel werd ondervraagd over de tegensprekelijkheid van de expertise die door het vonnisgerecht louter op burgerlijk gebied wordt bevolen. Het is duidelijk dat het Hof in deze delicate kwestie globaal duidelijkheid heeft willen scheppen.

206. Het Hof van Cassatie voegt daar in zijn arrest van 12 april 2000 (*JT* 2000, 718 en *RW* 2001-02, 306, noot B. DE SMET) ter verduidelijking nog uitdrukkelijk aan toe dat de artikelen van het Gerechtelijk Wetboek, die aan het deskundigenonderzoek een tegensprekelijk karakter verlenen, niet van toepassing zijn wanneer het deskundigenonderzoek strekt tot de beoordeling van de strafvordering zelf.



wordt bevolen<sup>207</sup>, ertoe strekt de strafvordering te beoordelen, het aan de rechter toekomt de modaliteiten ervan te bepalen, rekening houdend met het recht van verdediging en de vereisten van de strafvordering. Het onderzoek moet door de deskundige dus niet van rechtswege op tegenspraak worden gevoerd, doch slechts voor zover en in de mate dit hem in zijn opdracht door de rechter wordt opgelegd. Het Hof voegt daar in het arrest van 12 april 2000 nog aan toe dat, zelfs wanneer de strafrechter zonder beperking heeft beslist dat het door hem bevolen deskundigenonderzoek tegensprekelijk zal moeten verlopen, het aan de gerechtsdeskundige toekomt om te beoordelen in welke mate een onderzoeksverrichting vanuit een technisch oogpunt al dan niet kan worden uitgevoerd in aanwezigheid van een derde, zoals bv. de technisch raadsman van een partij.<sup>208</sup> Een integrale toepassing van de regelen van het Gerechtelijk Wetboek op een deskundigenonderzoek dat op strafgebied wordt bevolen, is – omwille van de vereisten van de strafvordering – zowel onder de gelding van de oude als de nieuwe bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek niet mogelijk. Een toepassing van bepaalde (ruime of eerder beperkte) regelen van het Gerechtelijk Wetboek op eenzelfde deskundigenonderzoek, is wel perfect mogelijk waarbij de rechter duidelijk moet aangeven welke regelen (en/of, eventueel, welke regelen niet) *in casu* van toepassing zullen zijn. Het moge dus duidelijk zijn dat de rechtspraak van het Hof van Cassatie en van het Grondwettelijk Hof niet volledig overeenstemmen waar het gaat om de expertises op strafgebied, bevolen door de vonnisgerichten.

**78.** De wet van 15 mei 2007 wijzigde enkel het deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken. De regel dat de vonnisrechter de modaliteiten van de expertise bepaalt, rekening houdend met het recht van verdediging en de vereisten van de strafvordering blijft dan ook onverkort gelden. Ook artikel 2 Ger.W. blijft gelden, wat net als vroeger tot gevolg heeft dat regelen die verwijzen naar het akkoord van de partijen of bepaalde gevolgen afhankelijk stellen van het initiatief van de partijen, niet in strafzaken kunnen worden toegepast.

207. Doordat het arrest van 8 februari 2000 enkel betrekking had op de expertise die bevolen wordt door het vonnisgerecht, konden hieruit weinig of geen conclusies getrokken worden voor wat betreft de expertise die bevolen wordt tijdens het vooronderzoek, waaromtrent de zienswijze van het Hof van Cassatie ongewijzigd bleef. De conclusie van Adv. Gen. DUINSLAEGER bij het arrest van 8 februari 2000 getuigde ook op dit punt nochtans reeds van een gewijzigde denkpiste (concl. Adv. Gen. DUINSLAEGER bij Cass. 8 februari 2000, *RW* 2000-01, 217-231; J. KERKHOF, "Het deskundigenverslag ten behoeve van de curatele als bewijs in strafzaken" (noot onder Antwerpen 4 januari 2000), *Limb.Rechtsl.* 2000, 97; A. SADZOT, "Les expertises en procédure pénale: un pas de plus vers la contradiction" (noot onder Cass. 8 februari 2000), *JLMB* 2000, 639). Deze gewijzigde denkpiste m.b.t. het vooronderzoek zou in de rechtspraak van het Hof van Cassatie pas tot uitdrukking komen in het arrest van 19 februari 2003.

208. Cass. 12 april 2000, *JT* 2000, 719 en *RW* 2001-02, 306, noot B. DE SMET. Volgens B. DE SMET moet dit recht van de deskundige restrictief worden opgevat, aangezien de leiding van het proces aan de rechter toekomt. De deskundige zou de tegenspraak enkel mogen weigeren indien deze tegenspraak de kwaliteit van de expertise zou aantasten, omdat deelname van partijen een serene analyse van een bewijsstuk of technisch probleem zou verhinderen (B. DE SMET, "De samenwerking tussen de deskundige en de partijen in strafzaken" (noot onder Cass. 12 april 2000), *RW* 2001-02, 307).

Daarbij kunnen van de artikelen 875*bis* en 962 t.e.m. 991*bis* Ger.W. (nieuw) de volgende bepalingen alleszins niet van toepassing zijn op de expertise die door de vonnisrechter op strafgebied worden bevolen<sup>209</sup>:

- artikel 875*bis* Ger.W., dat de rechter verplicht om de keuze van de onderzoeksmaatregel te beperken tot wat volstaat om het geschil op te lossen, waarbij de meest eenvoudige, snelle en goedkope maatregel de voorkeur geniet. Hoewel strikt theoretisch argumenten kunnen worden aangebracht in het voordeel van de toepassing van deze regel moet worden opgemerkt dat het Hof van Cassatie steeds heeft aangenomen dat er in strafzaken niet zoiets bestaat als een algemeen rechtsbeginsel van proportionaliteit en/of subsidiariteit<sup>210</sup>;
- artikel 962, tweede en derde lid Ger.W. op grond waarvan partijen kunnen overeenkomen omtrent de keuze van de deskundige en op grond waarvan partijen de opdracht kunnen uitbreiden of wijzigen;
- artikel 972*bis* Ger.W., op grond waarvan de partijen verplicht zijn mee te werken aan het deskundigenonderzoek; bij gebreke daarvan kan de rechter daaruit de conclusies trekken die hij geraden acht. In elk geval voor de beklagde is elke medewerkingsplicht uit den boze. Wat de burgerlijke partij betreft, heeft deze vanzelfsprekend ook het recht elke medewerking te weigeren. Dat de rechter hieruit conclusies kan trekken, moet wellicht in strafzaken zo worden begrepen dat de rechter als gevolg van de niet-medewerking van de burgerlijke partij dikwijls tot het besluit zal komen dat de aanspraken van deze partij niet bewezen worden;
- artikel 977 Ger.W., dat de deskundige oplegt de partijen te proberen verzoenen;
- artikel 979, § 1, tweede lid Ger.W., dat de rechter verplicht om de deskundige te vervangen, indien de partijen hier gezamenlijk om verzoeken;
- de artikelen 980 (inzake verstek) en 981 Ger.W. (inzake tussenkomst), omdat zij moeten worden geïnterpreteerd binnen de specificiteiten van de procedure voor de burgerlijke rechtbanken. Het is weliswaar ook in strafzaken denkbaar dat een partij t.a.v. wie de expertise bij verstek werd bevolen aan de uitvoering van deze expertise deelneemt. Er kan nochtans niet worden aangenomen, zoals artikel 980, tweede lid Ger.W. voorschrijft, dat als gevolg hiervan de procedure verder op tegenspraak verloopt. Of de verdere rechtspleging al dan niet op tegenspraak verloopt, moet beoordeeld worden aan de hand van de regels van het strafprocesrecht;
- artikelen 987 tot 991*bis* Ger.W. houdende de regeling van de kosten en erelonen van de deskundige, en de onderdelen van andere artikelen die eveneens betrekking hebben op de kosten en de erelonen van de deskundige;
- artikelen 970, eerste lid en 971, vierde lid Ger.W. die de mogelijkheid bieden voor de deskundige om zich bij wraking zonder verdere formaliteiten te onthouden

209. Zie in dit verband tevens B. DE SMET, *Deskundigenonderzoek in strafzaken* in *APR*, Gent, Story-Scientia, 2001, 180-183, nrs. 309-311.

210. Op te merken valt dat in het in de Senaat goedgekeurde wetsontwerp van Wetboek van Strafrecht (de zgn. grote Franchimont) in art. 1 werd aangegeven dat de regels van het wetboek moeten worden toegepast met inachtneming van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.

- en de mogelijkheid voor de partijen om bij een ingewilligde wraking zelf de deskundige te kiezen;
- artikel 976, tweede lid Ger.W. dat bepaalt dat de opmerkingen van partijen aan de deskundige buiten de termijn door de rechter ambtshalve uit de debatten kunnen worden geweerd.

**79.** De andere bepalingen van de artikelen 962-991*bis* Ger.W. lijken wel van toepassing te kunnen worden gemaakt, onverminderd de bevoegdheid van de rechter om de modaliteiten van de expertise op soevereine wijze te bepalen en aldus bv. de tegensprekelijkheid desgewenst op een gans andere manier (dan de manier bepaald door het Gerechtelijk Wetboek) te organiseren. Voor wat de expertise op strafgebied betreft, beperkt de rechter zich beter tot de krachtlijnen van de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie m.b.t. de tegensprekelijkheid van het deskundigenonderzoek. In het licht van artikel 6 EVRM zal het wellicht in de meeste gevallen volstaan om aan de deskundige op te dragen de partijen in kennis te stellen van de ontvangen opdracht en zijn voorlopige bevindingen mee te delen aan partijen, zodat zij hun opmerkingen binnen een redelijke termijn aan de deskundige kunnen bezorgen en met de verplichting voor de deskundige deze opmerkingen te noteren en te beantwoorden. In voorkomend geval kan, al naargelang het soort deskundigenonderzoek, aan de deskundige ook worden opgedragen de partijen en/of hun technische raadslieden toe te laten aanwezig te zijn bij sommige of alle expertiseverrichtingen.

**80.** Rekening houdend met de zienswijze van het Hof van Cassatie en rekening houdend met het feit dat de afhandeling van de burgerlijke belangen een louter private aangelegenheid betreft die geen publiek belang raakt, menen wij dat de nieuwe regelen m.b.t. het deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken (art. 962-991*bis* Ger.W. (nieuw)) volledig van toepassing kunnen zijn op de expertises die op burgerlijk gebied worden bevolen. De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof ging overigens uit van de vergelijking van de expertise in het raam van de burgerlijke vordering voor de strafrechter met een expertise met hetzelfde voorwerp doch bevolen door de burgerlijke rechter.

**81.** Er kunnen in de praktijk ontegensprekelijk toepassingsproblemen ontstaan, die in voorkomend geval vooral praktisch zullen moeten worden opgelost.

Zo is er in de eerste plaats het probleem van de installatievergadering die overeenkomstig artikel 972 Ger.W. (nieuw) in beginsel moet worden gehouden en waarvan de rechter die de deskundige aanstelt de datum moet bepalen “tenzij de rechter daarvan afziet met instemming van de partijen”. De aanstellende rechter kan derhalve ongetwijfeld de partijen op de zitting vragen of zij bereid zijn af te zien van een dergelijke installatievergadering. Een dergelijke installatievergadering zal meestal weinig nut hebben. De opdracht zal zelden dan reeds moeten worden aangepast en de deskundi-

ge kan reeds in het vonnis van aanstelling gemachtigd worden een beroep te doen op technische raadgevers.

**82.** Ook het bedrag van het voorschot dat moet worden geconsigneerd en het deel dat kan worden vrijgegeven, noodzaken niet steeds een installatievergadering nu artikel 972, § 2 *in fine* Ger.W. bepaalt dat deze vermeldingen bij gebreke van installatievergadering ook kunnen worden opgenomen in de beslissing waarbij het deskundigenonderzoek wordt bevolen. Een installatievergadering lijkt dus slechts zinvol indien de rechter het nodig vindt om de partijen en de deskundige in zijn aanwezigheid samen te brengen vooraleer de verrichtingen van de deskundige een aanvang nemen. Aangenomen kan worden dat dit bij de afhandeling van de burgerlijke belangen in een strafzaak eerder zeldzaam zal zijn.

**83.** Thans kan het verloop van het deskundigenonderzoek worden opgevolgd door een bijzondere daartoe aangewezen rechter (art. 973 Ger.W. (nieuw)). Er kan derhalve bij elke rechtbank een rechter worden aangeduid die de deskundigenonderzoeken opvolgt. Het voordeel hiervan is dat het steeds dezelfde rechter is die de controle over de deskundigenonderzoeken zal uitoefenen, waardoor de deskundigen zich gemakkelijker tot die rechter zullen richten.<sup>211</sup>

**84.** Recent werd in het Gerechtelijk Wetboek de invoering van een nationaal register van gerechtsdeskundigen geregeld. Op 19 december 2014 werd nl. de wet van 10 april 2014 gepubliceerd tot wijziging van verschillende bepalingen met het oog op de oprichting van een nationaal register voor gerechtsdeskundigen en tot oprichting van een nationaal register voor beëdigd vertalers, tolken en vertalers-tolken.

Tot op heden was de keuze van de persoon van de gerechtsdeskundige voor de aanstellend magistraat volkomen vrij en moest de deskundige om aangesteld te kunnen worden ook niet een bepaalde vorming of deskundigheid bewijzen. Er bestonden binnen de hoven en rechtbanken wel degelijk bepaalde lijsten van deskundigen, doch deze hadden een louter officieus karakter. De magistraat was daardoor gezinszins gebonden.

De regeling die ontworpen werd, ligt, althans wat het principe betreft, in de lijn van een ruimere internationale evolutie nu bv. ook in Nederland een register van gerechtsdeskundigen werd ingericht en ook in Frankrijk de magistraat bij de aanstelling van een deskundige gebonden is aan bepaalde lijsten die enerzijds worden opgesteld op het niveau van de hoven van beroep en anderzijds op het niveau van het Hof van Cassatie.

---

211. B. VANLERBERGHE, "Actualia inzake de bewijsvoering, de overlegging van stukken en het deskundigenonderzoek" in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING RECHTEN (ed.), *CBR-Jaarboek 2006-2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 478, nr. 34.

De regeling van het deskundigenregister wordt uitgewerkt in de nieuwe artikelen 991*ter* t.e.m. 991*undecies* van het Gerechtelijk Wetboek. In het Wetboek van Strafvordering wordt een nieuw artikel 646 ingevoegd dat bepaalt dat voor de in dit wetboek bedoelde deskundigen, de artikelen 991*ter* tot 991*undecies* Ger.W. van toepassing zijn voor de taken die zij als gerechtsdeskundige uitvoeren.

De wet regelt in artikel 991*ter* Ger.W. de titel van gerechtsdeskundige en bepaalt dat alleen deze personen bevoegd zijn om opdrachten als gerechtsdeskundige te aanvaarden en uit te voeren.

Van deze lijst kan enkel worden afgeweken in de gevallen bepaald in artikel 991*decies* Ger.W. nl. in spoedeisende gevallen, wanneer geen gerechtsdeskundige met de vereiste deskundigheid en specialisatie beschikbaar is of wanneer het nationaal register, gelet op de specifieke aard van het geschil geen gerechtsdeskundige bevat die beschikt over de vereiste deskundigheid en specialisatie.

Deze uitzondering op de verplichting om een deskundige uit het register te kiezen is logisch en sluit overigens ook aan bij gelijkaardige regelingen in ons omringende landen.

Belangrijk is vanzelfsprekend de wijze waarop het register wordt beheerd en de eisen die aan de deskundigen worden gesteld om tot het register te worden toegelaten.

De wet voorziet in de oprichting van een nationaal register van gerechtsdeskundigen waarin natuurlijke personen worden opgenomen die aan bepaalde vereisten voldoen. Het nieuwe artikel 991*quater* Ger.W. bepaalt de vereisten waaraan deskundigen moeten voldoen om op deze lijst te kunnen komen. Belangrijk is dat zij ten minste 5 jaar relevante ervaring moeten aantonen in een periode van acht jaar voorafgaand aan de aanvraag in het domein van deskundigheid en specialisatie waarvoor zij zich laten registreren. Zij moeten tevens het bewijs leveren dat zij over de nodige beroepsbekwaamheid en juridische kennis beschikken. Volgens het nieuwe artikel 991*octies* Ger.W. moet deze beroepsbekwaamheid blijken uit een diploma en een bewijs waaruit de vijf jaar relevante ervaring blijkt. De juridische kennis moet blijken uit een getuigschrift dat is afgegeven door een door de Koning erkende instelling. Het principe dat alleen natuurlijke personen als gerechtsdeskundige kunnen worden aangesteld, blijft behouden aangezien alleen natuurlijke personen in het register zullen kunnen opgenomen worden.

Het register wordt door de minister van Justitie beheerd en op regelmatige tijdstippen bijgewerkt. Het is ook de minister van Justitie die een legitimatiekaart uitreikt en op voorstel van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg of de procureur des Konings bevoegd is om een deskundige tijdelijk of definitief uit het register te schrappen (art. 991*septies* Ger.W.).

85. Hoewel de pas goedgekeurde regeling nog een aantal uitvoeringsbesluiten zal behoeven en de details nog niet gekend zijn, staat het aldus wel vast dat de beslissing tot opname van de deskundige in het register een beslissing van de minister van Justitie zal zijn. Deze optie heeft het voordeel dat de minister van Justitie ook politiek verantwoordelijk zal kunnen gesteld worden indien ter zake vergissingen gebeuren en betwistingen voor de Raad van State zullen kunnen worden gebracht.

Anderzijds ontstaat aldus ook het niet te onderschatten gevaar voor een zekere eenzijdigheid bij de aanduiding van de deskundigen indien de ministeriële beslissing tot stand zou komen na onvoldoende overleg met of voorbereiding door het werkveld zelf en de actoren van justitie.

Bij de aan de deskundigen gestelde vereisten zijn vanzelfsprekend de vereisten van de nodige beroepsbekwaamheid en juridische kennis van primordiaal belang (art. 991*quater*, 6° Ger.W.).

Artikel 991*octies* Ger.W. bepaalt hoe het bewijs van deze kennis kan worden geleverd en daaruit blijkt duidelijk dat ter zake de kandidaten aan geen enkele bijkomende proef of test worden onderworpen.

Op dit punt wijkt de goedgekeurde regeling af van wat eerder werd voorgesteld.

De Hoge Raad voor de Justitie zag na consultatie van een aantal betrokkenen het beheer van de lijst in handen van een federaal orgaan maar de deskundigen zouden worden gecertificeerd door beroepsverenigingen van deskundigen die zelf geaccrediteerd zouden worden door een daartoe bevoegd organisme. De minimumnormen zouden wel bij KB worden vastgelegd en betrekking hebben op de kennis en beroepservaring van de deskundige in zijn specialiteit en zijn kennis van de wettelijke bepalingen.<sup>212</sup>

In het oorspronkelijke wetsvoorstel BECQ dat tot de wet van 10 april 2014 heeft geleid, werd in dezelfde lijn geredeneerd en voorgesteld dat de deskundige moest slagen in een toelatingsexamen georganiseerd door een erkende beroepsorganisatie vooraleer door de minister tot de lijst te worden toegelaten.<sup>213</sup>

Omdat deze bepaling op nogal wat weerstand stuitte, werd in een amendement van mevrouw BECQ zelf dit toelatingsexamen vervangen door een schriftelijk examen wat de juridische kennis betreft en een mondeling examen voor een nog op te richten Commissie gerechtsdeskundigen wat de beroepsbekwaamheid betreft. In deze

---

212. HOGE RAAD VOOR DE JUSTITIE, *Ambtshalve advies over het statuut en de kwaliteit van gerechtsdeskundigen*, 30 maart 2011, 11, [www.hrj.be](http://www.hrj.be).

213. Wetsvoorstel tot invoering van een nationaal register voor gerechtsdeskundigen, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 1499/1, art. 991*octies*.

commissie zou een specialist moeten zitten uit het domein waar de deskundige zich voor wenst te registreren.<sup>214</sup> Deze kritische houding t.a.v. een sterke rol voor beroepsorganisaties van deskundigen kan verdedigd worden met de overweging dat, waar rechtspreken een essentiële overheidstaak is, ook de samenstelling van de lijsten van deskundigen die de rechter in deze functie moeten bijstaan, een overheidstaak is.

In de parlementaire bespreking werd ten slotte overwogen dat er geen toelatingsproeven meer moeten worden afgelegd. De beroepsbekwaamheid zou blijken uit het diploma en bovendien zou een document met de vereiste werkervaring moeten voorgelegd worden.

De regeling is zodoende vrij minimalistisch te noemen.

Opname in het register kan op beslissing van de minister zonder enige bijkomende proef. Voor de Hoge Raad voor de Justitie was de tussenkomst van de beroepsverenigingen een waarborg waardoor het niet meer nodig was om naar Nederlands model een nieuw publiekrechtelijk instituut op te richten of een ander orgaan.<sup>215</sup> In de goedgekeurde tekst is de tussenkomst van deze beroepsverenigingen gesneuveld zonder enige compensatie. Het zou goed zijn mocht in de uitvoeringsbesluiten minstens voorzien worden in de oprichting van een commissie die de minister ter zake zou adviseren en waarin de actoren van justitie zouden vertegenwoordigd zijn.

De geldigheidsduur van de inschrijving in het register werd evenmin beperkt. Dit was een bewuste keuze om “de procedure niet overdreven te formaliseren door om de twee of vijf jaar de beroepsbekwaamheid te hernieuwen”.<sup>216</sup>

Een evaluatie van de deskundige is derhalve niet geregeld. Indien een deskundige ondermaats zou presteren, kan enkel gebruik worden gemaakt van de schrappingsprocedure die in artikel 991septies Ger.W. wordt geregeld voor het geval door een deskundige “*bij herhaling kennelijk ontoereikende prestaties worden geleverd of het gedrag of de handelwijze van de gerechtsdeskundige de waardigheid van de functie schaadt of aan de in artikel 991quater, 7° bedoelde deontologie tekortkomt*”.

In dit geval kan de deskundige door de minister van Justitie op voorstel van de procureur des Konings of de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg tijdelijk of definitief uit het register geschrapt worden. De duur van de tijdelijke schrapping wordt afhankelijk van de ernst van de tekortkoming door de minister bepaald, zonder

214. Wetsvoorstel tot invoeging van een nationaal register voor gerechtsdeskundigen. Amendement nr. 1, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 1499/2, 6.

215. HOGE RAAD VOOR DE JUSTITIE, *Ambtshalve advies over het statuut en de kwaliteit van gerechtsdeskundigen*, 30 maart 2011, 15, [www.hrj.be](http://www.hrj.be).

216. Wetsvoorstel tot invoeging van een nationaal register voor gerechtsdeskundigen, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 1499/1, 9 *in fine*.

dat zij één jaar mag te boven gaan.

Het is duidelijk dat deze procedure bijzonder summier en gebrekkig werd geregeld zodat zulks zeker zal leiden tot enige betwisting voor de Raad van State.<sup>217</sup>

Bij dit alles is het duidelijk de bedoeling van de wetgever geweest om het register van deskundigen en de verplichting om op deze deskundigen een beroep te doen ook in te voeren in strafzaken.

Een volledige uitwerking van het statuut van de deskundige in strafzaken bleef achterwege, aangezien zulks volgens het parlement moest gebeuren samen met een globale herziening van het strafprocesrecht. Hierbij werd o.m. verwezen naar de poging die in 2005 werd gedaan met het wetsontwerp houdende het Wetboek van Strafrecht.<sup>218</sup>

Uiteindelijk heeft de wetgever er zich toe beperkt in het Wetboek van Strafvordering een artikel 646 in te voegen, waarbij wordt gezegd dat de artikelen 991ter t.e.m. 991undecies van het Gerechtelijk Wetboek “voor de in dit wetboek bedoelde deskundigen van toepassing zijn voor de taken die zij als gerechtsdeskundige uitvoeren”.

Deze lapidaire bepaling<sup>219</sup> kan tot problemen aanleiding geven, aangezien in het huidige wetboek vrijwel geen enkele bepaling over het deskundigenonderzoek is opgenomen. Het deskundigenonderzoek in strafzaken is vrijwel volledig jurisprudentieel geregeld. Met enige verbeelding kan men wel aannemen dat het systeem van het register en de daarbij behorende verplichting voor de magistratuur om een deskundige uit dit register aan te stellen, ook in strafzaken geldt.

Deze bepaling impliceert evenwel dat de buiten het wetboek geregelde deskundigenonderzoeken, zoals bv. boekhoudkundige onderzoeken en wegverkeer, aan deze regeling ontsnappen, wat op zich niet dramatisch is nu meestal in deze bijzondere wetgevingen bepaalde eisen worden gesteld. Voor het psychiatrisch onderzoek betreffende de internering van personen met een geestesstoornis wordt het deskundigenregister uitdrukkelijk van toepassing verklaard<sup>220</sup>, weze het dat deze wijziging wordt ingevoegd in de wet van 21 april 2007 terwijl deze ondertussen vervangen is door de wet van 5 mei 2014, waar deze bepaling niet werd overgenomen.

---

217. D. SCHEERS en P. THIRIAR, “Het nationaal register voor gerechtsdeskundigen, a never ending story”, *RW* 2014-15, 1002.

218. Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 1499/5, 14-15.

219. Ook in de MvT wordt weinig uitleg verstrekt. De indiener beperkt zich tot de toelichting: “Aangezien deze wijzigingen worden aangebracht in het Gerechtelijk Wetboek (burgerlijke zaken), dient minstens een verwijzing naar deze regels te worden opgenomen in het Wetboek van Strafvordering (strafzaken)” (*Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 1499/1, 13).

220. Art. 19 wet 10 april 2014.



De vraag rijst ook of in strafzaken het register geldt voor de deskundigen die door het parket worden aangesteld. Het Wetboek van Strafvordering beschouwt immers slechts als gerechtsdeskundigen in de strikte betekenis van het woord de deskundigen die door een rechter of de procureur des Konings handelend in het raam van zijn heterdaadbevoegdheden worden aangesteld.

In Nederland geldt het register ook voor de deskundigen aangesteld door het Openbaar Ministerie. Het is aan te nemen dat zulks ook de wil van de Belgische wetgever is geweest.

## D. Rechtsmiddelen

**86.** Wat de rechtsmiddelen in strafzaken betreft, is het duidelijk dat het Wetboek van Strafvordering zelf voorziet in een groot aantal bepalingen. Het Gerechtelijk Wetboek zal dan ook veelal slechts in beperkte mate van toepassing zijn.<sup>221</sup> Enige vermelding verdient artikel 1054 Ger.W. dat in burgerlijke zaken het incidenteel beroep regelt. In burgerlijke zaken is een incidenteel hoger beroep ontvankelijk, ook al is het hoofdberoep tegen de geïntimeerde bij gebrek aan belang niet ontvankelijk. De ontvankelijkheid van een incidenteel beroep staat derhalve los van dat van het hoofdberoep.

In strafzaken, waar het incidenteel beroep wordt geregeld in artikel 203, § 4 Sv., is dit niet het geval. Het Hof van Cassatie besliste immers dat in strafzaken het op grond van artikel 203, § 4 Sv. ingestelde incidenteel beroep slechts ontvankelijk is wanneer ook het hoofdberoep ontvankelijk is. Dit is bv. het geval wanneer het hoofdberoep gericht is tegen een beslissing over een vordering die gegrond is op een tenlastelegging waarvoor de betrokkene was vrijgesproken.<sup>222</sup>

Een ander verschil bestaat hieruit dat in strafzaken een incidenteel beroep enkel kan gericht worden tegen de partij die hoofdberoep aantekende en niet tegen alle partijen in het geding in hoger beroep. Dit incidenteel beroep kan dan ook enkel worden ingesteld door een partij die gedaagde is in hoger beroep, wat vereist dat in hoger beroep door een partij een vordering wordt gesteld. Wanneer dat niet het geval is, wordt het incidenteel beroep niet ontvankelijk verklaard.<sup>223</sup>

Wel wordt de mogelijkheid van een incidenteel beroep niet beperkt tot de schadepos- ten waarvoor er een principaal hoger beroep is ingesteld. Ook voor andere pos- ten van de burgerlijke vordering kan incidenteel beroep worden ingesteld.<sup>224</sup> Ook kan een

221. Voor een gedetailleerd overzicht kan worden verwezen naar het *Jaarverslag van het Hof van Cassatie* 2005, 256-265.

222. Cass. 15 juni 2005, *Arr.Cass.* 2005, 1332, *Pas.* 2005, 1326 en *Rev.dr.pén.* 2006, 115, noot G. RANERI.

223. Cass. 19 juni 2013, AR P121282F.

224. Cass. 19 februari 2002, *RW* 2002-03, 183, noot C. IDOMON.

incidenteel hoger beroep aanleiding geven tot een uitbreiding van de vordering.<sup>225</sup>

87. Volledigheidshalve en hoewel zulks weinig verband houdt met de toepassing van het Gerechtelijk Wetboek in strafzaken moet nog gewezen worden op de recente hervorming van het cassatieberoep in strafzaken door de wet van 30 januari 2014.<sup>226</sup>

### AFDELING 3. ARTIKEL 4, EERSTE LID V.T.SV.: *LE CRIMINEL TIENT LE CIVIL EN ÉTAT*

#### *§ 1. Ratio legis en algemene draagwijdte*

88. Artikel 4, eerste lid V.T.Sv. bepaalt dat de burgerlijke rechtsvordering terzelfder tijd en voor dezelfde rechters kan worden vervolgd als de strafvordering.<sup>227</sup> De burgerlijke rechtsvordering kan echter ook afzonderlijk worden vervolgd. In dat geval is zij geschorst, zolang niet definitief is beslist over de strafvordering die voor of gedurende de burgerlijke rechtsvordering is ingesteld.

89. De regel *le criminel tient le civil en état*<sup>228</sup>, wettelijk neergelegd in artikel 4, eerste lid V.T.Sv., beoogt de rechtszekerheid te beschermen door te voorkomen dat tegenstrijdige beslissingen worden genomen door enerzijds de burgerlijke rechter en anderzijds de strafrechter.<sup>229</sup>

---

225. Cass. 2 november 2005, *Arr.Cass.* 2005, nr. 557; R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2007, 1272, nr. 2964.

226. BS 27 februari 2014, grotendeels in werking getreden op 1 februari 2015. Men raadplege hiervoor J.J. VERBIST, "De hervorming van de cassatieprocedure in strafzaken", *RW* 2013-14, 1604-1614.

227. De burgerlijke rechtsvordering kan op grond van art. 4, eerste lid V.T.Sv. terzelfder tijd en voor dezelfde rechters worden vervolgd als de strafvordering. Uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie blijkt dat de burgerlijke rechtsvordering die aldus voor de strafrechter wordt gebracht, de vordering is die strekt tot het herstellen van de schade door een misdrijf veroorzaakt. Rechtsvorderingen die kunnen voortvloeien uit misdrijven, maar die niet het herstellen van de erdoor veroorzaakte schade beogen, worden daarentegen niet voor de strafrechter gebracht. Zie Cass. 17 november 2010, AR P100776F.

228. Over de historische oorsprong van het *adagium* zie R. NELISSEN, "Sociaalrechtelijke aspecten omtrent de adagia 'le criminel tient le civil en état' en 'le criminel emporte le civil'", *T.Strafr.* 2004, 246.

229. J. BAECK en H. BOCKEN, "Schadevergoeding bij rampen. De opschorting van de burgerlijke vordering in afwachting van de uitspraak van de strafrechter bij vorderingen tot schadevergoeding gebaseerd op een objectieve aansprakelijkheidsregel. Een syntheseverslag bij TPR Colloquium van 13 maart 2009", *TPR* 2009, 587; N. COLETTE-BASECQZ en N. BLAISE, "Responsabilité civile et responsabilité pénale" in *Responsabilités. Traité théorique et pratique, partie préliminaire*, Mechelen, Kluwer, 2012, 31; L. DELBROUCK, "Le criminel tient le civil en état", *Limb.Rechtsl.* 2012, 3; R. NELISSEN, "Sociaalrechtelijke aspecten omtrent de adagia 'le criminel tient le civil en état' en 'le criminel emporte le civil'", *T.Strafr.* 2004, 252; P. TAELEMAN en S. VOET, "Procesrechtelijke aspecten van aansprakelijkheidsvorderingen" in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingsystemen. PUC Willy Delva 2006-2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 781; A. VERHEYLESonne, "Poursuite civile des procédures pénales" in *Postal Memorialis, Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, 83.

Hij wordt daarenboven verantwoord door het gezag van het strafrechtelijk gewijsde t.a.v. de burgerlijke rechter.<sup>230, 231</sup>

De primauteit<sup>232</sup> van de strafrechter op de burgerlijke rechter is gestoeld op het feit dat de strafvordering de openbare orde raakt<sup>233</sup>, terwijl de burgerlijke rechter zich uitsprekt over private geschillen tussen rechtsonderhorigen.<sup>234</sup>

**90.** Er moet worden benadrukt dat er sprake is van een *plicht* tot opschorting: artikel 4, eerste lid V.T.Sv. stelt nl. duidelijk dat de burgerlijke rechtsvordering *is* geschorst.<sup>235</sup> In het ontwerp van het Wetboek van Strafprocesrecht werd er daarentegen voor geopteerd deze opschortingsplicht om te zetten in een mogelijkheid in hoofde van de burgerlijke rechter om de burgerlijke rechtsvordering die afzonderlijk wordt vervolgd, te schorsen zolang niet definitief is beslist over de strafvordering die voor of gedurende de burgerlijke rechtsvordering is ingesteld. Uit de motivering van artikel 51, § 1 van het ontwerp van het Wetboek van Strafprocesrecht blijkt dat dit hervormingsvoorstel geïnspireerd is op de evolutie in de rechtspraak m.b.t. het gezag van strafrechtelijk gewijsde, alsook door de wens dilatoire procedures en rechtsmisbruik te voorkomen.<sup>236</sup>

- 
230. J. BAECK en H. BOCKEN, "Schadevergoeding bij rampen. De opschorting van de burgerlijke vordering in afwachting van de uitspraak van de strafrechter bij vorderingen tot schadevergoeding gebaseerd op een objectieve aansprakelijkheidsregel. Een syntheseverslag bij TPR Colloquium van 13 maart 2009", *TPR* 2009, 587; N. COLETTE-BASECQZ en N. BLAISE, "Responsabilité civile et responsabilité pénale" in *Responsabilités. Traité théorique et pratique, partie préliminaire*, Mechelen, Kluwer, 2012, 31; R. NELISSEN, "Sociaalrechtelijke aspecten omtrent de adagia 'le criminel tient le civil en état' en 'le criminel emporte le civil'", *T.Strafr.* 2004, 252; P. TAEELMAN en S. VOET, "Procesrechtelijke aspecten van aansprakelijkheidsvorderingen" in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen. PUC Willy Delva 2006-2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 781; A. VERHEYLESORNE, "Poursuite civile des procédures pénales" in *Postal Memorialis, Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, 83.
231. Voor een kritiek op deze elementen ter verantwoording van de opschortingsplicht van art. 4, eerste lid V.T.Sv. zie J. BAECK en H. BOCKEN, "Schadevergoeding bij rampen. De opschorting van de burgerlijke vordering in afwachting van de uitspraak van de strafrechter bij vorderingen tot schadevergoeding gebaseerd op een objectieve aansprakelijkheidsregel. Een syntheseverslag bij TPR Colloquium van 13 maart 2009", *TPR* 2009, 587-590.
232. R. NELISSEN, "Sociaalrechtelijke aspecten omtrent de adagia 'le criminel tient le civil en état' en 'le criminel emporte le civil'", *T.Strafr.* 2004, 252; A. VERHEYLESORNE, "Poursuite civile des procédures pénales" in *Postal Memorialis, Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, 83.
233. Cass. 23 maart 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 710 en *Pas.* 1992, I, 664.
234. L. DELBROUCK, "Le criminel tient le civil en état", *Limb.Rechtsl.* 2012, 4; R. NELISSEN, "Sociaalrechtelijke aspecten omtrent de adagia 'le criminel tient le civil en état' en 'le criminel emporte le civil'", *T.Strafr.* 2004, 278.
235. Antwerpen 10 april 2000, *RHA* 2001, 204; N. COLETTE-BASECQZ en N. BLAISE, "Responsabilité civile et responsabilité pénale" in *Responsabilités. Traité théorique et pratique, partie préliminaire*, Mechelen, Kluwer, 2012, 32; R. NELISSEN, "Sociaalrechtelijke aspecten omtrent de adagia 'le criminel tient le civil en état' en 'le criminel emporte le civil'", *T.Strafr.* 2004, 252; P. TAEELMAN en S. VOET, "Procesrechtelijke aspecten van aansprakelijkheidsvorderingen" in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen. PUC Willy Delva 2006-2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 782; A. VERHEYLESORNE, "Poursuite civile des procédures pénales" in *Postal Memorialis, Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, 86.
236. Wetsontwerp houdende het Wetboek van Strafprocesrecht, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2138/1, 25; P. TAEELMAN en S. VOET, "Procesrechtelijke aspecten van aansprakelijkheidsvorderingen" in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen. PUC Willy Delva 2006-2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 782.

91. Er moet op gewezen worden dat de opschortingsplicht betekent dat de einduitspraak over de burgerrechtelijke vordering moet worden opgeschort. Daden van rechtspleging zijn daarentegen toegelaten.<sup>237</sup>

92. De opschortingsplicht raakt de interne Belgische openbare orde.<sup>238</sup> De burgerlijke rechter moet dan ook, zelfs ambtshalve, de schorsing opwerpen<sup>239</sup> en dit op straffe van nietigheid.<sup>240</sup> De nietigheid kan niet ongedaan worden gemaakt door de vrijpraak op strafrechtelijk gebied of door het stilzwijgen van de procespartijen.<sup>241, 242</sup> Het komt de burgerlijke rechter niet toe te oordelen over de verjaring of de ongegrondheid van de strafvordering.<sup>243</sup>

237. Cass. 13 februari 1978, *Arr.Cass.* 1978, 701; M.-A. BEERNAERT, H. BOSLY en D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, die Keure, 2014, 277; N. COLETTE-BASECQZ en N. BLAISE, "Responsabilité civile et responsabilité pénale" in *Responsabilités. Traité théorique et pratique, partie préliminaire*, Mechelen, Kluwer, 2012, 32; R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1318; L. DELBROUCK, "Le criminel tient le civil en état", *Limb.Rechtsl.* 2012, 5; *RPDB*, v° *Action civile*, I, 154; P. TAELEMAN en S. VOET, "Procesrechtelijke aspecten van aansprakelijkheidsvorderingen" in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen. PUC Willy Delva 2006-2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 782; A. VERHEYLESonne, "Poursuite civile des procédures pénales" in *Postal Memorialis, Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, 86.
238. Cass. 14 juni 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 1432 en *Pas.* 1985, I, 1323; Cass. 17 juni 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 1425 en *Pas.* 1986, I, 1283; Cass. 23 maart 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 710, *Pas.* 1992, I, 664 en *RW* 1992-93, 202; Cass. 23 april 1997, *Arr.Cass.* 1997, 481; Cass. 19 maart 2001, *Pas.* 2001, nr. 144; Cass. 7 februari 2013, AR C120158F; M.-A. BEERNAERT, H. BOSLY en D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, die Keure, 2014, 277; N. COLETTE-BASECQZ en N. BLAISE, "Responsabilité civile et responsabilité pénale" in *Responsabilités. Traité théorique et pratique, partie préliminaire*, Mechelen, Kluwer, 2012, 31; R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1317; O. MICHIELS, "Faut-il surseoir à statuer, en application du principe du 'criminel tient le civil en état' lorsque la responsabilité d'un prévenu est mise en cause devant le juge civil sur la base de l'article 1384, alinéa premier, du code civil?" (noot onder Brussel 25 juni 2007), *JLMB* 2007, 1740; R. NELISSEN, "Sociaalrechtelijke aspecten omtrent de adagia 'le criminel tient le civil en état' en 'le criminel emporte le civil'", *T.Strafr.* 2004, 252; P. TAELEMAN en S. VOET, "Procesrechtelijke aspecten van aansprakelijkheidsvorderingen" in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen. PUC Willy Delva 2006-2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 781; A. VERHEYLESonne, "Poursuite civile des procédures pénales" in *Postal Memorialis, Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, 83.
239. Cass. 1 februari 1951, *Pas.* 1951, I, 357; M.-A. BEERNAERT, H. BOSLY en D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, die Keure, 2014, 277; N. COLETTE-BASECQZ en N. BLAISE, "Responsabilité civile et responsabilité pénale" in *Responsabilités. Traité théorique et pratique, partie préliminaire*, Mechelen, Kluwer, 2012, 31; R. NELISSEN, "Sociaalrechtelijke aspecten omtrent de adagia 'le criminel tient le civil en état' en 'le criminel emporte le civil'", *T.Strafr.* 2004, 252; *RPDB*, v° *Action civile*, I, 155; A. VERHEYLESonne, "Poursuite civile des procédures pénales" in *Postal Memorialis, Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, 86.
240. Cass. 19 oktober 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, nr. 127; N. COLETTE-BASECQZ en N. BLAISE, "Responsabilité civile et responsabilité pénale" in *Responsabilités. Traité théorique et pratique, partie préliminaire*, Mechelen, Kluwer, 2012, 31; O. MICHIELS, "Faut-il surseoir à statuer, en application du principe du 'criminel tient le civil en état' lorsque la responsabilité d'un prévenu est mise en cause devant le juge civil sur la base de l'article 1384, alinéa premier, du code civil?" (noot onder Brussel 25 juni 2007), *JLMB* 2007, 1740; R. NELISSEN, "Sociaalrechtelijke aspecten omtrent de adagia 'le criminel tient le civil en état' en 'le criminel emporte le civil'", *T.Strafr.* 2004, 252; A. VERHEYLESonne, "Poursuite civile des procédures pénales" in *Postal Memorialis, Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, 86.
241. N. COLETTE-BASECQZ en N. BLAISE, "Responsabilité civile et responsabilité pénale" in *Responsabilités. Traité théorique et pratique, partie préliminaire*, Mechelen, Kluwer, 2012, 31.
242. Cass. 19 oktober 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, nr. 127; R. NELISSEN, "Sociaalrechtelijke aspecten omtrent de adagia 'le criminel tient le civil en état' en 'le criminel emporte le civil'", *T.Strafr.* 2004, 252.
243. Cass. 19 oktober 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, 263 en *Pas.* 1982, I, 252; R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1317; R. NELISSEN, "Sociaalrechtelijke aspecten omtrent de adagia 'le criminel tient

## § 2. Toepassingsgebied

**93.** Indien de burgerlijke rechtsvordering afzonderlijk wordt vervolgd door de burgerlijke rechter, wordt deze op grond van artikel 4, eerste lid V.T.Sv. geschorst zolang niet definitief is beslist over de strafvordering die voor of gedurende de burgerlijke rechtsvordering is ingesteld. Niet alleen de rechtsvordering tot het herstellen van de schade die voortvloeit uit een misdrijf wordt geschorst, maar ook elke burgerlijke vordering die op een misdrijf is gegrond.<sup>244, 245</sup>

**94.** In een aantal situaties geldt de regel *le criminel tient le civil en état* niet. Hierna wordt bij wijze van voorbeeld op een aantal situaties ingegaan.<sup>246</sup>

**95.** De regel *le criminel tient le civil en état* geldt niet<sup>247</sup> t.a.v. een procedure in kort geding. Een dergelijke procedure impliceert nl. dat de kortgedingrechter dringende

---

→ le civil en état' en 'le criminel emporte le civil'", *T.Strafr.* 2004, 252; P. TAELEMAN en S. VOET, "Procesrechtelijke aspecten van aansprakelijkheidsvorderingen" in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen. PUC Willy Delva 2006-2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 782; A. VERHEYLESonne, "Poursuite civile des procédures pénales" in *Postal Memorialis, Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, 85.

244. R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspiegeling*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1316; L. DELBROUCK, "Le criminel tient le civil en état", *Limb.Rechtsl.* 2012, 4.

245. Over art. 1384, eerste lid BW en de vraag naar de toepassing van de opschortingsplicht zie o.a. Brussel 25 juni 2007, *JLMB* 2007, 1736; Bergen 28 juni 2011, *RGAR* 2011, nr. 14768; H. BOCKEN, "Rampen in het recht. Juridische rampen?", *TPR* 2005, 767-785; N. COLETTE-BASECQZ en N. BLAISE, "Responsabilité civile et responsabilité pénale" in *Responsabilités. Traité théorique et pratique, partie préliminaire*, Mechelen, Kluwer, 2012, 32; O. MICHELS, "Faut-il surseoir à statuer, en application du principe du 'criminel tient le civil en état' lorsque la responsabilité d'un prévenu est mise en cause devant le juge civil sur la base de l'article 1384, alinéa premier, du code civil?" (noot onder Brussel 25 juni 2007), *JLMB* 2007, 1743.

246. Wat tuchtprocedures betreft, wordt verwezen naar de bijdragen van I. OPDEBEEK en M. VAN PUTTEN die o.a. de interferentie betreffen tussen het strafprocesrecht en het tuchtprocesrecht. Zie ook Cass. 15 oktober 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, nr. 93; Cass. 10 mei 1996, *Arr.Cass.* 1996, nr. 167; Cass. 17 oktober 1996, *Arr.Cass.* 1996, nr. 387; R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspiegeling*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1316; L. DELBROUCK, "Le criminel tient le civil en état", *Limb.Rechtsl.* 2012, 5.

247. Voor een nuancering zie P. TAELEMAN en S. VOET, "Procesrechtelijke aspecten van aansprakelijkheidsvorderingen" in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen. PUC Willy Delva 2006-2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 803-804.

voorlopige maatregelen kan opleggen, zonder hierbij uitspraak te doen over de grond van de zaak.<sup>248, 249</sup>

96. Uit de cassatierechtspraak blijkt verder dat de rechter die moet beslissen over een fiscaal geschil m.b.t. btw en administratieve geldboetes, niet verplicht is de behandeling van zijn zaak te schorsen, maar wel die behandeling mag opschorten, ook al is hij ingevolge het gezag van strafrechtelijk gewijsde gebonden door de beslissing van de strafrechter.<sup>250</sup> Ook in de rechtsleer wordt erop gewezen dat de fiscale rechter niet verplicht is om te schorsen totdat de einduitspraak van de strafrechter definitief is, gelet op het feit dat de vordering strekkende tot betaling van btw of inkomstenbelastingen geen burgerlijke rechtsvordering betreft in de zin van artikel 4, eerste lid V.T.Sv. Deze vaststelling staat er volgens dezelfde rechtsleer evenwel niet aan in de weg dat de fiscale rechter uitzonderlijk kan beslissen, teneinde een goede rechtsbedeling te waarborgen, de fiscale procedure te schorsen omdat de lopende strafprocedure van aard is om het fiscale geschil te beïnvloeden.<sup>251</sup> Uit een arrest van het Hof van Cassatie van 5 juni 2013 blijkt dat, als de uitspraak wordt aangehouden, de fiscale procedure wordt geschorst zolang de uitspraak van de strafrechter niet definitief is.<sup>252</sup>

97. Ten slotte wordt ook door de wet afgeweken van en voorzien in uitzonderingen op de regel *le criminel tient le civil en état*.<sup>253</sup> Zo kan bij wijze van voorbeeld o.a. gewezen worden op de volgende bepalingen: artikel 55 Beroepsziektenwet van 3 juni 1970<sup>254</sup>,

248. Antwerpen 6 november 1984, *RW* 1985-86, 689; Cass. 23 maart 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 710, *Pas.* 1992, I, 664 en *RW* 1992-93, 202; Voorz. Rb. Turnhout 30 april 1992, *TMR* 1993, 171, noot J. VAN DEN BERGHE; KG Rb. Luik 14 februari 1994, *TBBR* 1996, 57; KG Kh. Brugge 31 maart 1995, *JDSC* 1999, 289, noot P. LAMBRECHT, *TRV* 1996, 510, noot en *V&F* 1998, 154; KG Rb. Charleroi 11 december 1998, *RRD* 1999, 66; Brussel 28 januari 1999, *JLMB* 2000, 688; KG Rb. Gent 25 juni 1999, *TBBR* 2000, 469; Antwerpen 29 januari 2003, *EJ* 2005, 8, noot; N. COLETTE-BASECQZ en N. BLAISE, "Responsabilité civile et responsabilité pénale" in *Responsabilités. Traité théorique et pratique, partie préliminaire*, Mechelen, Kluwer, 2012, 31; L. DELBROUCK, "Le criminel tient le civil en état", *Limb.Rechtsl.* 2012, 5; J. ENGLEBERT, "Inédits de droit judiciaire – Référés", *JLMB* 2005, 146; O. MICHELIS, "Faut-il surseoir à statuer, en application du principe du 'criminel tient le civil en état' lorsque la responsabilité d'un prévenu est mise en cause devant le juge civil sur la base de l'article 1384, alinéa premier, du code civil?" (noot onder Brussel 25 juni 2007), *JLMB* 2007, 1740; P. TAEELMAN en S. VOET, "Procesrechtelijke aspecten van aansprakelijkheidsvorderingen" in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen. PUC Willy Delva 2006-2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 803; A. VERHEYLESonne, "Poursuite civile des procédures pénales" in *Postal Memorialis, Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, 85.

249. L. DELBROUCK ("Le criminel tient le civil en état", *Limb.Rechtsl.* 2012, 5) en P. TAEELMAN en S. VOET ("Procesrechtelijke aspecten van aansprakelijkheidsvorderingen" in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen. PUC Willy Delva 2006-2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 804) wijzen erop dat de opschortingsplicht wel geldt t.a.v. de procedure zoals in kort geding. Zie ook Brussel 26 september 2000, *JDSC* 2002, 403, noot E. POTTIER en A. COIBON en *JLMB* 2001, 820.

250. Cass. 12 december 2008, *Arr.Cass.* 2008, nr. 726 en *RW* 25 december 2010, 742; R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1316.

251. J. KIRKPATRICK, "La règle 'le criminel tient le civil en état' ne s'applique pas au juge fiscal", *JT* 2004, 572-573; A. VERHEYLESonne, "Poursuite civile des procédures pénales" in *Postal Memorialis, Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, 86.

252. Cass. 5 juni 2013, *JLMB* 2014, 75, noot P. MONVILLE, *NC* 2014, 286, noot K. LAMMENS, *Pas.* 2013, 1249, *RW* 2013-14, 1177 en *TFR* 2013, 866; R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1316.

253. L. DELBROUCK, "Le criminel tient le civil en état", *Limb.Rechtsl.* 2012, 5.

254. R. NELISSEN, "Sociaalrechtelijke aspecten omtrent de adagia 'le criminel tient le civil en état' en 'le criminel emporte le civil'", *T.Strafr.* 2004, 253.

artikel 74, eerste lid Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971<sup>255</sup>, artikel 74, tweede lid Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971<sup>256</sup>, artikel 1 *inuncto* 3, vijfde en zesde lid wet van 12 januari 1993 betreffende een vorderingsrecht inzake bescherming van het leefmilieu<sup>257</sup>, artikel 32*decies*, § 2, 3<sup>o</sup> wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk<sup>258</sup> en artikel XVII.31 Wetboek van Economisch Recht van 28 februari 2013.

### § 3. Toepassingsvoorwaarden

#### A. Instellen van de strafvordering

**98.** De regel *le criminel tient le civil en état* geldt slechts indien de strafvordering effectief werd ingesteld. De strafvordering wordt ingesteld door het vatten van de onderzoeksrechter (ofwel t.g.v. een vordering tot gerechtelijk onderzoek door de procureur des Konings ofwel t.g.v. een klacht met burgerlijkepartijstelling voor de onderzoeksrechter). De strafvordering wordt tevens ingesteld door een rechtstreekse dagvaarding voor de strafrechter uitgaande van de procureur des Konings of, in voorkomend geval, de benadeelde.<sup>259</sup>

255. Cass. 12 oktober 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1192, *JTT* 1992, 477, *Pas.* 1992, I, 1148, *RW* 1992-93, 957, *Rev.dr.pén.* 1993, 222 en *TSR* 1992, 371; P. TAELEMAN en S. VOET, "Procesrechtelijke aspecten van aansprakelijkheidsvorderingen" in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen. PUC Willy Delva 2006-2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 801.
256. Voor een toepassingsgeval zie Cass. 17 februari 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 691; Cass. 12 januari 1993, *Arr.Cass.* 1993, 37, *Pas.* 1993, I, 35 en *RW* 1993-94, 18; L. DELBROUCK, "Le criminel tient le civil en état", *Limb.Rechtsl.* 2012, 6; J. KIRKPATRICK, "La règle 'le criminel tient le civil en état' ne s'applique pas au juge fiscal", *JT* 2004, 572-573; R. NELISSEN, "Sociaalrechtelijke aspecten omtrent de adagia 'le criminel tient le civil en état' en 'le criminel emporte le civil'", *T.Strafr.* 2004, 253; P. TAELEMAN en S. VOET, "Procesrechtelijke aspecten van aansprakelijkheidsvorderingen" in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen. PUC Willy Delva 2006-2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 801.
257. M.-A. BEERNAERT, H. BOSLY en D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, die Keure, 2014, 277; R. NELISSEN, "Sociaalrechtelijke aspecten omtrent de adagia 'le criminel tient le civil en état' en 'le criminel emporte le civil'", *T.Strafr.* 2004, 253; P. TAELEMAN en S. VOET, "Procesrechtelijke aspecten van aansprakelijkheidsvorderingen" in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen. PUC Willy Delva 2006-2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 802.
258. N. COLETTE-BASECOZ en N. BLAISE, "Responsabilité civile et responsabilité pénale" in *Responsabilités. Traité théorique et pratique, partie préliminaire*, Mechelen, Kluwer, 2012, 33.
259. Cass. 16 mei 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1193, *NJW* 2003, 1399, noot MDS en *Pas.* 2003, 1013; M.-A. BEERNAERT, H. BOSLY en D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, die Keure, 2014, 277; N. COLETTE-BASECOZ en N. BLAISE, "Responsabilité civile et responsabilité pénale" in *Responsabilités. Traité théorique et pratique, partie préliminaire*, Mechelen, Kluwer, 2012, 31-32; R. DECLERCO, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1317; L. DELBROUCK, "Le criminel tient le civil en état", *Limb.Rechtsl.* 2012, 6-7; J. MEUSE, "Het gezag van gewijsde in strafzaken" in *Rechtskroniek voor de vrede- en politierechters*, Brugge, die Keure, 2010, 367; O. MICHIELS, "Faut-il surseoir à statuer, en application du principe du 'criminel tient le civil en état' lorsque la responsabilité d'un prévenu est mise en cause devant le juge civil sur la base de l'article 1384, alinéa premier, du code civil?" (noot onder Brussel 25 juni 2007), *JLMB* 2007, 1740; P. TAELEMAN en S. VOET, "Procesrechtelijke aspecten van aansprakelijkheidsvorderingen" in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen. PUC Willy Delva 2006-2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 781; A. VERHEYLESONNE, "Poursuite civile des procédures pénales" in *Postal Memorialis, Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, 84.

99. Een klacht bij politie<sup>260</sup> of parket volstaat niet. Ook het voeren van een opsporingsonderzoek<sup>261</sup> volstaat niet.<sup>262</sup>

Indien de strafvordering werd ingesteld, komt het de burgerlijke rechter niet toe te oordelen over de verjaring of de ongegrondheid van de strafvordering.<sup>263</sup>

100. De toepassing van de regel *le criminel tient le civil en état* veronderstelt dat de strafvordering werd ingesteld in België: indien de strafvordering wordt vervolgd voor de buitenlandse strafrechter, geldt de opschortingsplicht niet.<sup>264</sup> Deze beperking van de toepassing wordt verantwoord door erop te wijzen dat de regel is gegrond op het gezag van strafrechtelijk gewijsde t.a.v. de burgerlijke rechter, dat enkel geldt voor Belgische strafrechtelijke uitspraken.<sup>265</sup>

---

260. Rb. Brussel 29 april 1999, *JT* 1999, 541; Brussel 30 januari 2001, *RW* 2001-02, 27; O. MICHIELS, "Faut-il surseoir à statuer, en application du principe du 'criminel tient le civil en état' lorsque la responsabilité d'un prévenu est mise en cause devant le juge civil sur la base de l'article 1384, alinéa premier, du code civil?" (noot onder Brussel 25 juni 2007), *JLMB* 2007, 1740.

261. Pol. Brugge 23 juni 2009, *RW* 2009-10, 1489.

262. Zie ook Rb. Aarlen 21 april 2006, *RTDF* 2006, 1055; M.-A. BEERNAERT, H. BOSLY en D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, die Keure, 2014, 277; N. COLETTE-BASECQZ en N. BLAISE, "Responsabilité civile et responsabilité pénale" in *Responsabilités. Traité théorique et pratique, partie préliminaire*, Mechelen, Kluwer, 2012, 32; R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1317; L. DELBROUCK, "Le criminel tient le civil en état", *Limb.Rechtsl.* 2012, 6; J. MEESE, "Het gezag van gewijsde in strafzaken" in *Rechtskroniek voor de vrede- en politierechters*, Brugge, die Keure, 2010, 367; O. MICHIELS, "Faut-il surseoir à statuer, en application du principe du 'criminel tient le civil en état' lorsque la responsabilité d'un prévenu est mise en cause devant le juge civil sur la base de l'article 1384, alinéa premier, du code civil?" (noot onder Brussel 25 juni 2007), *JLMB* 2007, 1740; P. Taelman en S. Voet, "Procesrechtelijke aspecten van aansprakelijkheidsvorderingen" in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen. PUC Willy Delva 2006-2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 781; A. VERHEYLESONNE, "Poursuite civile des procédures pénales" in *Postal Memorialis, Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, 84.

263. Cass. 19 oktober 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, 263 en *Pas.* 1982, I, 252; R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1317; R. NELISSEN, "Sociaalrechtelijke aspecten omtrent de adagia 'le criminel tient le civil en état' en 'le criminel emporte le civil'", *T.Strafr.* 2004, 252; P. Taelman en S. Voet, "Procesrechtelijke aspecten van aansprakelijkheidsvorderingen" in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen. PUC Willy Delva 2006-2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 782; A. VERHEYLESONNE, "Poursuite civile des procédures pénales" in *Postal Memorialis, Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, 85.

264. Cass. 14 juni 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 629 en *Pas.* 1985, I, 1323; Antwerpen 9 oktober 1985, *RHA* 1988, 105; Rb. Brussel 12 november 1999, *JLMB* 2001, 749; GwH 31 juli 2008, nr. 113/208, *Arr.GwH* 2008, 1845, *RW* 2008-09, 745 en *VAV* 2008, 518; M.-A. BEERNAERT, H. BOSLY en D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, die Keure, 2014, 278; N. COLETTE-BASECQZ en N. BLAISE, "Responsabilité civile et responsabilité pénale" in *Responsabilités. Traité théorique et pratique, partie préliminaire*, Mechelen, Kluwer, 2012, 32; R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1316; L. DELBROUCK, "Le criminel tient le civil en état", *Limb.Rechtsl.* 2012, 3; A. VERHEYLESONNE, "Poursuite civile des procédures pénales" in *Postal Memorialis, Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, 84.

265. Zie ook GwH 31 juli 2008, nr. 113/2008, *Arr.GwH* 2008, 1845, *RW* 2008-09, 745 en *VAV* 2008, 518; N. COLETTE-BASECQZ en N. BLAISE, "Responsabilité civile et responsabilité pénale" in *Responsabilités. Traité théorique et pratique, partie préliminaire*, Mechelen, Kluwer, 2012, 32.



**101.** De schorsing van de burgerlijke rechtsvordering neemt een einde wanneer de uitspraak van de strafrechter definitief wordt. Anders verwoord, de schorsing loopt tot de einduitspraak kracht van gewijsde krijgt.<sup>266</sup>

## B. Punten die gemeenschappelijk zijn aan de strafvordering en de burgerlijke vordering

**102.** De opschortingsplicht van artikel 4, eerste lid V.T.Sv. is volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie te verantwoorden door het feit dat de strafrechtelijke uitspraak t.a.v. de afzonderlijk ingestelde burgerlijke rechtsvordering gezag van gewijsde heeft aangaande de punten die aan de strafvordering en de burgerlijke vordering gemeenschappelijk zijn.<sup>267, 268</sup> In bepaalde rechtspraak stelt het Hof van Cassatie verder dat deze opschortingsplicht dan ook slechts bestaat in zoverre de strafrechter uitspraak moet doen over punten die gemeen zijn aan de strafvordering en de burgerlijke vordering, m.a.w. voor zover er een gevaar van tegenstrijdigheid bestaat tussen de strafrechtelijke en de burgerrechtelijke beslissing.<sup>269</sup>

266. Cass. 26 mei 1972, *Arr.Cass.* 1972, 907, noot, *Pas.* 1972, I, 892, noot en *JT* 1973, 26; Cass. 2 oktober 2014, AR C140001F; R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1317; L. DELBROUCK, "Le criminel tient le civil en état", *Limb.Rechtsl.* 2012, 7; O. MICHIELS, "Faut-il surseoir à statuer, en application du principe du 'criminel tient le civil en état' lorsque la responsabilité d'un prévenu est mise en cause devant le juge civil sur la base de l'article 1384, alinéa premier, du code civil?" (noot onder Brussel 25 juni 2007), *JLMB* 2007, 1740 en 1746; P. TAEELMAN en S. VOET, "Procesrechtelijke aspecten van aansprakelijkheidsvorderingen" in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen. PUC Willy Delva 2006-2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 781; A. VERHEYLESORNE, "Poursuite civile des procédures pénales" in *Postal Memorialis, Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, 86.
267. Cass. 13 februari 1978, *Arr.Cass.* 1978, 701; Cass. 21 januari 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 527 en *Pas.* 1991, I, 464; Cass. 23 maart 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 7710 en *Pas.* 1992, I, 664; Cass. 19 maart 2001, *AJT* 2001-02, 616, noot P. ROOSENS, *Arr.Cass.* 2001, 441, *JTT* 2001, 249, *Pas.* 2001, I, 436 en *RW* 2001-02, 736; Cass. 16 mei 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1193, *NJW* 2003, 1399, noot MDS en *Pas.* 2003, 1013; Cass. 3 april 2009, *Pas.* 2009, nr. 240 (in de regel gezag van gewijsde heeft); Cass. 7 februari 2013, AR C120158F (in de regel gezag van gewijsde heeft); N. COLETTE-BASECOZ en N. BLAISE, "Responsabilité civile et responsabilité pénale" in *Responsabilités. Traité théorique et pratique, partie préliminaire*, Mechelen, Kluwer, 2012, 31; R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1318; P. TAEELMAN en S. VOET, "Procesrechtelijke aspecten van aansprakelijkheidsvorderingen" in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen. PUC Willy Delva 2006-2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 781; A. VERHEYLESORNE, "Poursuite civile des procédures pénales" in *Postal Memorialis, Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, 83.
268. Voor een verwijzing naar andere en oudere rechtspraak zie M.-A. BEERNAERT, H. BOSLY en D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, die Keure, 2014, 277-278 en H. BOCKEN, "Rampen in het recht. Juridische rampen?", *TPR* 2005, 774-775. Voor een kritiek op de toepassing van de regel *le criminel tient le civil en état* in mediadzaken (zoals door Brussel 27 september 2011, *AM* 2012, 243, noot Q. VAN ENIS) zie Q. VAN ENIS, "'Le criminel tient le civil en état' et la presse: une application inutile et dangereuse?" (noot onder Brussel 27 september 2011), *AM* 2012, 246-251.
269. Cass. 22 mei 1975, *Arr.Cass.* 1975, 1006; Cass. 13 mei 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 1136 en *Pas.* 1983, I, 1035; Cass. 23 maart 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 7710 en *Pas.* 1992, I, 664; vgl. Brussel 30 september 1997, *JT* 1998, 59; Cass. 19 maart 2001, *AJT* 2001-02, 616, noot P. ROOSENS, *Arr.Cass.* 2001, 441, *JTT* 2001, 249, *Pas.* 2001, I, 436 en *RW* 2001-02, 736; N. COLETTE-BASECOZ en N. BLAISE, "Responsabilité civile et responsabilité pénale" in *Responsabilités. Traité théorique et pratique, partie préliminaire*, Mechelen, Kluwer, 2012, 31; R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1318; L. DELBROUCK, "Le criminel tient le civil en état", *Limb. Rechtsl.* 2012, 4; P. TAEELMAN en S. VOET, "Procesrechtelijke aspecten van aansprakelijkheidsvorderingen" in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen. PUC Willy Delva 2006-2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 781; A. VERHEYLESORNE, "Poursuite civile des procédures pénales" in *Postal Memorialis, Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, 83.

**103.** Het is de burgerlijke rechter die soeverein<sup>270</sup> beoordeelt of er een risico bestaat op tegenstrijdige rechtspraak.<sup>271</sup> Het is hem toegestaan hierover de partijen te horen: artikel 4, eerste lid V.T.Sv. impliceert immers de opschorting van de einduitspraak en niet van de rechtspleging. Daden van rechtspleging, zoals dagvaarding, onderzoeksmaatregelen en vonnissen alvorens recht te doen, zijn dan ook toegelaten.<sup>272</sup>

Artikel 4, eerste lid V.T.Sv. vereist niet dat de procespartij die de voormelde wetsbepaling inroept het bewijs levert dat de misdrijven die zij aanvoert en die een invloed kunnen hebben op de burgerlijke vordering bewezen zouden zijn of aannemelijk zouden zijn.<sup>273</sup>

### C. Instellen van de strafvordering voor of gedurende de burgerlijke rechtsvordering

**104.** Artikel 4, eerste lid V.T.Sv. stelt dat, indien de strafvordering voor of gedurende de burgerlijke rechtsvordering is ingesteld, de burgerlijke rechtsvordering is geschorst totdat de strafrechter definitief uitspraak heeft gedaan.

Indien de burgerlijke rechter uitspraak doet voor het instellen van de strafvordering, geldt de regel *le criminel tient le civil en état* niet<sup>274</sup>: de burgerlijke rechter kan vrij een beslissing nemen. Evenmin is de strafrechter gebonden door hetgeen de burgerlijke

---

270. P. Taelman en S. Voet wijzen erop dat de soevereine appreciatie van de strafvordering door de burgerlijke rechter, die nl. moet oordelen of er punten zijn die gemeenschappelijk zijn aan de strafvordering en de voor hem aanhangig gemaakte burgerlijke vordering, geen evidentie is. Zie P. Taelman en S. Voet, "Procesrechtelijke aspecten van aansprakelijkheidsvorderingen" in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen. PUC Willy Delva 2006-2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 799.

271. Cass. 3 april 2009, *Pas.* 2009, nr. 240: het komt toe aan het Hof van Cassatie om na te gaan of de feitenrechter uit de door hem vastgestelde feiten wettig heeft kunnen afleiden dat er geen gevaar bestaat voor tegenstrijdigheid tussen de beslissingen van de strafrechter en de burgerlijke rechter. Zie ook M.-A. Beernaert, H. Bosly en D. Vandermeersch, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, die Keure, 2014, 278; A. Verheylesonne, "Poursuite civile des procédures pénales" in *Postal Memorialis, Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, 84.

272. Cass. 13 februari 1978, *Arr.Cass.* 1978, 701; M.-A. Beernaert, H. Bosly en D. Vandermeersch, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, die Keure, 2014, 277; N. Colette-Basecqz en N. Blaise, "Responsabilité civile et responsabilité pénale" in *Responsabilités. Traité théorique et pratique, partie préliminaire*, Mechelen, Kluwer, 2012, 32; R. Declercq, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1318; L. Delbrouck, "Le criminel tient le civil en état", *Limb.Rechtsl.* 2012, 5; *RPDB*, v° *Action civile*, I, 154; P. Taelman en S. Voet, "Procesrechtelijke aspecten van aansprakelijkheidsvorderingen" in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen. PUC Willy Delva 2006-2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 782; A. Verheylesonne, "Poursuite civile des procédures pénales" in *Postal Memorialis, Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, 86.

273. Cass. 6 december 2012, *Arr.Cass.* 2012, nr. 670 en *Pas.* 2012, nr. 670; M.-A. Beernaert, H. Bosly en D. Vandermeersch, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, die Keure, 2014, 278; R. Declercq, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1318.

274. Zie bv. Rb. Brussel 17 januari 2011, *RNB* 2012, 56, noot G. de L.

rechter eerder besliste.<sup>275</sup> In die zin is het mogelijk dat er tegenstrijdige rechtspraak tot stand komt.<sup>276</sup>

De regel *le criminel tient le civil en état* betekent niet dat de burgerlijke rechter zich slechts zou kunnen uitspreken na het instellen van een strafvordering.<sup>277</sup>

Indien de uitspraak van de strafrechter definitief is voor het instellen van de burgerlijke vordering, speelt niet de regel *le criminel tient le civil en état*, maar wel het gezag van strafrechtelijk gewijsde t.a.v. de burgerlijke rechter.

## D. Kanttekening

**105.** In een aanbeveling van 22 december 2005 wijst de Verenigde advies- en onderzoekscommissie van de Hoge Raad voor de Justitie twee *good practices* aan ingeval de partijen van een burgerlijk proces het oneens zijn over de toepassing van de regel *le criminel tient le civil en état*. In de eerste plaats beveelt de Verenigde advies- en onderzoekscommissie aan om een specifiek en tegensprekelijk debat te organiseren: de burgerlijke rechter zal na afloop van het door hem georganiseerde debat daarover een met redenen omklede beslissing nemen. Verder beveelt de Verenigde advies- en onderzoekscommissie aan om de zaak mee te delen aan het Openbaar Ministerie, om alle nuttige inlichtingen over de juiste inhoud van de strafvordering te verkrijgen.<sup>278</sup>

### § 4. Redelijke termijn

**106.** De toepassing van de regel *le criminel tient le civil en état* impliceert een vertraging bij de behandeling van de zaak door de burgerlijke rechter.<sup>279</sup> De duur van de

275. J. BAECK en H. BOCKEN, "Schadevergoeding bij rampen. De opschorting van de burgerlijke vordering in afwachting van de uitspraak van de strafrechter bij vorderingen tot schadevergoeding gebaseerd op een objectieve aansprakelijkheidsregel. Een syntheseverslag bij TPR Colloquium van 13 maart 2009", *TPR* 2009, 588; N. COLETTE-BASECQZ en N. BLAISE, "Responsabilité civile et responsabilité pénale" in *Responsabilités. Traité théorique et pratique, partie préliminaire*, Mechelen, Kluwer, 2012, 31; L. DELBROUCK, "Le criminel tient le civil en état", *Limb.Rechtsl.* 2012, 5; R. NELISSEN, "Sociaalrechtelijke aspecten omtrent de adagia 'le criminel tient le civil en état' en 'le criminel emporte le civil'", *T.Strafr.* 2004, 252; A. VERHEYLESORNE, "Poursuite civile des procédures pénales" in *Postal Memorialis, Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, 85.

276. N. COLETTE-BASECQZ en N. BLAISE, "Responsabilité civile et responsabilité pénale" in *Responsabilités. Traité théorique et pratique, partie préliminaire*, Mechelen, Kluwer, 2012, 31.

277. *Contra* Rb. Dinant 23 maart 2006, *JLMB* 2006, 733, noot H. BOULARBAH; H. BOULARBAH, "L'exercice devant le juge civil de l'action en réparation fondée sur un fait qualifié d'infraction pénale: à quel moment et selon quel mode introductif d'instance?" (noot onder Rb. Dinant 23 maart 2006), *JLMB* 2006, 735-736; P. TAELEMAN en S. VOET, "Procesrechtelijke aspecten van aansprakelijkheidsvorderingen" in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen. PUC Willy Delva 2006-2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 782.

278. Aanbeveling nr. 2005/5 van de Hoge Raad voor de Justitie, [www.hrj.be](http://www.hrj.be); A. VERHEYLESORNE, "Poursuite civile des procédures pénales" in *Postal Memorialis, Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, 86.

279. N. COLETTE-BASECQZ en N. BLAISE, "Responsabilité civile et responsabilité pénale" in *Responsabilités. Traité théorique et pratique, partie préliminaire*, Mechelen, Kluwer, 2012, 32-33.

schorsing op grond van artikel 4, eerste lid V.T.Sv. wordt in rekening gebracht bij het berekenen van de redelijke termijn en kan aldus leiden tot een schending van de redelijke termijn in de zin van artikel 6.1 EVRM. In de zaak *Rezette t. Luxemburg* van 13 juli 2004 werd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens nl. beslist dat zodra de uitspraak van de strafrechter een invloed kan hebben op de uitkomst voor de burgerlijke rechter met de duur van de strafprocedure rekening moet worden gehouden om te oordelen of de redelijke termijn al dan niet werd geschonden. Om te bepalen of de duur van de burgerlijke procedure de redelijke termijn overschrijdt, moet rekening worden gehouden met de periode tijdens dewelke deze werd opgeschort. De overschrijding van de redelijke termijn wordt beoordeeld rekening houdend met de complexiteit van de zaak, het gedrag van de verzoeker, het gedrag van de bevoegde gerechtelijke overheden en het belang van de zaak voor de betrokkene.<sup>280</sup> In een vonnis van de Brusselse rechtbank van 20 november 2006 werd daarentegen de nadruk gelegd op het belang van de toepassing van de regel *le criminel tient le civil en état*, zelfs indien hierdoor een risico bestaat op het overschrijden van de redelijke termijn.<sup>281</sup> Ondertussen werd door het Grondwettelijk Hof het belang van de behandeling van de burgerlijke vordering binnen een redelijke termijn erkend.<sup>282</sup>

In bepaalde rechtsleer worden, o.a. onder verwijzing naar de vertraging bij het vergoeden van slachtoffers van rampen door de burgerlijke rechter ingevolge de toepassing van artikel 4, eerste lid V.T.Sv., verschillende mogelijkheden tot hervorming van voormeld wetsartikel onderzocht. Deze mogelijkheden tot hervorming kennen niettemin een ruimer toepassingsgebied, buiten het raam van het onderzoek van rampen.<sup>283</sup>

280. EHRM 13 juli 2004, *Rezette t. Luxemburg*, *JLMB* 2005, 1528, noot L. KAËNS en L. MISSON (schending van art. 6.1 EVRM); M.-A. BEERNAERT, H. BOSLY en D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, die Keure, 2014, 277; H. BOCKEN, "Rampen in het recht. Juridische rampen?", *TPR* 2005, 772; N. COLETTE-BASECQZ en N. BLAISE, "Responsabilité civile et responsabilité pénale" in *Responsabilités. Traité théorique et pratique, partie préliminaire*, Mechelen, Kluwer, 2012, 32-33; L. KAËNS en L. MISSON, "'Le criminel tient le civil en état' vs le délai raisonnable", *JLMB* 2005, 1532-1534; O. MICHIELS, "Faut-il surseoir à statuer, en application du principe du 'criminel tient le civil en état' lorsque la responsabilité d'un prévenu est mise en cause devant le juge civil sur la base de l'article 1384, alinéa premier, du code civil?" (noot onder Brussel 25 juni 2007), *JLMB* 2007, 1746; P. TAEELMAN en S. VOET, "Procesrechtelijke aspecten van aansprakelijkheidsvorderingen" in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen. PUC Willy Delva 2006-2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 798-799.

281. N. COLETTE-BASECQZ en N. BLAISE, "Responsabilité civile et responsabilité pénale" in *Responsabilités. Traité théorique et pratique, partie préliminaire*, Mechelen, Kluwer, 2012, 33 onder verwijzing naar Rb. Brussel 20 november 2006, *JLMB* 2007, 806. Vgl. echter met Brussel 25 juni 2007, *JLMB* 2007, 1736, noot O. MICHIELS, waarin wordt betoogd waarom de schorsing geen schending vormt van de redelijke termijn.

282. GwH 31 juli 2008, nr. 113/2008, *Arr.GwH* 2008, 1845, *RW* 2008-09, 745 en *VAV* 2008, 518; J. BAECK en H. BOCKEN, "Schadevergoeding bij rampen. De opschorting van de burgerlijke vordering in afwachting van de uitspraak van de strafrechter bij vorderingen tot schadevergoeding gebaseerd op een objectieve aansprakelijkheidsregel. Een syntheseverslag bij TPR Colloquium van 13 maart 2009", *TPR* 2009, 591-592.

283. J. BAECK en H. BOCKEN, "Schadevergoeding bij rampen. De opschorting van de burgerlijke vordering in afwachting van de uitspraak van de strafrechter bij vorderingen tot schadevergoeding gebaseerd op een objectieve aansprakelijkheidsregel. Een syntheseverslag bij TPR Colloquium van 13 maart 2009", *TPR* 2009, 581-599; H. BOCKEN, "Rampen in het recht. Juridische rampen?", *TPR* 2005, 767-785; P. TAEELMAN en S. VOET, "Procesrechtelijke aspecten van aansprakelijkheidsvorderingen" in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen. PUC Willy Delva 2006-2007*, Mechelen, Kluwer, 2007, 796-802.

## AFDELING 4. BESLUIT

**107.** Het weze duidelijk dat de interferenties en onderlinge verbanden tussen de strafprocedure en de burgerlijke procedure alsmaar toenemen.

Als gevolg daarvan groeit de noodzaak om beide rechtsplegingen in de mate van het mogelijke beter op elkaar af te stemmen. Waar vanzelfsprekend grondige verschillen zullen blijven bestaan, heeft o.m. de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof duidelijk gemaakt dat in het strafprocesrecht een nuttig gebruik kan worden gemaakt van bepaalde onderdelen van het Gerechtelijk Wetboek.

Het zal de wetgever toekomen om in een komende herziening van het Wetboek van Strafvordering de regel indachtig te zijn dat het Gerechtelijk Wetboek het gemeen recht van de procedure is, maar tegelijk ervoor zorg te dragen dat de eigenheden van de strafprocedure op een coherente wijze in het Wetboek van Strafvordering tot uiting worden gebracht.



# **INTERFERENTIE TUSSEN AMBTENARENTUCHTRECHT EN STRAFRECHT**

Prof. dr. Ingrid OPDEBEEK  
Gewoon hoogleraar bestuursrecht Universiteit Antwerpen  
Advocaat





## AFDELING 1. BEGRIPPEN TUCHTRECHT EN STRAFRECHT

1. Het tuchtrecht is de sanctiebevoegdheid waarover de leiders van een bepaalde maatschappelijke groep – bv. een openbaar bestuur, de Orde van Advocaten, de Orde van Artsen, het bestuur van een vereniging – beschikken om leden van die groep te straffen die inbreuken hebben begaan op de deontologische verplichtingen die zij hebben, precies wegens het lidmaatschap van die groep.<sup>1</sup> Wie behoort tot een dergelijke maatschappelijke groep (het bestuur, een bepaald beroep, een vereniging ...) heeft precies wegens het lidmaatschap van die groep bepaalde specifieke verplichtingen, de zgn. plichtenleer of deontologie. Wie deze verplichtingen niet naleeft, kan door de leiders van de groep worden gestraft met sancties die kunnen variëren van louter morele sancties met een waarschuwend karakter tot tijdelijke of definitieve uitsluiting uit de groep.

2. Het strafrecht kan men omschrijven als “*het geheel van de rechtsregelen die bepalen onder welke voorwaarden voor welbepaalde gedragingen (misdrijven) specifieke sancties (strafrechtelijke sancties) opgelegd en uitgevoerd kunnen worden, die omschrijven waarin deze gedragingen en sancties bestaan en die voorschrijven op welke wijze het recht om voor deze gedragingen sancties op te leggen en uit te voeren wordt uitgeoefend door de daartoe bevoegde publiekrechtelijke organen*”.<sup>2</sup> Traditioneel maakt men het onderscheid tussen het materieel strafrecht en het strafprocesrecht.

Het strafrecht is een middel waarmee de samenleving sociaal ongewenst gedrag controleert en bestraft. In dit opzicht vertoont het een gelijkenis met het tuchtrecht, dat evenzeer ongewenst gedrag controleert en sanctioneert<sup>3</sup>, zij het van een beperktere groep. Strafrecht en tuchtrecht zijn allebei *repressief van aard*, zij hebben tot doel te straffen, maar beide hebben ook een *preventieve functie*.

3. In tuchtzaken zal er vaak een interferentie zijn met het strafrecht. Sommige tuchtfeiten zijn immers ook strafrechtelijke misdrijven, zoals valsheid in geschriften, omkoping, verduistering, diefstal, schending van het beroepsgeheim enz. Bijgevolg rijst de vraag naar het *onderscheid* tussen het tucht- en het strafrecht (§ 2), de *gevolgen* van dit onderscheid (§ 3) en de gevolgen van een voorlopige hechtenis op het

1. I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Algemene beginselen van ambtenarentuchtrecht*, Brugge, die Keure, 2011, 1-4. Zie A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, p. 286.

2. D. HOLSTERS, “Strafrecht en tuchtrecht” in *Strafrecht als roeping – Liber amicorum Lieven Dupont*, Leuven, Universitaire pers, 2005, deel II, 805; R. VERSTRAETEN en F. VERBRUGGEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelor*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2014, deel I, 2.

3. C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2014, 5.

ambtenarenstatuut (§ 4). Ten slotte rijst de vraag of de tuchtvordering soms niet wordt *opgeslorpt* door de uitspraak van de strafrechter (§ 5).

## AFDELING 2. ONDERSCHIED TUSSEN TUCHT- EN STRAFRECHT

4. Het tuchtrecht en het strafrecht zijn in principe autonoom, onafhankelijk van elkaar<sup>4</sup>, door hun eigen aard en eigen doel.<sup>5</sup> Ze vertonen dan ook – naast gelijkenissen – essentiële verschillen. Die werden als volgt omschreven door het Arbitragehof, thans het Grondwettelijk Hof:

*“De strafvordering heeft tot doel inbreuken op de maatschappelijke orde te doen bestraffen en wordt uitgeoefend in het belang van de hele maatschappij; zij behoort tot de bevoegdheid van de strafgerechten; zij kan enkel betrekking hebben op feiten die door de wet als misdrijf zijn omschreven en zij geeft, in geval van veroordeling, aanleiding tot de door of krachtens de wet voorgeschreven straffen.*

*De tuchtvordering heeft tot doel te onderzoeken of de titularis van een openbaar ambt of van een beroep de deontologische of disciplinaire regels heeft overschreden of afbreuk heeft gedaan aan de eer of de waardigheid van zijn ambt of beroep; zij wordt uitgeoefend in het belang van een beroep of een openbare dienst; zij heeft betrekking op tekortkomingen die niet noodzakelijk het voorwerp uitmaken van een precieze definitie; ze kan aanleiding geven tot sancties die de betrokkene raken in de uitoefening van zijn ambt of beroep en die uitgesproken worden door een orgaan dat eigen is aan elk betrokken beroep, door een administratieve overheid of door een rechtscollège”.*<sup>6</sup>

In dit deel wordt ingegaan op een aantal belangrijke verschillen tussen het straf- en het tuchtrecht, zonder uiteraard een volledige vergelijking te kunnen maken.

### § 1. Doel

5. Het tuchtrecht en het strafrecht hebben – binnen de gemeenschappelijke intentie tot straffen en tot preventie – een fundamenteel verschillend doel.<sup>7</sup>

4. RvS 9 december 2014, nr. 229.485, *Wynsberghe*.

5. J. DE HERDT, “De invloed van de uitspraak van de strafrechter op de beoordeling van de strafmaat in tuchtzaken” (noot onder RvS 21 december 2006, nr. 166.235, *De Maeyer*), *RW* 2008-09, 543.

6. Arbitragehof 7 december 1999, nr. 129/99.

7. RvS 22 januari 2001, nr. 92.472, *Keyen*; RvS 23 oktober 2002, nr. 111.814, *Lejeune*; RvS 24 oktober 2007, nr. 176.109, *Prevedello*; RvS 20 februari 2008, nr. 179.907, *Minor*; RvS 5 januari 2009, nr. 189.264, *Gillis*.

De strafvordering heeft tot doel inbreuken op de maatschappelijke orde te doen bestraffen en wordt uitgeoefend *in het belang van de hele maatschappij*; de tucht-vordering heeft tot doel te onderzoeken of de titularis van een openbaar ambt of van een specifiek beroep de deontologische regels heeft overschreden en/of afbreuk heeft gedaan aan de eer of de waardigheid van zijn ambt of beroep; zij wordt uitgeoefend *in het belang van een openbare dienst of een beroep*.<sup>8</sup> Het ambtenaren-tuchtrecht is gericht op de goede werking van de dienst en het ongeschonden houden van het imago ervan.<sup>9</sup>

## § 2. Toepassingsgebied: beperkt versus ruim

**6.** Het verschillend doel van het tucht- en het strafrecht heeft ook een verschillend toepassingsgebied tot gevolg.

Het strafrecht heeft een *ruim* toepassingsgebied: het omvat algemene gedragsregels en is in beginsel van toepassing op iedereen.<sup>10</sup> Krachtens artikel 3 van het Strafwetboek worden alle misdrijven gepleegd op het Belgische grondgebied vervolgd overeenkomstig de Belgische Strafwet, zonder onderscheid naar de persoon. Bovendien kunnen de Belgische strafwetten ook extraterritoriale werking hebben, zodat Belgische strafwetten toepasselijk kunnen zijn op feiten gepleegd in het buitenland.<sup>11</sup>

Het tuchtrecht daarentegen heeft een *beperkt* toepassingsgebied: het is enkel van toepassing op een welomschreven groep van personen die allen een welbepaald beroep of ambt uitoefenen<sup>12</sup>, bv. de statutaire personeelsleden van een bestuur, de leden van de rechterlijke macht, bepaalde politieke mandatarissen, maar ook vrije beroepen zoals geneesheren, advocaten, accountants, architecten enz. en ook sportbeoefenaars. Het tuchtrecht is enkel bedoeld voor “intern” gebruik voor een welbepaalde groep waarbinnen het exclusief van toepassing is.<sup>13</sup>

8. Arbitragehof 7 december 1999, nr. 129/99.

9. RvS 5 januari 2009, nr. 189.264, *Gillis*.

10. J. DU JARDIN, “Rechtspraak in tuchtzaken door de beroepsorden: toetsing van de wettigheid door het Hof van Cassatie”, *RW* 2000-01, 786; D. HOLSTERS, “Strafrecht en tuchtrecht”, 808; E. VAN NUFFEL, “L’infraction pénale de l’agent public et sa sanction disciplinaire: l’autonomie de l’action disciplinaire et l’incidence de la décision du juge pénal”, *APT* 2005, 52.

11. *Cf.* art. 4 Sw.

12. D. HOLSTERS, “Strafrecht en tuchtrecht”, 808; E. VAN NUFFEL, “L’infraction pénale de l’agent public et sa sanction disciplinaire: l’autonomie de l’action disciplinaire et l’incidence de la décision du juge pénal”, *APT* 2005, 52.

13. J. DU JARDIN, “Rechtspraak in tuchtzaken door de beroepsorden: toetsing van de wettigheid door het Hof van Cassatie”, *RW* 2000-01, 786.

### § 3. Toepasselijk recht: vaagheid versus precisie

7. In het strafrecht staat het *legaliteitsbeginsel* centraal. Op grond van dit beginsel kan enkel de wet gedragingen strafbaar stellen: *nullum crimen sine lege*. Deze waarborg is een van de belangrijkste grondslagen van het strafrecht en de democratische rechtsstaat, wat blijkt uit de sterke verankering ervan.<sup>14</sup> Het legaliteitsbeginsel impliceert niet alleen dat enkel de wet een gedraging strafbaar kan stellen, maar ook dat die gedraging enkel kan worden bestraft met een sanctie die uitdrukkelijk door de wet is voorgeschreven. Het is dus niet enkel *nullum crimen*, maar ook *nulla poena sine lege*. In strafzaken is nauwkeurigheid bijgevolg een wezenlijke vereiste, zowel bij de omschrijving van het misdrijf, als van de straffen. Dit wordt het *lex certa*-principe genoemd.

8. De wijze waarop het materiële tuchtrecht tot stand komt, verschilt grondig van het materiële strafrecht. In tuchtzaken geldt het legaliteitsbeginsel niet zo strikt. Een gedragsregel waarvan de schending tuchtrechtelijk wordt gestraft, moet niet noodzakelijk in een formele wet en zelfs niet in een reglement vastgelegd zijn. En zelfs als een deontologische regel schriftelijk is vastgelegd, is de formulering ervan vaak ruim en vaag, bv. het voorschrift dat men geen afbreuk mag doen “aan de waardigheid” van het beroep of het ambt.<sup>15</sup> Deze vaagheid van het tuchtrecht laat een ruime beoordelingsvrijheid aan wie moet waken over de naleving van de deontologische regels, zowel wat de omschrijving van de inhoud van de regels betreft, als de beoordeling van de ernst van de schending ervan.<sup>16</sup> I.t.t. in het strafrecht is in het tuchtrecht in principe immers niet voorgeschreven welke tekortkomingen met welke straffen moeten worden gesanctioneerd.<sup>17</sup>

9. Nochtans moet de vaagheid van het tuchtrecht worden genuanceerd. De flexibiliteit die uit het ongeschreven karakter van het tuchtrecht voortvloeit, heeft tot gevolg dat de instanties belast met de toepassing van het tuchtrecht niet enkel recht toepassen, maar het ook creëren.<sup>18</sup>

Door die concrete toepassingen zullen gaandeweg bepaalde gedragsnormen gestalte krijgen.

Bovendien is er een evolutie vast te stellen naar een *grotere regulering en codificering*, niet enkel van het tuchtrecht op zich, maar ook van de deontologische normen.

14. Het legaliteitsbeginsel is opgenomen in art. 2, eerste al. Sw., art. 14 Gw., art. 7 EVRM en art. 15 IVBPR.

15. Zie Hoofdstuk 4. Tuchtfeiten.

16. J. DU JARDIN, “Rechtspraak in tuchtzaken door de beroepsorden: toetsing van de wettigheid door het Hof van Cassatie”, RW 2000-01, 788-789.

17. I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Algemene beginselen van ambtenarentuchtrecht*, Brugge, die Keure, 2011, nr. 377.

18. J. DU JARDIN, “Rechtspraak in tuchtzaken door de beroepsorden: toetsing van de wettigheid door het Hof van Cassatie”, RW 2000-01, 808.

Zo bevat het gemeentedecreet in vergelijking met de vroegere Nieuwe Gemeentewet een inhoudelijke omschrijving van een reeks rechten en plichten van het personeel<sup>19</sup>, die moeten worden geconcretiseerd in een deontologische code die verplicht door elk lokaal bestuur moet worden opgesteld. In deze deontologische code kunnen bijkomende deontologische verplichtingen worden opgenomen.<sup>20</sup> Voor het politiepersoneel werd een uitvoerige deontologische code opgesteld.<sup>21</sup> Ook voor andere ambten en beropen is een gelijkaardige evolutie merkbaar.<sup>22</sup>

#### § 4. Aard van de beslissing: bestuurlijk versus juridictioneel

**10.** Reeds eerder werd erop gewezen dat de beslissing waarbij een tuchtstraf wordt opgelegd aan een ambtenaar, een beslissing is die uitgaat van een bestuur, van een “administratieve overheid”, en dus niet van een rechter. Een tuchtsanctie t.a.v. het statutair overheidspersoneel valt dan ook onder de ruimere categorie van de bestuurlijke sancties.<sup>23</sup> Het is een eenzijdige bestuurshandeling, waartegen een beroep mogelijk is bij de Raad van State, na eventueel vooraf het georganiseerd bestuurlijk beroep te hebben doorlopen.

De strafvordering daarentegen wordt beslecht door de strafrechter, m.a.w. door de rechterlijke macht.

**11.** Het onderscheid inzake de aard van de beslissing, nl. juridictioneel *versus* bestuurlijk, heeft belangrijke gevolgen. Zo zullen de procedureregels fundamenteel verschillen: de rechtsregels en algemene beginselen van toepassing in het strafrecht kunnen niet zonder meer worden toegepast op het tuchtrecht en *vice versa*. Een tuchtbeslissing moet bv. formeel worden gemotiveerd op basis van de Wet Motivering Bestuurshandelingen, terwijl een juridictionele uitspraak formeel moet worden gemotiveerd op basis van artikel 149 van de Grondwet. De inhoud van deze motiveringsplicht is overigens verschillend voor rechters en besturen.<sup>24</sup> Ook de onpartijdigheidsplicht zal bv. strenger zijn als beginsel van behoorlijke rechtsbedeling, dan wel als beginsel van behoorlijk bestuur.<sup>25</sup>

19. Zie de art. 107-111 gemeentedecreet. Zie I. OPDEBEEK, “De (in)effectiviteit van het tuchtrecht in de lokale besturen” in S. LUST en P. LUYPAERS (eds.), *Tucht en deontologie*, Brugge, die Keure, 2007, 48-49.

20. Art. 112 gemeentedecreet; art. 108 provinciedecreet; art. 111 OCMW-decreet.

21. KB 10 mei 2006 houdende vaststelling van de deontologische code van de politiediensten, *BS* 30 mei 2006.

22. Zie S. CALLENS, “De rol van de orde van geneesheren in de gezondheidszorg” in S. LUST en P. LUYPAERS (eds.), *Tucht en deontologie*, Brugge, die Keure, 2007, 156-159; J. MAESCHALCK en K. DE SAEDELEER, “Tuchtrecht en sportrecht” in S. LUST en P. LUYPAERS (eds.), *Tucht en deontologie*, Brugge, die Keure, 2007, 237-243.

23. I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Algemene beginselen van ambtenarentuchtrecht*, Brugge, die Keure, 2011, p. 36.

24. RvS 1 april 2009, nr. 192.130, *Gijssels*; I. OPDEBEEK en A. COOLSAET (eds.), *Formele motivering van bestuurshandelingen*, Brugge, die Keure, 2013, p. 4-5.

25. I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Algemene beginselen van ambtenarentuchtrecht*, Brugge, die Keure, 2011, nrs. 455-456.

Daarenboven belet het algemeen rechtsbeginsel *ne bis in idem* niet dat dezelfde feiten zowel tot een strafrechtelijke sanctie als een tuchtstraf kunnen leiden, althans indien de tuchtstraf niet de kenmerken vertoont van een strafrechtelijke vervolging.<sup>26</sup> Dit heeft dan weer tot gevolg dat de tuchtvordering en strafvordering tegelijk kunnen worden uitgeoefend, zodat de vraag rijst of de tuchtoverheid moet wachten op de strafrechter.<sup>27</sup>

## § 5. *Strafbare gedraging: tuchtfait versus misdrijf*

### A. Tuchtfait en misdrijf vallen niet (noodzakelijk) samen

**12.** Met de verschillen in doel en toepassingsgebied tussen het tucht- en het strafrecht hangt samen dat een misdrijf en een tuchtfait niet noodzakelijk samenvallen. Sommige feiten kunnen zowel een misdrijf, als een tuchtfait zijn, bv. valsheid in geschriften gepleegd door een ambtenaar in de uitoefening van zijn ambt, een verkeersovertreding tijdens de diensturen, slagen en verwondingen toegebracht aan een collega op het werk.

Het spreekt voor zich dat niet alle tuchtfaiten ook misdrijven zijn; veel tuchtfaiten zijn immers inbreuken op specifieke beroepspllichten die niet strafrechtelijk worden gesanctioneerd of zijn gedragingen die de waardigheid van het ambt in het gedrang brengen zonder een misdrijf te zijn. Dit betekent echter niet dat deze tuchtfaiten minder ernstig zouden zijn of niet tot de zwaarste tuchtstraf zouden kunnen leiden. Zo zal het herhaaldelijk en moedwillig in gebreke blijven om de opgelegde taak te vervullen of een aanhoudend onbeleefd gedrag tegenover het publiek kunnen worden bestraft met een definitieve verwijdering uit de dienst, ook al werd er geen misdrijf gepleegd.

Omgekeerd zijn misdrijven niet noodzakelijk een tuchtfait. Of een misdrijf ook als een tuchtfait kan worden gekwalificeerd, zal afhangen van de concrete omstandigheden. Zo zal een zware verkeersovertreding of het besturen van een voertuig in staat van dronkenschap meestal geen tuchtfait zijn in hoofde van het personeelslid dat dit misdrijf beging buiten de uitoefening van het ambt. Dit kan echter wél het geval zijn, wanneer dit misdrijf – ook buiten de uitoefening van het ambt – werd gepleegd door bv. een lid van de politie of de chauffeur van de schoolbus. Het bewust plegen van een stedenbouwkundige overtreding m.b.t. de eigen woning zal meestal niet als een tuchtfait worden vervolgd, maar is in hoofde van een stedenbouwkundig ambtenaar wel een ernstige tuchtfait.

26. *Infra*, nr. 22 *et seq.*

27. *Infra*, nr. 27 *et seq.*

In het geval dat een tuchtfeit ook een misdrijf kan zijn, impliceert dit niet, wat het bewijs van de feiten betreft, dat dit feit enkel tot een tuchtsanctie zou kunnen leiden indien de strafrechter zijn schuld bij een kracht van gewijsde getreden vonnis zou hebben vastgesteld.<sup>28</sup>

## B. *Nullum crimen sine lege*

13. Hierboven werd er op gewezen dat krachtens het legaliteitsbeginsel in strafzaken enkel de wet een bepaalde gedraging strafbaar kan stellen. Dit legaliteitsbeginsel, uitgedrukt in het *adagium nullum crimen sine lege*, geldt niet in het tuchtrecht. De deontologische regels moeten niet op voorhand precies gedefinieerd zijn. Er bestaat geen limitatieve opsomming, noch limitatieve omschrijving van de diverse deontologische regels die kunnen worden overtreden. De tuchtverheid zal telkens *in concreto* moeten oordelen of een bepaald gedrag al dan niet als een tekortkoming aan de beroepsplichten kan worden beschouwd.<sup>29</sup>

14. Het is begrijpelijk dat niet elke overtreding van een deontologische norm in een formele tekst kan worden vastgelegd. Het is immers onmogelijk om een volledige, precieze lijst van alle beroepsplichten en van alle mogelijke tekortkomingen daaraan te omschrijven. Deontologie houdt daarenboven verband met ethiek en evolueert bijgevolg.<sup>30</sup>

Dit belet niet dat een tuchtregeling algemene “categorieën” van tuchtfeiten kan omschrijven, zoals het niet-naleven van de bepalingen van de rechtspositieregeling of de beroepsplichten, het handelen in strijd met de waardigheid van het ambt enz. Een dergelijke omschrijving van de tuchtfeiten is echter steeds *algemeen*. De tuchtverheid moet bijgevolg steeds *in concreto* nagaan of een bepaald handelen in strijd is met de beroepsplichten of de waardigheid van het ambt en, gelet op de formele motiveringsplicht, in de tuchtbeslissing vermelden waarom dit zo is.<sup>31</sup>

De zeer ruime discretionaire bevoegdheid waarover de tuchtverheid beschikt bij het oordeel of een bepaald feit een tuchtfeit is, is echter geen synoniem voor willekeur. De tuchtverheid is immers gebonden door o.m. het redelijkheidsbeginsel, waarvan de naleving wordt gecontroleerd door de Raad van State.<sup>32</sup>

28. RvS 30 januari 2013, nr. 222.302, *Decouttere*.

29. RvS 29 juni 2001, nr. 97.252, *Belmans*; RvS 14 juli 2008, nr. 185.384, *Lenaerts, T.Gem.* 2009, 26; RvS 16 december 2008, nr. 188.829, *Dinon*; RvS 25 januari 2010, nr. 199.970, *Moors*.

30. J. DU JARDIN, “Rechtspraak in tuchtzaken door de beroepsorden: toetsing van de wettigheid door het Hof van Cassatie”, *RW* 2000-01, 788-789.

31. I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Algemene beginselen van ambtenarentucht*, Brugge, die Keure, 2011, p. 414 *et seq.*

32. I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Algemene beginselen van ambtenarentucht*, Brugge, die Keure, 2011, p. 188 *et seq.*

## § 6. Straf en straftoemeting

### A. Aard van de straf

**15.** Een tuchtstraf wil de betrokkene raken in de voordelen die het lidmaatschap van de groep hem biedt. Een tuchtstraf zal het personeelslid raken *in zijn loopbaan*, m.a.w. in de voordelen vastgelegd in de rechtspositieregeling. Zo kan een tuchtstraf gevolgen hebben voor zijn mogelijkheden tot bevordering en doorstroming in de functionele loopbaan. Een tuchtstraf kan ook het verbod inhouden om het ambt of het beroep gedurende een welbepaalde tijd uit te oefenen, zodat de betrokkene tijdelijk wordt uitgesloten uit de groep. Bij ernstige tuchtfeiten kan hij ook definitief worden uitgesloten.

De rechtspraak definieert een strafsanctie traditioneel als het leed dat door de rechterlijke macht wordt opgelegd als sanctie voor een misdrijf.<sup>33</sup> De straf beoogt de bescherming van de samenleving en treft de betrokkene in de eerste plaats in zijn *vermogen en/of zijn vrijheid*. Een sanctie opgelegd door de strafrechter kan echter ook een invloed hebben op de loopbaan van de veroordeelde.<sup>34</sup> Dat leedtoevoeging een wezenskenmerk zou zijn van de straf wordt thans evenwel in vraag gesteld.<sup>35</sup>

### B. Keuzevrijheid bij het bepalen van de straf: *nulla poena sine lege*

**16.** In het strafrecht impliceert het legaliteitsbeginsel dat een misdrijf enkel kan worden bestraft met een sanctie die uitdrukkelijk door de wet is voorgeschreven. Het is niet enkel *nullum crimen*, maar ook *nulla poena sine lege*.<sup>36</sup>

Dit aspect van het legaliteitsbeginsel geldt ook in het tuchtrecht: enkel de tuchtstraffen opgesomd in de toepasselijke tuchtregeling kunnen worden opgelegd.<sup>37</sup> De lijst met tuchtstraffen is dus een *limitatieve* lijst.

Bij stilzwijgen van de regelgever geldt het beginsel *nulla poena sine lege* evenwel niet onvoorwaardelijk in het tuchtrecht. Bij gebrek aan een volledige tuchtregeling en o.m. het gebrek aan een lijst van tuchtsancties mag het hiërarchisch- en tuchtgezag

33. C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2014, 393.

34. Zie *infra*, Afdeling 5. Opsporing van de tuchtvordering door de strafrechtelijke veroordeling.

35. Zie J. ROZIE, "Ceci n'est pas une peine ... Over de vraag hoe lang het hybride Belgisch sanctiebeprij nog overeind kan blijven?" in F. DERUYCK et al. (eds), *Liber amicorum Luc Huybrechts*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 319-335.

36. XXX noot 36!

37. RvS 20 november 2003, nr. 125.537, *Boedri*.



niet worden verlamd. De bevoegdheid om een personeelslid af te zetten, impliceert dan ook de bevoegdheid om een lichtere straf op te leggen.<sup>38</sup>

## C. Keuzevrijheid bij de straftoemeting

### 1. KEUZE VAN DE STRAF

**17.** De strafwet bepaalt voor ieder misdrijf afzonderlijk de toepasselijke straf. Hierbij wordt aan de strafrechter doorgaans een keuze gelaten, hetzij omdat hij tussen bepaalde straffen kan kiezen, hetzij omdat hij de concrete strafmaat kan bepalen binnen vastgelegde minima en maxima.<sup>39</sup> Bovendien geldt in het strafrecht ook het evenredigheidsbeginsel bij het bepalen van de strafmaat.

De keuzevrijheid van de tuchtoverheid bij de straftoemeting is *groter*. De tuchtoverheid is weliswaar gebonden door de tuchtstraffen opgenomen in de tuchtregeling, maar in principe<sup>40</sup> is zij vrij om te bepalen welke strafmaat zij hanteert. Er bestaat geen tarifiering in het tuchtrecht, waarbij is bepaald welke tuchtfeiten met welke straffen moeten worden gesanctioneerd. Uiteraard is de tuchtoverheid bij de straftoemeting wel gebonden door het *evenredigheidsbeginsel*.<sup>41</sup>

### 2. VERZWARENDE OMSTANDIGHEDEN, VERZACHTENDE OMSTANDIGHEDEN EN VERSCHONINGSGRONDEN

**18.** Zowel de strafrechter, als de tuchtoverheid kunnen met verzwarende en verzachtende omstandigheden worden geconfronteerd.

In het strafrecht zijn de strafverzwarende omstandigheden uitdrukkelijk door de wet bepaald zodat de strafrechter hierover niet vrij oordeelt; de strafrechter heeft wel de vrijheid te oordelen of er sprake is van verzachtende omstandigheden.<sup>42</sup>

De tuchtoverheid daarentegen oordeelt niet alleen vrij over de aanwezigheid van verzachtende omstandigheden, maar ook van verzwarende omstandigheden, alsook over de impact hiervan bij de concrete straftoemeting.<sup>43</sup> Ook hier moet worden benadrukt dat deze discretionaire vrijheid wordt beperkt door het redelijkheidsbeginsel, meer bepaald het evenredigheidsbeginsel.

38. RvS 11 maart 1959, nr. 6.955, *Bacq*; RvS 8 mei 1990, nr. 34.842, *Adam*, T.Gem. 1990, 390.

39. C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2014, 475.

40. Uitzonderlijk bevat de toepasselijke tuchtregeling normen over de bestraffing van bepaalde feiten. Zo moeten de leden van de politie die, in ernstige en dringende omstandigheden binnen het raam van de voorbereiding of de uitvoering van een opdracht van bestuurlijke of van gerechtelijke politie, weigeren te gehoorzamen aan de bevelen van hun oversten of er zich met opzet van onthouden die uit te voeren, worden bestraft met een *zware* tuchtstraf (art. 8 Tuchtwet Politie).

41. I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Algemene beginselen van ambtenarentuchtrecht*, Brugge, die Keure, 2011, p. 214 *et seq.*

42. C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2014, 485 *et seq.*

43. I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Algemene beginselen van ambtenarentuchtrecht*, Brugge, die Keure, 2011, p. 214 *et seq.*

Er is dus geen verschil tussen tuchtrecht en strafrecht op het vlak van de verzachtende omstandigheden maar wel op het vlak van de verzwarende omstandigheden.

**19.** Zowel het strafrecht, als het tuchtrecht kennen verschoningsgronden. Dit begrip dekt in beide rechtstakken niet dezelfde lading. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen *strafverminderende* verschoningsgronden enerzijds, die enkel een strafvermindering tot gevolg hebben, en *strafuitsluitende* verschoningsgronden anderzijds, die de straf totaal opheffen. De strafrechter kan enkel de verschoningsgronden in aanmerking nemen die in de strafwet uitdrukkelijk zijn voorgeschreven en enkel t.a.v. de misdrijven waaraan zij zijn gekoppeld.<sup>44</sup>

In het tuchtrecht *belet* een verschoningsgrond steeds dat een tuchtstraf wordt opgelegd.<sup>45</sup> De verschoningsgronden zijn in het tuchtrecht ook niet uitdrukkelijk opgenomen in de tuchtregeling, laat staan dat hun impact bij de straftoemeting zou geregeld zijn. Ook hier geldt de discretionaire beoordelingsvrijheid van de tuchtoverheid, begrensd door het evenredigheidsbeginsel.

### 3. MODALITEITEN VAN DE STRAF

**20.** Het strafrecht verleent de strafrechter de mogelijkheid om bepaalde modaliteiten aan de straf te verbinden. Hij kan een effectieve straf opleggen, dit is een straf die onmiddellijk uitvoerbaar is, maar hij kan ook beslissen de uitvoering van de straf gedurende een zekere proeftermijn uit te stellen. Dit is het *uitstel van de tenuitvoerlegging van de straf* of de zgn. voorwaardelijke veroordeling. In bepaalde gevallen kan de strafrechter zich ook beperken tot het bewezen verklaren van de feiten en de uitspraak van de veroordeling gedurende een zekere proeftermijn opschorten, via de *opschorting van de uitspraak van de veroordeling*.<sup>46</sup> Bij overschrijding van de redelijke termijn kan de strafrechter ook de *eenvoudige schuldigverklaring* uitspreken.<sup>47</sup>

De tuchtoverheid kan niet dergelijke modaliteiten aan de tuchtstraf koppelen, tenzij wanneer dit uitdrukkelijk is voorgeschreven.<sup>48</sup> Een voorwaardelijke tuchtstraf of een opschorting van de uitspraak van de tuchtstraf zijn niet mogelijk. Dit is een gevolg van het “*nulla poena sine lege*”-aspect van het legaliteitsbeginsel; het *adagium* “wie het meerdere kan, kan ook het mindere” is immers geen algemeen rechtsbeginsel.<sup>49</sup>

44. C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2014, 484.

45. I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Algemene beginselen van ambtenarentuchtrecht*, Brugge, die Keure, 2011, p. 140 *et seq.*

46. C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2014, 507 *et seq.*

47. Art. 21ter V.T.Sv.

48. In het tuchtrecht t.a.v. magistraten (*cf.* art. 405, § 10 Ger.W.) en advocaten zijn wél mogelijkheden tot opschorting en uitstel. Zie P. HOFSTRÖSSLER, “Tuchtrecht voor advocaten: omdat we anders zijn” in S. LUST en P. LUYPAERS (eds.), *Tucht en deontologie*, Brugge, die Keure, 2007, 119.

49. Cass. 25 november 1994, *Arr.Cass.* 1994, nr. 517; J. DU JARDIN, “Rechtspraak in tuchtzaken door de beroepsorden: toetsing van de wettigheid door het Hof van Cassatie”, *RW* 2000-01, 791.

In tuchtzaken is er ook minder nood aan dergelijke modaliteiten. I.t.t. de strafrechter is de tuchtoverheid immers niet gebonden door een minimale strafmaat. De tucht-overheid kan steeds, indien zij een zware bestraffing niet opportuun acht, een lichte of zelfs louter morele tuchtstraf opleggen.

#### 4. SAMENLOOP VAN STRAFBARE FEITEN

**21.** Er is sprake van samenloop wanneer iemand wegens verschillende misdrijven wordt vervolgd waarvoor nog geen veroordeling werd uitgesproken. Als die misdrijven door verschillende feiten worden opgeleverd, spreekt men van meedaadse samenloop. Is er slechts één feit dat echter verschillende misdrijven omvat, dan spreekt men van eendaadse samenloop. De strafwet bevat uitdrukkelijke voorschriften inzake de toe te passen strafmaat i.g.v. samenloop.<sup>50</sup>

Bij gebrek aan een uitdrukkelijke regeling van de samenloop, is de tuchtoverheid niet gebonden door de regeling van de samenloop zoals die voor de strafrechter in het Strafwetboek is geregeld.<sup>51</sup>... In sommige tuchtregelingen – doch niet in alle<sup>52</sup> – vinden we eveneens een beperkte regeling van de samenloop. Zo vermelden diverse tuchtregelingen dat *wanneer meer dan één feit ten laste van het personeelslid wordt gelegd, dit niettemin slechts aanleiding kan geven tot één tuchtprocedure en tot het uitspreken van één tuchtstraf*.<sup>53</sup> De tuchtregelingen voor het onderwijzend personeel leggen dit slechts op voor feiten *die met elkaar in verband staan*.<sup>54</sup>

50. C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2014, 497 *et seq.*

51. RvS 17 oktober 2000, nr. 90.261, *Renders*.

52. Zo ontbreekt een dergelijke regeling in de tuchtregeling voor de lokale besturen.

53. Art. 14, § 3 APKB; art. 81, § 2, eerste al. Statuut Rijkspersoneel; art. VIII.17, eerste al. VPS; art. 7, eerste al. Tuchtwet Politie. Het Statuut Rijkspersoneel voegt hieraan toe dat “wanneer in de loop van een tuchtprocedure een nieuw feit ten laste van de ambtenaar wordt gelegd, kan dit tot een nieuwe procedure aanleiding geven zonder dat de lopende procedure onderbroken wordt” (art. 81, § 2, tweede lid Statuut Rijkspersoneel). Op grond van dit lid kan een in de loop van een eerste tuchtprocedure nieuw ten laste gelegd feit tot een nieuwe tweede tuchtprocedure aanleiding geven zonder dat de eerste tuchtprocedure onderbroken wordt. Vereist is dan dat de eerste tuchtprocedure reeds lopende was en de tuchtoverheid op dat ogenblik nog niet op de hoogte was van de feiten die in het raam van de tweede tuchtprocedure werden ten laste gelegd (RvS 15 april 2014, nr. 227.125, X).

54. Art. 19, eerste al. Besl. 22 mei 1991 gemeenschapsonderwijs; art.8, §1, vierde al. Besl. 22 mei 1991 gesubsidieerd onderwijs.

## AFDELING 3. GEVOLGEN VAN HET ONDERSCHIED TUSSEN TUCHT- EN STRAFRECHT

### § 1. *Cumul is mogelijk van een strafrechtelijke sanctie en een tuchtstraf, indien die tuchtstraf niet de kenmerken vertoont van een strafrechtelijke procedure*

**22.** Het algemeen rechtsbeginsel *non bis in idem* houdt in dat niemand een tweede keer mag worden vervolgd uit hoofde van een strafbaar feit waarvoor hij reeds is veroordeeld of vrijgesproken. Het verbiedt dat eenzelfde feit tweemaal wordt bestraft met sancties *van dezelfde aard*.<sup>55</sup> Om die reden kunnen dezelfde feiten niet twee keer tuchtrechtelijk worden bestraft<sup>56</sup> of niet twee keer strafrechtelijk worden bestraft.<sup>57</sup>

In het verleden heeft de Raad van State echter steeds geoordeeld dat de combinatie van tucht- en strafsancities wél mogelijk is, met als motivering dat het *non bis in idem*-beginsel enkel belet dat twee sancties van dezelfde orde worden opgelegd voor dezelfde feiten, maar niet dat sancties van een andere orde, nl. een tuchtstraf en een strafrechtelijke sanctie worden gecombineerd.<sup>58</sup>

**23.** In een recent arrest<sup>59</sup> komt de Raad van State tot ongeveer dezelfde conclusie, maar – en dit voor zover ons bekend voor de eerste keer – op basis van een andere redenering. *In casu* had een hoofdinspecteur van de politie een voertuig bestuurd in staat van dronkenschap. De strafrechter achtte de feiten bewezen. De hoofdinspecteur werd hiervoor bestraft met een geldboete en een vervallenverklaring van het recht om motorvoertuigen te besturen voor een termijn van twee maanden. Voor dezelfde (maar ook nog voor andere, bijkomende) feiten werd de hoofdinspecteur door de tuchtoverheid ambtshalve ontslagen.

**24.** Verzoeker betoogt voor de Raad van State dat dit een schending is van het beginsel *non bis in idem* en van artikel 4 van het Protocol nr. 7 bij het EVRM.

55. J. DE HERDT, “De invloed van de uitspraak van de strafrechter op de beoordeling van de strafmaat in tuchtzaken”, 543; J. PUT, “Bis, sed non idem”, *RW* 2001-02, 937-938 en 943; J. VANPRAET, “Dubbele bestraffing voor dezelfde feiten op basis van een wet en een decreet: over de bevoegdheidsverdeling, administratieve sancties en het beginsel ‘non bis in idem’”, *RW* 2008-09, 520; RvS 20 mei 2014, nr. 227.484, *Segers*.

56. RvS 28 juni 2004, nr. 133.173, *Eyskens*; RvS 20 mei 2014, nr. 227.484, *Segers*. Zie ook I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Algemene beginselen van ambtenarentuchtrecht*, Brugge, die Keure, 2011, p. 209 *et seq.*

57. Art. 4, eerste lid Zevende Protocol EVRM; art. 14 IVBPR; C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2014, 761.

58. Constante rechtspraak; zie bv. RvS 22 november 2004, nr. 137.409, *Rijnders*; RvS 25 juli 2006, nr. 161.446, *Maes*; RvS 20 februari 2008, nr. 179.907, *Minor*; RvS 20 mei 2014, nr. 227.484, *Segers*.

59. RvS 17 december 2014, nr. 229.581, *D.*, *RW* 2015-16, te verschijnen, met noot I. OPDEBEEK en S. DE SOMER. In deze zaak werd geen verzoek tot voortzetting van de procedure ingediend, zodat ondertussen het vermoeden van afstand van het geding werd bevestigd: RvS 10 maart 2015, nr. 230.468, *De Winne*.

De Raad stelt dat *non bis in idem* niet belet dat een persoon voor hetzelfde feit enerzijds het voorwerp uitmaakt van een tuchtprocedure en anderzijds strafrechtelijk is vervolgd, *althans wanneer die tuchtprocedure niet de kenmerken vertoont van een “strafrechtelijke procedure” in de zin van artikel 4, eerste lid Protocol nr. 7.*

De Raad van State gaat vervolgens de aard van de tuchtrechtelijke sanctie ontlede in functie van de zgn. “Engel”-criteria van het EHRM.<sup>60</sup> Deze criteria zijn:

- de juridische kwalificatie van de inbreuk in het nationale recht;
- de aard van de inbreuk;
- de zwaarte van de sanctie die kan worden opgelegd (de eigenlijk opgelegde sanctie is relevant, maar de maximale sanctie die men riskeert, zoals voorzien bij wet, is doorslaggevend. Zie bv. EHRM 9 oktober 2003, nrs. 39665/98 en 40086/98, *Ezeh and Connors/Verenigd Koninkrijk*).

Het eerste criterium is – volgens de rechtspraak van het EHRM – noodzakelijk, maar niet determinerend; het tweede en derde criterium zijn alternatief en niet noodzakelijk cumulatief. Het tweede criterium is doorslaggevend, daar de vervulling ervan voldoende kan zijn om te concluderen dat er sprake is van strafvervolgning, zelfs wanneer het derde criterium niet is vervuld.<sup>61</sup>

**25.** Toegepast op de concrete casus oordeelt de Raad van State, wat het *eerste criterium* betreft, dat de tuchtmaatregelen internrechtelijk niet strafrechtelijk, maar tuchtrechtelijk van aard zijn. Wat het *tweede criterium* betreft, beslist de Raad van State dat de tuchtprocedure niet als voorwerp heeft het besturen van het voertuig in dronken toestand, zijnde een strafbaar feit, maar wel een houding, een gedrag dat de waardigheid van het ambt als politieambtenaar aantast, alsook een tekortkomen aan de beroepsplichten als politieambtenaar. Deze tuchtvergrijpen betreffen niet alle burgers, maar richten zich specifiek tot een beperkte categorie van personen, nl. het politiepersoneel. Het sanctioneren van specifieke deontologische waarden en plichten is duidelijk tuchtrechtelijk van aard. Wat ten slotte het *derde Engel-criterium* betreft, wijst de Raad van State erop dat het tuchtrechtelijk ontslag geen strafrechtelijke sanctie is, geen mogelijkheid tot vrijheidsberoving inhoudt, noch een verbod inhoudt om diverse beroepen gedurende een lange periode uit te oefenen. De Raad concludeert dat het tuchtrechtelijk ontslag *niet* kan worden beschouwd als een strafrechtelijke vervolging/straf, zodat beide straffen kunnen worden gecombineerd zonder schending van het *non bis in idem*-beginsel.

60. EHRM 8 juni 1976, nrs. 5100/71, 5101/71, 5334/71 en 5370/7, *Engel et al./Nederland*. Zie hierover I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, “the legality of a combination of disciplinary and criminal penalties applied to civil servants in the European legal sphere”, *European Human Rights Law Review* 2015, te verschijnen; I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, “Het algemeen rechtsbeginsel non bis in idem belet niet de combinatie van een strafrechtelijke sanctie en een (klassieke) tuchtstraf” (noot onder RvS 17 december 2014), *RW* 2015-16, te verschijnen.

61. Zie bv. EHRM 21 februari 1984, nr. 8544/79, *Oztürk/Duitsland*, overweging 54.

26. De nieuwe motivering in de rechtspraak van de Raad van State is te verklaren door evoluties in de rechtspraak van het EHRM, die ondertussen trouwens ook al weerklank vond in de rechtspraak van het Hof van Cassatie.<sup>62</sup> Besturen kunnen ook na dit arrest nog steeds op hun beide oren slapen: ook wanneer een ambtenaar reeds strafrechtelijk is gesanctioneerd, kan het bestuur, wegens dezelfde feiten nog steeds een tuchtstraf opleggen, althans voor zover die tuchtprocedure niet de kenmerken heeft van een “strafrechtelijke procedure”. Of dit laatste al dan niet het geval is, beoordelen zowel het Hof van Cassatie als de Raad van State thans aan de hand van de zgn. “Engel-criteria”, zoals geformuleerd door het EHRM. Daarbij is vooral te onthouden dat nl. de “klassieke” tuchtsancties (zoals de blaam, de terugzetting in graad, het tuchtrechtelijk ontslag enz.) combineerbaar zijn met een strafrechtelijke sanctie. Indien de regelgever in de toekomst in de catalogi van tuchtstraffen bv. ook geldboetes zou opnemen, is diezelfde conclusie niet meer zo vanzelfsprekend. Een (substantiële) geldelijke straf zal wellicht al gauw als “straf” in de zin van artikel 6 EVRM moeten worden aangemerkt.

## § 2. *Schorsend effect van de strafvordering op de tuchtvordering?*

27. Indien de tuchtfeiten mogelijk ook een strafrechtelijk vergrijp uitmaken, rijzen twee vragen: moet de tuchtoverheid wachten op de uitspraak van de strafrechter (A) en, indien de overheid wacht op de uitspraak van de strafrechter, in welke mate is zij dan gebonden door de vaststellingen van de strafrechter (B)?

### A. Principe: geen automatisch schorsend effect van de strafvordering op de tuchtvordering

28. Wanneer de burgerlijke rechter uitspraak moet doen over de schadevergoeding voor de schade veroorzaakt door een misdrijf, is hij verplicht te wachten op de definitieve beslissing over de strafvordering<sup>63</sup>: “*le criminel tient le civil en état*”. De vraag rijst of ook de tuchtoverheid, voor het bestraffen van een tuchtfeit dat mogelijk ook een misdrijf is, moet wachten op de uitspraak van de strafrechter. Geldt m.a.w. “*le criminel tient le disciplinaire en état*”?

62. Voor een uitvoerige bespreking van deze Europese en Belgische rechtspraak zie I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, “Het algemeen rechtsbeginsel non bis in idem belet niet de combinatie van een strafrechtelijke sanctie en een (klassieke) tuchtstraf” (noot onder RvS 17 december 2014, nr. 229.581, D.), RW 2015-16, te verschijnen. A. DE NAUW, “Cumulatie van straffen en administratieve sancties met een strafrechtelijk karakter na de arresten Zolotukhin en Ruotsalainen” in F. Deruyck (ed.), *Strafrecht meer ... dan ooit*, Brugge, die Keure, 2011, (1) 13.

63. Dit wordt afgeleid uit art. 4 V.T.Sv.

Zowel de Raad van State<sup>64</sup>, als het Hof van Cassatie<sup>65</sup> antwoorden hierop ontkennend: behoudens andersluidend voorschrift is de tuchtoverheid niet verplicht haar beslissing uit te stellen tot de strafrechter uitspraak heeft gedaan en het vonnis of arrest definitief is geworden.

Tuchtrecht en strafrecht zijn immers twee verschillende rechtstakken met een andere finaliteit die losstaan van elkaar, zodat de tuchtoverheid niet moet wachten op het oordeel van de strafrechter.<sup>66, 67</sup> Het algemeen beginsel van het vermoeden van onschuld wordt hierdoor niet geschonden.<sup>68</sup> Bovendien vereist de goede werking van het bestuur dat elke verstoring van de orde zo spoedig mogelijk wordt hersteld.<sup>69</sup>

Het gemeente-, provincie- en OCMW-decreet bevestigen trouwens uitdrukkelijk dat het strafrechtelijk onderzoek geen afbreuk doet aan de mogelijkheid van de tuchtoverheid om een tuchtstraf uit te spreken.<sup>70</sup>

**29.** Ook buiten het ambtenarentuchtrecht geldt het principe dat de strafvordering de tuchtvordering niet schorst. Artikel 415 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat de tuchtvordering losstaat van de strafvordering en van de burgerlijke rechtsvordering. Dit artikel heeft weliswaar betrekking op het tuchtrecht van de magistraten, maar wordt beschouwd als de uitdrukking van een algemeen rechtsbeginsel dat ook buiten het tuchtrecht van de magistraten van toepassing is.<sup>71</sup>

64. Constante rechtspraak, zie bv. RvS 22 december 2003, nr. 126.721, *Coppenholle*; RvS 23 januari 2004, nr. 127.390, *Vendredi*; RvS 15 april 2004, nr. 130.280, *Baeyens*; RvS 28 juni 2004, nr. 133.173, *Eyskens*; RvS 9 februari 2007, nr. 167.662, *Dolinsky*; RvS 25 juni 2007, nr. 172.693, *Peeters*; RvS 18 oktober 2007, nr. 175.883, *Vander Mynsbrugge*; RvS 20 februari 2008, nr. 179.907, *Minor*; RvS 9 oktober 2009, nr. 196.799, *Martin*; RvS 26 november 2009, nr. 198.241, *Gayse*; P. LAMBERT, "Le criminel ne tient pas le disciplinaire en l'état et il ne peut le tenir indéfiniment en suspens" (noot onder RvS 6 januari 1989, nr. 31.675), *JLMB* 1989, 732.

65. Cass. 29 mei 1986, *JT* 1987, 332, noot P. LAMBERT; Cass. 15 oktober 1987, *RW* 1987-88, 992, noot en *Centenaire Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, Brussel, Story-Scientia, 1988, 151, noot M. FRANCHIMONT en A. JACOBS; Cass. 10 mei 1996, *Arr.Cass.* 1996, nr. 167.

66. RvS 23 oktober 2002, nr. 111.814, *Lejeune*; RvS 20 februari 2008, nr. 179.907, *Minor*; RvS 5 januari 2009, nr. 189.264, *Gillis*; J. DU JARDIN, "Rechtspraak in tuchtzaken door de beroepsorden: toetsing van de wettigheid door het Hof van Cassatie", 793; B. LOMBAERT, I. MATHY en V. RIGODANZO, *Eléments du droit de la fonction publique*, nr. 267; P. MARTENS, "Le criminel ne tient pas le disciplinaire en l'état et il ne peut le tenir indéfiniment en suspens" (noot onder RvS 6 januari 1989, nr. 31.675, X), *JLMB* 1989, 728; I. VAN GIEL, "De rol van de strafprocedure in het tuchtrecht: capita selecta", *T.Gem.* 2004, 273-274; E. VAN NUFFEL, "L'infraction pénale de l'agent public et sa sanction disciplinaire: l'autonomie de l'action disciplinaire et l'incidence de la décision du juge pénal", 53. De tuchtoverheid is wel gebonden door de beslissing van de strafrechter over het al dan niet bestaan van de feiten en de schuldbevoegdheid van het personeelslid, zie *infra*.

67. *Contra*: H. BEKAERT, "Le criminel tient aussi le disciplinaire en état", *JT* 1982, 473; R. DAELEMANS, "Invloed van strafrechtelijke veroordelingen op de loopbaan van rijksambtenaren", *Panopticon* 1984, 41-43.

68. RvS 20 februari 1995, nr. 51.697, *De Schrijver*; RvS 11 juni 1997, nr. 66.743, *Beaupain*; RvS 29 januari 2003, nr. 115.184, *Defroidmont*.

69. RvS 6 mei 2002, nr. 106.359, *Vankrunkelsven*.

70. Art. 130, § 3 gemeentedecreet; art. 126, § 3 provinciedecreet; art. 129, § 3 OCMW-decreet.

71. F. BURSENS, "Het tuchtrecht van de architecten" in S. LUST en P. LUYPAERS (eds.), *Tucht en deontologie*, Brugge, die Keure, 2007, 209; J. DU JARDIN, "Rechtspraak in tuchtzaken door de beroepsorden: toetsing van de wettigheid door het Hof van Cassatie", 793 en de aldaar aangehaalde rechtspraak; D. HOLSTERS, "Strafrecht en tuchtrecht", 808-809. Zie m.b.t. het sportrecht ook J. VANPRAET, "Dubbele bestraffing voor dezelfde feiten op basis van een wet en een decreet: over de bevoegdheidsverdeling, administratieve sancties en het beginsel 'non bis in idem'", *RW* 2008-09, 514-525.

## B. Uitzonderingen

**30.** De tuchtoverheid zal in twee gevallen wél moeten wachten op de uitspraak van de strafrechter: enerzijds wanneer de toepasselijke norm het voorschrijft (1); anderzijds wanneer dit voortvloeit uit het (ongeschreven) zorgvuldigheidsbeginsel (2). Een preventieve schorsing kan dan aangewezen zijn.

**31.** De beslissing van het bestuur om de tuchtvervolging te schorsen tot na de afloop van de strafprocedure – hetzij op grond van een rechtsregel, hetzij op grond van de zorgvuldigheidsplicht – wijzigt de rechtstoestand van het personeelslid niet en is bijgevolg geen handeling vatbaar voor beroep bij de Raad van State.<sup>72</sup>

### 1. NORMATIEVE VERPLICHTING TOT SCHORSING VAN DE TUCHTPROCEDURE

**32.** Sommige rechtspositieregelingen bepalen dat de strafvordering de tuchtverordering schorst, dit is nl. het geval voor het statuut van het Rijkspersoneel en het Vlaams Personeelsstatuut.<sup>73</sup> Het Algemene principes KB<sup>74</sup> bevat een dergelijk voorschrift niet, zodat het zeker niet als een “algemeen beginsel” wordt beschouwd dat er een dergelijke schorsende werking zou moeten zijn. De wet van 13 mei 1999 houdende het tuchtstatuut van de personeelsleden van de politiediensten, de tuchtregeling voor het personeel van het Vlaamse gemeenschapsonderwijs en het gesubsidieerd onderwijs, het gemeente-, provincie- en OCMW-decreet bevatten evenmin een dergelijk voorschrift. Gelet op de autonomie van de lokale besturen kan een gemeente, provincie of OCMW een dergelijke verplichting wel in de eigen lokale rechtspositieregeling opnemen. Bijgevolg zal men steeds het toepasselijk statuut moeten consulteren.

In dit verband rijst de vraag wat onder het begrip *strafvordering* moet worden verstaan, hierover heerst nogal wat terminologische verwarring.<sup>75</sup>

**33.** Indien een dergelijke norm bestaat, *moet* de tuchtoverheid wachten op het resultaat van de strafrechtelijke procedure: haar bevoegdheid ter zake is *gebonden*, zelfs indien de feiten overduidelijk zijn of het personeelslid heeft bekend. Een tuchtoverheid die toch een tuchtstraf zou opleggen zonder te wachten op de uitspraak van de

72. RvS 20 maart 1990, nr. 24.383, *Pieters, Adm.Publ.(M)* 1990, 47.

73. Art. 81, § 3 Statuut Rijkspersoneel; art. VIII.20 Vlaams Personeelsstatuut.

74. KB 22 december 2000 tot bepaling van de algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van de rijksambtenaren die van toepassing zijn op het personeel van de diensten van de Gemeenschaps- en Gewestregeringen van de Colleges van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en van de Franse Gemeenschapscommissie, alsook op de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen. T.g.v. de jongste staats hervorming zijn de deelstaten niet langer gebonden door dit APKB.

75. Zie I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Algemene beginselen van ambtenarentuchtrecht*, Brugge, die Keure, 2011, p. 470 *et seq.*



strafrechter schendt een rechtsregel en begaat bijgevolg een onwettigheid.<sup>76</sup> Het feit dat de betrokkene de feiten zou hebben bekend en dat die feiten voldoende ernstig zijn om een afzetting te verantwoorden, laat de overheid niet toe af te wijken van die bepaling.<sup>77</sup> In één Franstalig arrest wordt zelfs geoordeeld dat aangezien de verplichte schorsing betrekking heeft op het vermoeden van onschuld, de rechten van de verdediging en de bevoegdheid *ratione temporis* van de tuchtbevoegdheid, de verplichting tot schorsing *de openbare orde* raakt, zodat de schending ervan ambtshalve kan worden opgeworpen door de Raad van State.<sup>78</sup>

**34.** De eventuele vertraging die de tuchtzaak zou oplopen door de vertraging bij de strafrechtelijke afwikkeling van de zaak kan de tuchtoverheid in dit geval in beginsel niet ten kwade worden geïd. <sup>79</sup> De overheid mag zich echter niet desinterresseren aan de strafzaak en moet geregeld informeren naar de stand van zaken.

**35.** Een dergelijke normatieve verplichting tot automatische schorsing lijkt ons in tuchtzaken in het algemeen en zeker in de huidige maatschappelijke context niet wenselijk. In de gevallen waar het personeelslid de tuchtfeiten heeft bekend of de tuchtfeiten gemakkelijk bewezen kunnen worden door het bestuur is er geen reden om te wachten op de beslissing van de strafrechter; dit is dan alleen maar tijdverlies. Dit is uiteraard i.h.b. het geval in de huidige maatschappelijke context waar strafrechtelijke procedures in de regel lang, soms zelfs zeer lang duren. In een ideale maatschappij, waar snel strafrecht wordt gesproken, zouden er uiteraard minder bezwaren zijn tegen een dergelijke automatische schorsing.

**36.** De vraag rijst of een dergelijke normatieve verplichting tot automatische schorsing niet in strijd is met de verplichting om de tuchtzaak binnen een redelijke termijn haar beslag te geven.<sup>80</sup>

## 2. VERPLICHTING TOT SCHORSING VOORTVLOEIEND UIT HET ZORGVULDIGHEIDSBEGINSEL

**37.** Bij afwezigheid van een normatieve verplichting tot schorsing van de tuchtvordering door de strafvordering, moet de tuchtoverheid in beginsel de uitslag van de strafprocedure niet afwachten.<sup>81</sup> De tuchtoverheid beschikt dan over een *discretionaire*

76. RvS 24 november 1997, nr. 69.739, *Peeters*.

77. RvS 24 november 1997, nr. 69.739, *Peeters*.

78. RvS 23 oktober 2002, nr. 111.818, *Fissette*.

79. *Infra*, nr. 42 *et seq*

80. *Infra* nr. 44.

81. *Supra*, nr. 28.

bevoegdheid: zij kan in beginsel zelf beslissen of zij al dan niet wacht op het resultaat van de strafrechtelijke procedure.

Hetzelfde geldt wanneer de toepasselijke norm voorschrijft dat de tuchtoverheid bij strafrechtelijke vervolging voor dezelfde feiten de behandeling van de tuchtprocedure kan schorsen tot na de kennisgeving dat een onherroepelijke beslissing is uitgesproken of de strafprocedure niet wordt verdergezet.<sup>82</sup> In het eerste geval volgt de discretionaire bevoegdheid uit de *afwezigheid* van een normatieve verplichting; in het tweede geval uit de *norm zelf*.

**38.** Een discretionaire bevoegdheid is echter geen synoniem van willekeur. Bij het nemen van haar beslissing is de tuchtoverheid gebonden door het beginsel van behoorlijk bestuur van de *zorgvuldigheid*.<sup>83</sup>

De zorgvuldigheidsplicht bij de feitenvinding<sup>84</sup> impliceert dat de tuchtoverheid slechts een tuchtstraf kan opleggen voor feiten die krachtens de algemene beginselen inzake de bewijsvoering voor bewezen kunnen worden gehouden. De tuchtoverheid zal desnoods ambtshalve moeten overgaan tot een aanvullende onderzoeksmaatregel indien dit noodzakelijk is om een zorgvuldig oordeel te kunnen vellen over het al dan niet bestaan van de feiten.<sup>85</sup>

Het zorgvuldigheidsbeginsel impliceert dat indien de tuchtoverheid, met de beperkte onderzoeksmiddelen die zij ter beschikking heeft, zelf niet kan bewijzen dat het personeelslid de feiten heeft gepleegd, zij haar beslissing zal *moeten* uitstellen tot de strafrechter uitspraak heeft gedaan. Een tuchtstraf die wordt opgelegd voor feiten die niet of niet afdoende bewezen zijn, is immers onwettig en zal worden vernietigd door de toezichthoudende overheid of de Raad van State.<sup>86</sup>

In dat geval komt echter een ander beginsel van behoorlijk bestuur op de proppen: in het licht van de redelijkheidstermijneis zal de tuchtoverheid het tuchtonderzoek wel moeten aanvatten en zo ver mogelijk voeren, alvorens zij tot het besluit mag komen dat zij moet wachten daar zij niet verder kan.<sup>87</sup>

82. Art. 18, § 3 B.VI.Reg. 22 mei 1991 omtrent de evaluatie, maatregelen van orde en de tucht in het gemeenschapsonderwijs; art. 8, § 4 B.VI.Reg. 22 mei 1991 omtrent de preventieve schorsing en de tucht, alsmede omtrent het ontslag van sommige tijdelijke personeelsleden in het gesubsidieerd onderwijs en in de gesubsidieerde centra voor leerlingenbegeleiding.

83. K. LEUS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME, *Beginselen van behoorlijk bestuur* in de reeks *Administratieve Rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 2006, 101-129.

84. RvS 18 september 1984, nr. 24.651, *Thys*.

85. RvS 30 november 2006, nr. 165.315, *Vangeel*.

86. RvS 28 juni 2000, nr. 88.336, *Glibert*; RvS 23 oktober 2002, nr. 111.818, *Fisette*; I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Algemene beginselen van ambtenarentuchtrecht*, Brugge, die Keure, 2011, p. 348 *et seq.*

87. *Infra*, nr. 45 *et seq.*

De zorgvuldigheidsplicht impliceert evenwel geenszins dat de tuchtoverheid, bv. in een geval waar de betrokkene de feiten bekend, toch zou moeten wachten op de uitspraak van de strafrechter over de *strafmaat* om een zorgvuldig oordeel te kunnen vellen over de strafmaat.<sup>88</sup> De tuchtoverheid is immers geenszins gebonden door de vaststellingen van de strafrechter over de strafmaat.<sup>89</sup>

## C. Mag de tuchtoverheid wachten op de uitspraak van de strafrechter gelet op de redelijketermijneis?

### 1. REDELIJKE TERMIJN – ALGEMEEN

**39.** In tuchtzaken is de overheid gebonden door het ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur van de redelijke termijn<sup>90</sup> Dit impliceert dat zowel de tuchtoverheid als de eventuele bestuurlijke beroepsinstantie zich binnen een redelijke termijn moeten uitspreken over de tuchtzaak. De Raad van State heeft reeds heel wat tuchtstraffen en beslissingen van toezichthoudende overheden in tuchtzaken geschorst en/of vernietigd wegens schending van de redelijke termijn.

**40.** De vraag rijst wat de gevolgen zijn van een dergelijke vernietiging. Aanvankelijk was de Raad van State van oordeel dat na een dergelijke vernietiging de overheid geen nieuwe beslissing kan nemen, omdat deze zou behept zijn met dezelfde onwetigheid. De redelijke termijn werkte aldus – in tuchtzaken – als een *jurisprudentiële vervaltermijn*, die verlies meebracht van de tuchtbevoegdheid.<sup>91</sup>

In recentere rechtspraak lijkt de Raad van State er echter vanuit te gaan dat schending van de redelijke termijn niet noodzakelijk hoeft te leiden tot bevoegdheidsverlies, maar gevolgen heeft voor de *strafmaat*<sup>92</sup>, zodat de overheid, bij schending van de redelijketermijneis, bv. niet zomaar kan overgaan tot het opleggen van een zware tuchtsanctie die de professionele relatie tussen partijen definitief beëindigt.<sup>93</sup> Deze wijziging in de rechtspraak lijkt ons echter niet uit te sluiten dat bij zeer zware schendingen van de redelijketermijneis, er toch bevoegdheidsverlies zou kunnen optreden.

88. Zie impliciet RvS 18 oktober 2007, nr. 175.883, *Vander Mynsbrugge*.

89. *Infra*, nr. 59.

90. Voor de bespreking van de redelijketermijneis, zie I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Algemene beginselen van ambtenarentuchtrecht*, Brugge, die Keure, 2011, p. 316 *et seq.*; RvS 16 april 2013, nr. 223.157, X; RvS 14 februari 2014, nr. 226.433, *Van den Bergh*; RvS 20 mei 2014, nr. 227.484, *Segers*; RvS 19 juni 2014, nr. 227.766, *Couder* (schending).

91. Zie I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Algemene beginselen van ambtenarentuchtrecht*, Brugge, die Keure, 2011, p. 334 *et seq.*

92. Zie RvS 13 oktober 2014, nr. 228.740, *Heusdens*.

93. RvS 19 juni 2014, nr. 227.766, *Couder*.

41. De vraag rijst wat de draagwijdte is van de redelijketermijneis enerzijds wanneer er een normatieve plicht bestaat tot wachten op het resultaat van de strafprocedure (2) en anderzijds wanneer de tuchtoverheid ter zake over een discretionaire bevoegdheid beschikt (3).

## 2. DRAAGWIJDTE VAN DE REDELIJKETERMIJNEIS WANNEER ER EEN NORMATIEVE PLICHT BESTAAT OM TE WACHTEN OP DE UITSpraak VAN DE STRAFRECHTER

42. Wanneer de tuchtoverheid *verplicht* is te wachten op de uitspraak van de strafrechter heeft de Raad van State reeds herhaaldelijk beslist dat in tuchtzaken de periode tijdens dewelke de tuchtvoordering is geschorst door de strafvoordering niet in aanmerking moet worden genomen voor het bepalen van de redelijke termijn waarbinnen de tuchtoverheid haar beslissing moet nemen.<sup>94</sup> Het vertrekpunt van de redelijke termijn is – in beginsel – de datum waarop de tuchtoverheid effectief kennis heeft gekregen van het seponeringsbesluit<sup>95</sup>, de strafrechtelijke uitspraak<sup>96</sup> of de mededeling van het strafrechtelijk dossier.<sup>97</sup>

43. Wel mag de tuchtoverheid zich tijdens de strafprocedure niet desinterresseren voor de strafrechtelijke procedure en moet zij geregeld informeren naar de stand van zaken.<sup>98</sup> Daar geen enkele bepaling voorschrijft dat het Openbaar Ministerie de eindbeslissing over de strafvoordering binnen een bepaalde termijn aan de tuchtoverheid ter kennis moet brengen, moet de tuchtoverheid de nodige diligentie aan de dag leggen en informeren naar de stand van de strafrechtelijke procedure.<sup>99</sup> Na de ontvangst van de strafrechtelijke beslissing moet de tuchtoverheid onmiddellijk in actie komen. Uiteraard is de redelijke termijn verstreken wanneer een termijn van drie jaar ligt tussen de kennisname van de strafrechtelijke uitspraak en de oproeping om voor de tuchtoverheid te verschijnen, wanneer de tuchtoverheid geen aanvullend onderzoek heeft gedaan en het tuchtdossier derhalve volledig teruggaat naar en beperkt is tot de feiten zoals die door de strafrechter bewezen werden bevonden.<sup>100</sup>

94. RvS 28 mei 2001, nr. 95.814, *Peeters*; RvS 25 juni 2007, nr. 172.693, *Peeters*; RvS 25 januari 2010, nr. 199.970, *Moors*.

95. RvS 28 mei 2001, nr. 95.814, *Peeters*.

96. RvS 17 april 1996, nr. 59.099, *De Vrieze*; RvS 12 november 2002, nr. 112.461, *Lequi*.

97. RvS 8 december 1997, nr. 70.066, *Dereze*.

98. Zie RvS 22 maart 1995, nr. 52.420, *Vancoelen, T.Gem.* 1996, 79, noot I. OPDEBEEK en *TBP* 1995, 750.

99. RvS 25 juni 2007, nr. 172.693, *Peeters*.

100. RvS 17 april 1996, nr. 59.099, *De Vrieze*. Hetzelfde geldt wanneer de beslissingen van de strafrechter om de betrokkene te interneren dateren van september 1991 en januari 1992, de secretaris pas in 1993 een tuchtverslag opstelt en in augustus 1998 aan de procureur des Konings inzage en afschrift vraagt van het strafdossier van betrokkene en het bestuur na vier maanden nog niet heeft gereageerd op een aanmaning van 21 december 1998 van de raadvrouw van betrokkene (RvS 25 oktober 2004, nr. 136.606, *Whitby*).

44. Bovendien rijst de vraag of een norm die voorschrijft dat de overheid automatisch moet wachten op de uitspraak van de strafrechter, niet in strijd is met het beginsel van de redelijke termijn en of de redelijke termijn als beginsel van behoorlijk bestuur niet moet primeren op het reglementair voorschrift. O.i. zou men tot die conclusie kunnen komen in die gevallen waarin het personeelslid bekend heeft of de feiten op een andere manier met zekerheid kunnen worden bewezen. Zelfs indien men deze conclusie deelt, geeft dit de overheid echter niet het recht het reglement niet toe te passen: besturen moeten immers hun eigen reglementen naleven, ook al zijn zij van oordeel dat die reglementen onwettig zijn. Wel kan de *rechter* op grond van artikel 159 Grondwet de onwettige bepaling in een concreet geval buiten toepassing laten.

### 3. DRAAGWIJDTE VAN DE REDELIJKETERMIJNEIS BIJ FACULTATIEF WACHTEN OP DE UITSpraak VAN DE STRAFRECHTER

45. Ook de tuchtoverheid die gebruikmaakt van de facultatieve mogelijkheid om pas na afloop van de strafrechtelijke procedure de tuchtrechtelijke vervolging in te stellen of verder te zetten, is gebonden door de redelijketermijneis.<sup>101</sup>

De vraag rijst dan of de tuchtoverheid, gelet op de redelijketermijneis, wel mag wachten op het resultaat van de strafrechtelijke procedure en of de tuchtoverheid de redelijketermijneis kan schenden door de beslissing van de strafrechter af te wachten. De redelijketermijneis en het zorgvuldigheidsbeginsel, i.h.b. de plicht tot zorgvuldige feitenvinding, moeten hier *tegenover elkaar worden afgewogen*.<sup>102</sup>

46. De Franstalige en Nederlandstalige rechtspraak van de Raad van State verschillen van mening over de vraag of de tuchtoverheid de afloop van het strafonderzoek mag afwachten.

De *Nederlandstalige* kamers van de Raad van State hebben meermaals bevestigd dat de tuchtoverheid *steeds* de definitieve afloop van de strafrechtelijke procedure mag afwachten alvorens de tuchtprocedure voort te zetten.<sup>103</sup> De eventuele vertragingen in de strafprocedure kunnen niet aan de tuchtoverheid worden aangerekend.<sup>104</sup> Deze opvatting is ingegeven door het *zorgvuldigheidsbeginsel* en meer bepaald de plicht van de tuchtoverheid tot zorgvuldige feitenvinding. Door te wachten op de uitspraak van de strafrechter wordt vermeden dat de beslissing steunt op feiten waarvan achteraf kan blijken dat ze niet bewezen zijn of zich anders hebben voorgedaan.

101. RvS 20 februari 2009, nr. 190.728, *Darville*.

102. I. OPDEBEEK, "De zorgvuldigheidsplicht en de redelijketermijneis in tuchtzaken met een strafrechtelijke samenloop: hoe water en vuur verzoenen?" in X (ed.), *Liber Amicorum Robert Andersen*, Brussel, Bruylant, 2009, 531-546.

103. RvS 20 februari 1990, nr. 34.108, *De Boeck, T.Gem.* 1990, 123; RvS 31 januari 1990, nr. 33.912, *Lorent*; RvS 20 september 2004, nr. 135.030, *Coudijzer*; RvS 20 september 2004, nr. 135.028, *Van Haandel*; RvS 22 november 2004, nr. 137.406, *Corre*; RvS 11 juni 2007, nr. 172.072, *De Boeck*.

104. RvS 25 juni 2007, nr. 172.693, *Peeters*.

De *Franstalige* rechtspraak van de Raad van State was daarentegen van mening dat de tuchtoverheid de afloop van het strafonderzoek slechts mag afwachten, indien zij op grond van haar eigen onderzoeksmogelijkheden niet in staat is om de feiten die aan het personeelslid ten laste worden gelegd, te beoordelen. Ze moet het tuchtonderzoek zo ver mogelijk voortzetten en al het mogelijke doen om zich ervan te verzekeren dat het onmogelijk is om een tuchtbeslissing te nemen vóór er een definitieve strafrechtelijke uitspraak is. Zo kan de tuchtoverheid niet wachten op een strafrechtelijke uitspraak indien het personeelslid de materialiteit van de feiten heeft bekend.<sup>105</sup> Hetzelfde geldt wanneer de feiten werden bekend maar de strafrechtelijke kwalificatie ervan wordt betwist<sup>106</sup>; dat is immers vanuit tuchtrechtelijk oogpunt van geen belang.<sup>107</sup>

47. Ook het *Arbitragehof* (*thans het Grondwettelijk Hof*) sprak zich reeds uit over deze problematiek<sup>108</sup> n.a.v. een prejudiciële vraag van de Raad van State.<sup>109</sup> Het hof houdt de kerk in het midden. Na te hebben bevestigd dat de redelijketermijneis ook in tuchtzaken van toepassing is, oordeelde het hof dat het, naargelang de bijzonderheden van elk geval, *verantwoord kan zijn* het resultaat van de strafvordering af te wachten, vooraleer op tuchtrechtelijk vlak een beslissing te nemen.

48. Om de eenheid van de rechtspraak van de Raad van State te vrijwaren, heeft de *Algemene Vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State* zich inmiddels uitgesproken over deze problematiek en aansluiting gezocht bij de stelling van de Franstalige kamers. Een tuchtoverheid die gebruikmaakt van de mogelijkheid om een tuchtrechtelijke vervolging pas in te stellen na afloop van de strafrechtelijke procedure moet de redelijke termijn respecteren. Dit impliceert, aldus dit arrest, dat *“zij de tuchtrechtelijke vervolging alleen mag uitstellen wanneer zij op grondslag van de onderzoeksmiddelen waarover zij beschikt geen beoordeling kan geven van de feiten die het personeelslid ten laste worden gelegd; dat zij een personeelslid dat een tuchtmaatregel riskeert niet te lang in onzekerheid mag laten verkeren aangaande zijn lot; dat de verplichting om het dossier van het personeelslid met bewaarde spoed te behandelen, de tuchtoverheid noodzaakt om het administratieve onderzoek zo grondig mogelijk te voeren, zodanig dat zij, zich ervan kan vergewissen dat het in voorkomend geval voor haar in redelijkheid onmogelijk is om uitspraak te*

105. RvS 18 oktober 2007, nr. 175.883, *Vander Mynsbrugge*.

106. RvS 6 januari 1989, nr. 31.675, *Grainson*, *JLMB* 1989, 721, noot P. MARTENS, *RRD* 1989, 59 en *T.Gem.* 1989, 314; RvS 7 mei 2007, nr. 170.887, *Darville*; RvS 23 oktober 2007, nr. 176.059, *Impatient*; RvS 23 oktober 2007, nr. 176.060, *Hecq*; RvS 7 mei 2007, nr. 170.887, *Darville* (schorsingsarrest) (dit arrest voegt er zelfs aan toe dat dit des te meer geldt nu de verplichting om binnen een redelijke termijn een beslissing te nemen niet voortvloeit uit een algemeen rechtsbeginsel, maar uit art. 6 EVRM); RvS 20 februari 2009, nr. 190.728, *Darville* (vernietigingsarrest).

107. RvS 20 februari 2009, nr. 190.728, *Darville*.

108. Arbitragehof 7 december 1999, nr. 139/99; GwH 14 februari 2010, nr. 8/2010.

109. RvS 1 maart 2000, nr. 85.745, *Van Mullen*.

doen voordat de strafrechter een definitieve beslissing genomen heeft”.<sup>110</sup> Deze rechtspraak staat gekend als de “Darville”-rechtspraak die ondertussen in talrijke arresten werd bevestigd<sup>111</sup> en verfiind.<sup>112</sup>

Deze rechtspraak heeft tot gevolg dat als de tuchtoverheid (te) lang wacht op de uitspraak van de strafrechter, ze het risico loopt de redelijke termijn te schenden, tenzij dit wachten noodzakelijk is in het licht van de zorgvuldigheidsplicht.

**49.** Wat de tuchtoverheid dus in ieder geval niet kan doen, is op tuchtrechtelijk vlak helemaal niets doen en louter passief wachten op de uitspraak van de strafrechter. De redelijketermijneis impliceert dat de overheid in ieder geval *een administratief onderzoek moet aanvatten en zo grondig en diepgaand mogelijk moet voeren*. Vanzelfsprekend moet dit met de nodige terughoudendheid gebeuren om het gerechtelijk onderzoek niet te hinderen.<sup>113</sup>

De tuchtoverheid kan, als ze zich burgerlijke partij heeft gesteld, de toelating vragen om het strafdossier in te kijken en ter gelegenheid daarvan bij verzoekschrift bijkomende onderzoeksmaatregelen vragen aan de onderzoeksrechter, die evenwel niet verplicht is op dit verzoek in te gaan. De tuchtoverheid kan het personeelslid horen en getuigen ondervragen. Aldus moet de tuchtoverheid alle inspanningen leveren om de tuchtzaak haar beslag te geven. Ook bepaalde stappen in de strafprocedure, kunnen, zonder dat het gaat om de definitieve uitspraak van een strafrechter, belangrijk zijn voor de tuchtoverheid. Zo is de vordering van de procureur des Konings en de beschikking tot verwijzing naar de correctionele rechtbank veelzeggend wat de stand van het strafdossier betreft.<sup>114</sup>

Indien de tuchtoverheid aldus, met de middelen waarover zij beschikt, het bestaan van de tuchtfeiten kan bewijzen, zal zij de tuchtprocedure moeten afronden zonder te mogen wachten op de uitspraak van de strafrechter, op straffe van schending van de redelijketermijneis. Niets belet haar in dat geval immers om met kennis van zaken een beslissing te nemen. Dit is bv. het geval wanneer het personeelslid volledige bekentenissen heeft afgelegd en het bestuur op grond van de tijdens het voorafgaand onderzoek ingewonnen informatie een duidelijk zicht heeft op het bestaan en de ernst van de feiten.<sup>115</sup> Reeds eerder werd erop gewezen dat het (strafrechtelijk) vermoeden

110. RvS 20 februari 2009, nr. 190.728, *Darville*, *T.Gem.* 2009, 263, met noot I. OPDEBEEK en A. COOLSAET.

111. Zie bv. RvS 19 oktober 2009, nr. 197.017, *Van Haandel*; RvS 15 maart 2010, nr. 201.862, *Reners*; RvS 22 maart 2010, nr. 202.183, *Grootaert*; RvS 8 november 2010, nr. 208.782, *Freson*.

112. RvS 23 april 2014, nr. 227.160, *Denville*; RvS 20 mei 2014, nr. 227.484, *Segers*.

113. RvS 8 november 2010, nr. 208.782, *Freson*. In dezelfde gedachtegang heeft de Raad van State er op gewezen dat, i.g.v. een klacht wegens pesten op het werk, niets de overheid *in concreto* in de weg stond om een tuchtvordering in te stellen en om zelfs al onderzoeksdaten te stellen, om dan desnoods de uitspraak uit te stellen tot er duidelijkheid is m.b.t. het lot van de klachten over pesterijen (RvS 18 januari 2011, nr. 210.444, *Saenen*).

114. RvS 20 februari 2009, nr. 190.728, *Darville*, *T.Gem.* 2009, 263, met noot I. OPDEBEEK en A. COOLSAET.

115. RvS 19 oktober 2009, nr. 197.017, *Van Haandel*.

van onschuld hierdoor niet wordt geschonden<sup>116</sup>, zolang de tuchtoverheid er maar over waakt om aan de tuchtfeiten geen strafrechtelijke kwalificatie te geven.<sup>117</sup>

De tuchtoverheid heeft er in dit geval trouwens zelf ook belang bij de zaak af te handelen. Vaak zal het personeelslid, hangende het tuchtrechtelijk en strafrechtelijk onderzoek, immers preventief geschorst zijn. Tijdens deze preventieve schorsing zal de wedde volledig of gedeeltelijk worden doorbetaald, ook al verricht het personeelslid geen prestaties meer. Het afhandelen van de tuchtprocedure is in dit geval dan ook aangewezen.

I.g.v. twijfel over een van de constitutieve elementen die bij het opleggen van een tuchtsanctie aan de orde zijn – het bewijs van de feiten, de ernst van de feiten, de kwalificatie ervan, de schuldvraag en de weerslag van de feiten op de dienst – kan de tuchtoverheid de definitieve uitspraak van de strafrechter afwachten.<sup>118</sup> Indien het personeelslid de feiten ontkent<sup>119</sup> of slechts gedeeltelijke bekentenissen heeft afgelegd<sup>120</sup>, is het niet onredelijk de uitkomst van de strafprocedure af te wachten.

Indien het voor de tuchtoverheid echter onmogelijk is om de feiten te bewijzen daar zij niet beschikt over de onderzoeksbevoegdheden waarover de onderzoeksrechter beschikt, zal zij, gelet op het zorgvuldigheidsbeginsel, de tuchtvoordering moeten schorsen om via de strafrechtelijke uitspraak uitsluitsel te krijgen over het al dan niet bewezen zijn van de feiten en de schuldbequaamheid van het personeelslid.

Daar deze schorsing in dit geval noodzakelijk is binnen het raam van de zorgvuldigheidsplicht, zal de termijn en eventueel zelfs de lange termijn gedurende dewelke moet worden gewacht op de uitspraak van de strafrechter niet kunnen worden aangekend aan de tuchtoverheid. Wat wordt gesanctioneerd door de Raad van State is het stilzitten, het talmen, de besluiteloosheid van het bestuur, terwijl niets die overheid belet om een besluit te nemen. Wat de overheid echter niet ten kwade kan worden geduid, is dat zij de tijd neemt die nodig is om de zaak zorgvuldig te onderzoeken en erover te beslissen. *Of een bepaalde termijn al dan niet als redelijk kan worden beschouwd, wordt voornamelijk bepaald door de mogelijkheid voor de bevoegde overheid om over alle feitelijke gegevens, inlichtingen en adviezen te beschikken die nodig zijn om met kennis van zaken te beslissen.*<sup>121</sup> Er moet m.a.w. veeleer aandacht worden besteed aan de noodwendigheden van het onderzoek dan aan de absolute tijdsduur. Als de

116. RvS 29 januari 2003, nr. 115.184, *Defroidmont*.

117. I. OPDEBEEK, *Tuchtrecht in de lokale besturen*, Brugge, die Keure, 1992, p. 10, nr. 18.

118. RvS 22 maart 2010, nr. 202.183, *Grootaert*; RvS 23 april 2014, nr. 227.160, *Deville*; RvS 20 mei 2014, nr. 227.484, *Segers*.

119. RvS 22 maart 2010, nr. 202.183, *Grootaert*.

120. RvS 15 maart 2010, nr. 201.862, *Reners*.

121. RvS 15 april 1996, nr. 59.052, *Verbelen*; RvS 3 juni 1997, nr. 66.519, *Verwimp*; RvS 4 september 1997, nr. 67.981, *De Brabandere*; RvS 7 februari 2002, nr. 103.332, *De Baere*; RvS 10 juli 2002, nr. 109.121, *Subash*; RvS 26 april 2005, nr. 143.631, *Roostazadeh*.



noodwendigheden van het onderzoek vereisten dat wordt gewacht op de strafrechtelijke eindbeslissing, wordt de redelijke termijn hierdoor niet overschreden.<sup>122</sup>

Bij de beoordeling van de vraag wanneer de gegevens waarover de tuchtoverheid beschikt volstaan om tuchtrechtelijk op te treden, beschikt de overheid over een ruime beoordelingsvrijheid.<sup>123</sup> De Raad van State is bij de beoordeling hiervan enkel bevoegd om na te gaan of de tuchtoverheid is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij binnen de perken van de redelijkheid tot haar besluit is gekomen.<sup>124</sup>

**50.** Gelet op de redelijketermijneis is uitstel van tuchtvervolgning alleen mogelijk wanneer het bestuur er niet in slaagt om grond van eigen initiatieven die het ter zake ontwikkelt, klaarheid in de zaak te brengen en op grond daarvan de noodzaak van een tuchtrechtelijk optreden te beoordelen.<sup>125</sup>

In dit verband gaat de Raad van State na:

- of de tuchtoverheid de gepaste initiatieven heeft genomen om klaarheid in de zaak te brengen;
- of de tuchtoverheid in de mogelijkheid was om, los van het strafonderzoek, een eigen onderzoek te voeren en of zij op grond daarvan niet over voldoende gegevens beschikte om op correcte wijze de tuchtvoordering in te stellen.<sup>126, 127</sup>

De inspanning die van het bestuur wordt gevraagd, moet in redelijkheid worden beoordeeld.

Tot de schending van de redelijke termijn kan slechts worden besloten wanneer het bestuur:

- inert is gebleven;
- slechts een *pro forma*-onderzoek heeft ingesteld;
- heeft nagelaten de voor de hand liggende onderzoeken te verrichten terwijl zij op geen enkele wijze interfereerden met het strafonderzoek.<sup>128</sup>

122. RvS 16 maart 1990, nr. 34.370, *Declève*.

123. RvS 9 december 2014, nr. 229.485, *Wynsberghe*.

124. RvS 9 december 2014, nr. 229.485, *Wynsberghe*.

125. RvS 23 april 2014, nr. 227.160, *Deville*; RvS 20 mei 2014, nr. 227.484, *Segers*.

126. RvS 23 april 2014, nr. 227.160, *Deville*; RvS 20 mei 2014, nr. 227.484, *Segers*.

127. Zo zal het moeilijk zijn een eigen onderzoek te voeren wanneer onderzoek noodzakelijk is naar handelingen van derden waarover een tuchtoverheid geen bevoegdheid heeft en waarbij deze derden bovendien tot de zware criminaliteit behoren zodat het onderzoek moet worden overgelaten aan gespecialiseerde diensten (zie RvS 20 mei 2014, nr. 227.484, *Segers*).

128. RvS 23 april 2014, nr. 227.160, *Deville*; RvS 20 mei 2014, nr. 227.484, *Segers*.

De verplichting om het dossier met bekwame spoed te behandelen, noodzaakt de tuchtoverheid om het administratief onderzoek zo grondig mogelijk te voeren, zodat zij zich ervan kan vergewissen dat het voor haar in redelijkheid onmogelijk is om uitspraak te doen vooraleer de strafrechter een definitieve beslissing heeft genomen.<sup>129</sup>

De mogelijkheid om de tuchtvordering uit te stellen moet worden opgevat als een *uitzondering op de regel*, waarvan slechts gebruik mag worden gemaakt wanneer de tuchtoverheid op basis van eigen onderzoek er niet in slaagt om alle gegevens die van wezenlijk belang kunnen zijn voor het tuchtrechtelijk optreden, te achterhalen.<sup>130</sup>

**51.** Het feit dat de overheid aanvankelijk van oordeel is dat zij niet voldoende is voorgelicht om zonder de gegevens van het strafonderzoek tuchtrechtelijk op te treden, belet niet dat de tuchtoverheid na verloop van tijd tot andere inzichten komt en alsnog, voor het definitief afsluiten van de strafrechtelijke procedure, tuchtrechtelijk optreedt met de gegevens waarover zij op dat ogenblik beschikt.<sup>131</sup>

## **D. Gevolgen van de schorsing van de tuchtvordering door de strafvordering**

### **1. MOGELIJKHEID TOT PREVENTIEVE SCHORSING VAN HET PERSONEELSLID**

**52.** Indien de overheid de uitspraak van de strafrechter moet afwachten, zal het vaak lang duren vooraleer een tuchtmaatregel kan worden genomen. Indien het belang van de dienst dit vereist, kan het bestuur in dat geval het personeelslid preventief schorsen.<sup>132</sup>

### **2. RECHTSPLICHT VOOR HET BESTUUR OM TIJDIG EN GEREGELD TE INFORMEREN NAAR DE STAND VAN ZAKEN OP STRAFRECHTELIJK VLAK**

**53.** Geen enkele bepaling schrijft voor dat het Openbaar Ministerie de eindbeslissing over de strafvordering binnen een bepaalde termijn ter kennis moet brengen aan de tuchtoverheid. Bijgevolg moet de tuchtoverheid zelf de nodige diligentie aan de dag leggen en regelmatig informeren naar de stand van de strafrechtelijke procedure.<sup>133</sup>

129. RvS 9 december 2014, nr. 229.485, *Wynsberghe*.

130. RvS 9 december 2014, nr. 229.485, *Wynsberghe*.

131. RvS 9 december 2014, nr. 229.485, *Wynsberghe*.

132. I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Algemene beginselen van ambtenarentuchtrecht*, Brugge, die Keure, 2011, 465 *et seq.*

133. RvS 25 juni 2007, nr. 172.693, *Peeters*. Zie RvS 22 maart 1995, nr. 52.420, *Vancolen, T.Gem.* 1996, 79, noot I. OPDEBEEK en *TBP* 1995, 750; RvS 20 mei 2014, nr. 227.484, *Segers*.

§ 3. *De tuchtoverheid is enkel gebonden door de beslissingen van de strafrechter over het al dan niet bewezen zijn van de feiten en de schuldbequaamheid van de betrokkene*

54. Indien de tuchtoverheid wacht op het resultaat van de strafrechtelijke procedure omdat een norm of het zorgvuldigheidsbeginsel haar daartoe verplicht, rijst de vraag in welke mate de tuchtoverheid gebonden is door het eindresultaat van de strafrechtelijke procedure. In dit verband moet een onderscheid worden gemaakt tussen de beslissingen van vonnis- (A) en onderzoeksgerechten (B), van het Openbaar Ministerie (C) en beslissingen over amnestie en genade (D).

### A. Beslissingen van vonnisgerechten

55. De beslissing van de strafrechter over de strafvordering raakt de openbare orde. Hieruit wordt afgeleid dat deze beslissing gezag van gewijsde *erga omnes* heeft. D.w.z. dat de beslissing zich aan iedereen opdringt, ongeacht of men al dan niet partij was in het strafproces. Het gezag van gewijsde *erga omnes* is een algemeen rechtsbeginsel.<sup>134</sup> Het strafrechtelijk gewijsde geldt echter maar van zodra de uitspraak van de strafrechter definitief is en er m.a.w. geen hoger beroep, geen verzet binnen de gewone termijn of voorziening bij het Hof van Cassatie meer mogelijk is.<sup>135</sup> De mogelijkheid om een verzoekschrift in te dienen bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens belet evenwel niet dat de veroordeling definitief is.<sup>136</sup>

De straf- en de tuchtprocedure zijn echter volstrekt onafhankelijk van elkaar.<sup>137</sup> De tuchtoverheid is uitsluitend gebonden door de vaststellingen van de strafrechter inzake het al dan niet bewezen zijn van de feiten<sup>138</sup> en de schuldbequaamheid van

134. R. VERSTRAETEN en F. VERBRUGGEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2014, Deel II, 428.

135. RvS 18 januari 2002, nr. 102.644, *gemeente Walhain*; RvS 6 februari 2004, nr. 127.853, *gemeente Walhain*; E. VAN NUFFEL, "L'infraction pénale de l'agent public et sa sanction disciplinaire: l'autonomie de l'action disciplinaire et l'incidence de la décision du juge pénal", 59.

136. RvS 10 maart 1992, nr. 38.973, *Meert, T.Gem.* 1993, 251.

137. RvS 24 januari 2003, nr. 47.683, *Hennico*; RvS 24 januari 2003, nr. 115.024, *Leruse*; RvS 24 oktober 2007, nr. 176.109, *Prevedello*; E. VAN NUFFEL, "L'infraction pénale de l'agent public et sa sanction disciplinaire: l'autonomie de l'action disciplinaire et l'incidence de la décision du juge pénal", 52-53.

138. Cass. 21 maart 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, nr. 459; RvS 28 juni 2000, nr. 88.336, *Glibert*; RvS 22 september 2000, nr. 89.745, *Bouche*; RvS 8 september 2003, nr. 122.540, *Olbrechts*; RvS 25 april 2005, nr. 143.603, *Christiaens*; RvS 14 november 2005, nr. 151.211, *Gayse*; RvS 6 november 2006, nr. 164.341, *Roofthoofd*; RvS 24 oktober 2007, nr. 176.109, *Prevedello*; RvS 20 februari 2008, nr. 179.907, *Minot*; RvS 29 mei 2009, nr. 193.638, *Olbrechts*; J. DU JARDIN, "Rechtspraak in tuchtzaken door de beroepsorden: toetsing van de wettigheid door het Hof van Cassatie", 794; I. OPDEBEEK, *Tuchtrecht in de lokale besturen*, Brugge, die Keure, 1992, 13 *et seq.* en de referenties aldaar; E. VAN NUFFEL, "L'infraction pénale de l'agent public et sa sanction disciplinaire: l'autonomie de l'action disciplinaire et l'incidence de la décision du juge pénal", 56-59.

*de betrokkene*.<sup>139</sup> De tuchtoverheid moet enkel in deze gevallen het gezag van het strafrechtelijk gewijsde eerbiedigen. Het strafrechtelijk gewijsde heeft in tuchtzaken het grote voordeel dat wanneer de strafrechter de feiten bewezen heeft verklaard, de tuchtoverheid voor het bewijs van de feiten kan verwijzen naar de strafrechtelijke uitspraak. Ook wanneer de strafrechter de betrokkene toerekeningsvatbaar heeft geacht, kan het bestuur hier gewoon naar verwijzen.<sup>140</sup> Wanneer de strafrechter oordeelt dat de beklagde de feiten niet heeft gepleegd en hem vrijspreekt, kan de tuchtoverheid voor die feiten geen tuchtstraf opleggen.<sup>141</sup>

**56.** Wanneer de strafrechter oordeelt dat de strafprocedure onredelijk lang heeft aangesleept en deze vertraging onherstelbaar nadeel heeft toegebracht aan de verdediging, omdat de kwaliteit van het bewijs is aangetast of omdat de beklagde geen bewijs *à décharge* meer kan leveren, zal de strafrechter de vrijspraak of de onontvankelijkheid van de strafvordering moeten uitspreken wegens schending van de rechten van de verdediging.<sup>142</sup> Ook deze beslissing zal gevolgen hebben voor de overheid: wanneer de strafrechter oordeelt dat de feiten niet meer bewezen kunnen worden zonder schending van de rechten van de verdediging, zal de tuchtoverheid diezelfde feiten ook niet meer alsnog kunnen bewijzen.

**57.** Ingevolge de autonomie van het tuchtrecht oordeelt de tuchtoverheid vrij over de *kwalificatie van de feiten als tuchtfeiten*. Zij is ook verplicht zich een dergelijk oordeel te vormen. Het volstaat niet te verwijzen naar de veroordeling wegens een misdrijf: niet elk misdrijf is immers een tuchtfeit. De tuchtoverheid kan het materiële bestaan van de feiten bewezen achten op basis van de strafrechtelijke uitspraak, *maar moet zelf onderzoeken of de feiten die het misdrijf vormen al dan niet tuchtfeiten zijn*, en zo ja, waarom.<sup>143</sup> De tuchtoverheid kan de feiten hierbij anders omschrijven: zo kunnen feiten waarvoor het personeelslid strafrechtelijk werd veroordeeld wegens valsheid in geschriften, tuchtrechtelijk worden gekwalificeerd als ernstige en foutieve nalatigheid van de ontvanger.<sup>144</sup> Wanneer de strafrechter echter oordeelt dat het personeelslid geen valsheid in geschriften heeft gepleegd in de strafrechtelijke zin van

139. RvS 27 november 1996, nr. 63.300, *De Herdt*; RvS 22 november 2004, nr. 137.406, *Corre*; RvS 18 januari 2010, nr. 199.582, *Corre*; J. DE HERDT, "De invloed van de uitspraak van de strafrechter op de beoordeling van de strafmaat in tuchtzaken" (noot onder RvS 21 december 2006, nr. 166.235, *De Maeyer*), *RW* 2008-09, 543; B. LOMBAERT, I. MATHY en V. RIGODANZO, *Eléments du droit de la fonction publique*, nr. 264; I. OPDEBEEK, *Tuchtrecht in de lokale besturen*, Brugge, die Keure, 1992, 13 *et seq.* en de referenties aldaar.

140. RvS 28 juni 1994, nr. 48.296, *Geboes*; RvS 21 februari 2000, nr. 85.426, *Baetens*.

141. B. LOMBAERT, I. MATHY en V. RIGODANZO, *Eléments du droit de la fonction publique*, nr. 264.

142. C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2014, p. 724 en de referenties aldaar.

143. RvS 20 december 2002, nr. 114.014, *Simons*; RvS 14 juli 2003, nr. 121.064, *Simons*; B. LOMBAERT, I. MATHY en V. RIGODANZO, *Eléments du droit de la fonction publique*, nr. 263; E. VAN NUFFEL, "L'infraction pénale de l'agent public et sa sanction disciplinaire: l'autonomie de l'action disciplinaire et l'incidence de la décision du juge pénal", 57.

144. RvS 23 oktober 2002, nr. 111.814, *Lejeune*.

het woord, kan de tuchtverheid niet besluiten dat de betrokkene “overduidelijk” valsheid in geschriften heeft gepleegd.<sup>145</sup>

De autonomie van het tuchtrecht impliceert ook dat de tuchtverheid niet gebonden is door de beslissing van de strafrechter om de betrokkene *niet* te veroordelen. Uit de conclusie van de strafrechter dat er geen *misdrif* is gepleegd, volgt immers niet noodzakelijk dat er geen sprake kan zijn van een *tuchtfeit*.<sup>146</sup> Zo is het mogelijk dat wel bewezen is dat bepaalde feiten werden gepleegd, maar dat de strafrechter vaststelt dat er geen misdrif werd gepleegd, bv. omdat het moreel bestanddeel van het misdrif ontbrak. Dit belet niet dat er ondanks de vrijspraak, wel een tuchtstraf wordt opgelegd.<sup>147</sup> Zo vereist het misdrif valsheid in geschriften een bedrieglijk opzet of een oogmerk om te schaden.<sup>148</sup> Een personeelslid kan bepaalde stukken vervalsen, doch zonder dat er sprake is van het morele bestanddeel vereist om van een misdrif te spreken, bv. als grap. Dit belet niet dat hij met de vervalsing een deontologische regel kan hebben geschonden.

**58.** De strafrechter kan ook een veroordeling uitspreken met uitstel, de zgn. *voorwaardelijke veroordeling*. Er wordt dan een straf opgelegd, maar de uitvoering van de straf wordt gedurende een welbepaalde proeftermijn geschorst. Ook hier staat het bewijs van de feiten vast en geldt het strafrechtelijk gezag van gewijsde.

I.g.v. *opschorting* van de uitspraak van de veroordeling beperkt de strafrechter zich tot een uitspraak over de schuldvraag, maar legt hij geen straf op. Daar de opschorting enkel kan worden uitgesproken indien de tenlastelegging bewezen is, staat ook in dit geval het bewijs van de feiten vast.<sup>149</sup> Ook i.g.v. opschorting van de uitspraak, kan bijgevolg een tuchtstraf worden opgelegd.<sup>150</sup>

145. RvS 4 juni 1997, nr. 66.544, *Vermeulen*.

146. J. DU JARDIN, “Rechtspraak in tuchtzaken door de beroepsorden: toetsing van de wettigheid door het Hof van Cassatie”, 794; P. MARTENS, “Le criminel ne tient pas le disciplinaire en l’état et il ne peut le tenir indéfiniment en suspens”, 728; E. VAN NUFFEL, “L’infraction pénale de l’agent public et sa sanction disciplinaire: l’autonomie de l’action disciplinaire et l’incidence de la décision du juge pénal”, 57.

147. RvS 20 maart 1996, nr. 58.728, *Amory* (*in casu* werd vastgesteld dat de feiten waarvoor de betrokkene tuchtrechtelijk werd gestraft, niet samenvielen met de feiten waarvoor hij strafrechtelijk was vrijgesproken); RvS 22 november 2004, nr. 137.408, *Vandyc* (*in casu* werd het feit wel bewezen geacht, maar werd geen straf opgelegd in toepassing van art. 5, tweede al. Sw. Deze bepaling houdt in dat wanneer een rechtspersoon strafrechtelijk verantwoordelijk wordt gesteld uitsluitend wegens het optreden van een geïdentificeerde natuurlijke persoon, enkel degene die de zwaarste fout heeft begaan, kan worden veroordeeld. *In casu* was dit de rechtspersoon).

148. Art. 193 Sw.

149. RvS 21 februari 2000, nr. 85.426, *Baetens*.

150. RvS 21 februari 2000, nr. 85.426, *Baetens*; RvS 29 juni 2001, nr. 97.252, *Belmans*; RvS 23 oktober 2002, nr. 111.824, *Lejeune*; RvS 31 januari 2003, nr. 115.347, *Leruite*; RvS 18 februari 2004, nr. 128.245, *Mourmeaux*; RvS 5 januari 2009, nr. 189.264, *Gillis*; RvS 29 mei 2009, nr. 193.638, *Olbrechts*; B. LOMBAERT, I. MATHY en V. RIGODANZO, *Éléments du droit de la fonction publique*, nr. 265; P. MARTENS, “Le criminel ne tient pas le disciplinaire en l’état et il ne peut le tenir indéfiniment en suspens”, 728; E. VAN NUFFEL, “L’infraction pénale de l’agent public et sa sanction disciplinaire: l’autonomie de l’action disciplinaire et l’incidence de la décision du juge pénal”, 57.

59. De tuchtoverheid is niet gebonden door de uitspraak van de strafrechter om de zwaarte van de tuchtstraf te bepalen en oordeelt hierover op basis van haar eigen discretionaire bevoegdheid.<sup>151</sup> Hoewel de uitspraak van de strafrechter geen directe beperkingen oplegt aan de beoordelingsvrijheid van de tuchtoverheid bij het opleggen van een tuchtstraf, blijft de straf die werd opgelegd door de strafrechter een belangrijk element in de beoordeling die het bestuur moet maken.<sup>152</sup>

## B. Beslissingen van onderzoeksgerechten

60. De onderzoeksgerechten zijn kamers van de rechtbank van eerste aanleg (raadkamer) en van het hof van beroep (kamer van inbeschuldigingstelling) die bepaalde functies uitoefenen binnen het raam van het gerechtelijk onderzoek.<sup>153</sup> Zij beslissen o.m. over de afsluiting van het gerechtelijk onderzoek in een procedure die de regeling der rechtspleging wordt genoemd. Hierbij spreken deze onderzoeksgerechten zich uit over de vraag of er tegen de inverdenkingestelde voldoende bezwaren – niet: bewijzen – bestaan en of de zaak kan worden doorverwezen naar de vonnisrechter, die over de grond van de zaak zal beslissen.<sup>154</sup> Onderzoeksgerechten zijn dus *niet bevoegd om zich uit te spreken over het al dan niet bewezen zijn van de feiten*; zij oordelen alleen of het dossier bezwarende feiten aantoont die voldoende lijken om te bevelen dat de strafvervolgning moet worden verdergezet.

Wanneer een onderzoeksgerecht, bij gebrek aan voldoende bezwarende feiten besluit tot een buitenvervolginstelling, heeft deze beslissing, strafrechtelijk gezien, een *voorlopig gezag van gewijsde*, in die zin dat het opnieuw instellen van de strafvervolgning op basis van die feiten wordt verboden, maar wel wordt toegestaan indien nieuwe bezwarende feiten aan het licht komen.<sup>155</sup> Een buitenvervolginstelling heeft dan ook niet dezelfde draagwijdte als een uitspraak van het strafgerecht.<sup>156</sup>

61. De beslissing tot buitenvervolginstelling is tuchtrechtelijk gezien niet bindend voor de tuchtoverheid.<sup>157</sup> De tuchtoverheid is er dan ook niet toe gehouden de feiten waarvan de onderzoeksgerechten hebben geoordeeld dat ze daarvoor niet voldoende bezwaren vonden, als definitief niet bewezen te beschouwen.<sup>158</sup> Een buitenvervolginstelling verhindert dus geenszins het opleggen van een tuchtstraf.<sup>159</sup> De tuchtoverheid

151. RvS 28 juni 2004, nr. 133.173, *Eyskens*.

152. I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Algemene beginselen van ambtenarentuchtrecht*, Brugge, die Keure, 2011, p. 220 *et seq.*

153. C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2014, 644.

154. C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, strafprocesrecht & internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, NIEUW 646.

155. RvS 28 juni 2000, nr. 88.336, *Glibert*.

156. E. VAN NUFFEL, "L'infraction pénale de l'agent public et sa sanction disciplinaire: l'autonomie de l'action disciplinaire et l'incidence de la décision du juge pénal", 58.

157. RvS 28 juni 2000, nr. 88.336, *Glibert*.

158. RvS 28 juni 2000, nr. 88.336, *Glibert*.

159. RvS 5 april 1995, nr. 52.708, X; RvS 12 oktober 2001, nr. 99.756, *Laloux*; B. LOMBAERT, I. MATHY en V. RIGODANZO, *Eléments du droit de la fonction publique*, nr. 265; P. MARTENS, "Le criminel ne tient pas le disciplinaire en l'état

moet er wel over waken om, bij gebrek aan strafrechtelijke veroordeling, geen strafrechtelijke kwalificatie aan de tuchtfeiten te geven. Enkel de strafrechter kan immers het bestaan van misdrijven vaststellen.<sup>160</sup> Het spreekt voor zich dat de bewijslast in dit geval geheel op de tuchtverhoeder rust.

## C. Beslissingen van het Openbaar Ministerie

62. Het Openbaar Ministerie is het orgaan van de strafrechtspleging dat belast is met de toepassing van de strafwet. Het heeft de leiding van het onderzoek in strafzaken en beslist over het al dan niet instellen van de strafvordering.<sup>161</sup> Het strafrecht biedt het parket mogelijkheden om zaken van geringe ernst buiten de rechter af te handelen, bv. via het verval van de strafvordering mits betaling van een geldsom (VSBG, de zgn. minnelijke schikking)<sup>162</sup> en door de bemiddeling in strafzaken.<sup>163</sup> Hierbij wordt er geen straf opgelegd. Er is dan ook geen enkel gezag van gewijsde verbonden aan deze buitengerechtelijke alternatieven en ze belemmeren de tuchtvervolgning niet.

Het Openbaar Ministerie kan ook beslissen om een zaak *niet* te vervolgen: de zaak wordt dan zonder gevolg gerangschikt of geseponereerd. Zolang de strafvordering niet verjaard is, kan het parket steeds op deze beslissing terugkomen. De seponering is geen rechterlijke beslissing; er gaat dus geen gezag van gewijsde vanuit<sup>164</sup>, welke ook de reden tot seponering is geweest. Zij impliceert niet dat de feiten als niet-bestaande moeten worden beschouwd en beperkt gezins de beoordelingsbevoegdheid van de tuchtverhoeder. Niets belet bijgevolg dat ondanks de seponering het personeelslid tuchtrechtelijk wordt gestraft<sup>165</sup> en zelfs afgezet.<sup>166</sup>

→ et il ne peut le tenir indéfiniment en suspens”, 728; E. VAN NUFFEL, “L’infraction pénale de l’agent public et sa sanction disciplinaire: l’autonomie de l’action disciplinaire et l’incidence de la décision du juge pénal”, 58.

160. RvS 4 mei 1977, nr. 18.258, *Lostermans*; P. MARTENS, “Le criminel ne tient pas le disciplinaire en l’état et il ne peut le tenir indéfiniment en suspens”, 727; E. VAN NUFFEL, “L’infraction pénale de l’agent public et sa sanction disciplinaire: l’autonomie de l’action disciplinaire et l’incidence de la décision du juge pénal”, 58.

161. C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2014, 622.

162. Art. 216bis Sv.

163. Art. 216ter Sv.

164. RvS 27 juni 1996, nr. 60.554, *Vlasselaerts*; RvS 20 december 2000, nr. 91.732, *Van Steen*; RvS 22 januari 2001, nr. 92.472, *Keyen*; RvS 28 mei 2001, nr. 95.814, *Peeters*; RvS 26 september 2005, nr. 149.351, *Van Steen*; RvS 25 juni 2007, nr. 172.693, *Peeters*; C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, strafprocesrecht & internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, 758-760.

165. RvS 16 oktober 1996, nr. 62.590, *Bourguignon*; RvS 20 december 2000, nr. 91.732, *Van Steen*; RvS 26 september 2005, nr. 149.351, *Van Steen*; RvS 25 juni 2007, nr. 172.693, *Peeters*; RvS 25 januari 2010, nr. 199.970, *Moors*; B. LOMBAERT, I. MATHY en V. RIGODANZO, *Eléments du droit de la fonction publique*, nr. 265; P. MARTENS, “Le criminel ne tient pas le disciplinaire en l’état et il ne peut le tenir indéfiniment en suspens”, 728; E. VAN NUFFEL, “L’infraction pénale de l’agent public et sa sanction disciplinaire: l’autonomie de l’action disciplinaire et l’incidence de la décision du juge pénal”, 58.

166. RvS 7 juni 1995, nr. 53.554, *Gerard*; RvS 22 september 2005, nr. 149.250, *Van Der Cammen*, RW 2007-08, 441; RvS 25 juni 2007, nr. 172.693, *Peeters*.

## D. Amnestie, genade, eerherstel en uitwissing

**63.** Amnestie is een beslissing van de *wetgevende* macht, die tot gevolg heeft dat het strafbaar feit het kenmerk van misdrijf verliest. Door amnestie gaat het strafbaar feit teniet met terugwerkende kracht. Zowel de straf als het strafbaar karakter van de feiten verdwijnen. De burgerlijke gevolgen van het feit waarvoor amnestie werd verleend, blijven echter bestaan; de rechten van derden blijven zo onaangetaast.<sup>167</sup>

Van de amnestie moet de genade worden onderscheiden. Genade is een beslissing van de *uitvoerende* macht waardoor de straf geheel of gedeeltelijk wordt kwijtgescholden, verminderd of omgezet in een andere straf. Het belangrijkste verschil met amnestie is dat de veroordeling behouden blijft; genade heeft enkel betrekking op de uitvoering van de straf.<sup>168</sup>

**64.** Herstel in eer en rechten bestaat in het uitwissen voor de toekomst, door een gerechtelijke beslissing, van alle strafrechtelijke gevolgen van een veroordeling. Het is een persoonlijk recht dat uitdrukkelijk door de veroordeelde moet worden gevraagd. Eerherstel is toepasselijk op alle veroordelingen die straffen bevelen en die niet automatisch worden uitgewist.<sup>169</sup>

Van het eerherstel moet de uitwissing worden onderscheiden. De uitwissing is het automatisch tenietgaan, voor de toekomst, van veroordelingen tot politiestrafen en heeft dezelfde gevolgen als eerherstel.<sup>170</sup>

Eerherstel en uitwissing zijn op tuchtrechtelijk vlak vergelijkbaar met de doorhaling van tuchtstraffen.<sup>171</sup>

**65.** Noch amnestie, noch genade, noch eerherstel, noch uitwissing verhinderen de tuchtvervolgning.<sup>172</sup>

---

167. C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2014, 532.

168. Zie C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2014, 534.

169. Zie A. DE NAUW, *Inleiding tot het algemeen strafrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 209-212.

170. Zie A. DE NAUW, *Inleiding tot het algemeen strafrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 212.

171. I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Algemene beginselen van ambtenarentuchtrecht*, Brugge, die Keure, 2011, p. 525 *et seq.*

172. P. MARTENS, "Le criminel ne tient pas le disciplinaire en l'état et il ne peut le tenir indéfiniment en suspens", 728; zie ook I. OPDEBEEK, *Tuchtrecht in de lokale besturen*, nr. 37 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.



#### § 4. Wat bij tegenspraak tussen de tuchtrechtelijke beslissing en de strafrechtelijke uitspraak?

**66.** Reeds eerder werd erop gewezen dat de tuchtoverheid gebonden is door de vaststellingen van de strafrechter over het al dan niet bewezen zijn van de feiten en de schuld bekwaamheid van de betrokkene.<sup>173</sup> Indien de tuchtoverheid niet heeft gewacht op de uitspraak van de strafrechter en deze later beslist dat de feiten niet bewezen zijn of het personeelslid niet schuld bekwaam is, komt aldus met gezag van gewijsde vast te staan dat de tuchtstraf *onwettig* is.<sup>174</sup> Een uitspraak over de tucht vordering voorafgaand aan een definitieve uitspraak over de straf vordering is dus niet zonder risico voor de tucht overheid, maar zij oordeelt discretionair of zij dat risico – mede gelet op de redelijkheid termijneis – moet nemen.<sup>175</sup>

In dat geval zal de tucht overheid de tucht straf moeten *intrekken*<sup>176, 177</sup> en alle gevolgen van de onwettige tucht straf ongedaan maken. Eventueel zal het personeelslid een aansprakelijkheids vordering tegen de overheid kunnen instellen gebaseerd op artikel 1382 BW.<sup>178</sup>

Soms verleent de regelgeving het personeelslid *uitdrukkelijk* de mogelijkheid om het bestuur in een dergelijk geval te vragen de tucht straf in te trekken. Het gemeente-, provincie- en het OCMW-decreet bevestigen bv. dat, indien een opgelegde tucht straf onverenigbaar blijkt te zijn met een latere, in kracht van gewijsde getreden strafrechtelijke uitspraak, het personeelslid binnen zestig dagen na de kennisneming ervan bij de tucht overheid een verzoek kan indienen tot intrekking van de tuchtsanctie.<sup>179</sup> Deze regeling werd in de decreten ingeschreven op advies van de Raad van State.<sup>180</sup> De Raad van State wees erop dat een personeelslid mogelijk een tucht straf oploopt wegens feiten waarvan later in een strafrechtelijke uitspraak *erga omnes* komt vast te staan dat het personeelslid zich niet aan die feiten schuldig heeft gemaakt. Daarom verdiende het volgens de Raad van State aanbeveling om het personeelslid de mogelijkheid te geven de intrekking te vorderen.<sup>181</sup> De vraag rijst waarom de mogelijkheid

173. *Supra*, nr. XXX.

174. RvS 5 juli 1971, nr. 14.865, *Willockx*; RvS 20 februari 1995, nr. 51.697, *De Schrijver*; RvS 17 januari 1996, nr. 57.545, *Verstraete*; RvS 4 juni 1997, nr. 66.544, *Vermeulen*; Rb. Brugge 26 mei 1986, *TVBR* 1986, 21.

175. RvS 9 december 2014, nr. 229.485, *Wynsberghe*.

176. RvS 9 december 2014, nr. 229.485, *Wynsberghe*.

177. Daar een tucht straf een beslissing is die geen rechten verleent, kan zij in beginsel *steeds* worden ingetrokken, zonder tijdsbeperking (I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Algemene beginselen van ambtenarentucht recht*, Brugge, die Keure, 2011, p. 535 *et seq.*).

178. Een vordering tot herstel bij de Raad van State wegens onwettigheid (art. 11bis RvS-Wet) is in dit geval niet mogelijk, daar de onwettigheid voortvloeit uit een vonnis of arrest van de strafrechter en niet werd vastgesteld door de Raad van State.

179. Art. 130, § 3 gemeentedecreet; art. 126, § 3 provinciedecreet; art. 129, § 3 OCMW-decreet.

180. MvT, *Parl.St.* VI.Parl. 2004-05, nr. 347/1, 81-82.

181. Adv.RvS, *Parl.St.* VI.Parl. 2004-05, nr. 347/1, 288.

de intrekking te vragen gekoppeld is aan een termijn van zestig dagen en wat de aard is van deze termijn. De overheid heeft immers *steeds* het recht tuchtstraffen in te trekken, *zonder termijnbeperking*.<sup>182</sup> Het personeelslid kan de intrekking van de tuchtstraf o.i. dus ook nog vragen na het verstrijken van deze termijn.

Het bestuur is o.i. ook verplicht tot intrekking over te gaan zonder enig verzoek van het personeelslid en het personeelslid kan steeds een dergelijk verzoek richten aan de overheid, ook bij ontstentenis van de norm die deze mogelijkheid biedt.

Indien de overheid zou weigeren de tuchtstraf in te trekken, kan tegen deze weigeringsbeslissing een beroep tot schorsing en/of nietigverklaring worden ingediend bij de Raad van State of een vordering tot schadeloosstelling voor de burgerlijke rechter. Zo werd de overheid veroordeeld tot het betalen van een materiële schadevergoeding van 2 000 000 BEF en een morele schadevergoeding van 250 000 BEF voor haar weigering een tuchtstraf in te trekken.<sup>183</sup> Eventueel kan de rechter aan de overheid ook een formeel *bevel* geven tot het intrekken van de tuchtstraf, al dan niet op straffe van een dwangsom.

**67.** Indien de tuchtoverheid tot de conclusie komt dat het personeelslid de feiten niet heeft gepleegd en geen tuchtstraf oplegt, maar het personeelslid achteraf toch schuldig wordt bevonden door de strafrechter, kan de tuchtoverheid niet terugkomen op haar beslissing, gelet op het *non bis in idem*-beginsel.

## AFDELING 4. GEVOLGEN VAN EEN VOORLOPIGE HECHTENIS

**68.** Wanneer een personeelslid in voorlopige hechtenis wordt genomen, rijst de vraag wat de gevolgen hiervan zijn. In het arbeidsrecht is dit wettelijk geregeld: de arbeidsovereenkomst wordt *geschorst*.<sup>184</sup> In het ambtenarenrecht is dit niet op algemene wijze geregeld, zodat de vraag rijst wat het bestuur in dit geval kan doen.

**69.** Het personeelslid kan bij wijze van ordemaatregel *preventief worden geschorst* indien de voorwaarden daartoe vervuld zijn.<sup>185</sup> Het personeelslid kan in ieder geval *niet* ambtshalve worden ontslagen wegens ongewettigde afwezigheid van meer dan tien dagen.<sup>186</sup> Deze regeling gaat immers uit van het vermoeden dat het personeelslid

182. I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Algemene beginselen van ambtenarentuchtrecht*, Brugge, die Keure, 2011, p. 535 *et seq.*

183. Rb. Brugge 26 mei 1986, *TVBR* 1986, 21.

184. Art. 28, 5° Arbeidsovereenkomstenwet.

185. I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Algemene beginselen van ambtenarentuchtrecht*, Brugge, die Keure, 2011, p. 465 *et seq.*

186. RvS 14 april 2005, nr. 143.078, *Van Beeck*.

zelf ontslag wil nemen, terwijl dit vermoeden hier niet kan worden toegepast: het personeelslid is immers buiten zijn wil om afwezig.

Het bestuur zal het personeelslid niet op een andere wijze tijdelijk of definitief kunnen verwijderen uit de dienst. Ook het salaris kan niet worden ingehouden. De reden van afwezigheid kan immers worden beschouwd als een vorm van overmacht in hoofde van het personeelslid.

**70.** Alvorens de preventieve schorsing of een tuchtstraf kan worden opgelegd, moet het personeelslid worden gehoord. Het horen van het personeelslid wordt echter bemoeilijkt daar het personeelslid dat zich in voorlopige hechtenis bevindt niet kan ingaan op de uitnodiging om in persoon te worden gehoord. In de meeste tuchtstatuten wordt dit probleem niet geregeld. Een oplossing kan erin bestaan dat de tuchtoverheid zich verplaatst naar de strafinrichting waar het personeelslid verblijft. Het personeelslid kan er ook voor kiezen om te worden vertegenwoordigd door een raadsman of een schriftelijk verweer in te dienen.<sup>187</sup>

## AFDELING 5. OPSLORPING VAN DE TUCHTVORDERING DOOR DE STRAFRECHTELIJKE VEROORDELING

### *§ 1. Verlies van de burgerlijke en/of politieke rechten t.g.v. een strafrechtelijke veroordeling*

**71.** De strafrechter kan de *ontzetting* of de *vervallenverklaring* uitspreken als bijkomende straf. Dit is de beslissing waarbij de rechter de veroordeelde het recht ontnemt om bepaalde burgerlijke en/of politieke rechten, opgesomd in artikel 31 Sw., uit te oefenen, zoals bv. het recht om een openbaar ambt, bediening of betrekking te vervullen of het recht om verkozen te worden.<sup>188</sup> De ontzetting kan verplicht of facultatief zijn, levenslang of tijdelijk en zij kan betrekking hebben op het geheel of een deel van de burgerlijke en/of politieke rechten, naargelang de hoofdstraf. Het is een bijkomende veroordeling die – i.t.t. de hierna besproken afzetting – enkel voor de toekomst geldt, nl. vanaf het definitief worden van het veroordelend vonnis.<sup>189</sup>

187. I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Algemene beginselen van ambtenarentuchtrecht*, Brugge, die Keure, 2011, p. 489 *et seq.*

188. Art. 31, 1° Sw.

189. Art. 34 Sw.; C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, strafprocesrecht & internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, 450-451.

72. Het verlies van een der burgerlijke en politieke rechten heeft automatisch tot gevolg dat het personeelslid *niet meer de voorwaarden vervult voor het bekleden van een openbaar ambt*, zelfs wanneer de vervallenverklaring tijdelijk is.<sup>190</sup> Wanneer men “de” burgerlijke en politieke rechten moet genieten om voor de overheid te kunnen werken, betekent dit immers dat men over *alle* burgerlijke en politieke rechten moet beschikken; het verlies van een enkel recht betekent dan ook dat men niet meer “de”, “zijn” of “alle” burgerlijke en politieke rechten geniet.<sup>191</sup> Het verlies van een enkel recht – zelfs tijdelijk – volstaat bijgevolg om het personeelslid ambtshalve te ontslaan.<sup>192</sup> Meestal schrijft de rechtspositieregeling uitdrukkelijk voor dat het personeelslid in een dergelijk geval *ambtshalve wordt ontslagen bij ordemaatregel*.<sup>193</sup> Het bestuur is bij het vaststellen van de vervallenverklaring dan ook *verplicht* (gebonden bevoegdheid) om het personeelslid op die grond ambtshalve ontslaan.<sup>194</sup> Het arrest van de strafrechter dat kracht van gewijsde heeft, kan niet tot voorwerp van discussie worden gemaakt voor het bestuur of voor de Raad van State.<sup>195</sup>

Zolang het bestuur het personeelslid niet ambtshalve heeft ontslagen, behoudt het zijn hoedanigheid van personeelslid. Het behoort immers niet tot de bevoegdheid van de strafrechter om de rechtspositie van het overheidspersoneel van de overheid te bepalen.<sup>196</sup>

73. Een ontslag van ambtswege wegens het verlies van een of meer burgerlijke en/of politieke rechten is geen tuchtstraf<sup>197</sup>: de rechten van verdediging zijn dan ook niet van toepassing en de tuchtprocedure moet niet worden gevolgd. Daar het ontslag een constitutieve beslissing bij een louter gebonden bevoegdheid is<sup>198</sup> en het bestuur dus over geen enkele beoordelingsmarge beschikt, moet de betrokkene ook niet worden gehoord.<sup>199</sup> Ter formele motivering van het ontslag volstaat het te verwijzen naar de toegepaste rechtsregel.<sup>200</sup>

190. RvS 29 mei 1985, nr. 25.397, *Hellin*; RvS 27 november 2006, nr. 165.126, *Van Den Brande*; RvS 31 augustus 2009, nr. 195.654, *Van Den Brande*.

191. RvS 12 mei 2004, nr. 131.322, *Zenner*.

192. RvS 18 juli 1977, nr. 18.398, *Van Daele*; RvS 24 april 1991, nr. 36.857, *Laruelle*; RvS 16 december 2002, nr. 113.710, *Mardulier*; RvS 12 mei 2004, nr. 131.322, *Zenner*.

193. Art. 23, 2° APKB; art. 112, § 3 Statuut Rijkspersoneel; art. XI.3 VPS; art. IX.1.2. RPPol; art. 86 Decr. 27 maart 1991 gemeenschapsonderwijs; art. 60 Decr. 27 maart 1991 gesubsidieerd onderwijs; art. 104, 2° Vlaams Rechtspositiebesluit.

194. RvS 17 maart 2015, nr. 230.556, *De Groot*; N. DE Vos, “Automatische vervallenverklaring van het kiesrecht bij veroordeling op de helling” (noot onder Arbitragehof 14 december 2005, nr. 187/2005), *T.Gem.* 2006/2, 63.

195. RvS 17 maart 2015, nr. 230.556, *De Groot*.

196. I. OPDEBEEK, *Tuchtrecht in de lokale besturen*, nr. 42 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

197. RvS 14 januari 2008, nr. 178.526, *Bonami*, *RW* 2008-09, 117, met noot R. GERITS.

198. RvS 29 mei 2009, nr. 193.654, *Delanghe*.

199. RvS 17 oktober 1990, nr. 35.668, *Cousin*; RvS 28 februari 2008, nr. 180.182, *Vreven*, *T.Gem.* 2008, 281.

200. RvS 31 augustus 2009, nr. 195.654, *Van Den Brande*.

**74.** De ontzetting heeft luidens artikel 34, tweede lid van het Strafwetboek haar gevolgen met ingang van de dag waarop de veroordeling *onherroepelijk* is geworden. Indien een voorziening werd ingesteld bij het Hof van Cassatie is de veroordeling dan ook maar onherroepelijk op de datum dat het Hof van Cassatie deze voorziening verwerpt.<sup>201</sup> Door het uitspreken van het ambtshalve ontslag doet de overheid niet anders dan de gevolgen vast te stellen die krachtens de wet en de reglementering voortvloeien uit de ontzetting van de rechten. De datum van het verlies van de hoedanigheid van ambtenaar moet dan ook worden vastgesteld op de datum dat die veroordeling onherroepelijk is geworden. Aldus kan aan de beslissing tot ambtshalve ontslag *terugwerkende kracht* worden verleend zonder dat dit strijdig is met het beginsel van de niet-terugwerkende kracht van bestuurshandelingen.<sup>202</sup>

**75.** Het verlies van de hoedanigheid van ambtenaar als gevolg van de tijdelijke ontzetting uit de burgerlijke en politieke rechten is niet noodzakelijk definitief. Indien het personeelslid slechts tijdelijk was ontzet uit zijn rechten en hij opnieuw zijn burgerlijke en politieke rechten geniet, zal hij opnieuw een openbaar ambt kunnen uitoefenen, maar dan moet hij wel opnieuw in dienst worden genomen en zijn loopbaan van nul herbeginnen.<sup>203</sup>

## § 2. Afzetting uit het openbaar ambt t.g.v. een strafrechtelijke veroordeling

**76.** De afzetting is de beslissing van de strafrechter waarbij de veroordeelde de titels, graden, openbare ambten, bedieningen en betrekkingen waarmee hij bekleed is, worden afgenomen.<sup>204</sup> Het is een ontterende straf die terugwerkende kracht heeft: de veroordeelde verliest op het ogenblik van de veroordeling alle titels, graden enz. die hij in het verleden verwierf en de afzetting kan niet door genade ongedaan worden gemaakt. Het is een bijkomende criminele straf en kan dus enkel door het hof van assisen worden uitgesproken. Soms is ze verplicht, soms facultatief. Uit het feit dat de afzetting enkel voor het verleden geldt, volgt dat de betrokkene in de toekomst opnieuw een openbaar ambt kan bekleden.<sup>205</sup>

Door de afzetting houdt de veroordeelde op ambtenaar te zijn. Dit impliceert dat het bestuur geen tuchtprocedure meer moet voeren om hem uit de dienst te verwijderen. Het bestuur moet enkel een declaratieve beslissing nemen waarin het vaststelt dat, ingevolge de strafrechtelijke afzetting, het personeelslid is afgezet uit zijn ambt.

201. RvS 31 augustus 2009, nr. 195.654, *Van Den Brande*.

202. RvS 31 augustus 2009, nr. 195.654, *Van Den Brande*.

203. RvS 31 augustus 2009, nr. 195.654, *Van Den Brande*.

204. Art. 19 Sw.

205. C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2014, 447.

De rechtspositieregeling kan dit ook uitdrukkelijk voorschrijven.<sup>206</sup> Het bestuur oefent hierbij een louter gebonden bevoegdheid uit, zonder enige beoordelingsmarge, zodat ook hier moet worden besloten dat noch de rechten van verdediging, noch de hoorplicht van toepassing zijn.<sup>207</sup>

## AFDELING 6. CONCLUSIES

**77.** Hoewel het strafrecht en het tuchtrecht gemeen hebben dat ze de schending van een bepaalde norm willen bestraffen, hebben ze een verschillend doel. Het tuchtrecht is immers primair gericht op de goede werking van de openbare dienst, terwijl het strafrecht de bescherming van de ganse samenleving tot doel heeft.

**78.** Uit het verschil in doel vloeien andere verschillen voort tussen het tucht- en het strafrecht. Het legaliteitsbeginsel “*nulla poena nullum crimen sine lege*” – de hoeksteen van het strafrecht – geldt niet in dezelfde mate in het tuchtrecht. Dit geeft de tuchtoverheid een veel grotere beoordelingsvrijheid dan de strafrechter, zowel bij de vraag of een bepaald feit een tuchtfeit is, als bij de vraag welke strafmaat geschikt is. In het licht van het doel van het tuchtrecht is dit verschil echter verantwoord. Een tarifiering in tuchtzaken zoals in het strafrecht zou niet toelaten voldoende rekening te houden met de concrete omstandigheden van het dossier. Dit geldt des te meer daar in tuchtzaken – bij afwezigheid van regelgeving ter zake – geen straf met uitstel, opschorting van de uitspraak of alternatieve vorm van bestraffing mogelijk wordt geacht.

**79.** De beslissingen tot het opleggen van een strafsanctie en een tuchtstraf verschillen fundamenteel van aard. Een strafsanctie kan enkel door een rechter worden opgelegd; een tuchtsanctie t.a.v. een ambtenaar enkel door een bestuur. Beide soorten straffen kunnen worden gecombineerd, althans indien de tuchtstraf volgens de criteria ontwikkeld door het EHRM niet kan worden beschouwd als een strafrechtelijke vervolging.

**80.** Er bestaat geen algemeen rechtsbeginsel dat de strafprocedure de tuchtprocedure schorst: *le criminel ne tient pas le disciplinaire en état*.

Toch zal de tuchtoverheid in twee gevallen moeten wachten op de uitspraak van de strafrechter. Allereerst indien het toepasselijk statuut dit voorschrijft. De bevoegdheid van het bestuur is dan gebonden: het bestuur moet wachten op de uitspraak van de strafrechter. Een beperkt aantal statuten schrijven een dergelijke automatische schorsing voor, maar een veralgemening hiervan is zeker niet gewenst, omdat dit meebrengt dat

206. Zie bv. art. 23, 4° APKB; art. 104, 4° Vlaams Rechtspositiebesluit.

207. I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Algemene beginselen van ambtenarentuchtrecht*, Brugge, die Keure, 2011, 104-105.

de overheid ook in zaken waar het personeelslid de feiten heeft bekend of het bestuur gemakkelijk zelf de feiten kan bewijzen jaren moet wachten op het resultaat van de strafrechtelijke procedure. Dit leidt alleen maar tot tijdverlies. Mogelijk zijn dergelijke reglementaire voorschriften bovendien in strijd met de ongeschreven redelijketermijneis in tuchtzaken. Het verdient aanbeveling dat het statuut ter zake steeds een discretionaire bevoegdheid laat aan de tuchtverheid om al dan niet te wachten op de uitspraak van de strafrechter.

Indien het toepasselijk statuut hierover het stilzwijgen bewaart, beschikt de overheid over een discretionaire bevoegdheid om al dan niet te wachten, die evenwel wordt beperkt door het zorgvuldigheidsbeginsel en de redelijketermijneis.

Indien de tuchtverheid het bewijs van de feiten of van de schuldbequaamheid zelf niet kan leveren, *moet* zij, gelet op het zorgvuldigheidsbeginsel, wachten op de uitspraak van de strafrechter.

**81.** Indien de tuchtverheid moet wachten op de uitspraak van de strafrechter, hetzij omdat het statuut het voorschrijft, hetzij omwille van bewijsproblemen, kan de termijn die de strafrechter nodig heeft, niet worden aangerekend aan het bestuur en kan de redelijke termijn bijgevolg om die reden niet geschonden zijn. Indien de tuchtverheid statutair niet verplicht is te wachten op de uitspraak van de strafrechter, verplicht de redelijketermijneis de overheid om, hangende de strafrechtelijke procedure, het administratief onderzoek te starten en zo ver mogelijk te voeren. Indien de tuchtverheid zelf het bewijs van de feiten kan leveren en er geen statutaire verplichting tot wachten op de uitspraak van de strafrechter bestaat, *moet* zij de tuchtprocedure afronden zonder te wachten op de uitspraak van de strafrechter, anders loopt zij het risico de redelijketermijneis te schenden.

Aldus worden water en vuur – snelheid en kwaliteit – verzoend, maar op de schouders van de besturen wordt wel een delicate en moeilijke beslissingsbevoegdheid gelegd. Voorzichtigheid is geboden: bij gerechtvaardigde twijfel moet de *zorgvuldigheidsplicht steeds primeren op de redelijketermijneis* en is het verantwoord het resultaat van de strafprocedure af te wachten, zonder dat dit o.i. een schending kan uitmaken van de redelijke termijn. Aldus wordt immers vermeden dat een tuchtstraf wordt opgelegd waarvan nadien komt vast te staan dat ze onwettig is en die dan zal moeten worden ingetrokken.

**82.** Ingevolge de autonomie van het tuchtrecht t.a.v. het strafrecht is de tuchtverheid enkel gebonden door het oordeel van de strafrechter over het bestaan van de feiten en de schuldbequaamheid van de betrokkene. Het komt uitsluitend de tuchtverheid toe om de feiten al dan niet tuchtrechtelijk te kwalificeren. De uitoefening van de tuchtvoordring wordt niet belemmerd door de vrijspraak, een voorwaardelijke veroordeling, de

opshorting van de uitspraak van de veroordeling, de beslissing tot buitenvervolginstelling, de seponering door het parket, het verlenen van amnestie of genade.

**83.** Indien de tuchtoverheid niet heeft gewacht op de uitspraak van de strafrechter en de strafrechter stelt vast dat de feiten waarvoor het personeelslid tuchtrechtelijk werd gestraft, niet bewezen zijn of de betrokkene niet schuldbequaam is, moet de tuchtoverheid de tuchtstraf *intrekken*. Om onnodige discussies te vermijden, is het aangewezen dat elke tuchtregeling uitdrukkelijk in de mogelijkheid voorziet om aan de tuchtoverheid de intrekking van de tuchtstraf te vragen.

**84.** Soms wordt de tuchtvordering opgeslorpt door de strafrechtelijke veroordeling. Dit is het geval wanneer de strafrechter een personeelslid ontzet uit een of meer burgerlijke en/of politieke rechten of als bijkomende straf de afzetting uitspreekt. In dergelijke gevallen wordt het personeelslid ambtshalve ontslagen bij ordemaatregel, zonder dat de omslachtige tuchtprocedure moet worden doorlopen.

**85.** Uit dit alles blijkt dat de verhouding tuchtrecht/strafrecht geen gemakkelijke relatie is, voorzichtigheid is dus de boodschap ...



**INTERFERENTIE TUSSEN HET  
TUCHTPROCESRECHT EN HET CIVIEL  
EN STRAFPROCESRECHT M.B.T. HET  
TUCHTRECHT VAN VRIJE BEROEPEN  
EN MAGISTRATEN**

Mathieu VAN PUTTEN  
Referendaris bij het Hof van Cassatie



## AFDELING 1. AFBAKENING

**1. Inleiding** – De organisatoren van de *cyclus Willy Delva* hebben mij verzocht een bijdrage te leveren over de *interferentie tussen het tuchtprocesrecht en het civiel en strafprocesrecht m.b.t. het tuchtrecht van vrije beroepen en magistraten*.<sup>1</sup>

De doelgroep van deze bijdrage kan voldoende vertrouwd geacht worden met de begrippen tuchtprocesrecht, civiel procesrecht, strafprocesrecht, tuchtrecht, vrije beroepen en magistraten om te weten wat zij zeker inhouden, wat zij zeker niet inhouden en wat zij misschien inhouden, maar misschien ook niet.

Omdat het opzet van deze bijdrage dermate beperkt is dat zelfs de negatieve mededeling dat zij niet beoogt exhaustief te zijn haar nog geweld aandoet, en noodzakelijk moet aangevuld worden met de positieve mededeling dat zij slechts schetsmatig en oppervlakkig enkele mogelijke aspecten van de in de titel beoogde interferentie behandelt, zou in het licht van vooronderstelde basiskennis afbreuk gedaan worden aan het proportionaliteitsbeginsel als hier geëxpliciteerd wordt hoe de betreffende termen in deze bijdrage worden begrepen. Zelfs verwijzen naar bronnen die nader op de inhoud van die begrippen ingaan, lijkt niet pertinent.

Voldoende is hier te stellen dat ik mij bij het onderzoek van de interferentie heb beperkt tot wat de betreffende begrippen zeker al dan niet inhouden en dat ik, voor zover mij dat aangewezen leek, verder in de bijdrage een kanttekening heb gemaakt over de inhoud van genoemde begrippen wanneer mij dat noodzakelijk leek.

Voor een goed begrip van de opbouw van deze bijdrage lijkt een korte beschouwing omtrent de notie “interferentie” wel op zijn plaats. De vertrouwdheid met het concept interferentie is immers waarschijnlijk iets beperkter.

**2. Het concept interferentie** – “Interferentie” is geen lemma in het *De Valks juridisch woordenboek*<sup>2</sup>, wat in zekere zin toelaat te stellen dat het in het Nederlands geen rechtsbegrip is.

In het viertalig juridisch woordenboek *Le Docte*<sup>3</sup> treft men evenmin het Franstalig (*interférence*) of Duitstalig (*Interferenz*) equivalent aan. Men vindt er wel het Engelse *interference*, tot tweemaal toe. In de eerste betekenis wordt het begrip geïllustreerd met de zin *to interfere with somebody else's business*. De Nederlandse vertaling is dan “inmenging, bemoeiing”. In de tweede betekenis wordt het begrip gebruikt als

1. De bijdrage is inhoudelijk afgerond op 1 mei 2015.

2. E. DIRIX, B. TILLEMANS en P. VAN ORSHOVEN (eds.), *De Valks juridisch woordenboek*, Antwerpen, Intersentia, 2010, xi + 621 p.

3. E. LE DOCTE, *Viertalig juridisch woordenboek*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1995, 5de ed., 860 p.

synoniem voor *trespass* en luidt de Nederlandse vertaling “binnendringing, ongeoorloofde inmenging”.

Wanneer men moet aannemen dat de term interferentie in de titel een “juridisch” anglicisme is, dan heeft de term dus een normatieve, negatieve betekenis. Vanuit die betekenis kan als eerste belangrijk kenmerk van *interferentie* worden omschreven:

### **A. Interferentie veronderstelt een *ongeoorloofd*, minstens *ongepast of ongewenst* binnendringen;**

Over de methodologische en andere repercussies die dat heeft voor deze bijdrage straks meer. Eerst past een korte beschouwing omtrent de vraag of een uitbreiding tot andere jargons toelaat andere zinvolle mogelijke aspecten van het concept interferentie te onderscheiden.

In *Dikke Van Dale* krijgt de term interferentie een zestal betekenissen, waarvan er hier een vijftal vermeldenswaardig zijn:

1. inmenging, tussenkomst;
2. gelijktijdige werking van twee bewegingen die elkaar belemmeren of versterken, m.n. van trillingen of golfbewegingen;
3. ongewenste beïnvloeding van een geluidssignaal door van buitenaf komende stoorsignalen, of bij radio-ontvangst, fluitjes en andere stoorgeluiden, veroorzaakt door naburige stations;
4. het op elkaar inwerken van talen of dialecten;
5. (medisch) verdringing van een virus door een ander.

Zonder hier op al deze betekenissen al te uitgebreid te kunnen ingaan, kort nog het volgende alvorens te besluiten m.b.t. de invulling van de notie “interferentie” in deze bijdrage en de daaruit voortvloeiende methodologie en opbouw ervan te omschrijven.

Wat de derde betekenis (3.) betreft: net zoals de “juridische” betekenissen die hierboven werden omschreven, heeft zij een negatieve connotatie. Men spreekt van *hinderlijke* interferentie. Ook de eerste betekenis (1.) bevestigt in de eerste plaats het eerder gevonden kenmerk: inmenging definieert *Dikke Van Dale* op zijn beurt als het innemen of het zich ongevraagd inlaten of bemoeien met.

Tussenkomst wordt evenwel gedefinieerd als het zich mengen in de loop van iets, dat daardoor gestuit of gewijzigd wordt.

Deze laatste omschrijving opent de deur naar enerzijds een meer neutrale en descriptieve conceptie, en anderzijds een meer evolutieve conceptie van het interferentiebegrip.

De tweede betekenis (2.), die ontleend is aan de natuurkunde, laat toe kenmerken van die meer neutrale en descriptieve conceptie te omschrijven. Wanneer het begrip interferentie in deze betekenis metaforisch wordt aangewend, dan zijn er drie belangrijke aspecten aan te ontleen voor de afbakening van de bijdrage:

**B. Interferentie veronderstelt beweging;**

**C. Interferentie veronderstelt van elkaar losstaande bewegingen;**

**D. Interferentie kan belemmerend (destructief, met name als de golven in tegenfase zijn) of versterkend (constructief, met name als de golven in fase zijn) zijn;**

De vierde betekenis (4.) laat toe de evolutieve benadering van het interferentiebegrip nader te bepalen. Die betekenis verwijst naar interferentie zoals het begrip wordt gebruikt in de taalkunde.

Het begrip verwijst aldaar naar het feit dat een persoon die een tweede taal leert, bij het leren van die taal dikwijls geconfronteerd wordt met het gegeven dat regels uit de eerste taal, onterecht interageren met de tweede taal.

Vereist zijn dus twee regelsystemen waarbij de regels van de ene taal onterecht de andere doorkruisen. Tot zover een bevestiging van het eerder gevonden eerste aspect van de interferentie (*cf. supra kenmerk a.*).

Evenwel worden vanuit de taalkunde nog minstens twee belangrijke aspecten beklemtoond:

- de interferentie doet zich vooral voor bij diegene die zich de nieuwe taal eigen maakt, de *novice*; en
- de interferentie verliest zijn aard van interferentie als hij algemeen wordt. Men spreekt dan van taalontwikkeling.

Vanuit die kenmerken geldt als volgend belangrijk aspect van de interferentie:

**E. Vanuit evolutief oogpunt heeft interferentie een efemer karakter; ofwel wordt snel geleerd dat de interferentie niet wenselijk is, ofwel groeit de overtuiging dat de interferentie wel wenselijk is, in welk geval de regel deel wordt van het systeem waarmee hij aanvankelijk interfereerde en aldus niet langer als interferentie wordt ervaren;**

Niets is exhaustief, en dus ook de *Dikke Van Dale* niet. Een iets ruimere zoektocht via de taalkunde leert al snel dat het begrip interferentie ook de psychologie niet vreemd is. Het begrip krijgt nl. een plaats in systeemtheorie die binnen de leerpsychologie werd ontwikkeld in het Psychologisch laboratorium van de Amsterdamse Universiteit.<sup>4</sup> Volgens deze theorie is een systeem een psychologisch veld van sporen dat organisatie vertoont. De organisatie bestaat erin dat het veld van sporen onderling een sterke samenhang vertoont en van andere sporen min of meer sterk afgescheiden is. Een spoor is een door leren verworven gedragspotentie. Dikwijls is het aangewezen dat systemen niet van elkaar geïsoleerd blijven, maar onderlinge verbindingen aangaan. Er zijn echter even goed situaties waarin juist het geïsoleerd functioneren, het uit elkaar houden van inhouden uit het ene en uit het andere systeem essentieel is. In dat geval is de toestand optimaal als andere systemen door systeemscheiding zo volledig mogelijk buiten werking blijven als een ander systeem actief is. Directe verbindingen tussen sporen van verschillende systemen zijn in dit geval ongewenst. VAN PARREREN stelt: “In het algemeen kunnen wij concluderen, dat onderlinge verbindingen tussen systemen nadelig zijn, als het gaat om stelsels van gedragingen die in één soort situatie wel, in de andere niet bruikbaar, acceptabel of geldig zijn”.<sup>5</sup> Van interferentie nu is sprake wanneer sporen uit een “verkeerd” systeem worden geactualiseerd. De systeemtheorie beklemtoont dat interferentie slechts dreigt als twee of meer systemen niet van elkaar afgegrensd zijn, d.w.z. als er zich gemeenschappelijke sporen in bevinden, of in het algemeen: als sporen van het ene systeem verbindingen hebben met sporen uit andere systemen.<sup>6</sup>

- 
4. Zie C. VAN PARREREN, “Psychologie van het leren. Deel II. Actualisering van leerresultaten” in H. DUIJKER, W. LEVELT en H. WIJNGAARDEN (eds.), *Psychologische monografieën*, Deventer, Van Loghum Slaterus, 1970, 96 *et seq.*
  5. C. VAN PARREREN, “Psychologie van het leren. Deel II. Actualisering van leerresultaten”, *o.c.*, 172
  6. C. VAN PARREREN, “Psychologie van het leren. Deel II. Actualisering van leerresultaten”, *o.c.*, 174-175.

## **F. Bovenop wat reeds onder aspect b. werd beschreven, kan nog vermeld worden dat er slechts sprake is van interferentie bij systemen die voldoende verbonden zijn.**

**3. Onderzoeksofbouw** – Voorgaande analyse geeft te kennen dat onder het concept “interferentie” erg diverse onderlinge betrekkingen tussen systemen kunnen bedoeld worden.

Zij laat vooreerst toe interferenties af te bakenen t.a.v. raakvlakken (*sensu stricto*) tussen verschillende systemen. Zo is er geen interferentie tussen systemen wanneer men louter vaststelt dat twee systemen vergelijkbare regels bevatten<sup>7</sup>

Zij laat verder meteen ook toe die diverse onderlinge betrekkingen inzichtelijk te ordenen. De opbouw van het onderzoek kan aldus als volgt bepaald worden.

In een eerste paragraaf wordt in het licht van de aspecten c. en f. kort voor zo veel als nodig nader bepaald in hoeverre, of althans in welke zin, het tuchtprocesrecht van het tuchtrecht van vrije beroepen en magistraten enerzijds en het civiel procesrecht en het strafprocesrecht anderzijds van elkaar losstaande, maar voldoende verwante, interferentiegevoelige systemen zijn (afdeling 2). Op grond van de conceptie van de aan de orde zijnde systemen<sup>8</sup>, zal verder in de bijdrage een nuttig onderscheid kunnen gemaakt worden tussen rechtstreekse en onrechtstreekse interferentie (afdeling 4, § 1 vs. afdeling 4, § 2).

Aspect b. doet de vraag rijzen wat *beweging* kan betekenen in een juridische context. Het onderscheid tussen *law in the books* en *law in action* biedt een aanknopingspunt: er is dan juridische beweging bij *the law in action*. *In casu* wil dat zeggen dat er slechts sprake kan zijn van interferentie wanneer er een concreet proces is. Dat impliceert evenwel niet dat er slechts interferentie kan zijn wanneer er twee processen zijn, enerzijds een tuchtrechtelijk en anderzijds een civiel proces of een strafproces. Uiteraard kan er in dat geval sprake zijn van interferentie tussen de twee procedures. Men kan dan spreken van reële, concrete interferentie<sup>9</sup> (afdeling 3). Er kan evenwel ook interferentie zijn binnen één enkele procedure, nl. wanneer men in die (tucht) procedure een beroep doet op civiel procesrecht of strafprocesrecht. Er kan dan gesproken worden van ideële of abstracte interferentie (afdeling 4).

7. Bv. de vaststelling dat de opdracht van de Raad van het Instituut der bedrijfsrevisoren om een verslag over te maken aan de tuchtcommissie bij wie het aan een bedrijfsrevisor ten laste gelegde feiten aanhangig is gemaakt, vergelijkbaar is met die van een onderzoeksgerecht (Cass. 24 oktober 1997, AR D.96.0016.F, *Arr.Cass.* 1997, 427).

8. Zie verder nr. 9.

9. LEGEMAATE spreekt in dit geval van *verbindingen* tussen procedures (J. LEGEMAATE, “Dubbel bestraft. Inconsequenties in de samenloop van tuchtrecht en strafrecht”, *Medisch contact (NL)* 2005, afl. 20, (836), 837).

Aspect d. laat toe binnen de gevallen van reële, concrete interferentie een onderscheid te maken tussen de gevallen waarin de interferentie destructief (*afdeling 3, § 1*) is en de gevallen waarin de interferentie constructief is (*afdeling 3, § 2*). Daarbij heet zij destructief als zij de vrijheid binnen een procedure inperkt en/of haar afhandeling vertraagt, en constructief als zij de vrijheid binnen een procedure uitbreidt of haar afhandeling versnelt.

Aspect a. laat toe binnen de gevallen van abstracte referentie een onderscheid te maken tussen de eigenlijke interferentie, nl. de gevallen waarin de interferentie onterecht is (*afdeling 4, § 1, A*) en de oneigenlijke gevallen zijnde de gevallen waarin de interferentie terecht is (*afdeling 4, § 1, B*).

Aspect e. ten slotte, verantwoordt een afdeling (*afdeling 5*) waarin kort de geïdentificeerde interferenties in een evolutief perspectief worden gekaderd.

**4. Methodologie** – Inzake de methodologie van dit onderzoek zijn drie opmerkingen te formuleren, één omtrent het geselecteerde bronnenmateriaal, één omtrent de manier waarop invulling werd gegeven aan het normatieve karakter van aspect a. van de notie interferentie en één omtrent de wijze van rapporteren over het verrichte onderzoek.

*Het geselecteerde bronnenmateriaal* – Het onderwerp van deze bijdrage is vatbaar voor een bijdrage waarvan de omvang vele malen de toegestane ruimte overtreft. Niet alleen komen drie rechtsdomeinen aan bod, maar ook binnen het tuchtrecht een heel groot deel sub-domeinen – het tuchtrecht van magistraten, geneesheren, bedrijfsrevisoren, accountants, apothekers, advocaten ... Alleen al de studie en summiere omschrijving van die systemen zou de toegemeten omvang van deze bijdrage in belangrijke mate overschrijden.

Het vereiste dat er slechts van interferentie sprake kan zijn wanneer minstens één concrete procedure zich voordoet, laat toe de studie van de genoemde rechtsdomeinen principieel te beperken tot de gevallen van interferentie die in de rechtspraak al aan bod zijn gekomen. Het uitgangspunt van deze bijdrage is dus niet de wetgeving. Er zal m.a.w. in deze bijdrage geen algemeen onderzoek worden gedaan naar de mogelijke interferenties tussen de genoemde normensystemen die blijken uit de wetgeving.<sup>10</sup> Het is de rechtspraak die het uitgangspunt vormt van deze bijdrage.<sup>11</sup>

---

10. Aldus blijven heel wat theoretische interferenties buiten het perspectief, bv. art. 42, § 2, 3<sup>o</sup> wet 26 juni 1963 tot instelling van een Orde van architecten, *BS* 5 juli 1963; art. 5, § 6, 2<sup>o</sup> wet 22 april 1999 betreffende de beroepstucht voor accountants en belastingconsulenten, *BS* 11 mei 1999 (telkens strafrechtelijk eerherstel als ontvankelijkheidsvoorwaarde voor verzoek tot tuchtrechtelijk eerherstel).

11. Merk op dat de rechtspraak voor de ene beroepsgroep niet altijd kan toegepast worden voor een andere beroepsgroep. Wanneer dat aangewezen is, is uitdrukkelijk vermeld op welke beroepsgroep een bepaalde rechtspraak betrekking heeft.



Slechts wanneer het op grond van de behandelde doctrine absoluut noodzakelijk leek een passage te wijden aan een interferentievraagstuk waarover geen rechtspraak werd gevonden, is kort ingegaan op *theoretische* interferentievragen.

Om tot een verdere afbakening te komen, werd de onderzochte rechtspraak beperkt tot de rechtspraak van de hoogste rechtscolleges, waaronder hier wordt begrepen het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, het Hof van Justitie, het Grondwettelijk Hof, het Hof van Cassatie en (voor zoveel als nuttig) de Raad van State. De gepubliceerde rechtspraak van het Hof van Cassatie sinds 1994 werd volledig en systematisch verwerkt. Van de rechtspraak vóór 1994 werd vooral uitgegaan van de rechtspraak waarnaar door de rechtspraak van na 1994 of door overige bronnen werd verwezen. Voor wat het Grondwettelijk Hof betreft werd systematisch de rechtspraak behandeld die bij een zoekopdracht naar woorden waarin “tucht” voorkomt in het zoekresultaat met een relevantie hoger dan 6 % werd aangegeven in een databank met alle arresten van het Grondwettelijk Hof. Overige rechtspraak van het Grondwettelijk Hof werd slechts behandeld voor zover er in de aldus geselecteerde rechtspraak of in de overige geconsulteerde bronnen op nuttige wijze werd naar verwezen. De rechtspraak van de overige genoemde rechtsinstanties werd niet systematisch doorzocht. De analyse werd beperkt tot de als meest relevant aangetroffen arresten op grond van diverse zoekopdrachten met vrije woorden.

Ten slotte werd als primaire invalshoek gekozen voor een studie van de interferentie in de tuchtprocedure. Er werd dus niet systematisch gezocht naar interferentie van het tuchtprocesrecht in civiele procedures of strafprocedures. Dat liet toe gemakkelijker de te analyseren rechtspraak te verzamelen. Wanneer de studie van de rechtspraak ook tot nuttige uitspraken m.b.t. de interferentie van het tuchtproces in de civiele of penale procedure kan leiden, wordt niet nagelaten dat te vermelden, maar dergelijke interferentie maakte dus niet de primaire invalshoek van deze bijdrage uit.

*Methodologische invulling van het normatieve karakter van de interferentie* – Zoals hierboven blijkt, heeft interferentie een zekere normatieve lading: heel dikwijls wordt met het begrip interferentie verwezen naar een *onterechte* inmenging, of een *ongeoorloofd* binnendringen. In een ruimer onderzoek zou men die normatieve component een *externe* invulling kunnen geven. Het zou er dan op aan komen een (meta)juridische interferentietheorie te formuleren en na de beschrijving van de rechtspraak waarin interferentie aan de orde is, te analyseren of die rechtspraak *in het licht van die theorie* al dan niet terecht tot interferentie besluit. Een dergelijke externe invulling van het normatieve karakter van de interferentie is binnen het beperkte opzet van deze bijdrage niet mogelijk. Daarom is geopteerd voor een *interne* invulling van de normatieve component: de interferentie heet onterecht als de rechter haar niet heeft toegelaten. Zij heet terecht als de rechter haar wel heeft toegelaten.

*De wijze van rapporteren over het verrichte onderzoek* – Dit betreft slechts een beperkte overzichtsbijdrage, terwijl er heel veel verschillende mogelijke interferenties zijn. Het spreekt voor zich dat over elk van die interferenties omvangrijke bijdrages kunnen geschreven worden. Dat is hier niet mogelijk. Er is gestreefd naar een zo evenwichtig mogelijke ruimte voor elke interferentie. Waar dat onvermijdelijk werd geacht, werden exemplatief een aantal verwijzingen opgenomen die de lezer die verder wil gaan, een eerste aanzet kunnen geven.

## AFDELING 2. HET TUCHTPROCESRECHT M.B.T. HET TUCHTRECHT VAN VRIJE BEROEPEN EN MAGISTRATEN, HET CIVIEL PROCESRECHT EN HET STRAFPROCESRECHT ALS GESCHEIDEN, MAAR VERWANTE, INTERFERENTIEGEVOELIGE SYSTEMEN

**5. Onderscheiden systemen** – Het staat niet ernstig ter discussie dat het tuchtrecht een van het civiel recht en het strafrecht onderscheiden systeem is.

Dat is terug te voeren op het feit dat het disciplinair recht van oorsprong<sup>12</sup> groepsrecht is, en dus autonoom, en daarom onderscheiden van zowel het strafrecht als het civiel recht.<sup>13</sup>

**6. Onderscheid tuchtrecht-strafrecht** – Wat betreft het onderscheid tussen tuchtrecht en strafrecht, verwoordt het Grondwettelijk Hof het als volgt:

*“Er bestaat een verschil dat op een objectief criterium berust tussen de toestand van de personen die het voorwerp uitmaken van een strafrechtelijke vervolging en van diegenen die het voorwerp uitmaken van een tuchtrechtelijke procedure.*

*De strafvordering heeft tot doel inbreuken op de maatschappelijke orde te doen bestraffen en wordt uitgeoefend in het belang van de hele maatschappij; zij behoort tot de bevoegdheid van de strafgerichten; zij kan enkel betrekking hebben op feiten die door de wet als misdrijf zijn omschreven en zij geeft, in geval van veroordeling, aanleiding tot de door of krachtens de wet voorgeschreven straffen.*

12. Het is hier niet mogelijk dieper in te gaan op de geschiedenis van het tuchtrecht. Zie voor duiding o.m. R. SAVATIER, “L’origine et le développement du droit des professions libérales”, *Arch. de phil. du droit* 1953-54, (45), 45-74; J. DU JARDIN, “Rechtspraak in tuchtzaken door de beroepsorden: toetsing van de wettelijkheid door het Hof van Cassatie. Rede uitgesproken door J. du Jardin, Procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, op de plechtige openingszitting van dit Hof”, 2000, (1), [www.hofvancassatie.be](http://www.hofvancassatie.be), 2-7.

13. Zie recent de conclusie van het Openbaar Ministerie voor Cass. 29 januari 2013, AR P.12.0402.N, concl. eerste Adv. Gen. M. DE SWAEF, nr. 6, i.h.b. voetnoot 13; zie verder W. VAN HAUWAERT, “Interférences des actions publique et disciplinaire”, *RDP*, (477), 484.

*De tuchtvordering heeft tot doel te onderzoeken of de titularis van een openbaar ambt of van een beroep de deontologische of disciplinaire regels heeft overschreden of afbreuk heeft gedaan aan de eer of waardigheid van zijn ambt of beroep; zij wordt uitgeoefend in het belang van een beroep of een openbare dienst; zij heeft betrekking op tekortkomingen die niet noodzakelijk het voorwerp uitmaken van een precieze definitie; ze kan aanleiding geven tot sancties die de betrokkene raken in de uitoefening van zijn ambt of beroep en die uitgesproken worden door een orgaan dat eigen is aan elke betrokken beroep, door een administratieve overheid of door een rechtscollege”.<sup>14</sup>*

**7. Onderscheid tuchtrecht-civiel recht** – Het onderscheid tussen tucht(proces)recht en civiel (proces)recht wordt in de rechtspraak minder uitvoerig uiteengezet. Met VANDENPEERENBOOM kan evenwel gesteld worden: “*Sans doute, tout ce qui touche au pouvoir disciplinaire, à son libre exercice, à ses prérogatives, ne saurait former la matière ou l’objet d’une obligation civile*”.<sup>15</sup> SACE wijst erop dat de tucht-vordering ertoe strekt de inbreuken op de interne orde van een groep te beteugelen, terwijl de burgerlijke vordering verbintenissen tussen individuen bekrachtigt.<sup>16</sup>

**8. Onderscheid tuchtrecht-strafrecht en civiel recht** – Het onderscheiden karakter van tucht(proces)recht enerzijds en civiel procesrecht en strafprocesrecht anderzijds heeft zelfs een diepe(re) grondslag, althans wat betreft de tucht van de vrije beroepen: in wezen is het tuchtrecht recht binnen een eigen extra-statelijke rechtsorde die binnen het statelijk recht een zekere erkenning heeft gekregen.<sup>17</sup> Het civiel recht en het strafrecht zijn ook onderscheiden systemen, maar dan binnen de statelijke rechtsorde zelf.

14. GwH 8 mei 2001, nr. 54/2001, B.14.1. Zie ook Arbitragehof 7 december 1999, nr. 129/99, www.grondwettelijkhof.be, B.4. Voor deze bijdrage kan dit citaat volstaan. Voor wie meer wil: reeds vele auteurs hebben de verschillen en gelijkenissen tussen strafrecht en tuchtrecht in kaart gebracht. Zie o.m. de bijdrage van professor OPDEBEEK in dit verslagboek en J. ALARDIN en J. CASTIAUX, *Le droit disciplinaire dans la jurisprudence. Une analyse des arrêts de la Cour de Strasbourg, de la Cour Constitutionnelle et de la Cour de Cassation*, Brussel, Larcier, 2014, 19; D. HOLSTERS, “Strafrecht en tuchtrecht” in F. VERBRUGGEN, R. VERSTRAETEN, D. VAN DAELE *et al.* (eds.), *Strafrecht als roeping. Liber Amicorum Lieven Dupont*, I. Leuven, UPL, 2005, (805), 805-820; J. DU JARDIN, “Rechtspraak in tuchtzaken door de beroepsorden: toetsing van de wettelijkheid door het Hof van Cassatie. Rede uitgesproken door J. du Jardin, Procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, op de plechtige openingszitting van dit Hof”, *l.c.*, 5-7; J. SACE, “L’autonomie de l’action disciplinaire”, *Rev.dr.ULB* 1991, afl. 4, (1), 13 *et seq.*; W. VAN HAUWAERT, “Interférences des actions publique et disciplinaire”, *l.c.*, 477-490.

15. Brussel 1 april 1863, *De Ram et cons. t. Peemans*, BJ 1863, kol. 532, concl. Adv. Gen. VANDENPEERENBOOM, kol. 533.

16. J. SACE, “L’autonomie de l’action disciplinaire”, *l.c.*, 19.

17. Voor een conceptuele inleiding tot het juridisch pluralisme en de verhouding tussen verschillende rechtsordes, consulteert men S. ROMANO, *L’ordre juridique. Traduction française de la 2<sup>e</sup> édition de l’“Ordinamento giuridico” par Lucien Franco et Pierre Gothot in Collection “Philosophie du droit”*, 15, Parijs, Dalloz, 1975, xxiii + 175; G. GURVITCH, *L’idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le 17<sup>e</sup> siècle jusqu’à la fin du 19<sup>e</sup> siècle*, Aalen, Scientia Verlag, 1972, Réimpression de l’édition Paris 1932, ix + 710. Voor wat duiding zie F. DORSEMONT, “De onderneming: Arbeidsgemeenschap of rechtsorde? Omtrent de mogelijkhedenvoorwaarden, de grondslagen, de beperkingen, de demonen, de gevaren en de voordelen van de institutionele leer, casu quo de institutionele leerstelsels”, *TPR* 2003, afl. 4, (1313), 1311-1412 en M. VAN PUTTEN, *Het arbeidsrecht en de onderneming. Proeve tot (meta)juridisch onderzoek naar de betekenissen van arbeid en onderneming in en voor het arbeidsrecht als elementen voor een geactualiseerde reconstructie van dat recht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 43-107.

De fundamentele aard van dit verschil komt duidelijk tot uitdrukking in een recent arrest van het Hof van Cassatie waarin het Hof had te oordelen of de rechters van een tuchtrechtscollege, *in casu* de leden van de raad van beroep van de Orde van apothekers, gehouden zijn de eed bedoeld in het decreet van 1831 af te leggen. In dat arrest<sup>18</sup> oordeelt het Hof:

*“Luidens artikel 2 van het decreet van 20 juli 1831 betreffende de eedaflegging bij de aanvang der grondwettelijke vertegenwoordigende monarchie zijn al de ambtenaren van het gerecht en van het bestuur, de officieren van de burgerwacht en van het leger en, in ’t algemeen, al de ingezetenen belast met enig openbaar ambt of enige openbare dienst verplicht, alvorens hun betrekking te aanvaarden, de eed af te leggen in de volgende bewoordingen: ‘Ik zweer getrouwheid aan de Koning, gehoorzaamheid aan de Grondwet en aan de wetten van het Belgisch volk’”.*

Die eedaflegging, waarbij niet alleen gehoorzaamheid aan de wetten wordt beloofd maar die ook een belofte van getrouwheid aan de Koning inhoudt, d.w.z. aan de staat in al zijn fundamentele organen, waarvan de Koning het symbool is, vormt een politieke waarborg voor de regelmatige werking van die organen en is dus verplicht voor al degenen die door hun functie bijdragen tot de uitoefening van de machten die uitgaan van de Natie.

Hoewel de beroepsorden door de wet opgerichte publiekrechtelijke organen zijn die binnen de werkingssfeer van sommige vrije beroepen een opdracht van algemeen belang uitoefenen, oefenen ze die opdracht, zij het met bevoegdheden van een openbare overheid, slechts uit onder een stelsel van autonomie dat voortvloeit uit een eigen rechtsorde die geldt voor een deel van de samenleving, die onderscheiden is van de volledige samenleving waarvoor de staat verantwoordelijk is.

De rechtsprekende bevoegdheid die binnen die beroepsorden wordt uitgeoefend, gaat niet uit van de Natie zodat de personen die ze uitoefenen, de eed waarin artikel 2 van het decreet van 20 juli 1831 voorziet, niet moeten afleggen alvorens hun betrekking te aanvaarden.

**9. Formele versus materiële afbakening van de systemen** – Dat gezegd zijnde, rijst wel de vraag op welk vlak men het onderscheiden karakter van de systemen moet beoordelen: materieel of formeel?

Het onderscheid is in deze bijdrage van groot belang, i.h.b. bij de conceptuele afbakening van de abstracte interferentie.

---

18. Cass. 29 november 2013, AR D.11.0017.F.

Wanneer men het onderscheid een materiële invulling geeft, dan zijn de systemen slechts onderscheiden in zoverre zij materialiter door verschillende regels worden beheerst. Er is dan geen interferentie tussen het tuchtprocesrecht en het civiel procesrecht of strafprocesrecht wanneer een regel van een van die laatste systemen materialiter van toepassing is in de tuchtprocedure, ook al maakt hij formeel deel uit van een norm die tot het civiel procesrecht of strafprocesrecht wordt gerekend.

Een materiële invulling sluit weliswaar niet elke abstracte interferentie tussen de systemen uit, maar verlaagt vanuit conceptueel oogpunt toch in elk geval het aantal mogelijke gevallen.

Gelet op artikel 2 van het Gerechtelijk Wetboek<sup>19</sup>, geldt dat i.h.b. voor het civiel procesrecht. Maar ook voor het strafprocesrecht is dat het geval. In wezen heft men in deze situatie conceptueel de mogelijkheid van wat verder in deze bijdrage rechtstreekse oneigenlijke abstracte interferentie wordt genoemd, op. Maar ook de onrechtstreekse abstracte interferentie wordt conceptueel moeilijk.

In deze bijdrage wordt gekozen voor een formele afbakening van de systemen. Daarbij gelden als behorend tot het tucht(proces)recht de (proces)regels vervat in elk van de bijzondere wetten die het tuchtrecht van de aan de orde zijnde beroepscategorieën regelen. De (nationale) geschreven procesregels die niet tot die wetten behoren, worden geacht te behoren tot hetzij het civiel procesrecht, hetzij het strafprocesrecht. Het gaat daarbij in de eerste plaats om het Gerechtelijk Wetboek voor het eerste en het Wetboek van Strafvordering en de Voorafgaande Titel bij dat wetboek voor het tweede.

Internationale normen, nationale geschreven normen die ook buiten het procesrecht van toepassing zijn en ongeschreven nationale normen worden geacht noch i.h.b. het tucht(proces)recht, noch i.h.b. het civiel procesrecht of strafprocesrecht te behoren.

Dat maakt meteen ook dat vragen omtrent de toepasselijkheid van algemene rechtsbeginselen, bepaalde grondwetsbepalingen en internationale verdragsbepalingen in de tuchtprocedure in deze bijdrage niet als vormen van interferentie tussen het tucht (proces)recht en het civiel (proces)recht of straf(proces)recht worden beschouwd. Niet zelden zijn het precies de genoemde normen die toelaten interferentieproblemen tussen de genoemde systemen binnen een concrete tuchtprocedure (d.w.z. i.g.v. abstracte interferentie) op te lossen. Vandaar dat het niet verantwoord leek ze van het voorwerp van deze bijdrage uit te sluiten. Zij komen aan bod als vormen van onrechtstreekse abstracte interferentie, i.t.t. vormen van rechtstreekse abstracte interferentie, waar direct de toepassing van het civiel en/of strafprocesrecht zoals hiervoor omschreven in een tuchtprocedure aan de orde is.

---

19. Waarover verder meer, zie **Afdeling 4. Abstracte interferentie binnen de tuchtprocedure op zich** (i.h.b. nrs. 39, 40 en 43).

**10. Verwante systemen** – Het staat evenmin ter discussie dat het tucht(proces)recht en het straf(proces)recht (voldoende) verwante systemen zijn.

Zo erkent/bevestigt het Grondwettelijk Hof o.m. in zijn arrest 186/2006 dat tucht-procedures en strafprocedures gelijkenissen vertonen.<sup>20</sup> Ruimer hebben recent nog ALARDIN en CASTIAUX de verwantschappen tussen tucht(proces)recht en straf(proces)recht enerzijds en tucht(proces)recht en civiel (proces)recht in kaart gebracht.<sup>21</sup>

De vele toepassingsgevallen in de rechtspraak die hierna aan bod komen, laten toe hierover niet verder te moeten uitweiden. Er is dus zonder meer ruimte voor interferenties.

**11. Tucht versus administratie** – Alvorens die in de volgende afdelingen te behandelen, lijkt nog een korte terminologische kanttekening op zijn plaats over het onderscheid tussen tucht en administratie.

Niet elke als negatief ervaren beslissing die door een orgaan van een orde van een vrij beroep of binnen de magistratuur t.a.v. een vrije beroeper resp. magistraat wordt genomen, is een tuchtbeslissing.

Er worden nl. ook heel wat administratieve beslissingen genomen. Het betreft bv. beslissingen inzake al dan niet inschrijving, (administratieve) schrapping, maatregelen van inwendige aard, veiligheidsmaatregelen, adviezen/beslissingen over erelonen ... Ook bij het nemen van dergelijke maatregelen kunnen bepaalde procedurele waarborgen na te leven zijn. Er is dan evenwel geen sprake van “tuchtprocesrecht”, maar van “administratief procesrecht” van het recht van de vrije beroepen en magistraten. Dat maakt niet het voorwerp uit van deze bijdrage. Eventuele interferenties tussen dat administratief procesrecht van de vrije beroepen en magistraten en het civiel procesrecht en het strafprocesrecht komen dan ook hooguit slechts zijdelings aan bod. Zonder hier uitgebreid te kunnen ingaan op de schijnbaar steeds vaker rijzende vraag wanneer een administratieve maatregel een verkapte tuchtsanctie uitmaakt<sup>22</sup>, zal dat slechts het geval zijn wanneer uit de rechterlijke beslissing duidelijk blijkt dat de rechters er zijn van uitgegaan dat de administratieve maatregel werd opgelegd als tuchtmaatregel.

20. GwH 29 november 2006, nr. 186/2006, B.8.

21. Zie o.m. J. ALARDIN EN J. CASTIAUX, *Le droit disciplinaire dans la jurisprudence*, o.c., 19-20.

22. Zie o.m. Cass. 19 juni 2009, AR D.07.0014.N, *Arr.Cass.* 2009, 427, concl. Adv. Gen. G. DUBRULLE; Cass. 24 oktober 2014, AR D.13.0024.N; zie ook I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, “Tuchtmaatregelen, ordemaatregelen, maatregelen van inwendige orde en verkapte tuchtstraffen: hoe door de bomen het bos ontwaren”, *T.Gem.* 2010, afl. 3, (155), 155-166.

## AFDELING 3. CONCRETE INTERFERENTIE TUSSEN DE TUCHTPROCEDURE ENERZIJD'S EN DE CIVIELE PROCEDURE EN/OF STRAFPROCEDURE ANDERZIJD'S

### § 1. *Destructieve interferentie*

#### **Civil: het gezag van gewijsde**

**12. Gezag van tuchtrechtelijke beslissing t.a.v. civielrechtelijke beslissing** – Er is geen gezag van gewijsde van de tuchtbeslissing op de beslissing van de civiele rechter.<sup>23</sup>

**13. Gezag van civielrechtelijke beslissing t.a.v. tuchtrechtelijke beslissing** – Maar wat als er eerst een beslissing is van de civiele rechter? Heeft die beslissing gezag van gewijsde t.a.v. de tuchtrechter?

De vraag lijkt een hoog theoretisch gehalte te hebben. Er blijkt immers weinig of geen (gepubliceerde) rechtspraak te zijn waar de vraag aan de orde is.

Dat houdt allicht verband met de lange termijn die civiele procedures plegen te vergen. Dikwijls is de tuchtbeslissing al lang uitgesproken alvorens er een civiele beslissing is.

In een recente cassatievoorziening was de vraag aan de orde. Op een stakingsvordering van het Beroepsinstituut voor Vastgoedmakelaars (BIV) tegen een bvba A.N. en de heer S. had de rechtbank van koophandel te Brussel geoordeeld dat geenszins vaststond dat de heer S. binnen de bvba A.N. activiteiten uitoefent die zijn onderworpen aan de erkenning van het BIV. Wel had naar het oordeel van de rechtbank van koophandel de heer S. dergelijke activiteiten uitgeoefend in de bvba A.

In een tuchtzaak werd mevrouw D. opgeroepen om zich te verantwoorden voor twee telastleggingen: 1. Binnen de bvba A. een samenwerkingsverband te hebben georganiseerd met de heer (X.)S., die geen toelating heeft om dergelijke activiteit uit te oefenen en 2. Binnen de bvba A.N. een samenwerkingsverband te hebben georganiseerd met de heren A.S. en F.S., die geen toelating hebben om een dergelijke activiteit uit te oefenen.

---

23. M.b.t. advocaten kan daartoe verwezen worden naar art. 477 Ger.W.: in een strafrechtelijke, burgerrechtelijke of administratieve procedure mag geen melding worden gemaakt van een tuchtprocedure, noch van elementen daarvan. Meer algemeen is een grondslag te vinden in de autonomie van de tuchtvoorziening (zie W. VAN HAUWAERT, "Interférences des actions publique et disciplinaire", *l.c.*, 487-488) en in art. 144 Gw. (1994). Zie verder J. RUTSAERT, "Chose jugée", *RPDB*, Compl. VI, Brussel, Bruylant, 1983, (256), nr. 396 *et seq.*

De tuchtrechter sprak mevrouw D. vrij voor de eerste telastlegging, omdat zij nooit bleek actief te zijn geweest binnen de bvba A. De tuchtrechter verklaarde de tweede telastlegging bewezen en sprak de sanctie van schrapping uit.

Voor het Hof van Cassatie werd aangevoerd dat de tuchtrechters door de tweede telastlegging bewezen te verklaren het gezag van gewijsde van de beschikking van de rechtbank van koophandel hebben miskend en aldus de artikelen 23 tot 28 van het Gerechtelijk Wetboek hebben geschonden.

Het Hof kwam niet toe aan een beoordeling van de grief omdat het de bestreden beslissing al vernietigde op grond van een motiveringsgebrek.<sup>24</sup>

Niettemin lijkt het weinig waarschijnlijk dat het Hof op het middel de bestreden beslissing zou hebben vernietigd.

**14. Beperkt risico op destructieve interferentie** – HOLSTERS wijst erop dat principieel de beslissing over de burgerlijke rechtsvordering geen gezag van gewijsde heeft t.o.v. de tuchtvordering.<sup>25</sup> In zoverre die visie gevolgd wordt, is destructieve interferentie door de werking van het gezag van gewijsde uitgesloten.

Ook voor VAN HAUWAERT is de tuchtrechter in principe niet gebonden door de beslissing van de civiele rechter. Slechts als het bestaan van de feiten waarop de tucht- vordering is gebaseerd niet meer kan worden weerhouden na de beslissing van de civiele rechter, zou er een determinerende invloed moeten uitgaan van die beslissing op de tuchtvordering. De auteur baseert die visie op de logica en de billijkheid: “*il est logique et équitable d’admettre que (l’action disciplinaire) ne pourrait s’appuyer sur des faits, dont l’inexistence aurait été formellement reconnue à l’occasion de poursuites pénales ou d’un procès civil*”.<sup>26</sup>

In elk geval breiden deze regels van de logica en billijkheid de draagwijdte van artikel 23 Gerechtelijk Wetboek niet uit. Het gezag van het rechtelijk gewijsde strekt zich volgens die bepaling niet verder uit dan tot hetgeen het voorwerp van de beslissing heeft uitgemaakt. Vereist wordt dat de gevorderde zaak dezelfde is, dat de vordering op dezelfde oorzaak berust, dat de vordering tussen dezelfde partijen bestaat en door hen en tegen hen in dezelfde hoedanigheid gedaan is.

24. Cass. 26 februari 2014, AR D.13.0011.N, onuitg.

25. D. HOLSTERS, “Strafrecht en tuchtrecht”, *o.c.*, 808-809. NB: gebrek aan gezag van gewijsde van burgerlijke beslissing t.a.v. tuchtbeslissing zou kunnen gebaseerd worden op analogie tussen tuchtzaak en strafzaak en gebrek van gezag van gewijsde van burgerlijke zaak t.a.v. strafzaak (*cf.* Cass. 5 december 2012, P.12.1292.F; zie voor verdere inschatting van de mogelijke analogie nl. J. RUTSAERT, “Chose jugée”, *o.c.*, nr. 181).

26. W. VAN HAUWAERT, “Interférences des actions publique et disciplinaire”, *l.c.*, 488-489.



Het gezag van gewijsde is dus betrekkelijk en kan slechts tussen partijen worden opgeworpen.<sup>27</sup>

Vooraf dat laatste aspect, de vereiste van dezelfde partijen en dezelfde hoedanigheid, sloot *in casu* uit dat de beslissing gezag van gewijsde had t.a.v. de tuchtrechter. Zelfs indien dus principieel gezag van gewijsde tussen de civielrechtelijke en de tuchtrechtelijke beslissing niet zou uitgesloten zijn, is in de praktijk het risico klein dat dat effectief de beoordelingsvrijheid van de tuchtrechter inperkt.

Uiteraard sluit dit niet uit dat het feitelijke oordeel van de burgerlijke rechter tegen en door derden in een navolgende procedure als bewijsmiddel wordt aangewend.<sup>28</sup>

## Penaal

Betrokkenheid tijdens het vooronderzoek

**15. Toepassingen** – Een *arts A.H.* is betrokken bij een strafonderzoek. Concreet bestaat zijn betrokkenheid bij het strafonderzoek hierin dat hij deelneemt aan het verhoor van de verdachte (eiser) door de onderzoeksrechter.

Het strafonderzoek mondt uit in een strafrechtelijke veroordeling van eiser.

Die veroordeling geeft op zijn beurt aanleiding tot een tuchtrechtelijke procedure t.a.v. de eiser. In die tuchtrechtelijke procedure neemt *arts A.H.* deel aan de behandeling en beraadslaging van de zaak.

Eiser voert een schending aan van artikel 6.1 EVRM en het algemeen rechtsbeginsel volgens dewelke de rechter onafhankelijk en onpartijdig moet zijn: dat beginsel is geschonden door het feit dat een persoon die *deelnam* aan het strafonderzoek de tuchtrechtelijke zaak heeft behandeld.

Het Hof van Cassatie oordeelt dat het lid van de provinciale Orde dat aanwezig is bij de ondervraging van de eiser door de onderzoeksrechter niet deelneemt aan de uitoefening van het strafonderzoek. Het lid van de provinciale Orde is aanwezig tot vrijwaring van de rechten en de belangen van de patiënten van de arts tegen wie een strafrechtelijk onderzoek wordt gevoerd.<sup>29</sup>

27. Zie benevens de tekst van art. 23 Ger.W. Cass. 8 maart 2013, AR C.12.0322.N, concl. Adv. Gen. VANDEWAL (i.h.b. nr. 9 van de conclusie van de Adv. Gen.); Cass. 21 januari 2011, AR C.10.0100.N, *Arr.Cass.* 2011, 61 (i.h.b. concl. van de Adv. Gen. B.1); Cass. 17 december 1960, *Levie t. De Belgische staat, minister van Financiën*, *Arr.Cass.* 1961, 383 en P. TAELEMAN, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde – een begrippenstudie*, Diegem, Kluwer, 2001, nrs. 69, 316-319, 356-367 en 400.

28. Cf. *infra*, nr. 34.

29. Cass. 8 september 2006, AR D.05.0014.N, *Arr.Cass.* 2006, 399.

Een gelijkaardige beslissing werd genomen m.b.t. *advocaten*. Het is een vaststaand gebruik dat de stafhouder of een door hem aangewezen lid van de Raad van de Orde aanwezig is bij een huiszoeking in het kantoor van een advocaat.

De stafhouder of diegene die door hem is aangewezen, moet erop toezien dat het onderzoek en de mogelijke inbeslagname geen betrekking heeft op stukken waarvoor het beroepsgeheim geldt. Hij zal de stukken, die de onderzoeksrechter wenst te onderzoeken of in beslag wenst te nemen, inkijken en zijn oordeel geven over hetgeen al dan niet onder het beroepsgeheim valt. De onderzoeksrechter is niet gebonden door het standpunt van de stafhouder en beslist in laatste instantie of een document wordt in beslag genomen of niet.

De aanwezigheid van de stafhouder bij een huiszoeking houdt niet in dat hij zelf daden van onderzoek of vervolging stelt ten laste van de betrokken advocaat. Zijn tussenkomst beoogt evenmin te verhinderen dat een dossier van een advocaat dient om een misdrijf te verbergen.

De enkele omstandigheid dat een lid van de tuchtraad van beroep van een balie in zijn hoedanigheid van stafhouder aanwezig was bij een huiszoeking door een onderzoeksrechter in het kantoor van een advocaat, tijdens een gerechtelijk onderzoek dat geleid heeft tot diens strafrechtelijke veroordeling, die ook de grondslag was van zijn tuchtvervolging, heeft niet tot gevolg dat dit lid daarbij een betrokken overheid was die kennisnam van dat onderzoek of aldus een standpunt innam over de grond van die strafvervolging.

Uit die omstandigheid kan derhalve niet worden afgeleid dat de aldus samengestelde tuchtraad van beroep niet meer met de vereiste objectieve onpartijdigheid over die tuchtvervolging kan oordelen.<sup>30</sup>

**16. Geen destructieve interferentie** – In beide toepassingsgevallen blijkt de betrokkenheid tijdens het strafonderzoek de afhandeling van de tuchtprocedure niet in het gedrang te hebben gebracht.

Informatie-uitwisseling tussen procedures

**17. Toepassing** – In de regel zal informatie-uitwisseling tussen procedures leiden tot een vlottere afhandeling van de procedures, en dus als constructieve interferentie gelden.

In uitzonderlijke gevallen is evenwel niet uit te sluiten dat een bepaalde informatie-uitwisseling in strijd zou zijn met de waarborgen uit een bepaalde procedure. In dat

---

30. Cass. 18 mei 2006, AR D.05.0015.N, *Arr.Cass.* 2006, 281, concl. Adv. Gen. DUBRULLE.

geval zou de mogelijkheid van die informatie-uitwisseling ertoe kunnen leiden dat de informatie in de andere procedure niet kan verkregen worden en zou die mogelijkheid dus kunnen leiden tot destructieve interferentie.

In een arrest van 3 juni 1976<sup>31</sup> heeft het Hof van Cassatie aan een dergelijke mogelijke destructieve interferentie een halt toegevoerd.

Eiser, een advocaat, was een tuchtsanctie opgelegd op grond van het driedubbele feit dat hij tekort is gekomen aan de plicht tot eerlijkheid en loyaliteit t.a.v. het hoofd van de orde en de tuchtverheer, dat hij geweigerd heeft rekenschap te geven aan de erfgenamen van zijn cliënt en dat hij ten onrechte het beroepsgeheim heeft aangevoerd teneinde zijn weigering te rechtvaardigen om op de vragen van de gerechtelijke overheden te antwoorden.

In zijn tweede middel voerde eiser aan dat krachtens zijn beroepsgeheim geen enkele andere autoriteit dan zijn geweten hem ertoe kan verplichten iets te onthullen en dat dat ook het geval moet zijn t.o.v. de tuchtverheer, *vooral wanneer de tuchtvervolgung zoals ten deze betrekking heeft op feiten die aanleiding geven tot een gelijktijdige rechtsvervolgung tegen de bewuste advocaat wegens een klacht van een erfgenaam van zijn overleden cliënt*, en dat eiser, die het zwijgrecht geniet t.a.v. de gerechtelijke overheden vreesde en mocht vrezen dat zijn antwoorden op de ondervragingen door het hoofd van de Orde ooit ter kennis konden komen van de gerechtelijke overheden of van de klagende partij, burgerlijke partij bij de rechtsvervolgungen. De bestreden beslissing zou, door in die omstandigheden uitspraak te doen, het behoud van de tuchtstraf tegen eiser niet wettelijk hebben verantwoord.

Het Hof oordeelt dat de advocaat in de regel de hem toevertrouwde geheimen moet eerbiedigen. Een dergelijke verplichting kan evenwel niet bestaan t.o.v. de tuchtverheer aan wie de advocaat eerlijkheid en loyaliteit is verschuldigd krachtens de deontologie van het beroep.<sup>32</sup> De advocaat moet in twijfelachtige gevallen bij de tuchtautoriteiten kunnen ten rade gaan. De tuchtautoriteiten moeten, i.g.v. misbruik, op tuchtgebied optreden. Zij staan in voor het beroepsgeheim en zijn er ook door gehouden.<sup>33</sup> Er zou geen sprake kunnen zijn van een plicht tot geheimhouding wanneer uit de omstandigheden van de zaak zou blijken dat de jegens de tuchtverheer door hem aangevoerde verplichting hem geenszins werd ingegeven door zijn geweten, doch een voorwendsel is om zijn disciplinair afkeurbare gedragingen te verhelen. In dergelijk geval moet de tuchtverheer onderzoeken en beoordelen of, rekening houdend met de omstandigheden van de zaak, aan de aangehaalde verplichting tot beroepsgeheim geen andere bedoeling werd gegeven en of, derhalve, de advocaat niet tekort is gekomen aan zijn plicht tot loyaleit jegens de stafhouder en de overige

31. Cass. 3 juni 1976, *Arr.Cass.* 1976, 1105 en *Pas.* 1976, I, 1072, concl. PG M. DELANGE.

32. Zie ook Cass. 12 mei 1977, *Arr.Cass.* 1977, 936 en *Pas.* 1977, I, concl. PG R. DELANGE.

33. Zie ook Cass. 15 december 1994, AR D.94.0016.F, *Arr.Cass.* 1994, 560.

tuchtoverheden, door ten onrechte het beroepsgeheim aan te voeren om hun vragen niet te beantwoorden.

*Deze macht van de tuchtoverheid wordt niet beïnvloed door de omstandigheid dat, zoals ten deze, de feiten die op de advocaat betrekking hebben aanleiding geven tot een gelijktijdige strafvervolgning tegen hem, ingevolge de burgerlijke partijstelling van de erfgenamen van zijn overleden cliënt. De procureur-generaal bij het hof van beroep, die door de raad van de orde in kennis wordt gesteld van een beslissing in tuchtzaken of die als openbaar ministerie optreedt bij de tuchtraad van beroep, zou immers geen melding kunnen maken in een strafvervolgning van verklaringen die onder beroepsgeheim werden afgelegd door een advocaat hetzij met gesloten deuren voor die raad, hetzij voor de stafhouder of voor de raad van de Orde.*

*Het recht op stilzwijgen kan aldus geen verantwoording zijn van eisers weigering om te antwoorden op de vragen van de tuchtoverheid betreffende het door hem aangevoerde beroepsgeheim.*

**18. Evaluatie** – Sinds deze rechtspraak is veel veranderd. Naast artikel 477 Ger.W.<sup>34</sup>, kan er op gewezen worden dat heden zittingen in tuchtzaken in principe openbaar zijn.<sup>35</sup>

Maar bovenal: er wordt in toenemende mate aanvaard dat de persoon die het voorwerp uitmaakt van een tuchtvervolgning zich ook t.a.v. de tuchtoverheid op het zwijgrecht kan beroepen, ook al zijn de contouren daarvan nog verder te bepalen. Hoewel het Hof van Cassatie de realisatie van dit risico op effectieve wijze had uitgesloten, lijkt het er door deze positiefrechtelijke ontwikkelingen dan ook op dat tot op zekere hoogte het risico op deze vorm van destructieve interferentie zelf intussen is uitgesloten.<sup>36</sup>

*Le criminel tient le disciplinaire en état?*

**19. Duiding** – Zoals bekend, geldt in de verhouding tussen burgerlijke zaken en strafzaken dat i.g.v. samenloop van een burgerlijke procedure en een strafprocedure, de eerste wordt opgeschort tot na uitspraak over de strafvordering (art. 4 V.T.Sv.).

**20. Geen “le criminel tient le disciplinaire en état”** – Geldt dit ook in tuchtzaken? Het antwoord is negatief.<sup>37</sup>

34. Zie nr. 33.

35. Cf. *infra*, nr. 53.

36. Zie daarover nog *infra*, nrs. 54, 61 en 65.

37. Zie Cass. 21 maart 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 459; Cass. 15 oktober 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 93 en *T.Orde Geneesh.* 1989, 35, noot M. VAN LIL. Een enkele dissidente stem niet te na gesproken (zie H. BEKAERT, “Le criminel tient aussi le disciplinaire en état”, *JT* 1982, (473), 473-479; J. ALARDIN en J. CASTIAUX, *Le droit disciplinaire dans la jurisprudence, o.c.*, 72), staat deze rechtspraak in de doctrine niet ter discussie (zie o.m. D. HOLSTERS, “Strafrecht en

Het Hof van Cassatie oordeelt dat artikel 4 V.T.Sv. volgens hetwelk de burgerlijke vordering onder de voorwaarden die het artikel preciseert, wordt geschorst zolang niet definitief is beslist over de strafvordering, niets uit te staan heeft met een tucht-vordering.<sup>38</sup> Er bestaat geen regel volgens welke de strafvordering de tuchtvor-dering opschort en die het tuchtgerecht, zoals de raad van beroep van de Orde van geneesheren ertoe verplicht zijn beslissing uit te stellen tot na de uitspraak over de strafvervolgung.<sup>39</sup>

Slechts bij andersluidende bepaling is het genoemde beginsel van toepassing op de tuchtprocedure.<sup>40</sup>

**21. Geen destructieve interferentie** – Er is hier dus geen juridisch bindende destructieve interferentie op het vlak van het afwickelen van de tuchtprocedure.

Dat belet niet dat volgens bepaalde rechtspraak<sup>41</sup> en rechtsleer<sup>42</sup> het in bepaalde omstandigheden aangewezen kan zijn dat de tuchtrechter de uitspraak van de straf-rechter afwacht.

Vooraf in ambtenarentuchtzaken bestaat hierover rechtspraak. Die leert dat de vereiste ook in tuchtzaken de redelijke termijn te respecteren, op zijn beurt grens stelt aan de af-wachtende houding die de tuchtinstantie (in het licht van het zorgvuldigheidsbeginsel) kan aannemen.<sup>43</sup>

Het antwoord van MORIN op de vraag of de strafvordering verplicht de tuchtvor-dering moet schorsen, lijkt dan ook momenteel nog het juiste evenwicht uit te drukken: *“Mais ce qui est facultatif devrait-il être déclaré obligatoire? (...) Nous pensons que le silence du législateur a été prudent et que le mieux est de s’en rapporter à l’appré- ciation des juges disciplinaires”*.<sup>44</sup>

---

→ tuchtrecht”, o.c., 809; J. DU JARDIN, “Rechtspraak in tuchtzaken door de beroepsorden: toetsing van de wettelijkheid door het Hof van Cassatie. Rede uitgesproken door J. du Jardin, Procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, op de plechtige openingszitting van dit Hof”, *l.c.*, 22; J. SACE, “L’autonomie de l’action disciplinaire”, *l.c.*, 25-28). De dissidente stemmen steunen niet alleen op art. 4 V.T.Sv., maar ook op art. 29 Sv. en op het gezag van strafrechtelijk gewijsde. Zoals verder in de tekst blijkt, kunnen ook deze twee argumenten niet overtuigen.

38. Cass. 17 oktober 1996, AR D.95.0022.F, *Arr.Cass.* 1996, 387.

39. Zie o.m. Cass. 15 oktober 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 93 en *T.Orde Geneesh.* 1989, 35, noot VAN LIL; Cass. 10 mei 1996, D.95.0023.F, *Arr.Cass.* 1996, 167 (geneesheer).

40. Zie D. CUYPERS, “De zaak R.J.: een probleem voor de school. Over tuchtstraffen en fundamentele rechtsbeginselen”, *TORB* 2011-12, (102), 102.

41. Arbitragehof 7 december 1999, nr. 129/99, [www.grondwettelijkhof.be](http://www.grondwettelijkhof.be), B.6, derde paragraaf. De zaak had betrekking op rijkswachters.

42. W. VAN HAUWAERT, “Interférences des actions publique et disciplinaire”, *l.c.*, 485.

43. Zie voor duiding I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, 4. *Ambtenarentuchtrecht. II. Rechtspositieregeling. 1. Algemene be- ginselen van ambtenarentuchtrecht in Administratieve rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 2011, 54-65 en de bijdra- ge van professor OPDEBEEK in dit verslagboek.

44. A. MORIN, *De la discipline des cours et tribunaux, du barreau et des corporations d’officiers publics*, t. II, Parijs, Imprimerie J. Claye, 1868, 3de ed., nr. 670. Vgl. met de conclusie van VAN HAUWAERT: W. VAN HAUWAERT, “Inter- férénces des actions publique et disciplinaire”, *l.c.*, 489-490.

*Ne bis in idem?*

**22. Geen *ne bis in idem* in verhouding tussen tucht- en strafvordering** – Reeds uit een arrest van het Hof van Cassatie van 6 februari 1976 kan worden afgeleid dat het Hof oordeelde dat *ne bis in idem*<sup>45</sup> niet geldt in de verhouding tussen een strafvordering en een tuchtprocedure.<sup>46</sup>

In een arrest van 24 november 2009 bevestigde het Hof van Cassatie dat *ne bis in idem* niet dienend is wanneer de beklaagde voor hetzelfde feit, enerzijds, het voorwerp uitmaakt van een tuchtprocedure en, anderzijds, strafrechtelijk wordt vervolgd. De omstandigheid dat de opgelegde straf, in voorkomend geval als een straf moet worden beschouwd in de zin van artikel 6 EVRM, doet eraan niet af.<sup>47</sup>

Ook in de zaak P.12.0402.N werd het Hof van Cassatie uitgenodigd uitspraak te doen over *ne bis in idem* in de verhouding tussen de strafprocedure en de tuchtprocedure. De eiser had op 18 oktober 2004 een tuchtstraf opgelopen wegens dezelfde feiten als degene waarvoor hij nu het voorwerp uitmaakte van een strafvervolgung. Voor het Hof voert hij schending aan van artikel 6.1 EVRM, het algemeen rechtsbeginsel *ne bis in idem* en artikel 14, 7° IVBPR.

Het Hof oordeelt dat noch artikel 14, 7° IVBPR, noch het algemeen rechtsbeginsel een strafvervolgung en een veroordeling na een tuchtprocedure waarin een einduitspraak is geweest, beletten wanneer die tuchtprocedure niet de kenmerken van een strafvervolgung vertoont.

Er is sprake van een strafvervolgung als bedoeld in artikel 6.1 EVRM wanneer deze vervolgung beantwoordt aan een strafrechtelijke kwalificatie volgens het interne recht, de inbreuk volgens haar aard geldt voor alle burgers of de sanctie op de inbreuk volgens haar aard en haar ernst een repressief of preventief oogmerk heeft.

Uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt dat de eiser een tuchtprocedure onderging wegens schending van de eer, de bescheidenheid, de eerlijkheid en de waardigheid van het medisch beroep als bedoeld in artikel 6, 2° van het KB nr. 79 van 10 november 1967 betreffende de Orde van geneesheren (hierna: Artsenwet). Als tuchtmaatregel werd aan de eiser een schorsing van het recht de geneeskunde uit te

45. Over *ne bis in idem*, zie o.m. EHRM 10 februari 2009, nr. 14939/03, *Sergey Zolotukhin t. Rusland*; HvJ 26 februari 2013, C-617/10, *Aklagaren t. Hans Akerberg Fransson*; C. CONINGS, “Ne bis in idem. Tijd voor hetzelfde ‘idem’”, *NJW* 2012, (274), 274-282; L. VERMEULEN, “Over het ‘non bis in idem’-principe” (noot onder Cass. 25 mei 2011), *RW* 2011-12, afl. 38, (1673), 1673-1679; G. RANERI, “Non bis in idem – La Cour de cassation rejette-t-elle la jurisprudence Zolotoukhine?”, *JTT* 2012, (52), 52-54; M. BEERNAERT, “Le cumul de sanctions disciplinaires et pénales à l’aune du principe ne bis in idem”, *JLMB* 2010, afl. 10, (477), 477-483.

46. Cass. 6 februari 1976, *Arr.Cass.* 1976, 672.

47. Cass. (verenigde Kamers) 24 november 2009, AR P.09.0965.N, *Arr.Cass.* 2009, 692. Vgl. inzake de cumul tuchtsanctie administratieve sanctie: Cass. 12 januari 2001, AR D.99.0014.N.

oefenen gedurende vier maanden opgelegd. Krachtens artikel 16 Artsenwet waren de mogelijke tuchtsancties de waarschuwing, de censuur, de berisping, de schorsing in het recht de geneeskunde uit te oefenen gedurende een termijn die twee jaar niet mag te boven gaan en de schrapping.

De inbreuk bedoeld in artikel 6, 2° Artsenwet heeft betrekking op de schending van de beroepseer. Volgens het interne recht beantwoordt deze inbreuk niet aan een strafrechtelijke kwalificatie, maar is duidelijk tuchtrechtelijk van aard. Deze inbreuk betreft niet alle burgers, maar richt zich slechts tot een beperkte categorie van personen, nl. de geneesheren. Voorts houdt de opgelegde tuchtrechtelijke sanctie van schorsing geen hoge geldboete of vrijheidsberoving in en houdt ze evenmin een verbod in om diverse beroepen gedurende een bijzonder lange periode uit te oefenen, zodat ze niet strafrechtelijk van aard is.

Hieruit volgt dat de tuchtrechtelijke vervolging waarvan de eiser het voorwerp heeft uitgemaakt, geen strafvervolging was als bedoeld in artikel 6.1 EVRM zodat de beslissing van het arrest dat de eiser strafrechtelijk kan worden vervolgd en tot straf kan veroordeeld worden, naar recht verantwoord is.<sup>48</sup>

Kort daarna bevestigde het Hof van Cassatie in een tuchtzaak dat het algemeen rechtsbeginsel *non bis in idem* en artikel 14, zevende lid IVBPR, niet dienend is wanneer een persoon voor hetzelfde feit, enerzijds het voorwerp uitmaakt van een tuchtprocedure, en anderzijds, strafrechtelijk is vervolgd.<sup>49</sup>

**23. Overeenstemming met Europese rechtspraak** – Deze nationale rechtspraak is in overeenstemming met de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.<sup>50</sup> Zoals hierna blijkt, is dat niet verwonderlijk: voor de invulling van *ne bis in idem* hanteert het Europees Hof voor de Rechten van de Mens hetzelfde begrip strafvervolging als in artikel 6 EVRM.<sup>51</sup> Welnu, slechts in uitzonderlijke omstandigheden maakt een tuchtvervolging een strafvervolging uit in de zin van dat laatste artikel.<sup>52</sup>

**24. Visie in de rechtsleer** – De meerderheid van de rechtsleer ligt in lijn van de rechtspraak<sup>53</sup>, zij het dat bv. LAMBERT droomt van toepassing van *ne bis in idem* tussen tucht- en strafvordering in het licht van het recht op een eerlijk proces.<sup>54</sup>

48. Cass. 29 januari 2013, AR P.12.0402.N, concl. eerste Adv. Gen. DE SWAEF. Zie ook eerder Cass. 11 januari 2012, AR P.11.1867.F en vgl. (i.v.m. gemeentepersoneel): Cass. 25 februari 2014, AR P.13.1409.N.

49. Cass. 6 februari 2014, AR D.12.0018.N.

50. Zie bv. ECRM 9 september 1998, nr. 38378/97, *Gonzalez t. Frankrijk*; EHRM (besl.) 18 oktober 2005, nr. 6223/04, *Banfield t. Verenigd Koninkrijk*.

51. Zie EHRM 16 september 2009, nr. 13079/03, *Ruotsalainen t. Finland*, r.o. 41 en 42 en de verwijzingen aldaar.

52. Cf. *infra*, nr. 54 *et seq.*

53. Zie bv. D. HOLSTERS, "Strafrecht en tuchtrecht", *o.c.*, 808; J. DU JARDIN, "Rechtspraak in tuchtzaken door de beroepsorden: toetsing van de wettelijkheid door het Hof van Cassatie. Rede uitgesproken door J. du Jardin, Procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, op de plechtige openingszitting van dit Hof", *l.c.*, 22; J. SACE, "L'autonomie de l'action disciplinaire", *l.c.*, 29. Zie voor Nederland: J. LEGEMAATE, "Dubbel bestraft. Inconsequenties in de samenloop van tuchtrecht en strafrecht", *l.c.*, XXX.

54. P. LAMBERT, "L'évolution de la fonction de juge et droit disciplinaire" in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Brussel, Bruylant, 2004, (289), 299.

Het vermoeden van onschuld

**25. Het vermoeden van onschuld als mogelijke bron van destructieve interferentie: toepassing** – Het feit dat *le criminel tient le disciplinaire en état* geen algemeen beginsel is en dat *ne bis in idem* in de regel niet van toepassing is in de verhouding tussen tucht- en strafprocedures, betekent niet noodzakelijk dat de tuchtoverheid t.a.v. de persoon die het voorwerp uitmaakt of kan uitmaken van een strafvervolgning, de handen volledig vrij heeft.

Er is immers nog het vermoeden van onschuld.

In een arrest van 29 juni 2007 oordeelde het Hof van Cassatie dat het vermoeden van onschuld niet verhindert dat bij de bepaling van de zwaarte van een tuchtsanctie, gelet op het belang van een goede gezondheidszorg voor de maatschappij, de tuchtrechter elementen of feiten betreft, die hem regelmatig ter kennis werden gebracht.

Het vermoeden is wel geschonden wanneer een rechterlijke beslissing aanneemt dat iemand schuldig is aan een strafbaar feit, terwijl diens schuld niet of nog niet volgens de wettelijke regels is bewezen en die beslissing hierop steunt.

De beslissing die de tuchtstraf van schrapping mede laat steunen op feiten die niet het voorwerp uitmaken van tuchtvervolgingen, maar waarvoor de eiser strafrechtelijk wordt vervolgd en waarover de strafrechter nog geen definitieve uitspraak heeft gedaan, miskent het vermoeden van onschuld en schendt artikel 6.2 EVRM.<sup>55</sup>

**26. Het vermoeden van onschuld als mogelijke bron van destructieve interferentie: evaluatie** – Aldus is duidelijk dat het vermoeden van onschuld een zekere grens stelt aan de vrijheid van de tuchtrechter om te oordelen. Evenwel kan en moet die grens niet overroepen worden.

*Vooreerst* blijkt uit de rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens dat het vermoeden van onschuld slechts uitzonderlijk geschonden wordt door de tuchtrechter.

Luidens die rechtspraak wordt het vermoeden van onschuld, zoals vervat in artikel 6.2 EVRM, miskend als een rechterlijke beslissing jegens een persoon de gedachte reflecteert dat hij schuldig is hoewel zijn schuld nog niet voorafgaandelijk wettelijk is vastgesteld.<sup>56</sup>

55. Cass. 29 juni 2007, AR D.06.0012.N, *Arr.Cass.* 2007, 368.

56. EHRM (besl.) 13 september 2007, nr. 27521/04, *Moulet t. Frankrijk*, B.1; EHRM (besl.) 2 oktober 2012, nr. 61213/08, *Matos Dinis t. Portugal*, r.o. 34; EHRM 17 december 2013, nr. 20688/04, *Nikolova en Vandova t. Bulgarije*, r.o. 98.



Het vermoeden van onschuld is niet louter een strafrechtelijke procedurele waarborg. Het is ook van toepassing op procedures die *tegelijk met de strafprocedure* verlopen, *of nadat de deze laatste is afgelopen* zonder dat dat tot een beslissing die de schuld vaststelt, heeft geleid<sup>57</sup>, wanneer er een kennelijke band tussen de procedures bestaat<sup>58</sup> die verantwoordt dat het vermoeden van onschuld tot de andere procedure wordt uitgebreid.<sup>59</sup>

Buiten het strafproces, strekt het vermoeden van onschuld ertoe individuen die zijn vrijgesproken van een telastlegging, of t.a.v. wie de strafvervolging is stopgezet, ertegen te beschermen dat ambtenaren of openbare overheden ze behandelen alsof ze in feite schuldig zijn aan het tenlastegelegde misdrijf. Zonder deze laatste werking van het vermoeden van onschuld, riskeert dat theoretisch en illusoir te worden.<sup>60</sup>

Het criterium om de draagwijdte van het vermoeden van onschuld in een proces na en buiten de eigenlijke strafvervolging te bepalen, heeft het EHRM als volgt geformuleerd: *“la présomption d’innocence signifie que si une accusation en matière pénale a été portée et que les poursuites ont abouti à un acquittement, la personne ayant fait l’objet de ces poursuites est considérée comme innocente au regard de la loi et doit être traitée comme telle. Dans cette mesure, dès lors, la présomption d’innocence subsiste après la clôture de la procédure pénale, ce qui permet de faire respecter l’innocence de l’intéressé relativement à toute accusation dont le bien-fondé n’a pas été prouvé. Ce souci prépondérant se trouve à la base même de la façon dont la Cour conçoit l’applicabilité de l’article 6, § 2 dans ce type d’affaires”*.<sup>61</sup>

Elke keer als de vraag naar de toepasselijkheid van artikel 6.2 EVRM rijst in het raam van een procedure na de strafvervolging, moet de eiser aantonen dat er een band bestaat tussen de gesloten strafvervolging en de latere procedure. Een dergelijke band is waarschijnlijk als de opvolgende procedure het onderzoek vereist van de uitkomst van de eerdere strafvervolging en, i.h.b., als zij vereist dat de rechter de eerdere uitspraak moet analyseren, als hij het bewijs in het strafdossier moet herzien of evalueren, als hij de deelname van de betrokkene in sommige of alle van de gebeurtenissen die hebben geleid tot de telastlegging moet beoordelen of als hij commentaar moet geven op de vraag of er indicaties bestaan dat de betrokkene mogelijk schuldig is.<sup>62</sup>

Bestaat er een band tussen de eerdere strafvervolging en de latere procedure, dan moet worden nagegaan of in de latere procedure in alle omstandigheden van de zaak,

57. EHRM (besl.) 3 september 2013, nr. 43519/07, *Ivan Moljevic t. Servië*, r.o. 36.

58. Zie EHRM 4 juni 2013, nr. 46878/06, *Teodor t. Roemenië*, r.o. 36-37.

59. EHRM 27 september 2011, nr. 23272/07, *Hrdalo t. Kroatië*, r.o. 53; EHRM (besl.) 2 oktober 2012, nr. 61213/08, *Matos Dinis t. Portugal*, r.o. 36.

60. Zie EHRM 12 juli 2013, nr. 25424/09, *Allen t. UK*, r.o. 93-94.

61. EHRM 12 juli 2013, nr. 25424/09, *Allen t. UK*, r.o. 103.

62. EHRM 12 juli 2013, nr. 25424/09, *Allen t. UK*, r.o. 104.

het vermoeden van onschuld is nageleefd.<sup>63</sup> De benadering is daarbij afhankelijk van de natuur en de context van de procedure waarbinnen de latere beslissing werd genomen. In elk geval is het taalgebruik van de rechter van kritisch belang om na te gaan of de beslissing en de redenering die eraan ten grondslag ligt, verzoenbaar is met de vereisten van artikel 6.2 EVRM.<sup>64</sup>

Het vermoeden van onschuld vereist dat geen enkele vertegenwoordiger van de staat of publieke overheid verklaart dat een persoon schuldig is aan een misdrijf *voordat zijn schuld door een rechter is vastgesteld*.<sup>65</sup> Hierbij moet een fundamenteel onderscheid gemaakt worden tussen een verklaring dat een persoon ervan verdacht wordt een misdrijf te hebben gepleegd en een duidelijke verklaring, in afwezigheid van een definitieve veroordeling, dat de persoon het betreffende misdrijf heeft gepleegd. Rechter in tuchtzaken schenden het vermoeden van onschuld als zij door de motieven van hun beslissing of de taal die zij gebruiken in hun redenering, de onschuld van de betrokkene hebben in twijfel getrokken.<sup>66</sup> Dat is het geval als uit de redengeving van hun beslissing blijkt dat zij de betrokkene schuldig hebben geacht, wat kon vooruitlopen op de latere vaststelling van de telastleggingen in de context van de latere strafprocedure<sup>67</sup>, of twijfel kon zaaien over de juistheid van zijn vrijspraak wanneer de strafprocedure afloopt zonder schuldigverklaring.<sup>68</sup> Rechter in tuchtzaken schenden evenwel niet het vermoeden als zij de feiten vaststellen en de eventuele tuchtrechtelijke verantwoordelijkheid van de betrokkene in termen die uitsluitend tot dat domein behoren.<sup>69</sup> Het is noch de bedoeling, noch het effect van artikel 6.2 EVRM dat wordt uitgesloten dat tuchtoverheden tuchtinbreuken kunnen sanctioneren wanneer die inbreuken wettig zijn vastgesteld.<sup>70</sup>

*Ten tweede* moet ook gewaakt worden over de consistentie van het recht. Men kan moeilijk enerzijds aannemen dat er geen sprake is van *le criminel tient le disciplinaire en état* (cf. *supra*), maar anderzijds een dermate ruime werking toekennen aan het vermoeden van onschuld dat het een tuchtrechter *de facto* onmogelijk wordt uitspraak te doen voor de strafrechter.

**27. Verdere werking van het vermoeden van onschuld** – Er zij nog opgemerkt dat het vermoeden van onschuld ook tot voorzichtigheid kan nopen bij het opleggen van ordemaatregelen/veiligheidsmaatregelen: aangezien het nemen van een ordemaatregel als bedoeld in artikel 406, § 1 Gerechtelijk Wetboek op gespannen voet

63. EHRM 12 juli 2013, nr. 25424/09, *Allen t. UK*, r.o. 119.

64. EHRM 12 juli 2013, nr. 25424/09, *Allen t. UK*, r.o. 125-126.

65. EHRM (besl.) 13 september 2007, nr. 27521/04, *Moulet t. Frankrijk*, B.1; EHRM (besl.) 2 oktober 2012, nr. 61213/08, *Matos Dinis t. Portugal*, r.o. 34; EHRM 17 december 2013, nr. 20688/04, *Nikolova en Vandova t. Bulgarije*, r.o. 98.

66. EHRM 4 juni 2013, nr. 46878/06, *Teodor t. Roemenië*, r.o. 40.

67. EHRM 18 juli 2006, nr. 6924/02, *Jakumas t. Litouwen*, r.o. 57; EHRM 27 september 2011, nr. 23272/07, *Hrdalo t. Kroatië*, r.o. 50.

68. EHRM (besl.) 3 september 2013, nr. 43519/07, *Ivan Moljevic t. Servië*, r.o. 37.

69. EHRM 4 juni 2013, nr. 46878/06, *Teodor t. Roemenië*, r.o. 42, *in fine*.

70. EHRM (besl.) 13 september 2007, nr. 27521/04, *Moulet t. Frankrijk*, B.2.a.

staat met het vermoeden van onschuld, kan hij enkel worden genomen wanneer het voorwerp van het strafrechtelijk of tuchtrechtelijk onderzoek ernstige feiten betreft en wanneer de goede werking van de dienst eraan in de weg staat dat de betrokkene nog verder zijn functie zou uitoefenen. Dit moet worden afgewogen aan het vertrouwen dat de rechtzoekenden moeten kunnen hebben in diegenen die belast zijn met een rechtsprekende functie en die boven iedere verdenking horen te staan.<sup>71</sup>

Gezag van (strafrechtelijk) gewijsde

**28. Gezag van gewijsde van de tuchtbeslissing t.a.v. de strafrechter** – Evenmin als de eerdere tuchtrechtelijke beslissing de civiele rechter bindt, bindt zij de strafrechter.<sup>72</sup>

**29. Gezag van strafrechtelijk gewijsde t.a.v. de tuchtrechter** – Maar hoe is de situatie omgekeerd? Ingevolge het gezag van strafrechtelijk gewijsde moet – zo luidt de klassieke visie – de disciplinaire rechter de zaken die zeker en noodzakelijk door de strafrechter zijn beslist<sup>73</sup>, (in beginsel) respecteren.

Dat impliceert weliswaar niet dat het tuchtrechtscollege verplicht is zijn uitspraak uit te stellen tot na de uitspraak van de strafrechter<sup>74</sup>, toch wordt de tuchtrechter in zijn beoordelingsvrijheid beperkt en is er dus sprake van een zekere vorm van destructieve interferentie.

**30. Toepassing** – Een illustratie is te vinden in een arrest van het Hof van Cassatie van 15 juni 1964<sup>75</sup>: bij arrest van het hof van beroep te Luik van 31 maart 1956 werd een dokter geïnterneerd in toepassing van de wet van 9 april 1930 tot bescherming van de maatschappij tegen abnormalen en gewoontemisdadigers. Het hof van beroep had geoordeeld dat de dokter op het moment van de feiten niet toerekeningsvatbaar was.

Op grond van dezelfde feiten als degene waarover het hof van beroep zich had uitgesproken, wordt vervolgens een disciplinaire procedure opgestart. De tuchtrechters erkennen dat een disciplinaire schuld slechts kan aangenomen worden als de tekortkoming vrijwillig en met tegenwoordigheid van geest is gebeurd. Zij leggen een schorsing van het recht de geneeskunde te beoefenen op voor een periode van 6 maanden.

71. Cass. 17 september 2009, D.09.0016.N, *Arr.Cass.* 2009, 509.

72. Zie voetnoot 23. Hier kan daarenboven nog verwezen worden naar de analogie met burgerlijke zaken: civiel rechterlijke beslissingen hebben evenmin in de regel gezag van gewijsde op het later gevoerd strafproces (zie Cass. 5 december 2012, P.12.1292.F).

73. Vgl. J. SACE, "L'autonomie de l'action disciplinaire", *l.c.*, 21-22.

74. Zie Cass. 21 maart 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 459 (geneesheer); Cass. 15 oktober 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 93 en *T.Orde Geneesh.* 1989, 35, noot VAN LIL.

75. Cass. 15 juni 1964, *Pas.* 1964, I, 1106.

Zij gronden dat op de motieven dat een strafrechtelijke beslissing, zelfs als ze in kracht van gewijsde is gegaan, geen enkele invloed kan hebben op de latere tuchtvordering.

Voor het Hof wordt aangevoerd dat het strafrechtelijk gewijsde *erga omnes* geldt, zelfs t.a.v. de tuchtrechter.

Het Hof volgt het middel: wat definitief geoordeeld is op de strafvordering, geldt *erga omnes* en een tuchtbeslissing kan niet ontkennen of tegenspreken wat rechtens omtrent de feiten door een beslissing met gezag van strafrechtelijk gewijsde is geoordeeld.

**31. Evaluatie** – Intussen moet deze rechtspraak en de oudere rechtsleer genuanceerd worden. Sinds de jaren '90 van de vorige eeuw<sup>76</sup> heeft het Hof van Cassatie het *erga omnes*-karakter van het gezag van strafrechtelijk gewijsde danig ingeperkt.

In essentie komt de rechtspraak erop neer dat het Hof van Cassatie oordeelt dat het gezag van gewijsde in strafzaken niet eraan in de weg staat dat een partij in een later burgerlijk proces de mogelijkheid krijgt om elementen te betwisten die uit het strafproces zijn afgeleid in zoverre zij niet bij het strafgeding betrokken was of er niet vrij haar belangen heeft kunnen doen gelden.<sup>77</sup>

Hoewel mij geen rechtspraak in die zin bekend is wat betreft het gezag van strafrechtelijk gewijsde in een later tuchtproces, lijkt het redelijk aan te nemen dat het Hof van Cassatie in dezelfde zin zou oordelen. Alsdan moet de partij in het tuchtproces die zelf niet bij het strafgeding betrokken was of er niet vrij haar belangen heeft kunnen doen gelden, de mogelijkheid krijgen om elementen te betwisten die uit het strafproces zijn afgeleid, wat het *erga omnes*-karakter van het gezag van strafrechtelijk gewijsde sterk beperkt.

---

76. Cass. (volt.) 15 februari 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 322, concl. Adv. Gen. D'HOORE; zie voor duiding o.m. I. BOONE, "Gezag van strafrechtelijk gewijsde en de burgerlijke rechter. Wat blijft er nog over?", *NJW* 2002, (336), 336-341; P. TAELEMAN en S. VOET, "Requiem voor het gezag van strafrechtelijk gewijsde" (noot onder Cass. 24 april 2006), *P&B* 2007, (345), 345-3348.

77. Zie Cass. 24 april 2006, AR S.05.0075.N, *Arr.Cass.* 2006, 233.

## § 2. *Constructieve interferentie*

### A. Civiel

#### 1. HET BEVEL TOT OVERLEGGING VAN EEN TUCHTDOSSIER IN HET RAAM VAN ARTIKEL 877 *ET SEQ.* GER.W.

**32. Toepassing** – In een arrest van 20 maart 1989<sup>78</sup> laat het Hof van Cassatie een beslissing bestaan waarbij een arbeidsrechtbank de overlegging van een tuchtdossier van een geneesheer had bevolen met het oog op het onderzoek van een doktersattest op grond waarvan een werknemster was ontslagen. Het Hof overwoog dat de rechter op grond van de specifieke gegevens van de zaak moet nagaan of de weigering, onder aanvoering van het beroepsgeheim, van een geneesheer of een tuchtoverheid om overeenkomstig artikel 877 van het Gerechtelijk Wetboek de stukken die hij onder zich heeft op de griffie van het rechtscollege bij het dossier van de rechtspleging te voegen, het geheim niet afwendt van het bij de instelling ervan beoogde oogmerk.

**33. Evaluatie** – Dit lijkt een eerder alleenstaand geval te zijn. Het is niet geheel duidelijk welke draagwijdte aan deze beslissing mag toegekend worden. Het lijkt ook niet evident de mogelijkheid van overlegging van stukken uit het tuchtdossier te bevelen, te veralgemenen.

Zo kan m.b.t. advocaten verwezen worden naar artikel 477 van het Gerechtelijk Wetboek. Om de autonomie van de tuchtvordering te vrijwaren (*cf.* art. 415, tweede lid Ger.W. (oud art. 417 Ger.W.)) is in dat artikel voorzien dat “in een strafrechtelijke, burgerrechtelijke of administratieve procedure geen melding mag worden gemaakt van een tuchtprocedure, noch van elementen daarvan”.

#### 2. BEWIJSWAARDE VAN DE EERDERE BESLISSING

**34. Duiding** – Het is duidelijk dat een civielrechtelijke tekortkoming niet noodzakelijk gepaard gaat met een deontologische fout.

Dat belet niet dat in principe de tuchtrechter zich, wanneer dat relevant is, kan baseren op de beslissing van de civiele rechter ter bewijs van de deontologische fout.<sup>79</sup>

78. Cass. 20 maart 1989, AR nr. 8130, *Arr.Cass.* 1988-89, 409.

79. *Cf.* Cass. 16 oktober 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, 122.

## B. Penaal

### 1. AANWENDING VAN HET EERDERE STRAFRECHTELIJK ONDERZOEK/ DE EERDERE STRAFRECHTELIJKE BESLISSING ALS BEWIJSMIDDEL

**35. Toepassingen** – In een aantal gevallen laat een eerdere strafprocedure toe de tuchtrechtelijke procedure zonder bijkomend onderzoek af te handelen.

Zo volstond in het arrest van het Hof van Cassatie van 25 juni 1998 de informatie uit het eerdere strafarrest en -onderzoek om te oordelen dat een magistraat ernstig afbreuk had gedaan aan de waardigheid van zijn ambt, waardoor hij niet meer waardig was om deel te nemen aan de uitoefening van de rechterlijke macht en hij uit zijn ambt werd ontzet.<sup>80</sup>

In een ander arrest oordeelt het Hof van Cassatie: “Overwegende dat de feiten die misbruik van vertrouwen en daden van ontrouw in het beheer van faillissementen alsook overtredingen van de vennootschappenwetgeving vormen, zoals die in de vorderingen van de procureur-generaal worden vermeld, zijn bewezen bij arrest van (...) van het Hof van Beroep te B., dat in kracht van gewijsde is gegaan; Overwegende dat zij door hun aard en door hun zwaarwichtigheid afbreuk doen aan de waardigheid van het ambt waarin X. is benoemd (...) Overwegende dat X. bijgevolg niet meer waardig is om deel te nemen aan de uitoefening van de rechterlijke macht”.<sup>81</sup>

**36. Evaluatie** – Uit voorgaande blijkt reeds dat het niet steeds nodig is het strafdossier op te vragen: de strafrechtelijke beslissing is dikwijls voldoende.<sup>82</sup>

Wanneer men zich rechtstreeks op de strafrechtelijke beslissing kan baseren, is het relatief gemakkelijk de bron te verkrijgen. Wat als men zich op akten uit het onderzoek wil beroepen?

Krachtens artikel 1380, tweede lid Gerechtelijk Wetboek oordeelt het Openbaar Ministerie over de mededeling of de afgifte van een afschrift van akten van onderzoek en van rechtspleging in het raam van tuchtzaken.

Er zij op gewezen dat – gelet op de autonomie van de tuchtvordering – voorgaande uiteraard niet impliceert dat er steeds een tuchtrechtelijke inbreuk voorhanden is wanneer een misdrijf is gepleegd.<sup>83</sup>

80. Cass. 25 juni 1998, AR D.98.0004.N, *Arr.Cass.* 1998, 342.

81. Cass. 27 juni 2003, AR D.03.0013.F, *Arr.Cass.* 2003, 382. Tal van andere verwijzingen zijn mogelijk. Zie de beslissingen van het Hof van Cassatie in de dossiers D.04.0011.N, D.03.0015.F, D.03.0010.N, D.02.0020.N, D.01.0015.N, D.01.0010.F, D.00.0004.F, D.98.0032.N, D.95.0017.F, D.95.0027.F, D.94.0025.N en D.94.0004.N.

82. In een arrest van 26 april 1965 kreeg het Hof de mogelijkheid uitdrukkelijk te stellen dat er voor de tuchtrechter geen plicht bestaat zich ambtshalve het (volledige) strafdossier te laten overmaken (zie Cass. 26 april 1965, *Pas.* 1965, I, 904) (apotheker).

83. Zie o.m. J. ALARDIN en J. CASTIAUX, *Le droit disciplinaire dans la jurisprudence, o.c.*, 63; W. VAN HAUWAERT, “Interférences des actions publique et disciplinaire”, *l.c.*, 479-480.

## 2. DE RELEVANTIE VAN DE EERDER OPGELEGDE STRAFMAAT

**37. Toepassing** – Zoals bekend, oordeelt het Hof van Cassatie dat er geen wettelijke bepaling, noch een algemeen rechtsbeginsel verhindert dat de rechter die in disciplinaire zaken uitspraak doet de strafmaat bepaalt mede op grond dat de betrokkene voorheen voor gelijkaardige feiten reeds een tuchtsanctie heeft opgelopen.<sup>84</sup>

Daarnaast geldt in België de vraag in hoeverre bij de bepaling van de strafmaat rekening wordt gehouden met een eerder opgelegde straf als feitenkwestie en niet als rechtsvraag.<sup>85</sup>

## AFDELING 4. ABSTRACTE INTERFERENTIE BINNEN DE TUCHTPROCEDURE OP ZICH

### § 1. *Rechtstreekse abstracte interferentie*

**38. Inleiding** – Onder deze paragraaf worden de gevallen behandeld waarin de vraag naar de toepasselijkheid van een norm van civiel procesrecht of strafprocesrecht<sup>86</sup> in het tuchtproces aan de orde is.

Voor een goed begrip van de besproken rechtspraak, is de draagwijdte van artikel 2 van het Gerechtelijk Wetboek van groot belang. Daarom wordt hieronder kort eerst ingegaan op dat artikel, alvorens over te gaan tot de verschillende gevallen van eigenlijke en oneigenlijke rechtstreekse abstracte interferentie.

**39. Artikel 2 van het Gerechtelijk Wetboek** – Voordat het Gerechtelijk Wetboek in werking trad, werden leemtes in tuchtprocedures op pretoriaanse wijze ingevuld. Daarbij werd soms een beroep gedaan op de regels inzake de burgerlijk procedure en soms op de regels vervat in het Wetboek van Strafvordering.<sup>87</sup>

Krachtens artikel 2 van het Gerechtelijk Wetboek zijn de in dat wetboek gestelde regels van toepassing op alle rechtsplegingen, behoudens wanneer deze geregeld worden door niet uitdrukkelijk opgeheven wetsbepalingen<sup>88</sup> of door rechtsbeginselen, waarvan de toepassing niet verenigbaar is met de toepassing van de bepalingen van het wetboek.

84. Cass. 25 juni 1998, AR D.97.0029.N, *Arr.Cass.* 1998, 341.

85. J. RUTSAERT, “Chose jugée”, *o.c.*, nr. 388.

86. Zoals dat hoger [in nr. 9](#) werd afgebakend.

87. Zie o.m. verslag wetsontwerp houdende het Gerechtelijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 1965-66, nr. 59/49, 4-5; E. BREMS, “Art. 2 Ger.W.” in X (ed.), *Gerechtelijk recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, losbl. (1994), (2-1), nr. 2.

88. Over de *uitdrukkelijk opgeheven wetsbepalingen* zie o.m. Cass. 1 februari 2001, AR C.00.0587.F, *Arr.Cass.* 2001, 64, concl. Adv. Gen. X. DE RIEMAECKER.

Artikel 2 van het Gerechtelijk wetboek strekt er niet toe de bepalingen van de burgerlijke rechtspleging tot een gemeenrecht van de rechtspleging te verheffen. Het is slechts de bedoeling leemten aan te vullen, telkens als dat noodzakelijk blijkt te zijn.

In een eerdere versie van de bepaling, was enkel voorzien dat de regels van het Gerechtelijk Wetboek van toepassing waren op alle rechtsplegingen, onverminderd de toepassing van de bijzondere wetten die niet uitdrukkelijk opgeheven zijn.

In zijn mercuriale bij de opening van het gerechtelijk jaar 1966-67 wees procureur-generaal HAYOIT DE TERMICOURT op de onverzoenbaarheid van sommige bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek met de niet-wettelijk vastgelegde beginselen die ten grondslag liggen aan o.m. de strafvordering.<sup>89</sup>

De opmerking is niet in dovemansoren gevallen. Bij de bespreking in de Commissie voor de Justitie van de Kamer van Volksvertegenwoordigers werd erop gewezen dat het vanzelf spreekt dat het niet in de bedoeling lag van de auteurs (van het Gerechtelijk Wetboek) om grondige wijzigingen aan te brengen aan bepaalde rechtsbeginselen die uit de aard zelf van bepaalde rechtsvorderingen, zoals de strafvordering en ook, *in een zeker opzicht*, de vordering in tuchtzaken, worden afgeleid.<sup>90</sup>

In navolging wijst KRINGS erop dat precies de rechtspleging op tuchtrechtelijk gebied aanleiding was voor de bepaling.<sup>91</sup> Vóór het Gerechtelijk Wetboek waren er geen eigenlijke regels die de rechtspleging in tuchtzaken bepaalden. Het Gerechtelijk Wetboek heeft ernaar gestreefd enkele leemten aan te vullen en meer eenvormigheid in de regeling tot stand te brengen.<sup>92</sup>

## A. Oneigenlijke, “pseudo-”, rechtstreekse abstracte interferentie

### 1. CIVIEL PROCESRECHT

**40. Toepassingen in de rechtspraak** – Gelet op de formele afbakening van de systemen in deze bijdrage, vallen onder de oneigenlijke, “pseudo-”, abstracte interferentie heel wat regels van het Gerechtelijk wetboek die in samenlezing met artikel 2 van het Gerechtelijk Wetboek en desgevallend met andere bepalingen die de bepalingen van het

89. R. HAYOIT DE TERMICOURT, *Considérations sur le projet de Code judiciaire. Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée du 1<sup>er</sup> septembre et dont la Cour a ordonné l'impression*, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1966, nrs. 4-13.

90. Verslag wetsontwerp houdende het Gerechtelijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 1965-66, nr. 59/49, 5.

91. J. KRINGS, “De toepassing van regels van het Gerechtelijk Wetboek op de rechtsplegingen in strafzaken, tuchtzaken, fiscale zaken e.a.” in G. VAN DIEVOET (ed.), *Actuele problemen van gerechtelijk privaatrecht*, Leuven, Acco, 1976, (9), 9-10.

92. J. KRINGS, “De toepassing van regels van het Gerechtelijk Wetboek op de rechtsplegingen in strafzaken, tuchtzaken, fiscale zaken e.a.”, *o.c.*, 20.



Gerechtelijk Wetboek expliciet van toepassing verklaren<sup>93</sup>, op tuchtzaken kunnen worden toegepast.

Er kan ter illustratie o.m. naar volgende toepassingsgevallen uit de rechtspraak worden verwezen:

- toepasselijkheid van *artikel 6 Gerechtelijk Wetboek* (verbod van uitspraak bij wijze van als regel geldende beschikking) op een beslissing van de Franstalige en Duitstalige tuchtraad in beroep van de advocaten<sup>94</sup>;
- *artikelen 19, 23, 1082, eerste lid, 1095 en 1110 Gerechtelijk Wetboek* (uitputting van rechtsmacht, gezag van gewijsde, omvang van cassatie): de raad van beroep van de orde van geneesheren legde voor telastlegging 1 de tuchtsanctie berisping op en voor de telastleggingen 2 en 3 een schorsing in het recht de geneeskunde uit te oefenen van twee maanden. Het cassatieberoep is gericht tegen de beslissing over de telastleggingen 2 en 3. Door na verwijzing terug uitspraak te doen over telastlegging 1 schendt de raad van beroep de genoemde bepalingen<sup>95</sup>;
- *artikel 32 Gerechtelijk Wetboek* (betekening en kennisgeving)<sup>96</sup>;
- *artikel 53bis Gerechtelijk Wetboek*<sup>97</sup>;
- *artikelen 53bis, 52, 54* (termijnberekening) *en 860, tweede lid Gerechtelijk Wetboek* (rechtsmiddeltermijn geldt op straffe van verval)<sup>98</sup>;
- *artikel 292 Gerechtelijk Wetboek* (nietigheid van de uitspraak gewezen door een rechter die vroeger bij het uitoefenen van een ander rechterlijk ambt kennis heeft genomen van de zaak): deze regel is in beginsel ook van toepassing in tuchtprocedures<sup>99</sup>;
- *artikel 297 Gerechtelijk Wetboek* (verbod van verdediging en consult)<sup>100</sup>;
- *artikel 440, eerste lid Gerechtelijk Wetboek* (pleitmonopolie advocaten): de architect kan voor de raden van de Orde door een advocaat worden vertegenwoordigd overeenkomstig de regel van artikel 440 van het Gerechtelijk Wetboek, met toepassing van artikel 2 van dat wetboek.<sup>101</sup>

Artikel 24, § 1, eerste lid KB nr. 79 Orde van geneesheren bepaalt: “De verdachte geneesheer mag zich laten bijstaan door een of meer raadsliden”.

Deze bepaling wijkt niet af van artikel 440, eerste lid Gerechtelijk Wetboek. Krachtens artikel 2 Gerechtelijk Wetboek is die bepaling ook toepasselijk op procedures gevoerd voor de raad van beroep van de Orde van geneesheren.

93. Bv. art. 9, § 7 Kaderwet 3 augustus 2007 betreffende de dienstverlenende intellectuele beroepen, *BS* 18 september 2007; art. 24, § 2 wet 26 juni 1963 tot instelling van een Orde van architecten, *BS* 5 juli 1963.

94. Cass. 18 november 2011, AR D.11.0006.F, *Arr.Cass.* 2011, 629. Zie ook eerder reeds i.v.m. het vroegere art. 5 BW: Cass. 27 november 1967, *Arr.Cass.* 1968, 442.

95. Cass. 3 juni 2005, AR D.04.0019.N, *Arr.Cass.* 2005, 316.

96. Cass. 5 januari 1984, AR nr. 4055, *Arr.Cass.* 1983-84, 233 (architect); Cass. 11 oktober 1996, AR D.95.0016.N, *Arr.Cass.* 1996, 378 (advocaat); Cass. 17 januari 1997, AR D.95.0021.N, *Arr.Cass.* 1997, 38 (advocaat).

97. Cass. 17 juni 2011, AR D.10.0013.N, *Arr.Cass.* 2011, 411.

98. Cass. 25 maart 2011, AR D.10.0006.N, *Arr.Cass.* 2011, 228.

99. Cass. 23 oktober 1997, AR D.97.0014.N, *Arr.Cass.* 1997, 424.

100. Cass. 20 november 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, 189.

101. Cass. 12 juni 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 623.

De raad van beroep die op 6 maart 1995 besliste dat eiser zich voor zijn verdediging niet mocht laten bijstaan door een arts, schendt de in het onderdeel aangewezen wetsbepalingen niet<sup>102</sup>;

- *artikel 648 Gerechtelijk Wetboek* (onttrekking)<sup>103</sup>;
- *artikel 660 Gerechtelijk Wetboek* (na beslissing inzake onbevoegdheid verwijzing naar bevoegde rechter)<sup>104</sup>;
- *artikel 771 et seq. Gerechtelijk Wetboek* (heropening van het debat)<sup>105</sup>;
- *artikel 779 Gerechtelijk Wetboek*: de beslissing moet worden gewezen door het voorgeschreven aantal rechters<sup>106</sup>;
- *artikel 780, 5° Gerechtelijk Wetboek* (nietigheid wegens niet-vermelding datum uitspraak)<sup>107</sup>;
- *artikel 782bis Gerechtelijk Wetboek* (uitspraak van vonnis)<sup>108</sup>;
- *artikel 785, eerste lid Gerechtelijk Wetboek* (onmogelijkheid om uitspraak te ondertekenen)<sup>109</sup>;
- *artikel 804 (juncto 728 en 729) Gerechtelijk Wetboek* (tegenspraak bij conclusie)<sup>110</sup>;
- *artikel 828<sup>111</sup>, 1<sup>o</sup><sup>112</sup> en 8<sup>o</sup><sup>113</sup> Gerechtelijk Wetboek* (wraking(sgronden));
- *artikel 831 Gerechtelijk Wetboek* (onthouding)<sup>114</sup>;
- toepassing van *artikel 838 Gerechtelijk Wetboek* (bevoegde rechter om wrakingsverzoek te behandelen): krachtens artikel 2 van het Gerechtelijk Wetboek moeten, bij ontstentenis van specifieke wettelijke bepalingen, de in het Gerechtelijk Wetboek bepaalde regels inzake wraking worden toegepast. Krachtens artikel 838 van het Gerechtelijk Wetboek wordt over de wraking uitspraak gedaan door de rechtbank van eerste aanleg, door het hof van beroep, door het arbeidshof of door het Hof van Cassatie, naar gelang van het geval, op de conclusie van het Openbaar Ministerie, nadat de partijen behoorlijk zijn opgeroepen om hun opmerkingen

102. Cass. 23 mei 1997, AR D.95.0024.N, *Arr.Cass.*, 237.

103. Zie bv. Cass. 17 augustus 1977, *Arr.Cass.* 1977, 1137 (geneesheer); Cass. 5 mei 1994, AR D.94.0005.F, *Arr.Cass.* 1994, 220 (apotheker); Cass. 20 juni 1997 en 18 december 1997, AR D.97.0015.N, *Arr.Cass.* 1997, nrs. 291 en 571 (architect); Cass. 19 april 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 439 (advocaat); Cass. 15 maart 2002, AR C.02.0028.F, *Arr.Cass.* 2002, 185 (geneesheer); Cass. 11 februari 2010, AR C.09.0637.N, *Arr.Cass.* 2010, 100 (advocaat).

104. Cass. 12 november 1990, AR nr. 7093, *Arr.Cass.* 1990-91, 139, noot H.L. (architect).

105. Cass. 12 december 1975, *Arr.Cass.* 1976, 461.

106. Cass. 31 januari 1985, AR nrs. 7164 en 7221, *Arr.Cass.* 1984-85, 319; Cass. 29 mei 1986, AR nr. 7484, *Arr.Cass.* 1985-86, 610 (apotheker); Cass. 31 mei 1990, AR nr. 8645, *Arr.Cass.* 1989-90, 576 (geneesheer); Cass. 5 november 1992, AR nr. 9530, *Arr.Cass.* 1991-92, 716 (dierenarts); Cass. 9 juni 2011, AR D.10.0008.F, *Arr.Cass.* 2011, 394 (advocaat). In een aantal beslissingen die in essentie betrekking hebben op het intussen bij art. 21 van de wet van 26 april 2007 opgeheven tweede lid van art. 779 Ger.W. is de toepasselijkheid van dat artikel in tuchtzaken eveneens bevestigd. Zie bv. Cass. 19 november 1992, AR nr. 9544, *Arr.Cass.* 1991-92, 743 (geneesheer); Cass. 17 november 2005, AR D.05.0002.N, *Arr.Cass.* 2005, 608 (geneesheer).

107. Cass. 13 juni 2002, AR D.01.0016.N, *Arr.Cass.* 2002, 358 (dierenarts).

108. Cass. 18 november 2011, AR D.11.0006.F, *Arr.Cass.* 2011, 629 (advocaat).

109. Cass. 27 april 1989, AR nrs. 8573 en 8651, *Arr.Cass.*, nr. 493 (geneesheer); Cass. 31 mei 1990, AR nr. 8645, *Arr.Cass.* 1989-90, 576 (geneesheer).

110. Cass. 9 februari 2007, AR D.06.0002.N, *Arr.Cass.* 2007 (architect).

111. Cass. 20 september 1979, *Arr.Cass.* 1979-80, 45.

112. Cass. 19 januari 2006, AR D.05.0012.N 2006, xxx, 45 (dierenarts).

113. Cass. 20 november 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, 189 (architect).

114. Cass. 4 maart 1991, AR nr. 7157, *Arr.Cass.* 1990-91, 352 (geneesheer).

te horen. Na de wijziging die de wet van 12 maart 1998 in die bepaling heeft aangebracht, inzonderheid in de regels betreffende de wraking, worden de wrakingsgronden niet langer beoordeeld door de gerechtelijke instantie waarvan de leden worden gewraakt, maar door de onmiddellijk hogere gerechtelijke instantie. Deze bepaling die door de wetgever als belangrijk voor het recht van verdediging wordt beschouwd, heeft een algemene strekking en is in beginsel van toepassing op alle tuchtprocedures. Daaruit volgt dat voortaan, tenzij de wet anders bepaalt, de instantie waartoe het gewraakte lid behoort, niet bevoegd is om uitspraak te doen over het verzoek tot wraking<sup>115</sup>;

- *artikel 861 Gerechtelijk Wetboek* (nietigheid van proceshandeling) *jo. artikel 1057 Gerechtelijk Wetboek* (vermeldingen akte hoger beroep): de niet-naleving van de verplichting om in de akte van hoger beroep de grieven te vermelden, leidt alleen tot nietigheid van de akte indien zij de belangen schaadt van de partij die de exceptie opwerpt<sup>116</sup>;
- *artikel 862, § 1, 2° en § 2 Gerechtelijk Wetboek* (ambtshalve nietigheid van niet-ondertekende procedureakte)<sup>117</sup>;
- *artikel 907 et seq. Gerechtelijk Wetboek* (valsheidsvordering in cassatie)<sup>118</sup>;
- *artikel 961* (nietigheid van getuigenis) *juncto artikel 864* (dekking van nietigheid van proceshandelingen) *Gerechtelijk Wetboek*<sup>119</sup>;
- *artikelen 1047 en 1050 Gerechtelijk Wetboek*: de beslissing van de raad van beroep die oordeelt dat dat een hoger beroep niet ontvankelijk is bij gebrek aan voorwerp omdat eiser tegen dezelfde beslissing reeds een ontvankelijk verzet heeft ingesteld, schendt niet de genoemde bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek<sup>120</sup>;
- *artikelen 1050<sup>121</sup> en 1055 Gerechtelijk Wetboek*: hoger beroep is mogelijk tegen beslissingen alvorens recht te doen in tuchtzaken (advocaten)<sup>122</sup>;

115. Cass. 27 juni 2008, AR C.08.0237.F, *Arr.Cass.* 2008, 414; zie ook Cass. 1 oktober 2009, AR D.08.0025.N, *Arr.Cass.* 2009, nr. 545; Cass. 5 november 1999, AR C.99.0299.N, *Arr.Cass.* 1999, 590 (gerechtshandelaar). Voor bijkomende duiding S. DE COSTER, "Art. 838-847 Ger.W." in X (ed.), *Gerechtelijk recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, losbl. (2010), (838-1), 11-12.

116. Cass. 23 maart 2012, AR D.11.0002.F (apotheker).

117. Cass. 14 maart 1975, *Arr.Cass.* 1975, 791 (architect).

118. Cass. 31 januari 1985, AR nrs. 7164 en 7221, *Arr.Cass.* 1984-85, 319 (apotheker); Cass. 27 april 1989, AR nrs. 8573 en 8651, *Arr.Cass.*, 493 (geneesheer).

119. Cass. 4 februari 1988, AR nr. 5978, *Arr.Cass.* 1987-88, 339 (advocaat).

120. Cass. 17 september 2004, AR D.03.0019.N, *Arr.Cass.* 2004, 419.

121. Cass. 5 januari 1989, AR nr. 6295, *Arr.Cass.* 1988-89, 262.

122. Cass. 1 december 1977, *Arr.Cass.* 1978, 380 (advocaat).

- toepasselijkheid van *artikel 1068 Gerechtelijk Wetboek* (devolutieve werking hoger beroep): bij advocaten<sup>123</sup>, bij apothekers<sup>124</sup>, bij geneesheren<sup>125</sup>, bij architecten<sup>126</sup>, bij dierenartsen<sup>127, 128</sup>;
- *artikel 1073 Gerechtelijk Wetboek* (termijn cassatieberoep).<sup>129</sup>

**41. Andere mogelijke toepassingen** – Hoewel daarover geen rechtspraak van de hoogste rechtscolleges werd gevonden, lijkt het nuttig erop te wijzen dat HOLSTERS oordeelt dat de bijzondere rechtsmiddelen tot uitlegging en verbetering van de beslissing (art. 793-801 Ger.W.), herroeping van het gewijsde (art. 1132-1139 Ger.W.) en verhaal op de rechter (art. 1140-1147 Ger.W.) niet onverenigbaar lijken met de beginselen van het tuchtrecht.<sup>130</sup> Als dat klopt, dan kunnen ook deze bepalingen dus in tuchtzaken worden toegepast.

## 2. STRAFPROCESRECHT

**42. Geen toepassingen?** – Er is geen aan artikel 2 analoge bepaling opgenomen in het Wetboek van Strafvordering.

Het is dan ook weinig verrassend dat er in de rechtspraak nauwelijks of geen illustraties van rechtstreekse oneigenlijke interferentie tussen het tuchtprocesrecht en het strafprocesrecht te vinden zijn.

Men had een geval kunnen lezen in het arrest van het Hof van Cassatie van 3 februari 2006 in de zaak D.04.0018.F. In die zaak werd de schending aangevoerd door de tuchtrechter van de artikelen 521 en 524 van het Wetboek van Strafvordering (procedure bij vernieling of zoek raken van stukken). Volgens het middel zijn die bepalingen “van algemene toepassing”.

123. Cass. 18 juni 1976, *Arr.Cass.* 1976, 1164; Cass. 29 juni 1979, *Arr.Cass.* 1978-79, 1327; Cass. 14 november 1980, *Arr.Cass.* 1980-81, 162; Cass. 21 november 1991, AR nr. 9320, *Arr.Cass.* 1991-92, 154; Cass. 18 februari 1994, AR D.93.0022.N, *Arr.Cass.* 1994, 82; Cass. 14 mei 2009, AR D.08.0009.F 2009, 318.

124. Cass. 11 december 2009, AR D.08.0014.F, *Arr.Cass.* 2009, 741.

125. Cass. 21 januari 1983, AR nr. 3621, *Arr.Cass.* 1982-83, 294; Cass. 5 mei 1989, AR nr. 6392, *Arr.Cass.* 1988-89, 505; Cass. 20 december 2001, AR D.00.0032.N, *Arr.Cass.* 2001, 716.

126. Cass. 14 december 1973, *Arr.Cass.* 1974, 429; Cass. 2 juni 1983, AR nr. 6668, *Arr.Cass.* 1982-83, 547; Cass. 2 november 1989, AR 6286, *Arr.Cass.*, 135.

127. Cass. 6 februari 1976, *Arr.Cass.* 1976, 672.

128. Deze rechtspraak staat niet ter discussie, ook al is de regel, gelet op art. 215 Sv., van de devolutieve werking niet van toepassing in strafzaken. Zij wordt door de rechtsleer instemmend aangehaald. Zie o.m. B. VANLERBERGHE, “Hoofdstuk II. De devolutieve kracht van het hoger beroep en het recht om de zaak aan zich te trekken” in X (ed.), *Gerechtelijk recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, losbl. (2012), (1068-1), nr. 6.

129. Cass. 10 juni 2005, AR D.02.0029.N, *Arr.Cass.* 2005, concl. Adv. Gen. BRESSELEERS.

130. D. HOLSTERS, “Strafrecht en tuchtrecht”, *o.c.*, 813.

Het Hof heeft de bestreden beslissing evenwel vernietigd op de aangevoerde schending van artikel 6.1 EVRM (recht van verdediging), zonder uitspraak te doen over de schending van de genoemde artikelen van het Wetboek van Strafvordering.<sup>131</sup>

Verder lijkt HOLSTERS aan te nemen dat de tuchtinstancies op grond van de artikelen 152, § 2 en 185, § 2 van het Wetboek van Strafvordering de persoonlijke verschijning van de tuchtrechtelijk vervolgte kunnen bevelen. Het is evenwel niet duidelijk op welke grondslag deze artikelen in het algemeen van toepassing zouden zijn op tuchtinstancies.<sup>132</sup>

## B. Eigenlijke, “onterechte”, rechtstreekse abstracte interferentie

### 1. CIVIEL PROCESRECHT

**43. Toepassingen** – In het raam van het Gerechtelijk Wetboek kunnen worden vermeld:

- in oudere rechtspraak oordeelde het Hof van Cassatie dat krachtens het algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk discretie geboden bij het onderzoek en de berechting van de tuchtvervolgving tegen de advocaten de regel van *artikel 757 van het Gerechtelijk Wetboek* dat de pleidooien, verslagen en vonnissen openbaar zijn, niet van toepassing is op de debatten voor de tuchtraad van beroep van de balies van het rechtsgebied van het hof van beroep en ook niet op de door dat rechtscollege gewezen beslissingen (zie evenwel *infra*, nr. 53)<sup>133</sup>;
- *artikel 837 Gerechtelijk Wetboek* (schorsing bij wraking): de materie van wraking van de leden van de provinciale raad en van de raad van beroep van de Orde van Geneesheren werd geregeld bij artikelen 40 en 43 van het KB van 6 februari 1970 tot regeling van de organisatie en de werking van de raden van de Orde van Geneesheren, zodat artikel 837 niet van toepassing was<sup>134</sup>;

131. Cass. 3 februari 2006, AR D.04.0018.F, *Arr.Cass.* 2006, 73.

132. D. HOLSTERS, “Strafrecht en tuchtrecht”, o.c., 819.

133. Cass. 17 oktober 1966, *Arr.Cass.* 1967, 217; Cass. 1 december 1977, *Arr.Cass.* 1978, 380; zie ook Cass. 22 september 1972, *Arr.Cass.* 1973, 89. In een arrest van 20 september 1979 geeft het Hof te kennen dat het rechtsbeginsel dat bij de behandeling en de uitspraak in tuchtzaken discretie moet in acht worden genomen zowel in het openbaar belang als in het belang van al de personen die bij het tuchtrechtelijk proces betrokken zijn, in acht moet worden genomen (Cass. 20 september 1979, *Arr.Cass.* 1979-80, 45; zie ook Cass. 19 april 1979, *Arr.Cass.*, 976; Cass. 6 december 1979, *Arr.Cass.* 1979-80, 227). Een andere toepassing van genoemd algemeen rechtsbeginsel vindt men in een arrest van 26 oktober 1978: het moet als een algemeen rechtsbeginsel in tuchtzaken worden aangezien dat in tuchtzaken t.o.v. magistraten, inz. wanneer het om een ten laste van een magistraat uitgesproken tuchtmaatregel gaat, een betekening met de discretie eigen aan de tuchtzaken moet geschieden, zodat betekening door een gerechtsdeurwaarder moet worden vermeden. Derhalve heeft de betekening door de waarnemende voorzitter van de rechtbank van koophandel van de bestreden beschikking de cassatietermijn op geldige wijze doen lopen (Cass. 26 oktober 1978, *Arr.Cass.* 1978-79, 227).

134. Cass. 13 april 1989, nr. 8398, *Arr.Cass.* 1988-89, 456.

- *artikel 870 Gerechtelijk Wetboek (actori incumbit probatio)*: de regel neergelegd in voormeld artikel is eigen aan de burgerlijke rechtspleging; hij kan noch in strafzaken, noch in tuchtzaken worden toegepast<sup>135</sup>;
- *artikelen 870 en 871 Gerechtelijk Wetboek (actori incumbit probatio; verplichting tot overlegging van stukken)*: de in de genoemde artikelen neergelegde regelen zijn eigen aan de burgerlijke rechtspleging. Zij kunnen niet in tuchtzaken worden toegepast<sup>136</sup>;
- *artikelen 895-906 Gerechtelijk Wetboek (valsheidsvordering)*: de artikelen 6 en 16 tot 19 van het KB nr. 79<sup>137</sup> bepalen welke de bevoegdheden van de raden van de Orde van geneesheren in tuchtzaken zijn en welke sancties die raden kunnen opleggen. Geen enkele wettelijke bepaling kent aan de tuchtraden van de Orde van geneesheren de bevoegdheid toe om de artikelen 895 tot 906 van het Gerechtelijk Wetboek toe te passen en de voor die raden gevolgde procedure is niet te verenigen met de toepassing van die bepalingen<sup>138</sup>;
- *artikel 915 et seq. Gerechtelijk Wetboek (getuigenverhoor)*: de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het getuigenverhoor dat in burgerlijke zaken wordt bevolen, zijn niet van toepassing op het verhoor van getuigen tijdens het onderzoek in tuchtzaken<sup>139</sup>;
- *artikelen 978 en 979 Gerechtelijk Wetboek*: de genoemde bepalingen omtrent het deskundigenonderzoek zijn niet van toepassing in tuchtzaken in zoverre zij bepalen dat na afloop van de verrichtingen de deskundigen kennis geven van hun bevindingen aan de partijen, wier opmerkingen zij aantekenen, en dat het verslag de tegenwoordigheid van de partijen bij de verrichtingen, hun mondelinge verklaringen en hun vorderingen vermeldt.<sup>140</sup>

De regel dat inzake tuchtrecht de regels van het gerechtelijk recht betreffende de tegensprekelijkheid van de deskundigenonderzoeken niet van toepassing zijn, wordt gegrond op de analogie tussen tuchtrecht en strafrecht<sup>141</sup>;

135. Cass. 24 september 1999, AR D.98.0043.F, *Arr.Cass.* 1999, 483. De niet-toepasselijkheid van deze regel was expliciet in gedachten bij de redactie van art. 2 Ger.W.: zie J. KRINGS, "De toepassing van regels van het Gerechtelijk Wetboek op de rechtsplegingen in strafzaken, tuchtzaken, fiscale zaken e.a.", *o.c.*, 20-21.

136. Cass. 20 december 2001, AR D.01.0009.N, *Arr.Cass.* 2001, 717.

137. KB nr. 79, 10 november 1967 betreffende de Orde der geneesheren, BS 14 november 1967.

138. Cass. 31 januari 1985, AR nrs. 7164 en 7221, *Arr.Cass.* 1984-85, 319.

139. Cass. 3 september 1998, AR D.97.0028.N, *Arr.Cass.* 1998, 381. Het onderdeel betwistte de geldigheid van een getuigenis afgelegd voor de onderzoeksc commissie (Orde van geneesheren) en voerde schending aan van art. 2, 862, § 1, 2° en 5°, 934, 950 en 961 Ger.W.

140. Cass. 26 mei 1995, AR D.94.0034.N, *Arr.Cass.* 1995, 257, concl. Adv. Gen. G. BRESSELEERS.

141. Zie de concl. van Adv. Gen. BRESSELEERS voor het hiervoor in voetnoot 140 aangehaald arrest. Omtrent de niet-toepasselijkheid in het strafrecht zie Cass. 1 juni 1988, AR nr. 6546, *Arr.Cass.* 1987-88, 603. Merk op dat deze rechtspraak moet genuanceerd worden in het licht van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof i.v.m. het contradictoir karakter van het deskundigenonderzoek voor de strafrechter. Zie daarover o.m. J. DU JARDIN, "Rechtspraak in tuchtzaken door de beroepsorden: toetsing van de wettelijkheid door het Hof van Cassatie. Rede uitgesproken door J. du Jardin, Procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, op de plechtige openingszitting van dit Hof", *I.c.*, 41, **ih.b. voetnoot 201** en de tekst van TRAESE en GOMBEER in dit verslagboek.

- *artikel 1017 Gerechtelijk Wetboek* (verwijzing van de in het ongelijk gestelde partij in de kosten): in een arrest van 2 februari 1978<sup>142</sup> heeft het Hof van Cassatie geoordeeld dat geen wettelijke bepaling aan de tuchtraden van de Orde van dierenartsen de bevoegdheid toekent om een arts aan wie een tuchtsanctie wordt opgelegd, in de kosten van het tuchtgeding te veroordelen.

**44. Evaluatie** – Bij analyse van de vermelde rechtspraak blijkt dat niet steeds duidelijk wordt aangegeven welke *rechtsbeginselen* precies de toepassing van de betreffende bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek beletten.

Auteurs wijzen erop dat de term in artikel 2 van het Gerechtelijk Wetboek in de ruimst mogelijke zin wordt geïnterpreteerd. Het gaat dus niet alleen om de algemene rechtsbeginselen in de strikte zin van het woord. Naar de woorden van BREMS: “Het gaat om een *aanvoelen* dat de toepassing van een bepaalde regel niet kan, dat het een valse noot zou vormen in de aan de orde zijnde procedure”.<sup>143</sup> De auteur vindt het jammer dat het vage begrip “rechtsbeginselen” het mogelijk maakt dat de toepassing van het Gerechtelijk Wetboek belemmerd wordt zonder dat de ingeroepen eigenheid grondig verantwoord of beschreven hoeft te worden. Daarbij is, nog de auteur, de schroom omtrent een inbreuk op de autonomie van een procedure groter dan de droom van de harmonisatie van een “gemeen procesrecht”.<sup>144</sup>

Verder uit de tekst zal nog blijken dat de genoemde rechtsbeginselen niet alleen niet steeds expliciet vermeld worden, maar dat zij daarenboven ook aan evolutie onderhevig zijn.

Hier kan alvast, in de hoop de toepassing van artikel 2 wat te systematiseren, aangegeven worden dat de *rechtsbeginselen* die de toepassing van bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek beletten in drie categorieën kunnen worden onderverdeeld.

Ten eerste zijn er de *rechtsbeginselen die verband houden met de eisen van de tuchtrechtelijke rechtsordes zelf* (bv. de oude(re) rechtspraak inzake discretie (art. 757 Ger.W.) (intussen niet langer relevant (cf. *infra*, nr. 53)).

Ten tweede zijn er de *rechtsbeginselen die het strafprocesrecht beheersen en die mede in het tuchtprocesrecht van toepassing worden geacht* (bv. de vermelde rechtspraak inzake *actori incumbit probatio*, het deskundigenonderzoek).

142. Cass. 2 februari 1978, *Arr.Cass.* 1978, 658 en *Pas.* 1978, I, 638, concl. PG DELANGE.

143. E. BREMS, “Art. 2 Ger.W.”, *o.c.*, 5, nr. 8. Zie ook S. SOBRIE, “Art. 2 Ger.W.” in X (ed.), *Gerechtelijk recht. Artikels-gewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, losbl. (2014), (2-1), 9.

144. E. BREMS, “Art. 2 Ger.W.”, *o.c.*, 6, nr. 12.

Ten derde zijn er de *rechtsbeginselen die verband houden met de verhouding tussen de statelijke en de niet-statale rechtsordes* (bv. rechtspraak over de veroordeling in de kosten). Dit is een bijzondere categorie. Uitermate beknopt kan gesteld worden dat ze aan de orde is wanneer beginselen van de statelijke rechtsorde beletten dat een bepaalde macht in een niet-statale rechtsorde, *in casu* tuchtrechtsorde, wordt uitgeoefend: de Grondwet belet dat instanties die niet tot de rechterlijke macht behoren, uitspraak doen over burgerlijke rechten (art. 144 Gw.).

**45. Toemaatje** – Als gevallen van eigenlijke abstracte interferentie van (civielrechtelijke) procesregels buiten het Gerechtelijk Wetboek kunnen worden vermeld:

- het Hof van Cassatie oordeelt dat de grondwettelijke vereisten van de openbaarheid van de terechtzittingen en de uitspraak van de vonnissen in openbare terechtzittingen enkel van toepassing zijn op de rechtbanken van de rechterlijke orde en dat ze slechts toepasselijk zijn op een tuchtgerecht wanneer een bijzondere wettelijke bepaling zulks voorschrijft<sup>145</sup>;
- zoals bekend, kan de rechter krachtens *artikel 1244, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek*, niettegenstaande ieder andersluidend beding, met inachtneming van de toestand der partijen, gebruikmakend van deze bevoegdheid met grote omzichtigheid, en daarbij rekening houdend met de termijnen die de schuldenaar reeds heeft genoten, gematigd uitstel verlenen voor de betaling en de vervolgingen doen schorsen, ook wanneer de schuld blijkt uit een andere authentieke akte dan een vonnis. In een arrest van 24 juni 2004 heeft het Hof van Cassatie geoordeeld dat het niet tot de bevoegdheid van de raad van de Orde (van advocaten) behoort gematigd uitstel te verlenen voor de betaling van een schuld van een advocaat aan een andere schuldeiser.<sup>146</sup>

## 2. STRAFPROCESRECHT

**46. Toepassingen** – In de rechtspraak van het Hof van Cassatie zijn verschillende illustraties van eigenlijke rechtstreekse abstracte interferentie tussen tuchtprocesrecht en strafprocesrecht aan te treffen. Zo kunnen als voorbeelden worden vermeld:

- tuchtoverheden, o.m. die van de Orde van geneesheren, passen *artikel 29 van het Wetboek van Strafvordering* (verplichte aangifte van misdaden of wanbedrijven waarvan kennis in uitoefening van het ambt) verkeerd toe wanneer zij aan het Openbaar Ministerie bericht geven van misdaden of wanbedrijven waarvan zij kennis hebben gekregen in de uitoefening van hun ambt. Rechtsgevolg is dat het Openbaar Ministerie gedwongen wordt een geheim te delen waarvan het in geen geval gewag mag maken bij de strafvervolgung, die immers, nu

145. Cass. 17 oktober 1966, *Arr.Cass.* 1967, 217; Cass. 1 december 1977, *Arr.Cass.* 1978, 380; Cass. 20 september 1979, *Arr.Cass.* 1979-80, 45; Cass. 19 juni 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 656; Cass. 16 februari 1995, *Arr.Cass.* 1995, 95. Deze rechtspraak belet niet dat de openbaarheid toch de regel is. Zie *infra*, nrs. 52, 53 en 63.

146. Cass. 24 juni 2004, AR D.02.0022.N 2004, nr. 355.



zij op schending van een regel van openbare orde zou zijn gegrond, nietig zou zijn (*cf. supra*)<sup>147</sup>;

- *artikel 162 Wetboek van Strafvordering* (verwijzing in de kosten): het reeds aangehaald arrest van 2 februari 1978 houdt eveneens (impliciet) in dat artikel 162 Wetboek van Strafvordering in tuchtzaken (geneesheren) niet kan worden toegepast<sup>148</sup>;
- *artikelen 209 en 210 Wetboek van Strafvordering* (verslag ter zitting)<sup>149</sup>;
- *artikel 211bis Wetboek van Strafvordering* (verzwaring van de straf in hoger beroep vereist eenparigheid van stemmen): noch uit het vroegere artikel 140 van de wet van 18 juni 1869<sup>150</sup>, noch uit artikel 211bis van het Wetboek van Strafvordering kan worden afgeleid dat ieder in hoger beroep beslissende rechtscollege met eenparigheid van stemmen uitspraak moet doen wanneer het de door de eerste rechter uitgesproken straf verzwart. Het middel dat aanvoerde dat de tuchtraad van beroep van de Orde van advocaten de tuchtsanctie die de raad van Orde had opgelegd, niet kon verhogen zonder te vermelden dat de beslissing genomen was met een eenparigheid van stemmen, werd niet aangenomen.<sup>151</sup> Later oordeelde het Hof expliciet dat uit artikel 211bis Wetboek van Strafvordering niet kan worden afgeleid dat ieder in hoger beroep beslissend rechtscollege met eenparigheid van stemmen uitspraak moet doen wanneer het de door de eerste rechter uitgesproken straf verzwart. Het motiveert dat met de overweging dat verscheidene wetsbepalingen betreffende bepaalde rechtscolleges ofwel impliciet de regel van de eenparigheid der stemmen uitsluiten, ofwel niet deze eenparigheid, maar slechts een bijzondere meerderheid noodzakelijk verklaren om, o.m., de sanctie te mogen verzwaren<sup>152</sup>;
- *uitstel en opschorting*: geen enkele wetsbepaling verschaft de provinciale raden van de Orde van geneesheren de mogelijkheid om een tuchtstraf met uitstel of een voorwaardelijke tuchtstraf op te leggen.<sup>153</sup>

De rechtsleer vermeldt nog bijkomende illustraties. Ook de bepalingen inzake uitwijzing van veroordelingen en herstel in eer en rechten in strafzaken (art. 619-634 Sv.)<sup>154</sup>

147. Cass. 29 mei 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 609.

148. Zie voetnoot 142.

149. Cass. 9 mei 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 575; let wel: dit heeft betrekking op de art. 209 en 210 Sv. zoals van toepassing vóór de wijziging bij wet 28 december 1990 tot wijziging van de wet van 3 april 1953 betreffende de rechterlijke inrichting, van art. 213 Ger.W. en van de art. 209 en 210 Sv., *BS* 29 december 1990 (NB: vóór de wijziging was in art. 209 Sv. voorzien dat door een van de rechters ter zitting een verslag moest worden uitgebracht. Dit gold als een substantiële formaliteit waarvan de vervulling op straffe van nietigheid moest worden vastgesteld. Dat werd als te zwaarwegend beschouwd (zie voor toelichting amendementen wetsontwerp tot wijziging van de wet van 3 april 1953 betreffende de rechterlijke inrichting en van art. 213 Ger.W., *Parl.St.* 1989-90, nr. 1243/2, 2). De verwijzing naar het genoemde arrest behoudt zijn relevantie als illustratie van een eigenlijke rechtstreekse abstracte interferentie tussen strafprocesrecht en tuchtprocesrecht.

150. Wet 18 juni 1869 op de rechterlijke inrichting, *MB* 26 juni 1869. Het vereiste van unanimiteit bij strafverzwaring werd in genoemd artikel ingevoerd bij wet van 4 september 1891 (zie voor duiding F. KUTY, *L'impartialité du juge en procédure pénale. De la confiance décrétée à la confiance justifiée*, Brussel, Larcier, 2005, 164).

151. Cass. 18 juni 1976, *Arr.Cass.* 1976, 1164 (NB: in het arrest is art. 221bis Sv. vermeld; aangenomen kan worden dat art. 211bis Sv. bedoeld werd). Vgl. Cass. 19 december 1960, *Arr.Cass.* 1961, 391.

152. Cass. 18 april 1980, *Arr.Cass.* 1980, 530.

153. Cass. 25 november 1994, AR D.93.0025.N, *Arr.Cass.* 1994, 517.

154. J. SACE, "L'autonomie de l'action disciplinaire", *l.c.*, 18 en de verwijzing aldaar.

en de bepalingen inzake de motivering van de straf (art. 163 en art. 195 Sv.)<sup>155</sup> zijn volgens SACE niet van toepassing in tuchtzaken.

**47. Evaluatie** – De algemene regel die aan deze illustraties ten grondslag ligt, kan kort als volgt worden omschreven: de wetten inzake de strafprocedure voorzien niet dat zij van toepassing zijn in tuchtzaken. Zij kunnen bijgevolg alleen in tuchtzaken worden toegepast als de wet die de tuchtprocedure regelt een verwijzing ernaar inhoudt, en zo doende expliciet stelt dat de (betreffende) regels inzake de strafverdering in de betreffende tuchtprocedure van toepassing zijn.

## § 2. *Onrechtstreekse abstracte interferentie*

**48. Ten geleide** – Zoals in de inleiding reeds aangegeven, is er bij onrechtstreekse abstracte interferentie een derde regel die ertoe leidt dat de formele scheiding tussen de verschillende normensystemen oplost. De derde regel fungeert dan aldus als oplosmiddel.

Uit analyse blijkt dat er in hoofdzaak drie types van regels zijn die als oplosmiddel kunnen fungeren: een (inter)nationaal verankerd grondrecht, het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel of een algemeen rechtsbeginsel.

Uiteraard laat die “derde regel” niet toe om de formele scheiding tussen de systemen geheel op te lossen. In zoverre dat wel het geval is, zou men binnen de conceptie van interferentie in deze bijdrage kunnen spreken van oneigenlijke onrechtstreekse abstracte interferentie in het tucht(proces)recht. In zoverre dat niet het geval is, zijn er twee mogelijkheden: ofwel is er eigenlijke onrechtstreekse abstracte interferentie in het tucht(proces)recht, ofwel wordt van de derde regel gewoon een verkeerde uitleg gegeven. In het eerste geval is de derde regel wel van toepassing in het civiel proces of strafproces, maar niet in het tuchtproces. In het tweede geval is de regel zoals uitgelegd op geen enkele procedure van toepassing. Die situaties behoren niet tot de kwintessens van het voorwerp van deze bijdrage. Omwille van de innige verbondenheid tussen de genoemde situaties, zullen hieronder evenwel toch ook illustraties van een dergelijke verkeerde rechtsopvatting m.b.t. de derde regel vermeld worden.

Om de opbouw van de tekst niet nodeloos te verzwaren, is beslist het onderscheid tussen de oneigenlijke onrechtstreekse abstracte interferentie, de eigenlijke onrechtstreekse abstracte interferentie en de verkeerde rechtsopvatting m.b.t. de derde regel niet in de hoofdingestructuur van de tekst te incorporeren.

---

155. J. SACE, “L'autonomie de l'action disciplinaire”, *l.c.*, 31-32.

## A. Het (inter)nationaal verankerd grondrecht als oplosmiddel

**49. Duiding** – In dit geval is er een (inter)nationaal verankerd grondrecht dat zowel van toepassing is of kan zijn op het tucht(proces)recht als op het strafprocesrecht en/of het civiele procesrecht, en aldus niet louter tot het ene of het andere systeem behoort, zelfs niet wanneer men een materiële afbakening van de systemen<sup>156</sup> zou hanteren.

In de rechtsleer wordt erop gewezen dat de impact van internationale normen doorheen de tijd erg groot is geworden.<sup>157</sup> Hieronder komt een aantal toepassingsgevallen aan bod.

### 1. ARTIKEL 3 EVRM

**50. Toepassingen** – In een aantal arresten heeft het Hof van Cassatie – kennelijk onder invloed van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens<sup>158</sup> – geoordeeld dat de rechter binnen de bij de wet en het EVRM gestelde perken, in feite, en derhalve onaantastbaar de sanctie bepaalt die hij in verhouding acht met de zwaarte van de bewezen verklaarde inbreuken en daaraan toegevoegd dat het Hof vermag nagaan of uit de vaststellingen en overwegingen van de bestreden beslissing blijkt dat de tuchtrechter geen kennelijk onevenredige sanctie heeft opgelegd en zodoende artikel 3 EVRM heeft geschonden.<sup>159</sup>

**51. Evolutie** – In zijn recente rechtspraak lijkt het Hof van Cassatie deze piste evenwel te hebben verlaten.

In het arrest van 22 februari 2013 oordeelt het Hof van Cassatie dat tuchtsancties, ook al moeten ze op hun evenredigheid kunnen worden getoetst, niet te aanzien zijn als behandelingen of straffen in de zin van artikel 3 EVRM.<sup>160</sup>

Het Hof van Cassatie gebruikt voor deze situatie voortaan het algemeen rechtsbeginsel als oplosmiddel, voor zover dat vereist is.<sup>161</sup>

156. Cf. *supra*, nr. 9.

157. R. ERGEC, “Le droit disciplinaire et les droits de l’homme”, *Rev.dr.ULB* 1991, afl. 4, (35), 36.

158. Zie de noot bij de publicatie van Cass. 8 november 1996, AR D.95.0041.N, *Arr.Cass.* 1996, 428.

159. Zie o.m. Cass. 8 november 1996, AR D.95.0041.N, *Arr.Cass.* 1996, 428; Cass. 23 oktober 1997, AR D.97.0018.N, *Arr.Cass.* 1997, 423; Cass. 12 maart 1998, AR D.97.0003.N, *Arr.Cass.* 1998, 139; Cass. 28 februari 2002, AR D.01.0008.N, *Arr.Cass.* 2002, 150; Cass. 27 oktober 2006, AR D.05.0028.N, *Arr.Cass.* 2006, 520; Cass. 25 april 2007, AR D.06.0014.N, *Arr.Cass.* 2007, 214; Cass. 13 maart 2008, AR D.07.0005.N, *Arr.Cass.* 2008, 179; Cass. 5 september 2008, AR D.07.0016.N, *Arr.Cass.* 2008, 453; Cass. 5 juni 2009, AR D.08.0024.N, *Arr.Cass.* 2009, 377; Cass. 17 december 2009, AR D.09.0004.N, *Arr.Cass.* 2009, 761.

160. Cass. 22 februari 2013, AR D.12.0009.N. Zie ook Cass. 5 december 2014, AR D.14.0002.N.

161. “Voor zover dat vereist is”: in een arrest van 30 mei 2014 m.b.t. advocaten, geeft het Hof van Cassatie aan dat de tuchtsanctie die kennelijk buiten verhouding staat tot de ernst van de bewezen verklaarde inbreuken een schending zou uitmaken van de art. 460, eerste en tweede lid en 464 Ger.W. (Cass. 30 mei 2014, AR D.13.0029.F).

## 2. ARTIKEL 6 EVRM – ALGEMEEN

**52. Uiterst beknopte historiek** – Zoals bekend, oordeelde het Hof van Cassatie in zijn vroegere rechtspraak dat artikel 6 EVRM niet van toepassing is op tuchtvorderingen.<sup>162</sup>

In het bekende arrest *Le Compte, Van Leuven en Demeyere* van 23 juni 1981 heeft het EHRM geoordeeld dat de beginselen van artikel 6.1 EVRM moeten worden nageleefd door het tuchtrechtscollege telkens wanneer de betwisting betrekking heeft op “rechten en verplichtingen van burgerrechtelijke aard”.<sup>163</sup> Dat is het geval als het recht om een beroep uit te oefenen in het geding is.<sup>164</sup>

Na enig rechterlijk verzet<sup>165</sup>, heeft het Hof van Cassatie zich met het arrest van 14 april 1983<sup>166</sup>, na conclusie van procureur-generaal VELU, aangesloten bij die rechtspraak.<sup>167</sup>

Het Hof oordeelt dat een tuchtprocedure die voor gevolg heeft of volgens de nationale wet, tot gevolg kan hebben dat aan de betrokkene tijdelijk of definitief een burgerlijk recht wordt ontnomen, nl. het recht om nog langer een beroep uit te oefenen dat geen openbaar ambt is, voor de toepassing van artikel 6.1 EVRM als een procedure met als voorwerp het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen wordt beschouwd.<sup>168</sup>

**53. Toepassingen** – Sindsdien zijn er heel wat schendingen van artikel 6 EVRM aangevoerd in tuchtzaken voor het Hof van Cassatie.

In volgende, ten exemplatieve titel vermelde, gevallen gebeurde dat met succes:

- *openbaarheid van zitting en uitspraak*: deregeling van de openbaarheid van de uitspraak van het vonnis, zoals die is vastgesteld bij artikel 6.1 EVRM is van toepassing in tuchtzaken.<sup>169</sup> Aldus fungeert de toepasselijkheid van artikel 6.1 als oplosmiddel voor de eigenlijke abstracte interferentie van artikel 757 Gerechtelijk Wetboek (*cf. supra*, nr. 43)<sup>170</sup>;

162. Zie o.m. Cass. 1 december 1977, *Arr.Cass.* 1978, 380; Cass. 19 april 1979, *Arr.Cass.*, 976; Cass. 20 september 1979, *Arr.Cass.* 1979-80, 45; Cass. 31 januari 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 329; Cass. 19 juni 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 656.

163. EHRM 23 juni 1981, nr. 6878/75 en nr. 7238/75, *Le Compte, Van Leuven en De Meyere t. België*, *Publ.Eur.Court HR*, serie A, nr. 43.

164. Zie voor duiding K. RIMANQUE, “Art. 6, eerste lid EVRM” in X (ed.), *Gerechtelijk recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, losbl. (2002), (1), 1-81; B. DE SMET, J. LATHOUWERS en K. RIMANQUE, “Artikel 6 Recht op een eerlijke proces – Art. 6, § 1” in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM*, Deel 2, *Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, (386), 386-518.

165. Zie nl. Cass. (volt.) 21 januari 1982, AR nrs. 6445 en 6458, *Arr.Cass.* 1981-82, 309 en *Pas.* 1982, I, 623, concl. PG F. DUMON.

166. Zie ook reeds, maar minder uitgesproken Cass. 4 maart 1983, AR nr. 3640, *Arr.Cass.* 1982-83, 369.

167. Zie Cass. 14 april 1983, AR nr. 6789, *Pas.* 1983, I, 441, concl. PG J. VELU.

168. Zie Cass. 13 maart 2008, AR D.07.0002.N, *Arr.Cass.* 2008, 177.

169. Cass. 16 februari 1995, *Arr.Cass.* 1995, 95; Cass. 20 oktober 1997, AR D.96.0003.N, *Arr.Cass.* 1997, 417 (vastgoedmakelaar); Cass. 13 juni 2008, AR D.07.0018.F, *Arr.Cass.* 2008, 370 (vastgoedmakelaar).

170. Wat op zijn beurt voor gevolg heeft gehad dat het Hof in afwijking van zijn eerder vermelde rechtspraak heeft geoordeeld dat er geen algemeen rechtsbeginsel van discretie in tuchtzaken bestaat: Cass. 9 november 2012, AR D.12.0002.N.

- de *organieke onpartijdigheid* is niet bestaanbaar met een stelsel waarin een lid van een rechtsprekend orgaan het recht heeft om hoger beroep in te stellen tegen een beslissing van dat orgaan. Het is in dit verband zonder belang dat dit lid alleen een raadgevende stem heeft.  
Artikel 12 van de wet van 26 juni 1963<sup>171</sup> bepaalt dat elke raad van de Orde (van architecten) wordt bijgestaan door een rechtskundig bijzitter met raadgevende stem, die bij de beraadslaging moet aanwezig zijn (art. 16). Krachtens artikel 26, vierde lid van de wet van 26 juni 1963 beschikt(e) de rechtskundig bijzitter over de mogelijkheid om hoger beroep in te stellen tegen de beslissing van de raad waarvan hij zelf deel heeft uitgemaakt. Dat is niet verenigbaar met de eisen van het EVRM<sup>172</sup>;
- uit de omstandigheid dat de geneesheer, die het bureau voorzat dat de zaak in onderzoek heeft gesteld, zelf een aantal onderzoeksdaden heeft verricht en vervolgens de vergadering heeft voorgezeten waarbij beslist werd de betrokken geneesheer voor de raad te vervolgen en zelf deelnam aan de behandeling van de zaak, valt af te leiden dat de beslissing van de provinciale raad gewezen is met schending van artikel 6.1 EVRM<sup>173</sup>;
- de appelrechters schenden artikel 6.1 EVRM door kritiek uit te oefenen op de wijze waarop eiser zich voor de rechter heeft willen verdedigen door de materialiteit van de feiten te blijven ontkennen en hiermede bij de beoordeling van de ernst van de inbreuk en de zwaarte van de straf rekening te hebben gehouden<sup>174</sup>;
- de bestreden beslissing miskent het recht van eiseres (apotheker) op een eerlijk proces en schendt artikel 6.1 EVRM door een tuchtsanctie van schorsing in het recht het beroep uit te oefenen, uit te spreken op grond van een ander gedrag dan datgene waarvoor eiseres zich moest verantwoorden.<sup>175</sup>

In andere gevallen werd artikel 6 EVRM niet met succes aangevoerd. Opnieuw ten exemplatieve titel enkele illustraties.

In een arrest van 17 maart 2004 oordeelt het Grondwettelijk Hof dat artikel 6 EVRM niet van toepassing is wanneer een tuchtstraf wordt opgelegd door een orgaan dat daarbij niet optreedt als een tuchtrechtscollege, maar als een overheidsorgaan dat met de handhaving van de tucht is belast.<sup>176</sup>

171. Wet 26 juni 1963 tot instelling van een Orde van architecten, *BS* 5 juli 1963.

172. Cass. 22 december 2005, AR D.04.0021.N, *Arr.Cass.* 2005, 692, concl. Adv. Gen. met opdracht CORNELIS. Merk op dat intussen bij wet van 7 juli 2006 tot wijziging van de wet van 26 juni 1963 tot instelling van een Orde van architecten (*BS* 18 augustus 2006) de onwettig bevonden beroepsmogelijkheid uit de wet van 26 juni 1963 is geschrapt. Zie ook, voor vastgoedmakelaars, Cass. 24 april 2009, AR D.07.0021.N, *Arr.Cass.* 2009, 280. Ook art. 9, § 7 Kaderwet Dienstverlenende Intellectuele Beroepen is intussen gewijzigd (door art. 36 wet 10 april 2014 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de procedure voor het Hof van Cassatie en de wrakingsprocedure, *BS* 15 mei 2014). NB: vroegere rechtspraak luidde anders. Zie voor duiding J. ALARDIN en J. CASTIAUX, *Le droit disciplinaire dans la jurisprudence, o.c.*, 149-151.

173. Cass. 9 mei 1996, AR D.94.0001.N, *Arr.Cass.* 1996, 165. De voor het Hof bestreden beslissing liet zijn beslissing mee steunen op de redenen van de beslissing van de provinciale raad.

174. Cass. 9 oktober 2003, AR D.02.0008.N, *Arr.Cass.* 2003, 485. Zie ook Cass. 19 februari 2004, AR D.03.0002.N, *Arr.Cass.*, 92.

175. Cass. 14 juni 2001, AR D.00.0011.F.

176. GwH 17 maart 2004, nr. 39/2004, B.9.7.

Ook het Hof van Cassatie heeft al heel wat aangevoerde schendingen van artikel 6 EVRM afgewezen:

- artikel 6.1 EVRM vereist niet dat het tuchtrechtscollege dat onder toezicht staat van hogere rechtsprekende organen, zelf aan de voorschriften van die artikelen voldoet. Het is voldoende dat het rechtsprekend orgaan met volle rechtsmacht dat bevoegd is om de beslissingen van dat tuchtrechtscollege in rechte en in feite te toetsen, die vereisten vervult<sup>177</sup>;
- artikel 6 EVRM vereist niet dat de betrokkene voor een tuchtrechtscollege in persoon wordt gehoord indien hij zijn verweer anderszins kan voeren<sup>178</sup>;
- uit de omstandigheid alleen dat de tuchtraad van beroep van de Orde van advocaten is samengesteld uit vier advocaten en een magistraat valt niet af te leiden dat dit rechtcollege niet onafhankelijk en onpartijdig is in de zin van artikel 6, § 1 van het EVRM<sup>179</sup>;
- uit de enkele omstandigheid dat de raad van de Orde en de raad van beroep, organen van de Orde van architecten, uitspraak doen in tuchtzaken terwijl de nationale raad van de Orde, een ander orgaan van diezelfde Orde, kan tussenbeide komen in het debat dat voor de raad van beroep naar aanleiding van een tuchtzak wordt gevoerd, en de veroordeling van de vervolgte partij kan vorderen, volgt niet dat de rechtsprekende raden van de Orde niet onafhankelijk of niet onpartijdig zouden zijn<sup>180</sup>;
- uit de omstandigheid alleen dat de raad van beroep deels is samengesteld uit beroepsgenoten van de betrokkene valt niet af te leiden dat dit rechtcollege niet onafhankelijk en onpartijdig is in de zin van artikel 6.1 EVRM<sup>181</sup>;
- het loutere feit dat de leden-dierenartsen van de gemengde raad van beroep zijn aangewezen onder de leden van de gewestelijk raad wiens beslissing wordt bestreden, volstaat niet om bij de tuchtrechtelijk vervolgte dierenarts een schijn van partijdigheid te kunnen wekken<sup>182</sup>;
- een gebrek aan onpartijdigheid kan niet worden afgeleid uit de enkele omstandigheid dat de bestreden beslissing, voor de bepaling van de op te leggen sanctie, verwijst naar een vorige beslissing die mede werd gewezen door een rechter die zowel de bestreden beslissing heeft gewezen als de beslissing waarnaar wordt verwezen<sup>183</sup>;
- artikel 6.1 EVRM brengt niet met zich mee dat de tuchtrechtelijk vervolgte advocaat een onbeperkt aantal keren om uitstel van behandeling kan vragen<sup>184</sup>;

177. Cass. 4 februari 1993, AR nr. 9501, *Arr.Cass.* 1993, 74.

178. Cass. 12 juni 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 623.

179. Cass. 10 november 1995, AR D.95.0003.F, *Arr.Cass.* 1995, 487; Cass. 5 januari 2006, AR D.05.0005.N, *Arr.Cass.* 2006, 11; Cass. 13 maart 2008, AR D.07.0005.N, *Arr.Cass.* 2008, 179, 1; Cass. 26 februari 2010, AR D.08.0010.F, *Pas.* 2010, 138, concl. Adv. Gen. P. DE KOSTER.

180. Cass. 13 maart 2008, AR D.07.0002.N, *Arr.Cass.* 2008, 177, 3.

181. Cass. 13 maart 2008, AR D.07.0002.N, *Arr.Cass.* 2008, 177.

182. Cass. 8 december 2006, AR D.05.0011.N, *Arr.Cass.* 2006, 633.

183. Cass. 3 september 1998, AR D.97.0016.N, *Arr.Cass.* 1998, 380 (architect).

184. Cass. 13 maart 2008, AR D.07.0005.N, *Arr.Cass.* 2008, 179, 4.

- zelfs als de tuchtvordering in hoger beroep door de procureur-generaal bij het hof van beroep en niet meer door de stafhouder wordt ingesteld, schendt het feit dat de onderzoeker door de tuchtraad van beroep wordt gehoord artikel 6 EVRM niet<sup>185</sup>;
- artikel 6.1 EVRM wordt niet geschonden wanneer in het raam van een tuchtonderzoek de tuchtoverheid van een persoon vraagt de documenten die deze wettelijk verplicht is op te stellen, mee te delen<sup>186</sup>;
- artikel 6.1 EVRM belet niet dat het bureau (Orde van architecten) belast het voorafgaande onderzoek een oproeping doet zonder opgave van reden<sup>187</sup>;
- artikel 6.1 EVRM houdt niet in dat een tuchtrechtelijk vervolgte geneesheer het recht heeft om hoger beroep in te stellen.<sup>188</sup> Artikel 6.1 EVRM stelt, voor zover het in tuchtzaken van toepassing is, niet het vereiste van een dubbele aanleg<sup>189</sup>;
- de grief dat de straf evenredig moet zijn met de zwaarte van de feiten is vreemd aan artikel 6.1 EVRM<sup>190</sup>;
- artikel 6.1 EVRM wordt niet geschonden doordat de rechter weigert in te gaan op het verzoek personen te horen als getuigen waarvan de verklaringen in het dossier zijn opgenomen op grond dat de partij die het getuigenverhoor vraagt die verklaringen als zodanig niet betwist en die verklaringen blijven behoren tot het geheel van de voorhanden zijnde gegevens die de rechter bij zijn beoordeling betreft<sup>191</sup>;
- artikel 6.1 EVRM is niet van toepassing op een beslissing die enkel een tussengeschil bij een geschil ten gronde voegt<sup>192</sup>;
- artikel 6.1 EVRM bepaalt niet dat in tuchtzaken de sanctie wegens overschrijding van de redelijke termijn, het verval van de tuchtvordering is<sup>193</sup>;
- geen schending van artikel 6.1 EVRM (of van het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging) valt af te leiden uit de enkele omstandigheid dat de raad van beroep (geneesheer) heeft beslist geen acht te slaan op een schrijven van een raadsman van eiser en zijn bijlagen die na de sluiting van het debat zijn toegekomen<sup>194</sup>;
- de wetgever heeft het recht van verdediging inzake de Orde van geneesheren aan bijzondere regels onderworpen. Luidens artikel 25, § 4 KB nr. 79 van 10 november 1967 kan de raad van beroep, beslissende met een tweederdemeerderheid, de door de provinciale raad uitgesproken sanctie verzwaren. Uit artikel 6.1 EVRM volgt niet dat de raad van beroep, in het voorliggende geval, alvorens uitspraak te doen, eiser in de gelegenheid moest stellen zich te verdedigen over de verzwaring van de door de provinciale raad uitgesproken sanctie.<sup>195</sup>

185. Cass. 9 juni 2011, AR D.10.0008.F, *Arr.Cass.* 2011, 394.

186. Cass. 27 april 2001, AR D.00.0005.N, *Arr.Cass.* 2001, 241, concl. Adv. Gen. BRESSELEERS.

187. Cass. 25 november 1994, AR D.93.0019.N, *Arr.Cass.*, 516.

188. Cass. 20 december 2001, AR D.00.0032.N, *Arr.Cass.* 2001, 716.

189. Cass. 2 november 1989, AR 6286, *Arr.Cass.*, 135.

190. Cass. 3 september 1998, AR D.97.0028.N, *Arr.Cass.* 1998, 381.

191. Cass. 20 juni 1997, *Arr.Cass.* 1997, 289.

192. Cass. 13 april 1989, nr. 8398, *Arr.Cass.* 1988-89, 456.

193. Cass. 21 juni 2001, AR D.00.0003.N, *Arr.Cass.* 2001, 393.

194. Cass. 21 juni 2001, AR D.00.0003.N, *Arr.Cass.* 2001, 393.

195. Cass. 30 november 1990, AR nr. 7124, *Arr.Cass.* 1990-91, 173.

### 3. ARTIKEL 6 EVRM – PENAAL LUIK<sup>196</sup>

**54. Duiding** – Hoewel er geen discussie meer lijkt te bestaan over het feit dat in het raam van een tuchtprocedure “burgerlijke rechten en verplichtingen” worden vastgesteld in de zin van artikel 6 EVRM, is de vraag of er bij een tuchtprocedure sprake is van een “tegen hem ingestelde (straf)vervolgning” in de zin van artikel 6 EVRM nog meer voorwerp van debat (minstens *in concreto*).

Dat de begrippen “straf” en “strafvervolgning” in artikel 6 EVRM een autonome interpretatie krijgen, is genoegzaam bekend. Ook de (drie) criteria om van strafvervolgning gewag te maken, zijn sinds het arrest *Engel*<sup>197</sup>, dat betrekking heeft op een tuchtzaak, bekend.

Het eerste criterium is de wettelijke kwalificatie in de interne rechtsorde, het tweede de aard van de inbreuk en het derde de graad van de ernst van de straf die de persoon dreigt op te lopen. Het tweede criterium wordt beoordeeld in de verhouding tot de aard van de sanctie die op de inbreuk is gesteld, en om te oordelen of een inbreuk al dan niet strafrechtelijk van aard is, houdt het EHRM vnl. rekening met twee indicatoren, enerzijds de vraag of de inbreuk geldt voor alle burgers, dan wel slechts voor een bijzondere groep personen, en anderzijds de vraag of de sancties die op de inbreuk gesteld zijn een repressief en preventief oogmerk hebben.<sup>198</sup> Wat derde criterium betreft, is vooral vrijheidsberoving een indicator.<sup>199</sup> Het is evenwel geen exclusieve indicator. Zo kan ook de automatische en uniforme sanctie die erin bestaat dat de persoon die een leugenachtige lustratieverklaring heeft afgelegd gedurende tien jaar het recht wordt ontzegd om (een groot aantal) politieke en juridische beroepen uit te oefenen, beschouwd worden als een sanctie die minstens gedeeltelijk een punitief en afschrikkend karakter heeft.<sup>200</sup> Het tweede en derde criterium zijn alternatief en niet cumulatief, zij het dat een cumulatieve benadering mogelijk is als een analyse van de criteria afzonderlijk niet toelaat een duidelijke conclusie te bereiken over de vraag naar het bestaan van een strafvervolgning.<sup>201</sup>

196. Vaak wordt in de vermelde arresten ook de schending van art. 14 IVBPR aangehaald. Dat artikel biedt een bijkomende illustratie van deze categorie van oplosmiddelen. Dat wordt in de tekst evenwel niet verder uitgewerkt.

197. EHRM 8 juni 1976, nrs. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 en 5370/72, *Engel et al. t. Nederland*, serie A, 22.

198. EHRM 21 februari 1984, nr. 8544/79, *Oztürk t. Duitsland*, serie A, 73, r.o. 52-53.

199. EHRM 8 juni 1976, nrs. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 en 5370/72, *Engel et al. t. Nederland*, serie A, 22, r.o. 82, *in fine*; EHRM 24 februari 1994, nr. 12547/86, *Bendenoun t. Frankrijk*, r.o. 47, laatste twee paragrafen; vgl. EHRM 23 maart 1994, nr. 14220/88, *Ravnsborg t. Zweden*, serie A, nr. 238-B, r.o. 35. Uit de vermelde arresten blijkt dat vrijheidsberoving op zich niet leidt tot de kwalificatie als strafsancie in de zin van art. 6 EVRM (zie ook F. KUTY, *Justice pénale et procès équitable. Notions générales Garanties d'une bonne administration de la justice*, vol. 1, Brussel, Larcier, 2006, nr. 71).

200. EHRM (besl.) 30 mei 2006, nr. 38184/03, *Matyjek t. Polen*, r.o. 52-55.

201. EHRM 9 oktober 2003, nrs. 39665/98 en 40086/98, *Ezeh en Connors t. UK, Reports of Judgments and Decisions* 2003-X, r.o. 82-86.



De hamvraag is hoe die criteria nu in de praktijk invulling moeten krijgen. Volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens is de regel dat tuchtvervolgning niet ressorteert onder het penale luik van artikel 6 EVRM. De vraag of het uitzonderlijk niet anders is, is een kwestie van casuïstiek.

Hoe gaat de nationale rechtspraak daarmee om?<sup>202</sup>

In een aantal gevallen heeft het Hof van Cassatie de toepassing van het penale luik van artikel 6 EVRM erg absoluut uitgesloten<sup>203</sup>:

- artikel 6.3 EVRM heeft betrekking op vervolgingen wegens een strafbaar feit en vindt geen toepassing in tuchtzaken<sup>204</sup>;
- artikel 6.3, a) EVRM is niet van toepassing op het voorbereidend tuchtonderzoek.<sup>205</sup> Artikel 6.1 EVRM is evenmin van toepassing op dat onderzoek in zoverre het de in artikel 6.3, a) vastgelegde rechten waarborgt als een specifiek bestanddeel van het recht op een eerlijk proces.<sup>206</sup>

In andere gevallen heeft het Hof van Cassatie *in abstracto* te kennen gegeven dat toepasselijkheid van het penale luik in tuchtzaken niet geheel uit te sluiten is, maar dat in het voorliggende geval er toch van strafvervolgning geen sprake is. Het Hof doet dikwijls zonder expliciet onderzoek of er sprake is van strafvervolgning. Uitzonderlijk geeft het Hof wel uitdrukkelijk te kennen waarom er van strafvervolgning geen sprake is. Ter illustratie:

- in een arrest van 14 mei 1987 overweegt het Hof erg uitgebreid: om uit te maken of in een tuchtprocedure moet worden beslist over de gegrondheid van een strafvervolgning in de zin van artikel 6 EVRM, moet worden rekening gehouden met de kwalificatie van de aan de betrokkene verweten handeling in het intern recht, met de aard van de handeling, alsmede met de ernst van de straf die aan de betrokkene kan worden opgelegd. Wanneer aan een magistraat wordt verweten dat hij zijn ambtsplichten heeft verzuimd doordat hij aan zijn korpschef geen toestemming heeft gevraagd om deel te nemen aan een radio-uitzending en dat hij eraan deelgenomen heeft, is er geenszins een strafbaar feit. Er kan geen andere tuchtstraf worden opgelegd dan een waarschuwing, enkele censuur of censuur met berisping. Daaruit volgt dat de tuchtprocedure niet kan worden beschouwd als een procedure die tot doel heeft te doen beslissen over de gegrondheid van een strafvervolgning<sup>207</sup>;
- artikel 6.2 EVRM (impliciet): genoemd artikel is niet van toepassing op vervolgingen in tuchtzaken voor de telastleggingen *die niet betrekking hebben op strafbare feiten in de zin van deze bepaling*<sup>208</sup>;

202. Zie ook *supra*, nr. 22.

203. Sommige rechtsleer is al even absoluut, bv. D. HOLSTERS, "Strafrecht en tuchtrecht", *o.c.*, 812.

204. Cass. 24 december 1993, AR nr. 8059, *Arr.Cass.* 1993, 549; Cass. 6 december 1979, *Arr.Cass.* 1979-80, 227.

205. Cass. 26 februari 2010, AR D.08.0010.F, *Pas.* 2010, 138, concl. Adv. Gen. DE KOSTER.

206. Cass. 21 februari 2014, AR D.12.0014.F.

207. Cass. 14 mei 1987, AR nr. 7639, *Pas.* 1987, I, 538, concl. (toenm.) Adv. Gen. J. VELU (magistraat).

208. Cass. 27 april 2001, AR C.00.0258.N, *Arr.Cass.* 2001, 240.

- *tijd en faciliteiten*: artikel 6.3.b EVRM is in beginsel niet van toepassing in een tuchtprocedure waarin de schorsing wordt uitgesproken wegens deontologische fouten<sup>209</sup>;
- artikel 6.3, a) en b) EVRM zijn *in beginsel* niet van toepassing op een tuchtprocedure die is ingesteld op grond van aangevoerde inbreuken op de regels van de plichtenleer en die kan leiden tot een schorsing van het recht om het beroep uit te oefenen<sup>210</sup>;
- in een arrest van 5 december 2014 m.b.t. een arts oordeelt het Hof van Cassatie: “Een tuchtvervolging die voor gevolg heeft dat aan de betrokken geneesheer een tijdelijk of definitief verbod tot verdere uitoefening van zijn beroep kan worden opgelegd, is een procedure die de vaststelling van burgerlijke rechten of verplichtingen tot voorwerp heeft en aldus onder het civiele luik van artikel 6.1 EVRM valt. De omstandigheid dat aan een tuchtvervolging strafrechtelijk vervolgte feiten ten grondslag liggen en dit meebrengt dat er ook in artikel 6.2 en 6.3 EVRM bepaalde waarborgen moeten in acht genomen worden, heeft niet tot gevolg dat die tuchtvervolging ook onder het strafrechtelijk luik van artikel 6.1 EVRM valt. In zoverre het middel aanvoert dat de tuchtvervolging van de eiser bovendien van strafrechtelijke aard is, berust het op een onjuiste rechtsopvatting. Het middel faalt in zoverre naar recht”<sup>211</sup>.

In een laatste lijst van gevallen<sup>212</sup>, heeft het Hof van Cassatie in (min of meer ex- of impliciet) de tuchtprocedure getoetst aan de strafprocesrechtelijke waarborgen vervat in artikel 6 EVRM:

- *vermoeden van onschuld*: een architect kreeg een tuchtsanctie omdat hij weigerde de documenten te verschaffen die nodig zijn bij het vervullen van de opdracht van de raad van de Orde. Voor het Hof van Cassatie voerde de architect aan dat niemand ertoe kan gehouden zijn tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen, of ertoe bij te dragen dat de sanctie die de procedure beoogt jegens hem wordt opgelegd. Eiser steunde zijn grief niet alleen op artikel 6.1 EVRM en op het algemeen rechtsbeginsel dat de eerbiediging van het recht van verdediging voorschrijft, maar ook op artikel 6.2 EVRM. Het Hof oordeelt dat een tuchtoverheid in het raam van een tuchtonderzoek van een persoon hem kan vragen de documenten die hij wettelijk verplicht is op te stellen, mede te delen. Een dergelijke verplichting staat niet gelijk

209. Cass. 7 mei 1999, AR D.98.0044.N, *Arr.Cass.* 1999, 271.

210. Cass. 21 september 2001, AR D.00.0029.F, *Arr.Cass.* 2001, 487.

211. Cass. 5 december 2014, AR D.14.0002.N.

212. Behalve in de lijst vermelde gevallen zou ook nog kunnen worden verwezen naar Cass. 15 juni 1989, AR nr. 8583, *Arr.Cass.* 1988-89, 605. In dat arrest, dat betrekking had op een magistraat, heeft het Hof van Cassatie uitdrukkelijk beslist dat er sprake was van strafvervolging in de zin van art. 6 EVRM, omdat “de aan eiseres verweten handeling k(o)n worden aangemerkt als het bij art. 147 Sw. omschreven en gestrafte misdrijf “willekeurige gevangenhouding”. Ik heb het arrest niet opgenomen in de tekst omdat het betrekking had op het vereiste van een onpartijdige rechter. Dat is niet specifiek strafrechtelijk. Deze uitspraak is allicht te verklaren doordat ten tijde van het arrest er t.a.v. magistraten geen sprake was van burgerlijke rechten en plichten in de zin van art. 6 EVRM (intussen is er evenwel het arrest EHRM (grote Kamer) 19 april 2007, nr. 63235/00, *Vilho Eskelinen et al. t. Finland*).

met de verplichting bij te dragen tot zijn eigen tuchtrechtelijke veroordeling. Het Hof besluit dat de bestreden beslissing de aangewezen verdragsbepalingen niet mis kent door de oplegging van een tuchtmaatregel omdat eiser als architect aan de vraag documenten te overhandigen geen gevolg had gegeven. Aldus geeft het Hof impliciet te kennen dat het artikel 6.2 EVRM van toepassing acht in tuchtprocedures.<sup>213</sup> In een arrest van 29 juni 2007 is het Hof expliciet: het vermoeden van onschuld vervat in artikel 6.2 EVRM is van toepassing in tuchtprocedures wanneer de procedure die concreet gevoerd wordt, leidt of kan leiden tot de schrapping van de beroepsbeoefenaar (*in casu arts*)<sup>214</sup>;

- *zwijgrecht/non-incriminatiebeginsel*: in een arrest van 18 februari 1994 overwoog het Hof van Cassatie dat een aan de plichtenleer van een beroep onderworpen persoon eerlijkheid en loyauteit verschuldigd is aan zijn tuchtoverheid. Het vervolgde dat de bestreden beslissing de in het onderdeel aangewezen wetsbepalingen niet schendt door te oordelen “dat in tuchtzaken een advocaat geen zwijgrecht heeft, doch wel een plicht van loyauteit en oprechtheid ten overstaan van de disciplinaire overheden en dit deel uitmaakt van de deontologie van het beroep”.<sup>215</sup> Het Hof gaf hiermee te kennen dat het zwijgrecht geen gelding heeft in tuchtzaken.<sup>216</sup>

In recente(re) rechtspraak acht het Hof van Cassatie het recht om te zwijgen en niet mee te werken aan de eigen inbeschuldigingstelling, vervat in artikel 6.1 EVRM evenwel in de regel van toepassing in tuchtzaken.<sup>217</sup>

In een arrest van 1 oktober 2009 oordeelt het Hof dat het recht van de beklaagde of vervolgte niet te moeten bijdragen tot het bewijs van de ten laste gelegde feiten en mee te werken aan zijn veroordeling, zoals vervat in het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging, artikel 6.1 EVRM en artikel 14.3.g IVBPR, in beginsel van toepassing is in tuchtzaken *ook al kan de concrete invulling van die rechten afhangen van de specifieke aard van de tuchtprocedures*. Het onderdeel dat ervan uitgaat dat die regels zonder meer niet verzoenbaar zijn met de waarheidsvinding in het tuchtrecht en niet mogen worden toegepast op vervolgingen in tuchtzaken, faalt naar recht. Het Openbaar Ministerie had anders geconcludeerd<sup>218, 219</sup>;

- *bijstand van een advocaat* (art. 6.3.c EVRM): in een arrest van 16 november 2012 heeft het Hof in een zaak betreffende architecten geoordeeld dat artikelen 6, § 1 en 6, § 3, c), EVRM toepasselijk zijn op een tuchtprocedure inzake feiten die aanleiding

213. Cass. 3 juni 2005, AR D.04.0016.N, *Arr.Cass.* 2005, 315.

214. Cass. 29 juni 2007, AR D.06.0012.N, *Arr.Cass.* 2007, 368.

215. Cass. 18 februari 1994, AR D.93.0022.N, *Arr.Cass.* 1994, 82.

216. Zie ook de arresten aangehaald in voetnoten 31 en 33.

217. Cass. 25 november 2011, AR D.11.0016.F, *Pas.* 2011, 647. Zie ook *infra*, nr. 61.

218. Cass. 10 oktober 2007, AR D.07.0024.N, *Arr.Cass.* 2009, 544.

219. Zie voor meer over de correlatie tussen zwijgrecht en loyauteitsplicht, o.m. J. ALARDIN en J. CASTIAUX, *Le droit disciplinaire dans la jurisprudence, o.c.*, 87-99; D. LINDEMANS, “De waarheidsverplichting van de advocaat tegenover zijn tuchtoverheid op de helling?”, *RW* 2003-04, (55), 56; B. VANLERBERGHE, “Zwijgrecht versus spreekplicht in burgerlijke zaken en in tuchtzaken” in A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN en J. ROZIE (eds.), *Zwijgrecht versus spreekplicht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 18 *et seq.* Zie ook verder in de tekst nog voetnoot 246 en enkele beschouwingen in Afdeling 5. Besluit in het licht van de evolutieve invalshoek.

kunnen geven tot een sanctie welke gelet op de aard, de ernst en de zwaarwichtigheid ervan als een strafsanctie in de zin van artikel 6 EVRM moet worden aangezien. Vervolgens heeft het geoordeeld dat het recht op een eerlijk proces en op bijstand van een advocaat, gewaarborgd door de genoemde bepalingen, inhoudt dat aan een persoon die het voorwerp uitmaakt van een tuchtvervolging m.b.t. feiten die aanleiding kunnen geven tot een straf in de zin van artikel 6 EVRM, bij zijn verhoor tijdens het tuchtrechtelijk vooronderzoek toegang wordt verleend tot een advocaat in zoverre hij zich in een kwetsbare positie bevindt. Het verhoor in het raam van een tuchtrechtelijk vooronderzoek, waarbij de onderzoekers geen vrijheidsbenemende maatregelen, noch andere dwangmaatregelen kunnen treffen, heeft in de regel niet tot gevolg dat de betrokkene zich in een kwetsbare positie bevindt.<sup>220</sup> Blijkens de conclusie van advocaat-generaal DUBRULLE voor dit arrest, heeft het Hof zich hierbij laten inspireren door enkele arresten in strafzaken.<sup>221</sup> Het Hof duidt niet aan waarom de tuchtprocedure voor architecten een strafprocedure is in de zin van artikel 6 EVRM, maar lijkt er wel vanuit te zijn gegaan dat dat wel degelijk het geval is. Anders had het Hof eenvoudigweg kunnen oordelen dat dat niet het geval is en had het niet verder moeten nagaan in hoeverre er sprake was van een kwetsbare positie;

- in antwoord op de onderdelen van een middel waarbij schending werd aangevoerd van de artikel 6.3.b (*tijd en faciliteiten nodig voor verdediging*) en d (*getuigen ondervragen*) van het EVRM, antwoordt het Hof dat het niet-contradictoir getuigenis, afgelegd tijdens het onderzoek van de zaak tegen eiser voor de onderzoekscommissie, eisers recht van verdediging niet heeft kunnen schenden, daar uit de vaststellingen van de bestreden beslissing blijkt dat eiser kennis heeft kunnen nemen van het verhoor en dat hij zijn verdediging ter zake heeft kunnen waarnemen en ook heeft waargenomen<sup>222</sup>;
- artikel 6.3 EVRM: in een arrest van 20 december 2001 (geneesheer) oordeelt het Hof dat de aangevoerde schending van het door artikel 6.3 EVRM gewaarborgde recht om getuigen te laten verhoren, niet kan worden aangenomen nu die bepaling niet geschonden wordt door het feit dat een rechter op grond van de stukken van het dossier zich volledig ingelicht acht.<sup>223</sup> Het Hof aanvaardt hierbij (impliciet) de toepasselijkheid van het in artikel 6.3 vervatte recht in tuchtzaken.

**55. Evaluatie** – Het is hier niet de plaats deze problematiek uitgebreid te onderzoeken. Volstaan kan worden met twee vaststellingen: (i) de criteria van het *Engels*-arrest maken het voor het Hof van Cassatie niet gemakkelijk met zekerheid te oordelen over de toepasselijkheid van het penale luik van artikel 6 EVRM in een concrete tuchtprocedure en (ii) in een aantal gevallen waarin het Hof van Cassatie (impliciet) heeft

220. Cass. 16 november 2012, AR D.11.0021.N, concl. Adv. Gen. DUBRULLE.

221. Zie voetnoot 2 van de concl. van de Adv. Gen.

222. Cass. 3 september 1998, AR D.97.0028.N, *Arr.Cass.* 1998, 381.

223. Cass. 20 december 2001, AR D.00.0032.N, *Arr.Cass.* 2001, 716.

geoordeeld dat er sprake is van strafvervolgning in de zin van artikel 6 EVRM, lijkt het Hof verder te zijn gegaan dan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens allicht zou vereisen. Uit de rechtspraak van de Europese instanties blijkt bv. dat de schraping op zich genomen niet als strafsanctie te beschouwen is.<sup>224</sup> Het Hof van Cassatie lijkt soms van het tegendeel te zijn uitgegaan. Met het recente arrest van 5 december 2014<sup>225</sup> lijkt het Hof zijn rechtspraak op dit punt verder te verfijnen.

#### 4. Artikel 7 EVRM<sup>226</sup>

**56. Toepassing** – In een arrest van 2 november 1989 heeft het Hof van Cassatie geoordeeld dat artikel 7.1 EVRM alleen toepasselijk is ter zake van strafbare feiten en niet op tuchtzaken die geen betrekking hebben op de gegrondheid van een strafvervolgning.

In een arrest van 3 september 1998 oordeelt het Hof in absolute(re) termen dat artikel 7, eerste lid EVRM niet van toepassing is in tuchtzaken.<sup>227</sup>

In een arrest van 26 februari 2010 is het Hof genuanceerder: artikel 7 EVRM geldt niet voor tuchtprocedures, tenzij ze de gegrondheid van een strafvervolgning betreffen<sup>228</sup>

## B. Het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel als oplosmiddel

**57. Duiding** – Het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel fungeert als oplosmiddel wanneer het vereist dat de materiële, wettelijke begrenzing van een norm tot het strafproces of het civiel proces buiten toepassing wordt gelaten, zodat hij ook van toepassing wordt in het tuchtproces, of wanneer het vereist dat een norm van het tucht (proces) wordt vernietigd of (in een bepaalde interpretatie) buiten toepassing gelaten omdat hij zonder afdoende motivering afwijkt van een regel van het strafprocesrecht of civiel procesrecht.

**58. Toepassingen** – Uit de geanalyseerde rechtspraak bleek een beroep op het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel zelden succesvol.

224. Zie bv. ECRM 9 september 1998, nr. 38378/97, *Gonzalez t. Frankrijk*; EHRM 21 november 2000, nr. 37075/97, *Luksch t. Oostenrijk*; EHRM 9 januari 2013, nr. 21722/11, *Oleskandr Volkov t. Oekraïne*; EHRM 19 februari 2013, nr. 47195/06, *Müller-Hartburg t. Oostenrijk*.

225. Zie voetnoot 211.

226. Vaak wordt in de vermelde arresten ook de schending van art. 15 IVBPR aangehaald. Dat artikel biedt een bijkomende illustratie van deze categorie van oplosmiddelen. Dat wordt in de tekst evenwel niet verder uitgewerkt.

227. Cass. 3 september 1998, AR D.97.0028.N, *Arr.Cass.* 1998, 381.

228. Cass. 26 februari 2010, AR D.08.0010.F, *Pas.* 2010, 138, concl. Adv. Gen. DE KOSTER.

In volgend geval werd een schending van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel aanvaard:

- het feit dat in het tuchtrecht voor magistraten aan een verzoek tot herziening een termijn wordt gekoppeld die geen equivalent heeft in strafzaken en waarvan men de verantwoording niet inziet<sup>229</sup>;
- vóór de inwerkingtreding van de wet van 6 april 1992 werd de wet zo geïnterpreteerd dat er geen hoger beroep mogelijk was tegen de tuchtstraffen die de raad van de arrondissementskamer aan de gerechtsdeurwaarders kon opleggen in het raam van het toen toepasselijke artikel 531 Gerechtelijk Wetboek. Het Grondwettelijk Hof oordeelde dat daardoor op discriminatoire wijze afbreuk werd gedaan aan de rechten van de betrokken gerechtsdeurwaarders omdat gerechtsdeurwaarders, zonder redelijke verantwoording, verschillend werden behandeld t.a.v. het merendeel van de overheidsambtenaren en van de beoefenaars van vrije beroepen die over een jurisdictioneel beroep beschikken tegen straffen die hen worden opgelegd.<sup>230</sup>

In vele andere gevallen bracht het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel geen soelaas voor de geformuleerde grieven.

Zo heeft het Grondwettelijk Hof zich uitgelaten over de vraag of de gelijkenissen tussen strafrecht en tuchtrecht impliceren dat inzake het cassatieberoep voor beide materies dezelfde ontvankelijkheidsvoorwaarden moeten worden ingesteld. Het antwoord is negatief:

*“Wanneer de wetgever (...) in de mogelijkheid voorziet om cassatieberoep in te stellen tegen de tuchtbeslissingen van een kamer van beroep van een beroepsinstituut, dan is hij niet verplicht om het instellen van dat cassatieberoep te onderwerpen aan dezelfde ontvankelijkheidsvoorwaarden als het instellen van een cassatieberoep in strafzaken.*

*(...) (D)at een tuchtrechtelijk veroordeelde persoon, naar het voorbeeld van de cassatieprocedure in burgerlijke zaken doch in tegenstelling tot de strafrechtelijk veroordeelde persoon, voor het indienen van een voorziening in cassatie een beroep moet doen op een advocaat bij het Hof van Cassatie (kan) redelijkerwijs niet worden geacht de rechten van die partij op onevenredige wijze te beperken”.*<sup>231</sup>

Evenmin oordeelde het Grondwettelijk Hof dat een termijn voor het instellen van een cassatieberoep voor advocaten van één maand na de kennisgeving van de beslissing van de raad van beroep het gelijkheidsbeginsel zou schenden omdat dat een niet-gerechtvaardigde discriminatie zou inhouden met de termijn van de voorziening in cassatie die in de wet tot oprichting van een instituut voor de bedrijfsjuristen is bepaald en t.a.v. de rechtzoekenden die in civiele zaken, waarmede de tuchtzaken

229. GwH 8 mei 2001, nr. 54/2001, B.18.5.

230. GwH 9 januari 2002, nr. 3/2002.

231. GwH 20 december 2012, nr. 160/2012, B.4.3 en B.6.

worden gelijkgesteld, voor een voorziening in cassatie een termijn van drie maanden hebben om eenzelfde voorziening in te stellen:

*“Wanneer de wetgever (...) in de mogelijkheid voorziet om cassatieberoep in te stellen tegen de beslissingen van een tuchtraad van beroep, dan is hij niet verplicht om het instellen van dat cassatieberoep te onderwerpen aan dezelfde ontvankelijkheidsvoorwaarden als het instellen van een cassatieberoep tegen de beslissingen van andere tuchtraden van beroep noch aan dezelfde ontvankelijkheidsvoorwaarden als het instellen van het gemeenschappelijke cassatieberoep in burgerlijke zaken”.*<sup>232</sup>

Verder oordeelt het Grondwettelijk Hof dat het verschil in behandeling tussen bepaalde categorieën van personen dat voortvloeit uit de toepassing van verschillende tuchtstatuten en van de daarin opgenomen procedureregels t.a.v. wezenlijk verschillende functies op zich geen discriminatie inhoudt<sup>233</sup> en meer concreet dat er een verschil bestaat dat op een objectief criterium berust tussen de toestand van magistraten en de toestand van ambtenaren die het voorwerp uitmaken van een tuchtrechtelijke procedure.<sup>234</sup>

Meer concreet heeft het Grondwettelijk Hof geoordeeld dat het gelijkheidsbeginsel o.m. niet kan fungeren als oplosmiddel voor volgende eigenlijke rechtstreekse abstracte interferenties<sup>235</sup>:

- *herstel in eer en rechten zoals geregeld in het Wetboek van Strafvordering* t.a.v. het tuchtrecht van magistraten: gezien de belangrijke bevoegdheden waarover de magistraten beschikken, het vertrouwen dat het gerecht de burger moet inboezemen, en het feit dat een ernstige tuchtfout van een magistraat het hele korps in diskrediet kan brengen, vereist het gelijkheidsbeginsel niet dat de wetgever voor de magistraten, wat betreft de uitwissing en het herstel in eer en rechten, maatregelen vaststelt die identiek zouden zijn met die waarin is voorzien voor de personen die strafrechtelijk kunnen worden vervolgd<sup>236</sup>;
- *verjaringstermijn voor het instellen van een tuchtvoordering*:
  - \* gelet op het feit dat de tuchtoverheid in alle gevallen, hetzij krachtens een algemeen rechtsbeginsel, hetzij krachtens artikel 6.1 EVRM in de verschillende stadia van de procedure de redelijke termijn in acht moet nemen, vereist het gelijkheidsbeginsel niet dat de wetgever, t.a.v. gerechtsdeurwaarders, zoals hij dat heeft gedaan voor tuchtvoorderingen t.a.v. advocaten, magistraten of griffiers,

232. GwH 13 december 2006, nr. 200/2006, B.5.

233. GwH 17 maart 2004, nr. 39/2004, B.4.5; GwH 4 februari 2010, nr. 8/2010, B.3; GwH 22 januari 2015, nr. 4/2015, B.7.1.

234. GwH 8 mei 2001, nr. 54/2001, B.14.2.

235. Het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel wordt ook dikwijls gecombineerd met de andere in de tekst genoemde oplossingsmiddelen. Zie voor een voorbeeld van combinatie met art. 6.1 EVRM en het algemeen rechtsbeginsel van de onpartijdigheid van de rechter: GwH 21 december 2005, nr. 195/2005.

236. GwH 8 mei 2001, nr. 54/2001, B.15; vgl. met GwH 16 januari 2002, nr. 12/2002.

uitdrukkelijk de redelijke termijn moet vaststellen waarbinnen de tuchtvoorde-  
ring moet worden ingesteld; hij kan de rechter de redelijke termijn *in concreto*  
laten bepalen<sup>237</sup>;

- \* gezien de eigen aard en finaliteit van tucht- en strafprocedures, gebiedt het  
gelijkheidsbeginsel niet dat de wetgever in een verjaring van tuchtvoorde-  
ring voorziet indien hij er in een verjaring van tuchtvoorde-  
ring voorziet voor de strafvoorde-  
ring<sup>238</sup>;
- *artikel 12, tweede lid Grondwet* (het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel): het straf-  
rechtelijk legaliteitsbeginsel is niet van toepassing in tuchtzaken<sup>239</sup>, waaruit volgt  
dat de tuchtvoorde-  
ring die tot doel heeft te onderzoeken of de titularis van een open-  
baar ambt of van een beroep de deontologische of disciplinaire regels heeft over-  
schreden of afbreuk heeft gedaan aan de eer of de waardigheid van zijn ambt of  
beroep, betrekking kan hebben op tekortkomingen die niet noodzakelijk het voor-  
werp uitmaken van een precieze definitie; de omstandigheid dat in artikel 532 van  
het Gerechtelijk Wetboek niet is bepaald voor welke tuchtrechtelijke inbreuken de  
gerechtsdeurwaarder kan worden afgezet, is op zich geen onevenredige inbreuk op  
diens rechten, nu de tuchtvoorde-  
ring bij het opleggen van een tuchtstraf het algemeen  
rechtsbeginsel van de evenredigheid van de straf moet toepassen. Artikel 532 van  
het Gerechtelijk Wetboek schend de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet.<sup>240</sup>

Daarnaast is het arrest van 25 maart 2011<sup>241</sup> van het Hof van Cassatie hier vermeldenswaardig. In dat arrest heeft het Hof van Cassatie geoordeeld:

*“Uit het geheel van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, meer bepaald de arresten van 1 oktober 2003 in de zaak 128/2003, 13 december 2006 in de zaak 197/2006 en 11 maart 2009 in de zaak 51/2009, blijkt dat, anders dan de eiser voorhoudt, de omstandigheid dat de bepalingen van de Artsenwet niet voorzien in de verplichting dat de kennisgeving van de beslissing van de raad van beroep de informatie moet bevatten omtrent de mogelijke rechtsmiddelen, de instanties waar ze aanhangig moeten worden gemaakt en de vormen en termijnen die daarbij in acht dienen te worden genomen, geen onevenredige beperking inhoudt van de rechten van de eiser die het voorwerp uitmaakt van een tuchtprocedure waarop voormelde Artsenwet van toepassing is en dat enkel wat de termijn betreft om cassatieberoep in te stellen afwijkt van het gemene*

237. GwH 4 februari 2010, nr. 8/2010, B.2-B.10.

238. Arbitragehof 7 december 1999, nr. 129/99, [www.grondwettelijkhof.be](http://www.grondwettelijkhof.be). De zaak had betrekking op rijkswachters, maar leek me hier toch vermeldenswaardig.

239. Zie voor toepassingen Cass. 23 september 1968, *Arr.Cass.* 1969, 84 (architect): de voorschriften van de plichtenleer van een vrij beroep bestaan ook wanneer zij niet in een tekst uitdrukkelijk zijn opgenomen. Hieruit volgt dat, als de wetgever aan de nationale raad opdracht geeft om die voorschriften vast te stellen en te vragen dat zij daarna bij een KB bindend worden verklaard, hij de beoordelingsbevoegdheid van de tuchtvoorde-  
ring van de orde niet beperkt heeft tot de overtreding alleen van de aldus gestelde voorschriften. Zie ook Cass. 6 januari 1969, *Arr.Cass.* 1969, 421 (architect); Cass. 19 juni 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 656; Cass. 2 juni 1983, AR nr. 6707, *Arr.Cass.* 1982-83, 546; Cass. 23 januari 2003, AR D.02.0015.F, *Arr.Cass.* 2003, 54 (vastgoedmakelaar).

240. GwH 4 februari 2010, nr. 8/2010, i.h.b. B.12. Zie eveneens GwH 10 november 2011, nr. 175/2011, B.5.2.

241. Cass. 25 maart 2011, AR D.10.0006.N, *Arr.Cass.* 2011, 228.



*recht. Dit is het geval zowel in vergelijking met een sociaal verzekerde bedoeld in artikel 704, § 2, Gerechtelijk Wetboek als met de ambtenaar die tegen de veroordeling tot een tuchtstraf enkel kan opkomen door een beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State”.*

Uit een ouder arrest van het Hof van Cassatie blijkt dat het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel zich niet verzet tegen het principe van de individuele straftoemeting in tuchtzaken: nu de beslissingen van rechters geen algemeen en als regel geldende beschikkingen mogen uitmaken, doet de soevereine straftoemeting die de (tucht)rechter doet, rekening houdend met alle omstandigheden eigen aan de zaak, geen afbreuk aan het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel.<sup>242</sup>

**59. Evaluatie** – Hoewel het gelijkheidsbeginsel als oplosmiddel dus zelden effectief blijkt, is het niet uit het oog te verliezen.

In de rechtsleer worden nog mogelijke problemen aangehaald die langs deze weg zouden kunnen worden opgelost. Zo suggereren bv. ALARDIN en CASTIAUX deze weg voor de (niet-)vereiste eenparigheid van stemmen bij verzwaring van de in eerste aanleg opgelegde sanctie.<sup>243</sup>

## C Het algemeen rechtsbeginsel als oplosmiddel

**60. Duiding** – In deze situatie is er een algemeen rechtsbeginsel dat van toepassing is in zowel het strafprocesrecht en/of het civiel procesrecht als in het tuchtproces; de verbijzondering van dat rechtsbeginsel in het strafprocesrecht en/of civiel procesrecht is slechts een aanwijzing van het bestaan van een algemeen rechtsbeginsel, dat ook in het tucht(proces)recht van toepassing is.

**61. Toepassingen** – In de geanalyseerde rechtspraak kan exemplatief o.m. naar de volgende illustraties worden verwezen:

- *het recht van verdediging*: het recht van een verdediging is een algemeen rechtsbeginsel dat van toepassing is op elke tuchtprocedure<sup>244</sup>;
  - \* het recht van verdediging wordt geschonden wanneer een tuchtsanctie wordt opgelegd gebaseerd op elementen uit een strafdossier wanneer dit dossier niet voor de sluiting van de debatten ter beschikking was van de vervoligde<sup>245</sup>;

242. Cass. 27 november 1967, *Arr.Cass.* 1968, 442.

243. J. ALARDIN en J. CASTIAUX, *Le droit disciplinaire dans la jurisprudence, o.c.*, 266-268.

244. GwH 10 november 2011, nr. 175/2011, B.7; GwH 17 januari 2013, nr. 1/2013, B.10. Dat laatste arrest bevat een goede illustratie van de onrechtstreekse oneigenlijke abstracte interferentie. Omdat het betrekking heeft op een tuchtregeling voor personeelsleden van politiediensten wordt het niet in de hoofdtekst vermeld: via het recht van verdediging komt het Grondwettelijk Hof ertoe te beslissen dat art. 51bis van de wet van 13 mei 1999 art. 10 en 11 Gw. schendt in zoverre het niet, zoals art. 53 Ger.W. in andere aangelegenheden, bepaalt dat de vervaldag wordt verplaatst tot de eerstvolgende werkdag indien die vervaldag een zaterdag, een zondag of een wettelijke feestdag is.

245. Cass. 7 september 1964, *Pas.* 1965, I, 10 (apotheker).

- \* *zwijgrecht/non-incriminatiebeginsel*: het recht van verdediging impliceert dat de beklaagde of de vervolgte het recht heeft om niet aan zijn veroordeling te moeten bijdragen. Het is in de regel van toepassing op tuchtzaken, zelfs als de beroepsbeoefenaar trouw, oprechtheid en eerbied aan de tuchtrechtelijke overheid verschuldigd is. Het stilzwijgen of de passieve houding van de vervolgte advocaat kunnen dus op zich geen tuchtsanctie of verzwareing van die sanctie tot gevolg hebben. Het impliceert evenwel niet dat de verklaring die een advocaat in het raam van een tuchtonderzoek vrij heeft afgelegd t.o.v. de tuchtrechtelijke overheid hem niet ten laste kan worden gelegd<sup>246</sup>;
- \* het recht van verdediging impliceert dat de appelrechters geen kritiek mogen uitoefenen op de wijze waarop een vervolgte zich voor de rechter heeft willen verdedigen en daarmee rekening houden bij de beoordeling van de ernst van de inbreuk en de zwaarte van de straf<sup>247</sup>;
- \* het recht van verdediging brengt niet met zich mee dat de tuchtrechtelijk vervolgte advocaat een onbeperkt aantal keren om uitstel van behandeling kan vragen<sup>248</sup>;
- \* *omschrijving van de telastlegging*: de eerbiediging van het recht van verdediging impliceert niet dat degene die tuchtrechtelijk vervolgd wordt, van bij het begin van het tegen hem gevoerde onderzoek nauwkeurige informatie moet krijgen over de hem verweten feiten en sluit niet uit dat hij ingevolge de beslissing in eerste aanleg daadwerkelijk kennis krijgt van de feiten waarvoor hij wordt vervolgd, voor zover in dat geval de tegenspraak werd gerespecteerd.<sup>249</sup>  
Het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging vereist niet dat de beslissing van de provinciale raad van de Orde van geneesheren tot tuchtrechtelijke vervolging of de oproeping om voor de provinciale raad te verschijnen een concrete inhoudelijke precisering moeten bevatten van de erin omschreven telastleggingen.<sup>250</sup>  
Het recht van verdediging vereist wel dat bij heromschrijving van de telastlegging voor dezelfde feiten de mogelijkheid wordt geboden verweer te voeren<sup>251</sup>;
- \* *motivering*: uit het enkele feit dat de bestreden beslissing niet met redenen zou zijn omkleed, kan geen schending van het recht van verdediging worden afgeleid<sup>252</sup>;
- \* *verzwareing van de sanctie in hoger beroep*<sup>253</sup>;
- *het algemeen rechtsbeginsel van de wapengelijkheid*: zie de beslissingen aangehaald in **voetnoten 185 en 191**;

246. Cass. 25 november 2011, AR D.11.0016.F, *Pas.* 2011, 647.

247. Cass. 9 oktober 2003, AR D.02.0008.N, *Arr.Cass.* 2003, 485.

248. Cass. 13 maart 2008, AR D.07.0005.N, *Arr.Cass.* 2008, 179, 4.

249. Cass. 21 februari 2014, AR D.12.0014.F.

250. Cass. 20 december 2001, AR D.00.0032.N, *Arr.Cass.* 2001, 716.

251. Cass. 4 maart 1999, AR D.97.0033.F, *Arr.Cass.* 1999, 132.

252. Cass. 8 september 2006, AR D.05.0014.N, *Arr.Cass.* 2006, 399.

253. Zie het arrest aangehaald in **voetnoot 195**.

- *het algemeen beginsel van de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de rechter*: het algemeen rechtsbeginsel dat de rechter onafhankelijk en onpartijdig moet zijn, bevestigd in artikel 6.1 EVRM, geldt voor alle rechtscolleges<sup>254</sup>, en o.m. de rechtscolleges die uitspraak moeten doen over tuchtvorderingen.<sup>255</sup>  
Beroepsbeoefenaars kunnen wat betreft de tuchtprocedure rechten putten uit het onpartijdigheidsbeginsel; daarbij moet het geheel van de procedure in acht genomen worden en moet rekening worden gehouden met de aard en de gevolgen van de op te leggen tuchtstraf<sup>256</sup>:
  - \* het algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk een rechter onpartijdig moet zijn, wordt miskend wanneer een persoon enerzijds als stafhouder bij een ter post aangetekende brief met bericht van ontvangst een advocaat dagvaardt voor de tuchtraad en in die dagvaarding zijn mening te kennen geeft dat het gaat om “zaken (die) een ernstige inbreuk vaststellen op deontologische regels en tuchtsancties kunnen meebrengen” en anderzijds deel uitmaakte van de raad van beroep<sup>257</sup>;
  - \* het algemeen rechtsbeginsel van de onpartijdigheid wordt miskend wanneer een lid van de raad van beroep die de bestreden beslissing heeft gewezen, eerder als lid van de provinciale raad van de Orde van geneesheren mede heeft beslist over de verwijzing van de vervolgte naar de onderzoekscommissie<sup>258</sup>;
  - \* een miskening van algemeen rechtsbeginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid kan niet worden afgeleid uit de omstandigheid dat leden van een provinciale raad die mede de beslissing hebben gewezen waarbij tegen een geneesheer een tuchtsanctie is uitgesproken, hebben deelgenomen aan de beslissing alvorens recht te doen om die geneesheer voor die raad te doen verschijnen<sup>259</sup>;
  - \* uit de omstandigheid dat bij het opleggen van tuchtstraffen die geen onmiddellijke financiële gevolgen hebben, dezelfde overheid bevoegd is om vervolging in te stellen, het tuchtdossier te behandelen en over de op te leggen straf te oordelen, kan geen schending van het algemeen rechtsbeginsel van onpartijdigheid van de tuchtverheid worden afgeleid, op voorwaarde dat de tuchtrechtelijk vervolgte persoon beschikt over een effectief rechtsmiddel<sup>260</sup>;
  - \* de omstandigheid alleen dat de tuchtraad van beroep van de Orde van advocaten is samengesteld uit vier advocaten en een magistraat schendt niet het algemeen rechtsbeginsel van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter<sup>261</sup>;

254. Het Hof achtte dit ook reeds van toepassing vóór het aanvaardde dat art. 6.1 EVRM in tuchtzaken van toepassing is. Zie Cass. 20 september 1979, *Arr.Cass.* 1979-80, 45; Cass. 14 november 1980, *Arr.Cass.* 1980-81, 162.

255. Cass. 14 mei 1987, AR nr. 7639, *Pas.* 1987, I, 538, concl. (toenm.) Adv. GEN. VELU (magistraat); Cass. 15 juni 1989, AR nr. 8583, *Arr.Cass.* 1988-89, 605; Cass. 4 februari 1993, AR nr. 9501, *Arr.Cass.* 1993, 74; Cass. 8 september 2006, AR D.05.0014.N, *Arr.Cass.* 2006, 399 (geneesheer).

256. GwH 17 maart 2004, nr. 39/2004, B.7.8-B.7.9, B.9.7.

257. Cass. 3 november 1988, AR nr. 5998, *Arr.Cass.* 1988-89, 134.

258. Cass. 25 februari 1999, AR D.96.0010.N, *Arr.Cass.* 1999, 117.

259. Cass. 4 februari 1993, AR nr. 9501, *Arr.Cass.* 1993, 74.

260. GwH 17 maart 2004, nr. 39/2004, B.9.9; vgl. Cass. 20 november 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, 189 (architect).

261. Zie Cass. 20 september 1979, *Arr.Cass.* 1979-80, 45; Cass. 14 november 1980, *Arr.Cass.* 1980-81, 162; zie ook de

- het *algemeen rechtsbeginsel van de terugwerkende kracht van de mildere strafwet*: in een arrest van 22 oktober 2004<sup>262</sup> heeft het Hof van Cassatie een beslissing van de tuchtraad van beroep van de balies in het rechtsgebied van het hof van beroep te Brussel vernietigd omdat die beslissing geen terugwerkende kracht had verleend aan de opheffing van een bepaling van het reglement van de Nationale Orde van advocaten. Het middel voerde de schending aan van artikel 15.1 IVBPR, artikel 2, tweede lid Strafwetboek, het algemeen rechtsbeginsel van de terugwerkende kracht van de mildere strafwet en de opheffingsbepaling. In zijn arrest laat het Hof in het midden op welke grief precies vernietigd wordt;
- het *persoonlijk karakter van de straf*: het algemeen rechtsbeginsel van het persoonlijk karakter van de straf houdt in dat de veroordeelde moet bestraft worden voor de hem ten laste gelegde feiten waarvan de rechter aanneemt dat de veroordeelde ze zelf heeft gepleegd. Het beginsel geldt ook in het tuchtrecht<sup>263</sup>;
- in 1993 oordeelde het Hof van Cassatie nog dat een *algemeen rechtsbeginsel van evenredigheid van de straf* niet bestaat in tuchtzaken. Het gaf daarbij te kennen dat men zich voor de toets van de evenredigheid zou moeten beroepen op artikel 3 EVRM.<sup>264</sup> Zoals hierboven reeds aangegeven, is het Hof intussen van die rechtspraak afgestapt. Nu wordt aanvaard dat het algemeen rechtsbeginsel van de evenredigheid van de straf, volgens hetwelk de straf in een redelijke verhouding moet staan tot het vergrijp geldt in het tuchtrecht<sup>265</sup>;
- het *algemeen rechtsbeginsel van het vermoeden van onschuld*: zie het arrest aangehaald in voetnoot 214.

Uiteraard<sup>266</sup> worden niet alle in het raam van het tucht(proces)recht aangevoerde “algemene rechtsbeginselen” als dusdanig aanvaard. Wederom ten exemplatieve titel:

- er is geen algemeen rechtsbeginsel van de dubbele aanleg. Het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging stelt evenmin als zodanig het vereiste van een dubbele aanleg<sup>267</sup>;
- de mogelijkheid om een tuchtstraf met uitstel of een voorwaardelijke tuchtstraf op te leggen, kan niet gegrond worden op een algemeen rechtsbeginsel “wie het meerdere kan, kan ook het mindere”<sup>268</sup>;

→ arresten aangehaald in voetnoot 179. Zie ook nog inzake architecten Cass. 4 maart 1983, AR nr. 3640, *Arr.Cass.* 1982-83, 369; zie ook het arrest aangehaald in voetnoten 180 en 181 en de overweging die voor die voetnoten wordt aangehaald. En inzake dierenartsen zie het arrest aangehaald in voetnoot 182.

262. Cass. 22 oktober 2004, AR D.03.0021.N, *Arr.Cass.* 2004, 500.

263. Cass. 13 maart 2008, D.07.0012.N, *Arr.Cass.* 2008, 180. Zie ook Cass. 2 januari 2014, AR D.12.0005.N, concl. Adv. Gen. VAN INGELGEM.

264. Cass. 19 november 1993, AR nr. 8132, *Arr.Cass.* 1993, 473.

265. Zie GwH 27 november 2008, nr. 169/2008; GwH 4 februari 2010, nr. 8/2010, B.12; Cass. 17 oktober 1966, *Arr.Cass.* 1967, 217 (impl.); Cass. 24 november 2009, AR D.09.0001.N, *Arr.Cass.* 2009; zie ook het arrest aangehaald in voetnoot 160.

266. Mede gelet op het feit dat dat ook algemeen genomen het geval is. Zie voor (relatief) recente meer omvattende overzichten o.m. A. BOSSUYT, “Les principes généraux du droit dans la jurisprudence de la Cour de cassation”, *JT* 2005, afl. 6201, (725), i.h.b. nrs. 49-55; P. MARCHAL, “Principes généraux du droit” in X (ed.), *RPDB Compl. Tome XI*, Brussel, Bruylant, 2011, (306), 306-420.

267. Cass. 2 november 1989, AR 6286, *Arr.Cass.*, 135 (architect).

268. Cass. 25 november 1994, AR D.93.0025.N, *Arr.Cass.* 1994, 517.

- er bestaat geen algemeen rechtsbeginsel dat tot bewijs van het tegendeel iedereen geacht wordt te goeder trouw te zijn<sup>269</sup>;
- een algemeen rechtsbeginsel van onderzoek door de tuchtrechter, volgens hetwelk deze ambtshalve de nodige initiatieven moet nemen als het aangedragen bewijsmateriaal onvoldoende is om tot een verantwoorde beslissing te komen, bestaat niet<sup>270</sup>;
- *de redelijke termijn*: het Hof van Cassatie oordeelde dat er geen algemeen rechtsbeginsel bestaat “inzake de redelijketermijneis in tuchtzaken”.<sup>271</sup>

## AFDELING 5. BESLUIT IN HET LICHT VAN DE EVOLUTIEVE INVALSHOEK

### § 1. De concrete interferentie

**62. Evaluatie** – De concrete interferentie tussen tuchtprocedures enerzijds en civiele procedures en strafprocedures anderzijds lijkt op zich genomen niet tot noemenswaardige problemen te leiden. Er zijn weinig gevallen van destructieve interferentie en constructieve interferentie is niet uitgesloten.

Hoewel er meer onderzoek nodig zou zijn om dat te staven, wijst dat erop dat de autonomie van de tuchtvordering vis-à-vis de civiele en penale procedures erg intact is gebleven de voorbije decennia.

De enkele vragen die rijzen m.b.t. de concrete interferentie houden vooral verband met ontwikkelingen binnen het strafprocesrecht en het civiel procesrecht en hun doorwerking naar het tuchtprocesrecht toe. Dikwijls is er nog geen gelegenheid geweest om daarover uitspraak te doen.

269. Cass. 9 september 1999, AR D.98.0005.N, *Arr.Cass.* 1999, 450.

270. Cass. 10 april 2008, AR D.07.0013.N, *Arr.Cass.* 2008, 221.

271. Cass. 21 juni 2001, AR D.00.0003.N, *Arr.Cass.* 2001, 393. Let wel: naar de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof moet de tuchtoverheid in de verschillende stadia van de procedure de redelijke termijn in acht nemen, *ongeacht of dat krachtens art. 6.1 EVRM dan wel krachtens een algemeen rechtsbeginsel is*; bijgevolg moet de tuchtoverheid *in concreto* nagaan of de tuchtprocedure binnen een redelijke termijn is ingesteld, rekening houdend met de aard en de complexiteit van de beweerdte tuchtrechtelijke inbreuk; daarbij kan rekening gehouden worden met alle elementen van de zaak, zoals bv. de omstandigheid dat, indien de feiten eveneens als een misdrijf kunnen worden omschreven, het, naar gelang van de bijzonderheden van het geval, verantwoord kan zijn het resultaat van de strafvordering af te wachten, vooraleer op tuchtrechtelijk vlak een beslissing kan genomen worden (GwH 4 februari 2010, nr. 8/2010, B.7). Het Hof van Cassatie aanvaardt in zijn rechtspraak in elk geval de toepasselijkheid van de redelijketermijneis van art. 6.1 EVRM: de redelijke termijn begint te lopen vanaf het ogenblik waarop de betrokkene door de tuchtvervolg wordt beschuldigd. Een persoon is beschuldigd wanneer hij in verdenking wordt gesteld wegens het plegen van een tuchtrechtelijk sanctioneerbaar feit of wanneer hij wegens enige daad van onderzoek onder de dreiging van een tuchtvervolg leeft en dit een ernstige weerslag heeft op zijn persoonlijke toestand (zie Cass. 13 maart 2008, AR D.07.0002.N, *Arr.Cass.* 2008, 177 (derde middel). Zie ook nog Cass. 5 december 2014, AR D.14.0002.N).

## § 2. *De verhouding tussen eigenlijke en oneigenlijke rechtstreekse abstracte interferentie*

**63. Evaluatie** – Artikel 2 Gerechtelijk Wetboek houdt zoals hierboven aangegeven niet zozeer in dat de bepalingen van de burgerlijke rechtspleging een soort gemeenrecht van de rechtspleging zijn, maar enkel dat die bepalingen leemten aanvullen telkens als dat noodzakelijk blijkt te zijn.<sup>272</sup>

Tegelijk belet een aan artikel 2 Gerechtelijk Wetboek analoge bepaling de toepassing van bepalingen van het Wetboek van Strafvordering in tuchtzaken. Tegen die achtergrond verbaast het niet dat er geen overtuigende vormen van oneigenlijke rechtstreekse abstracte interferentie tussen tuchtprocesrecht en strafprocesrecht konden gevonden worden. Des te meer waren de vormen van onrechtstreekse abstracte interferentie, waarover straks meer.

Het zijn, zo bleek, (dikwijls) de parallellen tussen het strafrecht en tuchtrecht die de grenzen van de toepasselijkheid van de bepalingen van de burgerlijke rechtspleging bepalen: telkens wanneer, gelet op die parallellen, het aangewezen is een beginsel dat geldt voor de strafprocedure in het tuchtrecht toe te passen, worden de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek niet toegepast op de tuchtprocedure.

Na enkele decennia toepassing van artikel 2 Gerechtelijk Wetboek kan worden vastgesteld dat de (late) uitbreiding met de “rechtsbeginselen, waarvan de toepassing niet verenigbaar is met de toepassing van de bepalingen van dit wetboek” noodzakelijk was, maar (vanuit zeker opzicht) onvoldoende: de betreffende passage geeft een erg ruime armslag aan de rechterlijke macht. De beslissingen over de draagwijdte van de bepaling zijn niet steeds doorzichtig.

## § 3. *De verhouding tussen rechtstreekse abstracte interferentie en onrechtstreekse abstracte interferentie*

**64. Evaluatie** – In deze bijdrage werd ervan uitgegaan dat de onrechtstreekse abstracte interferentie als oplosmiddel fungeert of kan fungeren voor de gevallen van eigenlijke rechtstreekse abstracte interferentie. In een aantal gevallen bleek dat zeker het geval.

Een treffende illustratie vormt de rechtspraak inzake de openbaarheid van de zitting en de uitspraak in tuchtzaken: dat artikel 757 van het Gerechtelijk Wetboek en

---

272. Zie de concl. van BRESSELEERS: Cass. 26 mei 1995, AR D.94.0034.N, *Arr.Cass.* 1995, 257, concl. Adv. Gen. BRESSELEERS.

artikel 148 van de Grondwet in tuchtzaken niet van toepassing zijn, wordt opgelost door de toepasselijkheid van artikel 6.1 EVRM.

Uit het beperkte overzicht van toepassingsgevallen dat in deze bijdrage aan bod kwam, blijkt evenwel dat er meer aan de hand is. De onrechtstreekse abstracte interferentie speelt nog een bijkomende rol.

Zij is niet alleen *oplos*middel voor gevallen van eigenlijke rechtstreekse abstracte interferentie. Zij is ook *vul*middel voor leemtes die overblijven na interferentie tussen tucht(proces)recht enerzijds en civiel (proces)recht en strafprocesrecht anderzijds.

In heel wat gevallen is er in het civiel procesrecht of het strafprocesrecht geen bepaling te vinden die voor rechtstreekse oneigenlijke abstracte interferentie in aanmerking komt. Men moet dan wel een beroep doen op onrechtstreekse abstracte interferentie.

Er kan ter zake verwezen worden naar vele gevallen van aangevoerde schending van het recht van verdediging, naar de problematiek van de rol van het vermoeden van onschuld, naar de rechtspraak inzake de faciliteiten die aan de tuchtvervolgde moeten toegekend worden, naar de rechtspraak over het zwijgrecht en de loyauteitsplicht ...

Dat de onrechtstreekse abstracte interferentie zowel als *oplos*- als als *vul*middel fungeert, is wellicht terug te voeren op de draagwijdte van artikel 2 Gerechtelijk Wetboek, en op de beperkte nationaalrechtelijke codificatie van enkele fundamentele straf(proces)rechtelijke en tuchtprocesrechtelijke waarborgen.

In de epiloog van deze bijdrage formuleer ik nog een begin van suggestie over hoe daarmee zou kunnen worden omgegaan ten einde de rechtszekerheid te verhogen en het contentieux dienaangaande in te perken.

#### § 4. *De verhouding tussen de verschillende categorieën van onrechtstreekse abstracte interferentie*

**65. Evaluatie** – Heel vaak als een internationale bepaling als oplosmiddel fungeert, blijkt dat ook een algemeen rechtsbeginsel als oplosmiddel fungeert of kan fungeren.<sup>273</sup>

Naar het Hof van Cassatie toe lijkt er veel voor te zeggen in de eerste plaats de rechtsvragen binnen de eigen, nationale rechtsorde te beslechten, d.w.z. wanneer zowel het algemeen rechtsbeginsel als het EVRM als oplosmiddel kan fungeren, te opteren voor het algemeen rechtsbeginsel.

273 Vgl. R. ERGEC, "Le droit disciplinaire et les droits de l'homme", *l.c.*, nr. 12.

Dat belet vooreerst dat een eerder ongelukkige kapstok wordt gekozen (zie bv. de rechtspraak inzake art. 3 EVRM die hierboven werd aangehaald en waarvan het Hof intussen is afgestapt). Daarnaast sluit het uit dat er tussen het Hof van Cassatie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dissidente uitspraken m.b.t. de verdragsartikelen bestaan.<sup>274</sup> Ten slotte lijkt het voor de coherentie en de consistentie het beste oplossingen voor rechtsvragen die rijzen in de eerste plaats binnen de eigen rechtsorde te zoeken, zij het met het steeds met het inter- en supranationaal recht in het achterhoofd.

De discussie rond het begrip strafvervolging in artikel 6 EVRM kan dat laatste verduidelijken. Zoals hierboven werd aangehaald, oordeelt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens slechts in een zeer beperkt aantal gevallen dat een tuchtproces een strafvervolging uitmaakt in de zin van artikel 6 EVRM.

LAMBERT merkt op dat het *anders dan men had kunnen verwachten* niet via het begrip strafvervolging is dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de waarborgen van artikel 6 EVRM heeft uitgebreid tot tuchtprocedures.<sup>275</sup> ERGEC juicht wat hij “liberale” rechtspraak van het Hof van Cassatie noemt, waarbij een ruime uitlegging aan het begrip strafvervolging in artikel 6 EVRM wordt gegeven, toe.<sup>276</sup>

Uit de geanalyseerde rechtspraak blijkt dat met deze auteurs heel veel advocaten pogingen ondernemen om het strafrechtelijk luik van artikel 6 EVRM in tuchtprocedures ingang te laten vinden.

Uit de geanalyseerde rechtspraak blijkt eveneens dat het Hof van Cassatie daar tot op zekere hoogte in meegaat, of toch minstens is in meegegaan.

Hoe moet men dat vanuit evolutief oogpunt beschouwen? Is te verwachten dat op middellange termijn het strafrechtelijk luik van artikel 6 EVRM via de rechtspraak in de interne rechtsorde in toenemende mate op tuchtprocedures van toepassing zal geacht worden? Dat lijkt me niet wenselijk. Niet alleen lijken de gevolgen moeilijk te overzien. Voor zover zij te overzien zijn, lijken ze vernietigend te kunnen zijn voor de tuchtprocedure. Een illustratie. Als er sprake is van strafvervolging in de zin van artikel 6 EVRM, is principieel ook artikel 4 van het Zevende Protocol (*ne bis in idem*) van toepassing. Na een tuchtvervolging waarin definitief uitspraak is gedaan, is alsdan een strafvervolging niet meer mogelijk. Niet alleen is dan een eigenlijke strafsancie, gevangenisstraf of geldboete verder uitgesloten, maar ook is verbeurdverklaring niet meer mogelijk.

---

274 Het Hof lijkt die gedragslijn minstens in een aantal gevallen aan te houden: wanneer het middel doel raakt en er zowel een schending van het EVRM als van een algemeen rechtsbeginsel wordt aangevoerd, vernietigt het Hof op grond van het algemeen rechtsbeginsel (zie bv. de arresten aangehaald in de voetnoten 257 en 258).

275. P. LAMBERT, “L'évolution de la fonction de juge et droit disciplinaire”, *o.c.*, 290.

276 R. ERGEC, “Le droit disciplinaire et les droits de l'homme”, *l.c.*, 42.



Door daarentegen de toepassing van eerder strafrechtelijke waarborgen in de tuchtprocedure nationaalrechtelijk in te bedden via algemene rechtsbeginselen, behoudt de rechter de controle over de gevolgen.

Acht men een dergelijke handelwijze niet aangewezen, dan lijkt het minstens aanbevelenswaardig de strafrechtelijke waarborgen uit het EVRM die men wil toepassen in tuchtprocedures via het algemeen recht op een eerlijk proces vervat in artikel 6.1 toe te passen, en niet via een extensieve interpretatie van het begrip strafvervolgning om tot de strafrechtelijke waarborgen vervat in artikelen 2, 6.3, 7 ... EVRM te kunnen komen.

Doordat er dikwijls niet alleen een intern *oplos/vul*middel bestaat, maar ook een internationaalrechtelijk, stelt men voorts een zekere inflatie van beschermingsgronden vast.

Dat creëert een zeker risico van een rechterlijk opbod inzake procesrechtelijke waarborgen die worden verleend.

Dat is een probleem dat niet zuiver internrechtelijk kan worden opgelost. Wel kan (negatieve) inflatie vanuit de interne rechtsorde ingeperkt worden door een goed evenwicht tussen autonomie van het tuchtrecht en de toepassing van het civiel procesrecht en het strafprocesrecht te handhaven.

Inzake de verhouding tussen tuchtprocesrecht en strafprocesrecht, geeft advocaat-generaal BRESSELEERS in zijn conclusie voor het arrest van 27 april 2001<sup>277</sup> een goed criterium om een juist evenwicht te handhaven: hij geeft te kennen dat de tuchtrechtspleging en de strafrechtspleging gaandeweg naar elkaar toe groeien en dat *er geen grond is om aan te nemen dat een tuchtrechtelijk vervolgd persoon, bij het voordragen van zijn verdediging, over een grotere vrijheid of meer rechten beschikt*.

M.a.w.: indien een bepaald gedrag van een strafrechtelijk vervolgd persoon kan worden vereist, zoals *in casu* het overleggen van stukken die onafhankelijk van de wil van die persoon bestaan, dan kan de tuchtrechtelijk vervolgd persoon zich niet op een algemeen rechtsbeginsel beroepen om een ruimere bescherming te krijgen dan de bescherming die het EVRM aan de strafrechtelijk beklagde biedt.

Integendeel: in een tuchtzaak is het van groter belang dat de betrokkene in zeker mate verplicht kan worden mee te werken aan het onderzoek dat hem betreft, niet alleen omwille van de bijzondere vertrouwensrelatie met de tuchtoverheid, maar ook omdat die overheid niet beschikt over de dwangmaatregelen van de strafvordering, zoals de huiszoeking.

277. Cass. 27 april 2001, AR D.00.0005.N, *Arr.Cass.* 2001, 241, concl. Adv. Gen. BRESSELEERS.

In navolging merkt HOLSTERS terecht op dat er een andere regel in de plaats van de loyauteitsregel moet komen om het evenwicht te bereiken tussen het verlies van de waarheidsverplichting en het achterhalen van de feiten. Pertinent voegt de auteur daaraan de vraag toe of het geven van politionele taken aan ordinale instanties de adviserende en bemiddelende functie ervan niet zal hypothekeren.<sup>278</sup>

Tegen deze achtergrond lijkt men erg voorzichtig te moeten zijn met de aanvaarde uitbreiding van het zwijgrecht naar de tuchtprocedure toe. De toekenning van een uitgebreid zwijgrecht aan de tuchtvervolgde lijkt het volledige systeem van het tucht(proces)recht op de helling te kunnen zetten, terwijl, zo bleek uit de analyse, de afwezigheid van zwijgrecht, de vereiste rechtsbescherming in de straf- of civiele procedure niet op de helling dreigt te zetten, of althans remediëring mogelijk is voor zowel zij dat wel dreigt te doen.

Tegen diezelfde achtergrond moet, zo bleek, ook met de doorwerking van het vermoeden van onschuld naar tuchtprocedures toe omzichtig worden omgesprongen.

In de mate dat de internationale rechter zou eisen dat het juiste evenwicht verbroken wordt, kan enkel een actieve dialoog tussen de nationale rechterlijke instanties en de internationale rechter een oplossing bieden. Een bespreking van de wijze waarop dat kan of moet gebeuren, overstijgt in verregaande mate het opzet van deze bijdrage. Ik beperk mij ertoe hier te verwijzen naar de arresten van het Hof van Cassatie begin jaren '80 over de toepassing van artikel 6.1 EVRM (burgerlijk) op tuchtzaken, i.h.b. de conclusie van procureur-generaal DUMON vóór het arrest van 21 januari 1982 een *good practice* lijken.<sup>279</sup>

Omgekeerd biedt de genoemde inflatie evenwel ook een extra waarborg: de toepassing van internationale standaarden verhindert dat de nationale rechter algemene rechtsbeginselen erkent die afbreuk doen aan de kern van het recht op een eerlijk proces.

De meest treffende illustratie die hier aan bod kwam, is te vinden in de hierboven vermelde rechtspraak inzake de openbaarheid van de behandeling van de zaak en van de uitspraak.

---

278. D. HOLSTERS, "Strafrecht en tuchtrecht", *o.c.*, 817.

279. Cass. (volt.) 21 januari 1982, AR nrs. 6445 en 6458, *Arr.Cass.* 1981-82, 309 en *Pas.* 1982, I, 623, concl. PG DUMON.

## AFDELING 6. EPILOOG

**66. Uitleiding** – Het ligt in de aard van de menselijke geest te willen zoeken naar de eenheid in de schijnbare verscheidenheid. Eenheid is eenvoud. Eenvoud is schoonheid.

Waar het er alle schijn van heeft dat de natuur beheerst wordt door een zekere eenvoudige eenheid, is dat vooralsnog veel minder het geval voor de cultuur. Al lang wordt geprobeerd te streven naar een publieke eenheidstaal, nog veel langer zal de realisatie daarvan een onbereikbaar streven blijven. Ook in het tucht(proces)recht is er nog maar verre van een eenvoudige eenheid te vinden, ondanks periodieke codificatiebewegingen.

Men zal daartegen opwerpen dat de verschillende tuchtregimes te verscheiden zijn.

Gevallen van interferentie zijn precies situaties waarin men zoekt naar het equilibrium van de optimale verscheidenheid.

Als dat evenwicht ooit gevonden wordt, zal dat ook het einde van de interferenties zijn.

Uit voorgaande analyse is gebleken dat artikel 2 van het Gerechtelijk Wetboek zijn verdiensten heeft, maar niet als eindpunt kan beschouwd worden.

Het artikel was bedoeld als een bindend richtsnoer, maar door zijn algemene bewoordingen en zijn extensief geïnterpreteerde uitzonderingen laat de bepaling bijzonder veel ruimte.<sup>280</sup>

Uit de voorgaande analyse is verder gebleken dat de context voor interferenties tussen tuchtprocesrecht enerzijds en civiel procesrecht en strafprocesrecht anderzijds de voorbije vijf decennia grondig gewijzigd is.

Op een aantal vlakken zijn het strafprocesrecht en het civiel procesrecht meer naar elkaar toe gegroeid (bv. evoluties inzake deskundigenonderzoek, afkalving van het gezag van strafrechtelijk gewijsde *erga omnes*). Op vlakken waar dat niet is gebeurd, blijkt het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens dikwijls een formele grondslag te bieden voor de “algemene beginselen”, waardoor het Gerechtelijk Wetboek krachtens de voorrang van het internationaal recht met directe werking op het nationaal recht sowieso moet wijken, ook al zou artikel 2 Gerechtelijk Wetboek niet verwijzen naar de rechtsbeginselen waarvan de toepassing niet verenigbaar is met de toepassing van de bepalingen van het wetboek.

280. S. SOBRIE, “Art. 2 Ger.W.”, *o.c.*, 10.

Omdat een beroep op het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens in zijn algemeenheid niet steeds voldoende duidelijkheid biedt (bv. rechtspraak over strafkarakter van een sanctie/maatregel, rechtspraak over vermoeden van onschuld, rechtspraak over het zwijgrecht en non-incriminatiebeginsel), kan men zich alles wel beschouwd de vraag stellen of het niet tijd is voor een nieuwe codificatie: de codificatie van de beginselen van het strafprocesrecht die van toepassing zijn in het tuchtrecht.

Met een dergelijke codificatie zou de toepassing van het Gerechtelijk Wetboek uitgesloten zijn door de toepasselijkheid van niet-uitdrukkelijk opgeheven wetsbepalingen waarvan de toepassing niet verenigbaar is met het Gerechtelijk Wetboek.

Een dergelijke codificatie zou een in zekere zin verbroken legislatief evenwicht kunnen herstellen. In weerwil van artikel 2 Gerechtelijk Wetboek laat procureur-generaal DELANGE immers terecht optekenen dat “*il y a plus d'affinités entre l'action publique et l'action disciplinaire qu'entre celle-ci et une action civile*”.<sup>281</sup>

Een aanzet tot een dergelijke codificatie is gegeven door het congres van de Internationale Vereniging voor Strafrecht te Beijing in 2004.

Een van de thema's op dat congres was “*La mise en œuvre des principes de procédure pénale dans les procédures disciplinaires*”.

Op voormeld congres werd door de deelnemers een resolutie aangenomen betreffende de toepassing van principes van strafprocedure in tuchtzaken. De betreffende resolutie werd opgesteld op het einde van een voorbereidend colloquium te Santiago (Chili) in 2003.<sup>282</sup>

In de resolutie zelf<sup>283</sup> is, naast o.a. een erkenning van een legaliteitsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel bij de bestraffing, het recht op toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter, de toegang tot documenten, het recht op bijstand van een raadsman, de openbaarheid van de zitting, de bescherming van het privéleven en het verbod van foltering, o.m. opgenomen:

- “5. Au cours des procédures disciplinaires, tout en tenant compte des exigences de simplification dont ces procédures doivent s'inspirer, la partie poursuivie devra disposer des garanties essentielles du procès rapide et équitable et notamment, de la présomption d'innocence, y compris le principe in dubio pro reo, et du respect des droits de la défense, y compris le droit de la partie poursuivie de garder le silence,

281. Cass. 2 februari 1978, *Arr.Cass.* 1978, 658 en *Pas.* 1978, I, 638, concl. PG DELANGE.

282. De rapporten van dat voorbereidend colloquium zijn te raadplegen in afl. 3 van de *Revue Internationale de Droit Pénal* van 2003.

283. Zie voor de tekst van de resolutie J.L. DE LA CUESTA, “Résolutions des Congrès de l'Association Internationale de Droit Pénal (1926-2004)”, *ReAIDP* 2006, afl. D-01, (1), 167.

de ne pas devoir coopérer à l'établissement de sa propre culpabilité, d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge et d'obtenir la convocation et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge. Le principe de l'énoncé des fondements de la décision doit être également assuré”;

- “9. Lorsqu'en cas de connexion entre la poursuite disciplinaire et la poursuite pénale une sanction disciplinaire s'ajoute à la sanction pénale, le condamné au pénal ne pourra pas être soumis à un doublement de sanctions qui ne serait pas justifié par la spécificité des intérêts respectivement protégés par les sanctions disciplinaires et les sanctions pénales. En ce cas, en principe, aucune sanction du même type ne doit être imposée”.

De aandachtige lezer zal begrijpen dat het volgens de auteur van deze bijdrage niet wenselijk is de resolutie onverkort over te nemen. Zij kan evenwel een nuttige aanzet zijn voor een wetgevend debat.

Het mag duidelijk zijn dat met een codificatie (heel wat van) de interferenties die in deze tekst aan de orde zijn hun transitoire rol zouden gespeeld hebben. Allicht zou, minstens tijdelijk, een nieuw equilibrium bereikt zijn, waarbij (nog?) duidelijk(er) is welke beginselen en regels de tuchtrechtspleging beheersen.



## **DEEL 3**

### **REGULARISATIETECHNIEKEN VAN VORMGEBREKEN IN HET CIVIEL PROCESRECHT**

### **DE TECHNIEK VAN DE BESTUURLIJKE EN DE ADMINISTRATIEVE LUS IN HET BESTUURSRECHT**





# **HERSTEL VAN VORMGEBREKEN IN HET BURGERLIJK PROCESRECHT**

Prof. dr. Piet Taelman  
Gewoon hoogleraar UGent, ere-advocaat balie Gent

Dra. Claudia Van Severen  
Assistent Instituut voor Procesrecht, UGent

Lic. Jachin Van Doninck  
Advocaat balie Brussel, praktijkassistent Instituut voor Procesrecht, UGent



*Why should not the courts themselves be, or have potential for being, the best possible legislators in the determination and constant adaptation of the technical rules of procedure with which they have routinely to deal? (M. CAPPELLETTI, “The law-making power of the judges and its limits” in M. CAPPELLETTI (ed.), *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1989, (3) 34).*

*Deformalising beoogt (...) geen informeler procesrecht, maar, (...) een minder formalistische uitleg en toepassing van de regels (W.D.H. ASSER, *Fair, redelijk en billijk – Over deformalising in het burgerlijk procesrecht (Inaugurale rede, gehouden aan de Universiteit Leiden 3 november 2000, Leiden, The Atmosphere, 12)*).*

*Trop de praticiens vivent le droit judiciaire en pensant à tort qu’une irrégularité procédurale ne peut aboutir que soit à l’annulation ou la déchéance, soit à un laisser-faire pouvant conduire au désordre et à l’insécurité (A. FETTWEIS, noot bij Cass. 8 februari 1979, JT 1979, 320).*

## AFDELING 1. INLEIDING

1. Een burgerlijk procesrecht zonder formalisme is ondenkbaar. Om het procesverloop in goede banen te leiden zijn allerhande (vorm)voorschriften en (termijn)regelen nu eenmaal onontbeerlijk, zonder dat die ooit een doel op zichzelf mogen worden. Het Gerechtelijk Wetboek luidde een stevige deformalisingstendens is. De – gedurende de voorbije vier decennia – opeenvolgende ingrijpende wijzigingen ervan hebben die ontwikkeling verder versterkt. Een en ander spoorde met een gelijklopende evolutie in onze buurlanden en leidde tot een meer genuanceerde reflectie over de rol en de werking van de diverse sanctiemechanismes. Hierbij werd alsmaar meer rekening gehouden met alle in het burgerlijk proces betrokken belangen, inclusief dat van het broodnodige vertrouwen in justitie.

Toch kunnen we moeilijk om de vaststelling heen dat de civiele procedureregels (die zowel in wetboeken als in bijzondere wetgeving voorkomen) nog steeds al te weinig coherentie vertonen. Een inadequate, nodeloos uiteenlopende terminologie en de – mede daardoor – soms onvakkundige ijking van de sanctie die bij miskennis van een dergelijk voorschrift toepassing kan vinden, zijn daaraan debet.<sup>1</sup> Een en ander staat een klare kijk op de materie soms in de weg en laat te vaak de weleens schuchtere wetgevende en jurisprudentiële stappen naar verdere deformalising onderbelicht.

1. Vgl. H. BOULARBAH en X. TATON, “Les vices de forme et les délais de procédure. Régime général et irrégularités spécifiques” in H. BOULARBAH en J.-F. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Les défenses en droit judiciaire*, Brussel, Larcier, 2010, (101) 156, nr. 98; P. VAN ORSHOVEN en B. ALLEMEERSCH, *Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*, Leuven, Acco, 2013, 215, nr. 273.

Met onze bijdrage beogen we meer inzicht en begripsverheldering te brengen. Daarbij hebben we de ambitie zoveel mogelijk recente wetgevende en jurisprudentiële ontwikkelingen binnen het aangesneden domein in kaart te brengen en kritisch te bespreken. Onze analyse beperkt zich bewust niet tot het klassieke toepassingsgebied van de nietigheidsleer. Het begrip “vormgebreken” in de titel van onze bijdrage moet breed worden gelezen en slaat op de miskenning van formele rechtsregels.<sup>2</sup>

Deze bijdrage werd einde april 2015 afgesloten. De belangrijke wijziging die door de wet 19 oktober 2015 houdende wijziging van het burgerlijk procesrecht en houdende diverse bepalingen inzake justitie<sup>3</sup> aan de nietigheidsleer werd aangebracht, blijft – op een korte duiding in het Naschrift (zie *infra*, nr. 76) na – onbesproken.

## AFDELING 2. GEMEENRECHTELIJK HERSTELMECHANISME INZAKE VORMGEBREKEN: DE LEER VAN DE NIETIGHEID EN HET VERVAL

### § 1. Toepassingsgebied van de nietigheidsleer

**2. Algemeen** – Uit artikel 860, eerste lid Ger.W. volgt dat de nietigheidsleer toepassing vindt op het verzuim of de onregelmatigheid van de vorm van een concrete proceshandeling.<sup>4</sup> De werkingssfeer van de nietigheidsleer hangt dus af van de draagwijdte van de begrippen (1) proceshandeling en (2) verzuimde of onregelmatig verrichte vorm.

**3. Het begrip “proceshandeling”** – Het Hof van Cassatie omschreef de proceshandeling (*acte judiciaire*) als “een handeling die in het kader van een proces of onder toezicht van het gerecht, door de partijen, hun gevolmachtigden of het hulppersoneel van de rechter is verricht”.<sup>5</sup>

Hieruit blijkt dat dit begrip vanuit een dubbel oogpunt ruim moet worden ingevuld. Vanuit subjectief oogpunt gaat het zowel om handelingen die persoonlijk door

2. Vgl. K. WAGNER, *Burgerlijk procesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2014, 63, nr. 38.

3. BS 22 oktober 2015.

4. Art. 860, eerste lid Ger.W.: “Wat de verzuimde of onregelmatig verrichte vorm ook zij, geen proceshandeling kan nietig worden verklaard (...)”.

5. Cass. 28 april 1988, *Ann.dr.Lg.* 1989, 185, noot G. DE LEVAL en *Arr.Cass.* 1987-88, 1088; vgl. concl. T. WERQUIN bij Cass. 19 april 2002, *Arr.Cass.* 2002, (1053) 1054; zie ook B. DECONINCK, “Art. 860, 1° Ger.W.” in *Comm.Ger.*, Mechelen, Kluwer, 1998, losbl., 26-27, nr. 27; R. SOETAERT, “Het toepassingsgebied van de nietigheidsregeling in de artikelen 860-867 Gerechtelijk Wetboek”, *TPR* 1980, (165) 168, nr. 5; J. VAN COMPERNOLLE, “Le Code judiciaire et la théorie des nullités” (noot onder Cass. 15 november 1976), *RCJB* 1977, (606) 608-609.

de partijen of hun raadslieden worden verricht, als om handelingen verricht door gerechtsdeurwaarders, griffiers<sup>6</sup> (“hulppersoneel van de rechter”), notarissen, getuigen en deskundigen enz.<sup>7</sup> Vanuit objectief oogpunt betreft het alle handelingen waardoor een geding wordt ingeleid of voortgezet, met inbegrip van de handelingen die worden gesteld ter uitvoering van de rechterlijke beslissing.<sup>8</sup> Ook handelingen verricht ter voorbereiding van het eigenlijke geding, zoals een voorafgaande oproeping in verzoening, vallen onder de noemer proceshandeling.<sup>9</sup> Zijn daarentegen geen proceshandelingen: conventionele akten<sup>10</sup>, notariële authentieke akten<sup>11</sup> en administratieve rechtshandelingen.<sup>12</sup>

Niet-rechtsprekende handelingen van een rechter, zoals een getuigenverhoor<sup>13</sup>, het opmaken van een proces-verbaal van minnelijke schikking en de beslissingen of maatregelen van inwendige aard, zijn ook proceshandelingen.<sup>14</sup>

6. Zie bv. Cass. 29 april 1971, *JT* 1971, 605, waarin het Hof oordeelt dat de termijn van vijf dagen voorzien in art. 723, § 1 Ger.W. binnen dewelke de griffier het dossier van de rechtspleging moet toezenden aan de griffier van de appelinstantie bij wie een rechtsmiddel werd ingesteld, niet is voorgeschreven op straffe van nietigheid, zodat de laattijdige toezending niet de nietigheid van deze proceshandeling met zich meebrengt.
7. D. MOUGENOT, *Principes de droit judiciaire privé*, Brussel, Larcier, 2009, 128, nr. 74; M. CASTERMANS, *Gerechtelijk privaatrecht*, Gent, Story, 2009, 471, nr. 716.
8. B. DECONINCK en R. DE CORTE, “Nietigheden na de wet van 3 augustus 1992. Toiletage of revolutie” in ICGR (ed.), *Het vernieuwd gerechtelijk recht. Eerste commentaar bij de wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek*, Antwerpen, Kluwer, 1992, (137) 146-147, nr. 31; R. SOETAERT, “Nietigheid wegens vormverzuim en verval door tijdsverloop ter zake van proceshandelingen” in G. DIEVOET (ed.), *Actuele problemen van gerechtelijk privaatrecht*, Leuven, Acco, 1976, (41) 45, nr. 7.
9. G. CLOSSET-MARCHAL, “Examen de jurisprudence (2002-2012) – Droit judiciaire privé – Introduction et incidents de l’instance”, *RCJB* 2014, (57) 81, nr. 19; D. MOUGENOT, *Principes de droit judiciaire privé*, Brussel, Larcier, 2009, 128, nr. 74. De cassatierechtspraak is niet eenduidig wat de aard betreft van andere “voorbereidende handelingen”. Het schriftelijk bezwaar dat de belastingplichtige voorafgaand aan het aanhangig maken van de zaak bij de rechtbank van eerste aanleg indient bij de bevoegde gewestelijke directie, is volgens het Hof van Cassatie een “akte van rechtspleging” (Cass. 6 oktober 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1525, arrest gewezen onder vigeur van oud art. 267 WIB 1964 (huidig art. 366 WIB 1992)). De aangetekende brief die de werkgever voorafgaand aan het aanhangig maken van de zaak bij de arbeidsrechtbank moet versturen aan de beschermde werknemer die hij om dringende reden wil ontslaan (zie art. 4, § 1 wet 19 maart 1991 houdende bijzondere ontslagregeling voor personeelsafgevaardigden (*BS* 29 maart 1991)), is daarentegen geen proceshandeling in de zin van art. 860 *et seq.* Ger.W. (Cass. 28 januari 2013, *JTT* 2013, 170).
10. Bv. een akte van loonoverdracht (Cass. 17 november 2008, *Arr.Cass.* 2009, 2638), een bevoegdheidsovereenkomst (J. LAENENS, *De bevoegdheidsovereenkomsten naar Belgisch recht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1981, 79, nr. 278) of een arbitrageovereenkomst (A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Fac.dr.Lg., 1987, 121, nr. 125).
11. GwH31 juli 2008, *TBBR* 2009, 183, noot C. DE BUSSCHERE en T. NOT 2009, 277, noot F. BOUCKAERT; J. VAN COMPERNOLLE, “Le Code judiciaire et la théorie des nullités” (noot onder Arbh. Luik 15 november 1976), *RCJB* 1976, (606) 612-613, nr. 10. De handelingen die een notaris verricht in het raam van een rechtspleging (bv. de bijzondere rechtsplegingen van vereffening-verdeling, uitvoerend beslag op onroerend goed, rangregeling enz.) zijn echter wel te beschouwen als proceshandelingen.
12. Bv. een fiscaal dwangbevel (Cass. 3 maart 2011, Pas. 2011, I, 704; Bergen 20 februari 2008, *FJF* 2009, 1123).
13. Cass. 4 februari 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 700.
14. B. MAES, E. BREWAEYS, P. VANLERSBERGHE, N. CLIJMANS en S. VAN SCHEL, *Gerechtelijk privaatrecht ... na de hervormingen van 2013-14*, Brugge, die Keure, 2014, 165; R. DE CORTE en B. DECONINCK, “Nietigheden na de Wet van 3 augustus 1992. Toiletage of revolutie?” in ICGR (ed.), *Het vernieuwd Gerechtelijk Recht. Eerste commentaar bij de wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek*, Antwerpen, Kluwer, 1992, (137) 146, nr. 31; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Fac.dr.Lg., 1987, 121, nr. 125.

Vonnissen of arresten – telkens als de rechter een beslissing velt die de rechtspositie van partijen (al dan niet voorlopig) raakt (of kan raken) (*acte juridictionnel*) – zijn geen proceshandelingen. Zij kunnen alleen via het instellen van een rechtsmiddel nietig worden verklaard (art. 20 Ger.W.) en vallen buiten de toepassingsfeer van de artikelen 860 tot 867 Ger.W. (zie ook *infra*, nr. 30).<sup>15</sup> Een auteur kwalificeert de nietigheid die zo een rechtsprekende handeling kan treffen via de aanwending van een rechtsmiddel als een “gerechtelijke” of “organieke” nietigheid<sup>16</sup>, wat evenwel door anderen wordt betwist.<sup>17</sup> Organieke nietigheden zijn te onderscheiden van procedurele nietigheden. Beide betreffen proceshandelingen, maar de eerste hebben betrekking op handelingen waarin regels die de gerechtelijke organisatie raken (en dus van openbare orde zijn), worden miskend. Uit hun aard overstijgen die regels de particuliere of private belangen van de rechtzoekende. Zij richten zich in essentie tot de rechters en ministeriële ambtenaren.<sup>18</sup>

**4. Het begrip “verzuimde of onregelmatig verrichte vorm”** – De proceshandelingen kunnen in strijd zijn met grondvoorwaarden of vormvereisten: alleen deze laatste worden bedoeld in artikel 860 et seq. Ger.W.<sup>19</sup> Met dien verstande dat “*une formalité est bien plus que la seule forme d’un acte*”.<sup>20</sup> De nietigheidsleer vindt geen toepassing op

15. Cass. 23 december 1996, *Arr.Cass.* 1996, 1249; Cass. 17 mei 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 1202 en Cass. 6 februari 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 682, die allen een duidelijke tweedeling maken tussen proceshandelingen en art. 860 et seq. Ger.W. enerzijds en “vonnissen en arresten” anderzijds. *Anders*: Cass. 13 september 1974, *Arr.Cass.* 1975, 53, dat vonnissen en arresten als proceshandelingen kwalificeert en vervolgens verwijst naar de legaliteitsvereiste in art. 860 Ger.W. bij de beoordeling van de sanctie wegens miskenning van art. 946 Ger.W.; concl. T. WERQUIN bij Cass. 19 april 2002, *Arr.Cass.* 2002, (1053) 1054: “De proceshandeling is een eenzijdige rechtshandeling die in hoofdzaak geregeld wordt door het gerechtelijk recht en uitgevoerd wordt in het raam van de noodzakelijke voorbereiding van een gerechtelijke procedure, van de totstandkoming van de procedure, het verloop, de beslissing, de tenuitvoerlegging en de noodzakelijke beëindiging ervan, los van de persoon of de instantie van wie de rechtshandeling uitgaat”; G. CLOSSET-MARCHAL, A. DECROES, O. MIGNOLET, J. VAN COMPERNOLLE en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “Examen de jurisprudence (1991 à 2001). Droit judiciaire privé”, *RCJB* 2002, (437) 450-451, nr. 409; E. GUTT EN J. LINSMEAU, “Examen de jurisprudence (1971-1978) – Droit judiciaire privé – L’instance”, *RCJB* 1983, (63) 124, nr. 96; P. DE BRUYNE en M. HEYMANS, “Enkele aspecten van de nietigheidstheorie in het Gerechtelijk Wetboek” in IUS, *Tien jaar Gerechtelijk Wetboek*, Antwerpen, Kluwer, 1976, (93) 97-98, nr. 7; F. RIGAUX, “La théorie des nullités”, *Ann.dr.* 1968, (419) 419, nrs. 1-2; vgl. B. DECONINCK, “Art. 860, 1<sup>o</sup>” in *Comm.Ger.*, Mechelen, Kluwer, 1998, losbl., 28, nr. 29, die iets genuanceerder aanstipt dat art. 20 Ger.W. enkel de “specifieke manier [betreft] waarop de nietigheden m.b.t. vonnissen en arresten in werking dienen gesteld”; in dezelfde zin P. VAN ORSHOVEN en K. WAGNER, “De Wet van 3 augustus 1992 en de sancties in het burgerlijk procesrecht. Terug naar af?” in P. TAELEMAN en M. STORME (eds.), *Tien jaar toepassing Wet 3 augustus 1992 en haar reparatiewetgeving: evaluatie en toekomstperspectieven*, Brugge, die Keure, 2004, (93) 100, nr. 16.

16. B. MAES, “De nieuwe sanctieleer: gemiste kansen?” in VLAAMSE CONFERENTIE BIJ DE BALIE TE ANTWERPEN (ed.), *Meester van het proces – Topics gerechtelijk recht*, Gent, Larcier, 2010, (203) 203, nr. 1.

17. J. LAENENS, “Het sanctieloos civiel proces” in J. LINSMEAU en M. STORME (eds.), *Finalité et légitimité du droit judiciaire – Het gerechtelijk recht waarom en waarheen?*, Brugge, die Keure, 2005, (41) 51, nr. 22; P. VAN ORSHOVEN en K. WAGNER, “De Wet van 3 augustus 1992 en de sancties in het burgerlijk procesrecht. Terug naar af?” in P. TAELEMAN en M. STORME (eds.), *Tien jaar toepassing Wet 3 augustus 1992 en haar reparatiewetgeving: evaluatie en toekomstperspectieven*, Brugge, die Keure, 2004, (93) 100, nr. 16; R. SOETAERT, “Nietigheid wegens vormverzuim en verval door tijdsverloop ter zake van proceshandelingen” in G. DIEVOET (ed.), *Actuele problemen van gerechtelijk privaatrecht*, Leuven, Acco, 1976, (41) 46, nr. 10.

18. B. DECONINCK, “Art. 860, 1<sup>o</sup> Ger.W.” in *Comm.Ger.*, Mechelen, Kluwer, 1998, losbl., 12, nr. 11 en 17, nr. 14.

19. Aldus I. VEROUGSTRATE, “Niet ontvankelijk!” in V. ALLAERTS, L. BOUTELIGIER en E. JANSSENS (eds.), *Liber amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, (667) 678.

20. E. Krings, “Du non-respect des délais de procédure, prescrits par la loi à peine de sanctions, en droit judiciaire privé belge” in *Liber amicorum en l’honneur de Raymond Martin*, Brussel-Parijs, Bruylant-LGDJ, 2004, (121) 147, nr. 27.

gebreken die fundamenteeler zijn dan loutere vormgebreken. Vallen o.m. buiten de werkingssfeer van de nietigheidsleer:

- (1) De miskenning van *regels van gerechtelijke organisatie*<sup>21</sup>, die immers geacht worden de openbare orde te raken en bestraft worden met een gerechtelijke of organieke nietigheid (*nullité de fond*) die niet uitdrukkelijk in de wet moet zijn voorzien en die niet kan worden gedekt of hersteld.

Welke voorschriften tot de gerechtelijke organisatie behoren, is echter niet duidelijk afgebakend, wat aanleiding geeft tot rechtsonzekerheid.<sup>22</sup> Zoals boven aangestipt, wordt doorgaans aangenomen dat het gaat om “organisatorische” voorschriften<sup>23</sup> die zich in de eerste plaats tot de rechters en de ministeriële ambtenaren richten<sup>24</sup> en waarvan de miskenning leidt tot een ernstige verstoring in de rechtsbedeling en de goede werking van het gerecht.<sup>25</sup>

Toch viel een tijdlang in zowel de rechtspraak als de rechtsleer een tendens te ontwaren om bepaalde – door procespartijen te respecteren – procedurevoorschriften te kwalificeren als regels van gerechtelijke organisatie. Zo stond de toenmalige tekst van artikel 700 Ger.W. sinds het arrest *Van Dyck* van 27 mei 1994<sup>26</sup> geboekstaafd als een regel van gerechtelijke organisatie. Ook artikel 701 Ger.W., dat bepaalt dat verscheidene vorderingen slechts bij eenzelfde gedinginleidende akte mogen worden ingesteld op voorwaarde dat zij samenhangend zijn (zoals bedoeld in art. 30 Ger.W.), werd door bepaalde jurisprudentie en doctrine gekwalificeerd als een regel van gerechtelijke organisatie die, bij miskenning ervan, leidt tot de niet-ontvankelijkheid van – volgens een eerste strekking – alle vorderingen

---

21. In overeenstemming met de (foutieve) terminologie gebruikt in het Gerechtelijk Wetboek (zie deel II Ger.W.) hanteren zowel rechtspraak als rechtsleer doorgaans het begrip “rechterlijke organisatie”. Aangezien bedoeld wordt te verwijzen naar de organisatie van het gerecht (en niet die van de rechter) opteren wij voor het begrip “gerechtelijke organisatie”.

22. J. LAENENS, “Het sanctieloos civiel proces” in J. LINSMEAU en M. STORME (eds.), *Finalité et légitimité du droit judiciaire – Het gerechtelijk recht waarom en waarheen?*, Brugge, die Keure, 2005, (41) 50, nr. 21.

23. B. MAES, “De nieuwe sanctieleer: gemiste kansen?” in VLAAMSE CONFERENTIE BIJ DE BALIE TE ANTWERPEN (ed.), *Meester van het proces – Topics gerechtelijk recht*, Gent, Larcier, 2010, (203) 214, nr. 12.

24. B. DECONINCK, “Art. 860, 1° Ger.W.” in *Comm.Ger.*, Mechelen, Kluwer, 1998, losbl., 12, nr. 11 en 17, nr. 14; vgl. Gent 4 juni 2007, *RW* 2008-09, 119, over het verbod op betekening in een voor het publiek niet-toegankelijke plaats, vóór zes uur 's morgens en na negen uur 's avonds (art. 47, 1° Ger.W.): “De enkele vaststelling dat art. 47 Ger.W. betrekking heeft op het optreden van een gerechtsdeurwaarder, maakt deze bepaling niet tot een regel van rechterlijke organisatie. Voormelde bepaling is immers enkel bedoeld om de persoonlijke vrijheid en de persoonlijke levenssfeer te vrijwaren tegen een ongepaste inmenging door een drager van de openbare macht (...). Deze bepaling beoogt aldus enkel de bescherming van private belangen en maakt als zodanig geen regel van rechterlijke organisatie uit waarvan de miskenning tot de ontoelaatbaarheid van de vordering zou kunnen leiden”.

25. G. CLOSSET-MARCHAL, “Examen de jurisprudence (2002-2012) – Droit judiciaire privé – Introduction et incidents de l’instance”, *RCJB* 2014, (57) 82, nr. 20; G. CLOSSET-MARCHAL *et al.*, “Examen de jurisprudence (1991 à 2001). Droit judiciaire privé”, *RCJB* 2002, (437) 453, nr. 411.

26. Cass. 27 mei 1994, *Arr.Cass.* 1994, 534, concl. J. DU JARDIN, *R.Cass.* 1994, 313-317, noot K. SEYEN en R. DE CORTE, *RCJB* 1995, 639, noot G. CLOSSET-MARCHAL en *RW* 1994-95, 1017, noot K. BROECKX.

of – volgens een tweede strekking – alle vorderingen m.u.v. degene die als eerste in het gedingleidend stuk wordt vermeld.<sup>27</sup>

Sinds de invoeging van de woorden “op straffe van nietigheid” in artikel 700 Ger.W. (*infra*, nr. 7) en de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie over artikel 701 Ger.W.<sup>28</sup> kan echter worden besloten dat de regels van gerechtelijke organisatie gaandeweg opnieuw tot hun essentie worden herleid. Als voorbeelden van regels van gerechtelijke organisatie gelden nu nog: het verbod voor gerechtsdeurwaarders om hun ambt uit te oefenen buiten het gerechtelijk arrondissement waarin zij zijn benoemd (art. 516 Ger.W.)<sup>29</sup> of voor of tegen hun echtgenoot, samenwonende partner en bepaalde bloed- en aanverwanten (art. 520, § 2 Ger.W.)<sup>30</sup> en het verbod om op te treden voor of tegen rechtspersonen waarin voormelde personen een meerderheid van de aandelen bezitten of een bestuursfunctie vervullen (art. 520, § 3 Ger.W.), alsook het verbod voor rechters om te zetelen in een zaak waarvan zij reeds vroeger bij het uitoefenen van een ander rechterlijk ambt hebben kennisgenomen (art. 292 Ger.W.).<sup>31</sup>

27. Brussel 1 februari 2007, *TBBR* 2007, 563, (goedkeurende) noot A. VANDEBURIE; Rb. Brussel 25 januari 2007, *VAV* 2007, 442; J. Englebert, “Citations collectives et autres problèmes de procédures liés à l’action collective” in J. VAN COMPERNOLLE (ED.), *Les actions collectives devant les différentes juridictions*, Luik, CUP, 2001, (129) 149, nr. 42; J. VAN COMPERNOLLE en G. CLOSSET-MARCHAL, “Examen de jurisprudence (1985 à 1996) – Droit judiciaire privé”, *RCJB* 1997, (495) 606, nr. 165; G. CLOSSET-MARCHAL, “Exceptions de nullité, fins de non-recevoir et violation des règles touchant à l’organisation judiciaire” (noot onder Cass. 27 mei 1994), *RCJB* 1995, (643) 657, nr. 26. *Anders*: P. DAUW, “Art. 701 Ger.W.” in *Comm.Ger.*, Mechelen, Kluwer, 2004, losbl., 28, nr. 48 (die van mening is dat art. 701 Ger.W. “hoewel het geen eigenlijke regel van rechterlijke organisatie inhoudt, ‘de rechterlijke organisatie’ wel aanbelangt”); P. TAELEMAN, “Cumulatie van vordering – Collectieve dagvaardingen” in M. STORME en P. TAELEMAN (eds.), *Het proces in meervoud*, Diegem-Brussel, Kluwer-Bruylant, 1997, (1) 6, nr. 6; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Fac.dr.Lg., 1987, 170, nr. 197 (die art. 701 Ger.W. in verband brengt met het – op straffe van nietigheid bepaalde – voorschrift van art. 702, 3<sup>o</sup> Ger.W. (volgens hetwelk de dagvaarding “het onderwerp en de korte samenvatting van de middelen van de vordering moet bevatten”), zodat de onterechte cumulatie aanleiding zou kunnen geven tot een exceptie van (relatieve) nietigheid (van de gedingleidende akte)).
28. Cass. 24 november 2008, *JT* 2009, 304, noot H. BOULARBAH en Pas. 2008, 2635, concl. J. GENICOT. Hoewel het Hof in dit arrest alleen beslist dat het voorschrift van art. 701 Ger.W. de openbare orde niet raakt en bijgevolg niet ambtshalve door de rechter kan opgeworpen worden, verdedigt BOULARBAH in zijn noot onder het arrest terecht dat daaruit kan worden afgeleid dat art. 701 Ger.W. niet behoort tot de regels van gerechtelijke organisatie (die immers worden geacht de openbare orde te raken) en de miskennis ervan geen grond oplevert voor niet-ontvankelijkheid (H. BOULARBAH, “Nature et sanction(s) de l’article 701 du Code judiciaire” (noot onder Cass. 24 november 2008), *JT* 2009, 306-307; *anders*: Bergen 26 oktober 2010, *Ius&Actores* 2010, 133 en Rb. Brussel 5 maart 2009, *JT* 2009, 308). In navolging van vroegere rechtsleer (zie o.m. P. TAELEMAN en P. THION, “Bundeling van vorderingen”, *TPR* 2003, (1489) 1505-1506, nr. 19; B. DECONINCK, “Naar een afbakening van de sanctieregeling?” in J. LAENENS en M. STORME (eds.), *De sanctieregeling in het gerechtelijk recht*, Antwerpen, Kluwer, 1994, (75) 93, nr. 25) bepleit deze auteur dat de meest geëigende sanctie bij schending van art. 701 Ger.W. bestaat in het ontnemen aan de eisende partij van het voordeel dat zij zich onrechtmatig heeft toegeëigend, nl. door het geding op te splitsen. Het Hof van Cassatie heeft dit inmiddels (impliciet) bevestigd in zijn arresten van 15 april 2010 (*RABG* 2010, 1159, noot M. BAETENS-SPETSCHINSKY) en 8 december 2014 (*RABG* 2015, 421, noot N. CLJMANS en *RW* 2015-16, 223, noot J. VAN DONINCK).
29. A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Fac.dr.Lg., 1987, 120, nr. 125.
30. G. CLOSSET-MARCHAL *et al.*, “Examen de jurisprudence (1991 à 2001). Droit judiciaire privé”, *RCJB* 2002, (437) 453, nr. 411.
31. B. DECONINCK, “Art. 860 Ger.W.” in *Comm.Ger.*, Mechelen, Kluwer, 1998, losbl., 51, nr. 13.



Toch blijft omzichtigheid geboden. Zo oordeelde het Hof van Cassatie recent dat de formaliteit van neerlegging van de voorziening in cassatie ter griffie van het hof van beroep – op straffe van verval voorgeschreven door (oud) artikel 388, tweede lid WIB 1992<sup>32</sup> – een regel van gerechtelijke organisatie uitmaakt, die bepalend is opdat de zaak bij het Hof aanhangig zou zijn en waarop artikel 860 *et seq.* Ger.W. niet van toepassing zijn.<sup>33</sup> Dat de fiscus was verschenen en in zijn memorie van antwoord de ontvankelijkheid van het cassatieberoep niet had betwist<sup>34</sup>, was voor het Hof dan ook niet van tel. Integendeel, het Hof oordeelt dat deze regel van gerechtelijke organisatie en de onontvankelijkheid van de vordering bij miskenning ervan “*ne constitue pas une entrave au droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*”. Deze benadering contrasteert sterk met de evolutie in de rechtspraak van datzelfde Hof over het toepassingsbereik van artikel 867 Ger.W.

- (2) Onregelmatigheden betreffende de *keuze* of de *mogelijkheid* van aanwending van bepaalde proceshandelingen.

Traditioneel wordt verdedigd dat de nietigheidsregels niet van toepassing zijn op onregelmatigheden die betrekking hebben op de *verkeerde keuze van de vorm* van een proceshandeling (denk i.h.b. aan akten waarmee een hoofdvordering<sup>35</sup> wordt ingesteld (zie o.m. art. 700, 704, 706, 1223, § 3 en 1580*ter* Ger.W.), akten waarmee een tussenvordering wordt ingesteld (art. 813 Ger.W.) en akten waarmee een rechtsmiddel wordt ingesteld (zie o.m. art. 1047, 1056, 1079, 1125 en 1143. Ger.W.)) of de *verkeerde keuze van de wijze van betekening* van een proceshandeling (zie art. 33-40 Ger.W.).<sup>36</sup> De vraag rijst echter of (of eerder: in welke mate) die zienswijze nog houdbaar is in het licht van de wijziging van artikel 700 Ger.W. (*infra*, nr. 7) en de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie over de toepassing van artikel 867 Ger.W. op gebreken inzake de wijze van betekening (*infra*, nrs. 6, 9 en 13).

---

32. Bepaling die nog van toepassing is op arresten gewezen op beroepen ingediend vóór 1 maart 1999 (zie art. 97 van de wet van 15 maart 1999 betreffende de beslechting van fiscale geschillen (BS 27 maart 1999) en art. 11 van de wet van 23 maart 1999 betreffende de rechterlijke inrichting in fiscale zaken (BS 27 maart 1999)).

33. Cass. 19 februari 2015, AR F.14.0060.F, <http://jure.juridat.just.fgov.be>. Het cassatieberoep was overeenkomstig de fiscale rechtspleging in cassatie “nieuwe stijl” betekend aan de fiscus en vervolgens neergelegd op de griffie van het Hof van Cassatie zelf.

34. Het middel van niet-ontvankelijkheid werd door het Openbaar Ministerie bij het Hof van Cassatie aangebracht (art. 1097 Ger.W.).

35. Zie art. 12 Ger.W.: een vordering die het rechtsgeding opent.

36. G. CLOSSET-MARCHAL *et al.*, “Examen de jurisprudence (1991 à 2001). Droit judiciaire privé”, *RCJB* 2002, (437) 443, nr. 399, die de regels van art. 33 *et seq.* Ger.W. inzake de wettelijke hiërarchie van de betekeningwijzen zelfs kwalificeren als regels van gerechtelijke organisatie; E. LEROY, “Répenser le formalisme” (noot onder Cass. 19 april 2002), *RCJB* 2003, (325) 341-342; H. BOULARBAH, “L’introduction de l’instance et la notification” in G. DE LEVAL (ed.), *Le point sur les procédures (2ème partie): les nouveautés en procédure civile, les nouveautés en procédure fiscale*, Brussel, Larcier, 2000, (49) 61, nr. 10.

- (3) De niet-ervulling van de *bestaansvoorwaarden van de rechtsvordering*, i.h.b. het gebrek aan belang en hoedanigheid van een procespartij (art. 17 Ger.W.).

Inzake de (sanctie wegens de) verkeerde identificatie van (tegen)partijen moet – naar de huidige opvattingen – een onderscheid worden gemaakt. Wanneer de gedinginleidende akte de gegevens vermeldt van een andere persoon dan diegene die de eiser had moeten dagvaarden, dan is de vordering ontoelaatbaar (of onontvankelijk). Hetzelfde geldt wanneer de vordering wordt gericht tegen een persoon die geen juridisch bestaan (meer) heeft, zoals een overledene of een entiteit zonder rechtspersoonlijkheid. Het Gerechtelijk Wetboek voorziet niet in de mogelijkheid om, eenmaal de procedure is opgestart, een (verkeerdelijk gedagvaarde) partij te vervangen door een andere. Op dergelijke onregelmatigheden is de leer van de (dekking van) nietigheden *ex* artikelen 860-867 Ger.W. niet van toepassing.<sup>37</sup> Wanneer de vordering daarentegen wordt gericht tegen de juiste tegenstander, maar het gedinginleidend stuk een onjuiste vermelding of materiële vergissing bevat m.b.t. de identificatie van die persoon (bv. tikfout in de naam, vermelding van een oud adres, onjuiste vennootschapsvorm enz.), dan is de sanctie de relatieve nietigheid. Dit impliceert dat de gedinginleidende akte maar nietig zal worden verklaard wanneer de fout in de aanduiding van de tegenpartij belangschade heeft berokkend (art. 861 Ger.W.) en de akte het doel niet heeft bereikt dat de wetgever ermee beoogt (art. 867 Ger.W.).<sup>38</sup>

In de praktijk blijkt de grens tussen de ontoelaatbaarheid wegens dagvaarding van de verkeerde tegenpartij en de nietigheid wegens een *materiële vergissing of onvolledigheid* in de aanduiding van de identiteit van de tegenpartij niet altijd scherp te trekken.<sup>39</sup> Daarover door het arbeidshof te Luik ondervraagd, meent

37. Cass. 29 juni 2006, *Arr.Cass.* 2006, 1520. Hetzelfde geldt bij de aanwending van een rechtsmiddel: aangezien een rechtsmiddel leidt tot een “nieuw” geding, moeten de bekwaamheid en hoedanigheid van de procespartijen om in rechte op te treden m.b.t. het betwiste subjectieve recht opnieuw worden beoordeeld, zonder dat op het bestaan ervan in een vorig geding kan worden teruggegaan. Het Hof van Cassatie overweegt dat “wanneer een procespartij tussen de dag van de uitspraak en de dag van het instellen van de voorziening in cassatie, in haar rechten en verplichtingen voortkomende uit het geding opgevolgd wordt door een andere persoon, het verzoekschrift tot cassatie aan deze persoon moet worden betekend en tegen deze persoon moet worden gericht” (Cass. 19 juni 1992, *RW* 1992-93, 300 en Cass. 14 juni 1991, *RW* 1991-92, 237-238; zie ook Cass. 15 maart 2001, *Pas.* 2001, 425). Hoewel het Hof van Cassatie op het eerste gezicht lijkt terug te komen op deze rechtspraak in zijn arrest van 7 september 2012 (AR C.11.0667.N, concl. A. VAN INGELGEM, <http://jure.juridat.just.fgov.be>: “Indien de schuldvordering die het voorwerp is van het vonnis van de eerste rechter werd overgedragen, kan door de schuldenaar van de overgedragen schuldvordering hoger beroep worden ingesteld, hetzij tegen de oorspronkelijke schuldeiser zoals die blijkt uit het beroepen vonnis, hetzij tegen de overnemer”), moet de draagwijdte van dit arrest worden genuanceerd (zie hierover C. VAN SEVEREN, “Overdracht van een (betwiste) schuldvordering tijdens de termijn voor het aanwenden van een rechtsmiddel” (noot onder Cass. 7 september 2012), *RW* 2014-15, 535-542).

38. Zie bv. Cass. 30 september 1993, *Arr.Cass.* 1993, 781 (onjuiste maatschappelijke naam); Cass. 29 maart 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 1009 (onjuiste vennootschapsvorm); Luik 8 maart 2002, *RRD* 2002, 230 (oude maatschappelijke zetel).

39. Zie bv. Cass. 16 februari 2006, *P&B* 2006, 121, noot S. MOSSELMANS: “Wanneer de identiteit van de rechtspersoon vaststaat, kan een gebrekkige opgave van de maatschappelijke zetel, de nietigheid van door deze rechtspersoon gestelde proceshandelingen meebrengen maar niet als dusdanig de niet-toelaatbaarheid van de vordering in rechte wegens gebrek aan rechtspersoonlijkheid tot gevolg hebben”.

het Grondwettelijk Hof alvast dat het onderscheid voldoende scherp is om een verschil in behandeling gerechtvaardigd te achten.<sup>40</sup>

Volgens het Grondwettelijk Hof worden rechtzoekenden inderdaad *verschillend behandeld* naargelang zij verkeerdelijk een andere persoon hebben gedagvaard dan die die had moeten worden gedagvaard, of naargelang hun dagvaarding een onregelmatigheid of een verzuim bevat, maar wel tegen de juiste persoon is gericht: i.t.t. die tweede categorie van rechtzoekenden, die zich op het hiervoor in herinnering gebrachte stelsel van de nietigheden kunnen beroepen, zien de rechtzoekenden van de eerste categorie hun rechtsvordering onontvankelijk verklaard, zonder in dat geval van het nietigheidsstelsel te kunnen genieten (overw. B.4.3).

Dat onderscheid berust volgens het Hof echter op een *objectief criterium*: de aard van de regel waarvan de schending wordt bestraft. Artikel 17 Ger.W. bevestigt immers een grondregel, terwijl artikel 860 *et seq.* Ger.W. alleen op de onregelmatigheden naar de vorm van toepassing zijn (overw. B.5.1). Daarmee veegt het Hof het argument van tafel dat een vergissing in de benaming van de tegenpartij, die tot gevolg heeft dat een vreemde persoon bij de zaak wordt betrokken, moet worden beschouwd als een – voor herstel vatbare – vormfout.

Het Hof vervolgt dat het onderscheid *verantwoord* is vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid en de goede rechtsbedeling: wat de verkeerdelijk gedagvaarde persoon betreft, is het voor het Hof niet denkbaar dat die partij kan zijn in het geding, verplicht is zich te verdedigen en de kosten ervan te dragen, en eventueel kan worden veroordeeld, zelfs indien zijn situatie vreemd is aan het geschil. Wat de persoon betreft op wie het geschil betrekking heeft, die had moeten worden gedagvaard maar niet is gedagvaard, is het voor het Hof evenmin denkbaar dat die kan worden veroordeeld. De in het stelsel van de nietigheden bedoelde verzuimen en onregelmatigheden, die in het geding zijn, vooronderstellen dan weer dat de juiste persoon door de eiser wordt gedagvaard (overw. B.6).

Het verschil in behandeling brengt naar het oordeel van het Hof ook *geen onevenredige gevolgen* mee: wie de verkeerde persoon voor de rechter daagde, kan opnieuw beginnen of, zo voegt het Hof er wat laconiek aan toe, een aansprakelijkheidsvordering formuleren tegen wie dat door zijn (extra)contractuele fout heeft verhinderd (overw. B.7).

Afgezien van die vingerwijzing naar de aansprakelijkheid van de juridische professionals, zal men er zich voor hoeden uit dit arrest af te leiden dat de verkeerde

---

40. GWH 19 september 2014, nr. 125/2014, BS 5 november 2014, ed. 1 (uittreksel), 84576, *Juristenkrant* 2014 (weergave E. BREWAEYS), afl. 297, 8, *RABG* 2014, 1181, *RW* 2014-15 (samenvatting), 278, *RW* 2014-15 (samenvatting), 618, *P&B* 2014, 185 en *P&B* 2015, 91, noot B. SMEKENS.

gedaagde er baat bij heeft om de troef van de ontoelaatbaarheid – die volgens vaste rechtspraak immers in elke stand van het geding kan worden ingeroepen<sup>41</sup> – achter de hand te houden en zo “de juiste partij” door verjaring voor een procedure te behoeden. Hoewel bij de invoering van de wet van 26 april 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand<sup>42</sup> (hierna: “wet van 26 april 2007”) het voorstel tot invoering van een artikel 18*bis* Ger.W.<sup>43</sup> van tafel verdween<sup>44</sup>, beschikt de rechter nu wel over een veralgemeende mogelijkheid om een schadevergoeding toe te kennen wegens aanwending van de rechtspleging voor kennelijk vertragende of onrechtmatige doeleinden (art. 780*bis* Ger.W.). Het begrip schadevergoeding in die bepaling is generiek en kan zover gaan dat een verweer onwerkzaam wordt verklaard<sup>45</sup>, zodat de verwerende partij die – alle omstandigheden van het geval in acht genomen – nalaat om tijdig haar gebrek aan hoedanigheid in te roepen, een niet gering risico neemt. De rechter van zijn kant zal die discussie kunnen kortwieken door een concentratie van verweer(middelen) op te leggen<sup>46</sup> en de partijen hierover, indien mogelijk, op de inleidingszitting te ondervragen.

Hoewel de uitspraak van het Grondwettelijk Hof naar de principes toe perfect juridisch sluitend en niet voor kritiek vatbaar is, strookt ze – als we kijken naar de feiten van de zaak<sup>47</sup> – niet met ons recht(vaardigheid)sgevoel. In de zaak die aan het arrest ten grondslag lag, beoogde de eiser de dagvaarding van zijn voormalige werkgever voor de arbeidsrechtbank. Door een fout van de gerechtsdeurwaarder werd niet de werkgever – de nv “G4s Security Systems” – gedagvaard, maar wel de nv “G4S Security Services”, een vennootschap van dezelfde groep en met dezelfde maatschappelijke zetel. Zoals ook de ex-werknemer opmerkte in

41. B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, “Régime des fins de non-recevoir tirées du défaut d'intérêt ou de qualité” in H. BOULARBAH en J.-F. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Les défenses en droit judiciaire*, Brussel, Larcier, 2010, (157) 178. Voor de rechter geldt dat hij dit middel van ontoelaatbaarheid ambtshalve en met eerbiediging van het recht van verdediging kan aanbrengen indien de feitelijke elementen ervoor voorhanden zijn, wat ineens verklaart waarom dat gebrek aan hoedanigheid niet voor het eerst in cassatie kan worden ingeroepen als de rechter die mogelijkheid niet benut heeft (Cass. 17 februari 1995, *Arr.Cass.* 1995, 187). Over die taak van de rechter bij belang en hoedanigheid als middelen van ontoelaatbaarheid, zie Cass. 14 februari 2014, AR C.12.0522.F, concl. A. HENKES, <http://jure.juridat.just.fgov.be>; Cass. 18 oktober 2012, JT 2013, 62, concl. A. HENKES, noot en Cass. 22 februari 2007, JT 2007, 482, noot J.-F. VAN DROOGHENBROECK.

42. BS 12 juni 2007.

43. Het voorgestelde art. 18*bis* Ger.W. bepaalde dat “de middelen van ontoelaatbaarheid kunnen worden aangevoerd in elke stand van het geding, behoudens de mogelijkheid voor de rechter om degenen tot schadevergoeding te veroordelen die met een verdragingsopzet nalaten deze eerder op te werpen”.

44. Over die parlementaire werkzaamheden, zie J. VAN DONINCK, “Rechtsverwerking en procesrechtsmisbruik: de kunst van de sherryverkoop” in B. DAUWE, B. DE GRUYSE, E. DE GRUYSE, B. MAES en K. VAN LINT (eds.), *Liber amicorum Ludovic De Gryse*, Gent, Larcier, 2012, (535) 538-539.

45. J. VAN DONINCK, “Rechtsverwerking en procesrechtsmisbruik: de kunst van de sherryverkoop” in B. DAUWE *et al.* (eds.), *Liber amicorum Ludovic De Gryse*, Gent, Larcier, 2012, (535) 538-539.

46. B. MAES en J. VAN DONINCK, “Snelheid, eenheid, doelmatigheid. Kernwaarden voor de civiele rechtspleging?” in J. VAN DONINCK, L. VAN DEN HOLE en VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP (eds.), *Civiel procesrecht vandaag en morgen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1) 5-6, nrs. 3-4.

47. Wat niet de opdracht is van het Grondwettelijk Hof.

de procedure voor het Hof, waren de personen die binnen de vennootschap G4S Security Services de dagvaarding hadden ontvangen en op wie een beroep werd gedaan om daarop te reageren dezelfde als wanneer de “juiste” vennootschap G4s Security Systems zou zijn gedagvaard. Gelet op de in het dagvaardingsexploot opgenomen feiten en het voorwerp van de eis (betwisting van een ontslag om dringende reden) moet bovendien in redelijkheid worden aangenomen dat de geadresseerde van het exploit wist, minstens behoorde te weten, voor wie het exploit werkelijk bestemd was. Dergelijke partijgerelateerde problemen vereisen o.i. een meer genuanceerde benadering dan de automatische toepassing van de sanctie van de niet-ontvankelijkheid. De feitenrechter kan met alle concrete elementen van de zaak rekening houden, zoals in dit geval de quasi-identiteit van de vennootschappen zodat er geen redelijke twijfel kon bestaan over de werkelijke geadresseerde van de dagvaarding.<sup>48</sup> Een voorzichtige aanzet naar een “conversiemogelijkheid” voor dergelijke partijvergissingen is terug te vinden in een cassatiearrest van 27 september 2013.<sup>49</sup> In dat arrest overweegt het Hof dat het hoger beroep gericht tegen het gemeentebestuur van Viroinval (een entiteit zonder rechtspersoonlijkheid), i.p.v. tegen de gemeente Viroinval (een publiekrechtelijke rechtspersoon), terwijl de intentie om verder te procederen tegen de gemeente vaststond, zich leent tot toepassing van de nietigheidsleer: “Op de onregelmatigheid van een akte van hoger beroep ten gevolge van een foutieve vermelding in de identiteit van de gedaagde in hoger beroep, zonder dwaling omtrent zijn persoon, is de nietigheidssanctie van art. 861 en 867 Ger.W. van toepassing” (cursivering door de auteurs). De vraag rijst of deze conversietechniek ook op andere partijvergissingen/partijvergissingen in eerste aanleg kan worden toegepast.<sup>50</sup> Om de redenen aangehaald door het Grondwettelijk Hof (overw. B.6) en omdat er in de fase van de eerste aanleg minder houvast is wat de identiteit betreft van de (tegen)partij(en), lijkt de toepassing van het herstelregime van de nietigheidsleer op “G4S-kwesties” niet wenselijk. Wel zou er in die gevallen aan gedacht kunnen worden om de eiser toe te laten de procedure te regulariseren door een “herstelexploot” uit te brengen waarin de “juiste” tegenstander wordt aangeduid en waarbij de procedure wordt geacht aanhangig te zijn (lees: de verjaring wordt geacht te

---

48. Anders is de situatie waarbij per vergissing een totaal niet-gelieerde (rechts)persoon wordt gedagvaard. Bv. wanneer de eiser de dagvaarding beoogt van de bloemenwinkel “Van Tornhout” bvba, maar in het dagvaardingsexploot de gegevens opneemt van een niet-gerelateerde houthandel die toevallig dezelfde maatschappelijk naam en rechtsvorm draagt, is de (zware) sanctie van de niet-ontvankelijkheid op zijn plaats.

49. Cass. 27 september 2013, *JT* 2014, 592, *NJW* 2014, 125, noot F. BRULOOT, *P&B* 2014, 109, noot T. TOREMANS en *RW* 2014-15, 111, noot S. SOBRIE.

50. Vgl. S. SOBRIE, “De dunne grens tussen onontvankelijkheid *ratione personae* en nietigheid wegens verkeerde identificatie: een casestudy” (noot onder Cass. 27 september 2013), *RW* 2014-15, (113) 115, nr. 7.

zijn gestuit) vanaf de “oorspronkelijke” dagvaarding (vgl. art. 1058 Ger.W. (inzake de drager van het hoger beroep)).<sup>51</sup> Een dergelijke herstelkans is niet alleen wenselijk vanuit het oogpunt van de rechtzoekende, maar eveneens vanuit dat van het gerechtelijk apparaat. Het gevolg van de huidige leer is immers dat de eiser die zijn eis als onontvankelijk ziet afgewezen worden wegens dagvaarding van de “verkeerde” persoon, genoodzaakt is een nieuwe dagvaarding uit te brengen (voor zover dit nog mogelijk is), wat leidt tot een onnodige dubbele belasting van het gerechtelijk apparaat.

- (4) Ten slotte moet worden opgemerkt dat de nietigheidsregeling niet van toepassing is op (vorm)gebreken waarvoor de wet voorziet in een bijzonder sanctie- of herstelregime (*lex specialis derogat generali*), zoals artikel 40 van de Wet op het taalgebruik in gerechtszaken van 15 juni 1935 (*infra*, nrs. 51-59).

## § 2. De herstelmechanismen van de nietigheidsleer

### A. Algemeen

**5. Meervoudige toets** – Om een automatische en ongenueanceerde bestraffing van vormgebreken te voorkomen, heeft de wetgever in artikelen 860-867 Ger.W. voorzien dat een nietigheidssanctie wegens een aangeklaagd verzuim of aangeklaagde onregelmatigheid pas kan worden uitgesproken nadat een viervoudige toets<sup>52</sup> (ook wel de vier “verzachtigen”<sup>53</sup> of “correctieven”<sup>54</sup> genoemd) zonder succes werd doorlopen:

- (1) de *legaliteitstoets*, die inhoudt dat de rechter de nietigheid maar kan uitspreken als de wet uitdrukkelijk in die sanctie voorziet (art. 860 Ger.W.) (*infra*, nrs. 6-7);
- (2) de *legitimiteitstoets*, die inhoudt dat de partij die zich op de nietigheid beroept, moet aantonen dat zij door het vormgebrek in haar procesbelangen werd geschaad

51. Vgl., wat Nederland betreft, de (soepele) benadering van de Hoge Raad der Nederlanden, zoals blijkt uit een recent arrest van 13 december 2013 (ECLI:NL:HR:2013:1881, *NJB* 2014/10). De cassatiedagvaarding in deze zaak was uitgebracht op naam van de vennootschap die in de appelprocedure procespartij was, nl. “Montis Design” BV. Op dat ogenblik was Montis Design BV echter door fusie opgegaan in “Montis Holding” BV. Daarop verzocht die laatste om deze onjuistheid te mogen herstellen door een wijziging in de partijsaanduiding in de cassatiedagvaarding door te voeren. Vraag is of een dergelijk verzoek toelaatbaar is. Tot vóór de situatie die in deze zaak aan de orde was, hield de Hoge Raad vast aan de leer van zijn arrest van 9 januari 2004 (ECLI:NL:HR:2004:AN7324, *NJ* 2005/222), volgens dewelke een door fusie verdwenen partij geen rechtsmiddel kan instellen en die fout ook niet nadien kan herstellen. In het arrest van 13 december 2013 komt de Hoge Raad terug op die rechtspraak: het verzoek van Montis Holding BV tot wijziging van haar aanduiding in de procedure wordt toelaatbaar geacht. De Raad verwijst hierbij uitdrukkelijk naar een aan de gang zijnde “deformaliseringstendens”, waarvan de *ratio* is dat partijfouten en -vergissingen niet tot fatale gevolgen behoren te leiden, mits de wederpartij door het herstel ervan niet onredelijk in haar belangen wordt geschaad.

52. J. LAENENS, “Het sanctieloos civiel proces” in J. LINSMEAU en M. STORME (eds.), *Finalité et légitimité du droit judiciaire – Het gerechtelijk recht waarom en waarheen?*, Brugge, die Keure, 2005, (41) 46, nr. 11.

53. P. VAN ORSHOVEN en B. ALLEMEERSCH, *Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*, Leuven, Acco, 2014, 224, nr. 279; K. WAGNER, *Sancties in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2007, 389, nr. 358.

54. B. DECONINCK, “Art. 861 Ger.W.” in *Comm.Ger.*, Mechelen, Kluwer, 2009, losbl., 5, nr. 1.

(art. 861 Ger.W.); hierop geldt als uitzondering de – zeer beperkte, want limitatief omschreven – reeks onregelmatigheden opgesomd in artikel 862 Ger.W. (*infra*, nrs. 8-9);

- (3) de *aanvoeringstoets*, die inhoudt dat de nietigheid zal zijn gedekt indien zij niet tijdig werd ingeroepen of door de rechter werd uitgesproken (art. 864 Ger.W.) (*infra*, nrs. 10-12);
- (4) de *finaliteitstoets*, die inhoudt dat de rechter de nietigheid maar kan uitspreken als het achterliggende normdoel van de overtreden vormvereiste niet werd bereikt (art. 867 Ger.W.) (*infra*, nrs. 13-15).

Dit lijstje werd sinds kort met de (5) *hersteltoets* uitgebreid. Sedert 1 januari 2013 is het mogelijk een specifiek vormgebrek – nl. de ontbrekende handtekening op een processtuk – *ab initio* te herstellen (art. 863 Ger.W.) (*infra*, nr. 17).

Hoewel die niet uitdrukkelijk voorkomt in het lijstje van artikelen 860-867 Ger.W. (maar wel in art. 867 Ger.W. besloten ligt), speelt ook de (6) *proportionaliteitstoets* een toenemende rol van belang bij de beoordeling van procedurele sancties, o.m. onder invloed van (de doorwerking van) de rechtspraak van het EHRM inzake het door artikel 6, § 1 EVRM gewaarborgde recht op toegang tot de rechter. Die toets impliceert dat de gevolgen van de toepassing van een sanctie niet onevenredig mogen zijn aan het – per hypothese niet bereikte – normdoel van het verzuimde of onregelmatig verrichte procedurevoorschrift (*infra*, nr. 64 et seq.).

## **B. Legaliteitstoets: geen nietigheid zonder wettekst (art. 860 Ger.W.)**

**6. De vereiste van een uitdrukkelijke wettekst** – De regel van artikel 860 Ger.W. – kort verwoord door het beginsel “geen nietigheid zonder wettekst” – vormt een eerste belangrijk correctief op de mogelijke bestraffing van vormgebreken. De rechter kan een verzuimde of onregelmatig verrichte proceshandeling maar nietig verklaren als de wet die sanctie uitdrukkelijk beveelt. De toepassing van deze regel veronderstelt dat een andere wetsbepaling dan die vervat onder artikelen 860-867 Ger.W. een bepaalde vorm verplicht stelt én dat daaraan – eventueel in een andere wetsbepaling dan die waarin de vorm wordt voorgeschreven<sup>55</sup> – de nietigheidssanctie wordt gekoppeld.

55. Zie bv. art. 1622 Ger.W. dat bepaalt dat “[de vormvoorschriften vervat in] de artikelen 1564, 1566, 1568, 1569, 1582, 1586, 1587 en 1591, gelden op straffe van nietigheid”.

Als een van de basispijlers van de nietigheidsleer is de legaliteitsvoorwaarde absoluut en kent zij geen uitzonderingen.<sup>56</sup> Wanneer een bepaalde proceshandeling een vormgebrek vertoont, zonder dat het respect voor dit voorschrift met nietigheid wordt bestraft, kan de nietigheidsregeling niet worden toegepast. Zo kan een partij niet de nietigheid van de conclusie van de tegenpartij inroepen omdat ze het rolnummer van de zaak niet vermeldt. Die vermelding is weliswaar voorgeschreven in artikel 743, eerste lid Ger.W., maar niet op straffe van nietigheid.<sup>57</sup> Het staat in dergelijke gevallen aan de rechter om te bepalen hoe het gebrek moet worden verholpen. Daarbij moet voor ogen worden gehouden dat de wetgever door de vertolking van dit legaliteitsvereiste komaf wilde maken met het begrip substantiële vormvereiste, de zgn. “onbestaande handeling”, kortom met het uitspreken van nietigheden buiten enige wettelijke basis om.<sup>58</sup> Loutere vormgebreken mogen m.a.w. maar worden bestraft wanneer een uitdrukkelijke wettekst dat bepaalt. Niet zonder reden vangt artikel 860 Ger.W. aan met de woorden “wat de verzuimde of onregelmatig verrichte vorm ook zij”.<sup>59</sup>

Er bestaat onenigheid over de interpretatie van het vereiste van een “uitdrukkelijke wettekst”. Volgens bepaalde rechtsleer mag deze voorwaarde niet te letterlijk worden geïnterpreteerd. Het volstaat dat de wet de naleving van een bepaald vormvoorschrift voorziet op straffe van een sanctie zonder dat die expliciet als “nietig(heid)” moet zijn betiteld. Deze auteurs pleiten voor een ruime interpretatie van artikel 860 Ger.W. waarbij ze i.h.b. kijken naar het effect dat de betrokken sanctie meebrengt i.p.v. haar formele benaming.<sup>60</sup> In deze benadering moet ook een nietigheidssanctie worden gelezen in bepalingen die een vorm (of termijn) voorschrijven op straffe van

56. Zie evenwel Cass. 5 januari 1996, *Pas.* 1996, I, 15 en Cass. 6 november 1989, *Arr.Cass.* 1989-90, 316.

57. Cass. 30 oktober 1997, *Arr.Cass.* 1997, 1050; Brussel 21 december 2000, *P&B* 2001, 144.

58. Concl. T. Werquin bij Cass. 19 april 2002, *Arr.Cass.* 2002, (1053) 1054; J. Van Compennolle, “Le Code judiciaire et la théorie des nullités” (noot onder Arbh. Luik 15 november 1976), *RCJB* 1976, (606) 608, nr. 4 en F. RIGAUX, “La théorie des nullités”, *Ann.dr.* 1968, (419) 421, nr. 6, allen met verwijzing naar het verslag van Koninklijk Commissaris Van Reepinghen. In haar rechtspraakoverzicht merkt Closset-Marchal op dat de schriftelijke verklaring die de wetgever als alternatief voor het getuigenbewijs heeft ingevoerd (art. 961/1 Ger.W.) aan allerlei vormvereisten moet beantwoorden (art. 961/2 Ger.W.), die echter niet op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven (G. CLOSSET-MARCHAL, “Examen de jurisprudence (2002-2012) – Droit judiciaire privé – Introduction et incidents de l’instance”, *RCJB* 2014, (57) 85, nr. 22). Dat was een bewuste keuze van de wetgever, zo blijkt: “Volgens de Franse rechtspraak gelden de vormvereisten die de schriftelijke verklaringen reglementeren niet op straffe van nietigheid. Het is dus aan de feitenrechter om alleen te oordelen of een schriftelijke verklaring die niet aan de vereisten van de wet beantwoordt, al dan niet voldoende waarborgen biedt om in de debatten in overweging te worden genomen” (MvT bij het wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Gerechtelijk Wetboek, met het oog op het afschaffen van dure en nutteloze procedurele vormvereisten, *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53K0075/001, 5; vgl. Cass.fr. 21 november 1979, *D* 1980, 466: “Aucun texte s’oppose à la mise des attestations en conformité avec les dispositions de l’art. 202 nouv.c.proc.civ. après que leur irrecevabilité ait été soulevé au cours de la procédure”). Overigens kan desgevallend toch nog het getuigenverhoor worden gehouden (art. 961/3 Ger.W.).

59. P. VAN ORSHOVEN en B. ALLEMEERSCH, *Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*, Leuven, Acco, 2014, 234.

60. K. WAGNER, *Burgerlijk procesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2014, 424, nr. 444; P. VAN ORSHOVEN en K. WAGNER, “De Wet van 3 augustus 1992 en de sancties in het burgerlijk procesrecht. Terug naar af?” in P. TAELEMAN en M. STORME (eds.), *Tien jaar toepassing Wet 3 augustus 1992 en haar reparatiewetgeving: evaluatie en toekomstperspectieven*, Brugge, die Keure, 2004, (93) 101, nr. 19; C. ROBBE, “Vormgebreken, laattijdigheid, niet-verstreken wachtermijnen, nalatigheid, verboden handelingen en gebrek aan loyaleit tijdens de procesvoering voor de burgerlijke rechter” in ORDE VAN ADVOCATEN KORTRIJK (ed.), *Sancties en nietigheden*, Brussel, Larcier, 2003, (391) 396.



“ongedaan” (art. 38 en 40 Ger.W.), “van gener waarde” (art. 717 Ger.W.) of “geen gevolg” (art. 1060 Ger.W.) zijn van een proceshandeling. Andere auteurs houden vast aan een strakke interpretatie van artikel 860 Ger.W. Volgens hen kan een “nietige” proceshandeling niet worden gelijkgesteld met een proceshandeling die “ongedaan” of “van gener waarde” is. Die laatste onregelmatigheden zouden niet ressorteren onder de (verzachtingsregels van de) nietigheidsleer.<sup>61</sup>

Wat het “ongedaan zijn” van de betekening aan de procureur des Konings of in het buitenland betreft, lijkt het Hof van Cassatie zich alvast bij de eerste strekking te hebben aangesloten. In verschillende arresten oordeelde dit Hof dat de ongedaanverklaring wordt hersteld overeenkomstig artikel 867 Ger.W. wanneer uit de gedingstukken blijkt dat de betekening het doel heeft bereikt dat de wet ermee beoogt.<sup>62</sup>

Hieruit kon nog niet worden besloten dat het Hof van Cassatie de volledige nietigheidsregeling van toepassing acht op de onregelmatige betekening aan de procureur des Konings (of in het buitenland). Het Hof oordeelde eerder bij herhaling dat de sanctie van “het ongedaan zijn” wordt toegepast zonder dat belangenschade in de zin van artikel 861 Ger.W. moet worden aangetoond, zodat een kwalificatie van de onregelmatigheid als “relatieve nietigheid” niet verdedigbaar is.<sup>63</sup> Evenmin kan

61. H. BOULARBAH en X. TATON, “Les vices de forme et les délais de procédure. Régime général et irrégularités spécifiques” in H. BOULARBAH en J.-F. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Les défenses en droit judiciaire*, Brussel, Larcier, 2010, (101) 109, nr. 13; X. TATON, “Les irrégularités, nullités et abus de procédure” in J. ENGLEBERT (ed.), *Le procès civil accéléré? Premiers commentaires de la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l’arrière judiciaire*, Brussel, Larcier, 2007, (199) 201, nr. 6 en 202, nr. 7.

62. Cass. 27 september 2013, *JT* 2014, 592, *NJW* 2014, 125, noot F. BRULOOT, *Pas*. 2013, 1821, *P&B* 2014, 109, noot T. TOREMANS en *RW* 2014-15, 111, noot S. SOBRIE; Cass. 24 januari 2011, *Arr.Cass.* 2011, 291; Cass. 29 mei 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1518, nr. 363, concl. D. THUS. Die rechtspraak gaat terug op Cass. 7 juni 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1114 en Cass. 19 april 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1053, concl. T. WERQUIN en *RCJB* 2003, 317, noot E. LEROY. In dat laatste arrest oordeelde het Hof dat de betekening van de voorziening aan de procureur des Konings, ook al was zij naar de vorm onregelmatig (omdat verweerster was ingeschreven op een referentieadres (zoals bedoeld in art. 1, § 2 van de wet van 19 juli 1991 betreffende de bevolkingsregisters en de identiteitskaarten en tot wijziging van de wet van 8 augustus 1983 tot regeling van een Rijksregister van de natuurlijke personen (*BS* 3 september 1991) en dat geldt als inschrijving in de bevolkingsregisters in de zin van art. 36 Ger.W.) en de eisende partij dit adres kende; er gebeurde ook aan dit adres een betekening van de voorziening maar over de regelmatigheid van die (tweede) betekening sprak het Hof zich niet uit), niet leidt tot onontvankelijkheid van de voorziening wanneer die betekening het doel heeft bereikt dat de wet ermee beoogt, nl aan verweerster een afschrift te bezorgen van het verzoekschrift tot cassatie en haar de mogelijkheid te bieden haar verweermiddelen uiteen te zetten (art. 867 Ger.W.). Uit de stukken die aan het Hof werden voorgelegd, bleek dat verweerster, binnen de wettelijke termijn, door een advocaat bij het Hof van Cassatie het middel had beantwoord dat tot staving van de voorziening was aangevoerd.

63. Cass. 9 januari 1997, *R.Cass.* 1998, 39, noot K. BROECKX en *RW* 1997-98, 811, noot J. LAENENS: “Dat eiser de gekozen woonplaats van verweerster kende, zodat hij zijn verzet aan haar diende te betekenen aan die plaats; dat het hier niet een mogelijkheid, maar een verplichting betreft; dat uit het gebruik van de woorden ‘ongedaan is’ (in het Frans ‘est non avenue’) blijkt dat die verplichting de openbare orde raakt”. LAENENS (“Woonstkeuze als bananenschil” (noot onder Cass. 9 januari 1997), *RW* 1997-98, 812) pleipt (vindt het logisch en billijk) dat bij miskenning van de woonstkeuze de extra kost veroorzaakt door de betekening in het buitenland zou worden gedragen door degene die opdracht tot de betekening gaf (wegens miskenning van de regels van de proceseconomie): “Deze partij bestraffen met een absolute nietigheid van de akte van betekening lijkt daarentegen maatschappelijk onaanvaardbaar, zeker wanneer de geadresseerde – ondanks de betekening van de akte in het buitenland – ter zitting voor de geadieerde rechter is verschenen en verweer gevoerd heeft”. Hij verwijft het Hof overdreven formalisme door miskenning van zowel de toets van het bereikte normdoel als de toets van de proportionaliteit: wanneer de rechter van oordeel is dat het normdoel niet bereikt werd, moet hij evenwel toetsen of de opgelegde sanctie niet kennelijk onredelijke gevolgen met zich brengt (vgl.

worden geopperd dat de onregelmatige betekening als “absolute nietigheid” kwalificeert, aangezien ze niet figureert in de limitatieve lijst van artikel 862, § 1 Ger.W.

Op eensluidend advies van toenmalig procureur-generaal LECLERCQ heeft het Hof van Cassatie deze discussie nu beslecht. In navolging van deze hoge parketmagistraat, die gewag maakt van een “*sui generis*” of “specifieke absolute nietigheid”<sup>64</sup>, oordeelt het Hof van Cassatie dat “de ongedaanverklaring waarvan sprake in artikel 40, vierde lid, Gerechtelijk Wetboek onderworpen [is] aan de nietigheidsregeling van het Gerechtelijk Wetboek en kan gedekt worden overeenkomstig artikel 867 Gerechtelijk Wetboek wanneer uit de gedingstukken blijkt dat de betekening het doel heeft bereikt dat de wet ermee beoogt”.<sup>65</sup> Het Hof knoopt hiermee aan bij de rechtspraak die onmiddellijk na de invoering van het Gerechtelijk Wetboek over artikel 40, vierde lid Ger.W. werd gewezen.<sup>66</sup>

**7. “Nieuwe” op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvoorschriften –** Vóór de wet van 26 april 2007 werd het gebruik van het verzoekschrift op tegenspraak om het geding in te leiden in een geval waarin de wet niet voorzag in dit type van gedinginleidende akte, gesanctioneerd met de niet-ontvankelijkheid of de organieke nietigheid. Die sanctie vond haar grondslag in de kwalificatie (door het Hof van Cassatie) van artikel 700 Ger.W. als een regel van gerechtelijke organisatie.<sup>67</sup> Bijgevolg kon een schending van artikel 700 Ger.W. ambtshalve door de rechter en in iedere stand van het geding, zelfs voor het eerst in cassatie, worden opgeworpen, zonder mogelijkheid tot dekking of herstel.

→ R. DE CORTE, J. LAENENS, P. Taelman en K. Broeckx, “Van vormdoel naar normdoel in het gerechtelijk privaatrecht” in *De norm achter de regel – Hommage aan Marcel Storme*, Deurne, Story-Scientia, 1995, (45) 79-80, nr. 64; Cass. 15 september 1993, *Arr.Cass.* 1993, 700; Cass. 15 november 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 239; Cass. 24 juni 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 1328; Cass. 9 maart 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 848; Cass. 16 oktober 1980, *Arr.Cass.* 1980-81, 173.

64. Concl. J.-F. Leclercq bij Cass. 9 januari 2014, AR C.12.0370.N, te raadplegen via <http://jure.juridat.just.fgov.be>, nr. 9.

65. Cass. 9 januari 2014, *P&B* 2014, 112, noot T. Toremans en *RW* 2014-15, 663, noot B. Van Den Bergh.

66. Cass. 10 december 1971, *Arr.Cass.* 1972, 361, noot E.K.

67. Cass. 27 mei 1994, *Arr.Cass.* 1994, 534, concl. J. Du Jardin, *R.Cass.* 1994, 313-317, noot K. Seyen en R. De Corte, *RCJB* 1995, 639, noot G. Closset-Marchal en *RW* 1994-95, 1017, noot K. Broeckx; J. Laenens, K. Broeckx, D. Scheers en P. Thiriart, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2012, 340, nr. 814; G. De Leval, *Éléments de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2005, 92, nr. 61. Voor een exhaustief overzicht van de problematiek vóór de wetwijziging, zie P. Dauw, “Art. 700 Ger.W.” in *Comm.Ger.*, Mechelen, Kluwer, 2004, losbl., 46 p. Over de precieze aard van de sanctie bij overtreding van deze bepaling bestond geen eensgezindheid: organieke nietigheid (B. Deconinck, “Art. 860 Ger.W.” in *Comm.Ger.*, Mechelen, Kluwer, 1998, losbl., 12, nr. 11, die nochtans de kwalificatie van art. 700 Ger.W. als een regel van gerechtelijke organisatie betreurt en in het licht van eerdere cassatierechtspraak besluit tot de sanctie van niet-ontvankelijkheid; G. Closset-Marchal, “Exceptions de nullité, fins de non-recevoir et violation de règles touchant à l’organisation judiciaire” (noot onder Cass. 27 mei 1994), *RCJB* 1995, 661, nr. 32 (nullité de fond)) of niet-ontvankelijkheid (H. Boularbah en J. Engleberty, “Questions d’actualité en procédure civile” in G. De Leval (ed.), *Actualités en droit judiciaire*, Brussel, Larcier, CUP, 2005, (43) 47, nr. 2). In elk geval moest de procespartij een nieuwe akte van rechtsingang aanhangig maken, indien dit nog tijdig mogelijk was (G. Closset-Marchal, “Exceptions de nullité, fins de non-recevoir et violation de règles touchant à l’organisation judiciaire” (noot onder Cass. 27 mei 1994), *RCJB* 1995, 660, nr. 31; D. Degreef, “De sanctieregeling bij niet-naleving van art. 700 Gerechtelijk Wetboek. ‘Nullité ou irrecevabilité sans texte?’ ...”, *P&B* 1998, (45) 52.

Met de wet van 26 april 2007 beoogde de wetgever de “draconische gevolgen”<sup>68</sup> van deze al te strenge rechtspraak te temperen.<sup>69</sup> Door het inlassen van de woorden “op straffe van nietigheid” in artikel 700 Ger.W. valt de miskenning van deze bepaling zonder twijfel onder het stelsel van de procedurele nietigheden. Er bestaat echter onduidelijkheid over de precieze draagwijdte van het nieuwe artikel 700 Ger.W.

Vaststaat dat artikel 700 Ger.W. onmogelijk nog als een regel van gerechtelijke organisatie kan worden gekwalificeerd. De miskenning ervan ressorteert onder de nietigheidsleer (*ex art. 860-867 Ger.W.*) en de daarin voorziene herstelmechanismen. De – geïsoleerde – rechtspraak<sup>70</sup> en rechtsleer<sup>71</sup> die verdedigen dat de “nietigheid” van artikel 700 Ger.W. een organieke nietigheid betreft die ontsnapt aan de toepassing van artikel 860 *et seq.* Ger.W., kan niet worden bijgetreden. Ook al zou men zich volgens Maes theoretisch kunnen afvragen of de loutere invoeging van de woorden “op straffe van nietigheid” leidt tot toepassing van de procedurele nietigheidsleer (in sommige regels die ressorteren onder de gerechtelijke organisatie komen die woorden immers ook voor).<sup>72</sup>

Zeker is ook dat de wetgever met de aanpassing van artikel 700 Ger.W. in de eerste plaats doelde op de hypothese waarin de eiser gebruikmaakt van een tegensprekelijk verzoekschrift terwijl de wet dit niet toestaat en de inleiding bij dagvaardingsexploot had moeten gebeuren.<sup>73</sup> Aangezien het bij vergissing instellen van een hoofdvordering bij verzoekschrift op tegenspraak geen verzuim of onregelmatigheid is in de zin van artikel 862, § 1 Ger.W.<sup>74</sup>, wordt de niet-naleving van artikel 700 Ger.W. bestraft door een nietigheid als bepaald in artikel 864, eerste lid Ger.W. Die nietigheid kan bijgevolg niet ambtshalve door de rechter worden opgeworpen en is gedekt indien zij niet tegelijk en vóór enig ander middel wordt voorgedragen.<sup>75</sup> De partij die de

68. Vgl. P. DAUW en S. VOET, “Gewijzigd gerechtelijk recht. Wet van 26 april 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand”, *NJW* 2007, (578) 579, nr. 7.

69. B. VANLERBERGHE en S. RUTTEN, “Artikel 780bis van het Gerechtelijk Wetboek en de onduidelijkheid inzake het (ver)nieuw(d)e toepassingsgebied van de nietigheidsleer herbekeken” in P. VAN ORSHOVEN en B. MAES (eds.), *De procesrechtswetten van 2007 ... revisited!*, Brugge, die Keure, 2009, (93) 111, nr. 21.

70. Vred. Halle 15 juni 2011, *NJW* 2013, 515, noot A. VANDERHAEGHEN.

71. A. VANDEBURIE, “La sanction de l’absence de connexité entre demandes figurant dans le même acte introductif d’instance. Le casse-tête de l’article 701 du Code judiciaire” (noot onder Brussel 1 februari 2007), *TBBR* 2007, (564) 567-568, nrs. 11-12; E. LEROY, “L’effet utile des sanctions procédurales: vers une Justice écologique ou comment réparer plutôt que remiser à la casse?”, 29 mei 2007, te raadplegen via [www.procedurecivile.be](http://www.procedurecivile.be), 6-8, nrs. 17-20.

72. B. MAES, “De nieuwe sanctieleer: gemiste kansen?” in VLAAMSE CONFERENTIE BIJ DE BALIE TE ANTWERPEN (ed.), *Meester van het proces – Topics gerechtelijk recht*, Gent, Larcier, 2010, (203) 216, nr. 14.1.

73. B. VANLERBERGHE en S. RUTTEN, “Artikel 780bis van het Gerechtelijk Wetboek en de onduidelijkheid inzake het (ver)nieuw(d)e toepassingsgebied van de nietigheidsleer herbekeken” in P. VAN ORSHOVEN en B. MAES (eds.), *De procesrechtswetten van 2007 ... revisited!*, Brugge, die Keure, 2009, (93) 110-111, nrs. 20-21.

74. Rb. Luxemburg (afd. Aarlen) 21 januari 2015, *JT* 2015, 358, noot P. KNAEPEN. *Anders*: E. LEROY, “L’effet utile des sanctions procédurales: vers une Justice écologique ou comment réparer plutôt que remiser à la casse?”, 29 mei 2007, te raadplegen via [www.procedurecivile.be](http://www.procedurecivile.be), 8, nr. 22. Deze auteur verdedigt dat de schending van art. 700 Ger.W. valt onder het in art. 862, § 1, 6<sup>e</sup> Ger.W. bedoelde geval (“de vermelding dat de exploten en akten van tenuitvoerlegging zijn betekend aan de persoon of op een andere wijze die de wet bepaalt”).

75. Cass. 23 mei 2013, *Pas.* 2013, 1147, concl. A. HENKES en *RW* 2014-15, 663, noot. *A fortiori* kan de nietigheid niet (ambtshalve) worden opgeworpen en uitgesproken door de rechter in hoger beroep, zoals te dezen het geval was.

nietigheid opwerpt zal daarenboven haar concrete belangenschade moeten bewijzen, onverminderd een mogelijke toepassing van artikel 867 Ger.W. Door de bank genomen zal het gebruik van het verzoekschrift op tegenspraak de opgeroepen partij niet verhinderen haar rechten binnen de normale procesgang te doen gelden.<sup>76</sup>

Verder is iedereen het erover eens dat de inleiding van een hoofdvordering bij dagvaardingsexploot (of via vrijwillige verschijning) in een geval waarin de wet het tegensprekelijk verzoekschrift voorschrijft, de rechtsingang in de regel niet ongeldig maakt (“wie het mindere kan, kan ook het meerdere”).<sup>77</sup> Evenmin is er aanleiding om de nietigheidssanctie toe te passen op de in een tegensprekelijk verzoekschrift in subsidiaire orde geformuleerde vordering, die – mocht ze als een (autonome) hoofdvordering zijn ingesteld – bij dagvaardingsexploot had ingeleid moeten worden.<sup>78</sup> N.a.v. een belastingsgeschil waarin in het gedinginleidend verzoekschrift ook de veroordeling van de fiscus tot betaling van een schadevergoeding wegens “rechtsmisbruik” werd gevorderd, oordeelde het Hof van Cassatie nog dat, indien de hoofdvordering bij verzoekschrift op tegenspraak voor de rechter kan worden gebracht, de met deze hoofdvordering samenhangende vorderingen eveneens in dit verzoekschrift voor de rechter kunnen worden gebracht, ook al moest de samenhangende vordering – indien ze autonoom zou zijn aangebracht – bij dagvaardingsexploot worden ingesteld.<sup>79</sup> Mits samenhang voorhanden is, krijgt artikel 701 Ger.W. voorrang op de regels die gedinginleiding door middel van dagvaardingsexploot voorschrijven.<sup>80</sup>

Ten slotte lijkt de rechtsleer unaniem aan te nemen dat de keuze voor het eenzijdig verzoekschrift in een procedure die op tegenspraak behoort te verlopen niet onder toepassing van artikel 700 Ger.W. valt. De invoering van de nietigheidssanctie lijkt in zo een hypothese immers niet adequaat om het recht van verdediging van de niet-opgeroepen “derden” te beschermen: de nietigheid van de gedinginleidende akte wegens schending of miskennis van het recht van verdediging figureert niet in de

76. Zie Vred. Etale 21 maart 2008, *JLMB* 2008, 1023, noot G. DE LEVAL.

77. H. BOULARBAH en X. TATON, “Les vices de forme et les délais de procédure. Régime général et irrégularités spécifiques” in H. BOULARBAH en J.-F. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Les défenses en droit judiciaire*, Brussel, Larcier, 2010, (101) 121-122, nr. 37; B. VANLERBERGHE en S. RUTTEN, “Artikel 780bis van het Gerechtelijk Wetboek en de onduidelijkheid inzake het (ver)nieuw(d)e toepassingsgebied van de nietigheidsleer herbekeken” in P. VAN ORSHOVEN en B. MAES (eds.), *De procesrechtwetten van 2007 ... revisited!*, Brugge, die Keure, 2009, (93) 110-111, nrs. 20-21. Deze auteurs stellen echter dat de toepassing van de nietigheidssanctie van art. 700 Ger.W. is uitgesloten wanneer de wet die het gebruik van het verzoekschrift op tegenspraak voorschrijft zelf in een (strengere) sanctie voorziet, zoals bv. art. 41, § 3 van de wet van 1 april 2007 op de openbare overnamebiedingen (*BS* 26 april 2007) die de inleiding bij tegensprekelijk verzoekschrift voorschrijft op straffe van “ambtshalve uit te spreken niet-ontvankelijkheid” (*anders*: J. Van Doninck, “Sancties en nietigheden” in K. PITEUS en J. VAN DONINCK (eds.), *Het gerechtelijk wetboek vernieuwd. Een praktische commentaar bij de wet van 26 april 2007*, Mechelen, Kluwer, 2008, (123) 128, voetnoot 18).

78. De rechtspraak van het Hof van Cassatie van vóór de aanpassing van art. 700 Ger.W. behoudt op dit punt haar gelding (Cass. 8 januari 2004, *RABG* 2004, 617, noot B. MAES, *RW* 2004-05, 64, noot J. LAENENS en *T.Vred.* 2004, 388, noot S. MOSSELMANS).

79. Cass. 15 april 2010, *Arr.Cass.* 2010, 1084, concl. D. THUIS en *RABG* 2010, 1159, noot M. BAETENS-SPETSCHINSKY.

80. M. BAETENS-SPETSCHINSKY, “De vorm van instelling van de met de hoofdvordering samenhangende vordering” (noot onder Cass. 15 april 2010), *RABG* 2010, (1166) 1168, nr. 7.

limitatieve lijst van artikel 862, § 1 Ger.W., wat de rechter verhindert ze ambtshalve op te werpen; geschonden belang kan door een niet-opgeroepen persoon bezwaarlijk worden aangetoond en het bereiken van het normdoel lijkt bij gebruik van het eenzijdig verzoekschrift – gelet op de per hypothese niet-opgeroepen betrokkenen – uitgesloten.<sup>81</sup> Maar de praktijk kan verrassend uit de hoek komen. Vorderingen tot betwisting van staat moeten, overeenkomstig artikel 332*bis* BW, op zodanige wijze worden ingesteld dat het kind of zijn afstammelingen en degene van zijn ouders wiens vader- of moederschap niet wordt betwist in het geding worden geroepen, samen met de persoon wiens vader- of moederschap wordt betwist. Artikel 332*quater*, eerste lid BW voorziet dat, indien een van de personen die moeten worden gedagvaard, overleden is, de rechtsvordering tot betwisting van staat alleen wordt ingesteld tegen de anderen en de vordering tot inroeping van de staat tegen de anderen en de erfgenamen van de overledene. In zijn tweede lid bepaalt artikel 332*quater* BW dat, wanneer eenieder die moet worden gedagvaard, overleden is, de vordering kan worden ingesteld bij eenzijdig verzoekschrift. In een zaak die, in tweede aanleg, door het Brusselse hof van beroep werd beslecht, had de persoon die zijn staat wou betwisten, geopteerd voor het gebruik van het eenzijdig verzoekschrift omdat de persoon wiens ouderschap werd betwist, overleden was, terwijl zijn moeder en een derde persoon die hij, overeenkomstig de aangehaalde bepalingen in het geding moest betrekken, diens vordering tot betwisting van staat steunden. De moeder en die derde persoon hadden, wellicht nadat over de wijze van rechtsingang door de eerste rechter een opmerking was geformuleerd, een verzoek tot vrijwillige tussenkomst neergelegd. De eerste rechter wees zowel het gedinginleidend stuk als de verzoekschriften tot vrijwillige tussenkomst af door – manifest in strijd met de wijziging aangebracht door de wet van 26 april 2007 – artikel 700 Ger.W. als een regel van gerechtelijke organisatie te lezen. De appelrechter stelde gelukkig orde op zaken. Omdat de moeder en de derde persoon de nietigheid van het gedinginleidend stuk niet aanvoerden, maar integendeel een verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomst (wat in het oordeel van de appelrechter eenzelfde gevolg had als waren die personen vrijwillig verschenen bij de aanvang

---

81. P. Taelman en B. Deconinck, “Qui pro quo omtrent de nietigheden en sancties” in P. Taelman en P. Van Orshoven (eds.), *De wet van 26 april 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand doorgelicht*, Brugge, die Keure, 2007, (119) 130-131, nr. 16; X. Taton (“Les irrégularités, nullités et abus de procédure” in J. Englebort (ed.), *Le procès civil accéléré? Premiers commentaires de la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l’arriéré judiciaire*, Brussel, Larcier, 2007, (199) 212, nr. 21) en B. Vanlerberghe en S. Rutten (“Artikel 780bis van het Gerechtelijk Wetboek en de onduidelijkheid inzake het (ver)nieuw(de) toepassingsgebied van de nietigheidsleer herbekeken” in P. Van Orshoven en B. Maes (eds.), *De procesrechtswetten van 2007 ... revisited!*, Brugge, die Keure, 2009, (93) 112-113, nrs. 23-24) stippen ook nog aan dat, wanneer het eenzijdig verzoekschrift zou worden gebruikt voor het inleiden van een kort geding (ex art. 584, derde lid Ger.W.), de rechter die vordering kan afwijzen als onontvankelijk – zelf menen we (in lijn met het cassatiearrest van 11 mei 1990, RW 1990-91, 987, noot J. Laenens) dat afwijzen als ongegrond de te volgen weg is – wanneer hij besluit tot afwezigheid van volstreekte noodzakelijkheid.

van het geding) hadden ingediend, waardoor ze in de rechtspleging waren betrokken, achtte het hof van beroep deze in de loop van het geding “geregulariseerde” procedure terecht toelaatbaar.<sup>82</sup>

De meningen lopen echter sterk uiteen wat de toepasselijkheid betreft van de door artikel 700 (nieuw) Ger.W. voorziene versoepelde sanctie op andere onregelmatige keuzes van de akte van rechtsingang. *Grosso modo* zijn er drie strekkingen te onderscheiden:

- (1) Een eerste strekking pleit voor een zeer brede, expansieve invulling van artikel 700 Ger.W.<sup>83</sup> De conversie van artikel 700 Ger.W. van een regel van gerechtelijke organisatie in een op straffe van nietigheid voorgeschreven regel zou elke verkeerde keuze van een akte van rechtsingang bestrijken die voordien op grond van artikel 700 (oud) Ger.W. aangezien werd als een inbreuk op een regel van gerechtelijke organisatie. De legaliteitsvereiste van artikel 860 Ger.W. zou niet verhinderen dat de nietigheidsregeling wordt toegepast op andere vormen van rechtsingang dan deze vermeld in artikel 700 Ger.W., aangezien het net de analyse van artikel 700 Ger.W. als een regel van gerechtelijke organisatie was die voorheen de organieke nietigheid of niet-ontvankelijkheid wegens de verkeerde aanwending van een bepaalde akte van rechtsingang impliceerde. Of zoals verwoord door DE LEVAL en GEORGES: “à changement de sanction appliquée par amplification doit correspondre une inversion de la même importance”.<sup>84</sup> Deze interpretatie zou zich ook het best laten verstaan met het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel. In deze visie valt ook de verkeerd gekozen akte van rechtspleging bij het instellen van een tussenvordering<sup>85</sup> of bij het aanwenden van een rechtsmiddel<sup>86</sup> onder de toepassings sfeer van de nietigheidsleer.

82. Brussel 22 september 2011, *JT* 2013, 43. Zie voor het omgekeerde geval (nl. wanneer de procedure wordt ingeleid met een tegensprekelijk gedinginleidend stuk, terwijl volgens de wet een eenzijdig verzoekschrift moet worden gebruikt): Antwerpen 17 februari 2010, *NJW* 2011, 137, noot A. VANDERHAEGHEN, waarin het hof van beroep terecht besluit tot de vernietiging van het vonnis van de eerste rechter die had geoordeeld dat, aangezien de procedure (*ex art.* 1580 Ger.W.) in principe bij eenzijdig verzoekschrift moet worden ingeleid, hij in geen geval rekening kon houden met de middelen opgeworpen door de verwerende partijen.

83. G. DE LEVAL en F. GEORGES, “La sanction des irrégularités procédurales” in C. ENGELS en P. LECOQ, *Rechtskroniek voor de vrede- en politierechters 2009*, Brugge, die Keure, 2009, (445) 449-454; J. VAN DONINCK, “Sancties en nietigheden” in K. PITEUS en J. VAN DONINCK (eds.), *Het gerechtelijk wetboek vernieuwd. Een praktische commentaar bij de wet van 26 april 2007*, Mechelen, Kluwer, 2008, (123) 126-129; F. BALOT, “La loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l’arriéré judiciaire: commentaires généraux et retombées en droit judiciaire notarial”, *RNB* 2008, (6) 11, nr. 6 en 14-16, nrs. 9-11.

84. G. DE LEVAL en F. GEORGES, “La sanction des irrégularités procédurales” in C. ENGELS en P. LECOQ, *Rechtskroniek voor de vrede- en politierechters 2009*, Brugge, die Keure, 2009, (445) 451.

85. De meeste tussenvorderingen kunnen op informele wijze worden ingesteld, nl. via conclusie (art. 809 en 813, tweede lid Ger.W.) of informeel verzoekschrift (art. 813, eerste lid Ger.W.; dat verzoekschrift is niet onderworpen aan de vormvoorschriften van het gedinginleidend verzoekschrift op tegenspraak *ex art.* 1034*bis et seq.* Ger.W. (Cass. 23 april 2007, *RABG* 2008, 313, noot E. BREWAEYS)), zodat de vraag naar (de bestraffing van) het gebruik van een verkeerde akte van rechtspleging alleen rijst in het geval van art. 813, tweede lid Ger.W., dat de dagvaarding voorschrijft om een derde in het geding te betrekken.

86. Wat de rechtsmiddelen betreft, rijst het probleem van de onaangepaste rechtsingang alleen m.b.t. het verzet (art. 1047,

Wat de rechtsmiddelen betreft, wordt daarbij verwezen naar artikel 1042 Ger.W., volgens hetwelk de regels van het geding (art. 700 *et seq.* Ger.W.) toepasselijk zijn op de rechtsmiddelen, voor zover daarvan niet afgeweken wordt. Een uitzondering zou enkel gelden voor het verzoek tot cassatie en het verhaal op de rechter, aangezien deze buitengewone rechtsmiddelen met bepaalde, bijzondere formaliteiten gepaard gaan die niet door een ander procedé kunnen worden vervangen (nl. de neerlegging van het verzoekschrift op de griffie van het Hof van Cassatie en de voorafgaande betekening aan de partij tegen wie de cassatievoorziening is gericht (art. 1079 Ger.W.), resp. de rechter op wie het verhaal wordt genomen (art. 1143 Ger.W.)).<sup>87</sup> Deze – beperkte – uitzondering zou niet discriminatoir zijn aangezien het gaat om buitengewone rechtsmiddelen en het EHRM inzake de voorziening in cassatie heeft geoordeeld dat de ontvankelijkheidsvoorwaarden ervan strenger mogen zijn dan voor een ander rechtsmiddel.<sup>88</sup> De ondergrens in deze opvatting is dat het gedinginleidend stuk minstens een door het Gerechtelijk Wetboek voorziene akte van rechtspleging moet zijn (“een banaan is geen dagvaarding”).<sup>89</sup> Zo valt bv. de gedinginleiding bij e-mail niet onder de nietigheidsregeling, ook niet wanneer de bepaling waarop de betrokken vordering steunt de akte van rechtsingang uitdrukkelijk voorschrijft op straffe van nietigheid.<sup>90</sup>

---

tweede lid Ger.W.), de voorziening in cassatie (art. 1079, eerste lid Ger.W.), het derdenverzet (art. 1125, eerste lid Ger.W.) en het verhaal op de rechter (art. 1142, eerste lid Ger.W.). Artikel 1056 Ger.W., dat ziet op de drager van het hoger beroep, laat zelf de keuze tussen een gerechtsdeurwaardersexploot of tegensprekelijk verzoekschrift. Bovendien kan de rechter, wanneer het hoger beroep niet in de correcte vorm is ingesteld en de geïntimeerde niet verschijnt, terugvallen op het bijzondere voorschrift in art. 1058 Ger.W.: herdaging d.m.v. gerechtsdeurwaardersexploot (Cass. 13 november 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1779: voor de betekening van dit herstelexploot is de termijn om hoger beroep in te stellen niet van toepassing). Wat het buitengewoon rechtsmiddel van de herroeping van het gewijsde betreft, wordt doorgaans aanvaard dat de nietigheidsleer van toepassing is op de verkeerde keuze van akte van rechtsingang (zie art. 1134 Ger.W., dat – al van bij de invoering van het Ger.W. in 1967 – de vorm van de akte van rechtsingang (dagvaardingsexploot) voorschrijft op straffe van nietigheid).

87. De neerlegging van het verzoekschrift op de griffie van het Hof van Cassatie en de voorafgaande betekening ervan zijn formaliteiten die, bij niet-naleving, leiden tot de niet-ontvankelijkheid van het rechtsmiddel (zie o.m. Cass. 29 januari 2009, *JT* 2009, 263, concl. J. LECLERCQ; Cass. 14 december 2006, *Pas.* 2006, 2702 en *P&B* 2007, 79, noot S. VOET; Cass. 29 november 2004, *Pas.* 2004, 1883).
88. Zie o.m. EHRM 24 mei 2006, nr. 20627/04, *Liakopoulou/Griekenland*, overw. 18; EHRM 19 december 1997, nr. 26737/95, *Brualla Gómez de la Torre/Spanje*, overw. 38.
89. T.A.W. STERK, “Kan een banaan een herstelbare dagvaarding zijn? De ontvangsttheorie in het burgerlijk procesrecht” in *Quod licet (Kleyn-bundel)*, Deventer, Kluwer, 1992, 407-416.
90. Ter ondersteuning hiervoor wordt verwezen naar Cass. 25 januari 2008, *Arr.Cass.* 2008, 247 en *P&B* 2008, 216, noot D. MOUGENOT (gedinginleiding bij e-mail van een wrakingsverzoek *ex art.* 835 Ger.W.). Volgens het Hof beantwoordt een elektronisch bericht aan geen van de vereisten van een vordering in rechte, inzonderheid van een vordering tot wraking, zodat het geen enkele uitwerking heeft en geen enkel gevolg in rechte mag krijgen. Het is een motivering die doet denken aan de “onbestaande proceshandeling” waarmee de nietigheidsregeling net komaf wou maken (*supra*, nr. 6). Overigens (B. MAES en J. VAN DONINCK, “Snelheid, eenheid, doelmatigheid. Kernwaarden voor de civiele rechtspleging?” in J. VAN DONINCK, L. VAN DEN HOLE en VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP (eds.), *Civiel procesrecht vandaag en morgen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1) 22, nr. 17) was het bericht kennelijk goed ontvangen en hadden de betrokken raadsheren ook gereageerd conform art. 836, tweede lid Ger.W. Onder het motto “wie kaatst moet de bal vangen” (we parafrazeren E. BREWAEYS in zijn noot onder Cass. 22 mei 2003 (*RABG* 2003, 738)) zien we vanuit het nieuwe art. 700 Ger.W. geen principieel bezwaar meer.

- (2) Volgens een tweede strekking is artikel 700 Ger.W. enkel van toepassing op de onregelmatige inleiding van een hoofdeis d.m.v. een wijze van rechtsingang die uitdrukkelijk in artikel 700 Ger.W. wordt vermeld (m.u.v. niet-geëigende gebruik van het eenzijdig verzoekschrift).<sup>91</sup> In deze opvatting valt ook het gebruik van het informele verzoekschrift *ex* artikel 704, § 2 Ger.W. in een geval waarin de wet dit niet toestaat, buiten het bestek van de nietigheidsregeling. Ook tussenvorderingen en rechtsmiddelen – m.u.v. het verzoek tot herroeping van het gewijsde (*supra*, voetnoot 86) – blijven uitgesloten. Het “bruggetje” van artikel 1042 Ger.W. is niet aan de orde, aangezien dit uitsluitend bedoeld is om aan te geven dat de rechtspleging *na* het instellen van een rechtsmiddel wordt beheerst door de regels die van toepassing zijn op het geding (in eerste aanleg). Bovendien wordt voor elk rechtsmiddel uitvoerig geregeld hoe het moet worden ingeleid, zodat niet kan worden beweerd dat er geen afwijkende regels voorhanden zijn. Er is ook geen sprake van een ongrondwettelijke ongelijkheid want een rechtsmiddel aanwenden, is niet hetzelfde als een hoofdvordering instellen.
- (3) Een derde strekking ten slotte is ook van mening dat artikel 700 Ger.W. alleen kan worden toegepast op de onregelmatige inleiding van een hoofdeis d.m.v. de wijzen van rechtsingang opgesomd in artikel 700 Ger.W. (m.u.v. het eenzijdig verzoekschrift), maar voegt daar wel het informele verzoekschrift van artikel 704, § 2 Ger.W. aan toe.<sup>92</sup> Op de rechtsmiddelen zou artikel 700 Ger.W. eveneens van toepassing zijn, m.u.v. de voorziening in cassatie en het verhaal op de rechter.<sup>93</sup>

Zoals een van ons al eerder verdedigde<sup>94</sup>, zijn wij voorstander van een brede herstel-mogelijkheid voor onregelmatigheden i.v.m. de vorm van de akte van rechtsingang (de eerste (1) strekking). Het standpunt dat de onaangepaste inleiding van een hoofdeis buiten de in artikel 700 Ger.W. (de tweede (2) strekking), resp. de in artikelen 700 en 704, § 2 Ger.W. (de derde (3) strekking) voorziene gevallen (nog steeds) de schending oplevert van een regel van gerechtelijke organisatie, die op mechanische wijze resulteert in de – niet voor herstel vatbare – niet-ontvankelijkheid of organieke nietigheid, leidt tot onverantwoorde en onrechtvaardige gevolgen, zoals treffend

91. P. DAUW, “De nieuwe artikelen 700, 865 en 867 van het Gerechtelijk Wetboek: Blikopeners inzake nietigheden en termijnen” in D. SERRUS (ed.), *Actualia gerechtelijk recht*, Gent, Larcier, 2008, (201) 227; D. MOUGENOT, *Principes de droit judiciaire privé*, Brussel, Larcier, 2009, 232-233; B. VANLERBERGHE en S. RUTTEN, “Artikel 780bis van het Gerechtelijk Wetboek en de onduidelijkheid inzake het (ver)nieuw(d)e toepassingsgebied van de nietigheidsleer herbekeken” in P. VAN ORSHOVEN en B. MAES (eds.), *De procesrechtswetten van 2007 ... revisited!*, Brugge, die Keure, 2009, (93) 114-115, nrs. 26-27.

92. De arbeidsgerichten lijken voorlopig verdeeld over de toepasbaarheid van art. 860 *et seq.* Ger.W. op het onrechtmatige gebruik van het eenvoudig verzoekschrift van art. 704, § 2 Ger.W. (*pro*: Arrbh. Bergen 23 - april 2013, *JIT* 2013, 285; *contra*: Arrbh. Charleroi (afd. Binche) 9 februari 2012, *Ius&Actores* 2013, 131).

93. H. BOULARBAH en X. TATON, “Les vices de forme et les délais de procédure. Régime général et irrégularités spécifiques” in H. BOULARBAH en J.-F. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Les défenses en droit judiciaire*, Brussel, Larcier, 2010, (101) 121-127, nrs. 35-46.

94. J. VAN DONINCK, “Sancties en nietigheden” in K. PITEUS en J. VAN DONINCK (eds.), *Het gerechtelijk wetboek vernieuwd. Een praktische commentaar bij de wet van 26 april 2007*, Mechelen, Kluwer, 2008, (123) 126-129.



wordt geïllustreerd in een recent arrest van het hof van beroep te Gent.<sup>95</sup> Het hof moest zich uitspreken over het hoger beroep ingesteld tegen een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg waarin de staat van vereffening van een huwelijksgemeenschap werd gehomologeerd. Aangezien het bestreden vonnis dateerde van vóór 1 april 2012, moest het geschil worden beslecht volgens de oude regels van de gerechtelijke vereffening-verdeling.<sup>96</sup> Artikel 1219, § 2 (oud) Ger.W. bepaalt dat de notaris binnen een maand na het opmaken van het proces-verbaal van bewering en zwarigheden, een uitgifte van dat proces-verbaal en van de staat van vereffening ter griffie moet neerleggen. Door die neerlegging wordt de zaak aanhangig gemaakt bij de rechtbank.<sup>97</sup> In deze zaak legde de notaris alleen een uitgifte van het proces-verbaal neer, zonder staat van vereffening. Toch had de rechtbank van eerste aanleg de staat van vereffening gehomologeerd, tegen welke uitspraak hoger beroep werd ingesteld. Tijdens de behandeling in tweede aanleg werpt het hof van beroep – ambtshalve – op dat de eerste rechter niet rechtsgeldig werd gevat en bijgevolg geen rechtsmacht had om zich over de homologatie uit te spreken. Het hof motiveert dat het proces-verbaal en de staat samen een akte van rechtsingang uitmaken.<sup>98</sup> De neerlegging van het proces-verbaal zonder staat van vereffening is volgens de appelrechter geen regelmatige akte van rechtsingang. Het hof vervolgt dat de wijze van rechtsingang als onderdeel van de gerechtelijke organisatie van openbare orde is, zodat een inbreuk hierop ambtshalve door de rechter (in hoger beroep) moet worden opgeworpen. Regularisatie van het onregelmatig aanspreken van de (eerste) rechter door het alsnog in de debatten brengen van de staat van vereffening – zoals door raadslieden van partijen werd voorgesteld – is volgens het hof niet mogelijk, gelet op het openbareordekarakter van de wijze van rechtsingang. Het hof besluit tot de vernietiging van het vonnis van de eerste rechter en draagt aan de notaris op om het proces-verbaal en de staat van vereffening (opnieuw) neer te leggen ter griffie van de rechtbank van eerste aanleg. Deze uitspraak valt moeilijk te verenigen met de *ratio legis* van de wet van 26 april 2007. Het zijn immers net dergelijke verreikende (en procesoneconomische) gevolgen waarmee de wetgever van 2007 komaf wou maken door de invoering van de woorden “op straffe van nietigheid” in artikel 700 Ger.W. Sindsdien kan niet meer worden beweerd dat de wijze van rechtsingang van openbare orde is, zelfs niet wanneer het – zoals in bovenstaande zaak – een “afwijkende” wijze van rechtsingang betreft die niet uitdrukkelijk is opgesomd in artikel 700 Ger.W. De analyse van de aanwending van een bepaalde akte als regel van gerechtelijke organisatie was immers net gebaseerd op de kwalificatie (door het Hof van Cassatie) van artikel 700 Ger.W.

95. Gent 6 februari 2014, *NJW* 2015, 272, (kritische) noot C. VAN SEVEREN.

96. Zie art. 9-10 van de wet van 13 augustus 2011 houdende hervorming van de procedure van gerechtelijke vereffening-verdeling (*BS* 14 september 2011, ed. 2).

97. Cass. 14 juni 2013, *Pas.* 2013, 1385 en *P&B* 2014, 198; Cass. 5 november 1993, *R.Cass.* 1994, 31, noot T. VAN SINAY en *RTDF* 1995, 123, noot P. DE PAGE; Cass. 6 april 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 1036, concl. G. D'HOORE, *Pas.* 1990, 1, 922, *RW* 1990-91, 218, concl. G. D'Hoore, *RNB* 1991, 271, *RTDF* 1991, 29, noot P. DE PAGE en *T.Not.* 1990, 235, noot F. BOUCKAERT; vgl. huidig art. 1223, § 3, vierde en vijfde lid Ger.W.

98. P. DAUW, “Art. 700 Ger.W.” in *Comm.Ger.*, Kluwer, Mechelen, 2011, losbl., 121, nr. 12.

als regel van gerechtelijke organisatie. Of de nietigheidsleer van toepassing is op andere dan in artikel 700 Ger.W. opgesomde onregelmatige akten van rechtsingang is weliswaar voor betwisting vatbaar, aangezien de legaliteitsvoorwaarde – in principe een *conditio sine qua non* voor de toepassing van de nietigheidsleer – niet is vervuld. Voorlopig is de nietigheidsleer evenwel het enige “houvast” ter beoordeling van de onaangepaste rechtsingang die niet uitdrukkelijk is vermeld in artikel 700 Ger.W. De meest aangewezen oplossing de lege ferenda ligt o.i. in het formuleren van een “wisselbepaling” naar Nederlands voorbeeld. Artikel 69 van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voorziet: “Indien een procedure met een verzoekschrift is ingeleid in plaats van met een dagvaarding of met een dagvaarding in plaats van met een verzoekschrift, beveelt de rechter, zo nodig, de aanlegger binnen een door de rechter te bepalen termijn op kosten van de aanlegger het stuk waarmee de procedure is ingeleid, te verbeteren of aan te vullen. De procedure is aanhangig vanaf de oorspronkelijke dag van indiening of dagvaarding”. De invoering van een wisselbepaling geïnspireerd op Nederlands model zou de rechter een algemene herstelmogelijkheid met wettelijke basis bieden.<sup>99</sup>

### C. Legitimiteitstoets: geen nietigheid zonder belangenschade (art. 861-862 Ger.W.)

**8. De regel: de nietigheid is relatief (art. 861 Ger.W.)** – Artikel 861 Ger.W. vormt een tweede belangrijke beperking op de mogelijkheid tot bestraffing van vormgebreken: de nietigheid kan maar worden uitgesproken als de onregelmatigheid de belangen van diegene die zich erop beroept, heeft geschaad. Dit impliceert ten eerste dat alleen een procespartij de nietigheid kan opwerpen, reden waarom ze als “relatieve” nietigheden worden gecatalogeerd. De rechter kan dit, behoudens bij verstek van de verwerder<sup>100</sup>, niet ambtshalve.<sup>101</sup> Bovendien moet de procespartij die zich op de nietigheid beroept, bewijzen dat door het vormgebrek haar belangen zijn geschaad.<sup>102</sup>

99. Zelfs zonder wettelijke houvast, was het in de zaak van het hof van beroep aangewezen dat de appelrechter naar herstel zou streven, door bv. de notaris te bevelen (of de partijen toe te laten) de staat alsnog te overhandigen (zie Gent 28 mei 2015, *NJW* 2015, 599, (goedkeurende) noot C. VAN SEVEREN), waarin in een haast identieke zaak wordt geoordeeld dat de notaris de onregelmatige rechtsingang (verzuim van de neerlegging van de staat van vereffening-verdeling en een van de processen-verbaal) regulariseert door de latere neerlegging van die stukken.

100. Bij verstek staat het aan de rechter ambtshalve alle middelen op te werpen die de versteklatende partij zou kunnen hebben opgeworpen, met inbegrip van de relatieve nietigheden (G. DE LEVAL en F. GEORGES, “La sanction des irrégularités procédurales” in C. ENGELS en P. LECOCQ, *Rechtskroniek voor de vrede- en politierechters 2009*, Brugge, die Keure, 2009, (445) 457), met dien verstande dat de rechter de debatten moet heropenen of anderszins het recht op tegenspraak van de verschijnende partij moet waarborgen (cf. A. SMETS, *Het recht op tegenspraak in civiele geschillen*, Brugge, die Keure, 2009, 525-526, nrs. 710-711).

101. Cf. m.b.t. art. 700 Ger.W. het eerder vermelde Cass. 23 mei 2013, *Pas.* 2013, 1147, concl. A. HENKES en *RW* 2014-15, 663, noot (*supra*, voetnoot 75).

102. P. SCHOLLEN, “Over de bewijslast in artikel 867 Ger.W.” (noot onder Cass. 29 november 2002), *RW* 2003-04, (347) 347, nr. 1; C. Leclercq, *Eléments pratiques de procédure civile*, Brussel, Bruylant, 1993, 108.

Het bestaan van deze schade wordt beoordeeld vanuit het individuele, rechtmatige belang van de *excipiens* (subjectief criterium), maar sluit doorgaans nauw aan bij het (objectief) criterium van het normdoel van artikel 867 Ger.W. (*infra*, nrs. 13-15). De relevante belangenschade is beperkt tot het belang van de partij die de exceptie opwerpt *binnen de eigenlijke procedure*. Vereist is dus dat het verzuim of de onregelmatigheid de *excipiens* werkelijk heeft gehinderd in de uitoefening van haar (procedurele) rechten binnen het raam van de rechtspleging waarin het vormgebrek werd begaan. Wanneer vaststaat dat een partij haar rechten in het geding heeft kunnen laten gelden binnen een normale procesgang en kennelijk alleen aan de procedure externe nadelen worden aangevoerd, volstaat dit niet om belangenschade in de zin van artikel 861 Ger.W. op te leveren.<sup>103</sup>

Opdat belangenschade zou worden aangenomen, is doorgaans vereist dat de *excipiens* bewijst dat de vormfout haar recht van verdediging heeft geschaad, dan wel een onaantvaardbare vertraging van de rechtspleging meebrengt<sup>104</sup>:

- wanneer het verzoekschrift in hoger beroep de gedaagde uitnodigt te verschijnen op een onbestaande datum, is deze omstandigheid gelijk aan een afwezigheid van aanduiding van een datum. Hieruit volgt de relatieve nietigheid van de rechtshandeling. De partij die zich beroept op deze nietigheid moet het bewijs aanvoeren dat de onregelmatigheid haar nadeel berokkende, wat niet het geval is als zij haar rechten heeft kunnen laten gelden. Zo is er geen belangenschade wanneer het verzoekschrift 21 juni 2003 i.p.v. 21 juni 2004 vermeldt en de geïntimeerde niet verschijnt maar de zaak naar de rol wordt verzonden, de afwezige geïntimeerde wordt opgeroepen *ex* artikel 803 Ger.W. en vervolgens de mogelijkheid krijgt om te concluderen over de naleving van artikel 1057 Ger.W.<sup>105</sup>;
- artikel 43, 2° Ger.W. schrijft op straffe van nietigheid de vermelding in de dagvaarding voor van de naam van de persoon op wiens verzoek het exploit werd betekend. De vermelding in de dagvaarding van een vennootschapsnaam die niet volledig correct is ingevolge verwarring met een van de vennootschapsnaam afwijkende bedrijfsnaam, heeft niet zonder meer de nietigheid van het exploit tot gevolg. De gedaagde beschikte met de gegevens vermeld in de dagvaarding over

103. Cass. 7 september 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1941; Cass. 8 september 2008, RABG 2009, 319, noot R. VERBEKE en *TBBR* 2010, 137, noot D. SCHEERS. In het arrest van 2008 vernietigde het Hof een beslissing van het hof van beroep te Gent waarin werd geoordeeld dat de belangenschade was bewezen door het loutere feit dat door de onregelmatige betekening van de appelakte (aan een derde) het geschil in zekere mate aan de openbaarheid was prijsgegeven.

104. Voor meer voorbeelden, zie o.m. G. Closset-Marchal, "Examen de jurisprudence (2002-2012) – Droit judiciaire privé – Introduction et incidents de l'instance", *RCJB* 2014, (57) 87-90, nrs. 27-28; H. BOULARBAH en X. TATON, "Les vices de forme et les délais de procédure. Régime général et irrégularités spécifiques" in H. BOULARBAH en J.-F. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Les défenses en droit judiciaire*, Brussel, Larcier, 2010, (101) 110, nr. 14; B. DECONINCK, "Art. 861 Ger.W." in *Comm.Ger.*, Mechelen, Kluwer, 2009, losbl., 7-8, nr. 4; C. ROBBE, "Vormgebreken, laattijdigheid, niet-verstreken wachtermijnen, nalatigheid, verboden handelingen en gebrek aan loyaliteit tijdens de procesvoering voor de burgerlijke rechter" in *ORDE VAN ADVOCATEN KORTRIJK* (ed.), *Sancties en nietigheden*, Brussel, Larcier, 2003, (391) 396-398.

105. *Arbh.* Luik 4 januari 2006, *Soc.Kron.* 2008, 477.

afdoende identiteitsgegevens die toelieten de eiseres correct te identificeren. Zij toont geen enkele belangenschade aan, zodat de dagvaarding niet kan worden nietig verklaard<sup>106</sup>;

- het in artikel 702, 3° Ger.W. bedoelde vereiste dat de dagvaarding op straffe van nietigheid het onderwerp en een korte samenvatting van de middelen van de vordering bevat, heeft een signaalfunctie. De nietigheidssanctie geldt enkel indien de dagvaarding het recht van verdediging van de gedaagde fnuikt<sup>107</sup>;
- luidens artikel 1057, 7° Ger.W. bevat de akte van hoger beroep, m.u.v. het geval waarin het hoger beroep bij conclusie wordt ingesteld, op straffe van nietigheid de uiteenzetting van de grieven. Voor de nakoming van de door artikel 1057, 7° Ger.W. gestelde verplichting is het noodzakelijk maar voldoende dat appelland aangeeft welke bezwaren hij heeft tegen de bestreden beslissing. De appelakte die zich in zeer korte en vage bewoordingen ertoe beperkt aan te geven dat de eerste rechter ten onrechte beslist zou hebben wat hij heeft beslist, zonder aan te geven waarom die beslissing verkeerd zou zijn en wat appelland daartegen inbrengt, is niet van aard een vlotte afhandeling van het hoger beroep te verzekeren, noch in hoofde van geïntimeerde wiens voorbereiding van zijn verdediging hierdoor ernstig werd bemoeilijkt, noch in hoofde van het hof dat de draagwijdte van het hoger beroep niet behoorlijk kon inschatten op de inleidingszitting. Dergelijke summiere en onduidelijke redenen tegen een zeer uitvoerig gemotiveerd en helder gestructureerd vonnis zijn gelijk te stellen met een ontbreken van motivering in de akte van hoger beroep. Dit belet het goede verloop van de rechtspleging en leidt bijgevolg tot nietigheid van die akte, aangezien dit de belangen geschaad heeft van geïntimeerde partij die niet binnen een redelijk tijdsbestek te weten is gekomen waarop zij zich moest verweren en heeft moeten concluderen zonder kennis te hebben van de precieze aard, inhoud en omvang van de bezwaren van appelland tegen het vonnis.<sup>108</sup>

In beginsel beoordeelt de feitenrechter onaantastbaar de aanwezigheid van het oorzakelijk verband tussen de ingeroepen schade en het vormgebrek<sup>109</sup>, weliswaar onder controle van het Hof van Cassatie. Zo ontsnapte een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Tongeren, dat het hoger beroep van een huurder in een handelshuurgeschil niet-ontvankelijk en het verzoekschrift tot hoger beroep nietig verklaarde, niet aan de censuur van het Hof.<sup>110</sup> Het vonnis stelde vast dat het verzoekschrift tot hoger beroep i.p.v. de nieuwe eigenaar en verhuurder Hanane een “zekere Mohamed” vermeldde, dat het ook niet verduidelijkte tegen wie het was gericht en ook nog een

106. Antwerpen 3 oktober 2007, *P&B* 2008, 107.

107. Kh. Dendermonde 12 september 2013, *RW* 2014-15, 952, waarin laconiek wordt overwogen: “ook de inhoud van de nota bene zeer uitvoerige conclusies van verweerder bewijst de ongerijmdheid van zijn stelling”.

108. Antwerpen 29 september 2014, *NJW* 2015, 756, noot T. DE JAEGER en *P&B* 2015, 55; vgl. wanneer het vonnis *a quo zelf* niet (of slechts zeer summier) is gemotiveerd: Antwerpen 21 januari 2015, *NJW* 2015, 759, noot T. DE JAEGER.

109. R. VERBEKE, “De (nieuwe?) begrenzing van het begrip ‘belangenschade’ in artikel 861 Ger.W.” (noot onder Cass. 8 september 2008), *RABG* 2009, (326) 327, nr. 3.

110. Cass. 24 oktober 2014, *RABG* 2015, 431, noot J. VAN DONINCK.

verkeerde adresvermelding bevatte. Volgens de rechtbank werden de belangen van de overige partijen hierdoor ontegensprekelijk geschaad, aangezien zij niet wisten wie van hen als geïntimeerde moest worden beschouwd en waartegen zij zich precies moesten verdedigen, zodat op grond van artikel 1057, 3° en 7° Ger.W. het verzoekschrift tot hoger beroep nietig moest worden verklaard. Het Hof van Cassatie herhaalt<sup>111</sup> dat belangenschade in de zin van artikel 861 Ger.W. veronderstelt dat de partij die de exceptie opwerpt, door het verzuim of de onregelmatigheid haar rechten in het geding redelijkerwijze niet of niet volledig heeft kunnen laten gelden binnen de normale procesgang. “Uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan” blijkt dat de eerste en tweede verweerders schriftelijk zijn verschenen en hun standpunt in rechte hebben uiteengezet, dat de appellante wel degelijk “Hanane” als de juiste partij beschouwde en dat ook “Hanane” zelf dat blijkbaar zo zag, aangezien zij zich op die manier in haar schriftelijke verschijning en syntheseconclusie in hoger beroep identificeerde, daarbij wees op de verkeerde adres- en naamsvermelding in het bestreden vonnis en zelfs de verbetering van deze materiële vergissingen vorderde. Daaruit volgt, aldus het Hof, “dat de foute vermelding in de identiteit van de tweede verweerster en de onduidelijkheid in de precisering van de partijen tegen wie het hoger beroep was ingesteld, de verweerders kennelijk niet hebben belet tegenspraak te voeren en hun verweer uit te oefenen in hoger beroep, zonder verwarring omtrent de identiteit van de partijen tegen wie het hoger beroep was gericht. In deze omstandigheden konden de appelrechters niet oordelen dat de belangen van de verweerders hierdoor werden geschaad”.

**9. De uitzondering: de nietigheid is absoluut (art. 862 Ger.W.)** – Artikel 862, § 1 Ger.W. bevat een limitatieve lijst van zes uitzonderingen op de regel van artikel 861 Ger.W.<sup>112</sup> Het betreft procedurevoorschriften die zo essentieel worden bevonden, dat het verzuim of de onregelmatigheid ervan – zonder het bewijs van belangenschade<sup>113</sup> – tot nietigheid leidt. Dit zijn de zgn. “absolute” nietigheden. Zij kunnen ambtshalve

111. Cass. 8 september 2008, RABG 2009, 319, noot R. VERBEKE en *TBBR* 2010, 137, noot D. SCHEERS.

112. Met de wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek (*BS* 31 augustus 1992) werd de lijst gereduceerd van tien tot zes gevallen, o.a. omdat sommige gevallen volgens de wetgever betrekking hadden op schendingen van regels van gerechtelijke organisatie die buiten de nietigheidsleer vallen (bv. art. 292, tweede lid Ger.W., dat bepaalt “nietig is het vonnis, gewezen door een rechter die vroeger bij het uitoefenen van een ander rechterlijk ambt kennis genomen heeft van de zaak”, dat overigens betrekking heeft op (vorm)gebreken in een rechtspreekende handeling waarvan – naar de huidige opvattingen – wordt aangenomen dat die buiten de werkingsfeer van de nietigheidsleer vallen (*supra*, nr. 3 en *infra*, nr. 30)).

113. G. CLOSSET-MARCHAL, “Examen de jurisprudence (2002-2012) – Droit judiciaire privé – Introduction et incidents de l’instance”, *RCJB* 2014, (57) 90, nr. 29; vgl. P. VAN ORSHOVEN en B. ALLEMEERSCH, *Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*, Leuven, Acco, 2014, 228, die – in navolging van anderen (E. GUTT en A.-M. STRANART-THILLY, “Examen de jurisprudence (1965-1970) – Droit judiciaire privé – L’instance”, *RCJB* 1974, (89) 155, nr. 82) – opmerken dat de belangenschade hier onweerlegbaar vermoed wordt.

door de rechter worden uitgesproken<sup>114</sup>, onverminderd de toepassing van de dekking- en herstelmogelijkheden voorzien in de daaropvolgende artikelen.<sup>115</sup> Uit artikel 862, § 2 Ger.W. mag evenwel niet worden afgeleid dat de rechter de *plicht* heeft om de nietigheid ambtshalve aan te voeren. Artikel 864, tweede lid Ger.W. i.v.m. de dekking van nietigheden leert dat de rechter, mits de rechtspleging verloopt op tegenspraak, (bewust) mag “nalaten” de nietigheid ambtshalve op te werpen wanneer hij van oordeel is dat die houding voor een goede rechtsbedeling is aangewezen.<sup>116</sup>

M.u.v. de op straffe van verval of nietigheid voorgeschreven termijnen die aan dezelfde regeling zijn onderworpen (*infra*, nr. 25), gaat het om<sup>117</sup>:

- (1) de ondertekening van de akte (zie *infra*, nrs. 16-17 over de herstelmogelijkheid *ex art.* 863 Ger.W.);
- (2) de vermelding van de datum van de akte wanneer die noodzakelijk is om de gevolgen van de akte te beoordelen<sup>118</sup>;
- (3) de aanwijzing van de rechter die van de zaak kennis moet nemen<sup>119</sup>;
- (4) de eed opgelegd aan getuigen en aan deskundigen<sup>120</sup>;
- (5) de vermelding dat de exploit en akten van tenuitvoerlegging zijn betekend aan de persoon of op een andere wijze die de wet bepaalt.

114. De rechter die ambtshalve een nietigheid opwerpt moet het recht van verdediging eerbiedigen door hetzij de partijen vóór de sluiting van de debatten de kans te geven hun opmerkingen hierover te formuleren (H. BOULARBAH en X. TATON, “Les vices de forme et les délais de procédure. Régime général et irrégularités spécifiques” in H. BOULARBAH en J.-F. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Les défenses en droit judiciaire*, Brussel, Larcier, 2010, (101) 113, nr. 18, met verwijzing naar Cass. 6 september 1979, *RW* 1979-80, 2098, noot), hetzij bij toepassing van art. 774, tweede lid Ger.W. de debatten te heropenen (G. DE LEVAL en F. GEORGES, “La sanction des irrégularités procédurales” in C. ENGELS en P. LECOCQ, *Rechtskroniek voor de vrede- en politierechters 2009*, Brugge, die Keure, 2009, (445) 457).

115. De “absolute” nietigheden zijn m.a.w. niet zo absoluut: ze kunnen worden geconverteerd via art. 867 Ger.W., art. 863 Ger.W. biedt soelaas t.a.v. art. 862, § 1, 2° Ger.W. en ze kunnen worden gedekt *ex art.* 864 Ger.W.

116. A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Fac.dr.Lg., 1987, 137, nr. 153.

117. Art. 862 Ger.W. vormt geen uitzondering op de basisregel van art. 860 Ger.W. Voor het uitspreken van de absolute nietigheid is vereist dat een andere wettelijke bepaling dan de art. 860-867 Ger.W., de daarin vermelde pleegvormen op straffe van nietigheid voorschrijft (Cass. 26 mei 1976, *RW* 1976-77, 149, concl. H. LENAERTS; zie ook G. CLOSSET-MARCHAL *et al.*, “Examen de jurisprudence (1991 à 2001). Droit judiciaire privé”, *RCJB* 2002, (437) 462, nr. 418; P. VAN ORSHOVEN, “Niet-ontvankelijkheid, nietigheid, verval en andere wolfjzers en schietgeweren van het burgerlijk procesrecht”, *P&B* 2001, (3) 17, nr. 39).

118. Bv. inzake de akte tot hoger beroep is de op straffe van nietigheid voorgeschreven formaliteit van de vermelding van de datum (art. 1057, 1° Ger.W.) erop gericht de tijdigheid van het hoger beroep te kunnen beoordelen. Wanneer in de akte geen datum vermeld staat, maar er een ander middel is om de tijdigheid van het hoger beroep te beoordelen (bv. de datumstempel die de griffie heeft aangebracht), wordt de nietigheid gedekt *ex art.* 867 Ger.W. (vgl. Cass. 12 september 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 44).

119. Deze bepaling is niet van toepassing op het geval waarin de rechtbank of het hof wel is aangewezen en de onnauwkeurigheid of vergissing slechts betrekking heeft op de aanwijzing van de kamer die, volgens de wet of het reglement van het gerecht, kennis moet nemen van het geschil (Cass. 4 april 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 1046).

120. De rechtspraak opteert doorgaans voor een pragmatische aanpak van onregelmatigheden betreffende de eedformule in een deskundigenverslag door hetzij de deskundige op te roepen ter zitting te verschijnen met het oog op het aanbrengen van de (correcte) eedformule in zijn verslag, hetzij de deskundige een gecorrigeerd verslag ter griffie te laten neerleggen (zie o.m. Gent 1 juni 2001, *P&B* 2005, 151, (goedkeurende) noot P. TAELEMAN).

Het verzuim of de onregelmatigheid betreffende “de vermelding dat de exploten en akten van tenuitvoerlegging zijn betekend aan de persoon of op een andere wijze die de wet bepaalt” (art. 862, § 1, 6° Ger.W.) ziet slechts op de gevallen waar de wet de plaats van betekening bepaalt.<sup>121</sup> Is de plaats van betekening niet door de wet geregeld en ontbreekt in dat geval de vermelding van de plaats van betekening of werd er betekend op een andere plaats dan vermeld, dan geldt (slechts) artikel 861 Ger.W.<sup>122</sup> In zijn conclusie bij het cassatiearrest van 9 januari 2014 merkt procureur-generaal Leclercq op dat een onregelmatigheid begaan bij de *keuze* van de wijze van betekening, zoals voorzien in de hiërarchie opgesomd in artikel 33 *et seq.* Ger.W., evenmin valt onder de toepassing van artikel 862, § 1, 6° Ger.W.: “Het gebruik van een onjuiste door de wet voorziene wijze van betekening leidt, inderdaad, meestal ook tot het inlassen van onjuiste vermeldingen in het exploit. Dergelijke onregelmatige vermeldingen met betrekking tot de plaats van betekening of in voorkomend geval de persoon aan wie afschrift van het exploit ter hand is gesteld worden, overeenkomstig de artikelen 43 en 861 van het Gerechtelijk Wetboek, bestraft met een relatieve nietigheid. De hiërarchie van de mogelijke wijzen van betekening betreft in geen geval een regel van gerechtelijke organisatie, nu de miskennis ervan niet van aard is de goede werking van het gerechtelijk apparaat of van zijn organen te verstoren”.<sup>123</sup> Met de onregelmatigheid van de vermelding als “bruggetje” wordt hier aansluiting gezocht – en gevonden – bij het belangenschadecriterium, zoals Krings het voordeed.

## D. Aanvoeringstoets: de dekking van de nietigheid (art. 864 Ger.W.)

**10. Relatieve vs. absolute nietigheid** – Artikel 864 Ger.W. maakt een onderscheid tussen de wijze van dekking van een relatieve nietigheid en de wijze van dekking van een absolute nietigheid.

**11. Dekking van relatieve nietigheid (art. 864, eerste lid Ger.W.)** – Relatieve nietigheden zijn gedekt als die niet “tegelijk en voor enig ander middel” worden voorgedragen. Beide voorwaarden zijn cumulatief.<sup>124</sup>

---

121. Aanbevolen lectuur is nog steeds de conclusie van PG E. KRINGS bij Cass. 29 september 1989, *Arr.Cass.* 1989-90, 139. De situatie doet zich volgens KRINGS o.m. voor bij de toepassing van art. 1564, eerste lid Ger.W.: “Het uitvoerend beslag op onroerend goed wordt voorafgegaan door een bevel bij exploit betekend aan de persoon dan wel aan de werkelijke of in de titel der schuldvordering gekozen woonplaats”. In dat geval gaat het om een door de wet duidelijk geregelde betekening en wanneer daarvan wordt afgeweken, is art. 862, § 1, 6° Ger.W. toepasselijk. Merk op dat het voorschrift van art. 1564 Ger.W. in art. 1622 Ger.W. op straffe van nietigheid is gesteld.

122. Cass. 29 september 1989, *Arr.Cass.* 1989-90, 139, concl. E. KRINGS; Cass. 12 mei 1997, *Arr.Cass.* 1997, 541; “Dat die bepaling [art. 862, § 1, 6° Ger.W.] geen betrekking heeft op de onregelmatigheid die hierin bestaat dat op een onjuist adres is betekend of dat de geadresseerde onjuist is vermeld”.

123. Concl. J.-F. LECLERCQ bij Cass. 9 januari 2014, AR C.12.0370.N, te raadplegen via <http://jure.juridat.just.fgov.be>, nr. 9.

124. G. DE LEVAL, *Eléments de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2005, 67, nr. 45.

De vraag of het volstaat dat de excepties van nietigheid gezamenlijk worden voorgedragen in de eerste procedureakte voor de eerste rechter dan wel of binnen die akte ook nog een bepaalde volgorde moet worden gerespecteerd tussen de verschillende verweermiddelen, wordt meer uitgebreid behandeld **onder nrs. 49-50**.

**12. Dekking van absolute nietigheid (art. 864, tweede lid Ger.W.)** – Voor de absolute nietigheden opgesomd in artikel 862, § 1 Ger.W. zijn de vereisten voor de dekking strenger. Die nietigheden zijn pas gedekt nadat een vonnis of arrest op tegenspraak – behalve datgene dat een maatregel van inwendige aard inhoudt – werd gewezen zonder dat de nietigheid door een partij werd voorgedragen of door de rechter ambtshalve werd uitgesproken.

De dekking vereist een contradictoire uitspraak, zodat een verstekvonnis niet zou volstaan, evenmin als een vonnis dat wordt geacht op tegenspraak te zijn geweest.<sup>125</sup> Met dat laatste zijn we het, in navolging van anderen, niet eens.<sup>126</sup> Wanneer de rechtspleging ondanks het niet-verschijnen van een partij op tegenspraak verloopt (art. 804, tweede lid Ger.W.), noopt dit tot beantwoording van de conclusie van die partij<sup>127</sup> en kan zij als “verschijnende partij” om heropening van het debat verzoeken.<sup>128</sup> Het resultaat van zulke rechtspleging is tegenspraak en blijft ook tegenspraak.<sup>129</sup> De artikelen 751 en 753 Ger.W. waarin sprake was van beslissingen “geacht op tegenspraak” werden door de wet van 26 april 2007 opgeheven.<sup>130</sup>

Het begrip “maatregel van inwendige aard” moet restrictief worden geïnterpreteerd.<sup>131</sup> Het gaat in de eerste plaats om de maatregelen bedoeld in artikel 1046 Ger.W., nl. bepaling van rechtsdag, uitstel van de zaak, weglating van de rol en doorhaling. Meer algemeen betreft het de beslissingen of de maatregelen waarbij de rechter geen enkel geschil van feitelijke of juridische aard beslecht of niet reeds een beslissing daarover wijst, zodat de beslissing geen onmiddellijk nadeel kan berokkenen aan een van de partijen.<sup>132</sup> Anders gezegd, zal de nietigheid zijn gedekt wanneer zij niet wordt

125. B. DECONINCK, “Art. 864 Ger.W.” in *Comm.Ger.*, Mechelen, Kluwer, 2009, losbl., 5, nr. 9; R. SOETAERT, “Nietigheid wegens vormverzuim en verval door tijdsverloop ter zake van proceshandelingen” in G. DIEVOET (ed.), *Actuele problemen van gerechtelijk privaatrecht*, Leuven, Acco, 1976, (41) 67, nr. 48.

126. P. VAN ORSHOVEN en K. WAGNER, “De Wet van 3 augustus 1992 en de sancties in het burgerlijk procesrecht. Terug naar af?” in P. Taelman en M. Storme (eds.), *Tien jaar toepassing Wet 3 augustus 1992 en haar reparatiewetgeving: evaluatie en toekomstperspectieven*, Brugge, die Keure, 2004, (93) 99, nr. 12.

127. Cass. 21 mei 2010, *RABG* 2010, 1172, noot N. CLIJMANS; Cass. 9 februari 2007, *Arr.Cass.* 2007, 339; Cass. 15 maart 2001, *Arr.Cass.* 2001, 423; Cass. 15 december 1995, *Arr.Cass.* 1995, 1136; Brussel 18 november 2011, *RW* 2013-14, 545, noot.

128. Cass. 17 december 1998, *Arr.Cass.* 1998, 1139.

129. N. CLIJMANS, “Conclusies die voor zich spreken” (noot onder Cass. 21 mei 2010), *RABG* 2010, 1179, nr. 4.

130. Zie hierover A. SMETS, *Het recht op tegenspraak in civiele geschillen*, Brugge, die Keure, 2009, 584 *et seq.*

131. B. DECONINCK, “Art. 864 Ger.W.” in *Comm.Ger.*, Mechelen, Kluwer, 2009, losbl., 5, nr. 10.

132. Uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie blijkt dat de vraag naar de kwalificatie van een rechterlijke beslissing niet altijd evident is. Zie o.m. Cass. 17 februari 2011, *Pas.* 2011, 550: de beslissing van de rechter om over de vordering alvorens recht te doen van de eiser (om de mogelijkheid te onderzoeken om de huisvesting van het kind op gelijkmatige manier tussen de partijen vast te leggen en bijgevolg de onmiddellijke uitvoering van de gelijkmatig verdeelde



opgeworpen voordat een tegensprekelijk (tussen)vonnis wordt gewezen dat een beslissing alvorens recht te doen (bv. het bevelen van een deskundigenonderzoek of de overlegging van stukken) of een eindbeslissing (bv. over de bevoegdheid en/of de ontvankelijkheid en/of de gegrondheid van de eis) inhoudt. Daarentegen is er geen dekking wanneer de exceptie tijdig door een partij wordt ingeroepen, maar door de rechter wordt afgewezen of niet wordt beantwoord.<sup>133</sup>

Ten slotte moet nog worden aangestipt dat de beslissing van de rechter die – al dan niet bewust – nalaat de absolute nietigheid ambtshalve op te werpen niet met succes via het instellen van een rechtsmiddel kan worden aangevochten.<sup>134</sup> Ook de nietigheden die de rechter ambtshalve had kunnen opwerpen, worden immers gedekt op grond van artikel 864, tweede lid Ger.W. Alleen wanneer sprake is van het verval van een termijn om een rechtsmiddel aan te wenden, is geen dekking mogelijk doordat noch de rechter, noch de partijen het opmerken (art. 865 Ger.W.). Dat raakt echter aan de problematiek van de termijnen, die verder wordt besproken (*infra*, nrs. 22-29).

## E. Finaliteitstoets: het normdoel is bereikt of werkelijke naleving van de niet-vermelde vorm (art. 867 Ger.W.)

**13. Algemeen – Toepassingsgebied** – Zelfs wanneer sprake is van belangenschade in hoofde van de *excipiens* – of wanneer belangenschade niet is vereist – en de aanvoeringsvoorwaarde van artikel 864 Ger.W. is vervuld, mag de rechter de nietigheid

---

huisvesting te bevelen) geen uitspraak te doen, maar de zaak (met twee maanden) uit te stellen om de eiser toe te laten zich door een advocaat te laten bijstaan op grond dat “het debat erg passioneel verliep waardoor het onduidelijk en moeilijk verstaanbaar werd” en “het belang van (het kind) vereist dat de vragen die op hem betrekking hebben, met gelijke wapens worden verdedigd, door ervaren mensen en wars van elke nodeloze passie”, is een maatregel van inwendige aard; Cass. 30 maart 2010, *Arr.Cass.* 2010, 968, concl. P. DUINSLAEGER en *NC* 2010, noot P. DAENINCK: wanneer de rechter, alvorens nader te beslissen, een prejudiciële vraag stelt aan het Hof van Justitie en niet blijkt dat hij daarbij reeds uitspraak heeft gedaan over een geschil van feitelijke of juridische aard of daarover reeds een beslissing heeft gewezen, is het stellen van de prejudiciële vraag een beslissing die geen onmiddellijk nadeel berokkent aan een van de partijen; het is dus geen beslissing alvorens recht te doen in de zin van de art. 19, tweede lid en 1050 Ger.W., maar uitsluitend een beslissing van inwendige aard in de zin van art. 1046 Ger.W., die niet vatbaar is voor hoger beroep (zie verder over dit arrest E. BAEYENS en J. VAN DONINCK, “Cassatie verwerpt hoger beroep tegen beslissing om prejudiciële vraag te stellen”, *Juristenkrant* 2010, afl. 214, 1; vgl. inzake het deskundigenonderzoek Cass. 24 januari 2013, *JT* 2013, 196, concl. T. WERQUIN, noot J. VAN COMPERNOLLE en G. DE LEVAL, *RABG* 2013, 323, noot J. VAN DONINCK en *RCJB* 2014, 255, noot G. CLOSSET-MARCHAL); Cass. 29 november 2007, *RW* 2009-10, 635: de beslissing om de vordering naar de bijzondere rol te zenden in afwachting van de uitspraak van een andere rechtbank, is een beslissing van inwendige aard; Cass. 26 mei 2003, *Pas.* 2003, 1017: de beslissing dat de door de eiser aangebrachte gegevens geen voldoende bewijs opleveren van de gegrondheid van zijn eis en dat hij moest worden uitgenodigd om er andere voor te leggen, zodat (aangezien de zaak niet in staat van wijzen was) de rechter de uitspraak moest aanhouden en de zaak naar de bijzondere rol zenden, is geen maatregel van inwendige aard, aangezien de rechter aldus zijn mening te kennen heeft gegeven over het geschil m.b.t. de bewijswaarde van de door eiser reeds overgelegde gegevens en die mening nadeel kon berokkenen aan laatstgenoemde.

133. H. BOULARBAH en X. TATON, “Les vices de forme et les délais de procédure. Régime général et irrégularités spécifiques” in H. BOULARBAH en J.-F. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Les défenses en droit judiciaire*, Brussel, Larcier, 2010, (101) 114, nr. 18.

134. P. VAN ORSHOVEN en K. WAGNER, “De Wet van 3 augustus 1992 en de sancties in het burgerlijk procesrecht. Terug naar af?” in P. TAEELMAN en M. STORME (eds.), *Tien jaar toepassing Wet 3 augustus 1992 en haar reparatiewetgeving: evaluatie en toekomstperspectieven*, Brugge, die Keure, 2004, (93) 99, nr. 13.

niet uitspreken, indien aan een van de voorwaarden van artikel 867 Ger.W. is voldaan: (1) de handeling heeft het doel bereikt dat de wet ermee beoogt of (2) de niet-vermelde vorm is wel in acht genomen. De bewijslast dat artikel 867 Ger.W. kan worden toegepast, rust in principe op de partij die de gewraakte proceshandeling heeft gesteld<sup>135</sup>, maar de rechter moet zelf ambtshalve – met eerbiediging van het recht van verdediging – nagaan of door toepassing van artikel 867 Ger.W. het uitspreken van de nietigheid kan worden vermeden.<sup>136</sup>

Ter situering verstrekken we een korte chronologie van artikel 867 Ger.W.<sup>137</sup>

Vóór de wijziging ervan door de wet van 3 augustus 1992<sup>138</sup> (art. 38) schreef die wetsbepaling het volgende voor: “Wanneer de vermelding van een vorm verzuimd is of onregelmatig is geschied, kan zulks geen nietigheid van de rechtspleging ten gevolge hebben, indien uit de gedingstukken blijkt dat die vorm werkelijk in acht is genomen”.

Als reactie op de restrictieve interpretatie van die bepaling, die de toepassing ervan beperkte tot verzuimen of onregelmatigheden van “de vermelding van de vorm”<sup>139</sup>, werd de bepaling door de wet van 3 augustus 1992 expliciet verruimd tot het verzuim of de onregelmatigheid van de “proceshandeling” zelf. Diezelfde wet voegde bovendien een nieuwe voorwaarde toe om de nietigheid te kunnen uitspreken, nl. het niet-realiseren van het normdoel: “Het verzuim of de onregelmatigheid van de vorm van een proceshandeling of van de vermelding van een vorm kan niet tot nietigheid leiden, wanneer uit de gedingstukken blijkt ofwel dat de handeling het doel heeft bereikt dat de wet ermee beoogt, ofwel dat die niet-vermelde vorm werkelijk in acht is genomen”.

Omdat het Hof van Cassatie op het domein van de termijnregeling een fel bekritiseerde interpretatie van die bepaling voorstond<sup>140</sup>, voegde de wet van 23 november 1998<sup>141</sup> (art. 2) op haar beurt de woorden “met inbegrip van de niet-naleving van de op straffe van nietigheid voorgeschreven termijnen” toe: “Het verzuim of de onregelmatigheid van de vorm van een proceshandeling met inbegrip van de

135. P. SCHOLLEN, “Over de verdeling van de bewijslast in artikel 867 Gerechtelijk Wetboek” (noot onder Cass. 29 november 2002), *RW* 2002-03, (347) 347, nr. 1.

136. B. MAES *et al.*, *Gerechtelijk privaatrecht ... na de hervormingen van 2013-14*, Brugge, die Keure, 2014, 183; R. DE CORTE en B. DECONINCK, “Nietigheden na de Wet van 3 augustus 1992. Toiletage of revolutie?” in ICGR (ed.), *Het vernieuwd Gerechtelijk Recht. Eerste commentaar bij de Wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek*, Antwerpen, Kluwer, 1992, (137) 153, nr. 48.

137. P. TAELEMAN en B. DECONINCK, “Qui pro quo omtrent de nietigheden en de sancties” in P. TAELEMAN en P. VAN ORSHOVEN (eds.), *De wet van 26 april 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand doorgelicht*, Brugge, die Keure, 2007, (119) 133-134, nr. 22.

138. *BS* 31 augustus 1992.

139. Zie hierover B. Deconinck, “Art. 867 Ger.W.” in *Comm.Ger.*, Mechelen, Kluwer, 2009, losbl., 6, nr. 3 en 7, nr. 5.

140. Cass. 5 januari 1996, *Arr.Cass.* 1996, 15.

141. *BS* 20 februari 1999.

niet-naleving van de op straffe van nietigheid voorgeschreven termijnen of van de vermelding van een vorm kan niet tot nietigheid leiden, wanneer uit de gedingstukken blijkt ofwel dat de handeling het doel heeft bereikt dat de wet ermee beoogt, ofwel dat die niet-vermelde vorm werkelijk in acht is genomen”.

Laatst gewijzigd door de wet van 26 april 2007 (art. 27) luidt de bepaling actueel als volgt: “Het verzuim of de onregelmatigheid van de vorm van een proceshandeling, met inbegrip van de niet-naleving van de in deze afdeling bedoelde termijnen of van de vermelding van een vorm, kan niet tot nietigheid leiden, wanneer uit de gedingstukken blijkt dat de handeling het doel heeft bereikt dat de wet ermee beoogt, of dat die niet-vermelde vorm wel in acht is genomen”.

Artikel 867 Ger.W. heeft een algemene draagwijdte en is zowel van toepassing op de relatieve als de absolute nietigheden.<sup>142</sup> Het ruime toepassingsgebied van artikel 867 Ger.W. doet echter geen afbreuk aan het feit dat deze bepaling moet worden gelezen in samenhang met artikel 860 Ger.W. en dus in principe alleen kan worden toegepast op vormfouten die uitdrukkelijk zijn voorgeschreven op straffe van nietigheid.<sup>143</sup> Toch is de rechtspraak van het Hof van Cassatie gaandeweg geëvolueerd in de richting van een ruimere uitlegging van het toepassingsgebied van artikel 867 Ger.W.

Tekenend in dat opzicht is de rechtspraak van het Hof van Cassatie over het “ongedaan” zijn van de betekening bij onregelmatige betekening aan de procureur des Konings of in het buitenland. In verschillende arresten oordeelde het Hof dat de ongedaanverklaring wordt hersteld overeenkomstig artikel 867 Ger.W. wanneer uit de gedingstukken blijkt dat de betekening het doel heeft bereikt dat de wet ermee beoogt.<sup>144</sup> Deze arresten hebben gemeen dat ze – wars van de kwalificatie van de bewuste sanctie als nietigheid (*supra*, nr. 6) – de regelmatigheid van die betekening beoordelen in het licht van het doel dat de wetgever met die proceshandeling beoogde. Herneemt het Hof van Cassatie in 2001<sup>145</sup> daartoe nog getrouw de formulering van artikel 867 Ger.W. (“dat de betekening van de voorziening, ook al was zij naar de vorm onregelmatig, het doel heeft bereikt dat de wet ermee beoogt”), dan luidt het in 2009<sup>146</sup> al ruimer geformuleerd dat “de betekening, ook al zou zij onregelmatig zijn, het doel dat de wet haar toeschrijft heeft bereikt” en in 2011<sup>147</sup> dat “krachtens artikel 867 van het Gerechtelijk Wetboek, het verzuim of de onregelmatigheid van een proceshandeling niet tot nietigheid [kan] leiden wanneer uit

142. G. CLOSSET-MARCHAL, “Examen de jurisprudence (2002-2012) – Droit judiciaire privé – Introduction et incidents de l’instance”, *RCJB* 2014, (57) 94, nr. 33.

143. G. CLOSSET-MARCHAL *et al.*, “Examen de jurisprudence (1991 à 2001). Droit judiciaire privé”, *RCJB* 2002, (437) 471, nr. 431.

144. Cass. 24 januari 2011, *Arr.Cass.* 2011, 291; Cass. 29 mei 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1518, concl. D. THUIS; Cass. 19 april 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1053, concl. T. WERQUIN en *RCJB* 2003, 317, noot E. LEROY; Cass. 7 juni 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1114.

145. Cass. 7 juni 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1114.

146. Cass. 29 mei 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1518, nr. 363, concl. D. Thijs en *JT* 2009, 573.

147. Cass. 24 januari 2011, *Arr.Cass.* 2011, 291.

de gedingstukken blijkt ofwel dat de handeling het doel heeft bereikt dat de wet ermee beoogt ofwel dat de niet-vermelde vorm wel in acht is genomen”.

Eenzelfde benadering treffen we aan in de beoordeling van de regelmatigheid van de betekening die niet aan de persoon kan worden gedaan maar geschiedt door terhandstelling aan een persoon die aan de gerechtsdeurwaarder verklaarde de schoonmoeder van de geadresseerde te zijn maar die naderhand die hoedanigheid niet bleek te bezitten<sup>148</sup>, de beoordeling van de regelmatigheid van de dagvaarding die niet wordt betekend aan de persoon, maar aan diens vroegere woonplaats waar het afschrift ter hand wordt gesteld van de broer van eiser in verzet<sup>149</sup> of de regelmatigheid van de internationale betekening die niet strookt met de betekeningsovereenkomst (EG) nr. 1348/2000 van 29 mei 2000.<sup>150</sup>

Opmerkelijk is dan ook dat procureur-generaal LECLERCQ in zijn conclusie bij het casatiearrest van 9 januari 2014 een zgn. derde categorie ontwaart van “onregelmatigheden die het gevolg zijn van de betekening van een akte op een plaats of volgens een wijze die niet door de wet is voorzien”.<sup>151</sup> De procureur-generaal meende er een voorbeeld van te zien in de voorgelegde zaak, in zover de dagvaarding niet alleen aan de procureur des Konings maar ook aan de algemene agent van de buitenlandse partij was gebeurd. Bij gebrek aan bijzonder mandaat om de betekening van de dagvaarding in ontvangst te nemen, besloot het bestreden arrest dat het geen rechtsgeldige betekening was in

148. Cass. 29 november 2002, *Arr.Cass.* 2002, 2619, *Juristenkrant* 2003 (weergave E. BREWAEYS), afl. 64, 5 en *RW* 2003-04, 346, noot P. SCHOLLEN: “Dat krachtens artikel 867 van het Gerechtelijk Wetboek de loutere verkeerde aanduiding van de hoedanigheid van de persoon aan wie het afschrift werd ter hand gesteld, die uitsluitend te wijten is aan de verklaring van deze persoon, niet tot nietigheid van de betekening leidt, wanneer blijkt dat de betekening het doel heeft bereikt dat de wet ermee beoogt (...) dat verweerder aanvoert dat het exploit hem werd overhandigd, maar te laat waardoor hij niet tijdig zijn memorie van antwoord heeft kunnen neerleggen (...) dat uit het enkele feit dat de persoon aan wie het exploit werd ter hand gesteld, niet de verklaarde hoedanigheid van schoonmoeder heeft, niet volgt dat deze te laat het exploit aan verweerder heeft bezorgd (...) dat de betekening van de voorziening aldus haar doel heeft bereikt”.

149. Cass. 18 december 2003, *Arr.Cass.* 2003, 2320: “Dat de appèlrechter vaststelt dat (eiser) in de dagvaarding in verzet enkel (vermeldt) dat hij door omstandigheden onafhankelijk van zijn wil onmogelijk aanwezig (kon) zijn op de zitting waarop de zaak werd ingeleid en hierdoor aangeeft dat de dagvaarding eiser had bereikt maar dat hij om andere redenen dan een onregelmatige betekening verstek heeft laten gaan; dat daaruit volgt dat ook al was de betekening van de dagvaarding onregelmatig, het doel dat de wet ermee beoogt werd bereikt, te weten aan eiser de dagvaarding te bezorgen en hem de mogelijkheid te bieden zijn verweermiddelen uiteen te zetten”.

150. Cass. 7 september 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1941: “De Verordening 1348/2000 houdt geen expliciete sanctie in, in geval een betekening niet zou beantwoorden aan alle formele vereisten die in de verordening bepaald zijn en de verweerder niettemin verschijnt. In dit geval zijn de sancties die dergelijke onvolmaaktheden betreffen, de sancties van het nationale recht van de Staat waarvoor de zaak is gebracht. De sancties moeten beantwoorden aan de doelstellingen van de verordening, met name de verzending van stukken te verbeteren en te versnellen, zonder afbreuk te doen aan het recht van verdediging. De miskenning van een vorm van de proceshandeling voorgeschreven door Verordening 1348/2000 brengt niet noodzakelijk de onregelmatigheid van de betekening mee wanneer het doel van de betekening werd bereikt en het nationale recht belangenschade vooropstelt. Het onderdeel dat ervan uitgaat dat belangenschade irrelevant is en dat het bereiken van het normdoel van de verordening geen gevolg heeft op de geldigheid van de betekening, faalt naar recht”.

151. Concl. J.-F. LECLERCQ bij Cass. 9 januari 2014, AR C.12.0370.N, te raadplegen via <http://jure.juridat.just.fgov.be>, nr. 9.

de zin van artikel 39 Ger.W. Volgens LECLERCQ wordt dit oordeel “terecht (...) in de voorziening in cassatie niet bekritiseerd, gezien het hier gaat om de derde soort onregelmatigheden, m.n. deze die het gevolg zijn van de betekening van een akte op een plaats of volgens een wijze die niet door de wet is voorzien”.<sup>152</sup> Die benadering staat haaks op de hiervoor geschetste cassatierechtspraak en de invulling daarin van de toepassing van artikel 867 Ger.W.

De evolutie in de rechtspraak van het Hof als “praetoriaans” bestempelen omdat het hier geen “onregelmatigheden van de vorm” zou betreffen<sup>153</sup>, berust op een te reductionistische visie. Oud-procureur-generaal bij dat Hof KRINGS merkt correct op dat “*une formalité est bien plus que la seule forme d'un acte*” en dat “*limiter l'application de l'article 867 à la forme des actes, sous prétexte que seul ce mot y figure, revient, des lors, à amputer l'ensemble du système légal d'une partie importante*”.<sup>154</sup> De benadering is daarentegen wél “ruim”<sup>155</sup> in zover het Hof van Cassatie blijkt geeft van de bereidheid om, ondanks het ontbreken van een uitdrukkelijke nietigheidssanctie, baan te ruimen voor de toepassing van artikel 867 Ger.W., daarmee inhakend op de bepleite

152. Concl. J.-F. LECLERCQ bij Cass. 9 januari 2014, AR C.12.0370.N, te raadplegen via <http://jure.juridat.just.fgov.be>, nr. 10, met verwijzing naar een cassatiearrest van 20 december 1996, waarin het Hof van Cassatie op cassatieberoep tegen het arrest van het hof van beroep te Antwerpen dat de betekening van de dagvaarding aan de scheepsagent zonder bijzonder mandaat nietig had verklaard, beslist dat “uit de vaststellingen van het arrest blijkt dat de dagvaarding betekend werd noch aan de persoon, noch aan de woonplaats van verweerder, noch aan een gekozen woonplaats, maar aan een lasthebber van verweerder bij wie geen woonplaats was gekozen; dat het arrest uit die vaststellingen, zonder schending van de in het onderdeel aangewezen wetsbepalingen die de nietigheid van akten betreffen, vermocht te beslissen dat de verweerder niet rechtsgeldig was gedagvaard” (Cass. 20 december 1996, RW 1996-97, 1403, noot K. BROECKX). Vgl. TATON, die onder verwijzing naar datzelfde cassatiearrest, verdedigt dat de rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake de toepassing van art. 867 Ger.W. op onregelmatigheden inzake de wijze van betekening “*ne s'applique pas en cas d'utilisation d'un mode de signification non légalement prévu*” en dat die uitzondering is gesteund “*sur la nécessité d'éviter une déformalisation complète de la signification, au mépris des articles 33 à 40 du Code judiciaire*” (X. TATON, “Les irrégularités, nullités et abus de procédure” in J. ENGLEBERT (ed.), *Le procès civil accéléré? Premiers commentaires de la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire*, Brussel, Larcier, 2007, (199) 201-202, 217, nr. 25).

153. H. BOULARBAH en X. TATON, “Les vices de forme et les délais de procédure. Régime général et irrégularités spécifiques” in H. BOULARBAH en J.-F. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Les défenses en droit judiciaire*, Brussel, Larcier, 2010, (101) 134, nr. 60; X. TATON, “Les irrégularités, nullités et abus de procédure” in J. ENGLEBERT (ed.), *Le procès civil accéléré? Premiers commentaires de la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire*, Brussel, Larcier, 2007, (199) 201-202, nr. 7 en 217, nr. 25.

154. E. KRINGS, “Du non-respect des délais de procédure, prescrits par la loi à peine de sanctions, en droit judiciaire privé belge” in *Liber amicorum en l'honneur de Raymond Martin*, Brussel-Parijs, Bruylant-LGDJ, 2004, (121) 147, nr. 27. Zie ook J. VAN COMPERNOLLE (“Le Code judiciaire et la théorie des nullités” (noot onder Arbh. 15 november 1976), *RCJB* 1976, (606) 622, nr. 22) die – onder verwijzing naar A. FETTWEIS en A. KOHL (noot onder Rb. Hoei 2 oktober 1974, *JT* 1975, 366-367) – stelt dat “*le principe énoncé par l'article 860 concerne aussi bien les irrégularités dans l'accomplissement matériel d'un acte de la procédure que les irrégularités de forme de l'acte de procédure*” en dat het onderscheid tussen onregelmatigheden betreffende de vorm van een proceshandeling en de wijze waarop een proceshandeling wordt verricht, getuigt van “*une théorie dangereuse et floue, susceptible de battre en brèche l'économie fondamentale du régime des nullités mis en place par le Code judiciaire*”.

155. Noot I onder Cass. 18 december 2003, *Arr.Cass.* 2003, 2320.

kwalificatie van artikel 867 Ger.W. als een algemeen procesrechtelijk beginsel luidens hetwelk elke formaliteit moet beoordeeld worden in het licht van zijn finaliteit.<sup>156</sup>

Dat het Hof hiermee “quasi-niet-toelaatbaarheden”<sup>157</sup> binnen het bereik brengt van artikel 867 Ger.W. blijkt uit het cassatiearrest van 20 maart 2014.<sup>158</sup> Met verwijzing naar (oudere) cassatierechtspraak<sup>159</sup> had het Brusselse hof van beroep een fiscale voorziening onontvankelijk verklaard, omdat die voorziening niet vóór de neerlegging ervan op de griffie van het hof betekend was aan de gewestelijk directeur, daarbij geen plaats latend voor artikel 867 Ger.W.<sup>160</sup> Op eensluidend advies van advocaat-generaal THUIS, die in zijn conclusie opmerkt dat deze rechtspraak niet spoort met de tendens naar deformalisering in het procesrecht en de ruime invulling door het Hof van Cassatie aan het “normdoel” gegeven<sup>161</sup>, beslist het Hof dat artikel 867 Ger.W. wél van toepassing is. Het Hof oordeelt dat het hof van beroep zijn beslissing niet naar recht verantwoordt als het de fiscale voorziening onontvankelijk verklaart omdat ze niet werd betekend aan de directeur der belastingen en het verval t.g.v. het niet-naleven van de verplichting tot betekening de openbare orde raakt en bijgevolg niet verenigbaar is met de toepassing van artikel 867 Ger.W., terwijl uit het administratief dossier blijkt dat de gewestelijke directeur kennis kreeg van een kopie van de voorziening en, uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt dat de verweerder in het raam van de fiscale voorziening verweer had kunnen voeren. Het arrest zet de benadering van de Franstalige fiscale kamer van datzelfde Hof om in de formaliteit

156. B. DECONINCK, “Art. 867 Ger.W.” *Comm.Ger.*, Mechelen, Kluwer, 2009, losbl., 12, nr. 12; E. KRINGS, “Du non-respect des délais de procédure, prescrits par la loi à peine de sanctions, en droit judiciaire privé belge” in *Liber amicorum en l’honneur de Raymond Martin*, Brussel-Parijs, Bruylant-LGDJ, 2004, (121) 141, nr. 18 en 147, nr. 27; R. DE CORTE, J. LAENENS, P. TAELEMAN en K. BROECKX, “Van vormdoel naar normdoel in het gerechtelijk privaatrecht” in *De norm achter de regel. Hommage aan Marcel Storme*, Brussel, E. Story-Scientia, 1995, (45) o.m. 62, nr. 36 en 77, nr. 61.

157. Voor dat begrip, zie P. TAELEMAN en B. DECONINCK, “Qui pro quo omtrent de nietigheden en de sancties” in P. TAELEMAN en P. VAN ORSHOVEN (eds.), *De wet van 26 april 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand doorgelicht*, Brugge, die Keure, 2007, (119) 122, nr. 6; G. DE LEVAL, “Le citoyen et la justice civile. Un délicat équilibre entre efficacité et qualité”, *Rev.dr.ULB* 2006, 106-107: “Le défaut de qualité, le défaut d’intérêt, la prescription, le délai préfix et la chose jugée constituent des causes d’irrecevabilité au sens strict. Mais le Code judiciaire ou des lois spéciales utilisent le même vocable pour sanctionner le non-respect d’irrégularités relevant davantage de la théorie des nullités telle qu’elle est organisée par les articles 860 à 867 du Code judiciaire”. Zie ook P. VAN ORSHOVEN en B. ALLEMEERSCH, *Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*, Leuven, Acco, 2014, 234.

158. Cass. 20 maart 2014, AR F.13.0030.N, <http://jure.juridat.just.fgov.be>, concl. D. THUIS, *Pas.* 2014, 777 en *RABG* 2015, 399.

159. In het arrest van 21 april 1988 (*Arr.Cass.* 1987-88, 1051) oordeelde het Hof dat het verval van de voorziening voor het hof van beroep tegen de beslissing van de directeur der belastingen, wegens niet-betekening ervan aan de directeur der belastingen die de beslissing heeft genomen, de openbare orde raakt en de art. 860 en 861 Ger.W. er niet op van toepassing zijn. En in het arrest van 29 juni 2000 (*Arr.Cass.* 2000, 1224 en *JT* 2001, concl. J.-F. LECLERCQ) oordeelde het Hof dat de art. 861 en 867 Ger.W. geen verband houden met de rechtsmiddelen in fiscale zaken.

160. Overeenkomstig art. 378, eerste lid WIB 1992, in de versie vóór de wijziging ervan door de wet van 15 maart 1999 betreffende de beslechting van fiscale geschillen (*BS* 27 maart 1999), moet de fiscale voorziening, die moet worden neergelegd ter griffie van het hof van beroep, bij gerechtsdeurwaardersexploot worden betekend aan de directeur der belastingen die de bestreden beslissing heeft gewezen, een en ander op straffe van verval.

161. Concl. D. THUIS bij Cass. 20 maart 2014, AR F.13.0030.N, te raadplegen via <http://jure.juridat.just.fgov.be>, nrs. 4-6.

van neerlegging van de voorziening in cassatie ter griffie van het hof van beroep *ex* (oud) artikel 388, tweede lid WIB 1992 een regel van gerechtelijke organisatie te ontwaren (*supra*, nr. 4), nog meer onder druk (vgl. ook *infra*, nr. 76).

**14 De onregelmatig gestelde handeling heeft het normdoel bereikt** – Boven werd al aangestipt dat met de wet van 3 augustus 1992 een nieuwe voorwaarde werd toegevoegd om de nietigheid te kunnen uitspreken: het niet-realiseren van het normdoel. De *ratio legis* hiervan is duidelijk: het vormvoorschrift heeft geen waarde op zichzelf en moet ondergeschikt blijven aan het doel dat de wet met die vorm beoogt. Zodra dit normdoel is bereikt, moet de niet-naleving van een vormverplichting zonder gevolg blijven: “Het wettelijk doel, het oogmerk, de bestaansreden, of welke naam men daaraan ook wil geven, betekent dat het specifieke doel van de procedure de grondslag moet vormen van elke vormvereiste. De enige bedoeling van een vormvereiste kan slechts hierin bestaan dat het daarmee beoogde doel bereikt wordt en het verliest zijn doeltreffendheid zodra dat wettelijk doel verwezenlijkt is”.<sup>162</sup>

Onder het begrip “normdoel” moet worden verstaan het specifieke procesoogmerk dat aan een vormverplichting ten grondslag ligt.<sup>163</sup> In de regel beoogt de norm een evenwichtig tegensprekelijk debat te bewerkstelligen<sup>164</sup>:

- de door artikel 1057, 7° Ger.W. gestelde verplichting dat de akte van hoger beroep de grieven moet vermelden, heeft tot doel de gedaagde in staat te stellen zijn conclusie voor te bereiden en aldus zijn recht van verdediging uit te oefenen, alsook de appelrechter in staat te stellen de draagwijdte van het hoger beroep na te gaan<sup>165</sup>;
- de plicht tot identificatie van de gedaagde in hoger beroep overeenkomstig artikel 1057, 3° Ger.W. heeft tot doel te vermijden dat de gedaagde in hoger beroep onwetend zou zijn over de procedure in hoger beroep tegen hem gevoerd<sup>166</sup>;
- het normdoel van de door artikel 702 Ger.W. voorgeschreven vermeldingen van het dagvaardingsexploot bestaat erin de toekomstige verweerder volledig, correct en tijdig op de hoogte te brengen van wat precies van hem wordt gevorderd, zodat hij de mogelijkheid heeft zijn houding t.a.v. de vordering te bepalen<sup>167</sup>;

162. Concl. T. WERQUIN bij Cass. 19 april 2002, *Arr.Cass.* 2002, (1053) 1057, nr. 5.

163. R. DE CORTE en B. DECONINCK, “Nietigheden na de Wet van 3 augustus 1992. Toiletage of revolutie?” in ICGR (ed.), *Het vernieuwd Gerechtelijk Recht. Eerste commentaar bij de Wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek*, Antwerpen, Kluwer, 1992, (137) 152, nr. 45; zie ook R. DE CORTE, J. LAENENS, P. Taelman en K. BROECKX, “Van vormdoel naar normdoel in het gerechtelijk privaatrecht” in *De norm achter de regel. Hommage aan Marcel Storme*, Brussel, E. Story-Scientia, 1995, 45-82.

164. Voor meer voorbeelden uit de rechtspraak, zie o.m. G. CLOSSET-MARCHAL, “Examen de jurisprudence (2002-2012) – Droit judiciaire privé – Introduction et incidents de l’instance”, *RCJB* 2014, (57) 96; B. DECONINCK, “Art. 867 Ger.W.” in *Comm.Ger.*, Mechelen, Kluwer, 2009, losbl., 12-13, nr. 13; C. ROBBE, “Vormgebreken, laattijdigheid, niet-verstrekken wachtermijnen, nalatigheid, verboden handelingen en gebrek aan loyaleit tijdens de procesvoering voor de burgerlijke rechter” in ORDE VAN ADVOCATEN KORTRIJK (ed.), *Sancties en nietigheden*, Brussel, Larcier, 2003, (391) 404-405.

165. Cass. 1 juni 2007, *RABG* 2008, 666, noot S. BERNEMAN.

166. G. CLOSSET-MARCHAL en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Brussel, Bruylant, 2009, 121, nr. 195.

167. B. MAES *et al.*, *Gerechtelijk privaatrecht ... na de hervormingen van 2013-14*, Brugge, die Keure, 2014, 185.

- de eedformule in een deskundigenverslag – door artikel 978, § 1, tweede lid *j*<sup>o</sup> artikelen 860 en 862, § 1, 5<sup>o</sup> Ger.W. op straffe van absolute nietigheid voorgeschreven – strekt ertoe te waarborgen dat het verslag werd opgesteld door een gerechtsdeskundige die bevestigt dat hij beantwoordde aan kwaliteitsvereisten die van hem, optredend in het raam van een gerechtelijke procedure, worden verwacht.<sup>168</sup> De nietigheid waarmee een verslag is behept ingevolge een onjuistheid of onvolledigheid in de eedformule die evenwel geen afbreuk doet aan de essentie of draagwijdte ervan, kan worden gedekt via artikel 867 Ger.W. Zo is het normdoel bereikt wanneer de deskundige in zijn eedformule op zijn eer bevestigt dat zijn “verklaring” oprecht en volledig is, aangezien de verwijzing naar de oprechtheid en volledigheid er wel degelijk in wordt teruggevonden.<sup>169</sup>

Tussen het criterium van het normdoel en het eerder besproken criterium van de belangenschade (*supra*, nr. 8) bestaat een nauwe band en in de praktijk worden zij vaak met elkaar verward. Het standpunt van waaruit zij een norm benaderen, is echter verschillend. Het normdoel benadert de norm vanuit een *objectief* standpunt (de finaliteit van de norm), terwijl de belangenschade de norm benadert vanuit het *subjectieve* of individuele standpunt van een partij (de vrijwaring van de belangen van de *excipiens*). Het spreekt voor zich dat beide criteria haast niet van elkaar te onderscheiden zullen zijn wanneer – zoals dat meestal het geval is – de finaliteit van een norm de bescherming van het recht van verdediging of andere private (proces)belangen van de *excipiens* vooropstelt.<sup>170</sup>

De toepassing van het normdoel afhankelijk maken van de vaststelling – a.d.h.v. de stukken van het rechtsplegingsdossier – dat de verschijning *c.q.* de vrijwaring van het recht van verdediging van de gedaagde partij het gevolg is van de vernietigbare handeling (en niet van een andere omstandigheid)<sup>171</sup>, lijkt ons als uitgangspunt te algemeen. Een verfijning van het normdoel a.d.h.v. de concrete omstandigheden is immers niet zo uitzonderlijk<sup>172</sup> of, anders gezegd, “*il faut tenir compte du but légal de la disposition pour déterminer si d’autres éléments que les actes soumis au juge, permettent de savoir si le but légal a en réalité été atteint*”.<sup>173</sup> De cassatiearresten van 27 september 2013<sup>174</sup> en 25 april 2014<sup>175</sup>, waarin het Hof oordeelt dat de toepassing van artikel 867 Ger.W. de termijn van hoger beroep niet doet ingaan vanaf de datum van de afgifte van de onregelmatige betekenisakte aan degene aan wie wordt

168. P. Taelman, “Deskundigenonderzoek en eedformule” (noot onder Gent 1 juni 2001), *P&B* 2005, (153) 153.

169. Kh. Bergen 20 december 2005, *P&B* 2006, 83.

170. B. DECONINCK, “Art. 867 Ger.W.” in *Comm.Ger.*, Mechelen, Kluwer, 2009, losbl., 12, nr. 11.

171. Concl. J.-F. LECLERCQ bij Cass. 9 januari 2014, AR C.12.0370.N, te raadplegen via <http://jure.juridat.just.fgov.be>, nr. 10.

172. B. DECONINCK, “Art. 867 Ger.W.” in *Comm.Ger.*, Mechelen, Kluwer, 2009, losbl., 15, nr. 14.

173. E. KRINGS, “Du non-respect des délais de procédure, prescrits par la loi à peine de sanctions, en droit judiciaire privé belge” in *Liber amicorum en l’honneur de Raymond Martin*, Brussel-Parijs, Bruylant-LGDJ, 2004, (121) 147, nr. 27.

174. Cass. 27 september 2013, *JT* 2014, 592, *NJW* 2014, 125, noot F. BRULOOT, *P&B* 2014, 109, noot T. TOREMANS en *RW* 2014-15, 111, noot S. SOBRIE.

175. Cass. 25 april 2014, *JT* 2014, 483 en *RABG* 2014, 1171, noot M. BAETENS-SPETSCHINSKY.



betekend (of vanaf diens kennisneming van de onregelmatige betekenisakte), lijkt ons hiermee te verzoenen.<sup>176</sup> Het normdoel heeft immers niet de functie om in dergelijk geval alsnog juridische gevolgen aan de onregelmatige betekening te verlenen.<sup>177</sup>

**15. De niet-vermelde vorm is wel in acht genomen** – Artikel 867 Ger.W. bevat nog een tweede herstelkans: de proceshandeling die is aangetast door een vormgebrek kan niet worden nietig verklaard als wordt aangetoond dat “de niet-vermelde vorm wel in acht is genomen”. Dit impliceert dat de rechter de stukken in eenzelfde geding vergelijkt en daarbij nagaat of de naleving van de niet-vermelde vorm blijkt uit andere vermeldingen van de nietige akte of andere procedurestukken.<sup>178</sup>

Zoals gezegd, kan sinds de wijziging van artikel 867 Ger.W. door de wet van 3 augustus 1992 deze herstelkans zowel worden toegepast op een verzuim of onregelmatigheid betreffende de *vermelding* van een vorm als wanneer de *vorm zelf* van de proceshandeling ontbreekt of onregelmatig is. Als voorbeeld van de eerste hypothese kan worden verwezen naar de rechtspraak die oordeelt dat de onvolledige vermelding van de datum van de betekening in een gerechtsdeurwaardersexploot geen nietigheid tot gevolg heeft, wanneer uit andere gegevens van het exploot (bv. de fiscale plakzegel) met zekerheid de juiste en volledige datum blijkt.<sup>179</sup> Een voorbeeld van de tweede hypothese ligt voor wanneer het ontbreken van een handtekening van een gerechtsdeurwaarder op het afschrift van een exploot van betekening wordt geredigeerd op basis van andere gedingstukken waaruit blijkt dat de gerechtsdeurwaarder deze akte wel degelijk (op het origineel of op een ander afschrift) ondertekend heeft.<sup>180</sup> Wat dat laatste geval betreft, kan worden opgemerkt dat sinds 1 januari 2013

176. Zie ook Cass. 10 maart 2008, *Juristenkrant* 2008 (weergave E. BREWAEYS), afl. 169, 2 en *RABG* 2008, 1065 (wanneer de betekening van het bestreden arrest gebeurt op de in de statuten vermelde maatschappelijke zetel, terwijl in alle procedurestukken uitgaande van alle procespartijen wordt aangenomen dat de maatschappelijke zetel op een ander adres is gevestigd, kan deze betekening niet dienen als aanvang van de termijn om cassatieberoep in te stellen); Cass. 25 mei 2007, *Arr.Cass.* 2007, 1145 (de betekening van de bestreden beslissing aan de eiser in cassatie op een achterhaald adres, terwijl uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt dat de verweerder het juiste adres van de eiser kende, kan niet dienen als aanvang van de termijn van drie maanden waarbinnen het cassatieberoep moet worden ingesteld). Vgl. de rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake de toepassing van art. 867 Ger.W. op de onregelmatige betekening van een *proceshandeling* (o.m. Cass. 9 januari 2014, *P&B* 2014, 112, noot T. TOREMANS en *RW* 2014-15, 663, noot B. VAN DEN BERGH en Cass. 24 januari 2011, *Arr.Cass.* 2011, 291). Voor een bespreking van vorige arresten van het Hof van Cassatie inzake de problematiek, zie X. TATON, “La sanction différenciée des vices de signification dans la jurisprudence de la Cour de cassation”, *JT* 2009, 321.

177. F. BRULOOT, “Procesrechtelijke nietigheden: meer vragen dan antwoorden” (noot onder Cass. 27 september 2013), *NJW* 2014, (128) 129.

178. Cass. 15 februari 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 771.

179. Cass. 12 september 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 4.

180. Cass. 22 december 1995, *Arr.Cass.* 1995, 1158. In deze zaak had een gerechtsdeurwaarder betekend bij toepassing van art. 38, § 1 Ger.W. door achterlating aan de woonplaats van een (per vergissing) niet-ondertekend afschrift van het exploot. Het Hof oordeelde dat de betekening geldig geschied was, omdat uit de gedingstukken bleek dat de aangekende brief die daags nadien door de gerechtsdeurwaarder aan de verweerder werd gezonden wél ondertekend was. Het Hof stipte hierbij ook wel aan dat het doel dat de wet bij een betekening beoogt, nl. dat een afschrift van het exploot aan de betekende toekomt door de ambtelijke tussenkomst van een gerechtsdeurwaarder, in voorliggend geval, werd bereikt.

problemen met ontbrekende handtekeningen kunnen worden hersteld bij toepassing van artikel 863 Ger.W. (*infra*, nrs. 16-17), zodat voor deze onregelmatigheden geen beroep meer moet worden gedaan op artikel 867 Ger.W. (tenzij wanneer het herstel *ex art.* 863 Ger.W. uitblijft).

## F. Hersteltoets: herstel van de ontbrekende handtekening op een processtuk (art. 863 Ger.W.)

**16. Geen algemene herstelmogelijkheid** – Het Belgisch procesrecht *de lege lata* bevat geen algemene herstelmogelijkheid<sup>181</sup> voor (vormelijke) onregelmatigheden. De invoering van een veralgemeende herstelmogelijkheid voor bepaalde niet-ontvankelijkheden (de zgn. “*quasi*-niet-toelaatbaarheden”) was nochtans het opzet van het bij de wetswijziging van 26 april 2007 ontworpen (maar uiteindelijk niet aangenomen) artikel 18<sup>ter</sup> Ger.W., dat voorzag dat de ontoelaatbaarheid zou worden geweerd “als de oorzaak ervan niet meer bestaat wanneer de rechter uitspraak doet”.

**17. Specifieke mogelijkheid tot herstel ontbreken handtekening** – Sinds 1 januari 2013 bevat het Gerechtelijk Wetboek wel een algemene mogelijkheid tot herstel van niet-ondertekende procesakten. Het (opnieuw ingevoerde)<sup>182</sup> artikel 863 Ger.W. luidt als volgt: “In alle gevallen waarin de ondertekening vereist is voor de geldigheid van een proceshandeling kan het gebrek van de handtekening worden geregulariseerd ter zitting of binnen een door de rechter vastgestelde termijn”. Hiermee komt de wetgever (eindelijk) tegemoet aan de verzuchtingen in de rechtsleer dat, hoewel de handtekening op zich belangrijk is (m.n. ter authenticatie van processtukken), het in het burgerlijk procesrecht maar uiterst zelden voorkomt dat het *ogenblik van de ondertekening* van doorslaggevend belang is.<sup>183</sup>

Luidens de parlementaire voorbereiding is de herstelmogelijkheid in principe alleen bedoeld voor gevallen waarin de akte geen enkele vorm van handtekening bevat, zelfs geen onregelmatige handtekening. De mogelijkheid om akten met een onregelmatige handtekening te regulariseren, vloeit immers reeds voort uit artikel 867 Ger.W.<sup>184</sup> Met MOUGENOT moet nochtans worden aangenomen dat artikel 863 Ger.W. ook kan worden toegepast op de niet-originele handtekening<sup>185</sup> van een proceshandeling die

181. Herstel moet in deze context worden begrepen als het daadwerkelijk uitwissen van de oorzaak zelf van de onregelmatigheid, zodat er geen aanleiding meer bestaat om een sanctie uit te spreken (vgl. de dekkingen of verzuchtingen *ex art.* 864 en 867 Ger.W., die een intrinsiek nietige proceshandeling converteren in een geldig geachte proceshandeling).

182. Art. 863 werd ingevoerd door art. 23 van de wet van 10 juli 2006 betreffende de elektronische procesvoering (*BS* 7 september 2006, ed. 2), dat in werking trad op 1 januari 2013 (zie art. 16 van de wet van 31 december 2012 houdende diverse bepalingen, inzonderheid betreffende justitie (*BS* 31 december 2012) dat art. 39 van de wet van 10 juli 2006 inzake de inwerkingtreding bijstelde).

183. K. WAGNER, *Sancties in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2007, 414-415, nr. 393.

184. MVT bij het wetsontwerp betreffende de elektronische procesvoering, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 51K1701/1, 50.

185. Volgens het Hof van Cassatie kan de proceshandeling die per fax is verricht, wegens de technische eigenschappen ervan, geen originele handtekening bevatten (Cass. 27 september 2011, *RW* 2011-12, 569, concl. M. DE SWAEF).

geldig per fax is verricht.<sup>186</sup> Daarnaast kan ook de niet-gekwalificeerde elektronische handtekening op een proceshandeling die geldig per e-post werd verricht, worden geregulariseerd via artikel 863 Ger.W.<sup>187</sup> De parlementaire voorbereiding zegt overigens uitdrukkelijk dat artikel 863 Ger.W. kan worden toegepast op zowel akten op papier als in elektronische vorm.<sup>188</sup>

Uit de tekst van artikel 863 Ger.W. blijkt verder dat het toepassingsgebied van de herstelbaarheid niet beperkt is tot gevallen waarin de ondertekening is voorgeschreven op straffe van nietigheid, maar alle gevallen betreft waarin het ontbreken van de handtekening afbreuk kan doen aan de geldigheid van een proceshandeling.<sup>189</sup> Te denken valt aan een niet-ondertekend verzoekschrift, conclusie of deskundigenverslag.<sup>190</sup>

Wanneer de ondertekening van een akte is voorgeschreven op straffe van nietigheid, zal de rechter de – absolute<sup>191</sup> – nietigheid nog slechts kunnen uitspreken als het ontbreken van de handtekening niet wordt geregulariseerd ter zitting of binnen een door hem vastgestelde termijn<sup>192</sup> en dit onverminderd de toepassing van artikelen 864, tweede lid of 867 Ger.W. De herstelbaarheid van artikel 863 Ger.W. belet inderdaad niet dat de niet-ondertekening wordt gedekt doordat, hetzij, noch de partijen, noch de rechter het gebrek opmerken voordat een beslissing op tegenspraak wordt gewezen die niet louter een maatregel van inwendige aard inhoudt (art. 864, tweede lid Ger.W.), hetzij uit de gedingstukken blijkt dat de akte het doel heeft bereikt dat de wet ermee beoogt of de akte wel degelijk werd ondertekend (art. 867 Ger.W.).<sup>193</sup>

Door zijn algemene toepassingsgebied vormt artikel 863 Ger.W. ook een belangrijke correctie op de rechtspraak van het Hof van Cassatie volgens welke de handtekening een “essentieel bestanddeel” is van elke proceshandeling, zelfs wanneer de wet de handtekening niet vereist. Zo besliste het Hof in zijn arrest van 6 oktober 2000 dat het bezwaarschrift dat een belastingplichtige indient bij de bevoegde gewestelijk

---

186. D. MOUGENOT, “Quelques plumes de phénix ... Réflexions sur l’entrée en vigueur de certaines dispositions des lois sur la procédure électronique”, *JT* 2013, (489) 494, nr. 16.

187. L. GUINOTTE, “L’informatisation de la Justice civile (lois des 10 juillet et 5 août 2006) – A quand la concrétisation? Quelle interaction entre celles-ci et le fichier central informatisé”, *Ius&Actores* 2011, (153) 174; zie ook art. 2281, derde lid BW.

188. MvT bij het wetsontwerp betreffende de elektronische procesvoering, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 51K1701/1, 51.

189. D. MOUGENOT, “Quelques plumes de phénix ... Réflexions sur l’entrée en vigueur de certaines dispositions des lois sur la procédure électronique”, *JT* 2013, (489) 494, nr. 16.

190. D. SCHEERS en P. THIRIAR, “De moeilijke weg naar een elektronisch dossier. Nieuwe procedureregels vanaf 1 januari 2013”, *RW* 2012-13, (1237) 1239. Merk op dat art. 863 Ger.W. niet van toepassing is op de ontbrekende (of gebrekkige) handtekening op rechterlijke uitspraken. Art. 788 Ger.W. voorziet hiervoor een eigen herstelbaarheid (*infra*, nr. 44).

191. De ondertekening van de akte figureert immers in de lijst van art. 862 Ger.W.

192. Zie voor een toepassing Vred. Fléron 17 oktober 2013, *T.Vred.* 2014, 589.

193. A. Hoc, J. VANDERSCHUREN en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “L’introduction de l’instance” in H. BOULARBAH en F. Georges (eds.), *Actualités en droit judiciaire*, Brussel, Larcier, 2013, (145) 192, nr. 56.

directeur een “akte van rechtspleging is die de elementen moet bevatten waaruit zijn geldigheid blijkt” en “dat een bezwaar om rechtsgeldig te zijn, moet ondertekend zijn” aangezien “de ondertekening een essentieel bestanddeel is van het bezwaar”.<sup>194</sup> Abstractie gemaakt van het feit dat vragen kunnen worden gesteld bij de kwalificatie van het – aan het geding voorafgaande – bezwaarschrift als een “akte van rechtspleging”, stelt MOUGENOT terecht dat deze beslissing moeilijk te rijmen valt met artikel 860 Ger.W., aangezien geen enkele wettelijke bepaling de ondertekening van het bezwaarschrift vereist.<sup>195</sup> Minstens was in deze zaak het normdoel van de handtekeningvereiste verwezenlijkt nu de feitenrechter had vastgesteld dat “uit de uitvoerige motivering van het bezwaarschrift zonder enige twijfel bleek dat het uitgaat van de belastingplichtige die de bedoeling had een bezwaarschrift in te dienen”. Hoe dan ook zal artikel 863 Ger.W. ook in deze context voortaan een uitweg kunnen bieden.

Een interessante vraag, ten slotte, is of artikel 863 Ger.W. toepassing kan vinden in gevallen waarin de wet vereist dat de ondertekening van de (gedinginleidende) procesakte gebeurt door een professioneel, zoals de ondertekening (in burgerlijke zaken) van het verzoekschrift tot cassatie door een advocaat bij het Hof van Cassatie (art. 1080 Ger.W.) of de ondertekening van het eenzijdig verzoekschrift door een advocaat (art. 1026, 5° Ger.W.). Het antwoord is positief, op voorwaarde uiteraard dat de auteur van de akte op datum van het opstellen ervan de door de wet vereiste hoedanigheid had en het ontbreken van zijn handtekening berust op een loutere vergissing of vergetelheid in diens hoofde. Artikel 863 Ger.W. kan daarentegen niet worden gebruikt ter herstel van voorzieningen of verzoekschriften die niet *ab initio* werden opgesteld door een advocaat (bij het Hof van Cassatie).<sup>196</sup> De toepassing van artikel 863 Ger.W. uitsluiten omdat een geschrift – *in casu* de memorie tot staving van het cassatieberoep per fax overgelegd binnen de termijn maar (pas) op de zitting ondertekend – “niet voldoet aan de vormvereisten waarvan de vervulling vóór het verstrijken van de wettelijke termijnen moet worden vastgesteld”<sup>197</sup>, is dan ook een ongelukkige ontwikkeling in de rechtspraak van het Hof van Cassatie. Deze bepaling

194. Cass. 6 oktober 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1525; zie ook Cass. 23 september 2004, *Pas.* 2004, 1401 (m.b.t. het bezwaarschrift van een kiezer tegen de uitslag van de verkiezingen van de leden van de provinciale raden, de raden van beroep en de nationale raad van de Orde der geneesheren (zie art. 26 KB 28 december 1972 tot vaststelling van de regelen betreffende de verkiezing van de leden van de provinciale raden, de raden van beroep en de nationale raad van de Orde der geneesheren (*BS* 6 januari 1973)).

195. D. MOUGENOT, “Quelques plumes de phénix ... Réflexions sur l'entrée en vigueur de certaines dispositions des lois sur la procédure électronique”, *JT* 2013, (489) 494, nr. 16; zie ook Cass. 26 mei 1976 (*RW* 1976-77, 149, concl. H. LENAERTS) waarin het Hof overweegt dat “nu de wet de nietigheid wegens een verzuim of onregelmatigheid betreffende de ondertekening van de akte niet uitdrukkelijk heeft bevolen, het geschrift waarbij het beroep tegen het opmaken van de kiezerslijsten [voor de verkiezingen van de personeelsafgevaardigden in de ondernemingsraad en het preventiecomité] wordt ingesteld, met toepassing van artikel 860 van het Gerechtelijk Wetboek niet kan worden nietig verklaard; dat artikel 862 afwijkt van de regel van artikel 861, maar geen afbreuk doet aan het bepaalde in artikel 860 en evenmin de door dit artikel vereiste wetsbepaling is die de handtekening van de akte op straffe van nietigheid voorschrijft”.

196. A. HOC, J. VANDERSCHUREN en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “L'introduction de l'instance” in H. BOULARBAH en F. GEORGES (eds.), *Actualités en droit judiciaire*, Brussel, Larcier, 2013, (145) 193, nr. 56; B. VANLERBERGHE, “Actualia gerechtelijk recht: procedure en rechtsmiddelen” in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *CBR Jaarboek 2013-2014*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, (1) 14-15, nr. 18; zie ook K. WAGNER, *Sancties in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2007, 224-227, nrs. 190-192.

197. Cass. 25 september 2013, *Pas.* 2013, 1778, concl. R. LOOP, die dan ook verkeerdelijk oppert dat art. 863 Ger.W. slechts zou gelden wanneer “un mémoire signé est déposé dans le délai prescrit par la loi, mais que le signataire n'est pas identifié, l'irrégularité pourrait être corrigée par l'identification ultérieure du signataire, même en dehors du délai légal, mais pas si, comme en l'espèce, le mémoire ne portait pas de signature”.

vereist immers niet dat het herstel gebeurt binnen de termijn om de proceshandeling te verrichten.

### § 3. *Gevolgen van de nietigheid*

**18 Afwezigheid van rechtsgevolgen** – Een nietig verklaarde proceshandeling wordt geacht nooit te hebben plaatsgevonden. De nietigverklaring werkt met terugwerkende kracht (*ex tunc*). Behoudens andersluidende wetsbepaling<sup>198</sup> strekt de nietigheid van een proceshandeling zich uit tot alle daaropvolgende en onlosmakelijk verbonden proceshandelingen.<sup>199</sup> De proceshandelingen die op zichzelf bestaan, behouden evenwel hun geldigheid.<sup>200</sup> De nietigverklaring kan ook slechts gedeeltelijk zijn, bv. in een meerpartijengeschil, wanneer de vormelijke onregelmatigheid slechts een van de (tegen)partijen treft. De proceshandeling blijft in dat geval rechtsgeldig t.av. de andere partijen.<sup>201</sup>

**19 Herneming van de proceshandeling** – De nietigheid doet zich voor op het procedurele niveau. Zij tast noch de rechtsvordering, noch het onderliggende subjectieve recht aan. De nietigverklaring van de gedinginleidende akte verhindert dus niet dat dezelfde eis – voor zover dit nog tijdig kan – opnieuw wordt ingesteld.<sup>202</sup>

Tot voor kort had de dagvaarding die nietig werd verklaard wegens een vormgebrek geen stuitende werking. Artikel 2247, eerste lid BW bepaalde uitdrukkelijk dat de verjaringsstuitende werking voor onbestaande werd gehouden “indien de dagvaarding nietig is uit hoofde van een gebrek in de vorm”. De dagvaarding voor een onbevoegde rechter<sup>203</sup> en de dagvaarding die werd nietig verklaard wegens schending van de Wet op het taalgebruik in gerechtszaken van 15 juni 1935<sup>204</sup> werkte daarentegen wel stuitend.

198. Zie bv. art. 956-957 Ger.W.

199. G. CLOSSET-MARCHAL, “Examen de jurisprudence (2002-2012) – Droit judiciaire privé – Introduction et incidents de l’instance”, *RCJB* 2014, (57) 97, nr. 36.

200. Zie voor een toepassing Beslag. Charleroi 27 juni 2002, *JLMB* 2003, 571: “L’annulation du commandement n’affecte pas la signification; un exploit qui poursuit des buts juridiques distincts peut demeurer valable à l’égard de l’un d’eux même s’il est nul en ce qui concerne les autres”.

201. K. WAGNER, *Sancties in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2007, 283, nr. 251. Wanneer het geschil onplitsbaar is, zal de gedeeltelijke nietigheid van de akte waarbij een in art. 31 Ger.W. bedoeld rechtsmiddel wordt ingesteld er evenwel toe leiden dat het rechtsmiddel in zijn geheel niet-ontvankelijk is (vgl. Cass. 10 oktober 2011, *JT* 2012, 55, *Pas.* 2011, 2175, *Soc.Kron.* 2013, 133 en *P&B* 2012, 114).

202. GwH 19 september 2014, nr. 125/2014, *BS* 5 november 2014, ed. 1 (uittreksel), 84576, *Juristenkrant* 2014 (weergave E. BREWAEYS), afl. 297, 8, *RABG* 2014, 1181, *RW* 2014-15 (samenvatting), 278, *RW* 2014-15 (samenvatting), 618, *P&B* 2014, 185 en *P&B* 2015, 91, noot B. SMEKENS; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2005, 72, nr. 49.

203. Art. 2246 BW.

204. Art. 40, derde lid van de Wet op het taalgebruik in gerechtszaken van 15 juni 1935 (zie ook *infra*, nr. 52).

Met de wet van 26 april 2007 trachtte de wetgever dit door sommigen<sup>205</sup> gelaakte onderscheid in behandeling weg te werken door een nieuw, tweede lid toe te voegen aan artikel 700 Ger.W., dat als volgt luidt: “De akten, nietig verklaard wegens overtreding van deze bepaling, stuiten de verjaring alsmede de termijnen van rechtspleging toegekend op straffe van verval”.<sup>206</sup> Onmiddellijk rees de vraag of hierdoor geen nieuwe, grotere ongelijkheden in het leven werden geroepen, nl. met de andere vormvoorschriften betreffende de akte van rechtsingang, die eveneens met (relatieve of absolute) nietigheid worden bestraft.<sup>207</sup> Met de wet van 16 juli 2012 heeft de wetgever uiteindelijk ook deze ongelijkheid aangepakt door de hierboven geciteerde bepaling uit artikel 2247 BW te schrappen.<sup>208</sup> Ook de dagvaarding die nietig is wegens een ander vormgebrek dan een vergissing in de keuze van akte van rechtsingang geniet sindsdien van het voordeel van de stuiting. Het verjaringsstuitende effect van de dagvaarding wordt enkel nog voor onbestaande gehouden als de eiser afstand doet van zijn eis of als zijn eis wordt afgewezen.

In het licht van de gangbare opvatting betreffende artikel 40, derde lid van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken zou de stuiting werken vanaf de datum van de beslissing die de nietigheid uitspreekt.<sup>209</sup> De vraag werd evenwel geopperd of in het licht van het rechtszekerheidsbeginsel en de processuele goede trouw toch geen voorafgaande betekening of kennisgeving vereist is om deze termijn te doen aanvangen.<sup>210</sup> Het Grondwettelijk Hof besloot hierover dat de interpretatie

205. G. DE LEVAL, “Le citoyen et la justice civile. Un délicat équilibre entre efficacité et qualité”, *Rev.dr.ULB* 2006, 48 en 106, met verwijzing naar J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “La prescription libératoire: paradigme ou paradoxe de la sécurité juridique”, *JT* 2004, (337) 337, nr. 2.

206. Art. 5, 2° wet 26 april 2007.

207. G. DE LEVAL en F. GEORGES, “La sanction des irrégularités procédurales” in C. ENGELS en P. LECOQ, *Rechtskroniek voor de vrede- en politierechters 2009*, Brugge, die Keure, 2009, (445) 453; J. VAN DONINCK, “Sancties en nietigheden” in K. PITEUS en J. VAN DONINCK (eds.), *Het gerechtelijk wetboek vernieuwd. Een praktische commentaar bij de wet van 26 april 2007*, Mechelen, Kluwer, 2008, (123) 131; P. TAELEMAN en B. DECONINCK, “Qui pro quo omtrent de nietigheden en sancties” in P. TAELEMAN en P. VAN ORSHOVEN (eds.), *De wet van 26 april 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand doorgelicht*, Brugge, die Keure, 2007, (119) 132, nr. 19; X. TATON, “Les irrégularités, nullités et abus de procédure” in J. ENGLEBERT (ed.), *Le procès civil accéléré? Premiers commentaires de la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l’arriéré judiciaire*, Brussel, Larcier, 2007, (199) 210, nr. 17.

208. Art. 2 van de wet van 16 juli 2012 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Gerechtelijk Wetboek, met het oog op een vereenvoudiging van de regels van de burgerlijke rechtspleging (*BS* 3 augustus 2012).

209. Cass. 6 april 1949, *Pas.* 1949, I, 271; L. LINDEMANS m.m.v. M. VAN REYBROUCK, “Art. 40 Wet Talen Gerechtszaken” in *Comm.Ger.*, Mechelen, Kluwer, 2001, losbl., 8, nr. 8; X. TATON, “Les irrégularités, nullités et abus de procédure” in J. ENGLEBERT (ed.), *Le procès civil accéléré? Premiers commentaires de la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l’arriéré judiciaire*, Brussel, Bruylant, 2007, (199) 209, nr. 17; M. CASTERMANS, *Het nieuwe procesrecht*, Gent, Story, 2007, 17, nr. 14, *in fine*; G. DE LEVAL en F. GEORGES, “La sanction des irrégularités procédurales – La Loi Onkelinx du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l’arriéré judiciaire” in G. DE LEVAL en F. GEORGES (eds.), *Le droit judiciaire en mutation. En hommage à Alphonse Kohl*, Luik, Anthemis, 2007, (129) 143, nr. 19.

210. G. DE LEVAL en F. GEORGES, “La sanction des irrégularités procédurales – La Loi Onkelinx du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l’arriéré judiciaire” in G. DE LEVAL en F. GEORGES (eds.), *Le droit judiciaire en mutation. En hommage à Alphonse Kohl*, Luik, Anthemis, 2007, (129) 143, nr. 19; J. Van Doninck, “Sancties en nietigheden” in K. PITEUS en J. VAN DONINCK (eds.), *Het gerechtelijk wetboek vernieuwd. Een praktische commentaar bij de wet van 26 april 2007*, Mechelen, Kluwer, 2008, (123) 130, die laatste met verwijzing naar

van het besproken artikel 40, derde lid in de zin dat de stuiting een einde neemt op het ogenblik van de uitspraak van de beslissing, en niet op het ogenblik van de kennisgeving ervan aan de werkgever, de mogelijkheid van de geadresseerde om de bij wet vereiste verdere stappen te zetten – te dezen de dagvaarding binnen drie werkdagen overeenkomstig de artikelen 6 en 7 van de wet van 19 maart 1991 – rekening houdend met de aard van de procedure en met de duur en de gevolgen van de niet-naleving ervan, onevenredig wordt beperkt doordat de termijn begint te lopen op een ogenblik dat de geadresseerde nog geen kennis kan hebben van de inhoud van de beslissing of doordat die kan zijn verstreken alvorens hij de kennisgeving ontvangt.<sup>211</sup>

**20. Grondwettelijke bezwaren** – Er kunnen vraagtekens worden geplaatst bij het feit dat alleen de akte die wegens een overtreding van artikel 700 Ger.W. of de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken nietig wordt verklaard, de op straffe van verval voorgeschreven rechtsplegingstermijnen stuit. Indien men – zoals sommige auteurs verdedigen (*supra*, nr. 7) – ervan uitgaat dat een verkeerd gekozen akte van rechtspleging bij de aanwending van een rechtsmiddel onder artikel 700 Ger.W. valt, dan stuit de akte die om deze reden wordt nietig verklaard de op straffe van verval voorgeschreven rechtsmiddelen termijn. De akte die wordt nietig verklaard wegens een ander vormgebrek stuit de rechtsmiddelen termijn niet.

Ook rijst de vraag of het met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel verenigbaar is dat de stuitende werking van de nietige dagvaarding niet geldt t.a.v. de vervaltermijnen naar materieel recht (*délais préfix*), die het uiterlijke tijdstip bepalen waarop een rechtsvordering moet worden uitgeoefend. De meningen in de rechtsleer zijn verdeeld. Volgens sommige auteurs bestaat er geen redelijke verantwoording voor dit onderscheid.<sup>212</sup> Andere auteurs stellen dat de rechtspraak van het Hof van Cassatie betreffende artikel 40, derde lid van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken moet worden toegepast, die luidt dat een vervaltermijn niet wordt onderbroken door een wegens een overtreding van die wet nietig verklaarde dagvaarding.<sup>213</sup> Ook de rechtspraak die dateert van na de wetwijziging van 26 april 2007

---

→ Arbitragehof 5 maart 1997, nr. 10/97, AA 1997, 127 en P&B 1997, 65, noot E. BREWAEYS; Arbitragehof 17 juni 1998, nr. 72/98, AA 1998; EHRM 6 december 2001, nr. 44584/98, *Tsironis/Griekenland*, i.h.b. overw. 27 t.e.m. 30, waarin het Hof besluit tot een schending van art. 6.1 EVRM (de verzoeker had geen rechtsmiddel kunnen aanwenden omdat hij niet tijdig op de hoogte werd gebracht van een procedure van openbare verkoop).

211. GwH 6 december 2012, nr. 149/2012, *Arr.GwH* 2012, 2273, *Juristenkrant* 2013 (weergave E. BREWAEYS), afl. 262, 7, *JT* 2014, 322, noot F. GOSSELIN, *RABG* 2013, 306, noot E. BREWAEYS en *RW* 2012-13, 1330, noot.

212. G. DE LEVAL en F. GEORGES, “La sanction des irrégularités procédurales” in C. ENGELS en P. LECOCQ, *Rechtskroniek voor de vrede- en politierechters 2009*, Brugge, die Keure, 2009, (445) 454-455; F. BALOT, “La loi du 26 avril 2007 modifiant le Code Judiciaire en vue de lutter contre l’arriéré judiciaire: commentaires généraux et retombées en droit judiciaire notarial”, *RNB* 2008, (6) 17, nr. 12; M. DUPONT, “Prescription et forclusion – Aspects procéduraux” in H. BOULARBAH en J.-F. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Les défenses en droit judiciaire*, Brussel, Larcier, 2010, (221) 226, met verwijzing naar Brussel 24 december 2009, AR 2008/SF/1, *TBH* 2010, 434 (weergave D. HAEX, helaas niet op dat punt).

213. X. TATON, “Les irrégularités, nullités et abus de procédure” in J. ENGLEBERT (ed.), *Le procès civil accéléré? Premiers commentaires de la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l’arriéré judiciaire*, Brussel, Larcier, 2007, (199) 211, nr. 18. Die laatste stipt ook terecht aan dat, gelet op de verschillende finaliteit

houdt voorlopig voet bij stuk dat de nietige dagvaarding geen stuitend effect heeft op deze vervaltermijnen.<sup>214</sup>

**21 Kosten van nietige akten (art. 866 Ger.W.)** – Indien proceshandelingen of akten nietig zijn of nodeloze kosten veroorzaken en dit toe te schrijven valt aan een ministerieel ambtenaar (bv. een gerechtsdeurwaarder of notaris<sup>215</sup>), dan komen die te zijn laste. Daarenboven kan hij tot schadevergoeding worden veroordeeld. Op andere personen dan ministerieel ambtenaren, zoals advocaten, vindt niet deze regel maar wel het gemeen aansprakelijkheidsrecht toepassing.

#### § 4. Herstel van de schending van (procedure)termijnen

### A. Begrippen – Soorten termijnen

**22 Proceduretermijnen, verjaringstermijnen en vaste termijnen** – De proceduretermijnen (*délais de procédure*), ook wel termijnen van rechtspleging genoemd, moeten worden onderscheiden van enerzijds de verjaringstermijnen (*délais de prescription*) en anderzijds de vaste termijnen (ook wel fatale termijnen of vervaltermijnen genoemd) (*délais préfix*).

Proceduretermijnen zijn de termijnen die gelden voor het verrichten van een proceshandeling in de loop van een geding, bij de aanwending van een rechtsmiddel of bij een middel van tenuitvoerlegging van een rechterlijke uitspraak.<sup>216</sup> De verjaringstermijnen en de vaste termijnen hebben daarentegen betrekking op de inleiding van het geding. Zij stellen een tijdsbeperking aan het recht om de rechtsvordering uit te oefenen<sup>217</sup> en

→ van de termijnen, de grondwettelijke vergelijkbaarheidstoets hier niet voor de hand ligt (eveneens in die zin J. VAN DONINCK, “Sancties en nietigheden” in K. PITEUS en J. VAN DONINCK (eds.), *Het gerechtelijk wetboek vernieuwd. Een praktische commentaar bij de wet van 26 april 2007*, Mechelen, Kluwer, 2008, (123) 131, voetnoot 28).

214. Vred. Sint-Jans-Molenbeek 8 april 2008, *T.App.* 2008, 19, noot R. TIMMERMANS. In deze zaak oordeelde de vrederechter dat het eerder nietig verklaarde verzoekschrift op tegenspraak de – toenmalige – vervaltermijn van drie (thans vier (art. 577-9, § 2, eerste lid BW)) maanden voor het instellen van de vordering tot nietigverklaring van een beslissing van de algemene vergadering van mede-eigenaars niet had “onderbroken” zodat de dagvaarding die na deze termijn werd uitgebracht niet-ontvankelijk was. H. BOULARBAH en X. TATON verwijzen ook nog naar een onuitgegeven arrest van het hof van beroep te Brussel van 24 december 2009 (AR 2008/SF/1) waaruit *a contrario* kan worden afgeleid dat het hof van mening is dat vervaltermijnen niet vatbaar zijn voor “onderbreking” (H. BOULARBAH en X. TATON, “Les vices de forme et les délais de procédure. Régime général et irrégularités spécifiques” in H. BOULARBAH en J.-F. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Les défenses en droit judiciaire*, Brussel, Larcier, 2010, (101) 130, nr. 52).

215. Beslagr. Brussel 19 december 2005, *RNB* 2006, 92; zie ook C. DE BUSSCHERE, “Artikel 866 Ger.W. en de notarissen”, *RW* 2006-07, (822) 826, nr. 9.

216. D. MOUGENOT, *Principes de droit judiciaire privé*, Brussel, Larcier, 2009, 134, nr. 89; P. DAUW, “De nieuwe artikelen 700, 865 en 867 van het Gerechtelijk Wetboek: Blikopeners inzake nietigheden en termijnen” in D. SERRUS (ed.), *Actualia gerechtelijk recht*, Gent, Larcier, 2008, (201) 227.

217. Zie over deze termijnen M. DUPONT, “Prescription et forclusion – Aspects procéduraux” in H. BOULARBAH en J.-F. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Les défenses en droit judiciaire*, Brussel, Larcier, 2010, 221-244; A. DECROES, “Les délais préfix (ou de forclusion)”, *JT* 2007, 871-874. *To name but one*: de tienjarige aansprakelijkheid van aannemers en architecten in art. 1792 BW is een vaste termijn of vervaltermijn (Cass. 22 december 2006, *Arr.Cass.* 2006, 2764; Cass. 27 oktober 2006, *Arr.Cass.* 2006, 2152, *RW* 2006-07, 1435, noot K. Vanhove en *TBO* 2007, 34, noot; Gent



hebben tot doel een bestaande toestand te consolideren of een bepaald recht te doen verdwijnen.<sup>218</sup>

De termijn- en sanctieregeling van het Gerechtelijk Wetboek is, in de regel, alleen van toepassing op proceduretermijnen.

**23 Indeling van de proceduretermijnen** – De proceduretermijnen kunnen worden ingedeeld, hetzij in functie van hun finaliteit, hetzij in functie van hun sanctie.<sup>219</sup>

Vanuit het oogpunt van hun finaliteit worden de proceduretermijnen ingedeeld in wachttermijnen (*délais d'attente*) en bespoedigende termijnen (*délais accélérateurs*). Wachttermijnen bepalen de (minimum)duur die moet zijn verstreken vooraleer een proceshandeling mag worden verricht. Zij zijn doorgaans bedoeld om een partij de mogelijkheid te bieden haar verdediging voor te bereiden. Bespoedigende termijnen (ook wel handelings<sup>220</sup>- of vervaltermijnen<sup>221</sup> genoemd) bepalen de (maximum) duur die voor het verrichten van een proceshandeling niet mag worden overschreden. Anders dan bij de wachttermijnen staat bij deze termijnen het partijbelang minder centraal. Zij beogen doorgaans, hetzij het verloop van de procesgang te versnellen, hetzij rechtszekerheid te creëren over een bepaalde processuele verhouding.<sup>222</sup>

Vanuit het oogpunt van hun sanctie kan een onderscheid worden gemaakt tussen de termijnen voorgeschreven op straffe van verval, de termijnen voorgeschreven op straffe van nietigheid, de termijnen voorgeschreven op straffe van sanctie *sui generis* en de termijnen waarvoor de wet geen sanctie bepaalt<sup>223</sup> (de zgn. ordetermijnen (*délais d'ordre*)).

- 
- 19 juni 2009, *NJW* 2010, 632, noot C. LEBON; K. UYTTERHOEVEN, "Tien jaar de tienjarige aansprakelijkheid. Een kritische reflectie over de stevigheid van de artikelen 1792 en 2270 BW", *TBO* 2012, (225) 228, nr. 15; K. UYTTERHOEVEN, "Hoe fataal is de tienjarige aansprakelijkheidstermijn?" (noot onder Antwerpen 4 november 2008), *TBO* 2009, (34) 34, nr. 1 en de verwijzingen in voetnoot 1; A. VAN OEVELEN, "Algemeen overzicht van de bevrijdende verjaring en de vervaltermijnen in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1987, (1755) 1830, nr. 68.
218. P. DE BRUYNE en M. HEYMANS, "Enkele aspecten van de nietigheidstheorie in het Gerechtelijk Wetboek" in IUS, *Tien jaar Gerechtelijk Wetboek*, Antwerpen, Kluwer, 1976, (93) 102, nr. 15.
219. G. CLOSSET-MARCHAL, "Examen de jurisprudence (2002-2012) – Droit judiciaire privé – Introduction et incidents de l'instance", *RCJB* 2014, (57) 98, nr. 40.
220. B. MAES en J. VAN DONINCK, "Snelheid, eenheid, doelmatigheid. Kernwaarden voor de civiele rechtspleging?" in J. VAN DONINCK, L. VAN DEN HOLE en VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP (eds.), *Civiel procesrecht vandaag en morgen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1) 23, nr. 18; P. DAUW, "De nieuwe artikelen 700, 865 en 867 van het Gerechtelijk Wetboek: Blikopener inzake nietigheden en termijnen" in D. SERRUS (ed.), *Actualia gerechtelijk recht*, Gent, Larcier, 2008, (201) 227.
221. K. WAGNER, *Sancties in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2007, 50, nr. 25; R. DE CORTE, "Termijnen in het gerechtelijk recht" in G. DIEVOET (ed.), *Actuele problemen van gerechtelijk privaatrecht*, Leuven, Acco, 1976, 33, nr. 6.
222. R. De Corte, "Termijnen in het gerechtelijk recht" in G. Dievoet (ed.), *Actuele problemen van gerechtelijk privaatrecht*, Leuven, Acco, 1976, 33, nr. 6; vgl. B. MAES en J. VAN DONINCK, "Snelheid, eenheid, doelmatigheid. Kernwaarden voor de civiele rechtspleging?" in J. VAN DONINCK, L. Van den Hole en Vlaams pleitgenootschap (eds.), *Civiel procesrecht vandaag en morgen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1) 23, voetnoot 89, die verwijzen naar het doel van de redelijke termijn en de procesrechtelijke loyaliteit.
223. Bv. art. 921 Ger.W. inzake de termijn voor neerlegging van een verzoek tot tegenverhoor of de termijnen van drie maanden en zes weken bedoeld in art. 747, § 1 Ger.W. (voor andere voorbeelden, zie G. CLOSSET-MARCHAL, "Les

## B. Herstelmechanisme inzake de schending van proceduretermijnen: de leer van de nietigheid en het verval

### 1. LEGALITEITSTOETS: GEEN NIETIGHEID OF VERVAL ZONDER WETTEKST (ART. 860 GER.W.)

**24 De vereiste van een uitdrukkelijke wettekst** – De legaliteitsvoorwaarde geldt onverkort t.a.v. de termijnen: de niet-naleving van een procestermijn kan slechts tot nietigheid of verval leiden als de wet die sanctie uitdrukkelijk beveelt (art. 860, eerste en derde lid Ger.W.). Net zoals bij de vormgebreken is het vereist dat een andere wetbepaling dan artikel 860 Ger.W. een termijn voorschrijft op straffe van nietigheid of verval. Artikel 860, tweede lid Ger.W. vormt hierop een uitzondering aangezien deze bepaling zelf in een sanctie (verval) voorziet wat de termijnen betreft om een rechtsmiddel in te stellen.<sup>224</sup>

Aan (de overschrijding van) heel wat procestermijnen in het Gerechtelijk Wetboek is geen enkele wettelijke sanctie gekoppeld. Sinds de opheffing van het oude artikel 863 Ger.W. door de wet van 3 augustus 1992 vallen deze ordeterminen buiten het bestek van de nietigheids- en vervalregeling van artikel 860 *et seq.* Ger.W.<sup>225</sup> Dit betekent echter niet dat aan de niet-naleving van deze termijnen geen (processuele) gevolgen kunnen worden verbonden. Het staat aan de rechter om toe te zien op het goede procesverloop en bij (proces)rechtsmisbruik een passende sanctie te bepalen, die evenwel uit iets anders moet bestaan dan het verval of de nietigheid die door de wet moeten zijn voorgeschreven.<sup>226</sup> De rechtsleer plaatst hierbij terecht de kanttekening dat enige sanctie in elk geval moet worden getoetst aan het normdoel van de ordeterminen. Het is immers niet wenselijk dat niet-nageleefde termijnen die op straffe van nietigheid of verval zijn voorgeschreven wel kunnen worden geregulariseerd via het criterium van het normdoel, terwijl dit niet het geval zou zijn voor termijnen die niet eens zijn voorgeschreven op straffe van nietigheid of verval (of enige andere sanctie).<sup>227</sup>

→ *délais d'ordre en droit judiciaire privé*, *JT* 2007, (865) 868, nr. 19).

224. Onder het begrip "rechtsmiddel" worden uitsluitend de rechtsmiddelen verstaan die kunnen worden aangewend tegen vonnissen en arresten (art. 21 Ger.W.). Art. 860, tweede lid Ger.W. is niet van toepassing op gerechtelijke beroepen tegen administratieve beslissingen (B. DECONINCK, "Art. 860, 2° en 3° Ger.W." in *Comm. Ger.*, Mechelen, Kluwer, 1998, losbl., 9, nr. 4 en P. DE BRUYNE en M. HEYMANS, "Enkele aspecten van de nietigheidstheorie in het Gerechtelijk Wetboek" in IUS, *Tien jaar Gerechtelijk Wetboek*, Antwerpen, Kluwer, 1976, (93) 102-103, nr. 16; *anders*: Cass. 6 april 1992 (*Arr.Cass.* 1991-92, 754), waarin het Hof oordeelt dat de termijn om beroep in te stellen bij de arbeidsrechtbank tegen een beslissing van de werkgever i.v.m. de sociale verkiezingen geldt op straffe van verval en daarbij – ten onrechte – verwijst naar art. 860, tweede lid Ger.W.).

225. Het oude art. 863 Ger.W. stipuleerde dat art. 861 Ger.W. niet van toepassing was op andere termijnen dan die welke zijn voorgeschreven op straffe van verval of nietigheid.

226. G. CLOSSET-MARCHAL, "Les délais d'ordre en droit judiciaire privé", *JT* 2007, 865-871. Zie voor een toepassing (over de vervaltermijn voor neerlegging van een verzoek tot tegenverhoor *ex art.* 921, derde lid Ger.W.) Cass. 8 februari 1979, *JT* 1979, 320, noot A. FETTWEIS.

227. B. MAES en J. VAN DONINCK, "Snelheid, eenheid, doelmatigheid. Kernwaarden voor de civiele rechtspleging?" in J. VAN DONINCK, L. VAN DEN HOLE en VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP (eds.), *Civiel procesrecht vandaag en morgen*,

Net zoals bij de vormvoorschriften doen zich ook hier interpretatieproblemen voor wat de vereiste betreft van een “uitdrukkelijke wettekst”. De meeste auteurs pleiten voor een restrictieve interpretatie van artikel 860 Ger.W., waarbij het toepassingsveld van de nietigheids- en vervalregeling beperkt blijft tot de termijnen die “formeel” zijn voorgeschreven op straffe van nietigheid of verval, met uitsluiting van de termijnen waarvan de niet-naleving op een eigen wijze wordt bestraft, waarbij het meest bekende voorbeeld wellicht de in artikel 747 Ger.W. voorziene sanctie is van het weren uit de debatten (van laattijdige conclusies).<sup>228</sup> Anderen verdedigen een ruime interpretatie van artikel 860 Ger.W., waarbij ze vooral rekening houden met de aard en het gevolg van de sanctie in plaats van haar formele benaming. Zij wijzen erop dat het gevolg van de sanctie van het weren uit de debatten gelijkaardig is aan het gevolg van de sanctie van de nietigheid of het verval. Bijgevolg zou er geen redelijke verantwoording bestaan om de niet-naleving van conclusietermijnen op een andere wijze te bestraffen (lees: zonder mogelijkheid tot herstel).<sup>229</sup>

Minstens wat de termijnen betreft om te concluderen, opteert het Hof van Cassatie voor de eerste strekking. Volgens het Hof is het weren uit de debatten een autonome sanctie, die niet is onderworpen aan de verzachtingsregels van artikelen 861 en 867 Ger.W.<sup>230</sup> De bereidheid van het Hof van Cassatie om de sancties

- 
- Antwerpen, Intersentia, 2013, (1) 24, nr. 19; B. MAES, “De nieuwe sanctieleer: gemiste kansen?” in VLAAMSE CONFERENTIE BIJ DE BALIE TE ANTWERPEN (ed.), *Meester van het proces – Topics gerechtelijk recht*, Gent, Larcier, 2010, (203) 213-214, nr. 11, die verwijst naar art. 780bis Ger.W.; B. VANLERBERGHE en S. RUTTEN, “Artikel 780bis van het Gerechtelijk Wetboek en de onduidelijkheid inzake het (ver)nieuw(d)e toepassingsgebied van de nietigheidsleer herbekeken” in P. VAN ORSHOVEN en B. MAES (eds.), *De procesrechtswetten van 2007 ... revisited!*, Brugge, die Keure, 2009, (93) 120-121, nr. 37.
228. H. BOULARBAH en X. TATON, “Les vices de forme et les délais de procédure. Régime général et irrégularités spécifiques” in H. BOULARBAH en J.-F. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Les défenses en droit judiciaire*, Brussel, Larcier, 2010, (101) 150-154, nrs. 90-97; G. DE LEVAL en F. GEORGES, “La sanction des irrégularités procédurales” in C. ENGELS en P. LECOCO, *Rechtskroniek voor de vrede- en politierechters 2009*, Brugge, die Keure, 2009, (445) 464; X. TATON, “Les irrégularités, nullités et abus de procédure” in J. ENGLEBERT (ed.), *Le procès civil accéléré? Premiers commentaires de la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l’arriéré judiciaire*, Brussel, Larcier, 2007, (199) 230-231, nr. 46. Een van ondergetekenden bepleitte eerder een *clear-cut rule* waarbij de laattijdige conclusie zou worden geweerd, behoudens bewijs van overmacht, vanuit de bekommernis van eenvormigheid (B. MAES en J. VAN DONINCK, “Snelheid, eenheid, doelmatigheid. Kernwaarden voor de civiele rechtspleging?” in J. VAN DONINCK, L. VAN DEN HOLE en VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP (eds.), *Civiel procesrecht vandaag en morgen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1) 25-26, nr. 19).
229. K. PITEUS, “Instaatstelling van de zaak” in K. PITEUS en J. VAN DONINCK (eds.), *Het gerechtelijk wetboek vernieuwd. Een praktische commentaar bij de wet van 26 april 2007*, Mechelen, Kluwer, 2008, (27) 60-61; K. WAGNER, *Sancties in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2007, 360, nr. 337; P. VAN ORSHOVEN en K. WAGNER, “De Wet van 3 augustus 1992 en de sancties in het burgerlijk procesrecht. Terug naar af?” in P. TAEELMAN en M. STORME (eds.), *Tien jaar toepassing Wet 3 augustus 1992 en haar reparatiewetgeving: evaluatie en toekomstperspectieven*, Brugge, die Keure, 2004, (93) 122, nr. 48; zie ook P. TAEELMAN en B. DECONINCK, “Qui pro quo omtrent de nietigheden en sancties” in P. TAEELMAN en P. VAN ORSHOVEN (eds.), *De wet van 26 april 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand doorgelicht*, Brugge, die Keure, 2007, (119) 136-138, nrs. 27-29.
230. Cass. 12 februari 2009, *RABG* 2009, 738, noot B. MAES; Cass. 20 april 2007, *JT* 2007, 561, noot X. TATON. Voorheen oordeelde het Hof al dat de appreciatie van het al dan niet voorhanden zijn van belangenschade bij het weren van conclusies niet aan de orde is (Cass. 10 oktober 2005, *Pas*, 2005, I, 1864 en Cass. 18 mei 2000, *RW* 2001-02, 1187). Deze uitspraken waren echter niet voldoende om te besluiten dat modulering van de sanctie in toepassing van art. 867 Ger.W. eveneens was uitgesloten, aangezien kon worden aangenomen dat de uitsluiting van de legitimiteitstoets niet meer was dan het logische gevolg van de toepassing van art. 862, § 1, 1<sup>o</sup> Ger.W. (P. TAEELMAN en B. DECONINCK, “Qui pro quo omtrent de nietigheden en sancties” in P. TAEELMAN en P. VAN ORSHOVEN (eds.), *De wet van 26 april 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand doorgelicht*,

die zijn verbonden aan bepaalde vormvoorschriften te kwalificeren als nietigheden (*supra*, nr. 6), lijkt zich dus voorlopig nog niet door te zetten op het vlak van de termijnen.<sup>231</sup> Dat de rechter die ambtshalve tot wering van een conclusie uit het debat overgaat wegens niet-naleving van de termijn, de partijen moet horen over de laattijdigheid van de conclusie en de daaraan verbonden sanctie<sup>232</sup> en de rechter – met eerbiediging van het recht van verdediging – zijn beslissing mag steunen op nieuwe elementen tijdens het pleidooi aangevoerd<sup>233</sup>, laat wel ruimte voor rechterlijk beleid over de meest doelmatige invulling van het procesverloop.<sup>234</sup> Bovendien neemt de rechtspraak aan dat, wanneer in een conclusiekalender meer dan een conclusieronde voor elke partij werd voorzien, het feit dat een partij nalaat binnen de haar toegekende termijn te concluderen, niet noodzakelijk inhoudt dat zij ook het recht verbeurt om binnen

→ Brugge, die Keure, 2007, (119) 138, nr. 29).

231. Opgemerkt moet worden dat de cassatiearresten van 12 februari 2009 en 20 april 2007 zijn gesteund op de tekst van art. 867 Ger.W. zoals die van kracht was vóór de wetwijziging van 26 april 2007. Het Hof heeft tot op heden nog geen uitspraak gedaan over het verband tussen de sanctie van “het weren uit de debatten” en de nieuwe tekst van art. 867 Ger.W. Theoretisch gezien is het dus mogelijk dat het Hof van Cassatie anders zou oordelen wanneer dezelfde rechtsvraag wordt gesteld op basis van de nieuwe tekst van art. 867 Ger.W. Dit is echter weinig waarschijnlijk. De wet van 26 april 2007 heeft het toepassingsveld van art. 867 Ger.W. slechts uitgebreid tot de op straffe van *nietigheid* voorgeschreven termijnen andere dan wachtermijnen en de op straffe van *verval* voorgeschreven termijnen andere dan de termijnen voor het aanwenden van een rechtsmiddel. Art. 867 Ger.W. laat de termijnen die met een autonome sanctie gepaard gaan, zoals het weren uit het debat, buiten schot (*infra*, nr. 27). Alleen wanneer wordt aangenomen dat het “weren” een vorm van nietigheid is, zou art. 867 Ger.W. toepasselijk kunnen zijn. Ook in de uitspraken van feitenrechters gewezen na de wet van 26 april 2007 wordt de sanctie automatisch toegepast, zonder mogelijkheid tot dekking of herstel (Luik 4 februari 2011, *JLMB* 2012, 304; Vred. 6 december 2013, *TGR-TWVR* 2014, 119, noot; zie evenwel (m.b.t. de minnelijke conclusiekalender *ex art.* 747, § 1 Ger.W.) Rb. Nijvel 2 december 2008, *JT* 2009, 376, noot F. BALOT: “(...) l’obligation pour les parties de respecter un calendrier convenu aimablement, en application de l’article 747, § 1er, du Code judiciaire, n’impose pas au juge de devoir d’office ou nécessairement écarter des conclusions déposées hors délai, s’il juge plus adéquate une autre réparation de ce manquement (...) les effets spécifiques que la partie demanderesse a subis du fait du dépassement qu’elle invoque sont minimes par rapport à ceux qu’elle aurait subis si une communication et un dépôt des conclusions concernées étaient régulièrement intervenus un jour plus tôt (...) l’amélioration de la qualité des débats résultant d’une révision réactualisée des conclusions des parties défenderesses ne peut que concourir à la qualité du jugement de première instance et réduire les risques de réouverture des débats autant que d’appel, tout en ne causant, dans les circonstances concrètes, qu’un léger retard pour la fixation de la date des plaidoiries qui ne compromet pas nécessairement la durée globale de la procédure. Dans ces conditions, le seul fait d’un dépôt et d’une communication de conclusions un seul jour après l’échéance du dernier délai (...) ne peut être considéré comme déloyal ou abusif lorsque la partie qui établit ces conclusions légèrement tardives offre de permettre à toute autre partie de pouvoir établir des conclusions en réplique et accepte un échange de conclusions complémentaire. Au contraire, dans les circonstances concrètes, en accordant une possibilité de réplique à la partie adverse, les parties défenderesses réparent adéquatement et suffisamment en nature le léger dépassement qui peut leur être reproché”.
232. Cass. 29 april 2013, *Arr.Cass.* 2013, 1032; Cass. 17 november 2011, *RABG* 2012, 371, noot B. MAES en *TBBR* 2013, 57, noot D. SCHEERS (die laatste auteur stelt dat de partij die om de wering van een laattijdige conclusie verzoekt, een belang moet kunnen aantonen bij die wering; het Hof van Cassatie bevestigde echter al in verschillende arresten dat de rechter het belang van die partij niet mag beoordelen (Cass. 12 februari 2009, *RABG* 2009, 738, noot B. MAES; Cass. 10 oktober 2005, *Arr.Cass.* 2005, 1864; Cass. 18 mei 2000, *Arr.Cass.* 2000, 937) en evenmin rekening mag houden met het feit dat het recht van verdediging van die partij niet is geschonden (Cass. 26 september 2008, *Arr.Cass.* 2008, 2070).
233. Cass. 18 maart 2011, *P&B* 2011, 201; het Hof merkt op dat de tegenpartij geen gebruikmaakte van de mogelijkheid die art. 756bis Ger.W. biedt om een antwoordconclusie in te dienen.
234. Een en ander verklaart ook waarom de wering als sanctie – terecht – eerder zelden wordt toegepast (B. MAES en J. VAN DONINCK, “Snelheid, eenheid, doelmatigheid. Kernwaarden voor de civiele rechtspleging?” in J. VAN DONINCK, L. VAN DEN HOLE en VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP (eds.), *Civiel procesrecht vandaag en morgen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1) 24, nr. 19).

een latere termijn conclusie te nemen.<sup>235</sup> De latere conclusie zal echter wel worden geweerd wanneer er sprake is van deloyaal procesgedrag of hierdoor het recht van verdediging van de tegenpartij wordt geschonden.<sup>236</sup> De partij die in de laatste conclusie van de procedurekalender een vordering instelt, maakt zich echter niet schuldig aan deloyaal procesgedrag louter omdat de tegenpartij op grond van de beschikking van instaatstelling geen antwoordconclusie meer mocht neerleggen.<sup>237</sup>

## 2. LEGITIMITEITSTOETS: GEEN BELANGENSCHADE VEREIST (ART. 862 GER.W.)

**25. Absolute nietigheid en verval** – Niet-naleving van een termijn die krachtens de wet is voorgeschreven op straffe van nietigheid of verval heeft deze sanctie tot gevolg zonder dat belangenschade moet worden aangetoond (art. 862, § 1, 1° Ger.W.).<sup>238</sup> Miskening van een dergelijke termijn leidt m.a.w. steeds tot (absolute) nietigheid resp. verval, die ambtshalve door de rechter kan worden uitgesproken, onverminderd de toepassing van artikel 867 Ger.W. (art. 862, § 2 Ger.W.).

## 3. AANVOERINGSTOETS: DE DEKKING VAN DE NIETIGHEID OF HET VERVAL (ART. 864-865 GER.W.)

**26. Beperkte mogelijkheid tot dekking** – Nietigheid en verval wegens de niet-naleving van een termijn zijn pas gedekt wanneer een vonnis of arrest op tegenspraak – behalve datgene dat een maatregel van inwendige aard<sup>239</sup> inhoudt – gewezen werd zonder dat de nietigheid of het verval door een partij werd voorgedragen of door de rechter ambtshalve werd uitgesproken (art. 864, tweede lid Ger.W.).

De mogelijkheid tot dekking, voorzien in artikel 864, tweede lid Ger.W., is niet van toepassing op het verval wegens de niet-naleving van de termijnen om een rechtsmiddel aan te wenden (art. 865 Ger.W.). Deze termijnen kunnen evenmin geregulariseerd worden door toepassing van artikel 867 Ger.W.

235. Arbh. Luik 18 februari 2011, *JIT* 2012, 1117, 45; Kh. Bergen 14 februari 2012, *JT* 2012, 372; Rb. Hoei 7 januari 2010, *P&B* 2010 (samenvatting), 151; Vred. 6 december 2013, *TGR-TWVR* 2014, 119, noot.

236. Cass. 28 april 2011, *Pas.* 2011, 1188; Cass. 4 december 2008, *Arr.Cass.* 2009, 2907; Cass. 27 november 2003, *Arr.Cass.* 2003, 2202; Cass. 14 maart 2002, *NJW* 2002, 59; Cass. 22 maart 2001, *JT* 2001, 519; Luik 24 oktober 2011, *JLMB* 2012 (samenvatting), 872.

237. Cass. 16 september 2013, *RABG* 2014, 357, (kritische) noot B. MAES.

238. De regel van art. 861 Ger.W. (vereiste van belangenschade) geldt slechts voor nietigheid en niet voor verval, zodat de woorden “verval of” in art. 862, § 1, 1° Ger.W. in feite overbodig zijn.

239. Voor dat begrip, zie *supra*, nr. 12.

## 4. FINALITEITSTOETS: HET NORMDOEL IS BEREIKT (ART. 867 GER.W.)

**27. Korte historiek en huidig toepassingsgebied artikel 867 Ger.W.** – Boven werd al toegelicht dat de oorspronkelijke versie van artikel 867 Ger.W. slechts melding maakte van het herstel van het verzuim of de onregelmatigheid van de “vermelding van een vorm” (*supra*, nrs. 13 en 15). Met de wet van 3 augustus 1992 werd de mogelijkheid tot herstel van vormgebreken onder artikel 867 Ger.W. in een dubbel opzicht verruimd. Enerzijds werd het criterium van de niet-verwezenlijking van het “normdoel” toegevoegd als nieuwe voorwaarde om de nietigheid te kunnen uitspreken. Anderzijds werd het mogelijk het verzuim of de onregelmatigheid van de “vorm” zelf (en dus niet louter de vermelding van de vorm) te regulariseren. Een restrictieve interpretatie van het toepassingsgebied van artikel 867 Ger.W. bleef echter gelden m.b.t. de termijnen, o.m. als gevolg van de cassatiearresten van 5 januari 1996, waarin het Hof oordeelde dat “uit de bewoordingen van art. 867 Ger.W. blijkt dat het enkel betrekking heeft op de vorm van de proceshandelingen en de vermelding van vormen en dat het niet van toepassing is als de op straffe van verval of nietigheid voorgescreven termijnen niet in acht genomen zijn”.<sup>240</sup>

De wet van 23 november 1998 poogde dit hiaat op te lossen door het toepassingsgebied van artikel 867 Ger.W. uit te breiden tot “de op straffe van nietigheid voorgescreven termijnen”. Daardoor werd duidelijk dat artikel 867 Ger.W. geen toepassing vond op de op straffe van verval voorgescreven termijnen. De miskennis van de termijnen om een rechtsmiddel aan te wenden, kon dus zeker niet geregulariseerd worden via artikel 867 Ger.W.

Daarenboven was de meerderheid van de rechtsleer van oordeel dat de wetgever alleen bedoeld had in te grijpen wat de op straffe van nietigheid voorgescreven *wachtermijnen* betreft. Benadrukt werd dat bij niet-naleving van een op straffe van nietigheid voorgescreven *bespoedigende termijn* het normdoelcriterium niet (nuttig) van toepassing kon zijn. Het doel van een bespoedigende termijn, nl. de geadresseerde van die termijn ertoe verplichten binnen een bepaalde termijn te handelen, kon bij miskennis ervan immers nooit bereikt zijn.<sup>241</sup>

Volgens bepaalde rechtsleer bleef evenwel de behoefte bestaan om het toepassingsgebied van artikel 867 Ger.W. te herformuleren met het oog op de bespoedigende termijnen voorgescreven op straffe van nietigheid of verval, de vervaltermijn voor de aanwending van rechtsmiddelen uitgezonderd.<sup>242</sup>

240. Cass. 5 januari 1996 (twee arresten), *JLMB* 1996, 295, noot G. DE LEVAL, *P&B* 1996, 89, noot B. MAES, *R.Cass.* 1996, 179, noot R. DE CORTE en *RW* 1996-97, 235, noot J. LAENENS.

241. G. CLOSSET-MARCHAL *et al.*, “Examen de jurisprudence (1991 à 2001). Droit judiciaire privé”, *RCJB* 2002, (437) 485, nr. 452; P. VAN ORSHOVEN, “Niet-ontvankelijkheid, nietigheid, verval en andere wolfjzets en schietgeweren van het burgerlijk procesrecht”, *P&B* 2001, (3) 25, nr. 61; H. BOULARBAH, “Le nouvel article 867 du Code judiciaire”, *JT* 1999, (321) 321, nrs. 7-8.

242. G. DE LEVAL, *Eléments de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2005, 71, nr. 47.

DE LEVAL verwees voor een voorbeeld van het eerste – nietigheid – naar de artikelen 1561, 1582, 1587 en 1622 Ger.W.<sup>243</sup> en voor het tweede – verval – naar artikel 1334 Ger.W.<sup>244</sup> De auteur beaamde dat het normdoel bedoeld in artikel 867 Ger.W. in de regel niet zou bereikt zijn bij miskenning van de termijn in de geciteerde gevallen. Hij achtte het evenwel mogelijk dat niettegenstaande de miskenning van een termijn toch het normdoel zou bereikt zijn en verwees hiervoor naar de situatie waarin een zaak ondanks het voorschrift van artikel 716 Ger.W. pas op het ogenblik van de inleidingszitting op de rol zou zijn ingeschreven, de verweerder op de zitting was verschenen en zijn verweer had uiteengezet.<sup>245</sup>

Deze bekommernis vond nagenoeg woordelijk haar weerslag in de memorie van toelichting bij het wetsontwerp dat aan de wet van 26 april 2007 ten grondslag ligt.<sup>246</sup>

Het vormt ongetwijfeld een uitdaging om de denkmal van het normdoel in artikel 867 Ger.W. toe te passen bij miskenning van een bespoedigende termijn voorgeschreven op straffe van nietigheid of verval, die geen vervaltermijn is voor aanwending van een rechtsmiddel (zie het ongewijzigde art. 860, tweede lid j<sup>o</sup> art. 865 Ger.W.).<sup>247</sup> Wel biedt deze ontstaansgeschiedenis<sup>248</sup> inzicht in het toepassingsgebied van artikel 867

---

243. Het betreft bepalingen inzake de procedure van uitvoerend beslag op onroerende goederen. Volgens em. PG Krings is er in het Gerechtelijk Wetboek geen sprake van bespoedigende termijnen voorgeschreven op straffe van nietigheid (E. KRINGS, “Du non-respect des délais de procédure, prescrits par la loi à peine de sanctions, en droit judiciaire privé belge” in *Liber amicorum en l’honneur de Raymond Martin*, Brussel-Parijs, Bruylant-LGDJ, 2004, (121) 149, nr. 29).

244. Het betreft de aanvraag tot het verkrijgen van uitstel van betaling.

245. G. DE LEVAL, *Eléments de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2005, 71, nr. 47, met verwijzing naar Beslgr. Brussel 21 juni 2000, *P&B* 2001, 31. Dit voorbeeld gaat uit van de premisse dat bij miskenning van art. 716 of 1059 Ger.W. een nietigheidssanctie geldt (luidens art. 717 en 1060 Ger.W. is de laattijdig ingeschreven akte “van gener waarde”, c.q. “geen gevolg”), hoewel hierover geen eensgezindheid bestaat (duidelijk in andersluidende zin: E. KRINGS, “Du non-respect des délais de procédure, prescrits par la loi à peine de sanctions, en droit judiciaire privé belge” in *Liber amicorum en l’honneur de Raymond Martin*, Brussel-Parijs, Bruylant-LGDJ, 2004, (121) 130-131, nr. 9; *contra* ook: X. TATON, “Les irrégularités, nullités et abus de procédure” in J. ENGLEBERT (ed.), *Le procès civil accéléré? Premiers commentaires de la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l’arriéré judiciaire*, Brussel, Bruylant, 2007, (199) 228, nr. 44, hoewel de rechtspraak van het Hof van Cassatie die deze auteur citeert niet die hypothese viseert).

246. MvT bij het wetsontwerp tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51K2811/001, 28, waarin naar precies dezelfde voorbeelden wordt verwezen.

247. TATON acht dit onmogelijk, waarbij hij herhaalt dat het doel van de termijn bestaat in de naleving ervan (X. TATON, “Les irrégularités, nullités et abus de procédure” in J. ENGLEBERT (ed.), *Le procès civil accéléré? Premiers commentaires de la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l’arriéré judiciaire*, Brussel, Bruylant, 2007, (199) 226-227, nrs. 41-42). DE LEVAL en GEORGES verwijzen daarentegen naar de eerder vermelde voorbeelden van de inschrijving op de algemene rol op het ogenblik van de zitting en het (laattijdig) verzoek tot uitstel van betaling dat haar doel zou bereiken (G. DE LEVAL en F. GEORGES, “La sanction des irrégularités procédurales – La Loi Onkelinx du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l’arriéré judiciaire” in G. DE LEVAL en F. GEORGES (eds.), *Le droit judiciaire en mutation. En hommage à Alphonse Kohl*, Luik, Anthemis, 2007, (129) 146, nr. 24).

248. Er wordt voor deze passages geput uit J. VAN DONINCK, “Sancties en nietigheden” in K. PITTEUS en J. VAN DONINCK (eds.), *Het gerechtelijk wetboek vernieuwd. Een praktische commentaar bij de wet van 26 april 2007*, Mechelen, Kluwer, 2008, (123) 134-135.

Ger.W., dat zich sinds de wet van 26 april 2007 uitstrekt tot “de in deze afdeling bedoelde termijnen”.

De wetgever beoogde (slechts) de toepassing van artikel 867 Ger.W. uit te breiden tot de termijnen voorgeschreven op straffe van nietigheid andere dan wachttermijnen en de termijnen voorgeschreven op straffe van verval andere dan de vervaltermijnen voor aanwending van rechtsmiddelen. Artikel 867 Ger.W. laat de termijnen van orde en de termijnen die met een autonome sanctie gepaard gaan dan ook buiten schot.<sup>249</sup>

Eerder maakten we, met anderen, hierbij nochtans de kanttekening of het wel verantwoord is bepaalde termijnen, andere dan die welke “formeel” zijn voorgeschreven op straffe van verval of nietigheid, te behandelen als bijzondere termijnen zonder enige herstelmogelijkheid. Het geniet o.i. de voorkeur dat alle bepalingen die termijnen voorzien, ongeacht de erop voorziene sanctie bij miskenning ervan, toegepast, beoordeeld en eventueel bestraft zouden worden in het licht van het normdoel van de betrokken bepaling.<sup>250</sup>

**28. De onregelmatig gestelde handeling heeft het normdoel bereikt** – Wanneer is het normdoel bereikt? Veel aandacht is er in rechtspraak en rechtsleer geweest voor de wachttermijnen bij dagvaarding (art. 707 Ger.W.), al of niet in kort geding (art. 1035 Ger.W.) of bij aanwending van rechtsmiddelen (art. 1062, 1040 en art. 1042 j° art. 707 Ger.W.). De verwerende partij kan pas na het verstrijken van de wachttermijn genoopt zijn tot verschijning.<sup>251</sup>

249. In die zin ook B. MAES, “De nieuwe sanctieleer: gemiste kansen?” in VLAAMSE CONFERENTIE BIJ DE BALIE TE ANTWERPEN (ed.), *Meester van het proces – Topics gerechtelijk recht*, Gent, Larcier, 2010, (203) 208, nr. 7; B. VANLERBERGHE en S. RUTTEN, “Artikel 780bis van het Gerechtelijk Wetboek en de onduidelijkheid inzake het (ver)nieuw(d) toepassingsgebied van de nietigheidsleer herbekeken” in P. VAN ORSHOVEN en B. MAES (eds.), *De procesrecht-wetten van 2007... revisited!*, Brugge, die Keure, 2009, (93) 117, nr. 30; J. Van Doninck, “Sancties en nietigheden” in K. PITEUS en J. VAN DONINCK (eds.), *Het gerechtelijk wetboek vernieuwd. Een praktische commentaar bij de wet van 26 april 2007*, Mechelen, Kluwer, 2008, (123) 136; P. DAUW, “De nieuwe artikelen 700, 865 en 867 van het Gerechtelijk Wetboek: Blikopeners inzake nietigheden en termijnen” in D. SERRUS (ed.), *Actualia gerechtelijk recht*, Gent, Larcier, 2008, (201) 258-261; P. DAUW en S. VOET, “Gewijzigd gerechtelijk recht. Wet van 26 april 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand”, *NJW* 2007, (578) 581, nr. 17; X. TATON, “Les irrégularités, nullités et abus de procédure” in J. ENGLEBERT (ed.), *Le procès civil accéléré? Premiers commentaires de la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire*, Brussel, Larcier, 2007, (199) 226, nr. 41 en 230-231, nrs. 46-47; G. DE LEVAL en F. GEORGES, “La sanction des irrégularités procédurales – La Loi Onkelinx du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire” in G. DE LEVAL en F. GEORGES (eds.), *Le droit judiciaire en mutation. En hommage à Alphonse Kohl*, Luik, Anthemis, 2007, (129) 145, nr. 22.

250. P. Taelman en B. Deconinck, “Qui pro quo omtrent de nietigheden en sancties” in P. Taelman en P. Van Orshoven (eds.), *De wet van 26 april 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand doorgelicht*, Brugge, die Keure, 2007, (119) 139, nr. 31; zie ook B. MAES en J. VAN DONINCK, “Snelheid, eenheid, doelmatigheid. Kernwaarden voor de civiele rechtspleging?” in J. VAN DONINCK, L. VAN DEN HOLE en VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP (eds.), *Civiel procesrecht vandaag en morgen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 23-24, nr. 19.

251. Cass. 9 december 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 448 en Cass. 3 december 1979, *Arr.Cass.* 1979-80, 470.



De opvatting dat de wachtermijn geacht wordt zijn finaliteit te hebben bereikt doordat de opgeroepen partij op de datum van terechtzitting geen verstek liet gaan maar integendeel verschenen is, vindt in de rechtspraak ruime weerklank.<sup>252</sup> Of zoals sommige auteurs stellen: “Het recht van verdediging m.b.t. de inleidingszitting kan alleen betrekking hebben op de vraag: verschijnen of niet-verschijnen, het consulteren van een advocaat en de keuze om de zaak aan te houden of te verwijzen naar de rol, keuze tussen een zetel met één of drie rechters”.<sup>253</sup> Treffend zijn nog steeds volgende overwegingen van de Hasseltse rechtbank van koophandel: “De rechtbank is immers van oordeel dat het normdoel van art. 707 Ger.W. erin gelegen is de gedaagde in staat te stellen zijn verschijning op de inleidende zitting te organiseren. Nu op de inleidende zitting geen debat heeft plaatsgevonden, minstens de debatten niet werden gesloten, is *in casu* de norm van geen belang geweest. Het normdoel, verschijning, is – zij het later – bereikt. Verwerende partij is ter zitting van 21 juni 1995 verschenen en heeft aan de debatten kunnen deelnemen”.<sup>254</sup>

Terecht merken KNAEPEN en anderen op dat de verschijning in de regel de aanzet zal zijn tot verdaging of tegensprekelijk uitstel, zodat de bekommernis dat “verdaging” de meest adequate sanctie zou zijn voor miskenning van zulke wachtermijn<sup>255</sup> door de praktijk wordt ondervangen.<sup>256</sup> Of anders gezegd: “*En l’espèce, il s’agit de délais d’attente dont le but légal peut même être réalisé a posteriori, lorsque le juge, constatant que le délai légal n’a pas été respecté, accorde un délai supplémentaire à la partie pour lui permettre de présenter ses moyens de défense*”.<sup>257</sup>

Wanneer de gedaagde partij bij verstek wordt veroordeeld, terwijl de op straffe van nietigheid voorgeschreven wachtermijn niet is nageleefd, wordt volgens het Hof van Cassatie het normdoel van de gedinginleidende akte niet bereikt door het instellen van een rechtsmiddel (verzet) door die partij. De verschijning van de partijen en het verloop van een debat op tegenspraak met eerbiediging van het recht van verdediging is dan immers het gevolg van een proceshandeling (het verzet) die de oorspronkelijk gedaagde, als bij verstek veroordeelde partij, verricht en die losstaat van de oorspronkelijke dagvaarding.<sup>258</sup>

252. Cass. 19 maart 2004, *Arr.Cass.* 2004, 501 en *JT* 2004, 573, noot J.-F. VAN DROOGHENBROECK; Gent 12 juni 2013, *NJW* 2014, 846, noot C. VAN SEVEREN; Luik 29 juni 2004, *JLMB* 2005, 414; Gent 11 februari 2002, *TGR-TWVR* 2002, 5; Luik 1 december 2000, *JT* 2001, 801; zie ook de rechtspraak geciteerd door B. Deconinck, “Art. 867 Ger.W.” in *Comm.Ger.*, Mechelen, Kluwer, 2009, losbl., 12-13, nr. 13.

253. R. DE CORTE, J. LAENENS, P. TAELEMAN en K. BROECKX, “Van vormdoel naar normdoel in het gerechtelijk privaatrecht” in *De norm achter de regel – Hommage aan Marcel Storme*, Deurne, Story-Scientia, 1995, (45) 65, nr. 37.

254. Kh. Hasselt 5 juli 1995, *RW* 1996-97, (546) 547, nr. 5.

255. H. BOULARBAH en X. TATON, “Les vices de forme et les délais de procédure. Régime général et irrégularités spécifiques” in H. BOULARBAH en J.-F. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Les défenses en droit judiciaire*, Brussel, Larcier, 2010, (101) 147, nr. 85.

256. P. KNAEPEN, B. PETIT en J. VANDERSCHUREN, “De quelques délais en droit judiciaire” in *Le temps et le droit. Hommage au professeur Closset-Marchal*, Brussel, Bruylant, 2013, (351) 357-358, nr. 13.

257. E. KRINGS, “Du non-respect des délais de procédure, prescrits par la loi à peine de sanctions, en droit judiciaire privé belge” in *Liber amicorum en l’honneur de Raymond Martin*, Brussel-Parijs, Bruylant-LGDJ, 2004, (121) 146, nr. 26.

258. Cass. 29 november 2010, *Pas.* 2010, 3027, concl. J.-F. LECLERCQ en *RABG* 2010, 402, (kritische) noot B. MAES, die pleit voor een ruimere invulling van het normdoelbegrip, waarbij rekening wordt gehouden met het verloop van het

Verder lijkt ook de scepsis wat te zijn weggeëbd die aanvankelijk bestond over de toepassing van artikel 867 Ger.W. op de op straffe van verval of nietigheid voorgeschreven bespoedigende termijnen. BOULARBAH en TATON zien tegenwoordig een toepassingsmogelijkheid in gevallen waarin de bespoedigingstermijn geen absolute voortgang van de procesgang beoogt maar wel tot doel heeft te verzekeren dat een bepaalde proceshandeling wordt verricht vóór een andere (proces)handeling.<sup>259</sup> Ter illustratie verwijzen zij naar een (onuitgegeven) vonnis van de beslagrechter te Brussel, waarin die overwoog dat het normdoel van de op straffe van verval voorgeschreven termijn van 15 dagen voor de aanvraag tot het verkrijgen van uitstel van betaling bij beslag (art. 1334 Ger.W.) erin bestaat te verzekeren dat die aanvraag zou geschieden vóór de tenuitvoerlegging van het beslag. Bijgevolg oordeelde de beslagrechter dat het laattijdige verzoek tot uitstel van betaling toch zijn doel had bereikt, aangezien de aanvraag vóór de uitvoering van het beslag was geschied.<sup>260</sup> Sommige rechtsleer gaat nog iets verder en pleit in deze context voor een ruimere uitlegging van het begrip “normdoel” in de zin dat de rechter – die een steeds actievere rol gaat vervullen in het burgerlijk proces – zou nagaan of, door de niet-naleving van de termijn, de procesgang een onaanvaardbare vertraging heeft opgelopen en/of fundamentele regels inzake behoorlijke procesvoering werden geschonden.<sup>261</sup>

**29. De nxiety-vermelde vorm is wel in acht genomen** – Deze correctiemogelijkheid is niet toepasselijk op termijnen.<sup>262</sup>

## 5. GEVOLGEN VAN DE NIETIGHEID OF HET VERVAL

*Zie supra*, nrs. 18-21.

→ proces in zijn geheel; zie ook in dezelfde zin als het cassatiearrest Luik 8 maart 2002, *RRD* 2002, 230 en Rb. Brussel 6 december 1996, *RW* 1998-99, 164.

259. H. BOULARBAH en X. TATON, “Les vices de forme et les délais de procédure. Régime général et irrégularités spécifiques” in H. BOULARBAH en J.-F. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Les défenses en droit judiciaire*, Brussel, Larcier, 2010, (101) 148, nr. 85.

260. Beslagr. Brussel 7 januari 2010, AR 09/10325/A, onuitg., aangehaald door H. BOULARBAH en X. TATON, “Les vices de forme et les délais de procédure. Régime général et irrégularités spécifiques” in H. BOULARBAH en J.-F. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Les défenses en droit judiciaire*, Brussel, Larcier, 2010, (101) 148, nr. 85; zie ook reeds G. DE LEVAL, *Eléments de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2005, 71, nr. 47.

261. B. MAES en J. VAN DONINCK, “Snelheid, eenheid, doelmatigheid. Kernwaarden voor de civiele rechtspleging?” in J. VAN DONINCK, L. VAN DEN HOLE en VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP (eds.), *Civiel procesrecht vandaag en morgen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 23-24, nr. 19, die evenwel ervoor waarschuwen dat dergelijke uitbreiding van het criterium van het normdoel en de actieve rol van de rechter niet mag leiden tot misbruiken van de termijnregeling en, als gevolg daarvan, vertraging van de procesgang.

262. P. KNAEPEN, B. PETIT en J. VANDERSCHUREN, “De quelques délais en droit judiciaire” in *Le temps et le droit. Hommage au professeur Closset-Marchal*, Brussel, Bruylant, 2013, (351) 357, nr. 13, voetnoot 40.

## AFDELING 3. HERSTEL VAN (VORM)GEBREKEN IN RECHTERLIJKE UITSPRAKEN

### § 1. Inleiding

**30 Artikel 20 Ger.W.** – Ook rechtsprekende handelingen (*actes juridictionnels*) kunnen met (vorm)gebreken behept zijn. Die gebreken kunnen zowel verband houden met de wijze waarop de rechterlijke uitspraak tot stand kwam, als betrekking hebben op de inhoud van de beslissing.

Er moet daarbij wel goed voor ogen worden gehouden dat een vonnis of arrest dat zo een (vorm)gebrek vertoont – hoe ernstig of van welke aard ook – niet van rechtswege als nietig of ongeldig kan worden aangezien. Volgens artikel 20 Ger.W. kunnen rechterlijke beslissingen alleen worden vernietigd door de rechtsmiddelen bij de wet bepaald. Hieruit volgt dat, zolang de aanwending van zo een rechtsmiddel niet tot vernietiging van de uitspraak heeft geleid, de “gebrekkige” beslissing voor de procespartijen bindende kracht heeft, bekleed is met het gezag van het gewijsde en – mits aan de daartoe voorgeschreven wettelijke voorwaarden is voldaan (o.m. voorafgaande betekening *ex art.* 1495, eerste lid Ger.W.) – vatbaar is voor gedwongen tenuitvoerlegging. Het is bijgevolg niet mogelijk, ook al springt het gebrek waarmee de uitspraak is behept manifest in het oog, het “gebrekkige” vonnis of arrest zonder meer als nietig, ongeldig of niet-bestaande ter zijde te schuiven. Artikel 20 Ger.W. impliceert ook dat de nietigheid waarmee een rechterlijke uitspraak is behept, wordt “gedekt” vanaf het ogenblik dat het vonnis of arrest niet meer kan worden bestreden via een rechtsmiddel.

Wat de mogelijkheden tot herstel of regularisatie van (vorm)gebreken of verzuimen in rechterlijke uitspraken betreft, wordt – naar de huidige opvattingen – nog steeds aangenomen dat deze onregelmatigheden wegens hun eigenheid en de regel van artikel 20 Ger.W. buiten de werkingssfeer vallen van de nietigheidsleer vervat onder de artikelen 860-867 Ger.W.<sup>263</sup> Die leer vindt alleen toepassing op proceshandelingen (*actes judiciaires*), waarvan de door de rechter gestelde rechtsprekende handelingen moeten worden onderscheiden. De diverse correctiemechanismen voorzien in die nietigheidsleer – i.h.b. artikelen 861 en 867 Ger.W. – kunnen niet worden toegepast op vonnissen en arresten. Toch betekent dit niet dat het aanwenden van een rechtsmiddel tegen een “gebrekkige” rechterlijke uitspraak *ipso facto* leidt tot de nietigverklaring ervan.

263. Cass. 23 december 1996, *Arr.Cass.* 1996, 1249; Cass. 17 mei 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 1202 en Cass. 6 februari 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 682; vgl. Cass. 28 april 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1088 en H. LENAERTS, “Cassatierecht-spraak vandaag”, *RW* 1991-92, (137) 139, nr. 13. Voor een kritisch geluid: K. WAGNER, *Sancties in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2007, 295, nr. 262 *et seq.* en P. VAN ORSHOVEN en K. WAGNER, “De Wet van 3 augustus 1992 en de sancties in het burgerlijk procesrecht. Terug naar af?” in P. TAELEMAN en M. STORME (eds.), *Tien jaar toepassing Wet 3 augustus 1992 en haar reparatiewetgeving: evaluatie en toekomstperspectieven*, Brugge, die Keure, 2004, (93) 100, nr. 16.

Het is onjuist te poneren dat (vorm)gebreken aan rechterlijke uitspraken verstoken blijven van elke vorm van remedie of herstel. Uit wat volgt zal blijken dat zowel de wetgever als de rechtspraak diverse instrumenten hebben ontwikkeld die toelaten nietigheden en andere gebreken in rechterlijke uitspraken recht te zetten of te herstellen. Niet toevallig werd daarbij inspiratie geput uit dezelfde beweegredenen die voor het “herstel”, de “conversie” of “dekking” van nietigheden waarmee proceshandelingen behept zijn – zoals afwezigheid van geschonden belang (*harmless error*) of het bereikt zijn van het normdoel – worden gehanteerd. Hierna wordt ingezoomd op een aantal frequent voorkomende gebreken in rechterlijke uitspraken en hoe daarmee wordt – of zou moeten worden – omgegaan.

## § 2. Samenstelling van de zetel – Vereiste van continuïteit

**31 Artikel 779 Ger.W.** – In zijn huidige tekstversie voorziet artikel 779 Ger.W.: “Het vonnis kan enkel worden gewezen door het voorgeschreven aantal rechters. Dezen moeten alle zittingen over de zaak bijgewoond hebben. Een en ander op straffe van nietigheid”.<sup>264</sup> Deze bepaling omvat twee van elkaar te onderscheiden geldigheidsvereisten voor rechterlijke uitspraken. In de eerste plaats kan een rechterlijke beslissing alleen worden gewezen door het voorgeschreven aantal rechters. Vervolgens moeten de rechters die de beslissing wijzen alle terechtzittingen over de zaak hebben bijgewoond.<sup>265</sup> De eerste regel roept in de praktijk eerder zelden vragen op.<sup>266</sup> Zoals blijkt uit de omvangrijke (cassatie)rechtspraak veroorzaakt de tweede regel wel regelmatig problemen. Hierna wordt ingegaan op de (regularisatie van de) miskenning van de regel dat het vonnis moet worden gewezen door de rechter(s) die alle zittingen over de zaak bijwoonde(n).

264. Art. 779 Ger.W. vindt eveneens toepassing in strafzaken (Cass. 6 oktober 2004, *Pas.* 2004, 1486; Cass. 12 december 1986, *Arr.Cass.* 1986-87, 498; Cass. 10 december 1973, *Arr.Cass.* 1974, 408) en tuchtzaken (Cass. 19 november 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1336; Cass. 30 mei 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 967).

265. Het Hof van Cassatie oordeelt dat de tweede regel van art. 779 Ger.W. – continuïteit van de zetel – in burgerlijke geschillen niet van openbare orde is (i.l.t. in strafzaken: Cass. 15 juni 1993, *Pas.* 1993, I, 571; Cass. 10 december 1985, *Arr.Cass.* 1985-86, 524). Hoewel het Hof in zijn arresten van 22 februari 2013 (*Arr.Cass.* 2013, 500, concl. A. VAN INGELGEM en RW 2014-15, 458, noot B. VAN DEN BERGH) en 5 mei 1988 (*Arr.Cass.* 1988, 1987-88, 1134, concl. E. KRINGS) algemeen formuleert dat “art. 779 Ger.W.” in *civilibus* niet van openbare orde is, maakt de conclusie van Adv. Gen. KRINGS bij Cass. 5 mei 1988 duidelijk dat zulks alleen geldt t.a.v. de tweede regel van art. 779 Ger.W. De eerste regel van art. 779 Ger.W. – het aantal rechters – is een aspect van de gerechtelijke organisatie dat de openbare orde raakt (in dezelfde zin B. VAN DEN BERGH, “Art. 779 Ger.W.” in *Comm.Ger.*, Mechelen, Kluwer, 2014, losbl., 7, nr. 1 en P. DAUW, “De nieuwe artikelen 700, 865 en 867 van het Gerechtelijk Wetboek: Blikopener inzake nietigheden en termijnen” in D. SERRUS (ed.), *Actualia gerechtelijk recht*, Gent, Larcier, 2008, (201) 222-223; anders: J. LAENENS et al., *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2012, 466, 449-450, nr. 1072, die onder verwijzing naar vroegere cassatierechtspraak betogen dat art. 779 Ger.W. in zijn geheel van openbare orde is).

266. Maar dat de werkelijkheid een enkele keer de fictie overschrijdt, bewijst Cass. 20 mei 1992 (*Arr.Cass.* 1991-92, 894), waarin een rechterlijke uitspraak nietig werd verklaard omdat ze gewezen was door vier (correctionele) rechters. Het proces-verbaal van de terechtzitting vermeldde de namen van vier magistraten. De vermelding van een van die namen was geschrapt, maar die schrapping was niet genummerd of goedgekeurd (zoals vereist door art. 78 Sv.), waarop het Hof van Cassatie besloot dat vier magistraten recht hadden gesproken. Een enigszins hiermee verwante problematiek is de correcte samenstelling van de zetel (bv. in het geval voorzien door art. 104 Ger.W.; zie Cass. 23 december 1996, *Arr.Cass.* 1986-87, 498).

**32 Doelgebonden interpretatie** – De verplichting alle zittingen in de zaak te hebben bijgewoond, wordt in de rechtsliteratuur omschreven als het *beginsel van de continuïteit van de samenstelling van de zetel*. Het doel van die continuïteit van de zetelsamenstelling is een behoorlijke rechtsbedeling verzekeren, waarin zowel het respect voor het recht van verdediging als de geloofwaardigheid van justitie besloten liggen<sup>267</sup>: van rechters die een vonnis of arrest wijzen, is vereist dat ze daadwerkelijk kennis hebben van de zaak en i.h.b. van de standpunten die de partijen zowel schriftelijk als mondeling hebben uiteengezet.<sup>268</sup> Het is vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie dat artikel 779 Ger.W. doelgebonden moet worden geïnterpreteerd. Zodra uit de concrete gegevens van de zaak blijkt dat de rechters alle zittingen hebben bijgewoond waarin de processtof werd behandeld waarover ze uitspraak moeten doen (zodat de zetel identiek is samengesteld wat behandeling en beraad betreft), is het doel van de wet bereikt en is een sanctie ongewenst.<sup>269</sup> Uit die bepaling volgt echter niet automatisch dat wanneer de rechtsmacht van de rechter over een geschilpunt is uitgeput omdat die daarover een eindbeslissing heeft gegeven, de behandeling van de overige geschilpunten enkel door dezelfde rechters kan geschieden als die welke over het eerste geschilpunt uitspraak hebben gedaan.<sup>270</sup> Talrijke arresten van het Hof van Cassatie leren dat het doel van artikel 779 Ger.W. niet in het gedrang komt wanneer het rechtscollege, na een heropening van het debat, in een andere samenstelling zetelt op voorwaarde dat het punt waarover het debat werd heropend geen voortzetting uitmaakt van het eerder gesloten debat, d.w.z. indien na de beslissing tot heropening van het debat een of meerdere geschilpunten worden behandeld (en vervolgens worden beslecht) die in de voorafgaande rechtspleging nog niet ter sprake waren gekomen of waren behandeld<sup>271</sup>:

- wanneer het debat wordt heropend om partijen toe te laten standpunt in te nemen over een door de rechters in die beslissing tot heropening van het debat, uit eigen

267. B. VAN DEN BERGH, “‘Si judicas, (sempere) cognosce’? Over de (afstand inzake de) toepassing van art. 779 Ger.W. in geval van heropening van het debat” (noot onder Cass. 22 februari 2013), *RW* 2014-15, (458) 459, nr. 2, die aanstipt dat dit een onderdeel van het recht van verdediging betreft, maar – met verwijzing naar F. KUTY, “Le principe de continuité de la composition du siège ou le devoir d’assistance à toutes les audiences de la cause” in *Liber Amicorum Paul Martens. L’humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité?*, Brussel, Larcier, 2007, (331) 335, nr. 4 – opmerkt dat evengoed de “geloofwaardigheid” van justitie in het geding is: van de rechter mag worden verwacht dat hij weet waarover hij recht spreekt; B. ALLEMEERSCH, “De samenstelling van de zetel na een heropening van het debat” (noot onder Cass. 21 maart 2003), *RW* 2003-04, (184) 184, nr. 1 en B. ALLEMEERSCH, “De verzachting van de nietigheidssanctie in strafzaken en de regel van art. 779 Ger.W.” (noot onder Cass. 21 mei 2002), *RW* 2002-03, (1178) 1178, nr. 1.

268. K. WAGNER, *Sancties in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2007, 570, nr. 602.

269. B. ALLEMEERSCH, “De samenstelling van de zetel na een heropening van het debat” (noot onder Cass. 21 maart 2003), *RW* 2002-03, (184) 185, nr. 4.

270. Vgl. Cass. 15 april 2005, *Arr.Cass.* 2005, 888.

271. Cass. 19 januari 2007, *Arr.Cass.* 2007, 134; Cass. 21 maart 2003, *RW* 2003-04, 183, noot B. ALLEMEERSCH; Cass. 31 maart 2000, *Arr.Cass.* 2000, 215; Cass. 20 mei 1998, *Arr.Cass.* 1998, 585; Cass. 26 juni 1995, *Arr.Cass.* 1995, 671; Cass. 15 juni 1993, *Arr.Cass.* 1993, 587; Cass. 28 november 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 286; Cass. 13 december 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, 415; Cass. 17 november 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 329; Cass. 14 oktober 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 171; Cass. 3 juni 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 1360; Cass. 17 mei 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 1281; Cass. 20 juni 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 1379; Cass. 10 juni 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1249.

beweging aangevoerd middel van niet-ontvankelijkheid, moet de behandeling van dit middel op de rechtsdag en de beslissing daarover niet noodzakelijk door dezelfde magistraten worden gewezen die in de eerder gevelde tussenuitspraak dit middel hebben opgeworpen.<sup>272</sup> Het betrokken geschilpunt was bij de eerdere behandeling van de zaak immers niet aan de orde;

- de beslissing over een van een partij uitgaand verzoek tot heropening van het debat, moet verplicht worden gewezen door de (identiek samengestelde) zetel die eerder op de rechtsdag deze zaak behandelde (o.m. de pleidooien aanhoorde)<sup>273</sup>;
- er is geen schending van artikel 779 Ger.W. wanneer het debat, met instemming van partijen, beperkt bleef tot de ontvankelijkheid van de hogere beroepen en de (bij wege van incidenteel beroep gevorderde) voorlopige tenuitvoerlegging van het bestreden vonnis. De zetel die enkel over deze punten bij tussenvonnis uitspraak deed en hierin tevens het debat heropende om de verdere behandeling over de gegrondheid van de principale hogere beroepen mogelijk te maken, mag anders zijn samengesteld dan degene die zich naderhand uitsprak over die gegrondheid. De behandeling van de zaak na tussenvonnis steunt immers niet op een voortzetting van het debat dat aan het tussenvonnis voorafging<sup>274</sup>;
- de beslissing waarbij de behandeling en de berechting van de zaak wordt verdaagd en die waarop over de zaak zelf uitspraak wordt gedaan, behoeven niet door dezelfde rechters te worden gewezen.<sup>275</sup> Evenmin is vereist dat een raadsheer voor wie de zaak werd behandeld en die naderhand het arrest zal vellen, aanwezig is op de zitting waarop de zaak wordt uitgesteld naar een latere datum voor verder beraad.<sup>276</sup> Dit uitstel is immers niet vervat in een rechterlijke uitspraak;
- de aanwezigheid van de rechters die een deskundigenonderzoek hebben bevolen, is niet wettelijk vereist voor de beslissing na de uitvoering van de onderzoeksmaatregel.<sup>277</sup>

Indien daarentegen het debat wordt heropend over een specifiek aspect van een geschilpunt dat eerder reeds het voorwerp heeft uitgemaakt van behandeling op een rechtsdag, dan geldt dit als een voortzetting van het debat en mag de samenstelling van de zetel niet worden gewijzigd.<sup>278</sup> Dit is o.m. het geval wanneer de rechtbank het debat heropent om een partij de gelegenheid te bieden een eerder ontwikkeld argument te verduidelijken.<sup>279</sup>

272. Cass. 21 maart 2003, *RW* 2003-04, 183, noot B. ALLEMEERSCH; Cass. 10 juni 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1249.

273. Cass. 16 mei 2000, *Arr.Cass.* 2000, 920 (tenzij er door de anders samengestelde zetel louter akte zou zijn genomen van het verzoek tot heropening).

274. Cass. 19 januari 2007, *Arr.Cass.* 2007, 134; Cass. 15 april 2005, *Arr.Cass.* 2005, 888; Cass. 3 juni 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 1360.

275. Cass. 13 juni 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 1353.

276. Cass. 2 oktober 2001, *RW* 2003-04, 213.

277. Cass. 21 januari 2003, *Arr.Cass.* 2003, 184.

278. Cass. 5 april 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 808.

279. Cass. 17 november 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 329; Cass. 14 oktober 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 171.

**33 Wijziging in de zetelsamenstelling** – De continuïteitsverplichting in hoofde van de zetel of, bekeken vanuit het standpunt van de procespartijen, het recht op continuïteit van de zetelsamenstelling, houdt principieel in dat de behandeling van de zaak, het beraad en de uitspraak door een qua fysieke perso(o)n(en) (zetelende magistra(a)t(en)) identiek samengestelde zetel moet gebeuren. Die verplichting of dat recht vermag echter niet de realiteit van een mensenleven te wijzigen: magistraten maken promotie of opteren voor een ommezwaai in hun carrière, ze worden zwanger, gaan met pensioen en ook ziekte of overlijden is aan hen niet vreemd.<sup>280</sup> In al deze situaties moet uiteraard worden verhinderd dat de wijziging in de samenstelling van de zetel die hiervan het onvermijdelijke gevolg is, de rechtspleging zou lamleggen of de uitspraak *ipso facto* vatbaar maken voor vernietiging. De wet, resp. de rechtspraak, reikt hiervoor passende oplossingen aan waarbij de volgende drie hypothesen goed van elkaar moeten worden onderscheiden:

- (1) de wijziging vindt plaats *tijdens de behandeling van de zaak*, wat impliceert dat na de behandeling van de zaak op een (eerste) rechtsdag die zaak in voortzetting werd verdaagd naar een latere terechtzitting (waarop dezelfde zetel niet meer kan worden samengesteld), zonder dat al een gedeelte van de zaak in beraad werd genomen (de eerste, resp. (gebeurlijke) navolgende pleidooien worden in dit geval niet voor dezelfde magistra(a)t(en) gebracht);
- (1) de wijziging vindt plaats *in de loop van het beraad*, dit is na de sluiting van het debat (onverschillig of het geheel dan wel slechts een gedeelte van de processtof in beraad werd genomen) en vooraleer de beraadslaging werd afgerond;
- (3) de wijziging vindt plaats *na de beëindiging van de beraadslaging* (onverschillig of die beraadslaging het geheel, dan wel slechts een gedeelte van de processtof tot voorwerp had).

De eerste (1) en tweede (2) hypothese worden opgelost door op een navolgende terechtzitting<sup>281</sup> hetzij partijen de zaak *ab initio* te laten hernemen voor de nieuw samengestelde zetel (de pleidooien worden in dit geval principieel “overgedaan”, alsof de zaak nog niet was behandeld)<sup>282</sup>, hetzij partijen afstand te laten doen van dit recht dat voor hen in artikel 779 Ger.W. ligt besloten (zodat zij desgevallend enkel nog pleiten over de niet eerder behandelde geschilpunten). Partijen hebben de macht om die afstand te doen, op basis van het beschikkingsbeginsel en het gegeven dat dit voorschrift strekt tot de bescherming van hun private belangen.<sup>283</sup> In de praktijk zal

280. B. VAN DEN BERGH, “‘Si judicas, (sempere) cognosce’? Over de (afstand inzake de) toepassing van art. 779 Ger.W. in geval van heropening van het debat” (noot onder Cass. 22 februari 2013), *RW* 2014-15, (458) 459, nr. 6; K. WAGNER, *Sancties in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2007, 561, nr. 592.

281. Nadat binnen het rechtscollege via een beroep op de regelen m.b.t. verhindering en vervanging (art. 319 *et seq.* Ger.W.) en, zo nodig, deze m.b.t. de dienst (i.h.b. art. 68, 90 en 109 Ger.W.) het nodige werd gedaan voor een correcte samenstelling van de zetel.

282. Het gerecht moet zijn latere uitspraak in dit geval uitsluitend steunen op deze nieuwe behandeling (Cass. 9 januari 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 601; B. VAN DEN BERGH, “Art. 779 Ger.W.” in *Comm.Ger.*, Mechelen, Kluwer, 2014, losbl., 19, nr. 17).

283. Zie hierover meer in detail Cass. 5 mei 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1134, concl. E. KRINGS; B. VAN DEN BERGH,

veelal voor deze tweede keuzemogelijkheid worden geopteerd althans wanneer de zaak wordt behandeld voor een collegiaal samengestelde kamer en er slechts een van de magistraten het eerdere debat niet heeft bijgewoond. Het Hof van Cassatie bevestigde al meermaals dat de continuïteitsverplichting in civiele zaken een gewone regel van procesrecht is die niet ressorteert onder de gerechtelijke organisatie en de openbare orde niet raakt, zodat het opnieuw integraal pleiten van de zaak voor de nieuw samengestelde zetel geen vereiste is op voorwaarde dat alle procespartijen hiervan uitdrukkelijk willen afzien.<sup>284</sup> Uit het loutere feit dat een partij zich niet beroept op de toepassing van artikel 779 Ger.W. kan geen afstand van recht worden afgeleid.<sup>285</sup>

Het probleem dat in de derde (3) hypothese rijst, wordt verholpen door artikel 782bis Ger.W. Deze bepaling voorziet dat het vonnis wordt uitgesproken door de voorzitter van de kamer die het heeft gewezen, zelfs in afwezigheid van de andere rechters. Anders dan wat gold vóór de wet van 26 april 2007 – toen alle rechters die over de zaak hadden beraadslaagd ook bij de uitspraak in openbare terechtzitting aanwezig moesten zijn<sup>286</sup> – is de aanwezigheid van de assessoren of bijzitters niet langer vereist. Diezelfde wetsbepaling voorziet ook dat wanneer de kamervoorzitter wettig verhinderd is het vonnis uit te spreken, hij voor de formaliteit van de uitspraak door een andere rechter kan worden vervangen<sup>287</sup> via een beschikking van de voorzitter van het gerecht waartoe die kamervoorzitter behoort.<sup>288</sup>

**34 Wisselwerking tussen artikelen 775 (heropening) en 779 (herneming van het debat) Ger.W.** – Het voorschrift van artikel 779 Ger.W. kan een weerslag hebben waarvoor pleiters beducht moeten zijn indien het debat wordt heropend in een tussenvonnis of -arrest. De omvang van die heropening blijft in de regel immers beperkt tot het onderwerp dat de rechter in deze tussenuitspraak heeft bepaald, m.a.w. de daarin omschreven processtof.<sup>289</sup> De “schriftelijke opmerkingen”<sup>290</sup> van partijen na de

→ “Si judicas, (sempere) cognosce”? Over de (afstand inzake de) toepassing van art. 779 Ger.W. in geval van heropening van het debat” (noot onder Cass. 22 februari 2013), *RW* 2014-15, (458) 460-462, nr. 9.

284. Cass. 22 februari 2013, *Arr.Cass.* 2013, 500, concl. A. VAN INGELGEM en *RW* 2014-15, 458, noot B. VAN DEN BERGH; Cass. 30 mei 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 967; Cass. 5 mei 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1134; zie ook Brussel 2 maart 2009, *RW* 2010-11, 1443.

285. B. VAN DEN BERGH, “Si judicas, (sempere) cognosce”? Over de (afstand inzake de) toepassing van art. 779 Ger.W. in geval van heropening van het debat” (noot onder Cass. 22 februari 2013), *RW* 2014-15, (458) 461, nr. 9.

286. Zie art. 779, tweede lid (oud) Ger.W., opgeheven door art. 21 wet 26 april 2007.

287. Dit spoort met art. 779, tweede lid (oud) Ger.W., dat voorzag dat wanneer een rechter wettig verhinderd was om de uitspraak bij te wonen van een vonnis of arrest waarover hij mede had beraadslaagd, de voorzitter van het gerecht een andere rechter kan aanwijzen om hem op het ogenblik van de uitspraak te vervangen. De “vervanger” behoeft niet noodzakelijk de hoedanigheid van kamervoorzitter te hebben (J. LAENENS *et al.*, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2012, 471, nr. 1139, voetnoot 2).

288. De vervanging bij beschikking *ex art. 782bis* Ger.W. geldt niet voor magistraten die verhinderd zijn de door hen gewezen beslissing te ondertekenen (Cass. 28 januari 2009, *Rev.dr.pén.* 2009, 717, noot O. MICHIELS).

289. Cass. 13 mei 2013, *P&B* 2013, 215; Cass. 28 oktober 2003, *P&B* 2006, 159, noot P. VANLERSBERGHE. Vgl. Cass. 17 januari 2013, *JLMB* 2013, 1952.

290. Zie over dit begrip J. ENGLEBERT, “La mise en état de la cause et l’audience des plaidoiries” in J. ENGLEBERT (ed.), *Le procès civil accéléré? Premiers commentaires de la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l’arriéré judiciaire*, Brussel, Larcier, 2007 (73) 166-167, nrs. 159-160. Precies omdat de conclusie na



heropening van het debat, kunnen uit het debat worden geweerd in de mate dat hierin andere onderwerpen aan bod komen dan waarover het debat werd heropend.<sup>291</sup> In zo een situatie kan geen enkele nieuwe vordering worden ingediend en de bestaande of hangende vorderingen, die niet behoren tot het door de rechter bepaalde onderwerp, mogen niet worden uitgebreid of gewijzigd.<sup>292</sup>

Indien het debat evenwel *ab initio* moet worden hervat wegens een wijziging in de zetelsamenstelling, blijft het niet langer beperkt tot de in de beslissing tot heropening van het debat aangewezen punten<sup>293</sup>; het debat kan dan opnieuw over de volledige nog resterende processtof worden gevoerd, d.w.z. over alle geschilpunten behalve die waarover al een eindbeslissing *ex* artikel 19, eerste lid Ger.W. werd verleend vooraleer het debat werd heropend (en waarover de rechter bijgevolg zijn rechtsmacht heeft uitgeput).<sup>294</sup> Deze regel is echter niet absoluut. Na een heropening van het debat mag een rechtscollege in een andere samenstelling zitting houden op voorwaarde dat het dan niet om de voortzetting van een eerder gesloten debat gaat; dit is wanneer enkel geschilpunten aan de orde staan die niet eerder werden behandeld of ter sprake zijn gekomen (*supra*, nr. 32).

Het cassatiearrest van 22 februari 2013<sup>295</sup> – met uitstekende annotatie door VAN DEN BERGH – voegt hieraan een belangrijke nuance toe. Ingeval het debat, met akkoord van alle procespartijen, niet volledig wordt hervat bij een gewijzigde zetelsamenstelling, komt de algemene regel – het voorwerp van de heropening van het debat blijft beperkt tot het in de tussenuitspraak aangegeven onderwerp – opnieuw in beeld.

→ heropening van het debat beperkt moet blijven tot “het door [de rechter] bepaalde onderwerp”, opteerde de wetgever voor een andere benaming van dit processtuk (J. VAN DONINCK, “Terechzitting, beraad en uitspraak” in K. PITEUS en J. VAN DONINCK, *Het Gerechtelijk Wetboek vernieuwd – Een praktische commentaar bij de Wet van 26 april 2007*, Mechelen, Kluwer, 2008, (97) 114; G. DE LEVAL en V. GRELLA, “Le jugement – La loi Onkelinx du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l’arriéré judiciaire” in G. DE LEVAL en F. GEORGES (eds.), *Le droit judiciaire en mutation. En hommage à Alphonse Kohl*, Luik, Anthemis, 2007, (129) 201-202, nr. 124).

291. S. BERNEMAN, “Heropening en herneming van het debat: opgelet slipgevaar!” (noot onder Cass. 19 november 2009), *RABG* 2010, (303) 307, nr. 7.

292. Cass. 20 september 2010, *RABG* 2011, 411, noot R. VERBEKE; Cass. 23 mei 2008, *Pas.* 2008, 1273, concl. P. DE KOSTER.

293. Cass. 13 mei 2013, *P&B* 2013, 215; Cass. 8 februari 2010, *RW* 2011-12, 646; Cass. 19 november 2009, *RABG* 2010, 301; Cass. 12 december 2008, *RW* 2010-11, 1473; Cass. 31 maart 2000, *Arr.Cass.* 2000, 215.

294. Cass. 19 september 2011, *RABG* 2011, 1195; Cass. 19 mei 2011, *RABG* 2011, 1197; Cass. 7 september 2009, *RABG* 2009, 1212; Cass. 12 december 2008, *RW* 2010-11, 1473; Cass. 21 maart 2003, *RW* 2003-04, 183; S. BERNEMAN, “Heropening en herneming van het debat: opgelet slipgevaar!” (noot onder Cass. 19 november 2009), *RABG* 2010, (303) 307, nr. 8; zie ook J. LAENENS *et al.*, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2012, 450, nr. 472: “Aangenomen mag worden dat in geval van een herneming van de gehele zaak er wel steeds een mogelijkheid bestaat om nieuwe tusseneisen te stellen”; *anders*: J. ENGLEBERT, “La mise en état de la cause et l’audience des plaidoiries” in J. ENGLEBERT (ed.), *Le procès civil accéléré? Premiers commentaires de la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l’arriéré judiciaire*, Brussel, Larcier, 2007 (73) 166-167, nr. 159. Zie voor kritiek op deze rechtspraak: B. MAES en J. VAN DONINCK, “Snelheid, eenheid, doelmatigheid. Kernwaarden voor de civiele rechtspleging?” in J. VAN DONINCK, L. VAN DEN HOLE en VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP (eds.), *Civiel procesrecht vandaag en morgen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1) 41-44, nrs. 31-33.

295. Cass. 22 februari 2013, *Arr.Cass.* 2013, 500, concl. A. VAN INGELGEM en *RW* 2014-15, 458, noot B. VAN DEN BERGH; eerder in dezelfde zin: Cass. 17 januari 2013, *JLMB* 2013, 1952.

Het is dan alsof de zetelsamenstelling onveranderd is gebleven. Het – vaak op (vriendelijk maar dwingend) verzoek van de rechter(s) tot stand gekomen – akkoord van de partijen om de zaak niet integraal te hernemen, leidt ertoe dat het debat zich na de heropening (opnieuw) enkel kan toespitsen op die processtof die in de beslissing tot heropening werd omschreven. De “schriftelijke opmerkingen” of de (synthese) conclusie die een partij n.a.v. die heropening nam en dit kader te buiten gaan, zullen uit het debat moeten worden geweerd.

**35 Toezicht door het Hof van Cassatie** – Het Hof van Cassatie stelt zich in zijn controleopdracht op de naleving van artikel 779 Ger.W. door de feitenrechter soepel op. Uitgangspunt is dat het in zijn geheel hernomen zijn van de zaak voor het nieuw samengesteld rechtscollege niet uitdrukkelijk moet worden vermeld in het vonnis of arrest dat is gewezen door die nieuw samengestelde zetel, op voorwaarde dat dit met afdoende zekerheid kan worden afgeleid uit de (andere) stukken van de rechtspleging, zoals het zittingsblad of het proces-verbaal van de terechtzitting.<sup>296</sup> Het Hof steunt daarbij i.h.b. op de vermeldingen in het – in zijn oorspronkelijke functie herstellende – zittingsblad.<sup>297</sup> Het authentieke karakter van dit stuk heeft tot gevolg dat het ontbreken van (al dan niet op straffe van nietigheid voorgeschreven) vermeldingen in de rechterlijke uitspraak in de regel kan worden opgevangen a.d.h.v. de vermeldingen op het zittingsblad. In de recente cassatierechtspraak wordt bovendien aangenomen dat de volledige herneming van het debat ook kan blijken uit de inhoud van de na de wijziging in de zetelsamenstelling door de partijen neergelegde conclusies. Dat is meer bepaald het geval wanneer de partijen, na de heropening van het debat, opnieuw en volledig hebben geconcludeerd of een syntheseconclusie hebben neergelegd over de geschilpunten die het vonnis waarbij het debat werd heropend nog niet had beslecht.<sup>298</sup> Slechts wanneer geen enkel stuk van de rechtspleging toelaat de naleving van artikel 779 Ger.W. te controleren, of nog wanneer de vermeldingen over de samenstelling van de zetel in de rechterlijke beslissing enerzijds en op het zittingsblad anderzijds tegenstrijdig zijn, zonder dat die tegenstrijdigheid beschouwd kan worden als een materiële vergissing of verschrijving, zal de nietigheid van de

296. Cass. 24 januari 2011, *RABG* 2011, 425, noot E. BREWAEYS; Cass. 9 februari 2010, *Pas.* 2010, 411; Cass. 19 april 2007, *Pas.* 2007, 717; Cass. 15 maart 2006, *Pas.* 2006, I, 609; Cass. 30 mei 1995, *Arr.Cass.* 1995, 534; Cass. 21 oktober 1986, *Arr.Cass.* 1986-87, 235; Cass. 5 november 1976, *Pas.* 1977, I, 270.

297. Bij art. 16 van de wet van 31 december 2012 houdende diverse bepalingen, inzonderheid betreffende justitie (*BS* 31 december 2012, ed. 2), werd – met ingang van 31 januari 2013 – het zittingsblad afgeschaft en vervangen door een opwaardering van het proces-verbaal van de zitting. Bij wet van 25 april 2014 (*BS* 14 mei 2014, ed. 2) werd het zittingsblad echter opnieuw in zijn oorspronkelijke rol hersteld, aangezien het – zolang de informatisering van justitie niet is voltooid – het meest praktische papieren instrument blijft voor de uitoefening van het toezicht dat aan het Openbaar Ministerie is toevertrouwd in art. 788 Ger.W. Het zittingsblad geeft immers een overzicht van alle zaken die werden behandeld op een bepaalde zitting, terwijl het proces-verbaal van de zitting slechts betrekking heeft op één welbepaalde zaak (MvT bij het wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake justitie, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53K3149/001, 39-40; zie ook B. VAN DEN BERGH, “Over het proces-verbaal van de zitting en het zittingsblad: *two of a kind?*” (noot onder Cass. 11 september 2009), *P&B* 2011, 90-93; J. LAENENS, “Tegenstrijdigheden tussen het vonnis, de zittingsbladen en het proces-verbaal van de zitting in de burgerlijke rechtspleging”, *RW* 1977-78, 1205).

298. Cass. 19 mei 2011, *RABG* 2011, 1197, noot B. VERLOOY; Cass. 19 april 2007, *Pas.* 2007, 717.

rechterlijke beslissing worden uitgesproken. In een dergelijk geval kan het Hof zijn wettigheidstoezicht immers niet uitoefenen.<sup>299</sup>

### § 3. *Verplichte vermeldingen in een rechterlijke uitspraak*

**36 Verplichte vermeldingen ex artikel 780 Ger.W.** – Artikel 780, eerste lid Ger.W. bevat een lijst van vermeldingen die elke rechterlijke uitspraak<sup>300</sup> – op straffe van nietigheid – moet bevatten.<sup>301</sup> Artikel 780, tweede lid Ger.W. schrijft voor dat de uitspraak, in voorkomend geval, de aanduiding van de namen van de advocaten bevat. Deze vermelding is echter niet op straffe van nietigheid voorgeschreven.<sup>302</sup>

**37 Nietigheidscontrole a.d.h.v. de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan** – Boven (*zie nr. 30*) werd al aangestipt dat de procedurele nietigheidsregels – en hun herstelmechanismen – geen toepassing vinden op vonnissen en arresten. Hieruit mag echter niet worden besloten dat het ontbreken van een (of meerdere) van de hierboven op straffe van nietigheid voorgeschreven vermeldingen *ipso facto* leidt tot de nietigheid van het betrokken vonnis of arrest. Door de bank genomen vaart het Hof van Cassatie bij de toetsing van de naleving van artikel 780 Ger.W. door de feitenrechter een koers die nauw aansluit bij de deformaliseringstendens die het hedendaagse burgerlijk procesrecht kenmerkt. Het Hof beperkt immers zijn wettigheidscontrole niet tot de tekst van de betrokken beslissing zelf, maar gaat in het hem voorgelegde dossier na of gebeurlijke lacunes in deze verplichte vermeldingen in de uitspraak zelf, niet

299. Zie voor een (streng) toepassing: Cass. 24 januari 2011, *RABG* 2011, 428, noot E. BREWAEYS. In deze zaak bestond een tegenstrijdigheid inzake de vermelding van de samenstelling van de zetel tussen het proces-verbaal van de zitting [lees: zittingsblad] van de behandeling van de zaak op 5 november 2008 enerzijds en het tussenarrest van 18 februari 2009 anderzijds. Om dat te verhelpen liet het hof van beroep op het proces-verbaal van de zitting van 29 april 2009, waarop de zaak voor verdere handeling was gesteld na heropening van het debat, akteren dat “de vermeldingen van het zittingsblad van de zitting van 5 november 2008 niet overeenstemmen met de vermeldingen van het tussenarrest van 18 februari 2009 wat betreft de raadsheren die het tussenarrest hebben uitgesproken. Partijen bevestigen ter zitting dat de juiste samenstelling blijkt uit het zittingsblad”. Het Hof van Cassatie oordeelde dat die enkele vermelding in het proces-verbaal van de zitting niet volstond om daaruit af te leiden dat de vermeldingen in het tussenarrest nopens de samenstelling van de zetel op een verschrijving berusten, zodat het arrest werd vernietigd. Vgl. Cass. 29 februari 2012, *Pas.* 2012, 453, concl. R. LOOP; Cass. 10 juni 2011, *RW* 2012-13, 439; Cass. 5 april 2005, *P&B* 2006, 254: wanneer het proces-verbaal van de terechtzitting waarop de zaak werd behandeld en in beraad werd genomen en de in de zaak gewezen uitspraak dezelfde namen van raadsheren vermeldt, staat vast dat het dezelfde rechters zijn die de zaak hebben behandeld en erover hebben geoordeeld en die de beslissing hebben ondertekend. Hieraan doet niet af dat het proces-verbaal van de terechtzitting waarop het arrest werd uitgesproken door een andere raadsheer zou zijn ondertekend.

300. Ongeacht of het een vonnis, arrest of beschikking betreft (L. VERHAEGEN, “Art. 780 Ger.W.” in *Comm.Ger.*, Mechelen, Kluwer, 1991, losbl., 5, nrs. 8-10).

301. Daarnaast verwijst art. 780 Ger.W. in zijn aanhef naar (het algemeen rechtsbeginsel van) de motiveringsplicht, waar het voorschrijft dat het vonnis “de gronden” moet bevatten. Dit belangrijke aspect valt buiten het bestek van deze bijdrage, maar we wijzen graag op volgende ontwikkeling: de rechter *moet* in zijn beslissing antwoorden op de in de conclusies van partijen vervatte middelen, maar *mag* ook rekening houden met de middelen die enkel in de pleidooien werden aangevoerd (Cass. 18 maart 2011, *P&B* 2011, 201; vgl. J. LAENENS *et al.*, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2012, 472-473, nr. 1133).

302. J. LAENENS *et al.*, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2012, 474, nr. 1137, met verwijzing naar L. VERHAEGEN, “Art. 780 Ger.W.” in *Comm.Ger.*, Mechelen, Kluwer, 1991, losbl., 18, nr. 46.

kunnen worden “opgevangen” a.d.h.v. – met de woorden van het Hof – “de (andere) stukken waarop het Hof vermag acht te slaan”.<sup>303</sup> Het Hof zal m.a.w. nagaan of uit vermeldingen opgenomen in andere stukken van de rechtspleging niet kan worden vastgesteld wat normalerwijze a.d.h.v. de verzuimde formaliteit was komen vast te staan. Zo is het vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie dat de niet-vermelding van de identiteit van de parketmagistraat<sup>304</sup> die advies heeft verleend, of de niet-vermelding dat dit advies werd verstrekt<sup>305</sup>, niet tot de nietigheid van het vonnis of arrest kan leiden wanneer uit andere (proces)stukken – i.h.b. het zittingsblad of het proces-verbaal van de terechtzitting – blijkt dat het advies wel degelijk werd uitgebracht.<sup>306</sup> Evenzo kan het ontbreken van de datum waarop het vonnis is uitgesproken niet tot nietigheid leiden, wanneer die datum uit deze (andere) stukken blijkt.<sup>307</sup> De vermelding dat de uitspraak geschiedde in openbare terechtzitting hoeft evenmin in het vonnis of arrest zelf te worden opgenomen, maar kan opnieuw ook uit het zittingsblad of uit het proces-verbaal van de terechtzitting worden afgeleid.<sup>308</sup> De vermelding van de identiteitsgegevens van de partijen bij hun verschijning en in hun conclusies moet het mogelijk maken na te gaan welke personen in de procedure zijn betrokken en t.a.v. wie de beslissing is gewezen. Dat is het geval wanneer die gegevens blijken uit de stukken van de rechtspleging.<sup>309</sup>

Deze rechtspraak komt in feite neer op een *praetoriaanse* toepassing van het verzachtingsmechanisme van artikel 867 Ger.W. op domeinen die worden geacht buiten de werkingssfeer van de nietigheidsleer te vallen: het verzuim of de onregelmatigheid betreffende de verplichte vermeldingen in een rechterlijke uitspraak wordt hersteld en zal bijgevolg niet tot nietigheid leiden wanneer uit andere procedurestukken blijkt dat de ontbrekende vermelding werkelijk in acht werd genomen, of dat de achterliggende bedoeling van de vermelding werd bereikt.<sup>310</sup> Daarmee is ook gezegd

303. In de praktijk is dat o.m. het proces-verbaal van de terechtzitting of (een uittreksel uit) het zittingsblad. Het dossier dat wordt voorgelegd aan het Hof van Cassatie bevat doorgaans niet het zittingsblad (dat een authentiek stuk is en betrekking heeft op het (volledige) verloop van één welbepaalde zitting), wel het proces-verbaal van de terechtzitting (waaruit het verloop van één welbepaalde zaak blijkt, maar geen authentieke akte is) dat slechts op de zaak waartegen het cassatieberoep is gericht, betrekking heeft. De praktijk wijst uit dat m.b.t. een concrete zaak de vermeldingen op beide stukken identiek zijn.

304. Het feit dat de identiteit van de parketmagistraat in het proces-verbaal van de terechtzitting verschilt van die in de uitgifte van de beslissing is geen grond tot nietigheid (Cass. 30 augustus 2011, *Pas.* 2011, 1861).

305. Art. 780, 4° Ger.W. vereist uitsluitend de vermelding van het feit dat het Openbaar Ministerie zijn advies heeft gegeven, zonder dat de inhoud van het advies of het eensluidend of afwijkend karakter van het advies vermeld moet worden (Cass. 24 september 1998, *Pas.* 1998, I, 979).

306. Zie o.a. Cass. 22 oktober 2009, *Arr.Cass.* 2009, 2422; Cass. 5 oktober 2007, *Arr.Cass.* 2007, 1845; Cass. 19 april 1999, *Pas.* 1999, I, 541; Cass. 3 februari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 152; Cass. 12 maart 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 674; Cass. 2 maart 1989, *Pas.* 1989, I, 677; Cass. 22 april 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 1117; Cass. 17 december 1984, *Arr.Cass.* 1984-85, 537; Cass. 6 februari 1984, *Pas.* 1984, I, 630; Cass. 28 november 1980, *Arr.Cass.* 1980-81, 351.

307. Cass. 10 juni 2011, *Pas.* 2011, 1662; Cass. 1 februari 2001, *Pas.* 2001, I, 213; Cass. 8 januari 1997, *Pas.* 1997, I, 44; Cass. 27 mei 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 916; zie ook Antwerpen 16 mei 2011, *Limb.Rechtsl.* 2002, 351, noot A. VAN DER GRAESEN.

308. Cass. 22 april 2009, *Pas.* 2009, 989; Cass. 13 juni 2002, *Pas.* 2002, I, 1354.

309. Cass. 16 mei 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1200.

310. Vgl. B. BIEMAR, “Actualités en matière de procédure civile (2007-2010) – Section 7. Le Jugement” in H. BOULARBAH

dat het onderscheid tussen proceshandelingen en rechtsprekende handelingen op het gebied van de sanctieregeling minder groot is dan dit op het eerste gezicht lijkt.

Meteen moet worden aangestipt dat het Hof van Cassatie in zijn rechtspraak niet zover gaat om die met artikel 867 Ger.W. sporende verzachtingstoets ook toe te passen op een situatie waarin het voorschrift zelf werd verzuimd (zodat het, wegens die niet-naleving, uiteraard ook niet werd vermeld). Zo zal de niet-mededeling van de zaak aan het Openbaar Ministerie voor advies waar dit wettelijk is verplicht<sup>311</sup>, tot nietigheid van het vonnis leiden wanneer noch uit de rechterlijke uitspraak noch uit de stukken waarop het Hof van Cassatie vermag acht te slaan, blijkt dat die mededeling is gebeurd. Een dergelijke nietigheid kan – vooralsnog – niet worden hersteld.

Een auteur pleit er nochtans voor om ook deze gevallen te beoordelen vanuit de verzachtingsregels van artikel 860 *et seq.* Ger.W. Vanuit zijn optiek zou het ontbreken van een noodzakelijke mededeling aan het Openbaar Ministerie enkel tot nietigheid van de betrokken beslissing mogen leiden wanneer het Openbaar Ministerie aangeeft bezwaren te hebben tegen de gewezen beslissing. Wanneer het Openbaar Ministerie daarentegen verklaart dat zijn advies geen aanleiding had kunnen vormen tot een andere beslissing, omdat de rechter heeft beslist conform datgene wat het Openbaar Ministerie in de voorliggende zaak zou hebben geadviseerd, zou de nietigheid gedekt zijn wegens ontstentenis van belangenschade, *c.q.* het bereiken van het normdoel.<sup>312</sup>

Zelf onderschrijven we deze visie niet, niet in het minst omdat – abstractie gemaakt van de moeilijke werkzaamheid ervan in de praktijk – ze niet strookt met de basisprincipes van onze rechtsorde om het al dan niet “overeind blijven” van een rechterlijke uitspraak uitsluitend in handen van het Openbaar Ministerie te leggen. Aansluitend op wat een van ons eerder schreef<sup>313</sup>, lijkt het creëren van ruimere correctiemogelijkheden voor de (feiten)rechter meer aangewezen, i.h.b. in gevallen waar de onregelmatigheid niet aan de partijen zelf te wijten is en waarover zij zelf geen tegenspraak hebben kunnen voeren.<sup>314</sup>

→ en F. GEORGES (eds.), *Actualités en droit judiciaire*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, (118) 1333, nr. 121; vgl., wat Frankrijk betreft, art. 459 Code de procédure civile: “L’omission ou l’inexactitude d’une mention destinée à établir la régularité du jugement ne peut entraîner la nullité de celui-ci s’il est établi par les pièces de la procédure, par le registre d’audience ou par tout autre moyen que les prescriptions légales ont été, en fait, observées”.

311. Zie o.m. de art. 764 en 765/1 Ger.W.; zie voor een toepassing o.m. Cass. 22 oktober 2009, *Arr.Cass.* 2009, 2447 en *D&T* 2011, 153, noot (inzake een vordering tot herroeping van het gewijsde (art. 764, eerste lid, 6° Ger.W.)) en Cass. 15 september 2008, *JTT* 2009, 1 (inzake een betwisting die betrekking heeft op de rechten en verplichtingen van de werknemers, die voortvloeien uit de wetgeving inzake sociale zekerheid in de zin van art. 580, 2° Ger.W. (art. 764, eerste lid, 10° Ger.W.)).

312. K. WAGNER, *Sancties in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2007, 575-576, nrs. 607-608.

313. Zie B. DECONINCK en P. TAELEMAN, “Rechtsmiddelen moeten efficiënter!”, *TPR* 2012, (27) 35-36, nr. 11 en 50-51, nr. 29.

314. Waarbij op partijen de verplichting zou komen te rusten om, op straffe van verval, binnen korte tijd na de uitspraak deze onregelmatigheden aan te klagen; vgl. art. 458, tweede lid (Franse) Code de procédure civile (dat evenwel geen betrekking heeft op het advies van het Openbaar Ministerie): “*Toutefois, aucune nullité ne pourra être ultérieurement*

#### § 4. Ondertekening van de rechterlijke uitspraak

**38 Ongelukkig neveneffect** – Sinds het in voege treden van de wet van 26 april 2007 treedt in de rechtspraak van het Hof van Cassatie de ondertekening van de rechterlijke uitspraak meer prominent op de voorgrond. Dit – door de wetgever beslist niet gewenste neveneffect<sup>315</sup> – heeft alles te maken met de verschuiving van het tijdstip van de ondertekening van de uitspraak, op zijn beurt een gevolg van de versoepeling van de formaliteiten voor de uitspraak van het vonnis in openbare terechtzitting.<sup>316</sup>

**39 Oud recht: gewezen, uitgesproken en ondertekend** – Onder gelding van het oude recht moesten alle rechters die van de zaak hadden kennisgenomen en erover hadden beraadslaagd bij de uitspraak aanwezig zijn. Artikel 782 (oud) Ger.W. voorzag dat het vonnis moest ondertekend worden door de rechters die het hadden uitgesproken, en door de griffier. Het – inmiddels opgeheven – artikel 779, tweede lid (oud) Ger.W. liet toe om een rechter die aanwezig was bij het beraad maar wettig verhinderd was voor de terechtzitting waarop het vonnis zou worden uitgesproken, (enkel) voor de formaliteit van de uitspraak te vervangen. Uitputting van de rechtsmacht van de rechter viel toen samen met de uitspraak van de beslissing in openbare terechtzitting<sup>317</sup>: “zolang de beslissing niet is uitgesproken, [kunnen] de rechters die eraan hebben meegewerkt haar (...) intrekken, wijzigen, op hun standpunt terugkomen of een nieuwe beslissing uitlokken”.<sup>318</sup> Die uitspraak vormde m.a.w. het “eindpunt” van de rechtspleging (of minstens van een gedeelte ervan, in de mate dat het een tussenvonnis of -arrest betrof)<sup>319</sup>: via die uitspraak werd de rechterlijke beslissing “gekristalliseerd” of vastgelegd. Aansluitend hierop volgde de ondertekening van die uitspraak.<sup>320</sup>

→ *soulevée ou relevée d'office pour inobservation des formes prescrites aux articles 451 et 452 si elle n'a pas été invoquée au moment du prononcé du jugement par simples observations dont il est fait mention au registre d'audience*. Deze bepaling voorziet in een dekking van onregelmatigheden of een vermoeden van (rechts)geldigheid van de uitspraak (vergelijkbaar met art. 864 Ger.W. voor proceshandelingen).

315. Vgl. B. DEBRUYN, “De ondertekening van de rechterlijke uitspraak: terug naar formelere toetsingscriteria?” (noot onder Cass. 16 april 2012), *RW* 2013-14, (1379) 1381, nr. 14.

316. Die versoepeling was gewenst gelet op de – vooral praktische – problemen die rezen bij de uitspraak van een rechterlijke beslissing wanneer in een collegiale kamer een of meerdere (leken)magistraten die aan de behandeling en het beraad hadden deelgenomen, op het tijdstip van de uitspraak waren verhinderd. De versoepeling wordt wel gekoppeld aan de voorwaarde dat het vonnis in de regel voorafgaandelijk moet worden ondertekend door alle rechters die het hebben gewezen, onverminderd de toepassing van art. 785 Ger.W. (MvT bij het wetsontwerp tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51K2811/001, 27).

317. Zie P. TAELEMAN, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde – Een begrippenstudie*, Mechelen, Kluwer, 2001, 97, nr. 138.

318. Cass. 19 november 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1336; vgl. Cass. 20 september 2010, *Juristenkrant* 2010 (weergave E. BREWAEYS), afl. 220, 9 en *Pas.* 2010, 2311.

319. Vgl. G. DE LEVAL, *Eléments de la procédure civile*, Brussel, Larcier, 2005, 221, nr. 158: “La décision existe dès le moment où elle est prononcée à l'audience”.

320. Vóór het Gerechtelijk Wetboek gold er geen formele verplichting tot ondertekening van de uitspraak door alle rechters (zie art. 138 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en vgl. met art. 36 Keizerlijk decreet van 30 maart 1808). Uitspraken in burgerlijke zaken moesten enkel door de kamervoorzitter en de griffier worden ondertekend (L. VERHAEGEN, “Art. 782 Ger.W.” in *Comm.Ger.*, Mechelen, Kluwer, 1991, losbl., 1-2, nr. 1 en verwijzingen aldaar).

De ondertekening van de uitspraak door de rechter(s) die ze heeft/hebben gegeven was toen – net als nu – niet voorgeschreven op enige sanctie.<sup>321</sup> Het ontbreken van een of meer handtekeningen op de uitspraak werd in de regel, op zichzelf, niet geacht afbreuk te doen aan de geldigheid van de gewezen beslissing. De ongewijzigd gebleven artikelen 785 en 786 Ger.W. staven die visie waar ze uitdrukkelijk de situatie voorzien dat de voorzitter, resp. een van de rechters, alle rechters of een alleenzettelend rechter (of de griffier) in de onmogelijkheid verkeren de uitspraak te ondertekenen. Het (ondertussen wel – maar niet op het hier besproken essentiële punt van de ondertekening – bijgestelde) artikel 788 Ger.W. voorziet in de wijze waarop het Openbaar Ministerie toezicht houdt op het naleven van “de vooraangaande bepalingen”. Bij vaststelling van een verzuim wordt initiatief ontplooid om het herstel ervan te bereiken, wat neerkomt op het laten aanbrengen van de vereiste handtekeningen en/of vermeldingen (hetzij van de betrokken rechters, hetzij die van de voorzitter van de rechtbank of het hof).<sup>322, 323</sup> In zijn diepgaande analyse van deze bepalingen benadrukte toenmalig procureur-generaal KRINGS<sup>324</sup> dat de wetgever een scherp onderscheid wou maken tussen enerzijds het bestaan (waaronder ook de inhoud van de beslissing begrepen is) van de uitspraak en anderzijds de bewijskracht van het geschrift dat de tekst ervan vaststelt. Wanneer het bestaan en de inhoud van de uitspraak vaststaan of niet kan worden betwist (in de regel blijkt dit bestaan uit het zittingsblad waarop de uitspraak is gesteld of waaraan ze wordt gehecht<sup>325</sup> (art. 783 Ger.W.)), wordt de geldigheid van de beslissing niet aangetast door het ontbreken van een of meer handtekeningen van rechters onderaan de akte die de uitspraak vaststelt. In lijn met de visie van zijn procureur-generaal besliste het Hof van Cassatie<sup>326</sup> dat een uitspraak van de bestendige deputatie die enkel was ondertekend door de gouverneur-voorzitter en de griffier, maar waarin alle namen werden vermeld van de leden van dit orgaan die de zaak hadden behandeld en aanwezig waren op de uitspraak ervan, geldig was.

321. Zie art. 782 Ger.W. in zijn huidige en vorige versie.

322. Zie de art. 785-786 Ger.W. Aan het herstel *ex art.* 788 Ger.W. komt terugwerkende kracht toe, zelfs indien dit herstel pas na de aanwending van een rechtsmiddel tegen de uitspraak geschiedt (Cass. 15 oktober 1976, *Arr.Cass.* 1977, 199; Cass. 2 maart 1972, *Arr.Cass.* 1972, 605; concl. T. WERQUIN bij Cass. 11 september 2009, *Pas.* 2009, (1581) 1860; B. VAN DEN BERGH, “Art. 788 Ger.W.” in *Comm.Ger.*, Mechelen, Kluwer, 2012, losbl., 4, nr. 4).

323. Al deze regelen kunnen als “verzachtelingen” op de ondertekeningsplicht worden gekwalificeerd (in die zin B. DEBRUYN, “De ondertekening van de rechterlijke uitspraak: terug naar formelere toetsingscriteria?” (noot onder Cass. 16 april 2012), *RW* 2013-14, (1379) 1380-1381, nr. 10), maar reiken meteen ook verder daar ze “herstel” beogen van vormverzuimen.

324. Cass. 13 februari 1986, *Pas.* 1986, I, 730, concl. E. KRINGS; zie hierover ook L. VERHAEGEN, “Art. 782 Ger.W.” in *Comm.Ger.*, Mechelen, Kluwer, 1991, losbl., 2-3, nr. 6; E. BREWAEYS, “Het beraad, de uitspraak en de ondertekening van het vonnis”, *P&B* 1993, 70.

325. B. VAN DEN BERGH, “Art. 783-784 Ger.W.” in *Comm.Ger.*, Mechelen, Kluwer, 2012, losbl., 6, nr. 3.

326. Cass. 13 februari 1986, *Pas.* 1986, I, 730, concl. E. KRINGS (de zaak betrof een bezwaar tegen een aanslag in de directe gemeentebelasting); ook in zijn arrest van 16 oktober 2002 (*RDPC* 2003, 302, noot) maakt het Hof (i.h.k.v.) een strafzaak een duidelijk onderscheid tussen het *negotium* en het *instrumentum*: “l’absence de la signature du greffier sur un jugement ou un arrêt n’entraîne pas la nullité de cette décision lorsque (...) le procès-verbal de l’audience dressé régulièrement lors de la prononciation, renferme toutes les constatations requises pour établir la régularité de la procédure suivie lors de ladite prononciation”.

De afwezigheid van een handtekening werd onder gelding van het oude recht soms wel op onrechtstreekse wijze bestraft. Dit was o.m. het geval wanneer die afwezigheid – als die niet kon worden ondervangen door de naleving van een andere met authenticiteit beklede vormvereiste<sup>327</sup> – ertoe leidde dat niet met zekerheid de identiteit kon worden vastgesteld van de magistraten die de bestreden beslissing hadden verleend.<sup>328</sup>

**40 Geldend recht: gewezen, ondertekend en uitgesproken** – De wetswijzigingen aangebracht door voormelde wet van 26 april 2007 hebben – vanuit efficiëntieoverwegingen<sup>329</sup> – o.m. de aanwezigheidsverplichting van alle rechters bij de uitspraak afgeschaft. De uitspraak van een vonnis of arrest *in civilibus* gebeurt niet (langer) door alle rechters of raadsheren die de beslissing hebben gewezen, maar uitsluitend door de voorzitter van de (collegiale) kamer (art. 782*bis* Ger.W.).<sup>330</sup> Deze meer soepele werkwijze heeft wel een belangrijke weerslag op het boven toegelichte “eindpunt” van de rechtspleging. Waar dit voorheen naadloos samenviel met de uitspraak, is dat niet langer zo. Tegenwoordig valt dit eindpunt samen met het beëindigen van het beraad onder de magistraten die de zaak hebben behandeld, m.a.w. het “wijzen” van de beslissing. Dit “wijzen” – het werkwoord figureert in diverse bepalingen van het Ger.W.<sup>331</sup> – wordt niet nader in dit wetboek omschreven, maar het refereert duidelijk aan de kerntaak van de rechter, dit is “recht spreken”, zijnde een beslissing vellen over het geheel of een deel van de geschilpunten (de processtof) die aan zijn rechtsmacht waren voorgelegd. Op dat ogenblik is de beslissing over de zaak gevallen<sup>332</sup>, maar moet deze uitspraak administratief nog worden “verwerkt” vooraleer ze kan worden ondertekend en uitgesproken. Er verloopt bijgevolg tussen het wijzen van de beslissing en de ondertekening ervan onvermijdelijk een zekere tijdspanne. Naar luid van artikel 782 Ger.W. wordt het vonnis voortaan vóór de uitspraak ondertekend door de rechters die het hebben gewezen en door de griffier.<sup>333</sup> Samengevat: voorheen werd een rechterlijke uitspraak “gewezen,

327. Vgl. Cass. 23 maart 1976, *Arr.Cass.* 1976, 857 en Cass. 20 augustus 1975, *Arr.Cass.* 1975, 1193.

328. Cass. 12 september 1985, *Arr.Cass.* 1985-86, 37; zie ook L. VERHAEGEN, “Art. 782 Ger.W.” in *Comm.Ger.*, Mechele, Kluwer, 1991, losbl., 3-4, nrs. 7-9; E. BREWAEYS, “Het beraad, de uitspraak en de ondertekening van het vonnis”, *P&B* 1993, 70, nr. 3. Beide auteurs stippen, met verwijzing naar de cassatierechtspraak, aan dat het ontbreken van de handtekening in strafzaken tot nietigheid van de beslissing kan leiden indien de wet vereist dat ze met eenparigheid wordt genomen. Zie ook Cass. 17 augustus 1992, *P&B* 1993, 65, in een zaak waar die eenparigheid niet was vereist.

329. De wetgever beoogde met de wijzigingen bij wet van 26 april 2007 een deformalisering van de eindfase van het geding en dit met het oog op de bestrijding van de gerechtelijke achterstand (concl. R. MORTIER bij Cass. 20 september 2010, AR S.09.0049.N, te raadplegen via <http://jure.juridat.just.fgov.be>, nr. 3). Deze werkwijze was eerder al ingevoerd voor het Hof van Cassatie (zie art. 1109 Ger.W., zoals gewijzigd bij art. 9 van de wet van 14 november 2000 (*BS* 19 december 2000)).

330. Deze wordt bijgestaan, zoals voor alle verrichtingen van het rechtersambt, door een griffier (art. 168, eerste lid Ger.W.; zie ook art. 785 Ger.W.).

331. Zie o.m. art. 779, 782 en 782*bis* Ger.W.

332. Zie ook B. ALLEMEERSCH, “De wetswijzigingen van 2007 inzake terechtzitting, beraad en vonnis herbekeken: capita selecta” in P. VAN ORSHOVEN en B. MAES (eds.), *De procesrechtswetten van 2007 ... revisited!*, Brugge, die Keure, 2009, (73) 87, nr. 26.

333. Het tweede lid van deze bepaling voorziet in een uitzondering wanneer het vonnis “op de banken” wordt verleend.



uitgesproken en ondertekend”. Op vandaag is, naar de letter van de wet, de volgorde als volgt: “gewezen, ondertekend en uitgesproken”.<sup>334</sup>

**41 Een meer formalistische koers ...** – Via de nieuwe regelgeving kwam meer nadruk te liggen op de ondertekening van de uitspraak, wat de voorbije jaren resulteerde in een duidelijke toename van cassatieberoepen over dit vereiste. N.a.v. een aantal van zijn uitspraken werd het Hof van Cassatie toegedicht op het vlak van de handtekeningvereiste een meer formalistische<sup>335</sup> i.p.v. functionele koers te varen, waardoor de aandacht van de essentie – respect voor de regel dat de beslissing moet worden gewezen door die rechters die alle rechtszittingen over de zaak en het beraad daarover hebben bijgewoond – wordt afgeleid en het doel van de wetgever van 26 april 2007 niet wordt gediend.<sup>336</sup>

Die kritiek werd i.h.b. geformuleerd n.a.v. het cassatiearrest van 16 april 2012<sup>337</sup> dat een zaak betrof waarin de beslissing gewezen door een collegiale kamer van een hof van beroep slechts door twee raadsheren en de griffier was ondertekend. In dit, voor het Hof van Cassatie bestreden, arrest werd wel vastgesteld dat de kamervoorzitter wettig verhinderd was om het arrest uit te spreken en om die reden *ex* artikel 782*bis*, tweede lid Ger.W. werd vervangen door een van de bijzitters. Er werd evenwel nagelaten – zoals vereist door artikel 785, eerste lid Ger.W. – onderaan die uitspraak melding te maken van de onmogelijkheid voor de kamervoorzitter om het arrest te ondertekenen. De afwezigheid van de handtekening van de kamervoorzitter leidde om die reden *ex* artikel 779 Ger.W. tot vernietiging van het bestreden arrest.

In een analoge situatie – de uitspraak werd ondertekend door de voorzitter van de kamer en een van de twee raadsheren die ze hadden gewezen, alsmede door de griffier – was het cassatieberoep echter niet succesvol. In het bestreden arrest werd immers vastgesteld dat de derde raadsheer die “mede beraadslaagd heeft en die thans wettig verhinderd is, in de onmogelijkheid verkeert om dit arrest te ondertekenen”.<sup>338</sup> Het gebruik van het woord “thans” werd door de eiser in cassatie vruchteloos

334. Vgl. E. BREWAEYS, “De totstandkoming, de ondertekening en de uitspraak van het vonnis” (noot onder Cass. 24 januari 2011), *RABG* 2011, (438) 442, nr. 5, die bij het neerschrijven van deze volgorde o.i. het huidige art. 782 Ger.W. uit het oog verloor.

335. Omdat art. 782 Ger.W. niet in een nietigheidssanctie voorziet (Cass. 15 juni 2010, *Pas.* 2010, 1898, waarin (in een strafzaak) werd geoordeeld dat die bepaling niet voorgeschreven is op straffe van nietigheid en evenmin substantieel is) steunt het Hof van Cassatie in meerdere arresten (vnl. gewezen door Franstalige Kamers) op art. 779 of art. 780, eerste lid, 1<sup>o</sup> Ger.W. omdat het gebrek aan handtekening niet met zekerheid de identiteit laat blijken van de rechters die het hebben gewezen zodat de continuïteit van de zetelsamenstelling niet verzekerd is.

336. B. DEBRUYN, “De ondertekening van de rechterlijke uitspraak: terug naar formelere toetsingscriteria?” (noot onder Cass. 16 april 2012), *RW* 2013-14, 1379-1382.

337. Cass. 16 april 2012, *RW* 2013-14, 1378, noot B. DEBRUYN; vgl. Cass. 5 mei 2011, *Pas.* 2011, 1277, concl. A. HENKES en Cass. 5 februari 2010, *JLMB* 2010, 414, noot.

338. Cass. 7 november 2014, *RABG* 2015, 415, noot S. VAN SCHEL; vgl. Cass. 5 september 2008 (AR D.07.0015.N, onuitg.): “Met de vaststelling dat in de bestreden beslissing: ‘L.C. die aan het beraad heeft deelgenomen maar wettig verhinderd is om te tekenen, vervangen door W.I. (...)’ geven de appelrechters aan dat assessor C. alleen voor de uitspraak van de beslissing diende vervangen te worden, maar regelmatig aan het beraad heeft deelgenomen”.

aangegrepen om te poneren dat de betrokken raadsheer op datum van de uitspraak was verhinderd, maar dat – aangezien de ondertekening sinds de wijziging van artikel 782 Ger.W. moet plaatsvinden vóór de uitspraak en na het afsluiten van het beraad – hieruit niet volgt dat hij tevens daadwerkelijk in de onmogelijkheid verkeerde om de beslissing te ondertekenen (waardoor die onmogelijkheid niet werd verantwoord overeenkomstig art. 785 Ger.W.). Het Hof oordeelde, hiermee aansluitend op de conclusie van zijn advocaat-generaal, dat “thans” zowel sloeg op de (*in casu* identieke) datum van ondertekening van de uitspraak als de uitspraak zelf, zodat artikel 785 Ger.W. werd nageleefd.<sup>339</sup> Een loutere vermelding dat de derde rechter die de uitspraak heeft gewezen “niet bij de ondertekening aanwezig” was, stelt daarentegen niet meteen ook vast dat die rechter in de onmogelijkheid verkeerde de beslissing te ondertekenen, wat opnieuw *ex* artikel 779 Ger.W. de vernietiging van het bestreden arrest met zich bracht.<sup>340</sup>

**42 ... ondervangen door een precieze formulering** – Die uitspraken leren ons alvast dat voldoende waakzaamheid én nauwkeurigheid op het niveau van de feitenrechtters en hun griffiers, de rechtzoekenden ellende en het gerechtelijk apparaat nodeloos werk kan besparen. Het is duidelijk dat de gewijzigde volgorde – “gewezen, ondertekend en uitgesproken” – noopt tot adequate aanpassing van de (slot)formules die in gerechtelijke uitspraken op dit vlak worden gehanteerd.<sup>341</sup> Het verdient aanbeveling hierin de cesuur (die door de noodzaak de beslissing administratief te verwerken) loopt tussen, enerzijds, het (beëindigen van het) beraad (d.i. het wijzen van de beslissing) en, anderzijds, de ondertekening en uitspraak – beide laatstvermele handelingen kunnen op dezelfde dag gebeuren<sup>342</sup> – goed aan te geven. Onduidelijkheid

→ Zie evenwel ook Cass. 28 februari 2008, AR C.07.0335.N, onuitg.: “(...) de zaak waarover het bestreden arrest uitspraak doet [is] op 7 september 2006 in beraad genomen nadat zij werd gehoord door een kamer van het hof van beroep waartoe Stefaan Van der Jeught behoorde, een plaatsvervangend magistraat aan wie bij koninklijk besluit van 11 januari 2007 eervol ontslag uit zijn ambt werd verleend. Het bestreden arrest is op 1 maart 2007 gewezen en stelt vast dat die magistraat ‘aan het beraad heeft deelgenomen overeenkomstig artikel 778 van het Gerechtelijk Wetboek’ en dat hij gelet op (zijn) wettige verhindering (...) om deel te nemen aan de uitspraak, bij de uitspraak door een andere magistraat werd vervangen (...) Het bestreden arrest stelt niet vast, en uit geen enkel stuk waarop het Hof vermacht acht te slaan blijkt, dat het beraad zou zijn beëindigd alvorens het ontslag van Stefaan Van der Jeught effectief in werking trad”.

339. In dezelfde zin Cass. 9 januari 2014, AR C.130202.N, onuitg.: “Uit de vermeldingen van het bestreden vonnis blijkt dat met ‘heden’ dient te worden verstaan de datum van de uitspraak, die tegelijk deze van de ondertekening is”.

340. Cass. 4 april 2014, *JT* 2014, 483 (foutief gedateerd op 6 april 2014).

341. Dit was niet gebeurd in Cass. 20 september 2010 (AR S.10.0015, *Juristenkrant* 2010 (weergave E. BREWAEYS), afl. 220, 9 en *P&B* 2011, 21) waar, niettegenstaande art. 782 (nieuw) Ger.W. als volgorde ondertekening en uitspraak voorschrijft, het bestreden arrest vermeldde te zijn gewezen door kamervoorzitter X en raadsheren Y en Z, in openbare terechtzitting van 9 september 2009 te zijn uitgesproken door de voormelde voorzitter van de negende kamer van het arbeidshof te A., afdeling H., *waarna* voornoemde leden van het arbeidshof tezamen met griffier E, het arrest ondertekenden. Het Hof van Cassatie verwierp de voorziening met volgende motivering: “In geval niet met zekerheid blijkt op welk tijdstip alle rechters de beslissing hebben ondertekend en niet uitgesloten is dat deze ondertekening na de uitspraak op de openbare terechtzitting is gebeurd, is dit niet grievend wanneer vaststaat dat alle rechters de beslissing hebben genomen en deze ook door hen is ondertekend. Hieruit volgt dat wanneer de beslissing vaststaat en zekerheid voorhanden is omtrent de magistraten die de beslissing hebben gewezen, de volgorde inzake ondertekening en uitspraak zonder belang is”.

342. Wat nog vaak de praktijk lijkt te zijn (met enige nuance voor rechtscolleges waarin ook lekenrechters zitting hebben).

kan worden vermeden door expliciet in de uitspraak te vermelden welke magistraten aan het beraad hebben deelgenomen (bv.: “X, Y en Z, die aan het beraad hebben deelgenomen en de beslissing hebben gewezen”)<sup>343</sup> en – in voorkomend geval – wie onder hen wettig verhinderd was de uitspraak te ondertekenen (bv.: “[maar] X wettig verhinderd bij de ondertekening”). Bijzondere aandacht moet daarbij uitgaan naar situaties<sup>344</sup> waar, lopende de periode tussen het in beraad nemen van de zaak en de ondertekening van de beslissing, een of meerdere magistraten niet langer effectief deel uitmaken van de zetel.<sup>345</sup>

**43 Tijdstip van ondertekening** – Omtrent het vereiste van ondertekening van de (gewezen) beslissing vóór de uitspraak (art. 782 Ger.W.) legt het Hof van Cassatie wel een zekere – maar evoluerende – flexibiliteit aan de dag. Het vonnis of arrest hoeft niet noodzakelijk vóór de uitspraak in openbare terechtzitting te worden ondertekend, op voorwaarde dat de beslissing vaststaat en er zekerheid is over de rechters die ze hebben gewezen: “[Art. 782 en 782bis Ger.W.] staan niet eraan in de weg dat de rechters alsnog samen het vonnis of het arrest uitspreken en het vervolgens ondertekenen of dat zij het vonnis of het arrest dat de voorzitter alleen heeft uitgesproken, slechts na de uitspraak ondertekenen, mits het respecteren van de regel dat het vonnis of het arrest moet worden gewezen door die rechters die alle rechtszittingen over de zaak en het beraad daarover hebben bijgewoond”.<sup>346</sup> Ook uit een arrest van 20 september 2010<sup>347</sup> blijkt dat de ondertekening niet noodzakelijk vóór de uitspraak moet gebeuren, opnieuw onder de voorwaarde dat moet vaststaan dat de rechters die de beslissing hebben gewezen, ze ook hebben ondertekend.

Recentere arresten zijn wat strikter verwoord. Op 9 januari 2014 werd geoordeeld dat uit de artikelen 782 (eerste lid), 782bis en 785 (eerste lid) Ger.W. volgt dat “het vonnis moet worden ondertekend vóór de uitspraak ervan”, maar dat dit niet belet dat het vonnis ter ondertekening kan worden voorgelegd aan de rechters die het hebben gewezen op de dag zelf van de uitspraak.<sup>348</sup> In een arrest van 7 november 2014 luidde het dat “een vonnis gewezen door een meervoudige kamer dient te worden ondertekend door de leden van de kamer na de beëindiging van het beraad en uiterlijk op de dag van de uitspraak”.<sup>349</sup>

343. Waardoor onduidelijkheid over het “eindpunt” wordt vermeden.

344. Te denken valt aan situaties zoals opruststelling, promotie, benoeming, bevallingsrust, ziekte, overlijden ...

345. In de marge kan worden opgemerkt dat de regelgeving m.b.t. de ondertekening van de uitspraak in het Gerechtelijk Wetboek zwaar is in vergelijking met de regels die andere hoge rechtscolleges beheersen. Zowel arresten van het Grondwettelijk Hof (art. 112 Bijz. Wet 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof) als van de Raad van State (art. 35 besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State) worden enkel door de voorzitter en de griffier ondertekend. Ook voor lagere administratieve rechtscolleges geldt eenzelfde regel (E. BREWAEYS, “De totstandkoming, de ondertekening en de uitspraak van het vonnis” (noot onder Cass. 24 januari 2011), *RABG* 2011, (438) 442, nr. 4). *De lege ferenda* valt een wijziging in die zin van het Ger.W. zeker te overwegen.

346. Cass. 15 juni 2010, *Pas.* 2010, 1898.

347. Cass. 20 september 2010, AR S.10.0015.N, *Juristenkrant* 2010 (weergave E. BREWAEYS), afl. 220, 9 en *P&B* 2011, 21.

348. Cass. 9 januari 2014, AR C.130202.N, onuitg.

349. Cass. 7 november 2014, *RABG* 2015, 415, noot S. VAN SCHEL.

**44 Het vangnet van artikel 788 Ger.W.** – Bij dit alles mag echter niet de helende werking van artikel 788 Ger.W. uit het oog worden verloren<sup>350</sup>, zoals het Hof van Cassatie nog in een arrest van 12 maart 2015 kon onderstrepen.<sup>351</sup> Een door een collegiale kamer in het hof van beroep te Luik op 27 september 2012 gewezen arrest was initieel slechts door twee van de raadsheren die de zaak hadden beoordeeld en de griffier ondertekend. N.a.v. het nazicht van de zittingsbladen door de procureur-generaal stelde die het verzuim vast en werd het, aansluitend op zijn vordering van 26 oktober 2012, hersteld door het aanbrengen van de ontbrekende handtekening op 8 november 2012. Het cassatieberoep dat o.m. op grond van artikel 785 Ger.W. (nagelaten melding te maken van de onmogelijkheid te ondertekenen) de nietigheid beoogde van het bestreden arrest, strandde terecht op de overweging dat *ex* artikel 788 Ger.W. een ontbrekende handtekening ook (geruime tijd) na datum van de uitspraak kan worden aangebracht.

### § 5. Uitlegging, verbetering en herstel van rechterlijke uitspraken<sup>352</sup>

**45 “Oude” en “nieuwe” herstelmechanismen** – Uitlegging en verbetering van een rechterlijke uitspraak worden, sinds de invoering van het Gerechtelijk Wetboek, beheerst door de artikelen 793-801 Ger.W.<sup>353</sup> Deze bepalingen creëren de mogelijkheid tot herstel van een specifieke soort van (vorm)gebreken in rechterlijke uitspraken. Artikel 793 Ger.W. voorziet dat de rechter onduidelijkheden of dubbelzinnigheden in eerder gewezen uitspraken kan uitleggen. Overeenkomstig artikel 794 Ger.W. heeft de rechter tevens de mogelijkheid om materiële verschrijvingen (met inbegrip van misrekeningen) in rechterlijke uitspraken te verbeteren.

Met het oogmerk de efficiëntie van deze rechtsinstrumenten te verhogen en hun gebruik aan te moedigen, eerder dan een beroep te doen op de in het wetboek voorziene rechtsmiddelen, werden zij bijgesteld door de wet van 24 oktober 2013.<sup>354</sup> Die wet bracht een aantal opmerkelijke nieuwigheden tot stand die ongetwijfeld zullen bijdragen tot een meer efficiënt procedureverloop en het vermijden van de aanwending van rechtsmiddelen, zodat een en ander resulteert in een geringere belasting van

350. Dit artikel is ook van toepassing in strafzaken (Cass. 16 oktober 2002, *RDPC* 2003, 302, noot).

351. Cass. 12 maart 2015, AR C.14.0123.F, <http://jure.juridat.just.fgov.be>.

352. Zie art. 793-801bis Ger.W. (deel IV, boek II, titel II, hoofdstuk II, afdeling 9): “Uitlegging en verbetering van de rechterlijke beslissing en herstel van de omissie van een punt van de vordering”.

353. Aangevuld bij art. 5 van de wet van 10 mei 2007 (*BS* 21 juni 2007) dat art. 801bis Ger.W. heeft ingevoegd (mogelijkheid tot verbetering van een door de rechter gewezen certificaat overeenkomstig verordening (EG) nr. 2201/2003 van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid). Vóór het Ger.W. bestonden er geen wettelijke regels voor interpretatie of verbetering. De rechtspraak en rechtsleer hebben wel steeds de mogelijkheid in hoofde van de rechter erkend om – binnen bepaalde grenzen – zijn uitspraken uit te leggen en te verbeteren (zie o.m. A. BRAAS, *Précis de procédure civile*, Dl. II, Brussel, Bruylant, 1944, 486, nrs. 928-929).

354. Wet van 24 oktober 2013 tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de verbetering van materiële verschrijvingen of het herstel van omissies in rechterlijke beslissingen alsook de uitlegging van rechterlijke beslissingen (*BS* 24 januari 2014, ed. 2), in werking getreden op 3 februari 2014.

het gerechtelijk apparaat. Zo berust de mogelijkheid tot uitlegging en verbetering niet langer uitsluitend bij de rechter die de betrokken beslissing heeft gewezen. Voortaan is ook de beslagrechter bevoegd om uitspraken van de bodemrechter uit te leggen en te verbeteren, wanneer hij wordt geroepen daarvan kennis te nemen in het raam van een voor hem aanhangig gemaakt geschil dat tot zijn bevoegdheid behoort (art. 793, tweede lid en 794, tweede lid *j*<sup>o</sup> art. 1395 Ger.W.).<sup>355</sup> Ook de procedureregels werden bijgespijkerd. Terwijl voorheen het initiatief tot uitlegging en verbetering enkel in handen lag van de partijen (bij het initiële geding), kan de rechter nu ook “ambtshalve” uitleggen en verbeteren (art. 797 Ger.W.). Wanneer de vraag tot uitlegging of verbetering uitgaat van partijen, kan dit thans via meer gedeformaliseerde wijzen van rechtsingang – artikel 796 Ger.W. voorziet, naast het gezamenlijk verzoekschrift tot vrijwillige verschijning bedoeld in artikel 706 Ger.W., ook het verzoekschrift op tegenspraak (art. 1034*bis*-1034*sexies* Ger.W.) – dan het dagvaardingsexploot.<sup>356</sup>

De belangrijkste wijziging van de wet van 24 oktober 2013 vormt ongetwijfeld de uitbreiding van het toepassingsgebied van deze herstelmogelijkheden. Naast uitleggen en verbeteren, kan de rechter nu ook zijn beslissing aanvullen – in de wet op een eerder ongelukkige wijze verwoord als de “omissie in zijn beslissing herstellen”<sup>357</sup> – wanneer hij naliet “een punt van de vordering” te beslechten (art. 794/1 Ger.W.). Hiermee komt de wetgever (eindelijk) tegemoet aan de verzuchting dat dergelijke rechtzettingen tot vóór de wetwijziging enkel via de aanwending van een rechtsmiddel konden gebeuren (zie art. 1138, 3<sup>o</sup> Ger.W.), wat gelet op de daarmee gepaard gaande inzet, tijdverlies en kosten proceseconomisch niet te verantwoorden

355. Zie voor een toepassing Luik 8 september 2014, *P&B* 2014, 228 (interpretatie van een betwisting over de bedoeling van partijen om eventuele studietoelagen al dan niet te verrekenen met de buitengewone schoolkosten) en Beslagr. Dendermonde 14 maart 2014, *RABG* 2014, 1059, noot S. BROUWERS (interpretatie van een betwisting rond de draagwijdte van de verplichting afzonderlijk woonst te houden en of dit al dan niet resulteerde in de verplichting voor een van de partijen om zich op een andere plaats in de bevolkingsregisters te laten inschrijven).

356. Zie over de oude regels m.b.t. het inleiden van een vordering tot uitlegging of verbetering L. VERHAEGEN en L. SCHELLEKENS, “Art. 796 Ger.W.” in *Comm.Ger.*, Mechelen, Kluwer, 2009, losbl., 3-6, nrs. 3-9; zie ook Cass. 25 mei 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1384, concl. R. MORTIER: “Die bepaling [art. 796 Ger.W.] sluit niet uit dat wanneer de rechter zijn rechtsmacht nog niet volledig heeft uitgeput, zulke vordering met betrekking tot een reeds door die rechter beoordeeld geschilpunt als een tussenvordering kan worden ingesteld bij conclusie, voor zover de termijnen van hoger beroep of voorziening in cassatie tegen die beslissing verstreken zijn” en Cass. 21 juni 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1260: “(...) een vordering tot verbetering of uitlegging van een arrest van het Hof van Cassatie, moet worden ingesteld in de vormen bepaald voor het instellen van een voorziening in cassatie”.

357. Het gebruik van de term “omissie” ter aanduiding van het verzuim van de rechter creëert verwarring omdat hetzelfde woord wordt gebruikt in het (gewijzigde) art. 794 Ger.W. betreffende de verbetering van rechterlijke uitspraken. Het begrip “omissie” in art. 794 Ger.W. doelt echter op een materiële mislag (bv. iets weggelaten hebben) in een beslissing, wat iets totaal anders is dan de “omissie” – verzuimd hebben uitspraak te doen over een punt van de vordering – zoals bedoeld in art. 794/1 Ger.W. In het eerste geval heeft de rechter over *alle* geschilpunten uitspraak gedaan, maar ontbreekt een bepaald onderdeel van zijn beslissing in de uitspraak, bv. de uitkomst van een rekenkundige bewerking, of de naam van de aangewezen gerechtsdeskundige voor het uitvoeren van het door de rechter bevolen deskundigenonderzoek (Brussel 1 december 1993, *RW* 1993-94, 1458). In het tweede geval heeft de rechter niet de volledige aan hem voorgelegde processtof beslecht, omdat hij naliet over een of meerdere geschilpunten uitspraak te doen (C. VAN SEVEREN, “De rechterlijke dienst na verkoop: uitlegging, verbetering en aanvulling van rechterlijke uitspraken. Commentaar bij de wet van 24 oktober 2013”, *RW* 2014-15, (123) 125, nr. 3).

viel.<sup>358</sup> Schoolvoorbeelden van gevallen die in aanmerking komen voor aanvulling, zijn het verzuim van de rechter uitspraak te doen over de (gevorderde) indexatie van een onderhoudsuitkering<sup>359</sup> of de (gevorderde) interessen op schadevergoedingen, de (gevorderde) uitvoerbaarheid bij voorraad van de beslissing<sup>360</sup>, of nog wanneer hij een (gevorderde) schadepost als onderdeel van de vordering over het hoofd heeft gezien. Anders dan wat geldt voor de uitlegging en verbetering kan de aanvulling van zo een verzuim uitsluitend geschieden door het gerecht dat de aan te vullen uitspraak verleende. Uit artikel 797 Ger.W. kan bovendien *a contrario* worden afgeleid dat de rechter niet ambtshalve tot aanvulling van zijn beslissing kan overgaan, maar slechts wanneer een partij hem daarom verzoekt.

Voor een uitvoerige bespreking van de wet van 24 oktober 2013 kan nuttig worden verwezen naar de hierover ondertussen verschenen doctrine.<sup>361</sup> Hierna worden wel enkele bedenkingen geformuleerd bij de o.i. (nog steeds) niet voldoende verreichende draagwijdte van bovengenoemde correctiemogelijkheden.

**46 Draagwijdte van de mogelijkheden tot uitlegging en verbetering** – Boven werd al aangestipt dat de wijziging die de wet van 24 oktober 2013 aan het Gerechtelijk Wetboek aanbracht o.m. tot doel had, zo nodig, het gebruik van de mogelijkheid tot uitlegging en verbetering van gerechtelijke uitspraken te stimuleren. In dat opzicht valt het te betreuren dat de wetgever niet heeft gesleuteld aan de in artikelen 793 en 794 Ger.W. voorziene stringente voorwaarde dat uitlegging en verbetering van een beslissing alleen kunnen geschieden “zonder de daarin bevestigde rechten uit te breiden, te beperken of te wijzigen”. Hoewel begrip kan worden opgebracht voor de achterliggende bekommernis van deze voorwaarde – nl. vermijden dat rechters en/of partijen de mogelijkheid tot uitlegging en verbetering zouden aangrijpen als een oneigenlijk rechtsmiddel, waardoor afbreuk zou kunnen worden gedaan aan de

358. Het idee om de rechter een bredere correctiemogelijkheid te verlenen wanneer hij bij vergissing naliet uitspraak te doen, werd in 2003 geopperd vanuit de magistratuur (ASSOCIATION SYNDICALE DES MAGISTRATS, *Dire le droit et être compris – Vade-mecum pour la rédaction des jugements*, Brussel, Bruylant, 2003, 87). Het werd nadien opgepikt in de “Justitiedialogen” (F. ERDMAN EN G. DE LEVAL, *Justitiedialogen. Syntheseverslag opgemaakt op verzoek van Laurette Onkelinx, Vice-Eerste Minister en Minister van Justitie*, Brussel, FOD Justitie, 2004, <http://justitie.belgium.be>, 249-250). Ook in de rechtsleer werd er (voorheen) al meermaals op gewezen dat het aanbeveling verdient een eenvoudige en goedkope rechtspleging uit te werken om nalatigheden in rechterlijke uitspraken te herstellen (B. DECONINCK EN P. TAELEMAN, “Rechtsmiddelen moeten efficiënter!”, *TPR* 2012, (27) 35-36, nr. 11 en 50-51, nr. 29; P. TAELEMAN, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde – Een begrippenstudie*, Diegem, Kluwer, 2001, 104, nr. 147).

359. Brussel 17 januari 2011, *RTDF* 2011, 741, noot.

360. Zie ook art. 1402 Ger.W. (“de voorlopige tenuitvoerlegging kan altijd worden verzocht bij het hoger beroep, hetzij de partij nagelaten heeft zulks te verzoeken voor de eerste rechters, hetzij dezen verzuimd hebben over een dergelijk verzoek uitspraak te doen of het hebben afgewezen”) dat als *lex specialis* blijft bestaan naast art. 794/1 Ger.W.

361. C. VAN SEVEREN, “Commentaar bij artt. 793-801bis Ger.W.” in *Comm.Ger.*, Mechelen, Kluwer, 2015-16, losbl., ter perse; A. FRY, “Interprétation, rectification et réparation des décisions judiciaires”, *JT* 2015, 161-172; C. VAN SEVEREN, “De rechterlijke dienst na verkoop: uitlegging, verbetering en aanvulling van rechterlijke uitspraken. Commentaar bij de wet van 24 oktober 2013”, *RW* 2014-15, 123-139.

bindende kracht en het gezag van gewijsde van de oorspronkelijke uitspraak<sup>362</sup> – wordt zij in de huidige stand van de rechtspraak dermate restrictief geïnterpreteerd dat de gewilde eenvoudige en snelle remedie van voor de hand liggende tekortkomingen of vergissingen in rechterlijke uitspraken al te zeer aan banden wordt gelegd.

Een paar voorbeelden kunnen dit illustreren.

Uit het overwegende gedeelte van een vonnis van de arbeidsrechtbank te Verviers bleek dat een werknemer aanspraak kon maken op een bepaald niveau van vergoeding wegens arbeidsongeschiktheid voor een periode die een aanvang nam op 25 november 1999. In het dispositief van dit vonnis werd die aanvangsdatum bij vergissing vastgesteld op 25 november 2000. Alle stukken van het dossier refereerden echter aan de eerste, feitelijk juiste, datum zodat die rechtbank via een verbeterend vonnis haar louter materiële vergissing rechtzette. Het arbeidshof te Luik oordeelde dat – hoewel buiten betwisting stond dat het inderdaad een louter materiële verschrijving in het initiële vonnis betrof en dat de verbetering de beslissing niet onvermijdelijk maakte met de eraan ten grondslag liggende motivering – het verbeterende vonnis artikel 794 Ger.W. miskende, doordat het raakte aan de in de initiële uitspraak bevestigde rechten.<sup>363</sup>

Het Hof van Cassatie vernietigde met een arrest van 13 december 2004<sup>364</sup>, in een gelijkaardige casus, een beslissing van het arbeidshof te Bergen. Daar bleek uit alle gegevens van het dossier dat een gerechtsdeskundige in hoofde van het slachtoffer van een arbeidsongeval de periode van tijdelijke volledige arbeidsongeschiktheid had erkend van “28 september 1988 tot 30 september 1988”. In het initiële vonnis, waarin uitdrukkelijk werd verwezen naar die bevindingen van de deskundige – waarbij de rechtbank echter een foute periodeomschrijving (“28 september 1987 tot 30 september 1988”) overnam – en de rechtbank aangaf zich bij het deskundigenverslag aan te sluiten, sloop die verkeerde periode ook in het dispositief. Het arbeidshof had die uitspraak bijgesteld, onder overweging dat de aanvangsdatum van de tijdelijke volledige arbeidsongeschiktheid op 28 september 1987 “een gewone verschrijving” was waarvan de verbetering naar 28 september 1988 “niet van die aard is dat ze de in het vonnis (...) bevestigde rechten beperkt of wijzigt” omdat de gerechtsdeskundige in werkelijkheid slechts een periode van 28 tot 30 september 1988 had erkend. Volgens het Hof van Cassatie ten onrechte, gelet op de beperking vervat in artikel 794 Ger.W.

362. Vgl. C. VAN REEPINGHEN, *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, Brussel, Belgisch Staatsblad, 1964, 322; zie ook Cass. 20 oktober 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1307 en J. LAENENS *et al.*, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2012, 477, nr. 1145.

363. Arbh. Luik 19 juni 2001, *RRD* 2001, 299: “*la procédure de rectification ne peut contourner la nécessité d'exercer une voie de recours dès lors que celle-ci est légalement requise*”; vgl. Arbh. Bergen 28 november 2006, AR 19613, [www.juridat.be](http://www.juridat.be), waarin wordt geoordeeld dat foutieve invaliditeitspercentages in een vonnis, die berusten op een klaarblijkelijke verwarring tussen twee deskundigenverslagen, evenmin kunnen worden verbeterd, aangezien het niet gaat om een vergissing die voortvloeit uit de intrinsieke bestanddelen van de uitspraak zelf.

364. Cass. 13 december 2004, *Arr.Cass.* 2004, 2020.

Eerder had het Hof van Cassatie al geoordeeld dat het, via een vordering tot verbetering, niet mogelijk is een manifest verkeerde geboortedatum van een burgerlijke partij als een van de relevante gegevens voor de begroting van de aan haar toekomende vergoeding wegens blijvende arbeidsongeschiktheid, aan te passen. Voor het Hof betreft het geen materiële vergissing, aangezien bij inwilliging van de vordering er in feite opnieuw zou worden geoordeeld over de zaak en de in het eerder gevelde vonnis bevestigde rechten hierdoor zouden worden uitgebreid, beperkt of gewijzigd.<sup>365</sup>

**47 Pleidooi voor een meer soepele benadering** – De al te strikte interpretatie van het verbod de in de uit te leggen of te verbeteren beslissing “bevestigde rechten uit te breiden, te beperken of te wijzigen”, noopt actueel een partij tot het aanwenden van een rechtsmiddel om daadwerkelijk datgene te krijgen dat de rechter haar wezenlijk al had toegekend, minstens had willen toekennen. Het rigoureuus vasthouden aan de tekst van de betrokken beslissing is daarbij de boosdoener. Bij nader toezien – en dit geldt i.h.b. wanneer het vergissingen in rekenkundige bewerkingen betreft<sup>366</sup> – lijkt de in de rechtspraak meest gangbare opvatting over de besproken regel te zijn dat uitlegging en verbetering alleen kunnen geschieden a.d.h.v. de gegevens die in de beslissing zelf zijn vervat (“de intrinsieke bestanddelen van de uitspraak zelf”). De magistraat die zich vergist bij het overnemen van gegevens of data uit andere proces- of bewijsstukken (o.m. conclusies, deskundigenverslagen ...) zal hieraan via een vordering tot uitlegging of verbetering niet kunnen verhelpen, omdat het correcte gegeven niet uit

365. Cass. 18 oktober 1983, *Arr.Cass.* 1983-84, 178; vgl. *Arbrb.* Namen 3 november 2000, *J.dr.jeun.* 2001, 51; de foutieve vaststelling in het vonnis van de aanvangsdatum van het recht op onderhoudsuitkering van verzoekster op 30 november 2000 (i.p.v. 30 oktober 2000) is een voor verbetering vatbare materiële vergissing in de zin van art. 794 Ger.W.); vgl. met de volgende uitspraken in strafzaken: Cass. 30 januari 2013, *Pas.* 2013, 257, concl. D. VANDERMEERSCH (de vervanging van een verwijzing door een buitenvervolginstelling, ook al wordt zij gemotiveerd door een tegenstelling tussen de redenen en het *dictum* van een beschikking van de raadkamer, slaat niet op een verschrijving die vatbaar is voor verbetering, aangezien die verbetering leidt tot een wijziging van de rechten die in de zgn. verbeterde beslissing zijn vastgelegd); Cass. 4 oktober 2005, *Arr.Cass.* 2005, 1807 (elke beslissing van de rechter over een geschil is een beschikking, ongeacht de plaats ervan in het vonnis of arrest. Een dubbelzinnig arrest is er een waarin in de redenen wordt geoordeeld dat “enkel morele schade kan worden toegekend [aan eiser, lastens verweerster] *ex aequo et bono* bepaald op 50.000 frank” terwijl, in het *dictum* met bevestiging van het vonnis van de eerste rechter, verweerster wordt veroordeeld tot betaling van 1 frank als vergoeding voor de morele schade. Ingevolge die dubbelzinnigheid staat het niet vast of de beslissing waarvan de uitlegging of de verbetering wordt gevraagd, verweerster nu veroordeelt tot 50 000 frank dan wel tot 1 frank. Wanneer de appelrechters ervan uitgaan dat enkel de veroordeling die in het *dictum* van het uit te leggen of te verbeteren arrest staat, in acht kan worden genomen bij die uitlegging of verbetering, verantwoordt zij hun beslissing niet naar recht).

366. Zie o.m. Cass. 25 februari 2002, *Arr.Cass.* 2002, 573; in zijn oorspronkelijke uitspraak had het arbeidshof te Brussel aan verweerder een opzegvergoeding toegekend “die overeenkomt met de periode van de schorsing [van de arbeids-overeenkomst], zijnde 110 dagen”. In zijn verbeterend arrest overweegt het arbeidshof dat “ten gevolge van een verschrijving het maandloon van verweerder (slechts) vermenigvuldigd was met 4 i.p.v. 5,1 maanden” en dat door die verbetering het arbeidshof “het bedrag niet verhoogt waartoe eiseres wordt veroordeeld maar (louter) de cijfers aan zijn beslissing aanpast”. Volgens het Hof van Cassatie ten onrechte, aangezien “uit geen enkel intrinsiek gegeven van het arrest (...) blijkt dat de litigieuze periode van honderd en tien dagen veeleer overeenkomt met 5,1 maanden dan met vier maanden”. Vgl. Antwerpen 3 november 1993, AR 3128-93, onuitg., aangehaald door S. GILLIAMS en T.M. GILLIAMS, “Interpreteren en rectificeren zonder te bezeren: de microchirurgie van de uitleggende en verbeterende beslissingen”, *Soc.Kron.* 2001, (169) 179; de toekenning van een schadevergoeding van 10 000 frank per maand gedurende de periode van 1 januari 1987 tot 31 mei 1989 – in totaal foutief bepaald op 170 000 frank (i.p.v. 270 000 frank) – is een rekenkundige fout die in aanmerking komt voor verbetering *ex art.* 794 Ger.W.



het vonnis of arrest zelf blijkt. Die opvatting staat in schril contrast met de in andere domeinen duidelijk merkbare tendens om bij de beoordeling van de mogelijkheid tot herstel van vormgebreken (in rechterlijke uitspraken) rekening te houden met alle gegevens vervat in het dossier. Ook wat de uitlegging en verbetering betreft moet dringend de idee worden verlaten dat de rechter hierbij slechts rekening mag houden met elementen die in de uit te leggen of te verbeteren beslissing zelf zijn vervat. Een voorzichtige aanzet hiertoe is terug te vinden zowel in het verslag VAN REEPINGHEN<sup>367</sup> als in de rechtspraak. Zo oordeelde het Hof van Cassatie reeds dat het voor de beoordeling van het middel een verschrijving in de bestreden beslissing betreffende de datum der feiten mag verbeteren wanneer die kennelijk uit de gedingstukken blijkt.<sup>368</sup>

Nog beter ware het de voorwaarde waaraan uitleggings- en verbeteringsvorderingen onderworpen zijn – “zonder de in de uitspraak bevestigde rechten uit te breiden, te beperken of te wijzigen” – simpelweg te schrappen uit artikelen 793-794 Ger.W. Dit zou o.i. niet leiden tot een risico op ongeoorloofde aantasting van de bindende kracht en het gezag van gewijsde van de betrokken uitspraak – het verbod om afbreuk te doen aan de bindende kracht en het gezag van gewijsde van de eerste uitspraak is immers inherent aan het feit dat alleen manifeste dubbelzinnigheden en onduidelijkheden, resp. duidelijke materiële verschrijvingen en omissies kunnen worden rechtgezet – maar kan mogelijk wel wat schroom bij de rechters wegnemen, wat tot meer zinvolle toepassingen van deze herstelmogelijkheden kan leiden. In Nederland en Frankrijk, die gelijkaardige correctiemechanismen kennen, komt deze beperkende voorwaarde niet voor. Beide rechtssystemen onderschrijven ook algemeen dat de uitlegging of verbetering geen afbreuk mag doen aan wat de rechter in de betrokken uitspraak (daadwerkelijk) heeft beslist. Artikel 31.1 van het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voorziet: “*De rechter verbetert te allen tijde op verzoek van een partij of ambtshalve in zijn vonnis, arrest of beschikking een kennelijke rekenfout, schrijffout of andere kennelijke fout die zich voor eenvoudig herstel leent. De rechter gaat niet tot de verbetering over dan na partijen in de gelegenheid te hebben gesteld zich daarover uit te laten*”. Artikel 462, eerste lid van de Franse Code de

367. C. VAN REEPINGHEN, *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, Brussel, *Belgisch Staatsblad*, 1964, 323: “De verbetering moet niet noodzakelijk gebeuren met behulp van elementen die door de beslissing zelf worden geleverd. Het ligt inderdaad voor de hand dat de rechter, om een vergissing in de schrijfwijze van een eigenaam te verbeteren, gebruik kan maken van een akte van de burgerlijke stand, een element dat vreemd is aan de beslissing”.

368. Cass. 27 juli 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1253; Cass. 8 mei 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1241; Cass. 3 oktober 1996, *Arr.Cass.* 1996, 350; Cass. 9 januari 1996, *Arr.Cass.* 1996, 32; Cass. 18 september 1995, *Arr.Cass.* 1995, 792; Cass. 13 december 1984, *Arr.Cass.* 1984-85, 535; Cass. 13 juni 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 1353. Vgl. Cass. 10 mei 2012, *Arr.Cass.* 2012, 1237; Cass. 10 oktober 1980, *Arr.Cass.* 1980-81, 150: “(...) dat de rechter die de werkelijke betekenis van de in een vonnis gebruikte termen aan de hand van de context uitlegt, de rechten van de partijen, zoals zij in dat vonnis zijn vastgelegd, uitbreidt noch wijzigt”. Zie ook Gent 20 mei 1999, *P&B* 2001, 23: “De gevraagde verbetering behelst geen louter materiële verschrijving. Met betrekking tot de vordering van B. heeft het arrest van 19 juni 1998 het beroepen vonnis teniet gedaan en opnieuw recht gedaan nopens de schadevergoeding, die aan de eiseres toekwam. Uit geen enkel processtuk, noch uit de context van die stukken, noch uit de intrinsieke gegevens van het arrest blijkt dat er een verschrijving zou zijn gebeurd met betrekking tot de datum van aanvang van de vergoedende interest”. Zie verder ook de vele voorbeelden uit onuitgegeven rechtspraak waarin de uitlegging, resp. verbetering op een zinvolle manier geschiedde, die worden besproken door S. GILLIAMS en T.M. GILLIAMS, “Interpreteren en rectificeren zonder te bezeren: de microchirurgie van de uitleggende en verbeterende beslissingen”, *Soc.Kron.* 2001, (169) 178-179.

procédure civile bepaalt: “*Les erreurs et omissions matérielles qui affectent un jugement, même passé en force de chose jugée, peuvent toujours être réparées par la juridiction qui l’a rendu ou par celle à laquelle il est déferé, selon ce que le dossier révèle ou, à défaut, ce que la raison commande*” (telkens onderstreping door de auteurs).<sup>369</sup>

Vrees voor willekeur of machtsoverschrijding door de uitleggende of verbeterende rechter hoeft er daarbij niet te zijn. Hoewel de uitleggende, resp. verbeterende uitspraak één geheel uitmaakt met de uitgelegde, resp. verbeterende beslissing (zodat de ene beslissing niet meer zonder de andere mag worden gelezen of uitgevoerd)<sup>370</sup>, sluit geen enkele wetbepaling het instellen van verzet, c.q. hoger beroep of een cassatieberoep tegen de uitleggende of verbeterende beslissing uit.<sup>371</sup> Een vordering tot uitlegging of verbetering mag uiteraard niet worden aangegrepen om het debat over te doen. Herhaaldelijk werd geoordeeld dat het verzoek tot uitlegging (c.q. verbetering) van een eerder gewezen beslissing, dat in werkelijkheid op grond van nieuwe gegevens of argumenten opkomt tegen het in deze beslissing gewezen oordeel of de tenuitvoerlegging ervan wil verhinderen, niet ontvankelijk is.<sup>372</sup>

**48 Draagwijdte van de mogelijkheid tot aanvulling** – Wat de nieuwigheid van aanvulling van rechterlijke uitspraken betreft, blijft het voorlopig nog afwachten welke draagwijdte de rechtspraak aan deze herstelmogelijkheid zal verlenen. Op het tijdstip van het schrijven van huidige bijdrage was nog geen (gepubliceerde) rechtspraak voorhanden die van deze mogelijkheid gebruikmaakt. Gelet op de niet zo geslaagde redactie van het nieuwe artikel 794/1 Ger.W. valt het evenwel te verwachten dat er interpretatiemoelijkheden zullen rijzen.

369. Die bredere armsglag die de rechters wordt geboden, moet toelaten – wanneer het gezond verstand hierover geen twijfel laat bestaan – om tegenstrijdigheden tussen de overwegingen en het dispositief weg te werken (bv. door in het dispositief de woorden “verklaart de eis onontvankelijk” te vervangen door “verklaart de eis ontvankelijk”). *Anders*: Gent 2 oktober 2002, *N/W* 2003, 710, noot P. Taelman.

370. Vgl. art. 800 Ger.W.: “De griffier maakt, op de kant van de oorspronkelijke beslissing, melding van het beschikkende gedeelte van de uitleggende of verbeterende beslissing, dan wel van de beslissing waarbij uitspraak wordt gedaan over de omissie van een punt van de vordering. Geen uitgifte, afschrift, noch uittreksel van de oorspronkelijke beslissing mag worden uitgereikt, tenzij daarop melding is gemaakt van het beschikkende gedeelte der uitleggende of verbeterende beslissing, dan wel van de beslissing waarbij uitspraak wordt gedaan over de omissie van een punt van de vordering”.

371. Cass. 1 februari 1990, *JT* 1991, 105 en *RW* 1990-91, 392; Brussel 25 september 2003, *JT* 2004 (verkort), 385; Luik 14 juni 1995, *RRD* 1995, 365. Dat de uitleggende of verbeterende beslissing pas wordt gevraagd of gewezen wanneer de oorspronkelijke beslissing al kracht van gewijsde heeft verworven, impliceert niet dat die beslissing vanaf de uitspraak kracht van gewijsde verkrijgt en dat daartegen geen rechtsmiddel meer kan worden ingesteld. De betekening (in voorkomend geval de kennisgeving (zie art. 792, tweede t.e.m. vierde lid Ger.W.); vgl. art. 57 Ger.W.) van de uitleggende of verbeterende beslissing doet de termijn lopen om een rechtsmiddel aan te wenden en is onderscheiden van de termijn die geldt (of gold) om een rechtsmiddel in te stellen tegen de oorspronkelijke beslissing. De uitlegging of verbetering opent evenwel geen nieuwe termijn om de oorspronkelijke beslissing (opnieuw) te bestrijden (Cass. 7 juni 1978, *Arr.Cass.* 1978, 1186).

372. Cass. 4 maart 2014, *Pas.* 2014, 572; Cass. 14 oktober 2008, *Pas.* 2008, 2212; Cass. 5 april 2005, *Arr.Cass.* 2005, 773; Cass. 16 mei 1989, *Arr.Cass.* 1988-89, 1080. Zo ook moet de rechtspraak worden onderschreven die oordeelt dat de verschrijving of misrekening die haar oorsprong vindt in de door de partijen genomen conclusies niet kan worden rechtgezet via een procedure tot uitlegging of verbetering, die immers enkel kan dienen tot herstel van vergissingen van de rechter en niet tot herstel van de nalatigheden van de partijen (Cass. 9 oktober 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1185).

Artikel 794/1 Ger.W. stelt – op inhoudelijk vlak<sup>373</sup> – een drievoudige beperking aan de mogelijkheid voor de rechter om zijn uitspraak aan te vullen.

Ten eerste wordt bepaald dat de rechter bij de aanvulling van zijn uitspraak niet mag raken aan “het in kracht van gewijsde gegane van de andere punten”. Aangezien uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de wetgever met deze eerste voorwaarde wou verhinderen dat de rechter n.a.v. een verzoek tot aanvulling zou terugkomen op de punten die hij in zijn oorspronkelijke uitspraak reeds via een eindbeslissing had beslecht, is het duidelijk dat de uitdrukking “kracht van gewijsde” in deze context moet worden begrepen als “gezag van gewijsde”. Enkel het gezag van gewijsde verhindert immers – zo een partij zich erop beroept – dat wat het voorwerp van een rechterlijke uitspraak heeft uitgemaakt, in dezelfde of een navolgende procedure, andermaal in vraag wordt gesteld (onder voorbehoud van de werking van de gewone rechtsmiddelen).<sup>374</sup>

Ten tweede is voorzien dat de rechter zijn beslissing alleen mag aanvullen “zonder dat evenwel de in die beslissing bevestigde rechten uitgebreid, beperkt of gewijzigd mogen worden”. Deze voorwaarde is moeilijk te begrijpen. Er valt niet in te zien hoe de rechter gevolg kan geven aan een verzoek tot aanvulling van een eerder door hem gewezen uitspraak zonder de in die uitspraak bevestigde rechten te wijzigen. De parlementaire voorbereiding leert dat de wetgever deze voorwaarde heeft toegevoegd om de coherentie te verzekeren met artikel 794 Ger.W.<sup>375</sup> Hij zag daarbij echter over het hoofd dat een dergelijke voorwaarde de herstellmogelijkheid van artikel 794/1 Ger.W. dreigt uit te hollen. Dit vereiste moet zo worden begrepen dat de rechter n.a.v. de aanvulling niet mag raken aan de eerder door hem via eindbeslissing(en) al beslechte processtof. Hij moet de, door zijn eerder verleende uitspraak, al (deels) uitgeputte rechtsmacht strikt respecteren.

Een laatste beperking ten slotte, vloeit voort uit de voorwaarde dat de rechter bij de aanvulling rekening moet houden met de “in artikel 748bis Ger.W. vervatte regels”.

373. Het tweede lid van art. 794/1 Ger.W. voorziet daarenboven ook nog in een – niet op straffe van sanctie voorgeschreven – tijdslimiet: het verzoek tot aanvulling moet worden gedaan uiterlijk één jaar nadat de betrokken uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan.

374. Zie ook het o.i. ongelukkig geformuleerde art. 19, tweede lid (nieuw) Ger.W.: “De rechter die zijn rechtsmacht over een geschilpunt heeft uitgeput, kan terzake niet meer worden geadieerd, behoudens de bij dit Wetboek bepaalde uitzonderingen”, waarbij onder “de bij dit Wetboek bepaalde uitzonderingen” de mogelijkheden tot aanvulling, uitlegging en verbetering moeten worden begrepen. Deze aanvulling van art. 19 Ger.W. getuigt van een verkeerde opvatting over de bedoelde correctiemechanismen. Noch de aanvulling, noch de uitlegging en verbetering zijn uitzonderingen op de uitputting van rechtsmacht, precies omdat zij de rechter niet opnieuw (volledige) rechtsmacht over het geschil verlenen (vgl. G. DE LEVAL, *Eléments de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2005, 232, nr. 164; P. TAELEMAN, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde – Een begrippenstudie*, Mechelen, Kluwer, 2001, 108-109, nr. 152; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Fac.dr.Lg., 1987, 264, nr. 356. Deze auteurs betogen terecht dat de uitlegging en verbetering hoogstens als een “mildering” (*atténuation*) en niet als een uitzondering op de regel van uitputting van rechtsmacht kunnen worden beschouwd).

375. Amendement nr. 4 van BROTCORNE, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 53K0050/004, 4.

Dit houdt in dat het verzuim van de rechter moet blijken uit een vergelijking tussen de respectieve vorderingen van partijen zoals neergeschreven in hun laatste (synthese) conclusie en de vorderingen waarover de rechter daadwerkelijk uitspraak heeft gedaan. De rechtspleging tot aanvulling kan m.a.w. enkel dienen tot herstel van een nalatigheid van de rechter, en niet tot herstel van de nalatigheid van een partij om al haar vorderingen en middelen in haar syntheseconclusie te herhalen.<sup>376</sup>

## AFDELING 4. DOELMATIG FORMALISME – MET VEEL GOEDE EN ENKELE SLECHTE VOORBEELDEN

### § 1. Volgorde voor het opwerpen van excepties

**49 Interne volgorde exceptief verweer van geen tel ...** – Tot voor kort werd eenieder die met de burgerlijke rechtspleging bezig was, geconfronteerd met de – vaak moeilijk te bemeesteren – vraag welke (precieze) volgorde moet worden gerespecteerd wanneer bij het voordragen van het exceptief verweer in een bepaalde zaak, meerdere excepties<sup>377</sup> (vaak in combinatie met een of meerdere middelen van niet-toelaatbaarheid) in beeld kwamen. Zij konden hiervoor wel bogen op teksten van hulpvaardige academici die handige “lijstjes” aanboden<sup>378</sup>, met als enig euvel dat er ook tussen hen geen eensgezindheid bestond over welke nu exact de te volgen volgorde was. De heikle discussies hierover bracht, een aantal jaren terug, een van ons ertoe een (uitmuntende) laatstejaarsstudente uit te nodigen hieraan haar masterproef

376. Zie in dat verband de rechtspraak van het Hof van Cassatie over de interpretatie van art. 748bis *j*<sup>o</sup> 780, eerste lid, 3<sup>o</sup> Ger.W., luidens dewelke de laatste (synthese)conclusie van de partijen alle vorderingen en middelen moet bevatten en de rechter – op straffe van schending van het beschikkingsbeginsel – geen uitspraak *mag* doen over de vorderingen die in eerdere conclusies werden geformuleerd maar niet werden herhaald in de laatste conclusie (Cass. 29 maart 2012, *Ius&Actores* 2012, 65, noot B. BIEMAR, *JT* 2012, 640, noot, *JT* 2012, 640, noot A. DECROES, *JLMB* 2012, 1557, noot B. BIEMAR, *RABG* 2012, 727, noot B. MAES, *TGR-TWVR* 2012, 184, noot en *P&B* 2012, 88, noot E. BREWAEYS). De partij die in haar laatste conclusie de in een eerdere conclusie (of in de gedinginleidende akte) opgenomen vordering niet herneemt, wordt geacht van deze vordering afstand te doen (Cass. 8 maart 2013, *TGR-TWVR* 2013, 187). Zie over het belang en de draagwijdte van de syntheseconclusie B. VANLERBERGHE, “Actualia gerechtelijk recht: procedure en rechtsmiddelen” in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *CBR Jaarboek 2013-2014*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, (1) 45-49, nrs. 53-54; zie ook Kh. Dendermonde 16 mei 2013 (*P&B* 2013, 228) waarin een handige uitweg wordt geboden voor de impasse waarin feitenrechtters kunnen terechtkomen wanneer de laatste conclusie van een partij niet meer bevat dan een aanvulling op of verwijzing naar de eerdere conclusies: “Het kan duidelijk niet de bedoeling zijn dat de Rechtbank slechts rekening zou houden met de laatste conclusies van eiser [die enkel ‘addenda’ bevatte]. Dit zou de goede rechtsbedeling verstoren, aangezien een substantieel gedeelte van de argumentatie hierdoor achterwege blijft. In voormeld opzicht dienen de debatten dan ook heropend te worden, teneinde eiser in staat te stellen syntheseconclusies neer te leggen (...)”.

377. Excepties van nietigheid, onbevoegdheid, gebrek aan rechtsmacht (zie o.m. art. 1682, § 1 Ger.W.), aanhangigheid en samenhang, zekerheidsstelling van de eisende vreemdeling, boedelbeschrijving en beraad ...

378. Zie o.m. B. MAES *et al.*, *Gerechtelijk privaatrecht ... na de hervormingen van 2013-14*, Brugge, die Keure, 2014, 163-164, met de waarschuwing dat men zich bij de rangorde moet hoeden voor overdreven formalisme; J. LAENENS *et al.*, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2012, 97-98, nr. 177; K. WAGNER, *Sancties in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2007, 412, nr. 389; G. DE LEVAL, *Les conclusions en matière civile*, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1981, 23, nr. 28.

te wijden. Het – zeer pragmatische – besluit van haar studie blonk uit in helderheid: “De procedurele excepties die *in limine litis* dienen opgeworpen te worden, moeten in de eerste conclusie – die werd neergelegd – te vinden zijn, ongeacht de volgorde. Ontstaat de oorzaak van een exceptie pas nadat reeds een eerste conclusie werd genomen, dan moet de exceptie in de eerstvolgende akte worden aangevoerd”.<sup>379</sup> Samengevat komt haar zienswijze erop neer dat de exceptie bij de eerst nuttige gelegenheid moet zijn aangevoerd.<sup>380</sup>

Met zijn arrest van 17 oktober 2008<sup>381</sup> onderschreef het Hof van Cassatie dit standpunt, met de precisering dat die excepties<sup>382</sup> in die eerste conclusie<sup>383</sup> moeten worden opgeworpen vooraleer het debat ten gronde wordt aangegaan. Wordt er in een bepaalde zaak niet of niet meteen geconcludeerd, dan past voorzichtigheid, want – anders dan wel eens wordt geleerd<sup>384</sup> – erkent het Hof van Cassatie wel degelijk het bestaan van een mondelinge conclusie. Heeft een partij op een (inleidende) zitting haar principieel akkoord betuigd met een deskundigenonderzoek dat vervolgens door de rechter werd bevolen (en werd uitgevoerd), dan kan zij naderhand niet meer met succes een exceptie van onbevoegdheid aanvoeren die niet van openbare orde is.<sup>385</sup> Wanneer een partij verstek liet gaan en t.a.v. haar een verstekvonnis of vonnis (zoals) op tegenspraak werd gewezen, moet de exceptie worden ingeroepen in de akte van verzet, resp. hoger beroep (vóór de middelen ten gronde). Wanneer een persoon meent dat een op eenzijdig verzoekschrift gewezen beslissing zijn belangen benadeelt, zal die persoon de exceptie moeten voordragen in zijn akte van derdenverzet (vóór de middelen ten gronde).

**50 ... zolang het verweer maar consistent blijft** – Naast de regel dat exceptief verweer moet worden aangevoerd vóór de verweermiddelen ten gronde, moeten pleiters er ook over waken dat wat ze precies vorderen op een heldere, logische en

379. S. AUDOORE, “Bestaat er een volgorde bij het opwerpen van excepties?”, *P&B* 2008, (181) 197, nr. 77. Hiermee sloot deze auteur zich aan bij het standpunt dat twee decennia eerder was ingenomen door A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Fac.dr.Lg., 1987, 109, nr. 112, met verwijzing naar Gent 14 maart 1983, *RW* 1984-85, 690.

380. Vgl. in dezelfde zin B. VAN DEN BERGH, “Cassatie als baken voor een nieuwe koers: de verraderlijke klip van de volgorde van excepties definitief omzeild?” (noot onder Cass. 17 oktober 2008), *TBBR* 2011, (71) 73, nr. 4, voetnoot 16.

381. Cass. 17 oktober 2008, *RABG* 2009, 763, noot P. VANLERSBERGHE en *TBBR* 2011, 70, noot B. VAN DEN BERGH.

382. Het betreft uit hun aard alvast alle excepties die de openbare orde niet raken en die *ex art.* 864, eerste lid Ger.W. “tegelijk en vóór enig ander middel” in de eerste conclusie moeten worden aangevoerd.

383. Wordt er geen conclusie genomen (bv. in het raam van een kortedebattenrechtspleging overeenkomstig art. 735 Ger.W.), dan moet eerst over de excepties worden gepleit en dan pas over de grond (B. VAN DEN BERGH, “Cassatie als baken voor een nieuwe koers: de verraderlijke klip van de volgorde van excepties definitief omzeild?” (noot onder Cass. 17 oktober 2008), *TBBR* 2011, (71) 75, nr. 6, voetnoot 36).

384. J. LAENENS *et al.*, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2012, 473, nr. 1133: “Mondelinge conclusies zijn in een burgerlijke procedure niet mogelijk”.

385. Cass. 28 april 2006, *RABG* 2007, 673; zie ook Cass. 18 maart 2011, *P&B* 2011, 201; B. VAN DEN BERGH, “Cassatie als baken voor een nieuwe koers: de verraderlijke klip van de volgorde van excepties definitief omzeild?” (noot onder Cass. 17 oktober 2008), *TBBR* 2011, (71) 73, nr. 4, voetnoot 16 en nr. 6, voetnoot 36, waarin hij aanstipt dat het, om eventuele bewijsproblemen te voorkomen, aangewezen is op het zittingsblad door de griffier te laten noteren dat de exceptie werd ingeroepen en dat dit gebeurde vóór het debat ten gronde; M. BAETENS-SPETSCHINSKY, “L’ordre des défenses” (noot onder Cass. 21 januari 2010), *JT* 2010, (293) 294, nr. 10.

coherente wijze aan de rechter wordt voorgelegd. Ze moeten er zich bv. voor hoeden, zonder daarbij de nodige verduidelijking of toelichting te verstrekken, aan de appelrechter eerst te vragen dat de bestreden beslissing wordt bevestigd in zoverre de oorspronkelijke eis niet-ontvankelijk wordt verklaard bij gebrek aan belang en vervolgens van die rechter te vorderen dat hij zich zonder rechtsmacht verklaart om van de zaak kennis te nemen. Die les valt te trekken uit een cassatiearrest van 21 januari 2010.<sup>386</sup> Het Hof gaat daarin zeker niet zo ver dat het van een procespartij zou vereisen aan te geven in welke exacte volgorde de door haar ontwikkelde middelen moeten worden onderzocht.<sup>387</sup> Wel wordt terecht verwacht dat er een intern consistent verhaal voor de rechter wordt gebracht. In de burgerlijke rechtspleging vormen conclusies het hart van de rechtspleging, waarmee het behoorlijk besluit- en rechtsvindingsproces van de rechter kan staan of vallen.

## § 2. *Wet 1935 taalgebruik in gerechtszaken*

**51 Artikelen 860-867 Ger.W. niet van toepassing** – De taal van de rechtspleging wordt strak geregeld in de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken (hierna: “wet van 15 juni 1935”). Overeenkomstig artikel 40, eerste lid, zijn de in die wet opgenomen regels voorgeschreven op straffe van nietigheid. Deze nietigheid kan worden opgeworpen door de belanghebbende procespartij, maar moet in voorkomend geval tevens “van ambtswege” (d.i. op eigen initiatief) door de rechter worden uitgesproken.<sup>388</sup> Nog steeds wordt, op basis van het *adagium lex specialis*

386. Cass. 21 januari 2010, *JT* 2010, 293, noot M. BAETENS-SPETSCHINSKY (de vraag rijst of er wegens inbreuk op deze “coherentieplicht” voor de appelrechter geen ander middel voorhanden was dan de toch wel botte bijl van niet-ontvankelijkverklaring (vgl. M. BAETENS-SPETSCHINSKY, “L’ordre des défenses” (noot onder Cass. 21 januari 2010), *JT* 2010, (293) 295, nr. 16, die schuchter maar niettemin terecht refereert aan art. 6 EVRM)). Zeer terecht stipt de annotator van dit arrest aan dat dit vereiste universeel is en toepassing vindt op alle verweer. Bij uitbreiding geldt o.i. hetzelfde voor alle processtukken die aan de rechter worden voorgelegd (vgl. Cass. 4 maart 2010, *RABG* 2010, 699; een onsamenhangende conclusie maakt een schending uit van het recht van verdediging, is niet ernstig te noemen en druis in tegen alle principes van de goede trouw in de procesvoering); in diezelfde zin: Antwerpen 5 februari 2013, *LRB* 2013 (samenvatting), 31 en Brussel 25 januari 2011, *RW* 2013-14, 1268: “de deloyale proceshouding van appellante die erin bestaat onleesbare en ongestructureerde conclusies neer te leggen met gedeeltelijke en onjuiste verwijzingen naar rechtspraak (...) staat (veraf) van wat onder een conclusie moet worden verstaan. Dit brengt echter niet met zich mee dat de vordering van appellante zodoende automatisch onontvankelijk zou zijn. Het hof zal zich echter alleszins beperken tot een antwoord op de enkele helder en duidelijk geformuleerde middelen van appellante (...). Het hof zal daarentegen geen aandacht schenken aan de overige overbodige en onleesbare literatuur en bladvulling van appellante”); H. BOULARBAH en X. TATON, “Les vices de forme et les délais de procédure. Régime général et irrégularités spécifiques” in H. BOULARBAH en J.-F. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Les défenses en droit judiciaire*, Brussel, Larcier, 2010, (101) 113, nr. 16, voetnoot 75. Eenzelfde visie hanteert het Hof van Cassatie waar het middelen in het cassatieberoep, die intern tegenstrijdig zijn, als niet-ontvankelijk afwijst (Cass. 11 september 2001, *RW* 2001-02, 1135; M. BAETENS-SPETSCHINSKY, “L’ordre des défenses” (noot onder Cass. 21 januari 2010), *JT* 2010, (293) 295, nr. 14).

387. Een te strak formalisme zou overigens op gespannen voet komen te staan met de rechtspraak van het EHRM inzake art. 6 EVRM (M. BAETENS-SPETSCHINSKY, “L’ordre des défenses” (noot onder Cass. 21 januari 2010), *JT* 2010, (293) 295, nr. 16; EHRM 30 juli 2009, nr. 18522/06, *Dattel/Luxemburg*, *JT* 2009, 629).

388. Dit ontslaat de rechter er evenwel niet van om het recht van verdediging te eerbiedigen door hetzij de partijen vóór de sluiting van de debatten de gelegenheid te geven hun opmerkingen hierover te formuleren, hetzij overeenkomstig

*derogat generalibus*<sup>389</sup>, vrij algemeen aanvaard dat deze nietigheidssanctie niet valt onder het regime van de artikelen 860-867 Ger.W.<sup>390</sup> Belangenschade moet in het raam van voormeld artikel 40 niet worden aangetoond<sup>391</sup> en het bereiken van het normdoel zou van geen tel zijn.<sup>392</sup>

**52 Eigen verzachtingsregels** – Dit doet niets af aan het feit dat in de wet van 15 juni 1935 zelf ook een aantal “verzachtingsregels” zijn verwerkt. Zo kan de nietigheid worden gedekt: elk niet zuiver voorbereidend<sup>393</sup> vonnis of arrest dat op tegenspraak werd gewezen<sup>394</sup>, dekt de nietigheid van het exploit en van de overige

→ art. 774, tweede lid Ger.W. de debatten te heropenen (vgl. E. BREWAEYS, “Digi-taal op dagvaarding in strijd met taalwet”, *Juristenkrant* 2007, afl. 151, 5).

389. Niet omdat het regelen zou betreffen van gerechtelijke organisatie, maar wel wegens de afwijkende regel vervat onder art. 40 wet 15 juni 1935; *anders*: Beslagr. Luik 16 april 2008, *JLMB* 2009, 1227, noot G. DE LEVAL; P. DAUW, “De nieuwe artikelen 700, 865 en 867 van het Gerechtelijk Wetboek: Blikopeners inzake nietigheden en termijnen” in D. SERRUS (ed.), *Actualia gerechtelijk recht*, Gent, Larcier, 2008, (201) 223; R. SOETAERT, “Het toepassingsgebied van de nietigheidsregeling in de artikelen 860-867 Gerechtelijk Wetboek”, *TPR* 1980, (165) 183, nr. 27.

390. Voor kritiek hierop: K. WAGNER, *Burgerlijk Procesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2014, 759-781, nrs. 867-888; K. WAGNER, “De sanctieregeling in de taalwet van 1935: Quousque tandem abutere patientia nostra?” (noot onder Cass. 29 februari 2009), *TBH* 2010, (234) 237-239, nrs. 8-10.

391. D. LINDEMANS, “Eentalige burgerlijke procesvoering: wat met anderstalige of meertalige proceshandelingen en anderstalige of meertalige stukken?” in VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP BIJ DE BALIE TE BRUSSEL (ed.), *De taal van het proces*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (27) 28, nr. 2.

392. Zie evenwel voor een toepassing van de proportionaliteitstoets wegens het bereikt zijn van het (norm)doel bij een miskenning van de regels vervat in wet 15 juni 1935: Rb. Gent 7 april 2004, *P&B* 2004, 148 (miskening taalwetgeving in de (op zich volledige) adresgegevens van de eiseres in het exploit, maar zonder dat dit bij verweerster ooit enige twijfel heeft doen rijzen omtrent de identiteit van eiseres en zonder dat verweerster op enige wijze door die gewraakte vermelding werd gehinderd in haar verweer in deze procedure).

393. Met een zuiver voorbereidende uitspraak (terminologie die nog dateert van onder gelding van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: WBR), zie art. 452, eerste lid WBR: “*Sont réputés préparatoires les jugements rendus pour l’instruction de la cause, et qui tendent à mettre le procès en état de recevoir jugement définitif*”) wordt een uitspraak bedoeld die erop is gericht de behandeling van de zaak mogelijk te maken zodat over de betwisting een eindbeslissing kan worden geveld. Beslissingen alvorens recht te doen die een onderzoeksmaatregel bevatten, vallen daar in de regel niet onder, m.u.v. de persoonlijke verschijning van partijen (zie art. 452, tweede lid WBR m.b.t. tussenvonnissen; A. BRAAS, *Précis de procédure civile*, Dl. II, Brussel, Bruylant, 1944, 597-600, nrs. 1146-1151). Louter voorbereidende beslissingen zijn te vergelijken met beslissingen of maatregelen van inwendige aard (zie art. 1046 Ger.W.), 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 (vgl. Cass. 26 mei 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1269; zie ook Rb. Gent 7 april 2004, *P&B* 2004, 148: een beschikking overeenkomstig art. 747, § 2 Ger.W. vermag niet een nietigheid ex art. 40 wet 15 juni 1935 te dekken). De niet zuiver voorbereidende en op tegenspraak gewezen beslissing mag zelf niet door een uit de wet 15 juni 1935 voortvloeiende nietigheid zijn aangetast (Cass. 30 april 2014, AR P.14.0312.F, <http://jure.juridat.just.fgov.be>, concl. D. VANDERMEERSCH; Cass. 25 maart 2009, *Pas.* 2009, 797 en *RW* 2010-11, 420, noot A. VANDEPLAS).

394. Waar de wetgever, met zijn opeenvolgende wetswijzigingen, naartoe werkt (zie o.m. art. 747, 748, 804, tweede lid Ger.W. ...) waardoor, ongeacht of de procespartijen al dan niet aanwezig zijn op de rechtsdag, de uitspraak op tegenspraak wordt geveld (wat meteen de mogelijkheid om verzet aan te tekenen sterk heeft beperkt).

akten van rechtspleging<sup>395</sup> (met inbegrip van de pleidooien)<sup>396</sup> die aan dat vonnis of arrest zijn voorafgegaan<sup>397</sup> (art. 40, tweede lid wet van 15 juni 1935). Daarenboven stuiten de, op grond van artikel 40 van de wet van 15 juni 1935, nietig verklaarde akten de termijnen van verjaring en de termijnen van rechtspleging<sup>398</sup> die op straffe van verval zijn voorgeschreven.<sup>399</sup> Die stuiting neemt – anders dan voorheen werd geleerd<sup>400</sup> – pas een einde op het tijdstip waarop partijen (per gerechtsbrief of op een andere wijze) daadwerkelijk kennis kunnen nemen van de rechterlijke beslissing tot vernietiging.<sup>401</sup>

**53 Eentaligheid van de procedure: alle verplichte vermeldingen in de taal van de rechtspleging** – De praktijk wijst uit dat vooral de vereiste van de “eentaligheid” van de rechtspleging<sup>402</sup> – op straffe van nietigheid moet iedere procesakte (het betreft zowel proceshandelingen als gerechtelijke uitspraken)<sup>403</sup> geheel in de taal van de rechtspleging worden opgesteld – vaak aanleiding geeft tot betwisting.

Een akte van rechtspleging wordt, volgens vaststaande rechtspraak van het Hof van Cassatie, geacht geheel in de taal van de rechtspleging te zijn gesteld indien alle vermeldingen vereist voor de processuele regelmatigheid van de akte<sup>404</sup> in die taal

395. Hoewel dit begrip niet nader is omschreven, wordt er gemeenzaam een brede inhoud aan toegekend: “*les actes de procédure sont ceux qui émanent des parties ou de leurs mandataires, des officiers ministériels, des auxiliaires du juge ou encore des experts*” (zie G. CLOSSET-MARCHAL, “Considérations sur l’emploi des langues devant les juridictions civiles, commerciales et du travail du premier degré”, *Ann.dr.Louvain* 1989, (173) 177). Nog volgens deze auteur heeft de wet 15 juni 1935 een ruimere werkkingsfeer dan de eigenlijke proceshandelingen (“*sensu stricto*”), waaronder de handelingen van de rechter niet zijn begrepen (G. CLOSSET-MARCHAL, “Considérations sur l’emploi des langues devant les juridictions civiles, commerciales et du travail du premier degré”, *Ann.dr.Louvain* 1989, (173) 173); vgl. het begrip “proceshandeling” inzake art. 860 Ger.W. (*supra*, nr. 3).

396. Cass. 17 april 1950, *JT* 1950, 422.

397. Wat tot gevolg heeft dat een nietigheid *ex art. 40* wet 15 juni 1935 niet voor het eerst in cassatie kan worden opgeworpen: de bestreden uitspraak heeft de nietigheid immers gedekt, tenzij de nietigheid vóór de uitspraak was opgeworpen maar de rechter ze heeft afgewezen (Vred. Wolvertem 7 maart 1996, *RW* 1996-97, 17), of de betrokken uitspraak zelf is aangetast door nietigheid wegens schending van die wet (Cass. 21 januari 1976, *RW* 1975-76, 2385).

398. De vervaltermijnen die een recht (en de daarop aansluitende rechtsvordering) zelf doen vervallen (de zgn. *délais préfix* ou *de forclusion*; zie *supra*, nrs. 20 en 22) worden niet gestuit (Cass. 1 maart 1993, *Arr.Cass.* 1993, 240; H. BOULARBAH en X. TATON, “Les vices de forme et les délais de procédure. Régime général et irrégularités spécifiques” in H. BOULARBAH en J.-F. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Les défenses en droit judiciaire*, Brussel, Larcier, 2010, (101) 132-133, nr. 58).

399. Zie Cass. 6 februari 1997, *Pas.* 1997, 177 en Cass. 8 augustus 1994, *Arr.Cass.* 1994, 685: de stuiting van de termijn vangt aan op datum van de indiening van de naderhand nietig verklaarde akte (en loopt tot op de dag van die beslissing tot nietigverklaring).

400. Cass. 6 februari 1997, *Pas.* 1997, 177; Cass. 8 augustus 1994, *Arr.Cass.* 1994, 685; Antwerpen 9 januari 2006, *NJW* 2007, 320, noot D. SCHEERS; zie ook D. LINDEMANS en M. VAN REYBROUCK, “Art. 40 Wet Talen Gerechtszaken” in *Comm.Ger.*, Mechelen, Kluwer, 2001, lobsl., 8, nr. 8 en de verwijzingen daar.

401. GwH 6 december 2012, nr. 149/2012, *Arr.GwH* 2012, 2273, *Juristenkrant* 2013 (weergave E. BREWAEYS), afl. 262, 7, *JT* 2014, 322, noot F. GOSSELIN, *RABG* 2013, 306, noot E. BREWAEYS en *RW* 2012-13, 1330, noot (zie *supra*, nr. 19 voor een bespreking van dit arrest).

402. Zie art. 1, 2, *2bis* en 3 wet 15 juni 1935, die voorzien dat de gehele rechtspleging in betwiste zaken eentalig wordt gevoerd, d.i. in het Nederlands, Frans of Duits, naargelang de plaats waar de zetel van de betrokken rechtbank is gevestigd.

403. L. LINDEMANS, *Taalgebruik in gerechtszaken* in *APR*, Gent, Story-Scientia, 1973, 20, nr. 25.

404. Dit vereiste slaat bijgevolg niet op anderstalige stukken die in het raam van de procedure worden bijgebracht (D. LINDEMANS, “Eentalige burgerlijke procesvoering: wat met anderstalige of meertalige proceshandelingen en



zijn gesteld.<sup>405</sup> Die vermeldingen zijn o.m. terug te vinden in artikel 702 Ger.W. (dagvaardingsexploot), artikel 780 Ger.W. (vonnis), artikel 1026 Ger.W. (eenzijdig verzoekschrift), artikel 1034<sup>ter</sup> Ger.W. (verzoekschrift op tegenspraak) en artikel 1057 Ger.W. (akte van hoger beroep). Voor de rechtsgeldigheid van de betrokken procesakte schrijven deze bepalingen o.m. telkens de opname voor van tekst (die “grieven”, “middelen”, “gronden”, “antwoord op conclusies en middelen” ... worden genoemd) die in de procestaal moet zijn gesteld.<sup>406</sup> Er is evenwel geen inbreuk op het vereiste van de eentaligheid indien een in dit processtuk opgenomen anderstalige vermelding wordt vertaald in de procestaal, of indien de zakelijke inhoud ervan in de procestaal wordt weergegeven.<sup>407</sup>

Dit “strengere”<sup>408</sup> vereiste werd in de voorbije jaren toch wel aanzienlijk verzacht, i.h.b. in de rechtspraak van het Hof van Cassatie<sup>409</sup>, die hiermee ook op dit (gevoelige) vlak de kaart van de deformalisering trekt en met een functionele interpretatie van de regelgeving een pragmatische koers vaart.<sup>410</sup>

→ anderstalige of meertalige stukken?” in VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP BIJ DE BALIE TE BRUSSEL (ed.), *De taal van het proces*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (27) 31-32, nrs. 11-14) (zie over de taal van overtuigingsstukken ook *infra*, nr. 59).

405. Zie o.m. Cass. 10 april 2013, *Pas.* 2013, 851; Cass. 5 januari 2012, *Ius&Actores* 2012, 77 en *Info@law* 2013, 29, noot; Cass. 17 juni 2010, *Pas.* 2010, 1917; Cass. 16 november 2009, *TGR-TWVR* 2010, 92; Cass. 6 juni 2008, *Pas.* 2008, 1434; Cass. 22 april 2008, *Pas.* 2008, 981; Cass. 29 mei 1995, *Arr.Cass.* 1995, 522; zie ook D. LINDEMANS, “Eentalige burgerlijke procesvoering: wat met anderstalige of meertalige proceshandelingen en anderstalige of meertalige stukken?” in VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP BIJ DE BALIE TE BRUSSEL (ed.), *De taal van het proces*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (27) 44, nr. 40.

406. N. CLJMANS, “De vereiste ééntaligheid van de akten van rechtspleging” (noot onder Cass. 18 oktober 2004), *RABG* 2005, (860) 861, nr. 4, die de vraag opwerpt of conclusies niet ontsnappen aan de vereiste van de eentaligheid, aangezien voor het opstellen van die proceshandeling geen op straffe van een sanctie voorgeschreven (vorm)vereisten gelden (vgl. art. 741-748<sup>bis</sup> Ger.W.). Zie ook N. CLJMANS, “Taalgebruik in gerechtszaken. Quid met het gebruik van Latijnse termen in het vonnis?” (noot onder Cass. 19 september 2006), *RABG* 2007, (270) 271, nr. 2; H. BOULARBAH en J. ENGLEBERT, “Questions d’actualité en procédure civile” in G. DE LEVAL (ed.), *Actualités en droit judiciaire*, Brussel, Larcier, CUP, 2005, (43) 134-135. Met LINDEMANS zijn we van oordeel dat de essentie van de conclusie in de procestaal moet zijn gesteld (D. LINDEMANS, “De eentalige akte in de Gerechtstaalwet”, *P&B* 2008, (321) 329, nr. 24). Zie evenwel Cass. 12 april 2005, *Arr.Cass.* 2005, 854: in zoverre de memorie in cassatie (die evenmin onderworpen is aan enige (op straffe van sanctie voorgeschreven) vormvereisten) niet in de taal van de procedure is opgesteld, is ze niet-ontvankelijk.

407. Cass. 5 januari 2012, *Info@law* 2013, 29, noot en *Ius&Actores* 2012, 77; Cass. 29 september 2011, *RW* 2011-12, 1036, noot W. VAN NIEUWENHOVE (in dit arrest maakte het Hof ook duidelijk dat niet vereist is dat de vertaalde zakelijke inhoud zelf uitdrukkelijk aangeeft dat het een weergave is van de in een vreemde taal vermelde (wet)tekst); Cass. 19 juni 2009, *TBH* 2010, 244, noot K. WAGNER; Cass. 2 april 2003, *Pas.* 2003, 720; Cass. 27 maart 2003, *Pas.* 2003, 670; Cass. 8 juni 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1066; Cass. 14 april 2000, *Arr.Cass.* 2000, 798.

408. Vgl. P. VERGUTS, “Taal van de procedureakten: Dura lex sed lex” (noot onder Antwerpen 2 februari 2004), *ETL* 2004, 220-226.

409. Feitenrechtters deden wel eens lastig: zie Vred. Turnhout 24 mei 2007, *NJW* 2007, 661, noot N. PEETERS: een dagvaarding moet klaar en duidelijk zijn en mag geen “geheime, niet-interpreteerbare, niet-toegankelijke code” bevatten; een barcode op een dagvaardingsexploot is in strijd met de taalwetgeving en met de behoorlijke procesvoering. Terecht *anders*: Kh. Kortrijk 29 mei 2008, *P&B* 2008, 360 en Pol. Brugge 8 november 2010, *RW* 2010-11, 1656: een barcode die op een exploit van dagvaarding staat afgedrukt, bevat geen enkele essentiële vermelding van een exploit van dagvaarding. In die zin vormt de aanwezigheid van een barcode op een dagvaarding geen overtreding van art. 40 wet 15 juni 1935 en geeft dit dus geen aanleiding tot nietigheid van het exploit.

410. Waaraan de gestaag voortschrijdende internationalisering zeker niet vreemd is (vgl. J. LAENENS, “De gulden middenweg in de taalwetgeving” (noot onder Cass. 18 oktober 2004), *RW* 2005-06, (547) 547, nrs. 3 en 5; B. DEJEMEPE, “Une langue peut en révéler une autre” (noot onder Cass. 22 mei 2009), *JT* 2009, (407) 408, nr. 7: “Il serait plus

**54 Toelichting op een grief** – Waar het aan de appellant staat om te beoordelen hoe gedetailleerd hij zijn grieven in zijn akte van hoger beroep uiteenzet, moeten de argumenten ter ondersteuning van die grieven eveneens in de taal van de rechtspleging worden verwoord.<sup>411</sup> Maar een toelichting op of een illustratie van zo een grief of ondersteunend argument – bv. onder de vorm van een citaat in een andere taal (uit de rechtspraak<sup>412</sup> of uit een handboek<sup>413</sup>) – mag zonder miskenning van het taalgebruik in gerechtszaken in een andere taal worden vermeld.<sup>414</sup> Het Hof gaf ook aan dat uit de lectuur van het geheel van de betrokken procesakte overigens vaak zal blijken dat de zakelijke inhoud van die anderstalige elementen wel degelijk (op een of andere manier) ook in de taal van de rechtspleging wordt weergegeven.

**55 Anderstalige woorden** – Betreffende het gebruik van – vaak Engelstalige – (bedrijfs)terminologie, zonder vertaling, toont het Hof van Cassatie zich (terecht) ook van zijn soepele zijde. Het overnemen, in het beschikkende gedeelte van het bestreden vonnis van de arbeidsrechtbank te Brussel, van een aantal managementfuncties met hun bedrijfsinterne Engelse benaming (o.m. *sales manager, professional services & solutions manager, maintenance contract manager, chief accountant & HR manager, head of marketing and communications, ICT supervisor*), werd niet strijdig bevonden met artikel 37 van de wet van 15 juni 1935 dat voorziet dat vonnissen en arresten worden gesteld in de taal van de rechtspleging.<sup>415</sup> De woorden *no cure no pay, fieldworker, W.C. madame, sanitaire manager* en *extremely upgraded titles*, werden door het Hof beschouwd als uitdrukkingen die, in de Nederlandse taal, in het gewoon spraakgebruik en dat van het bedrijfsleven zijn ingeburgerd. De opname van deze woorden in een uitspraak, zonder vertaling of weergave in de taal van de rechtspleging van de zakelijke inhoud ervan, leidt niet tot de nietigheid van de uitspraak.<sup>416</sup>

---

→ *conforme à notre temps d'autoriser le juge à s'attacher à une interprétation fonctionnelle de la loi et à apprécier concrètement les défauts linguistiques, de sorte qu'il ne sanctionne que ceux qui constituent des abus de procédure. Du point de vue des droits de la défense, on voit mal le grief qui pourrait être tiré du fait qu'un plaideur ou un juge use d'une citation soumise à la contradiction des parties et dont personne n'a demandé la traduction*"

411. Cass. 18 oktober 2004, *Juristenkrant* 2004 (weergave E. BREWAEYS), afl. 99, 6, *RW* 2005-06, 547, noot J. LAENENS en *RAGB* 2005, 854, noot N. CLJMANS. Zie ook Cass. 26 september 2005, *Arr.Cass.* 2005, 1746; ook feitelijke gegevens ter ondersteuning van de gegrondheid van het hoger beroep behoren tot de grieven die in het debat worden gebracht en waarvan de geïntimeerde moet kunnen kennisnemen in de taal van de rechtspleging.

412. Cass. 17 juni 2010, *Pas.* 2010, 1917 (referentie aan anderstalige rechtspraak van het Hof van Justitie); Cass. 5 januari 2012, *Info@law* 2013, 29, noot en *Ius&Actores* 2012, 77; eiser in cassatie had in zijn akte van hoger beroep als grief aangevoerd dat hij in het beroepen vonnis ten onrechte als bestuurder van zijn motorfiets werd beschouwd, zodat hij niet de bescherming van de zwakke weggebruiker genoot in de zin van art. 29bis WAM-Wet. Ter staving van dit standpunt verwees eiser naar een zestal rechterlijke beslissingen waarin op basis van door de eiser aangehaalde criteria werd beslist dat bepaalde personen geen bestuurder waren. Een van deze voorbeelden betrof een vonnis van de politierechtbank te Luik, dat in het Frans werd geciteerd. Het Hof van Cassatie oordeelde dat uit het geheel van de door de eiser in zijn akte van hoger beroep aangevoerde grieven en argumenten bleek dat de zakelijke inhoud van de in het Frans gestelde aanhaling in die akte werd weergegeven.

413. Cass. 19 juni 2009, *TBH* 2010, 244, noot K. WAGNER.

414. Zie ook de verwijzingen in voetnoot 75 bij N. CLJMANS, "De vereiste ééntaligheid van de akten van rechtspleging" (noot onder Cass. 18 oktober 2004), *RAGB* 2005, (860) 861, nr. 4.

415. Cass. 7 maart 2005, *Arr.Cass.* 2005, 549 en *Juristenkrant* 2005 (weergave E. BREWAEYS), afl. 110, 16.

416. Cass. 20 december 2004, *RW* 2005-06 (verkort), 556.

Het gebruik van de woorden “*stand alone*” (eveneens tussen dubbele aanhalingstekens geplaatst in de bestreden beslissing), schond in de visie van het Hof evenmin de wet van 15 juni 1935, omdat de bekritiseerde overweging waarin deze woorden werden gebruikt uit haar context verstaanbaar en zinnig is.<sup>417</sup> De termen “*convention de remboursement*”, “*convention de délégation*”, “*convention relative à un emprunt obligatoire convertible*” en “*transfer of a claim and connected option rights as payment of a debt*”, telkens aangehaald tussen enkelvoudige aanhalingstekens, die de benaming zijn van verschillende overeenkomsten die tussen de in het geding betrokken partijen werden gesloten en die in het bestreden arrest nader werden beschreven door o.m. de vermelding van het voorwerp van die overeenkomsten, werden niet strijdig bevonden met de wet van 15 juni 1935.<sup>418</sup>

**56 Datumvermelding in andere taal** – De enkele omstandigheid dat een akte die in de taal van de procedure was opgesteld een (vermelding van een) datum bevat die in het Engels is gesteld, doet voor het Hof geen afbreuk aan de eentaligheid van die akte omdat de betrokken vermelding, gelet op haar aard, in het maatschappelijk verkeer voor eenieder probleemloos te begrijpen is.<sup>419</sup>

**57 Adagia** – Ook het gebruik van in de rechtstaal algemeen gekende en aanvaarde uitdrukkingen of *adagia* (*accessorium sequitur principale*<sup>420</sup>, *nul ne plaide par procureur*<sup>421</sup>, *quod non*<sup>422</sup>) – ook al worden die verwoord in een andere taal dan die van de rechtspleging – wordt door het Hof van Cassatie aanvaard. Reden daartoe is de vaststelling dat dergelijke uitdrukkingen deel uitmaken van de rechtstaal (in een groot aantal landen van de EU) en wegens die taaleigenheid geen afbreuk doen aan het eentaligheidsvereiste. Het Hof steunde zich eerder ook op het gegeven dat de betrokken (Latijnse) uitdrukking overtollig was om de uitspraak te begrijpen (“quod non, wat [deze woorden] ook moge betekenen”).<sup>423</sup> Nagaan of de uitdrukking voorkomt in de “algemeen gebruikte woordenboeken” – criterium gehanteerd door het Hof van Cassatie in zijn voormeld arrest van 19 september 2006 (zie noot 408) – werd terecht als weinig geschikt geacht, wegens het evolutieve karakter van taal en het gegeven dat de rechtstaal ruimer is dan in deze werken doorgaans te vinden is.<sup>424</sup>

417. Cass. 20 februari 2009, *TBH* 2010, 233, noot K. WAGNER: uit de term “daarentegen” bleek dat het anderstalige begrip *stand alone* moest worden begrepen als het tegenovergestelde van het – in de taal van de rechtspleging gestelde – begrip “samenvoeging”.

418. Cass. 16 maart 2007, *Arr.Cass.* 2007, 639 en *Juristenkrant* 2007 (weergave E. BREWAEYS), afl. 157, 24 (foutief gedateerd op 17 maart 2007).

419. Cass. 26 oktober 2010, *P&B* 2011, 131.

420. Cass. 16 maart 2007, *Arr.Cass.* 2007, 639 en *Juristenkrant* 2007 (weergave E. BREWAEYS), afl. 157, 24 (foutief gedateerd op 17 maart 2007).

421. Cass. 22 mei 2009, *JT* 2009, 407, noot B. DEJEMEPPE, *NJW* 2009, 900, noot A. VANDERHAEGHEN en *RW* 2009-10, 671, noot D. LINDEMANS.

422. Cass. 19 september 2006, *P&B* 2008, 335, noot en *RABG* 2007, 267, noot N. CLIJMANS.

423. *Ibid.*

424. D. LINDEMANS, “Eentalige burgerlijke procesvoering: wat met anderstalige of meertalige proceshandelingen en anderstalige of meertalige stukken?” in VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP BIJ DE BALIE TE BRUSSEL (ed.), *De taal van het*

**58 Adresgegevens** – Adressen uit *eentalige gebieden* moeten in de taal van dat gebied<sup>425</sup> worden vermeld. Het is niet verboden ze daarnaast in het processtuk ook te vertalen in de taal van de rechtspleging. Geen enkele bepaling van de wet van 15 juni 1935 vereist immers dat de woonplaats van de partijen uitsluitend in de taal van die woonplaats wordt vermeld.<sup>426</sup>

De wet van 15 juni 1935 staat er niet aan in de weg dat een in het buitenland gelegen adres wordt weergegeven in de taal van die plaats, ook al is die niet dezelfde als de taal van de rechtspleging (bv. “voorheen gedomicilieerd te 9554 Wiltz, Groot-Hertogdom Luxemburg, rue du Pont 33, thans 9157 Heiderscheid, Groot-Hertogdom Luxemburg, Am Esch 6”). De vermelding in de taal van de plaats is immers noodzakelijk voor de doeltreffendheid van een eventuele kennisgeving of betekening.<sup>427</sup>

Traditioneel oordeelde het Hof van Cassatie dat adressen uit het *tweetalige gerechtelijk arrondissement Brussel*, op straffe van nietigheid, in de taal van de rechtspleging in de processtukken moeten worden vermeld<sup>428</sup> (zonder dat het verboden is ze *tevens* in hun andere (officiële) taal te vermelden). Een vermelding, in een in het Nederlands voor een rechtbank in de provincie Antwerpen gevoerde procedure, van een adres uit Vorst als “Avenue des Villas” miskende die regel en leidde tot nietigheid.<sup>429</sup> Een versoepeling in die (strengere) rechtspraak is te ontwaren in een arrest van 21 september 2007, waarin het Hof oordeelde dat aan het eentalig karakter van een door het hof van beroep te Luik in het Frans gesteld arrest geen afbreuk wordt gedaan wanneer de woonplaats van een van de partijen in het Nederlands wordt vermeld, terwijl die woonplaats gelegen is in een gemeente van de Brusselse agglomeratie.<sup>430</sup>

Voor adressen in *faciliteitengemeenten* mag de hoofdtaal van het taalgebied worden gebruikt: in een in het Frans gevoerde procedure wordt geen afbreuk gedaan aan het vereiste van eentaligheid van de akte van hoger beroep wanneer daarin de woonplaats van appellant en de woon- of verblijfplaats van geïntimeerde in het Nederlands worden vermeld, wanneer deze plaatsen in het Nederlandse taalgebied zijn gelegen, ook

→ *proces*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (27) 41, nrs. 33 en 47; D. LINDEMANS, “Schipperen tussen taaleigenheid, anderstaligheid en aantasting van eentaligheid” (noot onder Cass. 22 mei 2009), *RW* 2009-10, (672) 573, nrs. 5 en 8 en 574, nrs. 8-10.

425. Cass. 12 april 2005, *Arr.Cass.* 2005, 855; Antwerpen 10 december 2012, *NJW* 2014, 30, noot C. VAN SEVEREN: overeenkomstig art. 1057, 3° Ger.W. vermeldt de akte van hoger beroep op straffe van nietigheid de woon- of verblijfplaats van de gedaagde in hoger beroep. Door het in het Vlaamse Gewest gelegen adres enkel in het Frans te vermelden en niet in de taal van de rechtspleging (het Nederlands), schendt de akte van hoger beroep art. 24 wet 15 juni 1935 en moet ze bijgevolg ambtshalve nietig worden verklaard. Zie ook Cass. 14 september 1996, *Pas.* 1996, I, 1113: wanneer partijen bij hun verschijning en in hun conclusies in een in het Frans gevoerde rechtspleging, hun – in het Nederlandse taalgebied gesitueerde – adressen in het Nederlands hebben opgegeven, is wettig het vonnis of het arrest dat die adressen overneemt zoals die partijen ze hebben opgegeven.

426. Cass. 19 januari 2010, *Pas.* 2010, 202.

427. Cass. 3 april 2007, *Arr.Cass.* 2007, 741.

428. Cass. 29 mei 1995, *RW* 1995-96, 683 (“Wimpelbergstraat” i.p.v. “Rue du Wimpelberg”); Cass. 24 mei 1993, *RW* 1993-94, 443 (“Groenstraat” i.p.v. “Rue Verte”).

429. *Rb.* Turnhout 10 januari 2003, *RW* 2004-05, 1278.

430. *Cass.* 21 september 2007, *Arr.Cass.* 2007, 1725.

al is het in een gemeente (Voeren) met een bijzonder taalstatuut *ex* artikel 8 van de wet van 18 juli 1966 op het gebruik van talen in bestuurszaken.<sup>431</sup>

**59. Taal van (overtuigings)stukken** – In een arrest van 8 maart 2012<sup>432</sup> oordeelde het Hof van Cassatie dat de enkele omstandigheid dat een stuk dat niet – of niet geheel – in de taal van de rechtspleging is gesteld, wordt gehecht aan een akte van rechtspleging zonder dat dit is vereist voor de geldigheid van de akte van rechtspleging en zonder dat de inhoud ervan in die akte van rechtspleging wordt aangehaald (bv. inlichtingen uit het rijksregister), niet tot gevolg heeft dat de akte van rechtspleging niet in de taal van de rechtspleging is gesteld.<sup>433</sup> Reeds in vroegere arresten gaf het Hof van Cassatie blijk van zin voor evenwicht en nuance wat de “verkeerde” taal van (overtuigings)stukken betreft.<sup>434</sup> Zo oordeelde het Hof dat de wering van stukken uit de debatten die in een vreemde taal zijn gesteld, louter omdat er geen vertaling is bijgevoegd, het recht van verdediging miskent.<sup>435</sup> Overigens voorziet artikel 8 van de wet van 15 juni 1935 in een eigen regeling ter “regularisatie” van stukken die in een andere taal dan die van de rechtspleging zijn gesteld: de rechter kan, op verzoek van de partij(en) tegen wie de stukken worden ingeroepen, de vertaling bevelen in de taal van de rechtspleging.<sup>436</sup> In contrast hiermee staat een arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 20 juni 2011, waarin werd geoordeeld dat het feit dat de inventaris van de stukken van een procespartij – die door het hof (betwistbaar) wordt gekwalificeerd als een “akte van rechtspleging” in de zin van de wet van 15 juni 1935 – niet volledig in de taal van de procedure is opgesteld, ertoe leidt dat de inventaris nietig is, wat op zijn beurt impliceert dat het hof geen kennis kan nemen van de – in de taal van de rechtspleging gestelde – overtuigingsstukken.<sup>437</sup>

Wat het gebruik van (de inhoud van) die anderstalige stukken in een processtuk betreft, is voorzichtigheid geboden: een vonnis dat zijn beslissing grondt op een anderstalig stuk dat in dat vonnis (louter) in de andere taal wordt weergegeven, zonder dat die anderstalige zin of passus vertaald wordt of de draagwijdte ervan in de taal van de rechtspleging wordt weergegeven, schendt de taalwetgeving.<sup>438</sup>

431. Cass. 7 juni 2007, *Pas.* 2007, 1177 en *RW* 2009-10, 1254, noot.

432. Cass. 8 maart 2012, *Info@law* 2013, 24, concl. G. Dubrulle en *RABG* 2012, 735, noot R. Verbeke.

433. Vgl. evenwel Kh. Turnhout 3 december 2012, *RW* 2014-15, 674: “De betreffende bijlage bevat een opsomming van facturen en creditnota’s, waarop NV K.B. haar vordering baseert, maakt deel uit van ‘het onderwerp en een korte samenvatting van de middelen’, die de dagvaarding moet vervatten, en maakt aldus één geheel uit met de dagvaarding”.

434. K. WAGNER, “De sanctieregeling in de taalwet van 1935: Quousque tandem abutere patientia nostra?” (noot onder Cass. 29 februari 2009), *TBH* 2010, (234) 240, nr. 14.

435. Cass. 14 november 1997, *Pas.* 1997, I, 1185; Cass. 11 september 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 27.

436. De vertaling van overtuigingsstukken gesteld in een andere taal dan de taal van de rechtspleging is slechts vereist wanneer de partij tegen wie de stukken ingeroepen worden of de rechters die het geschil moeten beslechten de andere taal onvoldoende machtig zijn (Kh. Brugge (afd. Oostende) 21 maart 1991, *RW* 1990-91, 1445).

437. Antwerpen 20 juni 2011, *NJW* 2012, 726, noot A. VANDERHAEGHEN.

438. Cass. 16 september 2004, *P&B* 2005, 39; Cass. 30 mei 1996, *Arr.Cass.* 1996, 522. Dit arrest moet o.i. worden geïnterpreteerd in de zin dat er geen schending van de taalwetgeving voorligt zolang uit het geheel van de in de

### § 3. Inschrijving in de Kruispuntbank van Ondernemingen

**60. Bijgestelde regels opgenomen in Boek III WER** – Met ingang van 9 mei 2014 werd de regelgeving betreffende de Kruispuntbank van Ondernemingen en erkende ondernemingsloketten opgenomen onder Boek III, Titel 2 van het Wetboek van Economisch Recht<sup>439</sup> (hierna: “WER”). De wet van 16 januari 2003 tot oprichting van een Kruispuntbank van Ondernemingen, tot modernisering van het handelsregister, tot oprichting van erkende ondernemingsloketten en houdende diverse bepalingen, werd met ingang van voormelde datum opgeheven.<sup>440</sup>

De exceptie van onontvankelijkheid wegens niet-inschrijving, niet-vermelding van de inschrijving, resp. het niet-ingeschreven zijn in dit register voor de activiteit waarop de vordering betrekking heeft – voorheen geregeld door artikel 14 van de wet van 16 januari 2003 –, is thans terug te vinden onder artikel III.26 WER. Beide bepalingen zijn inhoudelijk niet volkomen identiek aan elkaar. De wetgever gaf aan van de gelegenheid gebruik te hebben gemaakt om, enerzijds, de regels in overeenstemming te brengen met het antwoord op een prejudiciële vraag dat het Arbitragehof in zijn arrest nr. 46/2007 van 21 maart 2007<sup>441</sup> gaf en, anderzijds (en aansluitend daarop), de bepaling onder te verdelen in paragrafen.<sup>442</sup> Tevens werd een inhoudelijk verschil tussen de Nederlandstalige, resp. Franstalige tekstversie van de wet weggewerkt, in lijn met het arrest van het Hof van Cassatie van 28 mei 2010.<sup>443</sup> In artikel III.26 WER werden

→ procesakte – in de taal van de rechtspleging opgenomen – vermeldingen blijkt dat de zakelijke inhoud van het in de “vreemde” taal geciteerde overtuigingsstuk is weergegeven. Wagner maakt hierbij de bedenking of bestraffing wel op zijn plaats is in gevallen waarin de betreffende “vreemde” taal overeenkomt met de door de partijen zelf gebruikte taal in hun (handels)betrekkingen (K. WAGNER, “De sanctieregeling in de taalwet van 1935: Quousque tandem abutere patientia nostra?” (noot onder Cass. 29 februari 2009), *TBH* 2010, (234) 241, nr. 15); vgl. voormeld cassatiearrest van 16 maart 2007 (*Arr.Cass.* 2007, 639) en de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof inzake het taalregime in Brusselse arbeidsgeschillen, volgens dewelke voorrang moet worden gegeven aan het criterium van de taal van de sociale betrekkingen tussen werknemer en werkgever boven die van de lokalisatie van het adres van de verweerder (GwH 23 januari 2014, nr. 11/2014, *JT* 2014, 322, noot F. GOSSELIN en *NJW* 2015, 15, noot C. VAN SEVEREN; GwH 16 september 2010, nr. 98/2010, *JT* 2011, 263, noot F. GOSSELIN en *Juristenkrant* 2010 (weergave W. VANDEPUTTE), afl. 216, 20); zie ook C. VAN SEVEREN, “Taalgebreken in gerechtszaken” (noot onder Antwerpen 3 november 2014), *NJW* 2015, 646-647.

439. Titel 2 (art. III.15-III.73) werd ingevoegd bij art. 4 van de wet van 17 juli 2013 (*BS* 14 augustus 2013, ed. 2), met ingang van 9 mei 2014 (art. 1 KB 26 maart 2014 (*BS* 28 april 2014, ed. 1)).

440. Art. 9 voornoemde wet 17 juli 2013.

441. Arbitragehof 21 maart 2007, nr. 46/2007, *Arr.GwH* 2007, 647.

442. MvT bij het wetsontwerp houdende invoeging van Boek III “Vrijheid van vestiging, dienstverlening en algemene verplichtingen van de ondernemingen”, in het Wetboek van Economisch Recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek III en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan boek III, in boeken I en XV van het Wetboek van Economisch Recht, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 53K2741/001, 11: “Het artikel III.26 herneemt het artikel 14 van de KBO-Wet. De structuur van dit artikel werd echter gewijzigd om conform te zijn aan het arrest van het Grondwettelijk Hof (arrest 46/2007). Inderdaad, zoals het was opgesteld kon het artikel geïnterpreteerd worden als enkel van toepassing zijnde op ondernemingen waarvan de vordering werd ingediend bij deurwaardersexploot. Hoewel echter de leden 1 tot 3 enkel betrekking hebben op dat laatste geval, is lid 4 van toepassing onafhankelijk van het feit of de vordering al dan niet bij deurwaardersexploot is ingediend. Het artikel werd dan ook verdeeld in twee paragrafen. Paragraaf 1 betreft de ontvankelijkheid van de bij deurwaardersexploot ingediende vorderingen, en paragraaf 2 is een algemene regel van ontvankelijkheid van vorderingen naar gelang van het maatschappelijke doel van de onderneming die de vordering indient of de activiteiten waarvoor de onderneming is ingeschreven”.

443. Cass. 28 mei 2010, *JT* 2011, 6, noot X. TATON en *TRV* 2011, 195, noot F. PARREIN: “Blijkens de parlementaire

twee hypothesen verwerkt die voor een correcte bespreking van de toepasselijk sanctie van elkaar moeten worden onderscheiden.

Artikel III.27 WER is op zijn beurt een louter taalkundig bijgestelde kopie van artikel 15 van de wet van 16 januari 2003.

**61. Eerste hypothese: niet-vermelding KBO-nummer** – De eerste hypothese betreft de niet-vermelding van haar ondernemingsnummer in het op verzoek van de eisende partij opgestelde gedinginleidend gerechtsdeurwaardersexploot (art. III.26, § 1, eerste en tweede lid WER).

De partij tegen wie de in dit exploot vervatte vordering is gericht, beschikt o.i. over een dubbele actiemogelijkheid.

Allereerst kan zij, *in limine litis*, een exceptie van relatieve nietigheid (*ex art. 43, 2° j° art. 860-861, art. 864, eerste lid en art. 867 Ger.W.*) opwerpen. Hierbij zal ze, wil ze hiermee succesvol zijn, een geschonden belang resp. het niet-bereiken van het normdoel moeten kunnen aantonen, wat niet voor de hand ligt.<sup>444</sup>

Daarnaast – en beide vormen van (exceptief) verweer kunnen worden gecombineerd – kan zij zich tot aan het in beraad nemen van de zaak beroepen op de sanctie van “onontvankelijkheid”<sup>445</sup> waarvan sprake is in artikel III.26, § 1, derde lid WER. Het

→ voorbereiding wilde de wetgever dat de in artikel 14, vierde lid, van de wet van 16 januari 2003 bedoelde grond van niet-ontvankelijkheid slechts vóór elke andere exceptie of elk ander verweer mocht worden aangevoerd. Indien die grond van niet-ontvankelijkheid enkel zou worden aangenomen als er andere gronden van niet-ontvankelijkheid zouden worden aangevoerd, zou trouwens de bepaling waarin zulks is vastgelegd elke betekenis verliezen”. Zie hierover ook B. SMEKENS, “De sancties van onontvankelijkheid in art. III.26 Wetboek van Economisch Recht – Kritische evaluatie met rechtspraakanalyse”, *P&B* 2014, (83) 83-84, nr. 1; X. TATON, “Inscription à la B.C.E. et demande en justice: la Cour de cassation répare une des inadvertances du législateur de 2003” (noot onder Cass. 28 mei 2010), *JT* 2011, 7-8; F. PARREIN, “Overschrijding van het statutaire doel en de KBO-Wet” (noot onder Cass. 28 mei 2010), *TRV* 2011, (198) 198-199, nr. 2.

444. Het volstaat o.i. niet dat de inschrijving in de KBO de openbare orde zou raken (B. SMEKENS, “De sancties van onontvankelijkheid in art. III.26 Wetboek van Economisch Recht – Kritische evaluatie met rechtspraakanalyse”, *P&B* 2014, (83) 99, nr. 22 en 100, nr. 25), opdat de miskenning van deze regel zou resulteren in belangenschade voor de gedaagde partij.

445. Deze sanctie is onvakkundig geijkt, omdat ze – zelfs als ze doel treft – er niet aan in de weg staat dat de eisende partij haar vordering na die onontvankelijkheid opnieuw instelt, uiteraard mits uiterlijk op dat moment over een KBO-inschrijving te beschikken. Wij zijn het dan ook niet eens met het onderscheid dat SMEKENS maakt tussen de in art. III.26 WER voorziene hypothesen wat de mogelijkheid betreft om de vordering opnieuw in te stellen (B. SMEKENS, “De sancties van onontvankelijkheid in art. III.26 Wetboek van Economisch Recht – Kritische evaluatie met rechtspraakanalyse”, *P&B* 2014, (83) 89, nr. 8). In alle in art. III.26 WER voorziene gevallen strekt de onontvankelijkheidsverklaring zich alleen uit tot (het niveau van) de eis en wordt het onderliggende recht en de bijbehorende rechtsvordering onverlet gelaten, zodat in principe niets verhindert dat de vordering nadien opnieuw wordt ingesteld (mits er (nog steeds) sprake is van een rechtmatig belang in hoofde van de eiser en er geen verjaring is ingetreden). De sanctie kwalificeren als een gebrek aan “hoedanigheid” (K. WAGNER, *Sancties in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2007, 123, nr. 87) lijkt ook ongepast, althans wanneer wordt gedoeld op hoedanigheid *ex art. 17 Ger.W.* dat betrekking heeft op de band tussen degene die in rechte optreedt (het *ius agendi* uitoefent) en het ter betwisting staande recht. Anders is het wanneer “hoedanigheid” wordt begrepen in de betekenis van “onderneming”

staat krachtens deze bepaling ook aan de rechter om ambtshalve na te gaan of het ondernemingsnummer al dan niet is vermeld en, bij gebreke hieraan, de eisende partij een termijn<sup>446</sup> te verlenen waarbinnen die het bewijs kan leveren van de vereiste inschrijving op datum van de inleiding van de vordering. Levert zij dit bewijs niet binnen de haar verleende termijn (bv. omdat ze uiterlijk op datum inleiding niet over de vereiste inschrijving beschikte)<sup>447</sup>, dan wijst de rechter de vordering af als onontvankelijk.<sup>448</sup>

De al té minimalistische interpretatie die de wetgever verleende aan voormeld arrest op prejudiciële vraag van het Arbitragehof (21 maart 2007, nr. 46/2007) laat artikel III.26, § 1 WER op zeer gespannen voet staan met de regelen vervat onder artikelen 10 en 11 Gw. Door de beschreven sanctie enkel te voorzien in het geval het geding wordt ingeleid via gerechtsdeurwaardersexploot, schendt de wetgever (nog steeds) het gelijksbeginsel en het discriminatieverbod. Ongeacht de wijze waarop de hoofdvordering wordt ingeleid – bv. in de gevallen waar de wet dit toelaat via verzoekschrift op tegenspraak (art. 1034*bis*-1034*sexies* Ger.W.)<sup>449</sup> – kan voormeld verweer in beeld komen, resp. moet de rechter ambtshalve optreden zoals boven is aangegeven. Hetzelfde geldt ook ongeacht de aard van de vordering (tegenvordering, aanvullende vordering, nieuwe vordering, vordering tot tussenkomst) en ongeacht de proceshandeling (dagvaardingsexploot, verzoekschrift, conclusie ...) waarmee ze wordt aangebracht, telkens wanneer de betrokken eisende partij niet beschikt over een inschrijving in de KBO op datum van het aanhangig maken van die vordering.<sup>450</sup>

→ (voorheen: “handelaar”); vgl. RvS 29 november 2002, nr. 113.089, [www.raadvst-consetat.be](http://www.raadvst-consetat.be): de onontvankelijkheid kan ook worden opgeworpen wanneer er geen belangenschade voor de verweerder blijkt. De wetgeving op de KBO is immers een instrument van sociaaleconomische politiek en overstijgt de belangen van de verweerders.

446. Brussel 8 januari 2010, *RW* 2010-11, 1002, waarin terecht werd geoordeeld dat dit uitstel niet kwalificeert als een maatregel van inwendige aard, zodat het tussenvonnissen waarin een termijn werd toegekend om het bewijs van inschrijving in de KBO te leveren, vatbaar is voor hoger beroep.

447. Waaruit volgt dat het door de rechter verleende uitstel niet kan worden aangegrepen om alsnog een inschrijving te nemen (vgl. H. DE WULF, “Overzicht van rechtspraak handelsrecht 2003-2010”, *TPR* 2011, (921) 947, nr. 31, met verwijzingen).

448. Kh. Brugge 17 september 2010, *TGR-TWVR* 2011, 371; Kh. Bergen 19 mei 2009, *JLMB* 2009 (samenvatting), 1243: de eiser, wiens vordering manifest onontvankelijk is bij gebrek aan bewijs van inschrijving in de KBO, maakt zich schuldig aan procesrechtsmisbruik en wordt veroordeeld tot een burgerlijke geldboete in de zin van art. 780*bis* Ger.W.

449. Merk op dat art. 1034*ter*, 2° Ger.W. – naar analogie met art. 43, 2° Ger.W. wat het gerechtsdeurwaardersexploot betreft – in voorkomend geval de vermelding van “de inschrijving in het handelsregister of ambachtsregister” voorschrijft, op straffe van (relatieve) nietigheid.

450. Terecht in dezelfde zin (al was het nog onder de oude regelgeving): D. DE MAREZ en P. VAN CAENEGEM, “De inschrijving in de Kruispuntbank van Ondernemingen” in B. TILLEMANS en E. TERRYNS (eds.), *Beginselen van Belgisch Privaatrecht XIII. Handels- en economisch recht*, I, *Ondernemingsrecht*, Vol. A, Mechelen, Kluwer, 2011, 491, met verwijzingen; anders: B. SMEKENS, “De sancties van onontvankelijkheid in art. III.26 Wetboek van Economisch Recht – Kritische evaluatie met rechtspraakanalyse”, *P&B* 2014, (83) 85, nr. 2, voetnoot 15.



Al deze gevallen gaan immers terug “op de algemene doelstelling die aan de regelgeving op het (toenmalige) handelsregister ten grondslag lag: het zwartwerk (...) bestraffen van diegenen die een handelswerkzaamheid uitoefenen zonder de juridische, sociale en fiscale gevolgen ervan te dragen en (...) die handelaars de toegang tot de rechtszaal (...) ontzeggen”.<sup>451</sup>

**62. Tweede hypothese: onvolledige KBO-inschrijving** – De tweede hypothese viseert de situatie waarbij de vordering voortvloeit uit een activiteit die niet wordt gedekt door de inschrijving in de KBO of<sup>452</sup> die niet valt binnen het statutaire doel van de onderneming (art. III.26, § 2 WER).

In dit geval kan de partij wiens veroordeling op grond van deze vordering wordt nagestreefd *in limine litis* (“voor elke andere exceptie of verweer”) – dit is in haar eerste conclusie (nadat de vordering werd gesteld)<sup>453</sup> – de onontvankelijkheid van de vordering opwerpen. Laat ze dat na, dan is de onontvankelijkheid “gedekt”. Het komt niet aan de rechter toe uit eigen beweging de onontvankelijkheid aan te voeren.<sup>454</sup> Welke de aard van de vordering is en het processtuk via dewelke ze voor de rechter wordt gebracht, speelt onder de huidige wettekst (terecht) geen rol meer.

**63. Quid na afwijzing als niet-ontvankelijkheid?** – Kan in de gevallen waarin een vordering als niet-ontvankelijk werd afgewezen wegens hetzij afwezigheid van inschrijving van de eisende partij in de KBO, hetzij afwezigheid van inschrijving voor de activiteit die (mede) de oorzaak van de vordering vormt, die vordering na inschrijving, *c.q.* na regularisatie van de inschrijving, opnieuw voor de rechter worden ingeleid?

Vaststaat dat in beide hypothesen een inschrijving, resp. rechtzetting van de inschrijving in de KBO lopende het geding<sup>455</sup>, geen soelaas kan bieden.<sup>456</sup>

451. Arbitragehof 21 maart 2007, nr. 46/2007, *Arr.GwH* 2007, 647, overw. B.5, en de verwijzingen daar.

452. Het gaat niet om cumulatieve vereisten: Cass. 8 februari 2013, *TBO* 2014, 15; W. CLOET, “De exceptie van onontvankelijkheid in geval van onvolledige inschrijving in de Kruispuntbank der Ondernemingen”, *TBH* 2012, (686) 689, nr. 7, met verwijzing naar Antwerpen 20 november 2000, *TBH* 2002, 105.

453. Op voorwaarde dat de exceptie in de eerste conclusie wordt opgeworpen en dat – zo er meerdere excepties tegelijkertijd worden ingeroepen – er door de verwerende partij duidelijk en zonder (intrinsieke) tegenstrijdigheid wordt geageerd op de tegen haar ingestelde vordering(en), is het onverschillig in welke volgorde de excepties worden aangebracht (zie *supra*, nrs. 49-50 over de volgorde voor het opwerpen van excepties; zie ook specifiek m.b.t. de exceptie van niet-ontvankelijkheid wegens onvolledige KBO-inschrijving: Antwerpen 29 januari 2014, *Limb.Rechtsl.* 2014, 202; Luik 20 juni 2013, *JLMB* 2014, 1317; Kh. Hasselt 6 maart 2007, *RW* 2007-08, 286).

454. Luik 18 december 2003, *RRD* 2005, 25. De onontvankelijkheids sanctie uit art. III.26, § 2 WER raakt, i.t.t. degene die onder § 1 van dezelfde wetsbepaling is voorzien, niet de openbare orde (H. DE WULF, “Overzicht van rechtspraak handelsrecht 2003-2010”, *TPR* 2011, (921) 950, nr. 34).

455. Uiteraard in de veronderstelling dat tijdens de onontvankelijkheid wegens gebrekkige inschrijving werd opgeworpen.

456. W. CLOET, “De exceptie van onontvankelijkheid in geval van onvolledige inschrijving in de Kruispuntbank der Ondernemingen”, *TBH* 2012, (686) 691, nr. 16; F. PARREIN, “Overschrijding van het statutaire doel en de KBO-Wet” (noot onder Cass. 28 mei 2010), *TRV* 2011, (198) 199, nr. 3 en de talloze verwijzingen daar. De partij, wiens vordering onontvankelijk werd verklaard bij gebrek aan (correcte) inschrijving in de KBO, kan dit gebrek evenmin regulariseren in het raam van een hoger beroep tegen het vonnis waarin de onontvankelijkheids sanctie werd uitgesproken.

In een geval waarin de vorderende handelaars hun eis wegens afwezigheid van inschrijving in de KBO tot tweemaal toe als niet-ontvankelijk zagen afgewezen, beproefden zij na uiteindelijk wel een inschrijving te hebben genomen (en tevens een btw-nummer te hebben aangevraagd) voor een derde maal hun geluk. Het Gentse hof van beroep wees in zijn arrest van 16 januari 2012<sup>457</sup> die eis opnieuw als niet-ontvankelijk af. Het onderstreepte daarbij dat (1) betrokkenen als handelaar moesten worden gekwalificeerd (zoals bleek uit diverse in kracht van gewijsde gegane rechterlijke uitspraken); (2) betrokkenen een activiteit uitoefenden – in het raam waarvan de litigieuze overeenkomst was tot stand gekomen – waarvoor een KBO-inschrijving vereist was; en (3) zij vanaf het afsluiten tot aan de beëindiging van die overeenkomst niet over die vereiste inschrijving beschikten. Het hof besloot dat deze ondernemers niet enkel niet in regel waren met de wetgeving op de KBO, maar tevens de strafrechtelijk betugelde wetgeving op het sluiwerk hadden overtreden. Dit alles leidde het hof tot het besluit dat hun vordering (tot schadevergoeding wegens de beweerde eenzijdige en ontijdige opzegging van de uitgavencontracten door de wederpartij) steunde op een ongeoorloofde oorzaak, zodat de handelaars niet beschikten over het vereiste rechtmatig belang voor het instellen van die vordering.

De voorziening in cassatie tegen dit arrest – waarin werd aangevoerd dat het hof van beroep had erkend dat de oorzaak van de vordering van de handelaars in de uitgavenovereenkomsten te vinden was en dat zij met die vordering tot schadevergoeding niet beoogden een met de openbare orde strijdige toestand te scheppen of in stand te houden – werd afgewezen. In de eerste plaats bevestigde het Hof van Cassatie zijn (vaste) rechtspraak rond het rechtmatigbelangvereiste *ex* artikel 17 Ger.W.: “Het belang is onrechtmatig wanneer de rechtsovereenkomst strekt tot de instandhouding van een onrechtmatige toestand of tot het verkrijgen van een onrechtmatig voordeel”.<sup>458</sup> Het Hof van Cassatie oordeelde verder dat uit de artikelen 6, 1131 en 1132 BW volgt dat een overeenkomst die een ongeoorloofde oorzaak heeft omdat zij door de wet is verboden of strijdig is met de goede zeden of met de openbare orde, geen gevolg kan hebben. Uit het samenlezen van deze bepalingen besloot het Hof dat de rechtsovereenkomst die strekt tot de uitvoering van een dergelijke overeenkomst of tot de vergoeding van de schade wegens de beëindiging ervan, niet-ontvankelijk is.<sup>459</sup>

De annotator onder voormeld arrest van het hof van beroep te Gent werpt de vraag op of het standpunt van dit hof ook toepassing zou kunnen vinden in de tweede hierboven

457. Gent 16 januari 2012, *TGR-TWVR* 2013, 130, noot P. VAN CAENEGEM.

458. Zie, naast het besproken arrest, ook Cass. 20 februari 2009, *Arr.Cass.* 2009, 585; Cass. 2 maart 2006, *NJW* 2006, 703, noot N. PEETERS en *TBH* 2007, 253, noot H. DE WULF; Cass. 2 april 1998, *TBBR* 1999, 251, noot D. SIMOENS.

459. Cass. 14 december 2012, *P&B* 2013, 22. Omdat de (*ex* huidig art. III.26 WER) niet-ontvankelijk verklaarde akten van rechtspleging een stuitende werking hebben op de verjaring en op de op straffe van nietigheid bepaalde rechtsplegingstermijnen (zie huidig art. III.27 WER), werd vroeger – zonder enige nuance – geoordeeld dat het opnieuw instellen van een vordering (nadat inschrijving in de KBO was genomen) nadat een eerder ingestelde eis onontvankelijk was verklaard wegens gebrek aan inschrijving, mogelijk was (Luik 14 december 1995, *TBH* 1996, 982; Kh. Luik 31 maart 1983, *JT* 1984, 21; *anders*: Kh. Veurne 9 maart 1994, *TRV* 1995, 203, noot).

besproken hypothese, nl. i.g.v. “onvolledige” inschrijving in de KBO.<sup>460</sup> Tot vóór het besproken arrest werd in een eensluitende rechtsleer verdedigd dat na regularisatie van een onvolledige of gebrekkige KBO-inschrijving het opnieuw instellen van een, ditmaal toelaatbare, vordering mogelijk was.<sup>461</sup> Ter staving van deze zienswijze werd aangevoerd dat het niet zo is dat uit de strafbaarstelling van de schending van een wetsbepaling *ipso facto* volgt dat die bepaling van openbare orde zou zijn (en niet louter van dwingend recht).<sup>462</sup> Maar het is evenmin zo dat de afwezigheid van een rechtmatig belang noodzakelijk voortvloeit uit een door de betrokkene gepleegd misdrijf.<sup>463</sup> Hoe dan ook kan er moeilijk anders worden besloten dat wanneer ook in deze hypothese opnieuw dagvaarden onmogelijk zou zijn, de door artikel III.27 WER voorziene stuitende werking van verjaringstermijnen en op straffe van nietigheid voorgeschreven termijnen van rechtspleging, volkomen irrelevant wordt.

Of het zo een vaart loopt, valt echter nog te bezien. Het hof van beroep te Gent oordeelde op 2 januari 2013<sup>464</sup> terecht dat het uitoefenen van een activiteit zonder daarvoor in de KBO te zijn ingeschreven niet noodzakelijk leidt tot de nietigheid, wegens ongeoorloofde oorzaak, van de in het raam daarvan afgesloten overeenkomsten. Daartoe volstaat niet dat die overeenkomst een bepaling van openbare orde schendt. Het miskennen van de openbare orde moet de (of een van de) doorslaggevende reden(en) geweest zijn bij het afsluiten van die overeenkomst. Het hof oordeelde *in casu* dat uit niets bleek dat het schenden van de regelgeving op de KBO een dergelijke reden vormde bij het afsluiten van de litigieuze overeenkomst, terwijl de voor het hof hangende vordering er evenmin toe strekte de betrokken handelaar – die zich ondertussen (vóór de tweede dagvaarding) had laten inschrijven in de KBO – toe te laten verder activiteiten uit te oefenen zonder de vereiste inschrijving. Het hof besloot dat het gebrek aan inschrijving ten tijde van het afsluiten van de overeenkomst, die (mede) de oorzaak van de vordering vormt, achteraf kan worden geregulariseerd en dat na die inschrijving tot dagvaarding kan worden overgegaan.<sup>465</sup>

Ook het arrest van 2 januari 2013 maakte het voorwerp uit van een cassatieberoep. Het Hof van Cassatie kwam in deze zaak tot het besluit dat de enkele omstandigheid dat een handels- of ambachtsonderneming niet over een inschrijving in de KBO

460. P. VAN CAENEGEM, noot onder Gent 16 januari 2012, *TGR-TWVR* 2013, (132) 133.

461. B. SMEKENS, “De sancties van onontvankelijkheid in art. III.26 Wetboek van Economisch Recht – Kritische evaluatie met rechtspraakanalyse”, *P&B* 2014, (83), 88-89, nr. 8; W. CLOET, “De exceptie van onontvankelijkheid in geval van onvolledige inschrijving in de Kruispuntbank der Ondernemingen”, *TBH* 2012, (686) 691-692, nrs. 16-19, met verwijzingen i.h.b. in voetnoot 45.

462. I. CLAEYS, “Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging” in ORDE VAN ADVOCATEN KORTRIJK (ed.), *Sancties en nietigheden*, Gent, Larcier, 2003, (267) 293, nr. 35.

463. Cass. 7 oktober 2003, *NJW* 2004, 660, noot S. Lust en *TROS* 2004 (verkort), 273, noot D. LINDEMANS.

464. Gent 2 januari 2013, *TGR-TWVR* 2014, 137.

465. In dezelfde zin m.b.t. een activiteit die op het ogenblik van de totstandkoming van de overeenkomst niet vermeld was in de statuten van de onderneming: Kh. Brugge (afd. Oostende) 2 mei 2013, *TGR-TWVR* 2014, 136. Merk op dat het niet mogelijk is om retroactief een activiteit toe te voegen: de begindatum van de “nieuwe” activiteit kan niet liggen vóór de datum van de vraag tot wijziging van de inschrijving.

beschikt, niet tot gevolg heeft dat de door haar gesloten overeenkomsten onrechtmatig zijn en geen grondslag kunnen bieden aan een rechtsvordering.<sup>466</sup>

Dit arrest brengt o.i. de vereiste van inschrijving in de KBO tot zijn correcte proporties terug en verleent daardoor meteen aan artikel III.27 WER opnieuw een zinvolle betekenis. Het gebrek aan KBO-inschrijving op zich staat – na regularisatie van deze inschrijving – niet in de weg aan de toelaatbaarheid (of ontvankelijkheid) van een vordering uitgaande van de onderneming en die steunt op (een) overeenkomst(en) afgesloten in de periode van niet-inschrijving.<sup>467</sup> Slechts wanneer uit begeleidende omstandigheden blijkt dat de betrokken overeenkomst een ongeoorloofd voorwerp had en/of (enkel) een onrechtmatig belang diende, zal het achteraf nemen van een KBO-inschrijving geen oplossing bieden om de rechtsvordering van de onderneming te herstellen. Niet de afwezigheid van de inschrijving op het tijdstip van het afsluiten van de litigieuze overeenkomst, maar wel het (fundamentele) gebrek waarmee die overeenkomst zelf is behept, verhindert op dat moment het honoreren van de aanspraak van de onderneming. Een en ander geldt des te meer ingeval niet de KBO-inschrijving ontbrak, maar die slechts onvolledig was.

#### § 4. Doorwerking van het recht op een eerlijk proces

**64. Recht op toegang tot een rechter** – Het recht op een eerlijk proces voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter is een fundament van een democratische rechtsstaat en verwierf terecht de status van een grondrecht. Het daarin begrepen “recht op een rechter”, waarvan het “recht op toegang tot de rechter” een onderdeel uitmaakt<sup>468</sup>, is evenwel niet absoluut. Het is – om de (financiële) beheersbaarheid van het rechtssysteem te verzekeren – een staat geoorloofd er beperkingen op aan te brengen, mits volgende voorwaarden worden gerespecteerd<sup>469</sup>: (1) de beperking mag niet de essentie van het recht op toegang tot de rechter aantasten; (2) de beperking moet een wettig (legitiem) doel nastreven<sup>470</sup>; en (3) ze moet proportioneel zijn in het licht van dat doel (er moet m.a.w. een redelijk verband van evenredigheid bestaan tussen de aangewende middelen en het nagestreefde doel).<sup>471</sup>

466. Cass. 6 februari 2015, AR C.13.0182.N, <http://jure.juridat.just.fgov.be> en *JLMB* 2015, 1304.

467. *Anders* (ten onrechte): B. SMEKENS, “De sancties van onontvankelijkheid in art. III.26 Wetboek van Economisch Recht – Kritische evaluatie met rechtspraakanalyse”, *P&B* 2014, (83) 88-89, nr. 8.

468. Zie EHRM 21 februari 1975, nr. 4451/70, *Stanley Golder/Verenigd Koninkrijk*, overw. 36.

469. Zie o.m. EHRM 17 januari 2012, nr. 36760/06, *Stanev/Bulgarije*, overw. 230. Zie ook S. SOBRIE, “[Griffierechten] User pays? Burgerlijke geschillenbeslechting in tijden van budgettaire ademnood”, *TPR* 2014, 1259-1306.

470. Voorbeelden van doelen die het EHRM wettig achtte bij de beperking van het recht op toegang tot de rechter zijn o.m. de rechtszekerheid, een goed functioneren van de rechterlijke macht en maatregelen ter vermindering van de werklast van de rechterlijke macht (vgl. EHRM 19 december 1997, nr. 26737/95, *Brualla Gómez de la Torre/Spanje*, overw. 33-36).

471. Binnen de geschetste grenzen is bv. het heffen van griffierechten niet onvereenigbaar met art. 6 EVRM en mag het recht op rechtsbijstand vanwege de overheid worden onderworpen aan bepaalde beperkingen of voorwaarden, zoals de betaling van een eigen bijdrage.

De rechtspraak van het EHRM leert dat buitensporig formalisme bij het uitschrijven en interpreteren van procedureregels moet worden voorkomen, zodat rechters zoveel als mogelijk kunnen toekomen aan de beslechting van de grond van de zaak. Wanneer de beperkingen op de toegang tot de rechter niet langer tot doel hebben de rechtszekerheid te waarborgen, noch strekken tot het verzekeren van de goede rechtsbedeling, maar slechts een willekeurige barrière vormen om de zaak beoordeeld te zien worden door de bevoegde rechter, wordt het recht op toegang tot de rechter miskend.<sup>472</sup>

In het recht op toegang tot de rechter ligt besloten dat procedureregels, o.m. degene die betrekking hebben op de gedinginleiding en het instellen van rechtsmiddelen (telkens met de daarop betrekking hebbende vormvoorschriften en termijnen) voldoende duidelijk moeten omschreven zijn, zodat ze voor de rechtzoekende geen moeilijk – laat staan onmogelijk – te nemen hindernis opleveren.<sup>473</sup> Zo ook mag de ontvankelijkheid van de vordering of het rechtsmiddel niet afhankelijk zijn van elementen waarop die rechtzoekende feitelijk zelf geen vat heeft.<sup>474</sup>

## A. De rechtzoekende mag niet het slachtoffer worden van onduidelijke procesvoorschriften

**65. Tegen wie moet het hoger beroep inzake een tuchtstraf van eigen rechtsmacht uitgesproken door de Kamer van Notarissen worden gericht?** – Het tuchtrecht voor de notarissen, eertijds vastgelegd in de Ventôsewet van 1803<sup>475</sup>, werd onder tusschen ingrijpend bijgesteld bij artikel 5 van de wet van 4 mei 1999 tot wijziging van de wet van 25 ventôse jaar XI op het notarisambt (hierna: “Wet op het Notarisambt”).<sup>476</sup>

472. B. VANLERBERGHE en J. VERBIST, “Artikel 1080 van het Gerechtelijk Wetboek en de verplichte vermelding van de geschonden wettelijke bepalingen in het middel tot cassatie: een excessief formalisme?” in A. BOSSUYT, B. DECONINCK, E. DIRIX, A. FETTWEIS en E. FORRIER (eds.), *Liber Spei et Amicitiae Ivan Verougstraete*, Brussel, Larcier, 2011, (117) 119, nr. 2.

473. Zie o.m. EHRM 1 maart 2011, nr. 11892/08, *Faniel/België* (gebrek aan informatie m.b.t. de termijnen waarbinnen en de modaliteiten waaronder verzet tegen een verstekvonnis (in een strafzaak) kan worden aangewend); EHRM 11 april 2002, nr. 48679/99, *AEPI/Griekenland* (de termijn voor het instellen van een cassatievoorziening begint te lopen vanaf de datum van de uitspraak i.p.v. de datum waarop de betrokkene daadwerkelijk kennisneemt van de beslissing). Afhankelijk van de aard en de graad van het gerecht kunnen meer strikte vormvereisten worden opgelegd. Zie o.m. EHRM 27 mei 2004, nr. 66294/01, *Boulougouras/Griekenland* (betreffende een verzoekschrift houdende voorziening voor het Hof van Cassatie waarop de handtekening van de griffier voor ontvangst van het stuk ontbrak); EHRM 25 mei 2004, nr. 49478/99, *Kadlec et al./Tsjechië* (betreffende een fout van de advocaat die op het schutblad van een beroepschrift bij het Constitutioneel Hof – maar niet in de procesakte zelf – de bestreden uitspraak had aangeduid met een verkeerde datum en een verkeerd nummer).

474. Zie EHRM 11 januari 2001, nr. 38460/97, *Platakou/Griekenland*, P&B 2003, 11, noot J. Joos (betreffende de fout begaan door de gerechtsdeurwaarder bij de betekening van het verzoek van de rechtzoekende (tot vaststelling van een definitieve onteigeningsvergoeding)). Zie over dit arrest ook *infra*, nr. 69.

475. Zie B. DECONINCK, “Meer orde in de tucht. Een meer uniforme cassatieprocedure in tuchtzaken” in A. BOSSUYT *et al.* (eds.), *Liber Spei et Amicitiae Ivan Verougstraete*, Brussel, Larcier, 2011, (227) 227, nr. 1.

476. BS 1 oktober 1999; zie A. MICHELSSENS en E. KRINGS, “La nouvelle procédure disciplinaire” in P. VAN DEN EYNDE, C. HOLLANDERS DE OUDERAEN en P. BUISSET (eds.), *La loi de ventôse rénovée*, II, *Manuel de l'organisation du notariat*, Brussel, Larcier, 2005, 589-634; P. TAELMAN, “Een nieuw formeel tuchtrecht voor notarissen” in *Mélanges Jacques Van Compernelle*, Brussel, Bruylant, 2004, 661-716.

Niet ieder van de bij die gelegenheid nieuw ingevoerde tuchtprocesregels is glashelder, zoals o.m. blijkt uit de cassatiearresten van 25 maart 2011<sup>477</sup> en 23 januari 2014.<sup>478</sup>

Een notaris was bij toepassing van artikel 96 van de Wet op het Notarisambt (interne tucht, die op vordering van de syndicus wordt behandeld voor de Kamer van Notarissen) veroordeeld tot een geldboete en een blaam. Overeenkomstig artikel 107 van de Wet op het Notarisambt<sup>479</sup> stelt de tuchtrechtelijk veroordeelde notaris hoger beroep in tegen deze uitspraak voor de rechtbank van eerste aanleg te Turnhout. Dit hoger beroep richt hij tegen het Genootschap van Notarissen. Bij vonnis van 26 april 2010 wijst die rechtbank het tijdig én voor de bevoegde rechtbank aangetekende hoger beroep af als onontvankelijk. Op basis van artikel 76, 1° van de Wet op het Notarisambt, dat de tuchtbevoegdheid toewijst aan de Kamer van Notarissen en niet aan het Genootschap van Notarissen, was de rechtbank van oordeel dat het hoger beroep had moeten gericht zijn tegen de Kamer.<sup>480</sup>

Deze beslissing vocht de notaris met succes aan voor het Hof van Cassatie. In zijn arrest van 25 maart 2011 overwoog het Hof: “[Art. 107 van de Wet op het Notarisambt] geeft enkel aan wie het beroep kan instellen en het rechtscollege waarbij het beroep moet worden ingesteld, echter niet de wijze waarop dit dient te gebeuren noch tegen wie het beroep moet worden gericht. Het vereist dus niet dat de veroordeelde notaris zijn beroep moet betekenen bij gerechtsdeurwaardersexploot hetzij aan de kamer van notarissen, hetzij aan het genootschap van notarissen”. Het Hof was van oordeel dat de rechtbank van eerste aanleg te Turnhout die wetsbepaling had geschonden en verwees, na cassatie, de zaak naar de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen.

Die rechtbank velde haar vonnis in deze zaak op 19 maart 2012.<sup>481</sup> Ze oordeelde dat hoger beroep enkel kan worden ingesteld tegen wie in eerste aanleg partij was en voor de eerste rechter tegengestelde belangen verdedigde<sup>482</sup>, m.a.w. (ook) de geïntimeerde moet in eerste aanleg procespartij geweest zijn. Waar de bestreden tuchtbeslissing werd genomen door de Kamer van Notarissen zetelend als tuchtrechtcollege in eerste

477. Cass. 25 maart 2011, *TBBR* 2012, 403, noot B. VAN DEN BERGH.

478. Cass. 23 januari 2014, *RNB* 2015, 127, concl. A. VAN INGELGEM, noot.

479. Deze bepaling voorziet: “Binnen één maand na de kennisgeving kan tegen de beslissing van de kamer van notarissen beroep worden ingesteld bij de burgerlijke rechtbank. Dit rechtsmiddel kan worden aangewend door het betrokken lid, door de syndicus en door de procureur des Konings. Het heeft schorsende kracht. De rechtbank waarbij het beroep is ingesteld, doet uitspraak in laatste aanleg. Zij kan alleen de in artikel 96 bedoelde straffen opleggen of het lid van het genootschap aan wie het feit ten laste is gelegd, vrijspreken”.

480. Vgl. Rb. Namen 8 november 2011, *RNB* 2012, 102, noot H. CASMAN. Deze rechtbank was van oordeel dat het hoger beroep (in een gelijkaardig geval) niet tegen de syndicus, noch tegen de Kamer van Notarissen moest worden gericht (dit laatste zou volgens de rechtbank afbreuk doen aan de wapengelijkheid). Zie ook Rb. Neufchâteau 14 maart 2008, *RNB* 2008, 364, noot, waarin (opnieuw in een gelijkaardig geval) werd geoordeeld dat het hoger beroep moest gericht worden tegen de Kamer van Notarissen (waarvan de syndicus een orgaan is).

481. Rb. Antwerpen 19 maart 2012, *NFM* 2012, 285, noot K. VANHOVE.

482. Vgl. Cass. 21 december 2000, *Arr.Cass.* 2000, 2060; C. VAN SEVEREN, “Overdracht van een (betwiste) schuldverdring tijdens de termijn voor het aanwenden van een rechtsmiddel” (noot onder Cass. 7 september 2012), *RW* 2014-15, (535) 537, nrs. 12 en 14.

aanleg, op vordering van de syndicus van de Kamer, was – volgens de rechtbank van eerste aanleg – de tegenpartij niet het tuchtrechtcollege (*i.e.* de Kamer van Notarissen), maar wel de syndicus van die kamer. Opnieuw werd het hoger beroep ontoelaatbaar verklaard, waarop de notaris andermaal cassatieberoep aantekende.

Overeenkomstig artikel 1119, eerste lid Ger.W. werd de tweede behandeling van de zaak gebracht voor de Verenigde Kamers van het Hof van Cassatie. Opnieuw onderstreepte het Hof dat artikel 107 van de Wet op het Notarisambt enkel aangeeft wie het beroep kan instellen en het rechtcollege waarbij het beroep moet worden ingesteld, echter niet de wijze waarop dit moet gebeuren noch tegen wie het beroep moet worden gericht. Het scherpte zijn eerste oordeel aan dat in de gegeven omstandigheden een beroep tegen de beslissing van de Kamer van Notarissen niet onontvankelijk kan worden verklaard indien het gericht werd tegen hetzij de Kamer van Notarissen, hetzij het Genootschap van Notarissen, of de syndicus van de Kamer van Notarissen. De zaak werd, na tweede cassatie, verwezen naar de rechtbank van eerste aanleg te Hasselt, die zich overeenkomstig artikel 1120 Ger.W. moet schikken naar de beslissing van het Hof m.b.t. het rechtspunt dat het heeft berecht. Voor zover ons bekend, heeft die feitenrechter nog geen uitspraak verleend.

**66. Faniel/België** – In een gelijkaardige zaak refereerde de rechtbank van eerste aanleg te Namen<sup>483</sup> terecht aan het arrest *Faniel/België* van het EHRM.<sup>484</sup> Uit dit arrest kan worden afgeleid dat, om een daadwerkelijk recht op toegang tot de rechter te verzekeren, de procedureregels – o.m. degene die betrekking hebben op de rechtsmiddelen en de termijn waarbinnen deze kunnen worden ingesteld – op uitdrukkelijke wijze ter kennis moeten worden gebracht aan degene aan wie een rechterlijke uitspraak wordt betekend of ter kennis gebracht.<sup>485</sup> Een dergelijke informatieverplichting

483. Rb. Namen 8 november 2011, *RNB* 2012, 102, noot H. CASMAN.

484. EHRM 1 maart 2011, nr. 11892/08, *Faniel/België*; zie eerder in dezelfde zin EHRM 29 juni 2010, nr. 665/08, *Hakimi/België* en EHRM 24 mei 2007, nr. 50049/99, *Da Luz Domingues Ferreira/België*.

485. M. BAETENS-SPETSCHINSKY ("Le délai de recours en cassation en matière civile: pièges à éviter et recommandations de lege ferenda" (noot onder Cass. 21 januari 2011), *JT* 2011, (695) 697, nr. 13) voert aan dat de leer van het arrest *Faniel* ook moet worden doorgetrokken in burgerlijke zaken (hoewel aan de basis van de uitspraak van het Straatsburgse Hof een door een correctionele rechtbank bij verstek uitgesproken veroordeling ten grondslag lag); vgl. B. VANLERBERGHE ("De toegankelijkheid van de rechtsmiddelen. Over de redelijke toepassing van vorm- en termijnvereisten" in J. VAN DONINCK, L. VAN DEN HOLE en VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP (eds.), *Civiel procesrecht vandaag en morgen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (115) 133, nr. 18), die stelt dat uit deze rechtspraak niet kan worden afgeleid dat art. 6.1 EVRM een algemene verplichting bevat om bij de betekening of kennisgeving van een rechterlijke beslissing (in strafzaken of burgerlijke zaken) informatie te verstrekken over de rechtsmiddelen die tegen deze beslissing kunnen worden ingesteld. Het arrest door het EHRM gewezen in de zaak *Faniel* tegen België handelde over het laattijdig verklaard verzet van een bij verstek uitgesproken strafrechtelijke veroordeling. Uit dit arrest volgt dat berechting in *absentia* slechts is geoorloofd indien degene die berecht werd de kans verkrijgt om nadien een uitspraak in feite en rechte te verkrijgen over de gegrondheid van de beschuldiging. Een verzet mag niet worden afgewezen als laattijdig indien de modaliteiten van verzet niet expliciet ter kennis van de veroordeelde werden gebracht. Het EHRM hield daarbij rekening met de omstandigheid dat de verzoeker op het tijdstip van de betekening geen juridische bijstand genoot (vgl. EHRM 1 maart 2011, nr. 11892/08, *Faniel/België*, overw. 26 en 30; vgl. ook GwH 31 mei 2011, nr. 95/2011, overw. B.5; W. VERRIJDT, "Europees Hof voor de Rechten van de Mens – Rechtspraak EHRM 2011", *TBP* 2013, (317) 322-323). Het EHRM heeft het arrest *Faniel* in latere rechtspraak ook in die zin geduid en legt bij de invulling van de proceswaarborgen van art. 6 EVRM zoals bekend sterk de nadruk op de omstandigheden

was voorzien in een gestemde maar nimmer afgekondigde noch gepubliceerde wet, waarmee een artikel 46*bis* zou worden ingevoerd in het Gerechtelijk Wetboek<sup>486</sup> waarvan de tekst als volgt zou luiden: “De akte van kennisgeving of betekening van de beslissing moet, op straffe van nietigheid, de termijn van verzet, hoger beroep, of voorziening in cassatie vermelden, ingeval een van die rechtsmiddelen openstaat. Tevens moet worden vermeld op welke wijze die rechtsmiddelen kunnen worden aangewend”.

**67. Een slordige wetgever** – Commentatoren van de uitspraken die figureerden in de hierboven geschetste saga<sup>487</sup> hebben terecht de tekortkoming van de wetgever voor het voetlicht geplaatst en er even terecht op gewezen dat de rechtzoekenden hiervan niet de dupe mogen worden.<sup>488</sup> Diezelfde boodschap werd ook gebracht door de beide arresten die het Hof van Cassatie heeft gewezen.

De wetgever heeft tot nog toe niet ingegrepen om zijn tekortkoming recht te zetten. Hij heeft het gerezen probleem alleen maar vergroot door in het nieuwe statuut op de gerechtsdeurwaarder een met dezelfde gebreken behepte tekst in te lassen.<sup>489</sup>

## B. De toegang tot de rechter mag niet afhankelijk zijn van elementen waarop de rechtzoekende zelf geen vat heeft

**68. Overmacht en toerekenbaarheid fouten van de lasthebber** – Laatst nog in een arrest van 3 mei 2011<sup>490</sup> bevestigde het Hof van Cassatie (opnieuw)<sup>491</sup> dat

→ van het geval (vgl. voor die procesrechtelijke informatieplicht in een zaak van jeugdbescherming met behandeling *in absentia* van de verzoeker, die geen bijstand van een raadsman genoot, EHRM 31 januari 2012, nr. 61226/08, *Assuncao Chaves/Portugal*, overw. 80-88). Waar we geneigd zijn om het standpunt van VANLERBERGHE bij te treden (“*no legislating from the bench*”), dan staat het in het licht van het voorgaande buiten kijf dat art. 6.1 EVRM meespeelt bij de beoordeling van de vraag of procesvoorschriften voor de rechtzoekende wel voldoende “kenbaar” waren (vgl. voor een ruimere interpretatie recent B. BIEMAR, “La notification de la décision entraîne la prise de cours du délai de recours en matière d’administration provisoire” (noot onder Cass. 27 november 2014), *JT* 2015, (324) 326).

486. Zie “wetsvoorstel tot invoeging van een artikel 46*bis* in het Gerechtelijk Wetboek” (*Parl.St.* Kamer 1992-93, nrs. 48K0962/1 t.e.m. 48K0962/4 en *Parl.St.* Senaat 1994-95, nrs. 1279/1 en 1279/2). Die regel werd bijgevolg nimmer van kracht.

487. B. VAN DEN BERGH, “Notarieel tuchtprocesrecht: een geval van legistische slordigheid” (noot onder Cass. 25 maart 2011), *TBBR* 2012, 404-407; K. VANHOVE, “Notarieel tuchtprocesrecht: rechtsonzekerheid troef” (noot onder Rb. Antwerpen 19 maart 2012), *NFM* 2012, 287-289.

488. Waarbij we onder die rechtzoekenden niet enkel tuchtrechtelijk veroordeelde notarissen verstaan, maar evenzeer de notarissen wiens tuchtrecht door die lacune aan slagkracht inboet.

489. Zie art. 544 Ger.W., ingevoegd bij art. 2 van de wet van 7 januari 2014 tot wijziging van het statuut van de gerechtsdeurwaarders (*BS* 22 januari 2014, in werking getreden op 1 februari 2014): “Binnen een maand na de kennisgeving ervan kan tegen de beslissing van de tuchtcommissie beroep worden ingesteld bij de rechtbank van eerste aanleg van de hoofdplaats van het rechtsgebied waar de betrokkene zijn standplaats heeft. Dit beroep staat open door [lees: voor] de betrokkene, voor de verslaggever van de Nationale Kamer van Gerechtsdeurwaarders en de procureur des Konings. Het heeft schorsende kracht. De rechtbank waarbij het beroep is ingesteld, doet in openbare zitting uitspraak in laatste aanleg. Zij kan alleen de in artikel 533, § 2, bedoelde straffen opleggen of het lid aan wie een feit ten laste werd gelegd vrijspreken”.

490. Cass. 3 mei 2011, *Pas.* 2011, 1210.

491. Zie eerder in dezelfde zin Cass. 29 juni 2010, *Pas.* 2010, 2118; Cass. 27 april 2010, *RW* 2010-11, 1475, noot



overmacht die de ontvankelijkheid kan verantwoorden van een, na het verstrijken van de daarvoor voorziene wettelijke termijn<sup>492</sup>, ingesteld rechtsmiddel alleen kan voortvloeien uit omstandigheden buiten de wil van degene die het rechtsmiddel instelde. Daarenboven moet die omstandigheid voor die partij onmogelijk te voorzien en te vermijden zijn geweest.<sup>493</sup> Of de door een partij aangevoerde omstandigheden overmacht uitmaken, staat aan de beoordeling van de feitenrechter. Het (gebeurlijke) toezicht door het Hof van Cassatie is, in de regel<sup>494</sup>, beperkt tot het onderzoek of de feitenrechter uit de omstandigheden die hij in aanmerking nam al dan niet wettig overmacht heeft kunnen afleiden.<sup>495</sup>

Wanneer voor het instellen van het rechtsmiddel een partij beroep deed op een lasthebber (bv. een gerechtsdeurwaarder of een mandataris *ad litem* (een advocaat)), dan binden, overeenkomstig artikel 1992 BW, fouten of nalatigheden van die lasthebber begaan binnen de perken van de lastgeving, de partij-lastgever. Op zichzelf leveren ze voor de lastgever geen vreemde oorzaak, toeval of overmacht op.<sup>496</sup>

**69. Nuancering in de cassatierechtspraak onder invloed van het EHRM –** In zijn arrest van 9 november 2011<sup>497</sup>, waarin het Hof van Cassatie zich moest uitspreken over de ontvankelijkheid van een door de feitenrechter als laattijdig beoordeeld verzet in strafzaken tegen een bij verstek uitgesproken burgerlijke veroordeling, heeft het Hof voor het eerst die toerekenbaarheid van tekortkomingen, nalatigheden of fouten van de gerechtsdeurwaarder aan zijn opdrachtgever genuanceerd.

De doorwerking van de rechtspraak van het EHRM over het vereiste van een eerlijk geding, gewaarborgd door artikel 6 EVRM, kan niet worden ontkend.<sup>498</sup> In zijn arrest

→ B. DE SMET; Cass. 13 januari 2004, *Arr.Cass.* 2004, 45; Cass. 30 september 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1777; Cass. 21 mei 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1235; Cass. 30 april 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1160; Cass. 8 september 1993, *Arr.Cass.* 1993, 676; Cass. 9 oktober 1986, *RW* 1987-88, 778, noot; Cass. 10 januari 1986, *RW* 1986-87, 105; Cass. 22 april 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 1116; zie ook Antwerpen 10 januari 1984, *RW* 1985-86, 1582; Kh. Brussel 27 oktober 1981, *BRH* 1982, 500.

492. *Ex art.* 860, tweede lid Ger.W. zijn de termijnen om een rechtsmiddel aan te wenden voorgeschreven op straffe van verval. Hieruit volgt dat om op toelaatbare wijze te zijn ingesteld, het rechtsmiddel (verzet, hoger beroep, cassatieberoep ...) ten laatste op de vervaldatum moet zijn ingesteld. Het verval, waarmee de laattijdigheid van het rechtsmiddel wordt bestraft, kan niet worden gedekt (art. 865 Ger.W.) (zie ook *supra*, nrs. 25-26).

493. Overmacht kenmerkt zich door een objectief element – een buitengewone gebeurtenis, waarop degene die zich op de overmacht beroept geen invloed kon uitoefenen – en een subjectief bestanddeel – de persoon die overmacht inroept, deed al het mogelijke om het voorval te vermijden (D. SCHEERS, “De termijnregeling in het Gerechtelijk Wetboek” in F. JUDO (ed.), *Kent u de termijn nog? – Termijnregelingen in en buiten procedure*, Brussel, Larcier, 2004, (41) 49, nr. 18).

494. Uitzondering op de regel vormt de situatie waarin de overmacht voor dit Hof wordt ingeroepen om de overschrijding van de cassatietermijn te verantwoorden.

495. Cass. 8 april 2009, *Pas.* 2009, 920, concl. D. VANDERMEERSCH.

496. Cass. 3 mei 2011, *Pas.* 2011, 1210; Cass. 27 april 2010, *RW* 2010-11, 1475, noot B. DE SMET; Cass. 8 september 1993, *Arr.Cass.* 1993, 676; Cass. 10 januari 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 657; Cass. 8 november 1985, *Arr.Cass.* 1985-86, 328.

497. Cass. 9 november 2011, *JT* 2011, 773, concl. D. VANDERMEERSCH, *P&B* 2012, 80, noot D.M., *TBBR* 2012, 444, noot R. Salzburger en *T.Strafr.* 2012, 38, noot G. SCHOORENS, J. VAN COMPERNOLLE en G. DE LEVAL (“Pour une conception finaliste et fonctionnelle du formalisme procédural dans le procès civil”, *JT* 2012, (509) 512, nr. 10) stellen dat de leer van dit arrest, waaraan een strafzaak ten grondslag lag, integraal getransponeerd kan worden naar burgerlijke zaken.

498. Adv. Gen. D. VANDERMEERSCH refereert er uitdrukkelijk aan in zijn conclusie bij Cass. 9 november 2011; zie ook

*Platakou t. Griekenland* van 11 januari 2001 oordeelde het Straatsburgse Hof dat het als niet-ontvankelijk afwijzen van een laattijdig ingediend verzoekschrift, tot vaststelling van een definitieve onteigeningsvergoeding, wegens een fout van een gerechtsdeurwaarder, die optreedt als een orgaan van de staat en waarop de rechtzoekende krachtens de wet verplicht was een beroep te doen, het recht op toegang tot de rechter schendt.<sup>499</sup>

In lijn hiermee oordeelde het Hof van Cassatie op 9 november 2011 dat het monopolie dat artikelen 509, § 1 en 519, § 1 (nieuw) Ger.W.<sup>500</sup> aan de gerechtsdeurwaarders toekent, alsook de beperkingen die, wat de keuze van de instrumenterende gerechtsdeurwaarder betreft, voortvloeien uit de regels inzake territoriale bevoegdheid die in artikel 516 (nieuw) Ger.W.<sup>501</sup> zijn bepaald, inhouden dat de fout of de nalatigheid van die ministerieel ambtenaar als overmacht (in hoofde van de opdrachtgever) kan worden beschouwd. I.g.v. overmacht kan de wettelijke termijn om verzet aan te tekenen<sup>502</sup>, worden verlengd met de tijdsduur waarin het voor de veroordeelde volstrekt onmogelijk was om zijn rechtsmiddel in te stellen.

Met deze uitspraak nam het Hof van Cassatie wat afstand van de boven in herinnering gebrachte “strikte” visie, die wil dat fouten van een gerechtsdeurwaarder voor de opdrachtgever geen overmacht kunnen uitmaken omdat hij optreedt als lasthebber en zijn handelingen aan de opdrachtgever toerekenbaar zijn. Zeer terecht onderstreept een annotator bij het arrest van 9 november 2011 dat zeker niet elke tekortkoming van de gerechtsdeurwaarder in hoofde van de opdrachtgever als overmacht zal kwalificeren: vereist blijft dat er geen mogelijkheid meer was om de bewuste handeling nog tijdig te verrichten. Daarenboven mag de opdrachtgever zelf geen fout kunnen worden verweten.<sup>503</sup> Wel is het zo dat het Hof van Cassatie bereid lijkt aan het begrip “overmacht” een soepelere invulling te geven dan voorheen.<sup>504</sup> In een arrest van 12 januari 2012 moest het Hof zich buigen over de vraag wanneer er sprake kan zijn van overmacht in hoofde van de lasthebber (gerechtsdeurwaarder). Het Hof van Cassatie besloot tot overmacht in hoofde van de gerechtsdeurwaarder die, ingevolge een verkeersongeval dat hem overkwam in de namiddag van de laatst nuttige dag voor

→ G. CLOSSET-MARCHAL, J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. UHLIG, “Droit judiciaire privé. Les voies de recours – Examen de jurisprudence (1993 à 2005)”, *RCJB* 2006, (83) 95, nr. 15: “L’enseignement qui se dégage de cette jurisprudence pourrait être de nature à tempérer quelque peu la rigueur de la jurisprudence classique qui, en Belgique à tout le moins, considère que l’erreur procédurale commise par le mandataire n’est pas constitutive de force majeure dans le chef du mandant”.

499. EHRM 11 januari 2001, nr. 38490/97, *Platakou/Griekenland*, *P&B* 2003, 11, noot J. Joos; vgl. EHRM 19 mei 2005, nr. 14021/02, *Kaufmann/Italië* (vertraging opgelopen bij een betekening in het buitenland).

500. Vgl. art. 516, eerste lid (oud) Ger.W.

501. Vgl. art. 513 (oud) Ger.W.

502. In strafzaken: art. 187, eerste lid Sv.

503. P. VANLERSBERGHE, “Rechtsmiddelen: vervalttermijn en overmacht” (noot onder Cass. 12 januari 2012), *RABG* 2012, (378) 382, nr. 12.

504. B. VANLERBERGHE, “De toegankelijkheid van de rechtsmiddelen. Over de redelijke toepassing van vorm- en termijnvereisten” in J. VAN DONINCK, L. VAN DEN HOLE en VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP (eds.), *Civiel procesrecht vandaag en morgen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (115) 140, nr. 25.

het neerleggen van een cassatieberoep, een voorziening laattijdig (nl. pas de daaropvolgende dag) had ingediend ter griffie van het Hof.<sup>505</sup> Erkenning van die overmacht stond aan het als niet-ontvankelijk afwijzen van het cassatieberoep in de weg.

De uitspraak van het Hof van Cassatie van 21 december 2012<sup>506</sup> leert ons dan weer dat het gegeven dat voor een bepaalde verrichting<sup>507</sup> een beroep werd gedaan op een ministerieel ambtenaar niet *ipso facto* leidt tot een soepeler aanvaarden van overmacht in hoofde van de lastgever i.g.v. een aan die ambtenaar toerekenbare fout. Het Hof maakt een onderscheid naargelang de fout werd begaan binnen, dan wel buiten het wettelijk monopolie van de betrokken ambtenaar. In de laatste hypothese heeft de hoedanigheid van ministerieel ambtenaar geen impact op de toepassing van de regel dat “de fouten of nalatigheden van de lasthebber de lastgever verbinden wanneer zij binnen de perken van de lastgeving zijn begaan en op zichzelf voor de lastgever geen vreemde oorzaak, toeval of overmacht kunnen opleveren”.<sup>508</sup>

## § 5. *Het toegenomen belang van loyaliteit in de procesvoering*

**70. Loyaliteit vereist van alle actoren in het geding** – In zijn slotrede op het colloquium van het Interuniversitair Centrum voor Gerechtelijk Recht van 5 december 2003 poneerde STORME terecht: “*Les acteurs de justice doivent être tous des collaborateurs loyaux de la justice afin de trouver la vérité et de faire régner la justice*”.<sup>509</sup>

505. Cass. 12 januari 2012, *RABG* 2012, 375, noot P. VANLERSBERGHE.

506. Cass. 21 december 2012, *RW* 2013-14, 1577, noot M. DE POTTER DE TEN BROECK.

507. Het betrof het neerleggen van een vooraf aan de verweerder betekend verzoekschrift in cassatie in een fiscale betwisting dat, *ex art.* 388, tweede lid (oud) WIB 1992, op straffe van verval ter griffie van het hof van beroep moet worden afgegeven. Bij vergissing had de instrumenterende gerechtsdeurwaarder het exploit neergelegd ter griffie van het Hof van Cassatie.

508. M. DE POTTER DE TEN BROECK (“Een tekortkoming van een gerechtsdeurwaarder in de uitoefening van zijn wettelijk monopolie kan voor zijn opdrachtgever overmacht vormen” (noot onder Cass. 21 december 2012), *RW* 2013-14, (1578) 1579, nr. 3) stipt op dit punt terecht een onderscheid aan tussen een gerechtsdeurwaarder en een notaris. Beiden genieten een wettelijk monopolie voor het stellen van bepaalde rechtshandelingen (resp. art. 519, § 1 Ger.W. en art. 1 Wet op het Notarisambt) en beiden zijn bevoegd binnen een bepaalde territoriale omschrijving (resp. art. 516 Ger.W. en art. 5 Wet op het Notarisambt). Wat de gerechtsdeurwaarder betreft, moeten zowel de plaats waar een bepaalde handeling door hem wordt verricht, resp. de standplaats van zijn kantoor, binnen eenzelfde gebiedsomschrijving vallen. Voor de notaris is dit anders: hij kan, binnen het arrondissement waar hij zijn standplaats heeft, akten verlijden die betrekking hebben op onroerende goederen gelegen buiten dat arrondissement. In die zin is er beslist een ruimere vrijere keuze van notaris dan van gerechtsdeurwaarder. *A fortiori* verhinderen het gebrek aan wettelijk monopolie van de advocaat en de vrije keuze van advocaat dat fouten of vergissingen van deze beroepsbeoefenaar in hoofde van zijn opdrachtgever als overmacht kunnen worden beschouwd (vgl. M. DE POTTER DE TEN BROECK, “Een tekortkoming van een gerechtsdeurwaarder in de uitoefening van zijn wettelijk monopolie kan voor zijn opdrachtgever overmacht vormen” (noot onder Cass. 21 december 2012), *RW* 2013-14, (1578) 1579, nr. 3; G. SCHOORENS, “De laattijdige betekening van een rechtsmiddel door de fout van de gerechtsdeurwaarder: een geval van overmacht” (noot onder Cass. 9 november 2011), *T.Straf.* 2012, (39) 39-40).

509. M. STORME, “Slotrede colloquium ICGR Gent, 5 december 2003” in P. Taelman en M. Storme (eds.), *Tien jaar toepassing Wet 3 augustus 1992 en haar reparatiewetgeving. Evaluatie en toekomstperspectieven*, Brugge, die Keure, 2004, (181) 182.

Loyale procesvoering leidt inderdaad tot rechtvaardige, zo waarheidsgetrouw mogelijke uitspraken – die de rechtzoekenden daadwerkelijk ervaren als “recht doen” – en die binnen een redelijke termijn worden geveld. Loyaliteit staat er ook garant voor dat procespartijen, zowel door het gerechtelijk apparaat als door de wetgever, op een faire, correcte manier worden bejegend. Loyale procesvoering houdt verder in dat mag worden verwacht dat voor elke rechtszaak de juiste, evenwichtige behandeling wordt voorzien, in verhouding met haar belang, gebeurlijke spoedeisendheid en gerechtvaardigde behoeften vanwege de rechtzoekenden.<sup>510</sup>

Loyaliteit vormt een wezenskenmerk van het burgerlijk procesrecht.<sup>511</sup> Als *functioneel* begrip strekt loyaliteit ertoe aan eenieder die in een conflictueuze situatie verzeild geraakt een minimum aan bescherming te bieden. Vanuit die optiek dient het zich aan als een proteïsch concept.<sup>512</sup> Het past zich voortdurend aan teneinde een adequate bescherming te bieden, toegesneden op de concrete (procedurele) omstandigheden. Deze karaktertrek van het loyaliteitsvereiste is, althans in een procedurele context, nauw verwant met het door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijk proces.<sup>513</sup> Maar loyaliteit is ook een *constructief* en *dynamisch* concept. Het is meer dan een middel om een billijke procesvoering te garanderen. Het bezit een eigen finaliteit. Die bestaat erin binnen het zich onophoudelijk ontwikkelende procesrecht, ten behoeve van de protagonisten van het geding, het broodnodige evenwicht tussen de diverse aspecten van het recht op een eerlijk proces te verzekeren.<sup>514</sup>

De rol van de rechter in het handhaven en doen respecteren van die loyaliteit binnen de procesvoering mag niet worden onderschat. De rechter zelf maakt volwaardig deel uit van de procesverhouding die n.a.v. het aanhangig maken van het geding tot stand komt, zodat ook van hem een loyale houding binnen het proces moet worden verwacht. Geconfronteerd met rigide procesvoorschriften mag de rechter zich niet vergenoegen met een louter formele toets of deze al dan niet werden nageleefd, zonder

510. Zie P. Taelman, “Loyale procesvoering” in B. Maes (ed.), *Voorstellen tot bijsturing van de burgerlijke rechtspleging*, Brugge, die Keure, 2006, (121) 123-124, nr. 4.

511. In dezelfde zin M.-E. Boussier, *Le principe de loyauté au droit processuel*, Parijs, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2003, 527 p. (i.h.b. 489-493, nrs. 795-804). Het (Belgische) Hof van Cassatie heeft het loyaliteitsbeginsel nog niet erkend als algemeen rechtsbeginsel, wat er niet aan afdingt dat in zijn rechtspraak een toenemend belang aan dit concept wordt gehecht (vgl. J. Van Compennolle en G. De Leval, “Pour une conception finaliste et fonctionnelle du formalisme procédural dans le procès civil”, *JT* 2012, (509) 511-512, nrs. 8-9).

512. In dezelfde zin S. Guinchard, “Touche pas à mon Code!” in *La procédure en tous ses états – Mélanges en l’honneur de Jean Buffet*, Parijs, Montchrestien, 2004, (269) 290, met verwijzing naar het arrest *Golder* (EHRM 21 februari 1975, nr. 4451/70, *Golder/Verenigd Koninkrijk*), waarin onder overw. 34 sprake is van de “goede trouw” (*bonne foi*), een verschijningsvorm van de loyaliteit.

513. Vgl. J. Van Compennolle en G. De Leval, “Pour une conception finaliste et fonctionnelle du formalisme procédural dans le procès civil”, *JT* 2012, (509) 511-512, nrs. 8-9; M.-T. Caupain en E. Leroy, “La loyauté: un modèle pour un petit supplément d’âme?” in *Mélanges Jacques Van Compennolle*, Brussel, Bruylant, 2004, (67) 112, die besluiten dat loyaliteit slechts een onderdeel is van het vereiste van een “eerlijk proces” *ex art. 6 EVRM*.

514. Vgl. *Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België*, 2001-02, 417: “(het komt) aan de rechter toe, geval per geval, sancties te treffen ten aanzien van een deloyale proceshouding. Daarbij moet hij ermaar streven de proceseconomie en de eerbiediging van het recht van de verdediging met elkaar te verzoenen”.

meteen ook na te gaan of het belang dat de geschonden norm beoogt te beschermen daadwerkelijk werd aangetast, *c.g.* of het oogmerk dat de wetgever had met het uitschrijven van die norm effectief niet werd bereikt. Dit nalaten leidt tot verstarring van de waarborgen waarmee procederen omgeven is en – op termijn – tot het verdwijnen ervan.

Formalisme mag geen doel op zichzelf worden en het procesrecht perverteren.<sup>515</sup> Formalisme moet daarentegen steeds worden afgezet en beoordeeld vanuit zijn bestaansreden en moet worden afgemeten aan de vereisten van een eerlijk proces, de loyaliteit en de proceseconomie. Het is de taak van de rechter het formalisme enkel functioneel toe te passen: de versterkte actieve rol die de rechter in het burgerlijk proces krijgt toebedeeld, noopt hem o.m. tot het vinden van een goed, correct evenwicht tussen zijn plicht het recht van verdediging te respecteren en het verbod partijen te verrassen enerzijds, en het redelijketermijnvereiste dat deel uitmaakt van het recht op een eerlijk proces anderzijds.<sup>516</sup>

**71. Procederen is niet vrijblijvend** – Het is deze evenwichtige visie op wat van de actoren binnen een concreet geding wordt verwacht, die het Hof van Cassatie er al herhaaldelijk toe bracht te oordelen dat het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging niet wordt miskend wanneer een rechter zijn beslissing steunt op elementen waarvan de partijen, gelet op het verloop van het debat, mochten verwachten dat de rechter ze in zijn oordeel zou betrekken en waarover zij tegenspraak hebben kunnen voeren.<sup>517</sup> Hieruit volgt dat een heropening van de debatten zich slechts opdringt wanneer partijen – gegeven het concrete procesverloop en de mogelijkheden tot actieve participatie die hen eerder in het debat werden geboden – in hun rechtmatig vertrouwen zouden worden beschaamd indien de rechter dit naliet.

515. W.D.H. ASSER, *Fair, redelijk en billijk – Over deformalisering in het burgerlijk procesrecht*, Inaugurale rede, gehouden aan de Universiteit Leiden 3 november 2000, Leiden, The Atmosphere, 2000, 8; F. ERDMAN en G. DE LEVAL, *Justitiëdialogen – Syntheseverslag opgemaakt op verzoek van Laurette Onkelinx, Vice-Eerste Minister en Minister van Justitie*, Brussel, FOD Justitie, 2004, <http://justitie.belgium.be>, 135: “Le formalisme doit être raisonné de manière plus fonctionnelle que formelle sur la base des critères de la proportionnalité, de l’utilité, de la finalité de l’acte et de la lisibilité du message”.

516. J. VAN COMPERNOLLE en G. DE LEVAL, “Pour une conception finaliste et fonctionnelle du formalisme procédural dans le procès civil”, *JT* 2012, (509) 513, nr. 14.

517. Cass. 25 maart 2013, *TBO* 2013, 257; Cass. 12 oktober 2012, *RABG* 2013, 307; Cass. 5 oktober 2012, *JLMB* 2013, 976, noot F. GEORGES en *RW* 2012-13, 1337, noot R. HOUBEN; Cass. 29 september 2011, *Pas.* 2011, 2107, concl. C. VANDEWAL en *RCJB* 2013, 201, noot J.-F. VAN DROOGHENBROECK; Cass. 31 januari 2011, *Pas.* 2011, 356; Cass. 1 februari 2010, *P&B* 2010, 108; Cass. 28 september 2009, *Pas.* 2009, 2023, concl. J. GENICOT; Cass. 28 mei 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1485, concl. A. HENKES; Cass. 28 mei 2009, *Ius&Actores* 2010, 41, noot M. GREGOIRE en *JT* 2009, 552, concl. A. HENKES, noot J.-F. VAN DROOGHENBROECK; zie ook EHRM 15 februari 2007, nr. 43432/02, *Verdu Verdu/Spanje*, *JT* 2007, 543, noot J.-F. VAN DROOGHENBROECK. Merk op dat Cass. 25 mei 2007 (*P&B* 2008, 92, noot M. PIERS en *RCJB* 2010, 445, noot B. HANOTIAU en O. CAPRASSE) – waarin werd geoordeeld dat de miskenning van het recht van verdediging de nietigheid tot gevolg heeft van de arbitrale uitspraak, ongeacht of die miskenning al dan niet een invloed had op de arbitrale uitspraak – niet botst met voormelde vaste rechtspraak van het Hof. Die uitspraak heeft alles van doen met de dubbele grond van vernietiging die in het oude art. 1704.2, *sub g*) Ger.W. vervat zat (zie daarover M. PIERS, “De vernietiging van de arbitrale uitspraak op grond van een schending van de rechten van verdediging” (noot onder Cass. 25 mei 2007), *P&B* 2008, (97) 98, nr. 7; vgl. M. PIERS en M. STORME, “Overzicht van Belgische rechtspraak Arbitrage (2006-2014)”, *TPR* 2014, (859) 888-889, nrs. 53-56). Ondertussen werd de regelgeving op arbitrage grondig bijgesteld bij wet van 24 juni 2013 (*BS* 28 juni 2013, ed. 2, in werking getreden op 1 september 2013). Zie over de evolutie in de rechtspraak van het Hof van Cassatie betreffende de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden en het recht van verdediging: J. VAN DONINCK, “Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden: een tour d’horizon” in *Liber amicorum Johan Erauw*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (229) 241 *et seq.*

Het proces is voor geen van de daarin betrokken actoren van justitie vrijblijvend. Inactiviteit of een gebrek aan assertiviteit van partijen in de loop van het geding behoort niet te worden beloond. Dit inzicht laat toe de – op het eerste gezicht tegenstrijdige – rechtspraak van het Hof van Cassatie<sup>518</sup> m.b.t. het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden te verklaren. Wanneer partijen zich geen of weinig moeite getroosten om voor de door hen aan de rechter voorgelegde feiten en (rechts)handelingen een toepasselijke rechtsgrond naar voor te schuiven – waartoe ze wel te verstaan niet verplicht zijn<sup>519</sup> –, kunnen ze zich achteraf in redelijkheid niet beklagen dat de rechter de op hun zaak toepasselijke rechtsregel heeft gebruikt zonder hen nog eens de gelegenheid te bieden zich daarover uit te laten.

Eenzelfde lijn volgde het Hof van Cassatie in zijn arrest van 18 maart 2011.<sup>520</sup> Hierin oordeelde het Hof dat het de rechter niet verboden is de argumenten die de procespartijen voor het eerst in pleidooien aanvoeren, in zijn beoordeling te betrekken, op voorwaarde het recht van verdediging niet te miskennen. Wanneer een partij, die tijdig had geconcludeerd, n.a.v. de in het pleidooi van haar tegenstrever nieuw aangevoerde elementen, niet aan de rechter vraagt een conclusie te mogen indienen om hierop te antwoorden (art. 756*bis* Ger.W.), is er volgens het Hof geen schending van het recht van verdediging. De rechter pleegt evenmin een inbreuk op het algemeen rechtsbeginsel van de autonomie van de procespartijen wanneer hij zijn beslissing (mede) laat steunen op de, tijdens de behandeling op de terechtzitting, door partijen verstrekte toelichting. De partij die zich achteraf misschien bedrogen voelt, kan zich bezwaarlijk met ernst op een (beweerde) miskennis van de tegenspraak beroepen waar ze zich tijdens het debat meer actief had moeten gedragen.

**72. Loyaliteit gebiedt ook een consequente proceshouding** – Van procespartijen wordt verwacht dat ze respect vertonen voor de tussen hen afgesloten procedureafspraken en op de door hen in de rechtsstrijd gemaakte keuzes niet terugkomen. In een recent aan het Hof van Cassatie voorgelegde zaak waren partijen onderling overeengekomen af te wijken van de uitzondering die artikel 1068, tweede lid Ger.W. voorziet op de devolutieve werking van het hoger beroep, ingeval een door de eerste rechter bevolen onderzoeksmaatregel wordt bevestigd door de appelrechter.<sup>521</sup> In een

518. Vgl. Cass. 20 april 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1051, concl. R. MORTIER; Cass. 7 december 2006, *Pas.* 2006, 2564; Cass. 23 november 2006, *Pas.* 2006, 2467 (de eerbiediging van het recht van verdediging sluit de noodzaak in tot (de mogelijkheid tot) tegenspraak tussen partijen over de ambtshalve aangevoerde rechtsgronden) met Cass. 30 januari 2014, *T.Nor.* 2014, 754; Cass. 30 september 2010, *Pas.* 2010, 2454; Cass. 16 februari 2007, *Arr.Cass.* 2007, 411 en *JT* 2008, 173, noot J. VAN DROOGHENBROECK (wanneer de partijen de feiten aanvoeren waarop zij hun vordering laten steunen, zonder daarbij enige rechtsgrond aan te geven, schendt de rechter die op die feiten een rechtsgrond toepast zonder de partijen toe te laten daarover tegenspraak te voeren, hun recht van verdediging niet).

519. Cass. 14 april 2005, *Arr.Cass.* 2005, 868, *JLMB* 2005, 856, noot G. DE LEVAL, *JT* 2005, 659, noot J. VAN COMPERNOLLE, *P&B* 2005, 300, concl. P. DE KOSTER, noot en *RABG* 2005, 1663, noot R. VERBEKE; Cass. 24 november 1978, *Arr.Cass.* 1978-79, 341, concl. E. KRINGS en *RCJB* 1982, 5, noot J. VAN COMPERNOLLE.

520. Cass. 18 maart 2011, *P&B* 2011, 201.

521. Hoewel eerder werd geoordeeld dat art. 1068, tweede lid Ger.W. de openbare orde raakt (Cass. 5 januari 2006, *RW* 2005-06, 1264, noot S. MOSSELMANS).

gezamenlijke brief aan de appelrechter hadden partijen hem gevraagd de zaak in haar geheel te behandelen, aan welk verzoek gevolg werd verleend. Vervolgens tekende een van de partijen tegen het in overeenstemming met hun gezamenlijk verzoek gewezen arrest een cassatievoorziening aan. In het middel wordt aan het hof van beroep verweten “kennis te hebben genomen van het in eerste aanleg bevolen deskundigenonderzoek met miskenning van artikel 1068, tweede lid, Gerechtelijk Wetboek en aldus aan te nemen dat deze bepaling niet van openbare orde is en geldig afstand van de toepassing [ervan] kon worden gedaan”. Het Hof van Cassatie wees het middel af als niet-ontvankelijk omdat een procespartij niet in cassatie kan opkomen tegen een beslissing over de rechtspleging die in overeenstemming met haar conclusie werd gewezen.<sup>522</sup>

Eerder had het Hof van Cassatie al geoordeeld dat een procespartij in cassatie niet kon opkomen tegen een beslissing over de rechtspleging – het betrof hier de materiele bevoegdheid van de rechtbank, die van openbare orde is<sup>523</sup> – die was gewezen in overeenstemming met het door die partij zelf aangewende rechtsmiddel en de daarin vervatte conclusie.<sup>524</sup>

**73. Illustratie – Kantmelding ex artikel 3 Hyp.W.** – Een prachtig voorbeeld van hoe – binnen de procesverhouding waarvan partijen en rechter(s) deel uitmaken – loyaal met procedurevoorschriften moet worden omgesprongen, levert een cassatiearrest van 5 januari 2012<sup>525</sup> waarin de draagwijdte van artikel 3 Hyp.W.<sup>526</sup> ter discussie stond.

522. Cass. 1 maart 2012, *JT* 2012, 462, noot J.-F. VAN DROOGHENBROECK (“Une victoire pour la loyauté procédurale”) en *RABG* 2012, 748, noot J. VAN DONINCK. Zie ook J. VAN COMPERNOLLE en G. DE LEVAL, “Pour une conception finaliste et fonctionnelle du formalisme procédural dans le procès civil”, *JT* 2012, (509) 512, nr. 9. Ondertussen werd die rechtspraak door het Hof van Cassatie herhaaldelijk bevestigd (zie o.m. Cass. 7 februari 2014, AR C.12.0571.F, <http://jure.juridat.just.fgov.be> (de eiser heeft er geen belang bij kritiek uit te oefenen op het *dictum* van het arrest dat, in overeenstemming met zijn conclusie, het hoofdberoep en het tussenberoep die zijn ingesteld voor het hof van beroep, onvankelijk verklaart en zich, net als de eerste rechter – rechtsprekend in kort geding *ex art.* 1280 Ger.W. – bevoegd verklaart om uitspraak te doen over de vorderingen, ook al werden die ingesteld na ontbinding van het huwelijk); Cass. 4 oktober 2012, *JLMB* 2013, 1298, noot J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Pas.* 2012, 1825, concl. T. WERQUIN, *RW* 2013-14 (samenvatting), 25, noot M. MUYLLE en *TBO* 2013, 165, concl. T. WERQUIN en noot M. MUYLLE (ongeacht de middelen die de eiseres aan de feitenrechter heeft voorgelegd, komt het haar toe om tegen het arrest dat haar vordering verjaard verklaart, niettegenstaande zij het tegendeel beweerde, en haar dus benadeelt, een middel aan te voeren dat, aangezien het afgeleid is uit de schending van een dergelijke bepaling, bijgevolg voor het eerst voor het Hof kan worden aangevoerd); Cass. 16 maart 2012, *JT* 2012, 462, noot J.-F. VAN DROOGHENBROECK (een partij kan in cassatie niet opkomen tegen de beslissing van het bestreden vonnis die haar, conform haar syntheseconclusie, in de kosten veroordeelt); vgl. evenwel Cass. 25 juni 2009, *Pas.* 2009, 1671 (het middel dat de feitenrechter verwijt dat hij zijn bevoegdheid heeft overschreden door opnieuw uitspraak te doen over een geschilpunt dat hij reeds in dezelfde zaak en tussen dezelfde partijen had beslecht, raakt de openbare orde en is dus onvankelijk, zelfs als de eiser het niet heeft opgeworpen voor de feitenrechter).

523. Eiser in cassatie had het hoger beroep (inzake een geschil tussen kooplieden m.b.t. een handeling die de wet als daad van koophandel aanmerkt) indertijd gebracht voor de rechtbank van eerste aanleg en voerde voor het Hof van Cassatie aan dat nu de rechtbank van koophandel de bevoegde appelrechter was, de rechtbank van eerste aanleg ambtshalve een middel van onbevoegdheid had moeten opwerpen met verwijzing van de zaak naar de arrondissementsrechtbank *ex art.* 40 Ger.W.

524. Cass. 31 januari 2008, *RCJB* 2008, 558, noot J.-F. VAN DROOGHENBROECK; Cass. 10 oktober 2002, *Pas.* 2002, 1902.

525. Cass. 5 januari 2012, *RW* 2011-12, 971.

526. Art. 3 Hyp.W. bepaalt: “Geen eis strekkende tot vernietiging of tot herroeping van rechten voortvloeiende uit akten, aan overschrijving onderworpen, wordt door de rechter ontvangen, dan na te zijn ingeschreven op de kant der

Artikel 3 Hyp.W. voorziet in de verplichting tot kantmelding van vorderingen strekkende tot vernietiging of tot herroeping van rechten voortvloeiende uit akten die aan overschrijving zijn onderworpen, op de rand van de laatst overgeschreven titel van verkrijging m.b.t. dit onroerend goed, op straffe van niet-ontvankelijkheid van de betrokken vordering. Die kantmelding mag in de loop van het geding<sup>527</sup> en zelfs voor het eerst in hoger beroep geschieden, mits ze is gebeurd vóór de sluiting van de debatten.<sup>528</sup> Eenmaal rechtsgeldig verricht, geldt de kantmelding voor de volledige duur van de rechtspleging, met inbegrip van de behandeling in hoger beroep<sup>529</sup> en in cassatie.<sup>530</sup> Het staat aan de rechter te onderzoeken of er al dan niet een kantmelding m.b.t. de voor hem ingeleide eis is gebeurd.<sup>531</sup> Aangezien de exceptie van niet-kantmelding de openbare orde raakt, kan de partij die zich verweert tegen de aan kantmelding onderworpen eis deze exceptie inroepen in elke stand van het geding tot aan de sluiting van het debat.<sup>532</sup>

In het voor het Hof van Cassatie bestreden vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Brugge, zetelend in hoger beroep, van 20 januari 2009 was de vordering van eisers (stekkende tot wijziging van de in de basisakte van de mede-eigendom opgenomen verdeelsleutel van de liftkosten) als onontvankelijk afgewezen, bij gebrek aan kantmelding bij de laatst overgeschreven titel van verkrijging m.b.t. dit onroerend goed. Tussen partijen was discussie gerezen over de vraag of de vordering al dan niet moest worden gekantmeld *ex* artikel 3 Hyp.W. De eerste rechter was van oordeel dat kantmelding niet moest. Voor de appelrechter vorderden eisers op dit punt in hoofdorde de bevestiging van het eerste vonnis. In ondergeschikte orde verzochten eisers de appelrechters uitdrukkelijk dat, in zoverre de rechtbank zou oordelen dat de vordering toch moest worden gekantmeld, de procedure zou worden opgeschort om eisers toe te laten alsnog aan deze verplichting te voldoen. De appelrechters besloten dat de

→ overschrijving van de titel van verkrijging, waarvan de vernietiging of de herroeping gevorderd wordt, en, in voorkomend geval, op de kant der overschrijving van de laatste overgeschreven titel. Iedere uitspraak op zodanige eis wordt eveneens ingeschreven achter de inschrijving die bij de vorige paragraaf is voorgeschreven. In de gevallen bepaald in artikel 577-12, derde en vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek, wordt de beslissing ingeschreven op de kant van de overschrijving van de authentieke akte vermeld in artikel 577-4, § 1, van hetzelfde Wetboek. Hetzelfde geldt voor de inleidende akte in het geval bedoeld in artikel 577-12, vierde lid, van hetzelfde Wetboek. De griffiers mogen, op straffe van vergoeding van alle schade, geen uitgifte van zodanige vonnissen afgeven, voordat hun behoorlijk bewezen is in de bij artikel 84 voorgeschreven vorm dat de inschrijving gedaan is”.

527. Cass. 21 maart 1921, *Pas.* 1921, I, 140.

528. Cass. 21 maart 1929, *Pas.* 1929, I, 140.

529. Cass. 15 december 1932, *Pas.* 1933, I, 52.

530. Cass. 17 maart 1932, *Pas.* 1932, I, 112.

531. Het volstaat niet dat een eis met hetzelfde voorwerp en dezelfde oorzaak in een andere rechtspleging wel werd gekantmeld (Cass. 20 april 2001, *Pas.* 2001, 650, concl. D. THUIS en *TBBR* 2003, 439, noot S. JACMAIN). Onder voorbehoud van een betwisting daarover tussen partijen, verplicht geen enkele wetsbepaling de rechter van ambtswege in zijn beslissing vast te stellen dat hij tot een onderzoek naar de kantmelding is overgegaan (Cass. 13 november 1981, *RNB* 1983, 54, noot R.D.V. en *RW* 1981-82, 2678).

532. Cass. 5 januari 2012, *RW* 2011-12, 971. Als de rechter uit eigen beweging overgaat tot het opwerpen van de niet-ontvankelijkheid van de vordering wegens afwezigheid van de vereiste kantmelding, ontslaat dit hem er niet van toepassing te maken van art. 774, tweede lid Ger.W. met het oog op de vrijwaring van het recht van verdediging van de partijen (Cass. 16 maart 2009, *Arr.Cass.* 2009, 816).



vordering moest worden gekantmeld, zodat ze – gelet op de afwezigheid ervan – niet anders konden dan de onontvankelijkheid van de initiële vordering tot wijziging van de basisakte vast te stellen.

In zijn (vernietigings)arrest van 5 januari 2012 oordeelde het Hof dat miskennen van het voorschrift van artikel 3 Hyp.W. voor de ingestelde vordering alleen tot gevolg kan hebben dat daarover geen uitspraak mag worden gedaan zolang de inschrijving op de kant van de overschrijving van de akte niet is verricht. Indien een partij na kennisname van de door haar tegenpartij opgeworpen exceptie van niet-kantmelding, niet overgaat tot herstel door het alsnog kantmelden van de eis, moet – volgens het Hof – de rechter bij wie de zaak aanhangig is, de eis in de regel<sup>533</sup> afwijzen als niet-ontvankelijk. Maar het Hof voegt er meteen aan toe dat bij betwisting over de noodzaak van kantmelding, de rechter die oordeelt dat kantmelding vereist is, aan de eiser de mogelijkheid moet bieden om alsnog aan die verplichting te voldoen.

**74. Bestrafing van deloyaal procesgedrag** – Aan deloyaal procesgedrag moet krachtig een halt toegeroepen worden. Een cassatiearrest van 8 januari 2004<sup>534</sup> leverde hiervan al een treffend voorbeeld. Het Hof van Cassatie oordeelde hierin dat de appelrechter, bij zijn onderzoek naar de appellabiliteit van het bestreden vonnis, mag nagaan of het instellen van de tegenvordering al dan niet uitsluitend was ingegeven door de wil de regelen van de aanleg te omzeilen. Stelt de appelrechter vast dat met deze tegeneis een geheel ander belang wordt nagestreefd dan de vergoeding van schade die voor de eiser op tegeneis zou volgen uit de procedure die tegen hem was ingesteld, dan mag de rechter besluiten dat deze “proceshouding (...) kennelijk getuigt van de bedoeling een vonnis in eerste en laatste aanleg te omzeilen en derhalve van de afwezigheid van een redelijk belang”.

Vooraf inzake betekeningen ligt ondertussen een rijke oogst aan rechtspraak voor, die handelingen in strijd met de loyaliteit en/of het recht van verdediging passend bestraft:

- een betekening die rechtsmisbruik oplevert, kan niet dienen als aanvang van de termijn waarbinnen een rechtsmiddel moet worden ingesteld. Hoewel de verzoevende partij de keuze heeft tussen betekening aan de wettelijke en de gekozen

533. Het gebruik van “in de regel” benadrukt dat de feitenrechter in zijn uitspraak rekening moet houden met de concrete feiten en omstandigheden van de zaak en de in het geding zijnde belangen van partijen. Op die wijze krijgen open of blanco normen – zoals de verplichting loyaal te procederen – een meer weloverwogen, genuanceerde en verfijnde invulling via de rechtspraak.

534. Cass. 8 januari 2004, *Juristenkrant* 2004 (weergave D. SCHEERS), afl. 84, 12-13 en *RABG* 2004, 607, noot E. BREWAEYS.

- woonplaats van de tegenpartij in België<sup>535</sup>, moet zij die keuze zonder misbruik<sup>536</sup> uitoefenen. *In casu* werd de bestreden beslissing aan eiseres in cassatie betekend achtereenvolgens op haar wettelijke woonplaats in Vielsalm en vervolgens, enkele weken later, op haar gekozen woonplaats. De voorziening in cassatie werd ingediend meer dan drie maanden na de eerste betekening, maar minder dan drie maanden na de tweede. Het Hof overwoog dat, m.u.v. de kwestieuze betekening, de processtukken vermelden dat eiseres woonachtig was in Duitsland en woonplaats had gekozen in België. Het Hof leidde uit deze feitelijke gegevens af dat de eerste betekening rechtsmisbruik inhoudt omdat ze plaatsvond op een woonplaats waarvan de betekenende partij wist dat de tegenpartij er niet woonde (en de betekening dus onwerkzaam zou zijn) en beslist dat ze de termijn voor het indienen van de voorziening in cassatie niet kon doen aanvangen<sup>537</sup>;
- de betekening aan de gekozen woonplaats is van generlei waarde als ze verricht is met miskennis van het eerlijkheidsbeginsel en van het recht van verdediging. *In casu* liet de betekenende partij een verstekvonnis betekenen aan de tegenpartij op de woonplaats gekozen in een notariële akte (houdende de verkoop van een onroerend goed op lijfrente) die zeventien jaar eerder tussen partijen werd verleend, terwijl zij wist dat de tegenpartij intussen in Senegal woonde. Aangezien de betekenende partij wist dat de gekozen woonplaats achterhaald was, kon de betekening aan die woonplaats alleen verklaard worden door de wil om de procedure verborgen te houden<sup>538</sup>;
  - de keuze van woonplaats gedaan in een akte van rechtspleging geldt in beginsel voor de gehele procedure in de betreffende aanleg, voor de tenuitvoerlegging van de beslissing die erop volgt en voor het rechtsmiddel dat tegen die beslissing wordt

535. Cass. 10 mei 2012, *RABG* 2012, 1229, noot N. CLIJMANS en *RW* 2012-13, 1212, noot T. TOREMANS; Cass. 12 januari 2012, *RW* 2012-13, 1303, noot B. VAN DEN BERGH; Cass. 26 februari 2010, *JT* 2010, 371, noot S. BRIJS en J. VAN DROOGHENBROECK, *Pas.* 2010, 627, concl. A. HENKES en *RABG* 2010, 702, noot B. MAES. Met deze arresten komt het Hof terug op zijn arrest van 22 juni 2007 (*RABG* 2007, 1150, noot B. MAES), waarin werd geoordeeld dat de appelrechters niet zonder schending van art. 39 Ger.W. konden vaststellen dat de betekening die gebeurd was aan de maatschappelijke zetel (i.p.v. aan de gekozen woonplaats), de beroepstermijn deed lopen.

536. Rechtsmisbruik ligt voor wanneer een partij haar (procedurele) rechten uitoefent zonder redelijk en afdoend belang en op een wijze die de perken van de normale uitoefening ervan door een voorzichtig en zorgvuldig persoon kennelijk te buiten gaat of wanneer de proceshandeling als enig doel heeft de belangen van de tegenpartijen te schaden (B. VANLERBERGHE, “De toegankelijkheid van de rechtsmiddelen. Over de redelijke toepassing van vorm- en termijnvereisten” in J. VAN DONINCK, L. VAN DEN HOLE en VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP (eds.), *Civiel procesrecht vandaag en morgen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (115) 126, nr. 11, met verwijzing naar Cass. 4 maart 2010 (*RABG* 2010, 699) en Cass. 19 februari 2010 (*Pas.* 2010, 510, concl. J. LECLERCQ, *RABG* 2010, 691, noot M. BAETENS-SPETSCHINSKY en *RABG* 2010, 1355, noot E. DE KEZEL)).

537. Cass. 29 maart 2001, *RTDF* 2001, 729, noot M. FALLON; zie ook de bespreking van dit arrest in het *Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België*, 2000-01, 175.

538. Cass. 8 maart 2002, *Pas.* 2002, 1, 688; zie ook de bespreking van dit arrest in het *Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België*, 2001-02, 414; vgl. Rb. Brussel 20 mei 2008, *RW* 2010-11, 125; de burgerlijke rechtbank te Brussel beslist dat de keuze van woonplaats van de huurder (op het huuradres) in een huurovereenkomst geen gevolgen kan sorteren na de beëindiging van de huurovereenkomst (met inbegrip van de teruggave van de sleutels van het gehuurde goed), zodat de betekening van een verstekvonnis op het gewezen huuradres nietig is: “Door dit vonnis betekend te hebben aan een achterhaald adres van keuze van woonplaats heeft de heer G. volgens de rechtbank het eerlijkheidsbeginsel en het recht van verdediging van mevrouw V. geschonden en moet de op 20 mei [2005] verrichte betekening nietig worden verklaard”.

aangewend.<sup>539</sup> De woonstkeuze mag echter niet worden gedaan op een wijze die van aard is de wederpartij in het ongewisse te laten over het behoud van de woonstkeuze. Wanneer een arrest waarin de woonstkeuze wordt vermeld, wordt betekend door de partij die de woonstkeuze heeft gedaan en wanneer die woonstkeuze niet wordt herhaald in de akte van betekening, houdt dit in dat degene aan wie het arrest wordt betekend, kan misleid worden over het behoud van de woonstkeuze, zodat het cassatieberoep *ook* kan betekend worden aan de wettelijke woonplaats of de maatschappelijke zetel<sup>540</sup>;

- de betekening van een beslissing aan een vzw op het adres dat in de bijlagen bij het *Belgisch Staatsblad* als maatschappelijke zetel was gepubliceerd (*i.c.* Koning Albertlaan nr. 121), terwijl in alle procedurestukken van beide partijen, in beide aanleggen, steeds was vermeld dat de zetel van de vzw gevestigd was op nr. 109, maakt rechtsmisbruik uit en kan de termijn voor het instellen van een cassatievoorziening niet doen aanvangen<sup>541</sup>;
- de betekening van een beslissing op een achterhaald adres, terwijl uit de stukken waarop het hof/de rechter vermag acht te slaan blijkt dat de partij op wiens verzoek de betekening werd verricht, het juiste adres kende van de partij aan wie werd betekend, kan niet dienen als aanvang van de termijn om een rechtsmiddel in te stellen<sup>542</sup>;
- Wanneer een proceshandeling – *in casu* intrekking met onmiddellijke uitwerking van de keuze van woonplaats – als enig doel heeft de belangen van de tegenpartijen te schaden, nl. de uitoefening van een rechtsmiddel te bemoeilijken, te vertragen of te bezwaren, dan is er sprake van rechtsmisbruik. In dat geval is de voorziening betekend aan de voordien door die partijen gekozen woonplaats regelmatig en ontvankelijk.<sup>543</sup>

539. Cass. 30 mei 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1291, concl. G. DUBRULLE, *NJW* 2004 (verkort), 372, noot M. COENE, *RABG* 2005, 763, noot C. VERGAUWEN, *RW* 2003-04, 974, noot A. SMETS en *RW* 2003-04, 974, noot C. DECLERCK.

540. Cass. 6 mei 2010, *P&B* 2011, 18. Hiermee nuanceert het Hof van Cassatie zijn eerder arrest van 29 mei 2009 (*RABG* 2007, 1170, noot M. BAETENS-SPETSCHINSKY), waarin werd geoordeeld dat, wanneer de partij die keuze van woonst deed de beslissing laat betekenen zonder in de akte van betekening die keuze van woonst te herhalen, de woonstkeuze niet meer geldt voor de rechtsmiddelen die op die betekening volgen.

541. Cass. 10 maart 2008, *Juristenkrant* 2008 (weergave E. BREWAEYS), afl. 169, 2 en *RABG* 2008, 1065; vgl. Antwerpen 10 maart 2010, *RW* 2011-12, 703; de betekening van het beroepen vonnis op het officiële adres van de tegenpartij in België, terwijl alle procedurestukken wijzen op een feitelijk en wettelijk hoofverblijf in de Verenigde Staten van Amerika, houdt rechtsmisbruik in. Een dergelijke betekening kan niet dienen als aanvang van de beroepstermijn (in gelijke zin: Vred. Elsene 25 februari 2014, *JLMB* 2014, 1496, noot P. KNAEPEN).

542. Cass. 25 mei 2007, *Arr.Cass.* 2007, 1145.

543. Cass. 19 februari 2010, *JLMB* 2010, 392, noot G. DE LEVAL, *JT* 2010, 140, noot, *RABG* 2010, 691, noot M. BAETENS-SPETSCHINSKY, *RABG* 2010, 1355, noot E. DE KEZEL en *RPS* 2009, 421, concl. J. LECLERCQ, noot WDR.

## § 6. *Onttrekking van de zaak aan de rechter: slechte voorbeelden ...*

**75. Indienen van een verzoekschrift tot onttrekking van de zaak aan de rechter kan niet per post** – *Ex* artikel 653 Ger.W. wordt de vordering tot onttrekking van de zaak aan de rechter ingesteld bij een met redenen omkleed en door een advocaat ondertekend verzoekschrift dat ter griffie van het Hof van Cassatie wordt ingediend (*déposer*). Een man die twijfels had over de onpartijdigheid van de rechter die over zijn zaak moest oordelen, beoogde via het Hof van Cassatie de zaak aan die rechter te onttrekken wegens wettige verdenking<sup>544</sup> (art. 648, 2° Ger.W.). Daartoe maakte zijn raadsman, per post, een verzoekschrift over aan de griffie van het Hof van Cassatie. In zijn arrest van 8 september 2014<sup>545</sup> wees dit Hof, in lijn met zijn (vaste (?)) rechtspraak<sup>546</sup>, het verzoek af als “kennelijk onontvankelijk”<sup>547</sup> omdat het processtuk per post aan de griffie was toegezonden en daar dus niet was “ingediend”. Waarop die partij haar geluk opnieuw beproefde met een – op dezelfde feiten gesteund – nieuw verzoekschrift tot onttrekking van de zaak aan de rechter, dat ditmaal wel netjes door de verzoeker (of zijn raadsman) persoonlijk werd ingediend op de griffie. Bij arrest van 16 oktober 2014<sup>548</sup> werd dit tweede verzoekschrift ook als “kennelijk onontvankelijk” afgewezen, om reden dat artikel 659 Ger.W. weliswaar toelaat dat na het afwijzen van een vordering tot onttrekking<sup>549</sup> een nieuwe vordering met ditzelfde oogmerk wordt ingesteld, maar alleen op voorwaarde dat de nieuwe vordering steunt op feiten die zich sedert de eerdere (eerste) uitspraak hebben voorgedaan ...

544. Wettige verdenking veronderstelt dat de ingeroepen omstandigheden van die aard zijn dat er twijfel kan ontstaan omtrent de onpartijdigheid en de objectiviteit van het betrokken rechtscollege in zijn geheel (Cass. 1 april 2010, *Pas.* 2010, 1100).

545. Cass. 8 september 2014, *JT* 2015, 179, noot J.-S. LENAERTS.

546. Zie o.m. Cass. 26 oktober 2007, *Pas.* 2007, 1882; Cass. 15 april 1999, *Pas.* 1999, 525 (ook in deze gevallen werd het verzoekschrift aan de griffie “toegezonden” i.p.v. ter griffie “ingediend”). Alle voormelde arresten werden gewezen door Franstalige afdelingen van de kamers binnen het Hof. Binnen de gepubliceerde rechtspraak vonden we één uitspraak terug van de Nederlandstalige afdeling van de eerste kamer van het Hof: Cass. 12 april 2013, *P&B* 2013, 122: “In een met redenen omkleed verzoekschrift dat op 19 maart 2013 ter griffie van het Hof is *ontvangen* (...)” (cursivering door de auteurs), waaruit blijkt dat het per post naar de griffie van het Hof van Cassatie werd verzonden. Ook deze vordering tot onttrekking werd weliswaar kennelijk niet-ontvankelijk verklaard, maar niet wegens de wijze waarop ze aan het Hof werd bezorgd (wel om reden dat ze geen betrekking had op een uitspraak van een rechter).

547. Vgl. art. 656, tweede lid Ger.W. (zoals gewijzigd bij wet van 12 maart 1998 (*BS* 2 april 1998)). Met de mogelijkheid te voorzien het verzoekschrift tot onttrekking van de zaak aan de rechter kennelijk onontvankelijk te verklaren, beantwoordde de wetgever een bezorgdheid van het Hof van Cassatie. Dit Hof had aangestipt het nut niet in te zien van de verplichting een tegensprekelijk debat te organiseren – met alle daarbij behorende verplichtingen van kennisgeving aan de partijen, uitwisseling van de stukken, neerleggen van een memorie en verschijning van de partijen – wanneer de vordering tot onttrekking kennelijk niet kan worden toegelaten (verslag namens de Commissie voor de Justitie bij het wetsontwerp tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek en het Wetboek van Strafvordering inzake de procedure tot onttrekking van de zaak aan de rechter, *Parl.St.* Kamer 1996-97, nr. 49K0866/7, 4).

548. Cass. 16 oktober 2014, *JT* 2015, 179, noot J.-S. LENAERTS.

549. Zonder dat de wet op dit punt een onderscheid maakt naargelang de vordering werd afgewezen als ontoelaatbaar dan wel als ongegrond.

Een annotator<sup>550</sup> van deze arresten werpt zeer terecht de vraag op of hier geen (volstrekt) buitensporige, disproportionele sanctie werd toegepast, die zowel haaks staat op de rechtspraak van het EHRM (die de effectieve toegang tot de rechter niet wenst belemmerd te zien worden door een ten top gedreven formalisme) als op rechtspraak van het Hof van Cassatie zelf die, zoals boven werd aangetoond, gelukkig vaak opteert voor een doelgerichte i.p.v. een (louter) formalistische aanpak. Er is allereerst de vaststelling dat de vormvereisten van artikel 653 Ger.W. niet zijn voorgeschreven op straffe van enige sanctie. Daarenboven spoort die bepaling met vele andere procesvoorschriften die eveneens voorzien in een neerlegging ter griffie<sup>551</sup>, zonder dat ooit in ernst werd betwist dat die processtukken per post (en zelfs per fax) aan de griffie konden worden overgemaakt. Wel figureerde de wijze van neerlegging in een exemplatieve lijst van voorbeelden waar het verzoek tot onttrekking volgens het Hof van Cassatie met een kennelijke niet-ontvankelijkheid moet worden bestraft.<sup>552</sup>

## AFDELING 5. NASCHRIFT

### 76. “Potpourri-Wet”<sup>553</sup> – In zijn Justitieplan besteedt minister van Justitie Koen Geens ook aandacht aan de vormgebreken in het burgerlijk procesrecht. Vanuit de

550. J.-S. LENAERTS, “Procédure de dessaisissement: déposer n’est pas envoyer!” (noot onder Cass. 8 september 2014 en Cass. 16 oktober 2014), *JT* 2015, 179-181.

551. Vgl. art. 742 Ger.W.: “De partijen leggen hun conclusies neer ter griffie (*déposer*) samen met een inventaris van de medegedeelde stukken” (vgl. met de eerdere versie van art. 742 Ger.W.: “De partijen zenden het origineel (...) van hun conclusies aan de griffie of leggen ze aldaar neer”); art. 748, § 2 Ger.W.: “Het verzoekschrift wordt ondertekend door de advocaat van de partij of, bij diens ontstentenis, door de partij zelf en het wordt ter griffie neergelegd (*déposer*) in zoveel exemplaren als er betrokken partijen zijn”; art. 750, tweede lid Ger.W.: “Het verzoek wordt gericht aan de voorzitter van de kamer waaraan de zaak werd toegewezen en ter griffie neergelegd (*déposer*), gelijktijdig met of na de neerlegging van de conclusies van de partijen”; art. 1027 Ger.W.: “Het [eenzijdig] verzoekschrift wordt in tweevoud gezonden (*adresser*) aan de rechter die op de vordering uitspraak moet doen. Buiten de uitzonderingen waarin de wet uitdrukkelijk voorziet, kan het enkel door een advocaat worden ingediend. Het wordt neergelegd (*déposer*) ter griffie, op zijn datum voor gezien getekend door de griffier, (...)”; art. 1056 Ger.W.: “Het hoger beroep wordt ingesteld: (...) 2° bij een verzoekschrift dat, in zoveel exemplaren als er betrokken partijen zijn, ingediend (*déposer*) wordt op de griffie van het gerecht in hoger beroep (...), 3° bij ter post aangetekende brief die aan de griffie wordt gezonden, wanneer de wet deze wijze van voorziening uitdrukkelijk voorschrijft (...)”. Vgl. het nog niet in werking getreden art. 32*bis*, eerste lid Ger.W.: “Elke neerlegging of mededeling kan geldig bij gewone brief of, in de gevallen die de wet bepaalt, bij aangetekende brief geschieden”. De parlementaire voorbereiding van deze tekst – opgesteld in het raam van de elektronische procesvoering (wet van 5 augustus 2006 (*BS* 7 september 2006, ed. 2), waarvan de inwerkingtreding recent opnieuw werd verdaagd naar uiterlijk 1 januari 2017 (art. 21 van de wet van 19 december 2014 (*BS* 29 december 2014, ed. 3))) – verduidelijkt: “Het procedé dat voor de neerlegging van akten van rechtspleging en voor de gewone communicatie in acht moet worden genomen, was nog niet opgenomen in het Gerechtelijk Wetboek. Teneinde zich aan te passen aan de thans geldende handelwijze, leek het wenselijk in het eerste lid nader te bepalen dat de neerlegging en de mededeling kunnen geschieden bij gewone brief of, in de gevallen die de wet bepaalt, bij ter post aangetekende brief. Zulks voorkomt enige [lees: elke] ambigüiteit, inzonderheid betreffende de term ‘neerlegging’ die zou kunnen doen veronderstellen dat een fysieke stap naar de griffie noodzakelijk is”.

552. Zie *Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België*, 1999, 69. Vgl. met voornoemd verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl.St.* Kamer 1996-97, nr. 49K0866/7, 4.

553. Voor duiding bij het begrippenkader van de “hinkstapsprong” en de “Potpourri”: K. GEENS, *Het justitieplan. Een efficiëntere justitie voor meer rechtvaardigheid*, Brussel, Federale Overheidsdienst Justitie, 2015, 3, [http://issuu.com/koengeens/docs/plan\\_justitie](http://issuu.com/koengeens/docs/plan_justitie) 18 maart nl 84e6b3e73f6304.

gedachte dat een vormvoorschrift geen doel op zich is – ondergetekenden hebben hiervoor (te) uitvoerig aangegeven dat ze die visie volmondig bijtreden – wordt ingezet op de veralgemening van de regel dat het beweerd slachtoffer van een vormgebrek moet aantonen dat zijn belangen werden geschaad.<sup>554</sup>

Een en ander resulteerde in artikel 22 *et seq.* van de wet van 19 oktober 2015 houdende wijziging van het burgerlijk procesrecht en houdende diverse bepalingen inzake justitie.<sup>555</sup> De zgn. “absolute nietigheden” (art. 862 Ger.W.) werden opgeheven, maar in dezelfde beweging werd ook artikel 867 Ger.W. (de zgn. “normdoel-bepaling”) geschrapt.

Het idee van de minister dat er door de afschaffing van de absolute nietigheden geen bestaansreden meer overbleef voor artikel 867 Ger.W.<sup>556</sup> hebben we elders via een open tribune proberen bijsturen<sup>557</sup>, zonder succes.<sup>558</sup> Wij blijven van oordeel dat de afschaffing van artikel 867 Ger.W. een verarming van ons burgerlijk procesrecht inluit. De wetgever sluit rechter en partijen hiermee op in het binaire keurslijf van wel of geen belangenschade. Artikel 867 Ger.W. bood net de ruimte voor een autonome en actieve rol van de rechter om, i.g.v. een vormverzuim, af te toetsen of het normdoel alsnog werd bereikt. Het Gerechtelijk Wetboek verliest met het schrappen van deze bepaling een belangrijke katalysator voor deformalisering. We blijven echter hoopvol dat creatieve ontwikkelingen binnen de (cassatie)rechtspraak dit verlies zal kunnen compenseren.

554. K. GEENS, *Het justitieplan. Een efficiëntere justitie voor meer rechtvaardigheid*, Brussel, Federale Overheidsdienst Justitie, 2015, 30-31, nr. 67, [http://issuu.com/koengeens/docs/plan\\_justitie\\_18maart\\_nl\\_84e6b3e73f6304](http://issuu.com/koengeens/docs/plan_justitie_18maart_nl_84e6b3e73f6304).

555. BS 22 oktober 2015. De bespreking van de nieuwe bepalingen vormt niet het voorwerp van deze bijdrage. We verwijzen daarvoor naar de aangekondigde en verschenen publicaties over de “Potpourri-Wet”.

556. Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54K1219/005, 49.

557. C. VAN SEVEREN, J. VAN DONINCK, P. TAELEMAN, B. DECONINCK, A. FETTWEIS, B. MAES, B. VANLERBERGHE, K. BROECKX, T. DE JAEGER, G. DE LEVAL, J. VAN COMPERNOLLE en M. STORME, “Geen requiem voor artikel 867 Ger.W.”, *Juristenkrant* 2015, afl. 311, 11.

558. Beknopt verslag plenumvergadering, *Parl.St.* Kamer 2015-16, CRABV 54 PLEN 076, 5, [www.dekamer.be/doc/PCRA/pdf/54/ap076.pdf](http://www.dekamer.be/doc/PCRA/pdf/54/ap076.pdf).

**DE BESTUURLIJKE LUS EN DE  
ADMINISTRATIEVE LUS VANUIT HET  
OOGPUNT VAN DE RECHTSBESCHERMING  
VAN DE RECHTSONDERHORIGE**

Sven BOULLART  
Drs. en praktijkassistent UGent – advocaat





## AFDELING 1. INLEIDING<sup>1</sup>

1. Sinds een aantal jaren wordt de geschillenbeslechting in het administratief recht gekenmerkt door een steeds voortschrijdende complexiteit en een steeds toenemend aantal geschillen. Dit hoeft ook niet te verwonderen, gezien die complexiteit gelijke trend houdt met de ware legislatie die de verschillende regelgevers aan de dag leggen in het domein van het materieel en processueel administratief recht, daarbij niet in het minst beïnvloed door de niet-afnemende, maar integendeel snel toenemende rol die het internationaal recht en vooral dan het Europees Unierecht<sup>2</sup> speelt binnen de diverse subdomeinen van het administratief recht. De rechtsonderhorige van zijn kant is ook steeds mondiger geworden en wordt in het dagelijks leven vaker dan hem lief is geconfronteerd met administratieve rechtshandelingen.

De taak van de administratieve rechter (alsook bij uitbreiding de taak van de gewone rechter die op grond van de art. 144, eerste lid en 145 Gw. of nog art. 159 Gw. eveneens geschillen inzake het administratief recht beslecht) bij administratieve geschillen is dan ook van primordiaal belang.

2. Het instrumentarium waarover de rechter beschikt bij administratieve geschillenbeslechting, meer bepaald dan de administratieve rechter, werd het voorbije decennium meer en meer als ontoereikend ervaren.<sup>3</sup> Zo kon de Belgische Raad van State bij een gegrond bevonden vernietigingsberoep de aangevochten administratieve rechtshandeling enkel vernietigen. Zo oordeelde de Raad van State bv. in het arrest nr. 214.505 van 7 juli 2011: “*In de huidige stand van de wetgeving kan de Raad van State niets anders dan een beslissing vernietigen of een beroep verwerpen. Als de Raad van State een onwettigheid vaststelt, ook al is deze formeel van aard, heeft hij in beginsel, zoals te dezen, geen juridische basis om het beroep toch te verwerpen*”.<sup>4</sup>

- 
1. Onderhavige bijdrage is een herwerkte versie van onze eerdere bijdrage: S. BOULLART, “De bestuurlijke lus en de bemiddeling als instrumenten tot oplossing van bestuursgeschillen” in S. LUST, P. SCHOLLEN en S. VERBIST (eds.), *Actualia rechtsbescherming tegen de overheid*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 47-79.
  2. Maar ook het EVRM, zie bv. in Nederland T. BARKHUYSEN en M.L. VAN EMMERIK, *Het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht*, Kluwer, Deventer, 2011, XII + 164 p.
  3. Zie bv. M. NIHOUL, “Il est temps de réformer le contentieux administratif”, *CDPK* 2007, 721-725.
  4. RvS 7 juli 2011, nr. 214.505, *Maenhout en Dubaere*, *CDPK* 2012 (samenvatting), 625 en 658 en *TBO* 2011, 295. Vgl. bv. ook RvS 1 februari 2013, nr. 222.344, *Vekemans et al.*, dat gelijkaardige bewoordingen hanteert. Over de wijzigingen die de wet van 20 januari 2014 houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State (*BS* 3 februari 2014, *err. BS* 13 februari 2014) op dit punt brengt, zie o.m. B. CAMBIER, A. PATERNOSTRE en T. CAMBIER, “Les accessoires de l’arrêt d’annulation et la boucle administrative” in F. VISEUR en J. PHILIPPART (eds.), *La justice administrative*, Brussel, Larcier, 2015, 233-335; F. EGGERMONT, “Schending van vormvereisten in het kader van een oplossingsgerichte rechtspraak: de bestuurlijke lus bekeken vanuit een rechtsvergelijkend perspectief” in *Preadviezen 2013: Vereniging voor de vergelijkende studie van recht van België en Nederland*, Den Haag, Boom Uitgevers, 2013, 27; M. JOASSART, “Premier aperçu de la réforme du Conseil d’Etat”, *CDPK* 2015, (50), 74-76; P. LEFRANC, “Ceci n’est pas une boucle administrative” in M. VAN DAMME (ed.), *Hervorming van de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2014, 51-94; P. LEFRANC, “Heeft de bestuurlijke lus nog een toekomst in de Raad van State?” in B. GOOSSENS, Y. LOIX en F. SEBREGHTS (eds.), *Tussen algemeen belang en toegewijde zorg: Liber Amicorum Hugo Sebreghts*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 205-2013;

Sinds de invoering van het administratief kort geding kan een verzoekende partij bij de Raad van State ook trachten om de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden handeling te bekomen, waarbij hij ervoor kan opteren om aan de Raad van State te verzoeken voorlopige maatregelen op te leggen.

Tot voor kort kon de Raad van State de vernietigingsuitspraak enkel voor een vernietigde reglementaire handeling (en dus niet de individuele administratieve rechtshandeling) desgevallend milderer door met toepassing van artikel 14<sup>ter</sup> RvS-Wet de gevolgen daarvan te handhaven in de tijd.<sup>5</sup> Thans kan hij de gevolgen van zowel de vernietigde individuele akten, als de vernietigde reglementen aanwijzen die als definitief moeten worden beschouwd of voorlopig gehandhaafd worden voor een bepaalde termijn. Ook de invoering van het systeem van de administratieve dwangsom in de procedureregels op de Raad van State werd als een krachtig instrument beschouwd.

3. Niettemin werd dit instrumentarium als beperkend ervaren en werd de roep om krachtiger middelen voor de administratieve rechter steeds luider gedurende de voorbije jaren. Het werd eveneens beschouwd als een onvolmaakt rechtsherstel, omdat de rechtsonderhorige zijn lot opnieuw in handen moest leggen van het bestuur wiens handelen even voordien door de administratieve rechter als onwettig werd bevonden.<sup>6</sup> Inzake administratieve sancties is er bv. ook heel wat kunst- en vliegwerk aan te pas gekomen om te stellen dat de beroepsmogelijkheid bij de Raad van State een volwaardig jurisdictioneel beroep uitmaakt in de zin van artikel 6.1. EVRM, ook al kon de Raad van State (tot voor kort) niet verdergaan dan de vernietiging uit te spreken bij een vastgestelde onwettigheid.<sup>7</sup>

---

→ S. LUST, “Volle rechtsmacht, substitutie, injunctie en herstel” in S. LUST, P. SCHOLLEN en S. VERBIST (eds.), *Actualia rechtsbescherming tegen de overheid*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 1-45; I. Van Giel, “De ‘hervorming’ van de Raad van State anno 2014 tegen het licht van meer ‘projectgerichte’ bestuursrechtelijke procedures en contentieux”, *TBO* 2015, (64), 67-68; J. VANPRAET, *Vlaamse bestuursrechtscolleges in een grondwettelijk perspectief. Grenzen en mogelijkheden van een Vlaamse Justitie*, Brugge, die Keure, 2015, 60-70.

5. Zie daarover D. LINDEMANS, “Het behoud van de gevolgen van een door de Raad van State nietig verklaarde reglementaire bepaling” in I. COOREMAN, D. LINDEMANS en L. PEETERS (eds.), *De tenuitvoerlegging van arresten van de Raad van State, Administratieve Rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 2012, 151-194.

6. S. BOULLART, “De ene volle rechtsmacht is de andere niet: over volle en minder volle rechtsmacht” in S. LUST en M. NIHOUL (eds.), *Le droit public au tournant du millénaire. Edition anniversaire 10 ans CDPK – Publiekrecht over de drempel van het millennium. Feesteditie 10 jaar CDPK*, Brugge, Vanden Broele, 2007, 272.

7. Zie i.v.m. de aanvechtbaarheid bij de Raad van State van de Brusselse administratieve geldboetes voor luchtvaartmaatschappijen en veroorzaakte geluidshinder: Cass. 15 oktober 2009, *Arr. Cass.* 2009, 2322, *APT* 2010 (samenvatting), 286, *JT* 2009, 777, concl. Adv. Gen. D. THUIS, noot, *MER* 2010, 18, *NJW* 2009, 816, noot L. LAVRYSEN, *Pas.* 2009, 2270, *RABG* 2013, 1175, noot S. BOULLART, “De oplossing van conflicten van attributie door het Hof van Cassatie”, *TBP* 2010 (weergave F. Meererschaut), 487, *TMR* 2009, 751 en *T.Strafr.* 2010, 146, noot; GwH 30 maart 2011, nr. 44/2011, Amén. 2011 (weergave J. VAN YPERSELE), 279, *BS* 3 juni 2011 (uittreksel), *Dr.pén.entri.* 2012, 65, noot, *Rev.dr.pén.* 2011, 772, noot D. RENDERS, “Transposabilité des mesures d’individualisation de la sanction pénale à la sanction administrative à caractère pénal: l’irrésistible ascension du parallélisme”, *TMR* 2011, 406 en *T.Gem.* 2011, 204. Voor een voorbeeld in de rechtspraak van de Raad van State na voornoemde uitspraken inzake een administratieve geldboete: RvS 2 oktober 2012, nr. 220.820, Karroua, *CDPK* 2013 (samenvatting), 498 en *T.Gem.* 2013, 116, waarin o.m. ook nog werd opgemerkt dat vooraleer een annulatieberoep bij de Raad van State wordt ingesteld, ook reeds een administratieve procedure doorlopen wordt waarin ook in een bestuurlijk beroep is voorzien, zodat reeds daar een mogelijkheid bestaat om de wettigheid en de opportuniteit van de opgelegde geldboete, inclusief de hoogte ervan, te

Ook in andere landen valt een gelijkaardige tendens te noteren en is de vraag naar bijkomende instrumenten voor de administratieve rechter groot. Zo kan gewezen worden op het belangwekkend seminarie van de *Association des Conseils d'Etat et des Juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne* gehouden te Brussel op 1-2 maart 2012 in samenwerking met de Belgische Raad van State waarop bij de verschillende deelnemende administratieve jurisdicties werd gepolst naar diverse types van instrumenten inzake administratieve geschillenbeslechting zoals de bestuurlijke lus, volle rechtsmacht, de mogelijkheid van het geven van injuncties, een hervormingsbevoegdheid, de mogelijkheid tot toekenning van schadevergoeding en mechanismes voor het verzekeren van de uitvoering van administratiefrechtelijke uitspraken.<sup>8</sup>

4. In België heeft dit streven naar bijkomende instrumenten voor de administratieve geschillenbeslechting reeds voor de wijziging van de Wetten op de Raad van State begin 2014 geleid tot een aantal regelgevende initiatieven, zoals een afzonderlijke wetgeving wat betreft de rechtsbescherming bij overheidsopdrachten, waar de administratieve rechter overeenkomstig de artikelen 15, derde lid en 47, derde lid van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten<sup>9</sup>, een belangenafweging kan doorvoeren: hij kan hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van een van de partijen rekening houden met de vermoedelijke gevolgen van de schorsing van de uitvoering en van de voorlopige maatregelen voor alle belangen die kunnen worden geschaad, alsook met het openbaar belang. Hij kan aldus beslissen om de schorsing van de uitvoering of de voorlopige maatregelen niet toe te staan wanneer hun negatieve gevolgen groter zouden zijn dan hun voordelen.

De Vlaamse decreetgever heeft zich in 2009 bij de oprichting van de Raad voor Vergunningsbetwistingen evenmin onbetuigd gelaten en is zelfs verdergegaan dan het louter toekennen van een schorsings- en vernietigingsbevoegdheid voor dit nieuwe administratief rechtcollege, waarbij ook werd voorzien in een injunctiebevoegdheid.<sup>10</sup> Bij decreet van het Vlaams Parlement van 6 juli 2012<sup>11</sup> werd ook voorzien in

→ betwisten. Zie ook E. WILLEMART, "De bestuurlijke sancties in België – Bijdrage van de Raad van State van België" in *Verslag van het Colloquium van de Raden van State van de Benelux en van het administratief Hof van Luxemburg, Administratieve sancties in België, Luxemburg en Nederland. Vergelijkende studie*, Brussel, 21 oktober 2011, p. 16 et seq. (het verslag is raadpleegbaar op de website van de Belgische Raad van State), alsook het uitgebreide werk: R. ANDERSEN, D. DEOM en D. RENDERS (dir.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, 728. Zie recent bovendien K. LEUS en A. BAEYENS, "De hervorming van de Raad van State: over administratieve geldboeten en andere administratieve sancties, volle rechtsmacht en een eventuele hervormings- en substitutiebevoegdheid voor de Raad van State" in M. VAN DAMME (ed.), *De hervorming van de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2014, 273-295.

8. Voor een overzicht van de verschillende rapporten, zie de website van deze vereniging [www.juradmin.eu/](http://www.juradmin.eu/).

9. BS 21 juni 2013.

10. Zie daarover S. LUST, "De Raad voor Vergunningsbetwistingen" in A. WIRTGEN en F. JUDO (eds.), *Voorafname op vriendschap. Vrienden schrijven voor Dirk Lindemans bij zijn 60e verjaardag*, Brugge, die Keure, 2010, 166-169.

11. Decr.VI.Parl. 6 juli 2012 houdende wijziging van diverse bepalingen van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening, wat de Raad voor Vergunningsbetwistingen betreft, BS 24 augustus 2012. Zie daarover o.m. S. VERBIST, "De Raad voor

de figuren van de bestuurlijke lus en de bemiddeling als instrumenten van geschillenbeslechting voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen. De bepalingen van dit laatste decreet inzake de bestuurlijke lus werden evenwel ondertussen vernietigd door het Grondwettelijk Hof.<sup>12</sup>

De bepalingen van voornoemd decreet werden zo goed als ongewijzigd hernomen in artikel 34 van het decreet van het Vlaams Parlement van 4 april 2014 betreffende de organisatie en de rechtspleging van sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges<sup>13</sup>, om toepasbaar te worden bij de Raad voor Vergunningsbetwistingen, alsook bij het Milieuhandavingscollege. Ook die bepaling werd inmiddels door het Grondwettelijk Hof vernietigd.<sup>14, 15</sup>

---

→ Vergunningsbetwistingen, na de hervorming (Deel 1)” in S. VERBIST (ed.), *Actualia ruimtelijke ordening*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (75), 96-99.

12. GwH 8 mei 2014, nr. 74/2014, *Amén*. 2014 (bespreking B. Jadot), 248, *APT* 2014, 391, noot M. UYTENDAELE, “Sauver la boucle administrative fédérale”, *CDPK* 2014, 424, noot A.-S. VANDAELE, “Grondwettelijk Hof 8 mei 2014, nr. 74/2014: de vernietiging van de bestuurlijke lus bij de RvVb als voorbode voor de vernietiging van de bestuurlijke lus bij de RvS?”, *JLMB* 2014, 1193, noot D. RENDERS, “La boucle administrative ne serait-elle pas bouclée?”, *JT* 2014, 479, noot F. BELLEFLAMME en J. BOURTEMBOURG, “Requiem pour la boucle?”, *RABG* 2014, 1373, noot S. BOULLART, “De bestuurlijke lus bij de Raad voor Vergunningsbetwistingen vernietigd. Wat met de bestuurlijke lus bij de Raad van State?”, *RW* 2014-15, 779, noot F. EGGERMONT, “De bestuurlijke lus ... een dode mus”, *TBO* 2014, 196 en *TMR* 2014, 435, noot P. LEFRANC, “De bestuurlijke lus van de Raad voor Vergunningsbetwistingen opgedoekt”. Zie ook C. DE MULDER, “Het Grondwettelijk Hof lust de lus niet”, *TOO* 2014, 256-258; T. VANDROMME, “Bestuurlijke lus Raad voor Vergunningsbetwistingen sneuvelt bij Grondwettelijk Hof”, *Juristenkrant* 2014, nr. 290, 1 en 4; J. VANPRAET, *Vlaamse bestuursrechtscolleges in een grondwettelijk perspectief. Grenzen en mogelijkheden van een Vlaamse Justitie*, Brugge, die Keure, 2015, 60-70.
13. Decr.VI.Parl. 4 april 2014 betreffende de organisatie en de rechtspleging van sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges, *BS* 1 oktober 2014, ook wel het DBRC-decreet genoemd. Deze regeling werd verder uitgewerkt in de art. 50 en 51 B.VI.Reg. 16 mei 2014 houdende de rechtspleging voor sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges, *BS* 3 december 2014, ook wel het DBRC-besluit genoemd. Art. 115 van dit besluit bepaalde de datum van inwerkingtreding van het besluit op 1 januari 2015, behoudens voor wat betreft o.m. voornoemde art. 50 en 51.
14. GwH 29 oktober 2015, nr. 152/2015.
15. Inmiddels is de decreetgever overgegaan tot een nieuwe wijziging van het DBRC-decreet met het Decr.VI.Parl. 3 juli 2015 tot wijziging van art. 4.8.19 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening en het decreet van 4 april 2014 betreffende de organisatie en de rechtspleging van sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges, *BS* 16 juli 2015. Bij het afsluiten van deze bijdrage was nog niet bekend of er tegen dit wijzigingsdecreet beroepen tot vernietiging werden ingediend bij het Grondwettelijk Hof. Het DBRC-besluit werd dienvolgens ook gewijzigd bij B.VI.Reg. 2 oktober 2015 tot wijziging van het besluit van de Vlaamse regering van 16 mei 2014 houdende de rechtspleging voor sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges, wat betreft de bestuurlijke lus en diverse andere bepalingen, *BS* 5 november 2015. Overeenkomstig art. 17 van dit wijzigingsbesluit treedt het besluit zelf, maar ook o.a. art. 5 van het wijzigingsdecreet van 3 juli 2015 m.b.t. de bestuurlijke lus, in werking op de eerste dag van de tweede maand die volgt op de maand van de bekendmaking van het wijzigingsbesluit in het *BS*, zijnde 1 januari 2016. In het raam van onderhavige bijdrage wordt bij deze wijzigingen en vervolgens de manier waarop de Vlaamse regelgever heeft willen tegemoetkomen aan de kritieken van het Grondwettelijk Hof in het arrest nr. 74/2014 van 8 mei 2014 (en dus ook in het arrest nr. 152/2015 van 29 oktober 2015), niet stilgestaan. Zie daarover reeds J. GOOSSENS, “Grondwettelijk Hof vernietigt bestuurlijke lus bij Raad van State”, *Juristenkrant* 2015, nr. 313, 9; B. VANHEUSDEN, “De moeizame start van de bestuurlijke lus en de administratieve lus: wie durft er nog te lussen?” in J. ACKAERT, A. DE BECKER, P. FOUBERT, N. TORFS, B. VANHEUSDEN en S. VERBIST (eds.), *Liber amicorum Anne Mie Draye*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 197-199; J. VANPRAET, *Vlaamse bestuursrechtscolleges in een grondwettelijk perspectief. Grenzen en mogelijkheden van een Vlaamse Justitie*, Brugge, die Keure, 2015, 69. Zie ook het advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State dienaangaande: RvS, afd. Wetg. 12 maart 2015, nr. 57.080/3, *TBP* 2015, 423-426.

De recente hervorming van de Raad van State<sup>16</sup> van begin 2014 ten slotte had eveneens een aantal bijkomende instrumenten in petto waaronder het systeem van de bestuurlijke lus zoals voorzien in artikel 38 RvS-Wet.<sup>17</sup>

Inmiddels werd ook die bepaling, zoals ingevoegd bij artikel 13 van de Hervormingswet van 20 januari 2014 vernietigd door het Grondwettelijk Hof.<sup>18</sup>

5. In onderhavige bijdrage wordt eerst stilgestaan bij het systeem van de bestuurlijke lus. Daarbij wordt niet eerst *in extenso* een uiteenzetting gegeven van het Nederlandse systeem van de bestuurlijke lus (waarop de Vlaamse decreetgever en de wetgever zich hebben gebaseerd), gezien daarop in andere bijdragen reeds uitvoerig werd ingegaan.<sup>19</sup> Daarentegen wordt waar nuttig wel verwezen naar enkele karakteristieken inzake de Nederlandse bestuurlijke lus.

Een uiteenzetting over het gebruik van de bestuurlijke lus in de procedures voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen is in deze bijdrage niet terug te vinden, gezien het systeem van de bestuurlijke lus bij de Raad voor Vergunningsbetwistingen en het Milieuhandavingscollege genadeloos<sup>20</sup> gesneuveld is voor het Grondwettelijk Hof<sup>21</sup> en pas recent vóór het afsluiten van deze bijdrage werd hersteld door de Vlaamse regelgever.<sup>22</sup>

16. Over de wijzigingen die de wet van 20 januari 2014 houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State (*BS* 3 februari 2014, *err. BS* 13 februari 2014) brengt, zie o.m. E. BREWAEYS, “Hervorming Raad van State (deel 1)”, *NJW* 2014, nr. 303, 426-447; E. BREWAEYS, “Hervorming Raad van State (deel 2)”, *NJW* 2014, nr. 304, 482-496; G. DEBERSAQUES en F. EGGERMONT, “De hervorming van de Raad van State 2014: een eerste analyse van de voornaamste nieuwigheden”, *RW* 2014, nr. 36, 1403-1423.

17. Zoals ingevoegd onder een “*Hoofdstuk V. De bestuurlijke lus*” bij art. 13 van de wet van 20 januari 2014 houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State (*BS* 3 februari 2014, *err. BS* 13 februari 2014). Die bepaling was in werking getreden op 1 maart 2014 op grond van art. 39 van de wet van 20 januari 2014 *juncto* art. 51, 1° KB van 28 januari 2014 tot wijziging van diverse besluiten betreffende de procedure voor de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (*BS* 3 februari 2014, *err. BS* 13 februari 2014).

18. GwH 16 juli 2015, nr. 103/2015, *NJW* 2015, 687 en noot A. COPPENS, “Exit bestuurlijke lus”, *TMR* 2015, 554. Zie ook J. GOOSSENS, “Grondwettelijk Hof vernietigt bestuurlijke lus bij Raad van State”, *Juristenkrant* 2015, nr. 313, 9.

19. Zie bv. H. BORTELS, “De bestuurlijke lus: aanzet naar een meer oplossingsgerichte bestuursrechter?”, *TBP* 2013, 302-218; F.F.W. BROUWER en L.M. KOENRAAD, “~~XXX~~”, *Nederlands Juristenblad* 2006, nr. 30, 1678-1684; L.M. KOENRAAD, “De toekomst van de bestuurlijke lus”, *Ars aequi* april 2010, 235-244; L.M. KOENRAAD en J.L. VERBEEK, “Finaliseren doe je zo! De rol van de bestuursrechter bij het vaststellen van feiten na de constatering dat het bestreden besluit een gebrek kent”, *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2011, nr. 4, 69-80; B.J. VAN ETTEKOVEN en A.P. KLAP, “De bestuurlijke lus als rechterlijke (k)lus”, *Jurisprudentie Bestuursrecht plus* 2010, 182-199; B.J. VAN ETTEKOVEN en A.P. KLAP, “De bestuurlijke lus als rechterlijke (k)lus” in I. COOREMAN, D. LINDEMANS en L. PEETERS (eds.), *De tenuitvoerlegging van arresten van de Raad van State, Administratieve Rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 2012, 443-464; D.A. VERBURG, “Finale geschillenbeslechting en haar stiefkind, de ‘aangeklede’ opdracht om een nieuw besluit te nemen”, *Jurisprudentie Bestuursrecht plus* 2010, 153-178.

20. De term “genadeloos” is ontleend aan het persbericht van de Orde van Vlaamse Balies: ORDE VAN VLAAMSE BALIES, “Grondwettelijk Hof vernietigt genadeloos ‘bestuurlijke lus’ Raad voor Vergunningsbetwistingen”, 5 juni 2014, [www.advocaat.be](http://www.advocaat.be).

21. Zie *supra*.

22. Zie *supra*.

Gezien artikel 13 van de Hervormingswet van 20 januari 2014 door het Grondwettelijk Hof maar werd vernietigd nadat de mondelinge uiteenzettingen van de auteur op de onderscheiden sessies te Gent en te Antwerpen van de *XLIIe Postuniversitaire cyclus Willy Delva* werden gegeven, heeft de auteur er de voorkeur aan gegeven om alsnog in onderhavige bijdrage het systeem van de bestuurlijke lus bij de Raad van State vóór die vernietiging, te beschrijven en in voetnoot weer te geven welk onderdeel van dat systeem precies het voorwerp heeft uitgemaakt van de grondwettigheidskritieken door het Grondwettelijk Hof.

Er wordt bovendien voor geopteerd om het verloop van het gebruik van die bestuurlijke lus bij de Raad van State te beschrijven vanuit het oogpunt van de rechtsbescherming van de rechtsonderhorige waarbij de eigenheden van het systeem worden uiteengezet, zonder daarbij evenwel uit het oog te verliezen dat het systeem van de bestuurlijke lus bij de Raad voor Vergunningsbetwistingen als inspiratiebron heeft gediend voor de bestuurlijke lus bij de Raad van State.

6. Vervolgens wordt eveneens stilgestaan bij de administratieve lus, nl. het systeem waarbij de bevoegde administratieve overheid een onregelmatigheid kan herstellen wanneer het vaststelt dat de onregelmatigheid kan leiden tot een gebeurlijke vernietiging van de beslissing.

## AFDELING 2. DE BESTUURLIJKE LUS

### § 1. *Inleidende beschouwingen*

7. De figuur van de bestuurlijke lus (in het Frans “*la boucle administrative*”) is niet nieuw en zowel de Vlaamse decreetgever, als vervolgens de federale wetgever<sup>23</sup> hebben zich geïnspireerd op het Nederlandse model van de bestuurlijke lus die daar al enige tijd bestond, maar daar op algemene wijze werd ingevoerd bij *wet van 14 december 2009 tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met een regeling voor herstel van gebreken in een besluit hangende beroep bij de bestuursrechter (Wet bestuurlijke lus Awb)*.<sup>24</sup>

De directe aanleiding tot die Nederlandse wet was de vertraging in de realisatie van grotere infrastructuurprojecten omdat de onderliggende besluiten behept waren met *herstelbare* gebreken (vnl. dan onwettigheden inzake vormvereisten) en er zich op

---

23. Die zich verder ook nog eens deels op het initiële Vlaamse model (nl. het systeem dat tot tweemaal toe werd vernietigd door het Grondwettelijk Hof) heeft geïnspireerd wat betreft de beperkende draagwijdte van de toepasbaarheid van de bestuurlijke lus.

24. *Staatsblad* 2009, 570.

de duur een “ping pong-spel” manifesteerde waarbij de nieuwe besluiten die na een vernietiging door de betrokken bestuursorganen waren genomen, opnieuw werden aangevochten bij de Nederlandse bestuursrechter.<sup>25</sup>

8. De bekende zaak van de tramlijn te Wijnegem<sup>26</sup> blijkt volgens de artikelsgewijze bespreking van het wetsontwerp in de Senaat, ook wat betreft de Raad van State, de doorslaggevende reden te zijn geweest voor de invoering van de bestuurlijke lus in de RvS-Wet.<sup>27</sup>

9. In Nederland werd daaraan in één adem toegevoegd dat het de uitdrukkelijke bedoeling moet zijn om de kans op een snelle en *definitieve* beslechting van het geschil te doen stijgen met als finaal gegeven dat tot een *effectieve* geschillenbeslechting wordt gekomen.<sup>28</sup>

Definitieve (of nog finale) geschillenbeslechting is derhalve de taak geworden van de Nederlandse bestuursrechter zoals treffend uitgedrukt in artikel 8:41a van de Algemene Wet Bestuursrecht (hierna “Awb”): “*De bestuursrechter beslecht het hem voorgelegde geschil zoveel mogelijk definitief*”. Het gaat daarbij over een finale én materiële geschillenbeslechting.<sup>29</sup>

10. De vraag die daarbij onvermijdelijk rijst, is of de doelstelling van definitieve geschillenbeslechting in beperkte zin moet worden geïnterpreteerd, zoals sommigen tijdens voorbije colloquia doen uitschijnen, nl. of het de bedoeling moet zijn om het administratief geschil zo spoedig mogelijk te laten beëindigen in functie van een voorgehouden objectieve wettigheid van het overheidshandelen?

25. Zie in België tot voor kort, nl. vóór de invoering van de bestuurlijke lus in de regelgeving op de Raad van State, de vernietigingspraktijk van de Raad van State op basis van één middel (vaak dan nog op basis van een formele onwettigheid en dus niet een materieel-inhoudelijke onwettigheid), terwijl de andere middelen niet werden beoordeeld, wat een verhoogd risico op carouselrechtspraak met zich meebrengt. Zie echter al een aantal arresten van sommige kamers, waarin toch alle middelen worden behandeld in een procedure tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing, ook al werd het moeilijk te herstellen ernstig nadeel eerder reeds verworpen, wat het risico op carouselrechtspraak uiteraard aanzienlijk vermindert. Het vermijden van carouseluitspraken is uitdrukkelijk de bedoeling geweest van de federale wetgever, zoals dhr. voorzitter R. STEVENS van de Raad van State het in de bevoegde commissie uitdrukte: “*Met het systeem van de bestuurlijke lus wint men veel tijd en regelt men het probleem onmiddellijk in de eerste procedure door de rechtzetting van het vormgebrek, zonder dat een carousel ontstaat*” (Parl.St. Senaat 2013-14, nr. 2277/3, 20).

26. RvS 28 april 2011, nr. 212.825, *Lauwers*.

27. Parl.St. Senaat 2012-13, nr. 2277/1, 29.

28. K.J. DE GRAAF, “Doel en de functie van de bestuursrechtspraak in een veranderende democratische rechtsstaat. Toelichting van het onderzoek 1” in *Verslag van het symposium van de Raad van State op 29 september 2011. Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*, Den Haag, Raad van State, 2012, 32; J.E.M. POLAK et al., *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2004, 73-76.

29. B.J. VAN ETTEKOVEN, “Effectieve rechtsbescherming door de bestuursrechter” in H.D. TJEENK WILLINK, T. KOOPMANS, J.TH.J. VAN DEN BERG, P. VAN DIJK, W. SORGDRAGER, J.H. VAN KREVELD, L.Y. GONCALVES-HO KANG YOU en A.M.J. HEIJMANS (red.), *De Raad van State in perspectief*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2011, 295.

Of anders gesteld: dient die notie niet eerder het algemeen nut en vooral dan de belangen van de administratieve overheid? Of moet het begrip ruimer worden opgevat, daar waar het naast een factor van *effectieve geschillenbeslechting* ook een luik van *effectieve rechtsbescherming* van de rechtsonderhorige tegen de overheid moet bevatten? Dit laatste lijkt alvast uit het oog verloren te zijn (zie immers *infra*) in het systeem van de bestuurlijke lus voor de Belgische Raad van State daar waar enkel vormgebreken herstelbaar zijn via het gebruik van de bestuurlijke lus en het niet toegestaan is via de bestuurlijke lus reparaties door te voeren die inhoudelijke wijzigingen toebrengen aan het kaduuk besluit.<sup>30</sup>

Finale geschillenbeslechting en rechtsbescherming van de rechtsonderhorige inzake bestuurlijk optreden gaan echter hand in hand: bij de oprichting van de Raad van State heeft de wetgever immers een model van rechtsbescherming tegen het optreden van de overheid voor ogen gehad. Beide hebben een gemeenschappelijke doelstelling en beogen een evenwicht tot stand te brengen<sup>31</sup>: finale rechtsbescherming is gericht op een streven naar een spoedige rechtszekerheid voor de betrokken administratieve overheid, maar ook de rechtsonderhorige is er in de meeste gevallen bij gebaat om een administratiefrechtelijk geschil, dat per definitie rechtsonzekerheid met zich meebrengt zolang het geschil nog het voorwerp uitmaakt van een procedure voor de bestuursrechter, zo snel mogelijk te laten beslechten teneinde rechtszekerheid te bekomen.

Definitieve geschillenbeslechting werd in Nederland in het raam van de bestuurlijke lus alvast in de richting van de rechtsbescherming van de rechtsonderhorige begrepen. B.J. VAN ETTEKOVEN drukt dit als volgt uit: “*De wetgever probeert de ontwikkeling naar meer materiële geschillenbeslechting te faciliteren met wetgeving die de rechter in staat stelt de rechtsbescherming inhoud te geven, zoals met de introductie van de ‘bestuurlijke lus’, een belangrijk instrument dat de spanning laat voelen tussen tijdelijke rechtspraak en meer materiële en finale rechterlijke oordeelsvorming*”.<sup>32</sup> Een en ander moet inzake het Nederlands voorbeeld evenwel ook gezien worden in het licht van de mogelijkheden voor de bestuursrechter op grond van de Awb om bij herhaald

---

30. Ook al zijn we zelf geen voorstander van een slaafs kopiëren van buitenlandse rechtsfiguren, maar wel van een gedifferentieerde overname die rekening houdt met de eigenheid van ons eigen rechtsstelsel of nog met volgende doelstelling: “*Comparative legal analysis should also be used to identify those general principles of administrative law that reflect common traditions and may therefore be applied throughout the European legal space ...*” (G. DELLA CANANEA, “Administrative Law in Europe: a Historical and Comparative Perspective”, *Italian Journal of Public Law* 2009, nr. 2, 209).

31. Vgl. P. MARTENS, “Avons-nous besoin d’un Conseil d’Etat?” in F. VISEUR en J. PHILIPPART (eds.), *La justice administrative*, Brussel, Larcier, 2015, 28-29.

32. B.J. VAN ETTEKOVEN, “Effectieve rechtsbescherming door de bestuursrechter” in H.D. TJEENK WILLINK, T. KOOPMANS, J.TH.J. VAN DEN BERG, P. VAN DIJK, W. SORGDRAGER, J.H. VAN KREVELD, L.Y. GONCALVES-HO KANG YOU en A.M.J. HEIJMANS (red.), *De Raad van State in perspectief*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2011, 295.



in gebreke blijven van een bestuursorgaan, zelf de materieelrechtelijke knoop door te hakken en te beslissen in de plaats van het bestuursorgaan.<sup>33</sup>

**11.** Het roept bij de bestuursrechter ongetwijfeld enige schroom op om zich te bedienen van de nieuwe figuur van de bestuurlijke lus. Ook in Nederland heeft de bestuursrechter aanvankelijk enige voorzichtigheid aan de dag gelegd omdat ook daar aan de ene kant de beslissingsruimte van het bestuur moet gerespecteerd worden en aan de andere kant hij inhoud moet geven aan zijn opdracht rechtsbescherming te verlenen door geschillen materieel en zo finaal mogelijk te beslechten binnen een redelijke termijn. Ondertussen heeft de Nederlandse bestuursrechter het spoor van de voorzichtigheid verlaten en durft hij knopen door te hakken op tal van punten die voordien geacht werden het exclusief domein van het bestuur uit te maken.<sup>34</sup>

Tijdens de besprekingen in de bevoegde Senaatscommissie dook opnieuw de angst op dat de Raad van State zich op het domein van de overheid zou begeven in het geval van de bestuurlijke lus, waarbij een senator zich liet ontvallen toch terughoudend te zijn *“tegenover de idee dat de rechter beslissingen zal kunnen nemen in de plaats van de overheid”*.<sup>35</sup>

Die discussie is niet nieuw en heeft betrekking op de vage grens tussen enerzijds de discretionaire bevoegdheid van de administratieve overheid en anderzijds de toetsingsbevoegdheid van de rechter, mét daarbij de angst het beginsel van de scheiding der machten te schenden. Het gebruik van de bestuurlijke lus lijkt echter te impliceren dat een evenwicht wordt gevonden tussen de bestuurlijke beslissingsvrijheid en een versterkende greep van de rechterlijke controle op het overheidsoptreden. Het is daarbij een illusie te denken dat de rechter op die manier zich in de plaats zou stellen van het bestuur wiens optreden wordt beoordeeld. Integendeel zal ook de figuur van de bestuurlijke lus bijdragen tot en streven naar een wettig overheidsoptreden. Discretionaire bevoegdheid en het beginsel van de scheiding der machten mogen immers geen voorwendsel vormen om zich te onttrekken aan een rechterlijke controle op het overheidsoptreden.

## *§ 2. Het gebruik van de bestuurlijke lus was een mogelijkheid voor de Raad van State, geen verplichting*

**12.** Artikel 38, § 1, eerste lid RvS-Wet bepaalde dat de afdeling Bestuursrechtspraak de verwerende partij *“kan”* opdragen om een gebrek in de bestreden akte of het bestreden reglement te herstellen of te laten herstellen.

33. Zie daarover eveneens B.J. VAN ETTEKOVEN, *ibidem*, 306.

34. *Ibidem*, 304-306.

35. *Parl.St.* Senaat 2013-14, nr. 2277/3, 21.

Uit het gebruik van het woord “*kan*” vloeit dus voort dat het voor de Raad van State geen verplichting betrof, maar wel een mogelijkheid.

Dit is ook logisch gezien niet ieder gebrek in de bestreden beslissing herstelbaar zal zijn of nog omdat er zich omstandigheden kunnen voordoen tijdens de procedure die het gebruik van de bestuurlijke lus onwerkzaam zouden kunnen maken. Vooral eer het systeem van de bestuurlijke lus door het Grondwettelijk Hof werd vernietigd, oordeelde de Raad voor Vergunningsbetwistingen in een arrest van 19 maart 2013 overigens al om die laatste reden dat het gebruik van de bestuurlijke lus moest geweigerd worden omdat het niet raadzaam was om in de betrokken schorsingsprocedure toepassing te maken van de bestuurlijke lus, gelet op de aard en de omvang van het aanvaarde moeilijk te herstellen ernstig nadeel, de gegrondheid van het eerste middel (waarmee mogelijk wordt verwezen naar het onherstelbaar karakter van de bestreden beslissing) en het feit dat de verwerende partij geen nota betreffende de vordering tot schorsing heeft neergelegd, noch aanwezig dan wel vertegenwoordigd was op de zitting.<sup>36</sup>

### § 3. *Mogelijkheid of opdracht voor verwerende partij?*

**13.** Artikel 38, § 1, eerste lid RvS-Wet bepaalde niet dat de Raad van State de mogelijkheid biedt, maar daarentegen wel “*opdraagt*” gebruik te maken van de bestuurlijke lus.

**14.** In het Nederlandse systeem voorziet de toepasselijke regelgeving dat het bestuursorgaan moet meedelen aan de bestuursrechter (binnen de door hem bepaalde termijn) of het al dan niet gebruikmaakt van de bestuurlijke lus.<sup>37</sup> In het geval van de Belgische Raad van State is het niet geheel duidelijk of dit ook mogelijk was aangezien het tweede lid van voornoemd artikel stelde dat de bestuurlijke lus alleen maar kan worden gebruikt nadat de partijen de mogelijkheid hebben gehad hun opmerkingen te doen kennen over het gebruik ervan.<sup>38</sup>

**15.** Evenwel zou het gebruik van de bestuurlijke lus door de Raad van State in ieder geval toch moeten geweigerd worden wanneer de verwerende partij de toepassing van de procedure van de bestuurlijke lus uitdrukkelijk zelf ook weigert.<sup>39, 40</sup> Dit komt op

36. RvVb 19 maart 2013, nr. S/2013/0045.

37. Art. 8:51b, eerste lid Awb.

38. “*Alzo heeft de verwerende partij de mogelijkheid te laten weten of zij bereid is haar medewerking te verlenen aan een bestuurlijke lus [...]*” (Parl.St. Senaat 2012-13, nr. 2277/1, 30).

39. Zie immers art. 38, § 2, 3° RvS-Wet. Dit gebeurde dan via het geven van opmerkingen (zie *infra*).

40. Die “dwang” was wellicht ingegeven door het inquisitoriaal karakter van de rechtspleging voor de Raad van State, maar werd meteen ook getemperd door de mogelijkheid voor de verwerende partij om de toepassing van de bestuurlijke lus te weigeren (art. 38, § 2, 3° RvS-Wet) en het feit van het ambtshalve voorstellen van het toepassen van de bestuurlijke lus door de Raad van State zelf in het geval het niet de auditeur is die het gebruik ervan heeft voorgesteld, zoals voorzien was in art. 38, § 3 RvS-Wet.

hetzelfde neer (zij het met een langere procedurele omweg) als in het Nederlandse systeem.

#### § 4. *Alle middelen moesten eerst worden onderzocht*

**16.** Uit artikel 65/1 Algemeen Procedureglement<sup>41</sup> vloeide voort dat het in eerste instantie de auditeur is die in zijn verslag (binnen hetzij de vernietigingsprocedure, hetzij de schorsingsprocedure) voorstelt om de bestuurlijke lus toe te passen.<sup>42</sup>

In een groot deel van de gevallen zou het dus de auditeur zijn die de aanzet geeft tot de mogelijke toepassing van de bestuurlijke lus.

**17.** Niettemin voorzagt artikel 38, § 3, eerste lid RvS-Wet erin dat zich de situatie kan voordoen waarbij de auditeur in zijn verslag de toepassing van de bestuurlijke lus niet heeft voorgesteld, maar waarbij de Raad van State zelf eerst de toepassing voorstelt bij tussenarrest (o.m. wanneer een der partijen dit heeft gesuggereerd of opgeworpen in een laatste memorie en/of op de zitting of ambtshalve zelf). In dit laatste geval werd eveneens gestreefd naar een finale geschillenbeslechting omdat artikel 65/1, § 2 Algemeen Procedureglement voorschrijft dat de Raad van State uitspraak doet over alle middelen waarna het voorstel wordt gedaan tot toepassing van de bestuurlijke lus.

De Raad van State zou in dat geval in de regel maar zo'n tussenarrest uitspreken voor zover de auditeur alle middelen heeft behandeld in zijn verslag en indien dit niet het geval was, zal de Raad van State toepassing maken van artikel 65/1, § 3 Algemeen Procedureglement. De betrokken kamer van de Raad van State “kan” nl. een aanvullend verslag vragen<sup>43</sup> aan het aangewezen lid van het auditoraat waarin de overige middelen worden onderzocht.

**18.** Dat alle middelen moesten onderzocht en beoordeeld worden, hangt opnieuw samen met het streven naar de definitieve oplossing van het geschil, waarmee het “hangend” geschil wordt bedoeld. In het advies van de afdeling Wetgeving van de

41. Zoals ingevoegd bij art. 8 KB van 28 januari 2014 tot wijziging van diverse besluiten betreffende de procedure voor de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, BS 3 februari 2014, *err.* BS 13 februari 2014, inw. 1 maart 2014 (art. 51, 2<sup>o</sup> KB).

42. Met dien verstande dat hij overeenkomstig art. 65/1, § 1, eerste lid Algemeen Procedureglement in zijn verslag waarin hij dit voorstelt ook *alle middelen* moet onderzoeken (wat een afwijking inhoudt op art. 24, tweede lid RvS-Wet waarin wordt bepaald dat de auditeur zich in zijn verslag kan beperken tot het middel ten gronde dat de oplossing van het geschil mogelijk maakt), wat wijst op het streven naar finale geschillenbeslechting. Het is niettemin de bedoeling geweest om art. 24 RvS-Wet te laten bestaan: “*Celui-ci peut néanmoins subsister lorsque l’auditeur entend n’examiner que l’un ou l’autre moyen, qui, s’ils s’avèrent fondés, ne peuvent être réparés à l’aide de ce mécanisme*” (Parl.St. Senaat 2012-13, nr. 2277/1, 125).

43. Het woord “vragen” verschilt grondig van het systeem van het “gelasten” van een aanvullend verslag, voorzien in art. 24, derde lid RvS-Wet.

Raad van State werd daartoe verwezen naar artikel 38, § 2, 4° RvS-Wet dat bepaalde dat de bestuurlijke lus niet kan worden toegepast indien het herstel van het gebrek niet kan leiden tot de definitieve beslechting van het hangende geding, wat volgens de gemachtigde van de minister noodzakelijk inhoudt dat alle middelen voorafgaand aan het tussenarrest onderzocht worden.<sup>44</sup>

19. Ook de Nederlandse bestuursrechter moet uiteraard eerst de gegrondheid van het beroep beoordelen<sup>45</sup>, vooraleer de toepassing van de bestuurlijke lus voor te stellen, maar de Awb bepaalt niet met zoveel woorden dat de gegrondheid van alle middelen moet worden beoordeeld. Niettemin heeft de Nederlandse Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, alsook de Centrale Raad van Beroep reeds geoordeeld dat de bestuursrechter moet nagaan of er een mogelijkheid bestaat tot finale geschillenbeslechting en dit ook afdoende moet motiveren.<sup>46</sup> De recente praktijk in Nederland toont echter aan dat de bestuursrechter daar vanuit het streven naar definitieve geschillenbeslechting toch eerst alle opgeworpen middelen beoordeelt vooraleer de bestuurlijke lus op te starten.

### § 5. Toepassing bestuurlijke lus bij onevenredige benadeling belanghebbenden?

20. In het Nederlandse systeem bepaalt artikel 8:51a, eerste lid Awb dat de bestuurlijke lus niet kan gehanteerd worden “indien belanghebbenden die niet als partij aan het geding deelnemen daardoor onevenredig benadeeld kunnen worden” wat meteen ook impliceert dat de toepassing van de bestuurlijke lus toch doorgang kan vinden zelfs als er belanghebbenden zijn die ook optreden als partij in het geding en ook al worden zij onevenredig benadeeld door die bestuurlijke lus.

Het initiële Vlaamse systeem was een variante op dit Nederlandse systeem. Artikel 4.8.4, § 1, eerste lid VCRO sloot de toepassing van de bestuurlijke lus immers uit indien belanghebbenden in de zin van artikel 4.8.11 VCRO<sup>47</sup> daardoor onevenredig konden worden benadeeld. Door de gebruikte bewoordingen werd er geen

44. *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 2277/1, 125.

45. En vervolgens eerst ook nagaan of hij de rechtsgevolgen van het onwettig besluit of het onwettig gedeelte daarvan geheel of gedeeltelijk in stand laat blijven, dan wel of hij met een vernietigingsuitspraak die uitspraak in de plaats kan laten treden van het onwettig besluit of het onwettig gedeelte ervan (zie immers art. 8:72 Awb).

46. Zie de rechtspraak aangehaald in H. BORTELS, “De bestuurlijke lus: aanzet naar een meer oplossingsgerichte bestuursrechter?”, *TBP* 2013, 304-305; B.J. VAN ETTEKOVEN en A.P. KLAP, “De bestuurlijke lus als rechterlijke (k) lus”, *Jurisprudentie Bestuursrecht plus* (NL.) 2010, 188. Evenwel wijzen laatstgenoemde auteurs er op dat hij de keuze heeft om ofwel pas in zijn finale uitspraak onderzoek te doen naar de gegrondheid van *alle* beroepsgronden omdat het meer voor de hand ligt dat de bestuursrechter bij de tussenuitspraak zich beperkt tot het gebrek in het besluit, ofwel in zijn tussenuitspraak zelf.

47. Het gaat om de personen die overeenkomstig art. 4.8.11, § 1, eerste lid VCRO een beroep kunnen indienen bij de Raad voor Vergunningsbetwistingen, zoals bv. de aanvrager van de vergunning, de bij het dossier betrokken vergunningverlenende bestuursorganen enz.

onderscheid gemaakt naargelang die belanghebbenden al dan niet partij waren bij het betrokken geschil voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen. Indien zij partij waren bij het geschil, hadden zij uiteraard wel het voordeel om hun opmerkingen over de toepassing van de bestuurlijke lus (en meer bepaald over hun mogelijks onevenredige benadeling door de toepassing van de bestuurlijke lus) kenbaar te maken aan de Raad voor Vergunningsbetwistingen.

Volgens het Grondwettelijk Hof volstond die toets niet blijkens het vernietigings-arrest nr. 74/2014 van 8 mei 2014.<sup>48</sup> Het probleem met de Vlaamse bestuurlijke lus bestond erin dat de partijen in het geding geen debat konden voeren over de mogelijkheid tot het toepassen van de bestuurlijke lus, alsook dat derden-belanghebbenden dat evenmin konden. Daardoor werd dan op discriminerende wijze afbreuk gedaan aan de rechten van verdediging en het recht op tegenspraak, maar ook op het recht op toegang tot de rechter wat betreft derden-belanghebbenden omdat die laatsten geen beroepsmogelijkheid hadden tegen de geluste beslissing.

**21.** In de regelgeving op de Belgische Raad van State werd evenmin rekening gehouden met mogelijke belanghebbenden.<sup>49</sup> Weliswaar zou bij de Raad van State de belanghebbende partij die een partij is in het geding via zijn schriftelijke opmerkingen op het voorstel van toepassing van de bestuurlijke lus kunnen wijzen op zo'n onevenredige benadeling<sup>50</sup>, maar wanneer deze belanghebbende partij geen effectieve partij is in het geding bij de Raad van State zal hij niet van zo een waarborg kunnen genieten en al evenmin zal er voor die belanghebbende nog een beroepsmogelijkheid openstaan tegen de geluste beslissing. Op dat punt is de regeling van de bestuurlijke lus bij de Raad van State imperfect.<sup>51</sup>

48. Overw. B.8.3. en B.8.4.

49. Amendementen in die zin hebben het niet gehaald. (*Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 2277/2, 19; *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 3233/2, 14). De minister van Binnenlandse Zaken stelde in de Senaatscommissie dat het niet voorzien van die bijkomende voorwaarde verantwoord wordt doordat men geen rekening wenst te houden met het belang van derden om de vernietiging te blijven nastreven, terwijl diezelfde derden niet zijn opgetreden in de procedure. Een omgekeerde redenering zou er dan op neerkomen dat men een vorm van beroep van tweede kans instelt (*Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 2277/3, 44). In de Kamercommissie werd daaraan toegevoegd dat het herstelde gebrek toch niet kan leiden tot een inhoudelijke wijziging van de bestreden beslissing. Dergelijke verantwoordingen lijken echter niet te kunnen volstaan, omdat zo'n derden om redenen (bv. processuele) die hun eigen zijn, kunnen beslissen om geen schorsing en/of vernietiging te vragen bij de Raad van State, maar wel gebaat kunnen zijn bij de niet-toepassing van de bestuurlijke lus.

50. Via de verschillende mogelijkheden van het geven van opmerkingen zoals voorzien in art. 38, § 1, tweede lid RvS-Wet *juncto* art. 65/1, § 1, tweede lid Algemeen Procedurereglement (nl. na voorstel tot opstart van de bestuurlijke lus door de auditeur) en art. 38, § 1 en § 3, eerste lid RvS-Wet (nl. na het voorstel tot opstart van de bestuurlijke lus gedaan buiten een auditoraatsverslag om en dus enkel bij arrest waarin dit wordt voorgesteld).

51. Wat ook in het arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 103/2015 van 16 juli 2015 aan de kaak werd gesteld: “*B.12.4. De toepassing van de bestuurlijke lus kan evenwel gevolgen hebben voor de belanghebbenden, die tegen de beslissing geen beroep hebben ingesteld en die niet zijn tussengekomen in het geding. In tegenstelling tot het bij arrest nr. 74/2014 vernietigde artikel 4.8.4 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening, voorziet de bestreden bepaling niet in de voorwaarde dat de belanghebbenden, al dan niet partij in het betrokken geding, door de toepassing van de bestuurlijke lus niet onevenredig kunnen worden benadeeld. Het recht op toegang tot de rechter is een algemeen rechtsbeginsel dat met inachtneming van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet aan eenieder moet worden gewaarborgd. Een beslissing die met toepassing van de bestuurlijke lus is genomen, kan niet van het recht op toegang tot de*

## § 6. *Het voorstel tot toepassing van de bestuurlijke lus en het geven van opmerkingen daarover in de procedure voor de Raad van State*

22. Hoger werd er reeds op gewezen dat het procedé van de bestuurlijke lus op twee manieren kon worden opgestart in de procedure voor de Raad van State: ofwel op basis van een voorstel van de auditeur, ofwel op basis van een tussenuitspraak van de Raad van State.

23. In het *eerste geval* is het de auditeur die in zijn verslag het voorstel doet nadat hij alle middelen heeft onderzocht, waarna het de Raad van State is die na de gebruikelijke zitting, overeenkomstig artikel 38, § 1, eerste lid RvS-Wet de verwerende partij bij tussenarrest opdraagt het betrokken gebrek te herstellen of te laten herstellen.

Artikel 38, § 1, tweede lid RvS-Wet voegde daaraan toe dat het gebruik van de bestuurlijke lus alleen mogelijk is nadat de partijen de mogelijkheid hebben gehad hun opmerkingen te doen kennen over het gebruik ervan. Het geven van die opmerkingen wordt nader geregeld in artikel 65/1, § 1, tweede lid Algemeen Procedurereglement waarin wordt gesteld dat de hoofdgriffier het verslag van de auditeur waarin het gebruik van de bestuurlijke lus wordt voorgesteld, eerst aan de verwerende partij en, in voorkomend geval, de tussenkomende partij, ter kennis brengt die dan over een termijn van vijftien dagen beschikken om een laatste memorie in te dienen.<sup>52</sup> Nadien gebeurt een kennisgeving aan de verzoekende partij die eveneens over vijftien dagen beschikt om een laatste memorie in te dienen. Dit wordt als volgt verwoord in artikel 65/1, § 1, tweede lid, laatste volzin Algemeen Procedurereglement: “*Deze wordt ter kennis van de verzoekende partij gebracht die op haar beurt over vijftien dagen beschikt om een laatste memorie in te dienen*”.<sup>53, 54</sup>

---

→ *rechter worden uitgesloten. De beperking van dat recht, voor een categorie van belanghebbenden, is niet evenredig met de door de decreetgever nagestreefde doelstelling die in essentie erin bestaat de bestuurlijke geschillenbeslechting te stroomlijnen en te versnellen. B.12.5. Door niet te voorzien in de mogelijkheid om beroep in te stellen tegen de beslissing die met toepassing van de bestuurlijke lus is genomen, na de kennisgeving of de bekendmaking daarvan, doet de bestreden bepaling op discriminerende wijze afbreuk aan het recht op toegang tot de rechter”.*

52. In het zeldzaam geval een tussenkomende partij tussenkomt om de middelen van de verzoekende partij te ondersteunen, is het niet logisch dat deze tussenkomende partij de betekening op hetzelfde ogenblik als de verwerende partij ontvangt, maar zou het logischer zijn dat deze de betekening ontvangt op hetzelfde ogenblik als de verzoekende partij.

53. Het woordgebruik “*Deze wordt*” (in het Frans “*Celui-ci*”) lijkt erop te wijzen dat het *enkel* de laatste memorie van de verwerende partij (en/of van de tussenkomende partij) is die ter kennis van verzoekende partij wordt gebracht en niet ook het auditoraatsverslag. Wellicht betreft het een ongelukkige verwoording, vermits het volgens het verslag aan de Koning wel degelijk de bedoeling is dat ook het auditoraatsverslag ter kennis wordt gebracht van de verzoekende partij: “*Dit verslag wordt ter kennis van de partijen gebracht ...*” (BS 3 februari 2014, p. 9083).

54. De hierbij beschreven procedureregels in het geval de auditeur het gebruik van de bestuurlijke lus in zijn verslag voorstelt, gelden eveneens indien het gaat over het verslag van de auditeur in de schorsingsprocedure (zie immers art. 13, § 2 Procedurereglement Kort Geding met dien verstande 1° dat de kamer overeenkomstig art. 13, § 2, tweede lid, laatste volzin Procedurereglement Kort Geding bij hetzelfde tussenarrest de schorsing van de akte of van het reglement, of de voorlopige maatregelen kan bevelen; en 2° dat de kamer overeenkomstig art. 13, § 2, derde lid Procedurereglement Kort Geding in het geval de verwerende partij de toepassing van de bestuurlijke lus niet aanvaardt of indien de kamer

Meteen valt op dat de rangordebepaling voor de betekening van het auditoraatsverslag en het vervolgens indienen van een laatste memorie afwijkt van deze bepaald overeenkomstig artikel 12, vierde lid Algemeen Procedurereglement dat stelt dat het de auditeur is die in de conclusies van zijn verslag de volgorde vermeldt waarin het verslag ter kennis wordt gebracht van de partijen. Blijkens het verslag aan de Koning wordt dit verschil gerechtvaardigd door de omstandigheid dat, in die hypothese, een onregelmatigheid wordt aangestipt en de verwerende partij haar instemming aan de toepassing van de bestuurlijke lus moet verlenen.<sup>55</sup>

De termijn voor het indienen van de laatste memorie (vijftien dagen) is ook merkbaar korter dan de bij artikel 14, tweede lid Algemeen Procedurereglement voorziene termijn van dertig dagen. In het verslag aan de Koning wordt daarover gesteld dat ook in het geval van toepassing van de bestuurlijke lus in de schorsingsprocedure een laatste memorie kan worden ingediend (zie hierover *infra*): “Deze termijn is korter dan bij de nietigverklaring omdat artikel 30, § 2 van de gecoördineerde wetten oplegt dat de spoedeisendheid wordt vastgesteld om de lus in kortgeding toe te passen”, waaraan dan wordt toegevoegd: “Anderzijds moet de partijen een termijn gelaten worden om hen toe te laten een laatste memorie in te dienen. Deze termijn laat toe rekening te houden met de verschillende omstandigheden die eigen zijn aan deze procedure”.<sup>56</sup>

Voor het overige vallen er geen verschillen te noteren m.b.t. de laatste memorie, zodat deze ook de laatste schriftelijke kans is voor de partijen in het geding om nog terug te komen op de in het verslag besproken middelen.

Daarbij blijft ook voor de verwerende partij (die per definitie in het geval van het voorstel tot toepassing van de bestuurlijke lus zich geconfronteerd zal weten met een verslag waarin de vernietiging van de bestreden beslissing wordt voorgesteld) en in voorkomend geval voor de tussenkomen partij, de verplichting gelden om overeenkomstig artikel 30, § 3 RvS-Wet *juncto* artikel 14 *quinquies* Algemeen Procedurereglement de voortzetting van de procedure te verzoeken.

**24.** In het *tweede geval* was het de Raad van State zelf die op grond van artikel 38, § 1 en § 3, eerste lid RvS-Wet (nl. in het geval de auditeur in zijn verslag het gebruik van de bestuurlijke lus niet heeft voorgesteld), voor het eerst pas in een tussenarrest voorstelt om de bestuurlijke lus toe te passen. Overeenkomstig die bepaling zullen de partijen dan over een termijn van vijftien dagen beschikken, te rekenen vanaf de

---

→ beslist de bestuurlijke lus niet toe te passen, niettemin rechtstreeks kan beslissen over het beroep tot vernietiging). In een enkel arrest van de Raad van State werd reeds geoordeeld dat wanneer nog geen beroep tot nietigverklaring werd ingediend, de toepassing van de bestuurlijke lus tijdens de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid niet kan gehanteerd worden: RvS 28 oktober 2014, nr. 228.949, nv Canon Belgium.

55. BS 3 februari 2014, p. 9083.

56. BS 3 februari 2014, p. 9083. Een dergelijke verantwoording klinkt niet zeer overtuigend en is er gekomen n.a.v. een opmerking dienaangaande van de afdeling Wetgeving van de Raad van State (BS 3 februari 2014, p. 9090).

kennisgeving van dit arrest, om hun standpunt omtrent de toepassing van de bestuurlijke lus mee te delen. Artikel 65/1, § 2 Algemeen Procedurereglement voegt daaraan toe dat het tussenarrest wel een uitspraak moet doen over alle middelen (wat een auditoraatsverslag veronderstelt waarin ook alle middelen werden besproken) en dat in dat tussenarrest een datum wordt bepaald voor een terechtzitting in de zaak waarop over die bestuurlijke lus wordt gedebatteerd.<sup>57</sup> Overeenkomstig artikel 65/1, § 2, laatste volzin Algemeen Procedurereglement maakt de hoofdgriffier bij de kennisgeving van dit arrest melding van het artikel 38, § 3 RvS-Wet.<sup>58</sup>

In deze situatie wordt blijkbaar niet voorzien in een rangorde voor het indienen van de opmerkingen van de partijen over het mogelijk gebruik van de bestuurlijke lus en al evenmin welke vorm (bv. laatste memorie?) de opmerkingen moeten aannemen. In het verslag aan de Koning wordt gesteld dat dit zou moeten gebeuren via een *aanvullende memorie*<sup>59</sup> en bij gebrek aan nadere voorschriften in het Algemeen Procedurereglement kan men aannemen dat het in het tussenarrest zelf zal zijn dat de Raad van State aan de partijen zal opleggen (of nog de mogelijkheid zal geven) om de opmerkingen te geven via een aanvullende memorie.

**25.** In een derde situatie, waarbij vervolgens toepassing wordt gemaakt van de procedureregels van het eerste geval, betreft het een variant op beide systemen: wanneer de Raad van State *overweegt om de bestuurlijke lus op te starten*, maar geen uitspraak kan doen over alle middelen gezien het auditoraatsverslag niet alle middelen heeft onderzocht, dan kan de betrokken kamer vragen dat een aanvullend verslag wordt neergelegd.<sup>60</sup> In *voorkomend geval* wordt gehandeld overeenkomstig artikel 65/1, § 1, tweede en derde lid Algemeen Procedurereglement, wat inhoudt dat indien de auditeur een verslag opstelt met onderzoek van alle middelen én daarin het voorstel tot opstarten van de bestuurlijke lus, de procedureregels van het eerstgenoemde geval gelden. Indien de auditeur alle middelen (of zelfs niet alle middelen) onderzocht heeft in zijn aanvullend verslag, maar de toepassing van de bestuurlijke lus niet voorstelt (of afwijst) en aldus een andere oplossing van het geding voorstelt op grond van artikel 13 Algemeen Procedurereglement, wordt de reguliere procedure verdergezet blijkens het verslag aan de Koning.<sup>61</sup>

Niettemin leken de betrokken bepalingen in het geval van zo'n aanvullend verslag waarin alle middelen werden onderzocht, de Raad van State toe te laten om alsnog overeenkomstig artikel 38, § 3, eerste lid RvS-Wet de toepassing van de bestuur-

57. Wellicht wordt bedoeld dat op die zitting zal gedebatteerd worden over het mogelijk gebruik van de bestuurlijke lus.

58. De hierbij beschreven procedureregels zijn eveneens in de schorsingsprocedure van toepassing in het geval uiteraard alle middelen in het auditoraatsverslag niet werden onderzocht, maar daarin de bestuurlijke lus niet wordt voorgesteld (en voor zover de spoedeisendheid wordt aangetoond). Zie immers art. 13, § 3 Procedurereglement Kort Geding.

59. BS 3 februari 2014, p. 9083.

60. Art. 65/1, § 3, eerste lid Algemeen Procedurereglement.

61. BS 3 februari 2014, p. 9083.



lijke lus zelf voor te stellen<sup>62</sup> waarna gehandeld wordt volgens de procedureregels toepasselijk op het tweede geval.

**26.** Volledigheidshalve moet nog opgemerkt worden dat de mogelijkheid voor *alle partijen* om opmerkingen te geven over het voorstel tot toepassing van de bestuurlijke lus, eigen is aan de nieuwe procedureregels voor de Raad van State. Anders dan artikel 38, § 1, tweede lid RvS-Wet (“*Het gebruik van deze bestuurlijke lus is alleen mogelijk nadat de partijen de mogelijkheid hebben gehad hun opmerkingen te doen kennen over het gebruik ervan*”), voorzag het vernietigde artikel 4.8.4, § 2, eerste lid VCRO dat louter de verwerende partij opmerkingen kon maken, terwijl de verzoekende partij slechts opmerkingen kon formuleren eens de bestreden beslissing was “gelust”.

Het Grondwettelijk Hof oordeelde daarover:

*“B.8.3. Wanneer een rechtscollege, zoals te dezen de Raad voor Vergunningsbetwistingen, een element aanbrengt, dat ertoe strekt de beslechting van een geschil te beïnvloeden, zoals te dezen de mogelijkheid tot toepassing van de bestuurlijke lus, houdt het recht op tegenspraak in dat de partijen hierover debat moeten kunnen voeren (zie mutatis mutandis, EHRM 16 februari 2006, Prikyan en Angelova / Bulgarije, § 42; 5 september 2013, Cepek / Tsjechische Republiek, § 45)”*<sup>63</sup>

Op dit punt leek zich dus wat betreft de bestuurlijke lus bij de Raad van State geen probleem te rijzen, gelet op het gestelde in artikel 38, § 1, tweede lid RvS-Wet in zover het het recht op verdediging betreft van de partijen in het geding.

**27.** Een ander probleem met de Vlaamse bestuurlijke lus lag in het gegeven dat artikel 4.8.4, § 1, tweede lid VCRO inhield dat de bestuurlijke lus maar kon gehanteerd worden voor zover het herstelde gebrek ertoe leidde dat de geluste beslissing gehandhaafd kon blijven, wat inhield dat het herstel binnen de bestuurlijke lus slechts betrekking mocht hebben op vormgebreken en geenszins mocht leiden tot een inhoudelijke verandering van de bestreden beslissing.<sup>64</sup>

Het Grondwettelijk Hof leidde daaruit af dat wanneer de Raad voor Vergunningsbetwistingen eerst vaststelt waaruit de onwettigheid bestaat, daarna de bestuurlijke lus opstart, zich in feite inlaat met de beslissingsbevoegdheid voor het bestuur, gezien overeenkomstig artikel 4.8.4, § 1, tweede lid VCRO de geluste beslissing dezelfde moet blijven.<sup>65</sup>

62. Vermits de Raad van State er niet toe gehouden is het standpunt van de auditeur te volgen.

63. GwH 8 mei 2014, nr. 74/2014, overw. B.8.3.

64. *Parl.St.* VI.Parl. 2011-12, nr. 1509/4.

65. GwH 8 mei 2014, nr. 74/2014, overw. B.7.2.-B.7.4.

De RvS-Wet stelde evenwel niet dat de geluste beslissing “gehandhaafd” moet blijven. Evenwel liet de RvS-Wet ook niet anders toe, gezien enkel minimale gebreken in aanmerking kunnen komen voor de toepassing van de bestuurlijke lus. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de Belgische Raad van State enkel minimale gebreken mocht weerhouden, maar geen gebreken die na herstel ervan zouden leiden tot een wijziging van de inhoud van het herstelde besluit (zie *infra*). Dit werd ook met zoveel woorden bepaald in artikel 38, § 1, vierde lid RvS-Wet: “*Het herstel kan alleen de gebreken betreffen die in het tussenarrest werden aangeduid. Het herstel van deze gebreken mag geen weerslag hebben op de inhoud van de akte of het reglement*”.

Ook op dat punt moest in navolging van het eerder arrest van het Grondwettelijk Hof van 8 mei 2014 de conclusie luiden dat de regeling in de RvS-Wet op discriminerende wijze afbreuk doet aan het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter doordat aan de Raad van State de kans wordt geboden om zijn standpunt over de uitkomst van de zaak vooraf kenbaar te maken en zodoende in de plaats van het bestuur wordt getreden.<sup>66</sup>

### § 7. Welk gebrek kan het voorwerp uitmaken van de bestuurlijke lus?

28. Het is de bestuursrechter zelf die uitmaakt of het al dan niet een herstelbaar gebrek betreft.<sup>67</sup>

29. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de Belgische Raad van State enkel minimale gebreken mag weerhouden, maar geen gebreken die na herstel ervan zouden leiden tot een wijziging van de inhoud van het herstelde besluit.<sup>68</sup> Dit werd ook met zoveel woorden bepaald in artikel 38, § 1, vierde lid RvS-Wet.

66. Zie ondertussen GwH 16 juli 2015, nr. 103/2015: “*B.11.4. Door de Raad van State de mogelijkheid te bieden, wanneer die de toepassing van de bestuurlijke lus voorstelt, zijn standpunt over de uitkomst van het geschil kenbaar te maken, dat nochtans tot dezelfde beslissing moet leiden, doet de bestreden bepaling op discriminerende wijze afbreuk aan het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter*”.

67. Art. 38, § 2 RvS-Wet voorzagt vier gevallen waarin de bestuurlijke lus niet kan worden toegepast, o.m. in het geval het herstel van het gebrek niet kan leiden tot de definitieve beslechting van het hangende geding. In de parlementaire voorbereidingen wordt gewezen op de situatie dat niet kan worden gekomen tot de oplossing van het geschil (*Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 2277/1, 28), maar gelet op het objectief karakter van het contentieux bij de Raad van State is het niet duidelijk of daaronder ook valt het geval van een verzoekende partij die hoe dan ook de bestreden beslissing wil tegenhouden om redenen die hem eigen zijn; redenen die dan wel een subjectief-rechtelijke inslag zullen vertonen. De bestuurlijke lus kan evenmin worden toegepast bij de Belgische Raad van State, indien de eigen beslissingsbevoegdheid van verwerende partij niet volstaat om het gebrek te herstellen.

68. *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 2277/1, 28. Zie voor de kritiek daarop F. EGGERMONT, “De bestuurlijke lus”, *RW* 2013-14, 962. Ook de afdeling Wetgeving van de Raad van State heeft zich daarover kritisch uitgelaten: “*De Raad van State vraagt zich dan ook af wat in dit geval het nut is van het herstel van het ‘gebrek’ dat het bestreden besluit aantast, wat voor zin heeft het om een openbaar onderzoek of een hoorzitting te organiseren als de resultaten ervan niet in aanmerking mogen worden genomen om de inhoud van de beslissing te wijzigen en als de correctie van de uitdrukkelijke motivering het ook mogelijk zou maken nieuwe motieven te bedenken*” (*Adv.RvS*, afdeling Wetgeving, *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 2277/1, 124).

Bij herstelbare vormgebreken wordt blijkens de parlementaire voorbereidingen gedacht aan een motivering door verwijzing waarbij de initiële motivering niet aan de verzoekende partij werd overgemaakt of nog het uitschrijven van een formele motivering op grond van de motieven die in het administratief dossier terug te vinden zijn<sup>69</sup> en meer in het algemeen aan vormgebreken die de rechten van verzoeker niet in het gedrang brengen.<sup>70</sup>

Het opstellen van een MER, het houden van een hoorzitting<sup>71</sup> of een openbaar onderzoek<sup>72</sup> worden daarentegen afgewezen gezien mogelijks een inhoudelijke wijziging van de bestreden beslissing kan worden tot stand gebracht.

**30.** Dat vormgebreken reeds met toepassing van de bestuurlijke lus kunnen opgelost worden, is een goed begin indien dit effectief kan leiden tot een definitieve geschillenbeslechting. De beperking tot vormgebreken biedt daarbij het voordeel dat de bestuursrechter geen angst hoeft te hebben om zich te begeven op het domein van de administratieve overheid. Niettemin blijft de verzoekende partij die zich geconfronteerd weet met een administratieve rechtshandeling waarvan de onwettigheden materieel-inhoudelijk van aard zijn, in de kou staan en blijft deze blootgesteld aan het risico van mogelijke carouselrechtspraak, zeker in het geval van een onwillige overheid.

## § 8. *Wijze van herstel?*

**31.** Inzake de wijze van herstel moet opgemerkt worden dat in het Nederlands systeem wordt voorzien dat de tussenuitspraak van de bestuursrechter zoveel mogelijk moet vermelden op welke wijze het gebrek kan worden hersteld.

De wetgever heeft dit niet ongewijzigd overgenomen.

**32.** De Raad van State moest in het tussenarrest de wijze bepalen waarop het herstel zal moeten plaatsvinden, waarbij het herstel alleen de gebreken kon betreffen die in het tussenarrest werden aangeduid en waarbij het herstel van deze gebreken geen weerslag mocht hebben op de inhoud van de akte of het reglement (art. 38, § 1, derde en vierde lid RvS-Wet).

69. *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 2277/1, 29.

70. *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 2277/3, 20. Dit is niet altijd gemakkelijk vast te stellen. Immers, dit vereist dat het belang van de verzoekende partij bij het opgeworpen vormgebrek enigszins *objectiveerbaar* is en er minstens moet nagegaan worden of verzoekende partij niet *mordicus* de vernietiging wenst om redenen die hem eigen zijn, zoals bv. het geval waarin hij een vergunning aanvecht omdat een later in werking te treden ruimtelijk uitvoeringsplan, het voorwerp van de vergunning op planologisch vlak toch niet meer zal toelaten of nog het geval om een beslissing tot stopzetting van een subsidie te laten vernietigen zodat voorkomen wordt dat de intussen betaalde subsidies kunnen teruggevorderd worden.

71. *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 2277/1, 29.

72. *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 2277/3, 20.

33. In het Nederlandse systeem kan overeenkomstig artikel 8:80a, derde lid Awb *iuncto* artikel 8:72, vierde lid, b Awb het herstel van het vastgestelde gebrek bestaan uit het nemen van een nieuw besluit. Die laatste optie werd ook voorzien voor de Belgische Raad van State, daar waar artikel 38, § 1, derde lid RvS-Wet uitdrukkelijk melding maakte van een mogelijk herstel bestaande uit het nemen van een nieuwe akte of een nieuw reglement<sup>73</sup>, die dan echter wel dezelfde inhoud moesten hebben als de eerdere beslissingen.

### § 9. *Hersteltermijn*

34. Overeenkomstig artikel 38, § 1, derde lid RvS-Wet werd de termijn van herstel bepaald in het tussenarrest van de Raad van State.

35. Artikel 38, § 1, derde lid RvS-Wet en artikel 65/1, § 4 Algemeen Procedurereglement<sup>74</sup> voorzagen dat de hersteltermijn kan worden verlengd op verzoek van de verwerende partij en dat de Kamervoorzitter daarover beslist.

Artikel 38, § 2, 1° RvS-Wet voegde daaraan toe dat de hersteltermijn maximum drie maanden mag bedragen.

Indien het gebrek binnen die termijn niet herstelbaar is, kan de bestuurlijke lus niet worden toegepast, tenzij er wordt aangetoond dat het herstellen van het gebrek binnen een redelijke termijn kan gebeuren.

In ieder geval is het niet de bedoeling dat de hersteltermijn na verlenging meer dan drie maanden zou bedragen, tenzij met toepassing van voornoemde redelijke termijn.<sup>75</sup>

### § 10. *Verder procedureverloop*

36. Indien de verwerende partij uitdrukkelijk weigert om toepassing te maken van de bestuurlijke lus, of gewoonweg niet antwoordt of het doorgevoerde herstel niet tijdig meedeelt, zal de bestuursrechter uiteraard rechtsherstel moeten bieden.

37. Binnen de procedureregeling voor de Raad van State zal dit leiden tot de vernietiging van de bestreden beslissing.

Artikel 38, § 4, eerste lid RvS-Wet bepaalde immers dat de verwerende partij van zodra zij uitvoering heeft gegeven aan het tussenarrest waarin wordt opgedragen het

73. In welk geval volgens deze bepaling het voorwerp van het beroep wordt uitgebreid tot deze akte of dit reglement.

74. Deze bepalingen zijn van overeenkomstige toepassing binnen de schorsingsprocedure overeenkomstig art. 13, § 2, tweede lid Procedurereglement Kort Geding.

75. Zie immers het verslag aan de Koning, *BS* 3 februari 2014, p. 9083.

gebrek te herstellen of te laten herstellen, daarvan zo spoedig mogelijk schriftelijk kennis geeft aan de Raad van State mét opgave van de wijze waarop het gebrek is hersteld.

Wanneer binnen vijftien dagen na het verstrijken van de bij tussenarrest vastgestelde hersteltermijn geen kennisgeving werd ontvangen, wordt de bestreden akte of het bestreden reglement vernietigd.

In het geval de verwerende partij uitdrukkelijk weigert toepassing te maken van de bestuurlijke lus, zal zij dit wellicht reeds gedaan hebben eerder in de procedure. Doet zij dit alsnog, dus pas na het bevel door de Raad van State tot toepassing van de lus, dan zal de verwerende partij haar weigering kenbaar maken in die kennisgeving<sup>76</sup> en zou de Raad van State met toepassing van artikel 38, § 4, derde lid RvS-Wet hebben moeten vaststellen dat het gebrek niet (volledig) is hersteld en de akte of het reglement vervolgens moest worden nietig verklaard.

Bij het uitblijven van een kennisgeving door de verwerende partij, zal artikel 65/1, § 6 Algemeen Procedurereglement toepassing vinden, waar net zoals het geval is in toepassing van artikel 14*bis* Algemeen Procedurereglement, de hoofdgriffier op verzoek van de betrokken auditeur de verwerende partij en, in voorkomend geval de tussenkommende partij ter kennis brengt dat de kamer uitspraak doet over de vernietiging van de akte of van het reglement, tenzij een van deze partijen binnen een termijn van vijftien dagen verzoekt te worden gehoord.

Verzoekt geen dezer partijen om te worden gehoord, dan zal de kamer de akte of het reglement vernietigen. Verzoeken zij toch om te worden gehoord, dan roept de voorzitter of de aangewezen staatsraad de partijen op om spoedig te verschijnen. Nadat de kamer in dat geval de partijen alsook het advies van de auditeur heeft gehoord, doet zij onverwijld uitspraak over het beroep tot vernietiging.

Bij toepassing van artikel 65/1, § 6 Algemeen Procedurereglement zou het zich hebben laten raden dat de Raad van State dezelfde rechtspraak inzake bv. overmacht zou hanteren, als de rechtspraak die tot stand gekomen is op basis van artikel 14*bis* Algemeen Procedurereglement.

**38.** De “andere” partijen in het geding kunnen hun *zienswijze* schriftelijk meedelen over de wijze waarop het gebrek is hersteld in het geval dat de verwerende partij is overgegaan tot herstel en tot tijdige mededeling ervan aan de Raad van State.

---

76. Eventueel door te herhalen wat zij in haar eerdere opmerkingen (dit is de laatste memorie in het geval van art. 65/1, tweede lid Algemeen Procedurereglement, dan wel de aanvullende memorie in het geval van art. 38, § 1 en § 3, eerste lid RvS-Wet *juncto* art. 65/1, § 2 Algemeen Procedurereglement) daarover heeft uiteengezet.

39. De verzoekende partij en, in voorkomend geval, de tussenkomende partij beschikten over een termijn van vijftien dagen nadat de inlichtingen van verwerende partij hen door de hoofdgriffier ter kennis werden gebracht, om hun opmerkingen erover mee te delen.<sup>77</sup> Daarna moest de auditeur een verslag opstellen betreffende de toepassing van de bestuurlijke lus door de verwerende partij en wordt een rechtsdag bepaald.<sup>78, 79</sup>

Wanneer de Raad van State vaststelt dat het gebrek niet volledig is hersteld of dat het herstel aangetast is door nieuwe gebreken, moest de herstelde akte of het herstelde reglement of, in voorkomend geval de nieuwe akte of het nieuwe reglement, nietig worden verklaard.<sup>80</sup>

40. Het systeem van de bestuurlijke lus in de RvS-Wet week af van het Nederlandse systeem in het geval de bestuursrechter zou oordelen dat het gebrek na toepassing van de bestuurlijke lus voldoende en volledig was hersteld. In het Nederlandse systeem wordt immers op basis van de schaars voorhanden zijnde rechtspraak het herstelde besluit niet vernietigd, maar het oude en gebrekkige besluit wordt wel vernietigd met instandhouding van de rechtsgevolgen van het besluit. Zodoende wordt hiermee het geschil finaal beslecht, maar kan er ook een uitspraak over de proceskosten ten laste van het bestuursorgaan worden gedaan.

41. De Raad van State moest voorzien in een einduitkomst, daar waar artikel 38, § 4, vierde lid RvS-Wet erin voorzag dat indien het gebrek volledig is hersteld, de gevolgen van de bestuurlijke lus met terugwerkende kracht golden en het beroep verworpen werd. Inzake de toewijzing van de kosten zal het de verwerende partij zijn die als in het ongelijk gestelde partij wordt beschouwd.<sup>81</sup>

---

77. Art. 38, § 4, tweede lid RvS-Wet en art. 65/1, § 5, tweede lid Algemeen Procedurereglement.

78. Art. 65/1, § 5, tweede lid Algemeen Procedurereglement.

79. Volgens het verslag aan de Koning is het de bedoeling om na te zien of de voorwaarden voor de toepassing van de bestuurlijke lus wel degelijk werden nageleefd en of, *in fine*, de akte of het reglement nietig moet worden verklaard, dan wel kan worden "gered" (BS 3 februari 2014, p. 9083).

80. Art. 38, § 4, derde lid RvS-Wet. Het kan inderdaad voorkomen dat door het doorgevoerde herstel een nieuwe onwettigheid wordt begaan. De verzoekende partij zal die onwettigheid niet als een middel in zijn inleidend verzoekschrift hebben kunnen opwerpen, maar zal dit hoogstens kunnen naar voor brengen in de opmerkingen die hij over moest maken aan de Raad van State overeenkomstig art. 38, § 4, tweede lid RvS-Wet en art. 65/1, § 5, tweede lid Algemeen Procedurereglement gedurende de korte termijn van vijftien dagen waarover hij beschikt overeenkomstig die bepalingen. De verzoekende partij beschikte derhalve over een zeer korte termijn om die nieuwe onwettigheden te detecteren en wellicht zou ook de Raad van State zelf een verhoogde aandacht aan de dag moeten leggen om zo'n onwettigheden op te sporen in functie van art. 38, § 4, derde lid RvS-Wet. Laatstgenoemde bepaling leek aldus vanuit het oogpunt van de rechtsbescherming van de verzoekende partij een bijzondere taak van waakzaamheid op te leggen aan de Raad van State.

81. Zie immers het verslag aan de Koning: "Naar het voorbeeld van het commentaar bij artikel 30/1, ingevoegd in de gecoördineerde wetten door de wet van [20] januari 2014 houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State, moet immers beschouwd worden als de partij die in het ongelijk gesteld wordt, de partij waarvan de akte als onrechtmatig wordt beschouwd, maar die kan genieten van de toepassing van de bestuurlijke lus" (BS 3 februari 2014, p. 9083).

Echter, wanneer er geen voldoende herstel wordt geboden of wanneer er zich een nieuwe onwettigheid voordoet, zou de herstelde akte of reglement of de nieuwe akte of het nieuwe reglement alsnog vernietigd zijn geworden.

**42.** Een ander probleem inzake de Vlaamse bestuurlijke lus bestond erin dat het toeliet dat een gebrekkig gemotiveerde beslissing nadien wordt gemotiveerd, eens de verzoekende partij zijn beroep had ingesteld bij de Raad voor Vergunningsbetwistingen en pas nadien kennis krijgt van de motieven nadat de gebrekkige beslissing werd gelust. Dit vloeit voort uit het feit dat de beslissing die het voorwerp uitmaakt van de bestuurlijke lus “gehandhaafd” moet blijven.

Het Grondwettelijk Hof oordeelde daarover in arrest nr. 74/2014 van 8 mei 2014<sup>82</sup>:

*“B.9.5. Doordat zij het betrokken bestuursorgaan toestaat een individuele bestuurshandeling die niet uitdrukkelijk is gemotiveerd na toepassing van de bestuurlijke lus van de vereiste motivering te voorzien, doet de bestreden bepaling afbreuk aan het bij de wet van 29 juli 1991 gewaarborgde recht van de adressaat van de handeling, maar eveneens van elke belanghebbende derde, om onmiddellijk kennis te nemen van de motieven die de beslissing verantwoorden door de vermelding ervan in de handeling zelf. Het recht op de uitdrukkelijke motivering maakt het mogelijk het juridictionele toezicht op de bestuurshandelingen met individuele draagwijdte en de inachtneming van het beginsel van de wapengelijkheid in het kader van het administratief contentieux te versterken.*

*De uitdrukkelijke motiveringsplicht, die de bestuurde in staat moet stellen te beoordelen of er aanleiding toe bestaat de beroepen in te stellen waarover hij beschikt, zou zijn doel voorbijschieten indien die bestuurde de motieven die de beslissing verantwoorden pas te weten kan komen nadat hij beroep heeft ingesteld.*

*Overigens vereist artikel 6, lid 9, van het Verdrag van Aarhus, ondertekend op 25 juni 1998, betreffende toegang tot informatie, inspraak in besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden dat de tekst van de betrokken bestuurshandeling, voor zover zij onder het toepassingsgebied van het Verdrag valt, toegankelijk wordt gemaakt voor het publiek ‘tezamen met de redenen en overwegingen waarop het besluit is gebaseerd’”.*

M.a.w., mocht de Vlaamse decreetgever hebben voorzien in een vernietiging van de gebrekkige beslissing door de Raad voor Vergunningsbetwistingen, het tot stand komen van een nieuwe beslissing na het lussen én het voorzien van een beroepsmogelijkheid tegen de nieuwe beslissing, zou dit euvel van de baan zijn.

82. GwH 8 mei 2014, nr. - 74/2014, overw. B.9.5.

Ook artikel 38 RvS-Wet laat zulks evenmin toe<sup>83</sup>, zodat ook op dat vlak onvermijdelijk moest besloten worden dat op discriminerende wijze afbreuk wordt gedaan aan verschillende waarborgen waarover de rechtzoekende geniet (zoals o.m. de rechten van verdediging, het recht op tegenspraak ...).

Dit heeft het Grondwettelijk Hof ertoe gebracht om in het arrest nr. 103/2015 van 16 juli 2015 artikel 13 van de Hervormingswet van 20 januari 2014 op gelijkaardige wijze te beoordelen.<sup>84</sup>

43. Volledigheidshalve moet opgemerkt worden dat anders dan in het voormalige Vlaamse systeem waar de Raad voor Vergunningsbetwistingen nooit de bevoegdheid heeft gehad om schadevergoeding toe te kennen n.a.v. een vastgestelde onwettigheid, zowel het Nederlandse systeem<sup>85</sup>, als de regelgeving op de Belgische Raad van State<sup>86</sup> de mogelijkheid voorzien om ook schadevergoeding toe te kennen in het geval toepassing wordt gemaakt van de bestuurlijke lus, wat andermaal wijst op het streven naar definitieve geschillenbeslechting.

### *§ 11. Nabeschuiving: wat met artikel 159 Gw. na het lussen?*

44. Een bijzondere vraag rijst in het geval het herstel door de bestuursrechter als voldoende wordt beschouwd en het schorsings- en vernietigingsberoep zodoende wordt verworpen.

Wat is dan het effect van de uitspraak waarbij het beroep wordt verworpen? M.a.w., in welke mate kan de gewone rechter of de bestuursrechter op de betrokken bestuurshandeling nadien nog artikel 159 van de Grondwet toepassen?<sup>87</sup>

---

83. Behoudens dan wat betreft de luttel nuancering van art. 38, § 1, derde lid RvS-Wet dat wanneer het herstel bestaat uit het nemen van een nieuwe akte, of een nieuw reglement, het voorwerp van het beroep wordt uitgebreid tot deze akte of dit reglement, maar dit doet geen afbreuk aan de vaststelling dat ook dan de motieven maar na het instellen van het beroep kenbaar worden voor de verzoekende partij en de geluste beslissing qua uitkomst “dezelfde” moet blijven.

84. Zie de overw. B.13.1. t.e.m. B.13.4.

85. Art. 8:80a, derde lid Awb *iuncto* art. 8:88 Awb.

86. Zie immers art. 11*bis* RvS-Wet, zoals ingevoegd bij wet van 6 januari 2014 met betrekking tot de Zesde Staatshervorming inzake de aangelegenheden bedoeld in artikel 77 van de Grondwet (BS 31 januari 2014; inw. 1 juli 2014 (art. 73 van deze wet)), waarbij in het tweede lid wordt bepaald dat de Raad van State schadevergoeding kan toekennen in het geval van een arrest waarbij de *onwettigheid* werd vastgesteld. Er moet dus geen sprake zijn van een effectief vernietigingsarrest, zodat arresten uitgesproken in het raam van de bestuurlijke lus waarbij per definitie een onwettigheid wordt vastgesteld, eveneens in aanmerking komen voor de toepassing van art. 11*bis* RvS-Wet.

87. Hierna wordt enkel gesproken over de Raad van State, maar *mutatis mutandis* lijken deze beschouwingen te kunnen worden toegepast op de Raad voor Vergunningsbetwistingen.



Volgens de klassieke opvattingen zijn het de vernietigings- en schorsingsarresten van de Raad van State die gezag van gewijsde *erga omnes* bezitten.<sup>88</sup> Verwerpingsarresten gelden daarentegen slechts *inter partes*.<sup>89</sup>

**45.** In het geval het herstel van het vastgestelde gebrek van de bestreden beslissing als voldoende wordt ervaren, wordt daarmee de onwettigheid hersteld en gaat de bestreden beslissing dan ook op dat vlak als wettige beslissing door het leven. Dit werd met zoveel woorden bepaald door artikel 38, § 4, vierde lid RvS-Wet dat erin voorzagt dat indien het gebrek volledig is hersteld, de gevolgen van de bestuurlijke lus met terugwerkende kracht gelden.

Wellicht zal de toekomst uitwijzen of het arrest waarin zulks wordt vastgesteld ook gezag van gewijsde *erga omnes* zal hebben. Dit lijkt logisch te zijn omdat de Raad van State m.b.t. dat gebrek anders eindeloos zou kunnen bevestigd worden en in het tussenarrest even voordien toch een onwettigheid werd vastgesteld (die zonder toepassing van de bestuurlijke lus toch tot de vernietiging van de inmiddels herstelde aangevochten beslissing zou hebben geleid).

Dit zou uiteraard zijn gevolgen hebben voor de rechter bij de toepassing van artikel 159 van de Grondwet die zich geconfronteerd zal weten met een administratieve rechtshandeling die in de procedure voor de Raad van State werd hersteld op een onwettig punt en dat met terugwerkende kracht. M.a.w. zal die onwettigheid niet meer bestaan zodat de rechter niet langer met toepassing van artikel 159 van de Grondwet, omwille van het eerdere gebrek, de betrokken administratieve rechtshandeling buiten toepassing moet laten. Het spreekt voor zich dat zolang de Raad van State geen uitspraak heeft gedaan over het volledig herstel van het vastgestelde gebrek, de rechter nog steeds artikel 159 van de Grondwet kan toepassen.

Het voorgaande lijkt op het eerste gezicht niet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet te schenden en doet terugdenken aan de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof waar de verhouding tussen het oude artikel 14<sup>ter</sup> RvS-Wet<sup>90</sup> en artikel 159 van de Grondwet aan de orde was.<sup>91</sup> Net zoals in die rechtspraak moet ook hier vastgesteld worden

88. D. LINDEMANS, "De tenuitvoerlegging van arresten van de Raad van State. Algemeen overzicht" in I. COOREMAN, D. LINDEMANS en I. PEETERS (eds.), *De tenuitvoerlegging van arresten van de Raad van State, Administratieve Rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 2012, 10 *et seq.*; S. LUST, *Rechtsbescherming tegen de (administratieve) overheid. Een inleiding*, Brugge, die Keure, 2010, 158-159.

89. P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Brussel, Larcier, 2008, 1265 *et seq.*; R. WITMEUR, "L'autorité de la chose jugée administrativement" in B. BLERO (ed.), *Le Conseil d'Etat de Belgique. Cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Brussel, Bruylant, 1999, 769 *et seq.*

90. Nl. de handhaving in de tijd van de rechtsgevolgen van een vernietigde reglementaire handeling.

91. GwH 9 februari 2012, nr. 18/2012, *APT* 2012, 401, noot M. NIHOUL, "L'article 160 de la Constitution combiné avec le principe de sécurité juridique au détriment du principe de légalité: une 'arme à construction massive' dans les mains du Conseil d'Etat et de la Cour constitutionnelle? Concernant le maintien temporaire des effets d'un règlement irrégulier", *BS* 11 april 2012 (uittreksel), *JT* 2012, 744, noot F. TULKENS, "Actualités et réflexions sur le droit transitoire jurisprudentiel. Quand le juge maintient les effets de ce qu'il annule", *JLMB* 2012, 632, *RABG* 2012, 433, noot

dat het gebruik van de bestuurlijke lus een arrest van de Raad van State veronderstelt waarbij een eerder vastgestelde onwettigheid wordt rechtgezet en dit in functie van het vrijwaren van de rechtszekerheid.

Ook hier kan gewezen worden op de omstandigheid dat de in artikel 159 van de Grondwet bepaalde rechterlijke wettigheidstoetsing redelijkerwijze rekening moet houden met de nuttige werking van de arresten van de Raad van State en de modaliteiten waarmee die gepaard gaan, alsook met het streven naar rechtszekerheid.<sup>92</sup>

**46.** Indien de Raad van State bij zijn definitieve arrest waarin het herstel van het gebrek als toereikend wordt beschouwd, een bepaalde andere bij het herstel opgedoken nieuwe onwettigheid niet heeft gedetecteerd, of nog wanneer een onwettigheid wordt vastgesteld die kleeft aan de administratieve rechtshandeling die een verzoevende partij niet heeft opgeworpen in zijn vernietigingsberoep en dit ook niet het voorwerp heeft uitgemaakt van een ambtshalve opgeworpen middel bij de Raad van State, dan zal de rechter uiteraard ook onverkort toepassing kunnen maken van de exceptie van onwettigheid.

**47.** Het zal uiteraard de rechtspraak zijn die in de toekomst zal moeten uitwijzen wat de implicaties zijn van een arrest waarbij het herstel van het gebrek als toereikend wordt beschouwd op de verdere toepassingsmogelijkheden van artikel 159 van de Grondwet, temeer een en ander ook *mutatis mutandis* van toepassing is inzake arresten van de Raad voor Vergunningsbetwistingen en het Milieuhandavingscollege bij het bestuurlijk lussen.

## AFDELING 3. DE ADMINISTRATIEVE LUS

### § 1. Inleidende beschouwingen

**48.** De administratieve lus moet (niet louter terminologisch) onderscheiden worden van de bestuurlijke lus, daar deze twee systemen zich niet op hetzelfde niveau bevinden. Bij de administratieve lus is het eveneens de bedoeling om gebreken recht te zetten, maar het speelt zich af tijdens de totstandkomingsfase van een administratieve rechtshandeling.

---

→ S. LUST, "Artikel 14<sup>ter</sup> RvS-wet v. artikel 159 G.W.: een billijk evenwicht in de rechtsbescherming", *RW* 2012-13 (samenvatting), 739 en *TBP* 2012, 354, noot S. VERSTRAELEN, "Het eerste gewin is kattengespin. De onzekere toekomst van artikel 14<sup>ter</sup> RvS-wet".

92. *Ibidem*, overw. B.8.1.

Het komt erop neer dat de administratieve lus een rechtzetting beoogt van een wettigheidsgebrek in een bestuurlijke beslissing tijdens de administratieve fase van de totstandkoming van een beslissing (m.i.v. het administratief beroep). Het is de bevoegde overheid zelf die deze rechtzetting bewerkstelligt.

**49.** Het doel van de administratieve lus is in de eerste plaats om tijd te besparen en efficiëntie in het besluitvormingsproces te doen toenemen, wat vnl. de overheid zelf ten goede komt. Het toepassen van de administratieve lus vermijdt immers dat er bv. een volledig nieuwe vergunningsaanvraag moet worden ingediend of meer algemeen dat het besluitvormingsproces *ab initio* zou moeten hernomen worden. I.t.t. de bestuurlijke lus, is het doel van de administratieve lus m.a.w. niet mede gelegen in de betrachting om de burger een grote(re) rechtsbescherming te bieden.

## § 2. *Enkele recente voorbeelden*

**50.** Het systeem van de administratieve lus kan thans in verschillende situaties worden toegepast.

In het decreet van 25 april 2014 betreffende de omgevingsvergunning<sup>93</sup> (hierna: decreet omgevingsvergunning) kan onder artikel 13 het systeem van de administratieve lus teruggevonden worden.

Vervolgens voorziet artikel 4.7.23, § 2 VCRO in de mogelijkheid voor de deputatie om in graad van administratief beroep alsnog een openbaar onderzoek te laten organiseren door het college van burgemeester en schepenen.

Ten slotte kan gewezen worden op de mogelijkheid die de artikelen 2.2.7, § 10, 2.2.10, § 9 en 2.2.14, § 9 VCRO bieden aan planoverheden om de beslissing tot definitieve vaststelling van een ruimtelijk uitvoeringsplan te hernemen teneinde een wettigheidsgebrek te herstellen.

Deze drie voorbeelden worden hierna nader toegelicht.

## § 3. *Decreet omgevingsvergunning*

**51.** Artikel 13 decreet omgevingsvergunning luidt als volgt:

*“Art. 13 Als de bevoegde overheid, vermeld in artikel 15 of artikel 52, vaststelt dat een onregelmatigheid die kan leiden tot een vernietiging van de beslissing, is begaan, kan ze de onregelmatigheid herstellen.*

93. BS 23 oktober 2014.

*De bevoegde overheid kan in voorkomend geval:*

*1° een nieuw openbaar onderzoek organiseren;*

*2° het advies van de omgevingsvergunningscommissie, vermeld in artikel 16, § 1, of de adviezen, vermeld in artikel 24, artikel 42 of artikel 59, alsnog, dan wel een tweede keer inwinnen”.*

Concreet houdt deze bepaling in dat de vergunningverlenende overheid de mogelijkheid heeft om remediërend op te treden wanneer ze vaststelt dat er een onregelmatigheid is begaan die voor gevolg kan hebben dat de beslissing wordt vernietigd. De vergunningverlenende overheid krijgt, zowel in eerste aanleg als in graad van beroep<sup>94</sup> (m.a.w. na het openbaar onderzoek of reeds tijdens het administratief beroep), de mogelijkheid om te verhelpen aan een onregelmatigheid die zich tijdens de procedure heeft voorgedaan en deze te herstellen door in voorkomend geval een nieuw openbaar onderzoek te organiseren en/of het advies van de omgevingsvergunningscommissie of de adviezen alsnog, dan wel een tweede keer in te winnen.

**52.** De memorie van toelichting van het decreet omgevingsvergunning geeft een aantal voorbeelden van dergelijke onregelmatigheden.<sup>95</sup> Een onregelmatigheid die kan leiden tot een vernietiging van de beslissing is bv. een niet-correcte bekendmaking van de vergunningsaanvraag of het ontbreken van een verplicht advies.

De overheid kan een nieuw openbaar onderzoek bevelen naar aanleiding van klachten over het incorrect aanplakken, bij een foutieve omschrijving van het voorwerp van de aanvraag of de locatie in het bekendmakingsformulier, bij wijzigingen aan het aanvraagdossier inzonderheid de bouwplannen enz. Een advies kan bv. opnieuw worden ingewonnen wanneer de beoordeling berust op een foute aanname van gegevens uit de vergunningsaanvraag, essentiële gegevens aan het oordeel van de adviesinstantie waren onttrokken enz.<sup>96</sup>

Er kunnen bv. ook wijzigingen worden aangebracht aan de vergunningsaanvraag. Wijzigingen aan de vergunningsaanvraag die tegemoetkomen aan de opmerkingen van de adviesinstanties of van de omwonenden en niet leiden tot een verminderde bescherming van het leefmilieu én de mens en de rechten van derden niet onevenredig benadelen, hoeven daarbij dan niet opnieuw aan een openbaar onderzoek onderworpen te worden.

Procedurefouten, zo luidt het ook nog, kunnen enkel worden rechtgezet indien derde belanghebbenden daardoor niet onevenredig kunnen worden benadeeld.<sup>97</sup>

94. *Parl.St.* VI.Parl. 2013-14, nr. 2334/1, 30: “Gelet op het devolutief karakter van het beroep kan ook de in laatste aanleg bevoegde overheid de in eerste aanleg gemaakte procedurefouten herstellen”.

95. *Parl.St.* VI.Parl. 2013-14, nr. 2334/1, 29.

96. *Parl.St.* VI.Parl. 2013-14, nr. 2334/1, 30.

97. *Parl.St.* VI.Parl. 2013-14, nr. 2334/1, 15.

De administratieve lus in het decreet omgevingsvergunning kan er voor zorgen dat de procedure niet *ab initio* moet overgedaan worden, maar zonder evenwel afbreuk te doen aan de garanties van inspraak en advies.

**53.** Er kan derhalve worden geconcludeerd dat er op de schouders van de vergunningverlenende (beroeps)overheid een zware afwegingstaak rust.

Het Verdrag van Aarhus legt verschillende minimale verplichtingen voor burgerparticipatie in milieuaangelegenheden vast. De vraag rijst echter hoe al het hogervermelde zich verhoudt tot deze beoogde burgerparticipatie en welke garanties het biedt om de burgerparticipatie te voorzien en te waarborgen?

**54.** De afdeling Wetgeving van de Raad van State was niet zonder kritiek. De afdeling Wetgeving merkte immers op dat de “administratieve lus” in het ontwerp van decreet slechts summier wordt geregeld. De Raad van State vroeg dan ook aan de decreetgever om in de memorie van toelichting een aantal verduidelijkingen op te nemen. De afdeling Wetgeving was van mening dat er nauwelijks administratieve procedureregels ter zake aanwezig zijn:

*“Op de vraag welke procedurevoorschriften gelden voor de procedure, antwoordde de gemachtigde:*

*‘Met betrekking tot de vaststelling van de onregelmatigheid zijn geen procedurevoorschriften voorzien. De vaststelling van de onregelmatigheid heeft van rechtswege de verlenging van de beslissingstermijn van 60 dagen in het geval van een gewone vergunningsprocedure en van 30 dagen in het geval van de beroepsprocedure tot gevolg. Als de onregelmatigheid niet kan worden hersteld voor het verstrijken van de verlengde beslissingstermijn volgt de stilzwijgende beslissing (weigering in eerste aanleg; verwerping beroep en beslissing in laatste aanleg). Anders gezegd, het toepassen van de bestuurlijke lus vindt plaats binnen de procedure’<sup>98</sup>.*

De vraag is dan ook of een vergunningverlenende overheid wel geneigd zal zijn om een administratieve lus op te starten, gelet op het ontbreken van dergelijke administratieve procedureregels en de mogelijke censuur daarop door de bestuursrechter ...?

98. Adv.RvS 53.889/AV/1 bij het decreet van 25 april 2014 betreffende de omgevingsvergunning, *Parl.St.* VI.Parl. 2013-14, nr. 2334/1, 12-13.

§ 4. *Bouwberoep deputatie en openbaar onderzoek (art. 4.7.23, § 2 VCRO)*

55. Artikel 4.7.23, § 2 VCRO bepaalt:

*“Art. 4.7.23. [...]*

*§ 2. De deputatie neemt haar beslissing binnen een vervaltermijn van vijfenzeventig dagen, die ingaat de dag na deze van de betekening van het beroep. Deze vervaltermijn wordt verlengd tot honderdvijf dagen, als over de aanvraag in graad van beroep nog een openbaar onderzoek moet worden gevoerd of indien toepassing wordt gemaakt van het mondelinge of schriftelijke hoorrecht, vermeld in § 1, eerste lid. De vervaltermijn wordt verlengd tot honderdvijftig dagen als het aangevraagde wegeniswerken omvat en de provinciegouverneur gebruikmaakt van de mogelijkheid om de gemeenteraad samen te roepen overeenkomstig artikel 4.2.25, tweede lid.*

*Indien geen beslissing wordt genomen binnen de toepasselijke vervaltermijn, wordt het beroep geacht afgewezen te zijn”.*

Uit deze bepaling kan worden afgeleid dat wanneer men een bouwberoep indient bij de deputatie en deze laatste in het raam van deze administratieve beroepsprocedure vaststelt dat er in eerste administratieve aanleg door het college van burgemeester en schepenen ten onrechte geen of geen openbaar onderzoek over de aanvraag werd gevoerd (ondanks de verplichting hiertoe), de deputatie nog een openbaar onderzoek kan laten organiseren door het college van burgemeester en schepenen.

De mogelijkheid voor de deputatie om tijdens de beroepsprocedure het gebrek aan of een correct openbaar onderzoek tijdens de vergunningsfase in eerste aanleg nog recht te zetten werd n.a.v. een arrest van de Raad voor Vergunningsbetwistingen dat zulks sowieso mogelijk achtte<sup>99</sup>, thans decretaal verankerd.<sup>100</sup>

De decreetgever<sup>101</sup> oordeelde immers dat de visie van de Raad voor Vergunningsbetwistingen op dat punt inging tegen de opvatting van de Raad van State dat in zo'n geval de ganse vergunningsprocedure *ab initio* hernomen moet worden.<sup>102</sup>

Daardoor omvat het huidige artikel 4.7.23, § 2 VCRO thans een beperkt systeem van administratieve lus.

99. RvVb 8 mei 2012, nr. A/2012/0177.

100. Via art. 61 van het Decr.VI.Parl. van 4 april 2014 houdende wijziging van diverse decreten met betrekking tot de ruimtelijke ordening en het grond- en pandenbeleid, BS 15 april 2014.

101. *Parl.St.* VI.Parl. 2013-14, nr. 2371/1, 42-43.

102. RvS 7 oktober 2013, nr. 225.006, nv NJA.

## § 5. *Herneming ruimtelijk uitvoeringsplan m.o.o. rechtzetting wettigheidsgebrek*

56. Artikel 2.2.7, § 10 VCRO luidt als volgt:

*“Art. 2.2.7. [...]*

*§ 10. De Vlaamse Regering kan, met het oog op het herstel van een onregelmatigheid, het besluit houdende definitieve vaststelling van het gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan geheel of gedeeltelijk intrekken en hernemen, waarbij het wettigheidsgebrek wordt rechtgezet.*

*De bepalingen van § 7 en 8 zijn onverminderd van toepassing, met uitzondering van de vervaltermijn van honderdtachtig dagen”.*

Analoge bepalingen gelden voor de provincieraad inzake de provinciale ruimtelijke uitvoeringsplannen (art. 2.2.10, § 9 VCRO) en voor de gemeenteraad inzake de gemeentelijke ruimtelijke uitvoeringsplannen (art. 2.2.14, § 9 VCRO).

Deze bepalingen werden gewijzigd door het decreet van 4 april 2014 houdende wijziging van diverse decreten m.b.t. de ruimtelijke ordening en het grond- en pandenbeleid.<sup>103, 104</sup> In het oorspronkelijke ontwerp van het decreet waren de wijzigingen niet voorzien, maar ze werden later a.d.h.v. amendementen nrs. 4, 5 en 6 eraan toegevoegd.<sup>105</sup>

57. Deze drie bepalingen laten aan de onderscheiden planoverheden (de Vlaamse regering, de provincieraden en de gemeenteraden) toe om de beslissing tot definitieve vaststelling van een gewestelijk, provinciaal of gemeentelijk RUP te hernemen om een wettigheidsgebrek te herstellen.

De redenen voor de invoering van deze nieuwe paragrafen schuilt blijkens de indieners van de amendementen in de rechtspraak van de Raad van State:

*“De Raad van State heeft in een aantal arresten bevestigd dat de overheid na een vernietigingsarrest van de Raad van State over een nieuwe volle termijn van 180 dagen beschikt om een nieuwe beslissing te nemen, gelet op de terugwerkende kracht van een vernietigingsarrest (zie onder meer R.v.St., 24 februari 2009, nr. 190.762, Van Ermen en vzw Vrienden van Heverleebos en Meerdaalwoud). In een aantal arresten heeft de Raad van State overwogen dat bij een intrekking tijdens de procedure voor de Raad van State om een nieuwe beslissing te nemen met het oog op het verhelpen van een wettigheidsgebrek, de overheid niet in*

103. BS 15 april 2014, in werking getreden op 25 april 2014.

104. Na het afsluiten van onderhavige bijdrage, heeft het Grondwettelijk Hof het vernietigingsberoep dat o.m. werd ingesteld tegen de art. 17, 3°, 20, 5° en 24, 3° van het decreet van 4 april 2014, verworpen: GwH 17 september 2015, nr. 118/2015.

105. *Parl.St.* VI.Parl. 2013-14, nr. 2371/3, 3-6.

*dezelfde situatie verkeert als wanneer zijn beslissing wordt vernietigd door de Raad van State. In geval van een vernietiging wordt het bestuur fictief teruggeplaatst in de situatie van vóór het vernietigde besluit. In het geval van een vrijwillige intrekking daarentegen geldt die fictie niet (zie onder meer R.v.St., 21 augustus 2008, nr. 185.771, Barra; R.v.St., 12 november 2008, nr. 187.848, Watelet; R.v.St., 18 juni 2009, nr. 194.330, Barra; R.v.St., 27 oktober 2009, nr. 197.340, Thoeye).*

*Ook na tussenkomst van een schorsingsarrest is de Raad van State van oordeel dat de overheid niet in de mogelijkheid is om, na de intrekking van het geschorste besluit, een nieuwe beslissing te nemen buiten de oorspronkelijke vervaltermijn (R.v.St., 15 januari 2009, nr. 189.472, Timmers).*

*Dit alles heeft tot gevolg dat wanneer de overheid vaststelt dat een ruimtelijk uitvoeringsplan behept is met een wettigheidsgebrek zij het besluit houdende definitieve vaststelling van het RUP wel kan intrekken volgens de klassieke intrekkingssleer, doch de beslissing tot een nieuwe definitieve vaststelling niet kan hernemen indien de oorspronkelijke vervaltermijn van 180 dagen is verstreken.*

*De voorliggende aanpassing van de VCRO geeft de overheid de mogelijkheid om het besluit tot definitieve vaststelling te hernemen wanneer zij beslist om de definitieve vaststelling van het RUP in te trekken om een wettigheidsgebrek te verhelpen. Het nieuwe besluit houdende definitieve vaststelling moet genomen worden samen met de beslissing tot intrekking van de vorige vaststelling. Zo niet, dreigt tussen de datum van intrekking en de datum van nieuwe vaststelling een periode van rechtsonzekerheid te ontstaan.*

[...]”<sup>106</sup>

Analoog met de mogelijkheid tot het intrekken en hernemen van de beslissing tot definitieve vaststelling van een gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan, wordt ook voor provinciale en gemeentelijke RUP's een dergelijke administratieve lus voorzien.

**58.** Welke wettigheidsgebreken kunnen worden hersteld, wordt eveneens verduidelijkt in de verantwoordingen bij de amendementen.<sup>107</sup>

*“Het spreekt voor zich dat de herneming van de definitieve vaststelling enkel kan voor het rechtzetten van onregelmatigheden/wettigheidsbezwaren. Het hernemen van het besluit kan niet gemotiveerd worden vanuit het feit dat de Vlaamse Regering ‘van gedachte’ zou veranderd zijn of om wijzigingen door te voeren die niet voortvloeien uit het openbaar onderzoek. Om die redenen blijven de bepalingen van artikel 2.2.7, § 7, onverminderd van toepassing, met uitzondering van de vervaltermijn van 180 dagen. Dit betekent dat slechts*

106. *Parl.St.* VI.Parl. 2013-14, nr. 2371/4, 3-6.

107. *Ibidem.* Zie ook de diverse citaten uit de parlementaire voorbereidingen in overweging B.19.2 van het arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 118/2015 van 17 september 2015.



*wijzigingen kunnen worden aangebracht, die gebaseerd zijn op of voortvloeien uit de tijdens het openbaar onderzoek geformuleerde adviezen, opmerkingen en bezwaren”.*

**59.** Enkele bedenkingen hierbij zijn noodzakelijk.

Wat bij een gebrek aan een milieueffectrapportage of i.g.v. een gebrekkige milieueffectrapportage? Kan men hogervermelde bepalingen toepassen om dit “wettigheidsgebrek” te herstellen? Het antwoord op deze vragen moet per definitie negatief zijn. De artikelen 2.2.7, § 7, 2.2.10, § 6 en 2.2.14, § 6 VCRO bepalen immers dat de planoverheid het ruimtelijk uitvoeringsplan definitief vaststelt binnen 180 dagen *na het einde van het openbaar onderzoek*. Er kan m.a.w. geen “reparatie” plaatsvinden van gebreken die dateren van vóór dit startpunt.<sup>108</sup>

Wat bovendien nog met de rechtsbescherming van de burger in het licht van artikel 6.1 EVRM, die reeds een vernietigingsprocedure bij de Raad van State heeft lopen tegen het inmiddels “ingetrokken” en “herstelde” ruimtelijk uitvoeringsplan? Hoe zit het dan bv. met de uitgaven en kosten m.b.t. deze procedure die hij of zij reeds gedaan heeft nu zijn beroep wellicht als zonder voorwerp zal worden beschouwd?

Dergelijke vragen zijn ongetwijfeld zaken waarmee het Vlaams Parlement geen rekening heeft gehouden en het zal dan ook de rechtspraak (en uiteindelijk de Raad van State) zijn die dergelijke knopen zal moeten doorhakken.

In ieder geval is het duidelijk dat de mogelijkheid tot lussen voorzien in de artikelen 2.2.7, § 7, 2.2.10, § 6 en 2.2.14, § 6 VCRO overhaast wetgevend werk uitmaakt en louter tot stand gekomen is ter vrijwaring van het algemeen belang, waarbij hoe dan ook geen rekening werd gehouden met de rechtsbescherming van de burger.

## AFDELING 4. SLOT

**60.** De eerste stappen inzake het lussen zijn zoals uit het voorgaande blijkt, genomen, hoewel daarbij nog te vaak wordt uitgegaan van de bescherming van het algemeen belang, eerder dan de rechtsbescherming van de rechtsonderhorige tegen overheidsopptreden, dan wel een definitieve en efficiënte geschillenbeslechting.

108. Ook het Grondwettelijk Hof lijkt die richting uit te gaan in het arrest nr. 118/2015 van 17 september 2015 daar waar werd geoordeeld: “B.20. *Gelet op het feit dat er reeds een openbaar onderzoek over het ingetrokken besluit heeft plaatsgevonden, dat de wijzigingen van dat besluit enkel betrekking kunnen hebben op vastgestelde onregelmatigheden, en dat het hernomen besluit gebaseerd dient te zijn op actuele juridische en feitelijke gegevens, doet de bestreden beslissing geen afbreuk aan artikel 7 van het Verdrag van Aarhus. Om dezelfde redenen houden de bestreden bepalingen geen aanzienlijke achteruitgang in van het bestaande beschermingsniveau*”. Het is onder voorbehoud van die interpretatie dat het Grondwettelijk Hof het tweede middel in dat vernietigingsberoep niet gegrond heeft bevonden.

De verdere wetgevende, maar ook jurisprudentiële ontwikkelingen in de toekomst zullen uitwijzen aan welke kinderziekten moet verholpen worden. In ieder geval zal de bestuursrechter, maar ook de overheid moeten lussen met een portie gezond verstand of zoals ook nog krachtig uitgedrukt door G. DELLA CANANEA: “*however, not always does the lack of formal, specific reasons entail the annulment of a contested decision. Indeed, a decision may be regarded as irregular, rather than unlawful. The underlying idea is that whilst form is a safeguard against arbitrariness, it should not prevail over substance at all costs*”.<sup>109</sup>

---

109. G. DELLA CANANEA, “Administrative Law in Europe: a Historical and Comparative Perspective”, *Italian Journal of Public Law* 2009, nr. 2, 200.

## **DEEL 4**

# **BEWIJS IN BURGERLIJKE EN STRAFZAKEN**



# **BEWIJS IN BURGERLIJKE ZAKEN**

## **Actuele vraagstukken in de cassatierechtspraak**

Bart CATTOIR  
Raadsheer hof van beroep Antwerpen  
Academisch consulent UGent



1. Tijdens het voorbije decennium werden inzake burgerlijk bewijsrecht meerdere wetswijzigingen doorgevoerd, zoals bv. de wet van 16 juli 2012 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Gerechtelijk Wetboek, met het oog op een vereenvoudiging van de regels van de burgerlijke rechtspleging<sup>1</sup> inzake de overlegging van schriftelijke verklaringen van derden en de wet van 29 april 2013 betreffende de door de advocaten van de partijen medeondertekende onderhandse akte.<sup>2</sup> Die nieuwe wetgeving is inmiddels in de rechtsleer al ruim aan bod gekomen<sup>3</sup>, zodat daarop niet verder wordt ingegaan. Wel wordt hier onderzocht hoe de cassatierechtspraak inzake burgerlijk bewijsrecht de voorbije tien jaar is geëvolueerd. Daarbij wordt geen volledigheid nagestreefd, doch wel een selectie op basis van twee criteria: het vernieuwend karakter en het belang voor de rechtspraak van de betrokken cassatierechtspraak. De bespreking valt uiteen in drie delen: de bewijslast (afdeling 1), de toegelaten bewijsmiddelen (afdeling 2) en de grenzen van het burgerlijk bewijsrecht (afdeling 3).

## AFDELING 1. DE BEWIJSLAST

2. Krachtens de objectieve bewijslast, die bepaalt wat moet worden bewezen opdat de rechter uitspraak zou doen in het voordeel van een bepaalde procespartij, moeten alle door die partij aangevoerde feiten, voor zover betwist, worden bewezen. De subjectieve bewijslast, die bepaalt welke procespartij de bewijslast draagt, schrijft voor dat de schuldeiser eerst de juridische grondslag moet bewijzen van zijn beweerde schuldvordering, terwijl de schuldenaar die beweert daarvan bevrijd te zijn vervolgens moet aantonen dat die schuldvordering uitgedoofd is.<sup>4</sup> Omdat de strikte toepassing van

1. BS 3 augustus 2012.

2. BS 3 juni 2013.

3. I.v.m. de overlegging van schriftelijke verklaringen van derden, zie o.a. B. SAMYN, "Schriftelijke verklaringen van derden als nieuwe onderzoeksmaatregel", *Juristenkrant* 2012, afl. 254, 7; D. MOUGENOT, "La loi du 16 juillet 2012 modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue de simplifier les règles qui gouvernent le procès civil", *JT* 2012, 633; A. HOC, "Les attestations écrites dans le Code judiciaire", *JT* 2013, 277; D. PIRE, "La procédure de production d'attestations dans le Code judiciaire", *Rev.trim.dr.fam.* 2013, 45; W. VANDENBUSSCHE en W. SYS, "Het bewijs door een schriftelijke getuigenverklaring. Commentaar bij de wet van 16 juli 2012. Verba volent, scripta manent?", *T.Fam.* 2013, 30; L. VERMEIREN en L. VERSTREKEN, "Schriftelijke getuigenverklaring" in X., *Bijvoorbeeld. Modellen voor het bedrijfsleven*, Mechelen, Kluwer, 2014, VI.135.1 – VI.135.4. I.v.m. de door de advocaten van de partijen medeondertekende onderhandse akte, zie o.m. B. SAMYN, "Treedt advocatenakte in concurrentie met notariële en deurwaardersakte?", *Juristenkrant* 2013, afl. 263, 6; B. SAMYN, "De advocatenakte: een meerwaarde?", *Balans* 2013, afl. 697, 1; A. BOUDART, "Législation: Deux lois récentes pouvant s'appliquer en matières familiales: l'acte d'avocat et la mise en demeure avec interruption de prescription", *Act.dr.fam.* 2013, 205; S. ROELAND, "De onderhandse akte die is medeondertekend door de advocaten van de partijen: een karakterschets", *T.Not.* 2013, 595; S. RYNWALT, "De advocatenakte ontleed", *Notariaat* 2013, 1; J. FONTEYN, "L'acte sous seing privé contresigné par les avocats des parties", *RNB* 2013, 584; P. HENRY, "De advocatenakte: vooral een mooie overwinning ... maar wat met de beroepsaansprakelijkheid?", *Ad Rem* 2013, 32; P. DEPUYDT, "De advocatenakte: vooral een mooie overwinning ... maar wat met de beroepsaansprakelijkheid?", *Ad Rem* 2013, 33; M. DUPONT, "L'acte d'avocat: examen des lois des 29 avril et 23 mai 2013", *Cah.jur.* 2013, 95; J. LAMBERS en L. VERMEIREN, "Advocatenakte" in X., *Bijvoorbeeld. Modellen voor het bedrijfsleven*, Mechelen, Kluwer, 2013, IV.29.1 – IV.29.8; X., "Advocatenakte", *NJW* 2013, 495; Y. KEVERS, "L'acte d'avocat", *JT* 2014, 357; I. VAN DEN BOSCH, "De advocatenakte", *NNK* 2014, 33.

4. Art. 1315 BW en art. 870 Ger.W. Zie daarover B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 39-132, nrs. 72-253.

die bewijslastregeling in bepaalde gevallen leidt tot onbillijke resultaten, zijn de rechtsleer en de feitenrechters op zoek gegaan naar oplossingen om de al te verre gaande gevolgen van die regeling te milderen. Verschillende van die oplossingen werden in de besproken periode voorgelegd aan het Hof van Cassatie: het vereiste niveau van bewijszekerheid (§ 1), de omvang van de verplichting van de procespartijen inzake de bewijsgaring (§ 2), de bewijslast t.a.v. negatieve feiten (§ 3) en de verplichting tot ambtshalve aanvulling van de bewijsregels (§ 4).

### § 1. *Het vereiste niveau van rechtszekerheid*

3. In de rechtsleer<sup>5</sup> wordt van oudsher een onderscheid gemaakt tussen de objectieve of absolute waarheid (datgene wat zich in werkelijkheid heeft voorgedaan) en de juridische of bewezen waarheid (de door de rechter op grond van de toegelaten bewijsmiddelen vastgestelde waarheid of overeenstemming tussen een bewering en de werkelijkheid).<sup>6</sup> Een belangrijk aspect van de bewijslastregeling, althans in de gevallen waarin tot bewijs feitelijke vermoedens (mogen) worden aangewend die de rechter vrij mag waarderen, is de vraag vanaf wanneer de rechter een door een procespartij aangevoerd, maar betwist feit in overeenstemming kan achten met de werkelijkheid en dus voor waar mag aannemen. Is daartoe zekerheid vereist omtrent de overeenstemming van dat feit met de werkelijkheid of volstaat dat omtrent die overeenstemming afdoende waarschijnlijkheid bestaat?

4. Het Hof van Cassatie moest die vraag gedurende het voorbije decennium (opnieuw) onderzoeken in de twee hieronder besproken geschillen.

In een eerste geschil was er tussen de procespartijen betwisting omtrent de vraag of een persoon al dan niet effectief het beroep van verzekeringstussenpersoon uitoefende.<sup>7</sup> Bij arrest van 4 december 2008 was die vraag door het arbeidshof te Brussel bevestigend beantwoord, op grond van feitelijke vermoedens hierin bestaande dat er in de regel kan van uitgegaan worden dat de persoon die ingeschreven is als verzekeringstussenpersoon, dit beroep ook effectief uitoefent, aangezien een dergelijke

5. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, *Les obligations*, Brussel, Bruylant, 1967, 699, nr. 709; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbindenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 653-654; B. SAMYN, "De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – deel 1", *P&B* 2010, 4, nr. 5; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, III, *Régime général de l'obligation. Théories des preuves*, Brussel, Bruylant, 2010, 2220-2221, nr. 1623; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not.*, Brussel, Larcier, 2012, 90, nr. 17.

6. Ongeacht de objectieve of absolute waarheid, heeft alleen de juridische of bewezen waarheid rechtsgevolgen. Een feit dat niet bewezen wordt conform de wet moet worden geacht niet te bestaan. Dit in het belang van de rechtszekerheid.

7. De Controledienst voor de Ziekenfondsen en de Landsbonden van Ziekenfondsen had in een aantal dossiers een administratieve sanctie opgelegd aan een ziekenfonds wegens een inbreuk op art. 43ter, tweede lid van de wet van 6 augustus 1990 betreffende de ziekenfondsen en de landsbonden van ziekenfondsen. Een dergelijke inbreuk is voorhanden zodra vaststaat dat voor de promotie, de distributie of de verkoop van ziekenfondsproducten een akkoord werd aangegaan met een persoon, die daarnaast een activiteit in de sector van de verzekeringsbemiddeling of het bankwezen ontwikkelt. De bewijslast rust op de Controledienst.



inschrijving en het behoud ervan aan een aantal voorwaarden (betaling van een jaarlijks inschrijvingsgeld en aangaan van een beroepsaansprakelijkheidsverzekering) is verbonden die het onaannemelijk maken dat een persoon die ingeschreven is niet daadwerkelijk een activiteit als verzekeringstussenpersoon zou uitoefenen, behoudens tegenbewijs. De in het ongelijk gestelde partij tekent cassatieberoep aan tegen dat arrest en voert daarbij o.m. de schending aan van de artikelen 1349 en 1353 BW (miskenning van het begrip feitelijk vermoeden). Bij arrest van 3 mei 2010<sup>8</sup> verwerpt het Hof van Cassatie dat cassatieberoep op grond van o.m. de overweging dat het bestreden arrest deze wetsbepalingen niet schendt door te oordelen dat volgens de gewone gang van zaken aangenomen mag worden dat een persoon die ingeschreven is als verzekeringstussenpersoon, daadwerkelijk activiteiten van verzekeringsbemiddeling uitoefent en zijn beslissing zodoende te steunen op een feitelijk vermoeden van overeenstemming met de gewone gang van zaken, waarbij degene die zich op een afwijking van de gewone gang van zaken beroept, het bewijs daarvan moet leveren.

Een tweede geschil had betrekking op het verschuldigd zijn van dwangsommen (art. 1385*bis et seq.* Ger.W.). In zijn arrest van 10 juni 2010<sup>9</sup> overweegt het Hof van Cassatie dat de appelrechters uit een aantal feitelijke vaststellingen verricht op verschillende tijdstippen hebben afgeleid dat de dwangsommen (wegens verboden productie en verkoop) niet alleen verbeurd werden op de dagen waarop die vaststellingen werden gedaan, doch wel gedurende de volledige periode vanaf de datum van de eerste vaststelling t.e.m. de datum van de laatste vaststelling, dit ingevolge het uitgaan van de gewone gang van zaken, om vervolgens te beslissen dat de appelrechters aldus de artikelen 870 Ger.W. en 1349 en 1353 BW niet hebben geschonden.

5. In zijn arresten van 3 mei 2010 en 10 juni 2010 opteert het Hof van Cassatie duidelijk voor het criterium van de afdoende waarschijnlijkheid. Tot tweemaal wordt bevestigd dat bestreden arresten hun beslissing wettig steunen op een feitelijk vermoeden van overeenstemming met de gewone gang van zaken. Een ongekend feit wordt bijgevolg bewezen geacht zonder dat zekerheid bestaat omtrent de overeenstemming tussen dat feit en de werkelijkheid.

De cassatiearresten van 3 mei 2010 en 10 juni 2010 zijn belangwekkend, want in strijd met de traditionele cassatierechtspraak op dat vlak. Volgens die klassieke cassatierechtspraak wordt immers vereist dat er zekerheid bestaat omtrent de overeenstemming van het aangevoerd, maar betwist feit met de werkelijkheid alvorens de rechter dat feit voor bewezen mag aanzien.<sup>10</sup> Aantonen dat dit feit zich waarschijnlijk heeft voorgedaan, volstaat niet.<sup>11</sup>

8. Cass. 3 mei 2010, [www.cass.be](http://www.cass.be), concl. R. MORTIER.

9. Cass. 10 juni 2010, *RW* 2010-11, 1095.

10. O.a. Cass. 2 maart 1956, *Arr.Cass.* 1956, 534; Cass. 7 november 1969, *Arr.Cass.* 1970, 241; Cass. 3 maart 1978, *Pas.* 1978, I, 759; Cass. 16 juni 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1407; Cass. 26 juni 2008, *Pas.* 2008, 1688; Cass. 23 oktober 2008, *Pas.* 2008, 2351.

11. Cass. 19 december 1963, *RW* 1963-64, 425.

Illustratief in dat verband zijn de geschillen i.v.m. het al dan niet voorhanden zijn van oorzakelijk verband bij vorderingen tot schadeloosstelling:

- na verbreking van een relatie wordt een vrouw aangevallen door haar ex-partner die haar met zwavelzuur begiet; voor de ondergane schade (ingevolge de opgelopen letsels) vordert de vrouw naderhand op grond van de artikelen 1382-1383 BW schadeloosstelling van de overheid aan wie zij verwijt te hebben nagelaten de agressie te voorkomen door geen passend gevolg te verlenen aan de strafklacht die zij voordien tegen haar ex-minnaar had ingediend; bij arrest van 4 januari 2001 veroordeelt het hof van beroep te Brussel de overheid tot vergoeding van 80 % van de door de vrouw geleden schade (omdat geoordeeld wordt dat de kans dat de vrouw het gevaar had kunnen ontlopen indien passende beschermingsmaatregelen waren getroffen, op 80 % kan worden geraamd); in haar cassatieberoep voert de overheid de schending aan van de artikelen 1315 BW en 870 Ger.W.; bij zijn arrest van 1 april 2004, verleend in verenigde kamers<sup>12</sup>, vernietigt het Hof het bestreden arrest op grond van de overweging dat de rechter degene die een fout begaat niet kan veroordelen tot vergoeding van de werkelijk geleden schade, indien hij beslist dat er een onzekerheid blijft bestaan over het oorzakelijk verband tussen de fout en de schade en dat het bestreden arrest niet uitsluit dat de door het slachtoffer aangevoerde schade zich zonder de fout van de overheid had kunnen voordoen zoals ze ontstaan is;
- in dezelfde zin oordeelt het Hof van Cassatie in zijn arrest van 6 december 2013<sup>13</sup> dat het bestreden arrest zijn beslissing niet naar recht verantwoordt om de auteur van een fout (de gewezen raadsman van het slachtoffer die tekortgekomen is aan zijn informatie- en raadgevingsverplichting) te veroordelen tot vergoeding van de door het slachtoffer aangevoerde schade (die voortvloeit uit het aangaan van de door de raadsman aangeraden overeenkomst van dading), wanneer het bestreden arrest beslist dat een onzekerheid blijft bestaan over het oorzakelijk verband tussen de fout en de schade en het niet uitsluit dat de schade zich zonder de fout op dezelfde wijze had kunnen voordoen (doordat het slachtoffer, indien het beter was voorgelicht, dezelfde dading zou aangegaan zijn).

Wanneer met het Hof van Cassatie wordt aangenomen dat een aangevoerd, maar betwist feit (het voorhanden zijn van een oorzakelijk verband tussen fout en werkelijk geleden schade) niet voor bewezen kan worden aangezien zolang daarover “een onzekerheid” blijft bestaan en niet wordt “uitgesloten” dat die schade zich zonder de fout had kunnen voordoen zoals ze ontstaan is, geldt de vereiste van de zekerheid omtrent de overeenstemming tussen dat feit en de werkelijkheid.

De keuze voor het criterium van de zekerheid vindt daarenboven impliciet bevestiging in de vaststaande cassatierechtspraak krachtens dewelke de rechter naar recht kan

12. Cass. 1 april 2004, *Arr.Cass.* 2004, 549, concl. T. WERQUIN, *RW* 2004-05, 106, noot I. BOONE en *TBBR* 2005, 368, noot C. EYBEN.

13. Cass. 6 december 2013, AR C.12.0245.F, [www.cass.be](http://www.cass.be).

beslissen dat het bewijs van een negatief feit (bv. de tekortkoming aan een informatieverplichting of aan een verplichting waardoor de vervulling van een opschotende voorwaarde verhinderd wordt) niet met dezelfde striktheid als het bewijs van een positief feit behoeft te worden geleverd.<sup>14</sup> De vereiste van de zekerheid omtrent de overeenstemming tussen het betrokken negatief feit en de werkelijkheid kent hier uitzondering ten voordele van het criterium van de afdoende waarschijnlijkheid.<sup>15</sup> Eenzelfde uitzondering wordt gemaakt t.a.v. positieve feiten waarvan een zeker bewijs redelijkerwijs niet kan worden geleverd, zoals bv. het feit van de diefstal van een voertuig.<sup>16</sup> Wanneer afdoende waarschijnlijkheid volstaat in gevallen waarin het bewijs niet met de normale striktheid moet worden geleverd, geldt voor dat bewijs als regel de vereiste van de zekerheid.

Dat alles neemt niet weg dat de cassatiearresten van 3 mei 2010 en 10 juni 2010 wel aansluiten bij hetgeen op dit punt reeds geruime tijd door een meerderheidsopvatting in de rechtsleer<sup>17</sup>, daarin gevolgd door een gedeelte van de rechtspraak van de feitenrechters<sup>18</sup>, wordt verdedigd. Een feit wordt juridisch bewezen geacht wanneer dat feit voldoende waarschijnlijk is om te kunnen gelden als juridische waarheid. Er wordt genoeg genomen met de zgn. *gerechtelijke zekerheid*, dit is een hoge graad van waarschijnlijkheid, in overeenstemming met de normale gang van zaken, zodat de rechter niet meer ernstig aan het tegendeel moet denken, ook al is dit theoretisch nog mogelijk. Een minderheidsopvatting in de rechtsleer<sup>19</sup> en een gedeelte van de feitenrechters<sup>20</sup> blijft echter pleiten voor een zeker bewijs.

**6.** Over de vereiste (zekerheid of afdoende waarschijnlijkheid) waaraan moet zijn voldaan opdat de rechter een aangevoerd, maar betwist feit voor bewezen kan aannemen, blijft dus onduidelijkheid bestaan. Klarheid in die fundamentele rechtskwestie

14. Cass. 27 februari 1958, *Arr.Cass.* 1958, 460 en *RCJB* 1959, 42, noot J. KIRKPATRICK; Cass. 16 december 2004, *RW* 2004-05, 1553, noot H. NYS en *T.Gez.* 2004-05, 298, noot S. LIERMAN; Cass. 26 november 2010, *Pas.* 2010, 3022; Cass. 18 november 2011, *TBH* 2012, 313.

15. Cass. 20 maart 1947, *Arr.Cass.* 1947, 91. Het volstaat evenwel niet dat een partij een door haar aangevoerd negatief feit louter aannemelijk maakt (Cass. 26 november 2010, *Pas.* 2010, 3022).

16. Cass. 22 januari 2009, *Arr.Cass.* 2009, 227.

17. H. DE PAGE, *o.c.*, 738, nr. 729.B, 744, nr. 734 en 950, nr. 924; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 29; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1969, 361, nr. 117; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 41, nr. 66; D. MOUGENOT, *o.c.*, 91, nr. 17; L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 204, nr. 168 en 232, nr. 194; J. VANDENDRIESSCHE en H. MINJAUW, "Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Inleiding" in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2007, VI.1 – 4, nr. 5007 en VI.2 – 2, nr. 5103.

18. Brussel 17 maart 2005, *Juristenkrant* 2005, afl. 118, 6; Arbh. Bergen 7 juni 2000, *RGAR* 2001, nr. 13.425, noot J. HIRSCH; Brussel 16 juni 2009, *T.Gez.* 2010-11, 317, noot N. BLAISE; Luik 20 juni 2013, *RGAR* 2014, nr. 15036; Kh. Brussel 31 mei 1996, *JLMB* 1996, 1588; Rb. Luik 30 november 2009, *JLMB* 2010, 748, noot G. GENICOT en *RGAR* 2010, nr. 14682, noot M.V.; Rb. Brussel 11 juni 2012, *Con.M.* 2012, 153.

19. F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 47, nr. 37; B. SAMYN, "De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – deel 1", *P&B* 2010, 10, nr. 22; B. VANLERBERGHE, "Het bewijs in burgerlijke en handelszaken" in *Studieavonden 2010-11 i.s.m. CBR* – 2, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 21, nr. 32.

20. Antwerpen 16 juni 2004, *NJW* 2005, 924.

is dringend noodzakelijk. Voor de weg van de cassatiearresten van 3 mei 2010 en 10 juni 2010 valt veel te zeggen. Meestal is absolute of wetenschappelijke zekerheid omtrent de overeenstemming van een bewering met de werkelijkheid een pure fictie. Bovendien verleent het criterium van de afdoende waarschijnlijkheid aan de feitenrechters een zeer belangrijke beoordelingsvrijheid die toelaat de soms onbillijke gevolgen van de principiële bewijslastregeling te verzachten. Met bijzondere aandacht moet bijgevolg worden uitgekeken naar de wijze waarop de cassatierechtspraak op dit vlak verder zal evolueren.

Het praktisch belang van de kwestie is aanzienlijk. Denk bv. aan gevallen waarin betwisting wordt gevoerd over het al dan niet voorhanden zijn van oorzakelijk verband tussen enerzijds de bewezen fout/nalatigheid en anderzijds de vergoedbare schade (effectief geleden schade dan wel enkel schade bestaande in het verlies van een kans om die schade te vermijden).<sup>21</sup> Wordt inzake bewijs van dat oorzakelijk verband absolute zekerheid vereist, dat zal het slachtoffer, van zodra er dienaangaande enige onzekerheid bestaat, nooit gerechtigd zijn op vergoeding van de effectief geleden schade, doch hoogstens (voor zover de andere voorwaarden daartoe vervuld zijn) op vergoeding van het verlies van de kans om het schadegeval te ontlopen. Neemt men inzake bewijs van het oorzakelijk verband integendeel genoeg met afdoende waarschijnlijkheid, dan is vergoeding van de effectief geleden schade mogelijk, ook wanneer op grond van het criterium van de normale gang van zaken kan aangenomen worden dat zonder de fout het schadegeval zich niet had voorgedaan, terwijl daarover nochtans geen absolute zekerheid bestaat. In het geval dat heeft geleid tot het cassatiearrest van 1 april 2004 was door de feitenrechter aangenomen dat de kans dat het schadegeval zich niet zou hebben voorgedaan zonder de nalatigheid van de overheid, op 80 % kon worden geraamd. Zou in die omstandigheden niet kunnen worden aangenomen dat er gerechtelijke zekerheid bestaat over het oorzakelijk verband tussen de fout en de effectief geleden schade? En wat als de feitenrechter de kans waarvan sprake bv. op 95 % had geraamd?

## § 2. *De omvang van de verplichting van de procespartijen inzake de bewijsgaring*

7. Volgens het oude adagium *nemo tenetur edere contra se* is niemand ertoe gehouden een bewijs aan te brengen tegen zichzelf. Impliceert dat adagium, in combinatie met de verdeling van de subjectieve bewijslast, dat de procespartij tegen wie een feit wordt ingeroepen, ermee kan volstaan dat feit louter te betwisten en verder een volstrekt passieve houding kan aannemen onder voorwendsel dat de subjectieve bewijslast op de tegenpartij rust, ook al is zij als enige in het bezit van relevante bewijsstukken?<sup>22</sup>

21. Voor een toepassingsgeval, zie bv. E. LANGENAKEN, "Le critère du 'cours normal des choses' en responsabilité médicale" (noot onder Rb. Brussel 21 november 2011), *Con.M.* 2012, 96.

22. Denk bv. aan het geval waarin een partij bij een wederkerig contract zijn origineel van de onderhandse akte verloren is zonder overmacht te kunnen inroepen.

8. Die vraag was aan de orde in een vijftal geschillen die in het afgelopen decennium aan het Hof van Cassatie werden voorgelegd.

Een eerste geschil betrof een betwisting tussen twee consumenten (die een lening op afbetaling waren aangegaan) en de bankinstelling omtrent de al dan niet naleving door laatstgenoemde van haar verplichting de kredietwaardigheid van de consumenten te onderzoeken alvorens hen de lening op afbetaling toe te staan.<sup>23</sup> De rechtbank van eerste aanleg te Ieper had de consumenten in het gelijk gesteld op grond van de overweging dat de bankinstelling niet voldeed aan haar bewijslast ter zake. In haar cassatieberoep riep de bankinstelling de schending in van de artikelen 1315, eerste lid BW en 870 Ger.W. Bij zijn arrest van 10 december 2004<sup>24</sup> vernietigt het Hof van Cassatie het bestreden vonnis wegens schending van die wetsbepalingen. Het Hof overweegt daarbij o.m. dat de bewijslast van het in gebreke blijven door de kredietgever aan de verplichtingen die voor hem voortvloeien uit de (oude) Wet Consumentenkrediet op de consument rust, onverminderd de verplichting van de kredietgever bij te dragen tot het bewijs binnen de wettelijk bepaalde grenzen.<sup>25</sup>

Een tweede geschil gaf aanleiding tot het arrest van 18 januari 2007.<sup>26</sup> Hier oordeelt het Hof van Cassatie dat:

- de verplichting die door het lastenboek aan de aannemer wordt opgelegd om, tijdens de duur van de werken, de veiligheid en het verkeer van de boten niet te belemmeren en om een ankerplaats van minstens drie meter te behouden, geen middelenverbintenis, maar een resultaatverbintenis is;
- door te overwegen dat de aannemer niet bewijst de minste maatregel te hebben genomen teneinde de veiligheid van de binnenschippers te garanderen, ondanks de aanwezigheid van rotsblokken, het arrest de opdrachtgever niet vrijstelt van zijn verplichting om aan te tonen dat de aannemer niet alle nuttige veiligheidsmaatregelen heeft genomen en aan de aannemer evenmin oplegt te bewijzen dat hij dergelijke maatregelen had genomen, doch het enkel de mate bepaalt waarin deze partij, gehouden tot een plicht tot samenwerking bij de bewijslevering, zich nader moest verklaren over wat zij had gedaan om de schade te voorkomen.

Een derde geschil betrof een geschil van fiscale aard en werd beoordeeld bij het arrest van 13 december 2007.<sup>27</sup> In een arrest van 6 september 2005 had het hof van

23. De art. 10 en 15 (oude) Wet Consumentenkrediet leggen aan de kredietgever de verplichting op enerzijds om de informatie te onderzoeken over de financiële toestand en de terugbetalingsmogelijkheden van de consument en anderzijds om slechts een kredietaanbod voor te leggen wanneer hij op basis daarvan redelijkerwijs mag aannemen dat de consument in staat zal zijn de verplichtingen voortvloeiend uit de overeenkomst na te leven.

24. Cass. 10 december 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1998, *Jaarboek Kredietrecht* 2005, 19, noot F. DE PATOUL, *RCJB* 2005, 680, noot J. BUYLE en *T.Vred.* 2007, 392, noot R. STEENNOT.

25. Zie evenwel Wetboek van Economisch Recht, Boek VII, Titel 4, Hoofdstuk I, Afdeling II, art. VII.69 dat de bewijslast in dit verband bij de kredietgever legt, dit met ingang van 1 april 2015 (art. 2 KB 19 april 2014, *BS* 28 mei 2014).

26. Cass. 18 januari 2007, *Res Jur.Imm.* 2007, 27.

27. Cass. 13 december 2007, *NJW* 2008, 307.

beroep te Antwerpen op de belastingplichtige de bewijslast gelegd van de voorwaarde dat de doorgevoerde splitsing van vennootschappen beantwoordde aan rechtmatige financiële of economische behoeften in de zin van artikel 211 WIB 1992 om de aldaar voorziene vrijstelling van belastingheffing op meerwaarde te kunnen genieten.<sup>28</sup> In hun cassatieberoep beroepen de belastingplichtigen zich o.m. op de schending van de artikelen 1315 BW en 870 Ger.W. Het Hof van Cassatie vernietigt het bestreden arrest wegens schending van die wetsbepalingen en overweegt daarbij o.m. dat het toekomt aan de bevoegde overheid die aanvoert dat de belastingplichtige gehandeld heeft met het doel belastingen te ontwijken en dat bewijs meent te moeten baseren op de afwezigheid van zakelijke overwegingen, die afwezigheid ook te bewijzen, onverminderd de plicht voor de belastingplichtige aan dat bewijs mee te werken.

Een vierde geschil resulteerde in het cassatiearrest van 14 november 2013<sup>29</sup> en heeft betrekking op het bestuur van het gemeenschappelijk vermogen door echtgenoten. Een man laat gelden dat zijn echtgenote gedurende de periode kort voor de inleiding van de echtscheidingsprocedure gemeenschappelijke gelden heeft gebruikt in eigen voordeel. Uit de concrete omstandigheden van de zaak leidt het hof van beroep een feitelijk vermoeden van bevoegdheidsafwendig af. Het hof van beroep beslist dat de echtgenote de aanwending van de betrokken gelden moet verantwoorden. Daarenboven wordt, conform artikel 877 *et seq.* Ger.W., aan de echtgenote bevolen bepaalde stukken (waaronder een volledige historiek van de spaarrekeningen) over te leggen. In haar cassatieberoep voert de echtgenote o.m. aan dat het bestreden arrest haar de bewijslast oplegt van de aanwending van de gemeenschappelijke gelden, terwijl de echtgenoot die vergoeding vordert ten bate van het gemeenschappelijk vermogen de bewijslast draagt van de toepassingsvoorwaarden daarvan (schending van de art. 1315 BW en 870 Ger.W.). Het Hof van Cassatie verwerpt het cassatieberoep en motiveert die beslissing o.m. als volgt. De echtgenoten besturen het gemeenschappelijk vermogen in het belang van het gezin (art. 1415, tweede lid BW). Uit het in deze wetsbepaling besloten doelgebonden karakter van de bestuursbevoegdheden van de echtgenoten en uit het algemeen rechtsbeginsel dat de procespartijen ertoe gehouden zijn loyaal mee te werken aan de bewijsvoering, volgt dat wanneer er aanwijzingen zijn dat een bestuurshandeling niet werd verricht in het belang van het gezin, elke echtgenoot op verzoek van de andere echtgenoot kan verplicht worden om informatie te verstrekken over de verrichte handeling.

28. Krachtens art. 211, § 1, aanhef en eerste lid WIB 1992 komen i.g.v. splitsing de meerwaarden die n.a.v. die verrichting zijn vastgesteld, niet in aanmerking voor belastingheffing ingevolge art. 208, tweede lid of art. 209 van dat wetboek. Art. 211, § 1, tweede lid WIB 1992 bepaalt dat het eerste lid slechts van toepassing is op voorwaarde dat de overnemende of de verkrijgende vennootschap een binnenlandse vennootschap is en dat de verrichting beantwoordt aan rechtmatige financiële of economische behoeften.

29. Cass. 14 november 2013, *NFM* 2014, 47, *Rev.trim.dr.fam.* 2014, 915, noot J. RENÇON, *T.Fam.* 2014, 208, noot C. DECLERCK, *T.Not.* 2014, 451, noot J. VERSTRAETE en *RW* 2014-15, 141.

Een vijfde en laatste cassatiearrest dateert van 14 november 2014.<sup>30</sup> Op dat laatste arrest wordt **onder nummer 10** kort nader ingegaan.

9. Met zijn arresten van 10 december 2004, 18 januari 2007, 13 december 2007, 14 november 2013 en 14 november 2014 lijkt het Hof van Cassatie te bevestigen dat het *adagium nemo tenetur edere contra se* volledig verlaten is en geen deel meer uitmaakt van ons burgerlijk bewijsrecht.<sup>31</sup>

Dat volgt vooreerst uit de bewoordingen zelf van die cassatiearresten die uitdrukkelijk gewagen van een plicht tot samenwerking/medewerking/bijdrage aan/tot de bewijslevering, ook in hoofde van degene tegen wie het bewijs van een door hem betwist feit wordt ingeroepen. Door het bestaan te erkennen van die verplichting tot samenwerking/medewerking/bijdrage aan/tot de bewijslevering, ook in geschillen waarin door de rechter geen onderzoeksmaatregelen werden bevolen, lijkt het Hof van Cassatie daarenboven impliciet, maar duidelijk te bevestigen dat er voor de procespartijen een algemene verplichting tot samenwerking aan de bewijsgaring (het verzamelen van de voorhanden zijnde bewijsmiddelen) bestaat. Sinds de inwerkingtreding van het Gerechtelijk Wetboek stond reeds vast dat de procespartijen verplicht zijn mee te werken aan door de rechter bevolen onderzoeksmaatregelen. Bij arrest van 25 september 2000<sup>32</sup> had het Hof van Cassatie het bestaan erkend van het algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk de procespartijen verplicht zijn mee te werken aan de bewijsvoering, dat o.m. is neergelegd in de artikelen 870 en 871 Ger.W. Omdat het geschil dat aanleiding gaf tot dit cassatiearrest betrekking had op een onderzoeksmaatregel (deskundigenonderzoek), was omtrent de draagwijdte van het algemeen rechtsbeginsel in de rechtspraak van de feitenrechters en vooral in de rechtsleer betwisting blijven bestaan. Een minderheidsopvatting verdedigde een strikt legalistische benadering en meende dat artikel 870 et seq. Ger.W. enkel een rechtsgrond kunnen zijn voor een verplichting van de procespartijen tot medewerking aan door de rechter bevolen onderzoeksmaatregelen.<sup>33</sup> De meerderheidsopvatting erkende wel integendeel het bestaan van een algemene verplichting van de procespartijen tot samenwerking aan de bewijsgaring.<sup>34</sup> Benadrukt werd dat het beginsel van de goede trouw verplicht tot loyauteit in de procesvoering, inbegrepen de bewijsgaring.<sup>35</sup> Van de procespartijen mag worden verwacht dat zij samenwerken bij het achterhalen van de objectieve waarheid door alle bewijselementen waarover zij beschikken,

30. Cass. 14 november 2014, AR C.14.0043.N, www.cass.be, concl. A. VAN INGELGEM.

31. D. MOUGENOT, *o.c.*, 2012, 120-121, nr. 31; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, 2262, nr. 1651; *anders*: B. SAMYN, *o.c.*, 135-136, nrs. 127-128.

32. Cass. 25 september 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1424 en *P&B* 2001, 114, noot K.W.

33. L. CORNELIS, *o.c.*, 211, nr. 174 en 214, nr. 177; B. SAMYN, *o.c.*, 137, nr. 130.

34. Zie de talrijke verwijzingen in B. CATTOIR, *o.c.*, 127-128, nr. 246; D. MOUGENOT, *o.c.*, 119, nr. 31.

35. Er bestaat wel geen algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk het proces te goeder trouw moet worden gevoerd (Cass. 6 december 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 315).

voor te leggen.<sup>36</sup> Alleen langs die weg kan worden bereikt dat de rechtspraak, voor zover mogelijk en economisch verantwoord, gebaseerd is op de objectieve waarheid en tevens rechtvaardig is, hetgeen essentieel is voor het vertrouwen in justitie, grondslag van het algemeen rechtsbeginsel dat eigenrichting verbiedt.<sup>37</sup> Met zijn arresten van 10 december 2004, 18 januari 2007, 13 december 2007, 14 november 2013 en 14 november 2014 lijkt het Hof van Cassatie een einde te hebben gesteld aan die discussie en zich te hebben aangesloten bij de meerderheidsopvatting door aan te nemen dat het algemeen rechtsbeginsel waarvan sprake niet beperkt blijft tot een plicht tot medewerking aan de uitvoering van door de rechter bevolen onderzoeksmaatregelen.

**10.** Die ontwikkeling verdient bijval. Een strakke toepassing van de regels betreffende de subjectieve bewijslastverdeling leidt soms tot onbillijke gevolgen. De algemene verplichting van de procespartijen tot samenwerking aan de bewijsgaring maakt het mogelijk die gevolgen enigszins te mildereren, zonder aan de regels zelf te raken. Bovendien vormt die algemene verplichting een van de aspecten van het recht op bewijs, zijnde het recht om enerzijds de bewijzen waarover men beschikt, voor te leggen en anderzijds te verzoeken dat de bewijzen waarover men nog niet beschikt, zouden vergaard worden a.d.h.v. de nodige onderzoeksmaatregelen.<sup>38</sup> Dat recht op bewijs is een rechtstreekse afgeleide van het recht van verdediging, dat een algemeen rechtsbeginsel is en een van de beginselen van behoorlijke rechtsbedeling die worden beschermd door artikel 6 EVRM en artikel 14 IVBPR.<sup>39</sup>

Twee vragen blijven open: hoe ver reikt die algemene verplichting van de procespartijen tot samenwerking aan de bewijsgaring en welke is de sanctie bij niet-naleving ervan?

In principe zijn de procespartijen vrij om te kiezen welke bewijsstukken zij gebruiken. Zij zijn er in de regel niet toe gehouden op eigen initiatief bewijsstukken voor te leggen die in het voordeel van de tegenpartij spreken. Enkel deloyaal procesgedrag is verboden.<sup>40</sup> Van deloyaal procesgedrag is in dit verband sprake wanneer een procespartij een door haar tegenpartij aangevoerd feit betwist, zonder zich specifiek en gedetailleerd uit te spreken over de werkelijke feitelijke toedracht van zaken<sup>41</sup> en/of op bedrieglijke wijze stukken (die een eigen leugenachtige bewering of ontkenning tegenspreken) achter te houden.<sup>42</sup>

36. B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 470, nr. 170.

37. Cass. 24 mei 1976, *Arr. Cass.* 1976, 1053.

38. Vgl. Cass. 25 september 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1424 en *P&B* 2001, 114, noot K.W.; EHRM 10 oktober 2006, nr. 7508/02, *L.L./Frankrijk, P&B* 2007, 77, § 40; EHRM 13 mei 2008, nr. 65097, *N.N. en T.A./België*, *RW* 2010-11, 1196, § 43 *et seq.*

39. EHRM 9 juni 1998, nrs. 21825/93 en 23414/94, arrest *McGinley & Egan t. VK*.

40. B. ALLEMEERSCH, *o.c.*, 401, nr. 86; vgl. M.E. STORME, "De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaat proces- en bewijsrecht", *TPR* 1990, 431, nr. 83.

41. Vgl. Cass. 18 januari 2007, *Res Jur. Imm.* 2007, 27.

42. Luik 8 december 1986, *Rev. trim.dr.fam.* 1989, 466; Brussel 13 mei 1987, *JT* 1987, 613. Wanneer de partij tegen wie moet worden bewezen op bedrieglijke wijze stukken achterhoudt, zal dat in vele gevallen wel een onoverkomelijke hinderpaal zijn voor degene die de bewijslast draagt (D. MOUGENOT, *o.c.*, 121, nr. 31).



Tal van sancties staan de rechter ter beschikking voor het geval een partij weigert mee te werken aan de uitvoering van een bevolen onderzoeksmaatregel, zoals bv. het opleggen van een geldboete en/of schadevergoeding wegens procesrechtsmisbruik, veroordeling tot de gedingkosten ...<sup>43</sup> Vooral de mogelijkheid voor de rechter om uit de weigering om mee te werken aan de bewijsgaring tegen de onwillige procespartij een feitelijk vermoeden af te leiden i.v.m. het te bewijzen feit, is doeltreffend. Of die mogelijkheid al dan niet voorhanden is, blijft weliswaar betwist.<sup>44</sup> Het bestaan daarvan wordt sinds 2007 alvast uitdrukkelijk bevestigd in artikel 972*bis*, § 1 Ger.W. dat bepaalt dat de rechter uit de weigering van een procespartij om mee te werken aan een bevolen deskundigenonderzoek, “*de conclusies (kan) trekken die hij geraden acht*”. Voor zover niet specifiek beperkt tot de gevallen waarin door de rechter een onderzoeksmaatregel werd bevolen (dat laatste is bv. het geval voor het opleggen van een dwangsom, art. 882 Ger.W. of art. 495*bis* Sw.), gelden de voormelde sancties *mutatis mutandis* ook bij miskenning van de algemene verplichting van de procespartijen tot samenwerking aan de bewijsgaring.<sup>45</sup> Wat i.h.b. de sanctie van de herroeping van het gewijsde betreft, werd door het Hof van Cassatie bij zijn arrest van 14 november 2014<sup>46</sup> geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat een procespartij tekortkomt aan haar verplichting tot loyale medewerking aan de bewijsvoering, de partij die een verzoek tot herroeping indient, niet ontslaat van zorgvuldige bewijsvoering.

### § 3. De bewijslast t.a.v. de negatieve feiten

**11.** De regeling van de objectieve en (vooral) van de subjectieve bewijslast wordt vaak mede verantwoord door verwijzing naar de bewijsgeschiktheid van de procespartijen.<sup>47</sup> Voor de schuldeiser stelt het doorgaans minder problemen het bestaan van de ingeroepen schuldvordering te bewijzen dan voor de schuldenaar om aan te tonen dat hij geen enkele verbintenis heeft aangegaan. Omgekeerd is de schuldenaar meestal beter geschikt om aan te tonen dat de bewezen schuldvordering bv. is tenietgegaan door betaling dan de schuldeiser om te bewijzen dat hij geen betaling heeft ontvangen. Maar, geldt dat ook wanneer door een procespartij negatieve feiten worden aangevoerd, zijnde feiten waarvan wordt beweerd dat ze zich niet hebben voorgedaan<sup>48</sup>, bv. het feit dat de arts geen informatie heeft verstrekt omtrent de

43. Zie daarover B. CATTOIR, *o.c.*, 123-126, nrs. 235-243.

44. In bevestigende zin Cass. 17 december 1998, *Arr.Cass.* 1998, 1141; Rb. Gent 14 september 2010, *P&B* 2011, 76; D. MOUGENOT, *o.c.*, 121, nr. 31; *anders*: Cass. 7 maart 1975, *RW* 1974-75, 2335; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, 2265, nr. 1651.

45. Zie bv. Bergen 10 januari 1989, *TBH* 1991, 230.

46. Zie voetnoot 29.

47. N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, 40, nr. 65; F. MOURLON-BEERNAERT, *o.c.*, 39, nr. 32; D. MOUGENOT, *o.c.*, 109, nr. 26; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 534-535, nr. 1184.

48. K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 160, nr. 24; B. SAMYN, *o.c.*, 102, nr. 89.

medische ingreep, of nog, het feit dat de overeenkomst geen oorzaak heeft. Doorgaans is degene tegen wie een dergelijk negatief feit wordt ingeroepen, beter geplaatst dan de partij die het inroept om het tegengesteld positief feit te bewijzen, om bv. aan te tonen dat de patiënt wel werd geïnformeerd omtrent de medische ingreep of dat de overeenkomst wel een oorzaak heeft. Impliceert het criterium van de bewijsgeschiktheid bijgevolg een vrijstelling van de objectieve bewijslast en/of een omkering van de subjectieve bewijslast t.a.v. negatieve feiten?

**12.** In het geschil dat heeft geleid tot zijn arrest van 14 januari 2005<sup>49</sup> moest het Hof van Cassatie die vraag beantwoorden. Bij eenzijdig verzoekschrift had het circus Circo Nel Mondo (uitbater van een internationaal professioneel circus waarin een aantal optredens met wilde dieren geïntegreerd zijn) in kort geding gevorderd dat aan de vzw GAIA verbod zou worden opgelegd om nog verder acties te voeren (o.a. overlakken van affiches met zelfklevers waarvan het opschrift luidt: “afgelast wegens dierenleed”) die haar voorstellingen in Gent verstoorden. Die vordering werd toegerekend in hoger beroep. Tegen dat arrest werd door de vzw GAIA derdenverzet aangetekend. Bij arrest van 1 september 2003 wees het hof van beroep te Gent dat derdenverzet af als ongegrond o.m. omdat door de vzw GAIA niet werd aangetoond dat zij toelating had bekommen om tegen het circus Circo Nel Mondo te betogen of andere manifestaties te organiseren. In haar daaropvolgende cassatievoorziening voert de vzw GAIA de miskenning aan van de artikelen 1315 BW en 870 Ger.W. Die wetsbepalingen leggen de bewijslast van het ontbreken van de vereiste toelating tot betogen immers op aan het circus. In zijn arrest van 14 januari 2005 wijst het Hof van Cassatie het cassatieberoep van de vzw GAIA af op grond van de motivering dat, eens vaststaat dat preventieve maatregelen i.v.m. betogingen en demonstraties in beginsel toelaatbaar zijn en dat een preventieve maatregel mogelijk is, het binnen de beoordelingsruimte van de rechter in kort geding blijft voorlopig te beslissen dat wie een betoging houdt en hierdoor schade toebrengt aan een derde, het bewijs moet leveren dat hij het nodige verlot had gekregen om te betogen; dat het evenmin onredelijk is aan de schadelijder het negatief bewijs niet op te leggen dat de dader geen vergunning bekommen heeft.

**13.** Het cassatiearrest van 14 januari 2005 impliceert ongetwijfeld een vrijstelling van de objectieve bewijslast en een omkering van de subjectieve bewijslast t.a.v. het door de vzw GAIA aangevoerd negatief feit bestaande in het ontbreken van de vereiste toelating tot betogen. Ter verantwoording daarvan wordt verwezen naar de redelijkheid, hetgeen impliciet maar duidelijk refereert naar het criterium van de bewijsgeschiktheid.

Dat is minstens opmerkelijk, want tegenstrijdig met de traditionele en vaststaande cassatierechtspraak dat het de rechter niet toegelaten is een partij vrij te stellen van

49. Cass. 14 januari 2005, *NJW* 2005, 699, noot E. BREMS en *RCJB* 2006, 496, noot J. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK.

haar bewijslast en de tegenpartij het bewijs van het tegengesteld positief feit op te leggen om reden dat een negatief feit wordt aangevoerd.<sup>50</sup> Betekent het cassatiearrest van 14 januari 2005 dat de bestaande regeling van de objectieve en de subjectieve bewijslast niet meer (onverkort) geldt?

Dat lijkt niet het geval om meerdere redenen.<sup>51</sup> Ten eerste maken de bewoordingen van het cassatiearrest van 14 januari 2005 duidelijk dat zijn impact beperkt blijft tot de specifieke context van het kort geding. Het Hof benadrukt dat zijn uitspraak “*de beoordelingsruimte van de rechter in kortgeding*” betreft om “*voorlopig*” te beslissen. *A contrario* kan daaruit afgeleid worden dat ten gronde andere (lees: de traditionele) beoordelingsregels gelden. Ten tweede kan worden vastgesteld dat meer recente en herhaalde cassatierechtspraak opnieuw de traditionele bewijslastregeling bevestigt.<sup>52</sup>

**14.** Tegen die achtergrond is het cassatiearrest van 14 januari 2005 niet zeer gelukkig. Het arrest kan immers nodeloos verwarring scheppen in de op zich al zeer complexe problematiek van de objectieve en subjectieve bewijslast. De bestaande bewijslastregeling laat geen uitzonderingen toe op grond van de bewijsgeschiktheid van de procespartijen en behoeft er ook geen. Die regeling is conform de rechtspraak van het EHRM dat heeft geoordeeld dat het niet strijdig is met het recht op een eerlijk proces (art. 6.1 EVRM) een partij te confronteren met een moeilijke bewijslast.<sup>53</sup> Dat zou alleen anders zijn i.g.v. een volstrekt onmogelijke bewijslast.<sup>54</sup> Maar, het is zeer de vraag of daarvan in ons burgerlijk bewijsrecht nog sprake kan zijn, gelet op de vaste cassatierechtspraak inzake enerzijds de algemene verplichting van de partijen tot samenwerking aan de bewijsgaring<sup>55</sup> en anderzijds de aanvaarding van een minder strikt bewijsniveau (afdoende waarschijnlijkheid i.p.v. de absolute zekerheid) minstens t.a.v. negatieve feiten.<sup>56</sup> Zelfs in kort geding kon aan het voorliggende geschil eenzelfde afloop toegekend worden met eerbiediging van de bestaande bewijslastregeling, i.h.b. door toepassing van de algemene verplichting van de procespartijen tot samenwerking aan de bewijsgaring. Vandaar ook dat terecht wordt bekritiseerd dat het criterium van de bewijsgeschiktheid wordt aangewend om de bestaande bewijslastregeling te verantwoorden.<sup>57</sup> De verwijzing naar dat criterium wekt

50. Cass. 20 maart 1947, *Arr.Cass.* 1947, 91; Cass. 27 februari 1958, *Arr.Cass.* 1958, 460 en *RCJB* 1959, 42, noot J. KIRKPATRICK; Cass. 6 april 1962, *Pas.* 1962, I, 880; Cass. 5 januari 1995, *Arr.Cass.* 1995, 19; Cass. 16 december 2004, *RW* 2004-05, 1553, noot H. NYS en *T.Gez.* 2004-05, 298, noot S. LIERMAN.

51. D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 597, nr. 14; B. SAMYN, *o.c.*, 105, nr. 91; B. CATTOIR, *o.c.*, 58, nr. 102 en 77, nr. 134.

52. Cass. 13 december 2007, *NJW* 2008, 307; Cass. 26 november 2010, *Pas.* 2010, 3022; Cass. 18 november 2011, *TBH* 2012, 313.

53. EHRM 11 januari 2005, *Blücher v. Tsjechoslowakije*, §§ 62-63.

54. D. MOUGENOT, *La Preuve*, Brussel, Larcier, 2012, 103, nr. 23; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 56, nr. 96.

55. Zie hierboven onder A.II.

56. Zie de verwijzingen in de voetnoten 12 en 13.

57. B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – (deel 1)”, *P&B* 2010, 17, nr. 39.

onterecht de schijn dat die regeling op grond daarvan uitzonderingen toelaat, i.h.b. t.a.v. negatieve feiten.

#### § 4. *Verplichting tot ambtshalve aanvulling van de bewijsregels?*

**15.** Bewijzen is traditioneel een partijwerkzaamheid, terwijl de taak van de rechter beperkt blijft tot bewijswaardering. Onder invloed van de (cassatie)rechtspraak en van de rechtsleer<sup>58</sup> werd op bewijsrechtelijk vlak in het Gerechtelijk Wetboek aan de rechter een meer actieve rol toebedeeld. Sinds 1967 beschikt de rechter over de mogelijkheid om de partijen, en in bepaalde gevallen zelfs derden, tot medewerking aan de bewijsvoering te verplichten, en om, in principe zelfs ambtshalve, allerlei onderzoeksmaatregelen<sup>59</sup> te bevelen. Impliceert die evolutie naar een meer actieve rechter dat het beginsel van de lijdelijke rechter op bewijsrechtelijk vlak heeft opgehouden te bestaan, dit ook buiten de grenzen van de artikelen 871 t.e.m. 1016bis Ger.W.? Geldt meer i.h.b. het algemeen rechtsbeginsel van de verplichting van de rechter tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden<sup>60</sup> ook op bewijsrechtelijk vlak?

**16.** Die problematiek vormt het voorwerp van het cassatiearrest van 11 september 2008.<sup>61</sup> In een geschil tussen een bouwheer en een aannemer waren de partijen het erover eens dat de tussen hen gesloten aannemingsovereenkomst nietig was en dat er bijgevolg aanleiding bestond tot teruggave van hetgeen door de partijen in uitvoering van de nietige overeenkomst reeds was gepresteerd. Tussen de partijen bestond evenwel betwisting over het bedrag van de door de bouwheer betaalde voorschotten.

Tot bewijs van zijn bewering dat voorschotten ten bedrage van 1 800 000 (oude) BEF waren betaald, verwees de bouwheer naar het feit dat de aannemer in zijn inleidende dagvaarding en latere conclusies (gerechtelijk) zou hebben bekend een dergelijk bedrag te hebben ontvangen. Bij het bestreden arrest volgde het hof van beroep de aannemer die voorhield dat hier geen sprake was van een (gerechtelijke) bekentenis, omdat de bekentenis moet uitgaan van de partij tegen wie zij wordt aangevoerd of van haar bijzondere gevolmachtigde (art. 1356, eerste lid BW), terwijl dat hier niet het geval was, omdat de beweerdte bekentenis ter zake enkel was uitgegaan van de raadsman van de aannemer die daartoe evenwel niet beschikte over de vereiste bijzondere volmacht (zie de art. 440 en 850 Ger.W.). Tegen dit arrest tekende

58. De rechtspraak en de rechtsleer verwijzen in dat verband naar de beginselen van de procesloyauteit en van de proceseconomie, die gebaseerd zijn op het beginsel van de goede trouw (B. ALLEMEERSCH, *o.c.*, 345, nr. 29).

59. Schriftonderzoek, valsheidprocedure, getuigenverhoor, overlegging van schriftelijke verklaringen van derden, deskundigenonderzoek, verhoor van partijen, plaatsopneming ...

60. O.a. Cass. 14 april 2005, *Arr.Cass.* 2005, 868, concl. P. DE KOSTER; Cass. 31 oktober 2013, *T.Pol.* 2014, 44, concl. A. VAN INGELGEM en *T.Verz.* 2014, 60, noot J. MUYLDERMANS en noot H. ULRICHTS; Cass. 23 januari 2014, AR C.12.0467.N, [www.cass.be](http://www.cass.be); Cass. 30 januari 2014, AR C.12.0305.N, [www.cass.be](http://www.cass.be).

61. Cass. 11 september 2008, *Pas.* 2008, 1902.

de bouwheer cassatieberoep aan. Na te hebben benadrukt dat er voor de feitenrechter geen betwisting over bestond dat de aannemer de hoedanigheid van koopman had, argumenteerde de bouwheer meer bepaald dat:

- het hof van beroep bijgevolg moest nagaan, enerzijds, of de door de bouwheer als bewijs van de betwiste betaling aangevoerde feiten, ook al vormden ze geen gerechtelijke bekentenis zoals de bouwheer aanvoerde, niettemin het bewijs als feitelijke vermoedens konden leveren van de beweerde betaling, en, anderzijds, of een dergelijk bewijs niet kon worden toegelaten tegen de aannemer, gelet op diens vaststaande hoedanigheid van koopman;
- door die toetsing niet uit te voeren, het arrest de rol van de rechter miskent, doordat het nalaat, aangezien het hier gaat om feiten die door een partij i.h.b. worden aangevoerd tot staving van haar vordering, de rechtsregel in aanmerking te nemen waarvan die feiten de toepassing gebieden (schending van de art. 5, 774, 870 en 1138, 3° Ger.W. en miskening van het algemeen rechtsbeginsel krachtens hetwelk de rechter gehouden is om, mits hij het recht van verdediging eerbiedigt, de rechtssnorm te bepalen die van toepassing is op de bij hem ingestelde rechtsvordering en ze daarop toe te passen, waarvan toepassing in art. 774 Ger.W.);
- bijgevolg het arrest de regels van de bewijslevering en i.h.b. van het bewijs door feitelijke vermoedens miskent (schending van de art. 1315, 1349 en 1353 BW, 870 Ger.W. en 25 W.Kh.).

Het Hof van Cassatie verwierpt het cassatieberoep van de bouwheer. Volgens het Hof moest het arrest, dat de betwisting tussen de partijen over het bewijs van de betaling van het litigieuze voorschot beslecht door op de door de bouwheer aangevoerde gerechtelijke bekentenis de rechtsregels toe te passen waaronder dat bewijsmiddel valt, niet nagaan of een ander bewijsmiddel dat de bouwheer niet had gehanteerd, het door hem aangevoerde feit zou bewijzen.

**17.** Het cassatiearrest van 11 september 2008 leert dat op de procespartij die de bewijslast draagt, de verplichting rust de aangewende bewijsmiddelen te kwalificeren, d.w.z. aan te duiden a.d.h.v. welk toegelaten bewijsmiddel zij het aangevoerde, maar betwiste feit meent te kunnen aantonen. De rechter heeft dus niet tot taak de door de partijen gehanteerde bewijsmiddelen te (her)kwalificeren. De cassatierechtspraak inzake de verplichting van de rechter tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden, is vreemd aan deze bewijskwestie.

Daarmee volgt het cassatiearrest van 11 september 2008 de lijn van de oudere cassatierechtspraak waarin reeds werd geoordeeld dat wettig wordt beslist dat de verweerder die zich laat meeslepen in een betwisting omtrent afgelegde getuigenverklaringen en feitelijke vermoedens zonder de bescherming in te roepen van de bewijsregel die het getuigenbewijs en het bewijs door feitelijke vermoedens in dat geval niet toelaat, geacht wordt (stilzwijgend) afstand te hebben gedaan van de toepassing van die

regel en vervolgens de beslissing wettig wordt gegrond op die getuigenverklaringen en feitelijke vermoedens.<sup>62</sup> De bewijsregels zijn niet van openbare orde, noch van dwingend recht<sup>63</sup>, zodat de partijen in de loop van het geding afstand kunnen doen van de toepassing van die regels. Aangenomen wordt dat de partij die nalaat de bescherming in te roepen van de op een geschil toepasselijke bewijsregel, geacht wordt daarvan stilzwijgend afstand te hebben gedaan. Ook het inroepen van de bescherming van een op het geschil toepasselijke bewijsregel is immers een partijwerkzaamheid en behoort dus niet tot de taak van de rechter.

Die cassatierechtspraak strookt met het uitgangspunt dat op bewijsrechtelijk vlak de lijdelijkheid van de rechter de regel is. Enkel binnen de strikte grenzen van de artikelen 871 tot 1016*bis* Ger.W. (die enkel de bewijsgaring betreffen) mag de rechter actief tussenkomen. Daarbuiten moet de rechter passief blijven, op gevaar af anders het beschikkingsbeginsel te miskennen.<sup>64</sup> Vandaar dat de (feiten)rechter niet ambtshalve de toepassing mag opwerpen van een bewijsregel<sup>65</sup> en de schending van een dergelijke regel (als nieuw middel) ook niet (op ontvankelijke wijze) voor het eerst voor het Hof van Cassatie kan worden ingeroepen.<sup>66</sup>

**18.** Het belang voor de rechtspraktijk van deze cassatierechtspraak kan niet afdoende worden benadrukt. Wie enigszins vertrouwd is met het burgerlijk contentieux, weet dat een groot gedeelte van de geschillen zijn oplossing vindt via toepassing van het bewijsrecht. In schril contract daarmee staat de vaststelling dat in conclusies door de procespartijen veelal geen of weinig aandacht wordt besteed aan de bewijsproblematiek in het algemeen en i.h.b. aan de verplichting tot kwalificatie van de aangewende bewijsmiddelen en (zij het in mindere mate) aan het inroepen van de bescherming van een op het geschil toepasselijke bewijsregel. Onnodig te zeggen dat die houding de deur wijd openlaat voor gevallen van aansprakelijkheid van de advocaat.

---

62. Cass. 27 juni 1963, *Pas.* 1963, I, 1131: in dit geval had de eerste rechter aan de huurder het getuigenverhoor toegestaan van de mondelinge huurovereenkomst waarvan hij de uitvoering vorderde en had de verhuurder, die de vordering van de huurder betwistte, voor de eerste rechter ten gronde geconcludeerd op basis van de afgelegde getuigenverklaringen en feitelijke vermoedens zonder de bescherming in te roepen van de art. 1341 en 1715 BW; de appelrechters hadden daaruit afgeleid dat de verhuurder geldig afstand had gedaan van de toepassing van de voormelde wetsbepalingen die niet van openbare orde zijn en hun uitspraak vervolgens gegrond op die getuigenverklaringen en feitelijke vermoedens. Zie ook Luik 10 februari 2011, *JLMB* 2012, 239.

63. O.a. Cass. 30 januari 1947, *Arr.Cass.* 1947, 22; Cass. 30 september 1948, *Arr.Cass.* 1948, 449.

64. N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, 20, nr. 34.

65. D. MOUGENOT, *o.c.*, 75, nr. 10.

66. O.a. Cass. 31 oktober 1997, *Arr.Cass.* 1997, 1061; Cass. 22 februari 2010, *Pas.* 529, concl. J. LECLERCQ.

## AFDELING 2. DE TOEGELATEN BEWIJSMIDDELEN

**19.** In burgerlijke zaken kan in principe slechts worden bewezen door aanwending van een beperkt aantal toegelaten bewijsmiddelen. In volgorde van niveau van bewijskracht dat hen kenmerkt, gaat het om<sup>67</sup>:

- de bekentenis en de gedingbeslissende eed (die afdoende bewijskracht hebben);
- de wettelijke vermoedens, de akten en de met onderhandse akten gelijkgestelde geschriften (die een bepaalde bewijskracht hebben); en
- het getuigenbewijs, de feitelijke vermoedens en de andere geschriften (die geen bewijskracht hebben, doch enkel bewijswaarde).

Gedurende het voorbije decennium kreeg het Hof van Cassatie te oordelen over onderscheiden aspecten van die toegelaten bewijsmiddelen: de vereiste van intentionaliteit van de bekentenis (§ 1), de bewijskracht van vaststellingen van een gerechtsdeskundige (§ 2), de bewijskracht van vaststellingen door een gerechtsdeurwaarder (§ 3), de bewijskracht van de akte en uitlegging (§ 4), het niet-betwisten door de verwerende partij als feitelijk vermoeden (§ 5) en de opeenstapeling van feitelijke vermoedens (§ 6).

### § 1. *De vereiste van intentionaliteit van de bekentenis*

**20.** Volgens het Hof van Cassatie is de bekentenis een eenzijdige daad waaruit een bewijs kan worden gehaald en die moet uitgaan van de partij tegen wie ze wordt aangevoerd.<sup>68</sup> Vraag is of de bekentenis ook moet bestemd zijn om voor de tegenpartij als bewijs te dienen. Anders gezegd, moet de partij tegen wie inzake een betwist feit een bekentenis wordt aangevoerd, daarmee ook de bedoeling hebben gehad zijn tegenpartij een bewijs te verschaffen omtrent dat feit, of volstaat integendeel dat zijn daad, ongeacht de bedoeling daarvan, van aard is de tegenpartij dienaangaande een bewijs te verschaffen. Die vraag was gedurende het voorbije decennium aan de orde in drie onderscheiden cassatiearresten.

**21.** Na de verkoop van een onroerend goed, ontstaat tussen de verkoper en de koper betwisting over de vraag of een bepaald perceel al dan niet in de verkoopovereenkomst begrepen is. De koper argumenteert dat zulks het geval is, terwijl de verkoper het tegendeel staande houdt, waarbij niemand betwist dat in de akte niet vermeld wordt dat het betwiste perceel begrepen is in de verkoop. Bij arrest van 20 november 2006 oordeelt het hof van beroep te Antwerpen<sup>69</sup> dat de verkoop van het litigieuze perceel bewezen is door een (buitengerechtelijke) bekentenis van de verkoper. Het hof

67. Zie daarover B. CATTOIR, *o.c.*, 149-159, nrs. 279-299.

68. Cass. 7 februari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 184; Cass. 20 november 2007, *TBBR* 2008, 452, noot L. VAN VALCKENBORGH.

69. Antwerpen 20 november 2006, *P&B* 2007, 290, noot D. MOUGENOT.

leidt het bestaan van die bekentenis af uit het feit dat, enkele jaren na de verkoop, door de verkoper m.b.t. de aan hem aangerekende onroerende voorheffing voor het litigieuze perceel, bij de Belastingdienst voor Vlaanderen een bezwaarschrift was ingediend waarin meer bepaald wordt gewezen op het feit dat het betrokken perceel reeds jarenlang toebehoort aan de koper. In zijn cassatieberoep tegen dat arrest voert de verkoper o.m. de schending aan van de artikelen 1354 en 1355 BW en laat hij dienaangaande o.m. gelden dat voor een (buitengerechtelijke) bekentenis vereist is dat de auteur van de bekentenis de wil heeft om over een ontstane en actuele betwisting een verklaring af te leggen. In zijn arrest van 20 december 2007<sup>70</sup> verwerpt het Hof van Cassatie dat cassatieberoep. Daarbij overweegt het Hof o.m. dat de (buitengerechtelijke) bekentenis “niet (moet) bestemd zijn om voor de tegenpartij als bewijs te dienen”.

Een tweede geschil betreft het ontslag wegens dringende reden van een werkneemster (art. 35 Arbeidsovereenkomstenwet). Tot bewijs van het bestaan van de feiten die de dringende reden vormen die aan dat ontslag ten grondslag ligt, wendt de werkgever hoofdzakelijk een proces-verbaal van vaststelling aan waarin door een gerechtsdeurwaarder de verklaringen worden vastgesteld die de werknemer heeft afgelegd in antwoord op vragen die haar door de werkgever zijn gesteld. De werknemer betwist de bewijskracht van dat proces-verbaal. Bij arrest van 11 juni 2008 weert het arbeidshof te Bergen het door de werkgever aangewende proces-verbaal van vaststelling uit het debat, omdat de werkneemster niet vooraf in kennis werd gesteld van het onderwerp van haar verhoor en van het doel dat haar werkgever hiermee beoogde, en de verklaringen van de werkneemster bijgevolg niet de waarde hebben van een buitengerechtelijke bekentenis. Bij arrest van 25 september 2009<sup>71</sup> vernietigt het Hof van Cassatie het bestreden arrest. Volgens het Hof schendt het arrest de artikelen 1354 en 1355 BW door te beslissen het proces-verbaal van vaststelling uit het debat te weren omdat de daarin opgenomen verklaringen niet de waarde hebben van een buitengerechtelijke bekentenis, op grond dat ze niet zijn afgelegd met het oogmerk om voor de andere partij als bewijs te dienen. De buitengerechtelijke bekentenis in de zin van de voormelde wetsbepalingen “impliceert niet dat ze door de tegenpartij als bewijs gebruikt moet kunnen worden”.

In de derde zaak wordt aan een man wiens echtgenote vastgoedmakelaar is, verweten dat hij, zonder de vereiste inschrijving daartoe, gewoonlijk handelingen stelt die kenmerkend zijn voor het beroep van vastgoedmakelaar. Tot bewijs van dat betwiste feit wendt het Instituut voor Vastgoedmakelaars o.a. een proces-verbaal van vaststelling van een gerechtsdeurwaarder aan. Bij arrest van 2 maart 2010 van het hof van beroep te Bergen<sup>72</sup> wordt de vordering tot staking van het Instituut voor

70. Cass. 20 november 2007, *TBBR* 2008, 452, noot L. VAN VALCKENBORGH.

71. Cass. 25 september 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1379.

72. Bergen 2 maart 2010, *JT* 2010, 296, noot D. MOUGENOT.



Vastgoedmakelaars ongegrond verklaard. Die beslissing wordt o.m. verantwoord onder verwijzing naar het feit dat de vaststelling door een gerechtsdeurwaarder van de antwoorden van de man op vragen hem gesteld door een afgevaardigde van het Instituut, geen buitengerechtelijke bekentenis, maar slechts een gewoon vermoeden kunnen opleveren. Dit omdat de vaststelling niet de exacte inhoud van de aan de gerechtsdeurwaarder toevertrouwde opdracht weergeeft en evenmin vermeldt wat laatstgenoemde hiervan aan de man heeft meegedeeld toen hij hem zijn hoedanigheid heeft bekendgemaakt, zodat niet kan worden aangenomen dat de man met volle kennis van zaken zou hebben erkend dat hij de gewoonte had de door zijn partner te koop gestelde panden te doen bezichtigen. Het Hof van Cassatie vernietigt het arrest van 2 maart 2010. In zijn arrest van 23 januari 2012<sup>73</sup> overweegt het Hof dat het bestreden arrest in feite oordeelt dat de bekentenis vereist dat de persoon die ze aflegt, weet dat zijn verklaringen tegen hem als bewijs kunnen worden gebruikt, en zodoende de artikelen 1354 en 1355 BW schendt, omdat de buitengerechtelijke bekentenis “(niet) impliceert ... dat ze is bestemd om als bewijs te dienen voor de tegenpartij”.

**22.** In zijn arresten van 20 december 2007, 25 mei 2009 en 23 januari 2012 bevestigt het Hof van Cassatie nadrukkelijk dat de intentionaliteitsvereiste niet geldt voor de bekentenis. De bekentenis vereist niet dat zij bestemd zou zijn om voor de tegenpartij als bewijs te dienen. De bedoeling om de tegenpartij een bewijs te verschaffen omtrent een betwist feit, moet dus niet aanwezig zijn bij degene tegen wie de betekenis wordt aangevoerd.

**23.** De besproken arresten vormen een werkelijke ommezwaai in de cassatierecht-spraak. Met die arresten komt het Hof van Cassatie terug op zijn tot dan bestaande, constante rechtspraak<sup>74</sup> waarbij vereist werd dat de bekentenis intentioneel was<sup>75</sup>, rechtspraak die een ruime aanhang had in de rechtspraak van de feitenrechters<sup>76</sup>, alsook in de rechtsleer.<sup>77</sup>

Die ommezwaai in de cassatierechtspraak is logisch verantwoord. De intentionaliteitsvereiste is immers onverenigbaar met twee fundamentele rechtsregels die de bekentenis beheersen<sup>78</sup>, meer bepaald:

73. Cass. 23 januari 2012, *RW* 2013-14, 1099, noot.

74. O.a. Cass. 6 juli 1950, *Arr.Cass.* 1950, 712; Cass. 23 april 1971, *Arr.Cass.* 1971, 729; Cass. 2 mei 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1101 (waarbij, op dit punt, het kopje boven het arrest niet overeenstemt met de inhoud van het arrest).

75. Rechtspraak die was ingegeven door redenen van rechtszekerheid, meer bepaald door de zorg om te vermijden dat iemand bij verrassing zou worden gepakt op grond van verklaringen door hem afgelegd op een onbewaakt ogenblik (N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, 324, nr. 730-5).

76. Bergen 24 maart 1987, *JT* 1987, 522; Arbh. Antwerpen, afd. Antwerpen 4 september 2003, *RABG* 2004, 891, noot D. VAN STRIJTHEM; Rb. Brugge 7 oktober 1985, *TBBR* 1986, 121; *anders*: Bergen 14 november 1990, *Verkeersrecht* 1992, 77; Luik 18 december 1996, *JLMB* 1997, 394; Brussel 9 juni 1998, *JT* 1999, 137.

77. H. DE PAGE, *o.c.*, 1070, nr. 1009.B; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *o.c.*, 688; L. CORNELIS, *o.c.*, 234, nr. 196; *anders*: P. VAN OMMESLAGHE, “Les obligations. Examen de jurisprudence (1968-1973)”, *RCJB* 1975, 730 *et seq.*, nr. 136.

78. P. VAN OMMESLAGHE, “Les obligations. Examen de jurisprudence (1968-1973)”, *RCJB* 1975, 730 *et seq.*, nr. 36; N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, 321 *et seq.*, nr. 728 *et seq.*; B. CATTOIR en A. COLPAERT, “De bewijsrechtelijke

- de regel van de onherroepelijkheid van de bekentenis i.g.v. dwaling omtrent het recht (art. 1356, laatste lid BW): wanneer de bekentenis haar vrijwillig karakter behoudt, ook wanneer de auteur zich niet bewust is van de juridische gevolgen ervan, doet ook de wil om de tegenpartij een bewijs te verschaffen niet ter zake;
- de regel dat een (buitengerechtigde) bekentenis stilzwijgend kan worden afgelegd en meer bepaald kan blijken uit de handelwijze van een partij, inzonderheid uit de uitvoering van een door haar betwiste overeenkomst of verbintenis (art. 1325, vierde lid BW; art. 1715 BW): de partij die een overeenkomst of verbintenis uitvoert, heeft in werkelijkheid niet de bedoeling aan de tegenpartij een bewijs te verschaffen in het raam van een latere betwisting.

Het praktisch belang van die ommezwaai in de cassatierechtspraak kan niet voldoende worden benadrukt, zeker niet in burgerlijke zaken. De (gerechtelijke of buitengerechtigde) bekentenis is een zeer belangrijk bewijsmiddel, omdat enerzijds de bekentenis in principe toegelaten is in alle materies<sup>79</sup> en anderzijds aan de bekentenis krachtens de wet zelf in de regel afdoende bewijskracht kleeft<sup>80</sup>, d.w.z. dat voor de partijen geen tegenbewijs mogelijk is en dat de rechter de bewijswaarde ervan niet mag waarden, zodat de bewijsvoering daarmee beëindigd is.<sup>81</sup> Ingevolge de nieuwe cassatierechtspraak is het toepassingsgebied van de (vooral buitengerechtigde) bekentenis aanzienlijk verruimd. Voortaan maakt elke handeling waardoor een partij de juistheid bevestigt van een tegen haar aangevoerd feit en die als bewijs tegen haar mag worden gebruikt, een bekentenis en dus een afdoende bewijs uit, dit ongeacht of de handeling al dan niet werd gesteld met de bedoeling aan de tegenpartij een bewijs te verschaffen.<sup>82</sup> Dat geldt alleen maar des te meer omdat de bekentenis als eenzijdige daad waaraan de wet rechtsgevolgen inzake bewijs toekent, te bestempelen is als een rechtsfeit<sup>83</sup> waarvan het bestaan in principe kan worden bewezen door alle middelen

→ betekenis van de uitvoering van de overeenkomst in burgerlijke zaken”, *RW* 2009-10, 949; D. MOUGENOT, *o.c.*, 353, nr. 265.

79. B. CATTOIR, *o.c.*, 190 *et seq.*, nr. 350 *et seq.*

80. Het voorhanden zijn van andersluidende bewijsmiddelen, ook en zelfs een authentieke akte (behalve de authentieke vermeldingen daarvan) of een (zelfs onweerlegbaar) wettelijk vermoeden, doet in principe niets ter zake, terwijl de bekentenis ook kan worden ingeroepen in de plaats van een schriftelijk bewijs en tegen en boven de inhoud van een akte, zelfs in de gevallen waarin art. 1341 BW het bewijs door een akte oplegt (P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, 2423, nr. 1796).

81. B. CATTOIR, *o.c.*, 196 *et seq.*, nr. 361 *et seq.* De wetgever gaat er immers vanuit dat, wanneer iemand een feit erkent, ofschoon hij er belang bij heeft dat feit te ontkennen (omdat het voor hem nadelige gevolgen heeft), dit feit met grote waarschijnlijkheid aan de werkelijkheid beantwoordt.

82. Dit heeft bv. tot gevolg dat een procespartij zich niet meer met succes zal kunnen verschuilen achter de traditionele stijlformule “*onder voorbehoud van alle recht en zonder enige nadelige erkenning of bekentenis*” om aan in conclusies afgelegde verklaringen het karakter van een bekentenis te ontzeggen (B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis – Gerechtelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2010, 65, nr. 49).

83. Onder de gelding van de oude cassatierechtspraak werd de bekentenis (die bedoeld moest zijn om de tegenpartij een bewijs te verschaffen omtrent een betwist feit) logischerwijs gekwalificeerd als een eenzijdige rechtshandeling, waarvan het bewijs onderworpen is aan art. 1341 BW (D. MOUGENOT, *o.c.*, 355, nr. 265-2; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, 2429, nr. 1799; R. DEKKERS, A. VERBEKE, N. CARETTE en K. VANHOVE, *Handboek Burgerlijk Recht*, Deel III, *Verbintenissen – Bewijsleer – Gebruikelijke contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 446, nr. 781; L. CORNELIS, *o.c.*, 234, nr. 196).

van recht, getuigen en feitelijke vermoedens inbegrepen.<sup>84</sup> In burgerlijke zaken, die inzake rechtshandelingen beheerst worden door artikel 1341 BW<sup>85</sup>, zijn de bewijsmogelijkheden daardoor aanzienlijk verruimd.<sup>86</sup> Ter illustratie daarvan kan hier bv. worden gewezen op de bewijskracht verbonden aan de aangifte van nalatenschap.<sup>87</sup>

## § 2. De bewijskracht van vaststellingen door een gerechtsdeskundige

**24.** Krachtens artikel 962, eerste lid Ger.W. kan de rechter, ter oplossing van een voor hem gebracht geschil of ingeval een geschil werkelijk en dadelijk dreigt te ontstaan, deskundigen gelasten vaststellingen te doen of een technisch advies te geven. Het vierde lid van dezelfde wetsbepaling voegt daaraan toe dat de rechter niet verplicht is het technisch advies van de deskundigen te volgen, indien het strijdig is met zijn overtuiging. Blijft de vraag welke de bewijskracht/bewijswaarde is van de (feitelijke) vaststellingen<sup>88</sup> die door de gerechtsdeskundige worden gedaan.

**25.** Tot drie keer toe werd die vraag gedurende het voorbije decennium ter beoordeling voorgelegd aan het Hof van Cassatie.

In een bestreden vonnis wordt voor recht gezegd dat de scheidingslijn tussen twee eigendommen getrokken moet worden zoals aangegeven door de aangestelde gerechtsdeskundige, dit op grond van de overweging dat, op gevaar af de bewijskracht van de akten te miskennen, het onmogelijk is de vaststellingen van de deskundige te

84. B. CATTOIR en A. COLPAERT, "De bewijsrechtelijke betekenis van de uitvoering van de overeenkomst in burgerlijke zaken", *RW* 2009-10, 951-952; L. VAN VALCKENBORGH, "De doorbraak van de 'ongewilde bekentenis' als geldige buitengerechtelijke bekentenis", *TBBR* 2008, 458, nr. 16.

85. Vereiste van een akte en verbod van bewijs door getuigen en feitelijke vermoedens in zaken boven 375,00 EUR.

86. B. CATTOIR, *o.c.*, 167, nr. 312; L. VAN VALCKENBORGH, "De doorbraak van de 'ongewilde bekentenis' als geldige buitengerechtelijke bekentenis", *TBBR* 2008, 461, nr. 22; B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2010, 64-65, nr. 49; B. VANLEBERGHE, "Het bewijs in burgerlijke en handelszaken" in *Studieavonden 2010-11 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 24, nr. 34.

87. Antwerpen 28 april 2008, *RW* 2009-10, 965, noot A. VAN OEVELEN en R. VINCKX. In dezelfde zin Rb. Namen 10 februari 2011, *Rec.gén.enr.not.* 2011, 231, noot M. PETIT. Vgl. met Luik 2 juni 2006, *RNB* 2007, 266, waarin inzake een aangifte van nalatenschap nog toepassing wordt gemaakt van de oude cassatierechtspraak om te besluiten tot afwezigheid van de wil om te bekennen en bijgevolg van een buitengerechtelijke bekentenis. Voor andere toepassingsgevallen, zie L. VAN VALCKENBORGH, "De doorbraak van de 'ongewilde bekentenis' als geldige buitengerechtelijke bekentenis", *TBBR* 2008, 454; B. CATTOIR en A. COLPAERT, "De bewijsrechtelijke betekenis van de uitvoering van de overeenkomst in burgerlijke zaken", *RW* 2009-10, 946; B. VAN DEN BERGH, "De boekhouding op de weegschaal van Vrouwe Justitia: een 'balans'" (noot onder Cass. 3 december 2007), *TBBR* 2010, 30; D. MOUGENOT, "Détective privé et vie privée: un couple difficile à accorder" (noot onder Bergen 2 maart 2010), *JT* 2010, 298. Zie ook Vred. Zomergem 3 juni 2011, *RW* 2011-12, 1656.

88. Onder feitelijke vaststellingen moet hier worden verstaan, zowel vaststellingen i.v.m. het verloop van het deskundigenonderzoek (bv. de data van de plaatsbezoeken of het feit van de raadpleging van een technisch raadgever), als technische vaststellingen die verband houden met het voorwerp van de opdracht van de deskundige (bv. de beschadigingen aan een voertuig).

verwerpen volgens welke de partijen het bij de installatievergadering daarover eens zijn geworden. Het standpunt van een van de procespartijen dat de ligging waarmee zij hun instemming hadden betuigd tijdens het deskundigenonderzoek, niet die is welk uiteindelijk door de gerechtsdeskundige in zijn verslag in aanmerking is genomen (omdat er op een bepaald punt twee palen stonden, zoals bleek uit de overgelegde foto's, en de paal die door de deskundige werd in aanmerking genomen, niet die is dewelke door de partijen was aangeduid), wordt door de appelrechters terzijde geschoven onder de enkele verwijzing naar de vaststellingen van de deskundige betreffende de overeenkomst tussen de partijen waarvan hij gewag maakt. In zijn arrest van 7 mei 2009<sup>89</sup> vernietigt het Hof van Cassatie (eerste burgerlijke kamer) het bestreden vonnis wegens schending van artikel 962 Ger.W. omdat de rechter in feite de bewijswaarde moet beoordelen van de vaststellingen van de deskundigen en de gegrondheid van de grieven van een van de partijen daartegen.

Twee jaar later volgt bevestiging van die cassatierechtspraak. Bij het bestreden vonnis werd geoordeeld dat een procespartij niet kan aanvoeren dat het verslag van de aangestelde gerechtsdeskundige allerhande foute vaststellingen bevat en dat de rechter gebonden is door de juistheid van de technische vaststellingen van de deskundige, dit alles omdat de authentieke kracht van het deskundigenverslag niet anders toelaat. Bij zijn arrest van 21 januari 2011<sup>90</sup> vernietigt het Hof van Cassatie (eerste burgerlijke kamer) het bestreden vonnis wegens schending van artikel 962 Ger.W. Het Hof overweegt daarbij dat er geen enkele wettelijke bepaling is die oplegt dat een deskundigenverslag authentieke bewijskracht heeft, derwijze dat de rechter de juistheid van de technische vaststellingen van de deskundige niet meer zou kunnen beoordelen.

Kort daarop komt dezelfde problematiek opnieuw aan de orde in het raam van een procedure van afhandeling van de burgerlijke belangen voor de strafrechter. Bij het bestreden arrest had het hof van beroep de vordering tot schadeloosstelling van het slachtoffer slechts gedeeltelijk gegrond verklaard, na de vaststellingen van de aangestelde gerechtsdeskundige (i.v.m. het bestaan van materiële schade en van mathematische elementen ter berekening van de vergoeding voor morele schade) terzijde te hebben geschoven. In zijn cassatieberoep argumenteert het slachtoffer dat het bestreden arrest, door de vaststellingen van de deskundige in twijfel te trekken, de authentieke bewijswaarde ervan miskent. In zijn arrest van 22 oktober 2013<sup>91</sup> overweegt het Hof (tweede strafkamer) dat de door een deskundige gedane vaststellingen, dit zijn de precieze door hem in het raam van zijn opdracht persoonlijk vastgestelde feiten, een authentieke bewijswaarde hebben, die enkel door de instelling van de valsheidsprocedure kan worden ontkracht, en dat het uit deze vaststellingen door de deskundige afgeleide advies daarentegen geen bijzondere bewijswaarde heeft, maar vrijelijk door de rechter wordt beoordeeld.

89. Cass. 7 mei 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1196.

90. Cass. 21 januari 2011, *TBO* 2011, 163.

91. Cass. 22 oktober 2013, [www.cass.be](http://www.cass.be).

26. Het behoeft geen betoog dat de cassatiearresten van 7 mei 2009 en 21 januari 2011 enerzijds en het arrest van 22 oktober 2013 anderzijds onderling tegenstrijdig zijn. Terwijl de eerste twee cassatiearresten bevestigen dat feitelijke vaststellingen door een gerechtsdeskundige slechts de bewijswaarde hebben van een feitelijk vermoeden, wordt in het laatste cassatiearrest wel integendeel geoordeeld dat die vaststellingen authentieke bewijskracht hebben. De rechtszekerheid gebiedt dat de onduidelijke toestand die het gevolg is van deze onverenigbare cassatierechtspraak, spoedig wordt opgehelderd.<sup>92</sup> De vraag is in welke richting daarbij moet worden uitgegaan.

Bij artikel 1317, eerste lid BW wordt bepaald dat een authentieke akte een akte is die in de wettelijke vorm is verleden voor ambtenaren die daartoe bevoegd zijn ter plaatse waar zij is opgemaakt. Opdat sprake zou zijn van een authentieke akte moeten derhalve twee bijzondere vormvereisten zijn vervuld: enerzijds moet de akte opgesteld zijn door of voor een bevoegde openbaar ambtenaar (1) en anderzijds moet ze opgesteld zijn in de wettelijke vormen (2). Niet alle vermeldingen in een authentieke akte genieten evenwel authentieke bewijskracht. Alleen voor authentieke vermeldingen is dit het geval. Krachtens een vaststaande cassatierechtspraak moet onder authentieke vermeldingen worden verstaan, vermeldingen van gegevens waarvan de openbaar ambtenaar, binnen de perken van zijn ambt, de juistheid kan en moet nagaan.<sup>93</sup> Vermeldingen hebben derhalve slechts authentieke bewijskracht wanneer aan twee voorwaarden is voldaan: enerzijds moet de openbaar ambtenaar de verplichting hebben die vermeldingen op te nemen krachtens en binnen zijn wettelijke bevoegdheid (1) en anderzijds moeten die vermeldingen betrekking hebben op feiten die de openbaar ambtenaar persoonlijk heeft kunnen vaststellen.<sup>94</sup>

Daaruit volgt dat vermeldingen in ieder geval slechts authentieke bewijskracht kunnen hebben, indien de akte waarin ze zijn opgenomen, werd opgesteld door een openbaar ambtenaar. Bij gebrek aan aanwezigheid van een openbaar ambtenaar, kunnen onderhandse akten bijgevolg geen authentieke vermeldingen bevatten. Dergelijke vermeldingen komen enkel voor in authentieke akten die moeten opgesteld zijn door een openbaar ambtenaar. Opdat de vermeldingen van technische vaststellingen door een gerechtsdeskundige gedaan authentieke bewijskracht zouden kunnen genieten, is dus in eerste orde vereist dat de gerechtsdeskundige de hoedanigheid heeft van openbaar ambtenaar. In de rechtsleer wordt algemeen aanvaard dat gerechtsdeskundigen die hoedanigheid missen.<sup>95</sup> Gerechtsdeskundigen zijn inderdaad niet door de wet gelast

92. Waarbij te vermelden is dat op dit punt ook oudere cassatierechtspraak bestaat die ter zake evenwel al evenmin klaarheid biedt. Zie daarover N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, 214, nr. 449.

93. O.a. Cass. 10 september 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1772.

94. B. CATTOIR, *o.c.*, 335, nr. 609.

95. O.a. H. DE PAGE, *o.c.*, 773, nr. 754.A en 785, nr. 765bis; N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, 213, nr. 448; D. MOUGENOT, "Statut et fonction de l'expert", *Ius & Actores* 2007, 15, nr. 8; B. VANLERBERGHE, "De wet van 15 mei 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek en tot herstel van artikel 509quater van het Strafwetboek", *RW* 2007-08, 606, nr. 49; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, 2343, nr. 1723; B. SAMYN, *o.c.*, 241, nr. 257.

met de openbare taak akten op te stellen i.v.m. door hen gedane feitelijke vaststellingen. Krachtens artikel 962, eerste lid Ger.W. kunnen zij wel integendeel enkel door de rechter worden aangesteld om dergelijke vaststellingen te doen. Gerechtdeskundigen zijn bijgevolg slechts medewerkers van het gerecht.<sup>96</sup> Zij ontberen de hoedanigheid van openbaar ambtenaar, zodat zij ook geen authentieke akten kunnen opstellen en de vermeldingen van hun feitelijke vaststellingen geen authentieke bewijskracht kunnen genieten, doch slechts de bewijswaarde van een feitelijk vermoeden.<sup>97</sup>

Die bewijswaarde als feitelijk vermoeden behouden de feitelijke vaststellingen van de gerechtdeskundige, ook wanneer bv. sprake is van een deskundigenverslag dat werd opgesteld in strijd met artikelen 11, eerste lid en 962, eerste lid Ger.W. (met miskenning van het verbod tot overdracht van rechtsmacht)<sup>98</sup>, van een deskundigenverslag dat werd opgesteld n.a.v. een onderzoek dat t.a.v. een partij niet op tegenspraak werd gevoerd<sup>99</sup>, of nog, van een deskundigenverslag uit een andere procedure.<sup>100</sup> In al die gevallen is het de rechter evenwel niet toegelaten het technisch advies van de deskundige (de gevolgtrekking door de deskundige op feitelijk, meer bepaald technisch, vlak) over te nemen zonder daarbij een beroep te moeten doen op het bewijsmiddel van het feitelijk vermoeden.<sup>101</sup> De specifieke rechtsgevolgen verbonden aan een deskundigenverslag gelden dan niet meer.<sup>102</sup>

Waar de eerste burgerlijke kamer van het Hof van Cassatie in zijn arresten van 7 mei 2009 en 21 januari 2011 overweegt dat er geen enkele wettelijke bepaling is die

96. P. TAELEMAN, "Het deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken" in G. DE LEVAL en B. TILLEMANN (eds.), *Gerechdelijk deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingconsulent*, Brugge, die Keure, 2003, 108, nr. 95.

97. Brussel 8 november 1949, *JT* 1950, 160, noot J.G. RENAULD; Rb. Brussel 15 juni 2000, *RGAR* 2002, nr. 13593; P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toute matière*, Brussel, Bruylant, 1985, I, 159; N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, 214-216, nrs. 448-449; R. DEKKERS, A. VERBEKE, N. CARETTE en K. VANHOVE, *o.c.*, 392, nr. 688; B. VANLERBERGHE, "Actualia inzake de bewijsvoering, de overlegging van stukken en het deskundigenonderzoek" in CBR (ed.), *CBR Jaarboek 2006-07*, 498, nr. 73; T. TORREMANS, "Art. 962 Ger.W." in P. DEPUYDT *et al.* (eds.), *Gerechdelijk recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, Mechelen, Kluwer, 2012, 104, nr. 25; T. LYSSENS en L. NAUDTS, "(Gerechdelijk deskundigenonderzoek) Verslag" in D. DE BUYST *et al.* (eds.), *Bestendig Handboek Deskundigenonderzoek*, Mechelen, Kluwer, 2012, III.4-29, 10720; B. SAMYN, *o.c.*, 390, nr. 535; *anders* in de zin van authentieke bewijskracht alhoewel de gerechtdeskundige geen openbaar ambtenaar is: Arbh. Gent (afd. Brugge) 9 december 1993, *TBR* 1994, 19; Rb. Brussel 20 november 1979, *JT* 1980, 297; *Vred. Willebroek* 22 oktober 1982, *T.Vred.* 1984, 154; A. BERNARD en E. GUTT, "Examen de jurisprudence - 1953-1955", *RCJB* 1955, 153, nr. 17; A. CLOQUET, *Deskundigenonderzoek in zaken van privaat recht* in *APR*, Gent, Story-Scientia, 1975, 165, nr. 479; M.E. STORME, "De bewijswaarde van het proces-verbaal van vaststelling van materiële feiten door een gerechtdeskundige op verzoek van particulieren (art. 516 Ger.W.) en aanverwante vragen", *RW* 1994-95, 348, nr. 13.a; D. FREJLICH, "Deskundigenonderzoek" in E. BREWAEYS (ed.), *Bestendig Handboek Burgerlijk Procesrecht*, Antwerpen, Kluwer, VII.2, 59, nr. 25.680; P. TAELEMAN, "Het deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken" in G. DE LEVAL en B. TILLEMANN (eds.), *Gerechdelijk deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingconsulent*, Brugge, die Keure, 2003, 108, nr. 95, die voor dat standpunt steun meent te kunnen vinden in Cass. 22 december 1983, *Arr.Cass.* 1983-84, 473.

98. Cass. 6 maart 2014, *TBO* 2014, 203.

99. Cass. 5 februari 1971, *Arr.Cass.* 1971, 545.

100. Cass. 22 december 1983, *Arr.Cass.* 1983-84, 473.

101. B. VANLERBERGHE, "Actualia inzake de bewijsvoering, de overlegging van stukken en het deskundigenonderzoek" in CBR (ed.), *CBR Jaarboek 2006-07*, 498, nr. 73.

102. Cass. 22 december 1983, *Arr.Cass.* 1983-84, 473.

oplegt dat een deskundigenverslag authentieke bewijskracht heeft, moet dat standpunt dan ook worden bijgetreden. Feitelijke vaststellingen door een gerechtsdeskundige hebben slechts de bewijswaarde van een feitelijk vermoeden. Daarvan duidelijk te onderscheiden is de regel dat de rechter uiteraard de bewijskracht moet eerbiedigen van de akte waarin het deskundigenverslag is neergelegd.<sup>103</sup> Hij mag dat verslag bijgevolg niet uitleggen op een wijze die onverenigbaar is met de bewoordingen ervan.<sup>104</sup>

### § 3. De bewijskracht van vaststellingen door een gerechtsdeurwaarder

**27.** Een gelijkaardige vraag kan worden gesteld m.b.t. het optreden van een gerechtsdeurwaarder. Tot voor kort werd bij artikel 516, tweede lid (oud) Ger.W.<sup>105</sup> bepaald dat gerechtsdeurwaarders, zowel door rechters (wat zelden gebeurde), als door particulieren (wat regelmatig voorkwam), kunnen aangesteld worden om vaststellingen te doen van zuiver materiële feiten, zonder enig advies uit te brengen m.b.t. de gevolgen in feite of in rechte die daaruit zouden kunnen voortvloeien, en dat zij ook de vaststellingen doen die tot de wettelijke uitoefening van hun ambt behoren. Dikwijls werd aldus een gerechtsdeurwaarder ingeschakeld om een proces-verbaal van vaststelling op te stellen i.v.m. situaties die vlug evolueren en in verband waarmee derhalve slechts kortstondig vaststellingen mogelijk zijn. Welke is de bewijskracht/bewijswaarde van dergelijke door een gerechtsdeurwaarder gedane vaststellingen? Gaat het om authentieke vermeldingen dan wel alleen om feitelijke vermoedens? De wetgever gaf daarentrent geen uitsluitsel.

**28.** In een strafzaak werd de beklaagde bij arrest buiten vervolging gesteld wegens het misdrijf bedrieglijk bewerken van het onvermogen. Door het slachtoffer werd cassatieberoep aangetekend wegens schending van artikel 516, tweede lid (oud) Ger.W. Door te beslissen als gezegd, zou het bestreden arrest de wettelijke bewijswaarde hebben geschonden van de brief van de gerechtsdeurwaarder waarin het onvermogen van de beklaagde werd vastgesteld. In zijn arrest van 28 maart 2012<sup>106</sup> verwerpt het Hof van Cassatie dat cassatieberoep. Vaststellingen van zuiver materiële feiten, die de gerechtsdeurwaarder doet op verzoek van een particulier, gelden enkel als inlichting en worden aan de onaantastbare beoordeling van de rechter overgelaten.

**29.** Krachtens deze cassatierechtspraak hadden vaststellingen door een gerechtsdeurwaarder van zuiver materiële feiten enkel de bewijswaarde van een feitelijk vermoeden dat door de rechter *in concreto* soeverein mag worden beoordeeld en waarbij

103. Cass. 26 maart 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 842.

104. O.a. Cass. 13 september 1979, *Arr.Cass.* 1979-80, 42, noot; Cass. 21 februari 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 781; Cass. 11 september 2009, *Arr.Cass.* 2009, 2003.

105. Ingevoerd door de wet van 6 april 1992, *BS* 13 mei 1992.

106. Cass. 28 maart 2012, *P&B* 2013, 212 en *Pas.* 2012, 708, concl. D. VANDERMEERSCH.

tegenbewijs steeds mogelijk is.<sup>107</sup> Daarbij werd wel aangenomen dat de bewijswaarde van dit feitelijk vermoeden werd versterkt door de hoedanigheid van de auteur van de vaststellingen.<sup>108</sup>

Dat standpunt was in overeenstemming, niet slechts met vroegere cassatierechtspraak<sup>109</sup>, doch tevens met een meerderheidsopvatting in de rechtspraak en de rechtsleer<sup>110</sup>, met dien verstande dat daaraan werd toegevoegd dat een proces-verbaal van vaststelling door een gerechtsdeurwaarder wel authenticiteit genoot inzake de wettelijke vaststellingen vereist voor de redactie van die akte, zijnde de vermeldingen die verband houden met de omstandigheden waarin de akte werd opgesteld<sup>111</sup>, zoals de identiteit van de verzoeker, de datum, het uur en de plaats van de vaststellingen, de aanwezigheid van de gerechtsdeurwaarder ... Terwijl het doen van laatstbedoelde vaststellingen behoorde tot de uitoefening van het openbaar ambt waarmee gerechtsdeurwaarders wettelijk gelast waren, gold dat niet voor het doen van vaststellingen van zuiver materiële feiten. Dat volgde uit de bewoordingen gebruikt in het tweede lid, *in fine* van artikel 516 (oud) Ger.W.: aangezien gerechtsdeurwaarders ook de vaststellingen doen die behoren tot de wettelijke uitoefening van hun ambt, is dat laatste niet het geval voor de vaststellingen van zuiver materiële feiten bedoeld in de aanvang van artikel 516 Ger.W.

**30.** Inmiddels is die cassatierechtspraak en meerderheidsopvatting in de rechtsleer achterhaald. Door de wet van 7 januari 2014 tot wijziging van het statuut van de gerechtsdeurwaarders<sup>112</sup>, werd een nieuw artikel 519 in het Gerechtelijk Wetboek ingevoerd dat op 1 februari 2014 in werking is getreden.<sup>113</sup> Daarbij wordt bepaald dat gerechtsdeurwaarders taken hebben waarvoor zij alleen bevoegd zijn en waarvoor zij ministerieplicht hebben. Tot die taken behoort o.m. het verrichten van vaststellingen, op verzoek van magistraten en op verzoek van particulieren, m.b.t. zuiver materiële feiten, zonder enig advies uit te brengen omtrent de oorzaken en de gevolgen in feite of in rechte die daaruit zouden kunnen voortvloeien, evenals van vaststellingen die tot

107. Dezelfde bewijskracht/bewijswaarde zou gehecht zijn aan de vaststellingen van overspel door een gerechtsdeurwaarder bedoeld bij art. 1016*bis* Ger.W. Maar, dat wordt betwist. Over die betwisting, zie D. MOUGENOT, *o.c.*, 393, nr. 317-1.

108. Luik 18 november 1997, *JLMB* 1998, 374; Arbh. Bergen 23 april 2013, *JTT* 2013, 330; D. MOUGENOT, *o.c.*, 326, nr. 244-2. Dat is nog meer het geval in de hypothese bedoeld bij art. 1016*bis* Ger.W., gelet op de aanwezigheid van een officier of een agent van gerechtelijke politie.

109. Cass. 20 februari 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 707, dat weliswaar nog dateert van vóór de inwerkingtreding van de wet van 6 april 1992.

110. O.a. Bergen 2 december 1998, *JLMB* 1999, 414; Luik 17 november 2003, *JLMB* 2005, 408; Arbh. Bergen 23 april 2013, *JTT* 2013, 330; L. CORNELIS, *o.c.*, 243, nr. 204; D. MOUGENOT, *o.c.*, 326, nr. 244-2 en 393, nr. 317-1; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, 2375, nr. 1753; B. SAMYN, *o.c.*, 526, nr. 814; F. MOURLON-BEERNAERT, *o.c.*, 105, nr. 169; B. CATTOIR, *o.c.*, 341, nr. 611; *anders* in de zin van authenticiteit van de vaststellingen van de gerechtsdeurwaarder i.v.m. zuiver materiële feiten: o.a. M.E. STORME, "De bewijswaarde van het proces-verbaal van vaststelling van materiële feiten door een gerechtsdeurwaarder op verzoek van particulieren (art. 516 Ger.W.) en aanverwante vragen", *RW* 1994-95, 345; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *o.c.*, 627, nr. 1383.

111. Zie de verplichte vaststellingen vermeld in art. 43 Ger.W. inzake het exploit van betekening.

112. *BS* 22 januari 2014.

113. Art. 12 wet 7 januari 2014.



de wettelijke uitoefeningen van hun ambt behoren. Tevens wordt nadrukkelijk vermeld dat deze vaststellingen authentiek zijn wat betreft de materiële feiten en gegevens die de gerechtsdeurwaarder zintuiglijk kan waarnemen. Ingevolge artikel 519 Ger.W. hebben voortaan (ook) vaststellingen door een gerechtsdeurwaarder van zuiver materiële feiten authentieke bewijskracht. Tegenbewijs is bijgevolg nog slechts mogelijk d.m.v. de valsheidsprocedure. Bovendien kan dit bewijsmiddel voortaan ook aangewend worden buiten de gevallen waarin het bewijs door feitelijke vermoedens toegelaten is.

#### § 4. De bewijskracht van de akte en uitlegging

**31.** Wanneer betwisting bestaat omtrent de betekenis of de draagwijdte van een overeenkomst (het *negotium*), moet de rechter overgaan tot uitlegging, d.w.z. tot vaststelling daarvan. Krachtens artikel 1156 BW moet de rechter dat doen door na te gaan wat de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen bij die overeenkomst is geweest. Die gemeenschappelijke bedoeling moet de rechter vinden in de bewoordingen en in de inhoud van de overeenkomst.<sup>114</sup> Hoe de rechter de overeenkomst moet uitleggen, wanneer hij er niet in slaagt die gemeenschappelijke bedoeling te achterhalen a.d.h.v. de bewoordingen en de inhoud van de overeenkomst, wordt gespecificeerd in de artikelen 1157 t.e.m. 1164 BW.<sup>115</sup> Uitlegging van een overeenkomst is een feitenkwestie, geen rechtsvraag, en behoort derhalve tot de soevereine appreciatiebevoegdheid van de feitenrechter.<sup>116</sup>

Indien de uit te leggen overeenkomst is neergelegd in een akte (het *instrumentum*), mag de rechter daarbij de bewijskracht van die akte niet miskennen.<sup>117</sup> De akte heeft bewijskracht, zowel wat de bewoordingen als wat zijn inhoud betreft<sup>118</sup>, zodat de rechter daarin de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen moet vinden.<sup>119</sup>

114. Vaststelling van de inhoud van de overeenkomst of wijziging of aanvulling daarvan op grond van feitelijke vermoedens, is niet toegelaten (art. 1341 BW; o.a. Cass. 6 juni 1996, *Arr.Cass.* 1996, 555). Wanneer de bewoordingen en de inhoud van de overeenkomst (de intrinsieke elementen) niet toelaten de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen te achterhalen, mag de rechter die bedoeling wel zoeken in extrinsieke elementen, meer bepaald in feiten (voorbereiding van de contractsluiting, uitvoering van de overeenkomst vóór het ontstaan van het geschil) bewezen door feitelijke vermoedens of zelfs getuigen (o.a. Cass. 13 november 1980, *Arr.Cass.* 1980-81, 293; T. WERQUIN, concl. voor Cass. 29 januari 2010, AR C.08.0267.F, [www.cass.be](http://www.cass.be)). Daarbij mag de rechter aan de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen de voorkeur geven boven de letterlijke betekenis van de bewoordingen (Cass. 7 januari 1998, *Arr.Cass.* 1998, 36; Cass. 22 april 2010, *Pas.* 2010, 1205), voor zover de uitlegging van de rechter zich situeert binnen de mogelijke interpretaties van de akte (D. MOUGENOT, *o.c.*, 138, nr. 47).

115. Op art. 1163 BW na, dat een zuivere toepassing is van art. 1156 BW, geven deze artikelen de vermoedelijke gemeenschappelijke bedoeling van de partijen weer, met dien verstande dat art. 1162 BW slechts moet toegepast worden wanneer de andere interpretatieregels geen oplossing bieden (R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, "Verbintenissen. Overzicht van rechtspraak (1981-1992)", *TPR* 1994, 449, nr. 178 en 451, nr. 180).

116. O.a. Cass. 7 mei 1998, *Arr.Cass.* 1998, 494; Cass. 9 november 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, 288.

117. O.a. Cass. 3 januari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 8; Cass. 16 juni 2005, *Arr.Cass.* 2005, 1346.

118. De art. 1319, 1320 en 1322 BW.

119. O.a. Cass. 24 maart 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 972; Cass. 10 januari 1994, *Arr.Cass.* 1994, 16.

Daarbij mag de rechter aan de akte geen uitlegging geven die onverenigbaar is met de bewoordingen daarvan.<sup>120</sup> Hij mag de akte niet doen liegen<sup>121</sup> door te beslissen dat ze een vermelding bevat die er niet in voorkomt of geen vermelding bevat die er wel in voorkomt.<sup>122</sup> De rechter miskent de bewijskracht van een akte niet door het enkele feit dat hij de bewoordingen van die akte uitlegt op een wijze die verschilt van de normale betekenis van die bewoordingen, wanneer hij die uitlegging motiveert.<sup>123</sup> I.t.t. de uitlegging van de overeenkomst vormt de vraag of de bewijskracht werd geëerbiedigd van de akte waarin de overeenkomst is neergelegd, wel een rechtsvraag.<sup>124</sup>

Vandaar dat het Hof van Cassatie in dat verband slechts een beperkte, marginale controle uitoefent.<sup>125</sup> Meer bepaald beperkt de taak van het Hof zich ertoe na te gaan of de rechter, wanneer hij zijn beslissing op een akte of een geschrift laat steunen, aan de bewoordingen ervan al dan niet hun gebruikelijke zin heeft toegekend, en, zo niet, of, enerzijds, de gegeven uitlegging met die bewoordingen bestaanbaar is, gelet op de betekenis die de rechter eraan gegeven heeft, en anderzijds, de gegeven uitlegging berust op het geheel van de akte dan wel op een deel ervan, waaraan de voorkeur werd gegeven.<sup>126</sup> Het Hof onderzoekt dus niet of het tot dezelfde beoordeling als de feitenrechter zou zijn gekomen, doch enkel of de feitenrechter tot zijn interpretatie van de overeenkomst is kunnen komen, in acht genomen de bewoordingen van de akte, zonder daarbij zijn eigen interpretatie in de plaats te kunnen stellen van deze van de feitenrechter.<sup>127</sup>

Talloos zijn de cassatiearresten waarbij bestreden vonnissen/arresten worden vernietigd omdat de rechter aan de vermeldingen van de akte een uitlegging heeft gegeven die onverenigbaar is met de bewoordingen ervan.<sup>128</sup> Niettemin blijft de concrete toepassing van die regels vragen oproepen, zoals blijkt uit de twee hiernavolgende recente cassatiearresten.

120. O.a. Cass. 4 april 2011, *T.Verz.* 2011, 448, noot E. VAN DEN HOUT.

121. F. DUMON, "De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van de akten", *RW* 1978-79, 310.

122. O.a. Cass. 8 december 2010, *Pas.* 2010, 3142, concl. J. LECLERCQ.

123. Cass. 10 oktober 1980, *Arr.Cass.* 1980-81, 150, noot.

124. O.a. Cass. 7 mei 1998, *Arr.Cass.* 1998, 494.

125. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, *Introduction. Sources des obligations (première partie)*, Brussel, Bruylant, 2010, 599, nr. 392.

126. Cass. 28 januari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 114.

127. P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, I, 599, nr. 392; W. DE BONDT, "Uitlegging van overeenkomsten naar de geest: mogelijkheden, grenzen en alternatieven", *RW* 1996-97, 1007-1008, 1016.

128. Een voorbeeld. In de algemene voorwaarden van een ongevallepolis wordt bedongen dat er geen sprake is van een ongeval in de zin van de polis wanneer de oorzaak van het ongeval uitsluitend moet worden gezocht in het lichaam van de getroffene. Miskent de bewijskracht van de polis, de rechter die oordeelt dat, i.g.v. aanrijding van een boom met voor de bestuurder van het voertuig dodelijke afloop, "het niet relevant is dat de botsing tegen de boom zelf veroorzaakt is door een falen van het organisme van de getroffene, doordat hij ofwel onwel is geworden, in slaap is gevallen dan wel verstrooid is geweest, aangezien die verschijnselen op zich alleen het overlijden van de getroffene niet hebben kunnen veroorzaken" (Cass. 9 december 2010, *Pas.* 2010, 3170). Zie voor talrijke andere verwijzingen B. CATTOIR, *o.c.*, 361, nr. 648.

32. Een echtpaar had zich borg gesteld uit hoofde van alle bedragen die door een vennootschap t.a.v. de bank zouden verschuldigd zijn ingevolge bankverrichtingen en bankdiensten. Enkele jaren later wordt de gewaarborgde vennootschap opgeslorpt door een andere vennootschap, waarna eerstgenoemde vennootschap wordt vereffend. Aan de opslorpande vennootschap wordt vervolgens door de bank krediet verstrekt. Naderhand slaagt de opslorpande vennootschap er niet in om haar schulden aan de bank af te betalen. Dientengevolge spreekt de bank de borg aan tot betaling van de uitgeleende gelden, vordering waarop de borg weigert in te gaan. Bij het bestreden arrest wordt de vordering van de bank tegen de borg toegekend, omdat:

- in de borgtochtakte wordt bepaald: “*De borgtocht blijft geldig, bij het ontbreken van elk bericht of rappel door ‘de Bank’ aan de borg gestuurd, en dit zelfs indien de gewaarborgde maatschappij haar structuur op enige wijze verandert, bijvoorbeeld door een andere juridische vorm aan te nemen of indien zij haar maatschappelijk doel wijzigt*”;
- dit beding inhoudt dat de indertijd doorgevoerde fusie door opslorping (van de gewaarborgde maatschappij door de opslorpande vennootschap) geen beëindiging van de waarborgverbintenissen van de borg teweegbrengt.

In zijn arrest van 1 maart 2012<sup>129</sup> vernietigt het Hof van Cassatie het bestreden arrest wegens schending van de bewijskracht van de borgtochtakte, aangezien de appelrechters aan de borgtochtovereenkomst een uitlegging geven die met de bewoordingen ervan niet verenigbaar is, meer bepaald omdat zij iets aan de overeenkomst hebben toegevoegd dat er niet in vermeld staat: het beding maakt enkel melding van structurele wijzigingen van de gewaarborgde maatschappij en bepaalt niets voor het geval de gewaarborgde maatschappij ophoudt te bestaan en door een opslorpande vennootschap wordt opgevolgd.

Een tweede geschil had betrekking op de betekenis en de draagwijdte van de door een dame ondertekende verklaring, gericht aan de derde als “begiftigde”, waarvan de tekst luidt als volgt: “*op 22.12.04 heb ik jou in het kantoor van de Fortis Bank nv het bedrag van 32.000 Euro overhandigd dit geld moet belegd worden in een product zonder enige risico. Evenwel indien ik met mijn pensioen niet zou toekomen om extra kosten te betalen zoals bijvoorbeeld het rusthuis dan kan ik maximaal het geschonken bedrag terugvorderen*”. Naderhand vordert de dame het bedrag van 32 000,00 EUR terug, vordering waarop de derde weigert in te gaan. Bij het bestreden arrest wordt de derde veroordeeld tot teruggave, omdat in de verklaring nergens wordt vermeld dat de verplichting tot terugbetaling enkel geldt voor het geval en in de mate dat de dame aantoonbaar met haar pensioen niet meer toe te komen om extra uitgaven te betalen. Bij arrest van 14 november 2013<sup>130</sup> vernietigt het Hof van Cassatie het bestreden arrest wegens miskennen van de artikelen 1319, 1320 en 1322 BW, omdat, door te oordelen

129. Cass. 1 maart 2012, DAOR 2013, 91, noot J. WAELKENS.

130. Cass. 14 november 2013, C.12.0508.N, onuitg.

als gezegd, het hof van beroep aan de verklaring van de dame een uitleg geeft die met de bewoordingen ervan niet verenigbaar is en derhalve de bewijskracht ervan miskent (door iets uit de verklaring weg te laten dat er wel in vermeld staat).

**33.** Bij de cassatiearresten van 1 maart 2012 en 13 november 2013 kunnen minstens vraagtekens worden geplaatst. Het staat vast dat in beide gevallen tussen de partijen betwisting bestond omtrent de betekenis en de draagwijdte van de aangegane overeenkomsten. In het eerste geval hadden de partijen bij de contractsluiting in het ongewisse gelaten wat precies moest worden verstaan onder verandering van structuur van de gewaarborgde maatschappij zodat de partijen het naderhand onderling oneens waren over de vraag of ook fusie door opslorping al dan niet daaronder viel, terwijl in het tweede geval door de partijen bij de contractsluiting enkel was geregeld wat met de ter beschikking gestelde gelden moest gebeuren i.g.v. vraag tot teruggave van die gelden wegens onvoldoende pensioeninkomsten om de extra kosten te betalen zodat de partijen naderhand tegengestelde standpunten innamen over de vraag of er al dan niet ook een teruggaveplicht bestond buiten dat geval. Omwille van die betwisting werd door de feitenrechters telkens overgegaan tot uitlegging van de betrokken overeenkomsten door de wil van de partijen te zoeken in de bewoordingen en de inhoud van de akten. In het eerste geval werd aan de uitdrukking “verandering van structuur” de betekenis gegeven dat de fusie door opslorping van de gewaarborgde vennootschap daarin begrepen is zodat de borg, ook voor verbintenissen die na de fusie door de opslorpende vennootschap aangegaan werden, gehouden bleef tegenover de kredietverstrekker, terwijl in het tweede geval aan de bewoordingen van de overeenkomst (waaromtrent niet werd betwist dat ze geen schenking impliceerden) de betekenis werd gegeven dat de ter beschikking gestelde gelden in alle gevallen op eenvoudig verzoek moesten worden teruggegeven zodat de derde aan wie de gelden ter beschikking waren gesteld, ook buiten het geval van onvoldoende pensioeninkomsten, gehouden was tot teruggave. Werden de betwiste overeenkomsten daarmee uitgelegd op een wijze die met de bewoordingen ervan onverenigbaar is? Dat lijkt niet het geval, aangezien in beide gevallen de interpretatie van de betrokken overeenkomsten door de feitenrechters aansloten bij de betekenis die zij aan de bewoordingen van de akten hadden gegeven. Is het niet zo dat, door te vernietigen op grond van de enkele overweging, in het eerste geval dat in de akte niet wordt vermeld dat fusie door opslorping valt onder de terminologie van de structurele wijzigingen, en in het tweede geval dat in de akte wel wordt vermeld dat de verplichting tot terugbetaling van de ter beschikking gestelde gelden enkel geldt in het geval van onvoldoende pensioeninkomsten om extra uitgaven te betalen, het Hof van Cassatie in werkelijkheid in beide gevallen de betrokken overeenkomsten zelf is gaan interpreteren en daarbij zijn eigen interpretatie van die overeenkomsten (op grond van een andere mogelijke betekenis van de bewoordingen ervan) als de enige juiste heeft opgelegd? Is het Hof daarmee niet in de taak van de feitenrechter (soevereine interpretatie van overeenkomsten) getreden en heeft het daarbij de grenzen van zijn eigen marginaal toetsingsrecht

(enkel controle op de eerbiediging van de bewijskracht van de akte) niet miskend? In de rechtsleer<sup>131</sup> zijn die vragen inmiddels alvast bevestigend beantwoord.

### § 5. *Het niet-betwisten door de verwerende partij als feitelijk vermoeden*

**34.** Veel voorkomend in de praktijk is de situatie waarin een procespartij geen betwisting voert omtrent bepaalde door de tegenpartij aangevoerde feiten. Betwisting is voorhanden van zodra de verwerende partij de door de eisende partij aangevoerde feiten expliciet of impliciet tegenspreekt. Van niet-betwisten is sprake wanneer een partij een door de tegenpartij aangevoerd feit erkent of uitdrukkelijk vermeldt dat dit feit niet wordt betwist (hetgeen minder frequent voorkomt), maar ook wanneer eerstgenoemde partij dienaangaande het stilzwijgen behoudt en het betrokken feit dus noch erkent, noch ontkent (hetgeen dikwijls het geval is).<sup>132</sup> De vraag rijst dan welke betekenis het niet-betwisten door een procespartij van een door de tegenpartij aangevoerd feit op bewijsrechtelijk vlak heeft. Die vraag betreft de juridische kwalificatie van de afwezigheid van betwisting door de verwerende partij.

**35.** Als verweer tegen een tegen haar ingestelde *quasi*-delictuele vordering tot schadeloosstelling (wegens het gedurende twintig jaar in het ongewisse laten van de eisende partijen over zowel de geplande aanleg van een autosnelweg dwars over hun eigendom, als over de precieze ligging ervan), had het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest laten gelden dat de eisende partijen “een jaarlijks inkomen van talrijke honderdduizenden franken haalden uit de verhuring van hun grond die op (onwettige wijze) was ingericht als opslagplaats voor oude auto’s” zodat het door hen ingeroepen “verlies van het genot van hun grond ... heel betrekkelijk (was)”. Bij het bestreden arrest werd de vordering tot schadeloosstelling ongegrond verklaard, o.m. omdat dat door het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest aangevoerd feit door de eisende partijen niet werd tegengesproken. Bij arrest van 10 mei 2001<sup>133</sup> wordt de cassatievoorziening van de eisende partijen verworpen. Het Hof van Cassatie oordeelt enerzijds dat het hof van beroep, door te vermelden dat het door het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest aangevoerde feit door de eisende partijen niet werd tegengesproken, niet oordeelt dat de eisende partijen hebben erkend dat de bewering van het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest gegrond was, zodat het middel (gegrond op de schending van de art. 1337, 1338 en 1353 BW) in die mate feitelijke grondslag mist, en anderzijds dat, aangezien de bewering van het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest door de eisende partijen niet werd betwist, het hof van beroep dat aangevoerde feit voor bewezen kon houden, zonder de bewijslast om te keren en zonder de aangevoerde wetsbepalingen te schenden (geen

131. J. WAELEKENS, “Interpretatie van een borgtochtovereenkomst” (noot onder Cass. 1 maart 2012), *DAOR* 2013, 110, nr. 49.

132. B. CATTOIR, *o.c.*, 64, nr. 114.

133. Cass. 10 mei 2001, *Pas.* 2001, I, 807.

schending van art. 1315 BW en 870 Ger.W. of miskenning van het algemeen rechtsbeginsel “*actori incumbit probatio*”).

**36.** Daarmee bevestigt het Hof van Cassatie zijn vroegere rechtspraak dat de regels inzake de bewijslast niet worden geschonden door de rechter die zijn beslissing doet steunen op de beweringen van de verweerder die door de eiser niet zijn betwist.<sup>134</sup> Ook na die cassatierechtspraak is niettemin onenigheid blijven bestaan over het antwoord dat moet worden gegeven op de vraag waarom dat zo is. De aangehaalde cassatierechtspraak geeft daarover immers geen uitsluitel. Twee standpunten worden verdedigd.

Een niet-onbelangrijk deel van de rechtsleer is van oordeel dat het niet-betwisten door een procespartij van een door de tegenpartij aangevoerd feit de objectieve bewijslast niet beperkt, doch slechts in aanmerking komt als bewijsmiddel. Het niet-betwisten kan in principe weliswaar niet worden aangezien als een (gerechtelijke) bekentenis door de niet-betwistende procespartij<sup>135</sup>, doch het kan tegen haar wel gelden als een feitelijk vermoeden waarvan de rechter de bewijswaarde vrij beoordeelt.<sup>136</sup>

Een ander deel van de rechtsleer, alsook sommige rechtspraak van de feitenrechters, verdedigt integendeel dat de bewijsrechtelijke betekenis van het niet-betwisten door een procespartij van een door de tegenpartij aangevoerd feit, zich wel degelijk op het niveau van de objectieve bewijslast situeert. Enkel aangevoerde feiten die door de verwerende partij worden betwist, moeten worden bewezen. Zolang geen betwisting voorhanden is, gelden die feiten als waar en moeten zij door de rechter ook als dusdanig worden aangenomen, behalve wanneer de materie de openbare orde raakt.<sup>137</sup> Dat belet niet dat de rechter de aanvankelijke afwezigheid van betwisting wel als een

134. Cass. 25 oktober 1979, *Arr.Cass.* 1979-80, 261, noot.

135. O.a. Cass. 27 februari 1998, *Arr.Cass.* 1998, 248. Vandaar dat de afwezigheid van betwisting niet onderworpen is aan de regel van de onplitsbaarheid van de bekentenis en ook steeds kan worden herroepen.

136. P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, III, 2270, nr. 1654; D. MOUGENOT, *o.c.*, 101, nr. 22; F. MOURLON-BEERNAERT, *o.c.*, 32, nr. 26. De kwalificatie van de afwezigheid van betwisting als een feitelijk vermoeden is vooral van belang in handelszaken waar het principe van de vrijheid van bewijsmiddelen geldt (art. 25, eerste lid W.Kh.). In burgerlijke zaken zal die kwalificatie veel minder betekenis hebben, gelet op de regel dat bewijs door feitelijke vermoedens daar slechts in zeer beperkte mate toegelaten is (art. 1341 en 1353 BW).

137. Bergen 29 november 2005, *DCCR* 2006, 80; Rb. Turnhout 14 maart 1997, *T.Not.* 1999, 95; J. LAENENS, “Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen” in X., *Gerechtigd deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingconsulent*, Brussel, 2003, nrs. 39 en 40; M.E. STORME, “Algemene beginselen van het bewijs in het vermogensrecht” in B. ALLEMEERSCH, P. LONDERS en S. SROKA (eds.), *Bewijsrecht*, Brussel, Larcier, 2007, 8, nr. 13; H. GEENS, “De verdeling van de bewijslast over de partijen in het verzekeringsrecht en het gemeen verbintennisrecht” in B. ALLEMEERSCH, P. LONDERS en S. SROKA (eds.), *Bewijsrecht*, Brussel, Larcier, 2007, 171, nr. 17; S. RUTTEN, “Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces: enkele aandachtspunten” in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 22-23; A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van e-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 76-77; K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 162, nr. 30; N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, 19, nr. 30 en 37, nr. 58; B. SAMYN, *o.c.*, 105, nr. 92.

feitelijk vermoeden in aanmerking kan nemen, wanneer de verwerende partij naderhand het betrokken feit toch gaat betwisten en het bewijs door feitelijke vermoedens toegelaten is.<sup>138</sup>

37. In zijn arrest van 18 april 2008<sup>139</sup> heeft het Hof van Cassatie die discussie beslecht. Bij het bestreden arrest had het hof van beroep een vordering tot schadeloosstelling wegens tergend of roekeloos hoger beroep voor een bedrag van 625.00 EUR gegrond verklaard op grond van de enkele overweging dat de appellandant blijkt had gegeven van procedurele roekeloosheid, zonder vast te stellen dat de andere toepassingsvoorwaarden voor toekenning van een dergelijke schadeloosstelling vervuld waren. Het tegen dat arrest ingestelde cassatieberoep wordt verworpen. Het Hof van Cassatie stelt vast dat de eiseres in cassatie voor de feitenrechter in conclusie alleen maar ontkend heeft dat zij een fout heeft begaan, maar nooit het bestaan noch de omvang van de schade die ermee in oorzakelijk verband staat en waarvan de verweerder in cassatie melding heeft gemaakt. Het Hof voegt er vervolgens aan toe dat “enkel de betwiste feiten (moeten) worden bewezen”.

38. Het standpunt van het Hof van Cassatie op dit punt verdient bijval. Het is het logisch gevolg van het beschikkingsbeginsel en van het aanvullend karakter van het burgerlijk bewijsrecht.<sup>140</sup> In principe kunnen de partijen de rechter binden door een procedureakkoord over een punt in feite (of in rechte) waartoe zij het debat willen beperken.<sup>141</sup> Behalve in zaken van openbare orde, mag de rechter geen geschilpunt opwerpen dat niet tussen de partijen in betwisting is, ongeacht zijn persoonlijke overtuiging in dat verband.<sup>142</sup> Betwisten is een partijwerkzaamheid. In die zin rust op de verwerende partij een betwistingslast.<sup>143</sup> De betwisting door de verwerende partij van de aangevoerde feiten is de noodzakelijke voorwaarde voor het ontstaan van de objectieve bewijslast voor de eisende partij. Het hoeft geen verder betoog dat hier voor de advocatuur een bijzonder grote verantwoordelijkheid weggelegd is.

138. N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, 38, nr. 61.

139. Cass. 18 april 2008, *Pas.* 2008, 936.

140. O.a. Cass. 12 oktober 2007, *NJW* 2008, 120, noot G. JOCQUE en *RCJB* 2008, 527, noot J. KIRKPATRICK; Cass. 22 februari 2011, AR S.08.0153.F, [www.cass.be](http://www.cass.be), concl. J. LECLERCQ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, 19, nr. 30. Vgl. B. ALLEMEERSCH, *o.c.*, 383 *et seq.*, nr. 72 *et seq.*

141. Cass. 9 mei 2008, *JT* 2008, 721, noot J. VAN DROOGHENBROECK en *RW* 2008-09, 1765, noot S. MOSSELMANS; Cass. 23 januari 2014, AR C.12.0467.N, [www.cass.be](http://www.cass.be).

142. O.a. Cass. 2 april 2010, *JLMB* 2010, 1235, noot J. VAN DROOGHENBROECK; Cass. 31 januari 2011, *Pas.* 2011, 356.

143. M.E. STORME, “*Algemene beginselen van het bewijs in het vermogensrecht*” in B. ALLEMEERSCH, P. LONDERS en S. SROKA (eds.), *Bewijsrecht*, Brussel, Larcier, 2007, 8, nr. 13; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *o.c.*, 537, nr. 1188; S. RUTTEN, “*Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces: enkele aandachtspunten*” in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 22-23.

## § 6. Opeenstapeling van feitelijke vermoedens

**39.** Opdat de rechter het bewijs van een betwist feit zou kunnen aannemen op grond van feitelijke vermoedens, is vereist dat hij het onbekende, te bewijzen feit afleidt uit een vaststaand feit in het geding. De artikelen 1349 en 1353 BW worden bijgevolg geschonden door het arrest dat het bewijs door feitelijke vermoedens aanneemt door het vast te stellen feit af te leiden uit een niet-bewezen feit.<sup>144</sup> Tegen die achtergrond kan de vraag worden gesteld of een opeenstapeling van feitelijke vermoedens toegelaten is. Kan een feitelijk vermoeden worden gebaseerd op een ander feitelijk vermoeden? Of anders gezegd, kan het feit dat de rechter als uitgangspunt neemt voor zijn redenering, zelf worden bewezen door feitelijke vermoedens?

**40.** Die kwestie was aan de orde in de zaak die heeft geleid tot het cassatiearrest van 22 mei 2014.<sup>145</sup> Krachtens artikel 340 WIB 1992 kan de administratie ter bepaling van het bestaan en van het bedrag van de belastingschuld alle door het gemeen recht toegelaten bewijsmiddelen aanvoeren. In een geval waarin een Indisch restaurant niet beschikte over een bewijskrachtige boekhouding (bij gebrek aan gedetailleerde inventarissen) had de administratie voor de vaststelling van de omzet van dat restaurant (waarop de aanslag in de personenbelasting werd gevestigd) meer bepaald een beroep gedaan op het bewijs d.m.v. feitelijke vermoedens. Meer bepaald had de administratie die vaststelling gedaan op grond van de volgende bewijsvoering: enerzijds mogen, bij gebrek aan regelmatig gehouden inventaris, alle door de belastingplichtige gedurende een bepaalde periode aangekochte dranken als tijdens dezelfde periode verkocht worden beschouwd, terwijl anderzijds realistisch en logisch mag worden vermoed dat per halve fles wijn of per twee frisdranken minstens een warme maaltijd werd gebruikt, zodat op grond daarvan en a.d.h.v. de gemiddelde verkoopprijs van een maaltijd (waaromtrent geen betwisting bestond) de omzet van het restaurant tijdens die periode kan worden berekend.

Bij het bestreden arrest, op 24 oktober 2012 verleend door het hof van beroep te Brussel<sup>146</sup>, wordt de fiscus in het gelijk gesteld. Het cassatieberoep van de belastingplichtige wordt o.m. gegrond op de schending van de artikelen 1349 en 1353 BW doordat de appelrechters hun beslissing hebben gebaseerd op een verboden opeenstapeling van feitelijke vermoedens (vermoeden van gelijkstelling van verkochte dranken met aangekochte dranken + vermoeden van verkoop van één maaltijd per halve fles wijn of twee frisdranken). Bij zijn arrest van 22 mei 2014 verwerpt het Hof van Cassatie het cassatieberoep van de belastingplichtige. Daarbij overweegt het Hof o.m. dat, in zoverre het middel de schending aanvoert van het wettelijk begrip feitelijk

144. O.a. Cass. 19 mei 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 1158; Cass. 18 november 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 335; Cass. 23 januari 2004, *Arr.Cass.* 2004, 120.

145. Cass. 22 mei 2014, AR F.12.0013.N, [www.cass.be](http://www.cass.be), concl. Adv. Gen. D. THUIS.

146. Brussel 24 oktober 2012, *Fisc.Act.* 2013, 12.



vermoeden, het uitgaat van de onjuiste rechtsopvatting dat het bekend feit dat de rechter als uitgangspunt neemt van het bewijs door feitelijke vermoedens, zelf niet kan worden bewezen door feitelijke vermoedens.

#### 41. Die cassatierechtspraak is tegelijkertijd vernieuwend en praktisch belangrijk.

Vooreerst is het cassatiearrest van 22 mei 2014 vernieuwend, omdat die rechtspraak indruist tegen de opvatting dat een opeenstapeling van feitelijke vermoedens verboden is, opvatting die tot voor kort algemeen gangbaar was, én in de rechtspraak van de feitenrechters<sup>147</sup>, én in de rechtsleer.<sup>148</sup> Die opvatting meende steun te kunnen vinden in artikel 1349 BW zelf dat het bekend feit plaatst tegenover het onbekend feit dat de rechter uit het bekende feit afleidt. Een onbekend feit waarvan het bestaan wordt afgeleid door feitelijke vermoedens zou daardoor geen bekend feit worden in de zin van de voormelde wetsbepaling, maar niets meer dan een feitelijk vermoeden blijven.

Die traditionele opvatting wordt nu door het Hof van Cassatie terzijde geschoven. Aangezien het bewijs door feitelijke vermoedens slechts mogelijk is indien de rechter zekerheid heeft omtrent het te bewijzen feit, is dat laatste feit, eens aldus bewezen, een vaststaand feit in het geding. Niets belet dat dit zeker feit op zijn beurt het uitgangspunt zou kunnen vormen van een nieuwe redenering van de rechter die op grond daarvan beslist tot aanvaarding van het bewijs door feitelijke vermoedens van een ander onbekend feit. De rechtsleer die een andere rechtsopvatting huldigt<sup>149</sup>, gaat er onterecht vanuit dat hier sprake is van bouwen op los zand en mist wettelijke grondslag. De visie van het Hof van Cassatie krijgt goedkeuring.<sup>150</sup>

147. O.a. Luik 13 maart 1985, *Bull.Bel.* 1986, 1183; Gent 21 september 1995, *Fisc.Koer.* 1995, 596; Gent 18 november 1996, *FJF* 1997, 111; Bergen 19 december 1997, *FJF* 1998, 282; Antwerpen 23 maart 1999, *FJF* 1999, 527; Bergen 26 juni 1998, *FJF* 1998, 559; Antwerpen 4 oktober 1999, *Fisc.Koer.* 1999, 652; Antwerpen 7 december 1999, *AJT* 1999-2000, 840, noot S. HUYSMAN; Antwerpen 20 november 2001, *FJF* 2002, 141, noot; Brussel 14 juni 2002, *FJF* 2002, 855; Luik 28 juni 2002, *FJF* 2003, 397; Luik 20 september 2004, *RGCF* 2005, 268; Bergen 16 november 2006, *JLMB* 2007, 206; Brussel 12 november 2008, *TGR-TWVR* 2009, 242, noot F.M.; Brussel 24 oktober 2012, *Fisc.Act.* 2013, 12; Brussel 2 oktober 2013, *FJF* 2014, 333; Rb. Brugge 8 januari 2002, *FJF* 2002, 686; Rb. Bergen 12 januari 2005, *FJF* 2005, 965; Rb. Brugge 17 mei 2005, *Fisc.Koer.* 2005, 470, noot W. DEFOOR; Rb. Luik 14 april 2005, *FJF* 2007, 47; Rb. Brugge 14 april 2014, *Fisc.Koer.* 2014, 497, noot X; vgl. ook Arbitragehof 18 april 2001, nr. 45/2001, *BS* 4 mei 2001, 14520.

148. A. TIBERGHEN, *Handboek voor fiscaal recht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1995, 389, nr. 1718; T. AFSCHRIFT, *Traité de la preuve en droit fiscal*, Brussel, Larcier, 2004, 251; A. KIEKENS, "Bijzondere bewijskracht van een proces-verbaal inzake B.T.W. – Verboden opeenstapeling van vermoedens", *Fisc.Koer.* 2002, 259-262; W. DEFOOR, "De wettelijke vermoedens van art. 64 par. 1 W.B.T.W. en het verbod van opeenstapeling van vermoedens", *Fisc.Koer.* 2005, 472-474; D. MOUGENOT, "La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010", *JT* 2011, 603, nr. 35; J. VANDENDRIESSCHE, H. MINJAUW en L. DEVILLE, "Bewijs door vermoedens" in X., *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2012, VI.3-56, 5357; T. CALLEBAUT, "Kan de administratie uit de vaststellingen van het gerechtelijk onderzoek die voor één dag zijn gedaan, afleiden dat de belastingplichtige ook in de voorgaande jaren (in casu ± 5 jaar) eenzelfde werkwijze hanteerde?" (noot onder Rb. Leuven 14 september 2012), *Fisc.Koer.* 2012, 543; B. VANDEN BERGHE, "Belastingheffing volgens tekenen en indicieën – II; Rechtspraakoverzicht", *AFT* 2012, 22-23, nr. 3.2; B. CATTOIR, *o.c.*, 438, nr. 791.

149. O.a. D. MOUGENOT, *o.c.*, 318, nr. 238

150. Adv. Gen. D. THUIS, concl. onder Cass. 22 mei 2014, AR F12.0013.N, [www.cass.be](http://www.cass.be); J. KIRKPATRICK, "Le fait connu, point de départ de la preuve par présomptions", *JT* 2014, 680, nr. 4.

De vernieuwende cassatierechtspraak hier aan de orde is praktisch belangrijk, omdat ze het toepassingsgebied van het bewijs door feitelijke vermoedens aanzienlijk verruimt en daardoor de bewijsmogelijkheden van diegene die de bewijslast draagt wezenlijk uitbreidt, ook in andere dan fiscale zaken<sup>151</sup>, dit althans in de gevallen waarin het bewijs door feitelijke vermoedens toegelaten is.<sup>152</sup> Bij arrest van 19 september 2014<sup>153</sup> heeft het Hof van Cassatie in die zin geoordeeld dat de appelrechters die het percentage van niet-aangegeven ontvangsten vastgesteld tussen juli en december 1992 extrapoleren naar het overige gedeelte van het jaar 1992 en de vorige twee jaren, om de omvang van de ontdoken belasting vast te stellen, hun beslissing steunen op gewichtige en met elkaar overeenstemmende vermoedens.

### AFDELING 3. DE GRENZEN VAN HET BURGERLIJK BEWIJSRECHT

**42.** Het burgerlijk bewijsrecht is niet onbegrensd. Het wordt o.m. begrensd door aan het bewijsrecht vreemde rechtsregels. Twee toepassingsgevallen daarvan, die in de recente cassatierechtspraak aan de orde waren, zijn: de leer van de ongeoorloofde bewijsmiddelen (§ 1) en de bescherming van het zakelijke geheim (§ 2).

#### *§ 1. De leer van de ongeoorloofde bewijsmiddelen*

**43.** Als regel geldt dat de door een procespartij aangewende bewijsmiddelen geoorloofd moeten zijn.<sup>154</sup> Een bewijsmiddel is geoorloofd wanneer het op zich rechtmatig is en bovendien rechtmatig verkregen werd.<sup>155</sup> Van een onrechtmatig bewijsmiddel is sprake wanneer het bewijsmiddel werd opgesteld in strijd met het geldende recht (bv. het bewijsmiddel dat het beroepsgeheim miskent), terwijl een onrechtmatig verkregen bewijsmiddel een bewijsmiddel is dat uit zijn aard rechtmatig is, maar onrechtmatig wordt omdat het verkregen werd in strijd met dat geldende recht (bv. opnames d.m.v. een geheime en verborgen camera op de werkvloer).<sup>156</sup> Ook het bewijsmiddel dat volgt uit een onrechtmatig bewijsmiddel of een onrechtmatig verkregen bewijsmiddel

151. Al moet wel worden vastgesteld dat het verbod van opeenstapeling van feitelijke vermoedens hoofdzakelijk in fiscale doctrine en rechtspraak verdedigd wordt.

152. Voor een recent toepassingsgeval buiten het fiscale domein, zie Bergen 3 september 2013, *T.Verz.* 2014, 435; zie ook impliciet Cass. 10 juni 2010, *RW* 2010-11, 1095, hierboven onder nr. 4 reeds behandeld.

153. Cass. 19 september 2014, *Fisc.Koer.* 2014, 642, noot X.

154. O.a. Arbh. Brussel 9 augustus 2011, *Soc.Kron.* 2012, 468; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *o.c.*, 657; S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules" in CBR (ed.), *CBR Jaarboek 2006-07*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 437, nr. 2; R. DEKKERS, A. VERBEKE, N. CARETTE en K. VANHOVE, *o.c.*, 389, nr. 685; B. SAMYN, *o.c.*, 56, nr. 32.

155. O.a. Gent 6 september 2006, *DAOR* 2007, 326; B. SAMYN, *o.c.*, 56, nr. 32.

156. D. MOUGENOT, *o.c.*, 92, nr. 18.

is ongeoorloofd.<sup>157</sup> Onrechtmatige bewijsmiddelen mogen door niemand worden aangewend, terwijl onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen enkel niet mogen worden aangewend door degene die rechtstreeks of onrechtstreeks verantwoordelijk is voor de onrechtmatigheid.<sup>158</sup> I.g.v. betwisting, draagt degene die het bewijsmiddel inroept de bewijslast van het geoorloofd karakter van een aangewend bewijsmiddel.<sup>159</sup> Blijft de vraag welke de sanctie is bij miskenning van het verbod op aanwending van ongeoorloofde bewijsmiddelen? Daarover blijft onzekerheid bestaan na enkele recente cassatiearresten.

**44.** De problematiek was in een eerste geval aan de orde n.a.v. de hiernavolgende feiten. Tijdens een verhoor verneemt de politie dat een man die verklaart werkloos te zijn, niettemin hulp verleent in de winkel van zijn broer. Zonder uitdrukkelijke machtiging daartoe door de bevoegde procureur-generaal<sup>160</sup>, wordt een afschrift van het proces-verbaal van dat verhoor door de politie per faxbericht toegestuurd aan de RVA. Na een administratief onderzoek van de zaak, waarin de werkloze zijn vroegere verklaringen aan de politie bevestigt, beslist de directeur van de RVA de betrokkene van werkloosheidsuitkeringen uit te sluiten. De werkloze vecht die beslissing in rechte aan omdat een proces-verbaal opgesteld door de politie een akte van onderzoek is en de beslissing bijgevolg gesteund is op onrechtmatig verkregen bewijs, meer bepaald op bewijs dat verkregen is ingevolge een handeling die strijdig is met de materiële wet<sup>161</sup> en zelfs door middel van het plegen van een strafrechtelijk misdrijf.<sup>162</sup> Bij het bestreden arrest 26 april 2007<sup>163</sup> stelt het arbeidshof te Antwerpen de betrokkene in het gelijk. Het cassatieberoep van de RVA, o.m. gegrond op de schending van de artikelen 1315 BW en 870 Ger.W., wordt bij arrest van 10 maart 2008<sup>164</sup> door het Hof van Cassatie (derde Nederlandstalige kamer) gegrond verklaard op grond van de hiernavolgende overwegingen:

- behoudens wanneer de wet uitdrukkelijk anders bepaalt, staat het de rechter de toelaatbaarheid van een onrechtmatig verkregen bewijs, te beoordelen in het licht van de artikelen 6 EVRM en 14 IVBPR, rekening houdende met de elementen van de zaak in haar geheel genomen, inbegrepen de wijze waarop het bewijs verkregen werd en de omstandigheden waarin die onrechtmatigheid werd begaan;
- een dergelijk bewijs mag, behoudens het geval van miskenning van een op straffe van nietigheid voorgeschreven vorm, alleen worden geweerd wanneer de bewijsverkrijging is aangetast door een gebrek waardoor de betrouwbaarheid ervan wegvalt of waardoor het recht op een eerlijk proces in gevaar wordt gebracht;

157. O.a. Cass. 30 maart 2010, *T.Strafr.* 2010, 276, noot K. BEIRNAERT.

158. Cass. 18 mei 2011, *Pas.* 2011, 1356; D. MOUGENOT, *o.c.*, 92, nr. 18.

159. Cass. 10 november 2008, *JLMB* 2009, 347.

160. Art. 1380, tweede lid Ger.W., art. 125 KB van 28 december 1950 houdende algemeen reglement van de gerechtskosten in strafzaken, en, art. 6, eerste lid wet van 16 november 1972 betreffende de arbeidsinspectie.

161. Het geheim van het strafrechtelijk opsporingsonderzoek dat is neergelegd in art. 28*quinquies*, § 1 Sv.

162. Art. 458 Sw.

163. Arbh. Antwerpen (afd. Antwerpen) 26 april 2007, *JTT* 2008, 6.

164. Cass. 10 maart 2008, *JLMB* 2009, 580, noot R. DE BAERDEMAEKER, *NJW* 2010, 195, noot K. VAN KILDONCK, *RCJB* 2009, 325, noot F. KEFER, *Soc.Kron.* 2008, 538, noot.

- de rechter kan bij deze afweging, o.m., rekening houden met een of meer van volgende omstandigheden: het zuiver formeel karakter van de onregelmatigheid; de weerslag op het recht of de vrijheid die door de overschreden norm zijn beschermd; de omstandigheid dat de overheid die met de opsporing, het onderzoek en de vervolging van misdrijven is belast, al dan niet de onrechtmatigheid opzettelijk heeft begaan; de omstandigheid dat de ernst van de inbreuk veruit de begane onrechtmatigheid overstijgt; het feit dat het onrechtmatig verkregen bewijs alleen een materieel element van het bestaan van de inbreuk betreft; het feit dat de onregelmatigheid die aan de vaststelling van de inbreuk voorafging of daarmee gepaard ging, volstrekt onevenredig is met de ernst van die inbreuk;
- de appelrechters oordelen dat de omstandigheid dat een bewijselement op onrechtmatige wijze werd verkregen tot gevolg heeft dat de rechter, bij het vormen van zijn overtuiging, dat element noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks in aanmerking mag nemen en dat alle bewijsmateriaal dat voortvloeit uit het aldus onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal evenmin als regelmatig verkregen bewijs in aanmerking kan worden genomen;
- de appelrechters, die op die gronden oordelen dat de bewijsmiddelen die op onrechtmatige wijze zijn verkregen, niet ontvankelijk zijn, en weigeren dit oordeel aan bovenvermelde criteria of omstandigheden te toetsen, verantwoorden hun beslissing niet naar recht.

Een tweede geval gaf aanleiding tot een arrest van 10 november 2008 waarin het Hof van Cassatie (derde Franstalige kamer) een geheel ander geluid laat horen. In dit geval was een werknemer door zijn werkgever zonder vergoeding of opzegging ontslagen op grond van economische, technische of organisatorische redenen. De werknemer betwistte het regelmatig karakter van dat ontslag wegens bedrog, omdat voor zijn ontslag in werkelijkheid geen dergelijke redenen voorhanden waren. Tot bewijs van de onregelmatige beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst wendde de ontslagen werknemer brieven aan van de advocaat-vereffenaar van zijn werkgever, die niet voor hem bestemd waren. Voor de feitenrechter vroeg de werkgever de wering uit het debat van die stukken omdat de werknemer ze onregelmatig in zijn bezit had gekregen. Bij het bestreden arrest weert het arbeidshof te Luik de door de werknemer aangewende brieven uit het debat, op grond van de overweging dat de werknemer niet aantoont dat hij de regelmatige bezitter van die brieven is. Bij zijn arrest van 10 november 2008<sup>165</sup> verworpt het Hof van Cassatie dat cassatieberoep van de werknemer. Daarbij overweegt het Hof dat:

- wanneer een partij een brief die niet voor haar bestemd is, in rechte wil voorleggen, zij, bij betwisting, moet aantonen dat zij die brief op regelmatige wijze heeft verkregen;
- het arrest, dat beslist dat de eiser, niet aantoont dat hij deze brief op regelmatige wijze in zijn bezit heeft, zijn beslissing om die brieven uit het debat te weren, regelmatig met redenen omkleedt en ze verantwoordt naar recht.

---

165. Cass. 10 november 2008, *JLMB* 2009, 347.

45. Tegen de achtergrond van die cassatierechtspraak blijft de vraag actueel wat de burgerlijke rechter moet doen wanneer hij wordt geconfronteerd met de aanwending door een procespartij van ongeoorloofde bewijsmiddelen. Terwijl het Hof van Cassatie in zijn arrest van 10 maart 2008 toepassing maakt van zijn zgn. Antigoonrechtspraak<sup>166</sup> die sinds 2003 geldt in strafzaken<sup>167</sup> en waarbij het principe wordt gehuldigd van de niet-uitsluiting van de ongeoorloofde bewijsmiddelen<sup>168</sup>, wordt in het cassatie-arrest van 10 november 2008 met geen woord gerept over die Antigoonrechtspraak en wordt wel integendeel het cassatieberoep verworpen tegen een beslissing waarbij, conform de vroegere cassatierechtspraak<sup>169</sup>, de ongeoorloofde bewijsmiddelen zonder meer uit het debat worden geweerd. Het hoeft geen betoog dat deze cassatierechtspraak onderling moeilijk verzoenbaar is, tenzij cassatie-technische redenen (controle door het Hof beperkt tot de draagwijdte van het aangewende middel) de oorzaak zouden zijn van het feit dat in het laatste cassatiearrest geen toepassing kon worden/werd gemaakt van de Antigoonrechtspraak, verklaring waaromtrent in de rechtsleer dan weer onenigheid bestaat.<sup>170</sup> Vandaar dat in dit verband verwarring blijft bestaan in een dubbel opzicht.

De eerste onduidelijkheid heeft betrekking op de vraag of de uit het strafrecht afkomstige Antigoonrechtspraak al dan niet geldt in burgerlijke zaken. Er kan immers worden geargumenteed dat het Hof van Cassatie met zijn arrest van 10 november 2008 de toepassing van de Antigoonleer in burgerlijke zaken heeft verworpen.<sup>171</sup>

Wanneer er al aanleiding mocht toe bestaan de eerste vraag bevestigend te beantwoorden, blijft een tweede onduidelijkheid bestaan, meer bepaald de vraag of de Antigoonleer al dan niet geldt in alle burgerlijke zaken. Omwille van het openbaardekarakter van de materie die aan het arrest van 10 maart 2008 ten grondslag ligt (de “strafrechtelijk” betoegelde werkloosheidsreglementering) en de door het Hof

166. Antigoon is de naam van de zaak waarin het eerste cassatiearrest werd verleend.

167. O.a. Cass. 14 oktober 2003, *RW* 2003-04, 814, concl. Adv. Gen. M. DE SWAEF, *RCJB* 2004, 405, noot F. KUTY, *NJW* 2003, 1367, noot E. BREWAEYS, *RABG* 2004, 333, noot F. SCHUERMANS en *T.Strafr.* 2004, 129, noot Ph. TRAESE.

168. De wijze waarop de Antigoonleer door de feitenrechter inhoudelijk moet gebeuren, valt buiten het bestek van dit onderzoek. Zie daarover o.a. B. CATTOIR, o.c., 557 *et seq.*, nr. 1028 *et seq.*

169. O.a. Cass. 18 april 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 1102.

170. In bevestigende zin: B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in *Themis 1: Gerechtelijk recht (cahier 59)*, Brugge, die Keure, 2010, 57, nr. 36; B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, “Licéité de la preuve en matière civile: une clone pour ‘Antigoon’”, *JT* 2012, 174, nr. 30; F. KEFER, “Antigone et Manon s’invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité de la preuve” (noot onder Cass. 10 maart 2008), *RCJB* 2009, 341-342, nr. 10; J. VAN DONINCK, *Onrechtmatig bewijs in civiele zaken. Willen wij de waarheid?*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2011, 14, nr. 33, voetnoot 50; B. SAMYN, o.c., 74-75, nr. 59. In andersluidende zin: D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 246, nr. 12.

171. Arbh. Brussel 7 februari 2013, *JT* 2013, 262, noot D. MOUGENOT; K. CRAUWELS, “Onrechtmatig bewijs ... of wat ervan overblijft? De invloed van de Antigoonrechtspraak op het onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken” in M. FAURE en W. RAUWS (eds.), *Recente ontwikkelingen in het arbeids-, economisch, straf- en familierecht, Huldeboek voor mr. Jos van Goethem*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 180-181; K. VAN KILDONCK, “Privacy werknemers. Onrechtmatig verkregen bewijs op het werk”, *NJW* 2010, 182, nr. 10.

van Cassatie gebruikte formulering (een letterlijke overname van deze gebruikt in strafzaken), kan immers worden voorgehouden dat de Antigoonrechtspraak enkel van toepassing is in (burgerlijke) materies van openbare orde die “strafrechtelijk” gesancioneerd worden.<sup>172</sup> De Antigoonrechtspraak zou aldus bv. wel gelden wat aangaat inbreuken op de reglementering inzake sociale zekerheid (zoals de werkloosheidsreglementering) die aanleiding kunnen geven tot sancties die als strafrechtelijk kunnen worden bestempeld, doch niet wat betreft arbeidsrechtelijke geschillen (zoals bij ontslag wegens dringende redenen) tussen de werknemer en de werkgever.<sup>173</sup>

**46.** Zowel voor als tegen de (al dan niet veralgemeende) toepassing van de Antigoonrechtspraak in burgerlijke zaken, zijn valabele argumenten aan te voeren. Het gaat daarbij vooral over de mogelijkheid om de objectieve waarheid beter te benaderen (bij toepassing) tegenover het behoud van de rechtszekerheid (bij niet-toepassing). Vanzelfsprekend wordt in die omstandigheden fel uitgekeken naar nieuwe cassatierightspraak waarin een einde wordt gesteld aan de onduidelijke toestand en de kwestie definitief wordt uitgeklaard. In afwachting daarvan kan worden vastgesteld dat de burgerlijke feitenrechtters in de meerderheid van de gevallen de veralgemeende toepassing van de Antigoonrechtspraak aanvaarden.<sup>174</sup> Maar, andersluidende rechtspraak van de feitenrechtters blijft bestaan.<sup>175</sup> Het belang van de keuze voor of tegen is allesbehalve theoretisch, aangezien de praktijk leert dat, bij positieve keuze, in de meerderheid van de gevallen de ongeoorloofde bewijsmiddelen de Antigoonrecht doorstaan en in het debat worden gehouden<sup>176</sup>, dit i.t.t. het resultaat bij afwijzing van de Antigoonrechtspraak.

172. K. CRAUWELS, “Onrechtmatig bewijs ... Of wat ervan overblijft? De invloed van de Antigoonrechtspraak op het onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken” in M. FAURE en W. RAUWS (eds.), *Recente ontwikkelingen in het arbeids-, economisch, straf- en familierecht, Huldeboek voor mr. Jos van Goethem*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 179-181; J. VAN DONINCK, *Onrechtmatig bewijs in civiele zaken. Willen wij de waarheid?*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2011, 14, nr. 32; T. LEONARD en K. ROSIER, “La jurisprudence ‘Antigooon’ face à la protection des données: salvatrice ou dangereuse?”, *RTDI* 2009, 5 et seq.; D. MOUGENOT, “Déflective privé et vie privée: un couple difficile à accorder” (noot onder Bergen 2 maart 2010), *JT* 2010, 298; D. MOUGENOT, “Antigooon face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 246, nr. 11. Zie evenwel in andersluidende zin: D. MOUGENOT, “Antigooon: suite et pas fin ...” (noot onder Arbh. Brussel (2de kamer) 7 februari 2013), *JT* 2013, 269, nr. 7.

173. Arbh. Brussel (2de kamer) 7 februari 2013, *JT* 2013, 262, noot D. MOUGENOT en *Soc.Kron.* 2013, 106, O. RIJCKAERT.

174. Voor enkele toepassingsgevallen, zie Bergen 2 maart 2010, *JT* 2010, 296, noot D. MOUGENOT; Gent 18 maart 2010, *T.Gez.* 2010-11, 398, noot S. DEFLOOR; Arbh. Gent (Afd. Brugge) 28 juni 2010, *JTT* 2011, 366; Arbh. Luik 20 september 2010, *JLMB* 2010, 1899; Arbh. Bergen 8 december 2010, *Soc.Kron.* 2011, 399, noot O. RIJCKAERT; Arbh. Luik 8 maart 2011, *Soc.Kron.* 2011, 404, noot; Gent 16 juni 2011, *Juristenkrant* 2012, afl. 250, 3; Arbh. Brussel (3de kamer) 9 augustus 2011, *Soc.Kron.* 2012, 468; Arbh. Brussel (5de kamer) 3 september 2013, *RW* 2013-14, 1586, noot W.R.

175. Bv. Arbh. Luik 15 december 2008, *RRD* 2008, 236, noot D. MOUGENOT; Arbh. Brussel (2de kamer) 5 november 2009, *Soc.Kron.* 2014, 34, noot; Gent 16 februari 2010, *TGR-TWVR* 2010, 258; Brussel 24 augustus 2010, *P&B* 2011, 111, noot D. MOUGENOT; Arbh. Brussel (2de kamer) 7 februari 2013, *JT* 2013, 262, noot D. MOUGENOT en *Soc.Kron.* 2013, 106, O. RIJCKAERT.

176. D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 595, nr. 7; B. CATTOIR, o.c., 572, nr. 1053.

## § 2. De bescherming van het zakengeheim

**47.** Krachtens artikel 8, eerste lid EVRM heeft eenieder recht op eerbiediging van zijn privéleven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling.<sup>177</sup> De vraag kan worden gesteld of degene die krachtens de artikelen 1315 BW en 870 Ger.W. de bewijslast draagt, de op hem rustende bewijslast kan uitsluiten of minstens kan beperken wanneer hij anders ertoe verplicht wordt gegevens bekend te maken die vallen onder de bescherming van artikel 8, eerste lid EVRM. In bevestigend geval wordt de regeling van de bewijslast uitgehold en komt het recht van degene tegen wie moet worden bewezen op een eerlijke behandeling van de zaak, meer bepaald zijn recht op tegenspraak, zoals gewaarborgd door artikel 6.1 EVRM, in het gedrang. Bij gebrek aan bescherming van de privacy worden de rechten van degene die de bewijslast draagt, inbegrepen zijn recht op een eerlijk proces en zijn daaruit voortvloeiend recht op bewijs, ook neergelegd in artikel 6.1 EVRM, ondermijnd. In dat geval moet hij kiezen tussen enerzijds het risico op aanzienlijke, mogelijk onherstelbare schade door de openbaarmaking van vertrouwelijke informatie en anderzijds het risico op verlies van het proces bij geheimhouding van die gegevens.

Een variante van dezelfde problematiek betreft de vraag of de partij die in rechte wordt aangesproken, buiten de hypothese bedoeld bij artikel 882 Ger.W.<sup>178</sup>, kan weigeren samen te werken aan de bewijsgaring of minstens die samenwerking kan beperken wanneer zij anders ertoe verplicht wordt vertrouwelijke informatie waarover zij beschikt en die valt onder de bescherming van artikel 8, eerste lid EVRM, openbaar te maken. In bevestigend geval wordt het uit artikel 6.1 EVRM voortvloeiende recht op bewijs van degene die de bewijslast draagt, uitgehold. Bij gebrek aan bescherming van de privacy wordt het recht van verdediging van de partij die in rechte wordt aangesproken, zoals neergelegd in artikel 6.1 EVRM, aangetast. Die partij wordt dan immers voor de keuze gesteld: ofwel het risico lopen op ernstige schade bij openbaarmaking van de vertrouwelijke informatie, ofwel het risico lopen op een sanctie die de rechter zal koppelen aan de miskenning van de algemene verplichting tot samenwerking aan de bewijsgaring.

**48.** Recent werd die problematiek voorgelegd aan het Hof van Cassatie in een geschil waarin door een procespartij een beroep werd gedaan op de bescherming van het zakengeheim. Onder zakengeheim moet worden verstaan bedrijfsgevoelige informatie met vertrouwelijk karakter waarvan de bekendmaking aan derden de

177. Zie ook art. 22 Gec. Gw.

178. Dit is de hypothese van een rechterlijk bevel tot overlegging van stukken waaraan zonder wettige reden geen gevolg wordt verleend. Waarbij moet opgemerkt worden dat onenigheid bestaat over de vraag of de privacy al dan niet in aanmerking komt als wettige reden. Terecht in ontkennde zin, o.a. D. MOUGENOT, "Le charme discret des 'petites' mesures d'instruction", *P&B* 2007, 245, nr. 19; B. ALLEMEERSCH en W. VANDENBUSSCHE, "Bewijs versus geheim in het aansprakelijkheidscontentieux", *TBH* 2013, 1071, nr. 36. Anders in bevestigende zin, o.a. J.-P. BUYLE, "La production forcée de documents au regard du secret et de la confidentialité", *TBH* 2013, 1081.

onderneming ernstige schade zou toebrengen, zoals bv. interne studies die betrekking hebben op de evolutie van de markt en de toekomststrategie van de onderneming, haar knowhow, haar commerciële strategie, informatie omtrent de verdiensten van haar personeelsleden ...<sup>179</sup> Aangenomen wordt dat artikel 8, eerste lid EVRM de bescherming van het zakengeheim inhoudt en ook geldt voor rechtspersonen.<sup>180</sup>

Als gevolg van het afspringen van een project dat voorzag in de aanleg van een nieuw windturbinepark in de Noordzee, stelt een aantal ondernemingen een aansprakelijkheidsvordering tegen de Belgische staat. Om het bestaan en de omvang van hun schade te doen begroten, vorderen die ondernemingen de aanstelling van een deskundige. Aangezien bepaalde van de door hen aan te wenden stukken die de omvang van hun schade bewijzen vertrouwelijke informatie bevatten, vragen zij aan de rechter dienaangaande bescherming van hun zakengeheim. Die op de confidentialiteit van de stukken gegronde aanspraak wordt door de eerste rechter afgewezen onder verwijzing naar het recht van verdediging en naar het recht op tegenspraak dat ten voordele van iedere partij bestaat. Het hof van beroep te Brussel<sup>181</sup> oordeelt anders, verleent wel bescherming aan het zakengeheim in het raam van het uit te voeren deskundigenonderzoek en meent het recht van verdediging en het recht op tegenspraak te respecteren door een beroep te doen op de techniek van de zgn. “data room”, zijnde het fysiek afzonderen van de vertrouwelijke documenten in een door de eisende partijen in België te organiseren datakamer met een voor de deskundige en de partijen gerelementeerde inzage (zonder recht op kopie- of notitieneming), in combinatie met een vertrouwelijkheidsovereenkomst. De Belgische staat tekent cassatieberoep aan en voert daarbij o.m. de schending aan van de artikelen 6.1 en 8 EVRM, alsook van artikel 1315 BW en artikel 870 Ger.W. In zijn arrest van 2 november 2012<sup>182</sup> overweegt het Hof van Cassatie dat:

- overeenkomstig artikel 6.1 EVRM, eenieder bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie welke bij de wet is ingesteld; dat uit deze regel voortvloeit dat aan de procespartijen de mogelijkheid wordt geboden om tegenspraak te voeren omtrent elk stuk of elk betoog dat van aard is het oordeel van de rechter te beïnvloeden; dat het beginsel van de tegenspraak, zoals gewaarborgd door deze

179. Brussel 29 juni 2009, *RW* 2012-13, 388. Zie ook J.-P. BUYLE, “La production forcée de documents au regard du secret et de la confidentialité”, *TBH* 2013, 1079.

180. HvJ 14 februari 2008, C-450/06, *Varec/Belgische Staat*, *Jur.* 2008, I, 581; GwH 19 september 2007, nr. 118/2007, *RABG* 2008, 382, noot Sz. JOCHEMS; Cass. 2 november 2012, *P&B* 2013, 53, *TBO* 2013, 84, noot T. TOREMANS en F. DUPON en *JT* 2013, 176, noot E. DE LOPHEM; Brussel 30 juni 2010, *P&B* 2011, 48, noot en *JDSC* 2012, 8, noot M. COIPEL; D. MOUGENOT, “Le secret d’affaires et ses implications en droit judiciaire”, *P&B* 2009, 112; B. ALLEMEERSCH en W. VANDENBUSSCHE, “Bewijs versus geheim in het aansprakelijkheidscontentieux”, *TBH* 2013, 1958 *et seq.*, nr. 3 *et seq.*

181. Brussel 29 juni 2009, *RW* 2012-13, 388.

182. Cass. 2 november 2012, *P&B* 2013, 53, *TBO* 2013, 84, noot T. TOREMANS en F. DUPON en *JT* 2013, 176, noot E. DE LOPHEM.



verdragsbepaling, betrekking heeft op het geding voor de rechtbank en niet op het door de rechter bevolen deskundigenonderzoek; dat het deskundigenonderzoek evenwel op zulke wijze moet verlopen dat de partijen de mogelijkheid hebben voor de rechter op doeltreffende wijze hun opmerkingen te formuleren op het deskundigenverslag dat door de rechter als een essentieel bewijselement wordt aangemerkt; dat dit impliceert, mede in acht genomen de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek die de tegensprekelijkheid van het gerechtelijk deskundigenonderzoek waarborgen<sup>183</sup>, alsmede deze inzake de mededeling van de stukken, dat de partijen de stukken die zij in het kader van het deskundigenonderzoek willen aanwenden in de regel aan elkaar moeten overleggen en dat zij niet alleen het recht hebben inzage ervan te nemen, maar ook het recht deze af te schrijven of nog afschrift ervan te nemen;

- overeenkomstig artikel 8 EVRM, eenieder het recht heeft op eerbiediging van zijn privéleven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling; dat deze bepaling ook de bescherming inhoudt van het zakengeheim en ook geldt voor rechtspersonen; dat de bescherming van het zakengeheim van een partij derhalve een belang is dat de rechter in aanmerking kan nemen om te oordelen dat niet ieder stuk waarmee de deskundige heeft rekening gehouden, wordt medegedeeld aan de tegenpartij; dat een dergelijke beoordeling geen schending inhoudt van artikel 6 EVRM; dat, of bij het afwegen van de respectieve belangen, de tegensprekelijkheid van het deskundigenonderzoek niet zodanig beperkt wordt dat daaruit een schending van het recht op een eerlijke behandeling van de zaak voortvloeit, in concreto en in het licht van de zaak in haar geheel moet worden beoordeeld<sup>184</sup>;
- anders dan waarvan het middel uitgaat, de omstandigheid dat een schadelijder de bewijslast draagt van het bestaan en de omvang van zijn schade niet belet dat de rechter na een belangenafweging oordeelt dat de schadelijder een beroep kan doen op de bescherming van het zakengeheim dat door artikel 8 EVRM is gewaarborgd, om vervolgens het cassatieberoep te verwerpen na te hebben beslist dat het bestreden arrest *in concreto* en in het licht van de zaak in haar geheel wettig vermocht te oordelen dat de (via de techniek van de zgn. “*data room*” in combinatie met de vertrouwelijkheidsovereenkomst) doorgevoerde beperking inzake de tegensprekelijkheid van de verrichtingen, geen schending oplevert van het recht op een eerlijke behandeling van de zaak dat is neergelegd in artikel 6.1 EVRM. Het Hof voegt daaraan ten slotte toe dat de vraag enerzijds of het recht van verdediging wordt geschonden

183. Krachtens art. 973, § 1 Ger.W. (ingevoerd door art. 11 wet 15 mei 2007, *BS* 22 augustus 2007) moet de rechter die het deskundigenonderzoek heeft bevolen, het verloop van het onderzoek volgen en er nl. op toezien dat de termijnen worden nageleefd en dat de tegenspraak in acht wordt genomen. Vóór de invoering van die wetsbepaling werd aangenomen dat het beginsel van de tegenspraak slechts betrekking had op de fase voor de rechter en niet op een door de rechter bevolen deskundigenonderzoek (B. ALLEMEERSCH en W. VANDENBUSSCHE, “Bewijs versus geheim in het aansprakelijkheidscontentieux”, *TBH* 2013, 1064, nr. 19).

184. Vgl. Cass. 24 maart 2011, *TBH* 2011, 485, dat een bevestiging inhoudt van Antwerpen 20 november 2007, *P&B* 2009, 110, noot D. MOUGENOT, waarin de bescherming van het zakengeheim nog beperkt wordt tot de vertrouwelijke informatie die niet relevant is voor de bevindingen van de deskundige, weliswaar in het raam van een beslag inzake namaak.

doordat enkel de mogelijkheid tot het nemen van inzage van de vertrouwelijke stukken wordt geboden (en geen mogelijkheid tot het nemen van afschriften daarvan), en anderzijds of het recht op tegenspraak wordt miskend door de afwezigheid van rechterlijke controle m.b.t. het confidentieel karakter van die stukken, uitsluitend behoort tot de soevereine beoordelingsbevoegdheid van de feitenrechter, zodat het daarop geponde middel niet ontvankelijk is.

49. Volgens het cassatiearrest van 2 november 2012<sup>185</sup> belet de regeling van de bewijslast dus niet dat de eisende partij die zich verplicht ziet vertrouwelijke informatie vrij te geven om kans op welslagen van haar vordering te maken, een beroep doet op de bescherming van het zakengeheim. Er is geen reden om niet dezelfde regel aan te nemen t.a.v. de schuldenaar die de bevrijding van zijn schuld wil aantonen en daartoe een beroep moet doen op confidentiële stukken.<sup>186</sup> In beide gevallen vormt het bewijsrecht in principe geen hinderpaal voor de bescherming van de privacy.

Of en in welke mate de privacy in dat geval wordt beschermd, beslist de feitenrechter op grond van een afweging van de belangen enerzijds van de procespartij die op grond van artikel 8, eerste lid EVRM de bescherming van de privacy inroept en anderzijds van de tegenpartij die op grond van artikel 6.1 EVRM recht heeft op een eerlijk proces. Het komt enkel de feitenrechter toe *in concreto* en in het licht van de zaak in haar geheel te oordelen of de privacy niet zodanig wordt beschermd dat daaruit een schending van het recht op een eerlijke behandeling van de zaak voortvloeit.<sup>187</sup> Het Hof van Cassatie oefent daarop slechts een marginale controle uit en gaat enkel na of er geen sprake is van een manifeste schending van de betrokken grondrechten.

Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat slechts uitzonderlijk beperkingen aan het principe van de tegenspraak worden aanvaard en dat zulks in al die gevallen gepaard gaat met procedurele waarborgen van de rechten van de tegenpartij.<sup>188</sup>

In die zin aanvaardt het Hof van Cassatie in het besproken geschil dat de feitenrechter de privacy van de eisende partij beschermt en het recht op tegenspraak van de

185. Dat weliswaar betrekking heeft op de bescherming van het zakengeheim in het raam van een deskundigenonderzoek, maar waarvan kan aangenomen worden dat het een ruimere draagwijdte heeft en *mutatis mutandis* geldt voor andere wijzen van bewijsgaring.

186. Het tegendeel is het geval, aangezien de schuldenaar, i.t.t. de schuldeiser, niet het initiatief tot het geding heeft genomen en dienaangaande helemaal geen keuze heeft (D. MOUGENOT, "L'utilisation de données confidentielles en matière judiciaire: quelques réflexions d'un magistrat", *TBH* 2013, 1093, nr. 4).

187. Enkele algemene criteria die bij die belangenafweging kunnen worden betrokken, zijn: de al dan niet concurrentiële verhouding tussen de partijen, de waarde van de vertrouwelijke informatie voor de tegenpartij, de gegevens waarover de tegenpartij reeds beschikt, met inbegrip van de mogelijkheid om deze gegevens te verkrijgen via een alternatieve weg en het risico dat bepaalde vertrouwelijke gegevens voor andere doeleinden zouden worden gebruikt (B. ALLEMEERSCH en W. VANDENBUSSCHE, "Bewijs versus geheim in het aansprakelijkheidscontentieux", *TBH* 2013, 1065, nr. 22, die daarbij verwijzen naar een onuitgegeven vonnis van 20 december 2012 van de rechtbank van koophandel te Antwerpen, C/12/00129).

188. O.a. EHRM 16 februari 2000, nr. 27052/95, *Jasper/Vereinigd Koninkrijk*, §§ 51-53.

tegenpartij beperkt door de verplichting tot overlegging van de aangewende stukken aan bepaalde modaliteiten te onderwerpen. Die zienswijze krijgt bijval in de rechtsleer<sup>189</sup> en in de rechtspraak van de feitenrechters.<sup>190</sup> Een rechtsgrond voor die oplossing kan worden gevonden in artikel 879 Ger.W. dat de mogelijkheid voorziet om de overlegging van de bewijsstukken te moduleren. Wanneer de rechter kan bepalen op welke wijze de (gedwongen) overlegging van stukken moet geschieden, impliceert dat de mogelijkheid voor de rechter om die overlegging te onderwerpen aan bepaalde modaliteiten, daarbij rekening houdend met de bescherming van de privacy. Op die manier kan de rechter voor de bescherming van de privacy, afhankelijk van de concrete context, specifieke oplossingen uitwerken die het recht op een eerlijk proces in zijn geheel genomen waarborgen. *Mutatis mutandis* kunnen dezelfde oplossingen worden aangewend i.g.v. vrijwillige overlegging van stukken<sup>191</sup>, dit in acht genomen artikel 736 Ger.W. dat voorschrijft dat partijen hun stukken aan elkaar moeten mededelen alvorens er gebruik van te maken.

In het geschil dat aanleiding heeft gegeven tot het cassatiearrest van 2 november 2012 werd door de feitenrechter aldus geopteerd voor de techniek van de dataroom in combinatie met de ondertekening van een vertrouwelijkheidsovereenkomst. Dat is een van de mogelijke oplossingen.<sup>192</sup> Maar, ook andere oplossingen komen voor in de rechtspraak en de rechtsleer<sup>193</sup>, bv. het onleesbaar maken van de vertrouwelijke informatie<sup>194</sup>, de toelating aan de partij die de bewijslast draagt om de vertrouwelijke informatie enkel ter terechtzitting te tonen aan de rechter en aan de raadsman van de tegenpartij, zonder die stukken als dusdanig neer te leggen en mede te delen aan de tegenpartij<sup>195</sup>, het laten inzien van de vertrouwelijke stukken door tussenpersonen/lasthebbers van de partijen die zich uitdrukkelijk hebben verbonden tot geheimhouding t.a.v. hun lastgevers<sup>196</sup>, of nog, het beperken van die toegang tot vertrouwelijke informatie tot vertegenwoordigers/raadgevers van de partijen die gebonden zijn door het beroepsgeheim, zoals bv. bedrijfsrevisoren<sup>197</sup>, soms in combinatie met een absolute

189. O.a. B. ALLEMEERSCH en W. VANDENBUSSCHE, “Bewijs versus geheim in het aansprakelijkheidscontentieux”, *TBH* 2013, 1067 *et seq.*, nr. 28 *et seq.*

190. Brussel 30 juni 2010, *P&B* 2011, 48, noot en *JDSC* 2012, 8, noot M. COIPEL.

191. B. ALLEMEERSCH en W. VANDENBUSSCHE, “Bewijs versus geheim in het aansprakelijkheidscontentieux”, *TBH* 2013, 1071 nr. 38 *et seq.*; J.-P. BUYLE, “La production forcée de documents au regard du secret et de la confidentialité”, *TBH* 2013, 1082.

192. In feite gaat het om een zeer dure maatregel die praktisch enkel aanwendbaar is in zaken met grote financiële impact.

193. Zie daarover B. ALLEMEERSCH, “Zakengeheim in burgerlijk proces en bewijs” in B. ALLEMEERSCH *et al.*, *Zakengeheim*, Brugge, die Keure, 2012, 20-21; B. ALLEMEERSCH en W. VANDENBUSSCHE, “Bewijs versus geheim in het aansprakelijkheidscontentieux”, *TBH* 2013, 1072-1074, nrs. 41-49.

194. O.a. Brussel 30 juni 2010, *P&B* 2011, 48, noot en *JDSC* 2012, 8, noot M. COIPEL.

195. O.a. Kh. Hasselt 11 oktober 1996, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1996, 293.

196. Kh. Brussel 4 november 2009, nr. A/08/02426, onuitg., aangehaald door B. ALLEMEERSCH en W. VANDENBUSSCHE, “Bewijs versus geheim in het aansprakelijkheidscontentieux”, *TBH* 2013, 1073, nr. 47; D. MOUGENOT, “L’utilisation de données confidentielles en matière judiciaire: quelques réflexions d’un magistrat”, *TBH* 2013, 1094, nr. 5.d en 1098, nr. 10.

197. Arbh. Luik 22 mei 2001, *RRD* 2001, 468; Antwerpen 20 november 2007, *P&B* 2009, 110, noot D. MOUGENOT.

zwijgplicht tegenover hun cliënten<sup>198</sup> ... Of en in welke mate die andere oplossingen de marginale toetsing door het Hof van Cassatie kunnen doorstaan, moet nog blijken, zeker wanneer daardoor het recht op tegenspraak t.a.v. bepaalde aangewende bewijsstukken, zo niet volledig dan toch minstens in verregaande mate, wordt tenietgedaan.

**50.** Onduidelijkheid blijft bestaan t.a.v. gevallen waarin een conflict optreedt tussen de verplichting van de procespartijen tot samenwerking aan de bewijsgaring en de bescherming van de privacy. I.t.t. beide hierboven besproken gevallen, wordt in dit geval het recht op bescherming van de privacy ingeroepen door degene tegen wie moet worden bewezen. Over die problematiek kreeg het hof van beroep te Brussel te oordelen n.a.v. een vordering tot staking van met de eerlijke handelspraktijken strijdige daden. Door de bvba Euroconex België (voorheen de nv Citibank België) werd aan de nv Bank Card Company (beiden actief in de sector van het leveren van diensten aan handelaars die te maken hebben met de aanvaarding van de kredietkaarten Visa en MasterCard als betaalmiddel voor transacties tussen die handelaars en hun klanten, de zgn. acquisitiediensten voor die kredietkaarten) het onrechtmatig afwerpen van cliënteel verweten door aan haar cliënteel een aanbod te doen dat zij niet in staat was te beconcurreren, inz. door als onderneming met een dominante positie aan de handelaars die deel uitmaken van haar netwerk een commissie aan te rekenen die lager was dan de gemiddelde variabele kost die zij per transactie droeg.<sup>199</sup> Bij zijn arrest van 29 september 2006<sup>200</sup> verklaart het hof van beroep te Brussel de vordering van de bvba Euroconex België ongegrond, na te hebben overwogen dat:

- het aan de BVBA Euroconex België behoort een afdoende bewijsvoering te doen van de feiten (het aanrekenen door de verstreker van acquisitiediensten aan de handelaars die deel uitmaken van zijn netwerk, van een commissie voor het verstrekken van die diensten die lager is dan de gemiddelde variabele kost die hij per transactie draagt) die de toepassingsvoorwaarden vormen van de wets-/verdragsbepalingen waarvan de schending wordt ingeroepen;
- het principe van de loyaleiteit in het juridisch debat niet impliceert dat een onderneming die ervan verdacht wordt gedrag aan te nemen dat strijdig is met het mededingingsrecht, maar waartegen geen enkel rechtstreeks bewijs wordt aangebracht van het bestaan van een precies omschreven inbreuk, de informatie die in haar bezit is en die de realiteit van een ingeroepen feitelijke situatie kan aantonen (hier de informatie over het niveau van de commissie die de NV Bank Card Company moet afstaan aan de uitgever van de gebruikte kredietkaart en over de kosten die zij draagt), moet neerleggen in de debatten, noch dat die onderneming uitleg moet verschaffen over de finaliteit van de gedragingen die haar worden verweten; deze informatie is gedekt door het zakengeheim, zodat *“la Cour ne saurait en exiger la production dans le cadre d’une procédure caractérisée par le droit de chaque*

198. Gent 11 april 2011, *RW* 2012-13, 468.

199. Miskennis van art. 93 oude WHPC en de art. 81 en 82 oud EG-Verdrag.

200. Brussel 29 september 2006, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2006, 870, noot A. VAN DEN BOSSCHE.

*partie au procès de prendre connaissance des pièces déposées par les autres parties en cause, puisqu'elle n'a pas le pouvoir de les protéger*”;

- bij afwezigheid van bewijs van de hierboven bedoelde feiten, de stakingsvordering van de NV Euroconex België ongegrond blijft.

In het arrest van 29 september 2006 van het hof van beroep te Brussel wordt het conflict tussen het bewijsrecht en de bescherming van de privacy niet opgelost via een modulering van de overlegging van de bewijsstukken, doch worden de bewijsregels, meer bepaald de algemene verplichting van de procespartijen tot samenwerking aan de bewijsgaring, volledig terzijde geschoven ten voordele van de door de betrokkene ingeroepen bescherming van het zakengeheim. Of bij het afwegen van de respectieve belangen het arrest op grond van de ingeroepen redenen *in concreto* en in het licht van de zaak in haar geheel genomen wettig kon beslissen dat het recht op bewijs van de partij die de bewijslast droeg daarmee niet zodanig wordt beperkt dat daaruit een schending van het recht op een eerlijke behandeling van de zaak voortvloeit, valt minstens in vraag te stellen. Maatregelen die fundamentele grondrechten beperken zijn slechts legitiem in zoverre ze absoluut noodzakelijk zijn, waarbij een minder beperkende maatregel die op zich volstaat, steeds de voorrang geniet.<sup>201</sup> Kon in dit geval de privacy niet worden geëerbiedigd door de verplichting van de aangesproken partij tot samenwerking aan de bewijsgaring te beperken door een vorm van modulering van de door hem over te leggen stukken?<sup>202</sup>

## AFDELING 4. BESLUIT

**51.** Anders dan doorgaans gedacht, is het bewijsrecht in burgerlijke zaken geen statisch rechtsdomein. Het tegendeel is het geval. Nog afgezien van meerdere recente wetwijzigingen, is de rechtspraak op dat vlak overvloedig en wordt zij gekenmerkt door nieuwe evoluties op cruciale vraagpunten. Dit onderzoek toont aan dat dit ook en i.h.b. het geval is voor de rechtspraak van het Hof van Cassatie. Die rechtspraak krijgt inzake bewijs niet altijd de aandacht die ze verdient. Vergeten wordt dat de grenzen van een geschil in feite worden vastgelegd door de door de procespartijen aangevoerde en, voor zover betwist, bewezen feiten. De rechtsregels die het aldus afgebakende geschil beheersen en waartoe de aandacht van de rechtspracticus zich veelal beperkt, komen bijgevolg slechts op de tweede plaats. De toepassing van het bewijsrecht op de casus gaat daaraan vooraf en is daarom zeer dikwijls doorslaggevend in de uiteindelijke afloop van de betwisting. Dit overzicht van de actuele vraagstukken die inzake bewijs aan de orde zijn in de cassatierechtspraak, heeft geen ander oogmerk dan die kwesties in de schijnwerpers te zetten.

201. B. ALLEMEERSCH en W. VANDENBUSSCHE, “Bewijs versus geheim in het aansprakelijkheidscontentieux”, *TBH* 2013, 1065, nr. 21.

202. Vgl. J.-P. BUYLE, “La production forcée de documents au regard du secret et de la confidentialité”, *TBH* 2013, 1082.



# **HET BEWIJS IN STRAFZAKEN**

Joachim MEESE  
Docent Universiteit Antwerpen  
Advocaat-vennoot Van Steenbrugge Advocaten





## AFDELING 1. INLEIDING

1. Het spreekt voor zich dat de bewijsregeling een van de belangrijkste aspecten van het strafprocesrecht uitmaakt. De bewijsregeling in strafzaken bevat verschillende onderdelen. Nl. gaat het om de bewijslast, de bewijsmiddelen (met inbegrip van het leerstuk van het onrechtmatig verkregen bewijs) en de bewijswaardering. In essentie gaat het om drie aparte vragen, nl. wie het bewijs moet leveren (bewijslast), welke middelen mogen worden aangewend om een strafbaar feit te bewijzen (de bewijsmiddelen) en hoe de voorgelegde bewijsmiddelen moeten worden beoordeeld (de bewijswaardering).<sup>1</sup> Alhoewel al die aspecten in onderhavige bijdrage aan bod komen, wordt vooral aandacht besteed aan het leerstuk van het onrechtmatig verkregen bewijs. Die keuze is niet enkel ingegeven door de vaststelling dat een extensieve bespreking van alle aspecten van de bewijsregeling binnen het bestek van deze bijdrage schier onmogelijk zou zijn, maar vooral door het belang van het leerstuk van het onrechtmatig verkregen bewijs voor de rechtspraak en het feit dat deze door de rechtspraak ontwikkelde doctrine nog niet zo lang geleden door de wetgever is verankerd.

## AFDELING 2. DE BEWIJSLAST EN DE BEWIJSMIDDELEN

### § 1. De bewijslast

2. Dat de bewijslast op het Openbaar Ministerie rust – dat hierin desgevallend kan worden bijgestaan door de burgerlijke partij – is een algemeen principe dat de kern raakt van het recht op een eerlijk proces. Het houdt dan ook nauw verband met het zwijgrecht en het verbod van gedwongen zelfincriminatie<sup>2</sup>, alhoewel die principes niet alles uitleggen wat de bewijslastregeling betreft.<sup>3</sup> In de continentale landen werd het zwijgrecht trouwens van in den beginne vaak gekoppeld aan de bewijslast in strafzaken: aangezien de bewijslast op de schouders van de vervolgende partij rust en de verdachte of beklagde zijn onschuld niet moet bewijzen, is het logisch dat hij ook het recht heeft om te zwijgen.<sup>4</sup> Het stilzwijgen van de verdachte mag dan ook niet tot

1. Ph. TRAEST, “Hard bewijs: wanneer is de rechter overtuigd?” in X., *Bewijs in strafzaken, Verslagboek van het colloquium van de BLUS te Brussel, 27 september 2011, Reeks Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie*, Brugge, die Keure, 2011, 61.

2. Zie over deze begrippen meer uitgebreid J. MEESE, “The sound of silence. Het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel in strafzaken. Een historisch en rechtsvergelijkend onderzoek” in J. ROZIE, S. RUTTEN en A. VAN OEVERLEN (eds.), *Zwijgrecht versus spreekplicht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 37-72.

3. D. DE WOLF, *Handboek correctioneel procesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 235, nr. 181. Zo bestaat de bewijslastregel ook om gerechtelijke dwalingen te vermijden (P. MURPHY, *Murphy on evidence*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 71).

4. Zie bv. M. AYAT, “Le silence prend la parole: la percée du droit de se taire en droit international pénal”, *Revue de droit international et de droit comparé (RDIDC)* 2001, 221 (219-255).

gevolg hebben dat de bewijslast voor het Openbaar Ministerie afneemt.<sup>5</sup> Dat principe is echter niet absoluut, aangezien het EHRM aanvaardt dat met het zwijgen van de verdachte in de procesfase rekening wordt gehouden, in zoverre er ook nog andere wezenlijke bewijselementen *à charge* bestaan<sup>6</sup> en het stilzwijgen dus slechts als additioneel steunelement in rekening wordt gebracht.<sup>7</sup> Het zwijgen mag dus niet als enig of hoofdzakelijk bewijs van schuld doorwegen in de besluitvorming van de strafrechter.<sup>8</sup> Ook mag men van een verdachte geen uitleg verwachten over een bepaald feit als er niet eerst elementen voorhanden zijn die in de richting van die verdachte wijzen, aangezien anders de bewijslast geheel naar de verdachte verschuift.<sup>9</sup> Ook het Hof van Cassatie verduidelijkte overigens reeds dat miskenning van het zwijgrecht niet kan worden afgeleid uit de omstandigheid alleen dat de bodemrechter, na de ten laste van de beklaagde ingewonnen bewijzen te hebben opgesomd, enerzijds, erop wijst dat die beklaagde systematisch weigert de nodige inlichtingen te verstrekken, en, anderzijds, beslist dat het geheel van die gegevens de overtuiging staven dat de tenlastelegging bewezen is.<sup>10</sup>

Uiteraard betekent het voorgaande niet dat de strafrechter volstrekt passief kan zijn en volledig afhankelijk is van de bewijslevering door de partijen.<sup>11</sup> De rechter beschikt immers over een initiatiefrecht om het door de partijen aangeleverde bewijs aan te vullen, wat past in zijn taak om de materiële waarheid te achterhalen. Daarnaast mag de rechter zich ook steunen op gegevens van algemene bekendheid. Dat zijn gegevens die niet bewezen moeten worden en dus ook niet door een bepaalde partij moeten worden aangetoond. Dergelijke gegevens kunnen door de rechter meteen voor waar worden aangenomen.<sup>12</sup>

**3.** Ondanks het uitgangspunt dat de bewijslast op het Openbaar Ministerie rust, zijn er toch situaties waarin van de beklaagde ook iets verwacht wordt. Zo is het vaststaande rechtspraak dat de beklaagde die een rechtvaardigingsgrond of een schulduitsluitingsgrond opwerpt, deze aannemelijk moet maken of aantonen dat de aanvoering ervan niet van elke grond van geloofwaardigheid is ontbloot, alvorens de bewijslast effectief op de schouders van het Openbaar Ministerie terechtkomt.<sup>13</sup> Anders gesteld,

- 
5. Cf. Ph. TRAEST, "Actualia strafprocesrecht" in *CBR Jaarboek 1997-1998*, Antwerpen, Maklu, 1998, 391 (377-409).
  6. R. VERSTRAETEN en Ph. TRAEST, "Het recht van verdediging in de onderzoeksfase", *NC* 2008, 98, nr. 36 (85-105).
  7. EHRM 8 februari 1996, nr. 18731/91, *John Murray t. Verenigd Koninkrijk*, § 47. Deze zaak had betrekking op een vervolging van een vermeend IRA-lid die tijdens alle verhoren het stilzwijgen had bewaard en die uiteindelijk, o.m. op basis van dit stilzwijgen, werd veroordeeld. Het EHRM zag hierin geen schending van het zwijgrecht omdat de veroordeling gestaafd werd door (meer dan) voldoende andere bewijzen van schuld. Zie tevens Cass. 5 april 2000, AR P.00.0250.F, *Pas.* 2000, I, 708 en *JT* 2000, 806.
  8. F. KUTY, "L'étendue du droit au silence en procédure pénale", *Rev.dr.pén.* 2000, 312 (309-334); C. DE VALKENEEER, *Manuel de l'enquête pénale*, Brussel, Larcier, 2005, 146.
  9. Zie hierover EHRM 20 maart 2001, nr. 33501/96, *Telfner t. Oostenrijk*, § 18.
  10. Cass. 5 april 2000, *Arr.Cass.* 2000, 716 en *JT* 2000, 806.
  11. Zie D. DE WOLF, *Handboek correctioneel procesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 238, nr. 185.
  12. Zie bv. Cass. 7 februari 2006, AR P.05.1375.N, *Arr.Cass.* 2006, 321 en *NC* 2008, 181.
  13. Zie o.m. Cass. 18 september 1972, *Arr.Cass.* 1973, 65 en Cass. 4 januari 1994, AR P.93.1201.N, *Arr.Cass.* 1994, nr. 5.

de beklaagde mag zich niet beperken tot een loutere bewering.<sup>14</sup> De rechtvaardigingsgrond of schulduitsluitingsgrond bewijzen kan van de beklaagde echter niet worden geëist.<sup>15</sup> Een zelfde regel geldt trouwens wanneer de beklaagde aanvoert dat er sprake is van provocatie.<sup>16</sup> Het is dus aan de vervolgende partij om te bewijzen dat er geen sprake is van provocatie als de aantijgingen van de beklaagde daaromtrent niet geheel onwaarschijnlijk zijn.<sup>17</sup>

Een andere situatie waarbij van de beklaagde iets verwacht wordt, kan zich voordoen m.b.t. verbeurdverklaring. Onder bepaalde voorwaarden kan immers de verbeurdverklaring worden uitgesproken tegen de daders, mededaders en medeplichtigen, wanneer de veroordeelde over een relevante periode verdere vermogensvoordelen heeft ontvangen terwijl er ernstige en concrete aanwijzingen zijn dat deze voordelen voortspruiten uit het misdrijf waarvoor hij werd veroordeeld of uit identieke feiten, en de veroordeelde het tegendeel niet geloofwaardig maakt.<sup>18</sup> In dat geval geldt dus een verdeling van de bewijslast.

## § 2. De bewijsmiddelen

4. Het Belgisch strafprocesrecht kent een vrij bewijsstelsel. Dat betekent dat, behoudens enkele uitzonderingen waar de wet een specifiek bewijsmiddel voorschrijft<sup>19</sup>, het bewijs van een strafbaar feit geleverd kan worden door alle middelen van recht. Daaruit volgt dat de rechter in de regel op onaantastbare wijze oordeelt op welke wijze hij zijn overtuiging vormt.<sup>20</sup> Wel moet hij rekening houden met een aantal specifieke gevallen die zich kunnen voordoen als er sprake is van een prejudicieel geschil.<sup>21</sup> Zo moet het bewijs van een vooraf aan het misdrijf bestaande overeenkomst in beginsel geleverd worden door de regels van het burgerlijk recht.<sup>22</sup>

In een behoorlijk aantal gevallen hebben processen-verbaal bewijswaarde tot bewijs van het tegendeel<sup>23</sup>, weliswaar beperkt tot datgene dat de verbalisant persoonlijk heeft vastgesteld.<sup>24</sup> In dat geval is de rechter dus verplicht de vaststellingen en

14. Cass. 29 juni 1976, *Arr.Cass.* 1976, 1225.

15. Cass. 21 april 1998, AR P.96.0727.N, *Arr.Cass.* 1998, 440.

16. Het verbod van provocatie is opgenomen in art. 30 V.T.Sv.

17. Zie EHRM 8 januari 2013, *Baltins t. Litouwen*, NC 2014, 26.

18. Zie art. 43<sup>quater</sup>, § 2 Sv.

19. Zie bv. inzake het gebruik van de ademanalyse in verkeerszaken Cass. 26 november 2008, AR P.08.1293.F, *Pas.* 2008, afl. 11, 2673, *RW* 2010-11, 450 en *JT* 2008, 741.

20. Zie bv. Cass. 5 maart 2002, AR P.00.1165.N, *Arr.Cass.* 2002, 683 en *Verkeersrecht* 2002, 185.

21. Zie hierover D. DE WOLF, *Handboek correctioneel procesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 251-256, nrs. 198-204.

22. Zie art. 16, eerste lid V.T.Sv.

23. Zie bv. art. 62 Wegverkeerswet.

24. Zie o.m. Cass. 17 mei 1977, *Arr.Cass.* 1977, 956. Wat de verbalisant heeft afgeleid uit zijn persoonlijke vaststellingen, valt dus niet onder de bijzondere bewijswaarde (zie bv. Cass. 3 juni 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1227). Meer uitgebreid J. MEESE, "Hoe bijzonder is de bewijswaarde van vaststellingen van politiediensten en inspectiediensten?" in M. BOCKSTAËLE en P. PONSAERS (eds.), *Bijzondere inspectiediensten. Overzicht, bevoegdheden, instrumenten, samenwerking en knelpunten*, Antwerpen, Maklu, 2015, 135-150.

bevestigingen van de opsteller van het proces-verbaal voor waar aan te nemen tenzij het tegenovergestelde bewezen wordt.<sup>25</sup> Dat bewijs van het tegendeel mag geleverd worden met alle middelen van recht. De rechter beoordeelt vrij de elementen van het tegenbewijs die gelden als loutere inlichting.<sup>26</sup> Is het eventuele bewijs van het tegendeel in het bezit van de overheid en wordt de beklaagde inzage ontzegd tot dit bewijs, dan moet het Openbaar Ministerie zijn medewerking verlenen om dat bewijs voor de rechtbank voor te leggen.<sup>27</sup> Dat is een terechte beslissing, aangezien de beklaagde die het tegenbewijs moet leveren, daarin niet gehinderd mag worden door de overheid zelf. De vraag is wel hoe de invulling van de beslissing moet worden begrepen, aangezien de rechter omwille van de scheiding der machten niet vermag een injunctie te geven aan het Openbaar Ministerie en het parket derhalve niet kan verplichten een bepaald stuk voor te leggen. Wat die vraag betreft, kan worden gewezen op het principe dat het de rechter toekomt te oordelen of de aanvoering van een beklaagde dat het Openbaar Ministerie beschikt over elementen ten ontlaste, al dan niet elke grond van geloofwaardigheid mist en, indien niet, welk rechtsgevolg hieraan moet worden verleend.<sup>28</sup>

5. Soms wordt gewezen op het onderscheid tussen bewijsmiddelen en informatie die louter als inlichting in aanmerking wordt genomen die toelaat het onderzoek in een bepaalde richting te oriënteren en vervolgens op autonome wijze bewijzen te verzamelen. Het Hof van Cassatie heeft gepreciseerd dat het gebruik van dergelijke (politie) inlichtingen zonder dat concreet wordt verduidelijkt hoe deze werden verkregen, geen schending oplevert van het recht op een eerlijk proces, voor zover blijkt dat deze inlichtingen niet op onregelmatige wijze werden verkregen.<sup>29</sup> In een later arrest werd er aan toegevoegd dat wanneer een partij aanvoert dat die inlichtingen op onregelmatige wijze werden verkregen, die partij dat aannemelijk moet maken en zich niet mag beperken tot een loutere bewering. Volgens het Hof van Cassatie maakt die aanvoeringslast het recht van verdediging en het recht op een eerlijk proces met inbegrip van het recht op de wapengelijkheid en het recht op tegenspraak niet theoretisch of illusoir.<sup>30</sup> Die uitspraak is voor kritiek vatbaar. Vooreerst moet men zich afvragen of dat standpunt eigenlijk wel houdbaar is in het licht van een recente overweging die het Grondwettelijk Hof gemaakt heeft in een arrest van 17 december 2015.<sup>31</sup> NI. wordt in overweging B.33.2 van dat arrest gepreciseerd dat wanneer inlichtingen die zijn verzameld in het raam van een strafrechtelijk uitvoeringsonderzoek, worden aangewend in een andere strafrechtelijke of burgerrechtelijke procedure, alle relevante stukken uit het SUO-dossier moeten

25. Cass. 24 januari 2007, AR P.06.1195.F, *Arr.Cass.* 2007, 198 en *NC* 2008, 277, met noot M. STERKENS.

26. Zie o.m. Cass. 9 januari 1996, AR P.94.1024.N, *Arr.Cass.* 1996, 31 en *JT* 1996, 528.

27. Cass. 20 juni 2012, AR P.12.0251.F, *Pas.* 2012, afl. 6-7-8, 1436.

28. Cass. 30 oktober 2001, AR P.01.1239.N, *Arr.Cass.* 2001, 1815 en *T.Strafr.* 2002, 198.

29. Cass. 10 september 2013, AR P.13.0376.N, *NC* 2014, 210, *RABG* 2014, 5 en *T.Strafr.* 2014, 61, met noot F. SCHUERMANS.

30. Cass. 25 november 2014, AR P.14.0948.N.

31. GwH 17 december 2015, nr. 178/2015.

worden opgenomen in het strafdossier, opdat het recht op tegenspraak wordt gewaarborgd en kan worden nagegaan of de inlichtingen op regelmatige wijze werden verzameld. Met die overweging wordt het belang van openbaarheid inzake de oorsprong van inlichtingen en van rechterlijke controle op de wijze waarop die inlichtingen werden bekomen, door het Grondwettelijk Hof terecht beklemtoond. Bovendien gaat voornoemde cassatierechtspraak er enerzijds vanuit dat ook het verzamelen van politionele inlichtingen niet op onrechtmatige wijze mag gebeuren, maar anderzijds dat een onrechtmatigheid in dat verband aannemelijk moet worden gemaakt door de beklaagde, die over de vergaring van die inlichtingen per definitie niets kan weten als het strafdossier daarover geen informatie bevat en het Openbaar Ministerie hierover geen verduidelijking verschaft. Ook hier mag nochtans gesteld worden dat de beklaagde zich niet mag geplaatst zien te worden voor een door de overheid zelf gecreëerde onmogelijkheid om aan de aanvoeringslast te voldoen.<sup>32</sup> De vonnisrechter die met een dergelijke situatie geconfronteerd wordt, moet er dan ook in elk geval over waken de aanvoeringslast soepel in te vullen, bv. door uit de weigering van het Openbaar Ministerie om toelichting te geven bij het wettelijk kader waarbinnen de politionele informatie werd bekomen, af te leiden dat het aannemelijk is dat de informatie onregelmatig werd bekomen. Een te strikte interpretatie van de aanvoeringslast van de beklaagde, zou immers leiden tot de onmogelijkheid om rechterlijke controle uit te oefenen op de wettelijkheid van de vergaring van politionele inlichtingen. Die rechterlijke controle is essentieel in een democratische rechtsstaat. Het belang ervan wordt overigens ook onderstreept door het EHRM. Zo werd in de zaak *Lagutin* gepreciseerd dat wanneer belastend bewijs is voortgevloeid uit het gebruik van heimelijke opsporingsmethoden, de overheid in het bezit moet zijn van concrete en objectieve gegevens die aantonen dat de onderzochte misdrijven wel degelijk werden gepleegd. Die informatie moet achteraf gecontroleerd kunnen worden door een rechter.<sup>33</sup> Het bestaan van de mogelijkheid tot rechterlijke controle is overigens niet enkel noodzakelijk in het licht van het recht op een eerlijk proces van de individuele beklaagde, maar moet gezien worden in een bredere context. Het onbestraft laten van de door de overheid onmogelijk gemaakte rechterlijke controle op de regelmatigheid van de vergaring van politionele inlichtingen die uiteindelijk hebben geleid tot bewijsverkrijging, kan immers leiden tot misbruik. Zo wordt in de literatuur melding gemaakt van de techniek van *data laundering* waarbij onrechtmatig verkregen informatie eerst gebruikt wordt om een onderzoek op te starten of in de juiste richting te duwen, om dan vervolgens als “gewitte” informatie tot het bewijs bij te dragen.<sup>34</sup> Ten

32. *Cf. supra* i.v.m. het arrest van het Hof van Cassatie van 20 juni 2012 (voetnoot 26).

33. EHRM 24 april 2014, *Lagutin et al. t. Rusland*, § 91: “The Court has specified that any information relied on by the authorities must be verifiable”. Zie ook § 100 van hetzelfde arrest: “Even if the information in question was not part of the prosecution file and had not been admitted as evidence, the court’s duty to examine the incitement plea and ensure the overall fairness of the trial requires that all relevant information, particularly regarding the purported suspicions about the applicant’s previous conduct, be put openly before the trial court or tested in an adversarial manner”. Het belang van rechterlijke controle komt ook aan bod in een concurring opinion van rechters PINTO DE ALBUQUERQUE en DEDOV bij datzelfde arrest (zie inz. randnr. 8 van de concurring opinion).

34. I. ONSA, *De bestrijding van de georganiseerde misdaad. De grens tussen waarheidsvinding en grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 162.

onrechte dus wordt de problematiek van de al dan niet rechtmatige oorsprong van politionele informatie soms al te stiefmoederlijk behandeld.<sup>35</sup>

## AFDELING 3. HET ONRECHTMATIG VERKREGEN BEWIJS

### § 1. Inleiding

6. Wat te doen met onrechtmatig verkregen bewijs is een van de meest complexe vraagstukken van het strafprocesrecht. Wereldwijd worstelen rechtscollages en rechtsgeleerden met de vraag wat het ideale evenwicht zou kunnen zijn tussen rechtsbescherming en rechtshandhaving bij de beoordeling van de vraag of van onrechtmatig verkregen bewijs gebruik mag worden gemaakt.<sup>36</sup> Ook in de Verenigde Staten, beschouwd als de bakermat van de zgn. *exclusionary rule*<sup>37</sup>, betreft het een van de meest controversiële doctrines uit het strafprocesrecht die van bij de conceptie heeft geleid tot intense debatten.<sup>38</sup> België is overigens zeer zeker niet het enige land waar in de laatste tien tot vijftien jaar een (soms ingrijpende) evolutie m.b.t. het bewijsrecht in strafzaken aan de gang is geweest.<sup>39</sup>

Zoals alom geweten, is de grote kentering er in ons land gekomen met het Antigoon-arrest van het Hof van Cassatie.<sup>40</sup> Ondertussen wordt de in dat arrest vooropgestelde regel (de rechter mag onrechtmatig verkregen bewijs slechts buiten toepassing laten wanneer de naleving van de geschonden regel op straffe van nietigheid is

35. Zie bv. F. SCHUERMANS, "De zoektocht naar of de jacht op de herkomst van de politionele informatie als start van een strafrechtelijk vooronderzoek", *T.Strafr.* 2014, 53, randnr. 15 (47-53), waar enigszins spottend wordt gesteld dat wanneer een verdachte niet op aannemelijke wijze geloofwaardig kan maken dat de aanvangsinformatie van een strafrechtelijk vooronderzoek onwettig of onregelmatig werd verkregen, het voor de feitenrechter volstaat die enkele vaststelling te doen en "over te gaan tot de orde van de dag".

36. B. NAUDE, "The inclusion of inevitably discoverable evidence", *S.Afr.J.Crim.Just.* 2008, 169 (168-185).

37. Aldus C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2014, 9de ed., 1292. De uitsluitingsregel werd in 1914 door het US Supreme Court geïntroduceerd m.b.t. vervolgingen door de federale overheid in de zaak *Weeks v. United States* (232 U.S. 383, 398). Voor vervolgingen door de respectievelijke staten is de exclusionary rule pas ingevoerd in 1961 (*Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643). Ter vergelijking: in België poneerde het Hof van Cassatie in 1923 voor de eerste maal dat onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal niet mag dienen als bewijs voor het ten laste gelegde feit (Cass. 12 maart 1923, *Pas.* 1923, I, 233). In Frankrijk werd reeds in 1910 aangenomen dat het bewijs aangetroffen tijdens een nietige huiszoeking niet kan worden gebruikt (H.L. KRONGOLD, "A comparative perspective on the exclusion of relevant evidence: common law and civil law jurisdictions", *Dalhousie J. Legal Stud.* 2003, 131 (97-133); W. PAKTER, "Exclusionary rules in France, Germany and Italy", *Hastings Int'l and Comp.L.Rev.* 1985, 34-35). De exclusionary rule is echter, zoals verder in deze bijdrage ook zal blijken, beperkter qua toepassingsgebied dan het stelsel van nietigheden dat in de meeste continentale landen van toepassing is.

38. Y. MAE, "Comparative analysis of exclusionary rules in the United States, England, France, Germany and Italy", *Int.J.Police Strat. & Mgmt.* 1999, 280 (280-303); M.W. ORFIELD jr., "The exclusionary rule and deterrence: an empirical study of Chicago narcotics officers", *U.Chi.L.Rev.* 1980, vol. 54, n° 3, 1016 (1016-1069).

39. Zie hierover J. MEESE, "Tien jaar Antigoon: waar gaan we heen met het onrechtmatig verkregen bewijs? Enkele ideeën uit de Angelsaksische rechtstraditie" in *Amicus Curiae. Liber Amicorum Marc De Swaef*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 281-293.

40. Cass. 14 oktober 2003, AR P.03.0762.N, *Arr.Cass.* 2003, 1862, *RW* 2003-04, 814, *T.Strafr.* 2004, 129, met noot Ph. TRAESE, *RABG* 2004, 333, met noot F. SCHUERMANS, *NJW* 2003, 1367, met noot E. BREUWAEYS, *RCJB* 2004, 405, met noot F. KUTY en *Rev.dr.pén.* 2004, 617.

voorgescreven, wanneer de begane onrechtmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast, of wanneer het gebruik van het bewijs in strijd zou zijn met het recht op een eerlijk proces) bijna dagelijks toegepast in de rechtspraak. De doctrine inzake het onrechtmatig verkregen bewijs werd niet teruggefloten door het EHRM<sup>41</sup> en ook het Grondwettelijk Hof oordeelde niet afkeurend.<sup>42</sup> De doctrine werd ook overgenomen door de wetgever, eerst m.b.t. bewijs verkregen in het buitenland<sup>43</sup> en pas later m.b.t. bewijs verkregen in België.<sup>44</sup> Ook nu er een wettelijke grondslag bestaat voor de doctrine inzake het onrechtmatig verkregen bewijs, blijft de rechtspraak hierover echter van belang. Zoals verder in deze bijdrage zal worden toegelicht, heeft de wetgever immers enkel de hoofdcriteria uit het Antigoonarrest overgenomen, zodat voor de verdere uitwerking nog steeds de jurisprudentie moet worden geraadpleegd. Dat laatste heeft er trouwens toe geleid dat al snel na de totstandkoming van de wet van 24 oktober 2013 – die inderdaad met nogal veel tromgeroffel werd aangekondigd als de ultieme oplossing voor procedurefouten in strafzaken – de kritiek de kop opstak dat de wet niets meer deed dan wettelijk verankeren wat al tien jaar lang op basis van rechtspraak gebeurde.<sup>45</sup> Die vaststelling is uiteraard correct, al is ondertussen wel gebleken dat de invoering van artikel 32 V.T.Sv. wel (mogelijks door de wetgever ongewilde) gevolgen heeft voor het zgn. wettelijk bewijs dat verkregen werd met miskenning van een voorschrift dat door de wet is opgelegd om de intrinsieke kwaliteit van het bewijs te waarborgen.<sup>46</sup> Of men kan het nut van de wet ook, bijna karikaturaal, optimistisch omschrijven door vast te stellen dat met de invoering van artikel 32 V.T.Sv. de wetgever niet gekozen heeft voor veel slechtere oplossingen<sup>47</sup>, zoals het koppelen van onrechtmatig verkregen bewijs aan strafvermindering<sup>48</sup> of zelfs het beperken van de sanctiëring tot die – overigens op twee handen te tellen – gevallen waarin de wet het voorschrift op straffe van nietigheid voorschrijft.<sup>49</sup>

41. EHRM 28 juli 2009, *Lee Davies t. België*, RABG 2010, 5, met noot F. SCHUERMANS, *JLMB* 2009, 1928, *Rev.dr.pén.* 2010, 312, met noot N. COLETTE-BASECQZ, *RW* 2011-12 (weergave A. VERDUYCKT), 1097 en *T.Strafr.* 2009 (weergave P. DE HERT, A. HOEFMANS en K. WEIS), 289.

42. Zie GwH 22 december 2010, nr. 158/2010, *Arr.GwH* 2010, 2445, RABG 2011, 563, met noot F. SCHUERMANS, *RW* 2010-11, 895 en *JLMB* 2011, 298; GwH 27 juli 2011, nr. 139/2011, *Arr.GwH* 2011, 2357 en *NC* 2011, 365, met noot H. BERKMOES.

43. Zie art. 13 van de wet van 9 december 2004 betreffende de wederzijdse internationale rechtshulp in strafzaken en tot wijziging van art. 90ter van het Wetboek van Strafvordering, *BS* 24 december 2004.

44. Zie art. 32 V.T.Sv., ingevoerd door art. 3 van de wet van 24 oktober 2013 tot wijziging van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering wat betreft de nietigheden, *BS* 12 november 2013.

45. Zie bv. het standpunt van prof. M.A. BEERNAERT in *La Libre Belgique*, 26 november 2013, 52: “*c’est une loi qui ne sert à rien. Elle ne fait qu’entériner ce que préconise la jurisprudence depuis 2003*”.

46. Zie hierover *infra*, nr. 10. Zie ook L. DELBROUCK, “Artikel 32 V.T.Sv.: meer dan een loutere facelift” (noot onder Cass. 10 juni 2014), *T.Strafr.* 2015, 228-230.

47. Zie J. DE CODT, “La nouvelle loi sur les nullités: un texte inutile?”, *Rev.dr.pén.* 2014, 248.

48. Cf. het wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering wat de nietigheden betreft, *Parl.St.* Kamer, 53ste zittingsperiode, nr. 2186/001. Dit voorstel is gebaseerd op art. 359a van het Nederlandse Wetboek van Strafvordering, dat als een van de mogelijke sanctiëringen van onrechtmatige bewijsverkrijging voorziet in het verminderen van de hoogte van de straf in verhouding tot de ernst van het verzuim, indien het door het verzuim veroorzaakte nadeel langs deze weg kan worden gecompenseerd.

49. Wat de eigenlijke strekking was van het oorspronkelijke wetsontwerp dat geleid heeft tot de invoering van art. 32 V.T.Sv.

## § 2. *Binnenlands of buitenlands bewijs*

7. Zoals hoger reeds aangehaald, zijn er thans twee wettelijke bepalingen die omschrijven wat te gebeuren staat met onrechtmatig verkregen bewijs. Vooreerst is er artikel 13 van de wet van 9 december 2004 betreffende de wederzijdse internationale rechtshulp in strafzaken en tot wijziging van artikel 90<sup>ter</sup> van het Wetboek van Strafvordering.<sup>50</sup> Die bepaling betreft specifiek het gebruik in een Belgisch strafproces van bewijs dat in het buitenland op onregelmatige wijze is verzameld. Bepaald is dat van een dergelijk bewijs geen gebruik mag worden gemaakt indien de onregelmatigheid volgens het recht van de staat waarin het bewijsmateriaal is verzameld, volgt uit de overtreding van een op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereiste, indien de onregelmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal aantast, of indien de aanwending ervan een schending inhoudt van het recht op een eerlijk proces. Daarnaast is er het recentere artikel 32 V.T.Sv., dat feitelijk geen onderscheid maakt waar het bewijs werd verkregen, maar louter voorschrijft dat enkel tot nietigheid van onregelmatige bewijselementen wordt besloten indien de naleving van de betrokken vormvoorwaarden wordt voorgeschreven op straffe van nietigheid, indien de begane onrechtmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast, of indien het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces.

Men kan zich afvragen of daarmee een onderscheid bestaat tussen de behandeling van bewijs dat onrechtmatig werd verkregen in België en bewijs dat onrechtmatig werd verkregen in het buitenland. De resp. wettelijke bepalingen zijn immers niet helemaal gelijklopend. Wat vooral opvalt, is het gebruik van het woord “enkel” in artikel 32 V.T.Sv., wat er duidelijk op wijst dat het een gesloten bepaling betreft. M.a.w.: de rechter kan geen onrechtmatig verkregen bewijselementen uitsluiten op basis van een ander criterium dan de drie criteria die in de wet zelf zijn ingeschreven. Dat laatste lijkt niet uitgesloten te zijn voor wat betreft het bewijs dat in het buitenland onrechtmatig werd verkregen, aangezien het hoger geciteerde artikel 13 van de wet van 9 december 2004 een eerder open bepaling betreft.<sup>51</sup> De vraag is echter of dat onderscheid wel te verantwoorden valt. Er lijkt immers geen redelijke verantwoording te bestaan om lakser om te gaan met onregelmatigheden die zich bij de bewijsgaring voordoen wanneer die te situeren zijn in België dan wanneer die in het buitenland te situeren zijn. Het feit dat bewijsuitsluiting bij bewijs dat op onrechtmatige wijze in België werd verkregen noodzakelijk beperkt is tot de klassieke drie hoofdcriteria, lijkt dan ook het voorwerp te kunnen uitmaken van een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof nopens de bestaanbaarheid van voornoemd onderscheid met het gelijkheidsbeginsel.

50. BS 24 december 2004.

51. Zie in dezelfde zin J. DE CODT, “La nouvelle loi sur les nullités: un texte inutile?”, *Rev.dr.pén.* 2014, 249-250.



8. Een andere vraag is of de rechter die moet oordelen of bewijs dat in het buitenland op onrechtmatige wijze werd verkregen, nietig moet worden verklaard, moet beschikken over het volledige buitenlandse strafdossier. In een arrest van 3 april 2012 heeft het Hof van Cassatie beslist dat zulks niet noodzakelijk het geval moet zijn, aangezien werd verduidelijkt dat het aan de strafrechter zelf toekomt om te oordelen of de voeging vereist is van andere dan de tot het dossier van de Belgische strafrechtspiegeling behorende stukken.<sup>52</sup> Bij die beoordeling moet de rechter wel enige voorzichtigheid aan de dag leggen. In hetzelfde arrest wordt immers ook gepreciseerd dat de rechter erover moet waken dat een beklaagde de mogelijkheid tot betwisting *in concreto* van het in het buitenland verkregen bewijsmateriaal niet ontzegt wordt en dat aldus zijn recht van verdediging niet wordt miskend. *In casu* betrof het een geval waarbij de verdediging had verzocht om Nederlandse tapmaatregelen aan het dossier te voegen. Het Hof van Cassatie wijst er op dat de beoordeling van een buitenlandse af luistermaatregel kan gebeuren a.d.h.v. de beslissing van de bevoegde buitenlandse overheid om tot de af luistermaatregel over te gaan en de uitvoeringsstukken van die beslissing of van een beslissing van een bevoegde buitenlandse rechterlijke overheid die de regelmatigheid van de af luistermaatregel en de uitvoering ervan vaststelt. Die stukken lagen echter niet voor. De strafrechter had zich nl. enkel gesteund op het in Nederland verkregen bewijsmateriaal zelf (de afgeluisterde gesprekken) en op een brief van de officier van Justitie waarbij de toelating werd verstrekt om de Nederlandse stukken als bewijs te gebruiken in België. Er lag ook geen enkel stuk voor waaruit blijkt dat de regelmatigheid van de bewijsgaring reeds werd getoetst door een onafhankelijke en onpartijdige rechter in het land waar de bewijsgaring heeft plaatsgevonden.<sup>53</sup> Terecht stelt het Hof van Cassatie daaruit vast dat de verdediging niet *in concreto* in de mogelijkheid werd gesteld om de regelmatigheid van het met een Nederlandse af luistermaatregel verkregen bewijsmateriaal, te betwisten. Die vereiste was trouwens ook al in eerdere rechtspraak terug te vinden.<sup>54</sup>

52. Zie Cass. 3 april 2012, AR P.10.0973.N, *T.Strafr.* 2013, 180, met noot G. BOULET en *Pas.* 2012, 740.

53. Dergelijke stukken kunnen volgens het Hof van Cassatie immers ook dienstig zijn om de regelmatigheid van het in het buitenland verkregen bewijs te beoordelen, *cf.* Cass. 6 april 2005, AR P.05.0218.F. Dat impliceert wel een groot vertrouwen in de buitenlandse gerechtelijke autoriteiten (G. BOULET, "Het recht van verdediging: een magneet die buitenlandse stukken naar een Belgische strafdossier trekt?" (noot onder Cass. 3 april 2012), *T.Strafr.* 2013, 182). Men kan zich afvragen of het zich louter baseren op een buitenlandse beslissing over de regelmatigheid wel verenigbaar is met het recht van verdediging van de beklaagde als die beklaagde geen partij was in de buitenlandse procedure waarbij tot regelmatigheid werd beslist. In dit verband kan gewezen worden op de analogie met de zuiveringsprocedure bedoeld in art. 235*bis* Sv., waarvan al herhaaldelijk is vastgesteld dat de beslissingen over onregelmatigheden slechts bindend zijn t.a.v. partijen die betrokken werden bij de zuiveringsprocedure en die aldus tegenspraak hebben kunnen voeren over de al dan niet regelmatigheid van de procedure (zie o.m. Cass. 22 oktober 2013, AR P.13.0922.N, *T.Strafr.* 2014, 247, met noot T. DECAIGNY). Waarom zou het recht op tegenspraak beperkter moeten zijn alleen op basis van het feit dat het bewijs in het buitenland werd vergaard?

54. Zie reeds Cass. 30 mei 1995, AR P.94.1098.N, *RW* 1996-97, 956, met noot A. VANDEPLAS en *R.Cass.* 1996, 151, met noot Ph. TRAESE.

### § 3. *Bewijs à charge of bewijs à décharge*

9. Noch artikel 32 V.T.Sv., noch artikel 13 van de wet van 9 december 2004 betreffende de wederzijdse internationale rechtshulp in strafzaken en tot wijziging van artikel 90ter van het Wetboek van Strafvordering<sup>55</sup> maakt een onderscheid tussen het onrechtmatig bewijs *à charge* en het onrechtmatig bewijs *à décharge*.<sup>56</sup> Uiteraard is het in de praktijk perfect mogelijk dat ook bewijsmateriaal *à décharge* op onrechtmatige wijze wordt verkregen. Meer nog, het is ook mogelijk dat onrechtmatig verkregen bewijs in een en dezelfde strafprocedure voor een welbepaalde beklagde *à charge* is, maar voor een andere beklagde *à décharge*. Over de vraag of onrechtmatig verkregen bewijs *à décharge* mag worden gebruikt, was echter al standpunt ingenomen in de rechtspraak voorafgaand aan het Antigoonarrest. Meer bepaald is het vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie dat de beklagde voor zijn verdediging alle stukken mag aanwenden, ook al werden die op (zelfs manifest) onrechtmatige wijze verkregen.<sup>57</sup> In een dergelijk geval primeert immers het recht van verdediging. Is datzelfde stuk echter belastend voor een andere beklagde, dan zal het voorgaande niet automatisch betekenen dat het bewijselement ook mag worden in rekening gebracht bij het oordeel over de schuld van die andere beklagde. Wat die beklagde betreft, zal het gebruik van het bewijs wel moeten worden getoetst aan de bij wet bepaalde criteria. Het is dus mogelijk dat in een en dezelfde strafprocedure de rechter voor de ene beklagde rekening moet houden met het onrechtmatig verkregen bewijs (omdat het een bewijselement *à décharge* uitmaakt) en voor de andere beklagde niet (omdat het een bewijselement *à charge* uitmaakt dat niet kan worden aangewend, bv. omdat dit niet verenigbaar zou zijn met het recht op een eerlijk proces).

### § 4. *Toepassing van artikel 32 V.T.Sv. op het wettelijk bewijs*

10. Zoals hoger reeds aangehaald, geldt als uitgangspunt dat het Belgisch bewijsstelsel vrij is, wat betekent dat de wet geen bewijswaarde verbindt aan bepaalde bewijzen, zodat de rechter in beginsel vrij de waarde van de bewijselementen die worden voorgelegd, mag beoordelen.<sup>58</sup> Uiteraard impliceert dat geen totale vrijheid, aangezien er ook in een vrij bewijsstelsel wel degelijk grenzen zijn aan de vrijheid

55. BS 24 december 2004.

56. Bij de bespreking van het wetsontwerp dat heeft geleid tot de invoering van art. 32 V.T.Sv. werd nochtans door het Hof van Cassatie geadviseerd in de tekst van de wet het onderscheid te maken tussen het bewijs *à charge* en het bewijs *à décharge* (advies van het Hof van Cassatie bij het wetsontwerp tot wijziging van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering m.b.t. de nietigheden, *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 5/1924/3).

57. Zie o.m. Cass. 3 november 1999, AR P.99.0295.F, *Arr.Cass.* 1999, 1369, *T.Strafz.* 2000, 255, met noot J. MEESE en *Rev.dr.pén.* 2000, 736.

58. Zie bv. Cass. 6 maart 1973, *Arr.Cass.* 1973, 658.

van de rechter.<sup>59</sup> Zo zal de rechter o.m. zijn beslissing moeten motiveren en mag hij ook geen elementen negeren, net zoals hij uit de onaantastbaar vastgestelde feiten ook de correcte juridische gevolgen moet afleiden.<sup>60</sup>

In sommige gevallen echter, schrijft de wet een bepaalde bewijsregeling voor. In die gevallen, waarbij er dus sprake is van een wettelijke bewijsregeling voor het leveren van het bewijs van bepaalde feiten, wordt de rechterlijke vrijheid beperkt of uitgesloten. Zo kan een rechter bv. geen bewijzen naast zich neerleggen die volgen uit een proces-verbaal met een bijzondere bewijswaarde.<sup>61</sup> In een aantal arresten die voorafgingen aan de inwerkingtreding van art. 32 V.T.Sv. heeft het Hof van Cassatie verduidelijkt dat wanneer de wet voorschrijft hoe het bewijs van een welbepaald strafbaar feit moet worden geleverd en dat voorschrift wordt miskend, het aldus bekomen bewijs in beginsel geen bewijswaarde heeft. Nl. werd gepreciseerd dat de rechter in een dergelijk geval moest nagaan of het geschonden voorschrift al dan niet werd opgelegd om de intrinsieke kwaliteit van het bewijs te waarborgen. Was het antwoord op die vraag positief, dan was de rechter verplicht om tot bewijsuitsluiting te beslissen.<sup>62</sup> De rechter kon dus niet beslissen het bewijs toch te gebruiken, zelfs niet als hij vaststelde dat het voorschrift niet op straffe van nietigheid is voorgeschreven en er ook geen sprake was van onbetrouwbaarheid of van een schending van het recht op een eerlijk proces.<sup>63</sup> Alhoewel het logisch geweest zou zijn dat dezelfde regel ook na de invoering van artikel 32 V.T.Sv. nog zou gelden, werd in een arrest van 14 mei 2014 beslist dat dit niet het geval is.<sup>64</sup> Wellicht was dat niet de bedoeling van de wetgever.<sup>65</sup> In een advies van het Hof van Cassatie was nl. voorgesteld om ook een artikel 33 V.T.Sv. in te voeren waarin zou worden bepaald dat het bewijs dat op bijzondere wijze in de wet is geregeld, zijn wettelijke bewijswaarde verliest als het is geleverd met miskenning van een bepaling die de intrinsieke kwaliteit ervan waarborgt.<sup>66</sup> Dat advies werd oorspronkelijk wel gevolgd, maar uiteindelijk werd toch beslist om voormelde aanvulling weg te laten omdat het een overbodige bepaling zou betreffen.<sup>67</sup> Het tegendeel is ondertussen echter aangetoond.

59. Zie hierover D. DE WOLF, *Handboek correctioneel procesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 245-246, nr. 192.

60. *Cf. supra*.

61. *Cf. Cass.* 24 januari 2007, AR P.06.1195.F, *Arr.Cass.* 2007, 198 en *NC* 2008, 277, met noot M. STERKENS.

62. Zie bv. *Cass.* 11 juni 2013, AR P.12.1402.N, *Pas.* 2013, 1301 en *RW* 2013-14, 1666 en *Cass.* 4 april 2012, AR P.11.1869.F, *Pas.* 2012, 752, *Rev.dr.pén.* 2012, 1083, *T.Pol.* 2012, 47 en *VAV* 2012, 278.

63. *Cf. Cass.* 26 november 2008, AR P.08.1293.F, *Pas.* 2008, 2673, *JT* 2008, 741 en *RW* 2010-11, 450.

64. *Cass.* 14 mei 2014, AR P.14.0186.F, *NC* 2015, 43, met noot T. DE COSTER, *JT* 2014, 390, *Rev.dr.pén.* 2014, 953, met noot D. VANDERMEERSCH en *T.Strafr.* 2015, 224. Zie ook reeds *Cass.* 8 april 2014, AR P.12.1630.N, *T.Strafr.* 2015, 223.

65. Zie hierover T. DE COSTER, "Over de toepassing van de Antigooncriteria op het zogenaamd 'wettelijk bewijs'. Een kroniek van een aangekondigde dood?" (noot onder *Cass.* 14 mei 2014), *NC* 2015, 48, nr. 15.

66. Advies van het Hof van Cassatie bij het wetsontwerp tot wijziging van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering m.b.t. de nietigheden, *Parl.St. Senaat* 2012-13, nr. 5-1924/3, 13.

67. Wetsontwerp tot wijziging van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering m.b.t. de nietigheden, *Parl.St. Kamer*, 53ste zittingsperiode, nr. 0041/010, 7.

## § 5. Hoofd- en subcriteria tot uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs

11. Aangezien de wettelijke hoofdcriteria die de rechter moet hanteren om na te gaan of het onrechtmatig verkregen bewijs al dan niet moet worden uitgesloten, dezelfde zijn als de criteria die in het Antigoonarrest werden ontwikkeld, hoeven deze hoofdcriteria in principe niet meer zoveel verduidelijking.<sup>68</sup> Dat geldt inz. voor de eerste twee hoofdcriteria, wat het derde criterium betreft, is meer duiding noodzakelijk gelet op de daarbij behorende subcriteria en de rechtspraak die ondertussen in dat verband is tussengekomen. Hierna zal dan ook vnl. aandacht worden besteed aan het derde criterium (het recht op een eerlijk proces).

### A. Eerste hoofd criterium: de op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereisten

12. Het eerste hoofd criterium betreft de op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereisten. Daarvan is uiteraard genoegzaam bekend dat er weinig dergelijke vormvoorschriften bestaan.<sup>69</sup> Daaraan is ook geen verandering gekomen met de invoering van artikel 32 V.T.Sv., aangezien de wetgever weliswaar dit hoofd criterium heeft overgenomen, maar zich niet heeft bezonnen over de vraag welke vormvoorschriften het wel of niet “verdienen” om bij miskenning ervan te worden gesanctioneerd met een verplichte bewijsuitsluiting. Het spreekt voor zich dat dit gebrek aan reflectie een bijzonder jammerlijke zaak mag worden genoemd, aangezien die reflectie net de kern zou moeten uitmaken van een strafrechtelijk nietigheidsstelsel gecreëerd door de wetgever zelf en niet door de rechtspraak. Terecht werd reeds gezegd dat de rechtsonderhorige van de wetgever mag verwachten dat deze de krijtlijnen uittekent van het bewijsrecht, dat een essentieel onderdeel uitmaakt van de strafrechtspleging.<sup>70</sup> Bovendien is de huidige lijst van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereisten ronduit arbitrair.<sup>71</sup> Die lijst kwam immers toevallig tot stand, aangezien er vroeger naast de op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereisten ook rekening te houden was met de door de rechtspraak substantieel bevonden vormvereisten.<sup>72</sup> Het feit dat de wetgever van de invoering van artikel 32

68. Zie o.m. F. DERUYCK, “Wat krom is, wordt recht. Over de bruikbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs” in X., *Strafrecht en strafprocesrecht, XXXIIe Postuniversitaire cyclys Willy Delva 2005-06*, Mechelen, Kluwer, 2006, 201-231 en Ph. TRAESE, “Actualia bewijs in strafzaken” in X., *Bewijsrecht*, Gent, Larcier, 2014, 123-188.

69. Zie het overzicht gegeven in M. STERKENS, “De gewijzigde cassatierechtspraak met betrekking tot de onrechtmatige bewijsverkrijging en de weerslag ervan op het vooronderzoek”, *T.Straf*: 2005, 509-515. Zie ook B. DE SMET, *Nietigheden in het strafproces*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 36-38.

70. Ph. TRAESE, “Actualia bewijs in strafzaken” in X., *Bewijsrecht*, Gent, Larcier, 2014, 142.

71. F. DERUYCK, “Wat krom is, wordt recht. Over de bruikbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs” in X., *Strafrecht en strafprocesrecht, XXXIIe Postuniversitaire cyclys Willy Delva 2005-06*, Mechelen, Kluwer, 2006, 212, nr. 14.

72. Deze zijn in de Antigoodoctrine niet gelijk te stellen met de op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereisten, zodat de miskenning ervan niet noodzakelijk tot bewijsuitsluiting aanleiding moet geven (Cass. 16 november 2004,

V.T.Sv. geen gebruik heeft gemaakt om zich te bezinnen over de vormvereisten in de strafprocedure in het algemeen, mag dus ook om die reden bedroevend worden genoemd. Het arbitraire karakter van de lijst van vormverzuimen die noodzakelijkerwijs tot bewijsuitsluiting moeten leiden, is immers een van de belangrijkste oorzaken van het feit dat de Belgische nietigheidsleer niet rationeel verdedigbaar en uitlegbaar is (aangezien er geen duidelijke terugkoppeling is naar een logisch verklaarbare *ratio legis*). Van een dergelijke nietigheidsleer kan bezwaarlijk veel legitimiteit uitgaan.

Daar komt nog bovenop dat de rechtspraak het eerste criterium selectief en voorzichtig toepast.<sup>73</sup> Dat heeft tot gevolg dat voorschriften die dezelfde rechtsbescherming op het oog hebben, toch anders kunnen worden behandeld.<sup>74</sup>

Werd het bewijs in het buitenland verzameld, dan moet beoordeeld worden of het miskennde vormvoorschrift naar het recht van het land in kwestie op straffe van nietigheid is voorgeschreven. Ook daarbij kunnen interpretatieproblemen ontstaan, aangezien de buitenlandse wet niet noodzakelijk dezelfde terminologie hanteert.

## B. Tweede hoofdcriterium: aantasting van de betrouwbaarheid van het bewijs

13. Het tweede hoofdcriterium betreft de situatie waarbij wordt vastgesteld dat de betrouwbaarheid van het bewijs t.g.v. de begane onrechtmatigheid, is aangetast. Dit criterium heeft tot behoorlijk wat kritiek aanleiding gegeven, vooral omdat onbetrouwbaar bewijs nooit door de rechter mag worden aangewend, los van de vraag of het rechtmatig of onrechtmatig werd verkregen.<sup>75</sup> Bovendien is de toegevoegde waarde van het tweede hoofdcriterium eerder gering, aangezien het vooral aan de orde is in de (niet zo vaak voorkomende) gevallen waarbij de betrokken bewijsmethode wettelijk geregeld is.<sup>76</sup> De toepassing van dit criterium in de praktijk is bovendien verwaarloosbaar.<sup>77</sup> Recent werd trouwens geopperd dat het tweede hoofdcriterium eigenlijk niet echt een zelfstandig criterium is, aangezien het nauw verwant is aan het derde hoofdcriterium, de beoordeling van het recht op een eerlijk

→ AR P.04.0644.N, *Arr.Cass.* 2004, 1829, *T.Strafr.* 2005, 285-297, met noot R. VERSTRAETEN en S. DE DECKER, *RABG* 2005, 504, *RCJB* 2007, 36, met noot J. VAN MEERBEECK en M. MAHIEU en *Vigiles* 2004, 171, met noot F. SCHUERMANS).

73. B. DE SMET, *Nietigheden in het strafproces*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 38-40 en de vele voorbeelden aldaar gegeven.

74. Zie het voorbeeld m.b.t. de telefoontap, gegeven in Ph. TRAEËT, "Actualia bewijs in strafzaken" in X., *Bewijsrecht*, Gent, Larcier, 2014, 143.

75. F. DERUYCK, "Wat krom is, wordt recht. Over de bruikbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs" in X., *Strafrecht en strafprocesrecht, XXXIIe Postuniversitaire cyclis Willy Delva 2005-06*, Mechelen, Kluwer, 2006, 214, nr. 16.

76. Ph. TRAEËT, "Actualia bewijs in strafzaken" in X., *Bewijsrecht*, Gent, Larcier, 2014, 148.

77. Cf. A. MASSET, "Les preuves illégales et irrégulières en matière pénale: 8 ans d'application du test Antigone" in X., *Bewijs in strafzaken, Reeks Dossiers Rev.dr.pén.*, 2011, nr. 18, 35.

proces.<sup>78</sup> Het gebruik van onbetrouwbaar bewijs kan inderdaad in het licht van de rechtspraak van het EHRM een argument zijn om te beslissen dat het proces niet eerlijk is verlopen. In een recent arrest lijkt het Hof van Cassatie overigens zelf de link tussen beide criteria te leggen, aangezien gezegd wordt dat een proces niet meer eerlijk is wanneer nl. het bewijs dat werd aanvaard ondanks de onregelmatigheid ervan, het risico meebrengt van een veroordeling die gebaseerd is op twijfelachtige gegevens, terwijl de partij tegen wie deze gegevens worden gebruikt, deze niet op nuttige wijze kan weerleggen en de ware toedracht kan aantonen.<sup>79</sup>

### C. Derde hoofdcriterium: schending van het recht op een eerlijk proces

14. Op grond van het derde hoofdcriterium mag de rechter het onrechtmatig verkregen bewijs niet gebruiken als het gebruik ervan ertoe zou leiden dat het recht op een eerlijk proces wordt aangetast. Dat de strafrechter erover moet waken dat het recht op een eerlijk proces gevrijwaard wordt, is uiteraard evident, aangezien het recht op een eerlijk proces voortvloeit uit artikel 6 EVRM dat directe werking heeft. Het is dus logisch dat een bewijselement niet kan gebruikt worden als daardoor het recht op een eerlijk proces zou worden aangetast, of het nu wel of niet rechtmatig werd verkregen.<sup>80</sup> Gelet op het beperkt aantal gevallen waarbij vormvoorschriften op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven (eerste hoofdcriterium) en de beperkte toepassing in de praktijk van het tweede hoofdcriterium (de aantasting van de betrouwbaarheid van het bewijs door de begane onrechtmatigheid), wordt in de meeste strafzaken waarbij de rechter te oordelen heeft over het al dan niet gebruiken van onrechtmatig verkregen bewijs, dat oordeel gesteund op het derde hoofdcriterium. Die beoordeling is echter vrij casuïstisch, wat de rechtszekerheid niet ten goede komt.<sup>81</sup> Vastgesteld moet nl. worden dat – zoals verderop in deze bijdrage zal worden verduidelijkt – het begrip eerlijk proces zelfs door het Hof van Cassatie op verschillende manieren beoordeeld wordt. Weliswaar worden door de rechtspraak enkele subcriteria aange-reikt die de rechter kan gebruiken om na te gaan of het gebruik van het onrechtmatig verkregen bewijs de eerlijkheid van het proces zal aantasten, maar ook dat levert weinig rechtszekerheid op. Deze subcriteria zijn immers, zoals eveneens verder in de bijdrage zal worden aangetoond, niet bindend voor de rechter. Ook de rechtspraak van het EHRM kan niet al te veel soelaas bieden, aangezien het EHRM zich traditioneel niet al te veel inlaat met de vraag wat de sanctie moet zijn op het onrechtmatig

78. J. DE CODT, “La nouvelle loi sur les nullités: un texte inutile?”, *Rev.dr.pén.* 2014, 256.

79. Cass. 4 maart 2015, AR P.14.1796.F, *JT* 2015, met noot M. BEERNAERT.

80. Ph. TRAESE, “Actualia bewijs in strafzaken” in X., *Bewijsrecht*, Gent, Larcier, 2014, 153.

81. D. DE WOLF, *Handboek correctioneel procesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 280, nr. 223. Zie ook F. KUTY, “Le droit de la preuve au regard de la jurisprudence récente de la Cour de cassation” in X., *Questions d’actualité de droit pénal et de procédure pénale*, Brussel, Bruylant, 2005, 85.

vergaren van bewijsmateriaal.<sup>82</sup> Alleen in enkele specifieke gevallen – zoals bij provocatie, schending van het zwijgrecht<sup>83</sup>, gebruik van foltering of het miskennen van het recht op bijstand bij het verhoor van een zich in een kwetsbare positie bevindende verdachte – is het EHRM explicieter en wordt duidelijk vooropgesteld dat het aldus bekomen bewijs niet mag worden gebruikt.<sup>84</sup> Het casuïstisch karakter van de rechtspraak over het leerstuk van het onrechtmatig verkregen bewijs wordt verder nog versterkt doordat niet elke schending van het recht op een eerlijk proces die het gevolg is van het gebruik van het bewijs tot uitsluiting, zal leiden. De rechter moet immers ook nagaan of de schending niet kan worden hersteld in een latere fase van de procedure, vermits het eerlijk karakter van het proces op basis van vaste rechtspraak van het EHRM en van het Hof van Cassatie beschouwd moet worden met inachtneming van het proces in zijn geheel. Enkel wanneer het eerlijk karakter van het proces ernstig aangetast is door het feit dat het onderzoek van bij het begin deloyaal was en de rechten van verdediging van de beklaagden herhaaldelijk, ernstig en onherstelbaar werden aangetast, kan de rechter de strafvordering onontvankelijk verklaren, zonder dat vereist is om te toetsen aan de Antigooncriteria.<sup>85</sup>

Hierna worden de subcriteria die reeds door het Hof van Cassatie werden vooropgesteld ter beoordeling van het derde hoofdcriterium *pro memorie* kort toegelicht.

## 1. SUBCRITERIA TER BEOORDELING VAN HET RECHT OP EEN EERLIJK PROCES

### *a. Eerste subcriterium: opzettelijkheid of onverschoonbare onachtzaamheid*

**15.** Een eerste omstandigheid die de rechter in overweging kan nemen bij het oordeel of het gebruik van het onrechtmatig verkregen bewijs het eerlijk karakter van het proces zou aantasten, is of de overheid die met de opsporing, het onderzoek en de vervolging van misdrijven is belast, al dan niet de onrechtmatigheid opzettelijk heeft begaan.<sup>86</sup> Dit criterium heeft dus enkel betrekking op het gedrag van overheidspersonen en niet op het gedrag van derden die een onregelmatigheid begaan die tot bewijsgaring leidt. Het begaan van een onverschoonbare onachtzaamheid werd

82. Zie o.m. F. GÖLCÜCKLÜ, “Le proces équitable et l’administration des preuves dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l’homme” in X., *Présence du droit public et des droits de l’homme. Mélanges offerts à J. Velu*, Brussel, Bruylant, 1990, 1361-1363.

83. Zie over het zwijgrecht o.m. J. MEESE, “The sound of silence. Het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel in strafzaken. Een historisch en rechtsvergelijkend onderzoek” in J. ROZIE, S. RUTTEN EN A. VAN OEVELEN (eds.), *Zwijgrecht versus spreekplicht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 37-72.

84. Zie ook M.A. BEERNAERT, “La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l’homme”, *Rev.trim.DH* 2007, 81-105.

85. Cass. 31 mei 2011, AR P.10.2037.F, *Pas.* 2011, I, nr. 370.

86. Cass. 23 maart 2004, *Arr.Cass.* 2004, nr. 165, *RABG* 2004, 1061-1063 en *Vigiles* 2004, 170, met noot F. SCHUERMANS.

later gelijkgesteld met een opzettelijk begane onrechtmatigheid.<sup>87</sup> Het probleem met dit subcriterium is dat het uiteraard niet altijd eenvoudig is om uit te maken of een onrechtmatigheid al dan niet opzettelijk op onrechtmatige wijze werd uitgevoerd.<sup>88</sup>

Wat de sanctie betreft, moet worden vastgesteld dat het eerste subcriterium niet determinerend is. De rechter die vaststelt dat de onrechtmatigheid opzettelijk werd begaan, kan immers nog alle kanten uit. Die vaststelling hoeft immers niet noodzakelijk tot bewijsuitsluiting te leiden<sup>89</sup>, al kan dat uiteraard wel.

*b. Tweede subcriterium: de verhouding tussen de ernst van de onrechtmatigheid en de ernst van het misdrijf*

16. De tweede omstandigheid die de rechter kan beoordelen bij de beslissing of onrechtmatig verkregen bewijs kan worden gebruikt, betreft de verhouding tussen de ernst van de onrechtmatigheid en de ernst van het misdrijf: als de ernst van het misdrijf veruit de ernst van de onrechtmatigheid overstijgt, moet het gebruik van het betrokken bewijselement niet meer in strijd geacht worden met het recht op een eerlijk proces. Bij dit proportionaliteitscriterium gaat het Hof van Cassatie dus uit van het principe dat naarmate de ernst van de onderzochte feiten toeneemt, de rechter meer door de vingers mag zien.<sup>90</sup> Op zich is dat uitgangspunt wel voor kritiek vatbaar, aangezien het EHRM net vanuit de tegenovergestelde premisse vertrekt: naarmate het risico voor de betrokkene toeneemt, moet de strafprocedure meer waarborgen inhouden.<sup>91</sup> Dat is logisch omdat rechterlijke dwalingen (waarvan de kans toeneemt door het lakser omspringen met procedureregels) uiteraard des te ingrijpender gevolgen hebben naarmate de ernst van de feiten en dus ook van de bestraffing toeneemt. Het standpunt van het Hof van Cassatie daarentegen, leidt tot de paradoxale situatie dat in zaken voor de politierechtbank de notie van een eerlijk proces strikter moet toegepast worden dan in zaken die beoordeeld worden door het hof van assisen, waarbij de beschuldigde nochtans tot levenslang kan worden veroordeeld.<sup>92</sup> Bovendien stijgt daarbij ook het risico op normvervaging (of minstens normrelativering) bij de politiediensten die ernstige zaken te onderzoeken hebben, aangezien de

87. Zie voor het eerst Cass. 23 september 2008, AR P.08.0519.N, *T.Strafr.* 2009, 151, met noot F. SCHUERMANS. Dezelfde redenering was wel al terug te vinden in het arrest van het hof van beroep dat aanleiding heeft gegeven tot het Antigoonarrest.

88. Cf. C. DE VALKENEEER, "Que reste-t-il du principe de légalité de la preuve? Variations autour de quelques arrêts récents de la Cour de cassation" (noot onder Cass. 2 maart 2005), *Rev.dr.pén.* 2005, 692 en A. DE NAUW, "Is de bepaling van de gevolgen van de niet-naleving van strafprocessuele voorschriften geen gedeelde opdracht van de wetgever en van de rechter?", *Ius & Actores* 2011, 121.

89. Cass. 31 oktober 2006, AR P.06.1016.N, *Arr.Cass.* 2006, nr. 535 en *T.Strafr.* 2007, 53, met noot F. SCHUERMANS.

90. Zie bv. Cass. 5 juni 2012, AR P.11.2100.N.

91. Zie reeds EHRM 21 februari 1984, *Ozturk t. Duitsland*, § 53, maar uiteraard ook EHRM 27 november 2008, *Salduz t. Turkije*, § 54, *NC* 2009, 98-101 en *T.Strafr.* 2009, 36-39.

92. B. DE SMET, *Nietigheden in het strafproces*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 75.



hogervermelde proportionaliteitstoets de indruk wekt dat bij het onderzoek naar ernstige feiten alles toegelaten is.

17. Alhoewel het tweede subcriterium perfect toepasbaar is op elke strafzaak, heeft het Hof van Cassatie beslist dat de rechter niet verplicht is om dit criterium toe te passen.<sup>93</sup> Het Hof voegt er aan toe dat daaruit geen miskenning van het verbod van willekeur mag worden afgeleid. Deze beslissing kwam er in de zaak operatie Kelk, waarin de kamer van inbeschuldigingstelling uiteindelijk – na diverse andere beslissingen die reeds eerder waren verbroken om andere redenen – besliste dat een huiszoeking verricht door de onderzoeksrechter zelf onregelmatig was omdat werd gespeurd naar zaken die wijzen op een misdrijf waarvoor de onderzoeksrechter pas de volgende dag werd geadieerd door de procureur des Konings, wat als een opzettelijk begane onregelmatigheid werd aangezien.<sup>94</sup> De KI besliste tot bewijsuitsluiting op basis van die vaststelling alleen en weigerde in te gaan op de vraag van de burgerlijke partijen om bij het oordeel over bewijsuitsluiting toepassing te maken van het proportionaliteitscriterium door de ernst van de onrechtmatigheid af te wegen tegen de ernst van de onderzochte feiten (schuldig verzuim m.b.t. seksueel misbruik van honderden slachtoffers in de pastorale sfeer).<sup>95</sup> Dat oordeel hield stand voor het Hof van Cassatie.

Dat laatste is bijzonder vreemd, omdat de proportionaliteitsafweging feitelijk steeds wordt gebruikt door feitenrechters. Hoe het arrest in operatie Kelk te rijmen valt met een arrest van de Franstalige afdeling van het Hof van Cassatie van 30 april 2014 is ook niet duidelijk.<sup>96</sup> In dat arrest, dat weliswaar betrekking had op het in het buitenland verkregen bewijs, preciseert het Hof van Cassatie dat de rechter het gewicht van het openbaar belang bij de vervolging van een misdrijf en bij de berechting van de daders in aanmerking kan nemen en kan afwegen tegen het belang van het individu dat de bewijzen ten laste regelmatig worden vergaard. Het arrest vervolgt met de overweging dat de appelrechters, door de gevolgen van een miskenning van het recht op een eerlijk proces te beoordelen zonder rekening te houden met de ernst van de aan de beklagden ten laste gelegde feiten, het onderzoek van de proportionaliteit geweigerd hebben dat hen nochtans toekomt wanneer het bewijs van een dergelijke miskenning wordt beticht. Alleen wanneer de onregelmatigheid tot gevolg heeft dat het recht van verdediging van de beklagde van meet af aan van zijn substantie wordt ontdaan of dat de kwaliteit van het bewijsmateriaal erdoor wordt aangetast, is een dergelijke proportionaliteitstoets volgens het Hof van Cassatie niet verplicht.

93. Cass. 28 mei 2013, AR P.13.0066.N, RW 2013-14, 1616, met noot B. DE SMET.

94. KI Brussel 18 december 2012, nr. 2011FR246, onuitg.

95. *Ibid.*: “De schending van het recht op een eerlijk proces van verzoekers om de redenen als hoger aangehaald, wordt op zich als voldoende ernstig beschouwd zodat op die grond beslist wordt zoals hierna staand, reden waarom niet ook nog onderzocht moet worden of de ernst van enig onderzocht misdrijf, de ernst van de begane onrechtmatigheid overstijgt”.

96. Cass. 30 april 2014, AR P.13.1869.F, NC 2015, 39, JT 2014, 351, JLMB 2014, 1364, met noot M. BEERNAERT, *Rev.dr.pén.* 2014, 834, met noot F. LUGENTZ en RGCF 2014, 128, met noot M. VAN BRUSTEM en E. VAN BRUSTEM.

Vervolgens stelt het Hof vast dat de appelrechters de aangeklaagde onregelmatigheid niet hebben afgewogen tegen de rechten die elke beklaagde al dan niet heeft kunnen uitoefenen tijdens het voorbereidend onderzoek, voor de onderzoeksgerechten, tijdens de rechtszittingen van de correctionele rechtbank en in zijn middelen in hoger beroep. In de doctrine wordt uit dit arrest afgeleid dat wat het Hof van Cassatie heeft beslist in de zaak operatie Kelk, niet meer kan, aangezien nu net wordt gezegd dat de proportionaliteitsafweging wel degelijk verplicht is.<sup>97</sup> Echt duidelijk is het allemaal niet. De afweging die hier gemaakt wordt, is nl. niet helemaal dezelfde als de proportionaliteitsafweging die normaliter wordt toegepast. Waar het normaal gezien gaat over de afweging tussen de ernst van de begane onrechtmatigheid en de ernst van de onderzochte feiten, wordt in het arrest van 30 april 2014 inderdaad gesproken over de afweging tussen de ernst van de begane onrechtmatigheid en ernst van de aan de beklaagde ten laste gelegde feiten, maar ook over een afweging tussen de aangeklaagde onrechtmatigheid en de rechten die de beklaagde gedurende de gehele procedure heeft kunnen uitoefenen. Daaruit lijkt dus een dubbele verplichte proportionaliteitstoets te kunnen worden afgeleid: de rechter moet niet alleen de verhouding tussen de ernst van de onrechtmatigheid en de ernst van de onderzochte feiten onderzoeken, maar moet ook, alvorens te beslissen dat het bewijs op die basis moet worden geweerd, de vastgestelde onregelmatigheid aftoetsen aan de rechten die de beklaagde heeft gehad doorheen de strafprocedure. Indien deze analyse van het arrest van 30 april 2014 correct is, dan volgt daar in elk geval uit dat de Nederlandstalige en Franstalige afdeling van het Hof van Cassatie duidelijk niet op dezelfde lijn zitten wat het verplicht karakter van de proportionaliteitsafweging betreft, tenzij het arrest in de zaak operatie Kelk een unicum blijft.

### *c. Derde subcriterium: materieel element van het misdrijf*

**18.** Het derde subcriterium brengt met zich dat de rechter rekening kan houden met het feit dat het onrechtmatig verkregen bewijs alleen een materieel element van het misdrijf betreft.<sup>98</sup> Dit subcriterium wordt in de doctrine veelal beschouwd als onduidelijk.<sup>99</sup> Wat er feitelijk mee wordt bedoeld, is dat bewijselementen die louter het bestaan van het strafbaar feit bevestigen, anders kunnen worden behandeld dan bewijselementen die een vermoedelijke dader materieel of moreel kunnen linken aan de strafbare feiten.<sup>100</sup> In de praktijk zal dat onderscheid niet altijd makkelijk te maken zijn. Dit subcriterium wordt in de praktijk overigens nagenoeg niet toegepast.

97. M.A. BEERNAERT, "Antigone, le prince et l'idéal de justice" (noot onder Cass. 30 april 2014), *JLMB* 2014, 1375. Zie ook, evenwel zonder verwijzing naar het arrest van 30 april 2014, J. DE CODT, "La nouvelle loi sur les nullités: un texte inutile?", *Rev.dr.pén.* 2014, 258: "ne serait pas légalement justifiée la décision a qui considérerait que les conséquences d'une violation du droit à un procès équitable s'apprécient indépendamment de la gravité des faits imputés au prévenu".

98. Cass. 23 maart 2004, *Arr.Cass.* 2004, nr. 165, *RABG* 2004, 1061-1063 en *Vigiles* 2004, 170, met noot F. SCHUERMANS.

99. Zie het overzicht in D. DE WOLF, *Handboek correctioneel procesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 275-276, nr. 220.  
100. Cf. R. VERSTRAETEN, *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 2012, nr. 1993.

*d. Vierde subcriterium: aantasting van het door de miskende norm beschermde recht*

**19.** Het vierde subcriterium betreft het feit dat de rechter rekening kan houden met het doel van de miskende norm: als hij van oordeel is dat de onrechtmatigheid geen weerslag heeft gehad op het recht of de vrijheid die de norm beoogt te beschermen, dan kan hij daaruit afleiden dat het gebruik van het bewijs niet leidt tot een aantasting van het recht op een eerlijk proces.<sup>101</sup> In de casus die aanleiding gaf tot het arrest van 2 maart 2005 was bewijs verkregen d.m.v. een camera op het werk zonder voorafgaande mededeling zoals nochtans is vereist in het arbeidsrecht.<sup>102</sup> Vastgesteld werd echter dat de privacy van de wegens loonbediendendiefstal vervolgte werknemster niet in het gedrang was gekomen, aangezien de camera niet op haarzelf gericht was maar enkel op de kassa. In zekere zin kan dit subcriterium dan ook beschouwd worden als een introductie van de normdoeltheorie<sup>103</sup> in het strafrechtelijk bewijsrecht.

*e. Vijfde subcriterium: schending van een regel met een puur formeel karakter*

**20.** Het vijfde subcriterium ten slotte, betreft het feit dat het miskende voorschrift een puur formeel karakter heeft.<sup>104</sup> Gezegd werd ook reeds dat er niet kan worden besloten tot een schending van het recht op een eerlijk proces op basis van de vaststelling van formele onregelmatigheden.<sup>105</sup> Veel voegt dat echter niet toe aan het voorgaande, aangezien het puur formeel karakter van de miskende norm uiteraard ook een weerslag heeft op de proportionaliteitstoets die beoogd wordt in het tweede subcriterium.

## 2. NIET-CUMULATIEF EN ZELFS FACULTATIEF KARAKTER VAN DE SUBCRITERIA

**21.** In het arrest van 23 maart 2004 heeft het Hof van Cassatie aangegeven dat de (toen nog drie) omstandigheden die de rechter in overweging kan nemen om te beoordelen of het recht op een eerlijk proces aangetast zou worden door het in overweging

101. Cass. 2 maart 2005, *Arr.Cass.* 2005, nr. 130, *RABG* 2005, 1161, *Rev.dr.pén.* 2005, 668 en *JLMB* 2005, 1086-1109, met noot A.M. BEERNAERT. Uit dit arrest blijkt ook dat het feit dat de onrechtmatigheid een misdrijf betreft, niet uitsluit dat het bewijs toch mag worden gebruikt.

102. De miskende norm betrof meer bepaald art. 9 cao nr. 68 van 16 juni 1998 betreffende de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemers t.o.v. de camerabewaking op de arbeidsplaats.

103. *Cf.* art. 867 Ger.W.

104. Cass. 12 oktober 2005, *T.Straffr.* 2006, 25-31, met noot F. VERBRUGGEN.

105. Cass. 4 maart 2015, AR P.14.1796.F, *JT* 2015, met noot M. BEERNAERT.

nemen van het onrechtmatig verkregen bewijs, niet cumulatief zijn.<sup>106</sup> Het Hof overwoog immers dat de rechter bij zijn oordeel “*onder meer, een of het geheel van volgende omstandigheden in afweging kan nemen*”. Daaruit blijkt duidelijk dat de rechter ook andere omstandigheden in rekening kan brengen.<sup>107</sup> Uiteraard moet de rechter dus ook niet alle subcriteria cumulatief onderzoeken.<sup>108</sup>

Uit het hoger reeds geciteerde arrest van het Hof van Cassatie van 28 mei 2013<sup>109</sup> volgt zelfs dat de rechter niet eens noodzakelijk rekening moet houden met de door het Hof ontwikkelde subcriteria, aangezien gezegd wordt dat de rechter bij zijn oordeel rekening *kan* houden met o.m. een of meer van de bedoelde omstandigheden. Terecht werd opgemerkt dat hiermee het gevaar ontstaat dat er uiteenlopende rechtspraak ontstaat over de kern van het strafprocesrecht, nl. welke sanctie er volgt op procedurefouten inzake het bewijs.<sup>110</sup> De rechter kan immers in gelijke omstandigheden wel of niet tot bewijsuitsluiting beslissen op basis van een subcriterium naar keuze, of zelfs op basis van een ander (eigen ontwikkeld) criterium. Een dergelijke beslissingsvrijheid over een dermate belangrijk gegeven als de sanctie op onrechtmatige bewijsgaring overstijgt de grenzen van wat wenselijk is qua rechterlijke vrijheid. In de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van het Hof van Cassatie van 28 mei 2013 werd bv. door de kamer van inbeschuldigingstelling beslist tot verwijdering uit het strafdossier van de bij een huiszoeking vergaarde bewijselementen op grond van de enkele vaststelling dat de onrechtmatigheid opzettelijk werd begaan. De strafrechter die het opzettelijk karakter van de onrechtmatige handeling vaststelt, is evenwel niet verplicht te besluiten tot bewijsuitsluiting.<sup>111</sup> Hij kan dus m.a.w. alle kanten uit. Normaliter wordt er ook nog getoetst aan andere criteria, inz. aan het proportioneelcriterium (dat in de praktijk het meeste gebruikte subcriterium is, meestal om vast te stellen dat de onrechtmatigheid niet opweegt tegen de zwaarwichtigheid van de feiten en dus om het bewijs toe te laten), maar dat is dus, althans volgens de Nederlandstalige afdeling van het Hof van Cassatie, niet verplicht.<sup>112</sup> Het feit dat criteria die normaliter steeds worden gehanteerd, door de rechter kunnen achterwege gelaten worden in een welbepaalde zaak, is uiteraard niet alleen slecht voor de rechtszekerheid, maar ook voor de legitimiteit van de nietigheidsleer zelf, aangezien het de indruk wekt dat klassenjustitie mogelijk is. Het ware dan ook beter dat er minstens enkele subcriteria zijn ter beoordeling van het derde hoofdcriterium waaraan de rechter steeds moet toetsen.

106. Cass. 23 maart 2004, *Arr.Cass.* 2004, nr. 165, *RABG* 2004, 1061-1063 en *Vigiles* 2004, 170, met noot F. SCHUERMANS.

107. R. VERSTRAETEN en S. DE DECKER, “Antigoon sluit de achterpoort maar opent een raam” (noot onder Cass. 16 november 2004), *T.Strafr.* 2005, 290.

108. Cass. 5 juni 2012, AR P.11.2100.N.

109. Cass. 28 mei 2013, AR P.13.0066.N, *RW* 2013-14, 1616, met noot B. DE SMET.

110. B. DE SMET, “Criteria en subcriteria voor de beoordeling van onregelmatigheden inzake de bewijsverkrijging” (noot onder Cass. 28 mei 2013), *RW* 2013-14, 1624.

111. *Cf. supra* en de verwijzing naar Cass. 31 oktober 2006, AR P.06.1016.N, *Arr.Cass.* 2006, nr. 535 en *T.Strafr.* 2007, 53, met noot F. SCHUERMANS.

112. Zie *supra* over het arrest van de Franstalige afdeling van 30 april 2014.

22. Uit het voorgaande volgt ook dat – voor zover het standpunt van de Nederlands-talige afdeling van het Hof van Cassatie vervat in het arrest van 28 mei 2013 gehandhaafd zou blijven – de strafrechter die dat zou wensen, *de facto* zoveel beslissingsruimte heeft dat hij bij elke onrechtmatigheid kan beslissen tot bewijsuitsluiting. De Antigoondoctrine kan dus perfect terzijde geschoven worden op een wijze die cassatiebestendig is, net zoals de rechter ook op cassatiebestendige wijze in elke zaak kan beslissen dat het bewijs kan gebruikt worden. Elk subcriterium kan immers in twee richtingen worden gelezen, ook al kwamen de resp. subcriteria doorgaans tot stand vanuit beslissingen die strekten tot het toelaten van het gebruik van het onrechtmatig verkregen bewijs. Zo kan gezegd worden dat het bewijs mag worden gebruikt wanneer het recht of de vrijheid die de miskende norm beoogt te beschermen niet is miskend door de begane onrechtmatigheid, maar kan dus ook beslist worden het bewijs te weren wanneer dat wel het geval is, wat ook meestal zo zal zijn.<sup>113</sup> Of er kan zelfs beslist worden tot bewijsuitsluiting op basis van de enkele vaststelling dat de miskende norm een meer dan louter formeel karakter heeft ...

### 3. ANDERE MOGELIJKE SUBCRITERIA

23. Gelet op het voorgaande kan de rechter ook andere subcriteria ontwikkelen en gebruiken om te oordelen dat het gebruik van het onrechtmatig verkregen bewijs al dan niet het recht op een eerlijk proces zou schenden. Opvallend is dat uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie zelf eigenlijk al een ander mogelijk subcriterium blijkt. Het Hof van Cassatie heeft immers al gepreciseerd, in een zaak waarin door de verdediging de objectiviteit van de speurders in vraag was gesteld, dat *“het recht op een eerlijke behandeling van de zaak wordt getoetst aan de rechtspleging in haar geheel, door na te gaan of het recht van verdediging is geëerbiedigd, te onderzoeken of de vervolgde persoon de kans heeft gekregen de geloofwaardigheid van het bewijsmateriaal te betwisten en zich tegen de aanwending ervan te verzetten, na te gaan of de omstandigheden waarin de gegevens ten laste zijn verkregen twijfel doen rijzen over de geloofwaardigheid of de juistheid ervan, en door de invloed in te schatten van het onregelmatig verkregen bewijsmateriaal op de afloop van de strafvordering”*.<sup>114</sup> Vooral dat laatste is interessant: de strafrechter vermag dus rekening te houden met de invloed van het onregelmatig verkregen bewijs op de afloop van de strafvordering. Dat lijkt er op te wijzen dat het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs dat belangrijk is voor de afloop van de strafvordering, sneller het recht op een eerlijk proces zal aantasten. Of anders gesteld: het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs als steunbewijs is misschien wel mogelijk<sup>115</sup>, maar het gebruik van

113. Zie ook de vaststelling van F. KUTY dat op basis van dit subcriterium meer beslist kan worden tot bewijsuitsluiting (“Le droit de la preuve au regard de la jurisprudence récente de la Cour de cassation” in X., *Questions d’actualité de droit pénal et de procédure pénale*, Brussel, Bruylant, 2005, 93).

114. Cass. 3 oktober 2012, AR P.12.0709.F.

115. Of dat in het concrete geval kan, zal afhangen van andere subcriteria.

onrechtmatig verkregen bewijs als doorslaggevend bewijs is dat niet. Ook in de rechtspraak i.v.m. miskenningen van het recht op bijstand bij het verhoor<sup>116</sup> werd trouwens in vele arresten de link gelegd met de waarde van de verklaring als bewijs voor het ten laste gelegde feit, aangezien gezegd werd dat er geen schending is van het recht op een eerlijk proces als (o.m.) de verklaring niet als doorslaggevend bewijs wordt gebruikt.<sup>117</sup>

## D. Is er nog ruimte voor andere hoofdcriteria?

24. De vraag kan gesteld worden of de rechter zich nog kan baseren op andere hoofdcriteria, net zoals hij ook andere subcriteria kan gebruiken om te beoordelen of het recht op een eerlijk proces wordt miskend door het gebruik van het onrechtmatig verkregen bewijs. Die vraag is vnl. relevant in het licht van een arrest van de Franstalige afdeling van het Hof van Cassatie van 24 april 2013.<sup>118</sup> In dat arrest werd beslist dat wanneer een onregelmatigheid substantieel is omdat ze raakt aan de organisatie van de hoven en rechtbanken m.b.t. de verdeling van hun respectieve bevoegdheden, die onregelmatigheid niet kan worden toegedekt middels de Antigoondocctrine. Een dergelijke onregelmatigheid zou dan dus steeds moeten bestraft worden met bewijsuitsluiting. Een amendement om dit bijkomende hoofdcriterium aan de wet toe te voegen, werd echter uiteindelijk niet aangenomen.

Sedert de invoering van artikel 32 V.T.Sv. kan de hoger geschetste vraag echter niet langer positief beantwoord worden, aangezien de wet vooropstelt dat *enkel* in de in die bepaling opgesomde gevallen tot bewijsuitsluiting kan worden besloten. Zoals hoger aangegeven, gaat dat echter niet op voor het bewijs dat op onrechtmatige wijze in het buitenland werd verkregen, zodat de rechter die over een dergelijk bewijs te oordelen heeft, zich wel nog op andere hoofdcriteria zou kunnen beroepen.<sup>119</sup> Dat er sedert de inwerkingtreding van artikel 32 V.T.Sv. geen ander hoofdcriterium kan worden gebruikt dan de drie criteria die in die bepaling terug te vinden zijn, is ondertussen trouwens ook al gebleken uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie. In een arrest van 10 juni 2014 besliste het Hof immers dat ook wanneer er sprake is van een overschrijding van de saisine van de onderzoeksrechter, het aldus bekomen bewijs enkel kan worden uitgesloten indien aangetoond wordt dat hoe en waarom de overschrijding van de saisine van de onderzoeksrechter tot gevolg heeft dat de betrouwbaarheid van het bewijs is aangetast of dat het gebruik van dat bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces.<sup>120</sup> Het verbod voor de onderzoeksrechter

116. Ook een dergelijke miskenning leidt tot de onrechtmatigheid van het bewijs, *in casu* de aldus afgelegde verklaring (cf. Cass. 26 maart 2013, AR P.12.0387.N).

117. Die stelling is in het licht van recentere rechtspraak, o.m. van het Grondwettelijk Hof en van het EHRM, echter niet langer houdbaar.

118. Cass. 24 april 2013, AR P.12.1919.F.

119. Zoals hoger aangegeven lijkt dit wel aanleiding te geven tot een ongelijkheid die niet redelijk te verantwoorden valt.

120. Cass. 10 juni 2014, AR P.14.0282.N, RW 2014-15, 1189, met noot A. DE NAUW.

om andere feiten te onderzoeken dan die welke bij hem aanhangig zijn gemaakt, dat niet op straffe van nietigheid is voorgeschreven, moet dus niet noodzakelijkerwijs tot bewijsuitsluiting aanleiding geven. Er is dus ook bij dergelijke onregelmatigheden nog steeds een feitelijke appreciatie vereist. Zo wordt in de doctrine aangegeven dat er wel tot bewijsuitsluiting zou kunnen besloten worden als de onderzoeksrechter werkelijk *cavalier seul* speelt en eigengereid onderzoek voert naar feiten waarmee hij niet werd belast, aangezien daarmee vragen kunnen worden gesteld nopens de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de onderzoeksrechter in kwestie.<sup>121</sup> In een arrest van 19 mei 2015 werd trouwens expliciet door het Hof van Cassatie aangegeven dat de regel vervat in artikel 32 V.T.Sv. geldt voor alle onregelmatigheden, ongeacht of zij een inbreuk inhouden op een bepaling van openbare orde dan wel betrekking hebben op een regel van rechterlijke organisatie.<sup>122</sup>

## § 6. Afwijzing van de *inevitable discovery*-doctrine

**25.** In het hoger reeds besproken arrest van 28 mei 2013<sup>123</sup> heeft het Hof van Cassatie ook beslist dat de rechter die moet beslissen over bewijsuitsluiting niet verplicht is “*te onderzoeken of de betwiste gegevens al dan niet onvermijdelijk zouden zijn ontdekt zonder de onrechtmatigheid*”. Daarmee wordt de zgn. *inevitable discovery*-doctrine afgewezen. Op basis van deze doctrine, die haar oorsprong vindt in de Verenigde Staten, is het mogelijk om bewijsmateriaal te gebruiken dat indirect verkregen werd na ongrondwettelijk politieoptreden als kan worden aangetoond dat een afzonderlijk of alternatief onderzoek datzelfde bewijsmateriaal ook aan het licht zou hebben gebracht. Het gebruik van deze theorie veronderstelt daardoor als het ware een hypothetisch onderzoek van de zaak. Alhoewel de doctrine reeds langer werd gebruikt in diverse staten van de Verenigde Staten, kwam er pas in 1984 een beslissing van het US Supreme Court waarbij de “*inevitable discovery exception*” werd aanvaard.<sup>124</sup> De zaak had betrekking op de ontvoering en de moord op een tienjarig meisje op kerstavond 1968 in Iowa. De verdachte legde een verklaring af zonder bijstand van een raadsman, op basis waarvan de politie het lijk van het meisje kon vinden en secundair bewijsmateriaal kon verzamelen.<sup>125</sup> De verklaring zelf werd geweerd als bewijs, maar het secundair bewijsmateriaal werd aanvaard, aangezien werd geoordeeld dat een zoektocht in de buurt onvermijdelijk zou geleid hebben tot het aantreffen van het lijk en dus tot het vergaren van het secundair bewijs. Op het

121. A. DE NAUW, “Na de jurisprudentiële, een bijkomende wettelijke verenging van de sanctie van de bewijsuitsluiting” (noot onder Cass. 10 juni 2014), *RW* 2014-15, 1189, 1193.

122. Cass. 19 mei 2015, AR P.14.0921.N.

123. Cass. 28 mei 2013, AR P.13.0066.N, *RW* 2013-14, 1616, met noot B. DE SMET.

124. *Nix v. Williams (Williams II)*, 1984 (467 U.S. 431).

125. Deze feiten doen onvermijdelijk denken aan de achtergrond van het arrest *Gäfgen* van het EHRM (EHRM 1 juni 2010 (Grote Kamer), *Gäfgen t. Duitsland*, NC 2011, 179, met noot F. GOOSSENS en W. VANDENHOLE, *T.Strafr.* 2011, 27, met noot T. SPRONKEN, *Rev.dr.pén.* 2011, 290, met noot O. MICHIELS en A. JACOBS, *Vigiles* 2011, 140, met noot F. GOOSSENS en W. VANDENHOLE).

ogenblik dat de verklaring werd afgelegd die leidde tot de ontdekking van het lijk van het slachtoffer, was er trouwens al een zoektocht in de buurt aan de gang.<sup>126</sup> De achterliggende idee was dat de politie in dezelfde *maar niet in slechtere* omstandigheden moet worden geplaatst alsof er zich geen onregelmatigheid had voorgedaan.<sup>127</sup> Het US Supreme Court besloot dat het gebruik van de “*inevitable discovery exception*” slechts een marginale impact kan hebben op het afschrikkend effect dat de uitsluitingsregel moet uitgaan, aangezien een politieambtenaar zelden tot nooit kan incalculeren dat het gezochte bewijs onvermijdelijk zal worden ontdekt. Alhoewel de “*inevitable discovery exception*” geconcipieerd werd om het gebruik van secundair bewijsmateriaal mogelijk te maken dat onvermijdelijk zou zijn ontdekt, wordt de doctrine in veel staten ook aangewend om primair bewijs toe te laten als kan aangetoond worden dat ook dat bewijs zou zijn ontdekt.<sup>128</sup> De doctrine wordt ook in heel wat andere landen gebruikt. In *Zuid-Afrika* werd deze regel relatief recent nog geïntroduceerd door het Supreme Court of Appeal in 2004<sup>129</sup>, dat zich hiervoor baseerde op de Canadese rechtspraak.<sup>130</sup> Een ander land dat de leer van de *inevitable discovery* recent (nl. in 2008) overnam, is *Brazilië*.<sup>131</sup>

## § 7. *Fruits of the poisonous tree*

**26.** Over het onrechtmatig verkregen bewijs kan niet gesproken worden zonder melding te maken van de doctrine van de “*fruits of the poisonous tree*”. Die regel, volgens dewelke bij bewijsuitsluiting niet enkel het onrechtmatig verkregen bewijs zelf maar ook het bewijs dat daaruit rechtstreeks of onrechtstreeks werd verkregen aan uitsluiting onderhevig is, is net zoals de uitsluitingsregel zelf afkomstig uit de Verenigde Staten. De verplichte uitsluiting van indirect onrechtmatig verkregen bewijs in strafzaken werd er meer bepaald opgelegd in 1920.<sup>132</sup> De term “*fruits of the poisonous tree*” werd er voor het eerst gebruikt in 1939.<sup>133</sup> De leer van de “*fruits of the poisonous tree*” kent wel enkele verzachtingen. Naast de “*independent source*

126. Zie R.B. LAMBERTH, “The inevitable discovery doctrine: procedural safeguards to ensure inevitability”, *Baylor L.Rev.* 1988, 129 (129-148).

127. R.M. BLOOM, “Inevitable discovery: an exception beyond the fruits”, *Am J.Crim L.* 1992-93, 83 (79-103).

128. Zie hierover R.M. BLOOM, “Inevitable discovery: an exception beyond the fruits”, *Am J.Crim L.* 1992-93, 87-93 (79-103).

129. *S. v. Pillay*, 2004 (2 SACR 419).

130. Zie hierover B. NAUDE, “The inclusion of inevitably discoverable evidence”, *S.Afr.J.Crim.Just.* 2008, 168-185.

131. Zie art. 157 Código de Processo Penal (Braz.).

132. *Silverthorne Lumber Co. V. United States*, 1920 (251 U.S. 385).

133. *Nardone v. United States*, 1939 (308 U.S. 338).



*exception*”<sup>134</sup> en de “*attenuation of the taint exception*”<sup>135</sup>, is de belangrijkste hiervan ongetwijfeld de “*inevitable discovery exception*”.<sup>136</sup>

De doctrine van de “fruits of the poisonous tree” wordt ook bij ons al lange tijd toegepast, aangezien het uitgangspunt bij de uitsluitingsregel steeds is geweest dat de strafrechter noch rechtstreeks noch onrechtstreeks zijn overtuiging mag vormen d.m.v. onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen.<sup>137</sup> De doctrine bleef bovendien onaangetaast door de Antigoondocctrine.<sup>138</sup> Dat betekent dat wanneer de rechter op basis van een van de criteria van artikel 32 V.T.Sv. besluit dat een bepaald bewijselement niet mag worden gebruikt, hij ook zal moeten beslissen tot uitsluiting van alle bewijselementen die rechtstreeks of onrechtstreeks gesteund zijn op het uitgesloten bewijs. Zo zal de rechter die vaststelt dat een bekentenis werd afgelegd na confrontatie met bewijselementen die onrechtmatig werden bekomen (bv. n.a.v. een nietige huiszoeking)<sup>139</sup>, die bekentenis moeten uitsluiten als hij beslist tot uitsluiting van de bewijselementen waarmee de betrokken verdachte werd geconfronteerd. In een recente studie wordt gezegd dat er sprake moet zijn van een causaal verband tussen het onregelmatige bewijsstuk en de daaropvolgende bewijsstukken.<sup>140</sup> Dat lijkt een te strenge formulering te zijn die afbreuk doet aan het door het Hof van Cassatie klassiek gehanteerde begrip *rechtstreeks of onrechtstreeks* voortvloeiend uit het primair bewijs. Beter is het wellicht te zeggen dat de rechter het secundair bewijs niet moet uitsluiten als er *geen enkel verband* is tussen het primair en het secundair bewijs.<sup>141</sup>

134. Volgens deze exceptie kan gebruik worden gemaakt van bewijs dat verkregen werd op een wijze die volkomen losstaat van het onrechtmatig verkregen bewijs, bv. wanneer de politie drugs in beslag neemt in een woning en men niet alleen weet had van de aanwezigheid van drugs aldaar a.d.h.v. een onrechtmatig verhoor maar ook a.d.h.v. een rechtmatige verklaring van een getuige (S.P. GROSSMAN, “The doctrine of inevitable discovery: a plea for reasonable limitations”, *Dick.L.Rev.* 1988, 319 (313-361)). Feitelijk betreft het geen echte uitzondering, aangezien het bewijs als het ware verkregen werd via een “niet vergiftigde boom” (R.M. BLOOM, “Inevitable discovery: an exception beyond the fruits”, *Am J.Crim L.* 1992-93, 80 (79-103)).

135. Volgens deze exceptie moet het bewijs niet uitgesloten worden als de link tussen het primair en het secundair bewijs bijzonder vaag is. Zie *Nardone v. United States*, 1939 (308 U.S. 338) en *Wong Sun v. United States*, 1963 (371 U.S. 471). In deze laatste zaak werd de verdachte onwettelijk gearresteerd en vervolgens vrijgelaten. Enkele dagen later bood hij zich vrijwillig aan voor verhoor en legde hij een verklaring af. Die verklaring mocht wel worden gebruikt als bewijs omdat de invloed van de onwettelijke arrestatie op de verklaring ondertussen te gering was geworden.

136. Zie hierover hoger.

137. Zie bv. Cass. 16 juni 1987, AR 1095, *Arr.Cass.* 1986-87, nr. 627. Zie ook S. DE DECKER en F. VERBRUGGEN, “Across the river and into the poisonous tree: from exclusion to the use of illegally gathered evidence in criminal proceedings in Belgium” in A.W. JONGBLOED (ed.), *The XIIIth world congress of procedural law: the Belgian and Dutch reports*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 63-90.

138. Ph. TRAEEST, “Het bewijs in strafzaken na Antigoon” in ORDE VAN ADVOCATEN TE KORTRIJK – DEPARTEMENT VORMING EN BEROEPSOPLEIDING (ed.), *Recente ontwikkelingen in het strafrecht*, Gent, Larcier, 2008, 130.

139. Zie bv. het geval in Cass. 24 mei 1948, *Arr.Cass.* 1948, 287-289.

140. Ph. TRAEEST, G. VERMEULEN, W. DE BONDT, T. GOMBEER, S. RAATS en L. VAN PUYENBROECK, *Scenario's voor een nieuwe Belgische strafprocedure*, Antwerpen, Maklu, 2015, 236-237, nr. 625, waar verwezen wordt naar het hoger reeds aangehaalde arrest van het Hof van Cassatie van 28 mei 2013 (AR P.13.0066.N). Dat blijkt nochtans niet uit dat arrest, dat trouwens enkel betrekking had op het lot van het primair bewijs en niet van het secundair bewijs, waarover op dat ogenblik reeds definitief was beslist.

141. In een louter fiscale zaak werd wel gezegd dat de enkele omstandigheid dat onrechtmatig verkregen bewijzen aanleiding waren tot het uitvoeren van een nieuwe onderzoeksmaatregel, niet tot gevolg heeft dat de resultaten van deze nieuwe onderzoeksmaatregel die zelf niet steunen op de onrechtmatig verkregen bewijzen, niet in aanmerking mogen worden genomen (Cass. 6 maart 2015, AR F.14.0038.N). Dat is dus een soepelere invulling dan in strafzaken.

## § 8. Onrechtmatig verkregen bewijs en de onderzoeksgerechten

### A. In het raam van de zuivering der nietigheden

27. Uiteraard zijn ook de onderzoeksgerechten ertoe gehouden rekening te houden met artikel 32 V.T.Sv. bij de beoordeling van eventueel onregelmatig verkregen bewijselementen in het raam van de zuivering der nietigheden.<sup>142</sup> Toch is de toepassing van de Antigoondoctrine door de onderzoeksgerechten niet volledig vergelijkbaar met de toetsing die de vonnisrechter moet verrichten. Anders dan de vonnisgerechten, mogen de onderzoeksgerechten zich immers niet inlaten met de beoordeling van de betrouwbaarheid van het bewijs, aangezien de bewijswaardering exclusief toekomt aan de vonnisgerechten.<sup>143</sup> Concreet betekent dat dus dat de onderzoeksgerechten slechts aan twee van de drie hoofdcriteria kunnen toetsen, nl. of het miskende vormvoorschrift op straffe van nietigheid is voorgeschreven en of het gebruik van het onrechtmatig verkregen bewijs al dan niet zou leiden tot een aantasting van het recht op een eerlijk proces.<sup>144</sup> Ook dat laatste criterium is echter niet zo evident voor de onderzoeksgerechten, aangezien het recht op een eerlijk proces over het geheel van de rechtspleging wordt beoordeeld. Tot bewijssuitsluiting door de onderzoeksgerechten op basis van dit criterium zal dan ook enkel besloten worden als vastgesteld wordt dat de aantasting van het recht op een eerlijk proces onherstelbaar zou zijn, mocht het bewijs in het dossier aanwezig blijven. Een dergelijke vaststelling is vrij uitzonderlijk. Wel is het zo dat de rechter onaantastbaar in feite oordeelt of de gevolgen van een in de loop van de rechtspleging begane onrechtmatigheid niet in een latere fase zodanig kunnen worden geredieerd dat het recht op een eerlijk proces wordt hersteld. Het Hof van Cassatie gaat dus enkel na of de rechter uit zijn vaststellingen geen gevolgen afleidt die daarmee geen verband houden of op grond daarvan niet kunnen worden aangenomen.<sup>145</sup> Zo besliste de kamer van inbeschuldigingstelling te Brussel in het arrest van 18 december 2012 dat aanleiding gaf tot het arrest van het Hof van Cassatie van 28 mei 2013<sup>146</sup> tot bewijssuitsluiting op basis van het criterium eerlijk proces op basis van volgende overwegingen:

*“De hoger vastgestelde schending van het recht op een eerlijk proces in de kwestieuze onderzoekshandelingen betreft een schending die niet ongedaan gemaakt wordt en kan worden door het later recht op tegenspraak van de uiteindelijk beklaagden, nu de schending precies gelegen is in de doelbewuste onregelmatigheid, als hoger omschreven, van de kwestieuze onderzoekshande-*

142. Zie o.m. Cass. 20 september 2006, AR P.06.0681.F.

143. Cass. 3 april 2012, AR P.11.2095.N, *T.Strafr.* 2015, 218. Zie ook KI Gent 18 februari 2014, *T.Strafr.* 2014, 191, met noot G. SCHOORENS.

144. Compleet ten onrechte dus wordt in een noot onder het hoger geciteerde arrest van het Hof van Cassatie van 28 mei 2013 (AR P.13.0066.N) gesuggereerd dat de kamer van inbeschuldigingstelling beter tot bewijssuitsluiting zou gekomen zijn met toepassing van het betrouwbaarheids criterium (V. VERECKE, “Er bestaat geen hiërarchie tussen de Antigoon-criteria” (noot onder Cass. 28 mei 2013), *RABG* 2014, 41).

145. Cass. 28 mei 2013, AR P.13.0066.N, *RW* 2013-14, 1616, met noot B. DE SMET.

146. *Ibid.*

*lingen zelf. De vastgestelde schending van het recht op een eerlijk proces van verzoekers door de kwestieuze onderzoekshandelingen en met betrekking tot deze, is derhalve onherstelbaar en zou blijven voortduren zo de stukken, gegevens en geschriften daarbij in beslag genomen, in het gerechtsdossier zouden blijven berusten”.*

Deze summiere motivering van het onherstelbaar karakter van de schending van het recht op een eerlijk proces (die er in essentie op neerkomt dat het bewijs verkregen uit een opzettelijk begane onrechtmatigheid *altijd* moet worden gezuiverd, aangezien die schending onherstelbaar is als het bewijs in het strafdossier zou blijven berusten<sup>147</sup>) werd door het Hof van Cassatie aanvaard. Daaruit blijkt eens te meer dat de rechter die te beslissen heeft wat het lot is van het onrechtmatig verkregen bewijs, een bijzonder grote appreciatiemarge wordt gegund. Opvallend genoeg werd echter in een recenter arrest verduidelijkt dat van een onherroepelijke miskennis van het recht op een eerlijk proces die kan leiden tot bewijsuitsluiting in het raam van de zuivering der nietigheden in de regel slechts sprake is wanneer het verdere gebruik van dat stuk aanleiding kan geven tot een veroordeling die zou steunen op twijfelachtige gronden, terwijl het voor de partij tegen wie dat stuk wordt aangewend, niet mogelijk zou zijn het nuttig tegen te spreken en de waarheid naar voor te brengen.<sup>148</sup> Aan die criteria was nochtans niet voldaan in operatie Kelk (waar het om een nietig bevonden inbeslagname van stukken bij een huiszoeking ging) en toch werd de op basis van de hoger geciteerde motieven genomen beslissing tot uitsluiting van het bewijs door het Hof van Cassatie aanvaard, ook al voerde de eiser aan dat het onherroepelijk karakter van de door de kamer van inbeschuldigingstelling aangenomen schending van het recht op een eerlijk proces niet afdoende was vastgesteld. Dat roept dus wel de vraag op waarom het Hof van Cassatie met de introductie van criteria hieromtrent heeft gewacht tot na de beslissing in operatie Kelk, wetende dat de toepassing van die criteria in die zaak tot cassatie zouden hebben moeten leiden. Het toont in elk geval nogmaals het absolute gebrek aan rechtszekerheid aan omtrent het onrechtmatig verkregen bewijs.

**28.** Wat de gevolgen zijn van de uitspraak van het onderzoeksgerecht in het raam van de zuivering der nietigheden, hangt af van het geval. Als bv. door de raadkamer beslist werd dat er geen sprake is van enigerlei nietigheid en er tegen die beslissing geen hoger beroep werd ingesteld, zal de beklaagde die voor de vonnisrechter terechtstaat nog steeds kunnen aanvoeren dat er toch sprake is van een nietigheid. Werd dezelfde beslissing echter genomen door de kamer van inbeschuldigingstelling (hetzij in het raam van een hoger beroep tegen de beschikking van de raadkamer omtrent de regeling der rechtspleging, hetzij in het raam van een controle tijdens het

147. Wat in strijd is met de inhoud van het arrest van het Hof van Cassatie van 31 oktober 2006 (AR P.06.1016.N, *Arr.Cass.* 2006, nr. 535 en *T.Strafr.* 2007, 53, met noot F. SCHUERMANS).

148. Cass. 19 mei 2015, AR P.14.0921.N.

gerechtelijk onderzoek), dan zal de beklaagde die voor de vonnisrechter terechtstaat diezelfde nietigheid niet meer kunnen opwerpen in die fase.<sup>149</sup> Op dat principe moet echter een belangrijke nuancering worden gemaakt. Nl. geldt het verbod om middelen die werden opgeworpen voor de kamer van inbeschuldigingstelling in het raam van artikel 235*bis* Sv. opnieuw aan te voeren voor de feitenrechter, enkel voor de partijen die betrokken waren bij die zuiveringsprocedure.<sup>150</sup> Een partij die niet werd opgeroepen (bv. omdat de betrokkene nog geen partij was op het ogenblik dat de zuiveringsprocedure heeft plaatsgevonden), kan dus niet gehinderd worden door de beslissing van de kamer van inbeschuldigingstelling die wat hem betreft niet tegensprekelijk is tot stand gekomen. Die precisering heeft uiteraard te maken met het feit dat de zuiveringsprocedure een tegensprekelijke procedure betreft, die vereist dat alle partijen worden opgeroepen, inclusief de burgerlijke partij.<sup>151</sup> Om die reden moet ook het omgekeerde worden aangenomen, nl. dat een burgerlijke partij die niet betrokken werd bij een zuiveringsprocedure die ertoe heeft geleid dat stukken uit het strafdossier werden verwijderd, nog steeds kan vragen dat die stukken wat hem betreft (dus ter beoordeling van de door die burgerlijke partij gestelde burgerlijke vordering) wel mogen worden aangewend. Alhoewel de beslissing tot zuivering ertoe leidt dat de gezuiverde stukken niet langer deel uitmaken van het gerechtelijk onderzoek, is die vaststelling relatief aangezien de tegenstelbaarheid ervan beperkt is tot de partijen die betrokken werden bij de zuiveringsprocedure. Bovendien kan van die stukken nog steeds gebruik worden gemaakt door een partij ter ondersteuning van zijn verdediging, aangezien de onmogelijkheid daarvan op onevenredige wijze afbreuk zou doen aan de rechten van verdediging.<sup>152</sup>

Een andere mogelijkheid is dat de kamer van inbeschuldigingstelling wel een nietigheid heeft vastgesteld, maar na toepassing van artikel 32 V.T.Sv. heeft beslist dat geen bewijselementen moeten worden uitgesloten. Ook die beslissing is bindend voor de partij die betrokken was bij de zuiveringsprocedure, maar in dat geval kan de beklaagde voor de vonnisrechter nog steeds opwerpen dat het bewijs toch moet worden uitgesloten omdat de onregelmatigheid heeft geleid tot een aantasting van de betrouwbaarheid van het bewijs. Dat is uiteraard het logische gevolg van het feit dat het betrouwbaarheids criterium niet door de onderzoeksgerechten kan worden beoordeeld.<sup>153</sup> Het is ook mogelijk dat er niet beslist werd tot bewijsuitsluiting omdat er volgens de kamer van inbeschuldigingstelling sprake is van een schending van het recht op een eerlijk proces die evenwel nog hersteld kan worden tijdens de fase ten gronde. In dat geval zal de vonnisrechter nog moeten nagaan of de aangenomen schending van het recht op een eerlijk proces al dan niet daadwerkelijk werd hersteld door de rechtspleging volgend op de beslissing van de kamer van inbeschuldigingstelling.

149. Zie art. 235*bis*, § 5 Sv.

150. Zie o.m. Cass. 3 juni 2014, AR P.14.0329.N, *T.Straf*: 2014, 257, met noot T. DECAIGNY en *Limb.Rechtsl.* 2014, 262.

151. Zie Cass. 12 oktober 2010, AR P.10.1469.N, *NC* 2010, 373 en *JT* 2010, 6409.

152. Zie Arbitragehof 8 mei 2002, nr. 86/2002, *BS* 24 mei 2002, *AA* 2002, 1073, *NJW* 2002, 205, *RW* 2002-03, 290, *T.Straf*: 2003, 246, met noot P. DE HERT en D. DE WOLF, *TBP* 2003, 439, *JLMB* 2002, 988 en *JT* 2002, 514.

153. *Cf. supra*.

Ten slotte kan nog gewezen worden op het feit dat een beslissing van de kamer van inbeschuldigingstelling met toepassing van artikel 235*ter* Sv. nog niet noodzakelijk betekent dat ook uitspraak werd gedaan met toepassing van artikel 235*bis* Sv. in het raam van de controle op de bijzondere opsporingsmethoden. Zo kan de feitenrechter nog steeds onderzoeken of er sprake is van provocatie ter gelegenheid van een aangewende infiltratie, ook al werd die infiltratie wettig bevonden door de kamer van inbeschuldigingstelling.<sup>154</sup>

## B. In het raam van de voorlopige hechtenis

29. Wanneer de onderzoeksgerechten te oordelen hebben over de voorlopige hechtenis, is het mogelijk dat aangevoerd wordt dat de bezwaren waarop het bevel tot aanhouding gesteund is, voortspruiten uit onrechtmatig verkregen bewijs. In dat geval is het onderzoeksgerecht alleen gehouden tot een *prima facie* onderzoek van de aangevoerde onregelmatigheid, aangezien de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis bijzondere regels dienaangaande voor het toezicht op de regelmatigheid van de handhaving van de hechtenis bevat, welke als enige van toepassing zijn.<sup>155</sup>

### § 9. De doorsijpeling van de Antigoondoctrine naar andere rechtstakken

30. Het is niet onbelangrijk te vermelden dat de impact van de Antigoondoctrine niet beperkt is tot het strafrecht. Reeds geruime tijd geleden werd aanvaard dat de doctrine ook toegepast kan worden in het *burgerlijk recht* en het *socialezekerheidsrecht*.<sup>156</sup> In een recent arrest heeft het Hof van Cassatie ook standpunt ingenomen over het onrechtmatig verkregen bewijs *in fiscalibus*.<sup>157</sup> NI. wordt gezegd dat behoudens

154. Zie Cass. 28 mei 2014, AR P.14.0424.F, RABG 2015, 36, met noot V. VEREECKE, *T.Strafr.* 2015, 26, met noot F. SCHUERMANS en *Rev.dr.pén.* 2014, 959. In deze zaak werd de strafvordering door de feitenrechtters onontvankelijk verklaard op grond van provocatie en werd het cassatieberoep dat tegen die beslissing werd aangekend door de procureur-generaal afgewezen. In een noot bij dit arrest wordt vreemd genoeg geschreven: “*eens te meer wordt het failliet aangetoond van het huidige systeem van BOM-controles en zuiveringsprocedures door de onderzoeksgerechten, die immers zo goed als ongehinderd kunnen worden gecumuleerd met nietigheids- of onregelmatigheidsexcepties voor de rechter ten gronde*” (F. SCHUERMANS, noot onder Cass. 28 mei 2014, *T.Strafr.* 2015, 27-28). Klaarblijkelijk verkiest deze auteur een systeem waarbij de beklagde de provocatie niet meer zou hebben kunnen opwerpen en veroordeeld zou zijn geworden voor een uitgelokt misdrijf. Hoe dat te rijmen zou zijn met het recht op een eerlijk proces is een raadsel.

155. Cass. 21 januari 2015, AR P.15.0056.F.

156. Cass. 20 maart 2008, AR S.07.0073.N, *Arr.Cass.* 2008, nr. 166. Over de antigoondoctrine in civiele zaken zie D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils – L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 240-254 en B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, “Licéité de la preuve en matière civile: un clone pour ‘Antigoon’”, *JT* 2012, 165-174.

157. Cass. 22 mei 2015, AR F.13.0077.N. Zie ook reeds over deze problematiek o.m. H. VANDEBERGH, “De tempering van de strikte toepassing van de fiscale wet door de antigoondoctrine met betrekking tot onrechtmatige bewijsgaring en andere beginselen”, *TFR* 2011, 897-911; T. JANSEN, “Eerste toepassing Antigoon-toets door fiscale rechtbanken”,

wanneer de wetgever ter zake in bijzondere sancties voorziet, het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in fiscale zaken slechts kan worden geweerd indien de bewijsmiddelen verkregen zijn op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat dit gebruik onder alle omstandigheden als ontoelaatbaar moet worden geacht, of indien dit gebruik het recht van de belastingplichtige op een eerlijk proces in het gedrang brengt. Wat dat laatste betreft, kan de rechter o.m. rekening houden met een of meer van volgende omstandigheden: het zuiver formeel karakter van de onregelmatigheid, de weerslag ervan op het recht of de vrijheid die door de overschreden norm worden beschermd, het al dan niet opzettelijk karakter van de door de overheid begane onrechtmatigheid en de omstandigheid dat de ernst van de inbreuk veruit de begane onrechtmatigheid overstijgt. Aldus moet worden vastgesteld dat de subcriteria om te beoordelen of het gebruik van bewijs in strijd zou zijn met het recht op een eerlijk proces, gelijk zijn aan de subcriteria *in penalibus*, maar dat de hoofdcriteria om te bepalen of onrechtmatig verkregen bewijs moet worden uitgesloten, niet gelijklopend zijn. Er wordt nl. geen melding gemaakt van de eerste twee hoofdcriteria van artikel 32 V.T.Sv. (het op straffe van nietigheid voorgeschreven karakter van de miskende norm en de aantasting van de betrouwbaarheid van het bewijs), maar er wordt daarentegen een ander hoofdcriterium gehanteerd, nl. de vraag of de bewijsmiddelen verkregen zijn op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat dit gebruik onder alle omstandigheden als ontoelaatbaar moet worden geacht. Dat laatste heeft te maken met het feit dat het gebruik door de administratie van onrechtmatig verkregen bewijs moet worden getoetst aan de beginselen van behoorlijk bestuur (en dus niet enkel aan het recht op een eerlijk proces). Het criterium van de behoorlijk handelende overheid laat toe om meer tot bewijsuitsluiting over te gaan dan in strafzaken. Op zich is dat uiteraard logisch, aangezien een fiscaal geschil tussen overheid en burger van een totaal andere orde is dan een strafprocedure tegen een burger. Maar het criterium doet wel de vraag rijzen of de overheid bij het onderzoek naar strafbare feiten dan in mindere mate behoorlijk moet handelen.

### § 10. *Evaluatie van de Belgische bewijsuitsluitingsregel: een gebrek aan visie*

**31.** Er moet vastgesteld worden dat de huidige bewijsuitsluitingsregel voor kritiek vatbaar is. De doctrine is immers het gevolg van een amalgaam aan arresten die weliswaar noodgedwongen tot stand zijn gekomen bij gebrek aan een weldoordacht en democratisch gecreëerd nietigheidsstelsel. Er mag nochtans verwacht worden dat een dermate belangrijk thema als het lot van onrechtmatig verkregen bewijs, aanleiding

---

→ *Fisc.Act.* 2011, 1/5; M. MAUS, “De Antigooon-leer in fiscale zaken. Quo vadimus?”, *Fisc.Act.* 2011, 4/3; H. DUBOIS, “De bevrijding van de KB Lux-klanten, en Antigooon”, *TFR* 2011, 941-950; W. Defoor, “Onrechtmatig verkregen bewijs in fiscale zaken en ‘Antigooon’-rechtspraak”, *Fisc.Koer.* 2011, 319-323.

geeft tot een door de wetgever vastgelegd kader waarbinnen de rechterlijke macht verder kan opereren. Het huidige wettelijk kader, dat niet meer is dan de overname van de hoofdcriteria uit de Antigoondoctrine, is gebrekkig. Het leidt immers tot te veel rechterlijke vrijheid en opent daardoor de deur naar willekeur. Vooral de beoordeling van het eerlijk karakter van het proces, waarvoor geen enkel verplicht af te wegen criterium geldt, kan in gelijkaardige gevallen op tegengestelde wijze worden ingevuld. Een dergelijk systeem kan moeilijk op begrip rekenen bij de publieke opinie zodat er ook weinig tot geen legitimiteit van kan uitgaan. Dat laatste wordt nog versterkt, doordat de wetgever niet heeft nagedacht over de vraag welke vormverzuimen wel en dewelke niet moeten gesanctioneerd worden met nietigheid. De toepassing van het eerste hoofdcriterium blijft daardoor beperkt tot enkele gevallen. Tien jaar geleden werd, eveneens ter gelegenheid van de cyclus Delva, uit de Antigoonrechtspraak geconcludeerd dat werd geschilderd op een gebrekkig doek, aangezien deze rechtspraak werd ontwikkeld op de achtergrond van een weinig coherent wettelijk kader.<sup>158</sup> Helaas gaat diezelfde vaststelling vandaag, zelfs na introductie van artikel 32 V.T.Sv., nog steeds op. Veel heeft te maken met een gebrek aan visie. Noch door de wetgever, noch door de rechtspraak, werd nagedacht over de *filosofie* van de nietigheidsleer, en meer bepaald over de vraag wat men ermee wenst te bereiken en wat het belang ervan is voor een democratische rechtsstaat. Slechts door te vertrekken vanuit een duidelijk afgelijnde doelstelling, kan nochtans een nietigheidsleer worden ontwikkeld die uitlegbaar is aan eenieder en waarvan daardoor de noodzakelijke legitimiteit uitstraalt. Wat dat betreft kan bv. verwezen worden naar de versoepelingen van de uitsluitingsregel door het US Supreme Court, die steeds duidelijk worden uitgelegd onder verwijzing naar de bestaansreden ervan, nl. het vermijden van ongrondwettelijk optreden door de politie.<sup>159</sup>

Dat gebrek aan visie verklaart wellicht ook waarom moet vastgesteld worden dat de Belgische uitsluitingsregel nogal *individualistisch* georiënteerd is. Of bewijs wel of niet wordt uitgesloten heeft nl. – onafgezien van het eerste hoofdcriterium (de op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereisten, dat echter slechts weinig toepassingsgevallen kent) – te maken met elementen uit de concrete strafzaak. Zo moet bewijs worden uitgesloten als het door de begane onrechtmatigheid niet langer betrouwbaar is. Door al te veel de nadruk te leggen op die elementen, wordt de indruk gewekt dat de nietigheidsleer er enkel is om de rechten van de beklaagde te vrijwaren. Alhoewel dat uiteraard een belangrijk aspect is van de nietigheidsleer, mag er nochtans niet aan worden voorbijgegaan dat er ook sprake is van een bredere maatschappelijke grondslag, nl. het verzekeren van de rechtsstaat en het creëren van een samenleving waarin de burger gerust mag zijn dat overheidsoptreden dat interfereert in rechten en vrijheden, enkel plaatsvindt binnen het democratisch tot stand gekomen wettelijk kader. Door daaraan geen aandacht te besteden, wordt de geloofwaardigheid en de legitimiteit die van een nietigheidsregel moet uitgaan, verder ondermijnd.

158. F. DERUYCK, "Wat krom is, wordt recht. Over de bruikbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs" in X., *Strafrecht en strafprocesrecht, XXXIIe Postuniversitaire cyclis Willy Delva 2005-06*, Mechelen, Kluwer, 2006, 231, nr. 37.

159. Zie hierover J. MEESE, "Tien jaar Antigoon: waar gaan we heen met het onrechtmatig verkregen bewijs? Enkele ideeën uit de Angelsaksische rechtstraditie" in *Amicus Curiae. Liber Amicorum Marc De Swaef*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 281-293, inz. 283-287.

## AFDELING 4. DE BEWIJSWAARDERING EN DE BEWIJSSTANDAARD

**32.** In strafzaken beoordeelt de rechter vrij, dit is onaantastbaar, de bewijswaarde van de hem regelmatig voorgelegde gegevens. Hij kan bepaalde gegevens geloofwaardig achten en andere gegevens als ongeloofwaardig verwerpen of irrelevant dan wel niet-beslissend achten. Noch het recht van verdediging, noch het vermoeden van onschuld, noch de bewijsregels vereisen dat hij een afweging maakt tussen de verschillende hem voorgelegde gegevens vooraleer sommige van die gegevens als ongeloofwaardig te verwerpen of irrelevant dan wel niet-beslissend te oordelen.<sup>160</sup> Het beginsel van de vrije bewijswaardering behoort tot de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie. Uit het principe volgt o.m.<sup>161</sup> dat er geen hiërarchie is tussen bepaalde bewijsmiddelen en dat de rechter niet gehouden is het ene boven het andere bewijselement te verkiezen. Zo heeft het verslag van een gerechtsdeskundige niet noodzakelijk meer waarde dan het verslag van een technisch raadsman van een van de partijen. Die vrijheid van de rechter is ook niet beperkt door de aard van het bewijsmiddel. Zo belet niets de rechter om zelfs een bekentenis – dikwijls *la reine de la preuve* genoemd<sup>162</sup> – te negeren.<sup>163</sup> Ook de zgn. “harde bewijzen” of zelfs wetenschappelijke bewijzen zijn dus aan bewijswaardering onderhevig.<sup>164</sup>

Dat de rechter vrij is de bewijswaarde van bewijselementen te beoordelen, neemt uiteraard niet weg dat hij verplicht is zijn beslissing te motiveren. Ook als geen schriftelijke conclusie wordt neergelegd, moet de rechter melding maken van de voornaamste overwegingen die hem van de schuld of de onschuld van de beklagde hebben overtuigd en moet hij aangeven waarom hij de feiten al dan niet bewezen verklaart.<sup>165</sup> Uiteraard mag hij ook geen elementen negeren en moet hij de bewijselementen rationeel beoordelen.<sup>166</sup>

160. Cass. 4 november 2014, AR P.14.0881.N.

161. Zie voor een overzicht ook D. DE WOLF, *Handboek correctioneel procesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 243-244, nr. 191.

162. Zie bv. P. DE HERT, T. DECAIGNY en K. WEIS, “Het arrest Salduz dwingt tot aanpassing verhoor”, rubriek *Actueel, Vigiles* 2009, afl. 1, 1.

163. Cass. 26 oktober 2005, AR P. 05.0783.F, *Arr.Cass.* 2005, 2049.

164. Ph. TRAEST, “Hard bewijs: wanneer is de rechter overtuigd?” in X., *Bewijs in strafzaken, Verslagboek van het colloquium van de BLUS te Brussel, 27 september 2011, Reeks Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie*, Brugge, die Keure, 2011, 68.

165. Cass. 8 juni 2011, AR P.11.0570.F, *NC* 2012, 170, *Pas.* 2011, afl. 6-8, 1644, *Rev.dr.pén.* 2011, 898 en *JT* 2011, 490.

166. D. DE WOLF, *Handboek correctioneel procesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 245, nr. 192.



## AFDELING 5. BESLUIT

**33.** Daar waar mag uitgegaan worden van de vaststelling dat de bewijsregeling een van de kernaspecten van het strafprocesrecht uitmaakt, is het opvallend dat de belangrijkste elementen van de bewijsregeling niet door de wetgever maar door de rechtspraak werden ontwikkeld. In deze bijdrage werd vnl. gefocust op het leerstuk van het onrechtmatig verkregen bewijs. Daaruit blijkt dat de huidige regeling, alhoewel reeds helemaal ingeburgerd in de rechtspraak, voor ernstige kritiek vatbaar is. Het is de vraag of de wetgever, die op dit ogenblik grote plannen heeft voor een hervorming van het strafprocesrecht, ook bereid is te sleutelen aan een nietigheidsstelsel dat in mindere mate dan nu het geval is aanleiding kan geven tot willekeur.



## **DEEL 5**

# **RECHTSPLEGINGSVERGOEDING EN DWANGSOMPROBLEMATIEK**



# RECHTSPLEGGINGSVERGOEDING IN DE CIVIELE RECHTSPLEGGING<sup>1</sup>

Prof. dr. Stefaan VOET  
Hoofddocent KU Leuven  
Gastprofessor UHasselt

&

Drs. Tijl DE JAEGER  
Assistent Instituut voor Procesrecht UGent

---

1. De redactie van deze bijdrage werd afgesloten op 1 december 2015.



## AFDELING 1. INLEIDING

1. Zeven jaar na de inwerkingtreding van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van een advocaat<sup>2</sup> blijft de rechtsplegingsvergoeding brandend actueel.<sup>3</sup> Dit hoeft niet te verbazen.

Vanuit de rechtsleer werd meteen na de inwerkingtreding van de wet van 21 april 2007 gewezen op verschillende juridisch-technische onvolmaaktheden en onbillijke gevolgen waartoe de nieuwe regeling aanleiding gaf.<sup>4</sup> Over verschillende knelpunten hebben zowel het Grondwettelijk Hof als het Hof van Cassatie zich reeds uitgesproken.<sup>5</sup>

Ondertussen is ook de wetgever al driemaal tussengekomen. Een eerste keer met de wet van 22 december 2008 die een ondervragingsrecht voor de rechter invoerde in de aanhef van artikel 1022, derde lid Ger.W.<sup>6</sup> Een tweede keer met de wet van 21 februari 2010 tot wijziging van de artikelen 1022 Ger.W. en 162bis Sv. en tot opheffing van artikel 6 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties.<sup>7</sup> Een (voorlopig) laatste keer met de wet van 25 april 2014 ter verbetering van verschillende wetten die een aangelegenheid regelen

2. BS 31 mei 2007, ed. 1. Hierna wordt gesproken van “de wet van 21 april 2007”. In het *Belgisch Staatsblad* van 9 november 2007, ed. 1, verscheen het uitvoeringsbesluit: het KB van 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 1022 van het *Gerechtelijk Wetboek* en tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van de artikelen 1 tot 13 van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van de advocaat (hierna: “het KB 26 oktober 2007”).

3. Zowel in het *Rapport wetevaluatie 2013-14 (Parl.St. Kamer 2014-15, nr. 54-0435/002)* als in het *Justitieplan* van de minister van Justitie Koen GEENS (zie [http://justitie.belgium.be/nl/binaries/Plan%20justitie\\_18maart\\_NL\\_tcm265-264636.pdf](http://justitie.belgium.be/nl/binaries/Plan%20justitie_18maart_NL_tcm265-264636.pdf)) wordt aandacht besteed aan de rechtsplegingsvergoeding. In het *Rapport wetevaluatie* luidt het dat over verschillende moeilijkheden, die aanleiding geven tot onbillijke situaties, klaarheid moet worden geschapen (*Parl.St. Kamer 2014-15, nr. 54-0435/002, 154-155*).

4. Zie o.a. (niet exhaustief) I. SAMOY en V. SAGAERT, “De wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van kosten en erelonen van een advocaat”, *RW 2007-08, 674-698*; P. TAELEMAN en S. VOET, “De verhaalbaarheid van de advocatenhonoraria: analyse van een aantal knelpunten na één jaar toepassing” in P. VAN ORSHOVEN en B. MAES (eds.), *De procesrechtswetten van 2007 ... revisited!*, Brugge, die Keure, 2009, 125-208; V. SAGAERT en I. SAMOY, “Eerste praktische knelpunten van de wet verhaalbaarheid erelonen” in *VLAAMSE CONFERENTIE VAN DE BALIE TE GENT, Actuality gerechtelijk recht*, Gent, Larcier, 2008, 41-83 en V. PIRE, “Questions d’actualité en matière de répitibilité des frais et honoraires d’avocat”, *P&B 2009, 4-17*.

5. Deze rechtspraak komt hierna uitvoerig aan bod.

6. BS 12 januari 2009 (inwerkingtreding 22 januari 2009).

7. BS 11 maart 2010. Hierna wordt gesproken van “de wet van 21 februari 2010”. Voor een bespreking zie H. BOULARBAH en V. PIRE, “Actualités en matière de répitibilité des frais et honoraires d’avocat” in *Actualités en droit judiciaire*, Luik, Anthemis, 2010, 153-186 en V. PIRE, “Le nouveau droit de la répitibilité des frais et honoraires d’avocat (la loi du 21 février 2010)”, *RGAR 2010, nr. 14659*.

als bedoeld in artikel 78 van de Grondwet.<sup>8</sup> Die twee laatste wetten zijn op vandaag nog niet in werking getreden.<sup>9</sup>

2. In deze bijdrage worden de belangrijkste knelpunten van de rechtsplegingsvergoeding in de civiele rechtspleging besproken. De nadruk ligt op de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en het Hof van Cassatie en de recente wetgevende tussenkomsten.

## AFDELING 2. DE RECHTSPLEGINGSVERGOEDING EN DE PARTIJ

### § 1. De partij die van juridische tweedelijnsbijstand geniet

3. De rechtsplegingsvergoeding kan worden aangepast op grond van vier limitatief in de wet opgesomde criteria (art. 1022, derde lid Ger.W.). Het eerste criterium is de financiële draagkracht van de verliezende partij, doch enkel om het bedrag van de vergoeding te verminderen (en dus niet te verhogen). Deze bepaling is uitdrukkelijk gericht op partijen die zich in een financieel precaire situatie bevinden.

Een concrete toepassing van dit criterium is terug te vinden in artikel 1022, vierde lid Ger.W.: *“indien de in het ongelijk gestelde partij van de tweedelijns juridische bijstand geniet, wordt de rechtsplegingsvergoeding vastgelegd op het door de Koning vastgestelde minimum, tenzij in geval van een kennelijk onredelijke situatie. De rechter motiveert in het bijzonder zijn beslissing op dat punt”* (eigen onderlijning).

4. In een arrest van 10 november 2011 onderstreept het Hof van Cassatie dat die bepaling enkel van toepassing is op de in het ongelijk gestelde partij die juridische tweedelijnsbijstand geniet.<sup>10</sup> Op de in het ongelijk gestelde partij die enkel rechtsbijstand geniet, is de bepaling niet van toepassing. Terecht stelt het Hof dat dit logischerwijze voortvloeit uit de onderscheiden aard van de kosten waarvoor juridische tweedelijnsbijstand en rechtsbijstand wordt verleend. Daar waar rechtsbijstand de

8. BS 19 augustus 2014. Hierna wordt gesproken van “de wet van 25 april 2014”. Voor een eerste commentaar zie S. VOET, “Absolute vrijstelling van rechtsplegingsvergoeding voor de staat”, *RW* 2014-15, 202; J. DE METS, “Rechtsplegingsvergoeding en de overheid”, *Juristenkrant* 2014, afl. 293, 7; L. VANHEESWIJCK, “De fiscus en de rechtsplegingsvergoeding”, *TFR* 2014, 803-804; J. VANDEN BRANDEN, “Rechtsplegingsvergoeding. Wie betaalt mijn advocaat?”, *Fisc.Act.* 2014, afl. 29, 9-14 en A. DAYEZ, “[Procédure] L’insoutenable légèreté de l’Etat”, *Act.fisc.* 2014, afl. 32, 1-3. Zie *infra*, nrs. 7 t.e.m. 13 waaruit blijkt dat de desbetreffende bepaling van de wet van 25 april 2014 (art. 17) dode letter zal blijven.

9. De inwerkingtreding wordt bepaald door de Koning (resp. art. 6 wet 21 februari 2010 en art. 18 wet 25 april 2014).

10. Cass. 10 november 2011, AR C110456N. De bepaling is niet van toepassing indien de aanvrager van juridische tweedelijnsbijstand geen juridische tweedelijnsbijstand krijgt van het Bureau voor Juridische Bijstand en deze beslissing aanvecht voor de arbeidsrechtbank. Indien de aanvrager die rechtspleging verliest, moet hij een rechtsplegingsvergoeding betalen aan de Orde van Advocaten (Arbrb. Brussel 10 juni 2008, *JLMB* 2010, 3).



kosten van de rechtspleging dekt, omvat de juridische tweedelijnsbijstand net de vergoeding voor datgene wat de rechtsplegingsvergoeding beoogt te compenseren, nl. de kosten en het ereloon van de advocaat.

Het gegeven dat een partij ook daadwerkelijk moet genieten van juridische tweedelijnsbijstand, maakt volgens het Grondwettelijk Hof geen schending uit van het gelijkheidsbeginsel. Voor de toepassing van artikel 1022, vierde lid Ger.W. volstaat het dus niet dat de inkomenssituatie van de partij haar (theoretisch) in staat zou stellen te genieten van de juridische tweedelijnsbijstand.<sup>11</sup> Zij moet daar effectief van genieten opdat de bepaling zou gelden.

5. In zijn arrest van 18 december 2008 zag het Grondwettelijk Hof een schending in de afwijkingsmogelijkheid “*in geval van een kennelijk onredelijke situatie*”.<sup>12</sup> Uit de parlementaire voorbereiding bleek immers dat het niet mogelijk was om de rechtsplegingsvergoeding onder het minimum te verlagen.<sup>13</sup>

Eenzijds meent het Hof dat, hoewel in de parlementaire voorbereiding van de wet van 21 april 2007 is verklaard dat die uitzondering het mogelijk moet maken om de vergoeding te verhogen tot boven het minimum, maar nooit om die tot onder dat minimum te verlagen, de tekst van artikel 1022, vierde lid Ger.W. geenszins een dergelijke beperking bevat. Anderzijds “*is een dergelijke interpretatie van artikel 1022, vierde lid onbestaanbaar met de [...] standstill-verplichting [van art. 23 Gw.], vermits de verplichting om een rechtsplegingsvergoeding te betalen die is vastgesteld op het door de Koning bepaalde minimum, het aan de begunstigde van de juridische bijstand geboden beschermingsniveau in aanzienlijke mate zou kunnen verminderen, zonder dat daarvoor redenen zijn die verband houden met het algemeen belang. Het systeem van de juridische tweedelijnsbijstand strekt immers ertoe de toegang tot de rechter mogelijk te maken voor de rechtzoekenden die niet over voldoende financiële middelen beschikken om de kosten en erelonen verbonden aan hun eigen verdediging te betalen*”.

Het Hof besluit dan ook – en het reikt hier een grondwetsconforme interpretatie aan – dat artikel 1022, vierde lid Ger.W. “*alleen in die zin kan worden geïnterpreteerd dat (...) het de rechter mogelijk maakt het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding verschuldigd door de rechtzoekende die juridische tweedelijnsbijstand geniet, vast te stellen onder het door de Koning bepaalde minimum, en het zelfs op een symbolisch bedrag vast te stellen wanneer hij, met een in het bijzonder op dat punt gemotiveerde beslissing,*

11. GwH 3 februari 2011, nr. 19/2011.

12. GwH 18 december 2008, nr. 182/2008 (zie de overw. B.7.6.1 t.e.m. B.7.6.6). Zie over dit arrest vooral F. KORKMAZER en H. LAMON, “Het verhaal van de verhaalbaarheid: het Grondwettelijk Hof heeft gesproken” in *CBR Jaarboek 2008-09*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 45-76.

13. Het Hof refereert in overw. B.7.6.4 aan verslag, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2891/002, 14.

*oordeelt dat het kennelijk onredelijk zou zijn die vergoeding op het door de Koning bepaalde minimum vast te stellen”.*

Met de wet van 21 februari 2010 verankert de wetgever de grondwetsconforme interpretatie uitdrukkelijk in de wet, in de zin dat de woorden “*de rechter motiveert in het bijzonder zijn beslissing op dat punt*” worden vervangen door “*wat dit punt betreft, omkleedt de rechter zijn beslissing tot verlaging met bijzondere redenen*”. Zolang de wet van 21 februari 2010 nog niet in werking is getreden, moet de bepaling worden geïnterpreteerd conform de grondwetsconforme interpretatie van het Grondwettelijk Hof.

## § 2. De gerechtsdeskundige als partij

**6.** Een ander vraagstuk heeft betrekking op het taxatiegeschil waarbij een deskundige, die wordt bijgestaan door een advocaat, in het gelijk wordt gesteld. Kan de deskundige in een dergelijk tussengeschild beschouwd worden als een in het gelijk gestelde partij in de zin van artikel 1022, eerste lid Ger.W.? Geeft het taxatiegeschil recht op een afzonderlijke rechtsplegingsvergoeding?

De rechtspraak beantwoordt deze vragen ontkennend bij gebrek aan een op zichzelf staande procedure in de zin van artikel 12 Ger.W. Een taxatieprocedure moet worden beschouwd als een onderdeel van de betwisting ten gronde tussen de eigenlijke procespartijen. Bijgevolg is de gerechtsdeskundige geen procespartij. Omdat er geen procesverhouding bestaat tussen de gerechtsdeskundige en de procespartijen<sup>14</sup>, kan het taxatiegeschil geen aanleiding geven tot een eindvonnis in de zin van artikel 1017, eerste lid Ger.W. waarbij de ene partij veroordeeld wordt t.o.v. de andere partij.<sup>15</sup>

Nochtans wordt wel aanvaard dat de gerechtsdeskundige hoger beroep kan aantekenen tegen een taxatiebeslissing die hem benadeelt.<sup>16</sup> Daarenboven kunnen zowel partijen als de gerechtsdeskundige bijkomende eisen<sup>17</sup> stellen binnen het raam van een taxatiegeschil, waardoor de visie kan worden verdedigd dat het taxatiegeschil wel degelijk als een autonome procedure moet worden beschouwd die aanleiding kan geven tot een (afzonderlijke) rechtsplegingsvergoeding.<sup>18</sup>

14. Brussel 11 juni 2013, *RW* 2014-15, 183. In dit arrest stelt het hof dat de gerechtsdeskundige niets “vordert” van de partijen, maar louter de vaststelling van het bedrag van zijn kosten en ereloon vraagt aan de rechter.

15. Brussel 25 juni 2013, *TBO* 2013, 236; Brussel 11 juni 2013, *RW* 2014-15, 183; Gent 13 mei 2013, *NJW* 2014, 517, noot C. VAN SEVEREN; Luik 21 juni 2012, *RNB* 2013, 497, noot G. DE LEVAL; Brussel 15 mei 2012, *RW* 2013-14, 27 en Brussel 27 april 2010, *Res Jur.Imm.* 2011, 295. Het arrest van het hof van beroep te Brussel (Brussel 25 juni 2013, *TBO* 2013, 236) ontkent het autonome karakter van het taxatiegeschil als volgt: “*de opdracht van de deskundige heeft geen contractuele basis, noch voor de keuze van de expert, noch voor de omvang van zijn prestaties. Een deskundige die aanvaardt om een gerechtelijke opdracht uit te voeren, heeft geen lucratieve bedoelingen. Bijgevolg houdt de taxatieprocedure geen rechtsgeding in tussen de gerechtsdeskundige en de gedingpartijen in de zin van artikel 12 Ger.W.*”.

16. Brussel 11 juni 2013, *RW* 2014-15, 183. Zie ook P. TAELEMAN, “Kosten en ereloon van deskundigen”, *Ius & Actores* 2007, 63, nr. 21.

17. Bv. een schadevergoeding en interesten (art. 991, § 2 Ger.W.).

18. P. TAELEMAN en S. VOËT, “De verhaalbaarheid van de advocatenhonoraria: analyse van een aantal knelpunten na één jaar toepassing” in P. VAN ORSHOVEN en B. MAES (eds.), *De procesrechtswetten van 2007 ... revisited!*, Brugge, die Keure, 2009, 153.

### § 3. De partij die optreedt in het algemeen belang

7. De wet van 21 februari 2010 vult artikel 1022 Ger.W. aan met een lid luidende dat geen rechtsplegingsvergoeding verschuldigd is ten laste van de staat wanneer het Openbaar Ministerie bij wege van rechtsvordering in burgerlijke procedures tussenkomt en wanneer het arbeidsauditoraat een rechtsvordering instelt voor de arbeidsrechten.<sup>19</sup> De wet van 25 april 2014 vult dezelfde bepaling aan met een lid luidende dat geen rechtsplegingsvergoeding verschuldigd is ten laste van de staat wanneer een publiekrechtelijke rechtspersoon in het algemeen belang als partij optreedt in een geding.<sup>20</sup>

De kiem van het debat over de rechtsplegingsvergoeding in geschillen met de overheid kan worden gevonden in het door de wet van 21 april 2007 ingevoerde artikel 162*bis* Sv. en de uitspraak van het Grondwettelijk Hof van 18 december 2008 m.b.t. de grondwettelijkheid van deze bepaling. Blijkens artikel 162*bis* Sv. is het beginsel van de verhaalbaarheid van de kosten en erelonen van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij beperkt tot de verhouding burgerlijke partij-beklaagde. Volgens het Grondwettelijk Hof is deze beperking gerechtvaardigd gelet op de fundamentele verschillen tussen het Openbaar Ministerie en de burgerlijke partij: *“de eerstgenoemde is, in het belang van de maatschappij, belast met het onderzoek en de vervolging van misdrijven en oefent de strafvordering uit; de laatstgenoemde verdedigt haar persoonlijk belang en tracht, met de burgerlijke vordering, het herstel te verkrijgen van de schade die het misdrijf haar heeft berokkend”*.<sup>21</sup>

Ook in civiele zaken vervult het Openbaar Ministerie een rol, die wordt verwoord in artikel 138*bis* Ger.W. Wanneer het Openbaar Ministerie advies verstrekt of optreedt bij wege van vordering/requisitoir<sup>22</sup>, dan wordt het niet beschouwd als procespartij en

19. Zie art. 138*bis*, § 1 en § 2 Ger.W.

20. Vooral de wet van 25 april 2014 heeft tot commotie geleid in de media. Zie o.a. E. CLEEREN, “Advocaten tegen ‘schandalige’ wet”, *De Tijd* 29 augustus 2014 en C. Vanschoubroeck, “Fiscalisten eisen gelijke wapens tegen fiscus”, *De Standaard* 28 augustus 2014. Tegen de wet van 25 april 2014 is ook een vernietigingsberoep hangende bij het Grondwettelijk Hof (zaak 6146 samengevoegd met zaken 6147, 6160, 6161, 6162 en 6163).

21. GwH 18 december 2008, nr. 182/2008 (zie de overw. B.19.8-B.19.9).

22. De Nederlandstalige tekst van art. 138*bis*, § 1 Ger.W. is misleidend. De term vordering moet worden begrepen in de zin van requisitoir (*cf.* de Franstalige term “réquisition”).

kan het niet worden veroordeeld tot het betalen van een rechtsplegingsvergoeding.<sup>23</sup> Wanneer het echter optreedt bij wege van (rechts)vordering<sup>24</sup> (bv. via het vorderen van de nietigverklaring van een huwelijk, het dagvaarden in faillietverklaring van een handelaar, het aantekenen van hoger beroep *ex art. 1052 Ger.W.*), moet het principieel wel worden beschouwd als procespartij. In de regel zou het Openbaar Ministerie in dergelijke gevallen dus moeten worden veroordeeld tot het betalen van een rechtsplegingsvergoeding wanneer het in het ongelijk wordt gesteld.<sup>25</sup>

De wetgever is echter van oordeel dat het Openbaar Ministerie, zowel in straf- als in burgerlijke zaken, nooit veroordeeld kan worden tot een rechtsplegingsvergoeding. Hij meent dat het Openbaar Ministerie, dat steeds het algemeen belang verdedigt, zijn rechtsvordering in volle onafhankelijkheid moet kunnen uitoefenen zonder rekening te houden met het financieel risico bij een proces.<sup>26</sup> De wet van 21 februari 2010 voorziet dan ook in een vrijstelling van het betalen van een rechtsplegingsvergoeding voor de staat wanneer het Openbaar Ministerie (of het arbeidsauditoraat) optreedt bij wege van (rechts)vordering. Volgens de wetgever vormen de verdediging van het algemeen belang en de vereiste onafhankelijkheid een voldoende tegengewicht om de ongelijke behandeling van het Openbaar Ministerie in vergelijking met andere procespartijen te verantwoorden.<sup>27</sup>

**8.** Hoewel de wet van 21 februari 2010 nog niet in werking is getreden, werd de absolute vrijstelling van het Openbaar Ministerie om in burgerlijke zaken een rechtsplegingsvergoeding te moeten betalen, niet alleen bevestigd door de rechtspraak<sup>28</sup>, maar ook uitgebreid naar<sup>29</sup>:

- de stedenbouwkundig inspecteur/gemachtigd ambtenaar van het onroerend erfgoed die een herstellvordering instelt<sup>30</sup>;

23. Adv.RvS 47.167/2 van 28 september 2008, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2313/001, 14, nr. 2 en verslag, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2313/004, 15.

24. In de Nederlandstalige tekst staat rechtsvordering, maar deze term moet worden begrepen als vordering. De rechtsvordering is de wettelijke bevoegdheid dankzij dewelke een beroep kan worden gedaan op het gerecht teneinde een subjectief recht, waarvan men beweert titularis te zijn, te doen sanctioneren. De vordering of eis is de daadwerkelijke uitoefening van die bevoegdheid.

25. Zie bv. Rb. Brussel 2 maart 2010, *JLMB* 2010, 1632, noot F. GEORGES en Rb. Mechelen 27 november 2008, *P&B* 2009, 211.

26. MvT, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2313/001, 6.

27. MvT, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2313/001, 6 en verslag, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2313/004, 15-17.

28. GwH 18 mei 2011, nr. 83/2011 (optreden krachtens art. 138bis, § 2 Ger.W. (arbeidsauditoraat)); GwH 21 maart 2013, nr. 42/2013 (optreden krachtens art. 184 BW); Cass. 21 januari 2011, AR C100151N (optreden krachtens art. 9 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke) en Cass. 17 oktober 2014, AR C130604N (optreden krachtens art. 634 W.Venn.).

29. Wat de fiscus betreft, is die rechtspraak niet zo duidelijk. Zie bv. Bergen 9 oktober 2013, *RGCF* 2014, 121 (in fiscale zaken bekleedt de minister van Financiën niet dezelfde plaats als een overheidsorgaan dat het algemeen belang verdedigt zoals het Openbaar Ministerie, het arbeidsauditoraat of de stedenbouwkundig ambtenaar die handelt voor de goede ruimtelijke ordening; bijgevolg bestaat er geen enkele wettelijke reden om te weigeren de Belgische staat te veroordelen tot de rechtsplegingsvergoeding wanneer hij in het ongelijk wordt gesteld in een fiscaal geschil).

30. Stedenbouwkundig inspecteur (GwH 8 maart 2012, nr. 43/2012; GwH 7 maart 2013, nr. 36/2013; Cass. 24 mei 2011, *Pas.* 2011, 1149; Cass. 14 mei 2013, *NC* 2014, 282, concl. P. DUINSLAEGER en Cass. 12 december 2013, AR C120036N) en gemachtigd ambtenaar onroerend erfgoed (Cass. 13 maart 2012, AR P111088N).

- de overheid die zich verweert tegen de vordering tot opheffing van een door haar uitgevaardigd stakingsbevel<sup>31</sup>;
- de ambtenaar van de burgerlijke stand die in het ongelijk wordt gesteld in een op grond van artikel 146*bis* BW *j*° artikel 167 BW ingesteld beroep tegen diens weigeringsbeslissing om een huwelijk te voltrekken<sup>32</sup>;
- de douane- en accijnzenadministratie die een met de strafvordering samengaande burgerrechtelijke rechtsvordering instelt op grond van artikel 283 Algemene Wet inzake Douane en Accijnzen.<sup>33</sup>

In het licht van deze rechtspraak heeft de wetgever met de wet van 25 april 2014 een *catch all*-bepaling ingevoerd. Artikel 17 van de wet van 25 april 2014 bepaalt dat de staat niet tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding kan worden veroordeeld wanneer een publiekrechtelijke rechtspersoon in het algemeen belang als partij optreedt in een geding.

**9.** De wet van 25 april 2014 zou ertoe leiden dat de staat – ongeacht zijn kwalificatie als procespartij (eiseres/verweerster) – nooit een rechtsplegingsvergoeding zal moeten betalen aan de in het gelijk gestelde partij.

Wat echter als de staat de in het gelijk gestelde partij is? Heeft hij dan recht op een rechtsplegingsvergoeding? Uit een arrest van 25 april 2013 van het Grondwettelijk Hof moet worden afgeleid dat dit niet het geval is. Het Hof overwoog dat – omwille van het algemeen belang en de onafhankelijkheid – de herstellende overheid die herstelmaatregelen vordert geen rechtsplegingsvergoeding kan worden opgelegd, maar ook geen rechtsplegingsvergoeding kan worden toegekend.<sup>34</sup> De keuze van de wetgever om de staat te behoeden voor het betalen van een rechtsplegingsvergoeding vereist volgens het Grondwettelijk Hof vanzelfsprekend dat de staat ook niet mag genieten van de rechtsplegingsvergoeding. Op die manier – besluit het Hof – is er dan ook geen verschil in behandeling.<sup>35</sup> Hoewel de wet van 25 april 2014 dateert van ná het arrest van 25 april 2013, moet een grondwetsconforme interpretatie aan de wet worden verleend.<sup>36</sup>

**10.** De wet van 25 april 2014 leidde vooral tot kritiek vanuit fiscale hoek omdat onder de (van een rechtsplegingsvergoeding vrijgestelde) publiekrechtelijke rechtspersoon

31. GwH 25 april 2013, nr. 57/2013.

32. GwH 26 september 2013, nr. 132/2013; GwH 19 december 2013, nr. 180/2013 en GwH 27 maart 2014, nr. 54/2014.

33. Cass. 4 januari 2011, *Pas.* 2011, 12.

34. GwH 25 april 2013, nr. 57/2013 (zie overw. B.3.3).

35. J. VAN DONINCK, "Justice as Fairness: over de rechtsplegingsvergoeding in geschillen met de overheid", *RW* 2014-15, 918-919.

36. M. DELANOTE, "Rechtsplegingsvergoeding: waarom fiscaliteit toch anders is dan een bouwvoertreding", *Fisc.Act.* 2014, afl. 29, 14-15.

ook de fiscus valt.<sup>37</sup> Geopperd werd enerzijds dat het feit dat een belastingplichtige zijn advocatenkosten niet (gedeeltelijk) kan recupereren via de rechtsplegingsvergoeding op gespannen voet lijkt te staan met het recht op toegang tot de rechter zoals neergelegd in artikel 6 EVRM.<sup>38</sup> Het waarborgen van die toegang is in het fiscaal recht van essentieel belang gelet op de complexiteit en het sterk wijzigende karakter ervan.

Anderzijds beschikt de fiscus over twee krachtige wapens: *le privilège du préalable* (de fiscus vestigt eenzijdig de aanslag) en *le privilège de l'exécution d'office* (de fiscus kan zijn titel omzetten in een uitvoerbare titel zonder tussenkomst van de rechterlijke macht). De belastingplichtige die meent onheus te zijn bejegend door de fiscus wordt op die manier gedwongen een procedure op te starten waarbij hij/zij weet dat geen rechtsplegingsvergoeding zal worden toegekend bij winst van de zaak. Dit lijkt een schending in te houden van de wapengelijkheid.<sup>39</sup> In dit verband kan worden verwezen naar een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Aarlen van 17 april 2013 waarin de maximale rechtsplegingsvergoeding werd toegekend, enerzijds omwille van het aantal en de ernst van de onregelmatigheden en anderzijds omwille van het stilzitten van de administratie zodat het aanwenden van een procedure onafwendbaar was voor de belastingplichtige.<sup>40</sup>

**11.** Meer algemeen rees de vraag of de door de wetgever ingeroepen verantwoording voor de absolute vrijstelling van de rechtsplegingsvergoeding voor de staat wel steek houdt. Als eerste verantwoording wordt de vrijwaring van de onafhankelijkheid vooropgesteld. Het financieel risico van de procesvoering (lees: de mogelijkheid dat een rechtsplegingsvergoeding moet worden betaald) moet volledig worden uitgeschakeld om een onafhankelijk optreden namens het algemeen belang te waarborgen, aldus de wetgever.<sup>41</sup> Opgemerkt moet worden dat elke publiekrechtelijke rechtspersoon over een verschillend budget beschikt. Bijgevolg is ook het risico verschillend. Stellen dat de onafhankelijkheid van de publiekrechtelijke rechtspersoon *as such* en steeds in het gedrang komt door het financieel risico van de rechtsplegingsvergoeding, is een te gemakkelijke generalisering. Daarenboven houdt de rechtsplegingsvergoeding slechts een beperkt én vooral een gekend (want forfaitair) financieel risico in. Door een absolute vrijstelling in het leven te roepen, is de in het gelijk gestelde partij

37. Zie *supra*, voetnoot 20. Zie ook X, "Dat de overheid niet moet betalen, is discriminatie", *De Standaard* 28 augustus 2014; J. VANDEN BRANDE, "Rechtsplegingsvergoeding. Wie betaalt mijn advocaat?", *Fisc.Act.* 2014, afl. 29, 11; L. VANHEESWIJCK, "De fiscus en de rechtsplegingsvergoeding", *TFR* 2014, 804 en B. BIEMAR, "Indemnité de procédure et 'partie publique' à la cause: application en matière fiscale", *JT* 2015, 178.

38. M. DELANOTE, "Rechtsplegingsvergoeding: waarom fiscaliteit toch anders is dan een bouwovertreiding", *Fisc.Act.* 2014, afl. 29, 16 en B. BIEMAR, "Indemnité de procédure et 'partie publique' à la cause: application en matière fiscale", *JT* 2015, 176.

39. M. DELANOTE, "Rechtsplegingsvergoeding: waarom fiscaliteit toch anders is dan een bouwovertreiding", *Fisc.Act.* 2014, afl. 29, 16 en B. BIEMAR, "Indemnité de procédure et 'partie publique' à la cause: application en matière fiscale", *JT* 2015, 175.

40. Rb. Aarlen 17 april 2013, *RFRL* 2014, 82.

41. MvT, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3098/001, 9 en verslag, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2313/004, 16.

genoodzaakt een toevlucht te zoeken tot de gemeenrechtelijke regels van aansprakelijkheid<sup>42</sup> om de kosten van diens raadsman op de publiekrechtelijke rechtspersoon te verhalen. In de niet-ondenkbare hypothese dat de publiekrechtelijke rechtspersoon een foutieve handeling heeft gesteld waardoor de andere partij in rechte moest optreden, zal de rechtbank toepassing maken van artikel 1382 BW. De vergoeding zal niet langer forfaitair worden begroot maar een integrale vergoeding uitmaken voor de geleden schade. Het financieel risico dat hieraan vasthangt, is mogelijks groter dan de (mechanische) toepassing van artikel 1022 Ger.W.<sup>43</sup>

Als tweede verantwoording wordt verwezen naar het optreden in naam van het algemeen belang. Deze grondslag is op het eerste gezicht verdedigbaar. Publiekrechtelijke rechtspersonen onderscheiden zich van privaatrechtelijke rechtspersonen doordat zij enkel opdrachten van openbare dienstverlening vervullen en uitsluitend het algemeen belang dienen.<sup>44</sup> Een verschil in behandeling kan in die zin dan ook gerechtvaardigd zijn. Deze verantwoordingsgrond is echter niet te verzoenen met de wet van 20 januari 2014 houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State.<sup>45</sup> Artikel 11 van deze wet voegde artikel 30/1 in, in de Gecoördineerde Wetten op de Raad van State. Op basis van deze bepaling kan de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State een rechtsplegingsvergoeding toekennen.<sup>46</sup> Gezien procedures voor de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State de aanwezigheid van publiekrechtelijke rechtspersonen als procespartij impliceren, valt niet te verstaan waarom voor de Raad van State wel een rechtsplegingsvergoeding verschuldigd is.

**12.** Precies die laatste wetwijziging heeft het Grondwettelijk Hof ertoe aangezet om in drie arresten van 21 mei 2015<sup>47</sup> terug te komen op zijn eerdere rechtspraak. Door het beginsel van de verhaalbaarheid in te voeren t.a.v. procedures voor de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, heeft de wetgever uitdrukkelijk aanvaard dat het nastreven van het algemeen belang door een van de partijen niet uitsluit dat zij kan worden veroordeeld tot het betalen van een rechtsplegingsvergoeding

42. Sinds het *Flandria*-arrest van het Hof van Cassatie (Cass. 5 november 1920, *JLMB* 2000, 23, noot C. PANIER) zijn de art. 1382-1383 BW ook van toepassing op de staat.

43. M. NIHOUL, "A propos de l'article 1022, alinéa 8, du Code judiciaire: l'intérêt général est-il une 'cause de dispense objective' suffisante de l'indemnité de procédure judiciaire pour les personnes morales de droit public?", *CDPK* 2014, 416-417.

44. Cf. Arbitragehof 10 juli 2002, nr. 128/2002 (zie overw. B.7.2).

45. *BS* 3 februari 2014.

46. Dit geldt voor procedures ingeleid vanaf 1 maart 2015. Voor procedures ingeleid vóór die datum moet de in het gelijk gestelde partij bij een procedure voor de Raad van State zich richten tot de gewone rechter om op grond van art. 1382 BW de door haar betaalde advocatenhonoraria terug te vorderen (Cass. 2 oktober 2015, AR C140172F).

47. GwH 21 mei 2015, nrs. 68-69-70/2015. Voor een bespreking van deze arresten zie o.m. T. DE JAEGER, "Rechtsplegingsvergoeding en de publiekrechtelijke rechtspersoon die optreedt in het algemeen belang: terug naar af?", *RW* 2015-16, 259-263; C. DE BACKERE, "Grondwettelijk Hof breekt met rechtspraak over rechtsplegingsvergoeding ten laste van de Staat in burgerlijke procedures", *TRV* 2015, 453-457 en B. BIEMAR, "L'indemnité de procédure également à charge de l'autorité taxatrice", *JT* 2015, 573-575.

wanneer zij in het ongelijk wordt gesteld.<sup>48</sup> De wetgever erkent m.a.w. dat het risico veroordeeld te worden tot een rechtsplegingsvergoeding geen bedreiging vormt voor een onafhankelijk optreden in het algemeen belang door publiekrechtelijke rechtspersonen. Als gevolg hiervan komt het Hof terug op zijn eerdere rechtspraak waarin wél een vrijstelling van rechtsplegingsvergoeding werd vooropgesteld.<sup>49</sup>

Zowel het Openbaar Ministerie optredend in strafzaken als het arbeidsauditoraat blijven genieten van een vrijstelling omwille van twee redenen.<sup>50</sup> Enerzijds omwille van de bijzondere aard van het strafrechtelijk contentieus dat tot doel heeft misdrijven te vervolgen en te bestraffen en geen bestaan of schending van een subjectief recht beoogt vast te stellen. Anderzijds gelet op de specifieke opdracht van het Openbaar Ministerie en arbeidsauditoraat als instanties belast met de uitoefening van de strafvordering in naam van de maatschappij.

Tot slot bevestigt het Hof het beginsel van de positieve wederkerigheid: de overheid kan dan wel veroordeeld worden tot het betalen van een rechtsplegingsvergoeding als zij in het ongelijk wordt gesteld, maar zij heeft ook recht op een rechtsplegingsvergoeding als zij in het gelijk wordt gesteld en bijgestaan werd door een advocaat.<sup>51</sup>

**13.** Het Grondwettelijk Hof heeft in zijn arresten van 21 mei 2015 een duidelijk standpunt ingenomen: voor burgerlijke rechtscolleges is *elke* in het ongelijk gestelde partij – met als enige uitzondering het arbeidsauditoraat dat optreedt op grond van artikel 138, § 2 Ger.W. – een rechtsplegingsvergoeding verschuldigd wanneer de in het gelijk gestelde partij een beroep heeft gedaan op een advocaat.<sup>52</sup>

Bij het afsluiten van de redactie van deze bijdrage was een wetsvoorstel ingediend met het oog op een wijziging van de wetten van 21 februari 2010 en 25 april 2014 in het licht van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof.<sup>53</sup>

48. GwH, *Informatieve nota betreffende de arresten nrs. 68/2015, 69/2015 en 70/2015*, www.const-court.be. De rechtsplegingsvergoeding bij de Raad van State werd grondwettig bevonden bij arrest van 30 april 2015 (GwH 30 april 2015, nr. 48/2015).

49. Zie *supra*, nr. 8.

50. GwH 21 mei 2015, nr. 70/2015, overw. B.3.3.

51. *Ibid.*, overw. B.11.

52. Zie ook GwH 26 november 2015, nr. 170/2015 (het betrof een tuchtvordering van het Openbaar Ministerie op grond van art. 545 Ger.W.) en GwH 26 november 2015, nr. 166/2015 (het betrof een beroep tegen een beslissing waarbij een in het Sociaal Strafwetboek bedoelde administratieve geldboete werd opgelegd).

53. Wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek wat de rechtsplegingsvergoeding betreft, *Parl.St.* Kamer 2015-16, nr. 54-1434/001.



## AFDELING 3. DE RECHTSPLEGINGSVERGOEDING EN PROCESVERTEGENWOORDIGING

### § 1. *Advocaat*

**14.** Om te kunnen genieten van een rechtsplegingsvergoeding moet een partij zich hebben laten bijstaan en vertegenwoordigen door een advocaat. Een advocaat moet daadwerkelijk tussenkomen en moet belast zijn met de behartiging van de belangen van de procespartij.<sup>54</sup>

Een partij die in persoon is verschenen, kan geen aanspraak maken op een rechtsplegingsvergoeding.<sup>55</sup> Dit geldt eveneens voor een partij die is verschenen door een familielid, (fiscaal) ambtenaar of vakbondsafgevaardigde.

De uitsluiting van de vakbondsafgevaardigde maakte het voorwerp uit van een vernietigingsberoep voor het Grondwettelijk Hof. Verschillende vakorganisaties voerden aan dat artikel 1022, eerste lid Ger.W. een onverantwoord verschil invoerde tussen rechtzoekenden die een beroep doen op de diensten van een advocaat en zij die, overeenkomstig artikel 728, § 3 Ger.W., een beroep doen op een afgevaardigde van een representatieve organisatie van arbeiders of bedienden.<sup>56</sup> In zijn arrest van 18 december 2008 wees het Grondwettelijk Hof het vernietigingsberoep af. Het overwoog dat het verschil in behandeling berust op een objectief criterium: *“in de regel betaalt de eerste [partij vertegenwoordigd door een advocaat] aan haar raadsman kosten en erelonen die de advocaat vrij bepaalt, terwijl van de tweede [partij vertegenwoordigd door een vakbondsafgevaardigde] noch door haar vakbondsorganisatie noch door de afgevaardigde ervan sommen worden gevorderd waarvan de aard en het bedrag vergelijkbaar zijn met de kosten en erelonen van een advocaat”*.<sup>57</sup>

**15.** Het is niet vereist dat een partij zich gedurende de ganse procedure laat bijstaan en vertegenwoordigen door een advocaat.<sup>58</sup> De rechter kan in dergelijke gevallen wel gebruikmaken van artikel 1022, derde lid Ger.W. om – op verzoek van een van de partijen, desgevallend na ondervraging door de rechter – de basisrechtsplegingsvergoeding te verminderen.

54. Cass. 15 maart 2013, *Pas.* 2013, 679 en Cass. 20 november 2013, AR P131001F.

55. Cass. 11 maart 2010, *Pas.* 2010, 774.

56. GwH 18 december 2008, nr. 182/2008 (zie overw. A.17.1).

57. *Ibid.* (zie overw. B.17.2). Zie ook GwH 5 mei 2009, nr. 73/2009 en GwH 30 september 2009, nr. 149/2009.

58. J.-F. VAN DROOGHENBROECK en B. DE CONINCK, “La loi du 21 avril 2007 sur la répétibilité des frais et honoraires d’avocat”, *JT* 2008, 47-48, nr. 65 en S. VOET, “Enkele praktische knelpunten bij de toepassing van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van kosten en erelonen van advocaten”, *RW* 2007-08, 1131, nr. 8.

Daarenboven is de partij vrij – behoudens wettelijke uitzonderingen<sup>59</sup> – om zich al dan niet te laten bijstaan door een advocaat. Het is niet aan de rechter om zich uit te spreken over de opportuniteit van deze keuze.<sup>60</sup>

## § 2. *Gerechtigd mandatarissen*

**16.** Artikel 1022, eerste lid Ger.W. voorziet enkel in een forfaitaire tegemoetkoming van een advocaat in diens hoedanigheid van mandataris *ad litem*. De gerechtelijk mandataris onderscheidt zich op verschillende vlakken van die laatste: hij wordt aangesteld door de rechter (ambtshalve of op verzoek) om – op enkele uitzonderingen na<sup>61</sup> – een persoon bij te staan en het beheer waar te nemen van diens goederen. Deze taak wordt vervuld onder toezicht van de rechter en tegen een vergoeding die door de rechter wordt bepaald.<sup>62</sup> Wanneer een partij verschijnt door tussenkomst van een gerechtelijk mandataris, zal zij niet gerechtigd zijn op een rechtsplegingsvergoeding zelfs al is de gerechtelijk mandataris een advocaat.

Hoewel dit principe vóór de wet van 21 april 2007 als vaststaande rechtspraak<sup>63</sup> kon worden beschouwd, werd dit in vraag gesteld n.a.v. de nieuwe omschrijving van de rechtsplegingsvergoeding. Zo moest het Grondwettelijk Hof zich op 11 maart 2009 uitspreken over de vraag of artikel 1022 Ger.W. het gelijkheidsbeginsel schendt wanneer het een rechtsplegingsvergoeding toekent aan de advocaat van de in het gelijk gestelde partij, terwijl het deze rechtsplegingsvergoeding niet toekent aan de curator/advocaat van de in het gelijk gestelde gefailleerde boedel.<sup>64</sup> Het Hof oordeelde dat het verschil in behandeling beruiste op een objectief criterium. Het was de bedoeling van de wetgever om de taak van curator toe te vertrouwen aan advocaten omwille van de bijzondere waarborgen die de deontologische code van de advocatuur met zich meebrengt en niet om de juridische positie van een curator gelijk te stellen met die van een advocaat in de zin van artikel 1022 Ger.W.<sup>65</sup>

In zijn arrest van 13 maart 2014 sprak het Hof zich uit over de toekenning van een rechtsplegingsvergoeding aan een voorlopig bewindvoerder.<sup>66</sup> Het Hof oordeelde

59. In bepaalde procedures (voor minderjarigen in het raam van de Jeugdbeschermingswet (art. 54*bis*)) of voor bepaalde proceshandelingen (bv. vordering tot wraking (art. 835 Ger.W.)) is de tussenkomst van een advocaat verplicht.

60. P. VAN LERSBERGHE, “De gerechtelijke mandataris en het recht op rechtsplegingsvergoeding”, *RABG* 2012, 759 en S. SOBRIE, “De ‘privaatrechtelijke’ vertegenwoordigers”, *P&B* 2013, 200. Een opportuniteitscontrole vindt echter wel plaats bij gerechtelijk mandatarissen (zie *infra*, nr. 17).

61. Bv. de voogd *ad hoc* in afstammingsgeschillen (art. 331*sexies* BW) en de lasthebber *ad hoc* in strafzaken (art. 2*bis* V.T.Sv.).

62. F. LAUNE, “Indemnité de procédure et mandataires de justice”, *JT* 2009, 546, nr. 5.

63. Cass. 6 mei 1983, *Pas.* 1983, I, 1009. Zie C. BERCKMANS, “De curator en de rechtsplegingsvergoeding”, *RDC* 2013, 798-800, nr. 2 en verwijzingen aldaar.

64. GwH 11 maart 2009, nr. 46/2009.

65. *Ibid.* (zie overw. B.5.5).

66. GwH 13 maart 2014, nr. 43/2014.

dat het redelijk te verantwoorden is dat een advocaat, optredend als voorlopig bewindvoerder, geen aanspraak kan maken op een rechtsplegingsvergoeding. Verwezen wordt naar diens bijzondere positie. Ingevolge een specifiek mandaat van de vrede-rechter beheert hij goederen die toebehoren aan een meerderjarige die wegens zijn gezondheidstoestand niet in staat is zelf zijn goederen te beheren. Ten overvloede verwijst het Hof naar het wettelijk bepaalde bezoldigingsmechanisme<sup>67</sup> en wordt een vergelijking gemaakt met het gerechtelijk mandaat van de curator.<sup>68</sup>

**17.** Wat als de gerechtelijk mandataris zich laat bijstaan en vertegenwoordigen door een advocaat? Volgens de letter van de wet kan de gerechtelijk mandataris aanspraak maken op een rechtsplegingsvergoeding in zoverre hij in het gelijk is gesteld. De notie “*in het gelijk gestelde partij*” ex artikel 1022 Ger.W. maakt immers geen onderscheid tussen enerzijds de materiële partij die tegelijk ook formele partij is en anderzijds de materiële partij die zich in rechte laat vertegenwoordigen door de formele partij (zoals het geval is bij een gerechtelijk mandataris).<sup>69</sup>

Algemeen wordt aanvaard dat wanneer de gerechtelijk mandataris geen advocaat is en hij een beroep doet op een advocaat, een rechtsplegingsvergoeding moet worden toegekend bij winst van de zaak.<sup>70</sup>

Dit kan niet worden gezegd voor de advocaat-gerechtelijk mandataris die een beroep doet op een advocaat. Volgens een bepaalde strekking blijft artikel 1022 Ger.W. in dergelijke situaties onverminderd van toepassing. Zo oordeelde het hof van beroep te Antwerpen dat artikel 1022 Ger.W. betrekking heeft op *elke* partij die zich door een advocaat laat bijstaan of vertegenwoordigen, zodat er geen grondslag is om een rechtsplegingsvergoeding te ontzeggen aan een gerechtelijk mandataris, ook al is deze zelf advocaat, voor zover hij zich in de procedure door een advocaat laat bijstaan of vertegenwoordigen.<sup>71</sup>

Volgens LAUNE is dit een brug te ver. Een advocaat-gerechtelijk mandataris wordt immers geacht over voldoende juridische kennis te beschikken om zelf in te staan voor de afhandeling van de procedure. Wanneer hij een beroep doet op een confrater, dan behoort het aan de rechter om de noodzakelijkheid van deze raadpleging na te gaan.<sup>72</sup> In een arrest van 27 april 2012 ging het hof van beroep te Antwerpen over tot

67. (Oud) art. 488*bis*, h) BW. Deze bepaling werd opgeheven bij wet van 17 maart 2013 tot hervorming van de regelingen inzake onbekwaamheid en tot instelling van een nieuwe beschermingsstatus die strookt met de menselijke waardigheid (BS 14 juni 2013, ed. 2). Op vandaag is het wettelijk bezoldigingsmechanisme neergelegd in art. 497/5 BW.

68. GwH 13 maart 2014, nr. 43/2014 (zie overw. B.5).

69. S. SOBRIE, “De ‘privaatrechtelijke’ vertegenwoordigers”, *P&B* 2013, 199.

70. P. VAN LERSBERGHE, “De gerechtelijke mandataris en het recht op rechtsplegingsvergoeding”, *RABG* 2012, 761 en F. LAUNE, “Indemnité de procédure et mandataires de justice”, *JT* 2009, 550, nr. 19.

71. Antwerpen 10 november 2010, *Rev.trim.dr.fam.* 2013, 334 en *RW* 2012-13, 349.

72. F. LAUNE, “Indemnité de procédure et mandataires de justice”, *JT* 2009, 550-551, nrs. 20-21. Centraal in de redenering staan de belangen van de vertegenwoordigde die de kosten moet dragen van de handelingen van de gerechtelijk

een dergelijk onderzoek. De appelrechters besloten de curator geen rechtsplegingsvergoeding toe te kennen vermits deze beroep had gedaan op een advocaat in een zaak die geen bijzondere complexiteit vertoonde waarvoor juridische bijstand vereist was.<sup>73</sup> Ook in andere zaken ging de zetel over tot een *a posteriori* controle betreffende de opportuniteit van de inschakeling van een mandataris *ad litem* en werd de rechtsplegingsvergoeding niet toegekend om uiteenlopende redenen.<sup>74</sup>

In een arrest van 5 november 2014 oordeelde het Hof van Cassatie dat wanneer een partij vertegenwoordigd wordt door een advocaat-gerechtsmandataris, die op zijn beurt wordt bijgestaan door een confrater, de toekenning van een rechtsplegingsvergoeding verantwoord is door de bijzondere omstandigheden van de zaak. Dat is het geval wanneer het specifieke karakter van de materie of van de rechtspleging bijzondere deskundigheid en, bijgevolg, een beroep op een gespecialiseerd advocaat vereisen.<sup>75</sup>

## AFDELING 4. DE TOEKENNING VAN DE RECHTSPLEGINGSVERGOEDING

### § 1. De in het (on)gelijk gestelde partij

#### A. Principe

**18.** De rechtsplegingsvergoeding moet worden gesitueerd binnen de algemene bepalingen inzake de uitgaven en kosten in de civiele rechtspleging (art. 1017-1024 Ger.W.). De stelregel aangaande de draaglast van de gedingkosten is vervat in artikel 1017, eerste lid Ger.W.: “*tenzij bijzondere wetten anders bepalen, verwijst ieder eindvonnis, zelfs ambtshalve, de in het ongelijk gestelde partij in de kosten, onverminderd de overeenkomst tussen partijen, die het eventueel bekrachtigt*”. De rechtsplegingsvergoeding is een onderdeel van de (geding)kosten (art. 1018, 6° Ger.W.). De notie dat enkel de in het

→ mandataris. Een onderzoek naar de noodzakelijkheid van het beroep doen op een advocaat is aldus bedoeld om misbruiken te voorkomen.

73. Antwerpen 27 februari 2012, *NJW* 2012, 644, noot, *RABG* 2012, 756, noot P. VANLERSBERGHE, *RW* 2012-13, 1422, noot, *TBH* 2013, 796, noot C. BERCKMANS en *P&B* 2012, 98. In dezelfde zin Bergen 9 september 2013, *JLMB* 2014, 1607.

74. Indien curator en mandataris *ad litem* tot hetzelfde kantoor behoren (Beslagnr. Gent 26 juni 2012, *RW* 2014-15, 428; Antwerpen 27 februari 2012, *NJW* 2012, 644, noot en Gent 8 december 2010, *TBH* 2011, 265), indien de procedure niet bijzonder complex is en geen bovenmatige emotionele last meebrengt zodat de curator de procedure zelf moet kunnen voeren (Brussel 16 oktober 2014, *RPS* 2014, 73), of omwille van het onbezoldigd karakter van de voogd *ad hoc* (Brussel 15 mei 2012, *T.Fan.* 2013, 106, noot S. VOET).

75. Cass. 5 november 2014, AR P140240F. Voor kritische bedenkingen bij dergelijke *a posteriori* controle door de rechter, zie vnl. S. SOBRIE, “De ‘privaatrechtelijke’ vertegenwoordigers”, *P&B* 2013, 200 en P. Van Lersberghe, “De gerechtelijke mandataris en het recht op rechtsplegingsvergoeding”, *RABG* 2012, 763-764.

ongelijk gestelde partij kan worden veroordeeld tot betaling van de rechtsplegingsvergoeding komt terug in artikel 1022, eerste lid Ger.W., maar dan omgekeerd: “*de in het gelijk gestelde partij*”.

Eenzijds houdt dit in dat een partij veroordeeld moet zijn t.a.v. een andere partij. Zij moet het proces hebben verloren.<sup>76</sup> Een partij die omtrent geen geschilpunt in het ongelijk is gesteld<sup>77</sup>, kan in de regel niet in (een gedeelte van) de kosten worden veroordeeld.<sup>78</sup> Anderzijds impliceert dit dat er tussen de in het gelijk en in het ongelijk gestelde partij een tegensprekelijk debat moet hebben bestaan.<sup>79</sup> De beslissing die een van de partijen veroordeelt in de kosten gemaakt door een andere partij waartegen zij geen conclusie had genomen, schendt artikel 1017 Ger.W.<sup>80</sup>

In een arrest van 21 januari 2011 oordeelde het Hof van Cassatie dat een schuldeiser die krachtens artikel 1166 BW in naam van de schuldenaar een zijdelingse vordering heeft ingesteld die de rechter verwerpt omdat de schuldenaar nadien zelf de rechtsvordering heeft ingesteld die hij toewijst, geen in het ongelijk gestelde partij is en niet tot de gedingkosten kan worden veroordeeld.<sup>81</sup>

## B. Procedures op eenzijdig verzoekschrift

**19.** Zoals hierboven aangestipt, moet de partij in het ongelijk zijn gesteld opdat zij tot de gedingkosten kan worden veroordeeld. De meningen zijn verdeeld of hiermee de aanwezigheid van een formele procespartij wordt bedoeld dan wel enkel de onderliggende materiële rechtsverhouding tussen partijen.

Concreet rijst de vraag of een rechtsplegingsvergoeding kan worden toegekend in procedures op eenzijdig verzoekschrift en i.h.b. aan de eiser die in het gelijk wordt gesteld. Noch uit de parlementaire voorbereiding van het Gerechtelijk Wetboek (art. 1017 Ger.W.), noch uit de voorbereidende werken van de wet van 21 april 2007

76. Cass. 5 september 1963, *Pas.* 1964, I, 9; Cass. 16 september 1965, *Pas.* 1966, I, 77; Cass. 16 mei 1974, *Arr.Cass.* 1974, 1036 en Cass. 26 september 1978, *Arr.Cass.* 1978-79, 315.

77. Bv. een partij die vrijwillig of gedwongen is tussengekomen om het vonnis haar gemeen en tegenstelbaar te horen verklaren of een partij die een vordering tot bewarende tussenkomst instelt, kunnen niet worden veroordeeld tot de gedingkosten.

78. Cass. 26 september 1983, *Arr.Cass.* 1983-84, 72 en *Pas.* 1984, I, 72 en Cass. 25 juni 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1033, *JT* 1992, 659, *Pas.* 1992, I, 959 en *RW* 1993-94, 164.

79. F. MEERSCHAUT, “Draaglast van de gedingkosten”, *Jura Falc.* 1986-87, 279 en J.-F. VAN DROOGHENBROECK en B. DE CONINCK, “La loi du 21 avril 2007 sur la répétabilité des frais et honoraires d’avocat”, *JT* 2008, 49, nr. 51 en verwijzingen in voetnoot (118).

80. Cass. 26 september 1974, *Arr.Cass.* 1975, 122, *Pas.* 1975, I, 111 en *RW* 1974-75, 1125.

81. Cass. 21 januari 2011, *Pas.* 2011, 239.

(art. 1022 Ger.W.) kan de bedoeling tot inclusie/exclusie van een rechtsplegingsvergoeding in procedures op eenzijdig verzoekschrift worden afgeleid.<sup>82</sup>

Verdedigd kan worden dat geen rechtsplegingsvergoeding verschuldigd is in eenzijdige procedures.<sup>83</sup> Indien een rechtsplegingsvergoeding toch zou worden toegekend, zou de afwezige derde worden veroordeeld tot het basisbedrag, terwijl een partij die verstek laat in een procedure op tegenspraak slechts tot het minimumbedrag kan worden veroordeeld.<sup>84</sup> Dit is een moeilijk te verantwoorden onderscheid.<sup>85</sup> Daarenboven zou de derde noodgedwongen derdenverzet moeten aantekenen indien hij de veroordeling tot betaling van de rechtsplegingsvergoeding wil betwisten. Dit strookt allerminst met de bedoeling van de wetgever om “een proces in een proces” te vermijden.<sup>86</sup>

Volgens anderen moet een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds procedures waarin het eenzijdig verzoekschrift wordt aangewend omdat er geen tegenpartij is of geïdentificeerd kan worden en anderzijds procedures waarin dit wel het geval is maar het eenzijdig verzoekschrift wordt gehanteerd omdat de wet het voorschrijft.<sup>87</sup> In dit laatste geval zou wel een rechtsplegingsvergoeding moeten worden toegekend aan de in het gelijk gestelde eiser op eenzijdig verzoekschrift. Dit onderscheid zou verantwoorden dat de rechter – niettegenstaande de bewoordingen van artikel 1022, derde lid Ger.W. – ambtshalve afwijkt van de basisrechtsplegingsvergoeding.<sup>88</sup> Tegelijkertijd wordt gewezen op de discrepantie in artikel 5 van het KB 26 oktober 2007. Deze bepaling voorziet immers in het minimumbedrag voor de summiere rechtspleging tot betaling (art. 1340 *et seq.* Ger.W.) die een procedure op eenzijdig verzoekschrift is.

- 
82. B. ALLEMEERSCH, “Geen rechtsplegingsvergoeding voor procedures op eenzijdig verzoekschrift”, *RW* 2008-09, 873.
83. In dezelfde zin I. SAMOY en V. SAGAERT, “De wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van kosten en erelonen verbonden aan de bijstand van de advocaat”, *RW* 2007-08, 684-685 en J.-F. VAN DROOGHENBROECK en B. DE CONINCK, “La loi du 21 avril 2007 sur la répétibilité des frais et honoraires d’avocat”, *JT* 2008, 47-48, nr. 41. Zie ook Brussel 9 juni 2008, *RW* 2008-09, 872, noot B. ALLEMEERSCH; Beslagr. Doornik 3 februari 2009, *JT* 2009, 216 en Rb. Bergen 7 november 2012, *JLMB* 2013, 1337.
84. Zie *infra*, nr. 41.
85. J.-F. VAN DROOGHENBROECK en B. DE CONINCK, “La loi du 21 avril 2007 sur la répétibilité des frais et honoraires d’avocat”, *JT* 2008, 47-48, nr. 41.
86. MvT, *Parl.St.* Senaat 2006-07, nr. 3-1686/1, 3.
87. J. LAENENS, “Gerechtskosten en de procedure op eenzijdig verzoekschrift”, *RW* 1979-80, 1710; H. BOULARBAH, *Requête unilatérale et inversion du contentieux*, proefschrift, Université Libre de Bruxelles, 2007, nrs. 826-828. Voor rechtspraak *pro* de toekenning van een rechtsplegingsvergoeding in procedures op eenzijdig verzoekschrift zie o.m. Luik 29 april 2008, *JT* 2008, 366, noot H. BOULARBAH; Beslagr. Brussel 19 januari 2009, *JT* 2009, 217 en Kh. Dinant 15 januari 2014, *RNB* 2014, 770.
88. Volgens BOULARBAH en Allemeersch kan de rechter evenwel de middelen opwerpen die in een procedure op tegenspraak door de verweerder zouden zijn aangevoerd op grond van art. 1028 Ger.W. Het verweer met het oog op herleiding van de rechtsplegingsvergoeding zou zo een middel uitmaken (B. ALLEMEERSCH, “Geen rechtsplegingsvergoeding voor procedures op eenzijdig verzoekschrift”, *RW* 2008-09, 875 en H. BOULARBAH, “Requête unilatérale et indemnité de procédure”, *JT* 2008, 368, nr. 11).

### C. Afstand van geding vs. de in het ongelijk gestelde partij

**20.** Artikel 827 Ger.W. bepaalt dat iedere afstand de verplichting met zich meebrengt tot betaling van de kosten. Tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet van 21 april 2007 is deze bepaling niet aan bod gekomen. Er zijn drie vormen van afstand: afstand van geding (art. 820 Ger.W.), afstand van rechtsvordering (art. 821 Ger.W.) en afstand van proceshandeling (art. 822 Ger.W.). Het probleem rijst vooral m.b.t. afstand van geding<sup>89</sup> en meer bepaald of er dan sprake kan zijn van een “*in het gelijk gestelde partij*” zoals bedoeld in artikel 1022 Ger.W.

Volgens bepaalde rechtspraak is artikel 827 Ger.W. duidelijk: de partij die afstand van geding doet, is een rechtsplegingsvergoeding – als onderdeel van de gedingkosten<sup>90</sup> – verschuldigd aan de tegenpartij.<sup>91</sup>

Andere rechtspraak meent dat geen rechtsplegingsvergoeding verschuldigd is: wanneer geen oordeel werd geveld over de ontvankelijkheid of gegrondheid, wint geen enkele partij de zaak. Zodoende is niet voldaan aan de voorwaarden van artikel 1022, eerste lid Ger.W.<sup>92</sup>

Tot slot kiest een bepaalde strekking voor een tussenoplossing. Afhankelijk van de concrete omstandigheden kan de afstanddoende partij desgevallend als de “*in het ongelijk gestelde partij*” worden beschouwd. Zo erkende de vrederechter te Antwerpen dat er strikt genomen geen in het ongelijk gestelde partij is i.g.v. afstand van geding doch dat wél een rechtsplegingsvergoeding verschuldigd was vermits de afstand van geding het rechtstreekse gevolg was van de door de tegenpartij opgeworpen exceptie van onontvankelijkheid.<sup>93</sup> De rechtbank van eerste aanleg te Hasselt kende geen rechtsplegingsvergoeding toe in een zaak waarin de eiseres besloot afstand van geding te doen gezien haar vordering zonder voorwerp was geworden als gevolg van het faillissement en de hierop volgende verschoonbaarverklaring t.o.v. twee verwerende partijen.<sup>94</sup>

89. Wanneer een partij afstand van rechtsvordering doet, geeft zij haar materieel recht – waarop ze zich beroept – prijs. Logischerwijs is zij aldus een “*in het ongelijk gestelde partij*” (zie in dezelfde zin Gent 8 februari 2013, *P&B* 2014, 218). Afstand van proceshandeling doet geen afbreuk aan het hangende geding zodat de toekenning van een rechtsplegingsvergoeding niet aan de orde is.

90. Art. 1018, eerste lid, 6° Ger.W.

91. Arbrb. Brussel 5 maart 2015, *JT* 2015, 485; Rb. Waals-Brabant 22 juli 2014, *JT* 2014, 684, noot; Vred. Doornik 26 juni 2012, *T.Vred.* 2012, 544; Vred. Gent (1) 18 juni 2012, *TGR-TWVR* 2013, 120; Pol. Brugge 1 december 2011, *RW* 2012-13, 392, noot en Vred. Landen 2 december 2010, *T.Vred.* 2013, 188. Zie ook T. DE HAAN, “Le point ... sur les désistements”, *JT* 2011, 284, nr. 33.

92. Rb. Nijvel 25 juni 2010, *JT* 2010, 562, noot en Vred. Brugge (4) 7 juni 2012, *TGR-TWVR* 2013, 120, noot.

93. Vred. Antwerpen (2) 26 december 2013, *RW* 2014-15, 713. Zie ook Rb. Gent 21 april 2009, *RW* 2009-10, 682-683 en Brussel 15 april 2008, *JLMB* 2008, 1143-1144, waarin de reeds geleverde prestaties van de advocaat van de niet-afstanddoende partij doorslaggevend waren bij het toekennen van de rechtsplegingsvergoeding.

94. Rb. Hasselt 8 november 2010, *Limh.Rechtsl.* 2012, 72, noot G. BANKEN. Zie evenwel KG Rb. Brussel 24 mei 2007, *T.Vreemd.* 2008, 206 (doordat de Belgische staat de beslissing nam de regularisatieaanvraag die verzoekers op grond

## D. Onderscheidenlijk in het (on)gelijk gestelde partijen – partijen met een familiale band

21. Op grond van artikel 1017, vierde lid Ger.W. kunnen de kosten (inclusief de rechtsplegingsvergoeding) worden omgeslagen zoals de rechter het raadzaam oordeelt, hetzij wanneer de partijen onderscheidenlijk omtrent enig geschilpunt in het ongelijk zijn gesteld, hetzij over echtgenoten, bloedverwanten in de opgaande lijn, broeders en zusters of aanverwanten in dezelfde graad. Het betreft een facultatieve mogelijkheid voor de rechter.<sup>95</sup>

Het omslaan van de kosten over echtgenoten, bloed- of aanverwanten geeft geen aanleiding tot noemenswaardige problemen, m.u.v. de toepassing op echtgenoten en ongehuwd samenwonenden. In een arrest van 12 november 2009 oordeelde het Grondwettelijk Hof dat een verschil in behandeling naargelang de wijze van samenwoning van een koppel (gehuwd, wettelijk of feitelijk) ongrondwettelijk is in het raam van artikel 1017, vierde lid Ger.W.<sup>96</sup> Hoewel de wijze van samenwoning een verschillende vermogensrechtelijke toestand met zich meebrengt wat een verschillende behandeling kan verantwoorden, streeft artikel 1017, vierde lid Ger.W. naar het vermijden van een verstoorde verstandhouding tussen echtgenoten en voormelde bloedverwanten t.g.v. een onderling geschil. Deze doelstelling geldt volgens het Hof evenzeer t.a.v. ongehuwd samenwonenden, wettelijk of feitelijk samenwonend, zodat artikel 1017, vierde lid Ger.W. ongrondwettelijk is voor zover deze bepaling niet van toepassing zou zijn op wettelijk en feitelijk samenwonenden.<sup>97</sup>

22. Over het omslaan van de kosten wanneer de partijen onderscheidenlijk omtrent enig geschilpunt in het (on)gelijk zijn gesteld, heeft het Hof van Cassatie ondertussen duidelijkheid gebracht.

Voorheen meenden bepaalde auteurs<sup>98</sup> dat het bestaan van een hoofd- en tegenvordering binnen een procesverhouding vereist was om te spreken van onderscheidenlijk

---

→ van art. 9bis Vreemdelingenwet indienden, te behandelen, is de vordering in kort geding, die strekte tot de aflevering van een voorlopige verblijfsvergunning onder de vorm van een inschrijvingsbewijs in het vreemdelingenregister tijdens de periode van de behandeling van de regularisatieaanvraag, zonder voorwerp geworden. *Prima facie* lijkt het dat de procedure in kort geding die verzoekers opgestart hebben, de Belgische staat ertoe heeft aangezet de regularisatieaanvraag met meer spoed te behandelen dan in het geval er geen kortgedingprocedure geweest was. Hoewel er in dit dossier geen sprake is van een in het ongelijk gestelde partij, zoals omschreven in art. 1017 Ger.W. komt het de Belgische staat toe de kosten te betalen, aangezien de opgestarte procedure heeft geleid tot de beslissing waarbij het verzoek op grond van art. 9bis Vreemdelingenwet onontvankelijk werd verklaard en dus nuttig is gebleken).

95. Cass. 20 juni 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 1047.

96. GwH 12 november 2009, nr. 181/2009.

97. *Ibid.* (zie overw. B.4, B.7 en B.8). Wat gewezen ongehuwd samenwonenden betreft, geldt dit niet vermits dan in beginsel een verstoorde verstandhouding niet meer kan worden voorkomen (overw. B.5).

98. S. MOSSELMANS, "Omslaan van gedingkosten" (noot onder Pol. Gent 27 juni 2005), *RW* 2006-07, 1657 en J. VAN DONINCK, "Het omslaan van de gedingkosten en de nieuwe rechtsplegingsvergoeding: as you like it?", *RW* 2009-10, 306-311.



in het (on)gelijk gestelde partijen. Daarenboven – en dit sluit aan bij de stelregel van artikel 1017, eerste lid Ger.W. – moeten zowel de eiser als de verweerder daarbij een veroordeling of minstens een negatieve constitutieve of declaratoire rechterlijke beslissing hebben opgelopen. Het ging volgens deze strekking niet op de kosten om te slaan wanneer de hoofdvordering slechts gedeeltelijk werd ingewilligd. Bepaalde lagere rechtspraak volgde deze visie.<sup>99</sup>

Anderen stelden dat artikel 1017, vierde lid Ger.W. wel kon worden aangewend om bij een gedeeltelijke inwilliging van de (hoofd)vordering de gerechtskosten om te slaan.<sup>100</sup> Door te kiezen voor de term “*omslaan*” zou de wetgever immers uitdrukkelijk de schuldvergelijking in de zin van artikel 1289 BW, op grond waarvan slechts kan worden gecompenseerd indien partijen wederzijds elkaar schuldenaar zijn, hebben willen uitsluiten.

Het cassatiearrest van 19 januari 2012 heeft deze discussie beslecht. Het Hof oordeelt dat de rechter op grond van artikel 1017, vierde lid Ger.W. de gedingkosten kan omslaan telkens wanneer de partijen over en weer in enig geschilpunt worden afgewezen. Voor de toepassing van deze bepaling is volgens het Hof niet vereist dat partijen wederzijdse vorderingen hebben ingesteld.<sup>101</sup> Zo een interpretatie laat toe de kosten in een procesverhouding, gekenmerkt door één (hoofd)vordering, om te slaan wanneer die niet volledig wordt ingewilligd.

## § 2. *Eén rechtsplegingsvergoeding per aanleg*

**23.** De rechtsplegingsvergoeding wordt vastgesteld per aanleg (art. 1, tweede lid KB 26 oktober 2007). Dit impliceert dat de beoordeling van een in het (on)gelijk gestelde partij geschiedt per aanleg.<sup>102</sup> Zo kan een in het gelijk gestelde partij maximaal twee keer van een rechtsplegingsvergoeding genieten: een eerste maal in eerste aanleg, een tweede maal in hoger beroep. Verzet geeft geen aanleiding tot een nieuwe aanleg.<sup>103</sup> Evenmin kan een afzonderlijke rechtsplegingsvergoeding worden toegekend voor de procedure voor het hof van beroep dat kennisneemt van een zaak na vernietiging en verwijzing door het Hof van Cassatie.<sup>104</sup>

99. Bv. Pol. Gent 25 februari 2002, *RW* 2005-06, 558; Pol. Gent 27 september 2004, *T.Vred.* 2005, 54; Pol. Gent 27 juni 2005, *RW* 2006-07, 1656, noot S. MOSSELMANS en Pol. Brugge 8 februari 2008, *RW* 2008-09, 1238 en *TGR-TWVR* 2008, 209.

100. B. DE CONINCK en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “Indemnité de procédure et répartition des dépens”, *JT* 2008, 581-584.

101. Cass. 19 januari 2012, AR F100142N. Voor een recente toepassing zie Luik 27 juni 2013, *TBBR* 2014, 184.

102. Aanleg is een procedure voor een rechtscollege dat eindigt met een eindvonnis waarmee de rechter zijn rechtsmacht uitput.

103. *Vred. Gent* (2) 30 juni 2008, *RW* 2008-09, 1239.

104. Cass. 10 september 2015, AR C130402N; Antwerpen 31 maart 2015, *Fiscoloog* 2015, afl. 1429, 14 en Antwerpen 15 oktober 2013, *FJF* 2014, 720 en *TFR* 2014, 272.

Verder zal de notie “in het ongelijk gestelde partij” over het gehele proces worden beoordeeld. Indien in eerste aanleg de ene partij over de gehele lijn gelijk krijgt doch in hoger beroep wordt dit hervormd, dan zal in hoger beroep de andere, finaal in het gelijk gestelde, partij een rechtsplegingsvergoeding ontvangen voor zowel de procedure in eerste aanleg als de procedure in hoger beroep. Het Hof van Cassatie verduidelijkte dat dit principe niet resulteert in een rechtsplegingsvergoeding voor een gedeeltelijk in het gelijk gestelde partij die als enige hoger beroep heeft aangetekend tegen een vonnis dat in alle schikkingen wordt bevestigd.<sup>105</sup>

Het feit dat slechts een rechtsplegingsvergoeding per aanleg wordt toegekend, leidt ertoe dat de eis tot uitlegging of verbetering van een vonnis geen aanleiding geeft tot een aanvullende (tweede) rechtsplegingsvergoeding omdat dit geen tweede aanleg is.<sup>106</sup>

### § 3. *Eén rechtsplegingsvergoeding per “gerechtelijke band”*

#### A. Principe

24. De essentie is dat één rechtsplegingsvergoeding verschuldigd is per “gerechtelijke band” aan iedere binnen die “band” in het gelijk gestelde partij die wordt bijgestaan door een advocaat – mits respect voor het “plafond” voorzien in artikel 1022, vijfde lid Ger.W. –, dit ongeacht het aantal tussenvorderingen, tussengeschillen en partijen<sup>107</sup> binnen die “gerechtelijke band”.

De wet van 21 februari 2010 en het toekomstige uitvoeringsbesluit passen zowel de wet als het KB van 26 oktober 2007 aan. De wetgever wijzigt artikel 1022, vijfde lid Ger.W. als volgt: “wanneer binnen eenzelfde gerechtelijke band meerdere partijen de rechtsplegingsvergoeding ten laste van één of meer in het ongelijk gestelde partijen genieten, bedraagt het bedrag ervan maximum het dubbel van de maximale rechtsplegingsvergoeding waarop de begunstigde die gerechtigd is om de hoogste vergoeding te eisen aanspraak kan maken. Ze wordt door de rechter tussen de partijen verdeeld” (eigen onderlijning). De Koning zou artikel 1, tweede lid van het KB van 26 oktober 2007 als volgt wijzigen: “de bedragen worden vastgesteld per gerechtelijke band en

105. Cass. 6 januari 2015, AR P130619N.

106. Vred. Landen-Zoutleeuw 29 januari 2014, *T.Vred.* 2014, 515. Zie ook C. VAN SEVEREN, “De rechterlijke dienst na verkoop: uitlegging, verbetering en aanvulling van rechterlijke uitspraken. Commentaar bij de wet van 24 oktober 2013”, *RW* 2014-15, 138, nr. 42.

107. Reden waarom “dezelfde in het ongelijk gestelde partij” in art. 1022, vijfde lid Ger.W. wordt vervangen door “één of meer in het ongelijk gestelde partijen” (cf. Adv.RvS 47.167/2 van 28 september 2009, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2313/001, 17 en voetnoten 12 en 13 waar wordt verwezen naar de interpretatie van het Hof van Cassatie van art. 1022, vijfde lid (Cass. 2 december 2008, *Rev.dr.pén.* 2009, 598). Het Hof van Cassatie overweegt dat de beperking van art. 1022, vijfde lid Ger.W. enkel geldt t.a.v. de partij die in het ongelijk is gesteld. Zijn meerdere partijen in het ongelijk gesteld dan geldt die beperking voor elk van hen afzonderlijk).

*ten aanzien van elke partij die door een advocaat wordt bijgestaan. Wanneer eenzelfde advocaat in eenzelfde gerechtelijke band verscheidene partijen bijstaat, wordt de rechtsplegingsvergoeding onder hen verdeeld*".<sup>108</sup>

Hiermee wil de wetgever de vele knelpunten op het gebied van tussenvorderingen en meerpartijengeschillen oplossen.<sup>109</sup> Hij verduidelijkt – echter zonder de wet als een interpretatieve wet te kwalificeren – dat de bijgestelde regels het oorspronkelijk opzet van de wet van 21 april 2007 en het KB van 26 oktober 2007 weerspiegelen.<sup>110</sup> Hij wil bepaalde interpretaties op grond waarvan (rechtstreeks<sup>111</sup> of onrechtstreeks<sup>112</sup>) per (tussen)vordering een rechtsplegingsvergoeding wordt toegekend, definitief in de kiem smoren.

**25.** De wetgever van 21 februari 2010 refereert aan FETTWEIS. In zijn *Manuel de procédure civile* schreef hij: *“l’obligation de supporter les dépens a sa source dans la loi: elle est une des conséquences du lien d’instance”*.<sup>113</sup> M.b.t. de rechtsplegingsvergoeding, vervolgde FETTWEIS: *“chaque partie ne peut prétendre dans la même instance qu’à une seule indemnité de procédure sans avoir égard au nombre d’adversaires ou, en principe, aux incidents qui se produisent dans le cours d’une même instance. C’est ainsi que l’introduction d’une demande reconventionnelle ne justifie pas d’indemnité”*.<sup>114</sup>

De veroordeling tot het betalen van de gerechtskosten is een van de gevolgen van de “gerechtelijke band”. Per “gerechtelijke band” is één rechtsplegingsvergoeding verschuldigd.<sup>115</sup> Een “gerechtelijke band” wordt geïnitieerd door een inleidende (of hoofd-) vordering of door een (agressieve) vordering tot tussenkomst.<sup>116</sup> Een

108. Deze bepaling komt er ter vervanging van “de bedragen worden vastgesteld per aanleg”.

109. MvT, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2313/001, 7.

110. Verslag, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2313/004, 14: “uit het artikel 1, tweede lid, van het koninklijk besluit van 26 oktober 2007 waarin bepaald wordt dat ‘De bedragen worden vastgesteld per aanleg’, kan besloten worden dat het (Fettweis)principe van de enigheid van de rechtsplegingsvergoeding per aanleg overeind bleef. (...) Vermeldenswaard tenslotte is dat in het ‘oude’ art. 1022, vijfde lid, Ger. W., dat in het voorliggende wetsontwerp aangepast wordt aan de piste van de gerechtelijke band, in feite reeds werd rekening gehouden met de aanwezigheid van een zelfde gerechtelijke band tussen een veelheid aan partijen”.

111. S. VOET, “Enkele praktische knelpunten bij de toepassing van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van kosten en erelonen van advocaten”, *RW* 2008-09, 1132-1133, nr. 12. Zie evenwel nadien P. Taelman en S. Voet, “De verhaalbaarheid van de advocatenhonoraria: analyse van een aantal knelpunten na één jaar toepassing” in P. Van Orshoven en B. Maes (eds.), *De procesrechtswetten van 2007 ... revisited!*, Brugge, die Keure, 2009, 196, voetnoot 339.

112. I. Samoy en V. SAGAERT, “De wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van kosten en erelonen van een advocaat”, *RW* 2007-08, 685, nr. 39.

113. A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2<sup>e</sup> édition, Luik, Faculté de droit de Liège, 1987, 584, nr. 922.

114. *Ibid.*, 591, nr. 934.

115. Verslag, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2313/004, 13: “bij de ‘nieuwe’ regelgeving inzake de verhaalbaarheid erelonen die uitgaat van de gerechtelijke band gaat het dus m.a.w. om een aparte RPV-verhouding”.

116. Cf. Adv.RvS 47.167/2 van 28 september 2009, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2313/001, 18: “in dat systeem [zal] een rechtzoekende die met zijn tegenpartijen twee afzonderlijke gerechtelijke banden heeft (bijvoorbeeld een hoofdvordering tegen een hoofdverweerder, gevolgd door een agressieve vordering tot tussenkomst tegen een derde die

tegenvordering geeft geen aanleiding tot een (nieuwe of bijkomende) “gerechtelijke band”, *ergo* geen afzonderlijke rechtsplegingsvergoeding. Een identieke interpretatie werd na de inwerkingtreding van de wet van 21 april 2007 van meet af aan verdedigd door DE CONINCK en VAN DROOGHENBROECK.<sup>117</sup>

## B. “Gerechtelijke band” = procesverhouding

26. Zoals hierna zal blijken, maakte de wetgever een conceptueel verkeerde keuze met het begrip “gerechtelijke band”. De wetgever bedoelt eigenlijk “procesverhouding”.<sup>118</sup> De omschrijving die MOSSELMANS hieraan geeft, verklaart dit: “*een procesverhouding (processuele band) ontstaat van zodra een rechtssubject (als eiser) tegen een ander rechtssubject (als verweerder) vordert in rechte, dit terwijl voordien tussen deze partijen geen procesverhouding voorlag. Een procesverhouding onderstelt derhalve een eiser en een verweerder: de ene die de veroordeling wil van de andere (condemnatoir), maar evengoed de ene die tegen de andere een constitutieve dan wel (louter) declaratieve rechterlijke beslissing nastreeft. Het gaat hoe dan ook om een agressief optreden. Zodra de ene vordert tegen de andere (terwijl zij voordien niet ten opzichte van elkaar vorderden), creëert hij een procesverhouding; hij eist iets tegen de andere die aldus te zijnen opzichte verweerder wordt. Zo volstaat het enkele feit dat de ene de veroordeling van de andere in de kosten vordert om een procesverhouding te doen ontstaan*” (onderlijning zelf toegevoegd).<sup>119</sup>

De reden waarom de wetgever eigenlijk een procesverhouding in voormelde zin bedoelt, heeft te maken met de (basis)voorwaarde die vervuld moet zijn opdat een procespartij veroordeeld kan worden tot de gerechtskosten (inclusief de rechtsplegingsvergoeding). Volgens artikel 1017, eerste lid Ger.W. kan enkel “*de in het ongelijk gestelde partij*” in de kosten worden verwezen. In het (on)gelijk worden gesteld, impliceert dat een partij slechts tot de kosten kan worden veroordeeld die zijn gemaakt door een partij die jegens haar een veroordeling heeft verkregen.<sup>120</sup> Dit spoort met het agressief optreden (*c.q.* het effectief iets (in rechte) vorderen) dat een procesverhouding kenmerkt. Een partij die ten bewarende titel vrijwillig tussenkomt<sup>121</sup> of die in

---

→ *door de hoofdverweerder in het geding is betrokken), recht hebben op twee rechtsplegingsvergoedingen als hij in het gelijk wordt gesteld*”.

117. B. DE CONINCK en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “La loi du 21 avril 2007 sur la répétibilité des frais et honoraires d’avocat”, *JT* 2008, 43-44, nrs. 22-22<sup>quater</sup> en (vooral) B. DE CONINCK en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “Deux parties, deux demandes, une juste indemnité de procédure”, *JT* 2010, 35, nr. 6.

118. Nochtans was het de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever om te verduidelijken (MVT, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2313/001, 7). De term “gerechtelijke band” bestaat overigens niet. Mogelijks bedoelde de wetgever “rechtsband”, doch ook die vlag dekt de lading niet (zie *infra*).

119. S. MOSSELMANS, *Tussenvorderingen in APR*, Mechelen, Kluwer, 2007, 23-25 en S. MOSSELMANS, “Tussenvorderingen in het civiele geding”, *TPR* 2006, 1288-1289, nr. 26.

120. Zie *supra*, nr. 18.

121. Cass. 25 januari 2013, *Pas.* 2013, 237, *RABG* 2013, 333, concl. A. VAN INGELGEM, *RW* 2012-13, 1584 en *TBBR* 2014, 135. De rechter moet wel oog hebben voor de “vermomde” bewarende (eigenlijke agressieve) tussenkomst (zie P. KNAEPEN, “Pas d’indemnité de procédure pour l’intervenant conservatoire” (noot onder Luik 18 november 2014), *JT* 2015, 205-206).

tussenkomst en gemeenverklaring wordt gedagvaard<sup>122</sup>, kan dan ook niet worden veroordeeld tot een rechtsplegingsvergoeding omdat die het geschil niet wint of verliest. Eenzelfde conclusie moet worden gemaakt ingeval een in tussenkomst gedagvaarde partij louter concludeert tegen een andere procespartij.

M.a.w., de term “gerechtelijke band” mag niet worden geïnterpreteerd als “rechtsband” of “lien d’instance” waarvan sprake bij het rechtsmiddel hoger beroep, waar zij worden gebruikt als omschrijving van de voorwaarde dat het hoger beroep slechts toelaatbaar kan worden gericht tegen een partij die voor de eerste rechter tegengestelde belangen heeft verdedigd.<sup>123</sup> In die optiek zijn beide begrippen verwarrend.<sup>124</sup>

In een arrest van 25 januari 2013 heeft het Hof van Cassatie inmiddels deze zienswijze uitdrukkelijk onderschreven: “*de veroordeling tot de gerechtskosten onderstelt dat tussen de partijen een daadwerkelijke procesverhouding bestaat derwijze dat tussen hen een vordering werd ingesteld strekkende tot de veroordeling van de ene partij jegens de andere*”.<sup>125</sup>

27. In essentie komt het erop neer dat bepaalde vorderingen wel aanleiding geven tot een afzonderlijke rechtsplegingsvergoeding en andere vorderingen niet<sup>126</sup>:

| type vordering <sup>127</sup>                           | wel aanleiding tot afz. RPV | geen aanleiding tot afz. RPV |
|---|-----------------------------|------------------------------|
| Hoofdvordering  | X                           |                              |
| tussenvordering tot uitbreiding van de (hoofd)vordering |                             | X                            |

122. Bergen 19 juni 2012, *JLMB* 2013, 352, noot. Volgens het hof van beroep te Bergen kon de tussenkomende partij niet worden veroordeeld tot een rechtsplegingsvergoeding omdat geen agressieve vordering tegen haar was gericht. Evenwel moest de tussenkomende partij tot de kosten van de dagvaarding worden veroordeeld gezien de dagvaarding tot gemeenverklaring ontvankelijk en gegrond was.

123. B. ALLEMEERSCH, “Hoger beroep in meerpartijengedingen: over het begrip ‘partij’ en het vereiste van het bestaan van een rechtsband” (noot onder Cass. 10 oktober 2002), *RW* 2002-03, 1259 (“*tussen twee procespartijen zal zich dus een rechtsband [als voorwaarde voor een ontvankelijk hoger beroep] vormen zodra de ene de aanspraken van de ander betwist, rechtstreeks – door zelf een verweer te ontwikkelen – of onrechtstreeks – door zich eenvoudig aan te sluiten bij het verweer van een andere partij*”) en K. BROECKX, *Het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1995, 216-217, nr. 477.

124. De Nederlandstalige term “gerechtelijke band” zou immers als een synoniem kunnen worden beschouwd van de term “rechtsband”. In het Frans gaat het twee keer over een “lien d’instance”.

125. Cass. 25 januari 2013, AR C120202N. Zie ook concl. A. VAN INGELGEM, *RW* 2012-13, 1584, die het begrip “gerechtelijke band” de interpretatie “procesverhouding” meegeeft. In dezelfde zin Cass. 29 mei 2015, AR C130390N.

126. Cf. H. BOULARBAH en V. PIRE, “Actualités en matière de répétabilité des frais et honoraires d’avocat” in *Actualités en droit judiciaire*, Luik, Anthemis, 2010, 166-169 en V. PIRE, “Le nouveau droit de la répétabilité des frais et honoraires d’avocat (la loi du 21 février 2010)”, *RGAR* 2010, nrs. 146592-146593.

127. S. MOSSELMANS, Tussenvorderingen in APR, Mechelen, Kluwer, 2007, 23-46 en S. MOSSELMANS, “Tussenvorderingen in het civiele geding”, *TPR* 2006, 1289, nr. 26 en 1311, nr. 57.

| type vordering <sup>127</sup>  | wel aanleiding tot afz. RPV | geen aanleiding tot afz. RPV |
|--|-----------------------------|------------------------------|
| tussenvordering tot wijziging van de (hoofd)vordering  |                             | X                            |
| tussenvordering tot aanvulling van de (hoofd)vordering   |                             | X                            |
| Tegenvordering   |                             | X                            |
| tussenvordering waarbij tussen reeds in het geding zijnde partijen een procesverhouding wordt gecreëerd  | X                           |                              |
| tussenvordering waarbij tussen reeds in het geding zijnde partijen geen procesverhouding wordt gecreëerd |                             | X                            |
| tussenkost die ertoe strekt de belangen van de eiser in tussenkost te beschermen                         |                             | X                            |
| tussenkost die ertoe strekt de belangen van een reeds in het geding zijnde partij te beschermen          |                             | X                            |
| tussenkost die ertoe strekt een veroordeling te doen uitspreken  | X                           |                              |
| tussenkost die ertoe strekt een vrijwaring te doen bevelen   | X                           |                              |

### C. Procesverhouding vs. samenhang

28. De processuele rechtsfiguur samenhang toont echter aan dat zelfs het begrip procesverhouding haar grenzen kent. Volgens artikel 30 Ger.W. kunnen onderscheiden vorderingen worden samengevoegd wanneer zij onderling zo nauw verbonden zijn dat het wenselijk is ze samen te behandelen en te berechten, teneinde oplossingen te vermijden die onverenigbaar kunnen zijn wanneer de zaken afzonderlijk worden berecht.

Twee hypothesen kunnen worden onderscheiden.<sup>128</sup> Enerzijds kunnen de samenhangende zaken hangende zijn voor eenzelfde dan wel voor onderscheiden rechtbanken. Om de zaken samen te voegen moet een partij de exceptie van samenhang (art. 856, eerste lid Ger.W.) *in limine litis* opwerpen. Deze wordt door de rechter onaantastbaar

128. M. CASTERMANS, *Gerechtelijk privaatrecht*, Gent, Story Publishers, 2009, 122, nr. 164.

beoordeeld.<sup>129</sup> De rechter kan enkel overgaan tot het ambtshalve samenvoegen van zaken indien alle samenhangende zaken voor hetzelfde rechtscollege aanhangig zijn (art. 856, tweede lid Ger.W.). Anderzijds kunnen de samenhangende zaken voor eenzelfde rechtscollege worden ingesteld d.m.v. eenzelfde exploit, hetzij via een collectieve dagvaarding (art. 701 Ger.W.). Het is vaststaande rechtspraak dat samenhang niet van openbare orde is.<sup>130</sup> M.u.v. artikel 856, tweede lid Ger.W. kan de rechter niet ambtshalve overgaan tot samenvoeging maar evenmin tot splitsing van de zaken.<sup>131</sup>

Indien de onderscheiden hoofdvorderingen worden samengevoegd – hetzij t.g.v. een exceptie van samenhang, hetzij t.g.v. een collectieve dagvaarding – rijst de vraag naar de toekenning van de rechtsplegingsvergoeding.

**29.** In een arrest van 22 april 2010 sprak het Hof van Cassatie zich voor het eerst uit over deze rechtsvraag.<sup>132</sup> Het betrof een geschil tussen de CREG (Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas) en de Provinciale Brabantse Energiemaatschappij. Die laatste had tegen vier beslissingen van de CREG vier afzonderlijke vorderingen (tot vernietiging) ingesteld. De vier zaken werden wegens hun onderlinge samenhang gevoegd. De CREG delfde het onderspit. Het hof van beroep te Brussel oordeelde dat *“aangezien uitspraak wordt gedaan over vier gedingen die zijn gevoegd en die ieder een aparte instaatstelling hebben gevergd, moet de rechtsplegingsvergoeding voor de verweerster begroot worden op 4.800 euro”* (dit is 4 x 1 200 euro, nl. het (oude) basistarief voor een niet in geld waardeerbare vordering). De CREG tekende cassatieberoep aan en meende dat deze beslissing in strijd was met artikel 1 van het KB van 26 oktober 2007, op grond waarvan de bedragen van de rechtsplegingsvergoeding worden vastgesteld per aanleg. Volgens de CREG is er slechts sprake van één aanleg als verschillende zaken tussen partijen worden gevoegd. Het Hof van Cassatie verwerpt dit middel en overweegt dat artikel 1 niet verhindert dat, wanneer twee of meer rechtsvorderingen wegens samenhang worden gevoegd, de rechter twee of meer rechtsplegingsvergoedingen kan toekennen, indien hij oordeelt dat de samengevoegde zaken afzonderlijke geschillen uitmaken. Het middel dat ervan uitgaat dat bij het voegen van verschillende rechtsvorderingen wegens samenhang *steeds* slechts een enkele rechtsplegingsvergoeding kan worden toegekend, faalt volgens het Hof naar recht. In een arrest van 19 januari 2012 bevestigde het Hof van Cassatie deze rechtspraak.<sup>133</sup>

129. Cass. 4 september 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 4 en *Pas.* 1988, 4; Cass. 15 mei 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 1073 en *Pas.* 1981, 1073 en Cass. 28 september 1984, *Arr.Cass.* 1984-85, 165 en *Pas.* 1985, 141.

130. Cass. 24 november 2008, *Pas.* 2008, 2635, concl. J. Genicot; Cass. 5 april 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 1033 en Rb. Brussel 27 januari 1994, *TBBR* 1994, 411. Zie ook D. Mougnot, *Principes de droit judiciaire privé*, Brussel, Larcier, 2009, 160.

131. Evenwel moet steeds met de materiële bevoegdheidsregels – die wel de openbare orde raken – rekening worden gehouden en meer specifiek de voorrangsregels vervat in art. 565 Ger.W.

132. Cass. 22 april 2010, *Pas.* 2010, 1207, *RW* 2010-11, 872, noot S. VOET en *TBH* 2010, 686.

133. Cass. 19 januari 2012, *P&B* 2012, 86-87.

Hiermee stelt het Hof van Cassatie een discretionaire beoordeling van de rechter voorop. Is de rechter van oordeel dat er sprake is van afzonderlijke geschillen, dan kan hij afzonderlijke rechtsplegingsvergoedingen toekennen. Is dit niet het geval en meent hij dat er in wezen slechts een geschil is, dan kan hij zich ertoe beperken om één rechtsplegingsvergoeding toe te kennen.

**30.** De arresten van 22 april 2010 en 19 januari 2012 hadden betrekking op het geval waarin samenhangende zaken werden samengevoegd nadat een exceptie van samenhang werd opgeworpen *ex* artikel 856 Ger.W. In een arrest van 8 december 2014 sprak het Hof zich uit over de toekenning van de rechtsplegingsvergoeding i.g.v. een collectieve dagvaarding.<sup>134</sup>

Het Hof oordeelde dat wanneer meerdere eisers bij eenzelfde akte onderscheiden vorderingen op eenzelfde grondslag instellen tegen een of meer verweerders, zonder dat de afsplitsing van de zaken wordt gevorderd en gelast, de rechter, vooraleer meerdere rechtsplegingsvergoedingen toe te kennen en ook al doet iedere vordering in beginsel een afzonderlijke procesverhouding ontstaan, moet nagaan of de samengevoegde zaken, gelet op de concrete elementen ervan, in hun geheel beschouwd niet eenzelfde geschil uitmaken, maar wel afzonderlijke geschillen. M.a.w., wanneer verschillende hoofdvorderingen tussen twee of meer partijen, omwille van hun samenhang, via eenzelfde akte worden ingeleid, is de stelregel dat één rechtsplegingsvergoeding verschuldigd is. De rechter kan meerdere rechtsplegingsvergoedingen toekennen indien hij op grond van de “concrete elementen van de zaak” motiveert waarom de collectieve dagvaarding “afzonderlijke geschillen” uitmaakt.

Deze striktere benadering leunt dichter aan bij de parlementaire voorbereiding van de wet van 21 februari 2010 waar werd overwogen dat er een aanleg is wanneer voor een rechtscollege een procedure is aangespannen. In die zin doet de inleidende vordering een gerechtelijke band ontstaan tussen de partijen die erin voorkomen.<sup>135</sup> Volgens DE CONINCK en VAN DROOGHENBROECK bedoelt de wetgever hiermee dat de gedingleidende akte slechts een rechtsplegingsvergoeding in het leven kan roepen m.b.t. tot alle partijen die hierin voorkomen.<sup>136</sup>

**31.** Ten slotte kan worden verwezen naar het cassatiearrest van 20 oktober 2014. Hierin oordeelt het hoogste rechtscollege dat wanneer de oorspronkelijk afzonderlijke procedures pas worden samengevoegd in hoger beroep, de samenvoeging niet doorwerkt naar de eerste aanleg om slechts een rechtsplegingsvergoeding toe te kennen voor de aldaar gevoerde afzonderlijke procedures.<sup>137</sup>

134. Cass. 8 december 2014, AR S120029N. Voor een bespreking zie J. VAN DONINCK, “Rechtsplegingsvergoeding bij collectieve dagvaarding: *e pluribus unum*”, *RW* 2015-16, 224-228 en N. CLIJMANS, “Rechtsplegingsvergoeding voor autonome maar samengevoegde hoofdvorderingen”, *RABG* 2015, 423-425.

135. MvT, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2313/001, 7.

136. B. DE CONINCK en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “L’assureur de responsabilité et l’indemnité de procédure: le lien d’instance au cœur du litige multipartite”, *RGAR* 2013, 14993, nr. 14.

137. Cass. 20 oktober 2014, AR C130526F.



## AFDELING 5. DE BEREKENING EN BEPALING VAN DE RECHTSPLEGINGSVERGOEDING

### § 1. Berekening van de rechtsplegingsvergoeding

**32.** De minimum-, basis- en maximumrechtsplegingsvergoeding voor in geld waardeerbare vorderingen – gebracht voor de civiele rechtscolleges, dus m.u.v. de sociale rechtscolleges – worden bepaald in artikel 2 van het KB van 26 oktober 2007.

Artikel 2, tweede lid (eerste zin) van het KB van 26 oktober 2007 herneemt de tekst van artikel 3, vierde lid van het KB van 30 november 1970: het bedrag van de vordering wordt vastgesteld overeenkomstig de artikelen 557 tot 562 en 618 Ger.W.<sup>138</sup> Op grond van die verwijzing wordt de rechtsplegingsvergoeding (voor in geld waardeerbare vorderingen) begroot op basis van het bedrag van de hoofdvordering die het rechtsgeding opent (*i.e.* de vordering die in de gedinginleidende akte wordt gesteld) of het bedrag van de vordering die in de laatste conclusie wordt gevorderd. De artikelen 557 tot 562 en 618 Ger.W. hebben immers uitsluitend betrekking op de hoofdvordering.<sup>139</sup>

Artikel 2, tweede lid (eerste zin) verwijst ook naar artikel 560 Ger.W. dat bepaalt dat wanneer een of meer eisers optreden tegen een of meer verweerders, de bevoegdheid bepaald wordt door de totaal gevorderde som, ongeacht ieders aandeel daarin. Voor het berekenen van de rechtsplegingsvergoeding impliceert die regel dat wanneer een of meer eisers optreden tegen een of meer verweerders alle hoofdvorderingen van die eiser(s) opgeteld moeten worden om de grondslag te kennen waarop de rechtsplegingsvergoeding moet worden begroot.

Volgens de minister is de verwijzing in artikel 2, tweede lid (eerste zin) naar artikel 560 Ger.W. onverenigbaar met artikel 1022, vijfde lid Ger.W. Die bepaling houdt volgens de minister in dat het bedrag van elke rechtsplegingsvergoeding wordt

138. Volgens art. 557 Ger.W. wordt onder het bedrag van de vordering de som verstaan die in de inleidende akte wordt geeïst, met uitsluiting van de gerechtelijke interest en van alle gerechtskosten alsook van de dwangsommen. In zijn arrest van 4 maart 2010 verbrak het Hof van Cassatie de beslissing over het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding die gegrond is op het oordeel dat wanneer het gaat om een vordering wegens onrechtmatige daad, de gerechtelijke interest niet loopt vanaf de betekening van de inleidende akte maar wel vanaf de uitspraak (Cass. 4 maart 2010, *RABG* 2010, 1180, noot B. MAES). M.a.w., om de rechtsplegingsvergoeding te berekenen mag enkel rekening worden gehouden met de (*moratoire* of *compensatoire*) interesten tot aan de inleidende dagvaarding. Onder gerechtelijke interesten (die niet meetellen voor de berekening van de rechtsplegingsvergoeding) moet worden verstaan elke interest vervallen vanaf de dag van de inleidende akte. Zie hierover B. MAES, “Rechtsplegingsvergoeding en gerechtelijke interest” (noot onder Cass. 4 maart 2010), *RABG* 2010, 1184-118.

139. In een (nogal vreemd) vonnis van 13 november 2013 oordeelt de vrederechter van Kapellen (ten onrechte) dat de uitbreiding van een vordering in de loop van het geding na een tussenvonnissen een aanvullende rechtsplegingsvergoeding verantwoordt voor de in het gelijk gestelde partij (Vred. Kapellen 13 november 2013, *RW* 2014-15, 550).

berekend los van het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding van de andere winnende partijen. Ook de Raad van State liet opmerken dat in het geval van artikel 1022, vijfde lid Ger.W. de bedragen van de vorderingen niet worden samengevoegd in de zin van de artikelen 560 en 620 Ger.W.<sup>140</sup> Omwille van die ongerijmdheid zou de Koning de verwijzing naar artikel 560 Ger.W. uitsluiten in het nog te nemen uitvoeringsbesluit n.a.v. de wet van 21 februari 2010.

Het Hof van Cassatie blijkt dit standpunt te volgen. Zo oordeelde het Hof in een arrest van 26 april 2012: “*wanneer meerdere partijen de rechtsplegingsvergoeding lastens een zelfde in het ongelijk gestelde partij genieten, geniet ieder van hen de rechtsplegingsvergoeding overeenstemmend met het bedrag van zijn vordering, met dien verstande dat het gecumuleerd bedrag van deze rechtsplegingsvergoedingen het dubbele van de maximale rechtsplegingsvergoeding, waarop de begunstigde die gerechtigd is om de hoogste vergoeding te eisen aanspraak kan maken, niet mag overschrijden. De appelrechters die de aan ieder der verweerders toekomende rechtsplegingsvergoeding berekenen op basis van het gecumuleerde bedrag van de vorderingen, schenden vooraangehaalde rechtsbepalingen*”<sup>141</sup> (eigen onderlijning).

Deze zienswijze vertrekt echter vanuit een verkeerde interpretatie van artikel 1022, vijfde lid Ger.W. Alvorens deze bepaling toe te passen, moet immers eerst de grondslag worden bepaald op grond waarvan de basisrechtsplegingsvergoeding wordt begroot (art. 1022, tweede lid Ger.W. j<sup>o</sup> art. 2 KB 26 oktober 2007). Vervolgens moet het plafond *ex* artikel 1022, vijfde lid Ger.W. worden becijferd. Ten slotte kan het basisbedrag worden verhoogd of verlaagd op grond van de criteria in artikel 1022, derde of vierde lid Ger.W.<sup>142</sup>

**33.** De rechtsplegingsvergoeding voor in geld waardeerbare vorderingen wordt begroot op basis van het gevorderde bedrag en niet op basis van het uiteindelijk door de rechter toegekende bedrag. Het Hof van Cassatie onderstreepte dit voor het eerst in zijn arrest van 7 januari 2009.<sup>143</sup>

Enkel wanneer de rechter vaststelt dat de in het gelijk gestelde partij zich schuldig heeft gemaakt aan (proces)rechtsmisbruik, kan de rechtsplegingsvergoeding worden begroot op het toegekende, i.p.v. het gevorderde bedrag. In zijn arrest van 17 november 2010 stipt het Hof van Cassatie de twee gevallen aan waarin dit kan: “*niettegenstaande wat in het (...) KB is bepaald kan de rechter de rechtsplegingsvergoeding*

140. Adv.RvS 47.167/2 van 28 september 2009, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2313/001, 15, voetnoot 9 *in fine*.

141. Cass. 26 april 2012, *Pas.* 2012, 918. In dezelfde zin Cass. 31 oktober 2012, *Pas.* 2012, 2077 en Cass. 3 mei 2013, *Pas.* 2013, 1049.

142. Zie Kh. Bergen 11 maart 2008, *Ius & Actores* 2008, 143, noot G. DE LEVAL, *JT* 2008, 289 en *JLMB* 2008, 1153, noot G.D.L.

143. Cass. 7 januari 2009, *Rev.dr.pén.* 2009, 449 en *RW* 2009-10, 324, noot J. VAN DONINCK. Zie ook Cass. 14 december 2012, *Pas.* 2012, 2500 en Vred. Zomergem 11 juli 2012, *Huur* 2013, 88.

berekenen op basis van het toegekende veeleer dan op basis van het gevorderde bedrag, als laatstgenoemd bedrag volgt: ofwel uit een klaarblijkelijke overwaardering die de normaal bedachtzame en zorgvuldige justitiabele niet zou hebben begaan, ofwel uit een te kwader trouw verrichte verhoging die als enig doel had op artificiële wijze het bedrag van de vordering op te trekken tot de hogere schijf”.<sup>144</sup> In een arrest van 20 november 2012 verduidelijkte het Hof dat dit (proces)rechtsmisbruik niet ambtshalve kan worden aangevoerd door de rechter en dat partijen minstens in de gelegenheid moeten worden gesteld om hieromtrent standpunt in te nemen.<sup>145</sup>

**34.** Het gebeurt geregeld dat vorderingen zowel in geld waardeerbare als niet in geld waardeerbare geschilpunten bevatten. In dat geval rijst de vraag op welke rechtsplegingsvergoeding de in het gelijk gestelde partij recht heeft. Hoewel de meningen hieromtrent uiteenliepen<sup>146</sup>, heeft het Hof van Cassatie deze discussie beslecht in zijn arrest van 11 mei 2010.<sup>147</sup> Wanneer de vordering zowel een in geld als niet in geld waardeerbaar geschilpunt bevat, moet de rechtsplegingsvergoeding worden bepaald op basis van het geschilpunt waarvoor de hoogst wettelijke rechtsplegingsvergoeding verschuldigd is. Deze rechtspraak moet ook worden toegepast in een procedure op verstek waarbij de minimumrechtsplegingsvergoeding verschuldigd is conform artikel 6 KB 26 oktober 2007. In dat geval moet de hoogst wettelijke minimumrechtsplegingsvergoeding worden toegekend.<sup>148</sup>

**35.** Binnen de procesverhouding waartoe de hoofdvordering (*i.e.* de vordering die het geding opent (*cf.* art. 12 Ger.W.)) aanleiding geeft, wordt de rechtsplegingsvergoeding begroot op basis van het bedrag van die hoofdvordering (art. 2 KB 26 oktober 2007 *in fine*, zie *supra*). In artikel 2 van het KB van 26 oktober 2007 wordt niet verwezen naar artikel 620 Ger.W. zodat tegenvorderingen en vorderingen tot tussenkomst buiten beschouwing moeten worden gelaten voor het berekenen van de grondslag waarop de rechtsplegingsvergoeding wordt begroot.<sup>149</sup>

De tegenvordering geeft geen aanleiding tot een afzonderlijke rechtsplegingsvergoeding aangezien zij geen bijkomende procesverhouding creëert. Het Hof van Cassatie

144. Cass. 17 november 2010, AR P100863F. In dezelfde zin Pol. Brussel 17 oktober 2012, VAV 2013, 58.

145. Cass. 20 november 2012, *Pas.* 2012, 2266. Zie ook Brussel 5 maart 2015, *ICIP* 2015, 369, waarin het hof van beroep de rechtsplegingsvergoeding begrootte op basis van het initieel gevorderde bedrag aangezien de appellant in hoger beroep slechts een euro provisioneel had gevorderd uit schrik dat zijn vordering andermaal zou worden afgewezen en hij zou worden verwezen in de kosten.

146. Zie S. VOET, “Rechtsplegingsvergoeding bij een gemengde vordering: Hof van Cassatie hakt de knoop door”, *RW* 2010-11, 874-875 en verwijzingen aldaar.

147. Cass. 11 mei 2010, *Pas.* 2010, 1471 en *RW* 2010-11, 873, noot S. VOET. In dezelfde zin Vred. Zomergem 11 juli 2012, *Huur* 2013, 88 en Brussel 17 september 2012, *JLMB* 2014, 696.

148. Zie T. DE JAEGER, “Over de rechtsplegingsvergoeding, de gemengde vordering en verstek”, *ter perse* waarin de auteur een kritische noot plaatst onder een uitspraak van 29 mei 2015 van het vredegerecht zevende kanton te Antwerpen.

149. Antwerpen 18 februari 2008, *P&B* 2009, 23; Rb. Luik 8 februari 2008, *P&B* 2009, 49 en Rb. Luik 23 mei 2008, *P&B* 2009, 57.

heeft dit ondertussen bevestigd in zijn arresten van 10 januari 2011<sup>150</sup>, waarin het besliste dat de partij die zowel op de hoofdvordering als op de tegenvordering in het gelijk wordt gesteld, slechts recht heeft op één rechtsplegingsvergoeding per aanleg, die wordt berekend op basis van het bedrag van de hoofdvordering.

PIRE is van oordeel dat de (enige) rechtsplegingsvergoeding in dit geval berekend moet worden op basis van de vordering van de winnende partij.<sup>151</sup> Deze interpretatie strookt echter niet met voormelde cassatierechtspraak, noch met artikel 2 van het KB van 26 oktober 2007. Deze bepaling verwijst immers expliciet naar de artikelen 557 tot 562 en 618 Ger.W. die *uitsluitend* betrekking hebben op de hoofdvordering.

**36.** Een rechtsplegingsvergoeding is evenzeer verschuldigd n.a.v. twee andere types van tussenvorderingen: een tussenvordering waarbij tussen reeds in het geding zijnde partijen een procesverhouding wordt gecreëerd en een vordering tot tussenkomst die ertoe strekt een veroordeling of vrijwaring te doen uitspreken.

Noch de wet, noch het KB geven een duidelijk antwoord op de vraag hoe die rechtsplegingsvergoeding moet worden berekend. Een zeer strikte toepassing van artikel 2 van het KB van 26 oktober 2007 zou ertoe leiden dat de rechtsplegingsvergoeding binnen die procesverhouding berekend wordt op basis van de hoofdvordering waartoe het geding aanleiding geeft en waarop voormelde tussenvordering of tussenkomst zich ent. Dit kan niet de bedoeling zijn. De rechtsplegingsvergoeding moet in deze gevallen begroot worden op basis van de vordering die de nieuwe procesverhouding in het leven roept.<sup>152</sup> In die zin moet de hoofdvordering in artikel 2 van het KB van 26 oktober 2007 begrepen worden als de vordering die aanleiding geeft tot deze bijkomende procesverhouding.

In de procesverhouding waartoe een vordering tot vrijwaring aanleiding geeft, wordt de rechtsplegingsvergoeding begroot op basis van de vordering tot vrijwaring. *In casu* zal deze vordering (meestal) hetzelfde voorwerp hebben als de (hoofd)vordering waarop zij zich ent: de eiser in vrijwaring vordert *de facto* de veroordeling van de verweerder in vrijwaring tot hetgeen waartoe hij zelf kan worden veroordeeld.<sup>153</sup>

150. Cass. 10 januari 2011, RW 2010-11, 1057 en Cass. 10 januari 2011, C090456N. In dezelfde zin Vred. Thuin 7 november 2011, *T.Vred.* 2014, 540; Pol. Brugge 6 januari 2011, RW 2011-12, 457, noot en Vred. Florennes 9 maart 2010, JT 2010, 443.

151. V. PIRE, "Le nouveau droit de la répétibilité des frais et honoraires d'avocat (la loi du 21 février 2010)", *RGAR* 2010, nr. 146592, nr. 19.

152. Wat betreft de vordering tot (agressieve) tussenkomst wordt dit onderschreven door DE CONINCK en VAN DROOGHENBROECK (B. DE CONINCK en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, "La loi du 21 avril 2007 sur la répétibilité des frais et honoraires d'avocat", *JT* 2008, 44, nr. 22ter: "*cette indemnité sera calculée distinctement, en fonction de son objet propre*") en PIRE (V. PIRE, "Le nouveau droit de la répétibilité des frais et honoraires d'avocat (la loi du 21 février 2010)", *RGAR* 2010, nr. 146592, nr. 22 *in fine*).

153. P. TAELEMAN en S. VOET, "De verhaalbaarheid van de advocatenhonoraria: analyse van een aantal knelpunten na één jaar toepassing" in P. VAN ORSHOVEN en B. MAES (eds.), *De procesrechtwetten van 2007 ... revisited!*, Brugge, die Keure, 2009, 172, nr. 42.

## § 2. *Bepaling van de rechtsplegingsvergoeding*

### A. Principe

37. Volgens art. 1022, derde lid Ger.W. kan de rechter enkel afwijken van het basisbedrag op verzoek van een van de partijen, in voorkomend geval gedaan na ondervraging door de rechter, en bij een met bijzondere redenen omklede beslissing zonder daarbij de door het KB van 26 oktober 2007 bepaalde minimum- en maximumbedragen te overschrijden.

De rechter houdt bij zijn beoordeling rekening met de vier in artikel 1022, derde lid Ger.W. limitatief opgesomde criteria: de financiële draagkracht van de verliezende partij (om de rechtsplegingsvergoeding te verminderen), de complexiteit van de zaak, de contractueel bepaalde vergoedingen voor de in het gelijk gestelde partij en het kennelijk onredelijk karakter van de situatie.

### B. Afwijking van het basisbedrag

38. Op grond van artikel 1022, derde lid Ger.W. worden de grenzen van de beoordelingsvrijheid van de rechter op twee manieren afgebakend. Enerzijds moet een verzoek tot afwijking van het basisbedrag gevorderd worden door een partij en anderzijds moet de rechter die afwijking bijzonder motiveren op grond van de criteria opgesomd in artikel 1022, derde lid Ger.W.<sup>154</sup>

Het Hof van Cassatie heeft dit in een arrest van 6 oktober 2010 uitdrukkelijk bevestigd.<sup>155</sup> Het Hof overwoog dat artikel 1022 Ger.W. bepaalt dat de rechter, zonder dat hij de door de Koning bepaalde minimum- en maximumbedragen mag overschrijden, de rechtsplegingsvergoeding kan verminderen of verhogen, op de dubbele voorwaarde dat daartoe een verzoek van de partijen bij hem is ingediend en hij uitspraak doet bij wege van een met bijzondere redenen omklede beslissing. Bij ontstentenis van een conclusie dienaangaande, wordt de rechtsplegingsvergoeding vastgesteld op het basisbedrag.

Dit betekent volgens het Hof van Cassatie niet dat de rechter ambtshalve het basisbedrag kan toekennen wanneer de partijen de omvang van de rechtsplegingsvergoeding specifiek anders hebben begroot. In een arrest van 18 september 2014 verbrak het Hof een arrest van het hof van beroep te Brussel waarin een basisrechtsplegingsvergoeding van 5 500 euro werd toegekend niettegenstaande de partijen in hun laatste

154. Voor een uitgebreide bespreking van de grenzen tot afwijking zie F. VAN VOLSEM, "De hardnekkigheid van een burgerlijke partij als grond om het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding te herleiden", *RABG* 2015, 1028-1034.

155. Cass. 6 oktober 2010, *Pas.* 2010, 2495. Voor recente toepassing zie *Vred.* Veurne 2 april 2013, *Huur* 2014, 183.

conclusie een rechtsplegingsvergoeding van 5 000 euro hadden gevorderd. Volgens het Hof miskende het hof van beroep te Brussel hiermee het beschikkingsbeginsel zoals vervat in artikel 1138, 2° Ger.W.<sup>156</sup>

Deze rechtspraak verdient geen navolging vermits ze afbreuk doet aan het forfaitair (en mechanische) karakter van de rechtsplegingsvergoeding. De basisbedragen van de rechtsplegingsvergoeding zijn de regel, afwijkingen hierop de uitzondering (art. 1022, eerste en derde lid Ger.W. *in fine*). Het beschikkingsbeginsel mag hierin geen rol spelen.<sup>157</sup> Een dergelijke zienswijze ligt daarenboven in de lijn van de rechtspraak die dateert van vóór de invoering van de nieuwe rechtsplegingsvergoeding. Zo oordeelde het Hof van Cassatie in een arrest van 15 juni 2007 dat de rechter niet gebonden is door de door de procespartij bepaalde gerechtskost maar dat hij dit bedrag moet begroten op de werkelijke kost, ook al is die hoger of lager.<sup>158</sup> Hiermee doet de rechter geen uitspraak *ultra petita*, omdat de uitspraak over de gedingkosten geen uitspraak is over een punt van de vordering in de zin van artikel 1138, 2° Ger.W.<sup>159</sup>

## C. Meerdere in het gelijk gestelde partijen

**39.** Wanneer meerdere partijen in het gelijk zijn gesteld t.a.v. een of meerdere in het ongelijk gestelde partij(en), moet het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding worden beperkt tot het plafond *ex* artikel 1022, vijfde lid Ger.W. De vraag rijst hoe dit bedrag door de rechter moet worden verdeeld. De laatste zin van artikel 1022, vijfde lid Ger.W. (“*ze wordt door de rechter tussen de partijen verdeeld*”) verduidelijkt dit niet. Opnieuw lopen de meningen uiteen: ofwel in gelijke delen<sup>160</sup>, ofwel op proportionele wijze via de regel van drie. Die laatste oplossing lijkt de meest billijke.

156. Cass. 18 september 2014, AR C120237F. Het verbroken arrest van het hof van beroep te Brussel werd gewezen op 7 juni 2011. Een arrest van hetzelfde hof van beroep van dezelfde datum doch met klaarblijkelijk andere partijen bevatte volgende passage in het motiverend gedeelte: “*partijen begroten in hun laatste conclusie hun rechtsplegingsvergoeding op het basistarief (= 5.000 euro) zoals vastgesteld bij het KB van 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 1022 Ger.W. en tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van de artikelen 1 tot 13 van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van de advocaat. Na indexatie van kracht op 1 maart 2011 wordt dat 5.500 EUR. Dit bedrag komt toe aan elk van beide geïntimeerden afzonderlijk als de in het gelijk gestelde partijen met een onderscheiden raadsman*” (Brussel 7 juni 2011, RABG 2014, 82-90, noot S. GULLIAMS). Zie ook Cass. 12 november 2012, *Pas.* 2012, 2192 en Cass. 30 maart 2010, AR P091605N. In laatstgenoemd arrest stelde het Hof dat de rechter in strafzaken niet gebonden is door de omstandige opgave van de gerechtskosten vermits art. 1021 Ger.W. niet van toepassing is in strafzaken. Enkel op grond daarvan weerhoudt het Hof geen schending van het beschikkingsbeginsel.

157. Vasthouden aan het beschikkingsbeginsel vergroot immers het risico op partijen die *overeenkomen* welke rechtsplegingsvergoeding verschuldigd zou zijn. Zo oordeelde de Franstalige rechtbank van koophandel te Brussel op 22 januari 2015 dat de maximale rechtsplegingsvergoeding kon worden toegekend gezien beide partijen dit vorderden en geen van beide dit betwistte (Kh. Brussel 22 januari 2015, *RPS* 2014, 101).

158. Cass. 15 juni 2007, *Pas.* 2007, 1232.

159. Cass. 9 november 1979, *Arr.Cass.* 1979-80, 313 en Cass. 16 december 2004, *RABG* 2005, noot R. VERBEKE. Zie ook S. MOSSELMANS, “Opgave van gedingkosten” (noot bij Cass. 5 januari 2007), *RW* 2006-07, 1645. Zie ook Luik 18 december 2014, *NJW* 2015, 368-369, noot T. DE JAEGER.

160. Bv. Kh. Bergen 11 maart 2008, *Ius & Actores* 2008, 143, noot G. DE LEVAL, *JT* 2008, 289 en *JLMB* 2008, 1153, noot G.D.L.

40. Moet de verdeling op een gelijke manier geschieden ondanks het gegeven dat meerdere in het gelijk gestelde partijen beroep doen op eenzelfde advocaat? Volgens het oude artikel 1, tweede lid van het KB van 30 november 1970 niet.<sup>161</sup> Die bepaling is in het – op heden nog steeds van kracht zijnde – KB van 26 oktober 2007 niet terug te vinden. Enkel de eerste zin werd deels behouden in artikel 1, tweede lid: “*de bedragen worden vastgesteld per aanleg*”.<sup>162</sup> In een arrest van 9 november 2011 oordeelde het Hof van Cassatie dan ook dat wanneer meerdere partijen in het gelijk zijn gesteld, ieder van hen afzonderlijk recht heeft op een rechtsplegingsvergoeding, ongeacht of zij al dan niet samen met een of meerdere andere in het gelijk gestelde partijen worden bijgestaan door eenzelfde advocaat en ongeacht of zij al dan niet in dezelfde zin hebben geconcludeerd.<sup>163</sup>

In het ontwerp-KB, gevoegd bij de vraag tot advies betreffende de wet van 21 februari 2010 aan de Raad van State, stelde de wetgever de herinvoering van artikel 1, tweede lid van het KB van 30 november 1970 voor.<sup>164</sup> De Raad van State adviseerde echter om artikel 1, tweede lid van het KB van 26 oktober 2007 als volgt bij te stellen: “*de bedragen worden vastgesteld per gerechtelijke band en ten aanzien van elke partij die door een advocaat wordt bijgestaan. Wanneer eenzelfde advocaat in eenzelfde gerechtelijke band verscheidene partijen bijstaat, wordt de rechtsplegingsvergoeding onder hen verdeeld*”.<sup>165</sup>

De voorwaarde dat er sprake moet zijn van het instellen van een gemeenschappelijke vordering of het concluderen in dezelfde zin – zoals in het hierboven geciteerde KB van 30 november 1970 – is aldus weggelaten. Dit vermijdt volgens de Raad van State de moeilijke afweging tussen wat valt onder de begrippen “gemeenschappelijke vordering” en “concluderen in dezelfde zin”. Bovendien wordt op die manier overeenstemming bereikt tussen de wet en het KB.<sup>166</sup>

161. “*De vergoedingen worden begroot voor elke aanleg en ten aanzien van elke partij die door een advocaat bijgestaan wordt en een eigen belang heeft. Indien eenzelfde advocaat verscheidene partijen bijstaat die een gemeenschappelijke vordering instellen of concluderen in dezelfde zin, wordt de vergoeding tussen hen verdeeld*”.

162. Hoewel het ontwerp-KB ter uitvoering van de wet van 21 april 2007 in een gelijkkluidende bepaling voorzag, stelde de Raad van State in zijn advies dat een dergelijke bepaling de uitvoering van de wet oversteeg en niet verzoenbaar was met art. 1022, vijfde lid Ger.W. (Adv.RvS 43.215/2 van 18 juni 2007), met als gevolg dat de bepaling sneuvelde.

163. Cass. 9 november 2011, AR P110886F, concl. D. VANDERMEERSCH, *JT* 2011, 297 en *P&B* 2012, 21. In dezelfde zin Cass. 10 juni 2014, *T.Strafr.* 2014, 372, noot B. MEGANCK en Cass. 4 november 2014, *NC* 2015, 53, noot L. HUYBRECHTS. *A contrario*: Rb. Brussel 13 februari 2009, *AM* 2009, 314, noot (“*dès lors que les parties citées, assistées par le même conseil, défendent, dans le cadre des différents liens d’instance, le même intérêt et concluent exactement aux mêmes fins, c’est-à-dire à l’absence de responsabilité dans leur chef, pour faire écarter les demandes introduites à leur encontre, il convient de ne leur allouer qu’une seule indemnité de procédure*”). In een arrest van 3 mei 2013 wijst het Hof van Cassatie evenwel uitdrukkelijk op art. 1022, derde lid Ger.W. op basis waarvan een aanpassing van het basisbedrag kan worden gevorderd (Cass. 3 mei 2013, *Pas.* 2013, 1049).

164. Adv.RvS 47.167/2 van 28 september 2009, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2313/001, 14-15.

165. *Ibid.*, 18.

166. *Ibid.*, 18.

Dit laatste valt niet te ontkennen. Het eerste argument overtuigt echter niet. De idee is wellicht dat als een advocaat binnen eenzelfde procesverhouding verschillende in het gelijk gestelde partijen bijstaat, hij slechts eenmaal materiële en intellectuele prestaties voor die partijen levert. Dit geeft, logischerwijze, recht op één rechtsplegingsvergoeding, die deze prestaties dekt. Dit lijkt enkel zo te zijn indien die partijen daadwerkelijk een gemeenschappelijke vordering instellen of concluderen in dezelfde zin. Er zijn ook situaties denkbaar waar dit niet zo is. Artikel 1, tweede lid van het KB van 26 oktober 2007 zou er toe leiden dat als een advocaat optreedt voor verschillende partijen binnen eenzelfde procesverhouding en verschillende vorderingen instelt of concludeert in verschillende zin, hij – i.t.t. onder het oude KB van 30 november 1970 – slechts aanspraak zal kunnen maken op één rechtsplegingsvergoeding. Omdat de rechtsplegingsvergoeding, i.t.t. vroeger, een vergoeding is voor de materiële en intellectuele prestaties van de advocaat, valt dit te betreuren. De (verhogings)criteria van artikel 1022, derde lid Ger.W. zouden dit kunnen ondervangen.

## D. Rechtsplegingsvergoeding in bepaalde processituaties

41. Artikel 6 van het KB van 26 oktober 2007 bepaalt dat wanneer de zaak wordt afgesloten met een beslissing gewezen bij verstek en geen enkele in het ongelijk gestelde partij ooit is verschenen, het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding dat van de minimumvergoeding is. In de memorie van toelichting van de wet van 21 februari 2010 is hierover te lezen dat deze bepaling, zowel voor de rechtsleer als de rechtspraak, geen voldoening schenkt. Zij wordt beschouwd als een aanzet tot verstek en creëert een onbillijke situatie voor de te goeder trouw handelende persoon die wel verschijnt en daardoor het risico loopt dat een hogere rechtsplegingsvergoeding wordt toegekend, dan wanneer hij te kwader trouw handelt en niet verschijnt (in welk geval het minimumbedrag wordt opgelegd).<sup>167</sup>

Voor dit effect worden in de rechtspraak twee oplossingen naar voor geschoven.<sup>168</sup> Enerzijds past bepaalde rechtspraak artikel 6 gewoon niet toe op basis van de exceptie van onwettigheid van artikel 159 Gw.<sup>169</sup> Andere rechtspraak maakt gebruik van de criteria in het derde lid van artikel 1022 Ger.W. om alsnog het minimumbedrag op te leggen.<sup>170</sup>

167. MvT, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2313/001, 5. Zie ook H. BOULARBAH, "Indemnité de procédure et jugement par défaut" (noot onder Vred. Brussel 8 februari 2008), *T.Vred.* 2008, 369-372 en S. VOET, "Enkele praktische knelpunten bij de toepassing van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van kosten en erelonen van advocaten", *RW* 2008-09, 1134, nr. 17.

168. P. TAELEMAN en S. VOET, "De verhaalbaarheid van de advocatenhonoraria: analyse van een aantal knelpunten na één jaar toepassing" in P. VAN ORSHOVEN en B. MAES (eds.), *De procesrechtswetten van 2007... revisited!*, Brugge, die Keure, 2009, 190-192, nrs. 66-69.

169. Bv. Arbrb. Luik 9 april 2008, *JLMB* 2008, 1157; Arbrb. Hoei 23 april 2008, *TBBR* 2008, 421, noot; Vred. Brussel 8 februari 2008, *JT* 2008, 290, noot en *T.Vred.* 2008, 367, noot H. BOULARBAH; Vred. Aarschot 15 februari 2008, *RW* 2008-09, 39 en Vred. Charleroi 4 juli 2008, *JLMB* 2008, 1658.

170. Bv. Vred. Luik 20 mei 2008, *JLMB* 2008, 1162, noot en Vred. Wezet 26 mei 2008, *JLMB* 2008, 1163.



Het hier geschetste probleem heeft ook te maken met de vaststelling dat op basis van de aanhef van artikel 1022, derde lid Ger.W. de rechter niet ambtshalve kan afwijken van het basisbedrag, ook niet wanneer een procespartij op de inleidende zitting (in persoon) verschijnt en de vordering niet betwist of slechts uitstel van betaling vraagt (in welk geval de basisrechtsplegingsvergoeding moet worden opgelegd indien die procespartij geen vermindering vraagt).

Om hieraan te remediëren voegde de wet van 22 december 2008 een ondervragingsrecht in voor de rechter.<sup>171</sup> Hoewel de rechter de partijen thans kan ondervragen over een eventuele afwijking van het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding, blijft het nog steeds verboden om ambtshalve af te wijken van het basisbedrag.<sup>172</sup>

42. De (nog niet in werking getreden) wet van 21 februari 2010 wijzigt artikel 6 van het KB van 26 oktober 2007 in tweeërlei zin.<sup>173</sup> Enerzijds wordt het geschrapt uit het KB van 26 oktober 2007 en verplaatst naar een nieuw zevende lid van artikel 1022 Ger.W. Dit zou de rechtszekerheid ten goede komen.<sup>174</sup> Anderzijds wordt de bepaling aangevuld met twee andere gevallen waarin het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding gelijk is aan dat van het minimumbedrag. In de eerste plaats het geval wanneer alle in het ongelijk gestelde partijen op de inleidende zitting verschijnen, maar de rechtsvordering niet betwisten.<sup>175</sup> Daarnaast de situatie waarin alle in het ongelijk gestelde partijen op de inleidende zitting verschijnen en uitsluitend uitstel van betaling vragen.<sup>176</sup>

171. Wet van 22 december 2008 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van een advocaat (BS 12 januari 2009). De aanhef van art. 1022, derde lid Ger.W. werd als volgt gewijzigd: “op verzoek van een van de partijen, dat in voorkomend geval wordt gedaan na ondervraging door de rechter, kan deze bij een met bijzondere redenen omklede beslissing” (eigen onderlijning). Dit wetgevend initiatief werd deels gevoed door het “kommadebat”. N.a.v. een parlementaire vraag in de Kamercommissie voor de Justitie (*Hand. Kamer 2007-08*, 26 februari 2008, 10-11) was de indruk ontstaan dat op basis van een komma in de Franstalige tekst van de aanhef van art. 1022, derde lid Ger.W. de rechter ambtshalve zijn toevlucht kon nemen tot het minimum- of maximumbedrag, terwijl dit op basis van de Nederlandstalige tekstversie (waar die komma ontbreekt) niet zou kunnen.

172. Zie Cass. 22 april 2010, *Pas.* 2010, 1212 en *TBH* 2010, 686 en Cass. 6 oktober 2010, *Pas.* 2010, 2495.

173. Er wordt ook een redactionele wijziging doorgevoerd. Art. 6 KB 26 oktober 2007 vangt aan met: “wanneer een zaak wordt afgesloten met een beslissing gewezen bij verstek”. De woorden “een zaak” worden in art. 1022, zevende lid Ger.W. vervangen door “het geding”: “wanneer het geding wordt afgesloten met een beslissing gewezen bij verstek”. Een motivering hiervoor ontbreekt.

174. MvT, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2313/001, 4. De Raad van State wijst er op dat door die regel in de wet neer te leggen, voormelde rechtspraak waarbij de toepassing van art. 6 wordt geweigerd op grond van art. 159 Gw., een halt kan worden toegevoerd (Adv.RvS 47.167/2 van 28 september 2009, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2313/001, 12, nr. 1).

175. Cf. Arbh. Brussel 24 juli 2009, *JTT* 2010, 9 (wanneer de schuld niet betwist wordt en het risico van betwisting gering is, maakt het RSVZ misbruik van zijn recht door de veroordeling te vorderen tot de betaling van de bijkomende gerechtskosten, die zijn veroorzaakt door de keuze voor een uitvoerbare titel onder de vorm van een vonnis tot veroordeling i.p.v. een dwangbevel).

176. Het nieuwe zevende lid luidt: “wanneer het geding wordt afgesloten met een beslissing gewezen bij verstek en geen enkele in het ongelijk gestelde partij ooit is verschenen, of wanneer alle in het ongelijk gestelde partijen op de inleidende zitting zijn verschenen maar de rechtsvordering niet hebben betwist, of wanneer zij uitsluitend uitstel van betaling vragen, is het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding dat van de minimumvergoeding”.

Omdat het een uitzondering is, moet dit nieuwe zevende lid strikt worden geïnterpreteerd. *Alle* in het ongelijk gestelde partijen moeten in alle omstandigheden dezelfde houding aannemen.<sup>177</sup> Van zodra een van de in het ongelijk gestelde partijen geen verstek laat gaan, de rechtsvordering betwist of geen uitstel van betaling vraagt, is de bepaling niet van toepassing en moet het basisbedrag worden opgelegd. De andere in het ongelijk gestelde partijen die zich wel bevinden in de wettelijke voorwaarden kunnen dit pareren door op grond van de criteria in artikel 1022, derde lid Ger.W. (i.h.b. het kennelijk onredelijk karakter van de situatie) alsnog aan te dringen op de minimumvergoeding.<sup>178</sup>

Wanneer alle in het ongelijk gestelde partijen op de inleidende zitting verschijnen, mogen zij *uitsluitend* uitstel van betaling vragen. D.w.z. dat wanneer in ondergeschikte orde uitstel van betaling wordt gevraagd – en in hoofdorde een ander verweer wordt gevoerd (over eender wat, inclusief procesrechtelijke excepties (bv. de nietigheid van de gedinginleidende akte, de onbevoegdheid van de rechtbank enz.)) – de bepaling niet van toepassing zal zijn en de in het gelijk gestelde partij recht heeft op het basisbedrag.

Uit de voorbereidende werken blijkt dat de hoofdbezorgdheid van de wetgever bestond uit het bieden van meer rechtszekerheid betreffende deze processituaties.<sup>179</sup> De strikte benadering van het nieuwe zevende lid kan dus niet worden geïnterpreteerd als een uitsluiting van artikel 1022, derde lid Ger.W. waardoor het de rechter in geen geval zou zijn toegestaan af te wijken van het minimumbedrag.<sup>180</sup>

Wat moet worden verstaan onder een *niet-betwiste* rechtsvordering? De Raad van State<sup>181</sup>, daarin bijgetreden door de wetgever<sup>182</sup>, benadrukt dat het zich gedragen naar de wijsheid (*c.q.* het oordeel) van de rechter niet wordt beschouwd als het niet-betwisten van de rechtsvordering.<sup>183</sup> Dit sluit aan bij vaststaande rechtspraak.<sup>184</sup>

177. Cf. Adv.RvS 47.167/2 van 28 september 2009, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2313/001, 12, nr. 2. Zie ook H. BOULARBAH en V. PIRE, "Actualités en matière de répétibilité des frais et honoraires d'avocat" in *Actualités en droit judiciaire*, Luik, Anthemis, 2010, 174, nr. 32 die erop wijzen dat alle partijen "le même comportement procédural" aan de dag moeten leggen.

178. H. BOULARBAH en V. PIRE, "Actualités en matière de répétibilité des frais et honoraires d'avocat" in *Actualités en droit judiciaire*, Luik, Anthemis, 2010, 174, nr. 32 *in fine*.

179. MvT, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2313/001, 5.

180. Zie I. CLAESEN, "Het veroordelen van de bewust versteklatende partij tot het betalen van een hogere dan de minimale rechtsplegingsvergoeding?", *Limb.Rechtsl.* 2013, 252-255, waarin de auteur meent dat een wetgevend optreden vereist is om mogelijke rechtsonzekerheid daaromtrent uit de weg te ruimen.

181. Adv.RvS 47.167/2 van 28 september 2009, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2313/001, 13, nr. 3.

182. MvT, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2313/001, 5-6.

183. Cf. Brussel 21 september 2010, *P&B* 2010, 230 (het zich naar de wijsheid van de rechter gedragen, is weliswaar een vorm van betwisting van de vordering, maar dan wel een betwisting die niet wordt ondersteund door concrete middelen. Dit impliceert dat de partij die zich naar de wijsheid gedraagt geen concrete middelen ziet die haar standpunt kunnen ondersteunen, hetgeen als zodanig niet zonder betekenis is).

184. Cass. 7 januari 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 587 en *Pas.* 1983, I, 532 en Cass. 9 maart 1993, *Arr.Cass.* 1993, 271, *P&B* 1993, 99 en *Pas.* 1993, I, 263.

43. Het uitvoeringsbesluit dat de inwerkingtreding van de wet van 21 februari 2010 en de wet van 25 april 2014 zou bepalen, zou artikel 1, derde lid van het KB van 26 oktober 2007 aanvullen met het geval waarin een gerecht zich onbevoegd verklaart.<sup>185</sup> Ook in dat geval is geen rechtsplegingsvergoeding verschuldigd.

Deze toevoeging is overbodig.<sup>186</sup> Het feit dat een rechter zich onbevoegd verklaart en de zaak verwezen wordt naar de bevoegde rechter (door de rechter of door de arrondissementsrechtbank), creëert geen nieuwe “gerechtelijke band”/procesverhouding. Er blijft maar één procesverhouding, die aanleiding geeft tot één rechtsplegingsvergoeding.

Wanneer de rechter zich echter zonder rechtsmacht verklaart<sup>187</sup>, wordt de procesverhouding beëindigd en zal de partij die ten onrechte een beroep heeft gedaan op de Belgische overheidsrechter wel een rechtsplegingsvergoeding moeten betalen aan zijn opponent.<sup>188</sup>

44. De aandacht moet ook worden gevestigd op artikel 6 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties.<sup>189</sup> Deze bepaling stipuleerde dat de schuldeiser, met uitsluiting van de rechtsplegingsvergoeding waarvan sprake in artikel 1018, eerste lid, 6° j° artikel 1022 Ger.W., recht had op een redelijke schadeloosstelling door de schuldenaar voor alle relevante (*i.e.* transparante en proportionele) invorderingskosten ontstaan door de betalingsachterstand. Hoewel tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet van 21 april 2007 duidelijk werd gemaakt dat deze bepaling moest worden meegenomen in een algehe-

185. Art. 1, derde lid KB 26 oktober 2007 zou luiden: “geen vergoeding is verschuldigd wegens handelingen verricht voor een gerecht waaraan de zaak bij beslissing van de arrondissementsrechtbank is onttrokken of indien een gerecht zich onbevoegd verklaart” (eigen onderlijning). Zie ook V. PIRE, “Le nouveau droit de la répétibilité des frais et honoraires d’avocat (la loi du 21 février 2010)”, *RGAR* 2010, nr. 14659<sup>2</sup>, nr. 51.

186. Ook onder het oude KB van 30 november 1970 werd aangenomen dat wanneer een gerecht zich onbevoegd verklaarde, dit geen aanleiding gaf tot een rechtsplegingsvergoeding (A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2<sup>e</sup> édition, Luik, Faculté de droit de Liège, 1987, 592, nr. 934: “lorsque la procédure a été engagée devant une juridiction puis, après incident de compétence, poursuivie devant une autre, il n’est du qu’une seule indemnité de procédure. C’est en effet sans frais que la procédure est soumise au juge de renvoi”).

187. Rechtsmacht is te onderscheiden van bevoegdheid. Rechtsmacht heeft te maken met de uitoefening van de rechterlijke macht (*i.e.* de beslechting van geschillen over subjectieve rechten) door de Belgische hoven en rechtbanken. Geschillen die door een administratieve rechter, een buitenlands rechtscollege of een arbiter moeten worden beslecht, zijn aan de rechtsmacht van de Belgische overheidsrechter onttrokken. Bevoegdheid slaat op de rechtsmacht die de wetgever aan een bepaalde rechter concreet heeft toebedeeld. Een rechter is slechts bevoegd wanneer hem – via een gedinginleidende akte – de macht wordt verleend om kennis te nemen van een vordering die voor hem wordt gebracht (J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2008, 223-225; zie ook G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé*, Brussel, Larcier, 2009, 11-14).

188. H. BOULARBAH en V. PIRE, “Actualités en matière de répétibilité des frais et honoraires d’avocat” in *Actualités en droit judiciaire*, Luik, Anthemis, 2010, 182, nr. 45 *in fine*.

189. *BS* 7 augustus 2002. Bij de totstandkoming van de wet van 21 april 2007 werd hierop reeds gewezen door SAMOY en SAGAERT (I. SAMOY en V. SAGAERT, “De wetsvoorstellen inzake de verhaalbaarheid van erelonen van de advocaat: oproep om de Wet Betalingsachterstand niet uit het oog te verliezen”, *RW* 2006-07, 1137-1139).

le oplossing voor de verhaalbaarheid van advocatenhonoraria<sup>190</sup>, viel dit in dovemans oren. Het Grondwettelijk Hof was alvast van oordeel dat de wetgever niet kan worden verweten om bij het uitwerken van een algemene regeling betreffende de verhaalbaarheid van kosten en erelonen van advocaten die op alle soorten geschillen toepassing moeten vinden, het toepassingsgebied van de wet van 2 augustus 2002 niet gewoon te hebben uitgebreid.<sup>191</sup> Desondanks riep het Hof de Koning op om, hetzij de bedragen van de verhaalbare kosten en erelonen onder het toepassingsveld van beide wetten op elkaar af te stemmen, hetzij te verantwoorden waarom Hij dit niet kan doen.

De (meeste) rechtspraak nam na de inwerkingtreding van de wet van 21 april 2007 een pragmatische houding aan. In geschillen die vallen onder het toepassingsgebied van de wet van 2 augustus 2002 werd de schadeloosstelling *ex* artikel 6 begroot op de in het KB van 26 oktober 2007 voorziene bedragen.<sup>192</sup>

Artikel 4 van de wet van 21 februari 2010 zou dit knelpunt wegwerken door artikel 6 van de wet van 2 augustus 2002 op te heffen.<sup>193</sup> Bijgevolg zouden geschillen die onder het toepassingsgebied van voormelde wet vallen, onderworpen zijn aan de gemeenrechtelijke regeling van artikel 1022 Ger.W. en het KB van 26 oktober 2007.

Dit artikel 4 werd ondertussen opgeheven door de wet van 22 november 2013.<sup>194</sup> Artikel 6 luidt thans dat als er verwijlinterest verschuldigd is, de schuldeiser van rechtswege en zonder ingebrekestelling recht heeft op de betaling van een forfaitaire vergoeding van 40 euro voor de eigen invorderingskosten. Bovenop dit forfaitaire bedrag heeft de schuldeiser recht op een redelijke schadeloosstelling voor alle andere invorderingskosten welke dat vaste bedrag te boven gaan en die ontstaan zijn door de laattijdige betaling, hierin begrepen de rechtsplegingvergoeding overeenkomstig de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek.

190. Verslag, *Parl.St.* Senaat 2006-07, nr. 3-1686/005, 26-27 en verslag, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2891/002, 10-11.

191. GwH 18 december 2008, nr. 182/2008 (zie overw. B.12.5).

192. Kh. Bergen 10 juni 2008, *JT* 2008, 476, noot. Een standpunt dat ook in de rechtsleer werd verdedigd (D. DESSARD, "Transactions commerciales et honoraires d'avocat: un conflit de lois" (noot onder Luik 5 november 2007), *JT* 2008, 213-214; D. MOUGENOT, "Indemnité de recouvrement et indemnité de procédure. Comment concilier la loi du 2 août 2002 (lutte contre les retards de paiement en matière commerciale) et la loi du 21 avril 2007 (répétibilité des frais et honoraires d'avocat)?" in *Les conditions générales. Questions spéciales*, Luik, Anthemis, 2009, 119-132 en I. SAMOY en V. SAGAERT, "De wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van kosten en erelonen van een advocaat", *RW* 2007-08, 694, nr. 77).

193. De opheffing werd niet voorgesteld door de regering, maar gaat terug op een amendement (amendementen, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2313/002, 3 (amendement nr. 3)).

194. Wet van 22 november 2013 tot wijziging van de wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties, *BS* 10 december 2013, ed. 2.

## E. Interesten op de rechtsplegingsvergoeding

45. De draaglast van de gerechtskosten wordt bepaald op het ogenblik van de uitspraak. Aanvankelijk werd aangenomen dat deze kosten moratoire interessen konden opbrengen. Hiervoor was evenwel een ingebrekestelling vereist.<sup>195</sup> Sinds het cassatiearrest van 30 maart 2001<sup>196</sup> wordt aangenomen dat de rechtsplegingsvergoeding – net als de overige gerechtskosten – gerechtelijke interessen opbrengen vanaf het eindvonnis.<sup>197</sup>

## AFDELING 6. DE RECHTSPLEGINGSVERGOEDING EN BTW

### § 1. Algemeen

46. Bij de invoering van het Wetboek van de Belasting over de Toegevoegde Waarde<sup>198</sup> werden de prestaties van advocaten niet onderworpen aan het btw-stelsel.<sup>199</sup> Niettegenstaande de Europese richtlijnen van 1977<sup>200</sup> en 2006<sup>201</sup> betreffende het gemeenschappelijk btw-stelsel, kon en bleef ons land vasthouden aan de btw-vrijstelling.<sup>202</sup> De wetgever wilde zo de kosten voor de toegang tot het rechter niet extra verzwaren.<sup>203</sup>

O.m. omdat België de enige lidstaat was die advocatendiensten vrijstelde van btw en de concurrentievervalsing die dit met zich meebracht<sup>204</sup>, werd die vrijstelling in 2013 verlaten. Artikel 60 van de wet van 30 juli 2013 houdende diverse bepalingen<sup>205</sup> hief, met ingang van 1 januari 2014, de btw-vrijstelling voor prestaties verricht door advocaten op. De eigenlijke doelstelling van de wetgever was duidelijk budgettair van aard. Toen werd geopperd om te voorzien in een btw-vrijstelling voor particulieren,

195. Cass. 24 september 1953, *Pas.* 1954, 37 en Cass. 22 maart 1960, *Pas.* 1960, 856.

196. Cass. 30 maart 2001, *Arr.Cass.* 2001, 547 en *RW* 2001-02, 699-700.

197. Bergen 26 februari 2008, *JT* 2008, 285, noot en Brussel 25 april 2008, *TBH* 2010, 183, noot L. DU JARDIN.

198. Wet van 3 juli 1969 tot invoering van het Wetboek van de Belasting over de Toegevoegde Waarde, *BS* 17 juli 1969.

199. Oud art. 44, § 1, 1° WBTW.

200. Richtl. Raad nr. 77/388/EEG, 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der lidstaten inzake omzetbelasting – Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag, *OJ L* 13 juni 1977, afl. 145, 1 (“zesde richtlijn”).

201. Richtl. Raad 2006/112/EG, 28 november 2006, betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde, *Pb.L.* 11 december 2006, afl. 347, 1 (“btw-richtlijn”).

202. Art. 28, derde lid, b) zesde richtlijn en art. 371 btw-richtlijn.

203. *Hand.* Kamer 1994-95, 19 januari 1995, 699.

204. Amendement, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 53-2891/004, 22.

205. *BS* 1 augustus 2013, ed. 2.

stelde de toenmalige minister van Financiën GEENS uitdrukkelijk dat “*een dergelijke vrijstelling de maatregel vanuit budgettair oogpunt nutteloos zou maken*”.<sup>206</sup>

47. Tegen artikel 60 van de wet van 30 juli 2013 werden verschillende beroepen tot vernietiging ingesteld bij het Grondwettelijk Hof, o.m. door de Orde van Vlaamse Balies en de Ordre des barreaux francophones et germanophone. Deze beroepen werden gestoeld op verschillende middelen.<sup>207</sup> Zo werd o.m. aangevoerd dat de kosten voor de tussenkomst van een advocaat op een kennelijk onevenredige wijze worden verhoogd terwijl noch de rechtsplegingsvergoeding, noch het stelsel van juridische bijstand hieraan worden aangepast. Een ander middel was dat niet btw-plichtige rechtzoekenden benadeeld worden t.a.v. btw-plichtige rechtzoekenden vermits die eerste niet genieten van een btw-aftrek. Tot slot werd ook aangevoerd dat een procedure tegen de overheid disproportioneel<sup>208</sup> wordt verzwaard.<sup>209</sup>

Het Grondwettelijk Hof besloot in zijn arrest van 13 november 2014 nog geen uitspraak ten gronde te doen, maar stelde verschillende prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de EU. Zo wenst het Hof te weten in welke mate de btw-richtlijn verenigbaar is met het recht op toegang tot de rechter. Verder vraagt het Hof of er sprake is van discriminatie door de diensten van advocaten niet te beschouwen als activiteiten van algemeen belang zoals bv. onderwijs. Ten slotte polst het Hof of de diensten van advocaten op grond van een andere bepaling kunnen worden vrijgesteld dan wel of een gedifferentieerde vrijstelling mogelijk is.<sup>210</sup>

Volgens de meeste auteurs is de kans klein dat het Hof van Justitie de afschaffing van de btw-vrijstelling onwettig zal verklaren. Zoals reeds aangestipt, bleef ons land als enige Europese lidstaat vasthouden aan de btw-vrijstelling. Indien het Hof nu zou oordelen dat de btw-richtlijn niet verenigbaar is met verschillende basisrechten, waaronder het recht op toegang tot de rechter, zou dit een ongezien sneeuwbaaleffect teweegbrengen. Daarnaast is het onwaarschijnlijk dat het Hof tot een discriminatie zou besluiten door de diensten van advocaten te vergelijken met bv. diensten inzake onderwijs. Voor die laatste is immers ook een expliciete erkenning<sup>211</sup> vereist zodat geen sprake is van een vergelijkbare situatie. Doordat het Hof eerder al oordeelde dat de activiteiten van algemeen belang (en aldus vrijgesteld van btw) nauwkeurig moeten worden omschreven en limitatief zijn<sup>212</sup>, kan worden verwacht dat de btw-richtlijn

206. Verslag namens de Commissie voor de sociale zaken, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 53-2891/007, 53.

207. GwH 13 november 2014, nr. 165/2014 (zie overw. A.6.1-A.23).

208. Bovenop de absolute vrijstelling van de rechtsplegingsvergoeding voor de staat (zie *supra*, nrs. 9-11).

209. GwH 13 november 2014, nr. 165/2014 (zie overw. A.12.1).

210. GwH 13 november 2014, nr. 165/2014.

211. HvJ 28 november 2013, C-319/12, *Minister Finansów/MDDP*, 2013.

212. HvJ 11 juli 1985, C-107/84, *Commissie t. Duitsland*, 1985.

overeind zal blijven in het antwoord van het Hof van Justitie op de prejudiciële vragen van het Grondwettelijk Hof.<sup>213</sup>

Een andere kwestie is of de Belgische wetgever in 2013 over het alternatief beschikte om de vroegere btw-vrijstelling *gedeeltelijk* te behouden. Gezien het Hof van Justitie reeds eerder oordeelde dat lidstaten wel degelijk gedeeltelijk kunnen afzien van vrijstellingen die hun oorsprong vinden in een *standstill*-bepaling<sup>214</sup>, was het perfect mogelijk voor de Belgische wetgever om de vrijstelling te handhaven voor rechtzoekenden die niet btw-plichtig zijn. Dit had uiteraard betekend dat de opheffing een vestzak-broekzakoperatie werd en dat de maatregel budgettair nutteloos werd.

## § 2. *Btw en de rechtsplegingsvergoeding*

**48.** Uit het voorafgaande lijkt de btw-plicht op advocatenhonoraria te zullen standhouden. Het kan echter niet worden ontkend dat deze maatregel de betaalbaarheid van de procesbijstand grondig wijzigt. Aldus wordt geraakt aan de kerngedachte van de wet van 21 april 2007: “*Betaalbare procedures veronderstellen betaalbare procesbijstand*”.<sup>215</sup> De wijziging is daarenboven enkel voelbaar in de portemonnee van de niet-btw-plichtige rechtzoekende omwille van het systeem van de btw-af trek.<sup>216</sup> De vraag rijst dan ook of de niet-btw-plichtige rechtzoekende een afwijking van de basisrechtsplegingsvergoeding zou kunnen vorderen om zijn/haar btw-leed wat te verzachten.<sup>217</sup>

**49.** Onder de dubbele voorwaarde dat a) een afwijking van het basisbedrag wordt gevorderd – eventueel na ondervraging door de rechter – door een van de partijen en b) de rechter zijn beslissing met bijzondere redenen omkleedt, waarbij hij enkel rekening mag houden met de vier wettelijke criteria opgesomd in artikel 1022, derde lid Ger.W., kan de rechter afwijken van de basisrechtsplegingsvergoeding (zij het binnen de grenzen van de minimum- en maximumbedragen).<sup>218</sup>

Het criterium “*financiële draagkracht van de verliezende partij, om het bedrag van de vergoeding te verminderen*” wordt evident beïnvloed door de invoering van de btw-plicht op advocatenhonoraria. Indien een in het ongelijk gestelde, niet-btw-plichtige partij wordt bijgestaan door een advocaat en zij een verlaging van de te betalen

213. JVD, “Advocaten en BTW: bal ligt bij het Europees Hof van Justitie”, *Fiscoloog* 2014, afl. 1407, 4-5 en B. BUELENS, “Grondwettelijk Hof legt btw-plicht voor aan Europees hof. Wat is de kans dat we terugkeren naar btw-vrijstelling voor advocaten?”, *Fisc.Act.* 2014, afl. 39, 6.

214. HvJ 29 april 1999, C-136/97, *Norbury Developments Ltd. v. Commissioners of Customs & Excise*, 1999.

215. MvT, *Parl.St.* Senaat 2005-06, nr. 3-1686/01, 1.

216. Art. 45-49 WBTW.

217. Zie T. DE JAEGER, “Niet btw-plichtige rechtzoekenden en de btw-plicht op advocatenhonoraria: de rechtsplegingsvergoeding als pleister op de wonde?”, *TBBR* 2015, 396-400.

218. Zie *supra*, nr. 38.

rechtsplegingsvergoeding vordert op grond van dit criterium, zal haar financiële draagkracht worden beoordeeld. De btw die deze partij moet betalen op het ereloon van haar advocaat is een schuld die hierbij in aanmerking wordt genomen.

Wat het criterium “*kennelijk onredelijk karakter van de situatie*” betreft, geeft de rechtsleer aan dat “*een erg uiteenlopende economische situatie van partijen*”<sup>219</sup> en “*een belemmering van de toegang tot de rechter*”<sup>220</sup> worden aanvaard. De btw-plicht op advocatenhonoraria kan aanleiding geven tot zo een kennelijk onredelijke situatie.

**50.** De erg uiteenlopende economische situatie van partijen veronderstelt een vergelijking van de economische toestand van de procespartijen. Een economische toestand omvat zowel de activa als de passiva. Gelet op het systeem van btw-af trek is de te betalen btw op erelonen een schuld die enkel de niet-btw-plichtige rechtzoekende bezwaart. Het voordeel van de forfaitaire rechtsplegingsvergoeding is dan ook groter voor de btw-plichtige rechtzoekende dan voor de niet-btw-plichtige rechtzoekende.

Bv.: A (btw-plichtig) start een procedure op tegen B (niet-btw-plichtig) voor een onbetaalde factuur van 3 000 euro. Zowel A als B laten zich bijstaan door een advocaat. Het ereloon van beide advocaten bedraagt 1 210 euro (incl. btw). Indien A de procedure wint, ontvangt hij 715 euro basisrechtsplegingsvergoeding én kan hij de op het ereloon van zijn advocaat betaalde btw (een bedrag van 210 euro) in mindering brengen van de door hem verschuldigde btw. De procesbijstand heeft A ( $1\ 210 - 210 - 715 =$ ) 285 euro gekost. Indien B de procedure wint, ontvangt hij dezelfde rechtsplegingsvergoeding maar kan hij geen btw in mindering brengen. De procesbijstand heeft B ( $1\ 210 - 715 =$ ) 495 euro gekost.

Door het verschil in tegemoetkoming in de kosten en erelonen van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij als gevolg van de btw-plicht ontstaat een uiteenlopende economische toestand van partijen. Deze situatie kan worden beschouwd als een “*kennelijk onredelijke situatie*” in de zin van artikel 1022, derde lid Ger.W. en kan aanleiding zijn tot modulering van de rechtsplegingsvergoeding.

**51.** De belemmering van de toegang tot de rechter vloeit eveneens voort uit het verschil in btw-plichtigheid van de rechtzoekenden. Dit verschil werd o.m. aangekaart door de *Council of the Bars and Law Societies of the European Union* die ijvert voor een verlaagd btw-tarief voor de niet-btw-plichtige rechtzoekende. Zij benadrukt de ongelijke toegang tot de rechter wat betreft de btw-plichtige rechtzoekende enerzijds en de niet-btw-plichtige rechtzoekende anderzijds, terwijl beiden genoodzaakt

219. I. SAMOY en V. SAGAERT, “De wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van kosten en erelonen van een advocaat”, *RW* 2007-08, 688-689.

220. B. DE CONINCK en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “La loi du 21 avril 2007 sur la répétabilité des frais et honoraires d’avocat”, *JT* 2008, 45, nr. 31.



zijn om op te treden in rechte hetzij om zich te verdedigen hetzij om de schending van een subjectief recht hersteld te zien.<sup>221</sup>

De btw-plicht op advocatenhonoraria staat ontegensprekelijk op gespannen voet met het recht op toegang tot de rechter. Artikel 1022, derde lid Ger.W. en het hierin vervatte criterium “kennelijk onredelijke situatie” biedt dé mogelijkheid om deze spanning weg te nemen.

**52.** Ter illustratie kan volgende hypothese<sup>222</sup> worden aangestipt:

A (niet-btw-plichtig) laat zich bijstaan door advocaat B in een procedure tegen C (btw-plichtig) die zich laat bijstaan door advocaat D. A wordt in het gelijk gesteld en vordert een verhoging van de rechtsplegingsvergoeding conform artikel 1022, derde lid Ger.W. omwille van de invoering van de btw op advocatenhonoraria. De btw op advocatenhonoraria is enkel een last die A treft en werkt als een belemmering op diens toegang tot het gerecht. Vermits C wel de door hem betaalde btw in mindering kan brengen van de door hem aan de staat verschuldigde btw, bevindt A zich – als in het gelijk gestelde partij – in een “kennelijk onredelijke situatie” t.o.v. C. Besluit: de invoering van de btw op advocatenhonoraria verantwoordt de eventuele (de rechter blijft uiteraard beschikken over zijn marginale appreciatiebevoegdheid) verhoging van de rechtsplegingsvergoeding op grond van artikel 1022, derde lid Ger.W.<sup>223</sup>

**53.** Finaal moet worden gewezen op het indemnitairst karakter van de rechtsplegingsvergoeding. De rechtsplegingsvergoeding maakt geen ereloon uit maar komt toe aan de in het gelijk gestelde partij als tegemoetkoming aan de door haar betaalde kosten en erelonen.<sup>224</sup> Hieruit volgt dat de toegekende rechtsplegingsvergoeding – ongeacht of dit de basisrechtsplegingsvergoeding dan wel een verlaagde/verhoogde vergoeding is – een indemnitairst karakter heeft. Hierbij kan worden verwezen naar een vonnis van 26 mei 2014 van de politierechtbank Oost-Vlaanderen, afdeling Gent waarin de politierechter het *contra legem* achtte om btw toe te kennen dan wel in te houden op de rechtsplegingsvergoeding<sup>225</sup>: “*daarenboven is de BTW essentieel een belasting, die weliswaar op de haar eigen wijze via het economisch verkeer wordt geïnd, maar die – mocht de rechtbank BTW op de rechtsplegingsvergoeding toekennen – niet door eiseres of haar raadsman zou mogen behouden blijven, maar uiteindelijk aan de fiscus moet toekomen*”. Deze zienswijze kan niet worden gevolgd. Een afwijking van de rechtsplegingsvergoeding heeft steeds een indemnitairst karakter.

221. CCBE, *Resolution on Access to Justice and VAT*, [www.ccbe.eu](http://www.ccbe.eu).

222. Voor alle verschillende hypothesen zie T. DE JAEGER, “Niet btw-plichtige rechtzoekenden en de btw-plicht op advocatenhonoraria: de rechtsplegingsvergoeding als pleister op de wonde?”, *TBBR* 2015, 398-399.

223. *A contrario* Pol. Brussel 11 september 2014, *VAV* 2014, 45, waarin de in het gelijk gestelde partij echter niet afdoende bewees zich in een “kennelijk onredelijke situatie” te bevinden.

224. Art. 1022, eerste lid Ger.W. *in fine*.

225. Pol. Oost-Vlaanderen (afd. Gent) 26 mei 2014, *RW* 2014-15, 1076.

**54.** Lost een afwijking van de rechtsplegingsvergoeding overeenkomstig artikel 1022, derde lid Ger.W. alle problemen op? Helaas niet. Bij wijze van voorbeeld:

A is een naamloze vennootschap (btw-plichtig) die een onbetaalde factuur ten bedrage van 10 000 euro in rechte vordert van B, een particulier (niet-btw-plichtig). Zowel A als B laten zich bijstaan door een advocaat, resp. C en D. Het ereloon van zowel C als D bedraagt 2 000 euro. A en B betalen elk 2 420 euro (21 % btw). A kan 420 euro aftrekken. B kan dit niet.

Hypothese 1: A wordt in het gelijk gesteld. Er wordt haar een rechtsplegingsvergoeding toegekend van 990 euro. Gezien A de btw heeft kunnen aftrekken, zal zij uiteindelijk 1 010 euro betalen aan C (2 000 euro – 990 euro).

Hypothese 2: B wordt in het gelijk gesteld en vordert geen verhoging van de rechtsplegingsvergoeding. Er wordt B een rechtsplegingsvergoeding toegekend van 990 euro. B betaalt uiteindelijk 1 430 euro aan D (2 420 euro – 990 euro).

Hypothese 3: B wordt in het gelijk gesteld en vordert een verhoging van de rechtsplegingsvergoeding. Er wordt B een verhoogde rechtsplegingsvergoeding toegekend van 1 197,90 euro (990 euro + 207,90 euro (21 % op 990 euro)). B betaalt uiteindelijk 1 222,10 euro aan D (2 420 euro – 1 197,90 euro).

Zelfs in de hypothese dat een verhoging van de rechtsplegingsvergoeding wordt toegekend, moet de rechtzoekende die niet-btw-plichtig is meer betalen voor procesbijstand dan de rechtzoekende die btw-plichtig is ...

**DE RECHTSPLEGINGSVERGOEDING IN  
STRAFZAKEN: ZEVEN JAAR RECHT-  
SPRAAK VAN HET GRONDWETTELIJK  
HOF EN HET HOF VAN CASSATIE**

Filip VAN VOLSEM  
Raadsheer in het Hof van Cassatie



## AFDELING 1. INLEIDING

1. Sinds de inwerkingtreding op 1 januari 2008 van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van een advocaat (hierna geciteerd als *de Wet Verhaalbaarheid Erelonen*) en het KB van 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek en tot vaststelling van de artikelen 1 tot 13 van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van de advocaat (hierna geciteerd als *Tarief Rechtsplegingsvergoeding*) oordeelt ook de strafrechter in bepaalde gevallen over het al dan niet veroordelen tot de betaling van een rechtsplegingsvergoeding.

2. Door de editors van dit boek werd gevraagd om in een bijdrage van ongeveer 50 A4-pagina's een overzicht te schetsen van de regeling van de rechtsplegingsvergoeding voor de strafrechter. De Wet Verhaalbaarheid Erelonen werd sinds de inwerkingtreding reeds uitgebreid besproken<sup>1</sup>, ook specifiek wat betreft de voor de strafgerichten

1. O.m. H. BOULARBAH en V. PIRE, "Actualités en matière de répétabilité des frais et honoraires d'avocat" in H. BOULARBAH en F. GEORGES (eds.), *Actualités en droit judiciaire*, Luik, Anthemis, 2010, 153-186; H. BOULARBAH, "L'indemnité de procédure" in M. DAMBRE en P. DECOCQ (eds.), *Rechtskroniek voor Vrede- en Politierichters 2013*, Brugge, die Keure, 2013, 291-331; H. BOULARBAH, "Les frais et les dépens, spécialement l'indemnité de procédure" in H. BOULARBAH en F. GEORGES (eds.), *Actualités en droit judiciaire*, Brussel, Larcier, 2013, 347-399 (H. BOULARBAH, *Les frais et les dépens*); B. DE CONINCK en J. VAN DROOGHENBROECK, "L'indemnité de procédure et répartition des dépens", *JT* 2008, 581-584; B. DE CONINCK en J. VAN DROOGHENBROECK, "Deux parties, deux demandes, une juste indemnité de procédure", *JT* 2009, 33-37; B. DE CONINCK en J. VAN DROOGHENBROECK, "L'assureur de responsabilité et l'indemnité de procédure: le lien d'instance au cœur du litige multipartite", *RGAR* 2013, nr. 14.993; D. DESSARD, "La répétabilité des honoraires et frais d'avocat: un accouchement dans la douleur ..." in *Le droit judiciaire en mutation*, Luik, Anthémis, 2007, 55-68 (D. DESSARD, *La répétabilité*); E. DIRIX, "Verhaalbaarheid proceskosten en rechtscultuur", *RW* 2008-09, 41-42; F. GLANSORFF, "La répétabilité des honoraires d'avocat depuis l'arrêt du 2 septembre 2004", *RGAR* 2007, nr. 14200; A. KETTELS, S. LOUIS en O. MICHIELS, *Les indemnités de procédure*, Brussel, Kluwer, 2012, 178 p.; H. LAMON, "Verhaalbaarheid advocatenkosten. Wet van 21 april 2007", *NJW* 2007, 434-442 (H. LAMON, *Verhaalbaarheid advocatenkosten*); I. LAPLAESE, *De verhaalbaarheid van advocatenhonoraria*, Gent, Elementaire Rechtspraak vzw, 2011; F. LAUNE, "Indemnité de procédure et mandataires de justice", *JT* 2009, 545-550; J. MAROT, "La loi du 21 avril 2007 relative à la répétabilité (partielle) des honoraires et frais d'avocat", *T.Vred.* 2007, 175-196; G. MARY, "La répétabilité des frais et honoraires d'avocat", *JT* 2007, 2-13; G. MARY, "La nouvelle réglementation relative à la répétabilité des frais et honoraires d'avocat", *RGAR* 2008, nr. 14336 (G. MARY, *La nouvelle réglementation*); G. MARY, "La répétabilité définitivement consacrée", *RGAR* 2009, nr. 14485; F. MOEYKENS, "De verhaalbaarheid van de kosten en erelonen van advocaten" in *Knelpunten Handelsrecht*, Brugge, Vanden Broele, 2007, 115-220; B. PETIT, "La répétabilité. Actualités législatives et tendances jurisprudentielles" in *Droit Judiciaire*, Limal, Anthemis, 2011, 31-71; V. PIRE, "Questions d'actualité en matière de répétabilité des frais et honoraires d'avocat", *P&B* 2009, 4-17; I. SAMOY en V. SAGAERT, "De wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van kosten en erelonen van een advocaat", *RW* 2007-08, 674 et seq. (hierna geciteerd als I. SAMOY en V. SAGAERT, *De wet van 21 april 2007*); V. SAGAERT en I. SAMOY, *Knelpunten Verhaalbaarheid Erelonen*, Antwerpen, CBR, 14 oktober 2008 (hierna geciteerd als V. SAGAERT en I. SAMOY, *Knelpunten*); V. SAGAERT en I. SAMOY, "Kroniek verhaalbaarheid erelonen" in *CBR Jaarboek 2008-09*, Antwerpen, Maklu, 2009, 1-44; V. SAGAERT en I. SAMOY, "Eerste praktische knelpunten van de Wet Verhaalbaarheid Erelonen" in D. SERRUS (ed.), *Actualia Gerechtelijk Recht*, Gent, Larcier, 2008, 41-83; P. Taelman en S. Voet, "De verhaalbaarheid van de advocatenhonoraria: analyse van een aantal knelpunten na één jaar toepassing" in P. VAN ORSHOVEN en B. MAES (eds.), *De proceswetten van 2007. Les lois de procédure de 2007 ... Révisied!*, Brugge, die Keure, 2009, 125-208; H. VAN BOSSUYT en J. VAN DROOGHENBROECK, *De verhaalbaarheid van kosten en erelonen van een advocaat. Wet van 21 april 2007*, Brussel, Larcier, 2011, 235 p.; J. VAN COMPERNOLLE en F. GLANSORFF, "La répétabilité des frais et honoraires d'avocat" in *L'accès à la justice*, Luik, Anthemis, 2007, 229-259

geldende regeling.<sup>2</sup> Het is onmogelijk om in een relatief kort bestek in te gaan op alle problemen die zich bij de toepassing van deze regeling, door sommigen als revolutionair omschreven<sup>3</sup>, hebben gemanifesteerd of nog zullen manifesteren. We schreven reeds dat ook de dagdagelijkse toepassing van de regeling voortdurend nieuwe problemen genereert waaraan bij de conceptie van de regeling nooit werd gedacht en die dan maar door de feitenrechters naar best vermogen worden opgelost<sup>4</sup> en die vaststelling geldt nog altijd. In een dergelijk beperkte bijdrage al die problemen behandelen, alsook de veelvuldige rechtspraak die daarover bestaat, is dan ook niet doenbaar. Vandaar de optie om *deze bijdrage te beperken tot een aantal thema's* waarover *het Grondwettelijk Hof<sup>5</sup> en het Hof van Cassatie* het licht hebben laten schijnen. De rechtspraak van de feitenrechters en de in de doctrine verdedigde stellingen worden in beginsel buiten

- 
- (J. VAN COMPERNOLLE en F. GLANSDORFF, *La répétibilité des frais et honoraires*); J. VAN DROOGHENBROECK en B. DE CONINCK, "La loi du 21 avril 2007 sur la répétibilité des frais et honoraires d'avocat", *JT* 2008, 37-60 (J. VAN DROOGHENBROECK en B. DE CONINCK, *La loi du 21 avril 2007*); J. VANDEN BRANDEN en P. GABRIEL, "De wet 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van erelonen advocaten. Overzicht van rechtspraak van de fiscale rechtscolleges", *AFT* 2009, 3-29; J. VAN DONINCK, "Het omslaan van de gedingkosten en de nieuwe rechtsplegingsvergoeding: as you like it?", *RW* 2009-10, 306-311; S. Voet, "Enkele praktische knelpunten bij de toepassing van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van kosten en erelonen", *RW* 2007-08, 1129-1134 (S. VOET, *Enkele praktische knelpunten*); S. VOET, "De rechtsplegingsvergoeding rechtgetrokken (?)", in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *CBR Jaarboek 2011-2012*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 117-162; S. VOET, "Gedingkosten in de civiele rechtspleging" in J. VAN DONINCK, L. VAN DEN HOLE en VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP BIJ DE BALIE TE BRUSSEL (eds.), *Civiel procesrecht vandaag en morgen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 73-113.
2. O.m. K. BEIRNAERT, "Erelonen en kosten strafpleiters verhaalbaar via rechtsplegingsvergoeding?", *Juristenkrant* 13 februari 2008, 12-13; N. CLIJMANS, "Artikel 128 lid 2 Sv. getoetst aan de artikelen 10 en 11 Gw.", *RABG* 2009, 1209-1212; D. DILLENBOURG, "Répétibilité des frais de défense en matière pénale ou l'avènement de l'indemnité de procédure nouvelle", *RPDC* 2008, 105-135 (D. DILLENBOURG, *Répétibilité des frais de défense en matière pénale*); M. Gauthier, "En matière pénale, l'indemnité de procédure s'applique à toutes les parties (ou presque)", *Forass.* 2009/97, 165-168; J. MEESE, "De rechtsplegingsvergoeding in strafzaken" in M. DAMBRE en P. DECOCQ (eds.), *Rechtskroniek voor Vrede- en Politierchters* 2013, Brugge, die Keure, 2013, 275-289 (J. MEESE, *De rechtsplegingsvergoeding in strafzaken*); O. MICHIELS, "La répétibilité en procédure pénale des honoraires et des frais d'avocat telle qu'elle est organisée par la loi du 21 avril 2007", *JLMB* 2007, 1259-1267 (O. MICHIELS, *La répétibilité en procédure pénale*); O. MICHIELS, "Plainte, non-lieu et indemnité de procédure", *JT* 2010, 315; M. TRAEST, "La jurisprudence récente de la Cour de cassation relative à l'indemnité de procédure en matière pénale", *RPDC* 2009, 610-620 (P. TRAEST, *La jurisprudence récente de la Cour de cassation*); J. VAN DONINCK, "De verhaalbaarheid van de rechtsplegingsvergoeding in strafzaken op tussenkomende verzekeraars: wie zoekt die vindt", *RABG* 2009, 787-791; F. VAN VOLSEM, "De rechtsplegingsvergoeding en de strafrechter: een ietwat moeilijk huwelijk", *NC* 2008, 379-425 (F. VAN VOLSEM, *De rechtsplegingsvergoeding en de strafrechter*); F. VAN VOLSEM, "De wet verhaalbaarheid erelonen en de strafrechter: de regeling doorstaat (voorlopig?) de toetsing door het Grondwettelijk Hof en het Hof van Cassatie werkt ondertussen (sommige) onduidelijkheden m.b.t. de rechtsplegingsvergoeding weg", *RABG* 2009, 446-460; F. VAN VOLSEM, "De douane-administratie als vervolgende partij en de rechtsplegingsvergoeding", *NC* 2009, 394-397; F. VAN VOLSEM, "Nogmaals over de rechtsplegingsvergoeding in strafzaken: niet voor de (in het gelijk gestelde) stedenbouwkundig inspecteur, wel voor of lastens de (in het (on)gelijk gestelde) tussenkomende verzekeraar", *RABG* 2010, 28-36; F. VAN VOLSEM, "Het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding voor de strafrechter: de rechter mag bij opgeblazen vorderingen het bedrag bepalen in functie van het toegekende in plaats van het gevorderde", *RABG* 2011, 973-978; J. VAN EX, "Indemnité de procédure en matière pénale ... pas si simple" in C. GUILLAIN en P. JADOUL (eds.), *Droit pénal en questions*, Limal, Anthemis, 2013, 109-150 (J. VAN EX, *Indemnité de procédure en matière pénale*); R. VERSTRAETEN, *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 2012, p. 1157-1170, nrs. 2336-2365.
  3. H. LAMON, "Rechtsplegingsvergoeding niet strijdig met grondwet", *Juristenkrant* 24 december 2008, 3.
  4. F. VAN VOLSEM, *De rechtsplegingsvergoeding en de strafrechter*, p. 381, nr. 6.
  5. Gemakkelijkheidshalve wordt in de tekst steeds de benaming Grondwettelijk Hof gebruikt, ook al dateren sommige arresten uit de periode dat dit rechtscollege de naam Arbitragehof droeg. In de voetnoten wordt de op het ogenblik van het uitspreken van het arrest toepasselijke benaming gehanteerd.

beschouwing gelaten, tenzij die kan bijdragen tot het situeren van de rechtspraak van de hoogste hoven.

## AFDELING 2. HET REGELGEVEND KADER: AANLEIDING, BETWISTINGEN EN WIJZIGINGEN

3. Met het arrest van 2 september 2004<sup>6</sup> besliste het Hof van Cassatie dat het ereloon en de kosten van een advocaat of een technisch raadgever van het slachtoffer van een contractuele fout een onderdeel kunnen vormen van te vergoeden schade in zoverre zij het noodzakelijk gevolg zijn van die fout. Het paste vervolgens min of meer dezelfde redenering toe bij schadevorderingen wegens extra-contractuele aansprakelijkheid<sup>7</sup> en bij burgerlijke vorderingen voor de strafrechter.<sup>8</sup> Nadat het Grondwettelijk Hof<sup>9</sup> meermaals aangaf dat een wettelijke regeling de enige mogelijkheid was om de op dat punt vastgestelde miskenning van het gelijkheidsbeginsel te remediëren, is de wetgever tussengekomen. De wetgever wilde een transparante, eenvormige en *eenvoudige oplossing voor het verhaalbaarheidsvraagstuk*.<sup>10</sup> Op suggestie van de Ordes van advocaten en de Hoge Raad voor de Justitie<sup>11</sup> werd de rechtsplegingsvergoeding in het strafprocesrecht geloodst.<sup>12</sup>

4. De nieuwe regeling kon niet op iedereen goedkeuring rekenen. Meerdere vernietigingsberoepen tegen de Wet Verhaalbaarheid Erelonen met een opvallende verscheidenheid aan verzoekende partijen en aangevoerde middelen<sup>13</sup> zijn inmiddels beslecht. Het Grondwettelijk Hof sprak zich ook uit over de talrijke door de rechtscolleges – ook strafrechters – gestelde prejudiciële vragen omtrent de

6. Cass. 2 september 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1271, *Pas.* 2006, 2372, concl. HENKES, *CDPK* 2004, 412, *De Verz.* 2005, 356, noot P. GRAULUS, *JT* 2004, 684, noot B. DE CONINCK, *JLMB* 2004, 1320, noot M. GOUDEN en D. PHILIPPE, *N/W* 2004, 953, noot RDC, *RABG* 2005, 212, concl. HENKENS en noot N. CLIMMANS, *RGAR* 2005, nr. 13946, concl. HENKENS en noot, *RW* 2004-05, 535, noot B. WILMS en K. CHRISTIAENS, *RNB* 2004, 471, noot D. STERCKX en *T.Not.* 2004, 711, noot C. DE BUSSCHERE.

7. Cass. 16 november 2006, C.05.0124.F, *Arr.Cass.* 2006, 2325, *JT* 2007, 14, noot B. DE CONINCK, *RGAR* 2007, nr. 14205, noot N. ESTIENNE en *RW* 2006-07, 1128, noot.

8. Cass. 28 maart 2007, P.06.1595.F, *Arr.Cass.* 2007, 701, *JLMB* 2007, 1256, noot O. MICHELIS en *JT* 2007, 462, noot; Cass. 30 mei 2007, P.07.0243.F, *Arr.Cass.* 2007, 1162.

9. Arbitragehof 19 april 2006, nr. 57/2006, *JT* 2006, 285, noot B. DE CONINCK, *RW* 2005-06, 1614, noot en *RABG* 2006, 847, noot; Arbitragehof 14 juni 2006, nr. 95/2006, *JT* 2007, 15, noot B. DE CONINCK en *RW* 2006-07, 995, noot; Arbitragehof 17 januari 2007, nr. 16/2007, *RGAR* 2007, nr. 14222, noot F. GLANSORFF en *RW* 2007-08, 145, noot.

10. F. KORKMAZER, "Het bos en de bomen in de procedures ingesteld tegen de Wet Verhaalbaarheid Erelonen en haar uitvoeringsbesluit", *Ad Rem* 2008/3, 41.

11. HOGE RAAD VOOR JUSTITIE, *Advies over de wetsvoorstellen inzake verhaalbaarheid: terugbetaling van kosten en erelonen van advocaten*, 25 januari 2006, p. 22-24 (hierna geciteerd als *Advies HRJ*). Dit advies is te raadplegen op de website voor de Hoge Raad voor de Justitie: [www.hrj.be](http://www.hrj.be).

12. D. DILLENBOURG, *Répétibilité des frais de défense en matière pénale*, p. 106, nr. 3.

13. F. KORKMAZER, "Het bos en de bomen in de procedures ingesteld tegen de Wet Verhaalbaarheid Erelonen en haar uitvoeringsbesluit", *Ad Rem* 2008/3, 41. Zie ook V. DE WULF, noot onder GwH 18 december 2008, nr. 182/2008, *For. ass.* 2009/90, 9.

verenigbaarheid van sommige aspecten van de regeling met het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel. Voor zover de aan het Grondwettelijk Hof voorgelegde twistpunten relevant zijn voor de strafrechter worden ze hierna besproken. Samenvattend mag worden gesteld dat de Wet Verhaalbaarheid Erelonen in grote mate de toets van de Grondwettelijk Hof heeft doorstaan en dat de constitutionele rechter slechts detailkritiek had. Via de toetsing aan de artikelen 10 en 11 Grondwet gaf het Hof aan dat bepaalde verhoudingen binnen de regeling moesten vallen (met de verzekeraars), terwijl andere er dan weer niet thuishoorden (met de herstellvorderende overheden).

5. De Wet Verhaalbaarheid Erelonen is niet toepasbaar zonder een *uitvoeringsbesluit*. De wetgever heeft immers met artikel 1022, tweede lid Gerechtelijk Wetboek de Koning de bevoegdheid opgedragen om de basis-, minimum- en maximumbedragen van de rechtsplegingsvergoeding vast te leggen o.m. in functie van de aard van de zaak en de belangrijkheid van het geschil. Dit is gebeurd met het *Tarief Rechtsplegingsvergoeding*. Dit besluit is evenmin onbetwist. Een schorsingsberoep slaagde niet omdat geen moeilijk te herstellen nadeel werd aangetoond<sup>14</sup> en ook de vier vernietigingsberoepen overtuigden de administratieve rechter niet. Zij werden met arresten van 31 augustus 2011 en 6 december 2011 verworpen.<sup>15</sup>

6. Dit belet niet dat de (straf)rechter op vraag van een partij en zelfs ambtshalve de wettigheid van het Tarief Rechtsplegingsvergoeding kan en moet beoordelen en bij een negatief antwoord overeenkomstig *artikel 159 Grondwet* het besluit of het onwettig bevonden onderdeel ervan buiten toepassing moet laten. Meerdere rechters oordeelden reeds, anders dan de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, dat bij gebreke aan een afdoende wettelijke basis en of strijdigheid met het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel de in artikel 6 voor het verstek bepaalde afwijkende regeling niet mocht worden toegepast (*infra*, nr. 69 *et seq.*).

7. De wetgever heeft de Wet Verhaalbaarheid Erelonen sinds haar inwerkingtreding reeds drie keer gewijzigd, zij het dat twee van die *wijzigingen* nog niet in werking zijn getreden. Deze wijzigingen, voor zover relevant voor de besproken thema's, worden hierna toegelicht.

8. De *wet van 22 december 2008* betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van een advocaat, in werking getreden op 22 januari 2009, wijzigde artikel 1022, derde lid Gerechtelijk Wetboek zodanig dat de rechter over een ondervragingsrecht beschikt m.b.t. het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding.

14. RvS 10 juli 2008, nr. 183.315, *Algemeen Christelijk Vakverbond et al.*

15. RvS 31 augustus 2011, nr. 214.910, *Michel Pirard*; RvS 31 augustus 2011, nr. 214.911, *Syndicat des Avocats pour la Démocratie vzw*; RvS 6 december 2011, nr. 216.702, *Algemeen Christelijk Vakverbond et al.*; RvS 6 december 2011, nr. 216.703, *Hans Schyvens*.



**9.** De wet van 21 februari 2010 tot wijziging van de artikelen 1022 van het Gerechtelijk Wetboek en 162bis van het Wetboek van Strafvordering en tot opheffing van artikel 6 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties<sup>16, 17</sup>, beoogt de volgende wijzigingen aan te brengen:

- het vierde lid van artikel 1022 wordt zodanig gewijzigd dat ingeval de in het ongelijk gestelde partij juridische tweedelijnsbijstand geniet de minimumvergoeding bij een onredelijke situatie slechts kan worden verlaagd en niet verhoogd;
- het vijfde lid van artikel 1022 over het maximum te verdelen bedrag i.g.v. meerdere gerechtigden wordt anders omschreven door gebruik te maken van het begrip “*binnen eenzelfde gerechtelijke band*”;
- aan artikel 1022 wordt een zevende lid toegevoegd, dat bepaalt dat de minimumvergoeding verschuldigd is i.g.v. verstek en geen enkele in het ongelijk gestelde partij ooit is verschenen, of wanneer de in het ongelijk gestelde personen op de inleidingszitting zijn verschenen, maar de rechtsvordering niet hebben betwist of wanneer zij uitsluitend uitstel van betaling vroegen;
- aan artikel 1022 wordt een achtste lid toegevoegd dat bepaalt dat geen rechtsplegingsvergoeding is verschuldigd ten laste van de staat wanneer het Openbaar Ministerie bij wege van rechtsvordering in een burgerlijke procedure tussenkomt overeenkomstig artikel 138bis, § 1 Gerechtelijk Wetboek of wanneer het arbeidsauditoraat een rechtsvordering instelt voor de arbeidsgerechten overeenkomstig artikel 138bis, § 2 Wetboek van Strafvordering;
- artikel 162bis, tweede lid Wetboek van Strafvordering wordt zo aangepast dat ook de burgerrechtelijk aansprakelijke partij kan gerechtigd zijn op een rechtsplegingsvergoeding.

Deze wet, die tot doel had op de voormelde punten de regeling aan te passen aan de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, alsook de door de rechtspraak opgeworpen onwettigheid van de verstekregeling te remediëren, zal in werking treden op een door de Koning te bepalen datum, maar bij afwezigheid van een gepubliceerd KB zijn deze wijzigingen nog (steeds) niet in werking getreden.<sup>18</sup> Ook het Tarief Rechtsplegingsvergoeding moet worden aangepast.

**10.** Artikel 17 van de wet van 25 april 2014 ter verbetering van verschillende wetten die een aangelegenheid regelen als bedoeld in artikel 78 van de Grondwet voegt aan het met de wet van 21 februari 2010 aan artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek ingevoegde achtste lid, een derde geval toe, nl. dat geen rechtsplegingsvergoeding is verschuldigd ten laste van de staat wanneer een publiekrechtelijk rechtspersoon in het

16. Met art. 13 van de wet van 22 november 2013 werd art. 3 van de wet van 21 februari 2010 opgeheven en werd het opschrift van de wet gewijzigd in “wet van 21 februari 2010 tot wijziging van de artikelen 1022 van het Gerechtelijk Wetboek en 162bis van het Wetboek van Strafvordering”.

17. Zie o.m. V. PIRE, “Le nouveau droit de la répétabilité des frais et honoraires d’avocat (loi du 21 février 2010)”, *RGAR* 2010, nr. 14659.

18. Zolang de wet niet in werking is getreden, kan het Grondwettelijk Hof er niet prejudicieel over worden bevraagd (GwH 27 maart 2014, nr. 54/2014, B.10).

algemeen belang als partij optreedt in een geding. Deze wet, die een gevolg is van de activiteiten van het parlementair comité belast met de wetsevaluatie, wil daarmee de regeling in overeenstemming brengen met de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. Bedoeling is alle publieke organen die een rechtsvordering stellen in het algemeen belang te vrijwaren van een veroordeling tot een rechtsplegingsvergoeding en dit ongeacht of ze optreden als eiser of als verweerder.<sup>19</sup> Artikel 17 treedt in werking op de datum van inwerkingtreding van de voormelde wet van 21 februari 2010, doch zoals hierboven reeds aangegeven, ontbreekt daarvoor een gepubliceerd KB. Deze uitzonderingsregeling is evenmin onbetwist<sup>20</sup> en tegen deze bepaling werden bij het Grondwettelijk Hof door diverse natuurlijke en rechtspersonen en organisaties, zoals o.m. de Orde van Vlaamse balies en haar voorzitter, vernietigingsberoepen ingesteld.<sup>21</sup> Het is dus afwachten of deze wetswijziging de censuur van de constitutionele rechter zal doorstaan.<sup>22</sup>

**11.** Nazicht van de rol van het Grondwettelijk Hof leert overigens dat ook over andere aspecten van de Wet Verhaalbaarheid Erelonen *nog diverse prejudiciële vragen* op een antwoord wachten.<sup>23</sup>

**12.** In het Justitieplan van minister van Justitie Koen GEENS is de inwerkingtreding van de wijzigende wet van 21 februari 2010 aangekondigd, maar ook dat zal worden nagegaan of in het licht van de reeds gekende rechtspraak van het Grondwettelijk Hof de regeling niet moet worden bijgestuurd en vereenvoudigd. Daarmee zou wel worden gewacht tot wanneer het Hof over de talrijke hangende zaken uitspraak heeft gedaan.<sup>24</sup>

19. J. VAN DONINCK, "Justice as Fairness: over de rechtsplegingsvergoeding in geschillen met de overheid", *RW* 2014-15, p. 918, nr. 4.

20. Zie B. BIEMAR, "Indemnité de procédure et 'partie publique' à la cause: application en matière fiscale", *JT* 2015, 172-178; C. BUYSE, "Wetgever schrapt rechtsplegingsvergoeding aan belastingplichtige", *Fiscoloog* 2014/1395, 4; A. DAYEZ, "L'insoutenable légèreté de l'Etat", *Act.fact.* 2014/32, 1-3; J. DE METS, "Rechtsplegingsvergoeding en de overheid", *Juristenkrant* 10 september 2014, 7; W. HEYVAERT en M. DELANOTE, "De fiscus heeft ongelijk? U verliest altijd!", *TFR* 2014, 753-754; M. NIHOUL, "A propos de l'article 1022, alinéa 8, du Code judiciaire: l'intérêt général est-il une 'cause de dispense objective' suffisante de l'indemnité de procédure judiciaire pour les personnes morales de droit public?", *CDPK* 2014, 404-423; M. PETIT, "Suppression de l'indemnité de procédure du contribuable (Loi du 25 avril 2014)", *Info Droits de succession* 2014/10, 7-8; J. VANDEN BRANDEN, "Wie betaalt mijn advocaat", *Fisc.Act.* 2014/29, 9-14; J. VAN DONINCK, "Justice as Fairness: over de rechtsplegingsvergoeding in geschillen met de overheid", *RW* 2014-15, 918-919; L. VANHEESWILCK, "De fiscus en de rechtsplegingsvergoeding", *TFR* 2014, 803-804; S. VOET, "Absolute vrijstelling van rechtsplegingsvergoeding voor de Staat", *RW* 2014-15, 202.

21. O.m. de zaken ingeschreven onder de rolnrs. 6160, 6161, 6162, 6163, 6146 en 6147. Zie ook B. COPPEIN en P. GERARD, "Procedures OVB bij het Grondwettelijk Hof en de Raad van State. Waarom een beroep tot vernietiging (helaas) de uitweg wordt", *Ad Rem* 2014/4, 10-12.

22. Na het afsluiten van de tekst en vóór het persklaar maken ervan heeft het Grondwettelijk Hof m.b.t. de rechtsplegingsvergoeding drie arresten. Ze worden in een naschrift bij deze bijdrage besproken (*infra*, nrs. 193-197).

23. O.m. de zaken ingeschreven onder de rolnrs. 6125 (verschil in behandeling tussen de in het ongelijk gestelde die zich voor de arbeidsrechtbank heeft verzet tegen een administratieve geldboete en hij die door het Openbaar Ministerie werd vervolgd voor het strafrecht) en 6153 (verschil in behandeling tussen de beklaagde die recht heeft op een rechtsplegingsvergoeding indien hij op de vordering van een rechtstreeks dagende partij werd vrijgesproken en de beklaagde die na een vrijspraak in eerste aanleg op het enkel hoger beroep van een niet-rechtstreeks dagende burgerlijke partij gelijk krijgt).

24. K. GEENS, *Het Justitieplan. Een efficiëntere justitie voor meer rechtvaardigheid*, nr. 78. Het Justitieplan is gevoegd als bijlage bij *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1019/001.

## AFDELING 3. HET FORFAITAIR KARAKTER VAN DE RECHTSPLEGINGSVERGOEDING

**13.** De rechtsplegingsvergoeding kreeg met de Wet Verhaalbaarheid Erelonen een nieuwe invulling.<sup>25</sup> Het is volgens artikel 1022, eerste lid Gerechtelijk Wetboek een *forfaitaire tegemoetkoming* in de kosten en erelonen van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij en daardoor niet meer te vergelijken met de rechtsplegingsvergoeding bedoeld door artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek (oud), die sloeg op een vergoeding voor bepaalde materiële akten.<sup>26</sup> Door te opteren voor een forfaitair systeem werden de ingevolge het arrest van 2 september 2004 gerezen problemen inzake bewijs en beroepsgeheim vermeden.<sup>27</sup> De wetgever opteerde niet voor een vast forfait, maar wel voor een gemengd systeem, waarbij een forfait als basis wordt gecombineerd met een rechterlijke appreciatieruimte binnen duidelijk afgelijnde limieten.<sup>28</sup> De appreciatiebevoegdheid van de rechter is niet onbeperkt en elke partij kan binnen zekere grenzen inschatten welk risico zij op het vlak van de rechtsplegingsvergoeding loopt.

**14.** Uit het forfaitair karakter van de regeling volgt volgens het Hof van Cassatie met een *arrest van 23 april 2013*<sup>29</sup> dat *geen rekening* wordt gehouden met de *werkelijke kosten* en erelonen die door de advocaat van de in het gelijk gestelde partij worden aangerekend.

**15.** Het Grondwettelijk Hof heeft met het *arrest van 18 december 2008*<sup>30</sup>, waarvan een aantal redenen in latere arresten steevast worden herhaald, *de principiële bezwaren* tegen de regeling o.m. wat betreft de kritiek op het systeem van forfaitaire tegemoetkoming<sup>31</sup> en het verlaten van het foutcriterium<sup>32</sup>, beantwoordt en *verworpen*:

- de wetgever heeft geen inbreuk gepleegd op het recht op toegang tot de rechter<sup>33</sup>;
- de goed afgelijnde delegatie aan de Koning kan door de beugel. De wetgever heeft artikel 23, derde lid, 2° Grondwet m.b.t. het recht op juridische bijstand, niet geschonden door het aan de Koning over te laten om in te staan voor maat-

25. I. SAMOY en V. SAGAERT, *De wet van 21 april 2007*, p. 681, nr. 27; J. VAN DROOGHENBROECK en B. DE CONINCK, *La loi du 21 avril 2007*, p. 39, nr. 4.

26. H. LAMON, *Verhaalbaarheid advocatenkosten*, p. 436, nr. 5.

27. J. VAN COMPERNOLLE en F. GLANSORFF, *La répitibilité des frais et honoraires*, p. 232, nr. 3.2.

28. G. MARY, *La nouvelle réglementation*, nr. 14336/5, punt III.A.4.

29. Cass. 23 april 2013, P.12.0871.N.

30. GwH 18 december 2008, nr. 182/2008, APT 2009, 71, *For.ass.* 2009/90, 7, noot V. DE WULF, JT 2009, 101, JLMB 2008, 1884, RABG 2009, 443, noot F. VAN VOLSEM, RAGR 2009, nr. 14.489, noot, RW 2008-09, 942 en 1217, *Soc. Kron.* 2010, 507, *T.Pol.* 2009, 29, noot T. GAROT en *T.Vreemd.* 2009, 211.

31. L. MISSON, "Répitibilité des coûts de défense: le projet de loi tel que préparé est-il illicite?", JT 2007, 360.

32. F. KORKMAZER, "Het bos en de bomen in de procedures ingesteld tegen de Wet Verhaalbaarheid Erelonen en haar uitvoeringsbesluit", *Ad Rem* 2008/3, 42; H. LAMON, m.m.v. F. KORKMAZER, *Het verhaal van de verhaalbaarheid: het is wachten op het grondwettelijk hof*, Antwerpen, CBR, 14 oktober 2008, p. 12, nr. 9.

33. GwH 18 december 2008, nr. 182/2008, B.5.3-B.5.8; GwH 5 mei 2009, nr. 73/2009, B.3.2.

regelen van tenuitvoerlegging waaronder het, op advies van de Orden van de balies, vastleggen van de (minimum, basis en maximum) forfaitaire bedragen. Hij heeft immers in de wet zelf het beginsel van de verhaalbaarheid van de kosten en erelonen van advocaten opgenomen, het toepassingsgebied ervan bepaald en aan de rechter binnen door hemzelf opgesomde criteria een beoordelingsbevoegdheid toegekend<sup>34</sup>;

- het systeem van forfaitaire bedragen is wel degelijk verantwoord gelet op de zorg om de toegang tot de rechter te vrijwaren voor de minst bemiddelde personen, om processen binnen het proces te voorkomen en om problemen van het beroepsgeheim van de advocaten te vermijden.<sup>35</sup> De keuze voor een forfaitair systeem leidt niet tot onverantwoorde verschillen in behandeling. De verankering in het procesrecht zorgt ervoor dat alle procespartijen op identieke wijze worden behandeld en door de forfaitaire bedragen vast te stellen na raadpleging van de Ordes van de balies werd gekozen voor een systeem dat die bedragen vaststelt in verhouding tot de door de meeste advocaten gehanteerde erelonen.<sup>36</sup> De verschillen die bestaan tussen enerzijds de advocaten en anderzijds de technische raadgevers rechtvaardigen dat de specifieke regeling m.b.t. de advocaten niet wordt uitgebreid tot die van andere raadgevers<sup>37</sup>;
- de logica van een forfaitaire regeling impliceert dat geen rekening kan worden gehouden met alle specifieke kenmerken van elke procedure. Met het criterium van de complexiteit van de zaak kan de rechter, op verzoek van de partijen, de rechtsplegingsvergoeding verminderen of verhogen en zo wel degelijk rekening houden met (grote of beperkte) werkvolume dat een zaak met zich meebrengt.<sup>38</sup> Het Hof heeft er dus begrip voor dat de wetgever een algemeen kader heeft uitgewerkt en dus niet voor elke bijzondere procedure een bijzondere regeling heeft bedacht.

**16.** De afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft bij de beoordeling van de *wettigheid van het Tarief Rechtsplegingsvergoeding* in grote lijnen deze redenering van het Grondwettelijk Hof overgenomen.<sup>39</sup>

34. GwH 18 december 2008, nr. 182/2008, B.6.2-B.6.5; GwH 5 mei 2009, nr. 73/2009, B.3.3.

35. GwH 18 december 2008, nr. 182/2008, B.8.3-8.4.

36. GwH 18 december 2008, nr. 182/2008, B.9.2-B.9.6.

37. GwH 18 december 2008, nr. 182/2008, B.11.2-11.4; GwH 5 februari 2009, nr. 15/2009, B.10.1, *JLMB* 2009, 1204, *NJW* 2009, 272, noot AV en *RW* 2009-10, 312, noot J. VAN DONINCK.

38. GwH 18 december 2008, nr. 182/2008, B.16.2.

39. O.m. RvS 31 augustus 2011, nr. 214.910, *Michel Pirard*, o.m. r.o. 37-39; RvS 6 december 2011, nr. 216.702, *Algemeen Christelijk Vakverbond et al.*, o.m. r.o. 19-20 en 26-28.

## AFDELING 4. DE KOSTENREGELING IN HET STRAFPROCESRECHT

**17.** Het is vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie dat de *gerechtskosten in strafzaken autonoom worden geregeld* door artikel 50 Strafwetboek en de artikelen 162, 194, 211 en 345 (voorheen 365) Wetboek van Strafvordering. Aangezien de strafvordering over een eigen regeling beschikt, was er volgens artikel 2 *in fine* Gerechtelijk Wetboek geen plaats voor de toepassing van artikel 1017 Gerechtelijk Wetboek en of van het oude KB van 30 november 1970.<sup>40</sup> De uitsluiting van de door het Gerechtelijk Wetboek voorziene regeling wordt ook gevolgd indien de strafrechter zich (enkel) uitsprekt over de civielrechtelijke vordering. Klassiek wordt gemotiveerd dat de toepassing van de regelen van de rechtspleging niet afhangt van de aard van de behandelde belangen, maar wel van het gerecht dat over die belangen oordeelt.<sup>41</sup> De kosten van de burgerlijke rechtsvordering voor de strafrechter worden dus niet beheerst door artikel 1017 Gerechtelijk Wetboek, maar door de artikelen 50 Strafwetboek en 162, 194, 211 en 365 (thans 345) Wetboek van Strafvordering<sup>42</sup>, ook al moeten de kosten van de strafvordering duidelijk worden onderscheiden van die van de burgerlijke rechtsvordering.

**18.** De Wet Verhaalbaarheid Erelonen heeft de artikelen 128, 162*bis*, 194, 211 en 369*bis* (thans 351) Wetboek van Strafvordering aangepast of ingevoerd, zodat de strafrechter in de in die bepalingen vermelde hypothesen moet veroordelen tot het betalen van de door artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek bedoelde rechtsplegingsvergoeding. Tijdens de parlementaire voorbereiding werd geen aandacht besteed aan de vraag of de strafgerechten, na deze wetwijziging, bij de beslissing omtrent de rechtsplegingsvergoeding *enkel artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek moeten toepassen* dan wel eveneens de artikelen 1017 (met o.m. de regel dat over de kosten wordt beslist bij eindvonnis en het omslaan van de kosten), 1020 (over de wijze waarop de kosten worden verdeeld) en 1021 (over het indienen door de partijen van een omstandige opgave) Gerechtelijk Wetboek.

**19.** Zeven jaar toepassing van de Wet Verhaalbaarheid Erelonen in strafzaken hebben op dit vlak een zekere verduidelijking gebracht, maar geen algehele klaarheid. Zo oordeelde het Hof van Cassatie dat:

- artikel 1017 Gerechtelijk Wetboek een regel is die eigen is aan de burgerlijke rechtspleging en niet van toepassing is in strafzaken<sup>43</sup>;

40. O.m. Cass. 28 september 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1480 en *RW* 2004-05, 1105, noot A. VANDEPLAS.

41. O.m. Cass. 29 november 1983, *RW* 1983-84, 2762, noot A. VANDEPLAS; Cass. 28 november 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1860; P. TAELEMAN en S. VOET, "Procesrechtelijke aspecten van aansprakelijkheidsvorderingen", *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, Mechelen, Kluwer, 2007, p. 748, nr. 5.

42. F. LEFRANC, "Verhalen van kosten", *TBBR* 2005, p. 184, nr. 16; J. VAN EX, *Indemnités de procédure en matière pénale*, p. 114, nr. 12.

43. Cass. 12 oktober 2010, P.10.0585.N. In dezelfde zin: Corr. Gent 6 maart 2014, *T.Verz.* 2015, 101.

- artikel 1021 Gerechtelijk Wetboek i.v.m. de omstandige opgave niet van toepassing is in strafzaken en dus een ambtshalve veroordeling niet belet<sup>44</sup>, maar ook dat:
- artikel 1017, eerste lid Gerechtelijk Wetboek i.v.m. de zelfs ambtshalve verwijzing in de kosten bij eindvonnis daarentegen wel in strafzaken kan worden toegepast.<sup>45</sup>

## AFDELING 5. HET AMBTSHALVE KARAKTER VAN DE VER- OORDELING TOT EEN RECHTSPLEGINGSVERGOEDING

**20.** Uit de gebiedende wijze waarop de tekst van de artikelen 128, tweede lid, 162*bis*, 194, 211 en 369*bis* (thans 351) Wetboek van Strafvordering is geredigeerd, moet worden afgeleid dat de rechter in de door de wet bepaalde gevallen *ambtshalve* moet veroordelen tot de betaling van een rechtsplegingsvergoeding (“In dat geval ... *wordt* de burgerlijke partij veroordeeld tot ...” (art. 128, tweede lid); “Ieder veroordelend vonnis ... *veroordeelt* hem tot het betalen ...” (art. 162*bis*, eerste lid); “De burgerlijke partij ... *zal worden veroordeeld tot* ...” (art. 162*bis*, tweede lid); “Het Hof *veroordeelt* de beschuldigde tot ...” (art. 369*bis*, thans art. 351)), ook al wordt in deze bepalingen het woord *ambtshalve* niet gebruikt.<sup>46</sup> Op de strafrechter rust dus de verplichting om te veroordelen tot het betalen van een rechtsplegingsvergoeding, ook als dit niet wordt gevorderd door de in het gelijk gestelde partij.

**21.** Met een *arrest van 19 november 2008*<sup>47</sup> besliste het Hof van Cassatie dat de strafrechter een in het ongelijk gestelde burgerlijke partij kan veroordelen tot een rechtsplegingsvergoeding aan de vrijgesproken beklagde, ook als die laatste een dergelijke vordering niet uitdrukkelijk stelt. Een dergelijke ambtshalve veroordeling houdt geen schending in van artikel 6 EVRM noch een miskennis van het recht van verdediging. Een *arrest van 2 december 2008*<sup>48</sup> oordeelt in dezelfde zin: uit de combinatie van artikelen 162 en 162*bis*, tweede lid, laatste zin Wetboek van Strafvordering wordt afgeleid dat de strafrechter die uitspraak doet over de burgerlijke rechtsvordering, de rechtsplegingsvergoeding in zijn vonnis mag bepalen, ook als de partij- en geen omstandige opgave hebben ingediend van hun kosten met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding. Dit houdt geen uitspraak in over niet-gevorderde zaken noch een miskennis van het beschikkingsbeginsel. Artikel 1021 Gerechtelijk

44. Cass. 2 december 2008, P.08.0589.N, *Arr.Cass.* 2008, 2814 en *RPDC* 2009, 598; Cass. 30 maart 2010, P.09.1605.N. Zie ook Pol. Brugge 5 mei 2009, *TGR-TWVR* 2009, 310; M. TRAEST, *La jurisprudence récente de la Cour de cassation*, 611 en 618.

45. Cass. 10 februari 2009, P.08.1312.N, *Arr.Cass.* 2009, 457, concl. M. DE SWAEF en *RABG* 2010, 43, noot P. WAETERINCKX en K. DE SCHEPPER.

46. D. DILLENBOURG, *Répétibilité des frais de défense en matière pénale*, p. 116, nr. 43.

47. Cass. 19 november 2008, P.08.0807.F, *Arr.Cass.* 2008, 2662, *JT* 2009, 27, noot en *T.Strafr.* 2010, 30, noot; M. TRAEST, *La jurisprudence récente de la Cour de cassation*, 618.

48. Cass. 2 december 2008, P.08.0589.N.

Wetboek is, zoals hierboven reeds aangegeven, volgens het Hof niet van toepassing in strafzaken.

22. Deze beide cassatiearresten hebben betrekking op *de specifieke situatie bedoeld door artikel 162bis, tweede lid Wetboek van Strafvordering*, nl. de hypothese waarin de rechtstreeks dagende burgerlijke partij in het ongelijk wordt gesteld. Deze bepaling legt, i.t.t. met de artikelen 128, 162bis, eerste lid en 369bis (thans 351) Wetboek van Strafvordering, de strafrechter niet alleen de verplichting op om te veroordelen tot een rechtsplegingsvergoeding, maar ook om de vergoeding te bepalen in het vonnis. Het is nochtans verdedigbaar dat ook in de andere hypothesen in strafzaken de rechter ambtshalve mag veroordelen tot (het basisbedrag van) een rechtsplegingsvergoeding:

- hoewel het arrest van 2 december 2008 verwijst naar een combinatie van de artikelen 162 en 162bis, tweede lid, laatste zin Wetboek van Strafvordering, stelt het toch in zeer algemene bewoordingen dat artikel 1021 Gerechtelijk Wetboek niet van toepassing is in strafzaken. Uit die overweging mag worden afgeleid dat in alle wettelijke hypothesen de strafrechter het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding mag bepalen zonder dat een concrete vordering/omstandige opgave van een gerechtigde voorligt<sup>49</sup>;
- het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding is in de regel gekend. Het gaat om het basisbedrag en in sommige gevallen om het minimumbedrag. Behoudens andersluidende vordering van een van de partijen moet de rechter dit bedrag toekennen<sup>50</sup>, zodat partijen bij afwezigheid van een verzoek tot afwijking geacht mogen worden in te stemmen met het basisbedrag.<sup>51</sup>

23. Met een arrest van 20 april 2010<sup>52</sup> heeft het Hof van Cassatie het principe duidelijk geformuleerd: de rechter moet zelfs ambtshalve uitspraak doen over de kosten, lees de rechtsplegingsvergoeding en als hij dit doet, miskent hij noch het beschikingsbeginsel noch het recht van verdediging. In een arrest van 7 mei 2013<sup>53</sup> wordt die regel herhaald: op grond van artikel 162, eerste lid Wetboek van Strafvordering en artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek kan de strafrechter de in het ongelijk gestelde beklaagde, burgerrechtelijk aansprakelijke partij of de voor de beklaagde tussenkomende partij ambtshalve tot een rechtsplegingsvergoeding veroordelen ten voordele

49. F. VAN VOLSEM, *De rechtsplegingsvergoeding en de strafrechter*, p. 388, nr. 52, p. 389, nr. 59; F. VAN VOLSEM, “De wet verhaalbaarheid erelonen en de strafrechter: de regeling doorstaat (voorlopig?) de toetsing door het Grondwettelijk Hof en het Hof van Cassatie werkt ondertussen (sommige) onduidelijkheden m.b.t. de rechtsplegingsvergoeding weg”, *RABG* 2009, 457, nr. 8.3.3; F. VAN VOLSEM, “Het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding voor de strafrechter: de rechter mag bij ongeblazen vorderingen het bedrag bepalen in functie van het toegekende in plaats van het gevorderde”, *RABG* 2011, 974, nr. 5; X, (noot onder Cass. 19 november 2008, P.08.0807.F), *T.Strafr.* 2010, 31. Zie nochtans D. DILLENBOURG, *Répétibilité des frais de défense en matière pénale*, p. 110, nr. 18.

50. Cass. 6 oktober 2010, P.10.0661.F.

51. F. VAN VOLSEM, *De rechtsplegingsvergoeding en de strafrechter*, 389, nr. 59. Zie ook X, noot onder Cass. 19 november 2008, P.08.0807.F, *T.Strafr.* 2010, 31. Zie evenwel D. DILLENBOURG, *Répétibilité des frais de défense en matière pénale*, p. 116, nr. 43; J. VAN DROOGHENBROECK en B. De CONINCK, *o.c.*, 53, nr. 78.

52. Cass. 20 april 2010, P.09.1738.N.

53. Cass. 7 mei 2013, P.12.0753.N, *Arr.Cass.* 2013, 1125 en *RABG* 2013, 1005, noot G. VERSTREPEN EN L. DELBROUCK.

van de in het gelijk gestelde burgerlijke partij. Er kan dus geen twijfel over bestaan dat de strafrechter ambtshalve mag veroordelen tot een rechtsplegingsvergoeding.

## AFDELING 6. HET BEDRAG VAN DE RECHTSPLEGING-VERGOEDING

### § 1. *Het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding – algemeen*

24. Volgens artikel 1022, tweede lid Gerechtelijk Wetboek worden de basis-, minimum- en maximumbedragen van de rechtsplegingsvergoeding vastgesteld door de Koning, bij in Ministerraad overlegd besluit o.m. in functie van de aard van de zaak en de belangrijkheid van het geschil en na het advies te hebben ingewonnen van de Orde van Vlaamse Balies en van de Ordre des barreaux francophones et germanophone. De *adviezen van de beide balies*<sup>54</sup> waren behoudens bepaalde detailpunten gelijklopend en de Koning heeft die *quasi* integraal overgenomen.<sup>55</sup> Tijdens de parlementaire besprekingen was er nochtans op aangedrongen om de bedragen van de rechtsplegingsvergoeding in de wet zelf op te nemen.<sup>56</sup> Daarop is niet ingegaan omdat een KB werd gezien als een soepel en beter aangepast instrument voor het beheer van technische gegevens.<sup>57</sup>

25. De Koning heeft met het *Tarief Rechtsplegingsvergoeding*:

- bepaald dat de bedragen worden vastgesteld per aanleg (art. 1, tweede lid);
- een onderscheid gemaakt tussen de wel en de niet in geld waardeerbare zaken (resp. art. 2 en 3);
- in een afwijkende regeling voorzien voor de rechtspleging bedoeld in de artikelen 579 en 1017, tweede lid Gerechtelijk Wetboek (art. 4);
- in een aantal gevallen bepaald dat geen rechtsplegingsvergoeding is verschuldigd: voor het gerecht waaraan de zaak door de arrondissementsrechtbank werd onttrokken (art. 1, derde lid) waarmee de procedure voor de arrondissementsrechtbank mag worden gelijkgesteld<sup>58</sup>; bij het voldoen van de vordering voor inschrijving van de zaak op de rol (art. 1, vierde lid); bij rechtsplegingen die rechtsbijstand beogen (art. 7)<sup>59</sup>;

54. RGAR 2005, nr. 14038.

55. J. VAN COMPERNOLLE en F. GLANSORFF, *La répétabilité des frais et honoraires*, p. 234, nr. 5; J. VAN DROOGHENBROECK en B. DE CONINCK, *La loi du 21 avril 2007*, p. 40, nr. 6.

56. *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2891/002, p. 9-10 en 12.

57. *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2891/002, p. 11.

58. G. MARY, *La nouvelle réglementation*, nr. 14336/6, punt III.A.5.

59. Zie m.b.t. de vraag of deze bepaling ook geldt en zo ja op welke wijze bij een beroep tegen de beslissing van het Bureau voor Juridische Bijstand: S. GIBENS, *Juridische bijstand in APR*, Mechelen, Kluwer, 2008, p. 168-169, nr. 244.



- in een aantal gevallen bepaald dat een lagere rechtsplegingsvergoeding of het minimum bedrag verschuldigd is: bij het voldoen van de vordering na inschrijving op de rol (art. 1, vijfde lid); bij een summiere rechtspleging om betaling te bevelen overeenkomstig de artikelen 1340 tot 1343, § 2 Gerechtelijk Wetboek (art. 5) en bij verstek (art. 6).

26. Zoals hierboven reeds aangegeven, heeft de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State de vernietigingsberoepen tegen het Tarief Rechtsplegingsvergoeding verworpen. Daarbij was de administratieve rechter o.m. van oordeel dat:

- een ontslagnemende regering dit besluit wel degelijk kon nemen<sup>60</sup>;
- de Koning wel degelijk rekening heeft gehouden met de in artikel 1022, tweede lid Gerechtelijk Wetboek, vermelde criteria van “aard van de zaak” en “belangrijkheid van het geschil” en geen onredelijk gebruik heeft gemaakt van zijn beoordelingsvrijheid<sup>61</sup>;
- de Koning niet verplicht is om alle soorten geschillen zonder uitzondering in de tariefregeling op te nemen of voor alle geschillen zowel een minimum-, basis- en maximumbedrag vast te leggen, maar kan beslissen dat voor bepaalde geschillen omwille van de aard van de zaak, de onbelangrijkheid van het geschil of een andere reden geen rechtsplegingsvergoeding is verschuldigd of slechts een bedrag wordt bepaald<sup>62</sup>;
- het niet onwettig is dat de Koning de in het regelgeving m.b.t. de rechtsbijstand gebruikte indeling (cf. KB 20 december 1999 houdende uitvoeringsbepalingen inzake de vergoeding die aan advocaten wordt toegekend in het raam van de juridische tweedelijnsbijstand en inzake de subsidie voor de kosten verbonden aan de organisatie van de bureaus voor juridische bijstand; MB 5 juni 2008 tot vaststelling van de lijst met punten voor prestaties verricht door advocaten belast met gedeeltelijk of volledig kosteloze juridische tweedelijnsbijstand) niet is gevolgd.<sup>63</sup>

## § 2. In beginsel: het basisbedrag

27. Uit de wijze waarop artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek is opgesteld, blijkt dat voor de wetgever *het basisbedrag de regel is* en afwijkingen in min of in meer van dit basisbedrag de uitzondering. Principieel is volgens een cassatiearrest van 6 oktober 2010<sup>64</sup> bij ontstentenis van een conclusie dienaangaande de basisrechtsplegingsvergoeding verschuldigd.

60. RvS 31 augustus 2011, nr. 214.910, *Michel Pirard*, r.o. 16-21; RvS 31 augustus 2011, nr. 214.911, *Syndicat des Avocats pour la démocratie*, r.o. 17-22.

61. RvS 31 augustus 2011, nr. 214.910, *Michel Pirard*, r.o. 26-29; RvS 31 augustus 2011, nr. 214.911, *Syndicat des Avocats pour la démocratie*, r.o. 10.1-10.5.

62. RvS 31 augustus 2011, nr. 214.910, *Michel Pirard*, r.o. 30-31; RvS 6 december 2011, nr. 216.702, *Algemeen Christelijk Vakverbond et al.*, r.o. 22-24.

63. RvS 31 augustus 2011, nr. 214.911, *Syndicat des Avocats pour la démocratie*, r.o. 10.4.

64. Cass. 6 oktober 2010, P.10.661.F, *Arr.Cass.* 2010, 2407; N. CLIJMANS, “Rechtsplegingsvergoeding en verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van de advocaat”, *RABG* 2007, 1236; H. LAMON, *Verhaalbaarheid advocatenkosten*, p. 437, nr. 11 en voetnoot (47); S. VOET, *Enkele praktische knelpunten*, p. 1129, nr. 2.a; F. VAN VOLSEM, *De rechtsplegingsvergoeding en de strafrechter*, p. 391, nr. 66.

28. Volgens artikel 1022, derde lid Gerechtelijk Wetboek kan de rechter binnen de vastgelegde minimum- en maximumgrenzen *afwijken* van dit basisbedrag op verzoek van een van de partijen én mits een met bijzondere redenen omklede beslissing. Er moet dus aan deze *dubbele voorwaarde* voldaan zijn. De beslissing om af te wijken van het basisbedrag moet in elk geval met redenen omkleed zijn, ook als de veroordeelde partij het door de tegenpartij gevorderde bedrag niet heeft betwist en hij voor zichzelf een rechtsplegingsvergoeding heeft gevorderd die hoger is dan het basisbedrag.<sup>65</sup>

29. Indien partijen of minstens een van hen de rechter niet verzoeken om af te wijken van het basisbedrag, kan hij – op basis van de tekst van artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek en anders dan in het oorspronkelijk voorstel was voorzien – dit niet ambtshalve doen.<sup>66</sup> Het ambtshalve toekennen van een ander bedrag dan het basisbedrag is onwettig.<sup>67</sup>

30. De beslissing van de rechter om af te wijken van het basisbedrag moet met *bijzondere redenen omkleed* zijn. De wetgever wilde standaard<sup>68</sup> of puur vormelijke motiveringen<sup>69</sup> vermijden. Een uitdrukkelijke motivering op basis van een of meerdere van de vier criteria van artikel 1022, derde lid Gerechtelijk Wetboek is vereist indien niet het basisbedrag wordt toegekend<sup>70</sup>: de rechter moet duidelijk aangeven op welk of welke van de vier criteria hij zich heeft gesteund om in min of in meer af te wijken van het basisbedrag en waarom.<sup>71</sup> Die motiveringsverplichting wordt verantwoord door de ruime appreciatiemarge die de rechter heeft bij het bepalen van het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding en moet dus willekeur vermijden. Een afwijking van het basisbedrag omdat “*rekening dient te worden gehouden met het bijzondere karakter van de zaak*” voldoet volgens het Hof van Cassatie niet.<sup>72</sup>

31. Het Hof van Cassatie – civiele kamer – oordeelde dat indien de appelrechter veroordeelt tot de betaling van een rechtsplegingsvergoeding in eerste aanleg van 5 500 euro, terwijl in de laatste conclusie slechts een vergoeding werd gevorderd van 5 000 euro, hij *ultra petita* uitspraak doet en het beschikkingsbeginsel zoals dit is

65. Cass. 21 oktober 2011, C.09.0463.F.

66. Cass. 6 oktober 2010, P.10.0661.F, *Arr.Cass.* 2010, 2407; Cass. 20 november 2012, P.12.0203.N, *Arr.Cass.* 2012, 2600; D. DESSARD, *La répétabilité*, 61; H. LAMON, *Verhaalbaarheid advocatenkosten*, p. 438, nr. 11; I. SAMOY en V. SAGAERT, *De wet van 21 april 2007*, p. 686, nr. 41 (1); J. VAN COMPERNOLLE en F. GLANSDORFF, *La répétabilité des frais et honoraires*, p. 240, nr. 9; X, noot onder Rb. Hasselt 5 maart 2008, *Fisc.Koer.* 2008, 425; J. VAN DROOGHENBROECK en B. DE CONINCK, *La loi du 21 avril 2007*, p. 44, nr. 25.

67. Cass. 22 april 2010, C.09.0270.N, *Arr.Cass.* 2010, 1134; Cass. 6 oktober 2010, P.10.0061.F; B. PETIT, “La répétabilité. Actualités législatives et tendances jurisprudentielles”, *Droit judiciaire*, Limal, 2011, p. 44-45, nr. 28; F. VAN VOLSEM, “Het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding voor de strafrechter: de rechter mag bij opgeblazen vorderingen het bedrag bepalen in functie van het toegekende in plaats van het gevorderde”, *RABG* 2011, 974, nr. 4.

68. H. LAMON, *Verhaalbaarheid advocatenkosten*, p. 438, voetnoot (47).

69. J. VAN COMPERNOLLE en F. GLANSDORFF, *La répétabilité des frais et honoraires*, p. 240, nr. 9.

70. I. SAMOY en V. SAGAERT, *De wet van 21 april 2007*, p. 686, nr. 41 (2).

71. J. VAN COMPERNOLLE en F. GLANSDORFF, *La répétabilité des frais et honoraires*, p. 240, nr. 9.

72. Cass. 6 oktober 2010, P.10.0661.F, *Arr.Cass.* 2010, 2407.

vastgelegd in artikel 1138, 2° Gerechtelijk Wetboek miskent.<sup>73</sup> Indien de op een rechtsplegingsvergoeding gerechtigde slechts het minimumbedrag vordert dan kan de rechter volgens het Hof van Cassatie – sociale kamer – niet ambtshalve veroordelen tot het basisbedrag.<sup>74</sup> De strafkamer van het Hof oordeelde met een arrest van 30 maart 2010<sup>75</sup> in andere zin. Uit de combinatie van de artikelen 162*bis*, eerste lid Wetboek van Strafvordering en artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek en de niet-toepasselijkheid van artikel 1021 Gerechtelijk Wetboek in strafzaken werd afgeleid dat de strafrechter die uitspraak doet over de burgerlijke rechtsvordering de rechtsplegingsvergoeding mag bepalen op een hoger bedrag dan vermeld in de opgave van de kosten. Hij doet daarmee geen uitspraak over de niet-gevorderde zaken noch kent hij meer toe dan gevraagd. Dit arrest kan worden bijgevalen voor zover de strafrechter het basisbedrag toekent en de in het ongelijk gestelde partij geen verlaging van dit basisbedrag heeft gevraagd.<sup>76</sup>

### § 3. Grondslag voor de berekening: bij een in geld waardeerbare vordering op het bedrag van de vordering

**32.** Voor de in geld waardeerbare vorderingen is het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding overeenkomstig artikel 2, eerste lid Tarief Rechtsplegingsvergoeding uitsluitend afhankelijk van het bedrag van de vordering. Het bedrag van de vordering wordt volgens die bepaling vastgesteld overeenkomstig de artikelen 557 tot 562 en 618 Gerechtelijk Wetboek i.v.m. de bevoegdheid en de aanleg.

**33.** Volgens artikel 557 Gerechtelijk Wetboek is de waarde van de vordering het bedrag dat in *de inleidende akte* wordt geëist met uitsluiting van gerechtelijke interesten, gerechtskosten en dwangsommen. Het lijkt logisch dat daarmee voor de strafgerichten het document wordt bedoeld waarmee de vordering van de burgerlijke partij aanhangig wordt gemaakt of waarin die vordering wordt opgetekend: de door de burgerlijke partij uitgebrachte rechtstreekse dagvaarding, de nota van burgerlijkepartijstelling of de besluiten houdende burgerlijkepartijstelling of desgevallend – en dit is niet ongebruikelijk – het proces-verbaal van de terechtzitting waarin de vordering van de burgerlijke partij wordt geacteerd.

**34.** Het bedrag van de vordering wordt bepaald door optelling van de in inleidende akte gevorderde hoofdsom en de interesten die reeds vervallen zijn op de datum van

73. Cass. 18 september 2014, C.12.0237.F.

74. Cass. 12 november 2012, S.11.0015.N.

75. Cass. 30 maart 2010, P.09.1605.N.

76. Vgl. J. MEESE, *De rechtsplegingsvergoeding en de strafrechter*, p. 279, nr. 4. Zie in een civiele zaak Rb. Leuven 11 juni 2008, *RABG* 2009, 1369, noot N. VAN DE SYPE.

de akte. Met een arrest van 4 maart 2010 herinnerde het Hof van Cassatie<sup>77</sup> eraan dat onder de (uitgesloten) gerechtelijke *interessen* in de zin van deze bepaling elke interest wordt verstaan vervallen vanaf de dag van de inleidende akte, ongeacht het gaat om compensatoire of moratoire interessen.<sup>78</sup> Compensatoire interessen daterend van vóór de datum van de inleidende akte – bv. tussen de datum van het misdrijf dat de schade heeft veroorzaakt en de nota burgerlijkepartijstelling voor de vonnisrechter – moeten wel worden meegerekend. De beslissing die oordeelt dat bij een vordering wegens onrechtmatige daad de gerechtelijke interessen niet lopen vanaf de inleidende akte, maar slechts vanaf de uitspraak en met die interessen rekening houdt bij het bepalen van het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding, wordt gecasseerd.<sup>79</sup>

**35.** Verschillende punten van een vordering worden volgens artikel 558 Gerechtelijk Wetboek samengeteld. Indien het bedrag van de vordering tijdens de procedure wijzigt, wordt volgens artikel 618, tweede lid Gerechtelijk Wetboek rekening gehouden met het *bedrag dat in de laatste conclusie* wordt gevorderd. Een burgerlijke partij beschikt aldus over de mogelijkheid om gedurende de procedure het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding te beïnvloeden. Met conclusie in de zin van artikel 618, tweede lid Gerechtelijk Wetboek moet in strafzaken ook het acteren van een aanpassing van de vordering van de burgerlijke partij op het proces-verbaal van de terechtzitting worden begrepen.<sup>80</sup>

**36.** Het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding is in beginsel *onafhankelijk van de door de rechter toegekende som*, maar wordt volgens cassatiearresten van *7 januari 2009*<sup>81</sup>, *24 november 2009*<sup>82</sup> en *25 januari 2011*<sup>83</sup> bepaald in functie van het door de in het gelijk gestelde (burgerlijke) partij gevorderde bedrag.

**37.** In de rechtsleer werd ervoor gewaarschuwd dat dit systeem ertoe zou kunnen leiden dat een eisende partij het bedrag van *haar vordering opdrijft* enkel met het oog

---

77. Cass. 4 maart 2010, *RABG* 2010, 1180, noot B. MAES. Zie ook Rb. Luik 21 maart 2008, *P&B* 2009, 54; Rb. Leuven 12 juni 2009, *LRB* 2009, 271; Pol. Brugge 19 juni 2008, *RW* 2008-09, 1198.

78. Zie weliswaar buiten de context van de rechtsplegingsvergoeding Cass. 2 oktober 1995, *Arr.Cass.* 1995, 838; Cass. 19 februari 2004, *RW* 2004-05, 183, noot S. MOSSELMANS; Rb. Brussel 10 oktober 2007, *VAV* 2008, 361; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 238-239, nr. 519 en noot (8). Zie tevens B. MAES, "Rechtsplegingsvergoeding en gerechtelijke interest", *RABG* 2010, 1184-1187.

79. Cass. 4 maart 2010, *RABG* 2010, 1180, noot B. MAES.

80. Pol. Brugge 22 januari 2008, *RW* 2008-09, 36.

81. Cass. 7 januari 2009, P.08.0874.F, *Arr.Cass.* 2009, 55.

82. Cass. 24 november 2009, P.09.1815.N, *Arr.Cass.* 2009, 2778; Cass. 18 oktober 2011, P.11.0440.N.

83. Cass. 25 januari 2011, P.10.1348.N.

op het verkrijgen van een hogere rechtsplegingsvergoeding.<sup>84</sup> Dit zou dan tot absurde en in elk geval kennelijk onredelijke situaties leiden.

**38.** Opgeblazen vorderingen kunnen worden geneutraliseerd door op grond van het vierde criterium van artikel 1022, derde lid Gerechtelijk Wetboek het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding te herleiden.<sup>85</sup> Dit stelsel kent evenwel zijn beperkingen: er kan slechts wordt herleid tot het minimumbedrag en de herleiding moet worden gevorderd.<sup>86</sup>

**39.** Voorgehouden werd dat op basis van de op artikel 1382 Burgerlijk Wetboek gesteunde theorie van het procesrechtsmisbruik de rechter, indien hij van oordeel is dat een (burgerlijke) partij haar vordering heeft opgeblazen, enkel en alleen met het oog op het verkrijgen van een hogere rechtsplegingsvergoeding, de vordering tot het verkrijgen van een op die grondslag berekende rechtsplegingsvergoeding kan afwijzen<sup>87</sup> of tot een normale omvang herleiden.<sup>88</sup> De rechtsplegingsvergoeding zou in een dergelijk geval niet op basis van het bedrag van de vordering, maar wel op basis van het toegekende bedrag mogen worden toegekend.<sup>89</sup>

**40.** Het Hof van Cassatie is met *een arrest van 17 november 2010*<sup>90</sup> die suggestie gevolgd met de volgende redenering:

- artikel 2 Tarief Rechtsplegingsvergoeding gaat uit van een rechtsplegingsvergoeding gesteund op het bedrag van de vordering;
- artikel 13 Grondwet vereist niet dat de rechtsplegingsvergoeding wordt berekend op basis van het door de rechter toegekende bedrag;
- de rechter kan niettemin de rechtsplegingsvergoeding berekenen op basis van het toegekende bedrag veeleer dan op basis van het gevorderde bedrag, als het

84. O.m. B. DE CONINCK en J. VAN DROOGHENBROECK, “Indemnité de procédure et répartition des dépens”, *JT* 2008, 581, nr. 1; O. MICHELS, *La répétibilité en procédure pénale*, 1263; I. SAMOY en V. SAGAERT, *De wet van 21 april 2007*, p. 685, nr. 37; V. SAGAERT en I. SAMOY, *Knelpunten*, knelpunt 2; J. VAN COMPERNOLLE en F. GLANSORFF, *La répétibilité des frais et honoraires*, p. 236, nr. 6; F. VAN VOLSEM, *De rechtsplegingsvergoeding en de strafrechter*, p. 393, nr. 83; S. VOET, “Enkele praktische knelpunten bij de toepassing van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van kosten en erelonen van advocaten”, *RW* 2007-08, p. 1132, nr. 9.

85. Voor een voorbeeld: Antwerpen 28 juni 2010, *Limb.Rechtsl.* 2010, 288, noot I. SAMOY en T. DANG VU.

86. I. SAMOY en T. DANG VU, “Veel gevorderd en weinig toegekend. Hoe moet de rechtsplegingsvergoeding bepaald worden?”, *Limb.Rechtsl.* 2010, 292, nr. 5; F. VAN VOLSEM, *De rechtsplegingsvergoeding en de strafrechter*, p. 394, nr. 89; F. VAN VOLSEM, “Het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding voor de strafrechter: de rechter mag bij opgeblazen vorderingen het bedrag bepalen in functie van het toegekende in plaats van het gevorderde”, *RABG* 2011, 977, nr. 17.

87. J. VAN DROOGHENBROECK en B. DE CONINCK, *La loi du 21 avril 2007*, p. 40, nr. 8, die wijzen op art. 620 Ger.W.; S. VOET, *Enkele praktische knelpunten*, p. 1132, nr. 9.

88. J. VAN DONINCK, “Het omslaan van de gedingkosten en de nieuwe rechtsplegingsvergoeding: as you like it?”, *RW* 2009-10, 311, nr. 9.

89. H. BOULARBAH, “Sous (sur)évaluation abusive de la valeur de la demande: incidence sur la compétence, le ressort et l’indemnité de procédure”, *T.Vred.* 2008, 343; K. BEIRNAERT, “Erelonen en kosten strafpleiters verhaalbaar via rechtsplegingsvergoeding”, *Juristenkrant* 13 februari 2008, 13.

90. Cass. 17 november 2010, P.10.0863.F, *Arr.Cass.* 2010, 2772, *JT* 2011, 35, noot, *NC* 2011, 330 en *RABG* 2011, 972, noot F. VAN VOLSEM.

- gevorderde bedrag ofwel een klaarblijkelijke overwaardering is die de normale, bedachtzame en zorgvuldige rechtzoekende niet zou hebben begaan ofwel te kwader trouw werd verhoogd met als enig doel op kunstmatige wijze het bedrag van de vordering op te trekken tot een hogere schijf<sup>91</sup>;
- de sanctie op rechtsmisbruik beschermt hij die tot een rechtsplegingsvergoeding is gehouden tegen een veroordeling die enkel is ingegeven door de vordering van de schuldeiser;
  - het Tarief Rechtsplegingsvergoeding is bijgevolg niet strijdig met het recht op een eerlijk proces.

Die rechtspraak heeft bij de feitenrechters ruime ingang gevonden.<sup>92</sup>

**41.** Daarbij is aan te stippen dat de afdeling Bestuursrechtspraak van *de Raad van State* besliste dat de in artikel 2, tweede lid Tarief Rechtsplegingsvergoeding vastgelegde regel dat het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding op basis van de vordering geen onverantwoorde inmenging in het eigendomsrecht inhoudt omdat de rechter op grond van het kennelijk onredelijk karakter van de situatie het bedrag kan verlagen tot het minimum en omdat het gelet op het voormelde arrest van het Hof van Cassatie van 17 november 2010 i.g.v. opgeblazen vorderingen de vergoeding kan worden bepaald op het toegekende i.p.v. op het gevorderde bedrag.<sup>93</sup>

**42.** Het lijkt evident dat de rechter *niet zelf rechtsmisbruik mag aanvoeren* om de rechtsplegingsvergoeding te bepalen op basis van het toegekende i.p.v. het gevorderde bedrag, maar dat dit moet worden gevorderd.<sup>94</sup> De rechter kan dit aspect desgevallend met zijn ondervragingsrecht in het debat brengen. De rechter kan volgens het Hof van Cassatie i.g.v. een opgeblazen vordering in elk geval niet op die grond ambtshalve de gevorderde rechtsplegingsvergoeding herleiden zonder de partijen de gelegenheid te geven daarover standpunt in te nemen.<sup>95</sup>

**43.** Indien een partij aanvoert dat de rechtsplegingsvergoeding moet worden herleid omdat ze is opgeblazen, dan moet daarop worden *geantwoord*.<sup>96</sup>

---

91. Dit onderdeel van de redenering werd herhaald in Cass. 20 november 2012, P.12.0203.N, *Arr.Cass.* 2012, 2600.

92. Zie bv. Pol. Brussel 17 oktober 2012, *VAV* 2013, 58.

93. RvS 31 augustus 2011, nr. 214.910, *Michel Pirard*, r.o. 45.

94. F. VAN VOLSEM, "Het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding voor de strafrechter: de rechter mag bij opgeblazen vorderingen het bedrag bepalen in functie van het toegekende in plaats van het gevorderde", *RABG* 2011, 978, nr. 20.

95. Cass. 20 november 2012, P.12.0203.N, *Arr.Cass.* 2012, 2600.

96. Cass. 16 oktober 2013, P.13.0790.F.

#### § 4. *De niet in geld waardeerbare vordering*

44. Voor niet in geld waardeerbare vorderingen heeft de Koning met artikel 3 Tarief Rechtsplegingsvergoeding in *drie bedragen* voorzien: een minimumbedrag van thans 82,50 euro, een basisbedrag van thans 1 320,00 euro en een maximumbedrag van thans 11 000,00 euro.

45. Het *begrip* niet in geld waardeerbare vordering wordt in het Tarief Rechtsplegingsvergoeding *niet nader omschreven*. Het komt dus aan de rechter toe dit begrip in te vullen<sup>97</sup>, wat aanleiding geeft tot uiteenlopende rechtspraak.<sup>98</sup> Dergelijke vorderingen, hoewel in de praktijk niet courant, zijn ook mogelijk voor de strafrechter die ten gronde uitspraak doet. Er kan daarbij gedacht worden aan vorderingen van een burgerlijke partij tot staking van het strijdig gebruik<sup>99</sup> of tot het herstel van de plaats in de vorige toestand in een stedenbouwcontext, of het staken van niet-vergunde activiteiten in een milieucontext, of de teruggave van bepaalde aan het misdrijf gerelateerde goederen die zich in het vermogen van de beklaagde bevinden of bevonden en desgevallend in beslag werden genomen.

46. In een vorige bijdrage hebben wij geargumenteed dat een burgerlijkepartijstelling voor de onderzoeksrechter als een in geld waardeerbare vordering moet worden beschouwd. Het Hof van Cassatie heeft vrij snel anders geoordeeld. Met een arrest van 21 januari 2009 werd beslist dat een burgerlijkepartijstelling voor de onderzoeksrechter steeds *een niet in geld waardeerbare vordering* is. Aangezien het voor een *burgerlijkepartijstelling in handen van de onderzoeksrechter* volstaat dat op geloofwaardige wijze het bestaan wordt aangevoerd van schade die uit het misdrijf voortvloeit en niet is vereist dat die schade wordt geraamd, is die vordering geen in geld waardeerbare vordering in de zin van artikel 3 Tarief Rechtsplegingsvergoeding, zelfs al wordt in de klacht melding gemaakt van een schadebedrag. In dat stadium van de rechtspleging stelt de burgerlijke partij geen vordering tot betaling van schadevergoeding in. De beslissing van het onderzoeksgerecht om in een dergelijk geval het bedrag van rechtsplegingsvergoeding waarop hij die buiten vervolging wordt gesteld overeenkomstig artikel 128, tweede lid Wetboek van Strafvordering is gerechtigd, te berekenen op basis van de voorgehouden schade, wordt gecasseerd.<sup>100</sup>

47. Die rechtspraak heeft het voordeel van de *duidelijkheid*. Alle discussies i.v.m. de waarde die een klacht met burgerlijkepartijstelling heeft<sup>101</sup>, worden zo vermeden. Wel

97. P. VANLERSBERGHE, "Rechtsplegingsvergoeding en (niet) in geld waardeerbare vorderingen", *RABG* 2010, 1191, nr. 3.

98. B. VAN DEN BERGH, "De rechter als schatter van vorderingen", *Limb.Rechtsl.* 2010, 199-202.

99. Vgl. met een stakingsvordering in het economisch recht: Gent 20 januari 2011, *RW* 2011-12, 874, noot A. D'ESPALLIER; Voorz. Kh. Antwerpen 21 januari 2010, *IRDI* 2012, 427, noot.

100. Cass. 21 januari 2009, P.08.1022.F, *Arr.Cass.* 2009, 207, *JT* 2009, 108, noot en *RDPC* 2009, 608, noot M. TRAEÏST; M. TRAEÏST, *La jurisprudence récente de la Cour de cassation*, 6620-621. Zie ook Cass. 19 juni 2012, P.11.2110.N.

101. F. VAN VOLSEM, *De rechtsplegingsvergoeding en de strafrechter*, 393, nr. 81.

past de bedenking dat het als het ware systematisch toekennen van het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding voor een niet in geld waardeerbare vordering (thans 1 320,00 euro) lastens een burgerlijke partij ten voordele van een buiten vervolging gestelde, van een autonome burgerlijkepartijstelling voor de onderzoeksrechter een hachelijke onderneming maakt. Ook hier mag er worden op aangedrongen dat het onderzoeksgerecht gebruikmaakt van zijn ondervragingsrecht teneinde bij de burgerlijke partij te peilen naar elementen die deze ertoe zou kunnen brengen om een verlaging van de rechtsplegingsvergoeding te vorderen, desgevallend tot het minimumbedrag.<sup>102</sup>

### § 5. *Gemengde vorderingen*

**48.** Het kan gebeuren dat de vordering van een burgerlijke partij zowel een niet in geld waardeerbare vordering (bv. vordering tot het herstel in de vorige staat van een door de buurman zonder vergunning gebouwde varkensstal) omvat als een in geld waardeerbare vordering (een schadevergoedingsvordering wegens het gestoord woongenot door bv. geurhinder). In het Tarief Rechtsplegingsvergoeding is voor dit probleem geen oplossing te vinden. De feitenrechters hanteerden verschillende benaderingen.<sup>103</sup> Het Hof van Cassatie hakte met *een arrest van 11 mei 2010* de knoop door: de rechtsplegingsvergoeding moet worden bepaald op basis van de vordering waarvoor *de hoogste wettelijke rechtsplegingsvergoeding* is verschuldigd.<sup>104</sup> S. VOET merkt bij dit arrest op dat waar staat geschreven “vordering” er eigenlijk geschilpunt(en) wordt bedoeld en dat met hoogste wettelijke rechtsplegingsvergoeding niet de maximumrechtsplegingsvergoeding wordt bedoeld, maar wel het hoogste basisbedrag.<sup>105</sup>

### § 6. *De criteria om af te wijken van het basisbedrag: algemeen*

**49.** De wetgever heeft met artikel 1022, derde lid Gerechtelijk Wetboek de rechter *vier* door de Hoge Raad voor de Justitie voorgestelde *criteria* ter hand gesteld die toelaten om af te wijken van het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding. Het gaat om precieze criteria die als doel hebben de rechterlijke beoordeling in goede

---

102. F. VAN VOLSEM, “Het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding voor de strafrechter: de rechter mag bij opgeblazen vorderingen het bedrag bepalen in functie van het toegekende in plaats van het gevorderde”, *RABG* 2011, 975-976, nr. 10.

103. Zie uitgebreid daarover P. TAELEMAN en S. VOET, “De verhaalbaarheid van de advocatenhonoraria: analyse van een aantal knelpunten na één jaar toepassing” in P. VAN ORSHOVEN en B. MAES (eds.), *De proceswetten van 2007 ... revisited!*, Brugge, die Keure, 2009, 172-173, nr. 43; S. VOET, “Rechtsplegingsvergoedingen bij een gemengde vordering: Hof van Cassatie hakt de knoop door”, *RW* 2010-11, 874, nr. 3.

104. Cass. 11 mei 2010, P.10.0109.N, *Arr.Cass.* 2010, 1368, *RW* 2010-11, 873, noot S. VOET en *TGR-TWVR* 2010, 331. Zie in dezelfde zin o.m. Antwerpen 18 februari 2008, *P&B* 2009, 23; Brussel 17 december 2012, *JLMB* 2014, 696; Rb. Brussel 3 februari 2012, *JT* 2012, 750.

105. S. VOET, “Rechtsplegingsvergoedingen bij een gemengde vordering: Hof van Cassatie hakt de knoop door”, *RW* 2010-11, 875, nr. 4.



banen te leiden teneinde de toegang tot de rechter te behouden en te bevorderen<sup>106</sup>: de financiële draagkracht van de verliezende partij, de complexiteit van de zaak, de contractueel bepaalde vergoedingen en het kennelijk onredelijk karakter van de situatie. De rechter mag geen andere criteria in aanmerking nemen. Het eerste criterium kan enkel worden gebruikt om een verlaging van het basisbedrag te verantwoorden, terwijl de drie overige kunnen worden gebruikt als motivering voor een verhoging of verlaging. Het derde criterium lijkt in strafzaken weinig bruikbaar.

**50.** De rechter mag *het basisbedrag* verlagen of verhogen zonder evenwel ooit de minimum- of maximumbedragen te mogen *overschrijden*. Tussen het minimum- en het maximumbedrag is de beoordelingsvrijheid van de rechter echter niet gebonden.<sup>107</sup>

**51.** Of de door artikel 1022, derde lid Gerechtelijk Wetboek bedoelde criteria aanwezig zijn, wordt volgens het Hof van Cassatie *onaantastbaar beoordeeld* door de feitenrechter.<sup>108</sup> Het Hof van Cassatie gaat wel na of de rechter aan die criteria hun gebruikelijke betekenis geeft en of hij uit zijn vaststellingen geen gevolgen afleidt die daarmee geen verband houden of op grond daarvan niet kunnen worden aangenomen.<sup>109</sup> De rechter die het oordeel dat een zaak complex is, steunt op het behoorlijk lijvig dossier, het aantal oproepingen voor de raadkamer, het feit dat werd geconcludeerd en dat een bundel met bijkomende stukken werd gevoegd en het pleiten van de zaak, miskent de gebruikelijke betekenis van het begrip complexiteit niet.<sup>110</sup>

**52.** Een partij die een aanpassing vordert van het basisbedrag moet *duidelijk aangeven* op welke grond of gronden hij dit doet.<sup>111</sup> Indien een partij een dergelijke afwijking vordert zonder daarover een specifiek verweer te voeren, miskent de rechter zijn motiveringsverplichting niet door zonder opgave van redenen het basisbedrag op te leggen.<sup>112</sup> De weigering om af te wijken van het basisbedrag is voldoende gemotiveerd met de vaststelling dat geen van de criteria van artikel 1022, derde lid Gerechtelijk Wetboek, voorhanden is.<sup>113</sup> Indien een beklagde zonder nadere motivering vraagt de basisvergoeding te verlagen, dan is de afwijzing van die vraag met als reden dat de betrokkene niet afdoende aantoonde dat in artikel 1022, derde lid Gerechtelijk Wetboek bedoelde omstandigheden toepassing vinden, naar recht verantwoord.<sup>114</sup> Hij die een aanpassing vordert, moet dat verzoek ondersteunen met stavende stukken.<sup>115</sup>

106. Cass. 24 juni 2010, C.09.425.N, *Arr.Cass.* 2010, 1943; Cass. 23 april 2014, P.12.0871.N.

107. I. SAMOY en V. SAGAERT, *De wet van 21 april 2007*, p. 686, nr. 41 (3).

108. Cass. 23 april 2013, P.12.0871.N.; Cass. 12 november 2013, P.13.0976.N.

109. Cass. 23 april 2013, P.12.0871.N.

110. Cass. 23 april 2013, P.12.0871.N.

111. Bv. Kh. Kortrijk 17 januari 2008, *RW* 2008-09, 1621.

112. Cass. 15 december 2009, P.09.0850.N, *Arr.Cass.* 2009, 3028.

113. Cass. 12 oktober 2010, P.10.0585.N; Cass. 8 februari 2011, P.10.0183.N. Zie nochtans Cass. 21 januari 2010, C.08.0538.N, *Arr.Cass.* 2010, 229.

114. Cass. 27 september 2011, P.11.0317.N.

115. Bv. Gent 29 juni 2010, *RW* 2011-12, 493; Gent 26 september 2011, *IRDI* 2012, 48.

**53.** Indien een verlaging van het basisbedrag wordt gevorderd op meerdere gronden moet de rechter op elk van die gronden *antwoorden*. Indien een partij een herleiding vraagt van de rechtsplegingsvergoeding op grond van haar bijzonder slechte financiële situatie en het kennelijk onredelijk karakter van de situatie gelet op het grote verschil in economische toestand tussen de partijen, is de afwijzing van dit verzoek op de enkele grond dat uit de door de verzoeker voorgelegde stukken niet blijkt dat haar financiële toestand dermate precair is dat van het basisbedrag moet worden afgeweken, niet naar recht verantwoord.<sup>116</sup>

**54.** Met de wijzigende *wet van 22 december 2008* betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van een advocaat werd artikel 1022, derde lid Gerechtelijk Wetboek in die zin gewijzigd dat de rechter het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding kan verhogen of verlagen op verzoek van een van de partijen en dit “*in voorkomend geval na ondervraging door de rechter*”. Aan de rechter werd zo de gelegenheid geboden om partijen te wijzen op de mogelijkheid om van het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding in meer of – wat de in de praktijk meer zal voorkomen – in min af te wijken. De rechter moet niet langer lijdzaam toezien.<sup>117</sup>

**55.** Uit het aan de rechter toegekende ondervragingsrecht volgt *niet* dat de rechter het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding *ambtshalve mag aanpassen*.<sup>118</sup> Dit blijft verboden. Parlementsleden zagen aanvankelijk in een ambtshalve aanpassing door de rechter een middel om onwetende burgers – lees zij die niet om een verlaging van het basisbedrag vroegen – te beschermen.<sup>119</sup> Met een regeringsamendement<sup>120</sup>, waarvan de inhoud de goedkeuring van de balies wegdroeg<sup>121</sup>, werd aan de rechter evenwel slechts een ondervragingsrecht gegeven. Dit past in de ontwikkeling naar een actieve rechter en werd voldoende geacht opdat de rechter onwetende partijen zou kunnen toelaten hun rechten uit te oefenen. Een ambtshalve aanpassing werd gezien als een miskennis van het recht van verdediging en het tegensprekelijk debat.<sup>122</sup> De wetgever verwees bij deze wetswijziging uitdrukkelijk naar het voorspelbaarheids- (de partijen moeten de kosten van de rechtspleging kunnen ramen) en het beschikingsbeginsel.<sup>123</sup>

**56.** Het Hof van Cassatie bevestigde met een arrest van 22 april 2010 dat op grond van artikel 1022, derde lid Gerechtelijk Wetboek slechts van *het basisbedrag* mag worden

116. Cass. 21 januari 2010, C.08.0538.N, *Arr.Cass.* 2010, 229.

117. J. MEESE, *De rechtsplegingsvergoeding in strafzaken*, p. 278, nr. 3.

118. J. MEESE, *De rechtsplegingsvergoeding in strafzaken*, p. 278-279, nr. 3; I. SAMOV en T. DANG VU, “Veel gevorderd en weinig toegekend. Hoe moet de rechtsplegingsvergoeding bepaald worden?”, *Limb.Rechtsl.* 2010, 295, nr. 9.

119. *Parl.St.* Kamer 2007-08, nrs. 52-0930/001 en 52-1049/001.

120. *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 52-0930/002.

121. *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 52-0930/004, 7.

122. *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 52-0930/004, 4, 6 en 10.

123. *Parl.St.* Kamer 2007-08, nrs. 52-0930/002, 2 en 4 en 52-0930/4, 8.

*afgeweken*, indien een van de partijen hierom *verzoekt*. Indien blijkt dat de rechter ambtshalve veroordeelt tot een ander bedrag dan het basisbedrag, volgt cassatie.<sup>124</sup>

57. De rechter die veroordeelt tot een rechtsplegingsvergoeding van 9 000 euro, terwijl de in het gelijk gestelde partij had gevraagd om in meer af te wijken van het basisbedrag en hem een vergoeding van 5 000 euro toe te kennen, schendt artikel 1138, 2° Gerechtelijk Wetboek.<sup>125</sup>

### § 7. Een van de criteria om af te wijken van het basisbedrag: het kennelijk onredelijk karakter van de situatie

58. Hoewel uit de ontstaansgeschiedenis van de regelgeving niet kan worden afgeleid dat dit de bedoeling was<sup>126</sup>, blijkt uit de rechtspraak van de feitenrechters in niet-strafzaken dat zij niet aarzelen om dit criterium te gebruiken om *de onredelijke houding* van partijen in zowel de pre-processuele als de processuele fase te sanctioneren. Het Hof van Cassatie – civiele kamer – lijkt met die rechtspraak geen probleem te hebben: met een *arrest van 4 juni 2009* werd geoordeeld dat de appelrechters die een eiser veroordelen tot een maximale rechtsplegingsvergoeding omdat hij niet op loyale wijze heeft meegewerkt aan de bewijsvoering en hij voor hen heeft volhard in zijn reeds door de eerste rechter gelaakte houding, die beslissing naar recht verantwoordt.<sup>127</sup>

59. Ook de Nederlandstalige strafkamer van het Hof laat toe *de proceshouding van een partij* te betrekken bij de beoordeling van het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding. De proceshouding van een partij in de zaak zelf of in andere gedingen zijn elementen die volgens een *arrest van 23 april 2013*<sup>128</sup> de rechter in aanmerking kan nemen bij de beoordeling van het criterium van de kennelijk onredelijke situatie om het basisbedrag overeenkomstig artikel 1022, derde lid Gerechtelijk Wetboek te verlagen of te verhogen. De beslissing van de kamer van inbeschuldigingstelling om een burgerlijke partij te veroordelen tot een hoger bedrag dan het basisbedrag, is volgens het *arrest van 24 januari 2012*<sup>129</sup> naar recht verantwoord als de appelrechters zich

124. Cass. 22 april 2010, C.09.0270.N, *Arr.Cass.* 2010, 1134. Zie ook Vred. Veurne 2 april 2013, *Huur* 2014, 183.

125. Cass. 27 september 2012, C.11.0159.F, *JT* 2013, 399, noot en *RTDF* 2013, 512, noot M. VAN MOLLE.

126. P. HOFSTRÖSSLER, "Bestrijden en vermijden van deloyaal procesgedrag" in *De uitdaging voor de notaris. Le défi du notaire*, Brussel, Larcier, 2011, p. 349, nr. 19.

127. Cass. 4 juni 2009, F.08.0088.F, *Arr.Cass.* 2009, 1554. Eiser in deze zaak was de Belgische staat. Zie ook Cass. 24 juni 2010, C.09.0425.N, *Arr.Cass.* 2010, 1953: de proceshouding van een van de partijen in andere gedingen maakt geen deel uit van de elementen die de rechter bij de beoordeling van de hoegroetheid van de rechtsplegingsvergoeding mag betrekken, tenzij als element van een onredelijke situatie.

128. Cass. 23 april 2013, P.12.0871.N.

129. Cass. 24 januari 2012, P.11.0939.N. Zie ook Rk. Veurne 4 november 2008, *TGR* 2009, 108: het manifest ongegrond karakter van een klacht met burgerlijkepartijstelling verantwoordt een basisrechtsplegingsvergoeding i.p.v. een gevorderde verlaagde rechtsplegingsvergoeding.

steunen op de vaststelling dat de burgerlijkepartijstelling manifest dilatoir is, de klacht enkel erop gericht is een burgerlijke procedure zo lang mogelijk te rekken en te doen aanslepen en de hangende procedure een totaal onredelijk karakter heeft.

**60.** Die rechtspraak lijkt niet zonder meer te kunnen worden doorgetrokken voor wat betreft de strafgerechten. Een beklagde of beschuldigde *moet geenszins meewerken* aan zijn vervolging en die niet-medewerking kan bezwaarlijk worden gesanctioneerd d.m.v. een verhoogde rechtsplegingsvergoeding. Enkel indien de proceshouding specifiek betrekking heeft op de burgerlijke rechtsvordering lijkt er ruimte om m.b.t. de beklagde of de beschuldigde dit criterium toe te passen.<sup>130</sup>

*§ 8. Een bijzonder geval: de in het ongelijk gestelde partij geniet juridische tweedelijsbijstand (art. 1022, vierde lid Ger.W.)*

**61.** Indien de in het ongelijk gestelde partij volledige en of gedeeltelijke<sup>131</sup> juridische tweedelijsbijstand geniet, moet de rechter volgens de tekst van artikel 1022, vierde lid Gerechtelijk Wetboek het *minimumbedrag* toekennen.

**62.** Het Grondwettelijk Hof achtte het *verantwoord* om bij het bepalen van het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding rekening te houden met de moeilijke situatie van een in het ongelijk gestelde partij die juridische tweedelijsbijstand geniet. Het doel om iedereen een gelijke toegang tot de rechter te waarborgen, vormt daartoe een verantwoording. Het risico dat een in het gelijk gestelde rechtzoekende wordt geconfronteerd met een in het ongelijk gestelde partij die juridische tweedelijsbijstand geniet en dus geheel of gedeeltelijk kan worden vrijgesteld van het betalen van de rechtsplegingsvergoeding, is een wisselvalligheid van de procedure waarmee de wetgever geen rekening moest houden.<sup>132</sup>

**63.** Het verschil in behandeling tussen in het ongelijk gestelde partijen naargelang zij al dan niet juridische tweedelijsbijstand genieten, is volgens het Grondwettelijk Hof evenzeer *verantwoord*. Voor dat onderscheid bestaat een objectief en pertinent criterium gericht op het verzekeren van het recht op toegang tot de rechter. Bovendien kan de rechter rekening houden met de (beperkte) financiële draagkracht van een in het ongelijk gestelde partij die geen juridische tweedelijsbijstand geniet.<sup>133</sup>

130. Vgl. J. MEESE, *De rechtsplegingsvergoeding in strafzaken*, p. 286, nr. 13.

131. Vgl. D. DESSARD, *La répitibilité*, p. 62, noot (28).

132. GwH 18 december 2008, nr. 182/2008, B.14.3.

133. GwH 18 december 2008, nr. 182/2008, B.14.4.

64. De toepassing van artikel 1022, vierde lid Gerechtelijk Wetboek vereist dat de in het ongelijk gestelde partij *daadwerkelijk juridische tweedelijnsbijstand* geniet. Het is niet voldoende dat zij daartoe aan de voorwaarden voldoet.<sup>134</sup> Het Grondwettelijk Hof zag geen schending van artikel 6 EVRM of een miskenning van het gelijkheidsbeginsel in het gegeven dat een partij die hoewel ze aan de voorwaarden voldoet geen juridische tweedelijnsbijstand heeft gevraagd, zich niet kan beroepen op de afwijkingsregeling van artikel 1022, vierde lid Gerechtelijk Wetboek. Het Hof wees er ook op dat de partij die op juridische tweedelijnsbijstand is gerechtigd, maar die niet heeft aangevraagd, i.g.v. een veroordeling bij verstek tot een rechtsplegingsvergoeding, alsnog een aanvraag tot het genieten van de volledige of de gedeeltelijke kosteloosheid kan indienen en in voorkomend geval van de regeling van artikel 1022, vierde, lid Gerechtelijk Wetboek, kan genieten.<sup>135</sup>

65. Met een arrest van 10 november 2011 heeft het Hof van Cassatie duidelijk gemaakt dat de afwijkende regeling van artikel 1022, vierde lid Gerechtelijk Wetboek enkel geldt voor zij die *juridische tweedelijnsbijstand* genieten zoals die is geregeld door artikel 508/1 *et seq.* Gerechtelijk Wetboek en dus *niet voor hen aan wie rechtsbijstand is verleend* overeenkomstig artikel 664 *et seq.* Gerechtelijk Wetboek.<sup>136</sup> I.t.t. de rechtsbijstand, die betrekking heeft op de kosten van de rechtspleging, dekt de juridische tweedelijnsbijstand hetzelfde als wat de rechtsplegingsvergoeding wil dekken, nl. de kosten en het ereloon van de advocaat.<sup>137</sup>

66. De rechter mag van de regel van artikel 1022, vierde lid Gerechtelijk Wetboek m.b.t. het verplicht toekennen van het minimumbedrag *afwijken* i.g.v. een kennelijk onredelijke situatie mits hij zijn beslissing op dit punt bijzonder motiveert. In de rechtsleer<sup>138</sup> werd opgemerkt dat de tekst van artikel 1022, vierde lid Gerechtelijk Wetboek zowel een afwijking naar boven als naar beneden mogelijk maakt. De minister van Justitie had nochtans aangegeven dat zij niet akkoord kon gaan met een afwijking naar beneden.<sup>139</sup> In zijn arrest van 18 december 2008<sup>140</sup> besliste het Grondwettelijk Hof evenwel dat ingeval de in het ongelijk gestelde partij juridische tweedelijnsbijstand geniet, de rechter de rechtsplegingsvergoeding wel degelijk op een lager bedrag dan het minimumbedrag mag vaststellen en zelfs op een symbolisch bedrag, indien het minimum

134. S. VOET, "Rechtsplegingsvergoeding en juridische tweedelijnsbijstand", *RW* 2012-13, 180, nr. 7.

135. GwH 3 februari 2011, nr. 19/2011, B.6-B.8.3.

136. Cass. 10 november 2011, C.11.0456.N, *RW* 2011-12, 177, noot S. VOET en *P&B* 2012, 116; Cass. 31 oktober 2012, P.12.0790.F, *Arr.Cass.* 2012, 2377.

137. S. VOET, "Rechtsplegingsvergoeding en juridische tweedelijnsbijstand", *RW* 2012-13, 178, nr. 3. Zie over het onderscheid tussen rechtsbijstand en juridische tweedelijnsbijstand: S. VOET, "Rechtsbijstand (en juridische tweedelijnsbijstand): een update" in P. LECOCQ en M. DAMBRE (eds.), *Rechtskroniek voor de vrede- en politierechters* 2012, Brugge, die Keure, 2012, 391-393.

138. G. MARY, *La nouvelle réglementation*, nr. 14336/6, punt III.A.7; J. VAN COMPERNOLLE en F. GLANSORFF, *La répertibilité des frais et honoraires*, p. 249, nr. 16.

139. *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2891/2, 14.

140. GwH 18 december 2008, nr. 182/2008, B.7.6.1-B.7.6.7.

bedrag zou leiden tot een kennelijk onredelijke situatie. Het Hof achtte een interpretatie dat op grond van artikel 1022, vierde lid Gerechtelijk Wetboek, het minimumbedrag enkel kan worden verhoogd en niet verlaagd strijdig met de standstill-verplichting van artikel 23 Grondwet inzake het recht op juridische bijstand. Aldus reikte het Hof een grondwetsconforme interpretatie van de bepaling aan.<sup>141</sup>

**67.** Met de nog niet in werking getreden *wet van 21 februari 2010* werd artikel 1022, vierde lid Gerechtelijk Wetboek aangepast in die zin dat werd bepaald dat de rechter *zijn beslissing tot verlaging met bijzondere redenen moet omkleden*.<sup>142</sup> Uit het voormelde arrest van het Grondwettelijk Hof en in het licht van de interpretatie van dit arrest door de wetgever met de wet van 21 februari 2010, volgt dat de rechter<sup>143</sup> een in het ongelijk gestelde partij die juridische tweedelijsbijstand geniet en die zich aan procesmisbruik heeft schuldig gemaakt niet tot een hoger bedrag dan de minimumrechtsplegingsvergoeding kan veroordelen. Procesrechtsmisbruik moet worden gesanctioneerd overeenkomstig artikel 780*bis* Gerechtelijk Wetboek.<sup>144</sup>

**68.** De rechter kan volgens het Hof van Cassatie de beslissing om af te wijken van het basisbedrag *motiveren door verwijzing* naar de redenen die werden aangehaald om de in het ongelijk gestelde partij te veroordelen wegens een tergend en roekeloos rechtsmiddel.<sup>145</sup>

### § 9. Een bijzonder geval: de in het ongelijk gestelde partij laat verstek

**69.** Indien een zaak wordt afgesloten met een beslissing gewezen bij verstek en geen enkele in het ongelijk gestelde partij ooit is verschenen, is het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding volgens artikel 6 Tarief Rechtsplegingsvergoeding de *minimumvergoeding*. De rechter beschikt in een dergelijk geval niet over enige beoordelingsbevoegdheid.<sup>146</sup>

141. F. VAN VOLSEM, "De wet verhaalbaarheid erelonen en de strafrechter: de regeling doorstaat (voorlopig?) de toetsing door het Grondwettelijk Hof en het Hof van Cassatie werkt ondertussen (sommige) onduidelijkheden weg", *RABG* 2009, 447, nr. 2.3; S. Voet, "Rechtsplegingsvergoeding en juridische tweedelijsbijstand", *RW* 2012-13, 179, nr. 4.

142. S. VOET, "Rechtsplegingsvergoeding en juridische tweedelijsbijstand", *RW* 2012-13, 179, nr. 5.

143. Zie evenwel bv. Luik 8 maart 2010, *JLMB* 2010, 1610, noot F. GEORGES; Vred. Meise 19 augustus 2010, *RW* 2010-11, 1740. F. GEORGES ("Indemnité de procédure à charge d'un justiciable bénéficiant de l'aide juridique", *JLMB* 2010, 1612) argumenteert dat het arrest van het Grondwettelijk Hof van 18 december 2008 een verhoging niet uitsluit. Zie voor een voorbeeld in andere zin, weliswaar daterend vóór het arrest van het Grondwettelijk Hof en de wet van 21 februari 2010: Arbh. Bergen 11 juni 2008, *Soc.Kron.* 2010, 487, met kritische noot.

144. S. VOET, "Rechtsplegingsvergoeding en juridische tweedelijsbijstand", *RW* 2012-13, 179-180, nr. 6.

145. Vgl. Cass. 10 november 2011, C.10.0493.N, *Arr.Cass.* 2011, 2305 en *RW* 2013-14, 487.

146. J. MEESE, *De rechtsplegingsvergoeding in strafzaken*, p. 286, nr. 12; X. MALENGREAU, "Note sur l'arrêt royal fixant l'indemnité de procédure prévue par la loi du 21 avril 2007", [www.procedurecivile.be](http://www.procedurecivile.be).

**70.** Het lijkt logisch om het verstek te beoordelen *per aanleg*. Het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding wordt immers volgens artikel 1, tweede lid Tarief Rechtsplegingsvergoeding per aanleg toegekend en het is mogelijk dat in de ene aanleg verstek wordt gelaten en in de andere niet.

**71.** Uit de tekst van artikel 6 Tarief Rechtsplegingsvergoeding moet worden afgeleid dat deze bepaling slechts van toepassing is indien geen enkele *in het ongelijk gestelde partij* ooit – d.w.z. per aanleg – *is verschenen*. Indien de ene in het ongelijk gestelde partij wel verschijnt en een andere eveneens in het ongelijk gestelde partij niet, geldt niet artikel 6, maar wel de regeling van artikel 2 of 3.

**72.** Meerdere rechters<sup>147</sup> hebben overeenkomstig artikel 159 Grondwet geweigerd om artikel 6 Tarief Rechtsplegingsvergoeding toe te passen wegens strijdigheid met de Wet Verhaalbaarheid Erelonen en met de artikelen 10 en 11 Grondwet. Artikel 6 werd als on(grond)wettig bestempeld omdat:

- noch uit de wet noch uit de voorbereidende werkzaamheden kan worden afgeleid dat de wetgever beoogde de versteklatende rechtzoekende i.h.b. te beschermen en uit de tekst van de wet niet blijkt dat de Koning werd gemachtigd om een regel in de zin van artikel 6 te nemen;
- artikel 6 een ongelijkheid creëert tussen een eiser van wie de tegenstrever de vordering niet betwist en toch verschijnt (in beginsel recht op de basisvergoeding met mogelijkheid van herleiding) en een eiser van wie de tegenstrever de vordering niet betwist en niet verschijnt (verplicht de minimumvergoeding).<sup>148</sup> Een onderscheid in het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding louter gesteund op het niet-verschijnen werd niet rechtmatig geacht.

**73.** Het Grondwettelijk Hof heeft geweigerd zich met deze problematiek in te laten. De regel dat bij verstek het bedrag van de minimumvergoeding van toepassing is, vloeit immers voort uit artikel 6 Tarief Rechtsplegingsvergoeding en niet uit de Wet Verhaalbaarheid Erelonen zelf, zodat het Hof niet bevoegd is.<sup>149</sup> De afdeling Bestuursrechtspraak van *de Raad van State* had *geen wettigheidsprobleem* met artikel 6 Tarief Rechtsplegingsvergoeding, zoals het voor haar werd opgeworpen:

- de Koning is zijn door artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek verleende bevoegdheid niet te buiten gegaan<sup>150</sup>;
- indien geen enkele partij is verschenen, heeft de raadsman van de in het gelijk gestelde partij geen belangrijke bijkomende prestaties moeten verrichten, terwijl

147. O.m. Arbrb. Luik 9 april 2008, *JLMB* 2008, 1157; Arbrb. Hoei 23 april 2008, *TBBR* 2008, 421, noot; Vred. Brussel 8 februari 2008, *JT* 2008, 290 en *T.Vred.* 2008, 367, noot H. BOULARBAH; Vred. Aarschot 15 februari 2008, *RW* 2008-09, 39; Vred. Charleroi 4 juli 2008, *JLMB* 2008, 1659. Zie ook H. BOULARBAH, “Indemnité de procédure et jugement”, *T.VRED.* 2008, 369-372; J. VAN DROOGHENBROECK en B. DE CONINCK, *La loi du 21 avril 2007*, p. 43, nr. 18; V. De WULF, noot onder GwH 18 december 2008, nr. 182/2008, *For.ass.* 2009/90, 13, noot (18).

148. Arbrb. Huy 23 april 2008, *TBBR* 2008, 421, noot; Vred. Aarschot 15 februari 2008, *RW* 2008-08, 39.

149. GwH 18 december 2008, nr. 182/2008, B.15.2-15.3.

150. RvS 31 augustus 2011, nr. 214.910, *Michel Pirard*, r.o. 27-28.

hij in de andere gevallen de belangen van zijn cliënt ter rechtszitting moet verdedigen; bovendien kan de rechter bij de verdeling van de rechtsplegingsvergoeding op grond van artikel 1020, eerste lid Gerechtelijk Wetboek rekening houden met het al dan niet verschenen zijn van de partijen<sup>151</sup>;

- de regeling vervat in artikel 6 is niet van aard om partijen ertoe aan te zetten af te zien van een verdediging indien zij voldoende argumenten zouden hebben om zich te verdedigen tegen de aanspraken van de tegenpartij.<sup>152</sup>

**74.** Met de nog niet in werking getreden *wet van 21 februari 2010* wordt aan artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek een zevende lid toegevoegd, waardoor de regeling i.g.v. verstek in de wet zelf wordt geregeld en die regeling bovendien wordt uitgebreid tot een analoog geval. De wetgever wil zo tegemoetkomen aan kritiek in de rechtspraak en de rechtsleer en onbillijke situaties vermijden.<sup>153</sup> Het minimumbedrag van de rechtsplegingsvergoeding is verschuldigd:

- wanneer het geding wordt afgesloten met een beslissing gewezen bij verstek en geen enkele in het ongelijk gestelde partij ooit is verschenen;
- wanneer alle in het ongelijk gestelde partijen op de inleidende zitting zijn verschenen maar de rechtsvordering niet hebben betwist of zij uitsluitend uitstel van betaling hebben gevraagd.

**75.** Er blijkt niet dat de regelgever, ook niet bij de wijzigende wet van 21 februari 2010, aandacht heeft besteed aan de *mogelijkheid om de verstekregeling ook door de strafrechter te laten toepassen*. De tekst van artikel 6 Tarief Rechtsplegingsvergoeding belet de toepassing in strafzaken niet. Er kan daarbij gedacht worden aan de volgende gevallen:

- een voor het onderzoeksgerecht verschijnende in verdenking gestelde die wordt buiten vervolging gesteld en een versteklatende burgerlijke partij die de strafvordering op gang heeft gebracht;
- een voor het vonnisgerecht verschijnende burgerlijke partij en een versteklatende beklagde;
- een voor het vonnisgerecht versteklatende burgerlijke partij op rechtstreekse dagvaarding en een vrijgesproken beklagde.

**76.** Uit een beschikking van de raadkamer te Hasselt van 8 maart 2013<sup>154</sup> blijkt dat de toepassing van de verstekregeling in strafzaken en i.h.b. in het geval van een in het ongelijk gestelde burgerlijke partij die bij de regeling van de rechtspleging en een vordering tot buitenvervolginstelling bewust verstek laat gaan, onbillijk kan zijn.<sup>155</sup>

151. RvS, 31 augustus 2011, nr. 214.910, *Michel Pirard*, r.o. 65.

152. RvS 31 augustus 2011, nr. 214.910, *Michel Pirard*, r.o. 66.

153. *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2313/001, 4-5, 2313/004, 5.

154. Rk. Hasselt 8 maart 2013, *Limb.Rechtsl.* 2013, 251, noot I. CLAESEN.

155. I. CLAESEN, "Het veroordelen van de bewust versteklatende partij tot het betalen van een hogere dan de minimale rechtsplegingsvergoeding?", *Limb.Rechtsl.* 2013, 253.



Het onderzoeksgerecht wijst erop dat het verstek bij de regeling van de rechtspleging geen noemenswaardige invloed heeft op de kosten die de raadslieden van de in verdenking gestelden moeten maken. De nood aan juridische bijstand van de in verdenking gestelden bestaat vanaf de stelling van burgerlijke partij tot de regeling van de rechtspleging strekkende tot een buitenvervolginstelling. De omstandigheid dat de raadsman van de burgerlijke partij daags vóór de zitting van de raadkamer aan het onderzoeksgerecht meedeelt dat de burgerlijke partij verstek zal laten gaan en dit niet meedeelt aan de raadslieden van de in verdenking gestelden, kan geen noemenswaardige invloed hebben op de kosten van bijstand van de in verdenking gestelden. De raadkamer oordeelt dan ook dat het kennelijk onredelijk zou zijn om de versteklatende burgerlijke partij slechts te veroordelen tot de voorgeschreven minimumrechtsplegingsvergoeding en kent een aanzienlijk hoger bedrag toe, zonder evenwel te veroordelen tot het basisbedrag. Er werd terecht voor gepleit om aan de rechter i.g.v. verstek toe te laten af te wijken van het voorgeschreven minimumbedrag indien dit tot een kennelijk onredelijke situatie zou leiden<sup>156</sup>, maar noch artikel 6 Tarief Rechtszaken noch artikel 1022, zevende lid, zoals gewijzigd met de wet van 21 februari 2010 bieden daartoe een rechtsgrond.

### § 10. Het omslaan van de rechtsplegingsvergoedingen

**77.** Volgens artikel 1017, vierde lid Gerechtelijk Wetboek kan de rechter de kosten omslaan in twee gevallen:

- hetzij wanneer de partijen onderscheidenlijk omtrent enig geschilpunt in het ongelijk worden gesteld;
- hetzij over echtgenoten, bloedverwanten in de opgaande lijn, broeders en zusters of aanverwanten in dezelfde graden. Ingevolge de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof moet die regeling ook worden toegepast op samenwonenden die een verklaring van wettelijke samenwoning hebben afgelegd en op ongehuwd samenwonenden, maar niet op gewezen ongehuwd samenwonenden.<sup>157</sup>

**78.** Het omslaan van de kosten overeenkomstig deze bepaling moet niet door de partijen worden gevorderd en kan door de rechter *ambtshalve* gebeuren.<sup>158</sup>

156. I. CLAESEN, “Het veroordelen van de bewust versteklatende partij tot het betalen van een hogere dan de minimale rechtsplegingsvergoeding?”, *Limb.Rechtsl.* 2013, 254-255.

157. GwH 12 november 2009, nr. 181/2009, *RABG* 2010, 256, *RW* 2009-10, 1468, *T.Fam.* 2010, 205, noot M. BUNKENS en *P&B* 2010, 91.

158. Cass. 9 november 1979, *Arr.Cass.* 1979-80, 313; S. MOSSELMANS, “Omslaan van gedingkosten”, *RW* 2006-07, p. 1657, nr. 3.

Bij afwezigheid van middelen ter zake moet de rechter dit omslaan niet motiveren. De omslagregel heeft bovendien een facultatief karakter: de rechter kan dit doen, maar hij hoeft het niet te doen.<sup>159</sup>

**79.** Indien een van de partijen *niet omtrent enig punt* werd veroordeeld, is het omslaan van de kosten in beginsel niet mogelijk<sup>160</sup>. In het omslaan van de kosten overeenkomstig artikel 1017, vierde lid Gerechtelijk Wetboek werd door sommigen een middel gezien om i.g.v. een gedeeltelijk ingewilligde vordering het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding niet te baseren op het bedrag van de vordering zelf. De kosten met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding zouden dan kunnen worden omgeslagen.<sup>161</sup>

**80.** In de rechtspraak<sup>162</sup> en in de rechtsleer<sup>163</sup> werd nochtans verdedigd dat “*onderscheidenlijk omtrent enig geschilpunt in het ongelijk worden gesteld*” veronderstelt dat er een hoofdeis en een tegeneis is. Indien er alleen een hoofdeis is, maar geen tegeneis, zou artikel 1017, vierde lid Gerechtelijk Wetboek niet kunnen worden toegepast. Het Hof van Cassatie besliste met een arrest van 19 januari 2012<sup>164</sup> evenwel in andere zin: voor de toepassing van deze bepaling is niet vereist dat de partijen wederzijdse vorderingen hebben ingesteld en het omslaan van kosten is ook mogelijk bij gedeeltelijke inwilliging m.b.t. één bepaald geschilpunt. Het Hof liet zich blijkbaar niet overtuigen door het argument dat een rechtsplegingsvergoeding gebaseerd op het toegekende bedrag – want daar komt het omslaan van de kosten op neer – niet strookt met de bedoeling van de wetgever.<sup>165</sup>

**81.** De Wet Verhaalbaarheid Erelonen gaat in strafzaken uit van een *eenrichtingsverhouding*: burgerlijke partij *versus* de beklaagde/burgerlijke aansprakelijke partij/beschuldigde of de in verdenking gestelde *versus* een burgerlijke partij ingevolge wiens optreden de strafvordering werd ingesteld of de beklaagde/burgerlijk aansprakelijke partij *versus* een burgerlijke partij die rechtstreeks heeft gedagvaard. De toekenning van

159. Cass. 20 juni 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 1047; Cass. 18 december 2009, C.08.0334.F, *JT* 2010, 453, concl. HENKES en *JLMB* 2010, 977, concl. HENKES.

160. Vgl. Cass. 26 september 1974, *Arr.Cass.* 1975, 122; Cass. 26 september 1983, *Arr.Cass.* 1983-84, 72.

161. B.V.B. DE CONINCK en J. VAN DROOGHENBROECK, “Indemnité de procédure et répartition des dépens”, *JT* 2008, 581-584. Zie ook D. VANDERMEERSCH, concl. bij Cass. 25 november 2009, P.09.1094.F, *Pas.* 2009, 2777.

162. O.m. Rb. Brugge 7 maart 2008, *TGR-TWVR* 2008, 175; Pol. Gent 27 september 2004, *T.Vred.* 2005, 54; Pol. Brugge 22 januari 2008, *RW* 2008-09, 36, noot en *TGR-TWVR* 2008, 212; S. MOSSELMANS, “Omslaan van gedingkosten”, *RW* 2006-07, p. 1657, nr. 2.

163. O.m. S. MOSSELMANS, “Omslaan van gedingkosten”, *RW* 2006-07, p. 1657, nr. 2; J. VAN DONINCK, “Het omslaan van de gedingkosten en de nieuwe rechtsplegingsvergoeding: as you like it?”, *RW* 2009-10, 310, nr. 7.

164. Cass. 19 januari 2012, F.10.0142.N, concl. D. THUJS, *Arr.Cass.* 2012, 186, *RABG* 2012, 744 en *P&B* 2012, 86. In zijn conclusie verwijst Adv. Gen. D. THUJS naar het door B. DE CONINCK en J. VAN DROOGHENBROECK (“Indemnité de procédure et répartition des dépens”, *JT* 2008, 583, nrs. 11-12) verdedigde standpunt. Zie voor een commentaar bij dit arrest: H. ULRICHTS, “Rechtsplegingsvergoeding: art. 1017 Ger.W. leidt tot divergente interpretaties”, *RW* 2012-13, 362-370.

165. J. VAN DONINCK, “Het omslaan van de gedingkosten en de nieuwe rechtsplegingsvergoeding: as you like it?”, *RW* 2009-10, 310-311, nr. 8 en 311, nr. 10.

een rechtsplegingsvergoeding aan de andere partij is in beginsel niet mogelijk. Zo is bv. de beklaagde i.g.v. vrijspraak nooit gerechtigd op een rechtsplegingsvergoeding ten laste van de burgerlijke partij die niet rechtstreeks heeft gedagvaard noch de vrijgesproken beschuldigde ten laste van de burgerlijke partij. De in verdenking gestelde kan voor het onderzoeksgerecht nooit gehouden zijn tot een rechtsplegingsvergoeding aan de burgerlijke partij die de strafvordering heeft op gang gebracht.

**82.** Zelfs in de verhouding tussen de rechtstreeks dagende burgerlijke partij *versus* beklaagde/burgerrechtelijk aansprakelijke/tussenkomende partij kunnen niet beiden in het gelijk gesteld zijn: ofwel is de rechtstreeks dagende burgerlijke partij in het ongelijk gesteld en moet zij een rechtsplegingsvergoeding betalen, ofwel is zij in het gelijk gesteld en is zij gerechtigd op een rechtsplegingsvergoeding.

**83.** Er kan dan ook bezwaarlijk worden gesteld dat voor de strafgerechten de betrokken partijen “onderscheidenlijk omtrent enig geschilpunt in het ongelijk worden gesteld”. Er lijkt dan ook in dat opzicht in beginsel geen plaats voor het omslaan van de kosten in de zin van artikel 1017, vierde lid Gerechtelijk Wetboek.<sup>166</sup> Eerder uitzonderlijk lijkt dit toch mogelijk, bv. in de hypothese van wederzijdse slagen of een verkeersongeval waarbij de betrokken partijen zowel de hoedanigheid van beklaagde als van burgerlijke partij hebben. In een dergelijke hypothese kan overigens de vraag worden gesteld of het dan niet gaat om twee afzonderlijke geschillen.<sup>167</sup>

## AFDELING 7. DE PARTIJEN DIE GERECHTIGD ZIJN OP EEN RECHTSPLEGINGSVERGOEDING

### § 1. Algemeen

**84.** Voor de strafgerechten is de rechtsplegingsvergoeding slechts verschuldigd in de relatie:

- (1) tussen een (in het gelijk gestelde) burgerlijke partij *versus* een (in het ongelijk gestelde) beklaagde/burgerrechtelijk aansprakelijke/beschuldigde/tussenkomende partij (art. 162*bis*, eerste lid, 194, 211 en 369*bis* (thans 351 Sv.));
- (2) tussen een buiten vervolging gestelde in verdenking gestelde *versus* een (in het ongelijk gestelde) burgerlijke partij die de strafvordering heeft op gang gebracht (art. 128, tweede lid Sv.);
- (3) tussen een (in het gelijk gestelde) beklaagde/burgerrechtelijk aansprakelijke partij/tussenkomende partij *versus* een (in het ongelijk gestelde) burgerlijke partij op rechtstreekse dagvaarding (art. 162*bis*, tweede lid, 194 en 211 Sv.),

166. In die zin Corr. Gent 6 maart 2014, *T.Verz.* 2015, 101.

167. Vgl. J. VAN EX, *Indemnités de procédure en matière pénale*, p. 129-130, nr. 56.

en derhalve niet in de relatie:

- (4) tussen een buiten vervolging gestelde en het Openbaar Ministerie (ook indien een burgerlijke partij zich had gevoegd);
- (5) tussen een (in het gelijk gestelde) beklagde/burgerrechtelijk aansprakelijke/beschuldigde en het Openbaar Ministerie;
- (6) tussen een (in het gelijk gestelde) beklagde/burgerrechtelijk aansprakelijke/beschuldigde en een (in het ongelijk gestelde) burgerlijke partij die de strafverdeling niet heeft op gang gebracht of na verwijzing door een onderzoeksgerecht.

## A. Niet in de relatie Openbaar Ministerie *versus* in verdenking gestelde/beklaagde/beschuldigde

**85.** De wetgever heeft het systeem van verhaalbaarheid in strafzaken beperkt tot de relatie tussen de in verdenking gestelde/de beklagde/de beschuldigde (en de burgerlijk aansprakelijke partij) en de burgerlijke partij en omgekeerd. Er werd geopteerd om zij die het herstel nastreefden van schade voor een burgerlijke of voor een strafrechtelijke rechtsmacht op een gelijke manier te behandelen, ook al hebben beide procedures eigen karakteristieken.<sup>168</sup>

**86.** Tegen een algemene invoering van de verhaalbaarheid in strafzaken of m.a.w. ook in de relatie tussen de beklagde en het Openbaar Ministerie werden *principiële en praktische bezwaren* aangevoerd.<sup>169</sup> Indien een burgerlijke partij een strafverdeling op gang brengt, dient zij in essentie een privaat belang terwijl de uitoefening van de strafvervolgung door het Openbaar Ministerie gericht is op het algemeen belang.<sup>170</sup> Het Grondwettelijk Hof had reeds in het verleden een afzonderlijke behandeling van het Openbaar Ministerie in vergelijking met de andere partijen in het strafprocesrecht op dat objectief criterium verantwoord geacht.<sup>171</sup> Het toekennen van een rechtsplegingsvergoeding aan een vrijgesproken beklagde ten nadele van de Belgische staat zou niet alleen een enorme budgettaire aderlating betekenen voor de federale overheid, maar ook van aard kunnen zijn de onafhankelijkheid van het Openbaar Ministerie aan te tasten – doordat dit minder snel geneigd zou kunnen zijn om te vervolgen – en de strafrechter ertoe kunnen aanzetten ter bescherming van de financiële belangen van de staat minder snel een beklagde vrij te spreken.<sup>172</sup>

**87.** Hoewel die optie en verantwoording niet iedereen kon en kan overtuigen, heeft de beperkte toepassing van de regeling in strafzaken en meer bepaald de uitsluiting ervan in

168. *Parl.St.* Senaat 2006-07, nr. 3-1686/4 (verantwoording bij regeringsamendement nr. 18); Senaat 2006-07, nr. 3-1686/5, p. 23; Kamer 2006-07, nr. 51-2891/002, p. 5.

169. *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2891/002, p. 6.

170. *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2891/002, p. 6-7.

171. Arbitragehof 14 december 2005, nr. 191/2005, B.3.

172. H. LAMON, *Verhaalbaarheid advocatenkosten*, p. 440, nr. 22.

de relatie Openbaar Ministerie *versus* in verdenking gestelde/beklaagde/beschuldigde *de toets van het Grondwettelijk Hof doorstaan*.<sup>173</sup> De constitutionele rechter heeft in essentie de verantwoording overgenomen die door de wetgever zelf was aangereikt (de bijzondere positie van het Openbaar Ministerie is niet te vergelijken met die van een andere partij en i.h.b. met die van de burgerlijke partij)<sup>174</sup> en die was ontleend aan de adviezen van de Ordes van advocaten en de Hoge Raad voor de Justitie, met de aanvulling dat de beperkte toepassing niet strijdt met de artikelen 10 en 11 Grondwet gelezen in samenhang met artikel 6 EVRM.

**88.** Aan te stippen is dat het Grondwettelijk Hof in zijn arrest van 18 december 2008<sup>175</sup> wijst op de mogelijkheid voor de wetgever om voor personen die werden vrijgesproken of buiten vervolging gesteld *een vergoedingsregeling* uit te werken, rekening houdend met de eigen kenmerken van de strafprocedure.<sup>176</sup> Er kan daarbij worden gedacht aan een systeem dat vergelijkbaar is met de vergoedingsregeling voorzien in de wet van 13 maart 1973 betreffende de vergoeding van onwerkzame voorlopige hechtenis. Het ontbreken van een dergelijke regeling leidt evenwel niet tot de ongrondwettigheid van de in strafzaken uitgedokterde regeling.<sup>177</sup>

**89.** Het Grondwettelijk Hof heeft de redenering m.b.t. het Openbaar Ministerie ook buiten het strikte kader van het strafrecht doorgetrokken voor wat betreft de door artikel 138*bis*, § 2 Gerechtelijk Wetboek aan *de arbeidsauditeur* toegekende bevoegdheid. Het oordeelde met een *arrest van 18 mei 2011*<sup>178</sup> dat artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek onbestaanbaar zou zijn met het gelijkheidsbeginsel indien ten laste van de Belgische staat een rechtsplegingsvergoeding wordt uitgesproken zo de arbeidsauditeur op een door artikel 138*bis*, § 2 Gerechtelijk Wetboek bedoelde rechtsvordering in het ongelijk wordt gesteld. Het Hof grondt zijn oordeel op het volgende:

- deze door de arbeidsauditeur in te stellen rechtsvordering is vergelijkbaar met de strafvordering die het Openbaar Ministerie instelt;
- die vordering moet worden onderscheiden van de vordering die een burgerlijke partij stelt;
- die vordering wordt ingesteld in het algemeen belang;
- de regels van gelijkheid en niet-discriminatie vereisen dat die rechtsvordering, die in het algemeen belang en in volle onafhankelijkheid wordt ingesteld door een publiek orgaan, op dezelfde wijze worden behandeld als een strafvordering;

173. GwH 18 december 2008, nr. 182/2008, B.19.3-B.19.9; GwH 21 januari 2009, nr. 13/2009, B.7.1-B.9, *JT* 2009, 99, *JLMB* 2009, 1200, noot F.G., *RGAR* 2009, nr. 14490 en *RW* 2009-10, 63, noot; GwH 2 april 2009, nr. 66/2009, B.3; GwH 8 maart 2012, nr. 43/2012, B.3, *MER* 2012, 184, noot J. THEUNIS, *NJW* 2012, 542, noot J. TOURY, *RW* 2011-12, 1569 en *P&B* 2012, 74; GwH 7 maart 2013, nr. 36/2013, B.3.

174. *Parl.St.* Senaat 2006-07, nr. 3-1686/5, 11 en 33; H. LAMON, *Verhaalbaarheid advocatenkosten*, p. 440, nr. 22.

175. GwH 18 december 2008, nr. 182/2008, B.19.10.

176. T. GAROT, "Timeo danaos et dona ferentes", *RGAR* 2009, nr. 14486, p. 1.

177. H. LAMON, "Rechtsplegingsvergoeding niet strijdig met grondwet", *Juristenkrant* 24 december 2008, 3.

178. GwH 18 mei 2011, nr. 83/2001, B.4.1-B.9. Zie ook Arbh. Brussel 29 juni 2011, *Soc.Kron.* 2014, 108.

- de wijziging die de wetgever met de wet van 21 februari 2010 wil aanbrengen, is ingegeven door dezelfde verantwoording.

Artikel 5 van de nog niet in werking getreden wet van 21 februari 2010 bepaalt dat aan artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek een achtste lid wordt toegevoegd dat bepaalt dat wanneer het Openbaar Ministerie overeenkomstig artikel 138*bis*, § 2 Gerechtelijk Wetboek een rechtsvordering instelt, geen enkele rechtsvordering ten laste van de staat is verschuldigd.

**90.** Eenzelfde redenering heeft het Grondwettelijk Hof gevolgd in een arrest van 21 maart 2013.<sup>179</sup> Artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek schendt de artikelen 10 en 11 Grondwet indien het zo wordt uitgelegd dat i.g.v. afwijzing van de overeenkomstig artikel 184 Burgerlijk Wetboek door de *procureur des Konings* ingestelde vordering tot nietigverklaring van een huwelijk, een rechtsplegingsvergoeding ten laste van de Belgische staat kan worden gelegd. Een dergelijke vordering wordt door de procureur des Konings immers uitsluitend ingesteld in het algemeen belang en in volle onafhankelijkheid met het oog op het handhaven van de in het Burgerlijk Wetboek neergelegde huwelijksvoorwaarden.

**91.** Als *algemene regel* kan uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof worden afgeleid dat het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie vereist dat rechtsvorderingen die in het algemeen belang en in alle onafhankelijkheid door een publiek orgaan zijn ingesteld, op dezelfde wijze worden behandeld als de strafvorderingen.<sup>180, 181</sup>

## **B. Niet in de relatie aansluitende burgerlijke partij *versus* in verdenking gestelde/beklaagde/beschuldigde**

**92.** Met een arrest van 21 januari 2009<sup>182</sup>, maar ook in latere arresten<sup>183</sup> heeft het Grondwettelijk Hof met een verwijzing naar de parlementaire voorbereiding<sup>184</sup> geoordeeld dat het verantwoord is dat een *burgerlijke partij* slechts tot een rechtsplegingsvergoeding wordt veroordeeld aan een vrijgesproken beklagde of aan een buiten vervolging gestelde in verdenking gestelde indien zij zelf de strafvordering heeft op gang gebracht en dus niet indien zij zich slechts heeft aangesloten bij een door het

179. GwH 21 maart 2013, nr. 43/2013, B.6-B7, *Rev.dr.étr.* 2013, 172, 21, *RW* 2012-13, 1438 en *RW* 2013-14, 458, noot.

180. Zie bv. GwH 19 december 2013, nr. 180/2013, B.4; GwH 27 maart 2014, nr. 54/2014, B.4.

181. Met drie arresten die dateren van na het afsluiten van de tekst en vóór het persklaar maken ervan, is het Grondwettelijk Hof op die rechtspraak teruggekomen. Deze drie arresten worden in een naschrift bij deze bijdrage besproken (*infra*, hrs. 193-197).

182. GwH 21 januari 2009, nr. 13/2009, B.9.

183. GwH 18 februari 2009, nr. 28/2009, B.3, *RGAR* 2009, nr. 14491; GwH 2 april 2009, nr. 66/2009, B.3; GwH 11 maart 2009, nr. 49/2009, B.9.1-B.10, *RABG* 2009, 1204, noot N. CLIMANS en *RW* 2009-10, 531.

184. *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2891/002, p. 6; *Parl.St.* Senaat 2006-07, nr. 3-1686/4, p. 9.

Openbaar Ministerie ingestelde strafvordering in welk geval zij als het ware geen schuld heeft aan de vordering<sup>185</sup>, of indien de zaak werd aanhangig gemaakt door een onderzoeksgerecht, in welk geval een rechtbank heeft beslist.<sup>186</sup> Dat is logisch aangezien de burgerlijke partij geen beslissende invloed heeft op het vorderingsrecht van het Openbaar Ministerie noch op de macht van het onderzoeksgerecht om te verwijzen.<sup>187</sup>

93. De toestand van *een burgerlijke partij die haar vordering aansluit* bij de strafvordering, na het instellen van de strafvordering door het Openbaar Ministerie of een verwijzing door het onderzoeksgerecht, valt volgens het Grondwettelijk Hof ook niet te vergelijken met een vordering die door die partij voor de burgerlijke rechter wordt gebracht.<sup>188</sup> Dit onderscheid is essentieel.<sup>189</sup>

### C. Niet in de relatie douane-administratie als vervolgende instantie *versus* beklagde/burgerrechtelijk aansprakelijke partij

94. In *douane- en accijnszaken* wordt de strafvordering uitgeoefend door de administratie. Net zoals er in de verhouding Openbaar Ministerie *versus* beklagde-burgerrechtelijk aansprakelijke partij geen rechtsplegingsvergoeding is verschuldigd, is dat ook niet het geval in de verhouding vervolgende administratie *versus* beklagde-burgerrechtelijk aansprakelijke partij, zoals blijkt uit *een cassatiearrest van 4 januari 2011*.<sup>190</sup> De douane-administratie wordt immers niet vermeld in artikel 162bis Wetboek van Strafvordering. De omstandigheid dat de strafrechter overeenkomstig artikel 283 AWDA eveneens kennisneemt van de door de douane-administratie ingestelde civiele vordering tot betaling van rechten en accijnzen<sup>191</sup> maakt van die administratie nog geen burgerlijke partij. De rechtsvordering tot invordering van de ontdoken rechten is een met de strafvordering samenhangende burgerrechtelijke rechtsvordering die niet voortvloeit uit het misdrijf, maar die haar rechtstreekse grondslag vindt in de wet die de betaling van rechten oplegt, zodat de administratie dan ook niet optreedt als burgerlijke partij. Indien de vordering van de administratie wordt afgewezen dan kan dat er bijgevolg niet toe leiden dat zij gehouden is tot de betaling van een rechtsplegingsvergoeding. Dit cassatiearrest bevestigt het eerder door de correctionele

185. N. CLIJMANS, "Artikel 128 lid 2 Sv getoetst aan de artikelen 10 en 11 Gw.", *RABG* 2009, 1210, nr. 2.

186. N. CLIJMANS, "Artikel 128 lid 2 Sv getoetst aan de artikelen 10 en 11 Gw.", *RABG* 2009, 1210, nr. 2 en 1211-1212, nr. 6.

187. J. MAROT, "La loi du 21 avril 2007 relative à la réputation (partielle) des honoraires et frais d'avocat", *T. Vred.* 2007, 187; O. MICHIELS, "La réputation en procédure pénale", *JLMB* 2007, 1264.

188. GwH 2 april 2009, nr. 66/2009, B.3.

189. J. VAN EX, *Indemnités de procédure en matière pénale*, p. 119, nrs. 27-28.

190. Cass. 4 januari 2011, P.10.0664.N, *Arr.Cass.* 2011, 12. Zie ook D. DILLENBOURG, *Réputation des frais de défense en matière pénale*, p. 128-129, nr. 89.

191. D. DILLENBOURG, *Réputation des frais de défense en matière pénale*, p. 128, nr. 88 en noot (101).

rechtbank te Hasselt ingenomen standpunt, waarbij werd gewezen op de eigen kenmerken van de fiscale vordering van de administratie.<sup>192</sup>

## D. De burgerrechtelijk aansprakelijke partij

95. Hoewel artikel 162*bis*, eerste lid Wetboek van Strafvordering i.g.v. een veroordelend vonnis verplicht tot de veroordeling van de *burgerrechtelijk aansprakelijke partij* net als de beklaagde tot betaling van een rechtsplegingvergoeding aan de burgerlijke partij, bepaalt het tweede lid dat de in het ongelijk gestelde rechtstreeks dagende burgerlijke partij wordt veroordeeld tot een rechtsplegingsvergoeding aan de beklaagde, zonder evenwel melding te maken van de burgerrechtelijk aansprakelijke partij.

96. Die onmogelijkheid houdt volgens het Grondwettelijk Hof met een *arrest van 5 mei 2009*<sup>193</sup>, in antwoord op een door de Brugse politierechter gestelde prejudiciële vraag<sup>194</sup>, een miskenning in van het gelijkheidsbeginsel. Aangezien het een leemte betrof die door de rechter kon worden ingevuld, oordeelde het Hof van Cassatie met een *arrest van 22 december 2009*<sup>195</sup> dat de in het ongelijk gestelde burgerlijke partij wel degelijk moest worden veroordeeld tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding aan de burgerrechtelijk aansprakelijke partij. Artikel 3 van de wet van 21 februari 2010 heeft artikel 162*bis*, tweede lid Wetboek van Strafvordering in die zin aangepast, maar deze bepaling is nog niet in werking getreden.

## E. De tussenkomende partij

97. *Derden* – dit zijn anderen dan het Openbaar Ministerie, de beklaagde, de burgerlijke partij of de burgerrechtelijk aansprakelijke partij – kunnen in principe en dus behoudens afwijkende en uitdrukkelijke wetsbepaling of in het uitzonderlijke geval dat zij het voorwerp (kunnen) zijn van een veroordeling, een sanctie of een maatregel<sup>196</sup>, *niet tussenkomen voor de strafrechter*.

98. Een dergelijke afwijkende wettelijke regeling bestaat voor de *verzekeraar* en het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds (*GMWF*). Artikel 89, § 5 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst (WLVO) (oud) (sinds 1 november 2014 art. 153 van de wet van 4 april 2014 betreffende de verzekeringen (hierna Verzekeringwet 2014)) bepaalt dat indien het geding tegen een verzekerde is

192. Corr. Hasselt 29 februari 2008, *NC* 2009, 392, noot F. VAN VOLSEM, *T.Strafr.* 2009, 169, noot.

193. GwH 5 mei 2009, nr. 74/2009, B.2-B.4, *For.ass.* 2009/07, 165, noot M. GAUTHIER, *NJW* 2010, 106, noot AV, *RABG* 2009, 917, *RW* 2009-10, 63, noot, *TGR-TWVR* 2009, 251 en *T.Pol.* 2009, 195.

194. Pol. Brugge 17 juni 2008, *RW* 2008-09, 1234.

195. Cass. 22 december 2009, P.09.1256.N, *Arr.Cass.* 2009, 3162.

196. R. DECLERCQ, *Beginselen van Strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2014, nrs. 2307-2311, p. 966-968.



ingesteld voor het strafrecht de verzekeraar door de benadeelde in de zaak kan worden betrokken en de verzekeraar vrijwillig kan tussenkomen, onder dezelfde voorwaarden als zou de vordering voor het burgerlijk gerecht zijn gebracht. Indien een verzekeraar vrijwillig is tussengekomen in het strafproces, kan de burgerlijke partij haar vordering uitbreiden tegen de verzekeraar en kan deze laatste worden veroordeeld tot schadevergoeding. Voor het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds (GMWF) geldt een min of meer gelijkaardige regeling ingevolge artikel 19*bis*-17 WAM.<sup>197</sup>

**99.** Uit de wijzigingen of invoegingen die met de Wet Verhaalbaarheid Erelonen werden aangebracht aan de artikelen 128, 162*bis*, 194, 211 en 369*bis* (thans 351) Wetboek van Strafvordering blijkt dat *de wetgever* bewust of onbewust *niet aan de hypothese heeft gedacht* dat voor de strafgerechten partijen (uitzonderlijk) ook kunnen tussenkomen.<sup>198</sup> Hij heeft het immers enkel over de in verdenking gestelde (art. 128, tweede lid Sv.), de burgerlijke partij (art. 128, tweede lid, 162*bis* en 369*bis* (thans 351) Sv.), de beklagde (art. 162*bis* Sv.), de burgerrechtelijk aansprakelijke (art. 162*bis* Sv.) en de beschuldigde (art. 369*bis*, thans art. 351 Sv.), maar niet over de tussenkomende partij.

**100.** Bij een *strikte interpretatie* zijn deze tussenkomende partijen niet gerechtigd op een rechtsplegingsvergoeding en kunnen zij daartoe ook niet gehouden zijn<sup>199, 200</sup>, wat het Hof van Cassatie er aanvankelijk toe bracht vast te stellen dat artikel 162*bis* Wetboek van Strafvordering niet toelaat de (vrijwillig) tussengekomen partij (GMWF of verzekeraar) te veroordelen tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding aan de burgerlijke partij.<sup>201</sup> In de rechtsleer werd erop gewezen dat ingevolge dit standpunt bij onvermogen van de beklagde of de burgerrechtelijk aansprakelijke de veroordeling tot de kosten voor de burgerlijke partij een zeer theoretisch karakter heeft.<sup>202</sup>

197. D. DILLENBOURG, *Répétibilité des frais de défense en matière pénale*, p. 130, nr. 130; R. SIERENS, *Burgerlijke partijstelling voor de politierechtbank, RABG-Cahier*, Gent, Larcier, 2009, p. 18, nr. 48; J. VAN DONINCK, "De verhaalbaarheid van de rechtspleging in strafzaken op tussenkomende verzekeraars: wie zoekt die vindt?", *RABG* 2009, 789; J. MUYLDERMANS, "Problemen in verband met de tussenkomst van het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds", *VAV* 2009, p. 12-13, nrs. 48-49.

198. M. TRAEST, *La jurisprudence de la Cour de cassation*, 614; F. VAN VOLSEM, *De rechtsplegingsvergoeding en de strafrechter*, p. 407, nr. 167.

199. D. DILLENBOURG, *Répétibilité des frais de défense en matière pénale*, p. 130-131, nr. 95; J. MUYLDERMANS, "Problemen in verband met de tussenkomst van het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds", *VAV* 2009, 19; S. VOET, "Enkele praktische knelpunten bij de toepassing van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van kosten en erelonen van advocaten", *RW* 2007-08, 1129.

200. Indien de verzekeraar of het GMWF optreden als burgerlijke partij, is er wel recht op een rechtsplegingsvergoeding (D. DILLENBOURG, *Répétibilité des frais de défense en matière pénale*, p. 130, nr. 94).

201. Cass. 2 december 2008, P.08.0482.N, *Arr.Cass.* 2008, 2813, *RDPC* 2009, 596, *T.Verz.* 2009,150 en *VAV* 2009, 38, noot J. MUYLDERMANS; Cass. 2 december 2008, *RABG* 2009, 355; Cass. 4 maart 2009, P.08.1744.F, *T.Pol.* 2009, 136, noot en *VAV* 2009, 227, noot; Cass. 11 maart 2009, P.08.1778.N, *Arr.Cass.* 2009, 788; M. TRAEST, *La jurisprudence récente de la Cour de cassation*, 615.

202. I. PÉCHARD, noot onder GwH 23 april 2009, *VAV* 2009, p. 225, nr. 1.

**101.** Het *Grondwettelijk Hof*<sup>203</sup> heeft, nadat het door eerstelijnsrechters meermaals over deze aangelegenheid werd bevestigd<sup>204</sup>, de zienswijze van het Hof van Cassatie evenwel niet gevolgd. Met verwijzing naar artikel 82, derde lid WLVO (oud) (thans art. 146 Verzekeringwet 2014) (principe dat de verzekeraar de kosten betreffende de burgerlijke rechtsvorderingen, alsook de honoraria en de kosten van de advocaten en deskundigen betaalt) en artikel 89, § 5 WLVO (oud) (thans art. 153 Verzekeringwet 2014) (mogelijkheid van tussenkomst voor de verzekeraar voor het strafgerecht onder dezelfde voorwaarden als zou de vordering voor het burgerlijk gerecht zijn gebracht) werd geoordeeld dat de artikelen 10 en 11 Grondwet niet worden geschonden, aangezien de politierechtbank in strafzaken of de correctionele rechtbank als appelgerecht, net als in burgerlijke zaken, wanneer die uitspraak doen over de burgerlijke rechtsvordering, de beklagde en diens verzekeraar *in solidum* veroordelen tot een schadevergoeding én tot een rechtsplegingsvergoeding, ook al voorziet artikel 162*bis* Wetboek van Strafvordering voor dat laatste niet expliciet in die hypothese.<sup>205</sup>

**102.** Het Grondwettelijk Hof<sup>206</sup> heeft zich ook op artikel 89, § 5 WLVO (thans art. 153 Verzekeringwet 2014) gesteund om te stellen dat *de voorgehouden ongelijkheid* die er zou bestaan tussen enerzijds de situatie waarbij voor de burgerlijke rechter de in het gelijk gestelde vrijwillig tussenkomende partij recht heeft op een rechtsplegingsvergoeding ten laste van de in het ongelijk gestelde burgerlijke partij en anderzijds de situatie waarbij voor de strafrechter een dergelijke veroordeling volgens artikel 162*bis* Wetboek van Strafvordering niet mogelijk zou zijn, *niet aanwezig* is. Volgens het Hof kan de politierechtbank als strafgerecht gevat ingevolge een rechtstreekse dagvaarding door een burgerlijke partij bij een vrijspraak van de beklagde op basis van artikel 89, § 5 WLVO (oud) (thans art. 153 Verzekeringwet 2014) aan de vrijwillig tussenkomende partij wel degelijk een rechtsplegingsvergoeding toekennen, voor zover zij van oordeel is dat zij dit ook zou kunnen in een burgerlijke procedure.

**103.** Hoewel werd betwijfeld of artikel 89, § 5 WLVO (oud) (thans art. 153 Verzekeringwet 2014) wel als grondslag kon dienen om het toepassingsgebied van artikel 162*bis* Wetboek van Strafvordering uit te breiden tot de tussenkomende partijen<sup>207</sup>, heeft dit het Hof van Cassatie niet belet zich met o.m. arresten van 9 september 2009<sup>208</sup>,

203. GwH 23 april 2009, nr. 70/2009, B.2-B.9; JT 2009, 343, JLMB 2009, 1643, NJW 2009, 845, noot AV, RABG 2009, 781, noot J. VAN DONINCK, TGR-TWVR 2009, 341, T.Pol. 2009, 133, noot en VAV 2009, 222, noot I. PÉCHARD; GwH 24 juli 2009, nr. 129/2009, B.2-B.8; GwH 17 september 2009, nr. 146/2009, B.2.1-B.9.

204. M. TRAEEST, *La jurisprudence récente de la Cour de cassation*, 615-616.

205. GwH 23 april 2009, nr. 70/2009, B.4-B.9; GwH 24 juli 2009, nr. 129/2009, B.4-B.8; GwH 17 september 2009, nr. 146/2009, B.4-B.9.

206. GwH 9 juli 2009, nr. 110/2009, B.4-B.9, *For.ass.* 2009/77, 165, noot M. GAUTHIER.

207. I. PÉCHARD, noot onder GwH 23 april 2009, nr. 70/2009, VAV, 2009, 226, nr. 4.

208. Cass. 9 september 2009, P.09.0360.F, *Arr.Cass.* 2009, 1972, RABG 2010, 26, noot F. VAN VOLSEM en VAV 2010, 295, noot.

20 januari 2010<sup>209</sup> en 30 maart 2010<sup>210</sup> te conformeren aan de zienswijze van het Koningsplein. Uit artikel 89, § 5 WLVO (oud) (thans art. 153 Verzekeringwet 2014) leidt het Hof af dat de vrijwillig tussengekomen verzekeraar voor de burgerlijke rechtbank tot een rechtsplegingsvergoeding had kunnen worden veroordeeld, zodat hij, aangezien hij onder dezelfde voorwaarden voor het strafrecht in de zaak mag worden betrokken, op grond van artikel 162bis, eerste lid Wetboek van Strafvordering als in het ongelijk gestelde partij tot een rechtsplegingsvergoeding kan worden veroordeeld.

**104.** Het Hof van Cassatie heeft op analoge wijze beslist m.b.t. *het GMWF*. Uit artikel 19bis-17, eerste lid WAM, dat bepaalt in welke gevallen het GMWF kan tussenkomen voor de strafrechter, en de vaststelling dat voor de burgerlijke rechter het GMWF had kunnen worden veroordeeld tot de betaling van een rechtsplegingsvergoeding, leidt het Hof af dat het GMWF op grond van artikel 162bis, eerste lid Wetboek van Strafvordering tot de betaling van een rechtsplegingsvergoeding kan worden veroordeeld.<sup>211</sup> Die rechtspraak spoort volledig met die van het Grondwettelijk Hof dat m.b.t. het GMWF en het *Belgisch Bureau van de Autoverzekeraars* en met verwijzing naar artikel 19bis-17 en artikel 19bis-1 WAM in dezelfde zin besliste als m.b.t. de verzekeraars.<sup>212</sup>

**105.** Te onderstrepen is dat uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en het Hof van Cassatie niet kan worden afgeleid dat in *alle hypotheses van tussenkomst* van een verzekeraar/het GMWF voor het strafrecht, deze gehouden zijn tot (of gerechtigd zijn op) een rechtsplegingsvergoeding. Het recht op een rechtsplegingsvergoeding bestaat enkel indien, mocht de zaak voor de burgerlijke rechter zijn aangebracht, de verzekeraar als tussenkomende partij zou gehouden zijn tot (of gerechtigd op) een rechtsplegingsvergoeding.<sup>213, 214</sup>

**106.** Het Grondwettelijk Hof oordeelde in meerdere arresten<sup>215</sup> met verwijzing naar artikel 89, § 5 WLVO (thans art. 153 Verzekeringwet 2014) dat ook indien bij de afhandeling van de burgerlijke belangen voor het strafrecht alleen de verzekeraar (of het GMWF of het Belgisch Bureau van de Autoverzekeraars) en de burgerlijke

209. Cass. 20 januari 2010, P.09.1146.N, *Arr.Cass.* 2010, 207 en *RW* 2012-13, 739, concl. J. LECLERCQ.

210. Cass. 30 maart 2010, P.09.1605.N.

211. Cass. 4 november 2009, P.08.1526.F, *RW* 2011-12, 1593 en *VAV* 2010, 16, noot I. PÉCHARD

212. GwH 6 mei 2010, nr. 53/2010, B.5.2-B.5.3; GwH 23 juni 2010, nr. 78/2010, B.4.1-B.4.2.

213. J. MEUSE, *De rechtsplegingsvergoeding in strafzaken*, p. 282-283, nr. 8.

214. Na het afsluiten van deze tekst en vóór het persklaar maken ervan, heeft het Hof van Cassatie nog een arrest gewezen i.v.m. de verhouding tussen art. 162bis Wetboek van Strafvordering en art. 153, § 5 Verzekeringwet 2014. Dit arrest wordt in een naschrift bij deze bijdrage besproken (*infra*, nrs. 198-199).

215. GwH 25 februari 2010, nr. 19/2010, B.3-B.8, *NC* 2010, 116; GwH 6 mei 2010, nr. 53/2010, B.6-B.8.; GwH 23 juni 2010, nr. 78/2010, B.5-B.6.

partij nog betrokken zijn – en dus niet langer de beklagde-verzekerde – de tussengekomen verzekeraar kan worden veroordeeld tot de betaling van een rechtsplegingsvergoeding, net zoals bij een vordering voor een civiel rechtscollege.

**107.** In de rechtsleer wordt verdedigd dat indien een tussenkomst strekt tot *gemeenverklaring* van de te verlenen beslissing er geen grond is voor een rechtsplegingsvergoeding, aangezien een dergelijke vordering niet strekt tot een veroordeling, maar enkel als doel heeft de beslissing tegenstelbaar te maken.<sup>216</sup> In een *arrest van 25 januari 2013* van de civiele kamer van het Hof van Cassatie kan voor die stelling bevestiging worden gevonden. De in het ongelijk gestelde partij kan niet worden veroordeeld tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding aan een partij, wiens tussenkomst van bewarende aard is en ertoe strekt de vordering van een andere partij te ondersteunen en om voorbehoud te vragen voor een eventueel later tegen de in het ongelijk gestelde partij in te stellen vordering. Een dergelijke veroordeling vereist dat er tussen de partij en een daadwerkelijke procesverhouding bestaat derwijze dat er tussen hen een vordering werd ingesteld strekkende tot de veroordeling van ene partij jegens de andere.<sup>217</sup>

## F. De herstellvorderende overheden

**108.** Sommige regelgevingen laten toe dat bepaalde overheden, zoals de stedenbouwkundig inspecteur, de aangestelden van het college van burgemeester en schepenen, de wooninspecteur of gemachtigde ambtenaren inzake ruimtelijke ordening, stedenbouw en patrimonium, inzake milieu of inzake het onroerend erfgoed in bepaalde gevallen een herstelmaatregel vorderen waarover de strafrechter dan heeft te beslissen. Deze *herstellvorderende overheden* hebben niet de hoedanigheid van burgerlijke partij<sup>218</sup> en zij kunnen in de regel de zaak niet op eigen initiatief voor de strafrechter aanhangig maken. Dit belet niet dat zij zich voor de strafgerechten kunnen manifesteren als een eiser tot herstel of als tussenkomende partij, ook al bestaat over de precieze aard van hun positie in het strafproces nogal wat discussie.

216. O.m. D. DILLENBOURG, *Répétibilité des frais de défense en matière pénale*, p. 131, nr. 96 en noot (117); F. GLANSDORFF, "Essai de synthèse de la situation en Belgique" in *La répétibilité des honoraires*, Luik, Editions du Jeune Barreau de Liège, 2009, 42; J. VAN EX, *Indemnités de procédure en matière pénale*, p. 126, nr. 49; J. VAN DROOGHENBROECK en B. DE CONINCK, *La loi du 27 avril 2007*, p. 49, nr. 51 en noot (119). Zie echter H. BOULARBAH, "Demandes incidentes et répétibilité des frais et honoraires d'avocat", [www.procedurecivile.be](http://www.procedurecivile.be), punt 4; V. PIRE, "Questions d'actualité en matière de répétibilité des frais et honoraires d'avocat", *P&B* 2009, p. 9, nr. 31.

217. Cass. 25 januari 2013, C.12.0202.N, concl. A. VAN INGELGEM, *Arr.Cass.* 2013, 204, *RW* 2012-13, 1584 en *TBBR* 2014, 135. In dezelfde zin: Brussel 17 december 2008, *JLMB* 2009, 1850; Brussel 3 maart 2010, *IRDI* 2010, 394 en *JLMB* 2010, 1564; Luik 21 juni 2013, *T.Verz.* 2014, 431.

218. D. DILLENBOURG, *Répétibilité des frais de défense en matière pénale*, p. 129-130, nr. 92.

**109.** Met een *arrest van 1 september 2009*<sup>219</sup> oordeelde het Grondwettelijk Hof dat het niet voorzien door de Wet Verhaalbaarheid Erelonen van een rechtsplegingsvergoeding ten voordele van *de gemachtigde ambtenaar* die voor het strafrecht een herstellvordering instelt op grond van artikel 155 Waals Wetboek Ruimtelijke Ordening, Stedenbouw en Patrimonium en ten laste van de beklaagde en de burgerrechtelijk aansprakelijke partij, de artikelen 10 en 11 Grondwet niet schendt. Dit oordeel is gesteund op de volgende motieven:

- de wetgever wil met de Wet Verhaalbaarheid Erelonen het systeem van de verhaalbaarheid uitbreiden tot de relatie beklaagde/beschuldigde en burgerlijke partij, maar wenst het niet toegepast te zien in de verhouding beklaagde *versus* de staat, vertegenwoordigd door het Openbaar Ministerie;
- het Openbaar Ministerie vertegenwoordigt het algemeen belang en kan dus niet op één lijn worden geplaatst met een burgerlijke partij die de strafvordering alleen in gang zet om een privébelang te dienen;
- de gemachtigde ambtenaar stelt met toepassing van artikel 155 van het voormelde wetboek een vordering in het algemeen belang in, met het oog op een herstel dat verband houdt met de goede ruimtelijke ordening en niet met de schade die door bepaalde personen wordt geleden;
- er bestaat een wezenlijk verschil tussen de burgerlijke partij die het herstel van haar eigen schade vordert en de gemachtigde ambtenaar die optreedt ter vrijwaring van het algemeen belang;
- gelet op de aan de gemachtigde ambtenaar toegewezen opdracht, die lijkt op die van het Openbaar Ministerie, kon de wetgever redelijkerwijze oordelen dat het niet aangewezen was om in diens voordeel de regeling van de verhaalbaarheid uit te breiden.

**110.** Met het *arrest van 25 februari 2010*<sup>220</sup> oordeelt de constitutionele rechter met een analoge redenering in dezelfde zin. De Wet Verhaalbaarheid Erelonen schendt de artikelen 10 en 11 Grondwet niet door niet erin te voorzien dat indien de *tussenkoms van het Waalse Gewest* voor de strafrechter strekkende tot het horen bevelen van bepaalde milieuherstelmaatregelen slaagt, deze partij gerechtigd is op een rechtsplegingsvergoeding ten laste van de beklaagde en de burgerrechtelijk aansprakelijke partij.

**111.** Met *arresten van 8 maart 2012 en 7 maart 2013*<sup>221</sup> oordeelde het Grondwettelijk Hof dat uit artikel 162*bis* Wetboek van Strafvordering voortvloeit dat geen enkele rechtsplegingsvergoeding kan worden geëist van het Vlaamse Gewest wanneer in het raam van een strafprocedure een herstellvordering werd ingediend door *de stedenbouwkundig inspecteur*.

219. GwH 1 september 2009, nr. 135/2009, B.4-B.7, *Amén*. 2010, 62, *APT* 2009, 322, *NJW* 2010, 148, noot AV, *RABG* 2010, 24 en *TMR* 2009, 779.

220. GwH 25 februari 2010, nr. 23/2010, B.4-B.7.

221. GwH 8 maart 2012, nr. 43/2012, B.3, *NJW* 2012, 542, noot J. TOURY, *RW* 2011-12, 1569 en *MER* 2012, 184, noot J. THEUNIS; GwH 7 maart 2013, nr. 36/2013, B.3.

**112.** *Het Hof van Cassatie* volgt. Artikel 162bis Wetboek van Strafvordering beperkt de verhaalbaarheid van de rechtsplegingsvergoeding in strafzaken voor de vonnisgerechten tot de verhoudingen tussen eensdeels de beklaagde/de burgerrechtelijk aansprakelijke partij en anderdeels de burgerlijke partij. De herstelmaatregelen beogen niet zoals een schadevergoeding, de vergoeding van schade aan particuliere belangen, maar strekken ertoe een einde te maken aan een met de wet strijdige toestand die ingevolge het misdrijf is ontstaan en die het algemeen belang schaadt. Het optreden van deze herstellende overheden, die in het algemeen belang een wettelijke opdracht uitoefenen en geen particulier belang nastreven, valt niet gelijk te stellen met het optreden van een burgerlijke partij in de zin van artikel 162bis Wetboek van Strafvordering. Zij kunnen dan ook niet, zo de herstellende overheden wordt afgewezen, worden veroordeeld tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding.<sup>222</sup> Ook de publiekrechtelijk rechtspersoon voor wie zij optreden, kan niet tot de betaling van een rechtsplegingsvergoeding worden veroordeeld.<sup>223</sup> Zij zijn, zo hun vordering slaagt, ook niet gerechtigd op een dergelijke vergoeding.<sup>224</sup> Op dit punt zit de rechtspraak van *het Hof van Cassatie* en *het Grondwettelijk Hof* duidelijk op één lijn.<sup>225</sup>

**113.** Ook indien de herstellende overheid voor de burgerlijke rechter een vordering stelt, kan hij of de overheid voor wie hij optreedt in de zinswijze van het Grondwettelijk Hof niet worden veroordeeld tot de betaling van een rechtsplegingsvergoeding. Artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek in andere zin interpreteren, zou de artikelen 10 en 11 Grondwet schenden. Bijgevolg kan geen rechtsplegingsvergoeding ten laste van het Vlaamse Gewest worden gelegd indien de stedenbouwkundig inspecteur voor de burgerlijke rechter op grond van artikel 6.1.43 Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening<sup>226</sup> of ten laste van de gemachtigde ambtenaar indien hij op grond van artikel 157 Waals Wetboek Ruimtelijke Ordening, Stedenbouw, Patrimonium en Energie<sup>227</sup> een vordering stelt en wordt afgewezen. Het Hof verantwoordt dit oordeel als volgt:

- het beginsel van gelijkheid en van niet-discriminatie vereist dat rechtsvorderingen die in het algemeen belang en in alle onafhankelijkheid door een publiek orgaan zijn ingesteld, op dezelfde wijze worden behandeld als een strafvordering;
- de stedenbouwkundig inspecteur of de gemachtigde ambtenaar stelt de herstellende vordering uitsluitend in het algemeen belang in met het oog op de vrijwaring van de goede ruimtelijke ordening;

222. Cass. 24 mei 2011, P.10.2052.N, *Arr.Cass.* 2011, 1331, concl. DUINSLAEGER (gewestelijk stedenbouwkundig inspecteur).

223. Cass. 14 mei 2013, P.12.1218.N, *Arr.Cass.* 2013, 1162, concl. DUINSLAEGER (gewestelijk stedenbouwkundig inspecteur).

224. Cass. 25 oktober 2011, *TBO* 2012, 147 (gemachtigde ambtenaar onroerend erfgoed); Cass. 13 maart 2012, P.11.1088.N (*idem*). Zie in dezelfde zin Luik 14 september 2009, *JLMB* 2009, 1811 (gemachtigde ambtenaar ex art. 155 Waals Wetboek van Ruimtelijke Ordening, Stedenbouw en Patrimonium).

225. GwH 1 september 2009, nr. 135/2009, B.3-B.6, *APT* 2009, 322, *NJW* 2010, 148, noot AV, *RABG* 2010, 24 en *TMR* 2009, 779 (gemachtigde ambtenaar ex art. 155 Waals Wetboek van Ruimtelijke Ordening, Stedenbouw en Patrimonium).

226. GwH 8 maart 2012, nr. 43/2012, B.4-B.8.

227. GwH 7 maart 2013, nr. 36/2013, B.4-B.8.

- net zoals de leden van het Openbaar Ministerie dienen de stedenbouwkundig inspecteurs en de gemachtigde ambtenaren hun vordering in volle onafhankelijkheid te kunnen uitoefenen, zonder rekening te houden met het financieel risico verbonden aan het proces;
- de wijziging die de wetgever met de wet van 21 februari 2010 wil aanbrengen m.b.t. de arbeidsauditeur is ingegeven door dezelfde verantwoording.

Ook hier volgt het Hof van Cassatie: met verwijzing naar het arrest van 8 maart 2012 van het Grondwettelijk Hof wordt de veroordeling van de stedenbouwkundig inspecteur tot een rechtsplegingsvergoeding, nadat zijn herstellvordering als ongegrond was afgewezen, vernietigd.<sup>228</sup>

**114.** De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof wordt niet overal even goed ontvaard. De vraag werd gesteld of het behartigen van het algemeen belang wel een voldoende verantwoording biedt om een particulier op te zadelen met kosten van verdediging, als blijkt dat het optreden van de overheid volgens de rechter onterecht was en dan ook moeilijk in overeenstemming met het algemeen belang kan worden geacht.<sup>229</sup> Die kritiek lijkt op het Hof weinig indruk te maken.

**115.** Met een *arrest van 25 april 2013*<sup>230</sup> deed het Grondwettelijk Hof uitspraak over de vraag of het gelijkheidsbeginsel niet wordt miskend indien i.g.v. een *civiele herstellvordering* de overheid niet en de particulier wel kan worden veroordeeld tot de betaling van een rechtsplegingsvergoeding. Het Hof oordeelt dat ingeval de overheid zich moet verweren tegen een vordering tot opheffing van een stakingsbevel haar geen rechtsplegingsvergoeding kan worden opgelegd, maar er haar ook geen kan worden toegekend, zodat er geen verschil in behandeling bestaat. De redenering van het Hof komt er samengevat op neer dat:

- het stakingsbevel van artikel 6.1.47 Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening een preventieve maatregel is die ertoe strekt de verdere aantasting van de ruimtelijke ordening te verhinderen en die dus uitsluitend wordt opgelegd ter vrijwaring van de goede ruimtelijke ordening, wat een doelstelling van algemeen belang is;
- noch het preventief karakter noch het gegeven dat het niet de overheid is die de opheffing van het bevel nastreeft, volstaan om het opleggen van een rechtsplegingsvergoeding te verantwoorden;
- bij het verweer dat de stakingbevelende overheid moet voeren tegen de gevorderde opheffing, welke tot doel heeft de rechtsonderhorigen te beschermen tegen onrechtmatig overheidsoptreden, zij het algemeen belang verdedigt en treedt zij op ter vrijwaring van de goede ruimtelijke ordening.

228. Cass. 12 december 2013, C.12.0036.N; Cass. 28 november 2014, C.12.0310.N.

229. O.m. J. TOURY, "Verjaring herstellvordering in niet-ruimtelijk kwetsbaar gebied", *NJW* 2013, 131.

230. GwH 25 april 2013, nr. 57/2013, B.4.1-B.4.4, *NJW* 2013, 596, noot J. TOURY en *TGR-TWVR* 2013, 254; B. DE BECKER, "Burger moet geen rechtsplegingsvergoeding betalen aan overheid in stedenbouwzaken", *Juristenkrant* 22 mei 2013, 3.

**116.** Met dit arrest doet het Grondwettelijk Hof voor het eerst uitspraak over de *wederkerigheid* van niet-verschuldigde rechtsplegingsvergoedingen. De conclusie lijkt te zijn dat geen der partijen een rechtsplegingsvergoeding is verschuldigd.<sup>231</sup>

**117.** Het Grondwettelijk Hof heeft zijn oordeel m.b.t. de vorderingen van de arbeidsauditeur en de procureur des Konings in civiele zaken en van de herstellende overheden ook gehanteerd i.g.v. procedures tegen de weigering van *de ambtenaar van de burgerlijke stand* om een huwelijk te voltrekken.<sup>232</sup> Het ten laste leggen van een rechtsplegingsvergoeding van de ambtenaar van de burgerlijke partij zou artikelen 10 en 11 Grondwet schenden. Ook hij treedt uitsluitend in het algemeen belang op ter vrijwaring van de openbare orde en ook hij moet net als het Openbaar Ministerie kunnen beslissen zonder rekening te houden met het financiële risico verbonden aan een procedure die tegen zijn beslissing word ingesteld. De problematiek blijft nochtans de feitenrechters beroeren, want ze blijven het Grondwettelijk Hof prejudiciële vragen stellen over deze aangelegenheid.<sup>233, 234</sup>

### § 3. Voor de onderzoeksgerechten: het geval van een strafvordering op gang gebracht door een burgerlijkepartijstelling en eindigend met een nominatieve buitenvervolginstelling

**118.** Ingevolge de toevoeging van een tweede lid aan artikel 128 Wetboek van Strafvordering moet de raadkamer die beslist tot een buitenvervolginstelling *de burgerlijke partij* die de strafvordering op gang heeft gebracht, *veroordeelen* tot de betaling aan de in verdenking gestelde van een rechtsplegingsvergoeding. De regel is ook van toepassing indien de kamer van inbeschuldigingstelling de buitenvervolginstelling beveelt.<sup>235</sup> Indien de raadkamer heeft beslist tot een buitenvervolginstelling en na hoger beroep van de burgerlijke partij die het initiatief nam tot het opstarten van de strafvordering de kamer van inbeschuldigingstelling deze beslissing bijtreedt, zal de burgerlijke partij twee rechtsplegingsvergoedingen verschuldigd zijn, zijnde één per aanleg.

231. J. TOURY, "Wederigheid van niet-verschuldigde rechtsplegingsvergoedingen bij handhavingsmaatregelen", *NJW* 2013, 599; J. VAN DONINCK, "Justice as Fairness: over de rechtsplegingsvergoeding in geschillen met de overheid", *RW* 2014-15, p. 919, nr. 5.

232. GwH 26 september 2013, nr. 132/2013, B.3-B.8, *NJW* 2014, 397, noot C. VAN SEVEREN; E. BREWAEYS, "Ambtenaar burgerlijke stand moet geen rechtsplegingsvergoeding betalen", *Juristenkrant* 20 november 2013, 8; GwH 19 december 2013, nr. 180/2013, B.2-B.8; GwH 27 maart 2014, nr. 54/2014, B.2-B.8.

233. Prejudiciële vraag door het hof van beroep te Bergen bij arrest van 2 maart 2015. De zaak werd ingeschreven onder nr. 6170 van de rol van het Grondwettelijk Hof.

234. Met drie arresten die dateren van na het afsluiten van de tekst en vóór het persklaar maken ervan, is het Grondwettelijk Hof op die rechtspraak teruggekomen. Deze drie arresten worden in een naschrift bij deze bijdrage besproken (*infra*, nrs. 193-197).

235. J. MAROT, "La loi du 21 avril 2007 relative à la répétibilité (partielle) des honoraires et frais d'avocat", *T.Vred.* XXX, 188; O. MICHIELS, *La répétibilité en procédure pénale*, 1263; I. SAMOY en V. SAGAERT, *De wet van 21 april 2007*, p. 695, nr. 79.



**119.** Het op gang brengen door de burgerlijke partij van een strafvordering zonder succes leidt dus tot haar veroordeling tot een rechtsplegingsvergoeding, althans voor zover er een in verdenking gestelde is. De *beslissing* van het onderzoeksgerecht *om niet te vervolgen* kan gesteund zijn op de afwezigheid van voldoende bezwaren, de verjaring van de strafvordering, de opheffing van de strafwet, de aanwezigheid van een strafuitsluitende verschoningsgrond, een rechtvaardigingsgrond of van een grond van niet-toerekenbaarheid of de onontvankelijkheid van de burgerlijkepartijstelling zelf.<sup>236</sup>

**120.** Uit een *arrest van 18 februari 2010*<sup>237</sup> van het Grondwettelijk Hof volgt dat de burgerlijke partij i.g.v. buitenvervolginstelling gehouden is tot een rechtsplegingsvergoeding aan de in verdenking gestelden die buitenvervolginstelling worden gesteld, *wat daar ook de reden van is*.<sup>238</sup>

**121.** In de bodemprocedure had een persoon zich op 18 december 2000 bij de onderzoeksrechter burgerlijke partij gesteld tegen onbekenden wegens diefstal en heling. Nadat het Openbaar Ministerie op 10 juli 2008 voor twaalf personen de verwijzing had gevorderd, stelde de raadkamer de verjaring van de strafvordering voor zeven van hen vast, terwijl voor een achtste ook een buitenvervolginstelling moest worden bevolen wegens een identiteitsverwisseling. Vooral te beslissen over de door de burgerlijke partij verschuldigde rechtsplegingsvergoeding(en) aan deze acht in verdenking gestelden, die werden bijgestaan door een advocaat, wenste de raadkamer te weten of geen rekening moest worden gehouden met de omstandigheid dat de burgerlijke partij al dan niet een verdachte met naam had genoemd, de buitenvervolginstelling een gevolg is van de afwezigheid van voldoende bezwaren dan wel hetzij van de verjaring van de strafvordering ingevolge het niet-optreden van het Openbaar Ministerie hetzij van een persoonsverwisseling door een fout van het Openbaar Ministerie.

**122.** Het Grondwettelijk Hof redeneert als volgt<sup>239</sup>:

- verwerende partijen op de burgerlijke rechtsvordering die door de klacht met burgerlijkepartijstelling is ingesteld, zijn niet alleen de personen die in de klacht met burgerlijkepartijstelling zijn vermeld, maar ook zij die door de onderzoeksrechter in

236. D. DILLENBOURG, *Répétibilité des frais de défense en matière pénale*, p. 121, nr. 62; O. MICHELS, *La répétibilité en procédure pénale*, 1263-1264. Deze auteurs wijzen er terecht op dat spijts de beslissing van het onderzoeksgerecht in sommige gevallen nog voor de burgerlijke rechter een procedure kan worden gevoerd.

237. GwH 18 februari 2010, nr. 11/2010, B.2-B.11, *JT* 2010, 313, noot O. MICHELS en *RDPC* 2010, 909.

238. O. MICHELS, "Plainte, non-lieu en indemnité de procédure", *JT* 2010, 315, nr. 4; J. VAN EX, *Indemnités de procédure en matière pénale*, p. 120, nr. 32.

239. Enigszins merkwaardig is dat de ministerraad van oordeel was dat de burgerlijke partij geen rechtsplegingsvergoeding verschuldigd was voor de in verdenkinggestelden die door de burgerlijke partij niet werden geïndiceerd in haar stelling of in conclusie, maar die deze hoedanigheid kregen ingevolge een vordering van het Openbaar Ministerie (A.3.3) en evenmin i.g.v. het verval van de strafvordering wegens verjaring ingevolge het niet-optreden van het Openbaar Ministerie (A.3.4) (O. MICHELS, "Plainte, non-lieu en indemnité de procédure", *JT* 2010, 315, noot (5); J. VAN EX, *Indemnités de procédure en matière pénale*, p. 120, voetnoot (74)).

- verdenking worden gesteld en zij die in de vordering van het Openbaar Ministerie worden vermeld als personen tegen wie de strafvordering is ingesteld<sup>240</sup>;
- de veroordeling van de burgerlijke partij is verantwoord omdat zijzelf de strafvordering heeft op gang gebracht, maar zonder succes;
  - door haar optreden heeft zij de in verdenking gestelden ertoe gedwongen of kan zij hen ertoe gedwongen hebben hun verweer te voeren gedurende een hele procedure die niet, zoals in het geval wanneer de strafvordering op gang is gebracht door het Openbaar Ministerie, is ingesteld in het algemeen belang, maar wel om een persoonlijk belang te verdedigen;
  - de wil om de persoon die zich burgerlijke partij stelt bij de onderzoeksrechter op dezelfde wijze te behandelen als de persoon die een vordering stelt voor een burgerlijk rechtscollege en de omstandigheid dat hij de strafvordering heeft in werking gesteld, volstaan als redelijke verantwoording om de burgerlijke partij te veroordelen tot een rechtspleging, ook indien de buitenvervolgving een gevolg is van verjaring wegens het niet-optreden van het Openbaar Ministerie en van een vergissing door het Openbaar Ministerie;
  - de rechter kan i.g.v. het kennelijk onredelijk karakter van de situatie overeenkomstig artikel 1022, derde lid Gerechtelijk Wetboek, het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding verminderen tot het voorgeschreven minimum.

**123.** Met een arrest van 12 november 2013<sup>241</sup> zit het Hof van Cassatie, Nederlands-talige afdeling van de tweede kamer, perfect op eenzelfde lijn. Het oordeelt dat uit artikel 128 Wetboek van Strafvordering volgt dat indien het gerechtelijk onderzoek werd geopend ingevolge een burgerlijkepartijstelling en de strafvordering daardoor werd ingesteld en het onderzoeksgerecht vervolgens beslist dat er geen reden is tot vervolging, de burgerlijke partij wordt veroordeeld tot een rechtsplegingsvergoeding aan de in verdenking gestelde en dit *ongeacht de reden die aan die beslissing tot buitenvervolgvingstelling ten grondslag ligt*.

**124.** Een *cassatie*arrest van 3 december 2014<sup>242</sup> van de Franstalige afdeling van de tweede kamer, gaat evenwel in een andere richting. Vernietigd werd het arrest van een kamer van inbeschuldigingstelling dat, na de contraventionalisering van een wanbedrijf en de vaststelling van het verval van de strafvordering wegens verjaring, de burgerlijke partij op wiens initiatief de strafvordering was opgestart, veroordeelde tot een rechtsplegingsvergoeding. Het Hof van Cassatie zag daar zonder veel nadere uitleg een schending in van artikel 128, tweede lid Wetboek van Strafvordering.

---

240. De Gentse raadkamer oordeelde nochtans dat de burgerlijke partij geen rechtsplegingsvergoeding is verschuldigd aan een niet in haar klacht vermelde inverdenkinggestelde (Rk. Gent 14 januari 2009, *TGR* 2009, 314).

241. Cass. 12 november 2013, P.13.0976.N, *Arr.Cass.* 2013, 2384, *NC* 2014, 213 en *RABG* 2014, 514. In dezelfde zin KI Bergen 31 oktober 2008, *P&B* 2009, 41.

242. Cass. 3 december 2014, P.11.1198.F.

**125.** Uit dat arrest kan misschien worden afgeleid dat het Hof voor de toepassing van artikel 128, tweede lid Wetboek van Strafvordering, het eerste lid van artikel 128 zeer letterlijk leest en de veroordeling tot een rechtsplegingsvergoeding beperkt tot twee gevallen, nl. die waarin het onderzoeksgerecht vaststelt dat het feit noch een misdaad, noch een wanbedrijf oplevert of het geval dat er tegen de in verdenking gestelde generlei bezwaar bestaat. Voor de andere gevallen waarin het onderzoeksgerecht op juridisch-technische gronden een buitenvervolginstelling beveelt, zou er dan geen rechtsplegingsvergoeding verschuldigd zijn door de burgerlijke partij.

**126.** Die zienswijze kan moeilijk worden bijgevallen:

- ze is in strijd met de voormelde arresten van het Grondwettelijk Hof en de Nederlandse afdeling van het tweede kamer van het Hof van Cassatie;
- ze maakt, zonder een duidelijk wettelijke basis, een onderscheid tussen de toepassing van artikel 128, eerste lid Wetboek van Strafvordering, dat in de rechtsleer en de rechtspraak steeds in die zin werd geïnterpreteerd dat het zowel de feitelijke buitenvervolginstelling (geen bewaar, geen misdrijf) als de juridische buitenvervolginstelling (gronden van verval van de strafvordering) omvat<sup>243</sup>, en de toepassing van artikel 128, tweede lid Wetboek van Strafvordering;
- de rechtsplegingsvergoeding moet de kosten van verdediging dekken van de in het gelijk gestelde partij. Ook indien er wordt beslist tot buitenvervolginstelling van een in verdenking gestelde op andere dan de twee in artikel 128, eerste lid Wetboek van Strafvordering uitdrukkelijk vermelde gronden, heeft de in verdenking gestelde zich moeten verdedigen en is het te verantwoorden dat hij recht heeft op een vergoeding voor die kosten;
- zelfs indien de verjaring een gevolg zou zijn van de inertie van het Openbaar Ministerie of van de onderzoeksrechter, moet worden benadrukt dat de burgerlijke partij over middelen beschikt om het onderzoek te activeren<sup>244</sup>;
- i.g.v. fouten vanwege het Openbaar Ministerie of de onderzoeksrechter behoort een aansprakelijkheidsvordering tegen de Belgische staat tot de mogelijkheden.<sup>245</sup>

243. M. FRANCHIMONT, A. JACOBS en A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, Brussel, Larcier, 2012, 604; R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2014 p. 380-381, nr. 802; R. VERSTRAETEN, D. VAN DAELE, A. BAILLEUX en J. HUYSMANS, *De burgerlijke partijstelling: analyse en toekomstperspectief*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 62, nr. 90; R. VERSTRAETEN, *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 2012, p. 686, nr. 1338 en p. 707, nr. 1391. In dezelfde zin KI Bergen 31 oktober 2008, *P&B* 2009, 41.

244. O. MICHIELS, "Plainte, non-lieu en indemnité de procédure", *JT* 2010, 315, noot (7), die verwijst naar de mogelijkheid om de kamer van inbeschuldigingstelling te vatten overeenkomstig art. 136, tweede lid Sv.

245. O. MICHIELS, "Plainte, non-lieu en indemnité de procédure", *JT* 2010, 316, noot (8).

#### § 4. Voor de vonnisgerechten: de veroordeling van de in het ongelijk gestelde rechtstreeks dagende burgerlijke partij

**127.** De burgerlijke partij kan voor de vonnisgerechten slechts in één geval worden veroordeeld tot een rechtspleging aan de beklaagde, de burgerrechtelijk aansprakelijke partij en de tussenkomende partij en dit is wanneer zij *de strafvordering op gang heeft gebracht* d.m.v. een rechtstreekse dagvaarding en zij vervolgens in het ongelijk wordt gesteld. Dat geldt zowel voor de politierechtbank (art. 162*bis*, tweede lid Sv.) als voor de correctionele rechtbank, ook in hoger beroep (art. 194 Sv.) en na hoger beroep voor het hof van beroep (art. 211 Sv.).<sup>246</sup> De toestand van een afgewezen rechtstreeks dagende burgerlijke partij is perfect vergelijkbaar met die van een door de burgerlijke rechter afgewezen eiser en het is dan ook logisch om hen op eenzelfde manier te behandelen.<sup>247</sup>

**128.** Er werd aangenomen dat andere burgerlijke partijen die zich enkel hadden gevoegd bij een burgerlijke partij die met een rechtstreekse dagvaarding de strafvordering had op gang gebracht, i.g.v. afwijzing van hun vordering niet konden worden veroordeeld tot de betaling van een rechtsplegingsvergoeding. Noch artikel 162*bis* noch artikel 128 Wetboek van Strafvordering bieden een wettelijke grondslag om afgewezen gevoegde of aansluitende burgerlijke partijen, d.w.z. die zich hebben gevoegd of aangesloten bij een burgerlijke partij die door een klacht bij de onderzoeksrechter de strafvordering heeft op gang gebracht of die zich hebben gevoegd bij de vordering van het Openbaar Ministerie, i.g.v. afwijzing van hun vordering, tot een rechtsplegingsvergoeding te veroordelen.<sup>248</sup>

**129.** Na een arrest van 19 december 2013<sup>249</sup> van het Grondwettelijk Hof behoeft die regel nuancering. Het Hof oordeelde dat indien artikel 162*bis*, tweede lid Wetboek van Strafvordering zo wordt uitgelegd dat afgewezen burgerlijke partijen die zich hebben gevoegd of aangesloten bij de rechtstreeks dagende burgerlijke partij niet kunnen worden veroordeeld tot een rechtsplegingsvergoeding, de artikelen 10 en 11 Grondwet zijn geschonden. Het Hof komt tot dit oordeel op basis van de volgende redenering:

- de rechtsplegingsvergoeding heeft alleen betrekking op de burgerlijke rechtsvordering, nl. de vordering tot herstel van de schade veroorzaakt door een misdrijf en die is verschuldigd aan de in het gelijk gestelde partij;
- artikel 162*bis*, tweede lid Wetboek van Strafvordering verplicht tot de veroordeling van de afgewezen rechtstreeks dagende burgerlijke partij;

246. G. MARY, *La nouvelle réglementation*, nr. 14336/4, punt D.3.

247. D. DILLENBOURG, *Répétibilité des frais de défense en matière pénale*, p. 119-120, nr. 54.

248. R. VERSTRAETEN, D. VAN DAELE, A. BAILLEUX en J. HUYSMANS, *De burgerlijke partijstelling: analyse en toekomstperspectief*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 62, nr. 90; R. VERSTRAETEN, *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 2012, p. 1169-1170, nr. 2365.

249. GwH 19 december 2013, nr. 174/2013, B.2-B.10, NC 2014, 121, RDPC 2014, 514 en RW 2013-14, 839 en 1378.

- doel van de Wet Verhaalbaarheid Erelonen is rechtsonderhorigen die herstel vragen van een schade voor een burgerlijke of een strafrechtelijke jurisdictie op gelijke voet te behandelen;
- wegens de opdracht van het Openbaar Ministerie dient de regeling niet tot het Openbaar Ministerie te worden uitgebreid;
- het is verantwoord de in het ongelijk gestelde burgerlijke partij niet te veroordelen tot een rechtsplegingsvergoeding indien zij zich ertoe heeft beperkt haar vordering te doen aansluiten bij een door het Openbaar Ministerie ingestelde strafvordering of na verwijzing door het onderzoeksgerecht; in die gevallen is de in het ongelijk gestelde burgerlijke partij niet verantwoordelijk voor de vervolging van de beklaagde;
- die gevallen verschillen van die van een voor de burgerlijke rechter ingestelde procedure die, ongeacht de wijze waarop zij is ingesteld, nooit een vordering is die zich aansluit bij een door het Openbaar Ministerie op gang gebrachte strafvordering of een vervolging na een verwijzing door het onderzoeksgerecht;
- het is niet redelijk verantwoord dat de burgerlijke partij die zich d.m.v. een afzonderlijke vordering heeft aangesloten bij een rechtstreekse dagvaarding door een andere burgerlijke partij, ervan wordt vrijgesteld een rechtsplegingsvergoeding te betalen indien zij in het ongelijk wordt gesteld, terwijl zij zou zijn veroordeeld tot betaling van een dergelijke vergoeding indien zij tussengekomen was in een geschil dat voor een burgerlijke rechter hangende was.

**130.** Met dit arrest stelt het Grondwettelijk Hof een lacune in de regeling vast en geeft het terzelfder tijd aan hoe die moet worden ingevuld, nl. met de veroordeling van de in het ongelijk gestelde burgerlijke partij die zich heeft aangesloten bij een rechtstreeks dagende burgerlijke partij. Men kan zich afvragen of de door de constitutionele rechter ontwikkelde gedachtegang ook niet geldt of zou moeten gelden voor burgerlijke partijen die zich hebben aangesloten bij een burgerlijke partij die bij de onderzoeksrechter klacht heeft ingediend en zo de strafvordering op gang gebracht. Daartegen kan evenwel worden ingebracht dat de burgerlijkepartijstelling voor de onderzoeksrechter of de gevoegde burgerlijkepartijstelling voor deze rechter of het onderzoeksgerecht *geen equivalent kent in het burgerlijk procesrecht*.

§ 5. *Voor de vonnisgerichten: de onmogelijkheid om bij een afwijzing van de burgerlijke vordering door het vonnisgerecht de burgerlijke partij te veroordelen tot een rechtsplegingsvergoeding (behoudens in het geval zij met een rechtstreekse dagvaarding de strafvordering heeft op gang gebracht)*

**131.** De *burgerlijke partij* kan door het vonnisgerecht bij het niet-slagen van haar vordering niet worden veroordeeld tot een rechtsplegingsvergoeding indien de strafvordering werd aanhangig gemaakt ingevolge een rechtstreekse dagvaarding door het Openbaar Ministerie en zij zich daarbij heeft gevoegd.<sup>250, 251</sup>

**132.** Bij het niet-slagen van haar vordering kan de burgerlijke partij door het vonnisgerecht niet worden veroordeeld tot de betaling van een rechtsplegingsvergoeding indien de zaak aanhangig werd gemaakt door *een verwijzingsbeschikking van het onderzoeksgerecht*. Het Hof van Cassatie heeft meermaals die regel moeten in herinnering brengen.<sup>252</sup> Het is daarbij zonder belang dat het gerechtelijk onderzoek werd op gang gebracht ingevolge het optreden van de burgerlijke partij dan wel dat de burgerlijke partij zich slechts heeft aangesloten bij een reeds door het Openbaar Ministerie op gang gebrachte strafvordering. Het is evenmin van belang dat het Openbaar Ministerie bij de behandeling voor het onderzoeksgerecht van oordeel was dat een buitenvervolginstelling zich opdroeg, maar het onderzoeksgerecht – zelfs voor het eerst in hoger beroep – toch heeft verwezen. Hoewel het mogelijk is dat in een dergelijk geval de burgerlijke partij aan de basis ligt van het op gang brengen van de strafvordering werd door een rechtscollège beslist tot het voortzetten ervan zodat niet kan worden gesteld dat de burgerlijke partij exclusief verantwoordelijk is voor de voortzetting van de procedure.<sup>253</sup> Het Openbaar Ministerie neemt voor het onderzoeksgerecht de vordering die het passend acht en het onderzoeksgerecht beslist in alle vrijheid over een al dan niet doorverwijzing, zonder dat deze instanties op enige wijze gebonden zijn door de zienswijze van de burgerlijke partij.<sup>254</sup>

**133.** Aan het Grondwettelijk Hof werd gevraagd of de veroordeling van de in het ongelijk gestelde beklaagde en het niet kunnen veroordelen van de in het ongelijk gestelde burgerlijke partij, die niet rechtstreeks heeft gedagvaard, geen schending van

250. Cass. 28 juni 2011, P.10.1952.N; Cass. 24 februari 2010, P.09.1870.F, *Arr.Cass.* 2010, 517; Cass. 12 februari 2010, P.10.0507.N; Cass. 22 februari 2011, P.10.1465.N. Zie in dezelfde zin Luik 2 februari 2009, *JLMB* 2009, 652.

251. H. LAMON, *Verhaalbaarheid advocatenkosten*, p. 441, nr. 23; G. MARY, *La nouvelle réglementation*, nr. 14336/4, punt D.5.

252. Cass. 11 maart 2009, P.08.1778.F, *Arr.Cass.* 2009, 788; Cass. 24 november 2009, P.08.1815.N, *Arr.Cass.* 2009, 2778.

253. *Parl.St.* Senaat 2006-07, nr. 3-1686/4 (verantwoording bij regeringsamendement nr. 18); Senaat 2006-07, nr. 3-1686/5, p. 33; Kamer 2006-07, nr. 51-2891/002, p. 6; G. MARY, *La nouvelle réglementation*, nr. 14336/4, punt D.2;

O. MICHELS, *La répétibilité en procédure pénale*, 1264; H. LAMON, *Verhaalbaarheid advocatenkosten*, p. 441, nr. 23.

254. J. MAROT, "La loi du 21 avril 2007 relative à la répétibilité (partielle) des honoraires et frais d'avocat", *T.Vred.* XXX, 188.

de artikelen 10 en 11 Grondwet, artikel 6 EVRM en artikelen 14.2 en 14.3.g) IVBPR impliceert. Die vraag krijgt met een arrest van 21 januari 2009<sup>255</sup> een negatief antwoord:

- het is verantwoord de regeling van de verhaalbaarheid niet uit te breiden tot de gevallen waarin de vordering van het Openbaar Ministerie zonder gevolg blijft;
- het is verantwoord dat alleen de rechtstreeks dagende burgerlijke partij die in het ongelijk wordt gesteld tot een rechtsplegingsvergoeding wordt veroordeeld en niet de burgerlijke partij die zich heeft beperkt tot het zich aansluiten bij een door het Openbaar Ministerie ingestelde strafvordering of wanneer het onderzoeksgerecht heeft verwezen: in die gevallen kan de in het ongelijk gestelde burgerlijke partij niet aansprakelijk worden gesteld voor de strafprocedure en bijgevolg niet worden veroordeeld om de procedurekosten die bij die gelegenheid zijn ontstaan, te vergoeden;
- dit houdt ook geen schending in van artikel 6 EVRM en artikelen 14.2 en 14.3.g) IVBPR.

**134.** Met *arresten van 18 februari 2009*<sup>256</sup> en van *2 april 2009*<sup>257</sup> oordeelde het Grondwettelijk Hof dat de situatie van een burgerlijke partij voor de strafrechter, die niet rechtstreeks heeft gedagvaard (en die dus nooit tot een rechtsplegingsvergoeding kan worden veroordeeld), en die van een partij die voor de burgerlijke rechter het herstel van schade nastreeft (die wel tot een rechtsplegingsvergoeding kan worden veroordeeld) verschillend is, omdat de vordering in dat laatste geval een vordering is die nooit wordt toegevoegd aan *een strafvordering die is ingesteld door het Openbaar Ministerie* hetzij wordt voorgezet ingevolge een verwijzingsbeslissing.

## § 6. *Bijzonder geval: voor de jeugdgerechten*

**135.** Bij een vervolging van een minderjarige voor een als misdrijf omschreven feit overeenkomstig artikel 36, 4<sup>o</sup> Jeugdbeschermingswet, is een *burgerlijkepartijstelling voor de jeugdrechtbank* mogelijk. Volgens artikel 61 van deze wet doet de jeugdrechtbank uitspraak over de burgerlijke rechtsvordering of houdt zij de behandeling aan tot een latere datum en doet zij eveneens uitspraak over de kosten. Volgens artikel 62 van deze wet zijn op die procedures de wetsbepalingen betreffende de vervolgingen in correctionele zaken van toepassing.<sup>258</sup> Er is dan ook geen wettelijk beletsel dat een burgerlijke partij lastens de minderjarige en de burgerrechtelijk aansprakelijke(n) een rechtsplegingsvergoeding vordert.

**136.** Overeenkomstig artikel 56, tweede lid Jeugdbeschermingswet wordt de zaak voor elke minderjarige *afzonderlijk behandeld*, wat in het geval van meerdere

255. GwH 21 januari 2009, nr. 13/2009, B.5-B.10.

256. GwH 18 februari 2009, nr. 28/2009, B.3.-B.4.

257. GwH 2 april 2009, nr. 66/2009, B.3-B.4.

258. D. DILLENBOURG, *Répétibilité des frais de défense en matière pénale*, p. 132-133, nr. 103.

minderjarige daders voor eenzelfde feit impliceert dat de burgerlijke partij van elk van hen (en de burgerrechtelijk aansprakelijk(en)) een rechtsplegingsvergoeding zou kunnen vorderen. Het is evenwel mogelijk om, nadat de zaak op strafgebied tegen elke minderjarige afzonderlijk werd behandeld, de burgerlijke rechtsvordering gezamenlijk te behandelen.<sup>259</sup>

**137.** Aan het Grondwettelijk Hof werd gevraagd of het gelijkheidsbeginsel niet is miskend indien elke minderjarige en de voor hem burgerrechtelijk aansprakelijken telkens tot een rechtsplegingsvergoeding kunnen worden veroordeeld aan de burgerlijke partij, terwijl meerderjarige beklaagden samen (hoofdelijk) tot de rechtsplegingsvergoeding kunnen worden veroordeeld. Het Grondwettelijk Hof zag geen probleem: indien de debatten over de burgerlijke rechtsvordering t.a.v. de minderjarigen afzonderlijk worden gevoerd, kan de rechter *de veroordeling tot een rechtsplegingsvergoeding solidair uitspreken* met die welke hij reeds heeft uitgesproken.<sup>260</sup>

### § 7. *Bijzonder geval: de procedures inzake rechtsbijstand*

**138.** Artikel 7 Tarief Rechtsplegingsvergoeding schrijft voor dat *geen rechtsplegingsvergoeding* kan worden toegekend voor rechtsplegingen die *rechtsbijstand* beogen. Die bepaling is ook van toepassing voor rechtsbijstand gevraagd voor het voeren van procedures voor de strafgerichten. Uit deze bepaling kan volgens het Hof van Cassatie in een *arrest van 9 november 2011*<sup>261</sup> niet worden afgeleid dat hij die rechtsbijstand geniet niet tot de betaling van een rechtsplegingsvergoeding kan worden veroordeeld.

### § 8. *Een partij die geen beroep doet op een advocaat*

**139.** Aangezien de rechtsplegingvergoeding volgens artikel 1022, eerste lid Gerechtelijk Wetboek een forfaitaire tegemoetkoming is in de kosten en erelonen van de advocaat, zal er geen rechtsplegingvergoeding verschuldigd zijn indien *geen beroep* wordt gedaan *op een advocaat*. Indien daarover een cassatiemiddel wordt aangevoerd, onderzoekt het Hof van Cassatie op basis van de stukken waarop het vermag acht te slaan, of er voor die aanleg bijstand was van een advocaat. Indien dat niet het geval blijkt te zijn en toch in het voordeel van die partij een rechtsplegingsvergoeding werd uitgesproken, volgt cassatie.<sup>262</sup>

259. D. DILLENBOURG, *Répétibilité des frais de défense en matière pénale*, p. 133, nr. 105. Zie ook H. ULRICHTS, "Schade door minderjarigen en de gevolgen van een gesplitste behandeling bij de afhandeling van de burgerlijke belangen", *T.Verz.* 2013, 265-269.

260. GwH 12 november 2009, nr. 176/2009, B.4.3, *RDPC* 2010, 772. Zie voor een kritische benadering H. ULRICHTS, "Schade door minderjarigen en de gevolgen van een gesplitste behandeling bij de afhandeling van de burgerlijke belangen", *T.Verz.* 2013, 267-268.

261. Cass. 9 november 2011, P.11.1439.F, *JT* 2011, 797.

262. Cass. 24 november 2009, P.09.1060.N; Cass. 15 december 2009, P.09.0850.N, *Arr.Cass.* 2009, 3028; Cass.



## § 9. De gerechtelijk mandatarissen-advocaat

**140.** Ook in strafzaken worden partijen soms vertegenwoordigd en verdedigd door een *gerechtelijk mandataris*, die altijd of in de regel een advocaat is, zoals een faillissementscurator<sup>263</sup>, een curator van een onbeheerde nalatenschap, een lasthebber *ad hoc*, een voorlopige bewindvoerder of een voogd *ad hoc*. De Wet Verhaalbaarheid Erelonen laat het gerechtigd zijn op een rechtsplegingsvergoeding afhangen van de bijstand van een advocaat, zodat een gerechtelijk mandataris die zelf geen beroep doet op een advocaat op basis van de tekst van artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek niet gerechtigd is op een rechtsplegingsvergoeding<sup>264</sup> en hij die dat wel doet principieel wel gerechtigd is op een dergelijke vergoeding. De problematiek is in de rechtspraak<sup>265</sup> en de rechtsleer<sup>266</sup> niettemin betwist.

**141.** Het Grondwettelijk Hof beantwoordde met *een arrest van 11 maart 2009*<sup>267</sup> de vraag ontkennend of het *niet-toekennen* van een rechtsplegingsvergoeding aan een curator-advocaat n.a.v. een betwisting over een ingediende schuldvordering *niet strijdig* is met het gelijkheidsbeginsel. Volgens de constitutionele rechter verschilt de toestand van de curator als gerechtelijk mandataris, die volgens de wetgever weliswaar advocaat moet zijn gelet op de waarborgen die de plichtenleer eigen aan de balie biedt, van die van een advocaat die een procespartij in rechte bijstaat en vertegenwoordigt. Die beslissing ligt in de lijn van de rechtspraak van het Hof van Cassatie<sup>268</sup> dat een curator optreedt als gerechtelijk mandataris en niet als een advocaat die een partij bijstaat in de zin van artikel 1 van het KB van 30 november 1970.<sup>269</sup>

→ 11 maart 2010, C.09.0042.N, *Arr.Cass.* 2010, 712 en *RW* 2011-12, 652, noot; Cass. 15 maart 2013, F.12.0004.N, *Arr.Cass.* 2013, 744; Cass. 20 november 2013, P.13.1001.F, *Arr.Cass.* 2013, 2467.

263. Dat een curator een gerechtsmandataris zou zijn, wordt betwist (C. BERCKMANS, "De curator en de rechtsplegingsvergoeding", *TBH* 2013, 798-799, nr. 4).

264. J. VAN COMPERNOLLE en F. GLANSORFF, *La répétabilité des frais et honoraires*, p. 232, nr. 3.3; P. VANLERSBERGHE, "De gerechtelijke mandataris en het recht op een rechtsplegingsvergoeding", *RABG* 2012, 760, nr. 5.

265. Bv. Luik 28 mei 2009, *RPS* 2010, 421, noot (curator); Luik 29 oktober 2009, *JLMB* 2010, 1369 (curator) en *RPS* 2010, 431, noot (curator); Brussel 21 april 2010, *RPS* 2013, 115 (curator); Brussel 9 november 2010, *RTDF* 2012, 271 en *RW* 2011-12, 186 (voogd *ad hoc*); Antwerpen 10 november 2010, *RTDF* 2013, 334 en *RW* 2012-13, 349 (voogd *ad hoc*); Gent 8 december 2010, *TBH* 2011, 265; Gent 15 mei 2012, *T.Fam.* 2013, 106, noot S. Voet (voogd *ad hoc*); Kh. Brugge (afdeling Oostende) 10 mei 2010, *RW* 2012-13, 349 (curator).

266. Zie o.m. A. BOSSUYT, "De noodzakelijke partij in het economisch recht", *P&B* 2013, 187-189; W. CLOET, "Jeugd(ige) advocaat als voogd *ac hoc*: een eremandaat", *Juristenkrant* 2010, 13; F. LAUNE, "Indemnité de procédure et mandataires de justice", *JT* 2009, 545-550; S. SOBRIE, "De 'privaatrechtelijke' vertegenwoordigers", *P&B* 2013, 199-220; P. VANLERSBERGHE, "De gerechtelijke mandataris en het recht op een rechtsplegingsvergoeding", *RABG* 2012, 759-764; M. VERHOEVEN, "Geen rechtsplegingsvergoeding voor de voogd *ad hoc*", *Juristenkrant* 27 juni 2012, 2; S. VOET, "Rechtsplegingsvergoeding en voogd *ad hoc*", *T.Fam.* 2013, 109-113; X, "Rechtsplegingsvergoeding voor een curator vertegenwoordigd door een advocaat van zijn eigen kantoor", *NJW* 2012, 645.

267. GwH 11 maart 2009, nr. 46/2009, B.4-B.6, *JT* 2009, 551, noot F. LAUNE en *JLMB* 2009, 1208.

268. Cass. 6 mei 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 1108. Zie ook C. BERCKMANS, "De curator en de rechtsplegingsvergoeding", *TBH* 2013, 798, nrs. 2-4.

269. C. BERCKMANS, "De curator en de rechtsplegingsvergoeding", *TBH* 2013, 798, nr. 2.

**142.** Het was te verwachten dat m.b.t. *andere gerechtelijk mandatarissen* in dezelfde zin zou worden beslist<sup>270</sup> en dat gebeurde dan ook met het *arrest van 13 maart 2014*<sup>271</sup> van het Grondwettelijk Hof. In een civiele zaak werd gevraagd of het niet-voorzien van een rechtsplegingsvergoeding aan een in het gelijk gestelde *voorlopig bewindvoerder-advocaat* die zelf de belangen van de beschermde persoon heeft verdedigd, niet strijdig is met de artikelen 10 en 11 Grondwet. Het Hof beantwoordt die vraag ontkennend met de volgende motieven:

- de voorlopige bewindvoerder treedt niet op als raadsman van een cliënt die hem heeft verzocht zijn belangen in een gerechtelijke procedure te behartigen, maar wel krachtens een specifiek door de vrederechter verleend mandaat, onder zijn toezicht, met als doel het beheer van de goederen van de beschermde persoon;
- artikel 488*bis* Burgerlijk Wetboek voorziet zelf in een regeling wat betreft de eventuele vergoeding van de voorlopige bewindvoerder en er is uitdrukkelijk bepaald dat buiten de in artikel 488*bis*, h), tweede lid Burgerlijk Wetboek (oud) (thans art. 497/5, zesde lid Burgerlijk Wetboek) vermelde bezoldigingen, hij geen bezoldiging of voordeel van welke aard dan ook of van wie ook mag ontvangen met betrekking tot de uitoefening van zijn gerechtelijk mandaat;
- de verwijzing naar de faillissementscurator overtuigt niet: ook hij handelt krachtens een specifiek mandaat en wordt vergoed krachtens een specifieke regeling inzake faillissementen.

**143.** Of een advocaat-gerechtelijk mandataris die een beroep doet op een advocaat recht heeft op een rechtsplegingsvergoeding was aan de orde in een zaak die aanleiding gaf tot een *cassatiearrest van 5 november 2014*.<sup>272</sup> Voor het assisenhof trad als burgerlijke partij de curator van een onbeheerde nalatenschap op en die had zich laten bijstaan door een advocaat. De beschuldigde betwistte de aan de burgerlijke partij toegekende rechtsplegingsvergoeding met als argument dat de curator-advocaat als advocaat geen beroep hoefde te doen op een confrater. Het Hof verwierp dit middel als volgt, waarbij het blijkbaar, gelet op de gebruikte terminologie, inspiratie heeft gezocht o.m. in de bijdrage van F. LAUNE<sup>273</sup>:

- in zoverre het middel verplicht tot een onderzoek van feiten of opkomt tegen een beoordeling over de feiten is het niet ontvankelijk;
- de bijstand van een advocaat-gerechtsmandataris door een advocaat kan worden verantwoord door de bijzondere omstandigheden van de zaak, wat het geval is

270. S. SOBRIE, “De ‘privaatrechtelijke’ vertegenwoordigers”, *P&B* 2013, 199; C. VAN SEVEREN, “Geen rechtsplegingsvergoeding voor de (niet-vertegenwoordigde) voorlopige bewindvoerder”, *NJW* 2014, 644.

271. GwH 13 maart 2014, nr. 43/2014, B.3-B.6. *JLMB* 2014, 1460, *NJW* 2014, 643, noot C. VAN SEVEREN, *RW* 2013-14, 1320, *RW* 2014-15, 20 en *P&B* 2014, 59; E. BREWAEYS, “Geen rechtsplegingsvergoeding voor voorlopig bewindvoerder”, *Juristenkrant* 9 april 2014, 9.

272. Cass. 5 november 2014, P.14.0240.F.

273. F. LAUNE, “Indemnité de procédure et mandataires de justice”, *JT* 2009, p. 550, nr. 20 (“Tel sera notamment le cas lorsque les spécificités de la matière en jeu ou de la procédure nécessitent des compétences particulières et partant le recours à un avocat spécialisé”).

wanneer het specifieke karakter van de materie of van de rechtspleging een bijzondere deskundigheid en bijgevolg een beroep op een gespecialiseerd advocaat vereisen;

- hoewel het hof van assisen van mening was dat het niet de opportuniteit te beoordelen had van de uitoefening van het recht op vertegenwoordiging, had het ook vastgesteld dat de burgerlijke partij werd bijgestaan door een advocaat om in zijn plaats aanwezig te zijn op een proces dat verschillende weken in beslag heeft genomen en de advocaat verschillende belangrijke taken heeft vervuld door, naast het debat over de burgerlijke rechtsvordering, ook gedurende het gehele strafrechtelijke debat en tijdens het onderzoek ter zitting tussen te komen.

**144.** Dit cassatiearrest ligt in de lijn van rechtspraak van sommige feitenrechters die weigerden aan een faillissementscurator, ook al werd hij bijgestaan door een advocaat (die weliswaar deel uitmaakte van dezelfde advocatenassociatie) een rechtsplegingsvergoeding toe te kennen omdat de verleende juridische bijstand zich beperkte tot het opstellen van een korte conclusie waarin de afwijzing van de vordering werd gevraagd en dus niet bleek dat de zaak bijzonder complex was of gespecialiseerde juridische bijstand vereist was.<sup>274</sup> Een fiscaal geschil of een procedure voor het Hof van Cassatie zouden dat wel kunnen zijn.<sup>275</sup> S. VOET<sup>276</sup> had reeds gesteld dat voor elke gerechtelijk mandataris-advocaat mag worden gesteld dat hij geen aanspraak kan maken op een rechtsplegingsvergoeding, tenzij die bijstand noodzakelijk is in het licht van bv. de complexiteit van de zaak of de specificiteit van de procedure.

**145.** Met dit arrest beperkt het Hof van Cassatie dus het recht op rechtsplegingsvergoeding voor een advocaat-gerechtsmandataris die op een advocaat een beroep doet tot bijzondere omstandigheden en legt het aan de rechter die over de gevorderde rechtsplegingsvergoedingen te oordelen heeft, op om die omstandigheden te beoordelen. Men kan zich afvragen of:

- die zienswijze niet strijdig is met de tekst van artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek<sup>277</sup>; de bepaling gaat immers uit van een forfaitaire vergoeding en vereist niet dat het bewijs wordt geleverd van daadwerkelijk door de raadsman geleverde prestaties<sup>278</sup>;
- de rechter zich niet *a posteriori*<sup>279</sup> mengt in de wijze waarop de gerechtelijk mandataris zijn vertegenwoordigings- en verdedigingsopdracht uitvoert en of een en ander wel te verenigen is met het recht van verdediging. Bovendien is het in de regel niet de rechter die de advocaat met het gerechtelijk mandaat heeft belast,

274. Antwerpen 27 februari 2012, *NJW* 2012, 644, noot X, *RABG* 2012, 756, noot P. VANLERSBERGHE, *RW* 2012-13, 1422, noot, *TBH* 2013, 796, noot C. BERCKMANS en *P&B* 2012, 98.

275. C. BERCKMANS, “De curator en de rechtsplegingsvergoeding”, *TBH* 2013, 799, nr. 5.

276. S. VOET, “Rechtsplegingsvergoeding en voogd *ad hoc*”, *T.Fam.* 2013, 112.

277. S. SOBRIE, “De ‘privaatrechtelijke’ vertegenwoordigers”, *P&B* 2013, 200; P. VANLERSBERGHE, “De gerechtelijke mandataris en het recht op een rechtsplegingsvergoeding”, *RABG* 2012, p. 761, nr. 8 en p. 763-764, nr. 14.

278. Vgl. Brussel 15 april 2008, *JLMB* 2008, 1143 dat betrekking had op een afstand van hoger beroep.

279. S. SOBRIE, “De ‘privaatrechtelijke’ vertegenwoordigers”, *P&B* 2013, 200.

die moet oordelen<sup>280</sup>, maar wel de rechter die over de grond van de zaak uitspraak doet<sup>281</sup>;

- eventuele misbruiken – waaronder dan moet worden verstaan het louter beroep doen op een confrater, bv. van het eigen kantoor – niet beter kunnen worden aangepakt via procesrechtsmisbruik.<sup>282</sup>

**146.** Te onderstrepen is dat er geen probleem is indien de mandataris geen advocaat is. Indien hij niet op een advocaat een beroep doet, kan hij niet op een rechtsplegingsvergoeding gerechtigd zijn. Doet hij dat wel, dan is er wel recht op een rechtsplegingsvergoeding.

### *§ 10. Meerdere gerechtigden: een partij die optreedt in eigen naam en voor een derde*

**147.** In een vorige bijdrage hebben wij, in navolging van bepaalde rechtspraak<sup>283</sup>, voorgehouden dat indien een persoon namens zichzelf én voor hen die hij gerechtigd is te vertegenwoordigen, vorderingen stelt, voor elk van die vorderingen een rechtsplegingsvergoeding is verschuldigd. Indien de ouders van twee minderjarige slachtoffers van een verkrachting van de beklaagde in eigen naam morele schade, namens de huwgemeenschap materiële schade en als wettelijk vertegenwoordigers van de twee kinderen morele schade vorderen, zijn er vier autonome vorderingen en de inwilliging van die vorderingen leidt tot het verschuldigd zijn van vier afzonderlijke rechtsplegingsvergoedingen.<sup>284</sup>

**148.** Uit een arrest van 31 oktober 2012<sup>285</sup> van het Hof van Cassatie, Franstalige strafkamer, lijkt te moeten worden afgeleid dat indien een persoon een vordering stelt voor zichzelf en als vertegenwoordiger van een derde er slechts een rechtsplegingsvergoeding verschuldigd is. In die zaak had het hof van assisen aan de burgerlijke partij in eigen naam een schadevergoeding toegekend, evenals een schadevergoeding in haar hoedanigheid van wettelijk beheerder over de persoon en de goederen van haar minderjarige zoon, maar had het de beschuldigde slechts veroordeeld tot betaling

280. De curator die een beroep wil doen op een andere advocaat en de erelonen ervan ten laste van de boedel wil laten nemen, heeft daarvoor machtiging van de rechter-commissaris (o.m. C. BERCKMANS, "De curator en de rechtsplegingsvergoeding", *TBH* 2013, 799, nr. 5; F. LAUNE, "Indemnité de procédure et mandataires de justice", *JT* 2009, p. 550, nr. 20).

281. P. VANLERSBERGHE, "De gerechtelijke mandataris en het recht op een rechtsplegingsvergoeding", *RABG* 2012, p. 763, nrs. 12-13.

282. P. VANLERSBERGHE, "De gerechtelijke mandataris en het recht op een rechtsplegingsvergoeding", *RABG* 2012, p. 764, nr. 15. Zie voor een voorbeeld Kh. Luik 24 juni 2008, *JLMB* 2008, 1657.

283. Pol. Brugge 21 februari 2008, *P&B* 2009, 74.

284. F. VAN VOLSEM, *De rechtsplegingsvergoeding en de strafrechter*, p. 417, nr. 234; J. VAN EX, *Indemnités de procédure en matière pénale*, p. 137, nr. 80.

285. Cass. 31 oktober 2012, P.12.0790.F, *Arr.Cass.* 2013, 2377 en *RGAR* 2013, nr. 1500 (arrest vermeldt als datum 21 oktober 2012).

van één rechtsplegingsvergoeding, die gelet op de aan de beschuldigde verleende rechtsbijstand op het minimumbedrag werd bepaald. Als cassatiemiddel werd aangevoerd dat aangezien door de onderscheiden burgerlijke partijen twee vorderingen werden gesteld, het dubbel van het maximum had kunnen worden toegekend. Het cassatiearrest verwerpt dit middel met de volgende redenering:

- partij in de zaak is elke actieve of passieve persoon, ongeacht de hoedanigheid waarin hij tussenkomt, dit wil zeggen de bevoegdheid op grond waarvan hij de vordering in rechte stelt, zich verdedigt of anderszins tussenkomt<sup>286</sup>;
- de omstandigheid dat een burgerlijke partij zich zowel in eigen naam als in de hoedanigheid van vertegenwoordiger van een derde burgerlijke partij stelt, rechtvaardigt niet dat de in het ongelijk gestelde partij wordt veroordeeld tot het dubbele van het in artikel 1022, vijfde lid Gerechtelijk Wetboek bepaalde maximumbedrag van de rechtsplegingsvergoeding.

**149.** In deze zaak was eigenlijk niet aan de orde of de beschuldigde moest worden veroordeeld tot het dubbel van de maximumrechtsplegingsvergoeding, maar wel of aan zowel de burgerlijke partij in eigen naam als in haar hoedanigheid van vertegenwoordiger van haar zoon niet twee rechtsplegingsvergoedingen moesten worden toegekend, vraag die het Hof ontkennend beantwoordt.

### *§ 11. Meerdere gerechtigden: regeling van artikel 1022, vijfde lid Gerechtelijk Wetboek*

**150.** Artikel 1022, vijfde lid Gerechtelijk Wetboek regelt de situatie waarbij er meerdere partijen (bv. burgerlijke partijen tegenover een beklagde, meerdere buiten vervolging gestelde in verdenking gestelden tegenover één burgerlijke partij of meerdere beklagden tegenover een rechtstreeks dagende burgerlijke partij) de rechtsplegingsvergoeding kunnen genieten van de in het ongelijk gestelde partij. De rechter moet, zo blijkt uit *een cassatiearrest van 9 november 2011*<sup>287</sup>, zijn beoordeling in verschillende etappes doorvoeren:

- eerst dient hij per gerechtigde de rechtsplegingsvergoeding te bepalen (minimum-, basis- of maximumbedrag of een bedrag tussen het minimum en het maximum);
- vervolgens moet hij het (dubbel van het) maximumbedrag bepalen waarop de gerechtigde met de hoogste vergoeding recht heeft (bv. de burgerlijke partij met de hoogste vordering);
- vervolgens moet hij het aldus bepaalde bedrag verdelen.

286. Uit de door het Openbaar Ministerie bij het arrest gepubliceerde noot kan worden afgeleid dat het Hof de omschrijving van het begrip partij heeft ontleend aan A. FETTWEIS (*Manuel de procédure civile*, Luik, 1987, p. 48, nr. 36 en p. 57, nr. 53).

287. Cass. 9 november 2011, P.11.0886.F, *Arr.Cass.* 2011, 2292, *Pas.* 2011, 2491, concl. D. VANDERMEERSCH, *JT* 2011, 797, *NC* 2012, 304, *P&B* 2012, 21 en *T.Strafr.* 2012, 97, noot B. MEGANCK; Cass. 31 oktober 2012, P.12.0934.F, *Arr.Cass.* 2012, 2383 en *P&B* 2013, 212; D. Dillenbourg, *Répétibilité des frais de défense en matière pénale*, p. 111, noot (30); J. VAN DROOGHENBROECK en B. DE CONINCK, *La loi du 21 avril 2007*, p. 49, nr. 54.

Indien er meerdere partijen in het ongelijk zijn gesteld, moet die oefening worden herhaald t.a.v. elk van hen.<sup>288</sup>

**151.** Het onder de in het gelijk gestelde partijen te verdelen maximumplafond wordt berekend door het maximumbedrag te verdubbelen waarop de partij met de hoogste vergoeding recht heeft. Volgens een cassatiearrest van 31 oktober 2012<sup>289</sup> moet niet het basisbedrag waarbij die partij gerechtigd zou zijn, worden verdubbeld, maar wel *het maximumbedrag*.

**152.** De rechter mag volgens het Hof van Cassatie met *een arrest van 26 april 2012*<sup>290</sup> de aan de in het gelijk gestelde toekomstige rechtsplegingsvergoedingen niet berekenen op basis van het gecumuleerd bedrag van de vorderingen.

**153.** De door artikel 1022, vijfde lid Gerechtelijk Wetboek voorgeschreven beperking is volgens het Grondwettelijk Hof verantwoord. Het ontbreken van een dergelijke plafond zou, wanneer het aantal partijen aan elke kant van de balie niet in evenwicht is, tot onbillijke situaties hebben kunnen leiden en de zorg van de wetgever om de toegang tot de rechter niet te belemmeren, rechtvaardigt deze regeling.<sup>291</sup>

**154.** De beperking van artikel 1022, vijfde lid Gerechtelijk Wetboek geldt enkel t.a.v. de in het ongelijk gestelde partij. Indien er meerdere in het ongelijk gestelde partijen zijn, geldt die beperking voor elk van hen afzonderlijk.<sup>292</sup>

**155.** De toepassing van artikel 1022, vijfde lid Gerechtelijk Wetboek sluit de toepassing van een aanpassing overeenkomstig artikel 1022, derde lid Gerechtelijk Wetboek niet uit.<sup>293</sup>

## § 12. *Er zijn meerdere gerechtigden die een beroep doen op eenzelfde advocaat*

**156.** Noch uit de tekst of de genese van artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek noch uit de tekst van het Tarief Rechtsplegingsvergoeding blijkt dat *het al dan niet een beroep doen op eenzelfde advocaat* enige relevantie heeft. De in het gelijk gestelde burgerlijke partijen hebben in beginsel elk recht op een rechtsplegingsvergoeding ongeacht of zij een

288. Cass. 9 november 2011, P.11.0886.F, *Arr.Cass.* 2011, 2292, *Pas.* 2011, 2491, concl. D. VANDERMEERSCH, *JT* 2011, 797, *NC* 2012, 304, *P&B* 2012, 21 en *T.Strafr.* 2012, 97, noot B. MEGANCK.

289. Cass. 31 oktober 2012, P.12.0934.F.

290. Cass. 26 april 2012, C.10.0534.N-C.10.0535.N, *RW* 2013-14, 304, noot.

291. GwH 18 december 2008, nr. 182/2008, B.13.3-13.4. Zie nochtans D. DILLENBOURG, *Répétibilité des frais de défense en matière pénale*, p. 111, nr. 25.

292. Cass. 2 december 2008, P.08.0589.N, *RDPC* 2009, 598.

293. ass. 9 november 2011, P.11.0886.F, *Arr.Cass.* 2011, 2292, *Pas.* 2011, 2491, concl. D. VANDERMEERSCH, *JT* 2011, 797, *NC* 2012, 304, *P&B* 2012, 21 en *T.Strafr.* 2012, 97, noot B. MEGANCK; J. VAN EX, *Indemnités de procédure en matière pénale*, p. 145-146, nr. 109.

beroep doen op eenzelfde of verschillende advocaten, zij het dat moet rekening worden gehouden met de beperking van artikel 1022, vijfde lid Gerechtelijk Wetboek.<sup>294</sup>

**157.** Door SAMOY en SAGAERT<sup>295</sup> werd met verwijzing naar het vroegere besluit, de vroegere cassatierechtspraak<sup>296</sup> en de tekst van het ontwerp van uitvoeringsbesluit voorggehouden dat indien een advocaat verschillende partijen met *eenzelfde belang* verdedigt, de rechtsplegingsvergoeding tussen hen moet worden verdeeld. Dat was inderdaad bepaald in artikel 1, tweede lid van het KB van 30 november 1970 en het was ook de bedoeling om die regel op te nemen in het nieuwe uitvoeringsbesluit, doch na opmerkingen van de afdeling Wetgeving van de Raad van State m.b.t. het ontbreken van een afdoende wettelijke grondslag, werd daarvan afgezien.<sup>297</sup> De door deze auteurs voorgestane analogie-oplossing kan bij afwezigheid van een duidelijke wets- of reglementaire bepaling niet worden bijgetreden.<sup>298</sup>

**158.** De rechtspraak was verdeeld.<sup>299</sup> Met *een arrest van 9 november 2011*<sup>300</sup> heeft het Hof van Cassatie de knoop doorgehakt. Het toekennen van slechts een rechtsplegingsvergoeding aan meerdere in het gelijk gestelde burgerlijke partijen op grond van het feit dat zij door een enkele raadsman worden verdedigd en in dezelfde zin hebben geconcludeerd, is strijdig met artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek. In zijn conclusie bij dit arrest benadrukt advocaat-generaal D. VANDERMEERSCH dat artikel 1022, vijfde lid Gerechtelijk Wetboek het heeft over een verdeling over partijen en niet over advocaten. Met *arresten van 10 juni 2014*<sup>301</sup> en *4 november 2014*<sup>302</sup> heeft het Hof van Cassatie de regel herhaald: uit artikel 162bis, eerste lid Wetboek van Strafvordering en artikel 1022, eerste, derde en vijfde lid Gerechtelijk Wetboek volgt dat wanneer meerdere burgerlijke partijen in het gelijk zijn gesteld, ieder van hen afzonderlijk recht heeft op een rechtsplegingsvergoeding ten laste van de beklaagde, ongeacht of zij al

294. J. VAN EX, *Indemnités de procédure en matière pénale*, p. 136-137, nr. 78.

295. I. SAMOY en V. SAGAERT, *De wet van 21 april 2007*, p. 693, nr. 70.

296. Cass. 14 oktober 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1591, concl. T. WERQUIN en RABG 2005, 233, noot P. VANLERSBERGHE.

297. Adv.RvS nr. 43.215/2, p. 5, geciteerd door D. DILLENBOURG, *Répétibilité des frais de défense en matière pénale*, p. 111, noot (30); J. VAN COMPERNOLLE en F. GLANSORFF, *La répétibilité des frais et honoraires*, p. 245-246, nr. 15.8 en door J. VAN DROOGHENBROECK en B. DE CONINCK, *La loi du 21 avril 2007*, p. 50, nr. 60 en noot (124).

298. J. VAN DROOGHENBROECK en B. DE CONINCK, *La loi du 21 avril 2007*, p. 50, nr. 60; S. VOET, *Enkele praktische knelpunten*, p. 1134, nr. 13; J. VAN EX, *Indemnités de procédure en matière pénale*, p. 137, nr. 79.

299. Er is slechts een vergoeding per advocaat: o.m. Bergen 31 januari 2008, *JT* 2008, 287, noot; Bergen 11 februari 2008, *VAV* 2008, 523; Gent 21 april 2009, *P&B* 2010, 179; Brussel 19 november 2009, *JT* 2010, 76, noot; Gent 7 juni 2011, *NJW* 2012, 261, noot RS; Brussel 8 september 2011, *RPS* 2011, 563, noot D. LECLERCQ; Antwerpen 17 september 2012, *TBH* 2013, 546; Rb. Brussel 13 februari 2009, *AM* 2009, 314; Pol. Verviers 11 maart 2008, *VAV* 2008, 342; Pol. Gent 13 maart 2009, *RW* 2009-10, 1364. Elke partij heeft recht op een rechtsplegingsvergoeding, ook als meerdere partijen door dezelfde advocaat worden verdedigd: o.m. Kh. Turnhout 21 februari 2008, *TBH* 2008, 802. Indien meerdere (in het gelijk gestelde) partijen elk door een eigen advocaat worden verdedigd, hebben zij elk recht op een rechtsplegingsvergoeding, ongeacht of die advocaten tot eenzelfde associatie behoren, een gelijkaardig verweer hebben gevoerd en de partijen een gemeenschappelijk belang hebben: Bergen 29 juni 2012, *T.Verz.* 2013, 449.

300. Cass. 9 november 2011, P.11.0886.F, *Arr.Cass.* 2011, 2292, *Pas.* 2011, 2491, concl. D. VANDERMEERSCH, *JT* 2011, 797, *NC* 2012, 304, *P&B* 2012, 21 en *T.Strafr.* 2012, 97, noot B. MEGANCK.

301. Cass. 10 juni 2014, P.14.0280.N, *NC* 2014, 500, noot L. HUYBRECHTS en *T.Strafr.* 2014, 372, noot B.M.

302. Cass. 4 november 2014, P.13.1903.N.

dan niet samen met een of meerdere andere in het gelijk gestelde partijen worden bijgestaan door eenzelfde advocaat en ongeacht of zij al dan niet eenzelfde belang hebben en in dezelfde zin hebben geconcludeerd.

**159.** In een arrest van 3 mei 2013<sup>303</sup> wijst het Hof er uitdrukkelijk op dat een vermindering mogelijk is op grond van het derde lid van artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek. Het gegeven dat meerdere partijen door eenzelfde advocaat werden bijgestaan, kan een reden zijn om de rechtsplegingsvergoeding te verminderen op grond van het criterium van de kennelijk onredelijke situatie.<sup>304</sup>

### *§ 13. De rechtsplegingsvergoeding wordt uitgesproken ten voordele van de in het gelijk gestelde partij en niet van de advocaat*

**160.** Het Hof van Cassatie oordeelde met een arrest van 20 oktober 2014<sup>305</sup> dat uit de artikelen 1017, eerste lid, 1018, 6° en 1022, eerste lid Gerechtelijk Wetboek volgt dat de veroordeling tot de kosten met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding wordt uitgesproken ten voordele van de in het gelijk gestelde partij en niet ten voordele van de advocaat. Het gegeven dat de advocaat op grond van artikel 508/19, § 1 Gerechtelijk Wetboek de aan de begunstigde van de tweedelijns juridische bijstand toekomende rechtsplegingsvergoeding int, doet daaraan niets af.

## AFDELING 8. VARIA

### *§ 1. De beoordeling per aanleg*

**161.** Artikel 1, tweede lid Tarief Rechtsplegingsvergoeding schrijft voor dat de bedragen per aanleg zijn verschuldigd. De regeling hanteert dus het *uniciteitsbeginsel*.<sup>306</sup> Het bedrag van de rechtspleging is onafhankelijk van de aard van het gerecht dat uitspraak doet: het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding waarop een burgerlijke partij is gerechtigd, is identiek, ongeacht of zij haar vordering voor de politierechtbank, de correctionele rechtbank dan wel voor het hof van assisen brengt. De criteria complexiteit en kennelijk onredelijke situatie laten evident toe het basisbedrag aan te passen.<sup>307</sup> Onder aanleg moet de procedure worden begrepen voor een rechtscollege die wordt afgesloten met een eindvonnis.

303. Cass. 3 mei 2013, C.12.0350.N, *Arr.Cass.* 2013, 1095, *RW* 2013-14, 388, noot, *TBO* 2013, 227 en *TRV* 2013, 705, noot L. DELWICHE.

304. J. VAN DROOGHENBROECK en B. DE CONINCK, *La loi du 21 avril 2007*, p. 50, nr. 61; D. VANDERMEERSCH, concl. bij Cass. 9 november 2011, P.11.0886.F, *Pas.* 2011, 2491.

305. Cass. 20 oktober 2014, C.13.0526.F.

306. J. VAN DROOGHENBROECK en B. DE CONINCK, *La loi du 21 avril 2007*, p. 43, nr. 22.

307. J. VAN DROOGHENBROECK en B. DE CONINCK, *La loi du 21 avril 2007*, p. 43, nr. 22.



**162.** Artikel 211 Wetboek van Strafvordering is door de Wet Verhaalbaarheid Erelonen gewijzigd, zodat ook de appelrechters zich over de rechtsplegingsvergoeding kunnen uitspreken en dit volgens dezelfde regels die gelden als in eerste aanleg. Er kan dus *zowel in eerste aanleg als in hoger beroep* een vergoeding worden toegekend en de beoordeling van het bedrag van de rechtsplegingsvergoedingen gebeurt in beide aanleggen volgens dezelfde criteria.<sup>308</sup>

**163.** De vraag werd gesteld of i.g.v. hoger beroep het begrip “*in het (on)gelijkgestelde partij*” is te beoordelen rekening houdend met *het gehele proces* (wordt de vordering van de burgerlijke partij – minstens gedeeltelijk – lastens de beklagde ingewilligd?) dan wel *per aanleg* (is het hoger beroep gegrond?). De cassatierecht-spraak blijkt voor de eerste benadering te opteren.<sup>309</sup> Zo werd beslist dat:

- het gegeven dat het incidenteel beroep van een burgerlijke partij wiens vordering door de eerste rechter werd ingewilligd, ongegrond wordt verklaard, niet belet dat die burgerlijke partij in hoger beroep een in het gelijk gestelde partij is en blijft<sup>310</sup>;
- de rechtsplegingsvergoeding die verschuldigd is aan een burgerlijke partij voor de procedure in het hoger beroep niet afhangt van de voorwaarde dat op haar hoger beroep de haar door de eerste rechter toegekende schadevergoeding wordt verhoogd.<sup>311</sup> In zijn conclusie bij het cassatiearrest van 25 november 2009 heeft D. VANDERMEERSCH opgemerkt dat artikel 162*bis*, eerste lid Wetboek van Strafvordering het heeft over “*een veroordelend vonnis*” en dat een dergelijk vonnis er ook is indien spijs het hoger beroep of incidenteel beroep van de burgerlijke partij de door de eerste rechter uitgesproken veroordeling wordt bevestigd;
- de ongegrondverklaring van het hoger beroep van de burgerlijke partijen niet belet dat de beklagde en vrijwillig tussengekomen verzekeraar worden veroordeeld tot een rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep, indien ook hun hogere beroepen als ongegrond worden afgewezen<sup>312</sup>;
- de omstandigheid dat op het hoger beroep van de vrijwillig tussengekomen partij de aan de burgerlijke partij door de eerste rechter toegekende schadevergoeding wordt herleid, de vrijwillig tussengekomen partij en de burgerlijke partij niet de hoedanigheid ontnemen van respectievelijk in het ongelijk en in het gelijk gestelde partij<sup>313</sup>;
- de omstandigheid dat een vordering van een burgerlijke partij op rechtstreekse dagvaarding door de eerste rechter werd ingewilligd en dat deze zelf geen principaal

308. J. VAN DROOGHENBROECK en B. DE CONINCK, *La loi du 21 avril 2007*, p. 43, nr. 22; J. VAN EX, *Indemnités de procédure en matière pénale*, p. 129, nr. 55.

309. J. MEESE, *De rechtsplegingsvergoeding in strafzaken*, p. 283-284, nr. 9.

310. Cass. 7 januari 2009, P.08.0874.F, *Arr.Cass.* 2009, 55, *RDPC* 2009, 449 en *RW* 2009-10, 324, noot J. VAN DONINCK; M. TRAEST, *La jurisprudence récente de la Cour de cassation*, 617.

311. Cass. 25 november 2009, P.09.1094.F, *Arr.Cass.* 2009, 2806, Pas. 2009, 2775, concl. D. VANDERMEERSCH, *P&B* 2010, 102 en *RPDC* 2010, 693, concl. D. VANDERMEERSCH. Zie in dezelfde zin *Corr.* Hoei 13 januari 2012, *EPC* 2012/17, III.1-Huy, 23.

312. Cass. 30 maart 2010, P.09.1605.N.

313. Cass. 7 mei 2013, P.12.0753.N, *Arr.Cass.* 2013, 1125 en *RABG* 2013, 1005, noot G. VERSTREPEN en L. DELBROUCK.

- hoger beroep heeft ingesteld, geen afbreuk doet aan de verschuldigdheid van de rechtsplegingsvergoeding door deze burgerlijke partij, indien zij in hoger beroep in het ongelijk werd gesteld.<sup>314</sup> De beoordeling door de appelrechter zal tot gevolg hebben dat deze burgerlijke partij op rechtstreekse dagvaarding twee keer een rechtsplegingsvergoeding zal verschuldigd zijn, namelijk één per aanleg;
- in geval van hoger beroep door een burgerlijke partij tegen de beslissing van de eerste rechter om gelet op de vrijspraak kennis te nemen van de burgerlijke rechtsvordering, de aanspraken van de burgerlijke partij voor het appelgerecht opnieuw ter discussie staan. Daaruit volgt dat in geval van inwilliging van de vordering van de burgerlijke partij de beklaagde moet worden veroordeeld tot de betaling van een rechtsplegingsvergoeding voor de beide aanleggen aan de uiteindelijk in het gelijk gestelde partij<sup>315</sup>;
  - indien op het (onbeperkt) hoger beroep van de burgerlijke partijen de kamer van inbeschuldigingstelling de beslissing van de raadkamer tot buitenvervolgung met veroordeling van de eisers tot een rechtsplegingsvergoeding bevestigt, zij het dat ze veroordeelt tot een lagere rechtsplegingsvergoeding voor de eerste aanleg, dan blijven de burgerlijke partijen in het ongelijk gesteld. De omstandigheid dat zij voor de kamer van inbeschuldigingstelling enkel hebben geconcludeerd over hun veroordeling tot een rechtsplegingsvergoeding en de kamer de vordering van de inverdenkinggestelden tot een veroordeling wegens tergend en roekeloos beroep afwijst, doet daaraan geen afbreuk.<sup>316</sup>

**164.** Hoewel die rechtspraak als onbillijk zou kunnen worden ervaren<sup>317</sup> en als een aanmoediging om in hoger beroep te gaan<sup>318</sup>, vindt ze duidelijk steun in *de tekst van artikel 162bis Wetboek van Strafvordering* dat het heeft over de in het ongelijk gestelde partij en heeft ze ook het voordeel van de duidelijkheid.<sup>319</sup>

**165.** Een *cassatiearrest van 6 januari 2015*<sup>320</sup> gaat evenwel in een *andere richting*:  
– het beroepen vonnis willigt de vordering van de burgerlijke partij deels in;  
– tegen dit vonnis wordt enkel door de burgerlijke partij hoger beroep ingesteld;  
– het appelgerecht bevestigt het beroepen vonnis en veroordeelt de beklaagde tot de betaling van een rechtsplegingsvergoeding voor de appelprocedure.

---

314. Cass. 23 december 2008, P.08.1169.N, *Arr.Cass.* 2008, 3162; M. TRAEST, *La jurisprudence récente de la Cour de cassation*, 617-618.

315. Cass. 8 mei 2013, P.13.0053.F, *Arr.Cass.* 2013, 1130.

316. Cass. 1 april 2014, P.13.0041.N.

317. J. VAN EX, *Indemnités de procédure en matière pénale*, p. 132, nr. 62.

318. J. MEESE, *De rechtsplegingsvergoeding in strafzaken*, p. 284, nr. 9.

319. G. VERSTREPEN en L. DELBROUCK, "Hoe ook gelijk krijgen aanleiding kan geven tot het betalen van een rechtsplegingsvergoeding", *RABG* 2013, 1010-1011, nr. 6.

320. Cass. 6 januari 2015, P.13.0619.N.

Met verwijzing naar artikel 162*bis* Wetboek van Strafvordering en artikel 1022, eerste lid Gerechtelijk Wetboek, beslist het Hof dat deze veroordeling niet naar recht verantwoord is. Blijkbaar is het Hof ervan uitgegaan dat de burgerlijke partij voor het hoger beroep als een in het ongelijk gestelde partij moest worden beschouwd, gelet op de ongegrondheid van haar uitsluitend hoger beroep.

**166.** Volgens artikel 1, eerste lid Tarief Rechtsplegingsvergoeding wordt het bedrag van de vordering, die als grondslag dient voor de berekening van de rechtsplegingsvergoeding, vastgesteld overeenkomstig o.m. artikel 618 Gerechtelijk Wetboek. Artikel 618, tweede lid Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat i.g.v. wijziging van de vordering in de loop van het geding, rekening wordt gehouden met de in de laatste conclusie gevorderde som. Het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding wordt bepaald door het bedrag van de vordering zoals in de laatste conclusie in die aanleg gevorderd.<sup>321</sup> Het voor de eerste aanleg verschuldigde bedrag wordt dus niet bepaald door het in hoger beroep in de laatste conclusie gevorderde bedrag.<sup>322</sup> Voor de berekening van het bedrag van de rechtspleging voor het hoger beroep moet rekening worden gehouden met het in de laatste *appelconclusie* gevorderde bedrag.<sup>323</sup>

## § 2. De beoordeling per zaak

**167.** Dat het toekennen van een rechtsplegingsvergoeding moet gebeuren per zaak is logisch en volgt uit de wijze waarop de artikelen 128, 162*bis*, 194, 211 en 369*bis* (thans art. 351) Wetboek van Strafvordering en het Tarief Rechtsplegingsvergoeding zijn geredigeerd. Er wordt telkens uitgegaan van een beoordeling per zaak.

**168.** Er is noch in de Wet Verhaalbaarheid Erelonen noch in het Tarief Rechtsplegingsvergoeding bepaald of een *samenvoeging* van zaken gevolgen heeft voor de toe te kennen rechtsplegingsvergoeding. Het Hof van Cassatie – civiele kamer – heeft beslist dat de samenvoeging van twee of meer zaken wegens samenhang de rechter niet belet twee of meer rechtsplegingsvergoedingen toe te kennen, indien hij oordeelt dat de samengevoegde zaken afzonderlijke geschillen uitmaken; indien hij oordeelt dat de samengevoegde zaken geen afzonderlijke geschillen zijn, is slechts een rechtsplegingsvergoeding verschuldigd. Samenvoeging heeft dus niet noodzakelijk tot gevolg dat slechts een of steeds twee of meerdere rechtsplegingsvergoedingen verschuldigd zijn.<sup>324</sup> Het komt in elk geval niet aan het Hof van Cassatie toe te

321. Cass. 17 november 2011, C.10.0497.N, *Arr.Cass.* 2011, 2329, *RABG* 2012, 742, *RW* 2013-14, 624 en *P&B* 2012, 167; *Cass.* 14 december 2012, C.12.0232.N, *P&B* 2013, 22.

322. Cass. 17 november 2011, C.10.0497.N, *Arr.Cass.* 2011, 2329, *RABG* 2012, 742, *RW* 2013-14, 624 en *P&B* 2012, 167; *Cass.* 14 december 2012, C.12.0232.N, *P&B* 2013, 22.

323. Cass. 7 januari 2009, P.08.0874.F, *Arr.Cass.* 2009, 55, *RDPC* 2009, 449 en *RW* 2009-10, 324, noot J. VAN DONINCK.

324. Cass. 22 april 2010, C.09.0269.N, *Arr.Cass.* 2010, 1129 en *RW* 2010-11, 872, noot; *Cass.* 19 januari 2012, F.10.0142.N, concl. D. THUIS, *Arr.Cass.* 2012, 186, *RABG* 2012, 744 en *P&B* 2012, 86. Zie voor een toepassing *Gent* 17 mei 2011, *FJF* 2012, 623.

oordelen over de mogelijke samenhang tussen de zaken.<sup>325</sup> Met een arrest van 20 oktober 2014<sup>326</sup> oordeelt het Hof van Cassatie wel dat indien de appelrechter twee appelprocedures tegen twee in eerste aanleg gewezen vonnissen samenvoegt, hij gelet op de vaststelling dat het gaat om twee verschillende procedures, voor de eerste aanleg twee rechtsplegingsvergoedingen moet toekennen.

**169.** Met een *arrest van 8 december 2014*<sup>327</sup> legt het Hof van Cassatie – eveneens civiele kamer – aan de rechter die meerdere rechtsplegingsvergoedingen wil toekennen de verplichting op a.d.h.v. de concrete elementen te onderzoeken of er wel daadwerkelijk sprake is van afzonderlijke geschillen. Indien meerdere eisers bij eenzelfde akte onderscheiden vorderingen op eenzelfde grondslag instellen tegen een of meerdere verweerders, zonder dat de afsplitsing van de zaken wordt gevorderd en gelast, moet de rechter, vooraleer meerdere rechtsplegingsvergoedingen toe te kennen en ook al doet iedere vordering in beginsel een afzonderlijke procesverhouding ontstaan, nagaan of de samengevoegde zaken, gelet op de concrete elementen ervan, in hun geheel beschouwd niet eenzelfde geschil uitmaken, maar wel afzonderlijke geschillen.

**170.** De problematiek kan zich ook voor de strafrechten voordoen. Het is in verkeerszaken niet ongebruikelijk dat een door het Openbaar Ministerie gedagvaarde beklaaide op zijn beurt rechtstreeks de persoon dagvaardt die zich tegen hem burgerlijke partij heeft gesteld. Het zal de rechter toekomen te oordelen of hij zo wordt geconfronteerd met een of twee geschillen en er een of twee rechtsplegingsvergoedingen kunnen worden toegekend. Bovendien is nadat de wet van 21 februari 2010 in werking is getreden ook rekening te houden met het in het vijfde lid van artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek geïntroduceerde begrip gerechtelijke band.<sup>328</sup>

**171.** Indien in een zaak de *Belgische staat* optreedt via meerdere ministeriële departementen dan zijn die, niettegenstaande de eenheid en ondeelbaarheid van de staat, te beschouwen als onderscheiden partijen en kunnen zij elk aanspraak maken op een rechtsplegingsvergoeding.<sup>329</sup>

---

325. Cass. 29 november 2012, C.12.0472.F, *Arr.Cass.* 2012, 2705.

326. Cass. 20 oktober 2014, C.13.0526.F, concl. J. GENICOT.

327. Cass. 8 december 2014, S.12.0029.N.

328. J. VAN EX, *Indemnités de procédure en matière pénale*, p. 129-130, nr. 56.

329. Cass. 17 december 2010, *Arr.Cass.* 2010, 3052 en *RABG* 2011, 443, noot S. BERNEMAN. Het Hof stelde wel vast dat de beide departementen afzonderlijk werden vertegenwoordigd door een advocaat.

### § 3. *Tijdstip van beoordeling*

**172.** Met een arrest van 10 februari 2009<sup>330</sup> oordeelde het Hof van Cassatie – Nederlandstalige strafkamer – dat het vonnis dat een voorlopige schadevergoeding toekent, zonder iets aan te houden waarover de rechter zelf nog uitspraak moet doen, een eindvonnis is in de zin van artikel 1017, eerste lid Gerechtelijk Wetboek. Het argument dat de appelrechters gelet op de veroordeling tot een provisionele schadevergoeding van 1,00 euro niet tot een rechtsplegingsvergoeding konden veroordelen, werd zo verworpen. Uit dit cassatiearrest kan bovendien worden afgeleid dat het Hof minstens impliciet aanneemt dat artikel 1017, eerste lid Gerechtelijk Wetboek ten deze ook voor de strafgerechten van toepassing is.

### § 4. *Rechtsmiddelen: verzet, hoger beroep en cassatie*

**173.** De wetgever is het voorstel van de Hoge Raad voor de Justitie<sup>331</sup> om uitdrukkelijk te bepalen dat *geen rechtsmiddel* kon worden aangewend tegen een rechterlijke beslissing met als enig onderdeel de rechtsplegingsvergoeding, niet gevolgd, zodat het gemeen recht van toepassing is.<sup>332</sup>

**174.** Er is dus in de regel *verzet* mogelijk tegen elke beslissing waarbij bij verstek wordt veroordeeld tot (o.m.) het opleggen van een rechtsplegingsvergoeding of waarbij een dergelijke vordering niet of slechts gedeeltelijk wordt ingewilligd. Ook *hoger beroep* is mogelijk. Niets verzet zich er tegen dat in strafzaken een partij hoger beroep aantekent met als enkel punt de veroordeling tot de rechtsplegingsvergoeding of het bedrag ervan.<sup>333</sup>

**175.** Er moet rekening worden gehouden met de relatieve werking van de gewone rechtsmiddelen. Op het enkel hoger beroep van een burgerlijke partij tegen een beschikking van de raadkamer die haar niet heeft veroordeeld tot een rechtsplegingsvergoeding, kan de kamer van inbeschuldigingstelling deze burgerlijke partij niet veroordelen tot een rechtsplegingsvergoeding voor de procedure in eerste aanleg.<sup>334</sup>

330. Cass. 10 februari 2009, P.08.1312.N, *Arr.Cass.* 2009, 457, concl. M. DE SWAEF en *RABG* 2010, 43, noot P. WAETERINCKX en K. DE SCHEPPER. In de conclusie gaf eerste Adv. Gen. Marc De Swaef nochtans aan dat art. 1017 Ger. W. niet van toepassing is in strafzaken.

331. *Advies HRJ*, p. 19.

332. I. SAMOY en V. SAGAERT, *De wet van 21 april 2007*, p. 689, nr. 54.

333. D. DILLENBOURG, *Répétibilité des frais de défense en matière pénale*, p. 115, nr. 38.

334. Cass. 15 december 2009, P.09.0850.N, *Arr.Cass.* 2009, 3028; J. VAN EX, *Indemnités de procédure en matière pénale*, p. 133, nr. 65.

176. Er is zowel m.b.t. de civiele<sup>335</sup> als de strafprocedure<sup>336</sup> voorgehouden dat met een vonnis bij verstek een aanleg wordt afgesloten en ingevolge een verzet er een nieuwe aanleg wordt geopend, zodat een *cumulatie* van rechtsplegingsvergoedingen *bij verstek en op verzet* mogelijk is. Die stelling is strijdig met de regel dat per aanleg – waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen de eerste aanleg en het hoger beroep – slechts een keer een rechtsplegingsvergoeding kan verschuldigd zijn.<sup>337</sup> Bovendien zal, toch wat betreft de regeling in het strafprocesrecht, de ontvankelijkheid van het verzet leiden tot het verdwijnen van het verstekvonnis inclusief de beslissing waarbij werd veroordeeld tot de rechtsplegingsvergoeding. Bijgevolg zal die beslissing niet meer bestaan.<sup>338</sup>

177. Het vonnis of het arrest dat de beslissing over de rechtsplegingsvergoeding aanhoudt<sup>339</sup> of dat weliswaar veroordeelt tot de betaling van een rechtsplegingsvergoeding, maar het bedrag niet bepaalt<sup>340</sup> of de beslissing over dat bedrag aanhoudt<sup>341</sup>, is geen eindbeslissing in de zin van artikel 416, eerste lid (oud) (thans art. 420) Wetboek van Strafvordering zodat tegen een dergelijke beslissing geen *onmiddellijk cassatieberoep* openstaat. Indien de beslissing op de burgerlijke rechtsvordering voor het overige wel een eindbeslissing is, staat tegen die beslissing wel onmiddellijk cassatieberoep open.<sup>342</sup> Indien over de rechtsplegingsvergoeding werd beslist, maar de burgerlijke rechtsvordering voor het overige geen eindbeslissing is, staat er evenmin onmiddellijk cassatieberoep open tegen de beslissing over de rechtsplegingsvergoeding.<sup>343</sup> Het tijdens de gewone termijn ingestelde cassatieberoep tegen de verstekbeslissing waarbij tot een rechtsplegingsvergoeding wordt veroordeeld, is voorbarig en bijgevolg niet ontvankelijk.<sup>344</sup>

335. H. BOULARBAH, *Les frais et les dépens*, p. 393, nr. 70; H. BOULARBAH, “Indemnité de procédure et jugement par défaut”, *T.Vred.* 2008, 372. Anders: *Vred.* Gent 30 juni 2008, *RW* 2008-09, 1239.

336. D. DILLENBOURG, *Répétibilité des frais de défense en matière pénale*, p. 114, nr. 35.

337. J. VAN DROOGHENBROECK en B. DE CONINCK, *La loi du 21 avril 2007*, p. 43, nr. 22; J. VAN EX, *Indemnités de procédure en matière pénale*, p. 131, nr. 57. Zie voor een toepassing in een burgerlijke zaak: *Vred.* Gent 30 juni 2008, *RW* 2008-09, 1239; het verzet is geen nieuwe aanleg en per aanleg is slechts een rechtsplegingsvergoeding verschuldigd.

338. Vgl. *Cass.* 4 maart 2009, P.08.1682.F, *Arr.Cass.* 2009, 708, *JT* 2009, 344 en *RABG* 2010, 40, waar het Hof oordeelt dat ingevolge het verzet de bij verstek uitgesproken veroordeling niet meer bestaat en op verzet geen nieuwe veroordeling meer kan worden uitgesproken, zodat de voor de rechtsplegingsvergoeding vereiste grondslag ontbreekt; J. MEESE, *De rechtsplegingsvergoeding in strafzaken*, p. 284, nr. 10.

339. *Cass.* 2 december 2008, P.08.0946.N, *Arr.Cass.* 2008, 2817 en *RPDC* 2009, 601; *Cass.* 14 december 2010, P.10.0622.N, *Arr.Cass.* 2010, 3026; *Cass.* 15 februari 2010, P.10.1431.N; *Cass.* 10 mei 2011, P.10.1927.N, *Arr.Cass.* 2011, 1209; *Cass.* 7 juni 2011, P.11.0125.N, *Arr.Cass.* 2011, 1503; *Cass.* 27 september 2011, P.11.0317.N; *Cass.* 25 maart 2014, P.13.1855.N; *Cass.* 1 april 2014, P.13.1957.N; *Cass.* 28 oktober 2014, P.13.0843.N; *Cass.* 4 november 2014, P.13.1894.N; *Cass.* 18 november 2014, P.13.1703.N; *Cass.* 9 december 2014, P.13.0713.N.

340. *Cass.* 25 november 2009, P.09.1047.N, *Arr.Cass.* 2009, 2804 en *RDPC* 2010, 691.

341. *Cass.* 6 mei 2014, P.12.1970.N.

342. *Cass.* 2 december 2008, P.08.0946.N, *Arr.Cass.* 2008, 2817 en *RPDC* 2009, 601.

343. *Cass.* 10 mei 2011, P.10.1927.N, *Arr.Cass.* 2011, 1209.

344. *Cass.* 19 mei 2010, P.10.0313.F, *Arr.Cass.* 2010, 1437; *Cass.* 3 december 2014, P.14.0863.F, concl. D. VANDERMEERSCH; *Cass.* 17 maart 2015, P.13.1189.N.

**178.** Een beklagde heeft geen *belang* om voor het Hof van Cassatie aan te voeren dat zijn vrijwillig tussengekomen verzekeraar had moeten worden veroordeeld tot een rechtsplegingsvergoeding voor de eerste aanleg en in hoger beroep. Tussen de beklagde en de verzekeraar is geen geding aangegaan en de appelrechters spreken ook geen veroordeling uit van de beklagde ten gunste van de verzekeraar. De vernietiging van de veroordeling van de verzekeraar zou ook niet leiden tot de vernietiging van de veroordeling van de beklagde tot een rechtsplegingsvergoeding.<sup>345</sup>

**179.** Een partij die tot betaling van een gevorderde rechtsplegingsvergoeding wordt veroordeeld zonder daarover verweer te hebben gevoerd, kan daarover niet voor het eerst voor Hof van Cassatie een cassatiemiddel aanvoeren. Een dergelijk middel is nieuw en wordt als onontvankelijk afgewezen.<sup>346</sup> De Nederlandstalige afdeling van de strafkamer van het Hof blijkt op dit punt het begrip nieuw middel zeer breed te interpreteren. De andere kamers lijken minder streng.

**180.** Een partij kan slechts met succes voor het Hof aanvoeren dat de rechter zonder motivering niet is ingegaan op zijn verzoek de rechtsplegingsvergoeding te herleiden, indien dit verzoek blijkt uit enig stuk waarop het Hof vermag acht te slaan.<sup>347</sup>

**181.** De vernietiging van de beslissing tot buitenvervolgning op het cassatieberoep van de burgerlijke partij, brengt de vernietiging mee van haar veroordeling tot de betaling van een rechtsplegingsvergoeding.<sup>348</sup> De vernietiging van de beslissing op de burgerlijke rechtsvordering brengt de vernietiging mee van de beslissing over de rechtsplegingsvergoeding die er een gevolg van is.<sup>349</sup>

**182.** Het Hof van Cassatie kan *geen rechtsplegingsvergoeding* toekennen voor de *cassatieprocedure*. Nadat door de civiele kamer van het Hof van Cassatie met arresten van 27 juni 2008<sup>350</sup>, 11 september 2008<sup>351</sup> en 18 december 2008<sup>352</sup> werd beslist dat de rechtsplegingsvergoeding bedoeld door artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek niet vervat is

345. Cass. 3 februari 2010, P.09.1510.F, *Arr.Cass.* 2010, 342.

346. Cass. 18 november 2008, P.08.0768.N, *Arr.Cass.* 2008, 2657 en *RDPC* 2009, 593; Cass. 25 januari 2011, P.10.1222.N; Cass. 20 april 2010, P.09.1738.N; Cass. 1 juni 2010, P.10.0158.N, *Arr.Cass.* 2010, 1588; Cass. 12 oktober 2010, P.10.0407.N; Cass. 30 november 2010, P.10.0790.N; Cass. 11 januari 2011, P.09.1824.N; Cass. 25 januari 2011, P.10.1213.N, *Arr.Cass.* 2011, 291; Cass. 25 januari 2011, P.10.1348.N; Cass. 25 januari 2011, P.10.1222.N; Cass. 1 februari 2011, P.10.1334.N; Cass. 8 februari 2011, P.10.0444.N; Cass. 8 maart 2011, P.10.1629.N; Cass. 5 juni 2012, P.11.2100.N; Cass. 4 juni 2013, P.12.1008.N; Cass. 9 september 2014, P.13.0501.N; Cass. 23 september 2014, P.12.1800.N.

347. Cass. 8 maart 2011, P.10.1629.N.

348. Cass. 22 december 2010, P.10.1764.F, *Arr.Cass.* 2010, 3084; Cass. 10 december 2013, P.13.1348.N, *Arr.Cass.* 2013, 2714; Cass. 3 maart 2015, P.14.0048.N.

349. Cass. 11 januari 2011, P.10.0966.N, *Arr.Cass.* 2011, 113; Cass. 24 juni 2014, P.13.0286.N.

350. Cass. 27 juni 2008, C.05.0328.F, *Arr.Cass.* 2008,1768, *JLMB* 2008, 1641, *JT* 2008, 530, met kritische noot J. VAN DROOGHENBROECK, *Pas.* 2008, 1763, concl. P. DE KOSTER en *RABG* 2008, 1072, met goedkeurende noot B. MAES en M. BAETENS-SPETSCHINSKY.

351. Cass. 11 september 2008, C.08.0088.F, *Arr.Cass.* 2008, 1924.

352. Cass. 18 december 2008, C.07.0491.F.

in de kosten waaromtrent door het Hof wordt beslist en dat de nieuwe regelgeving dan ook niet van toepassing is, werd door de tweede kamer van het Hof met een arrest van 14 oktober 2008<sup>353</sup> in strafzaken in dezelfde zin geoordeeld. Het Hof wees in die arresten op de beperkte bevoegdheid van het Hof, het specifieke voorwerp van het cassatieberoep dat verschillend is van het voorwerp van de bestreden beslissing en het gegeven dat er een volledig en autonoom systeem bestaat dat het lot van de kosten van het cassatieberoep regelt. Met een arrest van 21 oktober 2008 oordeelt het Hof uitdrukkelijk dat de bijzondere aard van het cassatieberoep uitsluit dat de kosten van het cassatieberoep de in artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek bedoelde rechtsplegingsvergoeding omvatten. De rechtsplegingsvergoeding geldt enkel voor de partij die gelijk krijgt in het geschil ten gronde.<sup>354</sup> Die rechtspraak en de onderbouwing ervan worden bekritiseerd<sup>355</sup>, maar er is in strafzaken in elk geval geen wettelijke basis om voor de cassatieprocedure een afzonderlijke rechtsplegingsvergoeding toe te kennen. Een aan het Hof gericht verzoek om i.g.v. verwerping van het cassatieberoep de zaak opnieuw bij de bodemrechter aanhangig te maken opdat die zou kunnen veroordelen tot een rechtsplegingsvergoeding voor het cassatiegeding werd evident niet ontvankelijk verklaard.<sup>356</sup>

**183.** Na cassatie met verwijzing wordt de behandeling voor de aangewezen verwijzingsrechter niet als een nieuwe aanleg beschouwd, maar wel als de voortzetting van de reeds aangevatte aanleg. Er kan dus voor die ene aanleg slechts een rechtsvergoeding worden toegekend.<sup>357</sup> Er werd beslist dat de specifiek voor de cassatieprocedure gemaakte kosten van verdediging volgens het gemeen recht kunnen worden verhaald<sup>358</sup>, maar er werd ook betwijfeld of een causaal verband tussen die kosten en een fout van de verliezende partij kan worden aangetoond.<sup>359</sup>

**184.** Een procedure tot onttrekking van de zaak aan de rechter overeenkomstig de artikelen 542 tot 552 Wetboek van Strafvordering geeft geen aanleiding tot het verschuldigd zijn van een rechtsplegingsvergoeding. Daarvoor bestaat immers geen wettelijke grondslag.<sup>360</sup>

353. Cass. 14 oktober 2008, P.08.0561.N, NC 2009, 197. Zie ook Cass. 21 april 2005, P.13.0954.N.

354. Cass. 15 september 2014, C.13.0017.N, concl. H. VANDERLINDEN.

355. O.m. H. BOURLARBAH, "Pas de répétibilité en instance de cassation!", [www.procedurecivile.be](http://www.procedurecivile.be); A. DECROËS, "Indemnité de procédure et instance de cassation", *JT* 2011, 563-565; J. VAN DROOGHENBROECK, "Pas d'indemnité de procédure devant la Cour de cassation", *JT* 2008, 530-531. Zie ook G. DE FOESTRAETS, "Répétibilité des frais et honoraires d'avocat dans l'instance de cassation", *JT* 2009, 1-7.

356. Cass. 21 oktober 2010, F.08.0035.F, concl. A. HENKES, *Arr.Cass.* 2010, 2581 en *JT* 2011, 562, concl. HENKES, met kritische noot A. DECROËS.

357. Gent 28 juni 2011, *LRB* 2011/4, 70; Arbh. Brussel 24 juni 2010, *RABG* 2011, 197, met bevestigende noot V. DOOMS; Bergen 4 november 2011, *JLMB* 2012, 843; Antwerpen 15 oktober 2013, *FJF* 2014, 720 en *TFR* 2014, 272; Arbh. Brussel 18 maart 2011, *RW* 2012-13, 622; J. MEESE, *De rechtsplegingsvergoeding in strafzaken*, p. 284, nr. 10.

358. Gent 13 juni 2013, *NJW* 2014, 901, noot C. VAN SEVEREN en *P&B* 2014, 19.

359. C. VAN SEVEREN, "Cassatieprocedure vs. Verhaalbaarheid van advocatenhonoraria", *NJW* 2014, 903.

360. Ook in civiele zaken is gelet op de aard van deze procedure een rechtsplegingsvergoeding uitgesloten: Cass. 18 augustus 2009, C.09.0356.F, *Arr.Cass.* 2009, 1891; Cass. 29 november 2012, C.12.0472.F, *Arr.Cass.* 2012, 2705.



## AFDELING 9. HET OVERGANGSRECHT

**185.** Overeenkomstig artikel 14 van de Wet Verhaalbaarheid Erelonen en artikel 10 Tarief Rechtsplegingsvergoeding trad de nieuwe regeling in werking op *1 januari 2008*. Volgens artikel 13 zijn de artikelen 2 tot 12 van toepassing op de zaken die hangende zijn op het moment dat ze in werking treden. Deze overgangsbepaling, die de onmiddellijke werking van de wet bevestigt<sup>361</sup>, werd verantwoord met een verwijzing naar de rechtsonzekerheid die werd geschapen met het cassatiearrest van 2 september 2004.

**186.** De onmiddellijke toepassing van de Wet Verhaalbaarheid Erelonen *schenkt* volgens het Grondwettelijk Hof *geen bepalingen van nationaal of internationaal recht*. De wet heeft geen retroactieve werking aangezien ze zonder invloed is op zaken die met een definitieve rechterlijke beslissing zijn afgesloten. Het komt de wetgever toe te beslissen of overgangsmaatregelen noodzakelijk zijn en de onmiddellijke toepassing op hangende zaken is verantwoord gelet op de doelstelling een einde te maken aan de ontwikkeling van uiteenlopende rechtspraak en de daarmee gepaard gaande ongelijkheden. De mogelijkheid die aan de rechter wordt geboden om de rechtsplegingsvergoeding te verminderen (bij een kennelijk onredelijke situatie) of te verhogen (i.g.v. complexiteit van de zaak), op vraag van partijen, laat toe dat de onmiddellijke werking geen onevenredige gevolgen heeft resp. voor partijen die bij de aanvang van de hangende procedure de impact van de wet niet konden voorzien en voor partijen die tijdens de hangende procedure aanzienlijke kosten hebben gemaakt.<sup>362</sup> De omstandigheid dat in een zaak het debat reeds was gesloten vóór de inwerkingtreding van de nieuwe bepalingen, kon het Hof niet tot een ander oordeel brengen.<sup>363</sup>

**187.** De wet is zonder twijfel van toepassing op de vanaf 1 januari 2008 ingeleide zaken en kan vanzelfsprekend geen afbreuk meer doen aan datgene wat werd beslist met rechterlijke beslissingen die vóór 1 januari 2008 in kracht van gewijsde zijn getreden.<sup>364</sup> De wet is ook, zoals reeds geschreven, van toepassing op hangende zaken. Een zaak is hangend tussen het ogenblik van de inleiding van de eis en het tijdstip waarop over deze eis een beslissing wordt gewezen<sup>365</sup> of m.a.w. hangende zaken zijn die zaken waarover nog uitspraak moest worden gedaan in eerste aanleg of in hoger beroep bij de inwerkingtreding van de nieuwe wet.<sup>366</sup> Niet bepalend is dus de datum

361. V. SAGAERT en I. SAMOY, *De wet van 21 april 2007*, p. 696, nr. 88.

362. GwH 18 december 2008, nr. 182/2008, B.20.3-B.21.4; GwH 12 februari 2009, nr. 21/2009, B.3.2; GwH 11 maart 2009, nr. 49/2009, B.4-B.6; GwH 5 mei 2009, nr. 72/2009, B.4.1-B.6; GwH 24 juli 2009, nr. 133/2009, B.2-B.4.2.

363. GwH 12 februari 2009, nr. 21/2009, B.4.

364. V. SAGAERT en I. SAMOY, *De wet van 21 april 2007*, p. 697, nr. 90.

365. Cass. 25 maart 2010, C.08.0483.N, *Arr.Cass.* 2010, 900, *JT* 2011, 36, noot (als datum van het arrest wordt 25 mei 2010 vermeld) en *RABG* 2010, 1194, noot R. VERBEKE; Cass. 23 december 2010, X.09.0432.F, *Arr.Cass.* 2010, 3089; Cass. 15 september 2014, C.13.0017.N, concl. H. VANDERLINDEN. Zie ook Cass. 10 februari 1972, *Arr.Cass.* 1972, 536; Cass. 27 oktober 1977, *Arr.Cass.* 1978, 266; Cass. 10 februari 1972, *Arr.Cass.* 1972, 536.

366. Cass. 22 april 2013, S.12.0117.F, concl. J. GENICOT, *Arr.Cass.* 2013, 964, *Pas.* 2013, 918, conc. J. GENICOT, *RW* 2013-14, 1580.

van het in beraad nemen van de zaak.<sup>367</sup> Partijen moeten wel de gelegenheid hebben gehad standpunt in te nemen over de toepasselijkheid *ratione temporis* van de Wet Verhaalbaarheid Erelonen.<sup>368</sup>

**188.** In een strafzaak werd geoordeeld dat uit artikel 13 Wet Verhaalbaarheid Erelonen, dat voorschrijft dat bepalingen van deze wet van toepassing zijn op de zaken die aanhangig zijn op het ogenblik van inwerkingtreding, volgt dat de door artikel 162*bis*, tweede lid Wetboek van Strafvordering bedoelde rechtsplegingsvergoeding verschuldigd is, ook al werd de op verzoek van de burgerlijke partij uitgebrachte rechtstreekse dagvaarding betekend vóór de inwerkingtreding van de wet.<sup>369</sup>

**189.** De veroordeling van de in het ongelijk gestelde burgerlijke partij tot de betaling van een rechtsplegingsvergoeding die nog niet bestond op het ogenblik van de klacht met burgerlijkepartijstelling, houdt geen miskenning in van het door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak of van het door artikel 13 EVRM gewaarborgde recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel. Deze bepalingen waarborgen immers niet de onveranderlijkheid van het stelsel van de kosten van de burgerlijke vordering.<sup>370</sup>

**190.** Uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie valt af te leiden dat de nieuwe regeling zowel in eerste aanleg als in hoger beroep moet worden toegepast, indien de eerste rechter werd gevraagd om op basis van het aansprakelijkheidsrecht te veroordelen tot de kosten van de raadsman en die beslissing bij het appelgerecht na 1 januari 1998 werd aanhangig is. In dat geval vervangt de rechtsplegingsvergoeding nieuwe stijl de oorspronkelijk gevorderde schadevergoeding.<sup>371</sup> De oplossing is dezelfde indien de eerste rechter de beslissing over een op grond van artikel 1382 Burgerlijk Wetboek gevorderde vergoeding heeft aangehouden.<sup>372</sup>

## AFDELING 10. BESLUIT

**191.** Uit dit overzicht blijkt dat de toepassing in strafzaken van een aan het gerechtelijk privaatrecht ontleende rechtsfiguur niet altijd evident is. Het blijft zoeken naar een evenwicht tussen enerzijds de beoogde voorspelbaarheid van het kostenplaatje

367. J. LINDEMANS, "De toepasselijkheid van de Wet Verhaalbaarheid Erelonen op 'hangende' geschillen", *RW* 2007-08, 1387.

368. Cass. 15 november 2010, C.08.0586.F, *Arr.Cass.* 2010, 2749.

369. Cass. 23 december 2008, P.08.1169.N, *Arr.Cass.* 2008, 3162.

370. Cass. 12 juni 2013, P.12.1426.F, *Arr.Cass.* 2012, 1474.

371. Cass. 25 maart 2010, C.08.0483.N, *Arr.Cass.* 2010, 900, *JT* 2011, 36, noot (als datum van het arrest wordt 25 mei 2010 vermeld) en *RABG* 2010, 1194, noot R. VERBEKE; J. VAN EX, *Indemnités de procédure en matière pénale*, p. 149-150, nr. 124. Zie nochtans Cass. 15 september 2014, C.13.0017.N, concl. H. Vanderlinden.

372. Cass. 19 mei 2011, C.10.0573.N, *Arr.Cass.* 2011, 1264.

van een aan de strafvordering gelinkte burgerlijke rechtsvordering en dus rechtszekerheid en anderzijds een billijke genoegdoening voor de winnende partij. Dit blijkt niet alleen uit de rechtspraak van de feitenrechters, maar ook uit die van de hoogste hoven. Met de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en het Hof van Cassatie werden in elk geval een aantal discussiepunten over de toepassing van de Wet Verhaalbaarheid Erelonen uit de wereld geholpen, maar daarmee zijn zeker nog niet alle problemen opgelost. Dat is ook logisch want de regeling heeft een directe impact van het recht van toegang tot de (straf)rechter. Het is dan ook te verwachten dat de problematiek ook in de volgende zeven jaar voor nieuwe jurisprudentie van de constitutionele en de cassatierechter zal zorgen.

## AFDELING 11. NASCHRIFT

**192.** Na het afsluiten van deze bijdrage en vóór het persklaar maken ervan heeft het Grondwettelijk Hof met drie arresten van 21 mei 2015 zijn rechtspraak m.b.t. het verschuldigd zijn van een rechtsplegingsvergoeding in procedures waarbij een overheid als eiser of verweerder in het algemeen belang optreedt, fundamenteel gewijzigd. Deze drie arresten worden hierna besproken. Het Hof van Cassatie heeft met een arrest van 20 mei 2015 uitspraak gedaan over het (niet-)verschuldigd zijn van een rechtsplegingsvergoeding door een afgewezen burgerlijke partij aan de vrijwillig tussengekomen verzekeraar. Ook dit arrest wordt hierna toegelicht.

**193.** Hierboven<sup>373</sup> werd erop gewezen dat uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof bleek dat rechtsvorderingen die door een publiek orgaan in het algemeen belang en in alle onafhankelijkheid zijn ingesteld, op dezelfde wijze moesten worden behandeld als strafvorderingen. Dit hield in dat geen rechtsplegingsvergoeding was verschuldigd indien de vordering *ex* artikel 138*bis*, § 2 Gerechtelijk Wetboek van de arbeidsauditeur of de vordering van de procureur des Konings tot nietigverklaring van een huwelijk werden afgewezen, dat evenmin een rechtsplegingsvergoeding was verschuldigd indien de ambtenaar van burgerlijke stand bij de weigering een huwelijk te voltrekken in het ongelijk werd gesteld en dat zowel voor de straf- als voor de civiele gerechten van een herstellende overheid geen rechtsplegingsvergoeding kon worden verkregen en er evenmin een kon verschuldigd zijn. Dit bracht de wetgever ertoe om met artikel 17 van de wet van 25 april 2014 artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek zodanig te wijzigen dat wordt bepaald dat geen rechtsplegingsvergoeding is verschuldigd ten laste van de staat wanneer een publiekrechtelijk rechtspersoon in het algemeen belang als partij optreedt.

373. O.m. nrs. 10, 89, 90, 91 en 109-117.

**194.** Met de arresten nr. 68/2015 (over de onmogelijkheid om de in het ongelijk gestelde ambtenaar van de burgerlijke stand i.g.v. weigering het huwelijk te voltrekken tot een rechtsplegingsvergoeding te veroordelen), nr. 69/2015 (over het veroordelen tot een rechtsplegingsvergoeding van een in het ongelijk gestelde gemeente die hoger beroep instelt tegen een beslissing van haar in het algemeen belang optredende GAS-ambtenaar) en nr. 70/2015 (over het veroordelen tot een rechtsplegingsvergoeding van de in het ongelijk gestelde Belgische staat of lokale overheid in een fiscaal geschil) van 21 mei 2015<sup>374</sup>, die uitspraak doen over prejudiciële vragen, oordeelt het Grondwettelijk Hof uitdrukkelijk zijn rechtspraak over de verhaalbaarheid van de kosten en erelonen van advocaten in de geschillen voor de burgerlijke rechter tussen een overheid die optreedt in het algemeen belang en een particulier, in haar geheel te moeten heroverwegen.

**195.** De door het Grondwettelijk Hof daarbij gehanteerde redenering kan als volgt worden samengevat:

- het Hof heeft herhaaldelijk geoordeeld dat, rekening houdend met de verwantschap tussen de opdrachten en de functies die het Openbaar Ministerie uitoefent wanneer het in strafzaken optreedt, en i.h.b. met het bestaan in beide gevallen van een opdracht van algemeen belang, die overheden, eisende of verwerende partijen in het raam van een burgerlijk geschil, op dezelfde manier moesten worden behandeld als het Openbaar Ministerie dat in strafzaken optreedt, en bijgevolg dat elke betaling van de rechtsplegingsvergoeding moest worden uitgesloten in het raam van geschillen tussen dergelijke overheden en een particulier<sup>375</sup>;
- de wetgever heeft artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek gewijzigd om het in overeenstemming te brengen met deze rechtspraak<sup>376</sup>;
- het Hof kan op zijn rechtspraak evenwel terugkomen wanneer de juridische context waarin het zich heeft uitgesproken een normatieve ontwikkeling heeft gekend die van aard is dat de motivering van zijn vroegere arresten erdoor wordt beïnvloed; ook de rechtszekerheid kan het noodzakelijk maken dat gehanteerde criteria evolueren<sup>377</sup>;
- de wetgever heeft met de wet van 20 januari 2014 het beginsel van verhaalbaarheid bij de Raad van State ingevoerd<sup>378</sup>, waaruit het Grondwettelijk Hof afleidt dat de wetgever uitdrukkelijk heeft aanvaard dat het opleggen van een forfaitaire rechtsplegingsvergoeding niet als dusdanig van aard is dat het de onafhankelijkheid bedreigt van de overheden wanneer zij – in voorkomend geval als partij bij een jurisdictionele procedure – de aan hen toevertrouwde opdracht van algemeen belang moeten verzekeren. Die stellingname van de wetgever vormt volgens

374. E. BREWAEYS, “Grondwettelijk Hof herziet rechtspraak over rechtsplegingsvergoeding”, *Juristenkrant* 10 juni 2015, nr. 311/1 en 4; J. VANDEN BRANDEN en T. SAS, “Grondwettelijk hof: Fiscus ontsnapt niet aan rechtsplegingsvergoeding”, *Fisc.Act.* 2015, nr. 19, 1-4.

375. GwH 21 mei 2015, nr. 68/2015, B.4; GwH 21 mei 2015, nr. 70/2015, B.4.

376. GwH 21 mei 2015, nr. 68/2015, B.5.2; GwH 21 mei 2015, nr. 70/2015, B.5.2.

377. GwH 21 mei 2015, nr. 68/2015, B.9.2; GwH 21 mei 2015, nr. 70/2015, B.9.2.

378. GwH 21 mei 2015, nr. 68/2015, B.6.1; GwH 21 mei 2015, nr. 70/2015, B.6.1.

het Grondwettelijk Hof een wezenlijke breuk in de ontwikkeling van het stelsel van de rechtsplegingsvergoeding zodat de overheden, andere dan het Openbaar Ministerie of het arbeidsauditoraat, kunnen worden onderworpen aan dit stelsel.<sup>379</sup>

Een andere oplossing zou niet te verantwoorden verschillen in behandeling creëren en het (thans verlaten) criterium van het algemeen belang zou ook een risico van rechtsonzekerheid inhouden, iets wat de wetgever met het stelsel precies wilde vermijden<sup>380</sup>;

- er is bijgevolg nood om de rechtspraak van het Hof in haar geheel te heroverwegen<sup>381</sup>;
- voor de burgerlijke rechtscolleges zijn bijgevolg de bepalingen m.b.t. de rechtsplegingsvergoeding van toepassing op alle partijen, ongeacht of het gaat om privépersonen dan wel overheden die handelen in het algemeen belang. Het Openbaar Ministerie dat in het ongelijk wordt gesteld, kan dan ook op een op grond van artikel 138*bis*, § 1 Gerechtelijk Wetboek ingestelde vordering worden veroordeeld tot de betaling van een rechtsplegingsvergoeding. Dat geldt ook voor een vordering van de procureur des Konings tot nietigverklaring van een huwelijk, een vordering herstellende overheid voor de burgerlijke rechtbank en de in het ongelijk gestelde ambtenaar van de burgerlijke stand in een geschil op grond van de artikelen 146*bis* en 167 Burgerlijk Wetboek.<sup>382</sup> Hetzelfde geldt indien de staat of een lokale overheid in een fiscaal geschil de in het ongelijk gestelde partij is en zelfs indien de burgerlijke rechter uitspraak doet over de wettigheid van een administratieve geldboete die het karakter heeft van een straf in de zin van artikel 6 EVRM<sup>383</sup>;
- die regeling brengt geen onevenredige gevolgen mee aangezien de rechter binnen het systeem over een zekere beoordelingsvrijheid beschikt voor wat betreft het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding; bovendien bevordert de wederkerigheid de wapengelijkheid tussen de partijen<sup>384</sup>;
- de regeling is niet van toepassing op het Openbaar Ministerie in strafzaken. Een dergelijke specifieke regeling is verantwoord rekening houdend met, enerzijds, de bijzondere aard van het strafrechtelijk contentieux, dat tot doel heeft de misdrijven te vervolgen en te bestraffen en dat niet ertoe strekt het bestaan of de schending van een subjectief recht vast te stellen, noch, in beginsel, uitspraak te doen over de wettigheid van een handeling van de overheid, en anderzijds, de specifieke opdracht van het Openbaar Ministerie of het arbeidsauditoraat in strafzaken, die ermee belast zijn de strafvordering uit naam van de maatschappij uit te oefenen. Daarmee wordt gelijkgesteld de daarmee vergelijkbare vordering die de arbeidsauditeur *ex* artikel 138*bis*, § 2 Gerechtelijk Wetboek instelt en die niet louter een herstel van burgerlijke aard beoogt, maar wel het vaststellen van het plegen van een misdrijf.<sup>385</sup>

379. GwH 21 mei 2015, nr. 68/2015, B.6.2-7.1; GwH 21 mei 2015, nr. 70/2015, B.6.2-B.7.1. Zie ook GwH 21 mei 2015, nr. 69/2015, B.4.2-B.5.1.

380. GwH 21 mei 2015, nr. 68/2015, B.7.2-7.3; GwH 21 mei 2015, nr. 70/2015, B.7.2-7.3.

381. GwH 21 mei 2015, nr. 68/2015, B.9.3; GwH 21 mei 2015, nr. 70/2015, B.9.3.

382. GwH 21 mei 2015, nr. 68/2015, B.10.1-10.2 en B.12; GwH 21 mei 2015, nr. 70/2015, B.10.1-10.2.

383. GwH 21 mei 2015, nr. 70/2015, B.12.1-12.3.

384. GwH 21 mei 2015, nr. 68/2015, B.11; GwH 21 mei 2015, nr. 70/2015, B.11.

385. GwH 21 mei 2015, nr. 68/2015, B.3.3; GwH 21 mei 2015, nr. 69/2015, B.3.3; GwH 21 mei 2015, nr. 70/2015, B.3.3.

**196.** Gelet op deze door het Grondwettelijk Hof gevolgde redenering is een vernietiging van artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek, zoals gewijzigd door artikel 17 van de wet van 25 april 2014, meer dan waarschijnlijk. Het achtste lid van artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek, zoals ingevoegd door de wet van 21 februari 2010, in de mate dat het betrekking heeft op artikel 138*bis*, § 1 Gerechtelijk Wetboek, valt evenmin te verenigen met deze redenering.

**197.** Met de drie voormelde arresten heeft het Grondwettelijk Hof zich enkel uitgesproken over procedures voor de burgerlijke rechtbank, wat logisch is gelet op het voorwerp van de prejudiciële vragen. De constitutionele rechter heeft zich niet uitgesproken over de vraag of zijn gewijzigde zienswijze (alleen het Openbaar Ministerie en de arbeidsauditeur *ex art.* 138*bis*, § 2 Gerechtelijk Wetboek vallen buiten de regeling) ook geldt voor de herstellvorderende overheid die zich voor de strafgerichten als een procespartij manifesteert. Aangezien de gevolgde redenering ook geldt indien de herstellvorderende overheid zich voor het strafgerecht als een procespartij manifesteert, lijkt het aannemelijk dat de Wet Verhaalbaarheid Erelonen ook toepasselijk zal zijn in de verhouding herstellvorderende overheid *versus* beklaagde.

**198.** Met een arrest van 20 mei 2015 heeft de Franstalige afdeling van de strafkamer van het Hof van Cassatie<sup>386</sup> zich uitgesproken over de verhouding tussen artikel 162*bis* Wetboek van Strafvordering en artikel 153, § 5 Verzekeringwet 2014. De appelrechters hadden een afgewezen burgerlijke partij, die niet rechtstreeks had gedagvaard maar haar burgerlijke rechtsvordering had geënt op de door het Openbaar Ministerie in gang gezette strafvordering, veroordeeld tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding aan de in het gelijk gestelde vrijwillig tussengekomen verzekerder van de vrijgesproken beklaagde en dit voor beide aanleggen.

**199.** Artikel 153, § 5 Verzekeringwet bepaalt dat wanneer het geding is ingesteld tegen de verzekerde voor het strafgerecht, de verzekerder door de benadeelde of door de verzekerde in de zaak kan worden betrokken en dat hij vrijwillig kan tussenkomen onder dezelfde voorwaarden als zou zijn vordering voor het burgerlijk gerecht gebracht zijn. De appelrechters zagen in deze bepaling een van artikel 162*bis* Wetboek van Strafvordering afwijkende regel die aan de verzekerder een eigen recht op (of plicht tot) een rechtsplegingsvergoeding toekent. Het Hof van Cassatie volgt die redenering echter niet. Het wijst op artikel 162*bis*, tweede lid Wetboek van Strafvordering dat bepaalt dat een burgerlijke partij voor het vonnisgerecht enkel kan gehouden zijn tot een rechtsplegingsvergoeding indien die partij rechtstreeks dagvaardt. Indien de burgerlijke partij niet rechtstreeks dagvaardt, biedt artikel 153, § 5 Verzekeringwet geen rechtsgrond om de burgerlijke partij te veroordelen tot een rechtsplegingsvergoeding. Het is logisch dat voor het strafgerecht een burgerlijke partij niet

---

386. Cass. 20 mei 2015, P.15.0474.F.

kan gehouden zijn tot een rechtsplegingsvergoeding aan een vrijwillig tussengekomen verzekeraar, indien hij dit ook niet is tegenover de beklagde voor wie de verzekeraar is tussengekomen. Daartegen is nochtans in te brengen dat voor de burgerlijke rechter de verzekeraar wel zou gerechtigd zijn op een rechtsplegingsvergoeding.





# **DWANGSOMMEN VOOR DE BESLAGRECHTER**

Karen BROECKX  
Hoofddocent Universiteit Gent



## AFDELING 1. INLEIDING

1. Deze bijdrage heeft tot doel aan schuldeisers van niet-geldelijke verbintenissen en i.h.b. aan hun raadslieden alsook aan magistraten die over deze verbintenissen moeten oordelen, een aantal bruikbare tips te verschaffen om efficiënt te procederen teneinde een uitvoerbare titel tot stand te zien komen die bij niet-vrijwillige nakoming door de veroordeelde debiteur op een efficiënte wijze ten uitvoer kan worden gelegd. Aan ideeën voor een betere rechtsbedeling met minder middelen is er vandaag de dag trouwens geen gebrek<sup>1</sup>, al moet gezegd dat deze voorstellen, hoe goed ook, niet alle structurele problemen van het departement justitie uit de wereld kunnen helpen.

2. Efficiënt procederen veronderstelt niet enkel dat de schuldeisers de vordering, die zij ter beoordeling aan de rechter voorleggen, zeer nauwgezet en volledig moeten formuleren teneinde latere discussies omtrent de interpretatie van de door de rechter ingewilligde vordering zoveel mogelijk uit te sluiten, maar ook dat zij voldoende aandacht besteden aan de uitvoeringsmodaliteiten van hun vordering om executieproblemen in de mate van het mogelijke vooraf uit te sluiten. De schuldeiser moet bijgevolg heel duidelijk omschrijven wat hij vordert en hoe dit gevorderde desnoods ingevolge een rechterlijke veroordeling gedwongen gerealiseerd kan worden.

3. Waar de gedwongen tenuitvoerlegging van geldsomveroordelingen mogelijk is door het leggen van uitvoerend beslag op het beslagbaar vermogen van de schuldenaar, ziet een schuldeiser van niet-geldelijke verbintenissen, die geconfronteerd wordt met een onwillige schuldenaar die nalaat datgene te doen/niet te doen, of het voorwerp af te geven, waartoe hij zich verbonden heeft, zich bij de aanvang van een geding geplaatst voor de vraag hoe hij het voorwerp van zijn vordering zo efficiënt mogelijk kan formuleren, teneinde latere geschillen bij gedwongen tenuitvoerlegging van de rechterlijke veroordeling te vermijden.

## AFDELING 2. REËLE EXECUTIE EN VERVANGENDE SCHADEVERGOEDING

### § 1. *Principe: reële executie*

4. In beginsel heeft een schuldeiser recht op de reële executie of rechtstreekse uitvoering van niet-geldsomverbintenissen en kan hij vorderen dat zijn nalatige schuldenaar daadwerkelijk gedwongen wordt de prestatie te verrichten waartoe hij zich

---

1. P. HENRY, "Faire mieux avec moins ... [Une justice plus rapide, plus efficace, moins chère]", *JT* 2015, afl. 6592, 133.

verbonden heeft en werd veroordeeld.<sup>2</sup> Met reële executie wordt deze vorm van tenuitvoerlegging bedoeld waarbij de schuldenaar daadwerkelijk gedwongen wordt een bepaalde concrete prestatie te verrichten: iets te doen of na te laten, een bepaalde zaak af te geven. Het uitgangspunt is dus dat iemand die recht heeft op een welbepaalde prestatie (de afgifte of levering van een zaak, een handeling of een nalaten ervan) de nakoming door de wederpartij van haar desbetreffende prestatie moet kunnen afdwingen. Daartoe zijn maatregelen vereist waarmee de gerechtigde zich rechtstreeks het hem toekomende kan verschaffen.

Uit het principiële recht op reële executie vloeit voort, dat de schuldeiser steeds het recht heeft de nakoming te eisen van de verbintenis door zijn debiteur en dat de rechter in beginsel – behoudens wettelijke uitzondering – verplicht is tot toewijzing van deze nakomingsvordering, indien hij deze gegrond acht.

5. De wijze, waarop dit principiële uitgangspunt verwezenlijkt wordt, hangt natuurlijk af van de inhoud van de door de schuldenaar te verrichten prestatie. Is de prestatie niet-geldelijk, dan bepaalt de aard van de prestatie de wijze van reële executie.

Deschuldeiser van een niet-nagekomen verbintenis, andere dan een geldsomverbintenis, kan volgende aanspraken doen gelden krachtens het Burgerlijk Wetboek:

- *Wat betreft verbintenissen om te doen of niet te doen kan de schuldeiser:*
  - **de machtiging vragen om zelf de verbintenis (om iets te doen) te doen uitvoeren.** De schuldeiser kan ook, wanneer de verbintenis niet ten uitvoer wordt gebracht, gemachtigd worden om zelf de verbintenis te doen uitvoeren op kosten van de schuldenaar (art. 1144 BW);
  - **recht op schadevergoeding** (art. 1145 BW). Bestaat de verbintenis in iets niet te doen, dan heeft de schuldeiser recht op schadevergoeding ten laste van zijn schuldenaar die tegen deze verbintenis handelt, uit hoofde van de enkele overtreding;
  - **recht op schadevergoeding:** overeenkomstig artikel 1142 BW wordt iedere verbintenis om iets te doen of niet te doen opgelost in schadevergoeding, ingeval de schuldenaar de verbintenis niet nakomt, tenzij de niet-uitvoering van de verbintenis of de vertraging in de uitvoering het gevolg is van:
    - een vreemde oorzaak die hem niet kan worden toegerekend en er geen kwade trouw is (art. 1147 BW); dan wel
    - overmacht of toeval (art. 1148 BW);

2. H. BOCKEN, “Herstel in natura en rechterlijk bevel of verbod” in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia 1986, 493 *et seq.*; M. STORME, “Nemo praecise cogi ad factum” in *Postuniversitaire Cyclus W.Delva*, Gent, Mys en Breesch, 1995, 3-25; P. TAE LMAN, “Reële executie” in *Beslag- en Executierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 235-283; P. WÉRY, *L’exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Brussel, Kluwer, 1993; voor Nederland: J.L.R.A. HUYDECOPER, *Reële executie, Monografieën Nieuw BW*, Deventer, Kluwer, 2011, 96 p.

- **recht om te (doen) vernietigen van hetgeen in strijd met de verbintenis is verricht + schadevergoeding:** de schuldeiser heeft het recht om de vernietiging te vorderen van hetgeen in strijd met de verbintenis is verricht en hij kan zich doen machtigen om het te vernietigen op kosten van de schuldenaar, onverminderd schadevergoeding, indien daartoe grond bestaat (art. 1143 BW).
- *Wat betreft verbintenissen tot afgifte/levering van een zaak (andere dan geld) staan voor de schuldeiser volgende opties open:*
  - de verbintenis om iets te geven houdt de verbintenis in om de zaak te leveren en, tot aan de levering, voor haar behoud te zorgen, op straffe van **schadevergoeding** (art. 1136 BW);
  - hoewel de verbintenis om een zaak te leveren in principe is voltrokken door de enkele toestemming van de contracterende partijen, blijft **het risico** van de zaak toch **voor de schuldenaar**, wanneer deze in gebreke is gebleven deze te leveren (art. 1138 BW);
  - de schuldenaar wordt **in gebreke gesteld** door een aanmaning of een andere daarmee gelijkstaande akte, hetzij door de overeenkomst zelf, wanneer deze bepaalt dat de schuldenaar in gebreke zal zijn zonder dat hiertoe enige akte nodig is en door het enkel verschijnen van de vervaltijd;
  - de schuldeiser heeft **recht op schadevergoeding** als de schuldenaar in gebreke is zijn verbintenis om te geven, na te komen, of wanneer er vertraging is in de uitvoering, tenzij dit het gevolg is van een vreemde oorzaak, die de schuldenaar niet toerekenbaar is (art. 1147 BW), of van overmacht of toeval (art. 1148 BW).

## 6. Samengevat kan de schuldeiser die reële executie nastreeft:

- een vordering instellen in nakoming van de verbintenis om iets (niet) te doen of iets te geven;
- voor zover de verbintenis geen *intuitu personae*-karakter heeft en de schuldenaar dus kan vervangen worden (bv. bij aannemingscontracten), *tegelijk* machtiging vragen om – bij gebreke aan nakoming van de verbintenis door de schuldenaar – de verbintenis zelf of door een derde te laten uitvoeren, op kosten van de schuldenaar;
- machtiging vragen tot vernietiging van hetgeen in strijd met de verbintenis is verricht, onverminderd schadevergoeding indien daartoe grond bestaat;
- een vervangende schadevergoeding eisen i.g.v. foutieve niet-nakoming van de verbintenis. Deze schadevergoeding dringt zich op bij verbintenissen *intuitu personae*;
- vorderen dat de schuldenaar veroordeeld wordt tot nakoming van de verbintenis, onder verbeurte van een dwangsom. Op deze laatste vaak toegepaste mogelijkheid zal hierna in **afdeling 3** dieper worden ingegaan.

De schuldeiser hoeft zich dus in beginsel niet tevreden te stellen met een vervangende schadevergoeding.

## § 2. *Vervangende schadevergoeding*

7. De rechtstreekse uitvoering van verbintenissen andere dan die tot betaling van een geldsom, zal gelet op de aard van de prestatie soms onmogelijk zijn omdat zij zou leiden tot dwang op de persoon van de schuldenaar. Dit is meestal het geval bij verbintenissen tot het verrichten van een bepaalde handeling. Het is moeilijk in te zien hoe een schuldenaar *manu militari* tot een bepaalde handeling kan gedwongen worden. Toch kan de schuldeiser steeds de veroordeling nastreven van zijn schuldenaar tot nakoming van een verbintenis, ongeacht of de gedwongen tenuitvoerlegging van deze veroordeling al dan niet mogelijk is.

Indien de gedwongen uitvoering niet mogelijk is, dan zal de verbintenis worden omgezet in een *vervangende schadevergoeding* (art. 1142 BW, [zie supra](#)). Dit impliceert echter niet dat iedere uitoefening van dwang op de persoon uitgesloten is. De aantasting van de menselijke waardigheid is de grens van de gedwongen uitvoering en de grondslag van het verbod *Nemo potest praecise cogi ad factum*.

## § 3. *Machtiging tot executie op kosten van de schuldenaar*

8. In vele gevallen is reële executie wel mogelijk, nl. wanneer de nalatige schuldenaar voor de uitvoering van de verbintenis vervangbaar is en de rechter de schuldeiser op diens verzoek machtigt om de verbintenis te verrichten of te laten verrichten op kosten van de schuldenaar. Deze machtiging kan alleen gevorderd worden wanneer de verbintenis niet noodzakelijk door de schuldenaar zelf moet worden verricht. Te denken valt aan de machtiging van een schuldeiser om een muur af te breken of overhangende takken te snoeien indien zijn veroordeelde buurman nalaat dit zelf te doen, of om een andere aannemer te vragen een bouwwerk af te werken als de veroordeelde aannemer in gebreke blijft de veroordeling uit te voeren.

Deze mogelijkheid kan ook toegepast worden bij een verbintenis om iets niet te doen, opgelegd bij een vonnis. De schuldeiser kan een beroep op de openbare macht om te verhinderen dat de schuldenaar handelt in strijd met zijn verplichting. Hij kan zelfs machtiging vragen om datgene, wat de schuldenaar heeft verricht in strijd met de verbintenissen waartoe hij veroordeeld werd, op diens kosten teniet te doen.

De machtiging kan ten slotte ook worden gevraagd om de afgifte te bekomen van een zaak, die de schuldenaar moet afgeven (bv. een voertuig, een dossier).

9. De daadwerkelijke uitvoering van deze machtiging tot executie op kosten van de debiteur kan executieproblemen opleveren bij de gedwongen invordering door de schuldeiser van de kosten die de schuldeiser heeft gemaakt. Vaak wordt in

de rechterlijke veroordeling bepaald dat de kosten die de gemachtigde schuldeiser maakt om de werken uit te voeren of te laten uitvoeren en die ten laste zijn van de schuldenaar, lastens hem kunnen gerecupereerd worden “op eenvoudig vertoon van de factuur”.

De vraag of een vonnis, waarbij een schuldenaar veroordeeld is om iets te doen en de schuldeiser gemachtigd wordt om i.g.v. weigering de verbintenis van de schuldenaar op diens kosten te laten uitvoeren door een derde, tevens een uitvoerbare titel oplevert om de kosten van de werken terug te vorderen, is omstrede.<sup>3</sup> Vaak wordt in een vonnis beslist dat de kosten van vervanging of herstel verhaalbaar zijn op de enkele voorlegging van de facturen aan de nalatige schuldenaar. Een terughoudende benadering is gewenst. Een vonnis (of andere authentieke akte) levert enkel een uitvoerbare titel op wanneer de verschuldigde prestatie daarin op afdoende wijze is vastgesteld. Een vonnis dat de schuldenaar veroordeelt tot een bepaalde prestatie, die bij gebreke aan nakoming op zijn kosten door een derde kan worden uitgevoerd, verleent de schuldeiser nog geen uitvoerbare titel tot verhaal van deze kosten wanneer het bedrag ervan a.d.h.v. de elementen van het vonnis niet met zekerheid kan worden bepaald. Het vonnis kan enkel een titel opleveren voor de invordering van de kosten wanneer over het bedrag geen redelijke discussie mogelijk is op grond van de elementen vervat in de titel.<sup>4</sup>

### AFDELING 3. DWANGSOM

**10.** Als een vonnis reëel geëxecuteerd kan worden, door de schuldenaar zelf, of door de schuldeiser of een derde (op kosten van de schuldenaar), zal er meestal voor de schuldeiser geen behoefte zijn om nog een extra drukkingsmiddel te bekomen opdat zijn schuldenaar tot uitvoering zou overgaan.

De praktijk leert ons dat veroordelingen tot niet-geldsomverbintenissen, zoals hiervoor geschetst, vaak niet vrijwillig door de schuldenaar ten uitvoer worden gelegd. Ook al kan de schuldeiser in vele gevallen de machtiging vragen om de verbintenis zelf uit te voeren of te laten uitvoeren door een derde op kosten van de schuldenaar, en doet hij dit ook, hij kan en zal vaak gebruikmaken van het drukkingsmiddel dat de wetgever sinds 1980 aan de schuldeisers ter beschikking stelt, nl. **de dwangsom**.

3. E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2010, 360, nr. 532.

4. Zie ook P. TAELEMAN, “Reële executie” in *Beslag- en executierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 235-283.

## § 1. Begrip

**11.** In 1980 werd aan schuldeisers van niet-pecuniaire verbintenissen een nieuw en efficiënt drukkingsmiddel ter beschikking gesteld, dat kan aangewend worden om de schuldenaar toch tot de daadwerkelijke uitvoering van een rechterlijke veroordeling te dwingen: de dwangsom.<sup>5</sup> De rechter kan op vordering van een der partijen de wederpartij veroordelen tot betaling van een geldsom, dwangsom genaamd, voor het geval dat aan de hoofdveroordeling niet wordt voldaan, onverminderd het recht op schadevergoeding indien daartoe gronden zijn.

**12.** Een dwangsom kan niet worden opgelegd i.g.v. veroordeling tot betaling van een geldsom, noch t.a.v. de vorderingen ter zake van de nakoming van arbeidsovereenkomsten. Het Hof van Cassatie verbrak in zijn arrest van 28 oktober 2004 een arrest, dat zijn beslissing gepaard deed gaan met een bevel tot betaling van een dwangsom, aangezien deze beslissing betrekking had op een bevel van een kortgedingrechter aan een partij om wekelijks een geldsom te betalen aan een andere partij in het raam van een voorlopige regeling van de contractuele betrekkingen tussen partijen.<sup>6</sup>

**13.** De invoering van de dwangsom was het gevolg van de invoering in ons Belgisch recht van de Eenvormige Wet op de dwangsom. Op zichzelf beschouwd is de dwangsom geen middel van gedwongen tenuitvoerlegging en de desbetreffende bepalingen – artikelen 1385*bis-decies* Ger.W. – figureren dan ook niet in Deel V van het Gerechtelijk Wetboek betreffende bewarend beslag en middelen tot tenuitvoerlegging. Toch zal de invordering van verbeurde dwangsommen vaak tot executieproblemen leiden, die aan de beslagrechter worden voorgelegd.

**14.** De dwangsom betreft een vorm van indirecte reële executie<sup>7</sup>, omdat de dwangsom ertoe strekt aan de schuldeiser langs onrechtstreekse weg te verschaffen wat hem krachtens zijn titel toekomt, door het geven van een financiële prikkel aan de schuldenaar, meer bepaald de verplichting een bepaalde geldsom te betalen om de beslissing na te leven. De dwangsom is *een accessorium van de hoofdveroordeling*.

De dwangsom wordt in verschillende domeinen van het recht dankbaar aangewend als drukkingsmiddel tot nakoming van verbintenissen: allerhande stakingsbevelen, o.m. inzake handelspraktijken of inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw,

5. Zie hierover K. WAGNER, *Dwangsom* in *APR*; G. DE LEVAL en J. VAN COMPERNOLLE, “Les problèmes posés par l’exécution de l’astreinte” in *Tien jaar toepassing van de dwangsom/Dix ans d’application de l’astreinte*, Brussel, 1991, 237-284; I. MOREAU-MARGREVE, “Principes généraux” in *Tien jaar toepassing van de dwangsom/Dix ans d’application de l’astreinte*, Brussel, 1991, 9-50; M. STORME, “Een revolutionaire hervorming: de dwangsom”, *TPR* 1980, 222 *et seq.*; **auteur?** Gelieve te vervangen door de correcte naam, “Een decennium dwangsom” in *Procederen in een nieuw België en komend Europa*, Antwerpen, 1991, 326 *et seq.*; J. VAN COMPERNOLLE, “L’astreinte” in *Rép.not.*, XIII, 1992.

6. Cass. 28 oktober 2004, *P&B* 2005, 63.

7. E. DIRIX, “Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom”, *De Gerechtsd.* 1998, 61-81.



milieumisdrijven, contractuele geschillen. Zelfs voor het afdwingen van omgangsregelingen van (groot)ouders met kinderen<sup>8</sup> in het raam van vechtscheidingen, of het doen ondergaan van een genetisch onderzoek. Het hof van beroep te Bergen zag geen probleem om wettige ouders te verplichten een genetisch onderzoek te ondergaan onder verbeurte van een dwangsom, omdat deze ouders zich zonder wettige reden aan deze onderzoeksmaatregel wilden onttrekken en het recht op eerbiediging van de fysieke of psychische integriteit, waarop zij zich steunden in evenwicht moet worden gehouden met het recht van het kind om zijn afstamming vast te stellen.<sup>9</sup>

**15.** N.a.v. de gedwongen invordering van verbeurde dwangsommen rijzen vaak geschillen die door de debiteur in zijn verzetsakte worden voorgelegd aan de beslagrechter, zoals:

- betwistingen inzake de *interpretatie* van de veroordelende beslissing;
- de vaststelling van de *onmogelijkheid* de hoofdveroordeling ten uitvoer te leggen;
- de *schorsing* van de verbeurte van de dwangsom ingevolge het instellen van een rechtsmiddel tegen de veroordelende beslissing;
- betwistingen omtrent de nakoming van de hoofdveroordeling en dus omtrent de al dan niet *verbeurte van de dwangsom*;
- het specifieke lot van dwangsommen gekoppeld aan een veroordeling tot herstel in de oorspronkelijke staat in het raam van overtredingen inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw.

De beslagrechter is nochtans niet bevoegd om uitspraak te doen over al deze geschillen. De grenzen van zijn beoordelingsvrijheid zullen hierna nader worden onderzocht.<sup>10</sup>

## § 2. *Taakverdeling dwangsomrechter-beslagrechter*

**16.** De wettelijke regeling van de dwangsom gaat uit van een strikte taakverdeling tussen de rechter die op verzoek van een partij aan de debiteur een dwangsom oplegt ingeval de hoofdveroordeling niet wordt voldaan (“de dwangsomrechter”) en de rechter die moet oordelen over het al dan niet verbeurd zijn van de dwangsom (“de beslagrechter”). Deze taakverdeling staat eraan in de weg dat een andere rechter kennisneemt van de vraag of de dwangsom is verbeurd ook al gaat het daarbij om een verweer op een voor die rechter ingestelde hoofdvordering.<sup>11</sup>

8. Rb. Nijvel 26 februari 2014, *Act.dr.fam.* 2014/8, 231.

9. Bergen 21 mei 2012, *Act.dr.fam.* 2012, 137.

10. Zie ook K. BROECKX, “Executie van dwangsommen” in VLAAMSE CONFERENTIE BIJ DE BALIE TE GENT (ed.), *Beslagen executierecht*, Gent, Larcier, 2010, 181-218.

11. Cass. 20 oktober 2008, *Pas.* 2008, 2289 en *RW* 2008-09, 1191.

17. Enkel de dwangsomrechter kan op vordering van de veroordeelde partij de dwangsom opheffen, de looptijd ervan opschorten gedurende de door hem te bepalen termijn of de dwangsom verminderen i.g.v. blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen (art. 1385*quinquies* Ger.W.). Deze exclusieve bevoegdheid van de dwangsomrechter verhindert dat in een executiegeschil betreffende de eventueel verbeurde dwangsom een andere rechter dan diegene die de dwangsom heeft opgelegd, zou beslissen over het bestaan en de gevolgen van de onmogelijkheid.

De beslagrechter zal zich in het raam van verzetsprocedures tegen de invordering van verbeurde dwangsommen moeten uitspreken over de vraag of de hoofdveroordeling door de debiteur al dan niet werd uitgevoerd en of de verbeurde dwangsommen al dan niet verjaard zijn.

De taakverdeling tussen de “*dwangsomrechter*” en de “*executierechter*” stelt de praktijk soms voor problemen.<sup>12</sup> Vaak wordt n.a.v. de invordering van verbeurde dwangsommen door de veroordeelde in zijn verzet voor de beslagrechter opgeworpen dat de executie van de hoofdveroordeling om een of andere reden niet mogelijk is, welk verweer hij echter aan de dwangsomrechter ter beoordeling moet voorleggen.

18. De dwangsomrechter kan de rechter in eerste aanleg zijn of de appelrechter, wanneer deze de hoofdveroordeling of de daaraan gekoppelde dwangsom van de eerste rechter wijzigt.<sup>13</sup> Het Beneluxhof heeft bovendien bijkomend de eis gesteld dat wanneer de appelrechter een door de eerste rechter opgelegde dwangsom bevestigt, de bekrachtigde uitspraak samen met de uitspraak in hoger beroep aan de veroordeelde partij moet betekend worden alvorens de dwangsommen (opnieuw) kunnen worden verbeurd.

19. In een arrest van 14 juni 2013<sup>14</sup> oordeelde het Beneluxhof dat artikel 4, eerste lid van de Dwangsomwet (= art. 1385*quinquies* Ger.W.) aldus moet worden uitgelegd dat indien de eerste rechter een hoofdveroordeling heeft uitgesproken op verbeurde van een dwangsom en de veroordeelde partij hoger beroep heeft ingesteld tegen die veroordeling en voor de appelrechter een herziening vordert van de opgelegde dwangsom, nl. een vermindering ervan, en de appelrechter nog geen uitspraak heeft gedaan, alleen de eerste rechter de rechter is “die een dwangsom heeft opgelegd” in de zin van de bepaling.

12. *Ibidem*, p. 62; K. WAGNER, “Welke rechter kan een dwangsom in een latere procedure opleggen: over het keuzerecht tussen de eerste rechter, de appelrechter of de ingevolge de algemene bevoegdheidsregels bevoegde rechter”, *P&B* 2001, 141-143.

13. C. VAN SEVEREN, “Rechter die de dwangsom heeft opgelegd”, *NJW* 2013, 746-747.

14. Beneluxhof 14 juni 2013, *NJW* 2013, 745.

Zolang de rechter in hoger beroep nog geen uitspraak heeft gedaan over het hoger beroep van de veroordeelde tegen de hoofdveroordeling en/of zijn verzoek tot opheffing, opschorting of vermindering van de opgelegde dwangsom, blijft volgens het Beneluxhof de eerste rechter de dwangsomrechter in de zin van artikel 4, eerste lid Eenvormige Wet die kennis kan blijven nemen van een vordering tot opheffing, ongeacht de devolutieve werking van het hoger beroep.

Het Beneluxhof oordeelde dat niettegenstaande de bepalingen van het nationale recht inzake de devolutieve werking van het hoger beroep dit antwoord, op grond van een zelfstandige uitleg van de Eenvormige Wet, geboden is.

**20.** Wordt de *dwangsom voor het eerst in hoger beroep* opgelegd, dan is de appelrechter de dwangsomrechter en moet enkel zijn beslissing worden betekend. De appelrechter geldt eveneens als dwangsomrechter wanneer hij de beslissing in eerste aanleg geheel of ten dele vernietigt of wijzigt op het stuk van de hoofdveroordeling of inzake de dwangsom.<sup>15</sup> De dwangsom zal pas verbeuren vanaf de betekening van de beslissing van de appelrechter.

**21.** Wanneer de rechter in hoger beroep het in eerste aanleg gevelde vonnis geheel of ten dele tenietdoet wat de hoofdveroordeling betreft, of zelfs alleen wat de accessoire veroordeling tot de dwangsom betreft, en hij dus op een van deze punten een uitspraak velt die afwijkt van het vonnis in eerste aanleg, zal hij worden beschouwd als de rechter die de dwangsom heeft opgelegd in de zin van artikel 1385*quinquies* Ger.W.<sup>16</sup> Dit is ook het geval indien de appelrechter de hoofdveroordeling van de eerste rechter onder verbeurte van een dwangsom volledig bevestigt, maar daarnaast een nieuwe hoofdveroordeling uitsprekt, vergezeld van een nieuwe dwangsom.<sup>17</sup>

Bevestigt de appelrechter de hoofdveroordeling, zonder deze woordelijk te herhalen, maar wijzigt hij het bedrag of modaliteiten van de dwangsom, dan geldt de appelrechter als dwangsomrechter maar is het voorzichtigheidshalve aangewezen om de beide beslissingen in eerste aanleg én hoger beroep te betekenen alvorens tot executie over te gaan, aangezien de inhoud van de hoofdveroordeling alleen blijkt uit de bevestigde beslissing van de eerste rechter.

15. Cass. 7 november 2005, *Arr.Cass.* 2005, 2140 en *P&B* 2006, 235.

16. Gent 23 april 2012, *NJW* 2013, 606.

17. Beneluxhof 15 april 1992, *RW* 1991-92, 1425, concl. M. TEN KATE; Cass. 15 mei 1998, *Arr.Cass.* 1998, 565; Cass. 7 november 2005, *Arr.Cass.* 2005, 2140 en *RABG*, 2006, 375, P. VANLERSBERGHE.

### § 3. *De dwangsom moet gevorderd worden*

**22.** De rechter kan slechts een dwangsom opleggen op vordering van een der partijen. Hij kan deze niet ambtshalve uitspreken (art. 1385*bis* Ger.W.).<sup>18</sup> Aan de voorwaarde dat een dwangsom slechts kan opgelegd worden “op vordering van een der partijen” komt geen verdere betekenis toe dan dat de rechter van de hem gegeven bevoegdheid geen gebruik kan maken als dit niet regelmatig is gevorderd.<sup>19</sup> De dwangsom kan ook voor het eerst in verzet of in hoger beroep worden gevorderd. De rechter op verzet, die anders dan de rechter op verstek, veroordeelt tot een dwangsom, verzwart de toestand van de betrokkene niet.<sup>20</sup>

De rechter oordeelt soeverein om de gevorderde dwangsom al dan niet op te leggen. Zo werd een vordering in kort geding tegen het Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap om continuïteit te verzekeren in de opvang van een meerderjarige, die in staat van verlengde minderjarigheid werd geplaatst, onder verbeurte van een dwangsom, wel ingewilligd wat betreft de gevorderde maatregel, terwijl het opleggen van een dwangsom overbodig werd geacht, vermits van het bestuur kan worden verwacht dat zij een gerechtelijk bevel opvolgt.<sup>21</sup>

**23.** De woorden “op vordering van een der partijen” brengen niet mee dat bedoelde partij verplicht is het bedrag en de modaliteiten van de dwangsom aan te geven, maar laten toe dat een partij een dwangsom vordert zonder dat zij daarbij het bedrag en de modaliteiten, die aan het gezag van de rechter worden overgelaten, aangeeft.<sup>22</sup> De dwangsomrechter beoordeelt soeverein of hij ingaat op de vordering om een dwangsom op te leggen en – indien hij hierop ingaat – wat het bedrag en de modaliteiten van de opgelegde dwangsom zijn.<sup>23</sup>

De dwangsomrechter heeft hier een belangrijke taak te vervullen en moet bij de bepaling van het bedrag en de modaliteiten doordacht te werk gaan.

**24.** De vordering van schuldeisers om de schuldenaar te veroordelen tot de nakoming van een verbintenis wordt vaak versterkt door een bijkomende, accessoire vordering tot het betalen van een dwangsom, ingeval de schuldenaar niet vrijwillig zijn verbintenis zou nakomen.

18. Cass. 29 november 1996, *RW* 1997-98, 57.

19. Cass. 25 februari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 108; Cass. 16 november 1999, *Arr.Cass.* 1999, nr. 608; Cass. 29 oktober 2002, [www.cass.be](http://www.cass.be).

20. Cass. 3 september 2013, *TROS-Nieuwsbrief* 2013, afl. 11, 7.

21. Rb. Hasselt 9 september 2014, *Limb.Rechtsl.* 2014, 305.

22. Beneluxhof 2 april 1984, *RW* 1983-84, 2681, concl. Adv. Gen. KRINGS.

23. C. PANIER, “Le pouvoir d’appréciation souveraine du juge statuant sur une demande d’astreinte”, *JLMB* 1993, 1012-1015.

Indien een schuldeiser bij de omschrijving van zijn vordering nagelaten heeft een dwangsom te vorderen voor het geval hieraan geen gevolg wordt gegeven, kan hij zich opnieuw tot de dwangsomrechter wenden met een afzonderlijk verzoek om een dwangsom te verbinden aan een eerder uitgesproken hoofdveroordeling. De hoofdveroordeling en de veroordeling tot betaling van een dwangsom moeten dus niet noodzakelijk vervat zijn in een en dezelfde uitspraak. Een latere uitspraak over de dwangsom moet niet noodzakelijk uitgaan van de rechter die de hoofdveroordeling heeft uitgesproken.<sup>24</sup>

**25.** Het begrip “partij” in artikel 1385*bis* Ger.W. wordt ruim opgevat. Zo heeft het Beneluxhof aanvaard dat een notaris, die als zodanig geen gedingpartij is, en die de inventaris opstelde waarvan sprake in de artikelen 1175 tot 1184 Ger.W. en die met toepassing van artikel 1184 Ger.W. zich tot de vrederechter heeft gewend omdat een der personen vermeld in artikel 1183, 11° Ger.W. geweigerd heeft de door dit artikel voorziene eed af te leggen, moet aangezien worden als een der partijen die door artikel 1 Eenvormige Wet (= art. 1385*bis* Ger.W.) worden beoogd, op wiens vraag de wederpartij tot betaling van een dwangsom kan veroordeeld worden.<sup>25</sup>

#### § 4. *Nauwkeurige omschrijving van de hoofdveroordeling*

**26.** Opdat de dwangsom een efficiënt middel zou kunnen zijn om rechterlijke veroordelingen te doen naleven, moet een aantal voorwaarden vervuld zijn.

Vele executieproblemen voor de beslagrechter inzake de verbeurte van dwangsommen kunnen vermeden worden indien men deze vuistregels in acht zou nemen. Deze worden soms verwaarloosd, wellicht omdat de aandacht van de advocaat van de eisende partij eerder gefocust is op de hoofdveroordeling en niet steeds wordt stilgestaan bij de formulering van de accessoire eis inzake de dwangsom.

**27.** Daarnaast worden dwangsommen soms toegekend volgens de modaliteiten die de eisende partij heeft gevraagd, terwijl de magistraat de vrijheid heeft om het bedrag van de dwangsom en de modaliteiten ervan soeverein te bepalen en bij het opleggen ervan best de nodige waakzaamheid aan de dag zou leggen, zodat de dwangsom de functie kan vervullen waartoe zij bestemd is, nl. een financiële prikkel zijn tot nakoming van verbintenissen.

24. Beneluxhof 17 december 2009, *JLMB* 2010, 834 en *RW* 2010-11, 829, noot K. WAGNER; R. VERBEKE, “De relatieve autonomie van de vordering tot het bekomen van een dwangsom erkend: het einde van een controverse”, *RABG* 2010, 731-734.

25. Beneluxhof 29 november 1993, *RW* 1993-94, 705.

**28.** Een eerste vereiste voor een efficiënte uitvoering van hoofdveroordelingen, waaraan een dwangsom is gekoppeld, is dat in de uitvoerbare titel zeer duidelijk en precies wordt aangegeven wat de wederzijdse rechten en verplichtingen der partijen zijn en op welke wijze i.g.v. wanprestatie de reële executie zal geschieden. Als de schuldeiser een dwangsom vordert om de hoofdvordering kracht bij te zetten, moet hij er bijzonder voor waken dat hij de aan de schuldenaar op te leggen verplichtingen zo nauwkeurig mogelijk omschrijft, zodat de rechter een gedetailleerde hoofdveroordeling kan uitspreken.<sup>26</sup>

**29.** Aldus moet het bevel tot staking de handeling waaraan het een einde wenst te stellen, op duidelijke wijze omschrijven en alle kenmerkende gegevens vermelden, zodat er bij de verweerder geen redelijke twijfel kan ontstaan over de draagwijdte van het bevel. In het arrest van 14 juni 2013 oordeelde het Hof van Cassatie dat het bevel tot staking van het *“uitzenden van een of meerdere televisiespots”* en *“het voeren van enige andere vorm van reclame in zoverre hierin nog vermeld zou worden of de indruk zou gewekt worden dat er bij het gebruik van Ariel Excel Gel een identiek of soortgelijk resultaat wordt gehaald wanneer gewassen wordt op een temperatuur van 15 °C als wanneer gewassen wordt op een temperatuur van 40 °C”*, en zulks onder verbeurte van een dwangsom *“per inbreukmakende reclame die via de televisie, de radio, internet of per e-mail zou worden uitgezonden of meegedeeld aan het publiek”* een voldoende duidelijke hoofdveroordeling was.

**30.** De eisende partij moet haar vordering tot nakoming van de verbintenis heel precies omschrijven: waar precies de bomen moeten worden gesnoeid, tot op welke hoogte, welke vermeldingen op een website precies moeten worden verwijderd, waar en wanneer een wagen moet worden teruggegeven, wanneer en door wie de kinderen bij de aanvang van welk weekend mogen worden opgehaald, welke concrete documenten door de tegenpartij moeten worden overgelegd enz.

Wanneer de rechter, die om verdere schade aan het leefmilieu te voorkomen, beveelt dat de uitgevoerde werken ongedaan worden gemaakt en die de uitvoering gelast van herstelwerken, waarover een aangestelde gerechtsdeskundige in zijn verslag advies heeft uitgebracht, moet hij zelf de desgevallend bij de herstelwerken in acht te nemen richtlijnen preciseren. Hij kan de door hem aangestelde deskundige niet gelasten richtlijnen voor partijen uit te vaardigen die rechtstreeks bindend zouden zijn voor de partij die tot de uitvoering van de werken gehouden is. In dat geval zou hij de artikelen 11 en 962 Ger.W. miskennen.<sup>27</sup>

**31.** Hoe concreter een rechterlijk verbod of bevel wordt geformuleerd, hoe minder beoordelingsmarge de veroordeelde toekomt. Hoewel voorop moet staan dat in beginsel

26. Cass. 27 februari 2009, RW 2009-10, 578; Cass. 14 juni 2013, Pas. 2013, 1387.

27. Cass. 27 februari 2009, RW 2009-10, 578.

een rechterlijk verbod of bevel met zoveel mogelijk precisie omschreven moet worden, staat het vast dat dit in een aantal gevallen niet kan. Men kan dan twee wegen volgen. De eerste is dat men toch zoveel mogelijk precisie eist en op voorhand voor lief neemt dat t.a.v. alle niet door het verbod bestreken gedragingen steeds opnieuw de dwangsomrechter moet worden ingeschakeld om een nieuw verbod af te dwingen. In deze benadering vermijdt men wel executiegeschillen voor de beslagrechter, maar lokt men nieuwe verbodsprocedures uit. De tweede weg is dat men in algemene termen opgelegde verboden/bevelen accepteert. In dat geval gebeurt net het omgekeerde: men vermijdt nieuwe verbodsprocedures, maar de prijs hiervoor is de toename van het aantal executiegeschillen. De beslagrechter zal bij serieuze twijfel of een gedraging valt onder een in algemene termen vervat verbod/bevel min of meer van nature geneigd zijn geen schending van het verbod of het bevel aan te nemen.

### § 5. *Interpretatiebevoegdheid van de beslagrechter*

**32.** De beslagrechter moet, i.g.v. moeilijkheden bij de tenuitvoerlegging van een beslissing waarbij een dwangsom wordt opgelegd, uitmaken of de voorwaarden voor de dwangsom vervuld zijn. Bij die gelegenheid moet de beslagrechter eventueel de draagwijdte van de beslissing bepalen maar hij is niet bevoegd om de inhoud van de hoofdveroordeling te wijzigen.

Zodra de inhoud van een rechterlijke beslissing vatbaar is voor uiteenlopende interpretaties en aanleiding kan geven tot een ernstige betwisting, dringt een tussenkomst van de rechter zich op om de exacte draagwijdte van de titel te bepalen. Zo zal bij ernstige betwisting omtrent de inhoud van een veroordeling, waaraan een dwangsom gekoppeld werd, de interpretatie van deze inhoud moeten worden gevraagd.

**33.** De rechter, die een onduidelijke of dubbelzinnige beslissing heeft gewezen, kan die uitleggen zonder evenwel de daarin bevestigde rechten uit te breiden, te beperken of te wijzigen (art. 793, eerste lid Ger.W.). De rechtscolleges hebben dus het recht hun vroegere beslissingen uit te leggen in zoverre de beschikkingen ervan onduidelijk of dubbelzinnig zijn, zonder evenwel te mogen wijzigen of aanvullen hetgeen werkelijk werd beslist.

Wanneer de rechter de werkelijke betekenis van de termen van een vonnis uitlegt a.d.h.v. de context, worden de rechten van de partijen zoals zij zijn vastgelegd noch uitgebreid, noch gewijzigd<sup>28</sup> en artikel 793 Ger.W. niet geschonden. Het beschikkende gedeelte van een vonnis moet worden uitgelegd in functie van de motieven ervan.

28. Cass. 10 mei 2012, AR C.11.0157.N, *Pas.* 2012, 361 en *RW* 2012-13, 198; Cass. 24 januari 2014, *JT* 2014, 546 en *P&B* 2014, 200.

Het interpretatief vonnis zal samen met het uitgelegde vonnis voortaan de uitvoerbare titel uitmaken.

34. Bij *wet van 24 oktober 2013*<sup>29</sup> werd een tweede alinea ingevoegd in artikel 793 van het Gerechtelijk Wetboek. Ingevolge deze nieuwe bepaling *kan de beslagrechter* een onduidelijke of dubbelzinnige beslissing uitleggen, zonder evenwel de daarin bevestigde rechten uit te breiden, te beperken of te wijzigen.

35. Voorheen werd algemeen aangenomen dat de beslagrechter niet bevoegd is om rechterlijke uitspraken te interpreteren. De beslagrechter die, i.g.v. geschillen over de tenuitvoerlegging van een beslissing waarbij een dwangsom wordt opgelegd, moet uitmaken of de voorwaarden voor de opeisbaarheid ervan vervuld zijn, was niet bevoegd om de beslissing uit te leggen als die onduidelijk of dubbelzinnig is en, *a fortiori*, evenmin bevoegd om de inhoud ervan te wijzigen of te beslissen dat de dwangsom niet verschuldigd is op grond dat de hoofdveroordeling niet verantwoord was. Deze bevoegdheid kwam enkel toe aan de rechter die de beslissing heeft geveld.<sup>30</sup>

Daarentegen werd wel aanvaard dat het de taak is van de beslagrechter om de draagwijdte van de uitvoerbare titel te onderzoeken. Hierbij moet hij zich niet beperken tot het beschikkend gedeelte, maar kan hij ook acht slaan op de motivering. Deze draagwijdte moet uit de uitvoerbare titel zonder twijfel naar voor komen, zonder dat de beslagrechter zijn toevlucht moet nemen tot interpretaties.<sup>31</sup>

Deze regel kwam erop neer dat de beslagrechter wel mag oordelen dat de titel voldoende duidelijk is, zodat de gedwongen tenuitvoerlegging kan worden voortgezet. Het Hof van Cassatie oordeelde in het arrest van 22 februari 2007 dat de beslagrechter niet in de plaats treedt van de rechter die de beslissing heeft gewezen wanneer hij de draagwijdte bepaalt van de bewoordingen die *noch onduidelijk, noch dubbelzinnig* zijn, wanneer die een uitleggingsprobleem doen rijzen. In dat geval legt de beslagrechter de beslissing niet uit, maar beslecht hij slechts het geschil tussen de partijen over de draagwijdte van de beslissing.<sup>32</sup>

Het oplossen van het executiegeschil, door het *bepalen van de juiste draagwijdte van de veroordeling* mag echter niet worden verward met de uitlegging van een onduidelijke of dubbelzinnige rechterlijke beslissing, die uitsluitend toekwam aan de rechter die de beslissing heeft gewezen. In het geval, dat aan de orde was in de zaak die tot het arrest van 22 februari 2007 aanleiding gaf, betwisten de partijen voor de beslagrechter

29. *BS* 24 januari 2014.

30. Cass. 2 september 2010, *Ius & Actores* 2011, 197, noot, concl. A. HENKES.

31. E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag in APR*, Antwerpen, Kluwer, 2010, 49, nr. 70.

32. Cass. 22 februari 2007, *RW* 2009-10, 427.



of het stakingsbevel betrekking heeft op “alle klanten” van de verweerster, dan wel op enkel een bepaalde categorie van klanten. Het bestreden arrest van het hof van beroep te Brussel oordeelde dat het stakingsbevel alle klanten van de verweerster omvat.

Daartegen stelde eiseres cassatie in op grond van de stelling dat het hof van beroep als executierechter niet bevoegd is om de beslissing van de dwangsomrechter uit te leggen. Het Hof van Cassatie verwerpt de voorziening op grond dat de beslagrechter, die met toepassing van artikel 1498 Ger.W. bevoegd is i.g.v. zwarigheden bij de tenuitvoerlegging van de uitvoerbare titel, zich niet mag mengen in de bevoegdheid tot uitlegging van een vonnis. De bevoegdheid tot interpretatie behoort krachtens artikel 795 Ger.W. aan de rechter die de beslissing heeft gewezen. Toch zal de beslagrechter volgens het Hof van Cassatie, wanneer hij op grond van artikel 1498 Ger.W. uitspraak doet, soms de draagwijdte moeten bepalen van de bewoordingen van een beslissing die noch onduidelijk noch dubbelzinnig is in de zin van artikel 793 Ger.W., wanneer die bewoordingen een uitleggingsprobleem doen rijzen. De beslagrechter mag derhalve in elk geval een geschil beslechten nopens de draagwijdte van de beslissing.<sup>33</sup>

Bij louter dilatoire interpretatieproblemen, zoals omtrent de uitlegging van een bevel of beschikking waaraan een dwangsom werd gekoppeld, maar waarvan de bewoordingen niet onduidelijk of dubbelzinnig zijn, kan de beslagrechter beslissen dat het vonnis volkomen duidelijk is en geen interpretatie behoeft, zodat de tenuitvoerlegging voortgang kan vinden.

**36.** Bij ernstige betwistingen omtrent de interpretatie of draagwijdte van de titel, kan de beslagrechter ook thans nog steeds de uitvoering schorsen tot aan de beslechting van de uitleggingsvraag door de bodemrechter.

Hij is echter thans ook zelf bevoegd om onduidelijke of dubbelzinnige beslissingen te interpreteren<sup>34</sup>, al mag hij hierbij – zoals ook voorheen reeds het geval was – de rechten van partijen zoals die zijn vastgelegd in de uitvoerbare titel, niet uitbreiden noch wijzigen. Wanneer de beslagrechter de werkelijke betekenis van de termen van een vonnis/notariële akte a.d.h.v. de context uitlegt, worden de rechten van de partijen, zoals zij zijn vastgelegd in het vonnis/akte, noch uitgebreid, noch gewijzigd.<sup>35</sup> De beslagrechter is niet bevoegd om te beslissen dat de dwangsom niet verschuldigd is op grond dat de hoofdveroordeling niet verantwoord was. In dat geval wijzigt hij de in de titel vastgelegde rechten van partijen.<sup>36</sup>

33. Cass. 22 februari 2007, *RW* 2009-10, 427.

34. A. Fry, “Interprétation, rectification et réparation des décisions judiciaires”, *JT* 2015, 161.

35. Cass. 31 januari 1995, *Arr.Cass.* 1995, 107; Cass. 10 mei 2012, *Pas.* 2012, 1063.

36. Cass. 24 januari 2014, *JT* 2014, 546.

**37.** Ingevolge het nieuwe artikel 793, tweede lid Ger.W. kan niet meer worden betwijfeld dat de beslagrechter bevoegd is om uitlegging te geven aan de hoofdveroordeling, door de exacte draagwijdte ervan te bepalen op grond van het doel en de strekking ervan of, bij onduidelijkheid of dubbelzinnigheid van de hoofdveroordeling, door de vereiste redelijke uitlegging eraan te geven, zonder hierbij de rechten uit te breiden of te wijzigen. Bij interpretatie gaat het altijd om het vaststellen van de redelijke zin van het verbod of het bevel. Een redelijke uitlegging van een verbod of bevel brengt in elk geval mee dat de draagwijdte daarvan beperkt moet worden tot de handelingen, waarvan in ernst niet kan worden betwijfeld dat zij, mede gelet op de gronden waarop het verbod of het bevel werd gegeven, inbreuken oplevert als door de rechter verboden.

### *§ 6. Het bedrag en modaliteiten: soevereine beoordelingsmacht van de rechter*

**38.** De rechter is vrij te beslissen of hij de gevorderde dwangsom al dan niet toekent en, als hij een dwangsom koppelt aan de hoofdveroordeling, kan hij de modaliteiten ervan soeverein bepalen, zonder gebonden te zijn aan wat de eisende partij voorstelt. Hij kan de dwangsom hetzij op een bedrag ineens, hetzij op een bedrag per tijdseenheid of per overtreding vaststellen. In de laatste twee gevallen kan de rechter eveneens een bedrag bepalen waarboven geen dwangsom meer verbeurd wordt (art. 1385<sup>ter</sup> Ger.W.).<sup>37</sup>

**39.** Dat de rechter bij zijn keuze om al dan niet een dwangsom op te leggen creatief te werk kan gaan, leert ons de voorzieningenrechter van de rechtbank Groningen aan wie door twee ex- echtgenoten werd gevraagd om de andere te veroordelen tot afgifte van de hond, onder verbeurte van een dwangsom. De magistraat verzint in haar beslissing van 4 februari 2011<sup>38</sup> een list om niet zelf te hoeven kiezen wie van de ex-echtelingen de hond krijgt. Met instemming van partijen gooit zij een munt op en laat aldus het lot beslissen. Gelet op de instemming van partijen bij deze “kop of munt”-oplossing, beslist de rechter dat de daaruit voortkomende veroordeling tot afgifte geen versterking van een dwangsom behoeft. Een originele oplossing, maar niet voor alle geschillen geschikt. Beslissen is geen “kop of munt”-spel.

**40.** In elk geval verdient het aanbeveling om bij de formulering van de hoofdveroordeling en de eraan gekoppelde dwangsom goed voor ogen te houden of het voor de veroordeelde a.d.h.v. de omschrijving van de veroordeling duidelijk is welke concrete inbreuk de verbeurte van een dwangsom voor gevolg heeft. Desgevallend wordt ook

37. Cass. 31 januari 1995, *Arr.Cass.* 1995, 107; K. WAGNER, “Maximering van de dwangsom door de appelrechter (met name bij naleving naar de geest maar niet naar de letter)”, *P&B* 2002, 294-298.

38. LJN: BQ0148.

best een maximum opgelegd, om te vermijden dat de verbeurde dwangsom tot fenomenaal hoge bedragen zouden oplopen, wat soms het geval is en in bepaalde gevallen dramatische gevolgen heeft.

**41.** Welke modaliteit ook wordt gekozen, de dwangsom kan *in elk geval niet worden verbeurd vóór de betekening van de uitspraak waarbij zij is vastgesteld* (art. 1385bis, derde lid Ger.W.). Ook al heeft de advocaat bij het formuleren van zijn vordering gevraagd om de dwangsom een aanvang te laten nemen vanaf de uitspraak en gaat de dwangsomrechter hierop in, de dwangsom zal maar kunnen verbeuren als die uitspraak vooraf betekend is. Geschiedt dit pas twee maanden na de uitspraak, dan kan in elk geval nog geen dwangsom verbeurd zijn, al doen de bewoordingen van het vonnis anders vermoeden.

### § 7. *Uitvoeringstermijn versus respijtttermijn*

**42.** De dwangsomrechter kan beslissen dat de veroordeelde pas na verloop van een zekere termijn na de betekening de dwangsom zal verbeuren, bv. twee maanden vanaf de betekening. In dat geval kent hij aan de veroordeelde een *dwangsomtermijn* of *respijtttermijn* toe. De schuldenaar krijgt aldus van de dwangsomrechter nog een laatste termijn om zich na de betekening van het vonnis vrijwillig naar het vonnis te schikken en het nodige te doen om de hoofdveroordeling na te leven.

**43.** Heeft de dwangsomrechter beslist dat de dwangsom pas zal verbeuren na verloop van een zekere termijn vanaf de betekening, dan begint deze dwangsomtermijn te lopen *vanaf de betekening van de rechterlijke beslissing*. Is de hoofdveroordeling niet uitvoerbaar bij voorraad en wordt door het instellen van een rechtsmiddel de uitvoerbaarheid van de hoofdveroordeling geschorst, dan loopt de termijn – na dewelke de dwangsommen verbeurd worden – niet verder en gaat hij pas opnieuw lopen na het einde van de schorsing en na de betekening van de uitspraak in hoger beroep én de bekrachtigde uitspraak.<sup>39</sup>

Sinds de inwerkingtreding van de wet van 19 oktober 2015 houdende wijziging van het burgerlijk procesrecht en houdende diverse bepalingen inzake justitie, die op 1 november 2015 in werking is getreden, schorst enkel het rechtsmiddel van verzet tegen eindvonnissen daarvan de tenuitvoerlegging, behoudens de uitzonderingen die de wet bepaalt of tenzij de rechter bij met bijzondere redenen omklede beslissing anders beveelt en onverminderd artikel 1414 Ger.W.

Hoger beroep tegen eindvonnissen heeft daarentegen sinds 1 november 2015 in principe geen schorsende werking meer, zoals voorheen het geval was. Deze vonnissen zijn

39. Beneluxhof 12 mei 1997, RW 1997-98, 71, concl. Adv. Gen. TEN KATE.

in beginsel uitvoerbaar bij voorraad, behoudens de uitzonderingen die de wet bepaalt of tenzij de rechter bij met bijzondere redenen omklede beslissing anders beveelt en onverminderd artikel 1414 Ger.W.<sup>40</sup>

Deze nieuwe regels werken vanzelfsprekend door in de problematiek van de invordering van verbeurde dwangsommen.

**44.** De *dwangsomtermijn*, die ingaat na de betekening en tijdens dewelke geen dwangsommen kunnen verbeuren, moet duidelijk onderscheiden worden van de *uitvoeringstermijn*. Dit onderscheid werd voor het eerst duidelijk geformuleerd in een arrest van het Beneluxhof van 25 juni 2002 en recenter nog verder genuanceerd in arresten van 11 februari 2011. Deze uitspraken zijn alle geweest in de context van de gedwongen uitvoering door gewestelijk stedenbouwkundig inspecteurs van veroordelingen om herstelmaatregelen uit te voeren en de plaats in zijn oorspronkelijke toestand te herstellen.<sup>41</sup>

De veroordelingen, waaraan een dwangsom gekoppeld wordt, voorzien nagenoeg steeds in een termijn voor de uitvoering van de herstelmaatregel, ingaand niet op het ogenblik van de betekening van de veroordeling, maar bij het in kracht van gewijsde gaan van de beslissing en hiertoe is geen voorafgaande betekening van de veroordeling nodig.

Veronderstel een vonnis van de correctionele rechtbank waarbij een overtreder wordt veroordeeld om binnen het jaar na het in kracht van gewijsde treden van het vonnis een illegaal weekendverblijf af te breken. Het vonnis wordt pas betekend twee jaar na het in kracht van gewijsde treden van deze uitspraak. Kan de gewestelijk inspecteur dan onmiddellijk na de betekening aanspraak maken op de dwangsommen die verbeuren vanaf de betekening, of kan de debiteur stellen dat er een termijn is gegeven voor de verbeurte van de dwangsom die pas is begonnen lopen vanaf de betekening?

**45.** In de rechtspraak en rechtsleer heerste lange tijd discussie omtrent de vraag of in dit soort geschillen de termijn die door de dwangsomrechter is bepaald voor de uitvoering van de hoofdveroordeling vanaf het in kracht van gewijsde treden van de veroordeling (= uitvoeringstermijn) ook geldt als termijn die door de rechter wordt toegestaan voor het verbeuren van de dwangsom (= dwangsomtermijn) en die – wat deze dwangsom betreft – pas begint te lopen vanaf de betekening.

40. Zie hierover P. Taelman en K. Broeckx, "Rechtsmiddelen en hun (niet)-schorsende werking na Potpourri I" in *Hervorming van de burgerlijke rechtspleging*, documentatiebundel, randnr. 35 *et seq.* (ter perse).

41. P. Bols, "De dwangsomvordering volgens het nieuwe decreet op de ruimtelijke ordening", *RW* 2002-03, 1161-1170.

De discussie spitste zich toe op de vraag:

- of er bij veroordelingen tot herstel in de vorige toestand enkel een uitvoeringstermijn is voorzien, die reeds zonder voorafgaande betekening een aanvang neemt vanaf het in kracht van gewijsde treden van de beslissing;
- of er daarentegen ook een dwangsomtermijn is voorzien in de zin van artikel 1385*bis*, vierde lid Ger.W. die ingaat vanaf de betekening van het veroordelend arrest of – i.g.v. cassatievoorziening – van het verwerpend cassatiearrest, tijdens dewelke geen dwangsommen kunnen verbeuren, hetgeen voor gevolg heeft dat de veroordeelde overtreder na de betekening van het arrest nog een termijn krijgt, te rekenen vanaf de betekening (respijt- of dwangsomtermijn) om de hoofdveroordeling na te komen.

**46.** Het Beneluxhof maakte een duidelijk onderscheid tussen enerzijds de termijn die de dwangsomrechter aan de veroordeelde heeft gegeven om de hoofdveroordeling na te komen, d.i. de **uitvoeringstermijn** en anderzijds de termijn voor de uitvoering van de hoofdveroordeling, na dewelke de dwangsom zal worden verbeurd, doch die ten vroegste ingaat na de betekening van de beslissing, d.i. de **respijttermijn** of **dwangsomtermijn**.

Volgens de **arresten van het Beneluxhof van 25 juni 2002** in de zaken A 2000/3 en 2000/4 moet een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de **uitvoeringstermijn**, d.i. de termijn die wordt verleend voor de uitvoering van de hoofdveroordeling en anderzijds de **respijttermijn**, d.i. de mogelijkheid voor de dwangsomrechter verleend door artikel 1, vierde lid van de Eenvormige Wet inzake de dwangsom, om te bepalen dat de dwangsom pas na een bepaalde termijn zal verbeuren. De rechter geeft hierdoor de mogelijkheid om aan de veroordeelde nog enig respijt te gunnen om zich naar de uitspraak te schikken en de nodige maatregelen te treffen om te voldoen aan de hoofdveroordeling.<sup>42</sup>

De termijn die gegeven wordt aan de veroordeelde om de hoofdveroordeling uit te voeren, d.i. de uitvoeringstermijn, is volgens het Hof bedoeld om aan de schuldenaar de gelegenheid te geven de tegen hem uitgesproken hoofdveroordeling na te komen.

Maar ook de termijn bedoeld in artikel 1, vierde lid Eenvormige Wet inzake de dwangsom (zie art. 1385*bis*, vierde lid Ger.W.) gedurende dewelke de dwangsom niet kan worden verbeurd, strekt er volgens het Hof toe de veroordeelde nog enige tijd te geven de veroordeling na te komen, zonder dat de niet-nakoming de verbeurte van de dwangsom tot gevolg heeft. Het Hof verwijst hiervoor naar de gemeenschappelijke memorie van toelichting volgens dewelke die mogelijkheid berust op de gedachte dat het wenselijk is dat de rechter de schuldenaar uit billijkheidsoverwegingen nog een

42. Beneluxhof 25 juni 2002, *NJW* 2003, 197.

uitstel kan geven, die hem moet toelaten de veroordeling vrijwillig uit te voeren en hem daartoe de noodzakelijke tijd te geven.

**47.** Het voornaamste verschil tussen de uitvoeringstermijn enerzijds en de dwangsomtermijn anderzijds ligt hierin dat de uitvoeringstermijn, d.i. de termijn voor vrijwillig herstel, automatisch aanvangt nadat de rechterlijke beslissing waarbij het herstel werd opgelegd in kracht van gewijsde is getreden en waarvoor geen betekening vereist is, terwijl de dwangsomtermijn die de rechter aan de veroordeelde verleent om de hoofdveroordeling uit te voeren, bij gebreke waaraan een dwangsom zal verbeuren, krachtens artikel 1385*bis*, derde lid Ger.W. ten vroegste een aanvang kan nemen na voorafgaande betekening van de rechterlijke beslissing.

De termijn die door de strafrechter in stedenbouwzaken wordt bepaald om de overtreder toe te laten de plaats in de vorige staat te herstellen, is geen termijn voor gedwongen tenuitvoerlegging in de zin van artikel 1495 van het Gerechtelijk Wetboek, waarvoor in de regel een voorafgaande betekening vereist is.<sup>43</sup>

**48.** De voorafgaande betekening van de uitvoerbare titel is daarentegen een fundamentele vereiste, niet alleen voor de verbeurte van de dwangsom, maar voor elke gedwongen tenuitvoerlegging, dus ook van de hoofdveroordeling, zoals blijkt uit artikel 1495 van het Gerechtelijk Wetboek.

De betekening van de rechterlijke uitspraak strekt ertoe de veroordeelde schuldenaar in kennis te stellen van de uitspraak, van het feit dat de schuldeiser de nakoming van de in de rechterlijke uitspraak vervatte hoofdveroordeling verlangt en desgevallend van het feit dat de dwangsomrechter hem nog een bepaalde termijn heeft vergund om aan de hoofdveroordeling te voldoen voordat de dwangsom wordt verbeurd. Mede gelet op het belang van beide partijen dat ter zake zo min mogelijk onzekerheden bestaan en geschillen zoveel mogelijk worden voorkomen, strekt de betekening mede ertoe aan de veroordeelde te doen blijken dat naar het oordeel van de schuldeiser aan de eisen van de gedwongen tenuitvoerlegging is voldaan.

Hieruit volgt ook dat – in strafzaken – indien een cassatieberoep is ingesteld tegen een arrest van het hof van beroep dat een dwangsom oplegt, de dwangsom ten vroegste kan worden verbeurd vanaf de betekening aan de schuldenaar van het arrest dat het cassatieberoep verwerpt.<sup>44</sup> Zolang er niet betekend is, wordt de veroordeelde niet geacht te weten dat de eisende partij erop staat dat de veroordeling wordt uitgevoerd.<sup>45</sup>

43. Zie Cass. 14 januari 2010, C.09.0029.N, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

44. Zie Cass. 24 december 2009, C.06.02779.N, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

45. K. WAGNER, *Dwangsom in APR*, Antwerpen, Kluwer, 2003, 29, randnr. 31-34.

Deze fundamentele voorwaarde heeft voor gevolg dat de termijn in de zin van artikel 1, vierde lid van de Eenvormige Wet (= art. 1385*bis*, vierde lid Ger.W.), d.i. de respijt- of dwangsomtermijn, na het verstrijken waarvan de dwangsom kan worden verbeurd, pas ingaat op het moment van de betekening aan de veroordeelde van de uitspraak waarbij zij is vastgesteld. Wanneer de rechter een dwangsomtermijn toestaat, kan deze pas een aanvang nemen vanaf de betekening.

**49.** De betekening van de titel door een van de gemachtigde ambtenaren is niet vereist voor de aanvang van de termijn van vrijwillig herstel (= de uitvoeringstermijn), wel voor de verbeurte van de dwangsom. Opdat de veroordeelde overtreder de opgelegde dwangsom zou kunnen verbeuren, moet de veroordelende uitspraak alleszins krachtens het basisbeginsel van artikel 1385*bis*, derde lid Ger.W. voorafgaand worden betekend.

De vraag is nu of de veroordelende uitspraak van de dwangsomrechter aan de veroordeelde al dan niet een *respijftermijn* heeft toegekend in de zin van artikel 1385*bis*, vierde lid Ger.W. die pas een aanvang kan nemen na de voorafgaande betekening van de uitspraak, of – i.g.v. cassatievoorziening – na verwerping van het cassatieberoep. Beschikte de veroordeelde krachtens de uitspraak nog over een termijn van 6 maanden of één jaar in de zin van artikel 1385*bis*, vierde lid, te rekenen vanaf de betekening tijdens dewelke nog geen dwangsom kon worden verbeurd, of beschikte hij niet over dergelijke respijftermijn, zodat de dwangsom onmiddellijk na de betekening van de uitspraak wordt verbeurd?

M.a.w., geldt de termijn die voor de uitvoering werd toegestaan ook als termijn die door de rechter wordt toegestaan voor het verbeuren van de dwangsom en die wat de dwangsom betreft pas begint te lopen vanaf de betekening?

**50.** De termijn in de zin van artikel 1385*bis*, vierde lid Ger.W., d.i. de respijt- of dwangsomtermijn, na het verstrijken waarvan de dwangsom kan worden verbeurd, kan pas ingaan op het moment van de betekening aan de veroordeelde van de uitspraak waarbij zij is vastgesteld. Deze betekening kan reeds plaatsvinden voor het verstrijken van de uitvoeringstermijn maar ook erna. Wanneer de rechter een dwangsomtermijn toestaat, kan deze pas een aanvang nemen vanaf de betekening.

De betekening van de titel is dus niet vereist voor de aanvang van de uitvoeringstermijn, wel voor de verbeurte van de dwangsom. Opdat de veroordeelde overtreder de opgelegde dwangsom zou kunnen verbeuren, moet de veroordelende uitspraak alleszins krachtens het basisbeginsel van artikel 1385*bis*, derde lid Ger.W. voorafgaand worden betekend.

**51.** Artikel 1385*bis*, derde en vierde lid Ger.W. moet aldus worden uitgelegd dat, wanneer de rechter een hoofdveroordeling uitspreekt en hiervoor een uitvoeringstermijn bepaalt vanaf de uitspraak van deze veroordeling met oplegging van een dwangsom zonder respijttermijn, de dwangsom verbeurd is indien zowel de uitvoeringstermijn is verstreken als de betekening heeft plaatsgehad.<sup>46</sup>

Wanneer de rechter enkel beslist dat de uitgesproken veroordeling moet uitgevoerd zijn binnen een bepaalde termijn, dit onder verbeurte van een dwangsom, dan verleent hij aan de schuldenaar uitsluitend een uitvoeringstermijn en geen respijt- of dwangsomtermijn. Daaruit volgt dat na het verstrijken van de uitvoeringstermijn niet nog bijkomend eenzelfde respijttermijn begint te lopen vanaf de betekening.

Wanneer de rechter enkel een uitvoeringstermijn verleent, kan de dwangsom verbeuren vanaf het verstrijken van die termijn. Vereist is wel dat de uitspraak die de dwangsom bepaalt, vooraf aan de schuldenaar is betekend. Die betekening, binnen of buiten de uitvoeringstermijn, verleent geen respijttermijn.<sup>47</sup>

## § 8. *De beslagrechter en de verbeurte van de dwangsom*

**52.** De beslagrechter is bevoegd om na te gaan of de dwangsom al dan niet is verbeurd. Indien een veroordeelde schuldenaar verzet aantekent voor de beslagrechter tegen de gedwongen invordering van verbeurde dwangsommen en opwerpt dat hij de hoofdveroordeling wel degelijk heeft uitgevoerd, is het aan de schuldeiser te bewijzen dat dit nog niet (volledig) is gebeurd. De bewijslast voor de niet-nakoming van de hoofdveroordeling berust dus bij de schuldeiser. De beslagrechter moet vervolgens onderzoeken of er al dan niet uitvoering is gegeven aan de hoofdveroordeling.

### **A. Voorafgaande betekening**

**53.** Alvorens te kunnen vaststellen of er dwangsommen verbeurd zijn, moet de beslagrechter onderzoeken of de hoofdveroordeling betekend werd. De dwangsom kan immers niet verbeuren zonder deze voorafgaande betekening. De betekening heeft tot doel de schuldenaar ter kennis te brengen dat de schuldeiser nakoming van de rechterlijke uitspraak verwacht.<sup>48</sup> Bij het formuleren van de hoofdveroordeling wordt door sommige schuldeisers geen aandacht besteed aan deze voorwaarde. Schuldeisers vragen de hoofdveroordeling te sanctioneren met een dwangsom van X euro per dag vertraging of per vastgestelde inbreuk, vanaf de uitspraak van de hoofdveroordeling. Dwangsomrechters, wellicht voortgaand op wat er door de schuldeiser wordt gevraagd,

46. Beneluxhof 11 februari 2011, zaak A/2010/6, RW 2011-12, 1073.

47. Zie Cass. 15 maart 2011, P.10.1282.N, www.cass.be.

48. Cass. 20 september 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1904; Cass. 7 november 2005, *RABG* 2006, 475, noot en *P&B* 2006, 235.



doen de verschuldigdheid van de dwangsom soms ingaan vanaf hun uitspraak, of na verloop van een zekere termijn te rekenen van hun uitspraak, hetgeen evenwel in strijd is met voornoemde wetsbepaling. De dwangsomrechter kan niet beslissen dat de dwangsom vanaf de uitspraak zal worden verbeurd.<sup>49</sup> Ook partijen kunnen niet overeenkomen dat de dwangsom zonder voorafgaande betekening zal worden verbeurd.

**54.** Vóór de betekening van de uitspraak waarbij zij is vastgesteld, kan de dwangsom niet verbeuren, zelfs indien de dwangsomrechter in strijd met artikel 1385*bis*, derde lid Ger.W. beslist heeft dat de dwangsom reeds loopt vanaf de uitspraak en het verzuim van de schuldenaar voor de betekening van de beslissing reeds vaststaat.<sup>50</sup> Deze vereiste van voorafgaande betekening is bedoeld om te voorkomen dat de dwangsom zou kunnen worden verbeurd t.g.v. een aan de debiteur onbekende uitspraak. Bovendien neemt de betekening bij de schuldenaar iedere twijfel weg over het feit dat zijn schuldeiser aanspraak maakt op de nakoming van de hoofdveroordeling.

**55.** Indien de dwangsomrechter aan de debiteur geen termijn heeft gegeven om de hoofdveroordeling ten uitvoer te leggen, dan kan de dwangsom worden verbeurd onmiddellijk na de betekening. Zo kan bv. de schuldeiser, die de tegenpartij heeft laten veroordelen tot ontruiming van het bedrijfsterrein, zijn debiteur onmiddellijk na de betekening dwingen tot betaling van de dwangsom, als vaststaat dat deze weigert de veroordeling na te komen.<sup>51</sup>

**56.** De partij, die de dwangsom vraagt, nu de dwangsom niet ambtshalve kan worden opgelegd, is weliswaar niet verplicht het bedrag en de modaliteiten van de dwangsom aan te geven, maar kan een dwangsom vorderen zonder dat zij daarbij het bedrag en de modaliteiten, die zij aan het gezag van de dwangsomrechter overlaat, aangeeft. M.a.w. woorden, wenst een partij een dwangsom te bekomen, dan hoeft zij niet aan te geven voor hoeveel euro per dag vertraging, per inbreuk, noch hoeft zij te bepalen dat de dwangsom slechts zal verbeuren vanaf de betekening van de uitspraak waarbij zij is vastgesteld. Dit is uitsluitend de zorg van de bodemrechter. De vaststelling van de dwangsom moet toelaten, gelet op de uiteenlopende belangen en rechtsposities van de partijen, met zekerheid uit te maken aan wie een partij de dwangsom moet betalen indien ze het bevel niet opvolgt. Is dit niet duidelijk bepaald, dan wordt artikel 1385*bis* Ger.W. geschonden.<sup>52</sup>

**57.** De uitspraak moet betekend worden op verzoek van de begunstigde van de hoofdveroordeling. De betekening door een andere partij doet de dwangsom niet

49. Cass. 22 juni 1989, *RW* 1990-91, 98 en *JT* 1989, 564.

50. Gent 24 mei 1994, *RW* 1995-96, 779.

51. Brussel 15 september 1997, *RW* 1997-98, 1445.

52. Cass. 6 december 2002, AR C.02.0171.N/19, onuitg.

verbeuren. Naast de betekening van de hoofdveroordeling is geen bijkomende formaliteit vereist om de verbeurde dwangsommen in te vorderen.

## B. Vaststellen van de verbeurte

**58.** Vaak rijst voor de beslagrechter discussie over de vraag of bewezen is dat de dwangsom al dan niet is verbeurd, m.a.w. of de hoofdveroordeling al dan niet werd nagekomen. De beslagrechter moet enkel vaststellen of aan de hoofdveroordeling is voldaan. *De dwangsom wordt enkel verbeurd wanneer de gewraakte handelwijze klaarblijkelijk, zonder redelijke discussie, een inbreuk vormt op de opgelegde verplichting.* De beslagrechter kan hierbij uitgaan van het doel en de strekking van de veroordeling, met dien verstande dat de veroordeling geacht wordt niet verder te strekken dan het bereiken van het ermee beoogde doel. Indien er tussen partijen ernstige betwisting kan rijzen omtrent de verbeurte van de dwangsom, dan wordt deze niet verbeurd en moet het vonnis worden geïnterpreteerd.

**59.** Het is de schuldeiser, die de begunstigde is van de hoofdveroordeling, die moet bewijzen dat de voorwaarden vervuld zijn voor het verbeurd zijn van de dwangsom. Dit bewijs moet niet worden geleverd op het ogenblik dat hij overgaat tot invordering van de verbeurde dwangsommen. Slechts na de gedwongen uitvoering kan de debiteur voor de beslagrechter aanvoeren dat de schuldeiser geen bewijs levert dat de dwangsom is verbeurd.

**60.** De verbeurte van de dwangsommen kan bewezen worden met alle middelen rechtens, getuigen en vermoedens inbegrepen.<sup>53</sup> In de praktijk wordt meestal toevlucht genomen tot vaststellingen door een gerechtsdeurwaarder, die een wettelijke grondslag hebben (art. 519, § 1, 2° Ger.W.). Dergelijke vaststellingen leveren een wettelijk verplicht bewijs op dat slechts door een valsheidsprocedure kan worden aangevochten. Daarnaast kan de beslagrechter ook onderzoeksmaatregelen bevelen, zoals de aanstelling van een deskundige, om zich te vergewissen van de uitvoering van de hoofdveroordeling.

**61.** Het spreekt voor zich dat van de schuldeiser niet kan worden verwacht dat hij elke dag de overtreding laat vaststellen door een gerechtsdeurwaarder. Indien aan een handelaar het verbod wordt opgelegd om nog een bepaald product te koop aan te bieden, op straffe van een dwangsom per dag, en de gerechtsdeurwaarder op bepaalde dagen in een periode van 4 maanden vaststelt dat het product nog steeds te koop wordt aangeboden, dan kan worden aangenomen dat ook op de andere dagen, waarop geen vaststelling gebeurde, het product te koop werd gesteld en er dus een inbreuk was op het opgelegde verbod.

53. G. DE LEVAL en J. VAN COMPENOLLE, "Les problèmes posés par l'exécution de l'astreinte" in *Tien jaar toepassing van de dwangsom*, Brussel, Créadif, 1991, 237 et seq.

**62.** De beantwoording van de vraag of dwangsommen zijn verbeurd, moet plaatsvinden door een toetsing van de ter uitvoering van het veroordelend vonnis verrichte handelingen aan de inhoud van de veroordeling, zoals deze moet worden vastgesteld door uitlegging (zie art. 793, tweede lid Ger.W.) zonder daarbij de rechten/plichten van partijen uit te breiden of te wijzigen. De beslagrechter moet het doel en de strekking van de veroordeling, zoals die blijkt uit de motivering ervan, tot richtsnoer nemen in die zin dat de veroordeling niet verder strekt dan tot het bereiken van het daarmee beoogde doel.<sup>54</sup>

**63.** Een redelijke uitlegging van een verbod, bv. n.a.v. een merkinbreuk, brengt mee dat de draagwijdte daarvan beperkt moet worden geacht tot handelingen, waarvan in ernst niet kan worden betwijfeld dat zij, mede gelet op de gronden waarop het verbod werd gegeven en die uit de motivering van de veroordeling blijken, inbreuken opleveren, als door de dwangsomrechter verboden.

**64.** De beslagrechter kan niet om billijkheidsredenen de opeising van de dwangsom verhinderen, bv. omdat het bedrag buiten verhouding tot de gevolgen van de inbreuk is opgelopen. Om te verhinderen dat de dwangsom oploopt tot fenomenaal hoge bedragen, kan de dwangsomrechter een maximum opleggen. Is dit niet gebeurd en is de hoofdveroordeling niet (volledig) uitgevoerd, dan is de dwangsom integraal verschuldigd. Dit is ook het oordeel van het Beneluxhof: het feit dat de veroordeelde van mening was dat hij de hoofdveroordeling had voldaan, is niet voldoende.<sup>55</sup>

Toch kunnen ook in het raam van een executiegeschil voor de beslagrechter n.a.v. de invordering van dwangsommen m.i. bij de uitleg van de veroordeling maatstaven van redelijkheid en billijkheid gehanteerd te worden. De beslagrechter kan rekening houden met de leerstukken van rechtsmisbruik, uitvoering te goeder trouw en rechtsverwerking. De Nederlandse Hoge Raad besliste reeds dat de executierechter, gelet op de geringe afwijking tussen de nakoming en de letterlijke tekst van de veroordeling, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid mag oordelen dat de dwangsom niet is verbeurd.<sup>56</sup>

Volgens de Hoge Raad moet bij een veroordeling om iets te doen de beantwoording van de vraag of dwangsommen zijn verbeurd, plaatsvinden door een toetsing van de ter uitvoering van het veroordelend vonnis verrichte handelingen van de inhoud van de veroordeling, zoals deze door uitleg moet worden vastgesteld. Daarbij staat het volgens de Hoge Raad de executierechter vrij bij zijn uitleg van de veroordeling maatstaven van redelijkheid en billijkheid te hanteren.

54. Cass. 10 november 2005, *Pas.* 2005, 2214 en *RW* 2007-08, 703 (weergave), noot; Cass. 9 februari 2007, *RW* 2007-08, 1033 (weergave), noot.

55. Beneluxhof 25 september 1986, *RW* 1986-87, 1333.

56. HR 20 mei 1994, *NJ* 1994, nr. 652, concl. Adv. Gen. Mr. VRANKEN, noot HER; HR 22 januari 1993, *NJ* 1993, 598.

65. Deze redenering kan m.i. perfect ook in de Belgische rechtspraak worden toegepast, vooral nu de beslagrechter bij wet van 24 januari 2013 uitdrukkelijk de bevoegdheid heeft gekregen om onduidelijke vonnissen te interpreteren, op voorwaarde dat hij de daarin vastgestelde rechten niet wijzigt/uitbreidt.

66. Ik pleit ervoor om de begrippen redelijkheid en billijkheid niet enkel te doen gebruiken door de dwangsomrechter als interpretatiefactoren bij de uitleg van het begrip onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen, bedoeld in artikel 1385*quinquies* Ger.W., maar ook bij de uitleg van het bevel of verbod ter beantwoording van de vraag door de beslagrechter of aan dit bevel of verbod al dan niet voldaan is. Het ligt voor de hand dit aan te nemen, omdat interpreteren gericht is op het vaststellen van de redelijke zin. Soms is deze redelijkheid duidelijk aanwezig, soms minder. Hoe minder precies de gegevens zijn op basis waarvan moet worden vastgesteld door de beslagrechter of een bepaald gedrag al dan niet door een verbod of bevel bestreken wordt, des te meer de redelijkheid zich als interpretatiefactor zal laten gelden. De redelijkheid zorgt ook voor een ondergrens bij de interpretatie. Wanneer verschillende interpretaties denkbaar zijn, zal niet gauw gekozen worden voor een interpretatie die in de concrete situatie tot een absurd, zinloos of onmogelijk resultaat voert. *Een redelijke interpretatie kan ertoe leiden dat de beslagrechter tot de slotsom komt dat het verbod of bevel niet overtreden is.* De beslagrechter kan niet tot dit besluit komen indien wordt vastgesteld dat de veroordeelde niet volledig aan het bevel/verbod heeft voldaan. Zeker niet wanneer de geringe nog overblijvende afwijking niet kan worden gepardonneerd met het argument dat de veroordeelde schuldenaar al het redelijk mogelijke heeft gedaan om de hoofdveroordeling wél volledig na te komen.

### § 9. *De gevolgen van het al dan niet uitvoerbaar karakter van de hoofdveroordeling*

67. Voor de invordering van verbeurde dwangsommen moet een onderscheid worden gemaakt al naargelang de rechterlijke veroordeling uitvoerbaar is bij voorraad of niet.

#### **A. Hoofdveroordeling niet uitvoerbaar bij voorraad**

68. Dwangsommen kunnen niet ingevorderd worden, wanneer de uitvoerbare kracht van de hoofdveroordeling *geschorst* is, bv. omdat verzet werd aangetekend tegen een verstekvonnis, dat niet uitvoerbaar bij voorraad was verklaard<sup>57</sup> of omdat de rechter bij een met bijzondere redenen omklede beslissing het tegensprekelijk

57. Beneluxhof 5 juli 1985, RW 1985-86, 929.

eindvonnis, dat ingevolge artikel 1397 Ger.W. thans<sup>58</sup> in beginsel uitvoerbaar is bij voorraad, van deze uitvoerbaarheid is afgeweken.

Hierbij moet opgemerkt worden dat sinds de inwerkingtreding op 1 november 2015 van de wet van 19 oktober 2015 alle *eindvonnissen*, behoudens indien de rechter bij bijzonder gemotiveerde beslissing anders heeft beslist, uitvoerbaar bij voorraad zijn en dat enkel het instellen van verzet tegen eindvonnissen thans nog een schorsende werking heeft (zie art. 1397 Ger.W. zoals gewijzigd bij wet van 19 oktober 2015).

Voor geldsomveroordelingen geldt bijkomend dat niet alleen het instellen van verzet, maar ook de termijn van verzet zelf reeds een schorsende werking heeft, zodat een dergelijke veroordeling niet kan worden ten uitvoer gelegd vóór het verstrijken van een maand na de betekening van de beslissing, tenzij de voorlopige tenuitvoerlegging daarvan is gelast (art. 1495, tweede lid Ger.W.).

Veroordelingen, die geen geldsom inhouden, en precies deze zijn aan de orde bij de invordering van dwangsommen, kunnen derhalve gedwongen ten uitvoer gelegd worden wanneer zij vervat zijn in een eindvonnis dat ingevolge het thans geldende artikel 1397 Ger.W. van rechtswege uitvoerbaar is bij voorraad, tenzij de rechter bij met bijzondere redenen omklede beslissing anders heeft beslist. Enkel voor verzet blijft de regel overeind dat het instellen van dit rechtsmiddel tegen een dergelijk eindvonnis een schorsende werking heeft voor de daarin opgelegde verbintenissen, tenzij de rechter uitdrukkelijk anders heeft bepaald (art. 1397 Ger.W., zoals gewijzigd bij de wet van 19 oktober 2015).

Artikel 1397 Ger.W. spreekt enkel van de uitvoerbaarheid bij voorraad van eindvonnissen. Veroordelingen vervat in een beslissing alvorens recht te doen, kunnen m.i., na betekening van de uitvoerbare uitgifte van die beslissing, in elk geval principieel meteen gedwongen ten uitvoer worden gelegd. Die beslissing behoeft daartoe niet uitvoerbaar bij voorraad te zijn verklaard.

**69.** Een dwangsom kan reeds verbeuren en dus ingevorderd worden gedurende de periode tussen de betekening van het vonnis door de schuldeiser en het daadwerkelijk instellen van een schorsend verzet door de veroordeelde debiteur.<sup>59</sup> De overtreding van de hoofdveroordeling na de betekening maakt de dwangsom invorderbaar. De omstandigheid dat de uitvoerbaarheid van de rechterlijke beslissing na de verbeurte van de dwangsom wordt geschorst door het instellen van een rechtsmiddel, belet niet dat de schuldeiser reeds voor het instellen van het rechtsmiddel kon overgaan tot gedwongen executie van de dwangsommen die werden verbeurd vóór het instellen van het rechtsmiddel.

58. Sinds de inwerkingtreding op 1 november 2015 van de wet van 19 oktober 2015, *BS* 22 oktober 2015.

59. G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, 542.

## B. De hoofdveroordeling is uitvoerbaar bij voorraad

**70.** Een dwangsom zal vooral diensten bewijzen, wanneer zij wordt verbonden aan een voorlopig uitvoerbare hoofdveroordeling, dewelke thans de regel is geworden (art. 1397 Ger.W.). De debiteur, die gedwongen wordt de dwangsom te betalen, verbeurd ingevolge een uitvoerbare hoofdveroordeling, heeft het recht om de verbeurde dwangsommen te *kantonneren*, teneinde zich te beschermen tegen het risico van insolventie van de schuldeiser in het geval de hoofdveroordeling in hoger beroep wordt vernietigd of gewijzigd. Werd de mogelijkheid tot kantonnement door de eerste rechter uitgesloten op verzoek van de schuldeiser, dan kan de appelrechter het recht op kantonnement herstellen.

**71.** Werd de hoofdveroordeling door de eerste rechter bij een bijzonder gemotiveerde beslissing niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard, dan kan de schuldeiser in hoger beroep voor het eerst of opnieuw een verzoek tot uitvoerbaarverklaring richten tot de appelrechter. De voorlopige tenuitvoerlegging kan altijd worden verzocht bij het hoger beroep (art. 1401 Ger.W.). Artikel 1402 van het Gerechtelijk Wetboek verbiedt de appelrechter om een door de eerste rechter toegekende voorlopige tenuitvoerlegging te verbieden of te doen schorsen.

**72.** Ondanks dit wettelijk verbod tot schorsing, aanvaardt recente rechtspraak evenwel dat de appelrechter toch de bevoegdheid heeft om de voorlopige tenuitvoerlegging te schorsen indien de eerste rechter *ultra petita* of met inbreuk op een procedurebeginsel of -voorschrift heeft beslist of i.g.v. manifeste onregelmatigheid van de uitvoerbaarverklaring, bv. wanneer de beslissing tot stand is gekomen met miskennis van het recht van verdediging, of bij een uitvoerbaarverklaring verleend bij verstek op grond van een onregelmatige dagvaarding of in strijd met het verbod van artikel 1399 Ger.W.<sup>60</sup> De rechter oordeelt niet *ultra petita* wanneer de uitvoerbaarheid werd gevraagd in de dagvaarding maar zij niet werd hernomen in conclusie.<sup>61</sup> De voorlopige tenuitvoerlegging kan ook worden geschorst indien een uitdrukkelijke wettekst zoals artikel 1714 Ger.W. inzake arbitrale beslissingen dergelijke uitzonderingen toestaat.<sup>62</sup>

60. Zie Cass. 1 april 2004, *RW* 2004-05, 1422, met noot K. BROECKX, *T.Not.* 2004, 592, met noot S. MOSSELMANS en *RABG* 2005, 832, met noot B. MAES; Cass. 1 juni 2006, *P&B* 2006, 210, noot D. MOUGENOT en *RABG* 2006, 1362, noot N. CLIMANS; zie verder ook Gent 9 maart 1995, *RW* 1995-96, 437; Arbh. Bergen 29 mei 1995, *JTT* 1995, 405; Antwerpen 24 maart 1998, *Limb.Rechtsl.* 1998, 212; Brussel 30 juni 1999, *AJT* 1999-2000, 433; Luik 5 februari 2004, *JT* 2004, 643; Bergen 16 januari 2007, *JLMB* 2007, 1175; Brussel 4 juni 2007, *RW* 2007-08, 582; K. BROECKX, "Is het verbod voor de appelrechter om de uitvoerbaarverklaring bij voorraad te schorsen (art. 1402 Ger.W.) absoluut?" (noot onder Rb. Mechelen 24 juni 1991), *TBBR* 1994, 143-147; Brussel 12 december 2005, *JLMB* 2006, 464; Brussel 11 augustus 2005, *JT* 2005, 773; Brussel 24 januari 2003, *JT* 2003, 272; Bergen 30 mei 2006, *JT* 2006, 627.

61. Gent 24 juni 2004, *P&B* 2004, 126.

62. Ph. DE BOURNONVILLE, "Le sursis à exécution de la sentence arbitrale exéquatée" (noot onder Brussel 19 oktober 1990), *Ann.dr.Lg.* 1990, 251.

## § 10. Gevolgen van het instellen van rechtsmiddelen op de verbeurte van dwangsommen<sup>63</sup>

### A. De hoofdveroordeling is niet uitvoerbaar bij voorraad

**73.** Werd de hoofdveroordeling bij met bijzondere redenen omklede beslissing niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard, dan kan de dwangsom niet worden verbeurd zolang niet werd beslist over het verzet of het hoger beroep van de schuldenaar. De dwangsom kan niet worden verbeurd gedurende de tijd dat wegens het instellen van een rechtsmiddel de gedwongen tenuitvoerlegging van de hoofdveroordeling is geschorst.<sup>64</sup> Indien de bestreden hoofdveroordeling wordt bevestigd, dan kan de dwangsom slechts *verbeuren vanaf de betekening van de bevestigende beslissing*, m.a.w. vanaf de betekening van het vonnis op verzet of van het vonnis/arrest in hoger beroep. De bevestiging heeft m.a.w. geen terugwerkende kracht.<sup>65</sup> De *bekrachtigde uitspraak in eerste aanleg dient tezamen met de uitspraak in hoger beroep aan de veroordeelde partij te worden betekend* alvorens de dwangsommen (opnieuw) kunnen worden verbeurd. De betekening van de beide uitspraken, in eerste aanleg en hoger beroep, komt de rechtszekerheid ten goede, waardoor executiegeschillen kunnen vermeden worden.<sup>66</sup>

**74.** Kan de schuldeiser, gedurende de tijd dat de uitvoerbaarheid van de hoofdveroordeling is geschorst door het instellen van verzet, bewarend beslag leggen ten laste van de debiteur tot zekerheid van de dwangsommen? Terecht stelt E. DIRIX dat een dergelijk beslag problematisch is, nu door het instellen van het rechtsmiddel de tenuitvoerlegging van de hoofdveroordeling werd opgeschort en de bevestiging van de bestreden beslissing er niet toe leidt dat de dwangsommen retroactief verschuldigd worden. Derhalve kan moeilijk staande worden gehouden dat de schuldeiser ter zake van de dwangsommen beschikt over een zekere, vaststaande en opeisbare schuldvordering in de zin van artikel 1415 Ger.W.

*Cassatieberoep* heeft in burgerlijke zaken geen schorsende werking, zodat het arrest van het hof van beroep of het vonnis in beroep ten uitvoer kunnen gelegd worden, nog voor de termijn voor het instellen van de cassatievoorziening is verstreken en nog voor het Hof over de voorziening heeft beslist. In strafzaken heeft het cassatieberoep daarentegen wél een schorsende werking, zodat

63. Beneluxhof 12 mei 1997, *RW* 1997-98, 1445.

64. Cass. 28 maart 2003, *RW* 2004-05, 381, concl. D. THYS en noot K. WAGNER.

65. G. CLOSSET-MARCHAL, "Demande de révision et prescription de l'astreinte: compétences respectives du juge de fonds et du juge des saisies", *TBBR* 1992, 421; M. VANDERMERSCH, "Incidence sur l'astreinte de la réformation en appel de la décision entreprise", *TBBR* 1995, 243-244.

66. A. VAN ROSSUM, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde beslissingen*, Deventer, Kluwer, 1990, 1497.

de dwangsom niet kan verbeuren wanneer cassatieberoep werd ingesteld tegen een correctieele veroordeling, waarbij een dwangsom werd opgelegd. In gevallen waarin het cassatieberoep tegen de rechterlijke beslissing, waarbij de dwangsom wordt opgelegd, een schorsende werking heeft, kan de dwangsom slechts worden verbeurd vanaf het ogenblik dat zowel deze rechterlijke beslissing als het arrest waarbij het daartegen ingestelde cassatieberoep wordt verworpen, aan de veroordeelde zijn betekend.<sup>67</sup>

## B. De hoofdveroordeling is uitvoerbaar bij voorraad

**75** Is de hoofdveroordeling uitvoerbaar bij voorraad, wat ingevolge de inwerkingtreding van de wet van 19 oktober 2015<sup>68</sup> thans de regel is, dan kunnen de dwangsommen, die na de betekening van de hoofdveroordeling werden verbeurd, gedwongen ingevorderd worden, ook al werd tegen de hoofdveroordeling verzet of hoger beroep aangetekend. Wordt na verzet/hoger beroep de hoofdveroordeling vernietigd, dan moeten de verbeurde en ingevorderde dwangsommen door de schuldeiser worden terugbetaald.<sup>69</sup> Het betreft een toepassing van de regel van artikel 1398, tweede lid Ger.W. volgens hetwelk de uitvoering geschiedt op risico van de schuldeiser die daartoe opdracht geeft. Het Hof van Cassatie heeft in zijn arrest van 7 april 1995 geoordeeld dat dit een foutloze risicoaansprakelijkheid betreft in hoofde van de schuldeiser.<sup>70</sup> De schuldeiser, die overging tot executie van de in beroep vernietigde hoofdveroordeling, moet terugbetalen hetgeen hij heeft ontvangen, vermeerderd met de intresten vanaf de datum van de betaling, alsmede de eventuele schade vergoeden.

## C. Kort geding en andersluidende beslissing van de bodemrechter

**76** Vaak wordt in kort geding een hoofdveroordeling opgelegd, vergezeld van een dwangsom, terwijl het geschil ten gronde voor de bodemrechter aanhangig wordt gemaakt. Indien de beschikking in kort geding in hoger beroep bevestigd wordt, dan blijft de dwangsom verbeurd voor elke inbreuk na de betekening van de beschikking in eerste aanleg, die in hoger beroep bevestigd werd. Werd tegen de kortgedingbeschikking wel met succes hoger beroep ingesteld, dan wordt de kortgedingbeschikking met terugwerkende kracht ongedaan gemaakt en moet de schuldeiser de dwangsommen terugbetalen die hij heeft ontvangen in uitvoering van de in beroep vernietigde kortgedingbeschikking.

67. Beneluxhof 2 juli 2013, *NJW* 2013, 787; Cass. 25 maart 2014, [www.cass.be](http://www.cass.be).

68. *BS* 22 oktober 2015.

69. Beneluxhof 14 april 1983, *RW* 1983-84, 223, concl. PG E. KRINGS.

70. Cass. 7 april 1995, *Arr.Cass.* 1995, nr. 189 en *RW* 1995-96, 184, noot K. BROECKX.



77. Komt de rechter ten gronde tot een ander oordeel, dan rijst de vraag of de schuldenaar de in uitvoering van de kortgedingbeschikking betaalde dwangsommen kan terugvorderen. M.i. is dit niet het geval. Ook al komt de bodemrechter tot een andersluidende beslissing, dit belet niet dat dwangsommen, die verbeurd werden ingevolge een kortgedingbeschikking welke niet in hoger beroep vernietigd werd, toch verschuldigd blijven tot de andersluidende beslissing van de bodemrechter. De uitvoerbare titel die de kortgedingrechter heeft verleend, blijft rechtsgeldig tot op het ogenblik van de andersluidende beslissing van de bodemrechter en zonder dat aan die beslissing terugwerkende kracht wordt verleend.<sup>71</sup>

### § 11. De beslagrechter en de onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen

78. Enkel de dwangsomrechter en niet de beslagrechter is overeenkomstig artikel 1385*quinquies*, eerste lid Ger.W. bevoegd om, op vordering van de veroordeelde, de dwangsom op te heffen, de looptijd ervan op te schorten of gedurende de door hem te bepalen termijn de dwangsom te verminderen i.g.v. blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen. Op basis van deze bepaling, zoals uitgelegd door het Beneluxhof in zijn arresten van 12 februari 1996<sup>72</sup> en 2 mei 1996 wordt algemeen aangenomen dat de bevoegdheid om de dwangsom op te heffen i.g.v. onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen, exclusief is toegekend aan de rechter die de dwangsom oplegde. Ook het Hof van Cassatie oordeelde inmiddels in die zin.<sup>73</sup>

79. In de twee voornoemde arresten van het Beneluxhof werd duidelijk beslist dat de bevoegdheid om de dwangsom op te heffen i.g.v. onmogelijkheid om de hoofdveroordeling uit te voeren uitsluitend toekomt aan de rechter die de dwangsom heeft opgelegd.<sup>74</sup> E. DIRIX is het niet eens met deze zienswijze. Hij meent dat er een verschil is tussen de opheffing, opschorting of vermindering van de dwangsom door de dwangsomrechter en de vaststelling door de executierechter dat een bepaalde inbreuk wegens overmacht niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend. Hij stelt dat een algemeen rechtsbeginsel zoals overmacht ook moet kunnen doorwerken in het executierecht en daar als verweer moet kunnen gelden. Daarom verdedigt hij de bevoegdheid van de beslagrechter om de tenuitvoerlegging van de verbeurde dwangsom te schorsen, wanneer over de niet-nakoming van de debiteur ernstige betwisting

71. J. VAN COMPERNOLLE, *Astreinte in Rép.not.*, 74, nr. 110; G. DE LEVAL en J. VAN COMPERNOLLE, *Tien jaar toepassing van de dwangsom*, 272 et seq.

72. Beneluxhof 12 februari 1996, *RW* 1995-96, 1298, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN en *JT* 1996, 280; in dezelfde zin *Cass.* 2 mei 1996, *Arr.Cass.* 1996, nr. 143 en *RW* 1996-97, met noot.

73. *Cass.* 12 mei 2006, *Pas.* 2006, 1129, concl. P. DE KOSTER.

74. Beneluxhof 12 februari 1996, *RW* 1995-96, 1298, concl. Adv. Gen. JANSSENS DE BISTHOVEN, *AJT* 1996-97, 656, noot G.L. BALLON en *JT* 1996, 280; *Cass.* 2 mei 1996, *Arr.Cass.* 1996, nr. 143 en *RW* 1996-97, 656, noot.

mogelijk is, waardoor de titel van de schuldeiser niet meer voldoet. Door deze werkwijze wordt enkel de tenuitvoerlegging van de dwangsom geschorst, maar niet de dwangsom zelf.<sup>75</sup>

**80.** Artikelen 1385*quater* en 1385*quinquies*, eerste lid Ger.W. staan er evenwel niet aan in de weg dat de beslagrechter, gelet op het feit dat zich een nieuwe, geen overmacht opleverende omstandigheid heeft voorgedaan, kan toetsen of de titel waarbij de dwangsom is opgelegd, nog doeltreffend en uitvoerbaar is. Hoewel de beslagrechter in de regel geen uitspraak kan doen over de zaak zelf en de rechten van de partijen die zijn vastgelegd in de titel, waarvan de tenuitvoerlegging wordt gevorderd, niet kan wijzigen, is hij wel bevoegd om na te gaan of die titel nog geldig en derhalve uitvoerbaar is. Op dat punt moest de beslagrechter acht slaan op het doel en de strekking van de veroordeling waarvan de tenuitvoerlegging wordt gevorderd in de wetenschap dat die veroordeling niet verder mag gaan dan het bereiken van het ermee beoogde doel.<sup>76</sup>

**81.** Als uitgangspunt voor de beoordeling van de onmogelijkheid tot naleving van de hoofdveroordeling, die door de veroordeelde wordt aangevoerd als grond van zijn vordering tot opheffing, opschorting of vermindering van de dwangsom, gelden de inspanningen en de zorgvuldigheid die hij sedert de uitspraak aan de dag heeft gelegd, zodat de beoordeling van die onmogelijkheid *in beginsel* moet gebeuren a.d.h.v. feiten en omstandigheden die zich *sedert de uitspraak* hebben voorgedaan.<sup>77</sup> Ingeval de onmogelijkheid van de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen, die door deze wordt aangevoerd als grond van zijn vordering tot opheffing, opschorting of vermindering van de dwangsom, het gevolg is van door de veroordeelde vóór de veroordeling gemaakte fouten, mag de rechter hiermee, zij het slechts onder bijzondere omstandigheden, rekening houden. Aldus oordeelde het Beneluxhof in zijn arrest van 29 april 2008.<sup>78</sup>

**82.** De feiten die aanleiding gaven tot dit arrest worden hierna kort weergegeven.

P.C. werd bij arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 14 december 2004 veroordeeld tot aflevering aan S. van de originele stamboomdocumenten van de bij P.C. door S. op 26 juli 2000 aangekochte American Staffordshire Terriër, voorzien van de vereiste Hongaarse exportstempel met vermelding Exportpedigree en dit binnen de acht dagen na betekening van het arrest, onder verbeurte van een dwangsom van 250 euro per dag vertraging. Op 29 december 2004 laat S. het arrest betekenen, zodat de dwangsom begon te verbeuren vanaf 7 januari 2005. Na enkele problemen levert P.C. uiteindelijk de documenten af op 23 mei 2005. De dwangsom van 250 euro per dag was verbeurd van 7 januari tot 23 mei 2005.

75. E. DIRIX, "Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom", *De Gerechtsd.* 1998, 72, nr. 28.

76. Cass. 5 mei 2011, *Ius & Actores* 2012, 193.

77. Cass. 17 oktober 2008, *RABG* 2009, 365.

78. Beneluxhof 29 april 2008, A 2006/5/12, *RW* 2008-09, 823; Cass. 17 oktober 2008, C.2006.0070.N.

In een procedure voor de dwangsomrechter beriep P.C. zich op de onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen, vooral omdat de toe te zenden documenten niet in haar bezit waren maar dat zij in Hongarije moesten worden opgevraagd, zodat zij volledig afhankelijk was van de Hongaarse autoriteiten en hun medewerking. De dwangsomrechter wees de vordering van P.C. af, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep.

Het Hof van Cassatie stelde daarop de vraag of artikel 4, eerste lid van de Eenvormige Benelux-wet aldus moet worden uitgelegd dat ingeval de onmogelijkheid die de veroordeelde aanvoert het gevolg is van een eigen gebrek aan zorgvuldigheid begaan vóór de veroordeling, de rechter de vraag tot opheffing/opschorting van de dwangsom mag weigeren. Het Beneluxhof antwoordde hierop in het arrest van 29 april 2008 dat er sprake is van onmogelijkheid om de hoofdveroordeling te voldoen, *indien het onredelijk zou zijn meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan de veroordeelde heeft betracht*. Hier wordt dus ruimte geschapen voor de toepassing van redelijkheid en billijkheid bij de executie van dwangsommen. In principe wordt dit enkel onderzocht in het licht van de inspanningen en de zorgvuldigheid die de veroordeelde sinds zijn veroordeling heeft verricht. Enkel wanneer de rechter vaststelt dat de schuldenaar van een dwangsom onmogelijk aan zijn hoofdveroordeling kan voldoen, kan hij de schuldenaar gedeeltelijk of volledig vrijstellen van de betaling van de dwangsom.<sup>79</sup> De feitenrechter oordeelt onaantastbaar over het bestaan, de aard en de gevolgen van een blijvende onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen.<sup>80</sup>

Na deze uitspraak van het Beneluxhof paste het Hof van Cassatie deze principes toe op voorliggende zaak in het arrest van 17 oktober 2008.<sup>81</sup> Als uitgangspunt voor de beoordeling van de onmogelijkheid tot naleving van de hoofdveroordeling gelden de inspanningen en de zorgvuldigheid die de veroordeelde sedert de uitspraak aan de dag heeft gelegd. Om die reden moet de beoordeling in beginsel gebeuren a.d.h.v. feiten en omstandigheden die zich sedert de uitspraak hebben voorgedaan. De rechter mag evenwel, indien de gestelde onmogelijkheid het gevolg is van door de veroordeelde voor de veroordeling gemaakte fouten, hiermede, zij het slechts in *bijzondere omstandigheden* rekening houden. Daarbij kan gedacht worden aan gedragingen die de veroordeelde in het zicht van de mogelijke veroordeling, welbewust heeft verricht om de naleving daarvan de bemoeilijken.

Het Hof van Cassatie stelt vast dat de appelrechter de vordering tot opheffing van de verbeurde dwangsommen wegens tijdelijke onmogelijkheid om te voldoen aan de veroordeling tot afgifte van de originele stamboomdocumenten heeft afgewezen,

79. Cass. 31 oktober 2002, *Arr.Cass.* 2002, 2313 en *RW* 2005-06, 1237 (weergave).

80. Cass. 28 oktober 2008, *TBP* 2009, 419.

81. *RABG* 2009, 365.

omdat de veroordeelde na de verkoop in juli 2000 in gebreke is gebleven om aan haar leveringsplicht te voldoen en is blijven stilzitten en eerst na de betekening van het veroordelend arrest van 14 december 2004 stappen heeft ondernomen bij de Hongaarse stamboomfederatie om de correcte stamboomdocumenten te bekomen en erin is geslaagd om binnen een periode van minder dan 5 maanden een stamboom met stempel en exportpedigree te bekomen. Hieruit leidt het hof van beroep af dat de veroordeelde ook reeds in 2000 de mogelijkheid had om deze documenten te bekomen.

Het Hof van Cassatie komt tot het besluit dat de appelrechter – door de afwezigheid van de onmogelijkheid voor de veroordeelde om tijdig de documenten af te leveren, te steunen op feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan vóór het tijdstip van de veroordeling zonder te steunen op bijzondere omstandigheden – zijn arrest niet naar recht verantwoordt. Het arrest van de appelrechter wordt vernietigd.

**83.** Van “onmogelijkheid” in de zin van de wet is sprake, wanneer een situatie zich voordoet waarin de dwangsom als dwangmiddel, d.w.z. als geldelijke prikkel tot nakoming van de veroordeling, zijn zin verliest.<sup>82</sup> De onmogelijkheid, bedoeld in artikel 1385*quinquies* Ger.W. is die waarvan de rechter niet op de hoogte was op het ogenblik dat hij de hoofdveroordeling uitspreekt en de dwangsom beveelt, ofwel omdat zij pas gebleken is na de uitspraak van de beslissing, ofwel omdat zij aan de rechter niet ter kennis werd gebracht vooraleer hij uitspraak deed.<sup>83</sup> Dit is het geval indien het onredelijk zou zijn van de veroordeelde nog meer inspanningen te vergen dan hij reeds heeft opgebracht om aan de hoofdveroordeling te voldoen.<sup>84</sup> Een verwijzing naar de onbillijke toestand die kan ontstaan door het bedrag van de dwangsom is ter zake echter niet dienend.<sup>85</sup> De redelijkheid en billijkheid kunnen op zich geen grond opleveren voor het matigen, verminderen, opschorten of opheffen van de dwangsom. Een wanverhouding tussen de verschuldigde dwangsommen en de te nog te verrichten prestaties is geen reden tot ingrijpen in de dwangsomveroordeling. Met feiten en omstandigheden van voor de veroordeling kan in de regel geen rekening worden gehouden.<sup>86</sup>

De dwangsomrechter kan aan artikel 4, eerste lid van de Eenvormige Benelux-Wet betreffende de dwangsom (art. 1385*quinquies*, eerste lid Ger.W.) niet de bevoegdheid ontleunen om de dwangsom opnieuw te beoordelen, wanneer die beoordeling niet gebeurt om na te gaan of de opgelegde dwangsom nog zin heeft als prikkel tot uitvoering van de hoofdveroordeling, dus in het raam van een mogelijke opheffing, schorsing of

82. Cass. 30 mei 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1391, nr. 329; Brussel 3 januari 2007, *NJW* 2007, 37.

83. Cass. 2 december 2011, *P&B* 2012, 117.

84. Cass. 14 oktober 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1854, nr. 494 en *NJW* 2003, 1244.

85. Cass. 31 oktober 2002, *Arr.Cass.* 2002, 2313, nr. 576 en *RW* 2005-06, 1237.

86. Beneluxhof 29 april 2008, *RW* 2008-09, 823, met concl. Adv. Gen. J.F. LECLERCQ; Cass. 17 oktober 2008; C.06.0070.N, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

aanpassing van de dwangsom. Hij is niet bevoegd om kennis te nemen van een vordering die strekt tot vaststelling dat de hoofdveroordeling is nagekomen.<sup>87</sup>

Het staat niet aan de dwangsomrechter om de uitvoering van de hoofdveroordeling te onderzoeken met het oog op de vaststelling dat de veroordeling tot de dwangsom geen voorwerp meer heeft doordat de hoofdveroordeling al werd uitgevoerd. Dit is de taak van de beslagrechter. Aan dit principe werd herinnerd door het Beneluxhof in zijn arrest van 27 juni 2008, gewezen n.a.v. een prejudiciële vraag gesteld door ons Hof van Cassatie in zijn arrest van 25 mei 2007.<sup>88</sup>

#### 84. De feiten waren als volgt:

Bvba O. werd bij vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Tongeren van 3 februari 1995 veroordeeld tot de afbraak van alle vaste constructies op percelen gelegen te M. en de ontruiming van alle losse constructies, koopwaren, bouwmaterialen en goederen dienstig voor handelsuitbating, binnen zes maanden na de betekening van het vonnis op straffe van de betaling van een dwangsom van 2 000 BEF per dag vertraging. Het vonnis werd bevestigd in hoger beroep.

Op 18 april 2003 stelde de bvba O. voor de rechtbank van eerste aanleg te Tongeren een vordering in strekkende tot opheffing, subsidiair tot de opschorting of vermindering van de dwangsom, omdat de stedenbouwkundige voorschriften, waarop de eerdere veroordeling gesteund was, inmiddels vervallen waren. Tevens vorderde zij te horen zeggen voor recht dat alle vaste constructies op de percelen te M. waren verwijderd en dat alle losse constructies, koopwaren, bouwmaterialen en goederen waren ontruimd.

De vordering werd aanhangig gemaakt bij de rechter die de dwangsom had opgelegd (de dwangsomrechter) op grond van artikel 1385*quinquies*, eerste lid Ger.W. en ongegrond verklaard door de eerste rechter. Ook het hoger beroep van bvba O. werd ongegrond verklaard door het hof van beroep in zijn arrest van 24 mei 2005.

Het hof van beroep was van oordeel dat de dwangsomrechter niet bevoegd is om kennis te nemen van de vordering van bvba O. ertoe strekkende vast te stellen dat de hoofdveroordeling is uitgevoerd, omdat dit de uitvoering van de hoofdveroordeling betreft, waarover de dwangsomrechter niet vermag te oordelen.

N.a.v. het cassatieberoep van bvba O. werd een vraag om uitleg van artikel 4, eerste lid Eenvormige Beneluxwet Dwangsom gesteld aan het Beneluxhof, meer bepaald de vraag of de dwangsomrechter die kennisneemt van een vordering als bedoeld in

87. Cass. 14 november 2008, *Pas.* 2008, 2546.

88. Beneluxhof 27 juni 2008 *RW* 2008-09, 1183; Cass. 14 november 2008, C.2005.0421.N.

artikel 4, eerste lid bevoegd is om kennis te nemen van een vordering die strekt tot de vaststelling dat de hoofdveroordeling werd nagekomen.

In zijn arrest van 27 juni 2008 besliste het Beneluxhof dat de dwangsomrechter deze bevoegdheid niet heeft. Het is de dwangsomrechter niet toegestaan om terug te komen op zijn beslissing een dwangsom als prikkel tot uitvoering van de hoofdveroordeling op te leggen. Hij kan enkel opnieuw beslissen over het al dan niet behoud en de omvang van de dwangsom i.g.v. onmogelijkheid om aan de *nog niet uitgevoerde hoofdveroordeling* te voldoen. Daarentegen komt het toe aan de rechter die te oordelen heeft over een executiegeschil, om na te gaan of de hoofdveroordeling al dan niet is uitgevoerd.

Wanneer na de uitspraak van de dwangsomrechter komt vast te staan dat de voldoening van de hoofdveroordeling reeds voordien onmogelijk was, dan verliest de dwangsom iedere zin als prikkel om de nakoming van de hoofdveroordeling te verzekeren en strekt zij enkel tot bestraffing van de schuldenaar.<sup>89</sup> Wanneer de bestreden marktpraktijken, waarvoor de voorzitter in kort geding een stakingsbevel heeft verleend onder verbeurte van een dwangsom, ingevolge een tussengekomen wetswijziging legitiem zijn geworden, kan de veroordeelde de opheffing vragen van de dwangsom op grond van de onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen.<sup>90</sup>

**85.** De strikte taakverdeling tussen de rechter die de dwangsom oplegt (de dwangsomrechter) en de rechter die moet oordelen over het al dan niet verbeurd zijn ervan (de beslagrechter) staat eraan in de weg dat een andere rechter kennisneemt van de vraag of de dwangsom is verbeurd ook al gaat het daarbij om een verweer op een voor die rechter ingestelde hoofdvordering.<sup>91</sup> Op het terrein van de invordering heeft de dwangsomrechter geen rol te spelen. Zo kan de dwangsomrechter in hoger beroep zich niet inlaten met vragen die betrekking hebben op de uitvoering van de hoofdveroordeling. Deze vragen behoren tot de exclusieve bevoegdheid van de beslagrechter.<sup>92</sup>

89. Cass. 21 maart 2011, *RW* 2011-12, 1129.

90. Gent 23 april 2012, *NJW* 2013, 606. Het betrof een verbod aan een partij opgelegd om haar product te verkopen bij gebrek aan vergunning. Na de veroordeling werd een decreet gepubliceerd dat de handeling inmiddels toelaat. De wetswijziging trad in werking nog voor de aan de veroordeelde partij toegekende termijn voor regularisatie was verstreken.

91. Cass. 20 oktober 2008, *RW* 2008-09, 1191, waarbij het arrest van 14 februari 2007 van het Arbh. Antwerpen (afd. Hasselt), werd vernietigd, zie *RW* 2008-09, 829.

92. Beneluxhof 27 juni 2008, *RW* 2008-09, 1183, concl. Adv. Gen. DUBRULLE; Cass. 14 november 2009, [www.juridat.be](http://www.juridat.be); Cass. 20 oktober 2008, *RW* 2008-09, dat vernietigt Arbh. Antwerpen 14 februari 2008, *RW* 2008-09, 829, waar de dwangsomrechter overgaat tot compensatie van verbeurde dwangsommen.

## § 12. De beslagrechter en de dwangsom in akkoordvonnissen/arresten

**86.** Soms wordt door de dwangsomrechter akte verleend aan een akkoord dat partijen hebben bereikt om een einde te maken aan hun betwisting, bv. m.b.t. de omgangsregeling tussen scheidende of gescheiden ouders en de kinderen. Het gebeurt frequent dat de tekst van het door de rechter integraal overgenomen akkoord, eindigt met de volgende zin:

*“Teneinde deze regeling te garanderen zal er een wederzijdse dwangsom gekoppeld worden aan hogerstaande regeling van 250 EUR per dag dat de regeling door een van de partijen niet wordt gerespecteerd”.*

De vraag rijst nu:

- of een dergelijke rechterlijke veroordeling al dan niet een *veroordeling* inhoudt tot het betalen van een geldsom, dwangsom genaamd, voor het geval niet aan de hoofdveroordeling wordt voldaan;
- of een akkoordvonnissen-/arrest wel een dwangsom, in de zin van artikel 1385bis Ger.W. kan inhouden; en
- of bij het niet-nakomen van het geacteerd akkoord een dwangsom, in de zin van hetzelfde artikel 1385bis Ger.W. kan worden verbeurd.

**87.** Voorstanders van de mogelijkheid om in een geacteerd akkoord ook een dwangsom op te nemen, werpen op dat partijen het akkoord zelf hebben uitgewerkt en het er zelf over eens waren dat een dwangsom wederzijds moest worden opgelegd ter naleving van de overeengekomen regeling. Het verzoek voor een dwangsom werd door beiden gesteld. Partijen hebben middels een akkoord aangegeven dat er een dwangsom moet gekoppeld worden aan de overeengekomen regeling, maar het is de rechter die op dit verzoek is ingegaan.

Er anders over oordelen, zou een ongeoorloofd onderscheid creëren tussen enerzijds partijen die in onderling akkoord een regeling sluiten m.b.t. het verblijf van de kinderen en anderzijds partijen, die weigeren tot een akkoord te komen en de rechter laten beslissen. De eersten zouden niet over de faciliteit van artikel 387ter, § 1, zesde lid BW dan wel artikel 1385bis Ger.W. kunnen beschikken, waar de laatsten dat wel zouden kunnen.

De dwangsom is als uitvoerbare titel geformuleerd en opgelegd. Het vonnis/arrest heeft een akkoord van partijen geacteerd maar is ook ingegaan op hun verzoek om een dwangsom op te leggen en heeft eveneens partijen veroordeeld tot het betalen van een dwangsom als zij het akkoord niet naleven.

Opdat een dwangsom in toepassing van artikel 1385*bis* Ger.W. wordt opgelegd, is slechts vereist dat deze wordt opgelegd door de rechter. Of dit nu gebeurt door de bekrachtiging van een akkoord of door een afzonderlijke beslissing, is niet relevant. Het was de bedoeling dat de naleving van het akkoord door elk der partijen wordt verzekerd via het opleggen van een dwangsom door de rechter en partijen hebben hier samen om verzocht.

**88.** Tegenstanders werpen op dat een dwangsom niet kan voorzien via een onderling tussen partijen bereikt akkoord, waarvan het hof in het arrest enkel akte verleende. Er kan geen dwangsom worden verbonden aan een declaratoir vonnis, een akkoordvonnis of een overeenkomst. Bij het akteren van een akkoord veroordeelt de rechter partijen niet om iets te doen, te geven of iets niet te doen.

De dwangsom wordt niet opgelegd op vordering van een van de partijen om de bepalingen van het akkoord te doen naleven. De rechter neemt louter akte van het akkoord zonder een van de partijen te veroordelen tot de naleving van het akkoord onder verbeurte van een dwangsom. Gelet op de cursivering en de plaats van de dwangsom binnen de aanhalingstekens, kan niets anders worden besloten dan dat de dwangsom deel uitmaakt van het akkoord. Bij gebrek aan een veroordeling, kan de dwangsom die conventioneel werd bepaald geen juridisch gevolg hebben.

**89.** Het hof van beroep te Gent (9de kamer) oordeelde dat een akkoord tussen partijen ter beëindiging van een voor de rechter hangend geschil, waarvan akte wordt gevraagd aan die rechter, maar dat dwangsommen voorziet wanneer de bij het akkoord bepaalde betalingen niet tijdig zouden worden verricht, als nietig moet worden beschouwd.

Dwangsommen kunnen enkel worden opgelegd door de rechter op vordering van een der partijen voor het geval aan een hoofdveroordeling niet wordt voldaan. Dit was volgens het hof niet het geval, nu de eerste rechter zich (behoudens wat betreft de aanstelling van een deskundige, waaraan geen dwangsom werd gekoppeld) ertoe beperkt had een akkoord, waarin partijen zelf dwangsommen hadden bedongen, te homologeren. De eerste rechter heeft niet – rekening houdend met een akkoord daartoe tussen partijen – een hoofdveroordeling uitgesproken en daaraan gekoppeld een dwangsom uitgesproken.<sup>93</sup>

### *§ 13. De beslagrechter en de verjaring van de dwangsom*

**90.** In zijn verzet voor de beslagrechter kan de debiteur opwerpen dat de ingevorderde dwangsommen verjaard zijn. De dwangsom verjaart na verloop van zes maanden

93. Gent 21 februari 2014, *TGR* 2014, 188-189.



(art. 1385*octies* Ger.W.). Verklaring voor deze korte termijn is de bedoeling te voorkomen dat de dwangsom door het stilzitten van de schuldeiser zo oploopt tot onredelijk hoge bedragen. Opgemerkt moet worden dat deze korte verjaringstermijn enkel betrekking heeft op de invordering van de verbeurde dwangsommen en niet op de gedwongen tenuitvoerlegging van de hoofdveroordeling, waarvoor de verjaringstermijn geldt van de *actio judicati*.

**91.** De verjaringstermijn wordt gerekend vanaf de dag waarop de dwangsom voor het eerst is verbeurd, d.w.z. vanaf de dag van de eerste inbreuk na voorafgaande betekening van de veroordelende beslissing. De dag van de betekening zelf wordt niet meegerekend voor de bepaling van de termijn van zes maanden. De termijn van verjaring is verstreken en de verbeurde dwangsommen kunnen niet meer worden ingevorderd, wanneer de laatste dag van de termijn van zes maanden is verstreken. De gronden voor stuiting en schorsing gelden ook voor de verjaringstermijn inzake verbeurde dwangsommen (zie art. 2242 *et seq.* BW).

**92.** *Stuiting* impliceert dat een begonnen verjaringstermijn niet verder loopt en dat een nieuwe volledige verjaringstermijn van zes maanden begint te lopen wanneer de oorzaak van de stuiting wegvalt. Een daad van stuiting is bv. een dagvaarding, of een betekening van een bevel of een beslag (niet een aangetekende brief of onderhandelingen tussen partijen). Een dagvaarding stuit de verjaringstermijn tot na de afloop van het geding. Indien de debiteur verzet aantekent tegen het bevel tot betalen, waardoor de verjaringstermijn reeds gestuit werd, dan zal een nieuwe verjaringstermijn slechts opnieuw beginnen lopen nadat de beslagrechter over het verzet van de debiteur heeft beslist. Zolang de beslagrechter niet heeft beslist op het verzet tegen het bevel tot betalen, blijft de verjaringstermijn gestuit. De stuiting blijft voortduren tijdens het gehele geding dat tegen het bevel tot betalen is ingesteld binnen de termijn van zes maanden volgend op het bevel.<sup>94</sup>

Heeft de schuldeiser beslag laten leggen ter invordering van verbeurde dwangsommen, dan duurt de stuiting van de verjaring van de dwangsommen ingevolge het beslag tot op het ogenblik dat het beslag volledig is uitgevoerd of opgeheven en i.g.v. verzet binnen de zes maanden, totdat over het verzet definitief uitspraak is gedaan. Er komt pas een einde aan de stuiting door het beslag op het ogenblik dat de laatste proceshandeling wordt gesteld, nl. de rangregeling en de evenredige verdeling.

Deze stuitende werking van het bevel of beslag geldt enkel voor wat betreft de dwangsommen, die reeds verbeurd waren op het ogenblik van de stuiting.<sup>95</sup>

94. Cass. 7 december 1995, *Arr.Cass.* 1995, nr. 535 en *RW* 1995-96, 1416.

95. Cass. 3 juni 2011, *P&B* 2012, 12.

93. De verjaring van de verbeurde dwangsommen wordt *geschorst* door het faillissement en door ieder ander wettelijk beletsel voor de tenuitvoerlegging van de dwangsom en zolang degene die de veroordeling verkreeg, met het verbeuren van de dwangsom redelijkerwijze niet bekend kon zijn. Zo is er sprake van schorsing van de verjaring ingevolge de procedure tot interpretatie van het veroordelend vonnis. Indien het vonnis van de bodemrechter uitvoerbaar bij voorraad is of werd verklaard, dan wordt de verjaring van de verbeurde dwangsommen niet geschorst tijdens de duur van de procedure voor de rechter in hoger beroep. De verjaring van de dwangsom wordt evenmin geschorst door een procedure voor de bodemrechter om te oordelen over een opheffing, opschorting of vermindering van de dwangsom.

#### § 14. *De beslagrechter en de schorsing van executie*

94. Het komt de beslagrechter niet toe aan de debiteur uitstel te verlenen voor de uitvoering van de hoofdveroordeling, noch uitstel toe te staan voor de betaling van de reeds verbeurde of in de toekomst te verbeuren dwangsommen. Een dergelijk uitstel had de debiteur aan de dwangsomrechter moeten vragen, die eventueel op zijn verzoek een uitstel had kunnen verlenen overeenkomstig artikel 1244 BW of een termijn had kunnen bepalen gedurende dewelke de dwangsommen niet zullen verschuldigd zijn.

Blijkt de termijn voor uitvoering van de hoofdveroordeling te kort, dan kan de debiteur enkel aan de dwangsomrechter, die de termijn toestond, vragen om hem eventueel te verlengen.

De Nederlandse voorzieningenrechter (vergelijkbaar met de beslagrechter) heeft wat dit betreft wel een schorsingsbevoegdheid. Hij kan overeenkomstig artikel 438 Rv in een executiekortgeding de gedwongen executie van een bodemvonnis, voor zover het de invordering van dwangsommen betreft, schorsen, tot het moment van de beslissing in de bodemprocedure. In de zaak die leidde tot Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 april 2011 (LJN:BQ4732) was in eerste aanleg in een executiegeschil verboden om tot executie van dwangsommen over te gaan. Is dat nu een wettelijk beletsel voor tenuitvoerlegging van de dwangsom in de zin van artikel 611g, tweede lid Rv waardoor verjaring van de dwangsom wordt geschorst? Aansluitend bij de in de literatuur door BEEKHOVEN VAN DEN BOEZEM<sup>96</sup> bepleite opvatting, beantwoordt het hof deze vraag bevestigend. Het verbodsvonnis in eerste aanleg is een beletsel (geweest) voor tenuitvoerlegging van de dwangsom. Nu dit beletsel rechtstreeks voortvloeit uit de bevoegdheid van de executierechter ex artikel 438 Rv tot schorsing van de executie en daarmee past binnen het wettelijk systeem, is er naar het oordeel van het hof sprake (geweest) van een wettelijk beletsel voor tenuitvoerlegging als bedoeld in artikel 611g, tweede lid Rv en is de verjaring dus geschorst.

96. "De dwangsom in het burgerlijk recht", serie *Burgerlijk Recht Proces & Praktijk*, p. 325.

## AFDELING 4. BESLUIT

Samenvattend kan besloten worden dat de dwangsom ongetwijfeld een heel nuttig middel is om schuldenaren van niet-geldelijke veroordelingen ertoe aan te zetten deze na te komen. Wel moet met dit middel omzichtig worden omgesprongen. Partijen en hun advocaten, die een dwangsom wensen te koppelen aan een hoofdveroordeling, moeten ervoor zorgen deze zo nauwkeurig mogelijk te omschrijven. Magistraten moeten op hun beurt de nodige waakzaamheid aan de dag leggen bij het omschrijven van het bedrag en de modaliteiten van de gevorderde dwangsom. Ten slotte kunnen de beginselen van redelijkheid en billijkheid ook een rol spelen bij het beoordelen door de beslagrechter of de dwangsommen al dan niet zijn verbeurd. Deze begrippen kunnen niet enkel worden gehanteerd door de dwangsomrechter als interpretatiefactoren bij de uitleg van het begrip onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen, bedoeld in artikel 1385*quinquies* Ger.W., maar ook bij de uitleg van het bevel of verbod ter beantwoording van de vraag door de beslagrechter of aan dit bevel of verbod al dan niet voldaan is.

Een redelijke interpretatie kan ertoe leiden dat de beslagrechter tot de slotsom komt dat het verbod of bevel niet overtreden is. De beslagrechter kan niet tot dit besluit komen indien wordt vastgesteld dat de veroordeelde niet volledig aan het bevel/verbod heeft voldaan. Zeker niet wanneer de geringe nog overblijvende afwijking niet kan worden gepardonneerd met het argument dat de veroordeelde schuldenaar al het redelijk mogelijke heeft gedaan om de hoofdveroordeling wél volledig na te komen.



# **DWANGSOMMEN VOOR DE ADMINIS- TRATIEVE RECHTSCOLLEGES**

Ann-Sophie VANDAELE  
Doctoraatsbursaal Instituut voor procesrecht, UGent



## AFDELING 1. INLEIDING: DE UITVOERING VAN BESLISSINGEN VAN ADMINISTRATIEVE RECHTSCOLLEGES, PRAKTISCHE EN JURIDISCHE PROBLEMEN

“Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling” impliceert zowel efficiëntie, als, weinig verbazend, rechtsbedeling, twee domeinen waarop administratieve rechtscolleges in het algemeen wel eens kritiek te verduren krijgen. Hoewel er op verschillende momenten in de procedure vragen kunnen worden gesteld bij de efficiëntie en de rechtsbedeling bij deze rechtscolleges (vragen die elders in dit boek onvermijdelijk hun weerklank zullen vinden), is deze bijdrage gefocust op wat idealiter de laatste stap in een geschil zou moeten uitmaken: de uitvoering van de rechterlijke beslissing.

Hoewel een spontane uitvoering van de beslissingen van de administratieve rechter (over het algemeen vernietigingsarresten) ongetwijfeld vaak voorkomt, zijn het de probleemgevallen die het meeste stof doen opwaaien. Toch bestaan er in dit land, net zoals in andere landen<sup>1</sup>, weinig cijfers m.b.t. de werkelijke (spontane) uitvoering van vernietigingsarresten.<sup>2</sup> Beschikbare data, zoals bv. de cijfers i.v.m. de dwangsomprocedures voor de Raad van State<sup>3</sup>, blijken slechts een zeer imperfecte reflectie te zijn.<sup>4</sup> Bovendien kan worden geargumenteed dat het er op zich weinig toe doet hoe vaak een overheid een vernietigingsarrest niet of niet juist of tijdig uitvoert: voor de rechtzoekende in kwestie zal het slechts een magere troost zijn te weten dat hij geen uniek geval is. Een uniek geval kan bovendien voldoende zijn voor de Belgische staat om tot een veroordeling vanwege het Europees Hof voor de Rechten van de Mens te leiden, op basis van een schending van artikel 6.1 van het EVRM.

Hierna wordt eerst besproken op welke manier de gebrekkige uitvoering van rechterlijke beslissingen (zeker door de overheid) een schending van dit artikel kan uitmaken. Daarna wordt een van de belangrijkste mechanismen om die uitvoering te verzekeren, de dwangsomprocedure, besproken. Daarbij wordt eerst kort ingegaan op de moeilijkheden die gepaard gingen met de invoering van een dergelijke mogelijkheid in het objectief contentieux. Het belangrijkste voorbeeld van dit contentieux en het hoogste administratief rechtscollege, de Raad van State, komt vervolgens uitvoerig

- 
1. P. DEJAEGERE, “De bestuurlijke dwangsom: het Franse voorbeeld”, *TBP* 1990, (631) 631.
  2. I. OPDEBEEK, “De Raad van State en de dwangsom” in G. DEBERSAQUES, M. VAN DAMME, S. DE CLERCQ en G. LAENEN (eds.), *Rechtsbescherming door de Raad van State. 15 jaar procedurele vernieuwing*, Brugge, die Keure, 2004, 319.
  3. Voor een interessant overzicht van de cijfers tot 2010: D. VAN EECKHOUTTE, “L’astreinte et l’injonction dans le contentieux administratif en Belgique”, *APT* 2010, (426) 430-431.
  4. A. VANDER STICHELE verwees, in 1983, naar de weinige gevallen waarin een vernietiging werd uitgesproken op basis van de schending van het gezag van gewijsde van een eerder vernietigingsarrest. Net als het aantal dwangsomprocedures is dit echter een beperkte weergave, waarbij enerzijds de zaken waarin de verzoeker zich tot de gewone rechter wendt, en anderzijds de zaken waarin de verzoeker berust in de gang van zaken, buiten beschouwing blijven. A. VANDER STICHELE, “Voor een betere uitvoering van de arresten van de Raad van State” in X. (ed.), *Liber amicorum Frédéric Dumon*, 2 delen, 2, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1983, 987.

aan bod. Daarbij wordt de dwangsom in het raam van het annulatiecontentieux en het schorsingscontentieux behandeld, met eveneens kort aandacht voor de (zeldzame) dwangsom voor het niet-neerleggen van het administratief dossier. Na de Raad van State komen ook enkele andere administratieve rechtscolleges aan bod. Met de invoering van het Vlaams decreet betreffende de organisatie en de rechtspleging van sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges<sup>5</sup> kregen enkele Vlaamse administratieve rechtscolleges er immers een nieuwe dwangsombevoegdheid bij.

## AFDELING 2. ARTIKEL 6 EVRM EN DE UITVOERING VAN RECHTERLIJKE BESLISSINGEN

In de inleiding werd reeds verwezen naar artikel 6.1 EVRM en de mogelijke schending van dit artikel bij een gebrekkige uitvoering van een rechterlijke beslissing. Artikel 6 EVRM garandeert immers het recht op toegang tot een rechter en het recht op een eerlijk proces, rechten die volgens het EHRM, in het basisarrest *Hornsby/Griekenland*<sup>6</sup>, illusoir zouden blijken indien de rechterlijke beslissing die het gevolg is van zo'n eerlijk proces, niet wordt uitgevoerd. In dit basisarrest behandelde het EHRM de zaak van een Brits koppel, dat toelating geweigerd werd om een Engelse talige privéschool op te richten in Rhodos, omdat ze niet de Griekse nationaliteit hadden. Het hoogste administratief rechtscollege vernietigde deze weigering, maar de overheid weigerde uitvoering te geven aan het vernietigingsarrest. M.b.t. de toepasbaarheid van artikel 6.1. EVRM op de uitvoering van een rechterlijke beslissing, stelde het EHRM het volgende:

*“However, that right [het recht op een eerlijk proces] would be illusory if a Contracting State’s domestic legal system allowed a final, binding judicial decision to remain inoperative to the detriment of one party. It would be inconceivable that Article 6 para. 1 (art. 6-1) should describe in detail procedural guarantees afforded to litigants – proceedings that are fair, public and expeditious – without protecting the implementation of judicial decisions; to construe Article 6 (art. 6) as being concerned exclusively with access to a court and the conduct of proceedings would be likely to lead to situations incompatible with the principle of the rule of law which the Contracting States undertook to respect when they ratified the Convention (see, mutatis mutandis, the Golder v. the United Kingdom judgment of 21 February 1975, Series A no. 18, pp. 16-18, paras. 34-36). Execution of a judgment given by any court must therefore be regarded as an integral part of the ‘trial’ for the purposes of Article 6 (art. 6)”.*

5. Decreet van 4 april 2014 betreffende de organisatie en de rechtspleging van sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges, BS 1 oktober 2014.

6. EHRM 19 maart 1997, nr. 18357/91, *Hornsby/Griekenland*.



Daar bleef het echter niet bij: het arrest *Hornsby* is net bijzonder interessant in de context van deze bijdrage, omdat de verweerder die moest instaan voor de uitvoering, een overheid was:

*“The above principles are of even greater importance in the context of administrative proceedings concerning a dispute whose outcome is decisive for a litigant’s civil rights. By lodging an application for judicial review with the State’s highest administrative court the litigant seeks not only annulment of the impugned decision but also and above all the removal of its effects. The effective protection of a party to such proceedings and the restoration of legality presuppose an obligation on the administrative authorities’ part to comply with a judgment of that court. The Court observes in this connection that the administrative authorities form one element of a State subject to the rule of law and their interests accordingly coincide with the need for the proper administration of justice. Where administrative authorities refuse or fail to comply, or even delay doing so, the guarantees under Article 6 (art. 6) enjoyed by a litigant during the judicial phase of the proceedings are rendered devoid of purpose”.*

Het is waarschijnlijk niet toevallig dat het een zaak is geworden voor een administratieve rechtbank, waarbij de overheid de verwerende partij is, die leidde tot dit arrest. In een *concurring opinion* bij het arrest verwees rechter MORENILLA naar het risico van vertraging dat vaak inherent is aan de rechtsbescherming tegen de overheid “Franse stijl”, waarbij het administratief rechtscollege enkel instaat voor een vernietiging, en verdere rechtsbescherming in latere procedures moet worden gezocht. Ook in latere zaken bleek steeds weer dat de uitvoering van arresten tegen de overheid veel te wensen kan overlaten.<sup>7</sup>

België blijft een klassiek voorbeeld van een land waar de rechtsbescherming tegen de overheid historisch sterk beïnvloed werd door het Franse systeem. Er kunnen (en zijn) in het verleden verschillende argumenten tegen een dergelijk systeem van rechtsbescherming opgeworpen, maar deze beschouwingen brengen weinig soelaas voor de rechtzoekende, die nu eenmaal zijn weg moet vinden in het bestaande systeem. De dwangsomprocedure voor de Raad van State is een van de mogelijkheden om tegemoet te komen aan bepaalde beperkingen van dit systeem, maar is tegelijk niet immuun voor de complicaties van het Belgische rechtsbestel en i.h.b. de rechtsmachtsverdeling tussen de burgerlijke rechter en de administratieve rechtscolleges. Op basis van artikelen 144 en 145 Gw. werd immers lang volgehouden dat deze laatste zich niet mogen uitspreken over subjectieve rechten. Zoals *infra* wordt uiteengezet, werd dit lange tijd als obstakel gezien voor de invoering van een dwangsom (al dan niet

7. Zie o.a. EHRM 6 maart 2003, nr. 41510/98, *Jasiuniene/Litouwen*; EHRM 27 mei 2004, nr. 8415/02, *Metxas/Griekenland*; EHRM 9 juni 2009, nr. 16861/02, *Nicola Silvestri/Italië*; EHRM 24 oktober 2013, nr. 21455/10, *Bousiou/Griekenland*.

vergezeld van een injunctie<sup>8)</sup> bij de Raad van State. Meer nog, zelfs na de invoering van een dergelijke dwangsom én de herziening van artikel 144 Gw., blijft deze interpretatie sporen nalaten.

### AFDELING 3. DE DWANGSOM BIJ DE RAAD VAN STATE

Dat de overheid niet altijd even happig is om gehoor te geven aan het gezag van gewijsde van een vernietigingsarrest is geen geheim, al blijft het moeilijk om een beeld te krijgen van de omvang van het probleem. Voor de jaren '90 was er echter niet voorzien in een expliciete wettelijke mogelijkheid voor de Raad van State om de overheid een extra duwtje in de rug te geven. De Raad kon weliswaar nieuwe beslissingen genomen met schending van het gezag van gewijsde van een eerder arrest vernietigen, dit systeem was niet alleen omslachtig maar bovendien niet altijd succesvol. Een overheid die er een eerste keer geen graten in ziet een vernietigingsarrest te negeren, zal niet noodzakelijk onder de indruk zijn van een tweede vernietiging. De "carrousel" die in zo'n geval kan ontstaan, is wat de Raad er in 1982 toe bracht om, ondanks het ontbreken van een expliciete wettelijke basis, een dwangsom op te leggen aan de leden van een examencommissie, opdat deze de verzoekster toch geslaagd zou verklaren voor haar eindexamen. In een eerder arrest had de Raad reeds het examenresultaat vernietigd én duidelijk vermeld welke stappen de overheid moest ondernemen om in het vereiste rechtsherstel te voorzien. In het arrest *Zoete* van 8 juli 1982 besprak de Raad uitvoering de reële reactie van de overheid, om tot de conclusie te komen dat de nieuwe beslissing het gezag van gewijsde van het eerdere vernietigingsarrest schendt. Bovendien leidde de Raad uit zowel de formulering als de praktische totstandkoming van de nieuwe beslissing af dat het hier niet ging om onkunde, maar om manifeste onwil en een "uitdagende"<sup>9)</sup> houding.<sup>10)</sup> Aan die vaststelling koppelde de Raad een declaratoir effect, met als specifieke invulling een zeer duidelijk bevel tot het nemen van een nieuwe beslissing binnen een bepaalde termijn, waarbij de minimale verhoging van de punten wordt behandeld. De Raad suggereerde bovendien zélf de mogelijkheid om een dwangsom op te leggen, wat, ondanks de bezwaren van de verwerende partij m.b.t. de bevoegdheid van de Raad, ook gebeurde. De bezwaren van de verwerende partij vonden echter wel hun weerklank bij het Hof van Cassatie, dat op basis van artikel 33 RvS-Wet bevoegd is voor cassatievoorzieningen tegen arresten waarin de Raad van State afwijzend beschikt op een declinatoire exceptie gesteund op de grond dat de eis tot de bevoegdheid van de gewone rechter behoort. Het Hof kwam, conform zijn vaste rechtspraak in het raam van de bevoegdheidsverdeling tussen de administratieve en gewone rechtscolleges, tot de conclusie "*dat elk geschil*

8. D. VAN ECKHOUTTE, "L'astreinte et l'injonction dans le contentieux administratif en Belgique", *APT* 2010, (426) 426.

9. **VOETNOOT 9 INVOEGEN**

10. RvS 8 juli 1982, nr. 22.446, *RW* 1982-83, (1634) 1650. De bespreking van de Raad loont op zich de moeite, de Raad neemt niet bepaald een blad voor de mond.

*betreffende het herstel van een op onrechtmatige wijze gekrenkt recht, hetzij burgerlijk, hetzij politiek, tot de uitsluitende bevoegdheid van de rechtbanken van de rechterlijke macht behoort”.*<sup>11</sup>

De rechtsmacht van administratieve rechtscolleges, waaronder de Raad van State, wordt o.a. beperkt door de artikelen 144 en 145 van de Grondwet. Deze bepalingen, zoals zij op het moment van de invoering van de eerste dwangsmogelijkheid bij de Raad van State luiden<sup>12</sup>, wijzen de hoven en rechtbanken aan als de bevoegde instantie voor zowel burgerlijke rechten als politieke rechten.<sup>13</sup> De mogelijkheid om andere rechtscolleges op te richten, wordt beperkt tot de behandeling van de politieke rechten. Bij de oprichting van de Raad van State in 1946 bleek echter al snel dat het bijzonder moeilijk zou worden om de rechtsmacht van dit rechtscollege te beperken tot politieke rechten. Het Hof van Cassatie, hanteert immers een zeer ruime interpretatie van het begrip burgerlijk recht. Zoals uit o.a. het arrest in de zaak *Zoete* blijkt, gaat het Hof van Cassatie ervan uit dat burgerlijke rechten die rechten zijn die gebaseerd zijn op privaatrechtelijke bepalingen, met als voorbeeld *par excellence* artikel 1382 *et seq.* BW. Deze bepalingen worden als de basis beschouwd voor bijna elke claim tot rechtsherstel, die bijgevolg als een vordering van burgerlijk recht moet worden beschouwd én tot de exclusieve bevoegdheid van de gewone rechter behoort.<sup>14</sup>

In een latere zaak stelde de gewaarschuwde Raad van State een prejudiciële vraag aan het Beneluxhof, dat instaat voor de interpretatie van de Eenvormige Wet op de dwangsom, waarop de Raad zich baseerde om een dwangsom toe te kennen. Het Gerechtshof concludeerde dat de Raad geen veroordeling uitspreekt en zich bijgevolg niet kan baseren op de Eenvormige Wet voor het toekennen van een dwangsom.<sup>15</sup>

Zowel het Hof van Cassatie als het Beneluxhof waren dus van oordeel dat de Raad van State, in de toenmalige staat van het recht, geen dwangsom kon opleggen. Dit veranderde echter niets aan de feitelijke noodzaak van een of ander dwangmiddel om onwillige overheden tot een correcte uitvoering van de arresten van de Raad van State aan te zetten. Dit was althans de redenering die aan de basis lag van de invoering, enkele jaren later, van de dwangsomprocedure in de RvS-Wet:

11. Cass. 23 maart 1984, *RW* 1984-85, (16) 44.

12. Aan art. 144 Gw. werd in 2014 een alinea toegevoegd (“*De wet kan echter, volgens de door haar bepaalde nadere regels, de Raad van State of de federale administratieve rechtscolleges machtigen om te beslissen over de burgerrechtelijke gevolgen van hun beslissingen*”). Deze herziening werd nodig geacht om het toekennen van een schadevergoeding tot herstel (op basis van het nieuwe art. 11 *bis* RvS-Wet) door de Raad mogelijk te maken. Art. 1 van de herziening van 6 januari 2014 van art. 144 van de Grondwet, *BS* 31 januari 2014.

13. Over de origine van dit onderscheid: P. VAN ORSHOVEN, “Jurisdictioneel pluralisme, administratieve rechtscolleges, Raad van State: een kritische geheugensteun” in M. VAN DAMME (ed.), *De hervorming van de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2014, 1-16.

14. Cass. 23 april 1971, *RW* 1970-71, 1794.

15. Beneluxhof 1 juli 1988, nr. 87/1, *Servais/Commune de Blegny*.

*“Het invoeren van een dwangsom in dit contentieus dringt zich op daar uit wetenschappelijk onderzoek blijkt dat de effectiviteit van het beroep bij de Raad van State meer en meer in het gedrang begint te komen aangezien een aantal arresten door de overheid niet worden uitgevoerd. Het beginsel zelf van de administratieve rechter wordt aldus genegeerd, indien het bestuur – voor wettig houdend wat de administratieve rechter onwettig heeft geacht – zich aan het arrest niet stoort (Raad van state van 18 oktober 1978, Van Vuchelen, nr. 19.197)”.*<sup>16</sup>

Er werd beslist het verzoek tot het opleggen van een dwangsom niet te integreren in de annulatieprocedure, maar om van de dwangsomprocedure een afzonderlijke procedure te maken die slechts kon worden ingezet na een vernietigingsarrest. Deze aanpak, verschillend van de situatie voor de burgerlijke rechter die zich tegelijk over de grond van de zaak en de dwangsom kan uitspreken, werd verantwoord als een poging *“om op deze wijze ruimte te laten aan de overreding alvorens het dwangmechanisme in gang wordt gezet”*.<sup>17</sup> Waarom die overreding minder belangrijk zou zijn voor de gewone rechter, werd niet behandeld in de voorbereidende werken.

De wet van 17 oktober 1990 tot wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973 en de wet van 5 april 1955 inzake de wedden van de ambtsdragers bij de Raad van State<sup>18</sup> introduceerde een derde hoofdstuk in Titel V van de RvS-Wet, met als titel “Dwangsom” en als inhoud slechts een artikel, artikel 36, waarvan de eerste paragraaf als volgt luidt:

**Art. 36. § 1.** *Wanneer het herstel van de wettigheid inhoudt dat de vernietiging van een rechtshandeling als bedoeld in artikel 14 gevolgd moet worden door een nieuwe overheidsbeslissing of overheidshandeling kan, bij ingebreke blijven van de overheid, de persoon op wiens verzoek de nietigverklaring is uitgesproken, de Raad van State verzoeken aan de betrokken overheid een dwangsom op te leggen.*

*Wanneer uit een vernietigingsarrest voor de administratieve overheid een onthoudingsplicht ten aanzien van bepaalde beslissingen volgt, kan de persoon op wiens verzoek de vernietiging is uitgesproken, de Raad van State vragen de overheid het bevel te geven, op verbeurte van een dwangsom, de beslissingen in te trekken die ze zou hebben genomen met schending van de uit het annulatiearrest volgende onthoudingsplicht.*

16. MvT bij het ontwerp van wet tot wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973 en de wet van 5 april 1955 inzake de wedden van de ambtsdragers bij de Raad van State, *Parl.St.* Senaat 1989-90, nr. 984-1, 8; J.-F. NEURAY, “Considérations sur l’exécution des arrêts du Conseil d’Etat” in B. BLÉRO, *Le Conseil d’etat de Belgique, cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Brussel, Bruylant, 1999, 809.

17. MvT bij het ontwerp van wet tot wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973 en de wet van 5 april 1955 inzake de wedden van de ambtsdragers bij de Raad van State, *Parl.St.* Senaat 1989-90, nr. 984-1, 7.

18. BS 13 november 2011.

Meer dan 20 jaar na de invoering van de dwangsom in 1990, in het raam van de ruimere hervorming van de procedure voor de Raad van State, onderging deze procedure rechtstreeks én onrechtstreeks (via de invoering van andere bepalingen m.b.t. de uitvoering van arresten) enkele belangrijke wijzigingen.<sup>19</sup> Artikel 36 werd uitgebreid met een injunctie- en substitutiebevoegdheid, met het volgende resultaat:

*Art. 36. § 1. Wanneer het arrest inhoudt dat de betrokken overheid een nieuwe beslissing neemt, kan de afdeling bestuursrechtspraak, waarbij een vordering in die zin is ingesteld, in dat arrest bevelen dat die beslissing binnen een bepaalde termijn moet worden genomen. Zij kan dit bevelen bij een later arrest, op voorwaarde dat de partij op wier verzoek de nietigverklaring werd uitgesproken, voorafgaandelijk en via een aangetekende brief, de overheid in gebreke heeft gesteld een nieuwe beslissing te nemen en er ten minste drie maanden zijn verstreken sinds de kennisgeving van het arrest houdende de nietigverklaring.*

*Wanneer de nieuw te nemen beslissing het gevolg is van een gebonden bevoegdheid van de verwerende partij, treedt het arrest in de plaats van die beslissing.*

*Wanneer haar arrest inhoudt dat de betrokken overheid zich onthoudt van het nemen van een beslissing, kan de afdeling bestuursrechtspraak, waarbij een vordering in die zin is ingesteld, een dergelijke onthoudingsverplichting bevelen.*

*§ 2. Indien de betrokken verwerende partij de verplichting opgelegd uit hoofde van paragraaf 1 niet nakomt, kan de partij op wier verzoek de nietigverklaring werd uitgesproken de afdeling bestuursrechtspraak vragen om een dwangsom op te leggen aan deze overheid of deze het bevel te geven, op verbeurte van een dwangsom, de beslissing in te trekken die zij heeft genomen met schending van de uit het arrest houdende nietigverklaring volgende onthoudingsverplichting.*

*De afdeling bestuursrechtspraak kan de dwangsom vaststellen ofwel voor een globaal bedrag ofwel op een bedrag per tijdseenheid of per overtreding.*

*(...).*<sup>20</sup>

Hierna wordt de procedure zoals ze op heden van toepassing is, besproken. Gezien de relatief beperkte periode waarin de wijzigingen van toepassing zijn, wordt echter vnl. verwezen naar rechtspraak die dateert van voor de hervorming. De kans is reëel dat een groot deel van de beschouwingen in die rechtspraak nog steeds zullen blijven gelden, maar hier en daar is toch enige nuancering aan de orde.

<sup>19</sup> Wet van 20 januari 2014 houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State, BS 3 februari 2014.

<sup>20</sup> §§ 3-5 betreffen de procedure zelf en worden *infra* verder behandeld.

## § 1. Dwangsom in het annulatiecontentieux

### A. De gevolgen van een vernietigingsarrest: onthoudings- en/of handelingsplicht

De gevolgen van een arrest van de Raad van State worden bepaald door het gezag van gewijsde. Wanneer het gezag van gewijsde van de arresten van de Raad van State ter sprake komt, betreft dit vaak het *erga omnes*-karakter van het gezag van een vernietigingsarrest<sup>21</sup>, maar voor de dwangsomprocedure is het vooral interessant na te gaan welke verplichtingen dit gezag van gewijsde met zich meebrengt voor één specifieke partij, nl. de verwerende. De verwerende overheid in de annulatieprocedure is immers de enige mogelijke verwerende partij in de eventueel daaropvolgende dwangsomprocedure. Voor problemen met het eerbiedigen van het gezag van gewijsde *erga omnes* door derden zal de verzoeker zijn heil elders (bv. bij de burgerlijke rechter) moeten zoeken.

De vernietiging op zich kan soms al een belangrijk deel van de beoogde rechtsherstel bieden, maar zelfs in dergelijke gevallen houdt de vernietiging voor de overheid een duidelijke onthoudingsplicht in: de overheid mag geen bestuurshandelingen stellen die het gezag van gewijsde van het vernietigingsarrest schenden. De omvang van het gezag van gewijsde valt echter niet enkel af te leiden uit het *dictum*, dat zich over het algemeen immers beperkt tot het nietig verklaren van de handeling. “*Het gezag van gewijsde van een annulatiearrest blijft niet beperkt tot het eigenlijke dictum van het arrest. Het strekt zich bovendien uit tot de motieven die er de noodzakelijke grondslag van vormen. Deze motieven bevatten in het bijzonder de vernietigingsgrond, dit is de vaststelling, afgeleid uit de feitelijke en juridische gegevens die zich voordeden op het ogenblik dat de bestreden beslissing werd genomen, van de toen op de bestuursoverheid rustende concrete rechtsplicht waarin die overheid bij het verrichten van de vernietigde handeling tekortgeschoten is*”.<sup>22</sup> Een typisch voorbeeld hierbij is de vaststelling van een schending van de materiele motiveringsplicht, waarbij de onthoudingsplicht inhoudt dat de verwerende overheid wel een nieuwe beslissing mag nemen, eventueel met hetzelfde resultaat, maar niet op basis van het motief dat de Raad als onwettig bestempelde.

21. De bespreking wordt hier beperkt tot het annulatiecontentieux. De Raad van State heeft reeds bevestigd dat hij niet bevoegd is voor het opleggen van een dwangsom in het cassatiecontentieux, of meer algemeen, tegen een administratief rechtscollege als verwerende partij. RvS 15 maart 2010, nr. 201.880, *Richard*.

22. S. LUST, “De Raad van State en de dwangsom. Enkele beschouwingen naar aanleiding van het arrest A.S.L.B. Ligue Royale belge pour la protection des oiseaux, nr. 55.155 van 13 september 1995”, *RW* 1996-97, (377) 377.

Naast de onthoudingsplicht kan de vernietiging voor de overheid ook een handelingsplicht met zich meebrengen: indien de overheid verplicht was een beslissing te nemen, moet deze na de vernietiging van die beslissing opnieuw een beslissing nemen. Deze twee hypothesen (handelings- en onthoudingsplicht) blijken eveneens uit het nieuwe artikel 36, § 1, eerste alinea RvS-Wet, dat sinds de hervorming van de Raad van State in 2014 expliciet de mogelijkheid voorziet om aan de overheid een injunctie op te leggen om zich aan deze verplichtingen te houden.<sup>23</sup>

Er zijn echter veel nuances mogelijk: hoewel de handelingsplicht vaak inhoudt dat er een beslissing moet worden genomen, behoudt de overheid in de meeste gevallen een vrij ruime appreciatiebevoegdheid m.b.t. de inhoud van die beslissing. Het is slechts zelden zo dat de verzoeker op basis van de vernietiging aanspraak kan maken op een specifieke, voor hem gunstige beslissing: de overheid kan nog altijd, bv. op basis van andere motieven, een negatieve beslissing nemen. Voor die zeldzame situaties waarin de bevoegdheid van de overheid gebonden wordt, werd tijdens de hervorming van de Raad van State in 2014 een zgn. substitutiebevoegdheid ingevoerd: het nieuwe artikel 36, § 1, tweede alinea luidt: *“Wanneer de nieuw te nemen beslissing het gevolg is van een gebonden bevoegdheid van de verwerende partij, treedt het arrest in de plaats van die beslissing”*. In die gevallen is dus in principe niet meteen nood aan een dwangsomprocedure.

Naast de mogelijkheid tot een expliciete injunctie en (in zeldzame gevallen) substitutie, voerde de wetgever recent ook de mogelijkheid in om zgn. “vingerwijzingen” toe te voegen aan een vernietigingsarrest (art. 35/1 RvS-Wet). “Invoeren” is echter een groot woord: de praktijk om in het arrest verduidelijkingen te vermelden m.b.t. de stappen die de overheid moet nemen om het rechtsherstel te realiseren, bestond reeds in de rechtspraak, waarbij de Raad, vaak n.a.v. de bespreking van het procesbelang van de verzoeker, onderzocht welke gevolgen een eventuele vernietiging met zich mee zou brengen. Net als deze overwegingen delen de vingerwijzingen op basis van artikel 35/1 RvS-Wet echter niet in het gezag van gewijsde van de vernietiging: zij worden (i.t.t. de injunctie) niet in het *dictum* vermeld en maken evenmin “noodzakelijke motieven” uit. Door de formalisering van de praktijk van de vingerwijzingen in de RvS-Wet lijkt het er op het eerste gezicht op dat de wetgever tegelijk het initiatief om die vingerwijzingen te vragen, heeft beperkt tot de partijen. De tekst van artikel 35/1 luidt immers als volgt:

*“Art. 35/1. Op verzoek van één der partijen, ten laatste in de laatste memorie, verduidelijkt de afdeling bestuursrechtspraak in de motieven van haar arrest houdende nietigverklaring, de maatregelen die moeten worden genomen om de onwettigheid die heeft geleid tot deze nietigverklaring te verhelpen”*.

23. Impliciet had de Raad al injunctiebevoegdheid sinds de invoering van de dwangsom in 1990: de dwangsom moet immers noodzakelijk gekoppeld worden aan een bevel. I. OPDEBEEK, “De Raad van State en de dwangsom” in G. DEBERSAQUES *et al.* (eds.), *Rechtsbescherming door de Raad van State. 15 jaar procedurele vernieuwing*, Brugge, die Keure, 2004, 325.

Deze vermelding sluit niet noodzakelijk uit dat de Raad ambtshalve verduidelijkingen aanbrengt, de bestaande praktijk was immers evenmin gestoeld op een formele wettelijke basis.<sup>24</sup> Het lijkt in elk geval raadzaam dat ook het ambtshalve vermelden van de verduidelijkingen mogelijk blijft. De partijen zijn zich misschien niet bewust van eventuele moeilijkheden die later nog kunnen optreden bij de uitvoering van het vernietigingsarrest, en op zich lijkt iedereen gebaat bij meer duidelijkheid, niet alleen de partijen zelf, maar ook de Raad. Wanneer reeds in het vernietigingsarrest wordt uiteengezet welke gevolgen het arrest met zich meebrengt, kan worden vermeden dat het tot een dwangsomprocedure moet komen voor de verwerende, maar zeker ook de verzoekende partij meer duidelijkheid krijgt.

Een deel van de handelingsplicht die volgt uit de vernietiging valt buiten de bevoegdheid van de Raad van State. Het gaat nl. over “privaatrechtelijke” aspecten zoals het retroactief uitbetalen van bepaalde vergoedingen, waarvoor de Raad zich onbevoegd acht op basis van de artikelen 144-145 van de Grondwet.<sup>25</sup> Toch moet ook dit genuanceerd worden: de Raad concludeerde bv. dat een “*eis tot loopbaanreconstructie niet louter van pecuniaire aard is*” en “*dat het rechtsherstel immers kan vereisen dat formele beslissingen worden genomen in verband met de administratieve toestand van verzoeker*”.<sup>26</sup> Met de invoering van het artikel 11*bis* RvS-Wet zouden dergelijke elementen eventueel reeds in het raam van de schadevergoeding tot herstel behandeld kunnen worden.<sup>27</sup>

## B. De niet-uitvoering van de onthoudings- en/of handelingsplicht

Naast het bestaan van een handelings- en onthoudingsplicht, is een tweede voorwaarde voor het opleggen van een dwangsom de niet-uitvoering van die plicht. Wanneer tijdens het annulatieberoep ook meteen een injunctie werd gevraagd en gekregen, zal het waarschijnlijk vrij snel duidelijk zijn of er al dan niet sprake is van niet-uitvoering (zeker wanneer aan de handelingsplicht een termijn werd gekoppeld). In dat geval kan de verzoeker ook meteen een dwangsom vragen wanneer de niet-uitvoering wordt vastgesteld en is hij niet langer gebonden door de wachttermijn van drie maanden vanaf de kennisgeving van het vernietigingsarrest die gold voor de hervorming.

24. S. LUST, “Vingerwijzingen door de Raad van State na de wet van 20 januari 2014”, *RABG* 2015, 548-551. Zoals *infra* wordt besproken, lijkt de Raad echter de nieuwe vingerwijzingen op een strengere manier te interpreteren, waardoor in een van de eerste arresten waarin toepassing wordt gemaakt van art. 35/1 RvS-Wet, de Raad het verzoek tot vingerwijzingen afwijst, en tegelijk in het raam van het belang overgaat tot een bespreking van de gevolgen van een eventuele vernietiging die bijzonder goed lijkt op wat traditioneel als een vingerwijzing werd beschouwd. RvS 17 december 2014, nr. 229.582, *Polle*, *RABG* 2015, 537-543, noot A.-S. VANDAELE, “De toepassing van de vingerwijzingen artikel 35/1 RvS-wet in ‘niet-complexe’ zaken”.

25. RvS 18 maart 2003, nr. 117.152, *De Vos*.

26. RvS 7 juli 2004, nr. 133.608, *Vlaeminck*.

27. Deze schadevergoeding kan bovendien nog andere mogelijkheden bieden om de uitvoering van het vernietigingsarrest te bespoedigen. Zie *infra*.



Deze wachtermijn herleeft echter in de hypothese waarin geen injunctie werd toegekend in de annulatieprocedure. Een later injunctieverzoek (al dan niet onmiddellijk gekoppeld aan een dwangsomverzoek) kan, m.b.t. een handelingsplicht slechts wanneer er ten minste drie maanden zijn verstreken sinds de kennisgeving van het arrest houdende nietigverklaring. Deze wachtperiode werd in het oude systeem bekritiseerd, vooral in gevallen waarbij het duidelijk was dat de overheid zich niet zou houden aan het gezag van gewijsde van het arrest:

*“In gevallen waarin de onwil van het betrokken bestuur reeds duidelijk is of minstens vermoed kan worden in de procedure die leidt tot het vernietigingsarrest, zou de Raad van State de bevoegdheid moeten hebben om onmiddellijk, in het vernietigingsarrest, een dwangsom op te leggen. Door de verzoeker in dit geval te verplichten een wachtermijn in acht te nemen en een nieuw verzoekschrift in te dienen worden tijd en geld verspild en wordt inbreuk gemaakt op het beginsel van de proceseconomie”.*<sup>28</sup>

In bepaalde arresten gaat de Raad van State gedeeltelijk mee in deze redenering, wanneer de overheid expliciet liet weten dat hij niet zal overgaan tot de uitvoering.<sup>29</sup> De nieuwe mogelijkheid om meteen een injunctie te vragen tijdens de annulatieprocedure komt slechts ten dele tegemoet aan deze kritiek: als de onwil van de overheid reeds zeer duidelijk is in de annulatieprocedure, is de kans immers reëel dat een injunctie op zich weinig indruk zal maken. Op basis van die injunctie kan de verzoeker dan wel snel ook een dwangsom vragen (er is immers niet voorzien in een wettelijke wachtermijn voor de dwangsom op zich), maar het blijft twijfelachtig of dit vanuit proceseconomisch perspectief de aangewezen aanpak is. De accumulatie van verschillende procedures is bovendien iets dat in Straatsburg niet echt gunstig wordt bejegend: *“Il n’est pas acceptable qu’un requérant ayant obtenu une décision judiciaire définitive contre l’Etat se voie obligé d’intenter à nouveau des actions contre l’autorité en vue d’obtenir l’exécution de l’obligation initiale”.*<sup>30, 31</sup>

28. I. OPDEBEEK, “De Raad van State en de dwangsom” in G. DEBERSAQUES *et al.* (eds.), *Rechtsbescherming door de Raad van State. 15 jaar procedurele vernieuwing*, Brugge, die Keure, 2004, 324.

29. S. LUST, “De Raad van State en de dwangsom. Enkele beschouwingen naar aanleiding van het arrest A.S.L.B. Ligue Royale belge pour la protection des oiseaux, nr. 55.155 van 13 september 1995”, *RW* 1996-97, (377) 383.

30. EHRM 23 oktober 2012, nr. 6334/05, *Süzer en Esken Holding A.S./Turkije*, § 122.

31. Het later toekennen van dwangsom is op zich vreemd, in die zin dat er lang controverse bestond in het raam van de Benelux over de mogelijkheid om een latere dwangsom op te leggen: dit wordt dus duidelijk niet als de meest logische of voor de hand liggende optie beschouwd. K. WAGNER, “Dwangsom in latere procedure: controverse passend beëindigd” (noot onder Beneluxhof 16 december 2009, nr. A 2008/3, *Stedenbouwkundig inspecteur Vlaams Gewest/V.B.*), *RW* 2010011, (836) 836.

Indien er enkel een onthoudingsplicht bestaat, wordt niet van de verzoeker verwacht dat hij een wachtermijn respecteert: eens de overheid de onthoudingsplicht schond, heeft het nog weinig zin om een dergelijke termijn te hanteren.

Naast het respecteren van een wachtermijn moet bij een latere injunctie eveneens rekening gehouden worden met de verplichting om de verwerende overheid bij aangetekende brief in gebreke te stellen. Ook hier geldt dit enkel m.b.t. een eventuele handelingsplicht: bij een schending van de onthoudingsplicht heeft een aanmaning weinig zin. Uit de rechtspraak van de Raad van State blijkt dat het belangrijk is om in deze ingebrekestelling duidelijk te zijn over de uitvoering die de verzoeker verwacht van de overheid.<sup>32</sup> N.a.v. die ingebrekestelling is het niet noodzakelijk dat de verzoeker kan aantonen dat de verwerende partij expliciet weigerde het arrest uit te voeren.<sup>33</sup> Voor de hervorming van de dwangsomprocedure moest de verzoeker na de aanmaning een maand wachten voor het indienen van een verzoekschrift in het raam van de dwangsomprocedure, tenzij de overheid in haar antwoord expliciet te kennen gaf niet te willen overgaan tot de uitvoering. Nu deze wachtermijn van een maand niet langer verplicht is, geldt echter nog steeds de overweging dat de uitvoering van een handelingsplicht enige tijd in beslag kan nemen. De verwerende partij moet de kans krijgen om over te gaan tot de uitvoering.

Deze kwestie kan via de nieuwe injunctiemogelijkheid enigszins vereenvoudigd worden door de mogelijkheid voor de Raad om al in het vernietigingsarrest een deadline op te leggen voor de vereiste handelingen. Het is voor de verzoeker aangeraden om hierom te vragen, al was het maar om latere onduidelijkheid te vermijden. De verzoeker mag immers ook niet te lang wachten om een dwangsom te vragen *“Overwegende dat in administratieve aangelegenheden ook van de burger een minimum aan zorgvuldigheid en redelijkheid mag worden verwacht; dat wie welbewust of met een verregaande graad van lichtzinnigheid gedurende een overdreven lange termijn nalaat het recht uit te oefenen om een dwangsom te vragen, plaatst zichzelf in een situatie waarin hij zich, vanwege zijn eigen gedragingen, van de uitvoering van dat recht vervallen ziet”*.<sup>34</sup> Een verzoeker die te lang wacht met het nastreven van de dwangsom, komt als het ware terecht in een situatie die te vergelijken valt met de figuur van het verlies van subjectief belang in het annulatiecontentieux. Deze vergelijking is niet helemaal uit de lucht gegrepen: hoewel de dwangsomprocedure niet is

32. K. BAERT, “Dwangsom en Raad van State” in G. DE LEVAL, P. LEWALLE en M. STORME (eds.), *Le contentieux interdisciplinaire – Het interdisciplinair geschil*, Brussel, Bruylant, 1996, 306-307.

33. RvS 7 juli 2004, nr. 133.608, *Vlaeminck*. In het arrest *Zeeuws* van 16 april 2012 (nr. 218.892) concludeerde de Raad zelf dat de overheid niet geweigerd had over te gaan tot de uitvoering, omdat ze een beslissing had genomen *“Die beslissing werd weliswaar door de Raad van State onwettig bevonden en dienvolgens vernietigd, maar dit neemt niet weg dat de verwerende partij louter door het feitelijk nemen van die beslissing heeft laten blijken niet te weigeren rechtsherstel te verlenen”*.

34. RvS 26 januari 2006, nr. 154.161, 2006-07, noot P. POPELIER, “De leer van beginselen van behoorlijk burgerschap blaast de figuur van rechtsverwerking nieuw leven in”. Zie ook RvS 12 maart 2009, nr. 191.308, *Swerts*.

opgenomen in de opsomming in artikel 19, § 1 RvS-Wet, dat de belangvereiste invoert, bespreekt de Raad van State in een arrest uit 2012<sup>35</sup> het belang van de verzoeker bij het opleggen van de dwangsom.

Een element dat eventueel als maatstaf zou kunnen dienen voor de invulling van een redelijke wachtermijn is de termijn (nl. vier maanden na de aanmaning) die gehanteerd wordt in artikel 14, § 3 RvS-Wet, voor het bekomen van een zgn. “impliciete weigeringsbeslissing” wanneer de overheid de plicht heeft een beslissing te nemen. Deze figuur is bovendien een alternatieve methode om de uitvoering van een eerder vernietigingsarrest te bekomen, via een annulatieberoep tegen de impliciete weigering om het arrest uit te voeren. Een dergelijk annulatieberoep is echter om verschillende redenen minder aantrekkelijk: de termijn van artikel 14, § 3 RvS-Wet kan misschien een argument vormen voor de redenering dat de verzoeker enige tijd mag wachten voor het indienen van een dwangsomverzoek, in het raam van een annulatieberoep tegen een impliciete weigering moet de verzoeker verplicht zolang wachten. Bovendien kan aan een eventuele annulatie sinds kort wel onmiddellijk een injunctie worden gekoppeld, maar is voor een dwangsom toch weer een bijkomende stap vereist. Daarnaast zijn er ook de beperkingen die inherent zijn aan de vernietiging van een impliciete weigering, die immers nog steeds niet resulteert in een nieuwe beslissing voor de verzoeker. De keuze tussen een annulatieberoep of een dwangsomprocedure kan ook nog beïnvloed worden door elementen zoals de doorlooptijden in de verschillende procedures.<sup>36</sup>

Een annulatieberoep kan in het geval van het bestaan van een handelingsplicht ook buiten de hypothese van de impliciete weigering interessant zijn voor de verzoeker, meer bepaald wanneer de verzoeker wél een handeling stelt, maar deze volgens de verzoeker, naast het gezag van gewijsde van het vernietigingsarrest, ook andere regels schendt. In het raam van de dwangsomprocedure toetst de Raad immers enkel aan het respect van het gezag van gewijsde van het vernietigingsarrest, niet aan eventuele andere wettigheidsbezwaren.<sup>37</sup> Op zich verhindert niets dat de verzoeker een dwangsomprocedure combineert met een annulatieberoep. Dit kan i.h.b. interessant zijn wanneer men te maken heeft met de schending van een onthoudingsplicht: in het raam van de dwangsomprocedure kan de Raad van State de verwerende partij enkel opdragen om de bestuurshandeling in te trekken. De verzoeker blijft dus opnieuw afhankelijk van het initiatief van de overheid. Het kan interessanter zijn om meteen de vernietiging te vragen, waarbij de extra stap via de intrekking niet meer nodig is om de betrokken bestuurshandeling uit de rechtsorde te laten verdwijnen. Dit kan betrekkelijk snel gaan, indien de schending van het gezag van gewijsde duidelijk is, kan

35. RvS 16 januari 2012, nr. 217.226, *Zeeuws*.

36. J.-F. NEURAY, “Considérations sur l’exécution des arrêts du Conseil d’Etat” in B. BLÉRO, *Le Conseil d’Etat de Belgique, cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Brussel. Bruylant, 1999, 823.

37. RvS 6 mei 2013, nr. 223.385, *Zeeuws*; zie ook RvS 7 juli 2004, nr. 133.608, *Vlaeminck*.

eventueel gebruik worden gemaakt van de verkorte procedure op basis van artikel 93 Algemeen Procedurereglement.

### C. De verzoeker: “de persoon op wiens verzoek de nietigverklaring is uitgesproken”

Voor 2014 verwees artikel 36, § 1 RvS-Wet duidelijk naar “*de persoon op wiens verzoek de nietigverklaring is uitgesproken*” als de potentiële verzoeker in de dwangsomprocedure.

Puur op basis van de nieuwe wetsbepaling is het vragen van een injunctie tijdens de annulatieprocedure sinds de hervorming echter niet beperkt tot de verzoeker. Strikt genomen zou men kunnen stellen dat ook daarna niet enkel de originele verzoekende partij een injunctie kan vragen. Op basis van de tekst moeten enerzijds drie maanden zijn verstreken sinds de kennisgeving van de vernietiging én is het anderzijds vereist dat “*de partij op wier verzoek de nietigverklaring werd uitgesproken*”, de overheid in gebreke heeft gesteld. In het KB van 2 april 1991<sup>38</sup> (art. 2) is echter wel gespecificeerd dat het de verzoeker (of zijn advocaat) is die de injunctie moet vragen wanneer dit niet gebeurde in de laatste memorie. Het vragen van een dwangsom is wel nog steeds expliciet beperkt tot “*de partij op wier verzoek de nietigverklaring werd uitgesproken*”. Ondanks suggesties in die zin vanwege de afdeling Wetgeving is het de Raad niet toegestaan om ambtshalve een dwangsom op te leggen.<sup>39</sup>

De tussenkommende partij in de annulatieprocedure die de verzoekende partij ondersteunde, kan geen dwangsomprocedure aanspannen. Er is wel in een mogelijkheid tot tussenkomst in de dwangsomprocedure voorzien in artikel 15 *et seq.* KB 2 april 1991: op basis van deze bepalingen is zowel vrijwillige als gedwongen tussenkomst mogelijk. De eis tot tussenkomst moet gebeuren binnen de acht dagen na de kennisgeving van het beroep door de hoofdgriffier, of, wanneer er geen kennisgeving plaatsvond, voor het neerleggen van het verslag door de auditeur.<sup>40</sup>

### D. Verweerder: “de betrokken overheid”

*“De dwangsom wordt luidens artikel 36, § 1, eerste lid, R.v.St.-Wet opgelegd aan ‘de betrokken overheid’. Bedoeld wordt de publiekrechtelijke rechtspersoon, waarvan de ambtenaar die of het bestuurscollege dat de vernietigde handeling heeft verricht, een orgaan is. De dwangsom kan dus niet worden uitgesproken*

38. KB van 2 april 1991 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State inzake het bevel en de dwangsom, *BS* 1 juni 1991.

39. I. OPDEBEEK, “De Raad van State en de dwangsom” in G. DEBERSAQUES *et al.* (eds.), *Rechtsbescherming door de Raad van State. 15 jaar procedurele vernieuwing*, Brugge, die Keure, 2004, 335.

40. Art. 15, tweede al. KB 2 april 1991. Een uitzondering kan worden gemaakt voor zover de procedure “*op generlei wijze*” vertraagd wordt.

*ten aanzien van de individuele overheidspersoon die of de individuele leden van het college dat de handeling heeft verricht”<sup>41</sup>*

Deze beperking vormde het onderwerp van een discussie n.a.v. het advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State bij het invoeren van de dwangsom in 1990. De afdeling Wetgeving had in haar advies voorgesteld om de dwangsom op te leggen aan de individuele overheidspersoon, hetgeen ook was gebeurd in het arrest *Zoete*. De regering ging echter niet in op dat voorstel, o.a. uit bezorgdheid omtrent de demotivering van de ambtenaren:

*“De bedoeling van de Regering is niet, dit in tegenstelling tot wat de Raad van State voorgesteld had in zijn advies onder het punt 1.2, het individuele matrimonium van de ambtenaren te treffen, maar wel dwang uit te oefenen op de middelen van de rechtspersoon waarvan zij de organen zijn. Het voorstel van de Raad van state zou immers leiden tot een demotivering van het ambtenarenkorps en zou de inertie en apathie van het overheidsoptreden enkel in de hand werken. De overheid draagt immers een aansprakelijkheid ten opzichte van haar ambtenaren en dient dan ook de gevolgen te dragen van het rechtmatige en normale optreden van haar aangestelden. Het afwentelen van de dwangsom op het individuele patrimonium van haar ambtenaren kan dan ook niet aanvaard worden”<sup>42</sup>*

Los van de vraag of men, wanneer de Raad zich genoodzaakt voelt een dwangsom op te leggen, nog te maken heeft met “het rechtmatige en normale optreden” van ambtenaren, zal de rechtspersoon waarschijnlijk veel meer middelen hebben dan een individuele ambtenaar, wat ertoe kan leiden dat de dwangsom, om effectief te zijn, ook hoger moet zijn. In de voorbereidende werken m.b.t. de oorspronkelijke dwangsom verwijst de wetgever naar de praktijk van de Franse *Conseil d’Etat*, die ervoor kan kiezen de verzoeker niet het volledige bedrag toe te kennen. Het feit dat er een zeer hoge dwangsom nodig kan zijn om een vermogende overheid te overtuigen, speelt daarbij een belangrijke rol.<sup>43</sup>

## E. Procedure

De vrij algemene bepalingen inzake de dwangsom in de RvS-Wet worden verder uitgewerkt in het KB van 2 april 1991 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State inzake het bevel en de dwangsom.<sup>44</sup> Dit KB, dat sinds de recente hervorming van de Raad van State niet enkel de dwangsom,

41. S. LUST, “De Raad van State en de dwangsom. Enkele beschouwingen naar aanleiding van het arrest A.S.L.B. Ligue Royale belge pour la protection des oiseaux, nr. 55.155 van 13 september 1995”, *RW* 1996-97, (377) 381.

42. MvT bij het ontwerp van wet tot wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973 en de wet van 5 april 1955 inzake de wedden van de ambtsdragers bij de Raad van State, *Parl.St.* Senaat 1989-90, nr. 984-1, 8.

43. MvT bij het ontwerp van wet tot wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973 en de wet van 5 april 1955 inzake de wedden van de ambtsdragers bij de Raad van State, *Parl.St.* Senaat 1989-90, nr. 984-1, 8.

44. *BS* 1 juni 1991.

maar ook de procedure inzake injuncties behelst, verwijst op verschillende plaatsen ook naar bepalingen uit het Algemeen Procedurereglement. Het bevat o.a. een lijst van de verplichte vermeldingen voor het verzoekschrift tot dwangsom:

*Art. 3. Het verzoekschrift tot dwangsom wordt ondertekend door de verzoeker of door een advocaat die voldoet aan de voorwaarden gesteld in artikel 19, vierde lid, van de gecoördineerde wetten.*

*Het verzoekschrift wordt gedagtekend en bevat:*

*1° de naam, hoedanigheid, woonplaats of zetel van de verzoeker of, als die geen woonplaats of zetel in België heeft, de gekozen woonplaats in België;*

*2° de vermelding van het vernietigingsarrest of van het arrest tot bevel;*

*3° het onderwerp van het verzoekschrift, alsook een uiteenzetting die aantoonst dat een beslissings- of onthoudingsverplichting voortvloeit uit het vernietigingsarrest;*

*4° in voorkomend geval, een kopie van de beslissing waarbij de verwerende partij de uit het vernietigingsarrest of het arrest tot bevel volgende onthoudingsverplichting geschonden heeft.*

Deze bepaling laat uitschijnen dat het mogelijk is om een dwangsom te vragen zonder eerst in een afzonderlijke procedure een injunctie te vragen indien dit niet tijdens de annulatieprocedure gebeurde. Het “vernietigingsarrest” in punt 2° kan immers, in combinatie met 3° ook worden geïnterpreteerd in die zin dat dit arrest niet noodzakelijk een injunctie moet bevatten (anders zou een uiteenzetting die de beslissings- of onthoudingsplicht aantoonst overbodig zijn). Bovendien wordt het verzoek tot dwangsom opgesomd in het artikel 2 KB 2 april 1991, dat de verplichte vermeldingen in een verzoek tot injunctie behandelt. In dit artikel 2 wordt trouwens vereist dat bij dat verzoek tot injunctie ook “het bedrag en de modaliteiten” van die dwangsom worden gespecificeerd. Deze vereisten zijn niet terug te vinden in artikel 3, maar kunnen toch beter niet over het hoofd worden gezien.

Een ander aandachtspunt voor het verzoekschrift is een uiteenzetting van de wijze waarop het gezag van gewijsde van het vernietigingsarrest zou geschonden zijn. Zoals S. LUST terecht opmerkt, is dit niet letterlijk verplicht, maar blijft het niettemin zinvol voor de verzoeker. Dit is zeker zo gezien het verdere verloop van de procedure, die voor de terechtzitting voorziet in een nota met opmerkingen vanwege de verweerder (art. 5) en een verslag vanwege het auditoraat (art. 6) maar geen andere schriftelijke reactiemogelijkheden bevat.<sup>45</sup> Dit past in het raam van de dwangsomprocedure als een snelle, eenvoudige procedure, iets wat eveneens blijkt uit de korte termijnen die de procesgang bepalen: de hoofdgriffier stuurt “zonder verwijf” een kopie van het verzoekschrift aan de auditeur-generaal en de verwerende partij (art. 4), die verwerende partij heeft 15 dagen om het administratief dossier en een nota met opmerkingen aan

45. S. LUST, “Injunctie en dwangsom voor de Raad van State” in M. VAN DAMME (ed.), *De hervorming van de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2014, 163.

de griffie te bezorgen (art. 5), waarna het auditoraat 15 dagen heeft voor het verslag (art. 6). Na inzage van dit verslag stelt de voorzitter bij beschikking de rechtsdag vast. De zaak moet voorkomen binnen 20 dagen na ontvangst van het verslag (art. 7). Al deze termijnen kunnen bovendien door de Kamervoorzitter worden ingekort “*indien zulks door de omstandigheden van de zaak verantwoord is*” (art. 10).<sup>46</sup>

Hoe deze respectievelijke termijnen worden gesanctioneerd, is niet helemaal duidelijk: het lijkt er in elk geval op dat de vermoedens die op basis van artikel 21 RvS-Wet worden gekoppeld aan het laattijdig verzenden van *memories*, niet van toepassing is op de *nota met opmerkingen*, al kan worden geargumenteed dat de derde alinea van deze bepaling, i.v.m. het tijdig verzenden van het administratief dossier, wel zou kunnen worden toegepast in het raam van de dwangsomprocedure.<sup>47</sup> De termijnen voor het auditoraat en de vastlegging van de rechtsdag zijn termijnen van orde. Voor de hervorming van de Raad van State bedroeg de termijn van orde tussen de ontvangst van het auditoraatsverslag en de zittingsdag trouwens 10 i.p.v. de huidige 20 dagen. In het verslag aan de koning bij het KB van 28 januari 2014<sup>48</sup> wordt vermeld dat deze verlenging nodig was “*omdat de ter post aangetekende zendingen binnen een termijn van 14 dagen gerecupereerd kunnen worden wanneer een bericht in de brievenbus achtergelaten wordt*”.

## F. Terechtzitting en arrest

“*De verzoeker of zijn advocaat en een behoorlijk gemachtigde vertegenwoordiger van de verwerende partij moeten aanwezig zijn*”. Zijn zij dit niet, dan worden daar in artikel 11 KB 2 april 1991 ernstige gevolgen aan verbonden: de afwezigheid van de verzoeker (of zijn advocaat) leidt tot het verwerpen van het verzoek, een niet-vertegenwoordigde verwerende partij wordt geacht in te stemmen met de besluiten van het verzoekschrift.

Artikel 36, § 1 RvS-Wet stelt dat de Raad een injunctie “kan” opleggen en ook § 2, tweede alinea i.v.m. het opleggen van de dwangsom gebruikt het werkwoord “kunnen”. Dit tekstargument, dat ook van toepassing was op de oude bepaling i.v.m. de dwangsom, werd in het verleden reeds aangegrepen om te argumenteren dat de Raad van State, zelfs indien aan de voorwaarden voor het opleggen van een injunctie of voor het opleggen van een dwangsom is voldaan, niet verplicht is om de dwangsom op te leggen. Deze redenering lijkt logisch indien het gevraagde om een of andere reden niet langer mogelijk is:

46. De andere termijnen kunnen eveneens worden ingekort, maar op basis van art. 91 Algemeen Procedurereglement.

47. S. LUST, “Injunctie en dwangsom voor de Raad van State” in M. VAN DAMME (ed.), *De hervorming van de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2014, 164.

48. KB 2 april 2014 tot wijziging van diverse besluiten betreffende de procedure voor de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, BS 3 februari 2014, 9084.

*“Zo kunnen nieuwe feitelijke of juridische omstandigheden zijn tussengekomen sinds het vernietigingsarrest, die het onmogelijk maken een nieuwe beslissing te nemen die normaal had moeten tussenkomen na het vernietigingsarrest”.*<sup>49</sup>

De Raad van State is zelf van oordeel dat hij niet verplicht is om een dwangsom op te leggen wanneer de andere voorwaarden voldaan zijn (nl. handelings- en/of onthoudingsplicht en niet-uitvoering), op basis van een soort bijkomende voorwaarde: de onwil van de verwerende partij.<sup>50</sup> Dit sluit dicht aan bij de vaststelling dat de uitvoering onmogelijk is geworden, maar is vnl. gebaseerd op de redenering dat de overheid toch reeds inspanningen leverde om tot een (gedeeltelijke) uitvoering over te gaan. Anderzijds is het niet voldoende om als overheid in te roepen dat de vertraging in de uitvoering niet te wijten is aan onwil, maar aan de vertraging die verschillende adviezen oplepen, wanneer blijkt dat de adviesverlenende instanties “besturen zijn die bestaan in de schoot van de overheid die de nieuwe beslissing dient te nemen”. De Raad oordeelde “dat het aan die overheid dan ook toekomt haar diensten dusdanig te organiseren dat de adviezen binnen een opgelegde termijn worden uitgebracht”.<sup>51</sup> Een randgeval dat balanceert tussen het niet in gebreke blijven van de overheid én het ontbreken van onwil, is het arrest *Zeeuws* van 16 april 2012 waarin de Raad van State tot de conclusie komt dat de dwangsomvordering onontvankelijk is omdat de overheid niet had laten blijken te weigeren rechtsherstel te verlenen. De overheid had immers een beslissing genomen, en het feit dat die beslissing daarna door de Raad van State vernietigd werd, werd door de Raad als irrelevant beschouwd.<sup>52</sup>

Een soort tussenoplossing in dergelijke situaties is het voorzien in een bepaalde termijn voor het verbeuren van de dwangsom, waardoor de overheid nog een laatste kans krijgt, maar de verzoeker tegelijk meer zekerheid krijgt. Dit uitstel is niet uitdrukkelijk geregeld m.b.t. de dwangsom zelf, maar bij het opleggen van een injunctie kan de Raad wel de termijn preciseren waarin een nieuwe beslissing moet worden genomen (art. 36, § 1 RvS-Wet). Wanneer er samen met de dwangsom een injunctie wordt gevraagd, is er dus een wettelijke basis voor een termijn, maar ook voor het invoeren van de injunctiebevoegdheid achtte de Raad zich bevoegd om de overheid nog enige respijt toe te kennen alvorens de dwangsom te verbeuren.<sup>53</sup>

Als de Raad toch beslist om een dwangsom op te leggen, is hij bovendien niet gebonden door het bedrag dat de verzoeker vraagt.<sup>54</sup> Wel werden in 2014 maximumbedragen

49. D. LINDEMANS, “De tenuitvoerlegging van arresten van de Raad van State. Algemeen overzicht” in I. COOREMAN, D. LINDEMANS en L. PEETERS (eds.), *De tenuitvoerlegging van arresten van de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2012, 69.

50. RvS 28 februari 2000, nr. 85656, *Van der heyden*; RvS 4 juni 2013, nr. 223.687, *Ongena*.

51. RvS 7 december 2000, nr. 91.488, *Maroy*.

52. RvS 16 april 2012, nr. 218.892, *Zeeuws*.

53. S. LUST, “Injunctie en dwangsom voor de Raad van State” in M. VAN DAMME (ed.), *De hervorming van de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2014, 170.

54. Het bedrag van de gevraagde dwangsom staat niet tussen de verplichte vermelding bij het verzoekschrift voor de dwangsom, maar vreemd genoeg wel bij de vermeldingen voor een verzoekschrift tot injunctie. Op basis van de rechtspraak van de Raad lijkt het echter ten zeerste aangeraden het bedrag sowieso te vermelden: anders oordeelt de Raad



ingevoerd: “De dwangsom mag niet meer bedragen dan 25.000 euro per overtreding of per dag en een globaal bedrag van 1.000.000 euro in geval van een eenmalige overtreding”.<sup>55</sup> De beperking tot deze specifieke bedragen wordt in het verslag aan de Koning als volgt gerechtvaardigd:

“Deze bedragen houden rekening zowel met de ontradingsdoelstelling die door deze dwangsom beoogd wordt, al met de wens om de begunstigen niet aan te zetten dit type aanvragen te herhalen in de hoop er zelf rijker van te worden. Het gaat ook enkel om grenzen die niet overschreden mogen worden. Het zal dus in elk geval aan de Raad van State zijn om te oordelen over het op te legen bedrag van de dwangsom, naar gelang van de omstandigheden eigen aan het geval. Ter herinnering, een globaal bedrag is met name denkbaar in het geval van een verbod uitgesproken tegen een openbare overheid om een gebouw af te breken (zie RvS, arrest Boutier en crts van 2 maart 2001). Het komt vaker voor dat de Raad van State een dwangsom oplegt per dag van overtreding, of per overtreding, hetzij om de overheid aan te zetten een akte te stellen die bestemd is om de akte die vernietigd werd te vervangen, waarbij de onwettigheid die geleid heeft tot de vernietiging hersteld wordt of om de gevolgen ervan te doen verdwijnen, hetzij om diezelfde overheid aan te zetten een beslissing die ze niet mocht nemen, in te trekken (RvS, arrest Moiny nr. 213.832 van 14 juni 2011, arrest Braginsky, nr. 223.715 van 4 juni 2013)”.<sup>56</sup>

De vraag kan worden gesteld of deze beperking nodig was om de verrijking van de verzoeker te vermijden: de toekenning van de helft van het bedrag aan het begrotingsfonds (zie *infra*) wordt ook reeds vanuit dit perspectief gerechtvaardigd. Bovendien blijkt uit de praktijk dat de Raad niet echt kwistig is met dwangsommen én dat de verzoekers over het algemeen minder vragen dan de ingevoerde limieten.<sup>57</sup> Een beperking leek dus niet echt noodzakelijk.

Tegelijkertijd kan het moeilijk zijn om algemeen te stellen dat deze bedragen voldoende zijn i.v.m. de ontradingsdoelstelling: de kosten-batenanalyse die de overheid in kwestie maakt, zal waarschijnlijk afhangen van de concrete omstandigheden, het is dus niet slecht dat de Raad hetzelfde kan doen.

→ dat het verzoekschrift niet voldoende gepreciseerd is om uitspraak te kunnen doen. RvS 16 januari 1992, nr. 38.508, *Lisabeth*.

55. Art. 18/1 KB 20 april 1991.

56. KB tot wijziging van diverse besluiten betreffende de procedure voor de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, BS 3 februari 2014, 9084.

57. D. VAN EECKHOUTTE, “L’astreinte et l’injonction dans le contentieux administratif en Belgique”, *APT* 2010, (426) 430-431.

Daarnaast is het belangrijk om de link te leggen met het nieuwe schadevergoedingscontentieux op basis van artikel 11bis RvS-Wet. De verzoeker kan een schadevergoeding tot herstel bekomen voor de schade geleden omwille van de vastgestelde onwettigheid. Niets belet de verzoeker om in zijn verzoek tot schadevergoeding verschillende, subsidiaire verzoeken te formuleren naargelang de overheid al dan niet overgaat tot een tijdige spontane uitvoering van het vernietigingsarrest: zonder uitvoering zal de schadevergoeding hoger uitvallen dan wanneer de overheid spontaan én snel overgaat tot de uitvoering. De uitvoering door de overheid zal immers kunnen worden meegerekend in de zgn. omstandigheden van openbaar belang, die mee het bedrag kunnen bepalen.

Op dat bedrag staat, i.t.t. het bedrag van de dwangsom, geen maximum, én de verzoeker ontvangt het bovendien integraal. Een verzoeker die problemen met de uitvoering verwacht, doet er dus niet slecht aan om de schadevergoeding te vragen, inclusief verschillende subsidiaire vorderingen, al was het maar om de overheid duidelijk te maken wat de mogelijke kost van de niet-uitvoering zou kunnen bedragen. Zeker wanneer die schadevergoeding hoger ligt dan het maximum van de dwangsom (of dan het bedrag van de dwangsom dat de Raad waarschijnlijk zou toekennen). Een belangrijk verschil blijft eventueel de termijn waarin de dwangsomprocedure dan wel de schadevergoedingsprocedure wordt afgerond. Niets staat een combinatie van de twee echter in de weg, zeker voor verzoekers die normaal gezien niet van plan waren om naar de gewone rechter te trekken voor een bijkomend herstel.

Het is niet duidelijk op basis van de wet of de Raad ook een hogere dwangsom mag toekennen dan het bedrag gevraagd door de verzoeker, al is er rechtspraak die erop wijst dat de Raad daar geen probleem in zou zien.<sup>58</sup>

Artikel 36, § 3, tweede alinea RvS-Wet voorziet dat de partij op wiens verzoek de oorspronkelijke dwangsom werd aangevraagd, een verhoging van de dwangsom (of een bijkomende dwangsom, wanneer het ging om een eenmalig bedrag) kan vragen “wanneer de overheid manifest in gebreke blijft uitvoering te geven aan het vernietigingsarrest”. De mogelijkheid om de dwangsom te verhogen, werd bij de recente hervorming ingevoerd n.a.v. een arrest van het Grondwettelijk Hof van 18 oktober 2012.<sup>59</sup> In dit arrest constateerde het Hof dat het niet-voorzien in de mogelijkheid om de dwangsom te verhogen, de verzoeker discrimineerde t.o.v. de verwerende partij, die de verlaging en de opheffing van de dwangsom kan vragen op basis van artikel 36, § 3, eerste alinea RvS-Wet:

58. RvS 18 december 1997, nr. 70.412, *Bockstaal*.

59. Het Hof stelde een lacune vast, maar kwam eveneens tot de conclusie dat deze door de Raad van State zelf kon worden opgevuld, wat ook gebeurde in het arrest *Zeeuws* van 6 mei 2013, nr. 223.385. GwH 18 oktober 2012, nr. 122/2012, noot J. VAN COMPERNOLLE en G. DE LEVAL, “Une importante contribution de la Cour constitutionnelle à l’évolution du droit de l’astreinte”, *JLMB* 2013, 332-336.

*“De kamer die de dwangsom heeft uitgesproken kan, op verzoek van de veroordeelde overheid, de dwangsom opheffen, de looptijd ervan opschorten gedurende een door haar vast te stellen termijn of de dwangsom verminderen in geval van blijvende, tijdelijke of gedeeltelijke onmogelijkheid voor die overheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen. Voor zover de dwangsom opgelegd is voordat er sprake was van deze onmogelijkheid, kan de kamer de dwangsom niet opheffen, noch verminderen”.*<sup>60</sup>

Vreemd in die laatste zin is dat de opheffing of verlaging van de dwangsom uitgesloten wordt wanneer de onmogelijkheid zich voordoet nadat de dwangsom is “opgelegd”. S. LUST leest hierin “verbeurd”<sup>61</sup> i.p.v. “opleggen”, wat ook de meest logische lezing is: het alternatief houdt geen steek en zou *de facto* elke vermindering of opheffing uitsluiten. In het oude artikel werd ook letterlijk het woord verbeurd gebruikt, het is niet duidelijk waarom men dit in de nieuwe versie gewijzigd heeft.

Tot slot past het in het raam van deze bespreking van de financiële kant van de zaak om nog kort te verwijzen naar de rechtsplegingsvergoeding die elders in dit boek uitgebreid wordt behandeld. In een arrest van 26 juni 2014 stelde de Raad:

*“Het koninklijk besluit van 2 april 1991 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State inzake het bevel en de dwangsom, zoals laatst gewijzigd door het koninklijk besluit van 3 februari 2014 tot wijziging van diverse besluiten betreffende de procedure voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, bepaalt dat een aantal artikelen van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (algemene procedureregeling) van toepassing zijn (artikelen 9, 12, 14, 16 en 18 van het voornoemde koninklijk besluit). De artikelen 66 en 67 van de algemene procedureregeling, waarin sprake is van de kosten en meer bepaald van de rechtsplegingsvergoeding, komen daarin niet voor”.*<sup>62</sup>

De regeling i.v.m. de rechtsplegingsvergoeding is dus niet van toepassing op de dwangsomprocedure.

60. Een dwangsom kan niet worden ingetrokken: in deze optie is niet voorzien bij wet en werd ook door de Raad van State in zijn rechtspraak uitgesloten. S. LUST, “Injunctie en dwangsom voor de Raad van State” in M. VAN DAMME (ed.), *De hervorming van de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2014, 176-177.

61. S. LUST, “Injunctie en dwangsom voor de Raad van State” in M. VAN DAMME (ed.), *De hervorming van de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2014, 176.

62. RvS 26 juni 2014, nr. 227.883, *Denayer*.

## G. De bestemming van de dwangsom

Het onderscheid tussen subjectief en objectief recht ligt aan de basis van heel wat discussies en verwarring, en werd bij de invoering van het dwangsomcontentieux ook aangegrepen om te verantwoorden dat de dwangsom niet aan de verzoeker, maar wel aan een speciaal fonds zou toekomen:

*“De rechtvaardiging van de vereffening ten voordele van een bijzonder fonds ligt in het feit dat een uitkering van de dwangsom aan de verzoeker zou neerkomen op een verrijking van deze laatste. Dit kan niet de bedoeling zijn van een dwangsom. Aldus wordt ook duidelijk gesteld dat deze dwangsom geen subjectieve rechten in hoofde van de rechtszoekende doet ontstaan”.*<sup>63</sup>

Zelfs indien men vasthoudt aan het onderscheid tussen objectieve en subjectieve rechten, is het belangrijk om in overweging te nemen dat dit onderscheid betrekking heeft op de rechtsmacht van de Raad van State, maar niet echt kan uitsluiten dat een uitspraak van de Raad van State subjectieve rechten doet ontstaan voor de verzoeker, zelfs indien de dwangsom buiten beschouwing wordt gelaten. Het onderscheid tussen objectief en subjectief recht is bepalend voor de rechtsmacht van de Raad van State (mits enige nuance), waarbij het niet het eigenlijke doel van de verzoeker mag zijn om een subjectief recht erkend te zien. De vernietiging op zich houdt echter voor de verzoeker het subjectief recht in om het arrest uitgevoerd te zien. Er is een verschil tussen het onderzoeken van het bestaan of de omvang van een subjectief recht, wat in theorie niet tot de rechtsmacht van de Raad van State behoort, en het creëren van een subjectief recht op een correcte uitvoering van het vernietigingsarrest, wat een onvermijdelijk gevolg lijkt van het gezag van gewijsde.

Ondanks de pogingen van de wetgever om elke zweem van subjectieve rechten te vermijden, moest het Grondwettelijk Hof, op aandringen van een verwerende overheid voor de Raad van State, zich in 2014 buigen over de volgende prejudiciële vraag:

*“Schendt artikel 36 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, door aan de Raad van State de bevoegdheid te verlenen zijn arresten, onder bepaalde voorwaarden, vergezeld te doen gaan van een dwangsom en zodoende zich uit te spreken over subjectieve rechten, niet de artikelen 144 en 145 van de Grondwet, 6 en 13 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, in samenhang gelezen met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre het een verschil in behandeling instelt dat niet objectief en redelijk kan worden verantwoord en dat onevenredige gevolgen met zich meebrengt op het vlak van daadwerkelijke jurisdictionele bescherming tussen de rechtzoekenden die over hun subjectieve rechten uitspraak kunnen laten doen door rechtscolleges van de rechterlijke orde die een bevoegdheid*

63. MvT bij het ontwerp van wet voor de wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973 en de wet van 5 april 1955 inzake de wedden van de ambtsdragers bij de Raad van State, 7-8.

*van volle rechtsmacht bezitten en in beginsel aan de dubbele aanleg zijn onderworpen (artikel 1385bis van het Gerechtelijk Wetboek) en de rechtzoekenden die onderworpen zijn aan de dwangsommen uitgesproken door de Raad van State in het kader van een in eerste en laatste aanleg uitgeoefende strikte wettigheidstoetsing”?*

Na bevestigd te hebben dat *“het recht op een daadwerkelijke uitvoering van rechterlijke uitspraken behoort tot de fundamentele grondslagen waarop een rechtsstaat is gebaseerd”*<sup>64</sup> benadrukt het Hof eveneens met verwijzing naar de rechtspraak van het EHRM het belang van de uitvoering van de rechterlijke uitspraak in het administratief contentieux. Over het al dan niet subjectief karakter van de veroordeling tot dwangsom stelt het Hof:

*“B.11. Net zoals de dwangsom uitgesproken door de rechtscolleges van de rechterlijke orde heeft de door de Raad van State opgelegde dwangsom tot doel de inachtneming te waarborgen van het gezag van gewijsde van de arresten die hij uitspreekt. In tegenstelling met wat de tussenkomende partij voor de verwijzende rechter beweert, gaat het, wanneer een dergelijke beslissing wordt genomen, niet erom te erkennen dat subjectieve rechten zijn geschonden.*

***Immers, zoals het Hof in B.4.2 heeft vermeld, kan geen enkele dwangsom worden uitgesproken indien zij niet wordt voorafgegaan door een vernietigingsarrest uitgesproken door de Raad van State. Het is dus met de aard van het aldus door de Grondwetgever aan de bevoegdheid van de Raad van State toevertrouwde vernietigingscontentieux alsook met de draagwijdte van de arresten die hij wijst, dat rekening dient te worden gehouden om de aard te bepalen van de dwangsom, opgevat als een instrument dat noodzakelijk is voor de effectiviteit van dergelijke arresten.***

*Zoals het Hof in B.5 heeft vermeld, beoogt de mogelijkheid die aan de Raad van State is verleend om een dwangsom op te leggen, het herstel van de wettigheid en een daadwerkelijke jurisdictionele bescherming te waarborgen, los van elke beoordeling in verband met het bestaan van eventuele schuld of schade. De dwangsom uitgesproken door de Raad van State belet overigens niet dat, krachtens de bevoegdheden die hun bij de artikelen 144 en 145 van de Grondwet zijn toegewezen, een vordering tot dwangsom die een vergoedend karakter heeft, kan worden ingesteld bij de rechtscolleges van de rechterlijke orde zelf”.*

Hoewel het Grondwettelijk Hof ook hier twijfel laat bestaan rond het al dan niet vergoedend karakter van een dwangsom voor de burgerlijke rechter (waar de dwangsom immers ook niet bedoeld is als schadevergoeding voor de verzoeker, maar als drukkingsmiddel dat de uitvoering moet verzekeren en bijgevolg niet noodzakelijk in verhouding moet staan tot de mogelijke schade van de verzoeker<sup>65</sup>), is de dwangsom bij de Raad van

64. GwH 27 maart 2014, nr. 56/2014, B.5.

65. Deze blijvende verwarring vindt misschien haar (verre) oorsprong in de praktijk die door de burgerlijke rechter werd gehanteerd voor de invoering van de dwangsom in het burgerlijk procesrecht. S. LUST, “De dwangsom voor de Raad

State net zomin als bij de gewone rechter een schadevergoeding, maar een accessoire veroordeling bedoeld om de uitvoering van de hoofdveroordeling te verzekeren.

De dwangsom is dus geen vorm van schadevergoeding voor de verzoekende partij. Toch bleek het bij de invoering van de dwangsom bij de Raad van State moeilijk voor de wetgever om het idee van een schadevergoeding van zich af te schudden: de mogelijkheid om de verzoeker een som geld toe te kennen, zelfs buiten het raam van een schadevergoeding om, bleek te verdacht in het licht van artikelen 144 en 145 Gw. Hoewel dit strikt genomen niet juridisch noodzakelijk was, werd toch besloten dat het bedrag van de dwangsom niet aan de verzoeker zou toekomen. Deze beperking werd als volgt gekaderd: *“Deze waarborgen doen helemaal geen afbreuk aan de doeltreffendheid van de dwangsom, maar bieden vooral een grotere rechtsbescherming voor zowel de burger als de overheid”*.<sup>66</sup>

Meer dan 20 jaar later bleek dit echter een te optimistische opvatting, zoals te lezen valt in de voorbereidende werken n.a.v. de hervorming van de procedure voor de Raad van State: *“Thans wordt de dwangsom uitgevoerd op vordering van de verzoekende partij en door tussenkomst van de minister van Binnenlandse zaken. Er wordt bepaald dat ze wordt toegewezen aan een begrotingsfonds bestemd voor de modernisering van de organisatie van de bestuursrechtspraak. Echter, deze procedure is momenteel vrij onaantrekkelijk, want zelfs als er een dwangsom wordt bevolen door de Raad van State, zal die uiteindelijk volledig worden toegewezen aan een begrotingsfonds waarvan de werking kan worden verbeterd. De voorgestelde wijziging zal er dus toe bijdragen om aan voornoemde onaantrekkelijkheid te verhelpen”*.<sup>67</sup>

Nu de Raad van State bovendien zelf de rechtsmacht kreeg een schadevergoeding tot herstel toe te kennen, houdt deze redenering nog minder steek. Het is dan ook, althans op theoretisch vlak, moeilijk te begrijpen waarom de wetgever het bij de recente hervorming van de dwangsom het nodig vond om het toekennen van de dwangsom aan de verzoeker te beperken tot de helft van het totaalbedrag. Indien er geen theoretische bezwaren zijn tegen de toekenning van de helft, wordt het juist moeilijker om te verantwoorden dat er nog steeds een deel naar de staat terugvloeit. In een arrest van 9 april 2015 had het EHRM bovendien ernstige bedenkingen bij een dwangsommechanisme waarbij het geld niet aan de verzoeker, maar aan een overheidsfonds toekomt. Het Hof stelde vast dat artikel 6 EVRM geschonden was omdat de Franse overheid, ondanks een definitieve veroordeling, nog steeds geen sociale huisvesting geregeld had voor de verzoekende partij. Het argument dat er wel een dwangsom

→ van State” in E. BREMS, K. BROECKX en G. DEBERSAQUES (eds.), *Goed procesrecht – Goed procederen, XXIXste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2004, 141.

66. MvT bij het ontwerp van wet voor de wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973 en de wet van 5 april 1955 inzake de wedden van de ambtsdragers bij de Raad van State, 8.

67. Wetsontwerp houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State, MvT, *Parl.St.* Senaat 2012-13, 5/2266/1, 27.

betaald was, kon het Hof niet overtuigen, o.a. net omdat die dwangsom niet aan de verzoeker zelf toekwam.<sup>68</sup>

Een van de meest opvallende recente voorbeelden van een dwangsom (weliswaar in het schorsingscontentieux) betreft het arrest *Peeters*, waarin de Raad van State, na verschillende schorsingsarresten, een dwangsom van 1 250 euro per dag koppelde aan het bevel om een A-attest, al dan niet met remediëringwerk, toe te kennen. Een opvallende krantentitel toont duidelijk aan dat de gevolgen van de dwangsom bij de Raad van State niet goed gekend zijn bij het ruimere publiek: “*School moet gezakte leerling 1 250 euro per dag betalen*”<sup>69</sup> impliceert dat men ervan uitgaat dat de verzoeker ook effectief “profiteert” van de dwangsom. Juist door deze misvatting kan echter worden geredeneerd dat de verzoeker twee keer schade ondervindt van het systeem waarbij het bedrag (gedeeltelijk) toekomt aan het begrotingsfonds: niet alleen ontvangt de verzoeker minder geld indien de dwangsom wordt uitgevoerd, tegelijk ontstaat de perceptie (die al vrij sterk is m.b.t. procedures voor de Raad van State) dat hij niet alleen klaaggraag maar ook hebzuchtig is.

## H. Tenuitvoerlegging

De bepalingen van het vijfde deel van het Gerechtelijk Wetboek die op het beslag en de tenuitvoerlegging betrekking hebben, zijn eveneens van toepassing op de tenuitvoerlegging van de dwangsommen opgelegd door de Raad van State (art. 36, § 4 RvS-Wet). De gedwongen tenuitvoerlegging van de dwangsom is mogelijk, binnen de beperkingen opgelegd door artikel 1412*bis* Ger.W. Daarnaast is de tenuitvoerlegging ook nog bemoeilijkt doordat niet de verzoeker zelf, maar de minister van Binnenlandse Zaken moet instaan voor de procedure (art. 36, § 5 RvS-Wet). Hoewel de minister in principe niet anders kan dan ingaan op de vraag van de verzoeker om over te gaan tot de tenuitvoerlegging, ontstaat door deze extra stap een bijkomend risico dat de overheid (eventueel in een andere gedaante) de uitvoering van het vernietigingsarrest kan vertragen en uiteindelijk verhinderen.

### § 2. Dwangsom in het schorsingscontentieux

*Supra* werd reeds verwezen naar de ophefmakende zaak *Peeters*, waarin de Raad een dwangsom oplegde aan een school die weigerde een A-attest (al dan niet met remediërende proeven) toe te kennen aan een leerlinge, hoewel die school er in meerdere voorafgaande pogingen nooit in slaagde een alternatief te motiveren. Dit arrest is een voorbeeld van het meest voorkomende dwangsomcontentieux bij de Raad van State: de dwangsom die in het raam van een schorsingsprocedure wordt gevraagd. Dit kan zowel ter voorkoming

68. EHRM 9 april 2015, nr. 65829/12, *Tchokontio Happi/Frankrijk*, § 47.

69. X., “School moet gezakte leerling 1 250 euro per dag betalen”, [www.nieuwsblad.be/cnt/dmf20121115\\_00369494](http://www.nieuwsblad.be/cnt/dmf20121115_00369494), 15 november 2012.

van een verdere uitvoering van de bestreden bestuurshandeling, als ter ondersteuning van eventuele voorlopige maatregelen. In die zin is het sinds de hervorming van 2014 niet langer helemaal correct om van het “schorsingscontentieux” te spreken: voorlopige maatregelen kunnen sindsdien ook los van de schorsing worden gevraagd.<sup>70</sup>

Een belangrijk verschil met de dwangsom in het annulatiecontentieux is dat de dwangsom op basis van artikel 17, § 8 RvS-Wet onmiddellijk in hetzelfde arrest wordt opgelegd als de schorsing en/of de voorlopige maatregelen. De dwangsom is dan ook bedoeld om er preventief voor te zorgen dat de overheid de maatregelen uitvoert of de schorsing respecteert en niet overgaat tot de uitvoering van de geschorste bestuurshandeling.<sup>71</sup> Op het moment van de uitspraak van de Raad is er dus nog geen sprake van een niet-uitvoering door de overheid, al kan uit de omstandigheden reeds blijken dat er een grote kans is dat de overheid niet noodzakelijk het arrest zal volgen. De Raad, die het gebruik van het werkwoord “kunnen” in artikel 17, § 8 interpreteert als een teken van zijn ruime appreciatiebevoegdheid, heeft van deze redenering een soort bijkomende voorwaarde voor het opleggen van een dwangsom gemaakt. In de rechtspraak wordt immers meestal vereist dat de verzoeker de onwil van de verwerende partij kan aantonen.<sup>72</sup> In de praktijk zijn de omstandigheden die op die onwil duiden, net de elementen die ervoor zorgen dat de dwangsom in het schorsingscontentieux niet verhindert dat er meerdere arresten nodig zijn om een goede rechtsbescherming te verzekeren. Een andere element dat hierbij (misschien nog meer dan in het annulatiecontentieux) speelt, is de vaststelling dat de welwillendheid van de overheid niet noodzakelijk een goede indicatie is voor de nood aan een dwangsom: de overheid kan immers, zelfs met de beste bedoelingen, niet altijd verhinderen dat bv. een vergunningsaanvrager de bouwwerken, ondanks de schorsing van de vergunning, toch opstart.<sup>73</sup>

Behalve dit element vertoont deze dwangsomprocedure veel gelijkenissen met de dwangsom in het annulatiecontentieux, het gevolg van een bewuste keuze van de wetgever, die in artikel 17, § 8 voor de modaliteiten van de dwangsom doorverwijst naar artikel 36, § 2 tot § 5 RvS-Wet.

70. De verschillende mogelijkheden zijn uitgewerkt in het grondig herschreven art. 17 RvS-Wet, waarvan § 8 de dwang-sommogelijkheid voorziet bij zowel de schorsing als het opleggen van voorlopige maatregelen.

71. RvS 19 januari 2009, nr. 189.535, *Petre*.

72. Zie bv. RvS 17 september 2010, nr. 207.405 en 12 oktober 2010, nr. 208.067, *Declercq*; RvS 11 september 2012, nr. 220.567, *Wallays*.

73. J.-F. NEURAY, “Considérations sur l’exécution des arrêts du Conseil d’Etat” in B. BLÉRO, *Le Conseil d’Etat de Belgique, cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Brussel, Bruylant, 1999, 813.



### § 3. *Dwangsom voor het niet-neerleggen van het administratief dossier*

Naast de dwangsommen in het annulatie- en schorsingscontentieux, voorziet de RvS-Wet, in artikel 21, vijfde alinea RvS-Wet, de mogelijkheid om tijdens een procedure voor de afdeling Bestuursrechtspraak een dwangsom op te leggen om de neerlegging van het administratief dossier te bekomen. Dit kan ambtshalve of op verzoek van het auditoraat of een partij.

De details zijn geregeld in artikel 19 van het KB van 2 april 1991.

## AFDELING 4. DWANGSOM BIJ ANDERE ADMINISTRATIEVE RECHTSCOLLEGES

In het decreet van 4 april 2014 betreffende de organisatie en de rechtspleging van sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges (BS 1 oktober 2014) groepeert de Vlaamse decreetgever de procedureregels voor verschillende Vlaamse administratieve rechtscolleges. Voor twee van deze rechtscolleges, nl. de Raad voor Vergunningsbetwistingen en het Milieuhandhavingcollege, formuleert dit decreet ook een injunctie- en dwangsombevoegdheid. De Raad voor Vergunningsbetwistingen had al sinds zijn ontstaan een injunctiebevoegdheid op basis van artikel 4.8.2, derde alinea VCRO:

*“Als de Raad een beslissing vernietigt, kan hij het bestuur dat de vernietigde beslissing nam, bevelen om een nieuwe beslissing te nemen binnen de termijn die hij bepaalt. De Raad kan daarbij:*

*1° welbepaalde onregelmatige motieven of kennelijk onredelijke motieven aanwijzen die bij de totstandkoming van de nieuwe beslissing niet kunnen worden betrokken;*

*2° specifieke rechtsregelen of rechtsbeginselen aanwijzen die bij de totstandkoming van de nieuwe beslissing moeten worden betrokken;*

*3° de procedurele handelingen omschrijven die voorafgaand aan de nieuwe beslissing moeten worden gesteld”.*

Het nieuwe artikel 37 lijkt sterk gebaseerd op deze bepaling:

#### **Art. 37.**

*Na gehele of gedeeltelijke vernietiging kan een Vlaams bestuursrechtcollege als vermeld in artikel 2, 1°, a) en b), de verwerende partij bevelen om met inachtneming van de overwegingen opgenomen in zijn uitspraak een nieuwe beslissing te nemen of een andere handeling te stellen. Het kan een termijn opleggen voor de uitvoering van dat bevel.*

*Een Vlaams bestuursrechtscollege als vermeld in artikel 2, 1°, a) en b), kan daarbij de volgende voorwaarden opleggen:*

*1° welbepaalde rechtsregels of rechtsbeginselen moeten bij de totstandkoming van de nieuwe beslissing worden betrokken;*

*2° welbepaalde procedurele handelingen moeten voorafgaand aan de nieuwe beslissing worden gesteld.*

Vreemd genoeg voorziet noch de oude, noch de nieuwe bepaling in de hypothese van de onthoudingsplicht, die nochtans wel formeel vermeld wordt in de RvS-Wet. Dit is i.h.b. vreemd omdat het decreet het opleggen van een dwangsom expliciet koppelt aan het bestaan van een injunctie op basis van artikel 37, waardoor ook de dwangsombevoegdheid beperkt lijkt te zijn tot de hypothese van een handelingsplicht:

**Art. 38.**

*§ 1. Een Vlaams bestuursrechtscollege als vermeld in artikel 2, 1°, a) en b), kan bij ingebreke blijven van de verwerende partij, op **verzoek van een partij** bepalen dat de verwerende partij, zolang ze niet voldoet aan een bevel, gegeven met toepassing van artikel 37, een dwangsom verbeurt ten voordele van de partij die om de oplegging van een dwangsom heeft verzocht.*

*Het verzoek is slechts ontvankelijk wanneer de verzoeker de verwerende partij bij een beveiligde zending tot het nemen van een nieuwe beslissing heeft aangemaand en ten minste drie maanden vanaf de kennisgeving van het vernietigingsarrest verlopen zijn. De dwangsom kan niet worden verbeurd alvorens het arrest waarbij zij is vastgesteld, wordt betekend.*

*§ 2. Een Vlaams bestuursrechtscollege kan de dwangsom hetzij op een bedrag ineens, hetzij op een bedrag per tijdseenheid of per overtreding vaststellen. In de laatste twee gevallen kan een Vlaams bestuursrechtscollege eveneens een bedrag bepalen waarboven geen dwangsom meer verbeurd wordt.*

*§ 3. De kamer die de dwangsom heeft opgelegd kan op vordering van de verwerende partij de dwangsom opheffen, de looptijd ervan opschorten gedurende een door haar te bepalen termijn of de dwangsom verminderen in geval van blijvende of tijdelijke of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de verwerende partij om aan het bevel gegeven met toepassing van artikel 37 te voldoen. Voor zover de dwangsom verbeurd was voordat de onmogelijkheid intrad, kan de kamer haar niet opheffen of verminderen.*

*De partij op wiens verzoek reeds een dwangsom werd opgelegd kan vragen om een bijkomende dwangsom op te leggen of om de opgelegde dwangsom te verhogen als de verwerende partij manifest in gebreke blijft uitvoering te geven aan het bevel, gegeven met toepassing van artikel 37.*

*§ 4. De bepalingen van het vijfde deel van het Gerechtelijk Wetboek die op het beslag en de tenuitvoerlegging betrekking hebben, zijn van overeenkomstige toepassing op de tenuitvoerlegging van het arrest waarbij een dwangsom is opgelegd.*

Voor deze dwangsom blijft het systeem van de wachttermijn behouden, wat lijkt te bevestigen dat een injunctie niet meer kan worden gevraagd na de annulatieprocedure. De mogelijkheid om de dwangsom per overtreding vast te stellen, lijkt vreemd aangezien een dergelijk mechanisme vooral toepasbaar is op schendingen van de onderhoudingsplicht, een hypothese waarin deze dwangsom nochtans niet mogelijk lijkt. In datzelfde opzicht lijkt het vreemd dat in de memorie van toelichting wordt bevestigd dat de dwangsom “*enkel curatief en niet anticipatief*” is<sup>74</sup>, terwijl een dwangsom in het raam van het miskennen van een handelingsplicht altijd een beetje anticipatief is. Deze opmerking kan waarschijnlijk verklaard worden door het noodzakelijk verband tussen een injunctie (hoogstwaarschijnlijk met tijds kader) en een dwangsom, én door het behoud van de wachttermijn in het raam van de dwangsomprocedure. Een ander verschil met de procedure voor de Raad van State is dat het vragen van een dwangsom niet beperkt is tot de partij die de vernietiging vroeg: het decreet verwijst enkel naar “een partij” en in de memorie van toelichting wordt uitdrukkelijk bevestigd dat dit zowel naar de verzoekende als naar een tussenkomende partij kan verwijzen.<sup>75</sup>

Specifiek voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen werd ook voorzien in een dwangsom in het raam van het schorsingscontentieux:

**Art. 40.**

*§ 1. Met behoud van de toepassing van artikel 14 kan de Raad voor Vergunningsbetwistingen, op voorwaarde dat de vordering tot schorsing is ingegeven door hoogdringendheid en op grond van een of meer ernstige middelen, een bestreden beslissing schorsen bij wijze van voorlopige voorziening.*

...

*§ 4. Het arrest dat de schorsing of de voorlopige schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing beveelt kan op verzoek van een partij een dwangsom opleggen aan de verwerende partij ten voordele van de partij die om de oplegging van de dwangsom heeft verzocht. In dat geval is artikel 38, §§ 2 tot en met 4, van toepassing.*

Tot slot kan nog worden opgemerkt dat i.t.t. de dwangsom bij de Raad van State, de dwangsommen op basis van het decreet bestuursrechtscolleges toekomen aan de verzoeker.<sup>76</sup> Op Vlaams niveau bestaat dus minder terughoudendheid op dat vlak dan op federaal niveau. Nochtans gaat het ook hier om een dwangsom opgelegd aan (mogelijk) vermogende overheden. Het risico op “verrijking”, indien dit al bestaat, zou dus niet

74. MvT bij het ontwerp van decreet betreffende de organisatie en de rechtspleging van sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges, *Parl.St.* VI.Parl. 2013-14, nr. 2383-1, 42.

75. MvT bij het ontwerp van decreet betreffende de organisatie en de rechtspleging van sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges, *Parl.St.* VI.Parl. 2013-14, nr. 2383-1, 43.

76. MvT bij het ontwerp van decreet betreffende de organisatie en de rechtspleging van sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges, *Parl.St.* VI.Parl. 2013-14, nr. 2383-1, 11.

echt mogen verschillen van de situatie bij de Raad van State. In dat raam kan bovendien worden opgemerkt dat er niet in een maximumbedrag werd voorzien. Ondanks het voorstel van de afdeling Wetgeving van de Raad van State om de dwangsomregeling af te stemmen op de regeling voor de Raad van State (en de bevestiging in de memorie van toelichting dat dit gebeurd zou zijn<sup>77</sup>) blijft er dus toch nog een aantal belangrijke verschillen bestaan. Sommige verschillen werken in het voordeel van de rechtzoekende (zoals het integraal toekennen van de dwangsom en het ontbreken van een maximumbedrag), andere doen dan weer de wenkbrauwen fronsen (i.h.b. het ogenschijnlijk ontbreken van de dwangsommogelijkheid in het raam van de onthoudingsplicht én de noodzakelijke koppeling aan een injunctie tijdens de annulatieprocedure, die het gebruik van de dwangsomregeling bij later ontstane uitvoeringsproblemen in de weg lijkt te staan).

## AFDELING 5. CONCLUSIE

I. OPDEBEEK<sup>78</sup> merkte bij de bespreking van de oorzaken van niet-uitvoering van vernietigingsarresten al op dat onwil uitzonderlijk voorkomt “*maar belangrijker zijn de interpretatieproblemen die rijzen bij de uitvoering van het arrest*”. Het zijn bovendien niet enkel de overheden die te kampen hebben met interpretatieproblemen, uit de rechtspraak blijkt dat een groot deel van de dwangsomverzoeken worden afgewezen omdat de verzoeker zélf te hoge verwachtingen had van de gevolgen van de vernietiging. Keer op keer moet de Raad vaststellen dat de verplichtingen van de overheid op basis van de vernietiging in werkelijkheid minder verre gaand zijn dan wat de verzoeker hoopt en dat bijgevolg niet aan die overheid kan worden verweten dat zij het arrest niet volledig heeft uitgevoerd.<sup>79</sup> De situatie waarin veel verzoekers zich denken te vinden (nl. waarbij er slechts een specifieke beslissing het rechtsherstel kan uitmaken) is sinds de hervorming van de procedure net een geval waarin geen dwangsom zal nodig zijn, omdat de Raad van State een beperkte substitutiebevoegdheid kreeg toegemeten.<sup>80</sup>

De rechtspraak van de Raad vertelt een verhaal van onbegrip: het is niet zozeer de aantrekkelijkheid van de dwangsom die het probleem vormt, integendeel: het lijkt erop dat de dwangsom op het eerste gezicht te aantrekkelijk is voor de verzoeker, die er meer van verwacht dan wat er eigenlijk geboden kan worden. Deze redenering

77. MvT bij het ontwerp van decreet betreffende de organisatie en de rechtspleging van sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges, *Parl.St.* VI.Parl. 2013-14, nr. 2383-1, 22.

78. I. OPDEBEEK, “De Raad van State en de dwangsom” in G. DEBERSAQUES *et al.* (eds.), *Rechtsbescherming door de Raad van State. 15 jaar procedurele vernieuwing*, Brugge, die Keure, 2004.

79. Zie bv. RvS 17 maart 2010, nr. 202.017, *Bruggeman*; RvS 6 juli 2010, nr. 206.427, *Zeeuws*; RvS 13 september 2010, nr. 207.321, *Zeeuws*; RvS 19 september 2011, nr. 215.193, *Zeeuws*; RvS 24 oktober 2011, nr. 215.961, *Zeeuws*; RvS 16 april 2012, nr. 218.893, *Zeeuws*; RvS 20 juni 2013, nr. 223.982, *Vandepute*; RvS 24 oktober 2013, nr. 225.230, *Zeeuws*.

80. E. BREWAEYS, “Raad van State procesrechtelijke vernieuwingen deel 1”, *NJW*2014, (426) 441.

kan echter worden doorgetrokken naar het rechtsherstel door de Raad van State in het algemeen: door de beoordelingsvrijheid waarover de overheid in veel gevallen zelfs na een vernietiging nog beschikt, is de kans reëel dat verzoekers op hun honger blijven zitten. Dit is geen kritiek op de werking van de Raad, maar een eenvoudige vaststelling die inherent is aan de rechtsbescherming tegen een overheid die over een zekere beoordelingsvrijheid beschikt. Deze vaststelling is echter wel een goede reden om veel ruimer gebruik te maken van de middelen die de Raad van State, maar ook (in mindere mate) sommige Vlaamse administratieve rechtscolleges kregen om de gevolgen van hun arresten te verduidelijken. In dat raam is het jammer om vast te stellen dat bv. bij de toepassing van de vingerwijzingen ogenschijnlijk het initiatief van de Raad zelf verloren ging. Meer nog, in een recent arrest oordeelde de Raad dat er geen toepassing van artikel 35/1 kan worden gemaakt wanneer er geen reden is om interpretatie- of uitvoeringsmogelijkheden te verwachten.<sup>81</sup> De redenering van de Raad houdt in dat vingerwijzingen niet passen wanneer de gevolgen duidelijk zijn. Vanuit een proceseconomisch perspectief lijkt het echter verkieslijk om in dergelijke gevallen gewoon deze gevolgen te vermelden, zonder tijd te besteden aan een discussie over het mogelijk ontstaan van interpretatie- en uitvoeringsmoeilijkheden. Bovendien riskeert de Raad om hier, net als bij het opleggen van bv. voorlopige maatregelen of injuncties, door het evalueren van de (on)wil van de overheid een negatieve bijklank te kleven aan het opleggen van vingerwijzingen.

Misschien dat ook het schadevergoedingscontentieux hierin iets kan veranderen, in die zin dat er sneller een indruk van rechtsherstel zou kunnen ontstaan én er een meer uitgebreide discussie zou moeten komen over de inhoud van het rechtsherstel. Bij verschillende dwangsomprocedures krijgt men immers de indruk dat er vooral een soort frustratie heerst, die meer met de beperkte rechtsherstellende gevolgen van een vernietiging te maken hebben, dan met het gebrek aan uitvoering op zich.

---

81. RvS 17 december 2014, nr. 229.582, *Polle*.



## **DEEL 6.**

# **HET RECHT OP EEN EERLIJK PROCES VOLGENS ARTIKEL 6 VAN HET EUROPEES VERDRAG VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS**





# **HET RECHT OP EEN EERLIJK PROCES VOLGENS ARTIKEL 6 VAN HET EURO- PEES VERDRAG VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS**

Paul LEMMENS  
Rechter Europees Hof voor de Rechten van de Mens  
Gewoon hoogleraar (deeltijds) KULeuven



## AFDELING 1. INLEIDING

1. In deze uiteenzetting zal een overzicht gegeven worden van een aantal basiskennmerken van het recht op een eerlijk proces, zoals dit gewaarborgd is bij artikel 6 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM).

Het eerbiedigen van het recht op een eerlijk proces is in Europa geen evidentie. In zijn tweede verslag over de staat van de democratie, de rechten van de mens en de rechtsstaat in Europa uitte de secretaris-generaal van de Raad van Europa zijn bezorgdheid over gebreken in de werking van het gerecht in een aantal lidstaten van de Raad van Europa:

*“(...) I believe that two priority areas for the Council of Europe’s work have emerged.*

*The first is widespread weaknesses within our judiciaries. This is now apparent in over a third of member states. In many cases only poor safeguards against corruption are in place and public trust in the system is weak. We must address this without delay. Honest and decent courts are the bedrock of any healthy democracy. Without them executives cannot be restrained, faith in state authorities plummets, tension ensues and stability cannot be guaranteed.*

*(...)”<sup>1</sup>*

2. Voor de beschrijving van de inhoud van het recht op een eerlijk proces zal uitgegaan worden van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).

Wat bij de rechtspraak over artikel 6 EVRM opvalt, is dat de grote lijnen ervan zijn vastgelegd door het “oude” Hof, dat gefunctioneerd heeft tot 1998. Sinds 1 november 1998 is er het “nieuwe” Hof, dat de functies van het oude Hof en van de voormalige Europese Commissie voor de Rechten van de Mens heeft overgenomen. Dat nieuwe Hof blijkt trouw te zijn aan de vroegere rechtspraak: het herhaalt veelvuldig de beginselen die in de jaren ’70 tot ’90 zijn gesteld, het werkt ze verder uit en preciseert ze, maar het wijkt er nauwelijks van af, en bewandelt ook relatief zelden volledig nieuwe paden.

---

1. COUNCIL OF EUROPE, *State of democracy, human rights and the rule of law in Europe. A shared responsibility for democratic security in Europe, Report by the Secretary General of the Council of Europe*, Straatsburg, april 2015, p. 7. De betrokken staten worden in het verslag niet nader geïdentificeerd.

## AFDELING 2. TOEPASSINGSGEBIED VAN ARTIKEL 6 EVRM

3. Artikel 6 EVRM is van toepassing op bepaalde “burgerlijke” geschillen en op bepaalde “strafrechtelijke” procedures. Niet alle geschillen vallen onder het toepassingsgebied van artikel 6.<sup>2</sup> Alvorens in te gaan op de waarborgen die bij de genoemde verdragsbepaling worden geboden, is een afbakening van het toepassingsgebied ervan dan ook nodig.

### § 1. *Burgerlijk luik*

4. De waarborgen van artikel 6, § 1 EVRM gelden in de eerste plaats voor geschillen over burgerlijke rechten of verplichtingen. Voor de toepasselijkheid van artikel 6, § 1 EVRM in zijn burgerlijk luik moet aldus aan twee voorwaarden zijn voldaan: er moet in de eerste plaats sprake zijn van een geschil over rechten of verplichtingen, en voorts moeten die rechten of verplichtingen van “burgerlijke” aard zijn. Beide voorwaarden worden hierna achtereenvolgens onderzocht.

## A. Geschil over rechten of verplichtingen

### 1. GESCHIL

5. Uitgaande van de Franse tekst van artikel 6, § 1 EVRM (“*contestation*”, door het Hof in het Engels vertaald als “*dispute*”), gaat het Hof ervan uit dat er een “geschil” moet zijn. Die term mag dan wel niet in een te technische zin verstaan worden: het volstaat dat er een vordering is die ter beoordeling aan een rechter kan worden voorgelegd, zonder dat er daarbij noodzakelijk twee tegenstrijdige aanspraken moeten zijn.<sup>3</sup>

Het geschil moet werkelijk en ernstig zijn<sup>4</sup>; het kan betrekking hebben op het bestaan zelf van een recht, op de omvang ervan, of op de wijze van uitoefening ervan.<sup>5</sup>

### 2. RECHTEN EN VERPLICHTINGEN

6. Artikel 6, § 1 EVRM is slechts van toepassing op geschillen over “rechten” of “verplichtingen” waarvan gezegd kan worden, tenminste op verdedigbare gronden, dat ze erkend zijn in het nationale recht; die bepaling waarborgt op zichzelf niet een

2. EHRM 23 juni 1981, *Le Compte, Van Leuven en De Meyere t. België*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 43, § 41.

3. EHRM 23 juni 1981, *Le Compte, Van Leuven en De Meyere*, geciteerd, § 45.

4. De beslechting van kennelijk onontvankelijke of kennelijk ongegronde vorderingen zou dus niet noodzakelijk moeten beantwoorden aan de vereisten van art. 6, § 1 EVRM.

5. EHRM 23 oktober 1985, *Bentham t. Nederland*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 97, § 32.

bepaalde inhoud voor (burgerlijke) rechten en verplichtingen in het materiële recht van de betrokken staat.<sup>6</sup> Uitgangspunt moet dus het nationale recht zijn. Wie geen juridisch been heeft om op te staan, kan zich niet beroepen op de waarborgen van artikel 6, § 1.

### a. Rechten

7. Ook al is het uitgangspunt voor het bestaan van “rechten” bepaald door het nationale recht, het begrip “recht” zelf heeft een autonome betekenis, die onafhankelijk is van de betekenis die daaraan wordt gegeven in het betrokken rechtsstelsel. Zo moet worden aangenomen dat niet enkel “subjectieve rechten” (in de zin van rechten waaraan welbepaalde verplichtingen ten laste van een tegenpartij beantwoorden), maar ook juridisch beschermde belangen gerekend kunnen worden tot de categorie van de “rechten” in de zin van artikel 6, § 1 EVRM. Die vaststelling heeft tot gevolg dat bv. een geschil over de weigering door de overheid van een voordeel (een vergunning, een uitkering ...) aan iemand die aan de wettelijke voorwaarden voldoet om dat voordeel te kunnen krijgen, aanleiding geeft tot een geschil over een “recht”. Het feit dat de overheid daarbij over een bepaalde discretionaire bevoegdheid beschikt, doet hieraan geen afbreuk.<sup>7</sup> Enkel indien het gevraagde voordeel een louter “privilege” is, dat de overheid naar goeddunken kan toekennen of weigeren, kan het niet beschouwd worden als een “recht” in de zin van artikel 6, § 1.<sup>8</sup>

### b. Verplichtingen

8. Het feit dat artikel 6, § 1 EVRM van toepassing kan zijn op geschillen over iemands “verplichtingen”, betekent in de eerste plaats dat niet enkel de eiser in een geding, maar ook de verweerder de waarborgen van artikel 6, § 1 geniet.<sup>9</sup>

Maar het geschil kan ook uitsluitend betrekking hebben op iemands “verplichtingen”, zonder dat er “rechten” van wie ook in het geding zijn. Zo oordeelde het Hof dat artikel 6, § 1 EVRM van toepassing was op een procedure die betrekking had op de verplichtingen van de boekhouder van een school, als rekenplichtige t.a.v. de overheid.<sup>10</sup> Verplichtingen, nl. deontologische verplichtingen, staan voorts centraal in tuchtprocedures. Het is evenwel opvallend dat het Hof het niet over de boeg van de “verplichtingen” gegooid heeft om artikel 6, § 1 EVRM op dergelijke procedures van toepassing te achten: het neemt er genoeg mee dat de tuchtstraf gevolgen kan hebben op bepaalde (burgerlijke) “rechten” van de betrokkene (zie *infra*, nr. 9).

6. EHRM 21 februari 1986, *James et al. t. Verenigd Koninkrijk*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 98, § 81.

7. EHRM (gr. k.) 5 oktober 2000, *Mennitto t. Italië*, §§ 25-27, *ECHR* 2000-X.

8. EHRM (gr. k.) 3 april 2012, *Boulois t. Luxemburg*, §§ 96-101, *ECHR* 2012-II.

9. EHRM 13 juli 1995, *Tolstoy Miloslavsky t. Verenigd Koninkrijk*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 316-B, § 58.

10. EHRM (gr. k.) 12 april 2006, *Martinie t. Frankrijk*, § 26, *ECHR* 2006-VI.

### 3. RECHTEN OF VERPLICHTINGEN ALS VOORWERP VAN HET GESCHIL

#### *a. Geschillen over rechten (of verplichtingen), of over de wettigheid van een inmenging in rechten*

9. Voor de toepasselijkheid van artikel 6, § 1 EVRM is vereist dat de uitkomst van de procedure rechtstreeks bepalend is voor het aangevoerde recht (of de aangevoerde verplichting). Een vaag verband of verre gevolgen zijn niet voldoende om de toepasselijkheid van artikel 6, § 1 EVRM met zich te brengen.<sup>11</sup>

Het spreekt vanzelf dat de uitkomst van de procedure rechtstreeks bepalend is voor rechten of verplichtingen als die rechten of verplichtingen het voorwerp zelf van de procedure zijn.<sup>12</sup> Dat is bv. het geval met een geschil over een subjectief recht, waarbij aan de rechter gevraagd wordt om zich uit te spreken over het bestaan, de omvang of de wijze van uitoefening van dat recht en over de daarmee verband houdende verplichtingen.

De uitkomst van een procedure kan echter ook om andere redenen bepalend zijn voor een recht. Het Europees Hof neemt nl. aan dat artikel 6, § 1 EVRM van toepassing kan zijn op geschillen over de wettigheid van een inmenging in een recht.<sup>13</sup> Een geschil kan bv. betrekking hebben op een overheidshandeling die aan een burger een recht ontnemt of die de uitoefening van een recht beperkt. Ook indien het daartegen ingestelde beroep dat recht zelf niet tot voorwerp heeft, en het integendeel enkel gaat om de wettigheid van de opgelegde maatregel, dan nog is de uitkomst van die procedure bepalend voor dat achterliggende recht.<sup>14</sup> Op die manier kunnen geschillen die behoren tot het zgn. objectief contentieux en tuchtvorderingen onder de toepassing van artikel 6, § 1 vallen.

#### *b. Stadia in de procedure*

10. Artikel 6, § 1 EVRM is van toepassing in alle stadia van de rechtspleging waarbij de uitkomst bepalend is voor de betrokken rechten of verplichtingen. Het is dan ook van toepassing op de appelprocedure, de cassatieprocedure en de eventuele procedure op prejudiciële verwijzing. Buitengewone rechtsmiddelen zoals een verzoek tot herziening of tot heropening van een procedure vallen in beginsel buiten het toepassingsgebied van artikel 6, maar dit kan anders zijn als de betrokken procedure, gelet op de aard, de draagwijdte en de specifieke kenmerken ervan, beschouwd moet worden als een verlenging van de eerder beëindigde procedure.<sup>15</sup>

11. EHRM 23 juni 1981, *Le Compte, Van Leuven en De Meyere*, geciteerd, § 47.

12. *Ibid.*

13. EHRM 23 juni 1981, *Le Compte, Van Leuven en De Meyere*, geciteerd, § 44; EHRM 23 september 1982, *Sporrong en Lönnroth t. Zweden*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 52, § 80.

14. Zie EHRM 19 oktober 2006, *Kök t. Turkije*, § 36.

15. EHRM (gr. k.) 5 februari 2015, *Bochan t. Oekraïne (nr. 2)*, §§ 50 en 53.

Artikel 6, § 1 EVRM is overigens ook van toepassing op geschillen over voorlopige maatregelen, bv. op korte gedingen, indien de gevraagde maatregel effectief betrekking heeft op een (burgerlijk) recht of een (burgerlijke) verplichting, ongeacht de duur waarvoor die maatregel van kracht zal zijn.<sup>16</sup>

## B. Burgerlijk karakter van de betrokken rechten of verplichtingen

**11.** Enkel “burgerlijke” rechten of verplichtingen kunnen de toepasselijkheid van artikel 6, § 1 EVRM met zich brengen.

Het staat vast dat, om uit te maken of een recht of een verplichting “burgerlijk” van aard is, in de zin van de voornoemde bepaling, geen rekening gehouden moet worden met de aard van de betrokken partijen (private personen of openbare overheden), noch met de aard van het toepasselijke objectieve recht (burgerlijk recht, handelsrecht, sociaal recht, administratief recht ...).<sup>17</sup> Met wat dan wel?

Soms wordt gesteld dat enkel de aard van het betrokken recht of de betrokken verplichting bepalend is.<sup>18</sup> Soms wordt daarbij gepreciseerd dat, als een bepaald recht of een bepaalde verplichting zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke aspecten vertoont, het betrokken recht of de betrokken verplichting een “burgerlijk” karakter heeft als de privaatrechtelijke aspecten het zwaarst doorwegen.<sup>19</sup>

In enkele recente arresten lijkt het Hof een soort organiek criterium te hanteren. I.v.m. geschillen over de aanwerving, de loopbaan of de beëindiging van de diensten van personeelsleden van de overheid, neemt het thans aan dat, als het nationale recht voorziet in de mogelijkheid om het geschil over de aangevoerde “rechten” voor een rechter te brengen, die rechten geacht worden “burgerlijk” te zijn.<sup>20</sup> Ook i.v.m. het recht van toegang tot een onderwijsinstelling heeft het Hof aangenomen dat, als het nationale recht voorziet in de erkenning van rechten die in rechte afdwingbaar zijn, die rechten in beginsel beschouwd moeten worden als “burgerlijke” rechten.<sup>21</sup> Of hiermee een nieuwe, algemene trend is ingezet, valt af te wachten.

**12.** Is het misschien niet altijd even gemakkelijk om uit te maken of een bepaald recht of een bepaalde verplichting “burgerlijk” is of niet, dan zijn er toch een aantal rechten waarvan uit de rechtspraak duidelijk blijkt dat ze geen “burgerlijke” rechten zijn. Het

16. EHRM (gr. k.) 15 oktober 2009, *Micallef t. Malta*, § 85, ECHR 2009-V.

17. EHRM 16 juli 1971, *Ringelsen t. Oostenrijk*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 13, § 94.

18. Zie bv. EHRM 28 juni 1978, *König t. Duitsland*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 27, § 90.

19. EHRM 29 mei 1986, *Feldbrugge t. Nederland*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 99, § 40 en *Deumeland t. Duitsland*, o.c., vol. 100, § 74; EHRM (gr. k.) 12 april 2006, *Martinie*, geciteerd, § 26.

20. EHRM (gr. k.) 19 april 2007, *Vilho Eskelinen et al. t. Finland*, § 61, ECHR 2007-IV.

21. EHRM (gr. k.) 16 maart 2010, *Oršuš t. Kroatië*, § 107, ECHR 2010-II.

gaat om rechten die als “politieke” rechten gekwalificeerd kunnen worden. Geschillen waarbij de “harde kern” van het overheidsgezag aan de orde is, ontsnappen aldus aan het toepassingsgebied van artikel 6, § 1 EVRM.<sup>22</sup> Daartoe horen i.h.b. fiscale geschillen<sup>23</sup>, geschillen inzake verkiezingen<sup>24</sup>, geschillen inzake het statuut van personeelsleden van de overheid die zelf deelnemen aan de uitoefening van het overheidsgezag (tenzij de nationale wetgever ermee ingestemd heeft dat die geschillen aan een rechter voorgelegd kunnen worden, zie *supra*, nr. 11)<sup>25</sup> en geschillen inzake “burgerschap” (asiel, nationaliteit, verblijf).<sup>26</sup> Voor de bedoelde rechten geldt het hiervóór genoemde “organiek criterium” overigens uitdrukkelijk niet.<sup>27</sup>

Het hangt dus enkel van het nationale recht af of voor de bedoelde geschillen een beroep bij een rechter openstaat en zo ja, welke waarborgen de procespartijen daarin genieten.

## § 2. Strafrechtelijk luik

**13.** De waarborgen van artikel 6 EVRM (niet enkel paragraaf 1, maar ook de paragrafen 2 en 3) gelden voorts voor geschillen over de gegrondheid van een strafvervolgging. Ook hier moet voor de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM aan twee voorwaarden voldaan zijn: er moet in de eerste plaats sprake zijn van een “vervolgging” van “strafrechtelijke” aard, en voorts moet het gaan om het vaststellen van de “gegrondheid” van die vervolgging. Beide voorwaarden worden hierna achtereenvolgens onderzocht.

### A. Strafvervolgging

**14.** Opdat het strafrechtelijke luik van artikel 6 EVRM van toepassing zou zijn, moet de betrokkene het voorwerp uitmaken van een tenlastelegging (“*charge*” in het Engels, “*accusation*” in het Frans). Dat is het geval als een persoon er officieel van in kennis is gesteld dat er tegen hem een verdenking bestaat, of als diens toestand substantieel is geraakt door het bestaan van een dergelijke verdenking.<sup>28</sup>

Dit is een feitenkwestie, die niet afhangt van enige formele kennisgeving, al kan het natuurlijk wel een dergelijke kennisgeving zijn die de toepasselijkheid van artikel 6 met zich brengt.

22. Zie EHRM (gr. k.) 12 juli 2001, *Ferrazzini t. Italië*, § 29, ECHR 2001-VII.

23. EHRM (gr. k.) 12 juli 2001, *Ferrazzini*, geciteerd, §§ 29-30.

24. EHRM 21 oktober 1997, *Pierre-Bloch t. Frankrijk, Rép.* 1997-VI, § 51.

25. EHRM (gr. k.) 19 april 2007, *Vilho Eskelinen et al.*, geciteerd, § 62.

26. EHRM (gr. k.) 5 oktober 2000, *Maaouia t. Frankrijk*, § 38, ECHR 2000-X.

27. EHRM (gr. k.) 19 april 2007, *Vilho Eskelinen et al.*, geciteerd, § 61.

28. EHRM 27 februari 1980, *Deweert t. België, Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 35, § 46; EHRM 20 oktober 1997, *Serves t. Frankrijk, Rép.* 1997-VI, § 42; EHRM (gr. k.) 29 juni 2007, *O'Halloran en Francis t. Verenigd Koninkrijk*, § 35, ECHR 2007-III.



15. In de rechtspraak blijkt vooral het al dan niet “strafrechtelijk” karakter van de tenlastelegging tot discussies aanleiding te geven.

Het Hof hanteert in dit verband drie criteria.<sup>29</sup> In de eerste plaats moet worden nagegaan of de bepalingen waarop de tenlastelegging steunt, volgens het nationale recht behoren tot het strafrecht dan wel tot het administratief recht of het tuchtrecht.<sup>30</sup> Als die bepalingen behoren tot het strafrecht, is artikel 6 EVRM normaal van toepassing. Als dat niet het geval is, moet getoetst worden aan het tweede en het derde criterium. Het tweede criterium is dat van de aard van de betrokken tekortkoming. Als het gaat om de overtreding van een algemene verplichting, en niet om een verplichting die slechts geldt voor een bijzondere categorie van personen (bv. een bepaalde beroepsgroep), en als tegen die overtreding wordt opgetreden, niet om het herstel van een bepaalde schade te verkrijgen, maar om de overtreder te straffen, met het oog op het voorkomen van een nieuwe overtreding, is de tenlastelegging normaal strafrechtelijk van aard.<sup>31</sup> Het derde criterium is dat van de aard en de ernst van de straf die de betrokkene kan oplopen.<sup>32</sup> Een vrijheidsberoving of een hoge boete moet normaal tot de conclusie leiden dat de betrokkene het voorwerp is van een tenlastelegging van “strafrechtelijke” aard.

Het tweede en het derde criterium zijn alternatief, niet noodzakelijk cumulatief. Zo kan een administratieve of fiscale tenlastelegging “strafrechtelijk” van aard zijn omwille van de enkele aard van de overtreding, ook al is de mogelijke sanctie eerder licht.<sup>33</sup>

16. Op grond van het tweede en het derde criterium kunnen bepaalde overtredingen die naar intern recht gekwalificeerd worden als administratieve of disciplinaire overtredingen, aanleiding geven tot procedures die binnen het toepassingsgebied van het strafrechtelijk luik van artikel 6 EVRM vallen.

Zo heeft het Hof bv. aangenomen dat verkeersovertredingen, die volgens het recht van de betrokken staat administratief afgehandeld worden en bestraft worden met een administratieve geldboete, de toepassing van artikel 6 EVRM met zich brengen.<sup>34</sup> Hetzelfde geldt voor overtredingen die bestaan in het veroorzaken van een bepaalde overlast of het verstoren van de rust.<sup>35</sup>

29. Die criteria zijn voor het eerst opgesomd in het arrest *Engel* (EHRM 8 juni 1976, *Engel et al. t. Nederland*, *Publ.Eur. Court HR*, reeks A, vol. 22, § 82) en worden daarom vaak de “Engel-criteria” genoemd.

30. EHRM (gr. k.) 9 oktober 2003, *Ezeh en Connors t. Verenigd Koninkrijk*, §§ 90-91, *ECHR* 2003-X.

31. EHRM (gr. k.) 9 oktober 2003, *Ezeh en Connors*, geciteerd, §§ 100-107; EHRM (gr. k.) 23 november 2006, *Jussila t. Finland*, § 38, *ECHR* 2006-XIV.

32. Zie EHRM (gr. k.) 9 oktober 2003, *Ezeh en Connors*, geciteerd, §§ 120-129.

33. EHRM 21 februari 1984, *Oztürk t. Duitsland*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 73, § 54; EHRM (gr. k.) 9 oktober 2003, *Ezeh en Connors*, geciteerd, § 86; EHRM (gr. k.) 23 november 2006, *Jussila*, geciteerd, §§ 31 en 38.

34. EHRM 21 februari 1984, *Oztürk*, geciteerd, § 56.

35. EHRM 2 september 1998, *Lauko t. Slovakije, Rép.* 1998-VI, § 58; EHRM 3 april 2012, *Nicoleta Gheorghe t. Roemenië*, § 26.

Op het domein van het economisch recht en het financieel recht bestaan er instellingen die de activiteiten van ondernemingen controleren. In veel gevallen zijn die instellingen bevoegd om administratieve straffen op te leggen, i.h.b. geldboetes. Ook van de betrokken procedures aanvaardt het Hof dat ze onder de toepassing van artikel 6 EVRM vallen.<sup>36</sup>

Ook fiscale overtredingen, strafbaar met fiscale boetes, kunnen de toepassing van artikel 6 EVRM met zich brengen.<sup>37</sup>

Sommige wetgevingen voorzien in de mogelijkheid voor de strafrechter om, na vaststelling van een bouwovertreiding, het herstel in de vroegere staat te bevelen. In zoverre de rechter een dergelijke maatregel oplegt aan de persoon die schuldig is bevonden aan de bouwovertreiding, moet ze volgens het Hof beschouwd worden als een straf, in de strafrechtelijke zin van het woord.<sup>38</sup> De vraag rijst of die kwalificatie ook nog geldt voor een herstelmaatregel die is opgelegd aan een derde, nl. de persoon die op het ogenblik van de uitspraak eigenaar is van het betrokken onroerend goed; die vraag is thans voorgelegd aan de grote kamer van het Hof.<sup>39</sup>

Ten slotte moet melding gemaakt worden van het feit dat tuchtvorderingen – uitzonderlijk – onder het strafrechtelijk luik van artikel 6 EVRM kunnen vallen. Dit is bv. het geval met tuchtprocedures tegen dienstplichtigen die een vrijheidsberovende straf riskeren<sup>40</sup>, of tegen gedetineerden die een aantal dagen bijkomende vrijheidsberoving riskeren.<sup>41</sup>

**17.** Procedures die eventueel wel met het strafrecht te maken hebben, maar niet met een vervolging, vallen buiten het toepassingsgebied van artikel 6 EVRM.

Zo oordeelde het Hof dat de door het parket bevolen onmiddellijke intrekking van een rijbewijs een preventieve maatregel is, opgelegd om redenen van openbare veiligheid. Een dergelijke maatregel valt buiten het toepassingsgebied van artikel 6 EVRM.<sup>42</sup>

Procedures die betrekking hebben op de uitvoering van een straf vallen evenmin onder de toepassing van artikel 6 EVRM.<sup>43</sup>

---

36. EHRM 27 september 2011, *A. Menarini Diagnostics s.r.l. t. Italië*, § 42; EHRM 4 maart 2014, *Grande Stevens et al. t. Italië*, § 101.

37. EHRM 24 februari 1994, *Bendenoun t. Frankrijk, Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 284, § 47.

38. EHRM 27 november 2007, *Hamer t. België*, § 60, *ECHR* 2007-V.

39. Zaken *G.I.E.M. s.r.l. t. Italië*, nr. 1828/06, *Hotel Promotion Bureau et al. t. Italië*, nr. 34163/07 en *Falgest s.r.l. en Girona t. Italië*, nr. 19029/11, alle drie naar de grote kamer verwezen door een kamer.

40. EHRM 8 juni 1976, *Engel et al.*, geciteerd, § 85. Art. 6 EVRM werd van toepassing geacht op de tuchtvorderingen die konden leiden tot drie of vier maanden opsluiting in een disciplinaire eenheid, maar niet op de tuchtvorderingen die "slechts" konden leiden tot twee dagen strikt arrest.

41. EHRM (gr. k.) 9 oktober 2003, *Ezeh en Connors*, geciteerd, § 103.

42. EHRM (gr. k.) 28 oktober 1999, *Escoubet t. België*, § 39, *ECHR* 1999-VII.

43. EHRM (gr. k.) 17 september 2009, *Enea t. Italië*, § 97, *ECHR* 2009-IV; EHRM (gr. k.) 3 april 2012, *Boulois*, geciteerd, § 85.

Procedures i.v.m. een uitlevering of i.v.m. de tenuitvoerlegging van een Europees aanhoudingsbevel hebben evenmin te maken met de gegrondheid van een strafvervolg-  
ging, en vallen dus niet in het toepassingsgebied van artikel 6 EVRM.<sup>44</sup>

## B. Gegrondheid van de strafvervolg- ing: stadia in de proce- dure

**18.** Het primaire doel van artikel 6 EVRM bestaat erin om een “eerlijk *proces*” te garanderen, d.w.z. een eerlijke behandeling van de zaak voor de rechter die de gegrond-  
heid van de strafvervolg-  
ing moet beoordelen, of m.a.w. de vonnisrechter.

Artikel 6 EVRM kan echter ook al relevant zijn voor de fasen vóór de berechting ten gronde, m.a.w. voor de fasen van het politieonderzoek, het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, indien en voor zover de eerlijkheid van het latere proces ten gronde ernstig in het gedrang dreigt te komen door het niet-eerbiedigen van de waarborgen van artikel 6 in de voorafgaande fasen van de procedure. Uiteraard moet er bij de toepassing van artikel 6 dan wel rekening gehouden worden met de bijzondere kenmerken van die voorafgaande stadia in de procedure.<sup>45</sup>

**19.** Zoals het burgerlijk luik van artikel 6 EVRM (zie *supra*, nr. 10), is ook het strafrechtelijk luik van toepassing in alle stadia van de rechtspleging waarbij de uitkomst bepalend is voor de betrokken rechten of verplichtingen (appelprocedure, cassatiepro-  
cedure en eventuele procedure op prejudiciële verwijzing).

## AFDELING 3. RECHT OP EEN RECHTERLIJKE INSTANTIE

### § 1. Toegang tot een rechter

#### A. Beginsel

**20.** Artikel 6 EVRM voorziet in een reeks waarborgen voor wie betrokken is in een geding voor een rechter. Het bestaan van die waarborgen zou echter veel van zijn praktisch nut verliezen indien een persoon niet het recht zou hebben om een zaak voor een rechter te brengen. Om die reden heeft het Europees Hof uit artikel 6, § 1 EVRM een “recht op een rechterlijke instantie” afgeleid, waarvan het recht van toegang,

44. EHRM (besl.) 16 april 2002, *Peñaafiel Salgado t. Spanje*; EHRM (besl.) 8 januari 2004, *Sardinas Albo t. Italië*, ECHR 2004-I (uittreksels); EHRM (besl.) 7 oktober 2008, *Monedero Angora t. Spanje*, ECHR 2008-IV.

45. EHRM 24 november 1993, *Imbrioscia t. Zwitserland*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 275, § 36; EHRM 8 februari 1996, *John Murray t. Verenigd Koninkrijk, Rép.* 1996-I, § 62; EHRM (gr. k.) 27 november 2008, *Salduz t. Turkije*, § 50, ECHR 2008-V.

d.i. het recht om een zaak aanhangig te maken bij een rechterlijke instantie, een eerste aspect vormt.<sup>46</sup>

Dit recht van toegang tot een rechterlijke instantie is hoofdzakelijk van belang in burgerlijke zaken: het gaat dan meer bepaald om het recht om een vordering inzake burgerlijke rechten of verplichtingen voor een rechter te brengen.<sup>47</sup>

Aangezien artikel 6, § 1 EVRM mede van toepassing is op geschillen over een juridisch beschermd burgerlijk belang of over de wettigheid van een inmenging in een burgerlijk recht (zie *supra*, nrs. 7 en 9), houdt het recht van toegang ook het recht in om een jurisdictioneel beroep in te stellen tegen overheidshandelingen die een inmenging in een burgerlijk recht inhouden.<sup>48</sup>

Voorts verzet het EVRM zich niet ertegen dat geschillen over burgerlijke rechten of verplichtingen of geschillen over de gegrondheid van een strafvervolgning in eerste instantie beslecht worden door een instantie die structureel niet beantwoordt aan de vereisten van artikel 6 EVRM. Dit kan bv. het geval zijn met een bestuursorgaan dat uitspraak doet over een administratief beroep of dat een administratieve sanctie oplegt. Dit kan ook het geval zijn met een tuchtrechtelijke instantie die een tuchtstraf oplegt. Artikel 6 EVRM vereist dan wel dat tegen de betrokken administratieve of disciplinaire beslissing een jurisdictioneel beroep kan worden ingesteld.<sup>49</sup>

**21.** Het recht van toegang tot een rechter impliceert dat er voor het betrokken geschil – dat per hypothese onder de toepassing van artikel 6, § 1 EVRM valt – een rechterlijke instantie moet zijn met bevoegdheid om over dat geschil uitspraak te doen.<sup>50</sup>

De toegang tot de rechter moet bovendien een rechtstreekse toegang zijn. In beginsel moet een persoon dus zelf een vordering kunnen instellen en mag het nationale recht het vorderingsrecht dus niet voorbehouden aan een derde, die dan als vertegenwoordiger van de betrokkene optreedt.<sup>51</sup>

---

46. EHRM 21 februari 1975, *Golder t. Verenigd Koninkrijk*, *Publ.Eur.Court HR*, Series A, vol. 18, § 36.

47. *Ibid.*

48. Zie EHRM 23 september 1982, *Sporrong en Lönnroth*, geciteerd, § 80.

49. Zie, i.v.m. het beroep tegen een beslissing genomen door een administratieve beroepsinstantie, EHRM 28 juni 1978, *König*, geciteerd, § 98; i.v.m. het beroep tegen een beslissing waarbij een administratieve sanctie wordt opgelegd, EHRM 21 februari 1984, *Oztürk*, geciteerd, § 56; i.v.m. het beroep tegen een beslissing waarbij een tuchtstraf wordt opgelegd, EHRM 23 juni 1981, *Le Compte, Van Leuven en De Meyere*, geciteerd, §§ 50-51 en EHRM 10 februari 1983, *Albert en Le Compte t. België*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 58, § 29.

50. EHRM (gr. k.) 28 oktober 1999, *Brunărescu t. Roemenië*, § 65, *ECHR* 1999-VII.

51. EHRM 27 augustus 1991, *Philis t. Griekenland*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 209, § 65; EHRM (gr. k.) 17 januari 2012, *Stanev t. Bulgarije*, §§ 245-246, *ECHR* 2012-I.

De toegang tot de rechter moet niet enkel in theorie bestaan, maar ook in de praktijk. Dit vereiste kan in bepaalde gevallen met zich brengen dat de overheid moet voorzien in een systeem van rechtshulp voor minvermogenden, niet enkel in strafzaken (art. 6, § 3, c EVRM; zie *infra*, nrs. 53-56), maar ook in burgerlijke zaken.<sup>52</sup> Er moet ook opgemerkt worden dat te ingewikkelde procedureregels, die het voor de rechtzoekenden moeilijk maken om binnen de termijn bij de juiste rechter terecht te komen, aan de effectiviteit van het recht van toegang afbreuk kunnen doen.<sup>53</sup>

## B. Beperkingen

**22.** Het recht van toegang tot een rechterlijke instantie is niet absoluut, maar kan beperkt worden. De toegang tot een rechterlijke instantie is trouwens een aangelegenheid die door de overheid geregeld moet worden. Beperkingen mogen evenwel de essentie van het recht van toegang niet aantasten. Zij moeten voorts een wettig doel nastreven en in een redelijk evenredigheidsverband staan tot dat doel.<sup>54</sup>

Beperkingen van het recht van toegang leiden ertoe dat een vordering, als ze toch is ingesteld, onontvankelijk verklaard moet worden. Het gaat o.m. om vormvereisten i.v.m. de wijze waarop een zaak bij een rechter aanhangig gemaakt moet worden of i.v.m. de wijze waarop middelen aan de rechter moeten worden voorgelegd. Dergelijke vereisten zijn op zich niet strijdig met artikel 6, § 1, maar ze mogen wel niet op een te formalistische wijze geïnterpreteerd worden.<sup>55</sup> Ook verjaringstermijnen stellen grenzen aan de uitoefening van het recht van toegang tot een rechter. Een verjaringstermijn die het in feite onmogelijk maakt voor de betrokkene om een ontvankelijke vordering in te stellen, bv. omdat de termijn al verstreken is op het ogenblik dat hij of zij in de voorwaarden verkeert om de vordering in te stellen of op het ogenblik dat het slachtoffer van een mogelijks onrechtmatige daad kennis krijgt van de schade die het lijdt, tast de essentie zelf aan van het recht van toegang tot de rechter.<sup>56</sup>

### § 2. *Jurisdictionele beslechting van het geschil*

**23.** Het recht op een rechterlijke instantie houdt niet enkel het recht in om een vordering bij een rechter in te stellen, maar ook het recht om van die rechter een uitspraak te verkrijgen over het geschil.<sup>57</sup> In beginsel moet dat een uitspraak zijn over de grond van de zaak; zoals hiervoor opgemerkt (nr. 22), is het echter mogelijk dat de vordering

52. EHRM 9 oktober 1979, *Airey t. Ierland*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 32, §§ 24 en 26.

53. EHRM 16 december 1992, *de Geouffre de la Pradelle t. Frankrijk*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 253-B, §§ 33-35.

54. EHRM 28 mei 1985, *Ashingdane t. Verenigd Koninkrijk*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 93, § 57.

55. Voor toepassingen i.v.m. interpretaties door Belgische rechters, zie EHRM 24 februari 2009, *vzw L'Erablière t. België*, §§ 40-43, *ECHR* 2009-II (uittreksel); EHRM 29 maart 2011, *RTBF t. België*, §§ 73-74.

56. EHRM 7 juli 2009, *Stagno t. België*, §§ 33-34; EHRM 11 maart 2014, *Howald Moor et al. t. Zwitserland*, §§ 78-79.

57. EHRM 23 juni 1981, *Le Compte, Van Leuven en De Meyere*, geciteerd, § 51, b.

op grond van een legitieme beperking van het vorderingsrecht onontvankelijk verklaard wordt.

Het spreekt vanzelf dat dit recht van belang is in burgerlijke zaken. Het kan echter ook ingeroepen worden in strafzaken. Hoewel de meeste personen die als verdachte of beklagde betrokken zijn in een strafprocedure allicht eerder blij zullen zijn met het uitblijven van een beslissing over de gegrondheid van de strafvordering, kan het voorkomen dat een verdachte of een beklagde een uitspraak van de rechter wenst, bv. om zijn naam te zuiveren, of eenvoudig om niet te lang in de onzekerheid over zijn lot te blijven. Het Europees Hof heeft dan ook aangenomen dat er een principieel recht bestaat op een uitspraak van de strafrechter, eenmaal de strafvordering is ingesteld.<sup>58</sup>

**24.** De beslissingsmacht van de rechter moet van die aard zijn dat hij alle aspecten van het geschil kan beoordelen<sup>59</sup>, of m.a.w. dat hij de vordering of de strafvordering zowel in feite als in rechte kan beoordelen.<sup>60</sup>

Een beoordelingsmacht die beperkt is tot een beoordeling in rechte, zoals typisch het geval is met die van een cassatierechter, volstaat niet. Hieruit volgt dat zowel de procedure voor feitenrechter (in laatste aanleg) als die voor de wettigheidsrechter moet beantwoorden aan de vereisten van artikel 6, § 1.<sup>61</sup>

Het voorgaande geldt ook voor de rechtsmacht van de rechter die uitspraak moet doen over een beroep tegen een overheidshandeling. De macht om over alle aspecten van het geschil uitspraak te doen, is in die context door het Europees Hof een “volle rechtsmacht” genoemd.<sup>62</sup> Die term is echter ongelukkig gekozen. Ze wekt immers de indruk dat artikel 6, § 1 EVRM zou vereisen dat de rechter zijn beslissing in de plaats van die van de overheid moet kunnen stellen. Dit is echter niet het geval. Artikel 6, § 1 EVRM belet immers niet dat de rechter ertoe gehouden kan zijn om de eventuele discretionaire bevoegdheid van het bestuur te eerbiedigen.<sup>63</sup> Het is noodzakelijk, maar ook voldoende, dat de rechter de wettigheid van een bestreden bestuurshandeling kan

---

58. EHRM ((gr. k.) 3 december 2009, *Kart t. Turkije*, §§ 67-70, *ECHR* 2009-VI.

59. EHRM 23 september 1982, *Sporrong en Lönnroth*, geciteerd, § 87.

60. EHRM 23 juni 1981, *Le Compte, Van Leuven en De Meyere*, geciteerd, § 51, b; EHRM 10 februari 1983, *Albert en Le Compte*, geciteerd, § 29.

61. EHRM 23 juni 1981, *Le Compte, Van Leuven en De Meyere*, geciteerd, §§ 51, b, en 60; EHRM 10 februari 1983, *Albert en Le Compte*, geciteerd, §§ 29 en 36.

62. Zie EHRM 23 september 1982, *Sporrong en Lönnroth*, geciteerd, § 87, waar in de Engelse versie sprake is van de “(competence) to determine all the aspects of the matter” en in de Franse versie van “plénitude de juridiction”. In latere arresten worden vaak de termen “full jurisdiction” en “pleine juridiction” gebruikt (zie bv. EHRM 10 februari 1983, *Albert en Le Compte*, geciteerd, § 29; EHRM 23 oktober 1995, *Schmautzer, Umlauf, Gradinger, Pramstaller, Palaoro en Pfarrmeier t. Oostenrijk*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, nrs. 328 A-C en 329 A-C, resp. §§ 34, 37, 42 en 39, 41 en 38; EHRM 7 juni 2012, *Segame s.a. t. Frankrijk*, § 55, *ECHR* 2012-III; EHRM 4 maart 2014, *Grande Stevens et al.*, geciteerd, § 139.

63. EHRM 22 november 1995, *Bryan t. Verenigd Koninkrijk*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 335-A, § 47; EHRM 21 juni 2011, *Sigma Radio Television Ltd t. Cyprus*, § 153; EHRM 12 november 2013, *Galina Kostova t. Bulgarije*, § 59.

beoordelen, waarmee zowel de wettigheid in feite als die in rechte wordt bedoeld. Artikel 6, § 1 EVRM vereist evenmin dat, als een rechter uitspraak moet doen over een beroep tegen een administratieve of disciplinaire straf, hij zelf de straf moet kunnen moduleren in functie van de ernst van de overtreding<sup>64</sup>; het is voldoende dat hij kan nagaan of de door het bestuur of de tuchtoverheid opgelegde straf binnen de grenzen van de evenredigheid is gebleven.<sup>65</sup> Het lijkt dan ook beter om te spreken van een “voldoende rechtsmacht”.<sup>66</sup> Overigens belet niets de nationale wetgever om aan de rechter een ruimere beoordelingsmacht toe te kennen dan die welke is vereist door artikel 6, § 1.

### § 3. Eerbiediging van de uitspraak van de rechter

**25.** Uit het beginsel van de rechtszekerheid volgt dat een vonnis, eenmaal definitief, in beginsel niet meer betwist kan worden.<sup>67</sup> Een rechterlijke uitspraak is “*res judicata*” en moet als zodanig geëerbiedigd worden.

Afwijkingen van dat beginsel zijn weliswaar mogelijk, maar moeten beperkt blijven tot gevallen waarin daarvoor zwaarwichtige en dwingende redenen bestaan.<sup>68</sup> Dit kan bv. het geval zijn wanneer nieuwe gegevens zijn ontdekt, of wanneer de afgesloten procedure aangetast lijkt te zijn door fundamentele gebreken.<sup>69</sup>

**26.** Het recht op een rechterlijke instantie zou voorts illusoir zijn indien een definitieve, bindende uitspraak van een rechter zonder gevolg zou kunnen blijven, ten nadele van de partij die de zaak gewonnen heeft. De tenuitvoerlegging van het vonnis wordt daarom beschouwd als deel uitmakend van het “proces”.<sup>70</sup>

Waar de overheid (als procespartij) veroordeeld is door de rechter, moet zij het vonnis uitvoeren. Als een rechter de overheid veroordeelt tot het betalen van een bepaald bedrag, moet de overheid dat bedrag binnen een redelijke termijn betalen; zij kan een gebrek aan financiële middelen niet invoeren als excuus om de betaling niet te doen of om die onredelijk lang uit te stellen.<sup>71</sup> Als een administratief rechtscollege een overheidshandeling heeft vernietigd wegens schending van de wet, moet de betrokken overheid de nodige maatregelen nemen met inachtneming van de regels die ze eerder

64. EHRM 7 juni 2012, *Segame s.a. t. Frankrijk*, geciteerd, §§ 58-59.

65. Zie EHRM 23 juni 1981, *Le Compte, Van Leuven en De Meyere*, geciteerd, § 51, b; EHRM 10 februari 1983, *Albert en Le Compte*, geciteerd, § 36; EHRM 26 september 1995, *Diennet t. Frankrijk*, *Publ. Eur. Court HR*, reeks A, vol. 325-A, § 34.

66. Zie bv. EHRM 21 juli 2011, *Sigma Radio Television Ltd*, geciteerd, § 152; EHRM 12 november 2013, *Galina Kostova*, geciteerd, § 59.

67. EHRM (Igr. k.) 28 oktober 1999, *Brumărescu*, geciteerd, § 61.

68. EHRM 24 juli 2003, *Ryabykh t. Rusland*, § 52, *ECHR* 2003-IX.

69. Zie EHRM 20 juli 2004, *Nikitin t. Rusland*, § 56, *ECHR* 2004-VIII.

70. EHRM 19 maart 1997, *Hornsby t. Griekenland*, *Rép.* 1997-II, § 40.

71. EHRM 7 mei 2002, *Burdov t. Rusland*, § 35, *ECHR* 2002-III; EHRM (gr. k.) 29 maart 2006, *Scordino t. Italië (nr. 1)*, § 199 en *Cocchiarella t. Italië*, § 89, *ECHR* 2006-V.

geschonden heeft.<sup>72</sup> Als een strafrechter een beklagde die in hechtenis is, heeft vrijgesproken, moet de bevoegde overheid de betrokkene in vrijheid stellen.<sup>73</sup>

M.b.t. gedingen gevoerd tussen private partijen heeft de wetgever de positieve verplichting om te voorzien in een systeem dat de mogelijkheid biedt om de gedwongen tenuitvoerlegging van een vonnis te verkrijgen, zonder onredelijke vertraging.<sup>74</sup> Als dat systeem t.g.v. de inactiviteit of de nalatigheid van een bestuur of een ministerieel ambtenaar in een bepaald geval faalt, kan dit de verantwoordelijkheid van de staat onder artikel 6, § 1 EVRM in het gedrang brengen.<sup>75</sup>

## AFDELING 4. STRUCTURELE EN PROCEDURELE WAARBORGEN

### § 1. Een rechterlijke instantie opgericht bij wet

#### A. Rechterlijke instantie

27. De instantie die uitspraak moet doen over een geschil, moet een “rechterlijke instantie” zijn. In de materiële zin van het woord wordt een rechterlijke instantie gekenmerkt door de rechtsprekende functie: geschillen beslechten op grond van het recht, na een procedure die gevoerd wordt op een voorgeschreven wijze. Daarnaast moet een rechterlijke instantie ook aan een aantal structurele en procedurele vereisten beantwoorden, waarvan de meeste uitdrukkelijk gewaarborgd worden bij artikel 6, § 1 EVRM: onafhankelijkheid en onpartijdigheid, duur van het mandaat van de leden, procedurele waarborgen.<sup>76</sup>

#### B. Oprichting bij wet

28. De rechterlijke instantie moet voorts bij wet opgericht zijn. Volgens het Europees Hof zorgt dit vereiste voor de legitimiteit van de betrokken instantie.<sup>77</sup>

---

72. EHRM 19 maart 1997, *Hornsby*, geciteerd, § 43.

73. EHRM (gr. k.) 8 april 2004, *Assanidze t. Georgië*, §§ 182-184, *ECHR* 2004-II.

74. EHRM 7 juni 2005, *Fuklev t. Oekraïne*, § 84.

75. EHRM 13 juni 2006, *Istrate t. Moldava*, § 39.

76. EHRM 29 april 1988, *Belilos t. Zwitserland*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 132, § 64.

77. EHRM 28 november 2002, *Lavents t. Letland*, § 114.



Met de “oprichting” wordt niet enkel het bestaan zelf van de rechterlijke instantie beoogd, maar ook de samenstelling van de zetel in elke zaak.<sup>78</sup> Er wordt dus vereist dat een wet de eigenlijke oprichting en de bevoegdheid van de rechterlijke instantie regelt, alsmede de algemene regels vaststelt m.b.t. de deelname van rechters aan de berechting van een bepaalde zaak.

In zoverre artikel 6, § 1 EVRM verwijst naar de “wet”, beoogt het te verzekeren dat de rechterlijke organisatie niet afhangt van de discretionaire bevoegdheid van de uitvoerende macht, maar dat die wordt geregeld door de wetgevende vergadering, d.i. het verkozen parlement. Evenmin kan de organisatie van de rechterlijke instanties worden overgelaten aan discretionaire beslissingen door de rechterlijke overheden zelf.<sup>79</sup> Een en ander belet niet dat een delegatie van bevoegdheden in het domein van de rechterlijke organisatie mogelijk is, binnen de grenzen bij de wet bepaald.<sup>80</sup>

**29.** De “wet” moet uiteraard ook nageleefd worden in elke individuele zaak. Een rechterlijke instantie die niet is samengesteld overeenkomstig de toepasselijke wetsbepalingen, of die zonder rechtsmacht is om een bepaald geschil te beoordelen, is niet “opgericht bij wet”, in de zin van artikel 6, § 1 EVRM.<sup>81</sup>

Een schending van artikel 6, § 1 EVRM hangt op dit punt af van een schending van het nationale recht. In dit verband beschikt het Europees Hof slechts over een beperkte beoordelingsbevoegdheid. Het komt inderdaad aan de nationale overheden toe, en in de eerste plaats aan de nationale rechtbanken, om het nationale recht te interpreteren. Het Europees Hof is dan ook van oordeel dat het een schending van artikel 6, § 1 EVRM slechts kan vaststellen i.g.v. een flagrante schending van de nationale wet.<sup>82</sup> Als bv. wordt aangevoerd dat de rechtbank de zaak ten onrechte beoordeeld heeft, op grond dat zij ter zake zonder rechtsmacht was, zal het Hof genoeg nemen met de vaststelling dat er een redelijke grond voorhanden was voor de rechtbank om zich in de betrokken zaak bevoegd te achten.<sup>83</sup>

---

78. EHRM (besl.) 4 mei 2000, *Buscarini t. San Marino*; EHRM 4 maart 2003, *Posokhov t. Rusland*, § 39, *ECHR* 2003-IV.

79. EHRM 22 juni 2000, *Coëme et al. t. België*, § 98, *ECHR* 2000-VII.

80. ECRM, verslag 12 oktober 1978, *Zand t. Oostenrijk*, *Decisions and Reports*, vol. 15, § 69; EHRM 28 april 2009, *Savino et al. t. Italië*, § 94.

81. Zie EHRM 20 juli 2006, *Sokurenko en Strygun t. Oekraïne*, § 24; EHRM 12 juli 2007, *Jorgic t. Duitsland*, § 64, *ECHR* 2007-III.

82. EHRM 28 november 2002, *Lavents*, geciteerd, § 114.

83. EHRM 12 juli 2007, *Jorgic*, geciteerd, § 65.

## § 2. *Onafhankelijkheid en onpartijdigheid*

### A. Onafhankelijkheid

**30.** De onafhankelijkheid van een rechterlijke instantie houdt in dat die instantie vrij is van ongeoorloofde druk of beïnvloeding, i.h.b. vanwege de uitvoerende macht en de partijen in het geding.<sup>84</sup>

Factoren die de mate van onafhankelijkheid bepalen zijn o.m. de wijze van benoeming van de rechters, de duur van hun mandaat, het bestaan van waarborgen tegen druk van buitenaf en de naar buiten gewekte schijn van onafhankelijkheid.<sup>85</sup>

### B. Onpartijdigheid

**31.** De onpartijdigheid wijst op het ontbreken van vooroordelen of vooringenomenheid.<sup>86</sup> Die onpartijdigheid kan op een dubbele wijze beoordeeld worden.

In de eerste plaats is er de subjectieve toetsing. Daarbij gaat het om de persoonlijke overtuiging en het gedrag van een welbepaalde rechter, en moet meer bepaald onderzocht worden of die rechter blijk gegeven heeft van enig persoonlijk vooroordeel of enige vooringenomenheid in een bepaalde zaak.<sup>87</sup> De persoonlijke onpartijdigheid van de rechters wordt evenwel vermoed.<sup>88</sup> Het staat dus aan de partij die partijdigheid aanvoert om het tegenbewijs te leveren, wat in de praktijk erg moeilijk is.

Vervolgens is er de objectieve toetsing. Daarbij moet nagegaan worden of de rechterlijke instantie voldoende waarborgen biedt, o.m. gelet op de samenstelling ervan, om elke gewettigde twijfel t.a.v. de onpartijdigheid uit te sluiten.<sup>89</sup> Hier gaat het om objectieve feiten die twijfel kunnen doen rijzen. Het standpunt van de partij die vreest dat de rechterlijke instantie niet onpartijdig is, moet weliswaar in aanmerking worden genomen, maar is niet beslissend.<sup>90</sup> Wel beslissend is of die vrees ook objectief

---

84. EHRM 28 juni 1984, *Campbell en Fell t. Verenigd Koninkrijk*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 80, § 78.

85. EHRM 28 juni 1984, *Campbell en Fell*, geciteerd, § 78; EHRM (gr. k.) 18 juli 2013, *Maktouf en Damjanović t. Bosnië-Herzegovina*, § 49, *ECHR* 2013-IV (uittreksel).

86. EHRM 1 oktober 1982, *Piersack t. België*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 53, § 30; EHRM (gr. k.) 15 december 2005, *Kyprianou t. Cyprus*, § 118, *ECHR* 2005-XIII.

87. EHRM (gr. k.) 15 december 2005, *Kyprianou*, geciteerd, § 118; EHRM (gr. k.) 15 oktober 2009, *Micallef*, geciteerd, § 93; EHRM (gr. k.) 23 april 2015, *Morice t. Frankrijk*, § 73.

88. EHRM (gr. k.) 15 december 2005, *Kyprianou*, geciteerd, § 119; EHRM (gr. k.) 15 oktober 2009, *Micallef*, geciteerd, § 94; EHRM (gr. k.) 23 april 2015, *Morice*, geciteerd, § 74.

89. EHRM (gr. k.) 15 december 2005, *Kyprianou*, geciteerd, § 118; EHRM (gr. k.) 15 oktober 2009, *Micallef*, geciteerd, § 93; EHRM (gr. k.) 23 april 2015, *Morice*, geciteerd, § 73.

90. EHRM (gr. k.) 15 december 2005, *Kyprianou*, geciteerd, § 118; EHRM (gr. k.) 15 oktober 2009, *Micallef*, geciteerd, § 96; EHRM (gr. k.) 23 april 2015, *Morice*, geciteerd, § 76.

verantwoord is. In dat verband kan overigens ook de naar buiten gewekte schijn een zeker belang hebben.<sup>91</sup>

### § 3. Openbaarheid

**32.** De openbaarheid van de rechtspraak is een belangrijke waarborg voor de betrokken partijen. Daardoor worden zij beschermd tegen een geheime justitie, die in een ver verleden tot veel onrechtvaardigheden aanleiding gaf. Tegenwoordig kan positief gesteld worden dat de openbaarheid bijdraagt tot het handhaven van het vertrouwen in het gerecht en tot het waarborgen van een eerlijk proces.<sup>92</sup>

#### A. Openbare behandeling van de zaak

**33.** Het recht op een openbare behandeling impliceert dat de zaak in beginsel mondeling behandeld wordt, op een terechtzitting waarop niet enkel de partijen, maar ook het publiek aanwezig kunnen zijn.

Dit beginsel is echter niet absoluut. Het Europees Hof aanvaardt dat er uitzonderlijke omstandigheden kunnen zijn die kunnen verantwoorden dat een rechterlijke instantie uitspraak doet zonder een terechtzitting te houden, dus louter op grond van de stukken van het dossier.<sup>93</sup> Het “uitzonderlijk” karakter van de omstandigheden houdt verband met de aard van de te beslechten geschilpunten, niet met de frequentie waarin zulke situaties zich voordoen.<sup>94</sup> Aldus mag de wet voorzien in een schriftelijke procedure voor hoog-technische kwesties.<sup>95</sup> Van het beginsel van de openbare behandeling kan de wet soms ook afwijken voor procedures in hoger beroep of in cassatie. Als er een openbare terechtzitting is geweest op het lagere niveau, kunnen de bijzondere kenmerken van de procedure op het hoger niveau een schriftelijke behandeling verantwoorden. Dit is bv. het geval met procedures in cassatie, gelet op het feit dat de cassatierechters zich enkel bezighouden met rechtsvragen en niet met de beoordeling van feiten: in een zodanige procedure brengen mondelinge pleidooien normaal niet veel bij.<sup>96</sup>

Daarnaast somt artikel 6, § 1, tweede volzin, een aantal gevallen op waarin de rechter kan beslissen om de zaak met gesloten deuren te behandelen. In een dergelijke

91. EHRM (gr. k.) 15 december 2005, *Kyprianou*, geciteerd, § 118; EHRM (gr. k.) 15 oktober 2009, *Micallef*, geciteerd, § 98; EHRM (gr. k.) 23 april 2015, *Morice*, geciteerd, § 78.

92. EHRM 8 december 1983, *Pretto t. Italië*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 71, § 21 en *Axen t. Duitsland*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 72, § 25; EHRM 22 februari 1984, *Sutter t. Zwitserland*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 74, § 26.

93. EHRM (gr. k.) 11 juli 2002, *Göç t. Turkije*, § 47, *ECHR* 2002-V.

94. EHRM 8 februari 2005, *Miller t. Zweden*, § 29; EHRM (gr. k.) 23 november 2006, *Jussila*, geciteerd, § 42.

95. Bv. voor geschillen inzake sociale zekerheid: EHRM 24 juni 1993, *Schuler-Zraggen t. Zwitserland*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 305-A, § 58.

96. EHRM (gr. k.) 26 juli 2002, *Meflah et al. t. Frankrijk*, § 44, *ECHR* 2002-VII.

hypothese is er wel een mondelinge behandeling van de zaak, zodat de partijen de zaak voor de rechter kunnen pleiten, maar wordt aan het publiek de toegang tot de terechtzitting ontzegd.

## B. Openbare uitspraak

34. Volgens artikel 6, § 1 EVRM wordt het vonnis in het openbaar uitgesproken. Dat voorschrift moet niet letterlijk begrepen worden. Het doel is hier belangrijker dan het middel.<sup>97</sup> Het is niet nodig dat het vonnis voorgelezen wordt. Vereist is wel dat het publiek in redelijke mate toegang heeft tot de rechtspraak. Dat doel kan bereikt worden door bv. de belangrijkste beslissingen te publiceren.<sup>98</sup>

Artikel 6, § 1 EVRM moet voorts gelezen worden in samenhang met artikel 8, dat het recht op de eerbiediging van o.m. het privéleven waarborgt. Daaruit volgt dat het in bepaalde gevallen nodig kan zijn om een rechterlijke uitspraak te anonimiseren alvorens ze algemeen toegankelijk gemaakt wordt.<sup>99</sup>

### § 4. Eerlijke behandeling

#### A. Algemeen

##### 1. BEGRIP

35. Artikel 6, § 1 EVRM bepaalt dat eenieder het recht heeft op een eerlijk proces (“*fair trial*”, “*procès équitable*”). Dat recht wordt in het EVRM niet nader gedefinieerd. Algemeen kan gesteld worden dat dit recht inhoudt dat elke partij de kans moet krijgen om haar zaak behoorlijk uiteen te zetten, enerzijds, en dat de rechter de middelen van elke partij moet onderzoeken en op grond daarvan een gemotiveerde beslissing moet nemen, anderzijds.

Aldus begrepen, vertoont dat recht heel wat aspecten. Sommige daarvan, specifiek geldend voor strafzaken, maken het voorwerp uit van bijzondere bepalingen van het EVRM. Hierna wordt eerst een aantal algemene aspecten behandeld (nrs. 36-43); daarna wordt ingegaan op een aantal aspecten die specifiek gelden in strafzaken (nrs. 44-68).

---

97. EHRM 8 december 1983, *Pretto*, geciteerd, §§ 22 en 26 en *Axen*, geciteerd, §§ 26 en 31; EHRM 22 februari 1984, *Sutter*, geciteerd, §§ 27 en 33.

98. Zie EHRM 22 februari 1984, *Sutter*, geciteerd, § 34; EHRM 24 april 2001, *B. en P. t. Verenigd Koninkrijk*, § 47, *ECHR* 2001-III.

99. Zie EHRM 25 februari 1997, *Z. t. Finland, Rép.* 1997-I, § 113.

## 2. ENKELE ALGEMENE ASPECTEN VAN EEN EERLIJKE BEHANDELING

### *a. Deelname van de betrokkenen aan de procedure*

**36.** Een eerste aspect van het recht op een eerlijk proces is het recht voor elke betrokken partij om deel te nemen aan het proces.

Dat recht houdt o.m. in dat een verweerder ervan verwittigd wordt dat tegen hem een vordering is ingesteld, en dat beide partijen verwittigd worden van de dag waarop de zaak behandeld zal worden (als er ten minste een mondelinge behandeling is).

Artikel 6, § 1 verzet zich niet tegen een procedure bij verstek als de betrokken partij behoorlijk verwittigd werd en haar afwezigheid op de terechtzitting beschouwd kan worden als het gevolg van haar afstand van het recht om aan de terechtzitting deel te nemen.<sup>100</sup> Indien uit de omstandigheden niet kan worden afgeleid dat er een zodanige afstand is geweest, volgt uit artikel 6, § 1 EVRM dat de partij die bij verstek is veroordeeld de kans moet krijgen om, nadat zij kennis heeft gekregen van het bestaan van het vonnis, alsnog een contradictoire behandeling van de zaak te verkrijgen.<sup>101</sup>

Voor de partij die deelneemt aan de procedure moet die deelname “effectief” zijn, hetgeen veronderstelt dat die partij in staat moet zijn om de aard en de inzet van het proces te begrijpen, dat zij moet kunnen verstaan wat door de tegenpartij wordt aangevoerd en wat ter terechtzitting wordt verklaard, en dat zij de kans moet krijgen om haar visie op de feiten uiteen te zetten en om aan te geven met welke door de tegenpartij gedane verklaringen zij niet akkoord gaat.<sup>102</sup>

### *b. Contradictoir karakter van de procedure*

**37.** Het recht op een eerlijk proces houdt voorts het recht in op een contradictoire behandeling van de zaak. Dit betekent dat elke partij het recht heeft om kennis te krijgen van de bewijsmiddelen en opmerkingen die door de tegenpartij worden ingediend, en om daarop te antwoorden.<sup>103</sup> Bij uitbreiding geldt dat recht ook t.a.v. bewijsmiddelen of opmerkingen die door derden aan de rechters worden voorgelegd; een voorbeeld is het advies van het Openbaar Ministerie of een vergelijkbare instantie bij een hoogste gerechtshof.<sup>104</sup>

100. EHRM (gr. k.) 1 maart 2006, *Sejdovic t. Italië*, §§ 99-101, *ECHR* 2006-II.

101. EHRM 12 februari 1985, *Colozza t. Italië*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 89, § 29; EHRM (gr. k.) 1 maart 2006, *Sejdovic*, geciteerd, § 82.

102. EHRM 20 januari 2009, *Güveç t. Turkije*, § 124, *ECHR* 2009-I. De naleving van deze beginselen kan bijzondere maatregelen vergen bij (straf)procedures tegen minderjarigen (EHRM (gr. k.) 16 december 1999, *V. t. Verenigd Koninkrijk*, §§ 81-89, *ECHR* 1999-IX en *T. t. Verenigd Koninkrijk*, §§ 79-89).

103. EHRM 28 augustus 1991, *Brandstetter t. Oostenrijk*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 211, § 67.

104. EHRM 20 februari 1996, *Lobo Machado t. Portugal, Rép.* 1996-I, § 31; EHRM 20 februari 1996, *Vermeulen t. België, Rép.* 1996-I, § 33; EHRM (gr. k.) 7 juni 2001, *Kress t. Frankrijk*, § 74, *ECHR* 2001-VI.

In strafzaken is bovendien vereist dat de vervolgende partij aan de verdediging toegang geeft tot alle materiële bewijselementen in haar bezit, ongeacht of die vóór of tegen de beklagde zijn.<sup>105</sup> Dat recht is echter niet absoluut. Er kunnen redenen zijn om bepaalde gegevens niet te onthullen, zoals bv. de noodzaak om getuigen te beschermen tegen wraakacties of om politionele onderzoeksmethodes in het belang van het onderzoek in de betrokken zaak en in andere zaken geheim te houden. De bedoelde belangen moeten dan afgewogen worden tegen de rechten van de beklagde. Opdat het proces alsnog “eerlijk” zou zijn, moet bovendien aan de beperking van het recht van verdediging in elk geval voldoende tegemoetgekomen worden door de mogelijkheden die in de gevolgdte procedure alsnog aan de verdediging geboden worden.<sup>106</sup>

### *c. Gelijkheid van wapens*

**38.** Het recht op een eerlijk proces houdt het recht op wapengelijkheid in. De wapengelijkheid betekent niet dat alle partijen op strikt dezelfde wijze behandeld worden; er kunnen bv. legitieme verschillen bestaan tussen de beklagde en het Openbaar Ministerie, of tussen de beklagde en de burgerlijke partij. Wel is vereist dat elke partij de kans krijgt om haar zaak uiteen te zetten in omstandigheden die niet beduidend minder gunstig zijn dan die van de tegenpartij.<sup>107</sup>

### *d. Eerlijke bewijsvoering*

**39.** Het EVRM bevat geen regels i.v.m. de bewijsvoering als zodanig.<sup>108</sup> De regeling inzake de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen is een zaak voor de nationale wetgever<sup>109</sup>, terwijl de beoordeling van de bewijswaarde van de voorgelegde gegevens en van het nut van een bepaald bewijsaanbod een zaak is voor de nationale rechter.<sup>110</sup> Het EVRM vereist (enkel) dat het proces in zijn geheel, daarin begrepen het omgaan met het bewijs, eerlijk is.<sup>111</sup>

Wat betreft de beoordeling van de bewijswaarde van de voorgelegde gegevens, komt het er vooral op aan dat de rechter de gegevens zorgvuldig beoordeelt, en dat zijn beoordeling niet willekeurig of kennelijk onredelijk is.<sup>112</sup>

---

105. EHRM 16 december 1992, *Edwards t. Verenigd Koninkrijk*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 247-B, § 36; EHRM (gr. k.) 16 februari 2000, *Rowe en Davis t. Verenigd Koninkrijk*, § 60, *ECHR 2000-II* en *Fitt t. Verenigd Koninkrijk*, § 44, *ECHR 2000-II*.

106. EHRM (gr. k.) 16 februari 2000, *Rowe en Davis*, geciteerd, § 61 en *Fitt*, geciteerd, § 45.

107. EHRM 27 oktober 1993, *Dombo Beheer b.v. t. Nederland*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 274, § 33.

108. EHRM 18 maart 1997, *Mantovanelli t. Frankrijk, Rép.* 1997-II, § 34.

109. EHRM 12 juli 1988, *Schenk t. Zwitserland*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 140, § 46.

110. EHRM 6 december 1988, *Barberà, Messegué en Jabardo t. Spanje*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 146, § 68.

111. *Ibid.*

112. Zie bv. EHRM (besl.) 27 april 2000, *Tiemann t. Frankrijk en Duitsland*, *ECHR 2000-IV*.

Wat betreft de beoordeling van het nut van een bepaald bewijsaanbod, staat het bv. aan de rechter om te oordelen of er al dan niet een deskundigenonderzoek moet worden bevolen. Hij kan een deskundige aanstellen, ook al verzet een partij zich daartegen.<sup>113</sup> Omgekeerd is hij niet verplicht om in te gaan op elk verzoek tot aanstelling van een deskundige.<sup>114</sup>

Bij de beoordeling van de vraag of het proces in zijn geheel op een eerlijke wijze is verlopen, moet de rechter ook rekening houden met het recht van verdediging van elk van de partijen. Specifiek i.v.m. het tegen een bepaalde partij aangevoerde bewijs betekent zulks o.m. dat de rechter de betrokken partij een voldoende gelegenheid moet bieden om de authenticiteit van dat bewijs te betwisten en om zich tegen het gebruik ervan te verzetten. In een zekere mate speelt ook de kwaliteit van het bewijsmateriaal een rol. De rechter moet alert zijn voor de omstandigheden waarin een bepaald bewijs is verkregen, aangezien die omstandigheden twijfels kunnen doen rijzen t.a.v. de betrouwbaarheid of de juistheid ervan. Als er inderdaad een risico is van onbetrouwbaarheid van een bepaald bewijsgegeven, kan het recht op een eerlijk proces vereisen dat de beslissing van de rechter mede steunt op andere, aanvullende bewijsgegevens; als een aangevoerd bewijselement daarentegen sterk is en er geen risico is van onbetrouwbaarheid ervan, is er geen nood aan enig aanvullend bewijs.<sup>115</sup>

**40.** In strafzaken rijst soms de vraag naar het geoorloofd karakter van bepaalde bijzondere opsporingsmethoden om bewijsgegevens te vergaren. Dit geldt bv. voor “undercover” technieken, zoals het beroep doen op anonieme informanten en infiltranten.

Het Europees Hof erkent de noodzaak voor politiediensten om, ter bestrijding van bepaalde ernstige misdrijven, gebruik te maken van dergelijke technieken. Omwille van de risico’s die daarmee verbonden zijn, moet dat gebruik echter binnen bepaalde grenzen blijven.<sup>116</sup> Een zodanig gebruik is in elk geval slechts aanvaardbaar indien er passende en voldoende waarborgen tegen misbruiken zijn, i.h.b. indien er een duidelijke en voorzienbare procedure is voor het toestaan, het uitvoeren en het controleren van de bedoelde onderzoeksmaatregelen.<sup>117</sup>

113. EHRM 5 juli 2007, *Sara Lind Eggertsdóttir t. IJsland*, § 44.

114. EHRM (gr. k.) 7 juni 2012, *Centro Europa 7 s.r.l. en Di Stefano t. Italië*, § 198, ECHR 2012-III.

115. EHRM (gr. k.) 11 juli 2006, *Jalloh t. Duitsland*, § 96, ECHR 2006-IX, met verwijzing naar EHRM 12 mei 2000, *Khan t. Verenigd Koninkrijk*, § 37, ECHR 2000-V en EHRM 5 november 2002, *Allan t. Verenigd Koninkrijk*, § 43, ECHR 2002-IX. Zie ook bv. EHRM (gr. k.) 10 maart 2009, *Bykov t. Rusland*, § 90; EHRM 28 juli 2009, *Lee Davies t. België*, § 42; EHRM (gr. k.) 1 juni 2010, *Gäfgen t. Duitsland*, § 164, ECHR 2010-IV.

116. EHRM (gr. k.) 5 februari 2008, *Ramanauskas t. Litouwen*, §§ 49-51, ECHR 2008-I.

117. EHRM 26 oktober 2006, *Khudobin t. Rusland*, § 135, ECHR 2006-XII; EHRM (gr. k.) 5 februari 2008, *Ramanauskas*, geciteerd, §§ 53-54.

Inzake anonieme informanten is het Hof van oordeel dat het EVRM zich niet verzet tegen het beroep daarop in de opsporingsfase. Daarmee is echter niet gezegd dat verklaringen van anonieme informanten zomaar door het vonnisgerecht gebruikt mogen worden als grond voor de schuldigverklaring van de beklaagde.<sup>118</sup> Hiervoor wordt verwezen naar hetgeen hierna opgemerkt zal worden i. v. m. verklaringen door anonieme getuigen (nr. 60).

Inzake infiltranten of “undercover” agenten is het Hof van oordeel dat daarop eveneens een beroep gedaan mag worden, mits hun optreden niet resulteert in de uitlokking van het misdrijf waarvoor de beklaagde vervolgd wordt.<sup>119</sup> I.g.v. uitlokking loopt de beklaagde immers het risico om van meet af aan elke kans op een eerlijk proces te verliezen.<sup>120</sup> Voor een operatie als bv. een pseudokoop moet de bevoegde overheid daarom kunnen aantonen dat zij goede redenen had om de operatie op te zetten, i.h.b. doordat zij beschikte over concrete en objectieve gegevens die erop wezen dat de beklaagde zelf stappen gezet had om de handelingen te stellen die het misdrijf vormen waarvoor hij vervolgd wordt.<sup>121</sup> Als de beklaagde voor de vonnisrechter aanvoert dat hij het slachtoffer is van een politionele uitlokking en dit verweer niet geheel onwaarschijnlijk is, staat het aan de vervolgende partij om te bewijzen dat er geen uitlokking was. Indien dat bewijs niet geleverd wordt, moet de rechter het bewijs verkregen t.g.v. de uitlokking uit de debatten weren.<sup>122</sup>

#### 41. Een bijzonder vraagstuk is dat van het onrechtmatig verkregen bewijs.

Aangezien de regeling inzake de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen een zaak is voor de nationale wetgever (nr. 39), leidt het gebruik van bewijs verkregen met miskenning van bepalingen van zuiver nationaal recht niet noodzakelijk tot de conclusie dat artikel 6, § 1 EVRM is geschonden. Alles hangt af van de vraag of het proces in zijn geheel als eerlijk kan worden beschouwd.<sup>123</sup>

Maar wat als bewijs gebruik wordt dat verkregen is met schending van een of ander grondrecht gewaarborgd bij het EVRM zelf? In dit opzicht blijkt uit de gradueel ontwikkelde

118. EHRM (gr. k.) 5 februari 2008, *Ramanauskas*, geciteerd, § 53.

119. EHRM 9 juni 1998, *Teixeira de Castro t. Portugal, Rép.* 1998-IV, § 36; EHRM 26 oktober 2006, *Khudobin*, geciteerd, § 128. Onder “uitlokking” verstaat het Hof de operatie waarbij personen behorend tot de politiediensten of handelend volgens hun instructies zich niet beperken tot het onderzoek van een strafbare activiteit op een essentieel passieve wijze, maar een zodanige invloed uitoefenen op de betrokken persoon dat deze ertoe aangezet wordt een misdrijf te plegen dat anders niet gepleegd zou worden (EHRM (gr. k.) 5 februari 2008, *Ramanauskas*, geciteerd, § 55).

120. EHRM (gr. k.) 5 februari 2008, *Ramanauskas*, geciteerd, § 54.

121. EHRM (besl.) 7 september 2004, *Eurofinacom t. Frankrijk*, ECHR 2004-VII; EHRM 1 juli 2008, *Malininast. Litouwen*, § 36; EHRM 2 oktober 2012, *Veselov et al. t. Rusland*, § 90.

122. EHRM (gr. k.) 5 februari 2008, *Ramanauskas*, geciteerd, §§ 60 en 70.

123. EHRM 18 maart 1997, *Mantovanelli*, geciteerd, § 34; EHRM (gr. k.) 25 maart 1999, *Pélessier en Sassi t. Frankrijk*, § 45, ECHR 1999-II; EHRM (gr. k.) 11 juli 2006, *Jalloh*, geciteerd, § 95; EHRM 28 juni 2007, *Harutyunyan t. Armenië*, § 61, ECHR 2007-III; EHRM (gr. k.) 1 juni 2010, *Gäffgen*, geciteerd, § 163.



rechtspraak van het Europees Hof dat een onderscheid gemaakt moet worden naar gelang de aard van de bedoelde schending. Wanneer bewijs gebruikt wordt dat verkregen is met schending van artikel 8 EVRM (recht op eerbiediging van o.m. het privéleven, de woning en briefwisseling), moet de vraag naar de eerlijkheid van het proces beoordeeld worden a.d.h.v. alle omstandigheden van de zaak, o.m. de eerbiediging van het recht van verdediging van de benadeelde partij en de kwaliteit en het belang van de betrokken bewijselementen.<sup>124</sup> Wanneer echter bewijs gebruikt wordt dat verkregen is met schending van artikel 3 EVRM (verbod van foltering of van onmenselijke of vernederende behandeling), gelden heel andere overwegingen. Het Hof gaat ervan uit dat het gebruik van dergelijke bewijselementen, verkregen t.g.v. een van de absolute rechten van het EVRM, altijd een probleem doet rijzen vanuit het oogpunt van het eerlijk karakter van het proces, zelfs als het gebruik van dat bewijs niet bepalend is geweest voor de uitkomst van de procedure. Hiermee wil het Hof vermijden dat het gedrag dat bij artikel 3 wordt verboden ook maar op enige wijze gelegitimeerd zou worden.<sup>125</sup> Het gebruik van verklaringen afgelegd t.g.v. foltering of andere onmenselijke of vernederende behandelingen maakt het proces dan ook automatisch oneerlijk, in de zin van artikel 6, § 1.<sup>126</sup> Een iets “mildere” regeling geldt voor het gebruik van materiële bewijselementen (dus andere bewijselementen dan verklaringen) verkregen op een manier die strijdig is met artikel 3 EVRM. Het gebruik van dergelijke bewijselementen maakt het proces slechts automatisch oneerlijk, in de zin van artikel 6, § 1, als de ondergane behandeling als foltering beschouwd kan worden<sup>127</sup>; gaat het “slechts” om een onmenselijke of vernederende behandeling die niet als foltering beschouwd kan worden, dan is het gebruik van de materiële bewijselementen pas strijdig met artikel 6, § 1 EVRM als de schending van artikel 3 EVRM een beslissende impact heeft gehad op de beslissing van de rechter.<sup>128</sup>

### *e. Motivering van het vonnis*

**42.** Het recht op een eerlijk proces impliceert dat elke partij, en zelfs het publiek, moet kunnen begrijpen waarom de rechter in de ene of de andere zin heeft beslist. Het is uit de motieven van een beslissing dat door de partijen kan worden afgeleid of zij

124. EHRM (gr. k.) 1 juni 2010, *Gäfgen*, geciteerd, § 165. Voor toepassingen waarin geoordeeld werd dat het gebruik van bewijs verkregen met schending van art. 8 EVRM geen schending opleverde van art. 6, § 1 EVRM, zie o.m. EHRM 12 juli 1988, *Schenk*, geciteerd, §§ 47-49; EHRM 12 mei 2000, *Khan*, geciteerd, §§ 36-40; EHRM 25 september 2001, *P.G. en J.H. t. Verenigd Koninkrijk*, §§ 78-81, *ECHR* 2001-IX; EHRM (gr. k.) 10 maart 2009, *Bykov*, geciteerd, §§ 94-98.

125. EHRM (gr. k.) 11 juli 2006, *Jalloh*, geciteerd, §§ 99 en 105; EHRM 28 juni 2007, *Harutyunyan*, geciteerd, § 63; EHRM (gr. k.) 1 juni 2010, *Gäfgen*, geciteerd, § 165.

126. EHRM (gr. k.) 1 juni 2010, *Gäfgen*, geciteerd, § 166; EHRM 17 januari 2012, *Othman (Abu Qatada) t. Verenigd Koninkrijk*, §§ 264-267, *ECHR* 2012-I. Dit geldt ook waar het slachtoffer van de met art. 3 EVRM strijdige behandeling niet een van de partijen in het geding is (zoals de beklaagde in een strafzaak), maar een derde persoon (EHRM 25 september 2012, *El Haski t. België*, § 85, i.v.m. de veroordeling van een beklaagde op grond van verklaringen afgelegd in het buitenland door een derde persoon).

127. EHRM (gr. k.) 11 juli 2006, *Jalloh*, geciteerd, § 105; EHRM (gr. k.) 1 juni 2010, *Gäfgen*, geciteerd, § 167.

128. EHRM (gr. k.) 1 juni 2010, *Gäfgen*, geciteerd, § 178.

effectief in hun middelen zijn gehoord. Voorts biedt een gemotiveerde beslissing de mogelijkheid voor de verliezende partij om daartegen een rechtsmiddel aan te wenden en voor de hogere rechter om op de bestreden beslissing toezicht uit te oefenen.<sup>129</sup> Meer in het algemeen draagt de motivering bij tot het wekken van vertrouwen bij het publiek in een objectief en transparant systeem van rechtsbedeling.<sup>130</sup>

Voor professionele rechters geldt derhalve de verplichting om hun beslissingen formeel te motiveren.<sup>131</sup> Dit betekent in de eerste plaats dat zij duidelijk de redenen – in feite en in rechte – moeten vermelden waarop hun beslissing steunt.<sup>132</sup> Daarenboven moeten zij antwoorden op de middelen van de partijen, zonder evenwel verplicht te zijn om op elk argument een gedetailleerd antwoord te geven.<sup>133</sup> De omvang van die dubbele motiveringsplicht hangt af van de aard van de beslissing.<sup>134</sup> Aan de staten wordt daarenboven een ruime beoordelingsmarge gelaten om aan de motiveringsplicht een concrete inhoud te geven.<sup>135</sup>

T.a.v. beslissingen van rechters die, zoals een hof van assisen, zitting houden met lekenrechters, gelden andere regels. Van lekenrechters wordt niet verwacht dat zij hun beslissingen formeel motiveren. Artikel 6, § 1 EVRM vereist wel dat er voldoende waarborgen zijn om het risico op willekeur te vermijden en om de veroordeelde de mogelijkheid te bieden de redenen voor zijn veroordeling te begrijpen. Volgens het Europees Hof kunnen die waarborgen bv. bestaan in richtlijnen van de voorzitter-beroepsmagistraat aan de juryleden m.b.t. de rechtsvragen die kunnen rijzen, en in precieze, ondubbelzinnige vragen die door de beroepsmagistraten gesteld worden aan de jury en die het kader vormen waarop de uitspraak van de jury steunt.<sup>136</sup> Niets belet natuurlijk dat een nationale wetgever in dit opzicht verdergaat dan vereist bij artikel 6, § 1.<sup>137</sup>

---

129. EHRM 1 juli 2003, *Suominen t. Finland*, §§ 36-37; EHRM 22 februari 2007, *Tatishvili t. Rusland*, § 58, *ECHR* 2007-I.

130. EHRM (gr. k.) 16 november 2010, *Taxquet t. België*, § 90, *ECHR* 2010-VI.

131. EHRM (gr. k.) 16 november 2010, *Taxquet*, geciteerd, § 91.

132. EHRM 16 december 1992, *Hadjianastassiou t. Griekenland*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 252, § 33.

133. EHRM 19 april 1994, *Van de Hurk t. Nederland*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 288, § 61.

134. Zo mag een appelgerecht zich ertoe beperken om de redenen gegeven door het gerecht in eerste aanleg over te nemen (EHRM 19 december 1997, *Helle t. Finland, Rép.* 1997-VIII, § 60; EHRM (gr. k.) 21 januari 1999, *García Ruiz t. Spanje*, § 26, *ECHR* 1999-I). Vereist is wel dat de appelrechter de essentiële vragen effectief onderzoekt en dat hij zich dus niet blindelings aansluit bij de conclusies van de lagere rechter (EHRM 21 mei 2002, *Jokela t. Finland*, § 73, *ECHR* 2002-IV; EHRM 15 februari 2007, *Boldea t. Roemenië*, § 30).

135. EHRM 9 december 1994, *Ruiz Torija t. Spanje*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 303-A, § 29 en *Hiro Balani t. Spanje*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 303-B, § 27.

136. EHRM (gr. k.) 16 november 2010, *Taxquet*, geciteerd, § 92.

137. Zie bv. art. 334 Sv., vervangen bij de wet van 21 december 2009. De wet beoogde gevolg te geven aan het arrest van de kamer van het Europees Hof in de zaak *Taxquet* (arrest van 13 januari 2009). Achteraf zou blijken dat de grote kamer in zijn arrest van 16 november 2010 minder streng oordeelde en aan de staten een ruimere beoordelingsvrijheid liet.

### f. Coherentie van de rechtspraak

43. Tegenstrijdigheden in de rechtspraak, zelfs binnen eenzelfde rechtscollège, zijn tot op zekere hoogte onvermijdelijk. Op zichzelf resulteert het bestaan van zulke tegenstrijdigheden niet in een schending van artikel 6, § 1 EVRM. Wanneer er evenwel in de rechtspraak van lagere rechtscollèges of zelfs in de rechtspraak van een hoogste gerechtshof diepgaande en voortdurende divergenties bestaan, waardoor de rechtszekerheid wordt aangetast, kan het recht op een eerlijk proces wel in het gedrang komen. Met het oog op dergelijke situaties moet de wet voorzien in mechanismen die kunnen leiden tot eenheid in de rechtspraak, en die mechanismen moeten in het geval van een bepaalde divergentie ook effectief tot een oplossing leiden.<sup>138</sup>

Voor divergenties in de rechtspraak van verschillende hoogste gerechtshoven binnen eenzelfde rechtssysteem gelden andere overwegingen. Artikel 6, § 1 EVRM verplicht de staten niet tot het oprichten van een bepaalde instantie die bevoegd zou zijn om aan elk van de hoogste gerechtshoven een bepaalde interpretatie op te leggen. Divergenties in de rechtspraak van verschillende hoogste gerechtshoven kunnen dus getolereerd worden, als het interne rechtssysteem bij machte is om daarmee om te gaan en als geen van de gevolgde interpretaties willekeurig of onredelijk is.<sup>139</sup>

## B. Bijzondere waarborgen in strafzaken

### 1. VERHOUDING TUSSEN HET ALGEMENE RECHT OP EEN EERLIJKE BEHANDELING VAN DE ZAAK EN DE BIJZONDERE WAARBORGEN IN STRAFZAKEN

44. Artikel 6, § 1 EVRM waarborgt, in het algemeen, het recht op een eerlijke behandeling van de zaak. Uit dat recht kunnen een aantal bijzondere rechten worden afgeleid, die specifiek gelden in strafzaken. Daarnaast waarborgen artikel 6, §§ 2 en 3 EVRM en de artikelen 2 tot 4 van het Zevende Protocol bij het EVRM ook uitdrukkelijk een aantal rechten die specifiek gelden in strafzaken. De verhouding tussen het algemene recht op een eerlijke behandeling en de bijzondere rechten in strafzaken is niet helemaal duidelijk. Artikel 6, § 3 spreekt van “minimumrechten”. Daaruit kan alvast afgeleid worden dat de opsomming in artikel 6, § 3 (en art. 6, § 2) niet exhaustief is, en dat het algemene recht op een eerlijke behandeling geschonden kan zijn, ook al zijn de bijzondere rechten van artikel 6, §§ 2 en 3 geëerbiedigd.<sup>140</sup> Maar is ook

138. EHRM 2 juli 2009, *Iordan Iordanov et al. t. Bulgarije*, § 49; EHRM (gr. k.) 20 oktober 2011, *Nejdet Şahin en Perihan Şahin t. Turkije*, §§ 53 en 55.

139. EHRM (gr. k.) 20 oktober 2011, *Nejdet Şahin en Perihan Şahin*, geciteerd, §§ 81-82, 87 en 93, i.v.m. een verschil in rechtspraak tussen de Turkse Raad van State en het Hoge Militair Administratief Gerechtshof.

140. Zie aldus, in de vroegste rechtspraak van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens, ECRM, Verslag 15 maart 1961, *Nielsen t. Denemarken*, § 52, *Yearbook*, 1961, (494), p. 548-551.

het omgekeerde waar? M.a.w., kan de miskenning van een van de bijzondere waarborgen in strafzaken op zich leiden tot de conclusie dat het EVRM is geschonden? Of is voor de vaststelling van een schending van het EVRM in elk geval vereist dat het algemene recht op een eerlijke behandeling is geschonden, d.w.z. dat de miskenning van de bijzondere waarborg een effect gehad kan hebben op de uitkomst van de procedure?

De moeilijkheid heeft te maken met het feit dat de bijzondere waarborgen in strafzaken in elk geval in aanmerking genomen moeten worden om uit te maken of de zaak eerlijk is behandeld, terwijl artikel 6, § 1 erop gericht is om het proces in zijn geheel eerlijk te doen verlopen, rekening houdend niet enkel met het recht van verdediging, maar ook met het belang van het publiek en de slachtoffers bij een behoorlijke vervolging van misdrijven en, waar nodig, met de rechten van getuigen.<sup>141</sup> De rechtspraak van het Hof is op dit punt niet eenduidig.<sup>142</sup> In sommige arresten wordt de schending op zich van een bijzonder recht aangenomen; gaat het om een recht gewaarborgd bij artikel 6, § 2 of § 3, dan wordt soms gesproken van een schending van dat artikel 6, § 2 of § 3, gelezen in samenhang met artikel 6, § 1.<sup>143</sup> In andere arresten wordt soms geconcludeerd dat er, gelet op compenserende factoren, geen schending is van artikel 6, § 1, gelezen in samenhang met artikel 6, § 2 of § 3.<sup>144</sup>

In de zaak *Ibrahim et al. t. Verenigd Koninkrijk* heeft een kamer van het Hof onlangs duidelijk stelling genomen. Ze heeft overwogen dat de bijzondere waarborgen vervat in artikel 6, § 3 bedoeld zijn om bij te dragen tot het eerlijk karakter van de procedure in haar geheel, maar niet beschouwd kunnen worden als doeleinden op zich. Daaruit vloeit volgens de kamer voort dat de verenigbaarheid van een procedure met artikel 6 in elke zaak beoordeeld moet worden rekening houdend met het verloop van de procedure in haar geheel, en niet op grond van een of ander bijzonder aspect of incident in de procedure.<sup>145</sup> De zaak is inmiddels, op verzoek van de verzoekers, voor een nieuw onderzoek voor de grote kamer gebracht. Misschien biedt die zaak nu de gelegenheid aan de grote kamer om duidelijkheid te scheppen.<sup>146</sup>

141. Zie aldus, o.m. EHRM (gr. k.) 15 december 2011, *Al-Khawaja en Tahery t. Verenigd Koninkrijk*, § 118, ECHR 2011-VI.

142. Zie de kritiek door R. Goss, *Criminal Fair Trial Rights. Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart, 2014, 65-88.

143. Zie bv. EHRM (gr. k.) 27 november 2008, *Salduz t. Turkije*, § 63, ECHR 2008-V (schending van art. 6, § 3, c, gelezen in samenhang met art. 6, § 1).

144. Zie bv. EHRM (gr. k.) 15 december 2011, *Al-Khawaja en Tahery*, geciteerd, § 158 (geen schending van art. 6, § 1, gelezen in samenhang met art. 6, § 3, d).

145. EHRM (kamer) 16 december 2014, *Ibrahim et al. t. Verenigd Koninkrijk*, § 191.

146. Zie verder over die zaak, *infra*, nr. 52. Zie ook de zaken *Dvorski t. Kroatië* en *Schatschaschwili t. Duitsland*, waarin het verband tussen de paragrafen 1 en 3 van art. 6 eveneens ter sprake is gekomen (arrest van 28 november 2013 inzake *Dvorski*, § 86 en arrest van 17 april 2014 inzake *Schatschaschwili*, § 62) en die al eerder naar de grote kamer zijn verwezen. Zie verder over die zaken, *infra*, resp. nrs. 52 en 59.

## 2. OPSOMMING VAN EEN AANTAL BIJZONDERE WAARBORGEN

### *a. Recht om te zwijgen en verbod van zelfincriminatie*

**45.** Een impliciet bij artikel 6, § 1 EVRM gewaarborgd recht, is het recht om te zwijgen. Dit recht hangt samen met het verbod van zelfincriminatie. Beide rechten beogen een beklaagde te beschermen tegen ongeoorloofde dwang door de overheid.<sup>147</sup> Ze gaan uit van een systeem waarbij de bewijslast op de vervolgende partij rust en waarbij die partij geen toevlucht mag nemen tot dwangmiddelen om bewijselementen te verkrijgen in strijd met de wil van de beklaagde.<sup>148</sup>

Het verbod van zelfincriminatie is vnl. gericht op het eerbiedigen van de wil van een persoon om te zwijgen, en om aldus geen belastende verklaringen af te leggen. In beginsel is het verbod dan ook niet van toepassing op het gebruik van materiaal dat verkregen is van de beklaagde door het gebruik van dwangmiddelen, maar dat bestaat onafhankelijk van de wil van de betrokkene. Hierbij kan gedacht worden aan bv. documenten die krachtens een bevel tot huiszoeking zijn verkregen, adem-, bloed-, urine-, haar- of stemstalen, en lichaamswefsel met het oog op DNA-onderzoek.<sup>149</sup> Uitzonderlijk aanvaardt het Europees Hof echter dat het verbod van zelfincriminatie ook op dergelijk materiaal van toepassing is, gelet o.m. op de ernst van de uitgeoefende dwang en de wijze waarop het materiaal verkregen werd.<sup>150</sup>

Het recht om te zwijgen en het verbod van zelfincriminatie zijn geen absolute rechten. Zo resulteert niet elk gebruik van dwang automatisch in een schending van artikel 6, § 1, maar moet nagegaan worden of uit de omstandigheden blijkt dat de “essentie” van de genoemde rechten miskend is.<sup>151</sup> Voorts belet artikel 6, § 1 niet dat de overheden uit het stilzwijgen van de beklaagde bepaalde voor hem ongunstige gevolgen afleiden, nl. als er zwaarwichtige bewijselementen tegen hem bestaan, die om een verklaring vragen.<sup>152</sup>

### *b. Vermoeden van onschuld (art. 6, § 2)*

**46.** Artikel 6, § 2 EVRM bepaalt dat eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld, voor onschuldig wordt gehouden totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan.

147. EHRM 8 februari 1996, *John Murray*, geciteerd, § 45.

148. EHRM 17 december 1996, *Saunders t. Verenigd Koninkrijk, Rép.* 1996-VI, § 68.

149. EHRM 17 december 1996, *Saunders*, geciteerd, § 69; EHRM (gr. k.) 11 juli 2006, *Jalloh*, geciteerd, § 102.

150. EHRM 25 februari 1993, *Funke t. Frankrijk, Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 256-A, § 44; EHRM 3 mei 2001, *J.B. t. Zwitserland*, §§ 63-71, *ECHR* 2001-III; EHRM (gr. k.) 11 juli 2006, *Jalloh*, geciteerd, §§ 110-116.

151. EHRM (gr. k.) 29 juni 2007, *O'Halloran en Francis t. Verenigd Koninkrijk*, § 117, *ECHR* 2007-III; EHRM (gr. k.) 10 maart 2009, *Bykov*, geciteerd, § 92.

152. EHRM 8 februari 1996, *John Murray*, geciteerd, § 47.

Zoals uit de tekst van die bepaling blijkt, geldt het vermoeden van onschuld in de eerste plaats in de context van een lopend proces. In die context volgen daaruit dan vereisten die verband houden met o.m. de bewijslast, het bestaan van wettelijke vermoedens in feite en in rechte, en voortijdige verklaringen door het vonnisgerecht of andere overheden m.b.t. de schuld van een verdachte of een beklaagde.<sup>153</sup>

Het vermoeden van onschuld vertoont echter ook een ander aspect. Het beschermt immers ook degene die na afloop van een proces is vrijgesproken of t.a.v. wie de strafvervolgning niet is voortgezet. De betrokkene is dan onschuldig in de ogen van de wet en heeft het recht om door de overheid behandeld te worden op een wijze die strookt met die onschuld.<sup>154</sup> Die verplichting rust i.h.b. op de overheid die, na een buitenvervolginstelling of een vrijspraak, in een nieuwe procedure moet oordelen over een burgerlijke vordering of een tuchtvervolgning tegen de betrokkene, gegrond op dezelfde feiten. Die overheid mag niet uitgaan van de schuld van de betrokkene op strafrechtelijk gebied, maar zij kan eventueel wel, op basis van de (eventueel minder strenge) toepasselijke regels, besluiten tot diens burgerlijke aansprakelijkheid of tuchtrechtelijke verantwoordelijkheid.<sup>155</sup>

### *c. Informatie over de tenlastelegging (art. 6, § 3, a)*

**47.** Artikel 6, § 3, a EVRM bepaalt dat eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld, het recht heeft om onverwijld, in een taal die hij verstaat en in bijzonderheden, op de hoogte te worden gesteld van de aard en de reden van de tegen hem ingebrachte beschuldiging.

Die bepaling illustreert het belang van een behoorlijke kennisgeving van de tenlastelegging aan de verdachte of de beklaagde. De betrokkene heeft het recht om geïnformeerd te worden, niet enkel over de “redenen” van de tenlastelegging, d.i. de feiten die hij of zij gepleegd zou hebben en waarop de tenlastelegging steunt, maar ook over de juridische kwalificatie die aan die feiten gegeven wordt.<sup>156</sup> Artikel 6, § 3, a belet niet dat de feiten in de loop van de procedure aangevuld of anders gekwalificeerd worden, maar in dat geval is wel vereist dat de beklaagde hiervan vooraf op de hoogte wordt gesteld, en dat hij of zij zich ook t.a.v. de nieuwe feiten of de nieuwe kwalificatie kan verdedigen.<sup>157</sup>

---

153. EHRM (gr. k.) 12 juli 2013, *Allen t. Verenigd Koninkrijk*, § 93, *ECHR* 2013-IV, met verwijzingen naar voorbeelden uit de rechtspraak.

154. EHRM (gr. k.) 12 juli 2013, *Allen*, geciteerd, §§ 94 en 103.

155. *Ibid.*, §§ 123-124.

156. EHRM (gr. k.) 25 maart 1999, *Pélissier en Sassi*, geciteerd, § 51.

157. *Ibid.*, § 62; EHRM 25 juli 2000, *Mattoccia t. Italië*, § 61, *ECHR* 2000-IX.

De informatie moet volledig en gedetailleerd zijn<sup>158</sup>, maar het EVRM legt geen specifieke formele vereisten op.<sup>159</sup> Als de verdachte of de beklagde de taal van de procedure niet voldoende machtig is, moet de bevoegde overheid het nodige doen opdat hij de informatie krijgt in een taal die hij wel verstaat.<sup>160</sup>

#### *d. Tijd en faciliteiten voor de voorbereiding van de verdediging (art. 6, § 3, b)*

**48.** Volgens artikel 6, § 3, b EVRM heeft eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld het recht om te beschikken over de tijd en faciliteiten die nodig zijn voor de voorbereiding van zijn verdediging.

Die bepaling impliceert dat de activiteit van de verdediging alles inhoudt wat “nodig” is voor de voorbereiding van het proces. De beklagde moet de mogelijkheid hebben om zijn of haar verdediging behoorlijk te organiseren, zonder beperking t.a.v. de mogelijkheid om relevante verweermiddelen voor het vonnisgerecht aan te voeren en dus om de uitkomst van de procedure te beïnvloeden.<sup>161</sup>

De vonnisrechter moet een zeker evenwicht bewaren tussen het recht van de beklagde op een voldoende tijd voor zijn of haar verdediging en het recht van dezelfde beklagde op een behandeling van de zaak binnen een redelijke termijn, maar de verplichting om het vereiste van de redelijke termijn te eerbiedigen, kan niet aangevoerd worden als een excuus om de procedurele rechten van de beklagde te schenden.<sup>162</sup> Wat een voldoende tijd is, hangt af van de concrete omstandigheden. Het Europees Hof houdt rekening met de aard van de procedure, de complexiteit van de zaak en het stadium waarin de procedure zich bevindt.<sup>163</sup> Overigens moet er niet enkel vóór de start van het proces voldoende tijd gelaten worden: ook tijdens het proces kunnen zich bepaalde omstandigheden voordoen, die maken dat de verdediging de tijd moet krijgen om bv. haar standpunt aan te passen of om zich met een bepaald verzoek tot de rechter te richten.<sup>164</sup>

158. *Ibid.*, §§ 51-52; EHRM (gr. k.) 1 maart 2006, *Sejdovic*, geciteerd, § 90.

159. EHRM (gr. k.) 25 maart 1999, *Pélissier en Sassi*, geciteerd, § 53.

160. Zie bv. EHRM 19 december 1989, *Brožicek t. Italië*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 167, § 41; EHRM 19 december 1989, *Kamasinski t. Oostenrijk*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 168, § 79; EHRM (gr. k.) 18 oktober 2006, *Hermi t. Italië*, § 68, *ECHR* 2006-XII.

161. ECRM, Verslag 12 juli 1984, *Can t. Oostenrijk*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 96, § 53; EHRM 20 januari 2005, *Mayzit t. Rusland*, § 78; EHRM 20 september 2011, *AO Neftyanaya Kompaniya Yukos t. Rusland*, § 538.

162. EHRM 20 september 2011, *AO Neftyanaya Kompaniya Yukos*, geciteerd, §§ 540 en 546.

163. EHRM 10 juli 2012, *Gregačević t. Kroatië*, § 51.

164. EHRM 28 juni 2011, *Mimoshvili t. Rusland*, § 141, met verwijzing naar o.m. de volgende voorbeelden uit de rechtspraak: wijzigingen in de tenlastelegging (EHRM (gr. k.) 25 maart 1999, *Pélissier en Sassi*, geciteerd, § 62; EHRM 25 juli 2000, *Mattoccia*, geciteerd, § 61); het aanvoeren van nieuwe bewijselementen door de vervolgende partij (EHRM 2 oktober 2001, *G.B. t. Frankrijk*, §§ 60-63, *ECHR* 2001-X); een plotse wijziging in de opvatting van een door de rechter aangestelde deskundige (*ibid.*, §§ 69-70).

De faciliteiten voor de verdediging houden o.m. de mogelijkheid in voor de beklagde om zich vertrouwd te maken met het resultaat van de onderzoeksverrichtingen die in de loop van de procedure zijn uitgevoerd.<sup>165</sup> Dit betekent dat de verdediging toegang moet krijgen tot het strafdossier.<sup>166</sup> Artikel 6, § 3, b EVRM vereist niet dat een rechtstreekse toegang wordt verleend aan de beklagde zelf; het is voldoende dat die toegang verleend wordt aan zijn of haar raadsman.<sup>167</sup> Als de beklagde niet zelf toegang heeft tot het dossier, moet hij of zij uiteraard wel over een voldoende tijd en voldoende faciliteiten beschikken om door de raadsman geïnformeerd te worden en om hem zijn opmerkingen op de gegevens van het dossier mee te delen, met het oog op de voorbereiding van de verdediging.<sup>168</sup>

*e. Recht om zichzelf te verdedigen en recht om te worden bijgestaan door een advocaat (art. 6, § 3, c)*

i. Recht om zichzelf te verdedigen

**49.** Artikel 6, § 3, c EVRM verleent aan eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld in de eerste plaats het recht om zichzelf te verdedigen.

Dit recht is niet absoluut. Een verplichting om te worden bijgestaan door een raadsman is niet strijdig met het EVRM als de maatregel steunt op pertinente en voldoende redenen, i.h.b. als ze wordt opgelegd in het belang van de beklagde, met het oog op een behoorlijke verdediging van diens belangen.<sup>169</sup>

ii. Recht op bijstand door een advocaat

**50.** Artikel 6, § 3, c EVRM verleent voorts ook het recht op de bijstand van een raadsman naar eigen keuze. Dit recht is van toepassing als de beklagde niet wenst zichzelf te verdedigen<sup>170</sup>, of tenminste niet wenst zichzelf alleen te verdedigen.

Het recht op bijstand door een advocaat is een van de basiselementen van het recht op een eerlijk proces. Volgens het Europees Hof verliest een beklagde dat recht niet om de enkele reden dat hij niet zelf aanwezig is op een terechtzitting. Ook al moet de wetgever onverantwoorde afwezigheden kunnen ontmoedigen, hij mag een beklagde

165. EHRM 20 september 2011, *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos*, geciteerd, § 538.

166. Onder voorbehoud van beperkingen die onder bepaalde voorwaarden aan het recht van toegang tot het dossier kunnen worden aangebracht. Zie *supra*, nr. 37.

167. EHRM 19 december 1989, *Kamasinski*, geciteerd, § 88; EHRM 21 september 1993, *Kremzow t. Oostenrijk*, *Publ. Eur.Court HR*, reeks A, vol. 268-B, § 52.

168. EHRM (gr. k.) 12 mei 2005, *Ocalan t. Turkije*, § 140, *ECHR* 2005-IV.

169. EHRM (besl.) 15 november 2001, *Correia de Matos t. Portugal*, *ECHR* 2001-XII. Zie ook o.m. EHRM 25 september 1992, *Croissant t. Duitsland*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 237-B, § 27; EHRM 14 januari 2003, *Lagerblom t. Zweden*, § 50; EHRM 3 juli 2012, *X t. Finland*, § 182, *ECHR* 2012-IV.

170. EHRM 25 april 1983, *Pakelli t. Duitsland*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 64, § 31.



niet penaliseren door het invoeren van uitzonderingen op het recht op bijstand door een advocaat. Als de wetgever wil voorzien in middelen om te verzekeren dat de beklaagde aanwezig is op de terechtzitting (en bv. door de rechter kan worden onder-vraagd), moet hij naar andere oplossingen zoeken.<sup>171</sup> Dit komt erop neer dat er een recht is om ter zitting door een advocaat te worden vertegenwoordigd.<sup>172</sup>

De bijstand van de advocaat beperkt zich overigens niet tot het indienen van conclusies en het houden van pleidooien. Tot de fundamentele aspecten van de bijstand door een advocaat horen o.m. de bespreking van de zaak met de cliënt, de organisatie van de verdediging, het verzamelen van bewijselementen die gunstig zijn voor de cliënt, de voorbereiding van de cliënt op diens verhoor, het moreel steunen van een cliënt die onder druk staat, en i.g.v. detentie het verifiëren van de omstandigheden daarvan.<sup>173</sup>

**51.** Ook al vormt het recht op bijstand door een advocaat van eigen keuze een fundamenteel aspect van het recht op een eerlijk proces, toch is het geen absoluut recht. In sommige gevallen kan het belang van een goede rechtsbedeling vereisen dat de beklaagde bijgestaan wordt door een raadsman aangewezen door de gerechtelijke overheid. In een dergelijk geval moet die overheid wel luisteren naar de wensen ter zake van de beklaagde; zij kan niettemin die wensen naast zich neerleggen als zij pertinente en voldoende redenen heeft om aan te nemen dat zulks in het belang is van een goede rechtsbedeling.<sup>174</sup> Overigens brengt de ambtshalve aanwijzing van een advocaat voor de overheid de verplichting mee om in te grijpen wanneer blijkt dat die advocaat kennelijk tekortschiet in de uitvoering van zijn of haar opdracht, of wanneer diens tekortkomingen ter kennis van de overheid worden gebracht.<sup>175</sup>

Voorts kan de specifieke aard van bepaalde procedures verantwoorden dat de keuzevrijheid van de beklaagde beperkt is tot advocaten die voor de betrokken procedures over een monopolie beschikken. Zo oordeelde het Europees Hof dat de Franse wetgever het recht om te pleiten voor het Hof van Cassatie mocht voorbehouden aan de advocaten behorend tot de balie van de Raad van State en het Hof van Cassatie.<sup>176</sup>

**52.** Zoals uit het arrest *Salduz t. Turkije* blijkt<sup>177</sup>, geldt het recht op bijstand door een advocaat ook voor een verdachte, nl. vanaf het eerste verhoor door de politie. Dat recht kan evenwel uitzonderlijk beperkt worden als er daarvoor dwingende redenen

171. EHRM (gr. k.) 21 januari 1999, *Van Geyselghem t. België*, § 34, ECHR 1999-I.

172. *Ibid.*, § 35.

173. EHRM 13 oktober 2009, *Dayanan t. Turkije*, § 32; EHRM 2 maart 2010, *Adamkiewicz t. Polen*, § 84.

174. EHRM 25 september 1992, *Croissant*, geciteerd, § 29; EHRM 14 januari 2003, *Lagerblom*, geciteerd, § 54; EHRM 3 juli 2012, *X t. Finland*, geciteerd, § 183.

175. EHRM 14 januari 2003, *Lagerblom*, geciteerd, § 56; EHRM 3 juli 2012, *X t. Finland*, geciteerd, § 184.

176. EHRM (gr. k.) 26 juli 2002, *Meflah et al.*, geciteerd, § 47.

177. EHRM (gr. k.) 27 november 2008, *Salduz*, geciteerd, § 55.

bestaan die verband houden met de bijzondere omstandigheden van de zaak.<sup>178</sup> Zelfs indien zulke verantwoording voorhanden is, mag de beperking echter niet tot gevolg hebben dat het recht van verdediging op een onaanvaardbare wijze aangetast wordt. In beginsel is het recht van verdediging op een onherstelbare wijze aangetast als de verdachte tijdens het verhoor door de politie, zonder bijstand van een advocaat, belastende verklaringen heeft afgelegd, die achteraf door het vonnisgerecht gebruikt worden om de betrokkene schuldig te verklaren.

De vraag wanneer het recht van verdediging geacht moet worden onherroepelijk te zijn aangetast, lijkt in de rechtspraak van het Europees Hof nog niet volledig uitgeklaard te zijn. Twee zaken waarin die vraag centraal staat, zijn thans aanhangig bij de grote kamer. In de zaak *Dvorski t. Kroatië* heeft een kamer van het Hof vastgesteld dat de verzoeker tijdens zijn verhoor door de politie bijgestaan was door een advocaat, maar dat twijfels rezen over de vraag of het wel een advocaat van zijn keuze was. De kamer was niettemin van oordeel dat er geen schending was van artikel 6, § 1 EVRM, gelezen in samenhang met artikel 6, § 3, c, gelet op het feit dat de verzoeker zijn recht van verdediging voor het vonnisgerecht had kunnen uitoefenen én de bekentenis die hij voor de politie had afgelegd niet het enige, laat staan het beslissende bewijselement tegen hem was.<sup>179</sup> In de zaak *Ibrahim et al. t. Verenigd Koninkrijk* heeft de kamer geoordeeld dat er dwingende redenen van publieke veiligheid waren om aan de verzoekers, verdacht van betrokkenheid bij een mislukte terroristische aanslag, de bijstand van een advocaat tijdens hun initiële verhoren door de politie te ontzeggen. Tijdens die verhoren ontkenden drie van de verzoekers elke betrokkenheid. Voor het vonnisgerecht voerden zij later aan dat, ook al waren zij betrokken bij de feiten, zij niet de bedoeling hadden om een echte aanslag te plegen en hun handelingen een louter schijnvertoning waren; dat verweer was door de rechters “belachelijk” genoemd. De vierde verzoeker had tijdens het initiële verhoor de feiten bekend. Voor elk van de verzoekers onderzocht de kamer of hun recht van verdediging op een onaanvaardbare wijze was aangetast door de bedoelde beperking van het recht op bijstand door een advocaat. Zij kwam tot de conclusie dat dit niet het geval was en dat er dus geen schending was van artikel 6, § 1, gelezen in samenhang met artikel 6, § 3, c, gelet i.h.b. op de compenserende waarborgen tijdens het proces en het gewicht van de andere bewijselementen tegen de verzoekers.<sup>180</sup> Beide zaken doen aldus de vraag rijzen in hoeverre de negatieve effecten van een beperking van het recht op bijstand door een advocaat in de initiële fase van de procedure, verantwoord of niet, opgevangen kunnen worden tijdens het proces voor het vonnisgerecht.

---

178. In de zaak *Salduz* stelde het Europees Hof vast dat de bijstand door een advocaat voor het misdrijf waarvan de verzoeker verdacht werd, zonder meer uitgesloten was. Een systematische beperking van het recht op bijstand door een advocaat, ongeacht de concrete omstandigheden, werd op zichzelf strijdig geacht met art. 6 (*ibid.*, § 56).

179. EHRM (kamer) 28 november 2013, *Dvorski*, geciteerd, § 107.

180. EHRM (kamer) 16 december 2014, *Ibrahim et al.*, geciteerd, §§ 213 en 224.

## iii. Recht op kosteloze bijstand

**53.** Ten slotte verleent artikel 6, § 3, c EVRM het recht aan eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld, indien deze niet over voldoende middelen beschikt om een raadsman te bekostigen, om kosteloos door een toegevoegd advocaat te worden bijgestaan, indien de belangen van een behoorlijke rechtsbedeling dit eisen.

**54.** Het recht op kosteloze rechtshulp staat slechts open voor de beklagden die niet over voldoende middelen beschikken om zelf een raadsman te bekostigen. De bewijslast ter zake mag door de wet op de aanvrager van de rechtshulp gelegd worden.<sup>181</sup> Het Europees Hof lijkt er echter van uit te gaan dat van de aanvrager niet gevergd mag worden dat hij een bewijs boven alle twijfel levert en dat het integendeel voldoende is dat hij de nodige gegevens aanbrengt die wijzen op het ontbreken van voldoende middelen.<sup>182</sup>

Als aan een beklagde het recht op kosteloze rechtshulp is verleend, en hij of zij schuldig bevonden is, lijkt artikel 6, § 3, c EVRM zich niet ertegen te verzetten dat de overheid achteraf de gemaakte kosten op de betrokkene verhaalt, voor zover deze zich dan niet langer in een moeilijke financiële situatie bevindt.<sup>183</sup>

**55.** Voorts moet de bijstand van een advocaat slechts verleend worden als die vereist is door de belangen van een behoorlijke rechtsbedeling.

Die voorwaarde moet beoordeeld worden met inachtneming van de concrete omstandigheden van elke zaak. Het Europees Hof hanteert i.h.b. de volgende criteria: de ernst van de inbreuk die ten laste gelegd wordt en van de straf die opgelegd kan worden, en de complexiteit van de zaak.<sup>184</sup> Als een vrijheidsstraf mogelijk is, moet ervan uitgegaan worden dat de belangen van een behoorlijke rechtsbedeling de bijstand door een advocaat vergen.<sup>185</sup>

De voorwaarde inzake de belangen van een goede rechtsbedeling betekent ook dat, wanneer een beklagde veroordeeld is, hem niet automatisch rechtshulp moet worden toegekend als hij een rechtsmiddel wenst aan te wenden. Rechtshulp mag geweigerd worden als er geen redelijke kans op succes is.<sup>186</sup>

181. EHRM 25 september 1992, *Croissant*, geciteerd, § 37; EHRM 17 februari 2011, *Ognyan Asenov t. Bulgarije*, § 47.

182. EHRM 25 april 1983, *Pakelli*, geciteerd, § 34; EHRM 9 juni 1998, *Twalib t. Griekenland, Rép.* 1998-IV, § 51.

183. EHRM 17 februari 2011, *Ognyan Asenov*, geciteerd, §§ 45-47.

184. EHRM 24 mei 1991, *Quaranta t. Zwitserland, Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 205, §§ 32-36; EHRM 10 juni 1996, *Benham t. Verenigd Koninkrijk, Rép.* 1996-III, § 60; EHRM 9 juni 1998, *Twalib*, geciteerd, §§ 52-54.

185. EHRM 10 juni 1996, *Benham*, geciteerd, § 61.

186. EHRM 2 maart 1987, *Monnell en Morris t. Verenigd Koninkrijk, Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 115, § 67. Ook in burgerlijke zaken, waarin onder bepaalde voorwaarden een recht op rechtshulp kan worden afgeleid uit art. 6, § 1 EVRM, mag de overheid het toekennen van rechtshulp doen afhangen van de kansen op succes van een vordering of een rechtsmiddel (zie bv. EHRM 26 februari 2002, *Del Sol t. Frankrijk*, §§ 23-27, *ECHR* 2002-II).

**56.** Het in artikel 6, § 3, c EVRM bedoelde recht op bijstand door een advocaat moet concreet en effectief gewaarborgd worden. Daaruit leidt het Europees Hof af dat het niet voldoende is dat de bevoegde overheid een advocaat aanstelt in het raam van de kosteloze rechtshulp. Die advocaat zou immers kunnen ziek vallen of zelfs overlijden, belet worden om zijn opdracht uit te voeren, of zijn opdracht eenvoudigweg slecht uitvoeren. Als dergelijke situaties zich voordoen, moet de overheid optreden, hetzij door de advocaat te vervangen, hetzij door hem ertoe te brengen zijn verplichtingen na te komen.<sup>187</sup>

De staat kan echter niet aansprakelijk gesteld worden voor elke tekortkoming van een advocaat, ook niet als die is aangesteld in het raam van de kosteloze rechtshulp. De verdediging van een partij is essentieel een zaak tussen die partij en haar raadsman, die onafhankelijk van de overheid moet kunnen optreden. Daarom kan van de bevoegde overheid slechts verwacht worden dat zij optreedt als de tekortkoming van de advocaat manifest is, en voor zover zulks op een of andere wijze onder de aandacht van de overheid is gebracht.<sup>188</sup>

*f. Ondervraging van getuigen à charge en oproeping van getuigen à décharge (art. 6, § 3, d)*

**57.** Artikel 6, § 3, d EVRM waarborgt aan eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld het recht, enerzijds, om de getuigen à charge te ondervragen of te doen ondervragen, en anderzijds, om het oproepen en de ondervraging van getuigen à décharge te doen geschieden onder dezelfde voorwaarden als het geval is met de getuigen à charge. Beide aspecten worden hierna achtereenvolgens besproken.

*i. Ondervraging van getuigen à charge*

**58.** In zoverre artikel 6, § 3, d EVRM aan een beklaagde het recht verleent om getuigen à charge te ondervragen of te doen ondervragen, gaat het uit van het beginsel dat elk bewijs tegen een beklaagde op een openbare terechtzitting aangebracht wordt, en dat de beklaagde op die zitting dat bewijs kan betwisten. Op dat beginsel zijn weliswaar uitzonderingen mogelijk – en allicht zijn de uitzonderingen in de praktijk ook belangrijker dan het beginsel – maar die uitzonderingen mogen geen afbreuk doen aan het recht van verdediging. Dat recht vereist, alweer in beginsel, dat de beklaagde een behoorlijke gelegenheid krijgt om de verklaring van een getuige te betwisten en

187. EHRM 13 mei 1980, *Artico t. Italië*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 37, § 33.

188. EHRM 19 december 1989, *Kamasinski*, geciteerd, § 65; EHRM 24 november 1993, *Imbrioscia*, geciteerd, § 41; EHRM 21 april 1998, *Daud v. Portugal, Rép.* 1998-II, § 38; EHRM 20 januari 2009, *Güveç*, geciteerd, § 130. Een ongelukkige strategie of een louter gebrek in de verdediging zou de aansprakelijkheid van de staat dus niet in het gedrang brengen, maar wel een nalatigheid in het vervullen van een belangrijk vormvereiste (EHRM 10 oktober 2002, *Czekalla t. Portugal*, § 65, *ECHR* 2002-VIII).

om hem te ondervragen, hetzij op het ogenblik zelf dat die getuige zijn verklaring aflegt, hetzij in een later stadium van de procedure.<sup>189</sup>

In de praktijk rijzen de problemen vooral met afwezige en anonieme getuigen.

**59.** Het gebruik van een verklaring afgelegd in de loop van het onderzoek door een getuige wiens identiteit bekend is, maar die niet op het proces aanwezig is (en die dus niet ondervraagd kan worden door de verdediging), is niet noodzakelijk strijdig met artikel 6, § 1, gelezen in samenhang met artikel 6, § 3, d. Een eerste voorwaarde voor de verenigbaarheid met het recht op een eerlijk proces is wel dat er goede redenen moeten zijn waarom de getuige niet op het proces aanwezig is.<sup>190</sup> Vervolgens moet nagegaan worden of die verklaring het enige of het beslissende bewijselement tegen de beklaagde vormt. Als dat inderdaad het geval is, bestaat het gevaar dat het recht van verdediging op een zodanige wijze beperkt wordt dat een eerlijk proces niet mogelijk is.<sup>191</sup> Een tweede voorwaarde voor de verenigbaarheid van het proces met artikel 6 EVRM is dan dat er voldoende compenserende factoren moeten zijn, i.h.b. procedurele waarborgen die een eerlijke en behoorlijke beoordeling van de betrouwbaarheid van dat getuigenbewijs mogelijk maken, rekening houdend met het gewicht van dat bewijs in het licht van het hele dossier.<sup>192</sup>

De vraag of er ook procedurele waarborgen moeten zijn in de hypothese dat de verklaring van een afwezige getuige niet het enige of het beslissende bewijselement is, maar die verklaring toch wel een aanzienlijk gewicht heeft, is in een aantal arresten positief beantwoord. Het Europees Hof heeft in die zaken o.m. nagegaan of de rechter bewijswaarde kon hechten aan de bedoelde verklaring, mede gelet op de andere bewijselementen die de verklaring al dan niet kwamen bevestigen.<sup>193</sup> Een van die zaken is de zaak *Schatschaschwili t. Duitsland*. Een kamer van het Hof heeft daarin geoordeeld dat, ook al waren de in het interne recht bestaande procedurele waarborgen niet geëerbiedigd, de rechters de verklaring van de afwezige getuige toch zorgvuldig beoordeeld hadden en in het dossier elementen gevonden hadden die deze verklaring bevestigden. Daardoor was het proces in zijn geheel toch nog eerlijk verlopen.<sup>194</sup> Die zaak is thans hangende bij de grote kamer.

189. EHRM 23 april 1997, *Van Mechelen et al. t. Nederland, Rép.* 1997-III, § 51; EHRM (gr. k.) 15 december 2011, *Al-Khawaja en Tahery*, geciteerd, § 118.

190. EHRM (gr. k.) 15 december 2011, *Al-Khawaja en Tahery*, geciteerd, § 119. Goede redenen kunnen bv. zijn het feit dat de getuige inmiddels overleden is, of dat er objectieve gronden zijn om aan te nemen dat de getuige bevreesd is om in aanwezigheid van de beklaagde te komen getuigen (*ibid.*, §§ 121-125).

191. *Ibid.*

192. *Ibid.*, § 147.

193. Zie bv. EHRM 25 oktober 2012, *Stefančić t. Slovenië*, §§ 44-46. In een andere zaak kwam het Hof tot een enigszins andere conclusie. Het was van oordeel dat andere bewijselementen zo sterk waren dat de verklaring van de afwezige getuige noch het enige, noch het beslissende bewijselement was, met als gevolg dat niet onderzocht moest worden of er voldoende compenserende factoren waren (EHRM 16 december 2014, *Horncastle t. Verenigd Koninkrijk*, §§ 150-151).

194. EHRM (kamer) 17 april 2014, *Schatschaschwili t. Duitsland*, §§ 75-81.

**60.** Van een enigszins andere aard is de problematiek van de anonieme getuige. Hier gaat het om verklaringen afgelegd door personen waarvan de identiteit verborgen wordt gehouden voor de verdediging.<sup>195</sup> Toch is de problematiek vergelijkbaar met die van de afwezige getuige, omdat ook hier de verdediging in mindere of meerdere mate wordt beperkt in haar mogelijkheid om de geloofwaardigheid van de getuige te betwisten en om de getuige mondeling te ondervragen.<sup>196</sup> De criteria om te beoordelen of het gebruik van de verklaring van een anonieme getuige strookt met het recht op een eerlijk proces zijn dan ook vergelijkbaar met die inzake de verklaring van een afwezige getuige. Er moeten in de eerste plaats goede redenen zijn voor het niet-bekendmaken van de identiteit van de getuige. Vervolgens moet nagegaan worden of de verklaring van die getuige het enige of het beslissende bewijs is. Is dat inderdaad het geval, dan moeten er voldoende compenserende factoren zijn, i.h.b. procedurele waarborgen die een eerlijke en behoorlijke beoordeling van de betrouwbaarheid van dat getuigenbewijs mogelijk maken.<sup>197</sup> Ook als het nodig is om te beletten dat de beklaagde zelf te weten zou komen wie er tegen hem getuigt, kan het vaak mogelijk zijn om de getuigenverklaring zo te organiseren dat niet enkel de rechter, maar ook de advocaat van de beklaagde de verklaring kan bijwonen en de lichaamstaal van de getuige alsmede diens reacties op vragen kan waarnemen.

De vraag of er ook procedurele waarborgen moeten zijn in de hypothese dat de verklaring van een anonieme getuige niet het enige of het beslissende bewijselement is, maar die verklaring toch wel een aanzienlijk gewicht heeft, lijkt in de recente rechtspraak nog niet aan bod te zijn gekomen. Allicht zal die vraag op dezelfde manier beantwoord moeten worden als voor de verklaring van een afwezige getuige.

## ii. Oproeping van getuigen *à décharge*

**61.** Artikel 6, § 3, d EVRM legt aan de rechter niet de verplichting op om elke getuige op te roepen waarvoor de beklaagde de oproeping vraagt. De rechter behoudt integendeel de bevoegdheid om te beoordelen of een bepaald bewijsaanbod wel relevant is. Zoals blijkt uit het vereiste dat het oproepen en het verhoren van getuigen *à décharge* moet geschieden onder dezelfde voorwaarden als het geval is met de getuigen *à charge*, moet de rechter hierbij de wapengelijkheid tussen beklaagde en vervolgende partij waarborgen.<sup>198</sup>

195. Het kan bv. gaan om een anonieme informant of om een "undercover" agent.

196. EHRM (gr. k.) 15 december 2011, *Al-Khawaja en Tahery*, geciteerd, § 127.

197. EHRM (besl.) 10 april 2012, *Ellis, Simms en Martin t. Verenigd Koninkrijk*, §§ 76-78; EHRM 6 december 2012, *Pesukic t. Zwitserland*, § 45; EHRM 18 december 2014, *Scholer t. Duitsland*, § 51; EHRM 23 juni 2015, *Balta en Demir t. Turkije*, § 39.

198. EHRM 8 juni 1976, *Engel et al.*, geciteerd, § 91. Zie ook o.m. EHRM 22 april 1992, *Vidal t. België*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 235-B, § 33.

Het zal eerder in uitzonderlijke gevallen zijn dat het Europees Hof ertoe zal komen om de weigering om een persoon als getuige op te roepen, strijdig te achten met artikel 6.<sup>199</sup> Van een verzoeker wordt in elk geval verwacht dat hij uitlegt waarom het belangrijk was dat de niet-opgeroepen getuige gehoord werd, i.h.b. waarom diens verhoor noodzakelijk geweest zou zijn voor het vaststellen van de waarheid.<sup>200</sup>

*g. Bijstand door een tolk (art. 6, § 3, e)*

**62.** Volgens artikel 6, § 3, e EVRM heeft eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld het recht om zich kosteloos te laten bijstaan door een tolk, indien hij de taal die ter terechtzitting wordt gebezigd niet verstaat of niet spreekt.

De voorwaarde voor het verkrijgen van de bijstand van een tolk is dat de beklagde de taal van de procedure niet voldoende begrijpt. Hoe grondig de kennis van de taal moet zijn om het proces te kunnen volgen, hangt mede af van de complexiteit van de zaak.<sup>201</sup> Voorts is er geen voorwaarde van gebrek aan de nodige financiële middelen. De bijstand van een tolk is werkelijk kosteloos, hetgeen o.m. inhoudt dat de kosten i.g.v. veroordeling niet verhaald mogen worden op de beklagde.<sup>202</sup>

De bijstand van een tolk is niet beperkt tot de mondelinge verklaringen afgelegd ter zitting van het vonnisgerecht, ze strekt zich ook uit tot geschreven stukken en tot de procedure voorafgaand aan de berechting door het vonnisgerecht. Kort gezegd, de bijstand heeft betrekking op alle stukken en verklaringen die de beklagde moet kunnen verstaan, of aan de rechter moet kunnen voorleggen in de taal die deze verstaat, met het oog op een eerlijk proces.<sup>203</sup> Artikel 6, § 3, e gaat echter niet zo ver dat de beklagde het recht heeft op een schriftelijke vertaling van alle stukken. Een mondelinge vertaling kan volstaan in zoverre die het mogelijk maakt voor de beklagde om de zaak tegen hem te verstaan en zich te verdedigen.<sup>204</sup>

Ten slotte mag van de rechter ook een zeker toezicht op de kwaliteit van de vertaling verwacht worden. Als hij geattendeerd wordt op tekortkomingen ter zake, moet hij zich van de kwaliteit vergewissen en eventueel corrigerende maatregelen nemen.<sup>205</sup>

199. EHRM 7 juli 1989, *Bricmont t. België*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 158, § 89.

200. EHRM (gr. k.) 6 mei 2003, *Perna t. Italië*, § 29, *ECHR* 2003-V.

201. EHRM (gr. k.) 18 oktober 2006, *Hermi t. Italië*, § 71, *ECHR* 2006-XII.

202. EHRM 28 november 1978, *Luedicke, Belkacem en Koç t. Duitsland*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 29, § 46; EHRM 21 februari 1984, *Oztürk*, geciteerd, § 58.

203. EHRM 28 november 1978, *Luedicke, Belkacem en Koç*, geciteerd, § 48; EHRM 19 december 1989, *Kamasinski*, geciteerd, § 74; EHRM (gr. k.) 18 oktober 2006, *Hermi*, geciteerd, § 69.

204. EHRM 19 december 1989, *Kamasinski*, geciteerd, § 74; EHRM (gr. k.) 18 oktober 2006, *Hermi*, geciteerd, § 70.

205. EHRM 19 december 1989, *Kamasinski*, geciteerd, § 74; EHRM (gr. k.) 18 oktober 2006, *Hermi*, geciteerd, § 70.

*h. Nieuwe beoordeling door een hoger gerecht (art. 2 Zevende Protocol)*

**63.** Artikel 2, § 1 van het Zevende Protocol bij het EVRM verleent aan eenieder die door een gerecht is veroordeeld wegens een strafbaar feit, het recht op een nieuwe beoordeling door een hoger gerecht. De staten beschikken over een ruime beoordelingsmarge om te bepalen hoe dit recht in de nationale rechtsorde kan worden uitgeoefend. Het staat nl. aan de nationale overheid om te bepalen of tegen een veroordelend vonnis een beroep in rechte en in feite (dus een hoger beroep) openstaat, dan wel slechts een beroep in rechte (bv. een cassatieberoep).<sup>206</sup>

Juist zoals het bij artikel 6, § 1 gewaarborgde recht van toegang tot een rechter<sup>207</sup>, kan het bij artikel 2, § 1 van het Zevende Protocol gewaarborgde recht op een nieuwe beoordeling door een hoger gerecht aan beperkingen worden onderworpen. Dergelijke beperkingen moeten echter een wettig doel nastreven en mogen de essentie van het recht niet aantasten.<sup>208</sup> Artikel 2, § 2 voorziet bovendien uitdrukkelijk in twee mogelijke uitzonderingen op het bij artikel 2, § 1 gewaarborgde recht: de staat mag een recht op een hogere beoordeling uitsluiten, enerzijds, m.b.t. lichte overtredingen, en anderzijds, in de gevallen waarin een beklagde meteen voor het hoogste gerecht werd gebracht en door dat gerecht werd veroordeeld, of in eerste aanleg is vrijgesproken en in hoger beroep is veroordeeld.

*i. Schadeloosstelling i.g.v. rechterlijke dwaling (art. 3 Zevende Protocol)*

**64.** Artikel 3 van het Zevende Protocol bepaalt dat eenieder die definitief is veroordeeld, in het geval dat het veroordelend vonnis later is vernietigd of wanneer hem later genade is verleend op grond van nieuwe of later aan het licht gekomen feiten die aantonen dat er sprake is van een gerechtelijke dwaling, recht heeft op schadeloosstelling.

Opdat het recht op schadeloosstelling van toepassing zou zijn, moet er een vernietiging geweest zijn van het veroordelend vonnis of moet een genademaatregel genomen zijn.<sup>209</sup> Bovendien moet de vernietiging of de genademaatregel gesteund zijn op een nieuw feit of een nieuw aan het licht gekomen feit dat wijst op een gerechtelijke dwaling, niet op enige andere grond.<sup>210</sup>

---

206. EHRM (besl.) 18 januari 2000, *Pesti en Frodl t. Oostenrijk*, ECHR 2000-I; EHRM 13 februari 2001, *Krombach t. Frankrijk*, § 96, ECHR 2001-II; EHRM 29 april 2014, *Natsvlishvili en Togonidze t. Georgië*, § 96.

207. Zie *supra*, nr. 22.

208. EHRM 13 februari 2001, *Krombach*, geciteerd, § 96.

209. EHRM 3 juli 2008, *Matveyev t. Rusland*, § 38.

210. *Ibid.*, § 39.



Het recht op schadevergoeding heeft betrekking niet enkel op de materiële schade t.g.v. de veroordeling, maar ook op de morele schade, zoals verdriet, angst, ongemak of verlies aan levenslust.<sup>211</sup>

*j. Geen tweemaal dezelfde vervolging of bestraffing voor eenzelfde strafbaar feit (art. 4 Zevende Protocol)*

**65.** Artikel 4, § 1 van het Zevende Protocol bepaalt dat niemand een tweede keer vervolgd of berecht mag worden in een strafrechtelijke procedure voor een misdrijf waarvoor hij reeds definitief vrijgesproken of veroordeeld is overeenkomstig het recht en de strafprocedure van dezelfde staat. Aldus huldigt die bepaling het beginsel “*non bis in idem*” in strafzaken.

Om te kunnen besluiten dat er een schending is van die bepaling, moet een aantal voorwaarden vervuld zijn.

**66.** Een eerste reeks voorwaarden houdt verband met de aard van de procedures. Zowel de eerste procedure als de tweede procedure moeten “strafprocedures” zijn, in de zin van artikel 4 van het Zevende Protocol.<sup>212</sup> Het Europees Hof interpreteert dit begrip op dezelfde wijze als het dat doet voor het strafrechtelijk karakter van een tenlastelegging of vervolging in de zin van artikel 6 EVRM (zie *supra*, nr. 15). Dit betekent dat ook hier de volgende drie criteria worden gehanteerd: de kwalificatie van het misdrijf volgens het interne recht, de aard van het misdrijf en de ernst van de straf die de betrokken persoon kan oplopen.<sup>213</sup>

Bovendien moet de eerste procedure geleid hebben tot een vrijspraak of een veroordeling. Als aan een eerste vervolging een einde is gekomen bij loutere beslissing van de vervolgende partij, belet artikel 4 van het Zevende Protocol niet dat er later opnieuw een vervolging komt.<sup>214</sup>

**67.** Vervolgens moet het in de twee procedures gaan om hetzelfde misdrijf. Het Europees Hof geeft een ruime interpretatie aan dit begrip. Het is voldoende dat dezelfde persoon tweemaal is vervolgd voor dezelfde feiten, of voor feiten die ten minste in

211. EHRM 12 juni 2012, *Poghosyan en Baghdasaryan t. Armenië*, § 51, ECHR 2012-III.

212. Art. 4 van het Zevende Protocol belet dus niet dat iemand na een strafrechtelijke veroordeling disciplinair wordt vervolgd wegens dezelfde feiten, voor zover de tuchtrechtelijke vervolging niet als “strafrechtelijk” moet worden gekwalificeerd in de zin van die bepaling (EHRM (besl.) 18 oktober 2005, *Banfield t. Verenigd Koninkrijk*, ECHR 2005-XI; EHRM (besl.) 3 november 2005, *Tabet t. Frankrijk*; EHRM (besl.) 31 januari 2012, *Durand t. Frankrijk*, §§ 59-60).

213. EHRM (gr. k.) 10 februari 2009, *Sergey Zolotukhin t. Rusland*, §§ 52-53, ECHR 2009-I.

214. EHRM (gr. k.) 27 mei 2014, *Marguš t. Kroatië*, § 120, met verwijzing naar eerdere rechtspraak.

essentie dezelfde zijn<sup>215</sup>, gepleegd op hetzelfde ogenblik of in dezelfde periode.<sup>216, 217</sup> Het is daarentegen geenszins vereist dat de juridische kwalificatie van de feiten in de twee procedures dezelfde is.<sup>218</sup>

**68.** Ten slotte moet de betrokkene, na een eerste vrijspraak of veroordeling, het voorwerp uitmaken van een “nieuwe” vervolging of berechting.

Aldus verbiedt artikel 4, § 1 van het Zevende Protocol het instellen van een tweede vervolging nadat een eerste vervolging beëindigd is met een definitieve beslissing.<sup>219</sup> Onder een “definitieve” beslissing wordt verstaan een beslissing die kracht van gewijsde heeft verkregen, of die m.a.w. niet meer vatbaar is voor een gewoon rechtsmiddel.<sup>220</sup> Zoals uit artikel 4, § 2 blijkt, is er geen verbod om een definitief afgesloten procedure te heropenen indien er aanwijzingen zijn van nieuwe of nieuw aan het licht gekomen feiten of indien die procedure aangetast is door een fundamenteel gebrek. Voorts belet artikel 4, § 1 op zich niet dat er gelijktijdig twee procedures lopen, over dezelfde feiten. Opdat die bepaling niet geschonden zou worden, is dan wel vereist dat, zodra een van die procedures is afgesloten met een definitieve beslissing, de tweede procedure beëindigd wordt.<sup>221</sup> Ten slotte wordt artikel 4 van het Zevende Protocol niet geschonden als de tweede procedure niet echt “nieuw” is t.o.v. de eerste procedure. De nationale wet mag aldus voor een bepaald misdrijf in twee of meer verschillende sancties voorzien, die elk door een verschillende overheid kunnen worden opgelegd. Zo belet artikel 4 niet dat een bepaalde verkeersovertreding bestraft wordt met een klassieke strafrechtelijke straf (boete of gevangenisstraf) én met het intrekken van het rijbewijs, en dat die sancties worden opgelegd door resp. een strafrechtbank en een administratieve overheid, waarbij de ene overheid steunt op de beslissing van de andere.<sup>222</sup> In een dergelijk geval is er een voldoende nauwe band tussen de twee procedures om ze als een geheel te beschouwen.<sup>223</sup>

215. Het kan zijn dat de tenlasteleggingen in de twee procedures steunen op feiten die niet helemaal dezelfde zijn. In de zaak *Zolotukhin* ging het om een persoon die op een politiekantoor twee politieagenten beledigd had en die een van hen daarbij met geweld bedreigd had. In een eerste, administratieve procedure werd hij vervolgd wegens wanordelijk gedrag (belediging van een politieagent) en in een tweede, zuiver strafrechtelijke procedure wegens hetzelfde wanordelijk gedrag, maar waarbij ook specifiek de dreiging met geweld in aanmerking genomen werd. Het Europees Hof stelde vast dat de tweede vervolging geheel steunde op feiten die al in de eerste vervolging aan bod waren gekomen, terwijl het misdrijf waarop de eerste vervolging steunde geen enkel element bevatte dat niet constitutief was voor het misdrijf waarop de tweede vervolging steunde. De feiten die aanleiding gaven tot de tenlasteleggingen in de twee procedures waren dus essentieel dezelfde (EHRM (gr. k.) 10 februari 2009, *Sergey Zolotukhin*, geciteerd, § 97).

216. Niets belet dus om eenzelfde persoon in twee opeenvolgende procedures te vervolgen wegens dezelfde feiten, maar betrekking hebbend op verschillende periodes, bv. verboden wapendracht in twee opeenvolgende periodes (EHRM 5 oktober 2006, *Marcello Viola t. Italië*, §§ 87-90, *ECHR* 2006-XI (uittreksels)).

217. EHRM (gr. k.) 10 februari 2009, *Sergey Zolotukhin*, geciteerd, §§ 82 en 84.

218. *Ibid.*, §§ 79-81.

219. EHRM 29 mei 2001, *Franz Fischer t. Oostenrijk*, § 22.

220. EHRM 20 juli 2004, *Nikitin*, geciteerd, § 37; EHRM (gr. k.) 10 februari 2009, *Sergey Zolotukhin*, geciteerd, § 107.

221. EHRM (besl.) 3 oktober 2002, *Zigarella t. Italië*, *ECHR* 2002-IX; EHRM 20 mei 2014, *Häkka t. Finland*, § 48, *Nykanen t. Finland*, § 49 en *Glantz t. Finland*, § 59; EHRM 27 november 2014, *Lucky Dev t. Zweden*, §§ 59-60.

222. EHRM (besl.) 30 mei 2000, *R.T. t. Zwitserland*; EHRM (besl.) 13 december 2005, *Nilsson t. Zweden*, *ECHR* 2005-XIII; EHRM 17 februari 2015, *Boman t. Finland*, § 43.

223. EHRM (besl.) 13 december 2005, *Nilsson*, geciteerd.

Zoals uit de bewoordingen van artikel 4 van het Zevende Protocol blijkt, verbiedt die bepaling niet enkel een tweede bestraffing, maar ook een tweede vervolging of berechting.<sup>224</sup> Het instellen van een nieuwe procedure na een eerste definitieve beslissing, of het voortzetten van de tweede procedure nadat de eerste procedure is beëindigd met een definitieve beslissing, volstaat dus om te kunnen spreken van een schending van artikel 4. Het feit dat de betrokkene in de tweede procedure uiteindelijk, na een beoordeling van de gegrondheid van de tenlastelegging, vrijgesproken wordt, neemt m.a.w. niet weg dat de vervolging en de berechting in het raam van die procedure een schending van artikel 4 van het Zevende Protocol uitmaken.<sup>225</sup>

### § 5. Redelijke termijn

**69.** Een laatste waarborg is die van het recht op de behandeling van een zaak binnen een redelijke termijn. Dit recht, gewaarborgd bij artikel 6, § 1 EVRM, geldt zowel in burgerlijke zaken als in strafzaken.

#### A. In aanmerking te nemen termijn

**70.** In burgerlijke zaken is het startpunt van de termijn normaal de datum waarop de vordering aanhangig wordt gemaakt bij de rechtbank. Inzake geschillen van bestuur kan de termijn uitzonderlijk echter al vroeger beginnen lopen, nl. wanneer de eiser een jurisdictioneel beroep slechts bij een rechtscollege aanhangig kan maken nadat hij een administratief beroep bij een administratief orgaan heeft ingesteld: in dat geval begint de termijn al te lopen vanaf het instellen van het administratief beroep.<sup>226</sup>

In strafzaken begint de termijn te lopen vanaf het ogenblik waarop een persoon het voorwerp uitmaakt van een tenlastelegging. In de zin van artikel 6, § 1 is dat in beginsel het ogenblik waarop de betrokkene door de bevoegde overheid officieel ervan in kennis wordt gesteld dat hij of zij ervan verdacht wordt een strafbaar feit te hebben gepleegd. Dat kan bv. zijn: de datum van aanhouding, de datum waarop aan een persoon wordt meegedeeld dat hij of zij vervolgd zal worden, of de datum waarop een voorafgaand onderzoek wordt geopend. De termijn kan ook beginnen lopen vanaf het ogenblik waarop acties ondernomen door de vervolgende overheid, t.g.v. tegen een persoon bestaande verdenking, op enige andere wijze een ernstige invloed hebben op diens situatie.<sup>227</sup>

224. EHRM 29 mei 2001, *Franz Fischer*, geciteerd, § 29; EHRM (gr. k.) 10 februari 2009, *Sergey Zolotukhin*, geciteerd, § 110.

225. EHRM (gr. k.) 10 februari 2009, *Sergey Zolotukhin*, geciteerd, § 111.

226. EHRM 28 juni 1978, *König*, geciteerd, § 98; EHRM (gr. k.) 19 april 2007, *Vilho Eskelinen et al.*, geciteerd, § 65.

227. EHRM 15 juli 1982, *Eckle t. Duitsland*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 51, § 73; EHRM (gr. k.) 17 december 2004, *Pedersen en Baadsgaard t. Denemarken*, § 44, *ECHR* 2004-XI; EHRM (gr. k.) 10 september 2010, *McFarlane t. Ierland*, § 143.

71. De te beoordelen termijn loopt tot aan het einde van de procedure, in voorkomend geval met inbegrip van de procedures in hoger beroep en in cassatie.<sup>228</sup> Indien de fase van de gedwongen tenuitvoerlegging naar nationaal recht deel uitmaakt van de procedure over de zaak zelf, wordt ook die fase in aanmerking genomen.<sup>229</sup>

## B. Redelijk karakter van de termijn

72. Terwijl een verjaringstermijn een vaste termijn is (waarbinnen een vordering moet worden ingesteld of een vonnis moet worden uitgesproken), is de redelijke termijn een termijn die afhankelijk is van de concrete omstandigheden van elke zaak. Dit kenmerk leidt ertoe dat de rechtspraak i.v.m. de redelijke termijn een erg casuïstisch karakter vertoont.

Die vaststelling moet evenwel op twee punten genuanceerd worden. In de eerste plaats wordt in sommige arresten en beslissingen van het Europees Hof een principiële vuistregel gehanteerd, nl. één jaar per aanleg.<sup>230</sup> Vervolgens is de duur van sommige procedures dermate lang dat het de moeite niet loont om de concrete omstandigheden in detail te beoordelen en kan op grond van een globale beoordeling meteen besloten worden dat de redelijke termijn is overschreden.<sup>231</sup>

73. Als een beoordeling van de concrete omstandigheden noodzakelijk is, hanteert het Europees Hof vier criteria om uit te maken of de duur van de procedure “redelijk” geweest is.

Het eerste criterium is de complexiteit van de zaak. Het spreekt vanzelf dat de termijn voor complexe zaken langer mag zijn dan voor eenvoudige zaken.

Het tweede criterium is het gedrag van de partij die zich beroept op de redelijke termijn. Dit criterium is vooral van belang in burgerlijke zaken. In die zaken mag van de partijen verwacht worden dat zij het verloop van de procedure niet nodeloos vertragen. Het Hof gaat ervan uit dat de partijen de nodige diligentie aan de dag leggen voor het verrichten van hun proceshandelingen, dat zij geen vertragsmanoeuvres uithalen, en dat zij gebruikmaken van de beschikbare middelen om de duur van de procedure kort te houden.<sup>232</sup> In strafzaken speelt dit criterium een minder belangrijke

228. EHRM 27 juni 1968, *Wemhoff t. Duitsland*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 7, § 18 en *Neumeister t. Oostenrijk*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 8, § 19.

229. EHRM 26 oktober 1988, *Martins Moreira t. Portugal*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 143, § 44.

230. Zie nl. EHRM 20 februari 2003, *Hutchison Reid t. Verenigd Koninkrijk*, § 79, *ECHR* 2003-IV.

231. Zie bv. sommige Italiaanse zaken, waarin het Europees Hof een “praktijk” van overschrijdingen van de redelijke termijn heeft vastgesteld (EHRM (gr. k.) 28 juli 1999, *Bottazzi t. Italië*, §§ 22-23, *ECHR* 1999-V; EHRM (gr. k.) 29 maart 2006, *Scordino (nr. 1)*, geciteerd, §§ 225-226, *Cocchiarella*, geciteerd, §§ 120-121 en *Musci t. Italië*, §§ 120-121, *ECHR* 2006-V).

232. EHRM 7 juli 1989, *Unión Alimentaria Sanders SA t. Spanje*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 157, § 35.

rol, omdat van een beklagde niet verwacht kan worden dat hij of zij actief meewerkt met de gerechtelijke overheid.<sup>233</sup> Niettemin kan een gebrek aan diligentie i.v.m. het verrichten van proceshandelingen of i.v.m. het vragen van onderzoeksmaatregelen toch tegen de verzoeker aangevoerd worden.<sup>234</sup> In elk geval is de staat niet verantwoordelijk voor vertragingen die uitsluitend aan de verzoeker te wijten zijn.

Het derde criterium is het gedrag van de bevoegde overheden. Hiermee worden in de eerste plaats de rechterlijke instanties bedoeld die zich met de zaak bezighouden. Zij kunnen de aansprakelijkheid van de staat in het gedrang brengen door de zaak te lang te laten aanslepen, of door niet passend te reageren op vertragsmanoeuvres van bepaalde actoren, zoals partijen<sup>235</sup> en deskundigen.<sup>236</sup> Maar ook andere overheden, zoals de wetgever en de uitvoerende macht, dragen een verantwoordelijkheid. Artikel 6, § 1 EVRM legt aan de staten de verplichting op om hun gerechtelijk systeem zo in te richten dat de rechtbanken kunnen voldoen aan alle vereisten van die bepaling, o.m. het vereiste om binnen een redelijke termijn uitspraak te doen. De wetgever en de uitvoerende macht moeten dus aan de rechtbanken de nodige middelen ter beschikking stellen opdat deze hun werk kunnen doen. Wanneer er zich binnen een bepaalde rechtbank of voor een bepaald soort contentieux een achterstand aan het vormen is, moeten remediërende maatregelen worden genomen.<sup>237</sup>

Het vierde en laatste criterium is de inzet van het geschil voor de partij die zich beroept op de redelijke termijn. Dit criterium speelt o.m. een rol in bepaalde categorieën van zaken die van nature een snelle behandeling vergen. Zo verwacht het Europees Hof een bijzondere diligentie in geschillen over dringende maatregelen<sup>238</sup>, geschillen i.v.m. de burgerlijke staat en de bekwaamheid<sup>239</sup>, geschillen i.v.m. het bewaringsrecht over kinderen<sup>240</sup> en arbeidsgeschillen.<sup>241</sup>

233. EHRM 15 juli 1982, *Eckle*, geciteerd, § 82; EHRM 10 december 1982, *Corigliano t. Italië*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 57, § 42.

234. EHRM (gr. k.) 22 mei 2012, *Idalov t. Rusland*, § 189.

235. Zelfs in rechtssystemen waarin de regel geldt dat de partijen meester zijn over het geding, is de rechter niet vrijgesteld van de verplichting om te waken over de eerbiediging van de redelijke termijn (EHRM (gr. k.) 8 juni 2006, *Stürmeli t. Duitsland*, § 129, *ECHR* 2006-VII).

236. Zie bv. EHRM 25 juni 1987, *Capuano t. Italië*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 119, §§ 30-32; EHRM 26 oktober 1988, *Martins Moreira*, geciteerd, § 60.

237. EHRM 6 mei 1981, *Buchholz t. Duitsland*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 42, § 51; EHRM 13 juli 1983, *Zimmermann en Steiner t. Zwitserland*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 66, § 29.

238. EHRM 15 november 2002, *Boca t. België*, § 28, *ECHR* 2002-IX.

239. EHRM 29 maart 1989, *Bock t. Duitsland*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 150, § 49; EHRM 27 februari 1992, *Maciariello t. Italië*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 230-A, § 18.

240. EHRM 7 augustus 1996, *Johansen t. Noorwegen*, *Rép.* 1996-III, § 88; EHRM 19 februari 1998, *Paulsen-Medalen en Svensson t. Zweden*, *Rép.* 1998-I, § 39; EHRM (gr. k.) 18 februari 1999, *Laino t. Italië*, § 22, *ECHR* 1999-I; EHRM 15 november 2002, *Boca*, geciteerd, § 24.

241. EHRM 24 mei 1991, *Caleffi t. Italië*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 206-B, § 17; EHRM 26 februari 1992, *Monaco t. Italië*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 228-D, § 17; EHRM (gr. k.) 27 juni 2000, *Frydender t. Frankrijk*, § 45, *ECHR* 2000-VII.

## C. Preventie en herstel van een overschrijding van de redelijke termijn

74. Het is niet zonder belang eraan te herinneren dat ook voor (beweerde) overschrijdingen van het recht op een beslissing binnen een redelijke termijn, het slachtoffer op grond van artikel 13 EVRM recht heeft op een effectief rechtsherstel in de nationale rechtsorde.<sup>242</sup> In die context is een nationaal rechtsmiddel “effectief” indien het ofwel de mogelijkheid biedt om de beweerde overschrijding van de redelijke termijn te voorkomen of het voortduren ervan te beëindigen, d.w.z. om de voortgang van een nog lopende procedure te bespoedigen, ofwel een passend herstel kan bieden voor de overschrijding die al heeft plaatsgevonden.<sup>243</sup>

In burgerlijke zaken kan het procesrecht voorzien in mogelijkheden om de behandeling van een zaak te bespoedigen. Als de zaak onredelijk lang heeft aangesleept, zal dit normaal geen gevolgen hebben voor de uitkomst van het geschil: de rechter zal de vordering op haar merites moeten blijven beoordelen en dienovereenkomstig een beslissing moeten nemen in de ene of de andere zin. In een afzonderlijke procedure kan de partij die door de onredelijk lange duur van de procedure schade heeft geleden, eventueel wel schadevergoeding ten laste van de staat vorderen.

In strafzaken kunnen er, buiten procedurele mechanismen om de behandeling van een zaak te bespoedigen en de vordering tot schadevergoeding *a posteriori*,<sup>244</sup> eventueel nog andere herstelmogelijkheden bestaan. De strafrechter zou immers, als het nationale recht zulks toelaat, rekening kunnen houden met een overschrijding van de redelijke termijn bij het bepalen van de straf, en in extreme gevallen zelfs kunnen beslissen om, ook al is de beklaagde schuldig, geen straf op te leggen<sup>245</sup>, of om de strafvordering onontvankelijk te verklaren.

## AFDELING 5. CONCLUSIES

75. Uit het overzicht van de rechtspraak van het Europees Hof i.v.m. het recht op een eerlijk proces blijkt dat dit recht ingebed is in het ruimer geheel van het beginsel van de rechtsstaat en de democratische samenleving. De rechtsstaat impliceert o.m. dat, als iemand van oordeel is dat zijn of haar rechten geschonden zijn, die persoon een geschil daarover kan voorleggen aan een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie,

242. EHRM (gr. k.) 26 oktober 2000, *Kudła t. Polen*, § 156, ECHR 2000-XI.

243. *Ibid.*, § 158; EHRM (gr. k., besl.) 11 september 2002, *Mifsud t. Frankrijk*, § 17, ECHR 2002-VIII; EHRM (gr. k.) 29 maart 2006, *Scordino (nr. 1)*, geciteerd, §§ 183-187; EHRM (gr. k.) 10 september 2010, *McFarlane*, geciteerd, § 108.

244. Die mogelijkheden moeten dan wel effectief zijn, in theorie en praktijk. Zie hierover bv. EHRM 28 oktober 2014, *Panju t. België*, §§ 54-75.

245. Dit is een optie waarin de Belgische wet voorziet. Zie art. 21ter, eerste lid V.T.Sv.: “Indien de duur van de strafvervolging de redelijke termijn overschrijdt, kan de rechter de veroordeling bij eenvoudige schuldigverklaring uitspreken of een straf uitspreken die lager kan zijn dan de wettelijke minimumstraf”.

die haar beslissing neemt na afloop van een procedure die ruimte laat voor de uitoefening van het recht van verdediging.<sup>246</sup> In een rechtsstaat is het ook een rechter die strafmaatregelen oplegt, of die ten minste de wettigheid van een strafmaatregel beoordeelt. Wat betreft de democratische samenleving, heeft het Europees Hof uitdrukkelijk overwogen dat het recht op een eerlijk proces daarin een prominente plaats inneemt, hetgeen overigens met zich brengt dat een restrictieve interpretatie van de waarborgen vervat in artikel 6 EVRM niet zou stroken met het doel en het voorwerp van die bepaling.<sup>247</sup>

Gelet op het belang van een goed functionerend rechterlijk systeem in een rechtsstaat en een democratische samenleving, is het van groot belang dat het gerecht vertrouwen wekt bij het publiek in het algemeen en bij de partijen in een rechtszaak in het bijzonder.<sup>248</sup> Dat legt een verantwoordelijkheid op aan alle betrokkenen, niet enkel aan de rechtbanken en de personen die meewerken aan de rechtsbedeling<sup>249</sup>, maar ook aan de andere overheden.<sup>250</sup>

**76.** Er bestaat in Europa een ruime diversiteit aan rechtssystemen. Het EVRM beoogt niet een harmonisering van die systemen. Iedere staat kan dus zelf kiezen voor een bepaald gerechtelijk systeem, zij het dat het gekozen systeem wel moet voldoen aan de minimumvereisten van het EVRM.<sup>251</sup>

Wat behoort tot de minimumvereisten, is misschien niet altijd even duidelijk, ook al bestaat er een omvangrijke rechtspraak van het Europees Hof over artikel 6 EVRM. De concrete omstandigheden van de zaak kunnen immers een belangrijke rol spelen. Bij de interpretatie en de toepassing van de bepalingen van artikel 6 moet echter in elk geval rekening worden gehouden met de bedoeling van het EVRM in het algemeen, en van artikel 6 in het bijzonder, om rechten te waarborgen die niet theoretisch of illusoir zijn, maar praktisch en effectief.<sup>252</sup> Dit uitgangspunt leidt er vaak toe dat het recht van verdediging een ruime invulling krijgt.

Daartegenover staat echter ook dat het recht van verdediging van een van de procespartijen niet het enige te beschermen belang is. In een proces zijn ook de belangen

246. EHRM 21 februari 1975, *Golder*, geciteerd, § 34; EHRM 6 september 1978, *Klass et al. t. Duitsland*, *Publ.Eur. Court HR*, reeks A, vol. 28, § 55.

247. Zie bv. EHRM 17 januari 1970, *Delcourt t. België*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 11, § 25; EHRM 26 oktober 1984, *De Cubber t. België*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 86, § 30.

248. EHRM 26 februari 1993, *Padovani t. Italië*, *Publ.Eur.Court HR*, reeks A, vol. 257-B, § 27; EHRM 25 februari 1997, *Gregory t. Verenigd Koninkrijk, Rép.* 1997-I, § 43; EHRM (gr. k.) 15 december 2005, *Kyprianou*, geciteerd, § 118.

249. Tot die medewerkers behoren o.m. de advocaten (EHRM 20 mei 1998, *Schöpfer t. Zwitserland, Rép.* 1998-III, § 29; EHRM 21 maart 2002, *Nikula t. Finland*, § 45, *ECHR* 2002-II).

250. Een evidente verantwoordelijkheid van de overheden bestaat erin om lokaal de uitspraken van rechtscolleges te eerbiedigen en daaraan de nodige uitvoering te geven, ook al gaan ze niet akkoord met de inhoud ervan (EHRM 6 oktober 2011, *Agrokompleks t. Oekraïne*, § 136).

251. Zie EHRM (gr. k.) 29 maart 2006, *Achour t. Frankrijk*, § 51, *ECHR* 2006-IV; EHRM (gr. k.) 16 november 2010, *Taxquet*, geciteerd, § 83; EHRM (gr. k.) 20 oktober 2011, *Nejdet Şahin en Perihan Şahin*, geciteerd, § 68.

252. EHRM 9 oktober 1979, *Airey*, geciteerd, § 24; EHRM 13 mei 1980, *Artico*, geciteerd, § 33.

betrokken van de andere partijen, en in strafzaken daarenboven de belangen van de samenleving en van het slachtoffer bij de vervolging van een misdrijf en eventueel de rechten van de getuigen.<sup>253</sup> Artikel 6 verbiedt niet om terdege met die andere belangen rekening te houden.

In uitzonderlijke gevallen is het recht op een eerlijk proces echter niet te verzoenen met die andere belangen. Als dan de voorrang gegeven wordt aan het recht op een eerlijk proces, moet dat niet beschouwd worden als het louter beschermen van de belangen van slechts een persoon. Een van de fundamentele waarden van een rechtsstaat en een democratische samenleving is immers de integriteit van het rechterlijk proces.<sup>254</sup> Dat veronderstelt dat de regels van het spel in elke zaak correct gevolgd worden en dat eenieder ervan mag uitgaan dat ook hij of zij correct behandeld zal worden als hij of zij ooit in een rechtszaak wordt betrokken.<sup>255</sup>

Daarom is het recht op een eerlijk proces een fundamenteel recht.

---

253. EHRM (gr. k.) 1 juni 2010, *Gäfgen*, geciteerd, § 175; EHRM (gr. k.) 15 december 2011, *Al-Khawaja en Tahery*, geciteerd, § 118.

254. EHRM (gr. k.) 1 juni 2010, *Gäfgen*, geciteerd, § 175.

255. Dit laatste is een andere manier om te zeggen dat het gerecht vertrouwen moet wekken bij het publiek (zie *supra*, nr. 75). Met het oog op het wekken van dat vertrouwen geldt overigens ook het *adagium* “Justice must not only be done, it must also be seen to be done”, een *adagium* waaraan het Europees Hof geregeld herinnert (zie o.m. EHRM 26 oktober 1984, *De Cubber*, geciteerd, § 26; EHRM (gr. k.) 23 april 2015, *Morice*, geciteerd, § 78).