HOE AUTONOOM IS HET PROCESRECHT?

STUDIE VAN ENKELE RAAKVLAKKEN TUSSEN MATERIEEL RECHT EN GERECHTELIJK RECHT.

door

Rogier DE CORTE
Hoogleraar U.I.A. en U.F.S.I.A.

INLEIDING

1. Handelen over ,,raakvlakken materieel en procesrecht'' vereist onmiddellijk een duidelijke terreinafbakening. Men moet precies aanduiden waarover het gaat. De titel zelf laat immers toe het onderwerp vanuit een viervoudige gezichtshoek te benaderen:

a) vooreerst zou men kunnen onderzoeken: waar, hoe en op welke wijze materieel en formeel recht elkaar raken. Dit komt neer op het onderzoek naar het wezen van het gerechtelijk privaatrecht, dat ten aanzien van het materieel recht, een essentieel dienende functie heeft.

b) men zou ook kunnen onderzoeken welke rechtsproblemen zich in beide domeinen voordoen, om nadien na te gaan of men de beginselen van het materieel recht zomaar kan toepassen in het gerechtelijk recht en *vice versa*. Dit komt neer op een onderzoek naar de autonomie van het gerechtelijk privaatrecht.

c) men kan ook een onderzoek wijden aan het raakvlak bij uitstek van materieel en procesrecht met name het actiënrecht (*jus agendi*). Dit is het terrein dat juist te paard zit tussen materieel en formeel recht en door zijn ambiguë situatie aanleiding geeft tot zeer vele misverstanden.

d) tenslotte zou men ook de vraag in het algemeen kunnen onderzoeken of het rechtsvindingsproces en de interpretatietechnieken dezelfde zijn voor het materieel en het formeel recht(1).

2. Hoewel deze verschillende aspecten allen stuk voor stuk de moeite waard zijn om afzonderlijk behandeld te worden is dit minder aangewezen in het raam van deze post-universitaire leergang.

(1) VAN HOECKE, M., *De Interpretatievrijheid van de rechter,* Antwerpen, 1979 (elders in dit nummer gerecenseerd door G.E. Langemeijer).

3. Teneinde de verschillende aspecten van de raakvlakken te kunnen doorlichten, geschiedt de behandeling als volgt:

In hoofdstuk I wordt het probleem van het *jus agendi* onderzocht. Dit is het onderzoeksterrein waar elk materieel recht (zowel het civiele, het commerciële als het sociale) duidelijke en onmiddellijke binding heeft met het procesrecht en waar de wederzijdse beïnvloeding van beide het direktst waarneembaar is.

In Hoofdstuk II worden dan een aantal bijzondere begrippen geanaliseerd die in beide rechtdomeinen terug te vinden zijn.

In Hoofdstuk III wordt dan zeer kort onderzocht in hoeverre het gerechtelijk privaatrecht zich op autonomie kan beroepen.

HOOFDSTUK I

HET JUS AGENDI (DE RECHTSVORDERING)

§ 1 Terminologische omschrijvingen

4. In een materie als deze, dient men vooraf de termen die gebruikt worden vast te leggen. Vele van de discussies zijn hoofdzakelijk terug te voeren op terminologische verwarringen. Hierbij moet aangestipt worden dat het op zichzelf relatief onbelangrijk is welke term men gebruikt voor een bepaald begrip, alleen dient de keuze consequent te zijn en op zichzelf geen aanleiding te geven tot verwarring.

Bij de keuze die bestaat tussen verschillende woorden voor hetzelfde begrip werd ervoor gezorgd de term zoveel mogelijk te laten aansluiten bij die van het gerechtelijk wetboek. Van de termen van het gerechtelijk wetboek werd slechts afgeweken indien, ofwel de aldaar gebruikte term een te geringe onderscheidende waarde had, of indien er in het gerechtelijk wetboek ook terminologische verwarring heerst.

5. In de verdere tekst wordt het begrip ,,subjectief recht'' (2) niet gehanteerd in tegenstelling met andere auteurs (3). Men het oog op bijgaande

(2) De term subjectief recht en de lading die dit begrip dekt, hoort eerder thuis in een rechtstheoretische analyse van het rechtsbegrip.

(3) VAN COMPERNOLLE, J., *Le droit d'action en justice des groupements*, Brussel, 1972; — SOLUS, H. en PERROT, R., *Droit Judiciaire privé*, T. 1, Parijs, 1961, nr. 99 e.v.; — LINDEMANS, J., *De bevoegdheid voor organisaties om op te komen voor de belangen van leden en/of het algemeen belang*. Preadvies van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland. 1973. ZONDERLAND daarentegen (*Privaatrechtspleging in grondtrekken*, 1971, I, 3) gebruikt terzake uitsluitend het begrip ,,materieel recht''.

studie lijkt het onderscheid tussen ,,materieel recht'' en ,,procesrecht'' een meer onderscheidend vermogen te hebben.
Onder materieel recht verstaat men dan het geheel van aanspraken, rechten, verplichtingen en bevoegdheden, waaromtrent rechtsbescherming wordt gevraagd, of waarvan de effectuering wordt benaarstigd.

6. Het begrip ,,rechtsvordering'' wordt gebruikt in dezelfde zin als in de artt. 17 en 18 Ger.W.: het actiënrecht, het jus agendi (action en justice, Klage, azione). Dit begrip wordt verder geanaliseerd (nr. 10 en volg.) (4).

7. Onder het begrip ,,eis'' wordt verstaan elke processuele handeling waardoor de rechtsvordering konkreet wordt uitgeoefend.
Het Ger.W. gebruikt hier de term ,,vordering'' (demande en justice). Het komt nochtans voor dat het begrip ,,vordering'' in tegenstelling tot ,,rechtsvordering'' een te gering onderscheidend vermogen heeft. In de verdere tekst zal dan ook enkel sprake zijn van: hoofdeis, tusseneis, tegeneis... (en niet van hoofdvordering, tussenvordering en tegenvordering).

8. Het ,,voorwerp'' van de eis is dan de materieelrechtelijke aanspraak zoals die geformuleerd is in een welbepaald processtuk.

9. De toelaatbaarheid en de niet-toelaatbaarheid (admissibilité en/of recevabilité) van de rechtsvordering is het onderzoeksterrein van de rechter over de rechtmatigheid bij de uitoefening van de rechtsvordering. Voorheen werd hier meestal de term ,,ontvankelijkheid'' en ,,niet-ontvankelijkheid'' gebruikt. Beide begrippen (toelaatbaarheid en ontvankelijkheid) dekken elkaar volledig (5). Bij sommige auteurs en in sommige vonnissen wordt tussen beide begrippen nochtans een onderscheid gemaakt naargelang de gevolgen met betrekking tot deze niet-toelaatbaarheid. Dit onderscheid wordt in de verdere tekst niet gemaakt omdat het volkomen overbodig is (zie nr. 38).

---

(4) HEEMSKERK, W.H., *Vorderingsrecht en Rechtsvordering*, Kluwer, 1974: deze auteur maakt het onderscheid tussen ,,rechtsvordering'', waaronder hij 'eis' verstaat en ,,vorderingsrecht'', waaronder het *jus agendi* wordt verstaan.

(5) Cass., 20 juni 1979, *R.W.*, 1979-80, 1632: ,,Overwegende dat art. 1345 Ger.W. de bepaling van art. 19 § 2 van de wet van 7 juli 1951 vervangt; dat uit de parlementaire voorbereiding van art. 1345 niet blijkt dat de wetgever, door de woorden ,,geen vordering inzake pacht is onontvankelijk'' (art. 19 § 2) te vervangen door de woorden ,,in zake pacht wordt geen enkele rechtsvordering toegelaten'', aan de ,,toelaatbaarheidsvereiste'' van de rechtsvordering een andere betekenis heeft willen geven dan de ontvankelijkheid daarvan''.

§ 2 Het begrip rechtsvordering

a) *Toelichting van het begrip*

10. In zijn inaugurale rede van 1974 stelt W.H. Heemskerk: ,,Wat is actienrecht? ... Actiënrecht is materieel recht, materieel procesrecht, ook wel in Franse en Nederlandse literatuur aangeduid met de minder juiste benaming 'de teorie van het proces' in tegenstelling tot het formele gedeelte van het procesrecht 'de praktijk van het proces'. Dit materiële procesrecht legt een verband tussen burgerlijk recht en het formeel procesrecht.''(6).

Meteen is dan ook het voornaamste onderzoeksterrein aangeduid. Het onderzoek naar het sluitstuk materieel recht/procesrecht, vormt één van de grondbegrippen van het procesrecht zelf.

,,Bij nader onderzoek blijkt dan dat hoofdzakelijk drie grondbegrippen het procesrecht beheersen: de rechtsvordering (action, Klage, azione), het proces en de rechtsprekende handeling. Het is niet mogelijk de processuele regelen te begrijpen en hun waarde te bepalen zonder vooraf gemelde begrippen te hebben toegelicht.''(7).

11. Het is klassiek geworden dat iedereen die zich aan de studie van het begrip ,,rechtsvordering''-zet, begint met te stellen dat in dit domein de grootste verwarring heerst(8).

12. Sinds de invoering van het Gerechtelijk wetboek zijn wel de voorwaarden bepaald voor de uitoefening van de rechtsvordering (art. 17 en 18 Ger.W.), doch de ontwerpers hebben het niet gewaagd een volledige theorie uit te werken(9).

Een poging tot systematisch onderzoek naar Belgisch recht is tenslotte nog moeilijker omdat er in de rechtsleer en rechtspraak een quasi onverschilligheid bestaat voor de gestelde problemen.

13. Vooreerst zal gepoogd worden het begrip 'rechtsvordering' te analyseren.

---

(6) HEEMSKERK, *a.w.*, blz. 1.

(7) STORME, M., en DE CORTE R., *Handleiding van het Gerechtelijk privaatrecht*, Gent, 1974, 4.

(8) HEEMSKERK, *a.w.*, blz. 7; — STAR BUSMAN, *Hoofdstukken van Burgerlijke rechtsvordering*, 1977, nr. 141; — VAN COMPERNOLLE, *a.w.*, blz. 1.

(9) In het Verslag VAN REEPINGHEN leest men: ,,Hier moet onderstreept worden dat het ontworpen wetboek geen volledige theorie van de rechtsvordering geeft, noch in haar bestaan of haar innerlijke kracht, noch in wat men haar technische vorm heeft genoemd, nl. de vordering die voor de rechter wordt gebracht en die eigenlijk haar inwerkingtreding is.'' (*Parl. Stukken*, Sen. zitting 1963-1964, 60, blz. 22).

Vervolgens zal kort stilgestaan worden bij het onderscheid materieel recht/rechtsvordering/eis., met aanduiding van de processuele gevolgen aan dit onderscheid gehecht.
Tenslotte zullen enkele kenmerken van de rechtsvordering nader onderzocht worden.

14. De rechtsvordering in de zin van het „jus agendi" zou men dan als volgt kunnen omschrijven (10):

a) het is de bevoegdheid tot het rechtsgeldig stellen van proceshandelingen, ter effectuering van materiële rechten;

b) het is de macht die men heeft om een wederpartij rechtsgeldig tot een procesverhouding te dwingen;

c) het is de bevoegdheid (de macht) om van de rechter uitspraak te bekomen over materieelrechtelijke aanspraken.

Deze eerste kennismaking toont reeds de complexiteit van het begrip aan.

15. Verhelderend voor de begripsomschrijving van rechtsvordering kan de rechtsanalyse zijn, zoals door W. Van Gerven (11) destijds werd toegelicht. De aldaar geformuleerde analyse van het recht laat toe op scherpere wijze inzicht te verkrijgen in bepaalde aspekten, die vooralsnog niet of niet voldoende aan bod kwamen.
Volgens deze analyse dekt het begrip recht zelf verschillende ladingen, en vindt men hierin volgende aspekten terug:

a- de *aanspraak* (claim-demand-right), met als correlatief begrip *plicht* (duty) en als tegengesteld begrip *aansprakeloosheid* (no-claim, no-right).
Dit begrip *aanspraak* dekt dan de belangen die de rechtsorde niet alleen duldt maar ook doeltreffend ondersteunt door het leggen van plichten op iemand anders schouders.
Dit aspekt van het rechtsfenomeen komt trouwens in de klassieke rechtsdefinitie sterk, zoniet uitsluitend aan bod.

b- in de rechtsorde vindt men naast de aanspraken ook *faculteiten* (privilege) terug, met als correlatief begrip *aansprakeloosheid* (no-right) en als tegengesteld begrip *plicht* (duty).

---

(10) Voor andere begripsomschrijvingen zie: STORME, M., *Handleiding*, blz. 118; — FETTWEIS, A., *Droit Judiciaire privé*, T. I, nr. 172; — VAN COMPERNOLLE, *a.w.*, blz. 3 en 15; — STAR BUSMAN, *a.w.*, nr. 142; — SOLUS en PERROT, *a.w.*, nr. 99 e.v.; — VINCENT, J., *Précis de droit civile*, nr. 13.

(11) VAN GERVEN, W., *Een nieuwe analyse van het begrip Recht — De „Juristic Conceptions"-theorie, R.W.*, 1960-1961, 2041.

Dit begrip *privilege* sluit dan in, het geheel van mogelijkheden waarover het subject in de rechtsorde kan beschikken, zonder dat hij kan gedwongen worden hier gebruik van te maken.
Dit begrip privilege kan nog verder gesplitst worden in *liberty*, indien die sfeer juridisch niet gereglementeerd is en het begrip *faculty*, indien het om een gereglementeerde zone gaat.
c- de rechtsorde kan ook *macht* (power) verlenen, met als correlatief *gebondenheid* (liability) en als tegenovergestelde *machteloosheid* (disability). Dit is de bevoegdheid van een subject om zijn eigen rechtstoestand of die van iemand anders te beïnvloeden.
Dit begrip *macht* (power) kan tenslotte nog verfijnd worden door het *autoriteit* (authority) te noemen indien de macht rechtmatig wordt uitgeoefend.

16. Deze rechtsanalyse kan meehelpen het begrip 'rechtsvordering' beter te ontleden.
De rechtsvordering komt voor als een macht: een macht die zich uitstrekt over de eigen rechtsfeer (bevoegdheid) en een macht die een andere persoon dwingt tot een procesrechtelijke verhouding (power-authority).

17. Het eerste aspekt m.n. de bevoegdheid over de eigen rechtsfeer komt in vrijwel alle begripsomschrijvingen voor. Het effectueren van de eigen materiële rechten (eigenrichting) is principieel onrechtmatig. Dit verbod van eigenrichting wordt opgevangen door de bevoegdheid zich tot de rechter te wenden en de bevoegdheid om daartoe de nodige rechtshandelingen te stellen.
Aan deze bevoegdheid in hoofde van het subject beantwoordt in hoofde van de gemeenschap (de rechterlijke macht) de verplichting tot behoorlijke rechtspraak (niet alleen in de zin van verbod van rechtsweigering — art. 5 Ger.W. — maar zelfs van een behoorlijke behandeling van de zaak in de zin van art. 6 van het verdrag van de bescherming van de rechten van de mens van 4 november 1950).

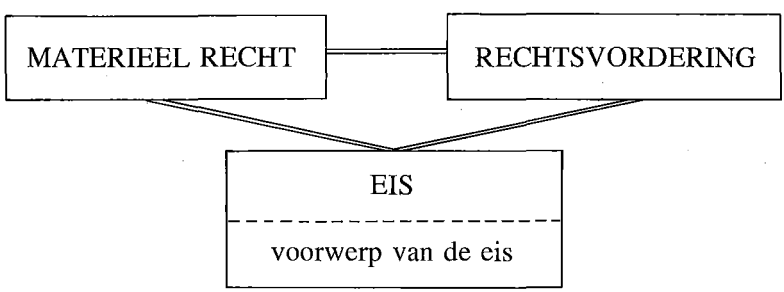
18. Het tweede aspekt m.n. de beïnvloeding van de rechtsfeer van iemand anders, hoewel even essentieel als het eerste aspekt komt in de literatuur omzeggens niet aan bod.
De rechtsvordering is immers ook de macht om de rechtsfeer van een derde te beïnvloeden door hem te dwingen in een procesrechtelijke verhouding. Het al dan niet aanvaarden van het debat door de tegenpartij beïnvloedt dit machtsaspekt niet. De procesrechtelijke verhouding zal deze bij verstek of deze bij tegenspraak zijn.

Dit aspekt werd vroeger onder het begrip ,,gerechtelijk kontrakt'' aangeduid. Terecht dient deze term te worden verworpen (12).

19. Tenslotte leert de bovengeschetste analyse van het rechtsbegrip nog een bijkomend aspekt onder de aandacht te brengen: wanneer hoger genoemde macht, die de rechtsvordering uitmaakt, voldoende legitimatiegrond vindt, kan men spreken van autoriteit (authority).
Het vraagstuk van de toelaatbaarheidsvereisten is nu niets anders dan het onderzoek naar de legitimatie van de uitgeoefende macht.

b) *Onderscheid met aanverwante begrippen*

20. Om een beter inzicht in deze niet eenvoudige materie te kunnen verkrijgen moet aan de ene kant het onderscheid kunnen gemaakt worden tussen de begrippen materieel recht, rechtsvordering en eis, terwijl aan de andere kant deze drie begrippen in hun noodzakelijke samenhang moeten kunnen worden gezien.
De relatie tussen deze verschillende begrippen is lang één van de meest omstreden leerstukken geweest van de processualisten.
Uit een summier historisch overzicht bij Solus et Perrot (13) blijkt dat slechts zeer langzaam deze begrippen uit mekaar werden gehouden en dan vooral onder invloed van de Duitse en Italiaanse rechtsleer (14).



21. Het onderscheid tussen materieel recht en rechtsvordering wordt in de literatuur op dit ogenblik zeer scherp gemaakt (15). Heden wordt niet meer betwist dat er materiële rechten zijn zonder rechtsvordering (b.v. de

(12) STORME, M., *De bewijslast in het belgisch privaatrecht*, Gent, 1962, nr. 259.
(13) *A.w.*, nr. 96.
(14) STORME en DE CORTE, *Handleiding*, blz. 117.
(15) Zie de onder 10 geciteerde auteurs.

natuurlijke verbintenissen, de materiële rechten na de bevrijdende verjaring...). Evenmin wordt betwist dat de rechtsvordering correct kan worden uitgeoefend zonder dat men noodzakelijkerwijze een materieel recht had dat er aan de grondslag van lag. Dit is met name het geval telkens wanneer de rechter de vordering ten gronde afwijst. Met grote eenstemmigheid wordt dan ook aanvaard dat het bestaan van het materieel recht geen toelaatbaarheidsvereiste is.

22. Uit het feit dat het bestaan van het materieel recht geen toelaatbaarheidsvereiste is, mag men niet afleiden dat de rechtsvordering een autonome bevoegdheid zou zijn los van het materieel recht. De finaliteit van de rechtsvordering is precies de effectuering van het materieel recht. Dit wordt illustratief aangetoond bij M. Storme(16): ,,Alle feiten, die de aanwending van de ingeroepen norm mogelijk maken, moeten gesteld worden... Voor de ontvankelijkheid van de vordering is het noodzakelijk dat de eiser de feiten zou aanvoeren, waarop zijn eis gesteund is.'' M.a.w. niet het *bestaan* van het materieel recht is een toelaatbaarheidsvereiste maar wel *het inroepen van het materieel recht* en het stellen van de feiten die de toepassing van de norm kunnen rechtvaardigen.

23. Het onderscheid tussen rechtsvordering en eis levert op zichzelf evenmin problemen op. Nochtans moet vastgesteld worden dat bepaalde auteurs dit onderscheid niet aannemen(17).

24. De hierboven gemaakt onderscheidingen kunnen thans worden toegepast op het door de verweerder gevoerd verweer. Dit verweer kan een drievoudige vorm aannemen:

Verweer ten gronde : dan verzoekt hij de rechter de gegrondheid van de eis te onderzoeken m.a.w. het al dan niet bestaan van de materieelrechtelijke aanspraak.

Verweer bij wijze van tegeneis : de verweerder vraagt in deze hypothese de veroordeling van de eiser. Hijzelf beroept zich op het bestaan van materieelrechtelijke aanspraken.

Verweer bij wijze van exceptie : de verweerder verweert zich thans op basis van procesrechtelijke technieken die geen verband houden (althans niet noodzakelijk) met het materieel recht. Terzake kan men drie soorten excepties onderscheiden:

(16) *Bewijslast*, nr. 17.

(17) HEEMSKERK, *a.w.*, blz. 8: ,,Er is naar mijn mening niet een onverbrekelijke samenhang tussen subjectief recht en vorderingsrecht, wel is er een onverbrekelijke samenhang tussen vorderingsrecht en rechtsvordering''.
Zie voetnoot 4 voor de inhoud van de door deze auteur gebruikte begrippen.

a) de exceptie van onbevoegdheid: wanneer de materiële of territoriale bevoegdheid van de rechter wordt betwist. Het slagen van deze exceptie heeft alleen een verwijzing tot gevolg naar de bevoegde rechter (tenzij de onbevoegdheid wordt opgeworpen krachtens het internationaal procesrecht).

b) Een exceptie van nietigheid: het rechtsgeldig bestaan van een proceshandeling wordt aan het oordeel van de rechter onderworpen. Slaagt deze exceptie dan wordt die welbepaalde proceshandeling nietig verklaard, alsmede al de proceshandelingen die hier noodzakelijkerwijze op steunen (behoudens de uitzonderingen in de wet bepaald vb. art. 956 e.v. Ger.W.). Het lukken van deze exceptie kan leiden tot een einduitspraak: dit is het geval wanneer de dagvaarding wordt nietig verklaard. Daar bij het onderzoek naar de nietigheid van een proceshandeling geen uitspraak wordt gedaan over de bevoegdheid tot het stellen van die proceshandeling heeft deze uitspraak geen werking voor de toekomst, althans niet noodzakelijkerwijze.

c) Een exceptie van niet-toelaatbaarheid: hier wordt aan de rechter gevraagd het *jus agendi* van de wederpartij te onderzoeken: ofwel het bestaan van het *jus agendi*, ofwel de korrekte uitoefening ervan, dan wel te onderzoeken of er geen tijdelijke hinderpalen zijn voor het bestaan of voor de uitoefening ervan. In de praktijk maakt men hier hoofdzakelijk een onderscheid tussen een exceptie van niet-toelaatbaarheid die enkel een dilatoir karakter heeft en een exceptie die een peremptoir karakter heeft (zie nr. 38). Indien de voorgebrachte exceptie een peremtoir karakter heeft dan heeft de uitspraak die deze exceptie toekent eveneens de waarde van een einduitspraak, in die zin dat het geding definitief beëindigd wordt.

25. Men kan het geheel van de gemaakte onderscheidingen ook bekijken vanuit de processuele sanktieleer. De rechter heeft tot taak erover te waken dat het procesgebeuren zou verlopen binnen de instelwaarde (18) zoals door de wetgever gewild. Benevens de gevallen waar de wetgever aan de rechter de mogelijkheid heeft gegeven om boeten op te leggen en afgezien van de vorderingen tot schadevergoeding, beschikt de rechter slechts over twee mogelijkheden om het proces te doen verlopen binnen de instelwaarde:

a. de nietigheid uitspreken van proceshandelingen in strijd met de wet;

b. de eis, de vraag of het verzoek van een partij ,,niet toelaten''. Hier heeft de rechter een bredere mogelijkheid dan bij nietigverklaring, zodat hij met meer omzichtigheid dit wapen zal dienen te gebruiken.

(18) De Corte, R., *Men schiet geen vliegtuig neer omwille van een navigatiefout*. Actori Incumbit probatio, Antwerpen, 1975, blz. 47, nr. 5.

c) *De kenmerken van de rechtsvordering*

26. Op de eerste plaats mag men stellen dat de rechtsvordering, zijnde een bevoegdheid en een macht, door de titularis ervan naar eigen inzicht kan gebruikt worden. Het gebruik van de rechtsvordering kan derhalve nooit als een verplichting worden beschouwd, het biedt slechts een mogelijkheid. De titularis kan niet tot de uitoefening van de rechtsvordering worden gedwongen. Het begrip 'faculty' (nr. 15) duidt dit aspect korrekt aan.

De schuldeisers van de titularis vinden voldoende bescherming in art. 1166 B.W. en eventueel in een schadevergoedingsaktie, indien de niet uitoefening van de rechtsvordering als foutief kan bestempeld worden.

27. De rechtsvordering, zijnde een wettelijke bevoegdheid, kan door de titularis slechts in beperkte mate worden aangetast(19). Het spreekt vanzelf dat een overeenkomst waarbij partijen in abstracto afstand zouden doen van de bevoegdheden verleend door de rechtsvordering, deze overeenkomst elke rechtskracht zou missen.

Hoewel dit beginsel als zodanig nergens terug te vinden is, zijn de artikelen met betrekking tot de arbitrage, de dading en art. 1023 Ger.W. hiervan de uitdrukking. Zijn daarentegen wel geldig al de contractuele clausules waarbij de partijen de verplichting aangaan bepaalde pogingen tot minnelijke schikking te beproeven, vooraleer men bij de rechter mag gaan.

28. Tenslotte is het zo dat de uitoefening van de rechtsvordering op zichzelf geen aanleiding kan geven tot schadevergoeding aan de wederpartij, zelfs bij mislukking van het proces, hetzij wegens niet toelaatbaarheid, hetzij wegens nietigheid, hetzij wegens ongegrondheid.

De bevoegdheid verleend door de rechtsvordering is nochtans een gebonden bevoegdheid(20), zodat de aansprakelijkheid bij de uitoefening van de rechtsvordering op een dubbel niveau kan liggen:

- de foutieve wijze van de uitoefening van de rechtsvordering
- de afwending van bevoegdheid, verleend door de rechtsvordering.

Beide gevallen worden geredelijk onder dezelfde noemer geplaatst, hoewel ze wel duidelijk kunnen onderscheiden worden(21).

---

(19) VINCENT, *a.w.*, nr. 14.

(20) VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, nr. 67: „Doelgebonden bevoegdheden zijn bevoegdheden, die aan de titularis worden gegeven met het oog op de verwezenlijking van een bepaald doel".

(21) VAN NESTE, F., *Rechtsmisbruik, T.P.R.*, 1967, 339.

In het eerste geval wordt de bevoegdheid die verleend wordt door de rechtsvordering niet van haar finaliteit afgewend, doch gerealiseerd op een zodanig lichtvaardige of foutieve wijze, dat deze fout aanleiding kan geven tot schadevergoeding.
In het tweede geval (afwending van bevoegdheid) wordt de rechtsvordering (resp. het verweer) op correcte wijze uitgeoefend doch om een ander doel dan waarvoor de bevoegdheid was verleend

§ 3 De toelaatbaarheidsvereisten

a) *Het kwalificatieprobleem*

29. Het onderzoeken van de toelaatbaarheid van een rechtsvordering is niets anders dan de legitimatiegronden onderzoeken van de uitgeoefende macht (nr. 19). Daar het een onderzoek is naar de bevoegdheid als procespartij zou de kwalifikatie zeer eenvoudig moeten zijn.
Het kwalificeren van een uitspraak als niet gegrond, nietig en/of niet toelaatbaar heeft in de praktijk daarentegen aanleiding gegeven tot menig probleem.

30. Onduidelijkheid in bepaalde rechtspraak (22) en rechtsleer m.b.t. de onderscheidingen: toelaatbaarheid (rechtsvordering), nietigheid (eis) en onbevoegdheid (eis), is in grote mate te wijten aan onduidelijkheid in de wetgeving zelf.
Enkele voorbeelden mogen aanduiden hoe weinig deze begrippen gekristaliseerd zijn:
– artikel 9 Ger.W. duidt als component van bevoegdheid van de voorzitter zetelende in kort geding het ,,spoedeisend karakter'' aan. Uit de samenlezing van artikel 584 en 1053 e.v. Ger.W. moge voldoende blijken dat het vereiste ,,spoed'' en ,,uitspraak bij voorraad'' geen komponenten zijn van de bevoegdheid van de voorzitter, doch toelaatbaarheidsvereisten uitmaken van het kort geding (23). Het onderscheid tussen beiden is van groot belang:
De bevoegdheid wordt bepaald op het ogenblik van de inleiding van de zaak. Latere wijzigingen hebben geen invloed op de bevoegdheid. De toelaatbaarheid van de vordering moet beoordeeld worden tijdens de ganse loop van het geding.
Mocht het spoedeisend karakter als bevoegdheidskomponent worden be-

(22) Eén voorbeeld volstaat: Rb. Antwerpen, 19 december 1978, *R.W.*, 1979-1980, 1148: stelt dat een opzegging nietig is, derhalve ook de dagvaarding en vandaar de vordering onontvankelijk is.
(23) LAENENS, J., *Overzicht van de rechtspraak. Bevoegdheid, T.P.R.*, 1979, nr. 16, blz.

schouwd, dan moet de zaak via de regels tot oplossing van de bevoegdheidskonflikten worden verzonden, terwijl ze in feite zonder voorwerp is geworden (zie nr. 43).

– de artikelen 860-867 Ger.W. regelen het ingewikkelde gebied van de geldigheid, resp. nietigheid van de proceshandelingen. De hoofding luidt trouwens ,,excepties van nietigheid''. Artikel 860 leden 2 en 3, 861 § 1, 1° spreken nochtans van vervaltermijnen op straffe van verval, dat gepaard gaat met de niet-toelaatbaarheid van de rechtsvordering. Deze materie van verval van rechtsvordering ingevolge laattijdige aanwending van rechtsmiddelen, had dienen geregeld te worden in Hoofdstuk II van Deel I: De voorwaarden van de rechtsvordering en hun verval.

Het is duidelijk dat de nietigheid van een akte van hoger beroep intrinsiek anders is dan de niet toelaatbaarheid van het hoger beroep ingevolge het verstrijken van de termijn van hoger beroep. Overmacht is in staat dit verval op te heffen, het is nochtans moeilijk in te zien hoe overmacht een nietige handeling in een geldige zou kunnen omzetten.

– tenslotte worden één en dezelfde verplichting opgelegd nu eens op straffe van nietigheid, dan weer op straffe van niet toelaatbaarheid van de rechtsvordering. Men denke aan de verplichting tot oproeping in minnelijke schikking: artikel 734 en 1345 Ger.W.

31. De gevolgen van het onderscheid zijn zeer groot. De waarde, die moet gehecht worden aan het gezag van gewijsde van een vonnis, uitspraak doende over de gegrondheid of de toelaatbaarheid, is verschillend.

Een vordering die ten gronde wordt afgewezen dooft het materieel recht zelf, zelfs indien de afwijzing ten gronde enkel heeft plaats gehad bij gebrek aan voldoende bewijs. Artikel 23 e.v. Ger.W. geeft bij het opnieuw inleiden van dezelfde vordering de gepaste wapens aan de tegenpartij.

Heeft de rechter de vordering als niet toelaatbaar afgewezen, dan heeft hij daarentegen vastgesteld dat de uitoefening van de rechtsvordering niet of niet voldoende was gelegitimeerd. Dit vonnis heeft geen rechtstreeks en noodzakelijk gevolg op het bestaan van het materieel recht, het kan het wel onrechtstreeks en toevallig beïnvloeden. Deze niet-toelaatbaarheidsverklaring heeft niet noodzakelijk tot gevolg dat de rechtsvordering definitief zou zijn aangetast. Er zijn immers verschillende gevallen waarin dezelfde rechtsvordering later op behoorlijke wijze kan worden uitgeoefend. Wanneer de minnelijke schikking was voorgeschreven als toelaatbaarheidsvereiste, kan een latere oproeping tot minnelijke schikking (voor zover er geen verval van termijnen zijn ingetreden) de uitoefening van de rechtsvordering voldoende legitimeren.

Heeft de rechter de nietigheid van een bepaalde proceshandeling uitgesproken dan heeft hij enkel uitspraak gedaan over de rechtsgeldigheid van een welbepaalde proceshandeling. Dit heeft geen noodzakelijke en rechtstreekse weerslag noch op het materieel recht, noch op de rechtsvordering.

32. Niet alleen zijn er verschillen in de waarde die moet gehecht worden aan een vonnis dat op deze verschillende gronden steunt, ook in de macht van de rechter om de desbetreffende aangelegenheid te onderzoeken zijn er verschillen.

Het bestaan, de gevolgen en de dekking zowel van nietigheden als van onbevoegdheden worden in het gerechtelijk wetboek op bevredigende en systematische manier behandeld. Dit is niet het geval voor de toelaatbaarheidsvereisten.

Kwalificeert men een bepaald oordeel als een beslissing over de toelaatbaarheid:

– dan ontsnapt men aan de bepalingen van artikel 860 en volgende (voor de nietigheden), 639 e.v. en 855 Ger.W. (wat de bevoegdheid betreft);

– is het moment waarop men zich moet stellen voor de beoordeling niet zeer duidelijk. Voor de bevoegdheid is dit het moment van de inleiding van de zaak (24) voor de nietigheid het moment waarop de proceshandeling wordt gesteld;

– de macht van de rechter om *ex officio* op te treden is geregeld zowel voor de nietigheden als voor de onbevoegdheid. Dit is niet het geval voor de niet-toelaatbaarheid. Alleen artikel 774.2 Ger.W. zal een externe bescherming bieden.

– wanneer nietigheden gedekt zijn is geregeld op een afdoende wijze, wanneer onbevoegdheden, die niet de openbare orde raken, gedekt zijn is evenzeer op een afdoende wijze geregeld, voor de dekking van een eventuele ontoelaatbaarheid blijft men in het ongewisse.

b) *De onderscheidingen in de toelaatbaarheidsvereisten*

33. Zonder volledigheid na te streven worden hierna enkele onderscheidingen gemaakt in de toelaatbaarheidsvereisten, enkel en alleen om aan te tonen over welke diverse terreinen deze toelaatbaarheidsvereisten terug te vinden zijn.

34. — DE ALGEMENE EN DE BIJZONDERE TOELAATBAARHEIDSVEREISTEN — De algemene toelaatbaarheidsvereisten zijn deze opgesomd in artikel 17 en 18 Ger.W., te weten de hoedanigheid en het belang. Deze algemene

(24) LAENENS, J., *a.w.*, nr. 4.

vereisten worden, gelet op hun belang, hierna (nr. 39 en volg.) onderzocht. Deze algemene vereisten dienen ten aanzien van alle partijen en met betrekking tot alle eisen gedurende het ganse geding aanwezig te zijn.

Bijzondere toelaatbaarheidsvereisten zijn deze die worden opgelegd hetzij wanneer men zich bevindt in bijzondere processituaties (vb. het aanwenden van rechtsmiddelen) hetzij men zich bevindt ten aanzien van bijzondere procespartijen (vb. machtiging die bepaalde personen nodig hebben om in rechte op te treden), hetzij men zich bevindt ten aanzien van speciale eisen (vb. art. 3 Hyp. W.: een eis strekkende vernietiging van een overgeschreven akte, moet gerandmeld worden).

In tegenstelling met de algemene toelaatbaarheidsvereisten die niet tot de stelplicht behoren (25) horen de bijzondere toelaatbaarheidsvereisten principieel wel tot de stelplicht.

35. — DE POSITIEVE EN DE NEGATIEVE TOELAATBAARHEIDSVEREISTEN — Een toelaatbaarheidsvereiste is positief wanneer een bepaalde handeling dient gesteld te worden wenst men tot de rechter te worden toegelaten. Bij wijze van voorbeeld kunnen als positieve toelaatbaarheidsvereisten worden vermeld: de randmelding van de eis zoals deze verplicht is gesteld in artikel 3 Hyp.W., de machtiging die het college van Burgemeester en Schepenen van de gemeenteraad nodig hebben om in rechte op te treden (art. 148.2 Ger.W.), het optreden binnen de door de wetgever gestelde vervaltermijn, het aanduiden van de bevoegde rechter wenst men een exceptie van onbevoegdheid op te werpen (art. 855 Ger.W.), al de toelaatbaarheidsvereisten voor het bekomen van een verstekvonnis, dat geacht wordt op tegenspraak te zijn geveld (art. 751 Ger.W.).

Negatieve toelaatbaarheidsvereisten zijn deze wanneer een gegeven omstandigheid zich niet mocht voordoen om toegang tot de rechter te verkrijgen. Als voorbeelden kunnen worden aangehaald: de bevrijdende verjaring, het gezag van het rechterlijk gewijsde (art. 23 en volg. Ger.W.), de onsplitsbaarheid (art. 31 Ger.W.), dading, arbitrage en berusting...

In tegenstelling tot de positieve toelaatbaarheidsvereisten zal de optredende partij nooit kunnen verplicht worden tot het leveren van het bewijs dat de negatieve toelaatbaarheidsvereisten zich niet hebben voorgedaan.

36. — TOELAATBAARHEIDSVEREISTEN UIT HET MATERIEEL RECHT EN UIT HET PROCESRECHT — Bepaalde toelaatbaarheidsvereisten vindt men niet alleen terug in het materieel recht maar ze hebben daarenboven ook een duide-

(25) STORME, M., *De bewijslast*, nr. 21.

lijke binding met het materieel recht. Dit zijn de zogenoemde ,,fin de non recevoir liée au fond''. Zo bepaalt artikel 313.2 B.W. dat een ontkenning van vaderschap niet ontvankelijk is, wanneer de echtgenoten feitelijk herenigd zijn geweest.

Andere toelaatbaarheidsvereisten hebben ongeacht of zij in het materieel of in het procesrecht terug te vinden zijn uitsluitend binding met het procesrecht, de zgn. ,,fin de non recevoir de procédure''. Als voorbeeld hiervan kunnen vermeld worden de vervaltermijnen van materieel en procesrecht (de termijnen voor aanwenden rechtsmiddelen; de termijn om een zaak voor de arbeidsrechtbank in te leiden inzake sociale zekerheid).

Het onderscheid tussen deze beide vormen van niet-toelaatbaarheid is naar Belgisch positief recht niet relevant, daar in de artikelen 868 en 869 Ger.W. beiden toelaatbaarheidsvereisten op dezelfde wijze worden behandeld: er wordt alleen een verschillende behandeling van de dilatoire en de peremptoire excepties voorzien.

37. — TOELAATBAARHEIDSVEREISTEN IN VERBAND MET DE PROCESPARTIJEN EN IN VERBAND MET DE EISEN — Men kan nog het onderscheid maken naargelang de toelaatbaarheidsvereisten betrekking hebben op de procespartijen (bekwaamheid, hoedanigheid en belang) dan wel op de eisen (verjaring, vervaltermijnen...). Dit onderscheid heeft geen praktisch belang.

38. — DE TOELAATBAARHEIDSVEREISTEN M.B.T. DE GEVOLGEN DIE ZE TEWEEGBRENGEN — De gevolgen van de eventuele niet-toelaatbaarheid kunnen verschillend zijn naargelang van het door de wetgever beoogde doel:

a) bij niet vervulling van de toelaatbaarheidsvereisten kan dit leiden tot een definitieve niet-toelaatbaarheid van de eis. In dit geval gaat het om een peremptoire exceptie. Dit is het geval wanneer bv. de hoofdeis niet toelaatbaar wordt verklaard wegens gebrek aan belang, hoedanigheid of bekwaamheid.

b) bij niet vervulling van toelaatbaarheidsvereisten kan het zijn dat het enige gevolg hierin bestaat dat de rechtspleging dient opgeschort te worden totdat aan de voorwaarde is voldaan. Hier gaat het dan om een dilatoire exceptie. Dit is het geval bij de exceptie van boedelbeschrijving en beraad, *de cautio judicati solvi*, artikel 1281 Ger.W. ... Krachtens artikel 868 Ger.W. dienen al deze excepties tegelijkertijd te worden voorgedragen en vóór elk verweer ten gronde.

c) tenslotte kan de niet-toelaatbaarheid in bepaalde gevallen tot gevolg hebben dat de rechter een welbepaald verzoek van een partij niet mag inwilligen: wanneer de voorwaarden van verstek niet aanwezig zijn mag

de rechter geen verstek verlenen; wanneer de voorwaarden voor de toekenning van een vonnis krachtens art. 751 Ger.W. niet aanwezig zijn, mag de rechter hiervan geen toepassing maken.

c) *Het onderzoek van de algemene toelaatbaarheidsvereisten*

39. Als algemene toelaatbaarheidsvereisten worden hierna onderzocht: het bestaan als persoon, de Belgische nationaliteit, de bekwaamheid, de geldige wil tot het stellen van de inleidende proceshandeling, de hoedanigheid en het belang. Duidelijkheidshalve moet hieraan toegevoegd worden dat zuiver theoretische bespiegelingen, waarvan elk concreet belang zoek is, achterwege blijven. Zo zullen bepaalde auteurs — en daarom niet ten onrechte — het vereiste van bestaan en bezit van Belgische nationaliteit onderbrengen onder het vereiste bekwaamheid(26). Ondanks het feit dat deze indeling misschien juister is, geeft een afzonderlijke bespreking van die elementen, de mogelijkheid om de eigen problematiek telkens beter te laten uitkomen.

40. — HET „BESTAAN" ALS TOELAATBAARHEIDSVEREISTE — Daar in de belgische rechtsdoctrine het begrip „vermogen" en „rechtspersoonlijkheid" op bijzondere doctrinaire en een weinig aan de werkelijkheid beantwoordende wijze zijn behandeld, spreekt het vanzelf dat deze begrippen op het vlak van de toelaatbaarheid een niet onbelangrijke rol zullen spelen(27).

1° Principieel kan men stellen dat enkel rechtspersonen toegang hebben tot het gerecht, zowel als eiser dan als verweerder. Is aan het vereiste van rechtspersoonlijkheid niet voldaan dan wordt de rechtsvordering niet toelaatbaar verklaard.

Dit vereiste is een logisch gevolg van de begripsjurisprudentie terzake: alleen rechtspersonen kunnen titularis zijn van materiële rechten (zowel van patrimoniale als van persoonlijkheidsrechten). De rechtspersoonlijkheid is voorbehouden aan de fysische personen en aan de organismen die door de wetgever rechtspersoonlijkheid hebben verkregen. Geen wet, geen rechtspersoonlijkheid, geen rechtspersoonlijkheid, geen rechtsvordering.

2° Er zijn verschillende gevallen waarin de wetgever zelf voorzien heeft dat bepaalde organisaties (de syndikaten), zonder rechtspersoonlijkheid, in rechte kunnen optreden. Dit is het geval in: artikel 24 § 1 van de wet van 20 september 1948, op de ondernemingsraden; — artikel 1 H van de wet

(26) VAN COMPERNOLLE, J., *a.w.*, blz. 67 e.v.

(27) VERMEULEN, P., *De procesbevoegdheid der syndicaten voor de Raad van State. T.B.P.*, 1978, 263.

van 10 juni 1952 op de veiligheid van de werknemers; artikel 4 van de wet van 5 december 1968 op de C.A.O.; artikel 132 van de wet van 4 augustus 1978 m.b.t. de gelijkheid van man-vrouw in het arbeidsproces.

Terzake kan men spreken van een rechtspersoonlijkheid ad hoc door de wetgever verleend.

3° De Raad van State laat voor haar college ook organisaties toe zonder rechtspersoonlijkheid, inzoverre het annulatieverzoek tot voorwerp heeft het beschermen van de belangen waarvan ze de benaarstiging door de wetgever hebben verkregen(28).

4° Fysische personen moeten daarenboven ,,bestaan'' gedurende de ganse duur van het geding. Twee problemen kunnen hier onderscheiden worden: het optreden namens een overleden persoon en het optreden tegen een overleden persoon.

Indien een dagvaarding wordt gelanceerd of een rechtshandeling wordt gesteld namens een persoon die overleden is besluit het hof van cassatie dat dit moet leiden tot de niet-toelaatbaarheid van de vordering(29).

Anders is het gesteld wanneer men optreedt tegen een overleden persoon. Hierbij dient men onderscheid te maken tussen het feit dat het overlijden plaats heeft *tijdens* of *vóór* de inleiding van het geding. Geschiedt het overlijden tijdens het geding dan wordt deze materie geregeld in de artikelen 815 tot 819 Ger.W.: zijn de debatten reeds gesloten dan heeft het overlijden van een partij geen invloed op het verdere procesverloop. Geschiedt het overlijden vóór de sluiting van de debatten dan heeft het overlijden het schorsen van de rechtspleging tot gevolg, indien van dit overlijden kennis wordt gegeven.

Geschiedt het overlijden daarentegen vóór het inleiden van de zaak, dan mag men naar analogie van de rechtspraak van het hof van cassatie (waarbij het optreden namens een overleden persoon leidt tot niet-toelaatbaarheid van de rechtsvordering) niet afleiden dat een dagvaarding, uitgebracht tegen een overleden persoon, zou moeten leiden tot de niet-toelaatbaarheid. Inderdaad de optredende partij beschikt in België over geen door de wet georganiseerd middel om het bestaan van een persoon op te sporen (om te weten of iemand overleden is moet men eerst weten dat de persoon overleden is en vervolgens de plaats van overlijden kennen(30)). Men zou tot de niet-toelaatbaarheid enkel kunnen besluiten indien ofwel de erfgenamen aan de betrokkene had laten weten dat hun rechtsvoorganger overleden was ofwel indien tussen het ogenblik van de dagvaarding en het

(28) VERMEULEN, *a.w.*, blz. 274 en LINDEMANS, J., *a.w.*, blz. 72.

(29) Cass., 30 juni 1960, *Arr. Cass.*, 1960, 994.

(30) Zie in dit verband de motivering van Brussel, 2 februari 1979, *R.W.*, 1979-80, 910.

overlijden een dermate lange periode verstreek dat men het overlijden met zekerheid kon opsporen. Naar analogie van artikel 56.3 Ger.W. kan men in al de andere gevallen voorhouden dat een dagvaarding kan worden uitgebracht ten name van de erfgenamen zonder deze nominatim te vermelden. Wanneer men dit laatste kan, ziet men ook geen reden in waarom een dergelijke vordering rechtstreeks tegen een overledene zou moeten leiden tot niet-toelaatbaarheid (31).

5° Tenslotte dient het probleem van de feitelijke verenigingen te worden gesitueerd. Als zodanig kunnen zij bij gebrek aan rechtspersoonlijkheid niet optreden. Als eiser stellen zich nochtans minder problemen daar de voorzitter van de feitelijke vereniging zou kunnen optreden krachtens een mandaat van alle leden met name aangeduid in de dagvaarding (daargelaten het probleem van het belang). Ook hier zou men gerust kunnen poneren dat art. 703 Ger.W. toepassing kan vinden: het niet bij name vermelden van de leden kan in een latere fase gerectificeerd worden, daar de verweerder in elke stand van de rechtspleging de mededeling kan vragen van de namen van de leden. De vraag is van gans andere aard wanneer men een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid wenst te dagvaarden. Een constante doch verwerpelijke rechtspraak (32) houdt vol dat een dergelijke dagvaarding moet eindigen op een niet-toelaatbaarheid. Zelfs naar gangbare Belgische normen kan dit probleem op afdoende wijze worden opgelost door op correcte wijze gebruik te maken van het begrip bewindvoering (32): de voorzitter van de vereniging kan qq. rechtsgeldig gedagvaard worden namens de vereniging: de tussengekomen uitspraak bindt dan ook alleen het patrimonium van de vereniging en niet het patrimonium van de voorzitter of van de leden, althans voorzover de derde wist dat de bewindvoerder optrad voor rekening van derden en geen persoonlijk voordeel haalde uit de rechtshandeling.

41. — DE „BELGISCHE NATIONALITEIT" ALS TOELAATBAARHEIDSVEREISTE — In het huidig Belgisch recht kan men ternauwernood nog staande houden dat het bezit van de Belgische nationaliteit een vereiste van toelaatbaarheid zou uitmaken. De artikelen 851 en 852 Ger.W. richten voor de Belgen die in België door een vreemdeling worden gedagvaard een aantal waarborgen in, tot zekerheid van de recuperatie van de gerechtskosten en de schadevergoedingen.

Deze maatregelen en/of voorwaarden kunnen beschouwd worden als voorwaarden voor de uitoefening van de rechtsvordering. De afhandeling van het geding wordt geschorst tot er voldoende zekerheid gesteld is.

(31) CLEVERINGA, R.P., *Spookpartijen*, 1967.

(32) Zie rechtspraak geciteerd bij VAN GERVEN, W., *Bewindsbevoegdheid*, blz. 285 en 291; DE PAGE H., *Traité*, T.I., nr. 516.

42. — DE „BEWUSTE EN GELDIGE WIL" OM ALS PROCESPARTIJ OP TE TREDEN — De vraag dient onderzocht te worden of het al dan niet bestaan van de „bewuste en geldige wil" om als partij voor de rechter te staan een toelaatbaarheidsvereiste uitmaakt ofwel een geldigheidsvereiste van de processuele handeling, die het geding inleidt.

Indien de bewuste en geldige wil als afzonderlijke vereiste dient aangehouden te worden kan dit zeker niet gekwalificeerd worden als een toelaatbaarheidsvereiste, doch enkel als een geldigheidsvereiste van de desbetreffende proceshandeling. Inderdaad, toelaatbaarheidsvereisten hebben enkel betrekking op de rechtsvordering en de voorwaarden tot uitoefening ervan: de bevoegdheid tot het stellen van die handelingen waardoor een partij tot een procesverhouding kan worden gedwongen. De toestemming tot het verrichten van deze proceshandeling heeft geen betrekking op de bevoegdheid doch op de rechtsgeldigheid van de rechtshandeling zelf.

Dient dan nog te worden onderzocht of het bestaan van een bewuste en geldige wil een afzonderlijke geldigheidsvereiste is voor elke proceshandeling. Dit vraagstuk hoort eigenlijk thuis in de processuele nietigheidsleer, maar vond daar tot nog toe geen plaats.

Terzake kan men twee standpunten innemen: *ofwel* houdt men staande dat een proceshandeling slechts geldig is indien zij voldoet én aan de geldigheidsvereisten van een eenvoudige rechtshandeling (art. 1138 B.W.) én aan de geldigheidsvereisten van een proceshandeling (d.i. de zgn. cumulatieve theorie); *ofwel* is een proceshandeling geldig enkel en alleen als zij beantwoordt aan de formeelrechtelijke procesvereisten (niet-cumulatieve theorie).

De cumulatieve theorie wijst erop dat een proceshandeling een dubbel aspect vertoont: op de eerste plaats is het een rechtshandeling, d.w.z. een rechtsgevolg beogende handeling. In die hoedanigheid dient haar geldigheid getoetst te worden aan de geldigheidsvereisten van het B.W., van toepassing op alle rechtshandelingen. Op de tweede plaats is het een rechtshandeling met een specifieke aard: het is met name een handeling, die een proces inleidt, verdere voortgang laat maken, of een proces beëindigt. In deze hoedanigheid moet ze daarenboven voldoen aan de specifieke door het Ger.W. opgelegde vereisten. Volgens deze zienswijze is een procesakte derhalve slechts geldig indien zij tegelijkertijd geldig is volgens het B.W. en volgens het Ger.W. Een concrete toepassing van deze leer zou als gevolg hebben dat elke partij de gevolgen van een processuele situatie zou kunnen ongedaan maken door aan te tonen dat de wederpartij de proceshandeling verrichtte zonder geldige en bewuste wil. Deze theorie, toegepast op de inleiding van een geding, op de termijnen

voor de aanwenden van rechtsmiddelen... zou elke behoorlijke procesvoering volstrekt onmogelijk maken.

De niet-cumulatieve theorie daarentegen houdt voor dat de geldigheid van proceshandelingen enkel en alleen mogen getoetst worden aan hun procesrechtelijke geldigheid. Inzake van proceshandelingen primeert de vorm op de inhoud. Ook dit is het uitgangspunt geweest van de ontwerpers van het gerechtelijk wetboek (33). Mocht later blijken dat een proceshandeling is verricht zonder bewust of geldige wil dan bieden de artikelen 848 e.v. Ger.W. voldoende bescherming.

Deze niet-cumulatieve theorie kan daarenboven andere problemen oplossen waar de rechtspraak thans sterk verdeeld is (34).

43. — DE „BEKWAAMHEID" ALS TOELAATBAARHEIDSVEREISTE — In de literatuur wordt een onderscheid gemaakt tussen „genotsbekwaamheid" en „handelingsbekwaamheid". Het eerste wordt dan omschreven als de mogelijkheid tot het hebben van rechten en verplichtingen, terwijl de handelingsbekwaamheid betrekking heeft op de uitoefening van die rechten en verplichtingen waarover men beschikt.

De genotsbekwaamheid met betrekking tot de rechtsvordering kan geredelijk samenvallen met het vereiste van de rechtspersoonlijkheid.

Ten aanzien van de handelingsbekwaamheid en de rechtsvordering stellen er zich twee problemen:

a) heeft de handelingsonbekwaamheid tengevolge van het materieel recht een algemene niet-toelaatbaarheid van de rechtsvordering van de onbekwame tot gevolg? of kan de handelingsonbekwame rechtsgeldig in rechte staan met betrekking tot die rechten die hij krachtens het materieel recht zelf rechtsgeldig kan uitoefenen?

b) Hoe geschiedt de procesvertegenwoordiging bij onbekwaamheid?

Het belang van de eerste vraag kan als volgt toegelicht worden: een minderjarige is principieel handelingsonbekwaam, doch krachtens de regelen van het B.W. kan hij rechtsgeldig een aantal rechtshandelingen verrichten. Heeft zijn algemene handelingsonbekwaamheid nu tot gevolg dat hij niet procesbekwaam is dan wel dat hij enkel procesbekwaam is voor die handelingen waarvoor hij in het materiële recht handelingsbekwaam is. Op het eerste gezicht zou men geneigd zijn deze laatste zienswijze aan te houden. Wanneer een minderjarige zelf kan huwen kan hijzelf ook als eiser optreden in gedingen met betrekking tot het huwelijk en de daaruit-

(33) Verslag VAN REEPINGHEN, *a.w.*, blz. 26 en 27.

(34) DE CORTE, R. en LAENENS, J., *Verstek en de taak van de rechter bij verstek*, nr. 17: in hoeverre de rechter kan nazien of voor de rechtspersoon het bevoegde orgaan de beslissing nam om in rechte op te treden.

spruitende rechtspleging. De rechtspraktijk heeft nochtans geleerd dat de zaken niet zo eenvoudig liggen en naargelang van de materie verschillend worden opgelost(35).

De tweede vraag met name hoe de procesvertegenwoordiging van de onbekwame geschiedt zal geregeld worden door het statuut van de onbekwame, d.w.z. soms zal hij worden vertegenwoordigd, soms bijgestaan.

44. — DE „HOEDANIGHEID" ALS TOELAATBAARHEIDSVEREISTE — De hoedanigheid als toalaatbaarheidsvereiste van de rechtsvordering wijst op het verband dat er moet bestaan tussen de materiële procespartij en het voorwerp van de eis.

Als algemene regel kan men stellen dat alleen de titularis van het materieel recht de hoedanigheid heeft om de rechtsvordering met betrekking tot dat materieel recht uit te oefenen.

Artikel 1166 B.W. verleent onder bepaalde voorwaarden aan de schuldeisers van de titularis van het materieel recht de hoedanigheid om de rechtsvordering in zijn naam in te stellen.

Het begrip krijgt zijn volle betekenis wanneer een persoon optreedt voor andermans rekening(36), of bij optreden van rechtspersonen.

Belangrijk in de rechtspraak is de ontwikkeling geweest met betrekking tot de hoedanigheid van de curator van een faillissement die optreedt tegen één van de schuldeisers van het faillissement krachtens artikel 1382 B.W.

Een bankier, zelf schuldeiser in het faillissement, gedagvaard door de curator in betaling van schadevergoeding wegens het onregelmatig verlenen van krediet, waardoor de omvang van het passief abnormaal is toegenomen, werpt de exceptie van niet-toelaatbaarheid op daar de curator geen hoedanigheid heeft om tegen hem op te treden. Hij argumenteert dat de curator slechts kan optreden en schadevergoeding vragen indien de schade werd geleden door alle schuldeisers in gelijke mate. Verder voert hij aan dat de curator alle schuldeisers vertegenwoordigt dus ook de gedagvaarde. Ten aanzien van deze zeer belangrijke casuspositie worden er twee strijdige stellingen ingenomen: vooreerst het hof van beroep te Gent(37) die de curator in het ongelijk stelt en de rechtbank van koophandel van Brussel(38) die de curator in het gelijk stelt.

---

(35) Zie bv. Brussel, 14 juni 1973, *R.W.*, 1973-1974, 39.

(36) Zie hierover *in extenso* VAN GERVEN, W., *De bewindsbevoegdheid*.

(37) Kh. Kortrijk, eerste kamer, 2 september 1971, zaken 4309/67, 6975/69 en 2554/69 (*onuitg.*) en het daarop gevelde arrest van het hof van beroep te Gent van 25 april 1974, (*onuitg.*) het uitgebreide advies van advokaat-generaal STEVIGNY en Cass. 19 maart 1976, *R.C.J.B.*, 1977, 38 met noot MERCHIERS, Y.

(38) Kh. Brussel, 29 oktober 1976, *J.T.*, 1977, 58 en ZENNER, A., *Nouveaux développement de la responsabilité du dispenseur de crédit, J.T.*, 1977, 53.

Er zijn waarschijnlijk weinig plaatsen aan te duiden, waar de band tussen materieel recht en formeel recht zo nauw is. De rechtspraak van het hof van beroep te Gent heeft op louter formele gronden, die moeilijk te volgen zijn, de eis van de curator niet toelaatbaar verklaard (nr. 67).

45. — HET „BELANG" ALS TOELAATBAARHEIDSVEREISTE — Ook dit begrip werd in zijn algemeenheid reeds herhaalde malen en grondig geanalyseerd (39). In zijn algemeenheid kan het omschreven worden als elk materieel of moreel voordeel, dat door de persoon, die de vordering instelt (of verweer voert) mag verwacht worden en waardoor zijn huidige rechtstoestand gewijzigd en verbeterd zou kunnen worden (40).

In dit verband rijst vnl. met betrekking tot het verweer een probleem dat tot nog toe te weinig aandacht heeft gekregen. Net zoals de eiser belang moet hebben bij het instellen van de rechtsvordering moet de verweerder belang hebben bij zijn gevoerd verweer. De rechtspraak heeft uitgemaakt (41) dat het verweer geen onrechtmatig belang of voordeel mag nastreven.

De vraag blijft nochtans open of het belang dat de verweerder moet nastreven niet alleen rechtmatig moet zijn, maar ook beschermenswaardig. Er zijn gevallen waarin het verweer wel degelijk rechtmatig is, maar waar niet beschermenswaardige belangen worden nagestreefd: de verweerder, die de grond van de zaak niet betwist en evenmin termijnen van respijt vraagt, werpt de exceptie van territoriale onbevoegdheid op, die erin bestaat dat niet het vijfde, maar wel het zesde kanton van het vredegerecht van een stad bevoegd is. Het is duidelijk dat het verweer rechtmatig is, maar het is evenzeer duidelijk dat er geen beschermenswaardige belangen achter deze exceptie schuilen (m.n. uitstellen van de behandeling ten gronde).

Ook in het hierboven aangehaalde geval van een actie schadeloosstelling wegens foutieve kredietverlening (nr. 44) is het duidelijk dat de exceptie opgeworpen door de bankier niet beschermenswaardige belangen beoogt: deze rekent erop dat bij niet toelaatbaarverklaring, de andere schuldeisers, die minder goed zijn ingelicht, niet zullen durven dagvaarden.

In al de gevallen waarin de rechter vaststelt dat er bij het opwerpen van een exceptie geen beschermenswaardig belang aanwezig is, dient de rechter de exceptie als niet-toelaatbaar af te wijzen.

(39) LINDEMANS, J., *a.w.*, blz. 77 e.v.; — STORME, M., *Het bewijs ad futurum, T.P.R.*, 1964, 43.
(40) STORME en DE CORTE, *Handleiding*, nr. 125.
(41) VAN NESTE, F., *a.w.*, blz. 357.

d) *De beoordeling van de toelaatbaarheidsvereisten*

46. De vraag of de rechter ambtshalve de toelaatbaarheidsvereisten van de rechtsvordering mag onderzoeken wordt in de praktijk nogal verwarrend opgelost. Een bevredigende oplossing kan men niet vinden door enkel te verwijzen naar de aard van het recht waarvan men de toepassing vraagt.

Indien het materieel recht waarvan men de bescherming vraagt hoort tot de openbare orde, kan men geredelijk aannemen dat ook de toelaatbaarheidsvereisten tot de openbare orde behoren. Bij niet naleving van de voorafgaande formaliteiten bij echtscheiding op grond van feiten, kan de rechter de dagvaarding ambtshalve niet toelaatbaar verklaren. Wanneer uit de stukken van het dossier blijkt dat de eis ontkenning vaderschap wordt ingeleid buiten de termijn van artikel 316 B.W. kan de rechter de rechtsvordering ambtshalve niet toelaatbaar verklaren.

Indien het materieel recht waarvan men de toepassing vraagt behoort tot het suppletief recht of van dwingende aard is, zal men moeten nagaan of de toelaatbaarheidsvereisten opzichzelf al dan niet van openbare orde zijn.

Zo kan men voorhouden dat het niet oproepen tot minnelijke schikking in het raam van artikel 1345 Ger.W. (42) en in het raam van de tijdelijke huurwet van 1977 (43) niet ambtshalve kunnen worden opgeworpen (zie nochtans de laatste rechtspraak ter zake) (44).

Raakt wel de openbare orde de niet toelaatbaarheid van het hoger beroep indien het bedrag van de eis het hoger beroep niet toelaat.

Het weze hier tenslotte vermeld dat de bevrijdende verjaring (art. 2223 B.W.) en het gezag van gewijsde (art. 27.2 Ger.W.) door de rechter niet ambtshalve kunnen worden opgeworpen.

47. Het hof van cassatie (45) stelt ,,qu'en effet, en tant que condition de sa recevabilité, l'intérêt d'une action s'apprécie au moment où elle est formée.''

Hieruit afleiden dat de toelaatbaarheid van de rechtsvordering uitsluitend wordt beoordeeld op het ogenblik dat de eis wordt ingeleid, komt als niet gerechtvaardigd voor.

Kan men deze stelling — weze het met enige reserve — nog onderschrijven wat de toelaatbaarheidsvereisten betreft die de openbare orde aanbe-

(42) Kh. Brussel, 2 mei 1974, *J.T.*, 1975, 82.

(43) Rb. Antwerpen, 13 januari 1976, *R.W.*, 1975-1976, 2094.

(44) Cass. 10 november 1978, *R.W.*, 1979-80, 1479 met noot VAN OEVELEN A.

(45) Cass., 4 januari 1968, *Pas.*, 1968, I, 559.

langen, dan is dit zeker niet het geval voor de andere toelaatbaarheidsvereisten.
Beter komt het voor, te stellen, dat de afwezigheid van één van de toelaatbaarheidsvereisten op het ogenblik dat de eis wordt ingesteld, mag geregulariseerd worden, voorzover dit kan gebeuren binnen de termijnen voorgeschreven voor de uitoefening van het recht(46).

48. Tenslotte komt het voor dat genoemde rechtspraak uit het oog verliest dat tijdens het geding een toelaatbaarheidsvereiste kan vervallen. Indien men zich enkel op het tijdstip van de inleiding van de zaak zou stellen, zou een latere wijziging geen invloed hebben, net zoals voor de bepaling van de bevoegdheid.
Bij het wegvallen van een toelaatbaarheidsvereiste tijdens het geding zal de rechter naar gelang van het geval, hetzij de niet toelaatbaarheid moeten vaststellen hetzij moeten vaststellen dat de vordering zonder voorwerp is(47).

HOOFDSTUK II

AAN BEIDE RECHTSTAKKEN GEMENE PROBLEMEN

49. Hierna worden twee problemen onderzocht die thuishoren zowel in het materiële als in het formele recht. Bij de keuze van de twee problemen werd uitgegaan hoofdzakelijk van het processuele belang. Andere problemen (zoals het bewijsrecht, de intresten en de verhogingen enz.) zijn reeds op andere domeinen uitvoerig behandeld geworden.

§ 1. De woonplaats

50. Naar aanleiding van het cassatie-arrest van 10 december 1971(48) komt het wenselijk voor het probleem van de woonplaats in het gerechtelijk wetboek en het burgerlijk wetboek nader te bekijken.

51. Summier zou men kunnen stellen dat de woonplaats in het gerechtelijk privaatrecht een drievoudige functie bekleedt:
– de woonplaats is in zeer vele gevallen de determinerende factor voor het bepalen van de territoriale bevoegdheid van de rechter;

(43) Rb. Brugge, 7 december 1970, *R.W.*, 1970-1971, 906; — Raad van State, 4 juli 1972, *R.W.*, 1972-1973, 1714.
(47) Gent, 19 november 1971, *R.W.*, 1971-1972, 319.
(48) Cass., 10 december 1971, *Arr. Cass.*, 1972, 361.

– de woonplaats is in beginsel de plaats waar de betekeningen en kennisgevingen geschieden;
– de woonplaats is de plaats waar de gerechtsdeurwaarder, belast met de executie van een vonnis, het onderpand van de schuldenaar vindt. Bij beslag op roerende goederen kan de gerechtsdeurwaarder geen onderzoek naar het eigendomsrecht verrichten. Voldoende legitimatie voor zijn beslag is het feit dat de goederen zich bevinden op de woonplaats van de schuldenaar.

52. Gelet op deze specifieke functies van het begrip woonplaats is het begrijpelijk geweest dat de wetgever voor het gerechtelijk recht in afwijking van het B.W. een eigen en formeel criterium heeft bepaald in artikel 36 Ger.W.
Hoewel dit criterium, inschrijving in het bevolkingsregister, op het eerste gezicht duidelijk is, heeft het aanleiding gegeven tot een aantal betwistingen (49).
– de woonplaats van de gefailleerde. De vraag werd gesteld of artikel 631 Ger.W. moet samengelezen worden met artikel 440 Faill.W., dan wel met artikel 36 Ger.W. m.a.w. gaat het om de commerciële woonplaats dan wel om de inschrijving in het bevolkingsregister. In zijn arrest van 2 februari 1978 stelt het hof van cassatie, dat voor de bepaling van de woonplaats van de gefailleerde er geen reden was tot afwijking van artikel 36 Ger.W. (50).
– bij een verzoek tot nieuwe inschrijving van woonst in de bevolkingsregisters, stelt zich de vraag op welk moment men zich moet stellen voor het bepalen van de woonplaats: op het ogenblik van de aanvraag tot uitschrijving, dan wel op het ogenblik van de nieuwe inschrijving. Artikel 11 K.B. 1 april 1960 houdende het bevolkingsregister, kan enkel doen besluiten dat men zich moet stellen op het ogenblik van de nieuwe inschrijving.

De gekozen woonplaats

53. De gekozen woonplaats kan in het gerechtelijk recht een dubbele functie vertonen:
– het kan betrekking hebben op het bepalen van de territoriale bevoegdheid van de rechter;
– het kan enkel tot voorwerp hebben het bepalen van de plaats waar exploten en kennisgevingen dienen te geschieden.
Deze functies kunnen afzonderlijk of gezamenlijk voorkomen.

(49) Zie ook art. 52 van het Europees executieverdrag.
(50) *R.W.*, 1977-1978, 2651; — zie ook LAENENS, J., *a.w.*, blz. 248, en MATTHYS R., *Faillissement, T.P.R.*, 1979, 774.

54. De woonstkeuze kan zijn opgelegd door de wetgever of uitgaan van de vrije wil van de partijen.

Indien de woonstkeuze is opgelegd door de wetgever — en deze gevallen zijn zeer talrijk (51) — regelt de wetgever er de gevolgen van. De wettelijke woonstkeuze bij het uitvoerend beslag streeft aldus een dubbel doel na:

– de ganse rechtspleging met inbegrip van kennisgevingen en betekeningen, laten afspelen in het ressort van de bevoegde beslagrechter;

– de partijen tijdens de rechtspleging vrijwaren voor de gevolgen van woonstverandering tijdens het geding. Dit impliceert dat men woonstkeuze moet doen, zelfs indien men in het arrondissement woont waar de woonstkeuze moet gedaan worden. Het eventueel gevolg van de woonstkeuze op zijn eigen adres heeft dan als effect dat de tegenpartij geen rekening moet houden met eventuele adresveranderingen.

55. De door de partijen gekozen woonplaats, zonder dat daartoe enige wettelijke verplichting bestaat, kan uitgaan hetzij van één partij, hetzij steunen op een akkoord van beide partijen.

Derden blijven vreemd aan deze woonstkeuze en kunnen er geen nadeel of geen voordeel door genieten.

56. Indien het doel van de woonstkeuze het bepalen van de territoriale bevoegdheid is, kan dit enkel gebeuren door een onderling akkoord.

Hierop zijn dan alle bepalingen en beperkingen van toepassing met betrekking tot de bevoegdheidsbedingen (52), evenals artikel 6 van het europees executieverdrag.

57. Of een gekozen woonplaats, die enkel tot doel heeft, de plaats aan te duiden waar exploten dienen te worden betekend of kennisgevingen gedaan, kan geschieden door de wilsuiting van één partij werd door het hof van cassatie op bevestigende wijze beantwoord (53).

Een dergelijke woonstkeuze biedt aan de tegenpartij een bijkomende keuze: de akten te laten betekenen hetzij op de woonplaats (art. 36 Ger.W.) hetzij op de gekozen woonplaats (art. 39.1 Ger.W.).

Indien een vreemdeling daarentegen in België een gekozen woonplaats vestigt moeten krachtens artikel 40 Ger.W. de betekeningen aan die woonplaats gebeuren.

---

(51) De Page, H., *Traité*, T. I, nr. 332.

(52) Laenens, J., *a.w.*, blz. 262.

(53) Cass., 10 december 1971, *Arr. Cass.*, 1972, 361.

58. Dient tenslotte nog het probleem aangestipt te worden wanneer één van de procespartijen tijdens het geding van woonplaats verandert en hiervan de wederpartij niet verwittigt.

Het komt niet als overdreven voor in het licht van de *fair play* die tussen de partijen dient te bestaan, aan de partij, die haar woonplaats verandert, de verplichting op te leggen de wederpartij in kennis te stellen van deze adresverandering, zoniet dient die partij zelf de gevolgen van haar nalatigheid te dragen.

§ 2. De termijnen

59. Nog enkele beschouwingen over de termijnen (54) kunnen aantonen dat er tussen het materieel recht en het procesrecht duidelijke raakvlakken liggen, doch dat elk van beide ook voldoende eigen kan zijn.

Twee problemen kunnen hier aan de orde worden gesteld:

– de toepasselijkheid van de termijnregeling van het gerechtelijk recht op de termijnen van materieel recht;

– de toepasselijkheid van de regelen van overmacht van het materieel recht op de vervaltermijnen van procesrecht.

60. De berekeningswijze van de termijnen in het gerechtelijk recht is op nauwkeurige wijze geregeld in het Ger.W. Dit is meer bepaald het geval met de aanduiding op welk ogenblik een termijn begint te lopen. In het algemeen kan men zeggen dat een termijn begint te lopen op het ogenblik dat de handeling gesteld is, die voor de betekening of kennisgeving gesteld moest worden. Wanneer een termijn begint te lopen ingevolge de verzending van een aangetekende brief, is de afgifte van de brief aan de post het ogenblik waarop de termijn begint te lopen (zie o.m. de art. 57.2 en 1056, 3° Ger.W.).

De vraag stelt zich of deze regel ook van toepassing is voor het berekenen van de vervaltermijnen voor het instellen van een rechtsvordering zoals bepaald in het materieel recht. Dit probleem stelt zich vooral (doch niet uitsluitend) in het raam van de sociale zekerheid, waarbij de gerechtigde zich tot de arbeidsrechtbank kan wenden binnen de maand nadat hij kennis heeft gekregen van de beslissing van de bevoegde dienst (zie o.m. art. 7 § 11, lid 2 van de besluitwet 28 december 1944 voor de RVA; — art. 66 K.B. nr. 50 van 24 oktober 1967 voor de pensioenen werklieden...).

(54) De Corte, R., *De termijnen in het gerechtelijk privaatrecht*. In: Actuele problemen van het gerechtelijk privaatrecht, Acco, 1976.

Terecht besliste het arbeidshof te Brussel (55) dat voor de berekening van deze vervaltermijnen niet de afgifte aan de post geldt, maar wel de ontvangst van betrokken beslissing.

61. Tenslotte dient nog de aandacht gevestigd te worden op de rechtspraak in verband met de opheffing van verval ingevolge een beroep op het begrip overmacht.

62. Wanneer een termijn voor het aanwenden van een rechtsmiddel is verstreken, kan die partij van het verval worden ontheven, wanneer zij het bewijs levert dat zij of haar mandataris ad litem ingevolge overmacht niet in staat is geweest de genoemde handeling te verrichten.

63. Het probleem ontstaat pas wanneer de mandataris de handeling heeft nagelaten niet uit overmacht, doch uit onzorgvuldigheid.
Hier stelt zich het probleem of de fout van de mandataris als overmacht kan worden beschouwd in hoofde van de partij.
Het hof van cassatie (56) past hierop gewoon de beginselen van het materieel recht toe:
„Overwegende dat de fouten of nalatigheden van de lasthebber de lastgever verbinden wanneer ze binnen de grenzen van de lastgeving zijn begaan en op zichzelf voor de lasthebber geen vreemde oorzaak, toeval of overmacht kunnen zijn...;".

64. Het komt nochtans voor dat de eigenheid van het gerechtelijk privaatrecht in deze rechtspraak te weinig aan bod komt.
a) in het procesrecht zijn er vele gevallen waarin men wettelijk verplicht is een mandataris ad litem aan te stellen. Artikel 700 (gerechtsdeurwaarder) en 1025 (advokaat) zijn hiervan maar twee voorbeelden. De beginselen van het vrije mandaat zonder enige nuancering in deze situatie toepassen, lijkt niet volkomen verantwoord.
b) de vertegenwoordigers ad litem beschikken omzeggens over een wettelijk monopolie. Ook dit maakt een aanzienlijk verschil uit met de vrije vertegenwoordiging, verschil dat in de rechtspraak dient gehonoreerd te worden.

(55) Arbh. Brussel, 19 december 1973, *R.W.*, 1974-1975, 1319.
(56) Cass., 24 februari 1974, *R.W.*, 1973-1974, 2496.

DE AUTONOMIE VAN HET PROCESRECHT

65. De vraag kan thans als volgt gesteld worden: de rechter wordt geplaatst voor een situatie waarin hij een, naar zijn oordeel, terechte aanspraak dient af te wijzen uitsluitend op grond van een processuele exceptie. Hoe dient hij zijn houding te bepalen?

Twee extreme standpunten dienen terzake verworpen te worden:

a) de rechter kan dermate ingenomen zijn met het materiële recht dat hij een regel van het procesrecht hetzij uit het oog verliest, hetzij disfunctioneel interpreteert om het materieel recht toch te kunnen toekennen. In dit geval offert de rechter het procesrecht op aan het materieel recht. Dit biedt het grote nadeel dat het procesrecht, als algemeen middel tot het bekomen van materieel recht, disfunctioneel gaat werken. In dit licht kan de rechtspraak worden gezien van het hof van cassatie (57) waarbij gesteld wordt dat de rechter, zelfs in geval van verstek, de argumenten van de verstekdoende partij dient te beantwoorden, althans na toepassing van artikel 751 Ger.W. Voorheen had het hof van cassatie reeds gesteld (58) dat dit niet moest in geval van eenvoudig verstek.

b) Langs de andere kant mag de rechter het procesrecht niet hanteren om zich van materieelrechtelijke aanspraken af te maken wanneer hij daartoe niet verplicht is krachtens dwingende procesrechtelijke redenen. Deze fout lijkt gemaakt te zijn wanneer de eis van de curator werd afgewezen, gericht tegen de bankier wegens onrechtmatige kredietverlening (59).

66. Wanneer er een conflict bestaat tussen materieel en procesrecht dienen steeds de twee hiernavolgende basispijlers voor ogen te staan:

1) het gerechtelijke recht is niets anders dan een wettelijk instrument in handen van de partijen om hun materieelrechtelijke aanspraken gehonoreerd te zien. Dit is wat men noemt de dienende functie van het procesrecht.

2) Een eigen procesrechtelijke regel kan slechts prioriteit hebben boven deze van materieel recht, en dus de afwijzing van een terechte aanspraak tot gevolg hebben, wanneer hetzij de wetgever dit uitdrukkelijk gebiedt hetzij de regel van procesrecht door haar intrinsieke waarde dient verkozen te worden boven de toekenning van het materieel recht.

---

(57) Cass., 21 november 1975, *Pas.*, 1976, I, 369 met noot.

(58) Cass., 7 december 1972, *Pas.*, 1973, I, 328 noot Dumon; — Cass., 16 januari 1976, *R.W.*, 1975-1976, 1961.

(59) Zie rechtspraak vermeld in voetnoot 37.

67. Deze beide regels kunnen duidelijk worden toegelicht in verband met de nietigheidsregeling: omdat deze door de wetgever op uitdrukkelijke wijze is geregeld. De inbreng van de rechter is er dan ook geringer, zodat in bepaalde gevallen het materiële recht zal moeten wijken voor het procesrecht.

68. De hierboven geschetste regel wordt nochtans belangrijker wanneer de rechter de sanktie van niet-toelaatbaarheid gaat hanteren. Inderdaad daar komt de wetgever slechts sporadisch tussenbeide zodat het de rechter is, die geroepen is dit middel funktioneel toe te passen. Zoals door Mohammed Abdel-Khalek Omar(60) scherp geschetst, is het processysteem dat wij kennen gegroeid van een gesloten naar een open systeem, d.w.z. dat thans de wetgever niet meer, zoals in een gesloten systeem, aan elk materieel recht een *actio* moet geven, daar de rechtstoegang in ons rechtsstelsel de plano aanwezig is. Het onderzoek van de toelaatbaarheid van de rechtsvordering in een open systeem zoals het onze mag derhalve niets anders zijn dan een ,,marginale toetsing'' d.w.z. dat de rechter (behoudens wanneer de wetgever het anders heeft voorzien) enkel dient na te gaan of één van de partijen ,,kennelijk'' zijn bevoegdheid om tot de rechter te gaan te buiten gaat. De rechter zou derhalve alleen dan een vordering niet-toelaatbaar mogen verklaren wanneer de niet-toelaatbaarheid op zichzelf als een dwingende noodzaak naar voren komt. Men kan zich geredelijk achter de rechtspraak stellen die hoger beroep niet toelaatbaar verklaart defectu summae. De vorderingen daarentegen niet toelaatbaar verklaren omdat vooraf niet ter minnelijke schikking was opgeroepen en de latere minnelijke schikking was gebeurd buiten de voorziene termijn(61) lijkt eerder op een disfunktioneel gebruik maken van de beginselen van niet-toelaatbaarheid.

Inderdaad het bedrag van de aanleg heeft in de proceseconomie een eigen functie, zodat bij overtreding de sanctie kan leiden tot niet-toelaatbaarheid (en dus niet toekennen van de materieelrechtelijke aanspraken).

Deze redenering kan moeilijk gevolgd worden m.b.t. de minnelijke schikking, die tot doel heeft mogelijk kostenbesparend te werken. Een laattijdige oproeping tot minnelijke schikking kan dezelfde resultaten opleveren: wordt er een verzoening bereikt, dan zijn de kosten van de 'premature' dagvaarding voor de partij, die de verzoening naliet, komt er geen verzoening dan staat men even ver, dan wanneer er geen verzoening ware geweest bij tijdige minnelijke schikking.

---

(60) MOHAMED ABDEL-KHALEK OMAR, *La notion d'irrecevabilité en droit Judiciaire privé*, Paris, 1967.

(61) Zie cassatiearrest sub. (4).

Dezelfde redenering kan aangehouden worden terzake van de hoedanigheid van de curator om één schuldeiser te dagvaarden op grond van artikel 1382 B.W. Geen enkele redelijke verklaring kan worden gevonden waarom deze (meestal terechte) eis niet toelaatbaar wordt verklaard, uitsluitend op niet essentiële gronden van procesrechtelijke aard.

Tenslotte kan men hetzelfde stellen m.b.t. de thans vaststaande rechtspraak (62) over de samen handeldrijvende handelaars, die geen vennootschap hebben opgericht. Er valt moeilijk een beter voorbeeld te vinden van begrippenjurisprudentie, vreemd aan de maatschappelijke werkelijkheid.

Deze rechtspraak, waarbij bepaalde begrippen de bovenhand krijgen boven de werkelijkheid, zou ik samen met P. Vermeulen als volgt willen omschrijven:

,,De voorgebrachte argumenten zijn oppervlakkig, aangetast door de typische houding van de jurist die het middel als doel neemt, die de regel en niet de belangenbescherming als hoogste waarde ziet, te vergelijken met de kleermaker, die, wanneer hij vaststelt dat, om een of andere reden, de pijp van de broek te kort blijkt te zijn, tot het besluit komt dat het been te lang is en dan voorstelt dat been iets in te korten.'' (63).

(62) RONSE J., *Overzicht van de rechtspraak: Vennootschappen 1968-1977, T.P.R.*, 1978, 712.
(63) VERMEULEN, *a.w.*, blz. 278.