

**DE GOEDE TROUW IN HET GEDING?
DE INVLOED VAN DE GOEDE TROUW IN HET
PRIVAAT PROCES- EN BEWIJSRECHT(1).**

door

M.E. STORME
Docent U.F.S.I.-Antwerpen
Navorsers K.U.Leuven

INLEIDING (nrs. 1-7)

Deel I. DE INVLOED VAN DE GOEDE TROUW IN HET PROCESRECHT (nrs. 8-91)

1.1. ALGEMEEN DEEL (nrs. 8-19)

1.1.1. De procesverhouding (nr. 8)

1.1.2. Het beginsel van de goede trouw in het procesrecht (nrs. 9-10)

1.1.3. Drie juridische structuren (nrs. 11-16)

1.1.4. Een betrekkelijke autonomie van het procesrecht en enkele gevolgen daarvan, alsook de algemene regels voor verwijzing in de kosten (nrs. 17-19)

1.2. UITWERKING VAN DE EISEN EN SANKTIES DER GOEDE TROUW IN DE VERSCHILLENDE STAPPEN DER RECHTSPLEGING (nrs. 20-90)

Inleiding (nr. 20)

1.2.1. Onredelijkheid bij het aanspannen van een proces (nrs. 21-44)

1.2.1.1. Omstandigheden die het procederen zelf onredelijk maken (nrs. 21-32)

1.2.1.2. Omstandigheden die de wijze van instelling van de eis onredelijk maken — de last om de goedkoopste weg te kiezen (nrs. 33-39)

1.2.1.3. Misbruik van de woonplaats van de gedaagde of bij het nemen van verstek (nrs. 40-42)

1.2.1.4. Omstandigheden die de plaats van instelling van de eis (keuze van de rechtbank) onredelijk maken (nr. 43)

1.2.1.5. Omstandigheden die de instelling van bepaalde soorten eis onredelijk maken (nr. 44)

1.2.2. Omstandigheden die het zich verweren of de wijze van verweer onredelijk maken (nrs. 45-57)

1.2.2.1. Gegronsd doch laattijdig verweer (nrs. 45-46)

1.2.2.2. Onredelijkheid bij het opwerpen van processuele excepties en middelen van ontoelaatbaarheid (nrs. 47-55)

(1) Met dank aan allen die mij bij de voorbereiding geholpen hebben met waardevol materiaal, in het bijzonder de magistraten en advocaten die mij welwillend onuitgegeven rechtspraak hebben bezorgd.

- 1.2.2.3. Ongegrond en onredelijk verweer (nrs. 56-57)
- 1.2.3. Onredelijkheid in de loop van de rechtspleging (nrs. 58-87)
 - 1.2.3.1. De mededelingslast die volgt uit het beginsel van tegenspraak en de wijze van meedelen (nrs. 59-60)
 - 1.2.3.2. Niet-naleving van wettelijke of redelijke termijnen voor het stellen van proceshandelingen (nrs. 61-69)
 - 1.2.3.3. Onredelijke opsplitsing van de rechtspleging (nrs. 70-75)
 - 1.2.3.4. Andere processuele medewerkings-, verwittigings- en kostenbeperkingsplichten (nrs. 76-79)
 - 1.2.3.5. Medewerkings-, mededelings-, waarheids- en kostenbeperkingsplichten bij de bewijsvoering (nrs. 80-87)
- 1.2.4. Misbruik van rechtsmiddelen (nrs. 88-90)

1.3. VOORLOPIG BESLUIT (nr. 91)

Deel II. DE INVLOED VAN DE GOEDE TROUW IN HET BEWIJSRECHT (nrs. 92-134)

2.1. ALGEMEEN DEEL (nrs. 93-123)

- 2.1.1. De verhoudingen waarop het bewijsrecht betrekking heeft en enkele uit die betrekking voortvloeiende algemene beginselen van bewijsrecht (nrs. 93-98)
- 2.1.2. De verschillende lasten in de bewijsvoering (nrs. 99-118)
 - 2.1.2.1. De vorderingslast (nr. 99)
 - 2.1.2.2. De verweerlast (nr. 100)
 - 2.1.2.3. De aanvoeringslast (nrs. 101-104)
 - 2.1.2.4. De betwistingslast betreffende de gestelde rechtsfeiten (nrs. 105-109)
 - 2.1.2.5. Het bewijsrisiko en de bewijslasten (nrs. 110-116)
 - 2.1.2.6. De bijkomende mededelingslast van de niet bewijsbelaste partij (nrs. 117-118)
- 2.1.3. De betrekkelijke autonomie van het privaat bewijsprocesrecht tegenover het materieel recht en materieel bewijsrecht (nrs. 119-123)

2.2. UITWERKING VAN DE ROL VAN DE GOEDE TROUW IN DE BEWIJSVOERING EN BIJ DE WAARDERING VAN DE GEDRAGING DER PARTIJEN BIJ DE BEWIJSVOERING (nrs. 124-134)

- 2.2.1. De lasten om zich bewijsmateriaal te verschaffen (nrs. 125-131)
- 2.2.2. Procesrechtelijke bewijslasten en -plichten (nrs. 132-134)

2.3. BESLUITEN

«I terzi giudiziî sono tutti straordinarii, né quali signoreggia
la verità d'essi fatti, à quali, secondo i dettami della coscienza
soccorrono ad ogni uopo benignamente le leggi
in tutto cio che domanda essa uguale utilità delle cause;
tutti aspersi di pudor naturale, che è parto dell'intelligenza,
e garantiti perciò della buona fede chè figliuola dell'Umanità,
convenevole all' apertezza delle Repubbliche popolari,
e molto più alla generosità delle Monarchie;
v 'i monarchi in questi giudiziî fan pompa d'esser superiori alle leggi,
e solamente soggetti alla lora coscienza ed a Dio»
(VICO, G.B., *Principii di scienza nuova*
d'intorno alla comune natura delle nazioni § 974)*

«Il y a encore des juges à Berlin»

Inleiding

1. ENKELE VOORBEELDEN — Nadat beide geïntimeerden voor het Hof van Beroep te Brussel, nl. de Belgische Staat en het Vlaams Gewest, reeds eerder hun besluiten hadden neergelegd, legt de appellant zijn besluiten neer op 1 augustus 1985 en vraagt tegelijk een rechtsdag aan. Op 27 september 1985 waren partijen op de hoogte dat de zaak werd vastgesteld op 18 februari 1987. Eerst ter terechtzitting van 18 februari 1987 komt het Vlaams gewest met aanvullende besluiten af, zonder enige rechtvaardiging voor de overschrijding van de repliektermijn, en beroept zich daartoe op het recht van verdediging. Het Hof oordeelt dat „de rechten van de verdediging niet absoluut zijn en beperkt worden door de rechten van de wederpartij en door de noodwendigheden van een vlugge rechtsbedeling in het algemeen; dat deze beperkingen *voor die partij, die zich op de rechten van de verdediging beroept, de verplichting meebrengen om deze rechten uit te oefenen op een wijze die de belangen van de wederpartij en de vlotte werking van het gerecht zo weinig mogelijk hindert*”.

Een verweerder die vooraleer hij gedagvaard werd de uitvoerige

* vertaling: De derde soort oordelen, na de goddelijke oordelen en de oordelen van de ordo iudiciorum, de oordelen der menselijke jurisprudentie zijn oordelen extra ordinem. Daarin overheerst het ware der feiten zelf, waaraan de wetten, volgens het spellen van het geweten, in elke nood vriendelijk hulp verlenen in al wat de gelijkkuttigheid (billijkheid) der zaken eist. Ze zijn besprenkeld met natuurlijke bescheidenheid — kind der intelligentie — en daarom gewaarborgd door de goede trouw — dochter der mens(elijk)heid —. Dit past bij de openheid der democratieën, en meer nog bij de mildheid der monarchieën, waar de monarchen in hun oordelen fier zijn boven de wetten te staan en slechts aan hun geweten en God te zijn onderworpen.

argumentatie van de eiser nooit heeft beantwoord, beperkt zich in zijn besluiten, medegedeeld een half jaar na de inleiding van het geding, tot de vraag van de bevoegdheid van de rechter en vraagt voorbehoud om later aangaande de zaak zelf te besluiten. De Vrede-rechter van Zele beschouwt dit als een ongeoorloofd vertragsma-neuver, „*in strijd met een faire procesvoering*”.

Bij riolerings- en bestratingswerken richt de watermaatschappij meermaals schade aan aan installaties van een b.v.b.a., en maande na vaststelling daarvan die partij telkens aan om de schade tegenspre-kelijk vast te stellen, gaf bijkomende schriftelijke inlichtingen en stuurde een nauwkeurige afrekening toe, dit alles zonder protest of repliek van de tegenpartij. De Rechtbank van Brugge oordeelde dat „het niet binnen een redelijke termijn reageren op een toegestuurd schadebestek en — a fortiori — het verzuimen om tot een schadebegroting op tegenspraak over te gaan verwerking impliceren van het recht om de gevorderde schadebedragen te betwisten”, vermits „door het tijdsverloop elke zinnige discussie hieromtrent onmogelijk is geworden”.

Gealarmeerd door een technische bijlage bij een proces-verbaal van het Comité voor veiligheid en gezondheid van Cockerill-Sambre, waarin een opsomming gegeven werd van de door dit bedrijf gepro-duceerde afval, welke op de stortplaats Mellery wordt gestort, vragen de omwonenden in kort geding verbod om daar nog afval te storten. Het bedrijf roept in dat de bijlage vol fouten staat en dat niets de juistheid ervan aantoont, zonder evenwel de fouten aan te geven of op verantwoorde wijze de voorstelling tegen te spreken. Het Hof van Brussel beschouwt dergelijke betwisting als onvoldoende precies en acht de door de eisers gestelde feiten bewezen.

2. BEGRIP GOEDE TROUW — Deze enkele voorbeelden vormen een mooi uitgangspunt voor dit verslag over de goede trouw in het privaat proces- en bewijsrecht. Immers, de eisen van de goede trouw in het privaat procesrecht kan men zo omschrijven dat *in het geding partij-en in een rechtsverhouding staan waarin zij zich mede door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij moeten laten leiden*. Dit is meer bepaald een omschrijving van de goede trouw van het handelen, die wij, om misverstand te voorkomen, eerst goed willen onderscheiden van de goede trouw van het niet-weten(2).

(2) Zie VAN SCHILFGAARDE, P., „Over de verhouding tussen de goede trouw van het handelen en de goede trouw van het niet weten”, in *Goed & trouw, Opstellen aangeboden aan prof. mr. W.C.L. van der Grinten t.g.v. zijn afscheid als hoogleraar aan de K. U. Nijmegen*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1984, 57 e.v.

De *goede trouw van het niet-weten* wordt traditioneel de subjektieve goede trouw genoemd; zij heeft op de eerste plaats betrekking op de gezindheid — het te goeder of te kwader trouw zijn —. Deze gezindheid wordt vereist voor bepaalde rechtsgevolgen. Wij kennen ze allemaal uit het zakenrecht (de bezitter te goeder trouw), we kunnen ze in het procesrecht ontmoeten bij de bespreking van b.v. het beslag(3).

De *goede trouw van het handelen* wordt traditioneel de objektieve goede trouw genoemd: zij kijkt niet naar de gezindheid, maar naar het handelen, zij stelt eisen aan het handelen, dat dan heet overeenkomstig de goede trouw of strijdig met de goede trouw te zijn. Meer bepaald eist zij *dat partijen zich in hun onderlinge verhoudingen mede door de gerechtvaardigde belangen van de ander laten leiden*. Wij kennen ze allemaal uit het overeenkomstenrecht (art. 1134, 3 B.W.). We zullen ze in dit rapport in het privaatsproces- en bewijsrecht ontmoeten, ook wanneer het niet om kontraktuele verbintenissen handelt.

Wij verkiezen te spreken van de goede trouw van het niet-weten en van het handelen, omdat ook de eerste ten dele objektief wordt beoordeeld: zo wordt in een hele reeks gevallen het niet-weten met weten gelijkgesteld omdat men behoorde te weten, omdat het niet-weten het gevolg geacht wordt van onvoldoende onderzoek of een andere onzorgvuldigheid. Denken we maar aan het „vermoeden van kwade trouw” van de beroepsverkoper, waarbij het niet-weten met weten gelijkgesteld wordt indien het het gevolg is van een tekortkoming aan een onderzoeksplicht.

Wezenlijk is echter dat men inziet — waar sommige Franstalige landgenoten soms nog moeite mee hebben(4) — dat de eisen van de goede trouw verder strekken dan alleen maar de gezindheid, de afwezigheid van bedrog of bedoeling tot schaden. Dit zal in dit verslag ruimschoots blijken.

(3) Voor het overige verwijzen we graag naar het rapport van A. VAN OEVELEN voor ditzelfde kongres in *T.P.R.*, 1990, nr. 3.

(4) De verwarring tussen beide aspecten van de goede trouw is daar veelal nog groot. Zie b.v. Fagnart, J.L., „L'exécution de bonne foi des conventions”, *R.C.J.B.*, 1979, (285) b.v. nr. 31 („On ne risque pas trop de verser dans l'erreur en écrivant qu'un manquement à l'obligation de bonne foi constitue un acte de mauvaise foi. Il est d'autre part généralement admis que la „mauvaise foi” ou le „dol” dans l'exécution des contrats sont des expressions synonymes”. Welnu, „erreur” is het toch!). Zeer duidelijk onderscheidend daarentegen VOUIN, *La bonne foi. Notion et rôle actuels en droit privé français*, proefschrift Bordeaux, Parijs, L.G.D.J., 1939, nr. 35.

3. GOEDE TROUW IN HET ROMEINS RECHT EN DE CODE CIVIL — De juiste betekenis van de goede trouw van het handelen kan maar begrepen worden vanuit het Romeins recht, en namelijk vanuit de tegenstelling tussen het „iudicium bonae fidei” en het „iudicium stricti iuris”(5). In het „oordeel naar strikt recht” diende de praetor na te gaan of de wettelijk voorgeschreven rechtsfeiten voor de ingestelde „actio stricti iuris” en de daarmee gevorderde rechtsgevolgen vervuld waren, in het „oordeel naar goede trouw” daarentegen diende hij uit te gaan van de aan hem verschijnende rechtsverhouding om deze te beoordelen naar redelijkheid en billijkheid. Dit betekende dat naast de wettelijke maatstaven ook andere criteria dienden mee te spelen om de rechtsverhouding tot zijn recht te laten komen. Eén van de middelen waarmee dat gebeurde was de „exceptio doli generalis”(6), die i.t.t. de „exceptio doli specialis” niet beperkt was tot de gevallen van bedrog (subjektieve kwade trouw) maar alle gevallen van objectieve onredelijkheid kon omvatten.

Deze ware historische betekenis van de goede trouw stond de opstellers van de code civil — i.t.t. wat sommigen beweren — wél degelijk nog voor ogen, getuige de woorden van Bigot-Préameneu(7):

„Le prêteur exerçait sa juridiction (...) en renvoyant les parties devant les juges, qui dans certains cas étaient tenus de se conformer aux formules qu’il prescrivait — et alors les actions étaient appelées stricti iuris — et qui dans d’autres pouvaient juger suivant l’équité: c’étaient les actions dites bonae fidei”.

De goede trouw is dan ook geen afzonderlijke norm, zelfs geen afzonderlijk vormgevend rechtsbeginsel voor eender welke afzonderlijke rechtstak, maar veeleer dat beginsel dat maakt dat steeds weer nieuwe regels en beginselen mee kunnen spelen, dat het recht niet verstard geraakt. Het is geen rechtsbeginsel naast andere rechtsbegin-

(5) Zie daarvoor ZEVENBERGEN, C., *Aard en werking van de goede trouw in het Romeins verbintenissenrecht*, rede, Zwolle, Tjeenk Willink, (2)1931; BECK, A., „Zu den Grundprinzipien der bona fides im römischen Vertragsrechts”, *Aequitas et bona fides, Festgabe August Simonius*, 18 e.v. Vgl. ook MEIJERS, E.M., „Goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring”, mededeling Koninklijke Nederlandsche Akademie van Wetenschappen 1937, *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen III*, 278 e.v.; BAERT, F., „De goede trouw bij de uitvoering van overeenkomsten”, Rede plechtige openingszitting van de Vlaamse Conferentie der Balie bij het Hof van Beroep van Gent 10 november 1956, *R.W.*, 1956-57, (489) 493-494.

(6) Zie daarover het artikel van WENDT, „Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse”, *AcP*, 1906 II, 1 e.v., dat op de Duitse rechtsleer over de goede trouw na de invoering van het BGB een beslissende invloed heeft gehad.

(7) „Exposé des motifs” nr. 7, in LOCRE, VI, VIII, 149. Vgl. DE MALEVILLE, *Analyse raisonnée du Code civil*, III, 7.

selen, maar het beginsel dat de verhouding tussen rechtsregels en rechtsbeginselen bepaalt.

Dit betekent dus dat de goede trouw van het handelen, die voor de partijen een gedragsnorm is, voor de rechter een uitlegnorm is. De vraag of de goede trouw van artikel 1134, 3 B.W. een gedrags- of uitlegnorm is, is o.i. dus een valse vraag.

4. GOEDE TROUW VS. LEGALITEITSBEGINSEL — Meer in het algemeen dient men te stellen dat de goede trouw in ons recht een algemeen beginsel is dat alle rechtsverhoudingen beheerst die niet aan het legaliteitsbeginsel zijn onderworpen. Het legaliteitsbeginsel is immers de hedendaagse vorm van het „iudicium stricti iuris”. Zoals in het Romeins recht het iudicium bonae fidei tegenover het „iudicium stricti iuris” stond, zo staat in ons recht het beginsel van de goede trouw (van het handelen) tegenover het legaliteitsbeginsel, dat immers ook geen rechtsbeginsel is naast andere rechtsbeginselen, maar een beginsel dat de verhouding tussen rechtsregels en rechtsbeginselen bepaalt.

Het legaliteitsbeginsel betekent immers dat bepaalde rechtsgevolgen, slechts op wettelijk aangegeven gronden (rechtsfeiten) kunnen worden toegewezen. In het oordeel over aan het legaliteitsbeginsel onderworpen verhoudingen staat niet de rechtsverhouding centraal, maar het rechtsgevolg; *niet het geval moet daarin tot zijn recht komen, maar de regel.*

Nu kan betoogd worden dat straffen, belastingen, benoemingen, ambten, sociale uitkeringen, subsidies, vergunningen e.d.m. slechts op wettelijk omschreven gronden kunnen worden toegewezen. Het is hier niet de plaats om na te gaan in hoeverre dit beginsel daar houdbaar blijft. Het is evenmin de plaats om na te gaan of er ook daar geen tekenen zijn van een grotere openheid, en of de billijkheid die daar langs de voordeur wordt buitengezet, niet langs het achterraam terug naar binnen komt. Er valt veel voor te zeggen om de centrale plaats van de wettelijkheid daar te vervangen door het „algemeen belang”, waar niet enkel de wetgever over mee te spreken heeft. Ook daar speelt de goede trouw een rol, voornamelijk daar waar de wetgever aan het bestuur een beleidsmarge heeft gegeven, maar die rol is toch vrij verschillend en blijft in dit verslag verder buiten beschouwing.

In alle andere verhoudingen daarentegen geldt niet het legaliteitsbeginsel, maar het beginsel van de goede trouw, dat dus een algemeen

beginsel is voor o.m. het privaatrecht(8). Dit is zonder enige twijfel het geval in die verhoudingen die ter vrije beschikking staan van de partijen (domein van de partij-autonomie, vooreerst de private vermogensrechtelijke verhoudingen). Doch het geldt ook voor die privaatrechtelijke verhoudingen die van openbare orde zijn (zoals vele familierechtelijke verhoudingen). In al die verhoudingen moet mede volgens de eisen van de goede trouw gehandeld en geoordeeld worden. Niet de regel moet daarin tot zijn recht komen, maar de verhouding, het geval.

Dit betekent niet dat de goede trouw in al die rechtsverhoudingen die niet aan het legaliteitsbeginsel onderworpen worden een even belangrijke (zelfstandige) rol speelt. Gezien de goede trouw in de praktijk neerkomt op „ongeschreven recht”, hangt haar betekenis namelijk af van de andere beginselen en regels die in een rechtsverhouding een rol spelen. Indien er voldoende blankonormen gelden zal de goede trouw nauwelijks een zelfstandige rol spelen. Bovendien moet de goede trouw genuanceerd worden naar gelang van de aard van de rechtsverhouding. Zo wordt er door meerdere auteurs op gewezen,

(8) Vgl. ESSER, J., „Methodik des Privatrechts”, *Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden*, XI (1972), (3 e.v.) 21; VAN DER GRINTEN, W.C.L., „Handelen te goeder trouw”, *Opstellen over recht en geschiedenis aangeboden aan prof. mr. B.H.D. Hermesdorf*, Deventer, Kluwer, 1965, (155 e.v.) 165 e.v.

Zie ook het pleidooi voor het aanvaarden van de goede trouw als algemeen rechtsbeginsel van o.m. VAN OMMESLAGHE, P., „L'exécution de bonne foi, principe général de droit?”, *T.B.B.R.*, 1987, 101 e.v.

Dit besef van de goede trouw als algemeen rechtsbeginsel is in de Latijnse landen vrij laat doorgedrongen omwille van de ontwikkeling van de leer van het rechtsmisbruik, die de werking van de goede trouw grotendeels overlapt. Nochtans zagen de opstellers van de Code Civil het werkingveld van de goede trouw in ieder geval reeds ruimer dan de kontraktuele verhoudingen, en zagen zij met name ook de zgn. prekontraktuele verhoudingen erdoor beheerst (zie de verwijzingen bij DE BERSAQUES, A., „La lésion qualifiée et sa sanction”, *R.C.J.B.*, 1977, (10) 28 nr. 24). In de meer moderne wetboeken wordt de goede trouw als beginsel gesteld voor alle obligatoire verhoudingen (zie b.v. BGB § 242; NBW 6.1.1.2.; vgl. in andere bewoordingen art. 2 ZGB en art. 1175 i.c.c.). Deze verruiming, zelfs naar niet-obligatoire vermogensrechtelijke verhoudingen, wordt bevestigd door b.v. Benelux Gerechtshof, 18 november 1988, Philip Morris t. BAT, nr. A 87/2, *R.W.*, 1988-89, 701, met besluiten Adv.-G. KRINGS, J.E., dat immers geen kontraktuele verhouding, maar een zaak van merkenrecht betrof. Zie voor de vrij recente bewustwording van deze ruimere werkingssfeer o.m. DE BERSAQUES, A., „L'abus de droit en matière contractuelle”, *R.C.J.B.*, 1969, (501) nr. 4-12 en 28; FAGNART, J.L., *R.C.J.B.*, 1979, (285) nr. 6 in fine; HUBEAU, B. en RAUWS, W., „De toepassing van de leer van het rechtsmisbruik in het huurrecht”, *T.B.B.R.*, 1987, (113) nr. 17; voor Nederland PITLO, A., „De evolutie van een gesloten naar een open systeem van verbintenissen in de rechtspraak van de Hoge Raad” *T.P.R.*, 1973, (163) nr. 10; VAN DER GRINTEN, W.C.L., „Handelen te goeder trouw”, *Opstellen Hermesdorf*, 159-162; VAN SCHILFGAARDE, P., „Over de verhouding van de goede trouw van het handelen en de goede trouw van het niet weten”, *Goed & trouw*, 58 e.v.; ABAS, P., *Beperkende werking van de goede trouw*, Deventer, Kluwer, 1972, 47-50.

De bestrijding van het beginsel door L. CORNELIS in ditzelfde nummer is weliswaars reeds eerder gepubliceerd, namelijk als „La bonne foi: aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté”, in *La bonne foi, Actes du colloque 30 mars 1990*, Luik, Jeune Barreau, 17 e.v., maar verdient beter dan een repliek in dit kort bestek, zodat ik er hier niet op inga.

dat de eisen die de goede trouw aan kontractspartijen stelt niet dezelfde zijn (ja, veelal strenger zijn) als diegene die gelden tussen vreemden(9).

5. GOEDE TROUW IN HET PROCESRECHT — We gaan hier op al deze mogelijke en werkelijke verschillen niet nader in, om ons te beperken tot het proces- en bewijsrecht. Wat nu het procesrecht betreft moet o.i. een onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds de verhouding tussen de partijen en de rechter, en anderzijds de verhouding tussen de partijen onderling (de „procesverhouding”, die we enkel in de eigenlijke of kontentieuze rechtspraak terugvinden).

De verhouding tussen de partijen en de rechter is een publiekrechtelijke verhouding, beheerst door het algemeen belang van de openbare dienst die de rechtsbedeling is. Hier komen zaken ter sprake als de rechterlijke organisatie, ten dele de bevoegdheid, de processuele rol van de rechter, e.d.m..

De processuele verhouding tussen partijen onderling wordt in ieder geval door de goede trouw van het handelen beheerst wanneer de materieelrechtelijke verhouding die in het geding is, daardoor beheerst wordt. Doch ook in de andere gevallen (b.v. in strafzaken) geldt een zeer gelijkaardige „fair play”-vereiste, zeker telkens wanneer aan de partij die het algemeen belang verdedigt (b.v. het openbaar ministerie) een zekere beleidsvrijheid is gegeven. Het is niet omdat de rechter daar in zijn oordeel over de zaak zelf (de gegrondheid van de eis) aan het legaliteitsbeginsel onderworpen is, dat de partijen ontslagen zijn van de verplichting tot *fair play* — *de processuele goede trouw van het handelen*(10).

(9) Zie b.v. VAN GERVEN, W. en DEWAELE, A., „Goede trouw en getrouw beeld”, in *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story, 1986, (103 e.v.) 111-112, DIRIX, E. en VAN OEVELEN, A., „Kroniek van het verbintenissenrecht 1981-84”, *R.W.*, 1985-86, (1) 94-95 nr. 43; DIRIX, E., „Over de beperkende werking van de goede trouw”, *T.B.H.*, 1988, (660 e.v.) 665-666; GEENS, K., „De jurisprudentiële bescherming van de minderheidsaandeelhouder tegen door de meerderheid opgezette beschermingsconstructies”, *T.P.R.*, 1989, (33) 64, voetnoot 104, allen in hun kritiek op de stelling dat de beperkende werking van de goede trouw dient te worden herleid tot het misbruik van kontractuele rechten (leer van het rechtsmisbruik). Vgl. over deze vraag STIJNS, S., „Abus, mais de quel(s) droit(s). Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus des droits contractuels”, *J.T.*, 1990, (33) 36.

(10) Het beginsel dat procespartijen jegens elkaar tot „loyauteit” gehouden zijn vinden we b.v. in Aanbeveling nr. 84/5 van de Raad van Europa, beginsel 2, 2, en in art. 88 it. CPC (dovere di lealtà e probità). Art. 116 Grieks ZPO spreekt van de regels van de goede trouw. Zie verder de verwijzingen in voetnoot 8. Niet alle schrijvers aanvaarden dat het vereiste van fair play betekent dat het proces mede door de eisen van de goede trouw wordt beheerst. Zie b.v. HAARDT, W.L., *Fair Play in het burgerlijk geding*, aantreerede Leiden 1958, Zwolle, Tjeenk Willink, 1958, 17; GERBRANDY, „Gebruik en misbruik van procesrecht”, Preadvies,

We mogen er in dit verslag dan ook van uitgaan dat het beginsel van de goede trouw een grote rol speelt in het proces- en bewijsrecht, wanneer de verhouding tussen de gedingpartijen ter sprake komt, minstens in privaatrechtelijke gedingen. Zonder ons uit te spreken over de waarde van de konstruktie van een „contrat judiciaire”, is het o.i. niet nodig om de processuele verhouding tussen gedingpartijen te konstrueren als een kontraktuele verhouding opdat zij — mede — door de goede trouw zou beheerst worden. Dat de goede trouw in concreto in een processuele verhouding niet steeds dezelfde betekenis zal hebben als b.v. in een kontraktuele verhouding, maakt het begrip daar nog niet onbruikbaar.

6. BEGRENZING VAN HET ONDERWERP — Hieruit volgt ook de begrenzing van dit verslag. Het handelt uitsluitend over de wijze waarop de goede trouw in de verhouding tussen de partijen onderling speelt.

1. We spreken dus vandaag niet over de vraag wat de sanktie is van de procesekonomie in zoverre het gerecht en dus de gemeenschap nadeel lijdt door het gebrek aan procesekonomie bij één of meer gedingvoerende partijen. Sommige van deze vraagstukken kunnen aan bod komen in de leer van het procesrechtsmisbruik, in de zin van

Advocatenblad, 1959, (325) 374 e.v., die echter wel aanvaardt dat de eisen van een goede procesorde toch een gelijkaardige rol vervullen als de goede trouw in het kontraktenrecht (p. 376). De laatste verwoording vinden we ook bij SCHOLTEN, P., noot onder HR 3 maart 1939, Fesevur t. Numann, verwerping, *N.J.*, nr. 1012. Veel stelliger over de goede trouw zijn b.v. POLAK, R.J., „Misbruik van procesrecht”, *N.J.B.*, 1941, 765 e.v.; DEKKERS, R., „De la collaboration des plaideurs dans l'administration de la preuve”, *R.C.J.B.*, 1959, (148) 156-157 nr. 21; VAN OMMESLAGHE, P., *T.B.B.R.*, 1987, (101) 108, nr. 15; TAELEMAN, P., „Gebruik en misbruik van procesrecht”, *T.P.R.*, 1988, (89) nr. 24-25; GERARD, Ph., noot onder Hof Brussel 24 mei 1988, *J.T.*, 1989, (513) 514; SCHOORDIJK, H.C.F., „Hoe vat(te) de Burgerlijke Kamer van de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak op?”, in *De Hoge Raad der Nederlanden. De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1988, (3) 43; HAMMERSTEIN, A., „Te goeder trouw procederen”, *T.P.R.*, 1989, 1595 e.v.; KOHL, A., „L'obligation de bonne foi en matière d'allégations et de réception des preuves dans le procès civil”, *La bonne foi, Actes du colloque 30 mars 1990*, Luik, Jeune Barreau, 411 e.v., alsook de Duitse rechtsleer, b.v. ROSENBERG, L. en SCHWAB, K.H., *Zivilprozeßrecht*, § 2, IV; BAUMGÄRTEL, G., „Die Verwirkung prozessualer Befugnisse im Bereich der ZPO und des FGG, 67. ZJP 1954, (423) 427-428, 439, -, „Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren”, 69. ZJP 1956, 89 e.v., -, „Treu und Glauben im Zivilprozeß”, 86. ZJP 1973, 353 e.v.; DÖLLE, H., „Pflicht zur redlichen Prozeßführung?”, *Festschrift für Otto Riese aus Anlaß seines siebenzigsten Geburtstages*, Karlsruhe, Müller, 1964, 279 e.v.; ZEISS, W., *Die arglistige Prozeßpartei*, Berlin, Duncker & Humblot, 1967; voor Zwitserland, vgl. GULDENER, M., „Treu und Glauben im Zivilprozeß”, 39. SJZ, 389 e.v.; SCHWARTZ, P., „Die Bedeutung von Treu und Glauben im Prozeß- und Betreibungsverfahren nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung”, *Festschrift zum 70. Geburtstag von Dr. iur. Max Guldener*, red. M. Kummer en H.U. Walder, Zürich, Schulthess, 1973, 291 e.v.; HABSCHEID, W., *Schweizerisches Zivilprozeß- und Gerichtsorganisationsrecht. Ein Lehrbuch seiner Grundlagen*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1986, 259 nr. 710; voor Griekenland, KLAMARIS, N., „Der Rechtsmißbrauch im griechischen Zivilprozeßrecht”, *Festschrift für Fritz Baur*, Tübingen, Mohr, 1981, 483 e.v.

misbruik van het objektieve procesrecht, leer die dus door de hier beschreven rol van de goede trouw niet geheel overlapt wordt. Omgekeerd is de rol van de goede trouw in het procesrecht overigens ook niet te herleiden tot het procesrechtsmisbruik. Het betreft echter vragen die veeleer publiekrechtelijk van aard zijn. Door de weerslag op de openbare dienst der rechtsbedeling en dus op de gemeenschap „at large” kan men dat het „makroprocesrechtelijk” aspekt noemen(11). Deze vragen liggen natuurlijk anders in de private rechtspraak, de scheidsrechtspraak (en de kolleges van bindende derden-beslissers), waar de situatie overigens alleen daarom reeds geheel anders moet worden bekeken, omdat de werking ervan — rechtstreeks of onrechtstreeks — door de partijen wordt betaald, en dit dus uiteindelijk toch in de verhouding tussen partijen onderling moet worden verrekend.

We beperken ons zoals gezegd evenwel tot de rol van de goede trouw in de onderlinge verhouding tussen partijen, in het geding (procesrecht, deel I, en bewijsrecht, deel II), dan wel daaraan voorafgaand doch met het oog op een geding (bewijsrecht, deel II).

Omwille van de niet-bespreking van het publiekrechtelijk aspekt wordt evenmin de vraag behandeld of de in dit verslag besproken sankties ambtshalve door de rechter kunnen toegepast worden indien zij door de wederpartij niet worden gevraagd. Het enige wat we in dit verband willen verwoorden is de juiste vraagstelling: het gaat er namelijk om of het beschikkingsbeginsel dat de materiële rechtsverhouding tussen partijen beheerst — ook en zelfs nog meer(12) wanneer deze verhouding in geding is — ook de procesverhouding s.s. (zie randnr. 8) beheerst, dan wel of integendeel het beschikkingsbeginsel op dat punt moet wijken voor de aktieve rol van de rechter(13) — zoals ook reeds het geval is met de opsporing van bewijs-

(11) Zie daarvoor STORME, M.L., „Over het tergend geding voor een roekeloze vriendschap”, in *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story, 1986, (67 e.v.), m.b. nr. 44. Vgl. ook Taelman, P., *l.c.*, T.P.R., 1988, (89) nr. 4.

(12) Ik zeg „nog meer”, omdat éénmaal een geschil is gerezen of ook afstand kan worden gedaan van bepalingen van dwingend recht.

(13) Het beschikkingsbeginsel impliceert immers helemaal niet — zoals vaak wordt beweerd — de lijdelijkheid van de rechter in de leiding van de debatten. Het beschikkingsbeginsel betreft immers uitsluitend de bepaling en beperking van datgene wat aan de rechter wordt voorgelegd, wat betreft het al dan niet ter kennis staan (ne procedat iudex ex officio), het voorwerp van de eis (petitum), haar oorzaak (positum), en haar bewijsgrondslag (bewijsmiddelen). Het beschikkingsbeginsel doet dus helemaal geen uitspraak over de vraag of de rechter de leiding mag nemen van de debatten, of hij de partijen argumenten en middelen mag suggereren, of hij een minnelijke schikking mag voorstellen, of hij termijnen mag opleggen, e.d.m. Zie voor dit onderscheid tussen beschikkingsbeginsel en lijdelijkheid MILLAR, R.W., „The formative principles of civil procedure”, 18. *Illinois law review*, 1923, (1 e.v., 94 e.v., 150 e.v.) § 3 (Verhandlungsmaxime vs. Untersuchungsmaxime) en 4 (Parteietrieb vs. Offizialbetrieb).

middelen, waartoe de rechter veelal ambtshalve kan overgaan. Ik wil hier alleen kwijt dat de rechter in beginsel deze sankties uitsluitend dan ambtshalve mag uitspreken indien dit wettelijk is bepaald, precies omdat de publiekrechtelijke verhouding in beginsel nog steeds door het legaliteitsbeginsel wordt beheerst.

2. We beperken ons dus evenzeer tot de eigenlijke of geschilsrecht-spraak (kontentieuze rechtspleging, m.i.v. het kort geding op éénzijdig verzoekschrift, maar zonder de oneigenlijke of willige rechtspleging).

3. Ook de rol van de goede trouw in de verhouding met derde partijen, die niet in het geding betrokken zijn of worden, wordt niet als dusdanig behandeld. We denken b.v. aan de getuigen, de derde-beslagene, ...

4. Evenmin de verhouding tussen partijen en derden die als onpartijdigen bij het geding betrokken worden, zoals b.v. deskundigen(14), derden-beslissers, e.d.m., maar wél de onderlinge verhouding tussen gedingpartijen naar aanleiding van het optreden van dergelijke personen.

5. Evenmin de — kontraktuele — verhouding tussen partijen en de personen aan wie zij opdracht geven met het oog op het geding (advokaten, gerechtsdeurwaarders, e.d.m.).

6. Evenmin de materieelrechtelijke verhouding tussen partijen, tenzij dan *sub specie probationis* in deel II.

7. En tenslotte evenmin het beslagrecht, het recht van tenuitvoerlegging en bewarende maatregelen.

8. Hoewel de goede trouw in de praktijk dus de formele toegangspoort is voor het „ongeschreven recht” — juister „niet in wetten gesteld recht” —, betekent dit natuurlijk niet dat een bespreking van de rol van de goede trouw dat ongeschreven recht zelfstandig kan bespreken, zonder het in het geschreven recht in te passen. In dit verslag wordt dus voornamelijk aandacht besteed aan ongeschreven

In ons positief procesrecht wordt het beschikkingsbeginsel niet volstrekt doorgevoerd, gezien de rechter bij de bewijsmiddelen niet beperkt is tot diegene die door de partijen worden aangebracht of waartoe door hen een maatregel wordt gevraagd. De actieve rol van de rechter wordt in ons positief recht niet beperkt door het beschikkingsbeginsel, maar door het gebrek aan sankties waarover de rechter ambtshalve kan beschikken (b.v. opleggen van vervaltermijnen e.d.; wel kan hij ambtshalve veroordelen in de kosten, art. 1017 Ger.W.).

Zie verder ook STEVIGNY, G., „Themis' op de helling”, Openingsrede Hof van Beroep Gent 1 september 1977, *R.W.*, 1977-78, k. (609), 646 e.v., nr. 52 e.v.; STORME, M.L., „De actieve rol van de rechter”, in *Liber amicorum Baron Jean van Houtte*, Gent, 1975, 967; SOETAERT, R., „Waarheid in het gewijsde”, in *Recht in Beweging, Opstellen aangeboden aan prof. mr. ridder René Victor*, Antwerpen, Kluwer, 1973, II (881), o.m. 886 e.v.

(14) Zie daarvoor RAES, S., „Aansprakelijkheid van deskundigen en scheidslieden”, *R.W.*, 1987-88, 1226 e.v.

recht, doch wordt dit wel telkens teruggeplaatst in het kader van het geschreven recht, minstens van de grote lijnen daarvan. Eisen van redelijkheid en billijkheid bij de proces- en bewijsvoering die een tot nu toe bevredigende wettelijke regeling hebben gekregen in bijzondere rechtsfiguren worden slechts terloops behandeld, zo b.v. de *actio ad exhibendum*.

7. WIJZE VAN OMGAAN MET DE GOEDE TROUW — De goede trouw, d.i. de redelijkheid en billijkheid, is dus die blankonorm die toelaat dat het ongeschreven recht méé talloze rechtsverhoudingen beheerst. Zoals ik elders reeds heb geschreven⁽¹⁵⁾, moeten bij het omgaan met dit grondbeginsel twee gevaren vermeden worden.

Het ene gevaar is de *denkluiheid* (of is het de denkleegheid) van de auteur, rechter of advocaat, waarbij de goede trouw een voorwendsel is om éénvoudigweg „naar billijkheid” een oplossing te stellen, zonder deze in het rechtssysteem in te passen en aan de toets der generalisering te onderwerpen (toets waaraan het oordeel volgens het gelijkheidspostulaat — de gelijke behandeling van gelijke gevallen — moet weerstaan). Wij hebben dan ook de plicht tot systematisering, steeds in aansluiting bij de reeds eerder wettelijk of rechterlijk besliste gevallen. Bij mijn poging deze plicht te vervullen schrik ik er dan ook niet voor terug nieuwe begrippen en categorieën te gebruiken, indien daarmee bepaalde denk- en oordeelswijzen beter kunnen worden gevat.

Het andere gevaar is de *verblindings* van de auteur, de rechter, e.d.m., door het reeds geschreven zijn van een regeling, verblindings die hem belet het recht verder te ontwikkelen en verfijnen, méde aan de hand van de redelijkheid en billijkheid. De ergste verblindings daarbij is die van het legalisme, dat geen recht buiten de wet ziet. Doch de auteur die zich beperkt tot een beschrijvend „overzicht van rechtspraak” blijft nog steeds — zij het minder — verblind. En een tikkeltje verblindings blijft nog steeds bestaan zolang men gelooft dat het mogelijk is de regels van het recht zo goed uit te werken, zij het in wetgeving, rechtspraak en rechtsleer, dat het recht van een konkreet geval daaronder volledig is gevat. Stééds opnieuw duiken immers omstandigheden op die in die uitwerking nog niet verdiskonteerd zijn en maken dat een geval daaronder nog niet tot zijn recht kan komen. Stééds opnieuw moet het recht ontwikkeld en verfijnd worden, en

(15) STORME, M.E., „De exceptio non adimpleti contractus als uitlegvraag. Uitwerking van enkele aspecten in de verhouding tussen partijen, meer bepaald evenredigheid en volgorde van de prestaties en bewijslast”, *R.W.*, 1989-90, 313 e.v.

begint deze verfijning met een geval waarop nog geen regel past, en waarvoor de passende regel zich eerst na verloop van tijd uitkristalliseert. De goede trouw is het beginsel dat de jurist daartoe dwingt⁽¹⁶⁾ en belet weg te zinken in stereotiepe gezapigheid.

Deel I. De invloed van de goede trouw in het procesrecht

„habent sua sidera lites”

1.1. ALGEMEEN DEEL

1.1.1. De procesverhouding

8. DE PROCESVERHOUDING — In randnr. 5 onderscheidde we reeds de processuele verhouding tussen partijen van de publiekrechtelijke verhouding tussen de partijen en de rechter. Ook deze processuele verhouding wordt door een zekere tweeheid gekenmerkt. Enerzijds is de verhouding tussen gedingpartijen een voortzetting van de materieelrechtelijke verhouding tussen hen in een ander vlak, in een andere „aanleg”. Anderzijds wordt daarop een „processuele” verhouding geënt die daartegenover een betrekkelijke autonomie heeft⁽¹⁷⁾ (zie daarover verder 1.1.4.).

In deze betrekkelijk autonome „procesverhouding” kunnen we b.v. volgende bestanddelen onderscheiden:

— *het recht om te vorderen* (ius agendi, le droit d’agir en justice,

(16) Vgl. DIRIX, E., „De beperkende werking van de goede trouw”, *T.B.H.*, 1988, (660) p. 663-664, nr. 6; PHILIPPE, D., „De rechter en de bepaling van de inhoud van de overeenkomst”, in *De overeenkomst vandaag en morgen*, XVIe postuniversitaire cyclus W. Delsa, Gent, 1989, nr. 2.2.1. e.aa.pp.

(17) Vroeger sprak men in ons recht niet van procesverhouding, maar van „contrat judiciaire”, een voorstelling die een laat uitvloeisel is van de Romeinsrechtelijke „litis contestatio”. De leer van de procesverhouding werd ontwikkeld door negentiende-eeuwse Duitse processualisten, b.v. BÜLOW, O., *Die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen*, Giessen 1868; WACH, *Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts*, 1885, I, § 4 e.v.; KOHLER, J., *Der Prozeß als Rechtsverhältnis*, Mannheim, 1888; MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, ³III, 845; CHIOVENDA, G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, ³1923, 89 e.v., 624 e.v.; -, „Rapporto giuridico processuale e litispendenza”, *R.D.Proc. Civ.*, 1931, 3. Bij ons spreekt men, nu de leer van het gerechtelijk kontrakt in de verdomhoek is geraakt, van „lien d’instance”. Zie VINCENT, J. en GUINCHARD, S., *Procédure civile*, Parijs, Précis Dalloz, (20)1981, nr. 346 e.v.

Klagerecht; in Nederland terecht „vorderingsrecht” genoemd(18)), dat immers naast een *publiekrechtelijk aspekt* (de aanspraak op rechtsbescherming, d.i. het recht betreft om door de rechter gehoord te worden aangaande de zaak zelf (het bodemgeschil) en zijn eis door hem beoordeeld te zien, en wel binnen een redelijke termijn(19)) ook een *procesrechtelijk aspekt* heeft, namelijk *het recht om anderen in een (dit) proces te betrekken*. De belangrijkste grondvereisten voor dit ius agendi vinden we terug in de artikelen 17-18 Ger.W. (onder de verkeerde term „rechtsvordering” — zie de opmerking hieronder), doch er zijn nog andere vereisten en lasten, waarvan er enkele verderop ter sprake komen, en waarvan de naleving in de ene gevallen in het belang van de rechtsbedeling, in andere gevallen in het belang van de wederpartij wordt opgelegd. Het vorderingsrecht wordt uitgeoefend door middel van vele rechtshandelingen, namelijk proceshandelingen, waarvan de eis er één is, doch ook de neerlegging van besluiten, het verzoek om een bewijsmaatregel, e.d.m. Het is ook de eiser die het geschil omschrijft waarvan hij de beoordeling vordert (nl. aan de hand van voorwerp en oorzaak).

— de keerzijde daarvan, *het recht van verdediging*, dat eveneens naast een *publiekrechtelijk aspekt* (het recht om door de rechter gehoord te worden) ook een *procesrechtelijk aspekt* heeft. Dat recht van verdediging omvat b.v. het recht op behoorlijke oproeping (in beginsel bij deurwaardersexploot of gerechtsbrief) om te verschijnen na een minimum- of wachttermijn (in beginsel acht dagen), het recht om zich voor de rechtbank van zijn woonplaats te verweren — behoudens de territoriale bevoegdheid *ratione materiae* —, het (betrekkelijke) recht om zich in zijn eigen taal te verweren, e.d.m. Men kan ook spreken van het recht om zich niet te hoeven te verdedigen, dat uitgedrukt wordt in de middelen van ontoelaatbaarheid (gebrek aan belang, ...) en het recht om zich niet meer te hoeven te verdedigen, dat kan afgeleid worden uit de regels betreffende het gezag van gewijsde, de termijnen der rechtsmiddelen, het verval voor de eiser om zijn vorderingsrecht nog verder uit te oefenen of de verwerking van een aspekt van dat recht, e.d.m. De vereisten voor de uitoefening van dit recht zijn niet algemeen gesteld in het Ger.W., maar vinden

(18) Zie HEEMSKERK, W.H., *Vorderingsrecht en rechtsvordering*, Deventer, Kluwer, 1974; DE CORTE, R., „Men schiet geen vliegtuig neer omwille van een navigatiefout”, *Actori incumbit probatio*, *Opstellen aangeboden t.g.v. de eerste promotie rechten aan de Universitaire Instelling Antwerpen*, Antwerpen, Maarten Kluwer, 1975, (45) 50 e.v. Zie ook de opmerking verderop in de tekst van dit randnr. en voetnoot 22.

(19) Dit aspekt vindt o.m. uitdrukking in het verbod van rechtsweigerig (art. 5 Ger.W.), en in art. 6 E.V.R.M. Zie verder ook art. 4 Ger.W. e.a.

we terug bij de verschillende vormen van verdediging afzonderlijk (verweer, tussenkomst, verzet, derdenverzet). Dit recht wordt afzonderlijk beschermd, b.v. door het verbod van verhogingsbedingen (art. 1023 Ger.W.). Ook het recht van verdediging wordt uitgeoefend door middel van proceshandelingen, zoals de verschijning, de neerlegging van besluiten, e.d.m., waarin de processuele excepties (nietigheid, onbevoegdheid e.a. opschortende excepties, ontoelaatbaarheid) en de verweermiddelen aangaande de zaak zelf (de gegrondheid) worden verwoord.

— rechten die zowel de eiser als de verweerder toekomen, zoals het recht op mededeling van alle aan de rechter voorgelegde stukken; het recht op antwoord; onder bepaalde voorwaarden het recht op hoger beroep e.d. rechtsmiddelen; e.d.m. Bij elk van de proceshandelingen kan men de mogelijkheid om ze te stellen immers als een afzonderlijk aspekt van het recht om te vorderen c.q. te verdedigen beschouwen.

Opmerking. Het *ius agendi* is m.i. iets geheel anders dan de „*actio*” of rechtsvordering — veel juister is het Duitse woord *Anspruch* — en het is dan ook zeer ongelukkig dat het Gerechtelijk Wetboek het *ius agendi* precies met het woord „rechtsvordering/action en justice” benoemd heeft. Deze laatste is immers een aspekt van een welbepaald materieel recht — traditioneel wordt het beschouwd als het aspekt dat het materiële recht perfektioneert — (20), waarvan de exceptie een ander aspekt is. Hoewel ik uitdrukkelijk voorbehoud wil maken bij deze traditionele scheiding tussen „subjektief recht” en „*actio*” (meer bepaald omdat o.i. het materieel recht geen ander is dan datgene dat door bewijs wordt vastgesteld), moet dit laatste in ieder geval goed onderscheiden worden van het „*ius agendi*”. De excepties die de geldendmaking van een subjektief recht verhinderen, zoals de exceptie van verjaring, de exceptie van spel en weddenschap, van kunstmatige inseminatie (art. 318 §4 B.W.) van verzoening (art. 1284-1285 Ger.W.), e.d.m., worden in ieder geval beheerst door de regels van een welbepaald materieel recht, en datgene waarvan de geldendmaking door die excepties verhinderd wordt is in ieder geval een welbepaald materieel recht, en helemaal niet het „abstrakte” *ius agendi*, het recht om überhaupt naar de rechter te gaan ongeacht welk subjektief recht men door hem beoordeeld en afgedwongen wil zien.

(20) Zie b.v. de omschrijvingen van de „*actio*” bij DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon* XI, nr. 338 („le droit à l'état de guerre”); CEZAR-BRU, *Précis élémentaire*, Parijs, 1927, nr. 68-70 en GARSONNET en CEZAR-BRU, (3) I, nr. 351 („le droit qui se met en mouvement”); ROGUIN, *La science juridique pure*, Lausanne, 1923 („le droit armé et en lutte”); REDENTI („posizione particolare del diritto soggettivo”); STAR BUSMANN, C.W., *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, Haarlem, Bohn, (2) 1955, nr. 144-145, e.a.

Deze excepties zijn geen middelen van ontoelaatbaarheid maar verweermiddelen aangaande de zaak zelf (het bodemgeschil), al spreekt de wet ook van onontvankelijkheid. Het is immers precies om het onderscheid met de materieel- en bewijsrechtelijke „onontvankelijkheid”, d.i. niet-opeisbaarheid, te benadrukken, dat in het Gerechtelijk Wetboek uitsluitend van ontoelaatbaarheid wordt gesproken(21).

Het *ius agendi* staat in beginsel los van het al dan niet bestaan van een materieel recht en is ook steeds hetzelfde, ongeacht over welk materieel recht het gaat, en al draagt de actor — afgezien van bijzondere rechtsplegingen zoals het kort geding — de last om een welbepaald materieel recht in te roepen (vorderingslast, d.i. om een eis met een materieelrechtelijk voorwerp te verwoorden).

Het *ius agendi* is een vrij recent ontwikkeld recht (nl. dor Duitse processualisten en Franse publicisten rond 1900(22)) dat heden ten dage voornamelijk in de „access to justice” wordt uitgewerkt(23). De keerzijde ervan is niet de materieelrechtelijke exceptio, maar het recht van verdediging (dat onder meer de middelen van ontoelaatbaarheid omvat en in zekere zin ook de processuele excepties van nietigheid, onbevoegdheid en opschorting). Binnen het *ius agendi* moet men niet onderscheiden naargelang de aard van het ingeroepen materieel recht, maar naargelang de processuele aard van het voorwerp van de eis: strekt zij tot veroordeling, tot een voorlopige maatregel, tot louter verklaring van recht (art. 18, 2 Ger.W., Feststellungsklage), tot wijziging van staat (konstitutief vonnis), tot bezitsbescherming (possessoria), tot het bekomen van rechtsbijstand, tot exequatur, tot machtiging voor beslag, tot cassatie, tot nietigverkla-

(21) Zie het verslag-HERMANS, *Pasin.*, 1967, 977.

(22) Zie reeds in zekere mate WINDSCHEID, B., *Die actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856; vooral echter PLÓSZ, S., *Über das Klagerecht*, Budapest, 1876, Leipzig, 1880; DEGENKOLB, *Einlassungszwang und Urteilsnorm*, Leipzig, 1877, -, *Der Streit über den Klagrechtsbegriff*, Leipzig, 1905; KOHLER, J., „Der sogenannte Rechtsschutzanspruch”, 33. *Z. deutschen Zivilprozeß*, 1904; BETTI, E., *Diritto processuale civile italiano*, Rome, ²1936; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 43 e.v., -, „L'azione nel sistema dei diritti”, *Saggi di diritto processuale civile*, I, 3 e.v.; HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 378 e.v. Daaruit vloeien de moderne definities voort, die echter in het Frans ten onrechte aan het woord „action” (in plaats van „droit d'agir”) worden gegeven, zoals b.v. FETTWEIS, A., *Manuel*, nr. 19 („le droit processuel d'obtenir une décision sur le fond d'une prétention”); VIZIOZ, E., *Etudes de procédure*, 147 e.v.; VINCENT, J. en GUINCHARD, S., *Procédure civile*, nr. 19.

(23) Zie daarvoor b.v. BRENNINKMEIJER, A.F.M., *De toegang tot de rechter*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1987. Zie ook BAUR, F., „Der Anspruch auf rechtliches Gehör”, 153. *AcP*, 398; HABSCHIED, W., „Der Anspruch auf Rechtspflege”, 67. *ZZP* 1954, 188; BAUMGÄRTEL, G., *Gleicher Zugang zum Recht für Alle*, Heymanns, 1976; HABSCHIED, W., „Les principes fondamentaux de droit judiciaire privé”, in *Towards a justice with a human face*, red. STORME, M. en CASMAN, H., Antwerpen/Deventer, Kluwer, 1978, (31) 53 e.v.

ring van een eenzijdige overheidsbeslissing, e.d.m.(24). Het vereiste „belang” moet met betrekking tot die onderscheidingen beoordeeld worden, en helemaal niet m.b.t. de materieel- en bewijsrechtelijke verhouding.

Ten onrechte worden „actio” en „ius agendi” door de rechtsleer voortdurend door elkaar gegoooid(25).

Om de verwarring te verminderen zullen we proberen het woord „vordering” zoveel mogelijk te vermijden en ons aan het volgende woordgebruik te houden:

- „eis” voor „demande” (Klage) als een rechtsfeit (m.b.t. een rechtshandeling), dat al dan niet rechtsgevolgen kan hebben (geldigheid vs. nietigheid);
- „vorderen” voor „procederen”, en meer bepaald „procederen over het bodemgeschil”, waarvoor dus niet alleen een „geldige eis” maar ook „toelaatbaarheid” is vereist;
- „vorderingsrecht” voor ius agendi (droit d’agir en justice, Klage-recht, Rechtsschutzanspruch of Justizanspruch);
- „rechtsvordering” voor „actio” (Anspruch), d.i. een welbepaald subjektief recht dat kan geldend gemaakt worden zonder dat daartegen verhinderende excepties aangaande de zaak zelf (verjaring, spel en weddenschap, verzoening, e.d.m.) kunnen worden opgeworpen, en wel op alle rechtmatige wijzen, zoals bij wijze van eis in rechte, bij wijze van beslag, bij wijze van schuldvergelijking, e.d.m.(26), maar niet bij wijze van eigenrichting;
- „schuldvordering” (inschuld) voor „créance”.

In dit eerste deel wordt enkel ingegaan op de goede trouw of het misbruik met betrekking tot het recht om te vorderen (of zich te verdedigen of een aspekt ervan), en niet op de goede trouw of het misbruik met betrekking tot subjektieve rechten en actiones, gezien

(24) In de Duitse rechtsleer worden deze verschillende soorten eis uiteindelijk allemaal teruggebracht tot 3 soorten: Leistungsklage, Gestaltungsklage, Feststellungsklage.

(25) Zie b.v. nog DE CORTE, R., „Hoe autonoom is het procesrecht. Studie van enkele raakvlakken tussen materieel recht en gerechtelijk recht”, *T.P.R.*, 1980, (1 e.v.) nrs. 21, 35, tweede alinea en 36, laatste alinea (ook in *Procesrecht vandaag*, Antwerpen, Kluwer, 1980); FETTWIS, A., *Manuel de procédure civile*, Luik, 1985, nr. 19-21; VAN OEVELEN, A., „Algemeen overzicht van de bevrijdende verjaring en de vervaltermijnen in het Belgisch privaatrecht”, *T.P.R.*, 1987, (1755) 1773, nr. 17, die enerzijds stelt dat middelen van niet-ontvankelijkheid hun grondslag vinden in regels van materieel recht, en anderzijds het ius agendi — mogelijkheid om een vonnis te verkrijgen over de gegrondheid — treffen (!).

(26) Ook hieruit blijkt dat „actio” en „ius agendi” moeten onderscheiden worden. Het gebrek aan actio belet immers niet alleen de toewijzing van een eis in rechte, maar ook een aantal andere wijzen van verwerkelijking of geldendmaking van het desbetreffende subjektief recht. Het verschil met de ontoelaatbaarheid blijkt b.v. uit art. 42 Handelsregisterwet, dat veel beperkender is.

dat dus vragen van materieel en bewijsrecht zijn, die de zaak zelf (het bodemgeschil, de gegrondheid van de eis) betreffen. Weliswaar spreekt het niet steeds vanzelf in welke categorie bepaalde bevoegdheden thuishoren (b.v. een vordering tot ontbinding, tot nietigverklaring, tot echtscheiding, tot faillietverklaring, e.d.m.), doch m.i. kan de maatstaf gebruikt worden of de vordering uitsluitend bij de rechter (of scheidsrechter) kan worden ingesteld, dan wel ook rechtstreeks aan de wederpartij kan worden gericht, zij het dat zij in sommige gevallen slechts met zijn akkoord buitengerechtelijk kan worden waargemaakt. Slechts weinige vorderingen horen uitsluitend tot de eerste categorie, waaronder b.v. de vordering tot faillietverklaring, en bij alle andere moeten beide aspecten goed onderscheiden worden. Veel van wat doorgaans door auteurs onder misbruik van procesrecht wordt behandeld is in feite misbruik van een materieel-rechtelijk subjektief recht, en betreft dan ook de zaak zelf (de gegrondheid van de eis) en niet de processuele verhouding tussen partijen.

1.1.2. *Het beginsel van de goede trouw in het procesrecht*

9. Ook zonder te durven stellen dat het recht om te vorderen en het recht van verdediging „doelgebonden bevoegdheden”(27) zijn — stelling die ik uitdrukkelijk niet tot de mijne maak —, moet men toch stellen dat deze rechten kaderen in een rechtsverhouding (namelijk de procesverhouding) *waarin partijen zich mede door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij moeten laten leiden*, en meer bepaald door hun gerechtvaardigde processuele belangen(27bis). Dit is m.i. een omschrijving van het vereiste tot „fair play”.

Deze formule kan verbazen, omdat het proces toch als een strijd wordt opgevat, waarvan het wezen precies is dat elke partij zijn eigen

(27) In die zin MEIJERS, E.M., „Misbruik van recht en wetsontduiking”, in *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, I, (62) 72; DE COCK, G.A., „Gebruik en misbruik van procesrecht”, Preadvies Nederlandse Orde van Advocaten, *Advocatenblad*, 1959, (388) 390 e.v.; DE COCK, J., „Misbruik van procesrecht inzake hoger beroep”, *De advocaat. De positie van de advocaat in en rond het gerechtelijk wetboek*, DASSEN, K. en VAN DER HEYDEN, M. (ed.), Antwerpen, Kluwer, 1978, (111) 113; STORME, M.L., *l.c.*, *Liber amicorum Jan Ronse*, (67) 70; TAELEMAN, P., *l.c.*, *T.P.R.*, 1988, (89) 91 nr. 3; LAENENS, J., „Pleidooi voor de formalisering”, *Een vernieuwd gerechtelijk wetboek?*, Studiedag Gent, 1989, Brussel, Story, 1990, nr. 4; Vred. Wetters, 13 juli 1989, Goethals t. Vandenbroucke, A.R., nr. 53.317. Vgl. ook GERBRANDY, *Advocatenblad* 1959, (325) 381; VAN NESTE, F., „Misbruik van recht”, *T.P.R.*, 1967, (339) 357 nr. 30-32; VAN GERVEN, W., *Beginnels van Belgisch privaatrecht, Algemeen deel*, Antwerpen, Standaard, 1973, nr. 67, p. 176-177; VAN OMMESELAGHE, P., „Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi”, *R.C.J.B.*, 1976, 320-321; ABAS, P., *Beperkende werking van de goede trouw*, 334. Contra VEEGENS, D.J., noot onder HR 26 juni 1959, *N.J.*, nr. 553.

(27bis) Vgl. DÖLLE, H., *Festschrift für Otto Riese*, (279) 290.

(materiële zowel als processuele) belangen verdedigt. Doch ook de overeenkomst wordt meestal gesloten door partijen met tegenstrijdige belangen. Daarenboven hebben kontraktspartijen meestal ook een gemeenschappelijk belang bij het welslagen van de transactie (de ekonomie van de overeenkomst), en in ieder geval belang bij het feit dat overeenkomsten doorgaans slagen. Welnu, hetzelfde geldt voor gedingpartijen: zij hebben meestal een gemeenschappelijk belang bij een procesekonomische oplossing van hun geschil, en hebben er in ieder geval belang bij dat geschillen in het algemeen procesekonomisch worden opgelost(28).

De reden waarom ik dit vertrekpunt, namelijk dat gedingpartijen in een verhouding staan waarbij zij zich mede door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij moeten laten leiden, benadruk, is dat in deze verwoording *een fundamentele breuk zichtbaar wordt met het subjektieve recht in de betekenis van bevoegdheid, vrijheid, wilsmacht*. In deze verwoording blijkt dat door de werking van de goede trouw niet langer de bevoegdheid, vrijheid, wilsmacht, centraal staat, maar de rechtsverhouding, die meebrengt dat ze zich over en weer mede door de belangen van de ander moeten laten leiden(29).

10. Gezien deze breuk met de traditionele opvatting van het subjektieve recht stilaan zichtbaar wordt, zien wij ook niet veel heil in de traditionele indeling van de verschillende funkties of werkingen van de goede trouw, zoals de uitleggende, aanvullende en beperkende werking van de goede trouw(30). Vooral beide laatste benamingen

(28) Zie voor het begrip procesekonomie o.m. ZONDERLAND, P., *Privaatrechtspleging in grondtrekken*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1977, 169; LAENENS, J., „Het voortschrijdend proces”, *IUS* 1., *Tien jaar gerechtelijk wetboek*, 147; COMOGLIO, L.P., *Il principio di economia processuale*, Padova, 1980; -, „Il principio di economia processuale nell'esperienza di ordinamenti stranieri”, *Studi Tito Carnacini*, Milaan, 1984, II, 199; LINDEMANS, D., „De behandeling en de berechting van de vordering”, *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, GEINGER, H., Brussel, Vlaams Pleitgenootschap/Antwerpen, Kluwer, 1984, p. (77) 93 nr. 36-44;

(29) De verwoording komt van VRANKEN, J.B.M., „Enkele gedachten over de invloed en betekenis van de factor tijd in het privaatrecht”, *RMThemis* 1986, (415) 425, en werd meer in het bijzonder gebruikt m.b.t. het leerstuk van de „Oblicgenheiten” (meer bepaald de onderzoeks- en informatielasten, schadebeperkingslasten, e.d.m.), dat hieronder besproken wordt.

(30) Zie voor de uitwerking daarvan o.m. MEIJERS, E.M., „Goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring”, in *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, III, 277; BAERT, F., *I.c.*, *R.W.*, 1956-57, k. (489) 498-507; LIMPENS, J. en KRUTHOF, R., „Rechtsvergelijkende aantekeningen bij het begrip rechtsmisbruik”, in *Recht in beweging. Opstellen aangeboden aan prof. mr. ridder René Victor*, Antwerpen, Kluwer, 1973, I, 655 e.v.; ABAS, P., *Beperkende werking van de goede trouw*; DE BOND, W., „Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht”, *T.P.R.*, 1984, 95 e.v.; MAEIJER, J., „De corrigerende werking van de goede trouw, in het bijzonder binnen rechtspersonen”, in *Goed & trouw, Opstellen aangeboden aan prof. mr. W.C.L. van der Grinten t.g.v. zijn afscheid als hoogleraar aan de K.U. Nijmegen*, Zwolle, Tjeenk Willink,

gaan er immers van uit dat de rechtsverhouding of het subjectief recht primair zou moeten worden bepaald zonder rekening te houden met de goede trouw, die dan echter langs het achterraam terug naar binnen mag. Wat door de goede trouw beperkt wordt is dan ook niet het subjectief recht zelf, maar enkel de valse schijn ervan, die al te vaak aan de letter wordt vastgeknoopt(31).

Daarom ook zijn we erg ongelukkig met het woord rechtsmisbruik indien men daarmee misbruik van het subjectief recht (niet het objektief recht) bedoelt. Wél zijn de in het raam van die leer tot nu toe uitgewerkte maatstaven nuttig (bedoeling te schaden, geen redelijk belang, bij gelijk belang het voor de wederpartij meest bezwarende kiezen, onevenredigheid tussen eigen voordeel en nadeel van de ander, e.d.m.). Zo ook staat de eis om zijn „recht uit te oefenen op een wijze die de grenzen van een normale uitoefening door een voorzichtig persoon niet kennelijk te buiten gaat”(32) vrij dicht bij de door ons gegeven verwoording van de goede trouw van het handelen. Doch de overgeleverde maatstaven voor rechtsmisbruik zijn ook in het procesrecht niet alleenzaligmakend(33).

1984, 31 e.v.; SCHUT, G.H.A., „Crediteurovermacht en billijkheid in het NBW”, in *Goed & trouw*, 71; STIJNS, S., l.c., *J.T.*, 1990, 33 e.v.; VAN GERVEN, W. en DEWAELE, A., „Goede trouw en getrouw beeld”, in *Liber amicorum Jan Ronse*, 103 e.v., deze laatste evenwel erg genuanceerd betreffende het belang van dergelijke indeling. Mijn scepticisme over deze onderscheidingen, alsook over het begrip „misbruik van (subjectief) recht”, heb ik elders reeds uiteengezet. Wanneer ik in dit verslag over rechtsmisbruik spreek, betekent dit niet dat ik mijn mening daarover heb herzien. Zie mijn bijdragen „Contractuele aansprakelijkheid volgens de eisen van redelijkheid (goede trouw) of misbruik van contractueel recht?”, *R.W.*, 1984-85, 1725 e.v.; „De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing”, *T.P.R.*, 1988, 1259 e.v.; „De invloed van de goede trouw op de contractuele schuldvorderingen”, *R.W.*, 1989-90, 137 e.v.

(31) Vgl. PITLO, A., *Het Nederlands burgerlijk wetboek, deel 3. Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, Arnhem, Gouda Quint, (8)1979, 250; SCHOORDIJK, H.C.F., *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het nieuw burgerlijk wetboek*, Kluwer, Deventer, 1979, 23 en 33; LARENZ, K., *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung: die Bedeutung 'veränderter Umstände' im Zivilrecht*, München, Beck, 1951, 166.; DIRIX, E., „Over de beperkende werking van de goede trouw”, *T.B.H.*, 1988, (660 e.v.) 664-665.

(32) Cass., 10 september 1971, De Feyter t. Beeckman-Lobijn, *Arr.*, nr. 31, noot W. G.v.d.M., *R.W.*, 1971-72, 321, met besluiten P.G. GANSHOF VAN DER MEERSCH, W., *Compendium van rechtspraak*, Gent, 1972, noot A.E. BOEHLE (Amotie-arrest); Cass., 16 december 1982, du Moulin t. n.v. Sarma, *Arr.*, nr. 518, verbreking; Cass., 6 april 1984, gemeente Grobbendonk t. pvba firma Heylen, *Arr.*, nr. 456, verwerping; Cass., 20 november 1987, nv T. t. De R., verbreking van Hof Antwerpen 11 maart 1986, *R.W.*, 87-88, 1099; Cass., 18 februari 1988, Brouwerij Maes t. Notaert e.a., verwerping, *T.B.H.*, 1988, 696, *R.W.*, 1988-89, 1226, *Arr.*, nr. 375.

(33) Zie de verwijzingen hierboven in voetnoot 9; vergelijkbare kritiek w.b. de werking van de goede trouw in het procesrecht bij STORME, M.L., l.c., in *Liber amicorum Jan Ronse*, 67 e.v., ABAS, P., *Beperkende werking van de goede trouw*, 332.

Het lijkt ons op dit ogenblik dan ook nuttiger uit te weiden over een andere onderscheiding, die tot nu toe bij ons veel minder aandacht heeft gekregen.

1.1.3. Drie juridische structuren

11. DRIE WIJZEN VAN SANKTIONEREN — Zoals beloofd wil ik pogen enig systeem te brengen in de wijze waarop de goede trouw de rechtsverhoudingen in het algemeen, en die tussen gedingpartijen in het bijzonder, doordesemt. Vooraleer op de konkrete uitwerkingen in te gaan wil ik uw geduld dan ook nog even op de proef stellen door een onderscheid aan te geven dat in de loop van dit verslag een rol zal spelen. Het is namelijk zo dat de gerechtvaardigde belangen van de ene partij op drie wijzen kunnen worden beoordeeld en gesanktionneerd wanneer de wederpartij er onvoldoende rekening mee houdt. Het kan ten eerste voorkomen dat deze gedraging een fout uitmaakt, een *onrechtmatige daad* (in de zin van art. 1382 B.W.), die in beginsel met *schadevergoeding* wordt bestraft. In dat geval moet de wederpartij geplaats worden in de toestand waarin hij geweest ware indien de fout niet was begaan, en wel door de meest adekwate sanktie (schadevergoeding dan wel herstel in natura, in het laatste geval desgevallend op straffe van verbeurte van een dwangsom). Men noemt dit ook een aansprakelijkheid voor het „*negatief belang*” (akwiliaans schadebegrip). Indien de schade ook zou zijn ontstaan zonder het foutief aspekt (d.i. in een rechtmatig alternatief), dan moet ze niet vergoed worden.

Het kan vervolgens ook voorkomen dat de gedraging een *tekortkoming* vormt aan een kontraktuele (of wettelijke) verbintenis, die in beginsel onder meer met *gedwongen uitvoering* — en met het opleggen van een dwangsom — gesanktionneerd kan worden. In die gevallen gaat het om een aansprakelijkheid voor het „*positief belang*” (kontraktueel schadebegrip). Dit wil zeggen dat de schuldeiser niet geplaats wordt in de toestand waarin die verbintenis niet zou zijn aangegaan, maar wel in de toestand waarin zij uitgevoerd ware. De kontraktant kan zich niet verweren met het argument dat het volkomen rechtmatig geweest ware het kontrakt niet te sluiten, en dat hij de wederpartij dus alleen maar moet terugplaatsen in de toestand waarin deze geweest was indien de kontraktant het kontrakt niet had gesloten.

Het kan tenslotte echter ook voorkomen dat deze gedraging géén fout vormt in de juridische betekenis van het woord, maar een *gedraging die in strijd wordt geacht met een door die partij (eerder) ingenomen rechtspositie*, en daarom — op grond van de wet, een rechtshandeling of de goede trouw — bestraft wordt, niet met schadevergoeding, maar met het zich niet meer kunnen beroepen op die rechtspositie (kort gezegd: *rechtsverwerking*(34)). Een eenvoudig voorbeeld: wanneer de wet bepaalt dat de opeisbaarheid van een schuldvordering (actio) na een bepaald aantal jaren *verjaart* — of zelfs een schuldvordering überhaupt, in geval van sterke verjaring die ook de exceptie van de schuldvordering treft — dan betekent dit níét dat de schuldeiser verplicht is om deze éérder geldend te maken. Maar doet hij het niet, dan kan hij er achteraf geen beroep meer op doen (althans niet bij wijze van eis, en bij sterke verjaring evenmin bij

(34) Zie over deze rechtsfiguur o.m. RIEZLER, E., *Venire contra factum proprium*, Leipzig, 1912; RUNDSTEIN, S., „Der Widerspruch mit dem eigenen Verhalten im Theorie des französischen Privatrechts”, in *Archiv für bürgerliches Recht*, 1919, 319 e.v.; VAN OVEN, J.C., „Overeenkomst en goede trouw”, *N.J.B.*, 1926, (337) 357; BUCHENBACHER, A., *Rechtsverwerking of het tenietgaan van rechten door eigen toedoen van den gerechtigde*, pr. U. e.v. Amsterdam 1928, Amsterdam, Scheltema en Holkema, 1928; SIEBERT, W., *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung. Ein Beitrag zur Lehre von den Schranken der privaten Rechte und zur exceptio doli, unter besonderer Berücksichtigung des gewerblichen Rechtsschutzes*, Marburg, 1934; VAN WIEN, S., „De jongste ontwikkeling van de rechtsverwerking in Nederland en elders”, *R.M.*, 1937, 499; PICKERING, A.L., „Estoppel by conduct”, 55. *L.Q.R.*, 1939, 400; HOUWING, Ph., *Rechtsverwerking*, Preadvies voor de Broederschap der candidaat-notarissen 1968; VAN LEEUWEN, W.C.J., *Verwerking van recht op het overeengekomene*, pr. U. Amsterdam 1950, Amsterdam, Diligentia, 1950; VERHEUL, J.P., „Over rechtsverwerking”, in *Uit het recht, rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan mr. P.J. Verdam*, Deventer, Kluwer, 1971, 75 e.v.; HOFMANN-ABAS, *Hofmann's Nederlanders verbintenissenrecht*, I, *De algemene leer der verbintenissen*, II, Groningen, Tjeenk Willink, (9)1977, 236 e.v.; RANIERI, F., *Rinuncia tacita e Verwirkung. Tutela dell'affidamento e decadenza di un diritto*, Padova, Cedam, 1971, -, „Verwirkung et renonciation tacite. Quelques remarques de droit comparé”, *Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian*, WALINE, J. en WEILL, A. (ed.), Parijs, Librairies techniques, 1974, I, 427; SPIRO, K., *Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen*, Bern, Stämpfli, 1975, deel II; WIELING, H.J., „Venire contra factum proprium”, 176. *AcP*, 1976, 334 e.v.; RONSE, J., o.m. „Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen 1968-1977”, *T.P.R.*, 1978, (681) nr. 69; KEGEL, G., „Verwirkung, Vertrag und Vertrauen”, in *Festschrift für Klemens Pleyer zum 65. Geburtstag*, Köln, Heymanns, 1986, 513; DIRIX, E. en VAN OEVELEN, A., „Kroniek van het verbintenissenrecht”, o.m. *R.W.*, 1980-81, 2441 e.v. en *R.W.*, 1985-86, 95 e.v.; AAFINK, H.A.M. en VAN OMMESSLAGHE, P., „Rechtsverwerking en afstand van recht, Preadviezen voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland”, *T.P.R.*, 1980, 735; MENDEL, M., „Rechtsverwerking in door goede trouw (redelijkheid en billijkheid) beheerste rechtsverhoudingen”, in *Lugdunum Batavorum Juri Sacrum, Rechtsgeleerde opstellen vervaardigd door leden van het Leids juridisch Dispuut 'Juri Sacrum' t.g.v. het honderdjarig bestaan van het dispuut*, Deventer, Kluwer, 1982, 39 e.v.; DETTE, H.W., *Venire contra factum proprium nulli conceditur. Zur Konkretisierung eines Rechtspruchsworts*, Schriften zur Rechts-theorie 115, Berlin, Duncker & Humblot, 1985; VAN OMMESSLAGHE, P., „Examen de jurisprudence. Les obligations”, *R.C.J.B.*, 1988, (33) nr. 230; HENRY, P. & JEUNEHOMME, J.-F., „Rechtsverwerking: révolution ou restauration?”, in *Livre du centenaire, J.L.*, Brussel, Story, 1988, 203 e.v.; DIRIX, E., „De beperkende werking van de goede trouw”, *T.B.H.*, 1988, (660) nr. 7.; STORME, M.E., *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, Brussel, Story, 1990, hoofdstuk 7.

wijze van verweer). De verjaring is geen schadevergoeding, noch gedwongen uitvoering, maar *een derde soort sanktie*, die niet kan begrepen worden als herstel in natura.

12. „OBLIEGENHEITEN” OF „LASTEN” — In het eerste geval is de gedraging een tekortkoming aan een „*verplichting*” (devoir), zij het een wettelijke verplichting, zij het de algemene zorgvuldigheidsplicht, in het tweede geval is de gedraging een tekortkoming aan een „*verbintenis*” (obligation), zij het een vrijwillig aangegane verbintenis, zij het een wettelijke, zij het een op de goede trouw gegronde (zoals b.v. bij ongegronde verrijking). In het derde geval daarentegen is de gedraging geen tekortkoming aan een echte verplichting noch verbintenis, maar aan datgene wat in het Duitse recht een „*Obliegenheit*”, soms een „*Last*”, wordt genoemd, en waarvoor ik in het Nederlands het woord „*last*” wil gebruiken⁽³⁵⁾ (en in het Frans desgevallend „*charge*”). Een last is datgene waarmee een partij „belast” is wil zij zich op een bepaalde rechtspositie beroepen. Dergelijke lasten kunnen *wettelijk* worden opgelegd, bij *overeenkomst* (rechtshandeling) worden aangegaan, dan wel op de gebruiken of de *goede trouw* worden gegrond (vgl. art. 1135 B.W.).

Een eenvoudig bewijsrechtelijk voorbeeld: de rechter mag de oorzaak van de eis niet wijzigen. Dit betekent andersom dat de eiser, wil hij iets bekomen, voldoende rechtsfeiten moet stellen (aanvoeren) opdat het door hem gevorderde voorwerp hem naar recht zou kunnen worden toegewezen. Dit vereiste om feiten te stellen wordt in Nederland *stelplicht* genoemd. Doch het gaat niet om een „verplichting”,

(35) Het belangrijkste werk over deze „Obliegenheiten” is SCHMIDT, R., *Die Obliegenheiten. Studien auf dem Gebiet des Rechtszwangs im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts*, Verlag Versicherungswissenschaft, Karlsruhe, 1953. Zie verder ook SUIJLING, J., *Inleiding tot het burgerlijk recht*, Haarlem, Bohn, 1928, I, nr. 141 en 170, („indirecte verplichtingen”); MEIJERS, E.M., *Algemene leer van het burgerlijk recht, deel I — De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden, Universitaire pers, 1948, 16; LENT, F., „Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozeß”, 67. ZFP 1954, 344 e.v.; HOUWING, Ph., *Rechtsverwerking*, Preadvies voor de Broederschap der candidaat-notarissen 1968, 26 („oneigenlijke verplichtingen”); WIELING, H.J., „Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst”, AcP 1976, (334) 346 e.v.; HOFMANN-VAN OPSTALL, *Hofmann's Nederlands verbintenissenrecht I, De algemene leer der verbintenissen*, I, Groningen, Tjeenk Willink, (9)1976, 49 e.v. („rechtsdrang”); SCHUT, G.H.A., „Crediteursovermacht en billijkheid in het NBW”, *Goed & trouw. Opstellen aangeboden aan prof. mr. W.C.L. van der Grinten t.g.v. zijn afscheid als hoogleraar aan de K.U. Nijmegen*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1984, (71) 74 („quasi-verplichting”), *Rechtshandeling, verbintenis, overeenkomst*, Zwolle, Tjeenk Willink, (2)1986, 57-59; VRANKEN, J.B.M., „Enkele gedachten over de invloed en betekenis van de factor tijd in het privaatrecht”, *RMThemis*, 1986, (415) 424 e.v.

Volledigheidshalve moet hieraan toegevoegd worden dat bepaalde Duitse auteurs nog een onderscheid maken tussen „Obliegenheiten” en „Lasten” (b.v. SCHMIDT, R., *Die Obliegenheiten*, 89 e.v., 101), onderscheid dat ons niet erg zinvol voorkomt.

gezien het niet stellen van voldoende rechtsfeiten op zich geen onrechtmatige daad vormt, maar alleen tot gevolg heeft dat de eis als ongegrond⁽³⁶⁾ wordt afgewezen (al kan een nieuwe eis worden ingesteld op grond van een andere oorzaak). Het is dan ook juist van *aanvoeringslast* te spreken: geen verplichting, maar een last.

Een ander voorbeeld, dat verder in verschillende processuele gevallen aan bod zal komen: wanneer een partij de schade waarvoor een ander aansprakelijk is, onredelijk laat oplopen, dan krijgt hij dat deel van de schade niet vergoed⁽³⁷⁾. Men kan niet zeggen dat zijn verzuim de schade te beperken een onrechtmatige daad vormt jegens de dader, gezien men alleen zichzelf schade berokkent, maar dit verzuim belet wel om de verder opgelopen schade op die dader af te wentelen: in die gevallen kan men dan ook beter spreken van *schadebeperkingslast* in plaats van schadebeperkingsplicht. Het verzuim daarvan wordt niet gestraft met schadevergoeding, maar met de verwerking van het recht om de schade af te wentelen.

Deze lasten en hun sanktie (nl. één of andere vorm van rechtsverwerking) zijn dus niet gelijk te stellen met de verkeersplichten die met de akwiliaanse aansprakelijkheid worden gesanktionéerd, maar berusten veeleer op andere toepassingen van de goede trouw⁽³⁸⁾.

13. NADER OVER DE „LASTEN” — Soms zegt men dat dergelijke (processuele of andere) lasten alleen een „verplichting” van een partij jegens zichzelf uitmaken: de wederpartij zou bij de naleving

(36) Zie onze bestrijding van de opvatting dat de aanvoeringslast de toelaatbaarheid van de eis, en niet de gegrondheid ervan zou betreffen, onder 2.1.2.3.

(37) Deze schadebeperkingslast wordt niet alleen in kontraktuele verhoudingen, maar ook in buitenkontraktuele verhoudingen ruim aanvaard. Zie DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, Parijs, Rousseau, 1923-1933, IV, nr. 463bis en VI nr. 17; DE BERSAQUES, A., *R.C.J.B.*, 1969, (501) 505 nr. 6; RONSE, J., *Schade en schadeloosstelling*, *A.P.R.*, nr. 462 e.v.; DIRIX, E., „De schadebeperkingsplicht van de benadeelde”, *R.W.*, 1979-80, 2922 en 2926 nr. 9; DELAHAYE, Th., *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Brussel, Bruylant, 1984, nr. 224 e.v., 227 e.v.; DALCQ, R.O., „L'obligation de réduire le dommage dans la responsabilité quasi-délictuelle”, *R.G.A.R.*, (1987) nr. 11.271; HANOTIAU, B., „Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage”, *R.G.A.R.*, nr. 11.289; KRUITHOF, R., „L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage”, *R.C.J.B.*, 1989, (12) nr. 4-14; STORME, M.E., *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldverdringen*, nr. 212 en 390-393. Zie ook DE PAGE, H., *Traité II*, nr. 469 p. 459; BAERT, F., *R.W.*, 1956-57, (489) 500 in fine; DIRIX, E. & VAN OEVELEN, A., „Kroniek van het verbintenissenrecht”, *R.W.*, 1980-81, 2438 e.v.

Ook buiten kontraktuele verhoudingen wordt de goede trouw hiervoor als grondslag gebruikt (zo b.v. voor het leggen van die last op het slachtoffer jegens de verzekeraar, al is dat slachtoffer geen partij bij de verzekeringsovereenkomst). Vgl. VAN OMMESLAGHE, P., *T.B.B.R.*, 1987, (101) nr. 12.

(38) Vgl. reeds Taelman, P., *T.P.R.*, 1988, (89) nr. 19 e.v., en i.h.b. 25; GERARD, Ph., *J.T.*, 1989, (513) 514; ABAS, P., *Beperkende werking van de goede trouw*, 337-338 over de ontoelaatbaarheidssanktie.

ervan door de eerste partij immers geen belang hebben, gezien de partij die ze niet-naleeft toch zijn proces verliest. Deze redenering is echter gezichtsbedrog. De naleving is maar in het eigen belang van de belaste persoon *omdat* het recht aan de niet-naleving nadelen vastknoopt. En dat gebeurt niet omwille van het belang van de belaste persoon, maar in het belang van derden (de wederpartij), die bij de naleving een voorwaardelijk belang hebben. Dit wil zeggen dat ze er belang bij hebben *in zoverre* die partij jegens haar een bepaalde rechtspositie zou willen innemen, omdat de nakoming van de op die partij gelegde last het hen mogelijk maakt om met het innemen van die rechtspositie terdege rekening te houden. Zo heeft een verweerder er belang bij dat, *in zoverre* een eiser zich op een bepaald rechtsfeit wil beroepen, hij dat doet op een ogenblik waarop de verweerder hem nog behoorlijk kan weerspreken (beginsel der tegenspraak als belangrijkste aspekt van het recht van verdediging).

Daarom zou men dergelijke lasten ook voorwaardelijke verplichtingen kunnen noemen: de belaste partij is niet ipso iure jegens de wederpartij tot nakoming van de last gehouden, maar slechts in de mate waarin hij jegens die persoon een bepaalde rechtspositie wil innemen(39).

14. LASTEN IN DE PROCESVERHOUDING ONDERSCHIEDEN VAN ANDERE REGELINGEN — Ik leg op deze „lasten” de nadruk omdat zij m.i. — zeker wanneer ze op de goede trouw berusten — één van de rechtsfiguren vormen waarin de genoemde *fundamentele breuk zichtbaar wordt met het subjektieve recht in de betekenis van bevoegdheid, vrijheid, wilsmacht*, en de rechtsverhouding waarin partijen zich mede door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij moeten laten leiden, centraal komt te staan. Dit is met name ook het geval in de procesverhouding.

De subjektieve rechten die we in deze procesverhouding reeds hebben aangegeven, namelijk het recht om te vorderen (*ius agendi*), het recht van verdediging, e.d.m., worden inderdaad in die richting gerelativeerd doordat zij met een aantal algemene en bijzondere „lasten” bezwaard zijn, bij niet-naleving waarvan het vorderings- of verdedigingsrecht zelf of een aspekt daarvan kan vervallen of verwerkt worden. Deze lasten strekken er precies op de eerste plaats toe dat

(39) Zie verder voor het onderscheid tussen „lasten” en „plichten” in de procesverhouding o.m. LENT, F., 67. ZZP, 1954, (344) 350; ROSENBERG-SHWAB, *Zivilprozeßrecht*, § 2 III; STÜRNER, R., *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, Tübingen, Mohr, 1976, 71-84.

diegene die zijn recht om te vorderen uitoefent daarbij het recht van verdediging eerbiedigt en omgekeerd.

Het is goed deze lasten eerst kort te situeren tegenover andere rechtsfiguren.

14a. GELDIGHEIDSVOORWAARDEN — We hebben het hier niet over de vele „geldigheidsvoorwaarden” (vorm- of grondvoorwaarden) die gesteld worden aan de verschillende proceshandelingen tot uitoefening van het recht om te vorderen of zich te verdedigen (of door de rechter gestelde proceshandelingen), en die met *nietigheid* gesanktionneerd worden(40). De vormvereisten worden wettelijk bepaald voor elk van die handelingen afzonderlijk, de grondvoorwaarden daarentegen — die alle rechtshandelingen betreffen — treffen we in het B.W. aan, onder voorbehoud van afwijkende regelingen m.b.t. vertegenwoordigingsbevoegdheid. Vele van die geldigheidsvoorwaarden beschermen het recht van verdediging c.q. het recht om te vorderen (behoudens enkele nietigheden van openbare orde). Voor de „eis” zijn dit bijvoorbeeld de vereisten zoals:

- (behalve bij arbitrage en kort geding op éénzijdig verzoekschrift en behoudens vrijwillige verschijning) behoorlijke oproeping van de wederpartij om te verschijnen (dagvaarding(41)), in beginsel door deurwaardersexploot, soms bij tegensprekelijk verzoekschrift,
- met eerbiediging van de minimum- of wachttermijn(42),

(40) Voor de leer der nietigheden in het Ger.W., zie RIGAUX, F., „Théorie des nullités”, *Ann. Dr.*, 1968, 419 e.v.; FETTWEIS, A., „Les sanctions du formalisme dans le code judiciaire”, *J.T.*, 1970, 77 e.v.; SOETAERT, R., „Nietigheid wegens vormverzuim en verval door tijdsverloop ter zake van proceshandelingen”, in *Actuele problemen van gerechtelijk privaatrecht*, Leuven, Acco, 1976, 41 e.v.; VAN COMPERNOLLE, J., „Le code judiciaire et la théorie des nullités”, *R.C.J.B.*, 1977, 606 e.v.; SOETAERT, R., „Het toepassingsgebied van de nietigheidsregeling in de artikelen 860-867 Gerechtelijk Wetboek”, *T.P.R.*, 1980, 165 e.v.; (ook in *Procesrecht vandaag*, Antwerpen, Kluwer, 1980, 165 e.v.); ENGLEBERT, J., „La théorie des déchéances (Réflexions sur l'article 51 du Code judiciaire)”, *T.B.B.R.*, 1989, (181) 187 e.v.

(41) „Dagvaarding” wordt in deze tekst gebruikt in de zin van art. 700, 707 e.a. Ger.W. en omvat zowel de dagvaarding bij deurwaardersexploot als de dagvaarding bij tegensprekelijk verzoekschrift (vgl. VAN REEPINGHEN, Ch., *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, Brussel, Staatsblad, 1964, I, 398; LAENENS, J., „Inleiding van het geding: exploot of verzoekschrift?”, in *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, GEINGER, H. (ed.), Brussel, Vlaams Pleitgenootschap/Antwerpen, Kluwer, 1984, (51) 57.

(42) Voor het verschil tussen op straffe van nietigheid voorgeschreven minimumtermijnen (wachttermijnen) en op straffe van verval of verwerking (en dus onontvankelijkheid van latere handelingen) opgelegde maximumtermijnen, zie heel terecht ENGLEBERT, J., *T.B.B.R.*, 1989, (181) 186 e.v. nr. 18-22 (met de onderscheiding tussen „délais d'attente” en „délais accélérateurs”). Vgl. reeds DE CORTE, R., „Termijnen in het gerechtelijk recht”, in *Actuele problemen van gerechtelijk privaatrecht*, VAN DIEVOET, G. (ed.), Leuven, Acco, 1976, (31) 33. Verward b.v. CLOSSET-MARCHAL, G., „Du délai pour demander l'enquête contraire”, noot onder Cass., 31 januari 1985, *R.T.D.Fam.*, 1987, (339) 340-341 nr. 3-4.

— met vermelding van voorwerp en middelen van de eis (artt. 702, 3°, 813, 1026, 3°, 1340, 3°, en 1344 bis, 4° e.a. Ger.W., vgl. ook art. 1683 i.g.v. arbitrage, art. 2 § 1, 2° procedureregl. R.v.St.)(43) en wel met voldoende duidelijkheid (gesanktionéerd door de *exceptio obscuri libelli*).

Voor andere proceshandelingen (neerlegging van besluiten, neerlegging van stukken, tegeneis, e.d.m.) gelden eveneens soortgelijke voorwaarden.

Deze voorwaarden dienen zeker in het licht van de goede trouw te worden bekeken, zoals blijkt uit artikel 861 Ger.W. (pas de nullité sans grief).

14b. ALGEMENE TOELAATBAARHEIDSVORWAARDEN — We hebben het ook niet als dusdanig over de wettelijke voorwaarden die niet aan een proceshandeling, maar aan het recht om te vorderen c.q. zich te verdedigen zelf of een bepaald aspect daarvan worden gesteld, en die niet met nietigheid, maar met *ontoelaatbaarheid* worden gesanktionéerd (b.v. belang, hoedanigheid, afwezigheid van gewijsde, ...). Deze ontoelaatbaarheid gaat verder dan een nietigheid, omdat zij niet slechts één enkele proceshandeling treft, maar elke proceshandeling van een bepaalde categorie.

Natuurlijk is er ook een verband tussen het vereiste belang en de eisen van de goede trouw: deze laatste eist dat men niemand in een proces betreft zonder daarbij (d.i. bij het voorwerp van de eis) een voldoende belang te hebben. Dit vereiste komt dan ook — veeleer terloops — ter sprake bij de bespreking van de (on)redelijkheid van de rechtsingang.

14c. LASTEN — Daarnaast zijn het recht om te vorderen en het recht om zich te verdedigen (of bepaalde aspecten ervan) evenwel ook bezwaard met een aantal *lasten*, waarvan het verzuim ofwel *opschortend* werkt, ofwel *verhinderend* werkt, in welk laatste geval men ook van ontoelaatbaarheid of verval (verwerking) spreekt. Sommige van deze lasten zijn wettelijk bepaald, andere niet.

14d. WETTELIJKE LASTEN — Sommige van de wettelijk bepaalde lasten worden opgelegd ter bescherming van de behoorlijke rechtsbedeling als openbare dienst, andere ter bescherming van de wederpar-

(43) Deze vorderings- en aanvoeringslast hebben naast deze louter processuele functie (bescherming van het recht van verdediging) ook een belangrijk materieel- of bewijsrechtelijk aspect, dat in deel II ter sprake komt.

tij. In het laatste geval zijn zij meestal uitdrukking van de eisen van de goede trouw van het handelen, en meerdere van die lasten zullen in dit verslag dan ook nog ter sprake komen.

Zo worden wettelijk een aantal *opschortende excepties* bepaald ter bescherming van de verweerder, zoals de territoriale onbevoegdheid, de taalwijziging, de bekendmaking van de identiteit der natuurlijke personen die de organen van de rechtspersoon uitmaken (art. 703 Ger.W.), de exceptie van borgstelling e.d.m., en worden andere bepaald ter bescherming van de openbare dienst (b.v. de volstreckte bevoegdheid). Een opschortende exceptie ter bescherming van de eiser vinden we b.v. in artikel 810 Ger.W. (splitsbaarheid van de tegeneis indien zij de berechting van de hoofdeis te zeer zou kunnen vertragen). Zo ook wordt de termijn om te besluiten opgeschort zolang de wederpartij zijn stukken niet heeft meegedeeld (ex art. 736 Ger.W.). Een aantal van deze opschortende excepties kunnen dan ook begrepen worden als sanktie van een desbetreffende last (de last tot zekerheidstelling, de last tot mededeling van stukken, e.d.m.). Zo worden wettelijk een aantal *met ontoelaatbaarheid van de eis, verval of verwerking van een bepaald aspect van het vorderingsrecht, of andere sankties bekrachtigde lasten* opgelegd, veelal ter bescherming van de wederpartij(44), zoals b.v.

- de last voor de eiser om voor alle eisen die hij in besluiten wil ontwikkelen reeds in de dagvaarding een feit of akte te vermelden (art. 807), of om zijn stukken mee te delen aan de wederpartij,
- of de last voor de verweerder om, behoorlijk opgeroepen zijnde, te verschijnen (op straffe van verstekvonnis), om onbevoegdheid, opschortende excepties of nietigheden in limine litis op te werpen (artt. 854, 864, 2 en 868 Ger.W.), om eveneens zijn stukken mee te delen, om na verzending van de zaak naar de algemene rol te besluiten, e.d.m.. Het niet-verschijnen of niet-besluiten kan daarbij ook soms bestraft worden met een uitspraak waartegen geen verzet open staat (art. 751 Ger.W.) of verlies van het recht op mondelinge uiteenzetting (art. 756 Ger.W.),
- een heleboel maximumtermijnen om te handelen, waarvan er slechts enkele op straffe van verval zijn voorgeschreven (w.o. de termijnen voor het instellen van de rechtsmiddelen), doch waarvan de andere ook dienen te worden gesanktionéerd, en wel op

(44) Ter bescherming van de openbare orde kunnen b.v. vermeld worden art. 3 Hyp.W., art. 41-42 Handelsregisterwet, e.d.m.

de wijze in het volgend randnr. aangegeven en verderop uitwerkt.

Het feit dat deze met opschorting c.q. ontoelaatbaarheid (verval of verwerking e.d.) gesanktioneerde lasten wettelijk bepaald zijn, betekent niet dat de goede trouw hierbij geen rol speelt, zoals in randnr. 15 zal worden geadstrueerd.

14e. LASTEN GEGROND OP DE GOEDE TROUW — Naast al deze wettelijke lasten kan men ook een aantal lasten aangeven die het recht om te vorderen c.q. het recht van verdediging (of een bepaald aspekt ervan) bezwaren *op grond van de goede trouw*, die voortvloeien uit de gehoudenheid om rekening te houden met de gerechtvaardigde processuele belangen van de wederpartij. Ook zij kunnen met opschorting van het geding dan wel verwerking van een procesueel recht (een vorm van ontoelaatbaarheid) gesanktioneerd worden.

Naast de verplichting om de wederpartij niet op kosten te jagen (op straffe van schadevergoeding) kan men zo wijzen op de reeds vermelde last voor elke partij om de eigen terugvorderbare *kosten te beperken* tot de noodzakelijke of nuttige kosten (op straffe van niet-terugvorderbaarheid der nodeloze kosten)(45). Deze kostenbesparingslast is een procesrechtelijke vorm van de meer algemene schadebeperkingslast.

Men kan wijzen op de last voor de eiser om voorafgaandelijk aan de instelling van de eis *in gebreke te stellen* (zie onder randnr. 22), en omgekeerd op de last voor de verweerder om wanneer hij behoorlijk wordt aangemaand doorslaggevende verweermiddelen betreffende de toelaatbaarheid (b.v. de exceptie van gewijsde) dan wel de gegrondheid (b.v. de exceptie van verjaring, van schuldvergelijking, van niet-uitvoering e.d.m.) reeds dan mee te delen (zie onder randnr. 45).

De reeds genoemde lasten om te verschijnen, stukken mee te delen, te besluiten e.d.m. kunnen op grond van de eisen der goede trouw veralgemeend worden tot een algemene *last om in het geding te handelen en standpunt in te nemen*. Indien er in het buitengerechtelijk verkeer geen algemene last geldt om te spreken (zwijgen geldt in

(45) Zie HAARDT, W.L., *De veroordeling in de kosten van het burgerlijk geding*, Leiden, 1945, 20; HOFMANN-VAN OPSTALL, *De algemene leer der verbintenissen*, I, 94, voetnoot 1. Voor diegenen die zouden beweren dat art. 1018 Ger.W. geen onderscheid maakt tussen nuttige en nodeloze kosten, kan vermeld worden dat het Ger.W. het begrip nodeloze kosten wel degelijk kent (art. 866 Ger.W.). Art. 92, 1 it. CPC bepaalt uitdrukkelijk dat „overdreven en overbodige kosten” niet kunnen worden teruggevorderd, en § 91 ZPO beperkt de kosten tot deze die noodzakelijk waren voor een doelmatige vordering of verweer. Zo ook art. 56 Rv. (Nl.).

beginsel niet als toestemmen), tenzij er bijzondere omstandigheden zijn (die het stilzwijgen „omstandig” maken), dan is de betrokkenheid in een geding precies een omstandigheid die in het algemeen de last oplegt om te spreken(46).

Deze en andere lasten worden verderop in dit verslag besproken. De last om voldoende rechtsfeiten aan te voeren voor de gegrondheid van de eis (aanvoeringslast) en om de voor het bewijs daarvan nodige bewijsmiddelen aan te brengen (bewijslasten), worden in Deel II. besproken, omdat zij niet de toelaatbaarheid van de eis, maar wel haar gegrondheid betreffen. In Deel I. komt wel de aanvoeringslast m.b.t. de middelen van ontoelaatbaarheid ter sprake.

15. DE GOEDE TROUW EN DE SANKTIE DER PROCESSUELE LASTEN
— De rol van de goede trouw is uitermate belangrijk bij de bepaling van de juiste sanktie van genoemde processuele lasten, of deze nu wettelijk voorgeschreven zijn of niet (en behoudens de lasten die van openbare orde zijn).

De typische sanktie van een last is de verwerking van het recht dat met de verzuimde last is bezwaard. Zo b.v. wordt:

- het recht van de winnaar op terugvordering van de kosten verwerkt in zoverre deze kosten nodeloos werden gemaakt;
- het recht om onbevoegdheid, opschortende excepties of nietigheiden op te werpen verwerkt door dit niet in limine litis te doen;
- e.d.m.

De verwerking van het recht om dergelijke dingen te doen betekent — in processuele termen uitgedrukt — dat de ondanks de verwerking gestelde eisen, neergelegde stukken, e.d.m. *ontoelaatbaar* zijn, *uit de debatten geweerd* worden, e.d.m..

In de mate nu waarin deze verwerking op de goede trouw berust (en niet op de openbare orde) — en dit ongeacht of de last wettelijk is voorgeschreven of niet — treedt zij maar in, indien de wederpartij, die erdoor beschermd wordt, op haar beurt deze verwerking tijdig opwerpt, en geen daden stelt die onverzoenbaar zijn met de bestrijding van het recht van vordering of verdediging (of een aspekt ervan) van de eerste partij („*venire contra factum proprium nulli conceditur*”). Zij treedt evenmin in, indien de beschermde wederpartij de eerste partij er feitelijk toe heeft gebracht om de last niet of niet tijdig na te leven (vgl. art. 1178 B.W.), of zelf gelijkaardige lasten evenmin naleeft: „*he who comes to equity must come with clean hands*”. Bij

(46) Vgl. PERROT, R., „Le silence en droit judiciaire privé”, *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Parijs, Dalloz Sirey, 1985, (627) 629.

het laatste spreekt men ook van het „*tu quoque*”-beginsel(47), en kan men een verband leggen met de vereiste „Waffengleichheit” tussen partijen. Bovendien moet voor de op de goede trouw gegronde lasten gevraagd worden naar het belang dat de wederpartij, die op sanktie aandringt, bij de naleving ervan had, en of dit belang wel door de geschonden norm beschermd wordt (normdoelleer)(48). Al deze aspecten maken dat de goede trouw ook bij wettelijk opgelegde lasten nog een belangrijke rol speelt.

Met deze nuanceringen voor ogen moeten wij ook de sanktie bekijken van de wettelijk bepaalde processuele maximumtermijnen die niet „op straffe van verval” zijn voorgeschreven. We denken b.v. aan de termijnen om stukken mee te delen (8 dagen, art. 736, 2 Ger.W.), om te besluiten (1 maand, art. 748, 1 en 2), om te replikeren (15 dagen, art. 748, 3), om tegenverhoor te vragen (1 maand, art. 921 Ger.W.), om de lijst der getuigen neer te leggen (art. 922 Ger.W.), om het verzoek tot summiere rechtspleging te verzenden (15 dagen, art. 1340 Ger.W.).

Dat deze termijnen helemaal niet zouden gesanktioniseerd zijn, zoals meestal wordt beweerd, is onaanvaardbaar. Het gaat om precieze wettelijk opgelegde termijnen, zodat de overschrijding ervan — behoudens overmacht, akkoord van de wederpartij of uitstel op de daartoe bepaalde wijze gevraagd — een fout uitmaakt, die wanneer zij de wederpartij schade veroorzaakt, tot schadevergoeding verplicht. De vraag is evenwel of dit de juiste sanktie is in het systeem van ons gerechtelijk recht. Onlangs werd in een artikel van J. ENGLEBERT(49) op m.i. overtuigende wijze aangetoond dat deze termijnen gesanktioniseerd worden met „verval” (*déchéance*” of „*forclusion*”, eigenlijk gewoon een ander woord voor verwerking(50)),

(47) Zie — voor het materieel recht — LORENZ, E., „Der Tu-quoque-Einwand beim Rücktritt der selbst vertragsuntreuen Partei wegen Vertragsverletzung des Gegners — BGH, WPM, 1970, 1246 —”, *JuS*, 1972, 311. Zie ook PRÖLLS, J., „Der Einwand der ‘unclean hands’ im bürgerlichen Recht sowie im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht. Ein Beitrag zur Frage des Rechtsschutzes für anstößig erworbene oder ausgeübte Rechtspositionen”, 132. *ZHR* 1969, 35 e.v.

(48) Zie POLAK, R.J., *N.J.B.*, 1941, 765 e.v., 795-797 (verband tussen rechtsmisbruik en „normbestemmingsleer”).

(49) ENGLEBERT, J., *T.B.B.R.*, 1989, 181 e.v. (bekroond met de prijs van het Interuniversitair Centrum voor gerechtelijk recht). Reeds eerder in die zin DE BRUYNE, Ph. en HEYVAERT, M., „Enkele aspecten van de nietigheidstheorie in het Gerechtelijk Wetboek”, in *Tien jaar Gerechtelijk Wetboek*, Seminarie privaatrechtelijk procesrecht R.U.Gent, (ook als IUS nr. 1), Antwerpen, Kluwer, 1981, (93) 108 e.v. nr. 27 e.v. Veeleer contra CLOSSET-MARCHAL, G., „La sanction de l’observation des délais de procédure autres que ceux prescrits à peine de nullité ou de déchéance”, *R.T.D.Fam.*, 1989, 82 e.v.

(50) Vele van deze gevallen worden in het Franse recht met „caducité” benoemd (zie PERROT, R., *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, (627) 644-645). Dergelijk begrip is een stoplap waaronder men alles kan brengen zonder nadere uitleg verschuldigd te zijn.

zij het natuurlijk geen absoluut verval (van openbare orde en ambts-halve door de rechter op te werpen), maar een relatief verval (door de wederpartij op te werpen, waarvan hij afstand kan doen, en vermijdbaar door tijdig verlenging te vragen). Deze sanktie volgt duidelijk uit het arrest-Sauvage/Paques, Cassatie 8 februari 1979(51), en wordt gegrond op artikel 51 Ger.W.. Weliswaar betrof deze zaak de termijn van artikel 921 Ger.W., doch er is geen enkele reden waarom de redenering niet zou gelden voor andere termijnen(52), zoals voor alle termijnen voor onderzoeksmaatregelen (argument ex art. 875 Ger.W.), ja zelfs voor die van b.v. artikel 748 Ger.W. (termijnen om te besluiten), zeker nu een gelijkaardige regeling als de algemene regeling van artikel 51 Ger.W. nog eens uitdrukkelijk in artikel 748, 4 zelf is opgenomen. Om het onderscheid met de „op straffe van verval voorgeschreven” termijnen te benadrukken, spreken we in dit rapport van verwerkingstermijnen(53). Dát men dus door het laten verstrijken van de wettelijke termijnen voor al die proceshandelingen het recht om die handelingen te stellen kan verwerken, zodat de nadien gestelde handeling ontoelaatbaar is, betekent overigens nog niet dat deze verwerking in alle gevallen dient te worden uitgesproken. Ook hier geldt dat de verwerking door de wederpartij moet worden opgeworpen, dat dit tijdig moet gebeuren, dat de wederpartij niet even nalatig mag geweest zijn noch zelf de partij ertoe mag hebben gebracht, kortom dat dit opwerpen in overeenstemming met de eisen van de goede trouw moet geschieden. Dit nuanceert deze sanktie in vrij belangrijke mate, zoals we verderop zullen zien.

16. RECHTVAARDIGING VAN DE VERWERKINGSSANKTIE IN HET ALGEMEEN — Laten wij even terugkeren naar het materieel recht om te zien hoe de rechtsverwerking daar als sanktie haar plaats vindt. Indien het verzuim van een last kan gestraft worden met het zich niet meer kunnen beroepen op een rechtspositie die daarmee in strijd wordt geacht, dan betekent dit immers dat de sanktie soms zwaarder kan zijn dan de schade. Men kan daartegen opwerpen dat het verbod van rechtsmisbruik

(51) Cass., 8 februari 1979, *J.T.*, 320 noot FETTWEIS, A. en *J.L.M.B.*, 1989, 250.

(52) In de zin van een algemene regel Rb. Namen, 16 juni 1989 (C. Panier), *R.T.D.Fam.*, 1989, 79 noot CLOSSET-MARCHAL, G. (in casu betreffende de termijn van 15 dagen voor het getuigenverhoor waarbinnen de lijst van getuigen dient te worden neergelegd, art. 922 Ger.W.).

(53) De kwalifikatie als rechtsverwerking werd eveneens reeds verdedigd door DE BRUYNE, Ph. en HEYVAERT, M., *Tien jaar gerechtelijk wetboek*, (93) 1089 nr. 28.

„zijn sanktie niet vindt in een volledig verbeuren van het recht, maar door de normale uitoefening van dat recht op te leggen of in het herstel van de schade die door het misbruik is teweeggebracht”(54),

m.a.w. in een beperking ervan.

Deze redenering is juist in het kader van de akwiliaanse aansprakelijkheid, maar sluit niet uit dat een recht op een andere grondslag toch verwerkt kan zijn. Inderdaad worden bepaalde gedragingen met een „verval” van het recht bestraft, zowel in de reeds in de Code civil of het Gerechtelijk Wetboek bepaalde gevallen, alsook zonder dat zulks wettelijk is bepaald. Meer in het algemeen denken we ook aan de regel van artikel 1178 B.W., volgens hetwelk een voorwaarde geacht wordt vervuld te zijn, wanneer de persoon die zich onder die voorwaarde verbonden heeft, de vervulling ervan verhindert.

Veelal gebeurt het sanktioneren met verval op verborgen wijze. Zo wordt de rechtsverwerking meestal verborgen onder een stilzwijgende toestemming. Dat dit veelal een fictie is moet niet meer geadstrueerd worden(55).

Zo dekt het zogenaamde „herstel in natura” waarmee zovele buitenkontraktuele fouten (prekontraktuele fouten, valse schijn verwekken, e.a.) beweerdelijk bestraft worden, ook veelal een sanktie die verder gaat dan het „negatief belang” (de akwiliaanse schade). Wanneer iemand b.v. toerekenbaar een bepaalde schijn wekt, dan wordt de wederpartij niet gebracht in de positie waarin zij zou verkeerd hebben indien die schijn niet was opgewekt („negatief belang”), maar wél in de positie waarin zij zou verkeerd hebben indien de schijn werkelijkheid was geweest („positief belang”). *De wederpartij mag de schijn voor werkelijkheid houden.* We vinden dit in het leerstuk van de onverschoonbare dwaling, van de schijnverteenwoordiging, bij de niet-tegenwerpelijke van tegenbrieven aan derden te goeder trouw, e.d.m. Nog afgezien van de vraag of hier wel een fout is, kan deze sanktie *niet* verklaard worden als een „herstel in natura”, dat immers op akwiliaanse grondslag nooit verder kan reiken dan het „negatief belang”, maar enkel op grond van andere beginselen (goede trouw, en m.b. vertrouwensbegin-sel)(56).

Toch is deze wijze van sanktioneren m.i. veelal ook gerechtvaardigd. Een belangrijke reden daarvoor is dat de schade (negatief belang) van

(54) Cass., 16 december 1982, du Moulin t. n.v. Sarma, *Arr.*, nr. 518, verbreking.

(55) Zie reeds het klassiek geworden opstel van MEIJERS, E.M., „Goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring”, *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, III, 278 e.v.

(56) Vgl. GERARD, Ph., *J.T.*, 1989, (513) 514.

die wederpartij veelal niet meer kan berekend of bewezen worden, en wel precies ten gevolge van de gedraging van de eerste partij (dit is ook de ratio van art. 1178 B.W.). Daarom dient de schade in beginsel begroot te worden op het positief belang (het recht zelf). Men kan dit een eis van proceseconomie noemen. Dit belet niet dat de wederpartij die zijn recht in beginsel verwerkt, toch nog bepaalde (materieelrechtelijke) excepties kan opwerpen of bepaalde vormen van tegenbewijs mag leveren. Dergelijke gevallen zullen in Deel II. ter sprake komen.

Bij materiële rechten is dergelijke sanktie reeds — onrechtstreeks — proceseconomisch. Bij processuele rechten en bevoegdheden is dit zelfs rechtstreeks het geval: wanneer processuele lasten tot medewerking in geval van verzuim gesanktionéerd worden met het ontnemen van de daarmee verband houdende processuele rechten, dan betekent dit precies dat een rechtspleging bespaard wordt(57). Zo moet een partij geen tweede kans krijgen tot een bepaalde bewijsvoering wanneer zij haar kans langdurig (en behoudens overmacht) niet heeft gebruikt (vgl. onder).

Men kan hier nog aan toevoegen dat de sanktionering van genoemde lasten met een of andere vorm van rechtsverwerking geen schadevergoeding vormt, maar precies belet dat er schade ontstaat(58). En het is precies omdat het recht deze mogelijkheid heeft, dat het verzuim niet als onrechtmatig dient te worden beschouwd(59).

In het procesrecht komt er bovenop deze en andere argumenten ten gunste van de mogelijkheid van rechtsverwerking nog een belangrijke reden, die samenhangt met de legitimerende taak van de procedure in het rechtssysteem. De rechtsgang moet namelijk zo opgebouwd worden dat de partijen stap voor stap zelf de keuzemogelijkheden voor de rechter beperken, en in zekere mate belet worden daarop terug te komen: in de mate waarin zulks het geval is, hebben zij het immers aan zichzelf te wijten dat zij hun proces verliezen. Deze legitimerende werking werd bijzonder knap beschreven door N. LUHMANN(60).

(57) Vgl. LENT, F., 67. ZJP 1954, (344) 346.

(58) Dit wordt heel terecht opgemerkt door Taelman, P., *T.P.R.*, 1988, (89) nr. 24-25, n.a.v. de rechtspraak die zittingbesluiten uit de debatten weert, waaruit hij ook heel terecht afleidt dat de grondslag hiervan niet art. 1382 B.W. kan zijn, maar slechts de „objektieve goede trouw” (d.i. de goede trouw van het handelen).

(59) Vgl. LENT, F., 67. ZJP 1954, 351.

(60) LUHMANN, N., *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt, Luchterhand, 1975, 55 e.v., m.b. 82 e.v. Zie ook HENCKEL, W., *Prozeßrecht und materielles Recht*, Göttingen, Schwartz, 1970, 93 e.v.

Om al deze redenen is het beter openlijk de mogelijkheid van rechtsverwerking te aanvaarden, in plaats van ze te verdringen achter fiktieve wilsverklaringen of onlogische vormen van herstel in natura(61):

„la mauvaise foi doit avoir pour sanction sa propre inefficacité: la règle de droit dont une personne ne se prévaut que par suite de quelque ruse ou déloyauté doit rester sans application dans ses relations avec ceux contre lesquels elle l'invoque (...) une des sanctions que le droit positif attache à la mauvaise foi est de refuser à celui qui invoque une règle contrairement à la loyauté le bénéfice de celle-ci”(62).

Het is dan ook niet te verwonderen dat de wetgever lasten of verplichtingen die hij belangrijk genoeg vindt om ze konkreet te verwoorden (en niet enkel via vage normen) veelal met een soort verval of verwerking sanktioniert, in plaats van met louter schadevergoeding. Nu het Hof van Cassatie m.b.t. schijnverteenwoordiging resoluut de weg van de vertrouwensleer (nl. het positief belang van de rechtmatig vertrouwende partij) is ingeslagen(63), ligt een

(61) Zie de aanvaarding van de rechtsverwerking in het Belgisch recht door o.m. RONSE, J., *T.P.R.*, 1978, (681) nr. 69; DIRIX, E. en VAN OEVELEN, A., *R.W.*, 1980-81, 2441 e.v. en *R.W.*, 1985-86, 95 e.v.; VAN OMMESELAGHE, P., *T.P.R.*, 1980, 735 e.v. en *R.C.J.B.*, 1988, (33) nr. 230; DIRIX, E., „De beperkende werking van de goede trouw”, *T.B.H.*, 1988, (660) nr. 7; VAN OEVELEN, A., „De nieuwe tijdelijke huurwet van 23 december 1980: meer dan een coördinatie”, *T.P.R.*, 1981, (67) nr. 21; PHILIPPE, D., „L'inopposabilité des exceptions à l'endossataire de la facture par suite du silence prolongé du débiteur”, *J.T.*, 1981, 649 e.v.; DIEUX, X., „Observations sur l'article 1794 du Code civil et sur son champ d'application”, *R.C.J.B.*, 1981, (530) 533 nr. 3 en voetnoot 28; FORIERS, P.A., „La responsabilité de l'entrepreneur après réception”, *T.V.A.*, 1988, 261 e.v.; DELI, D., „Vrijwaring voor verborgen gebreken bij koop-verkoop: conventionele regeling van de „korte termijn” (art. 1648 B.W.) en de invloed van de herstellingen die de koper laat uitvoeren op zijn recht op vrijwaring”, noot onder Hof Antwerpen, 15 april 1987, *R.W.*, 1988-89, (1060) 1063; Rb. Gent, 3 maart 1980, *De M. t. S.*, *R.W.*, 1984-85, 626; Vred. St.-Kwintens-Lennik, 13 februari 1984, C. & T. t. W. & K., *R.W.*, 1986-87, 1513; Kh. Kortrijk, 6 december 1984, L. Vyncke t. L. van den Bulcke, AR 1553/83; Kh. Brussel, 18 april 1985, Mattelin t. n.v. Daniel Doyen, *R.P.S.*, nr. 6362; Rb. Brugge, 14 januari 1986, n.v. Royale Belge t. n.v. Het Belgisch verhaal en G. Struyf, *R.W.*, 1988-89, 782; Kh. St.-Niklaas, 24 juni 1986, R. t. b.v. V. en C.V., *R.W.*, 1986-87, 1282; Kh. Kortrijk, 3 februari 1987, AG Simonbank t. n.v. Bekaert; Brussel, 17 februari 1987, n.v. Egimo t. Orban en erf. Maere, *J.L.M.B.*, 1987, 537; Kh. Brussel, 17 februari 1987, p.v.b.a. Centre gériatrique d'Ixelles t. erf. G. Renda, A.R. 3695/84; Antwerpen, 19 augustus 1987, *R.W.*, 1988-89, 749; Kh. Charleroi, 24 december 1987, NMBS t. Dohmen, *J.L.M.B.* 1988, 125; Vred. St.-Kwintens-Lennik, 25 januari 1988, *R.W.*, 1989-90, 161; Brussel, 22 maart 1988, *J.L.M.B.*, 1988, 1032; Rb. Bergen, 29 juni 1988, *J.T.*, 1989, 440 (in casu afgewezen); Brussel, 24 januari 1989, *J.L.M.B.*, 507; Luik, 16 maart 1989, *J.L.M.B.*, 540; Rb. Tongeren, 23 januari 1989, G.H. t. echtg. J. H.-P., *R.W.*, 1988-89, 1304; e.a. Contra CORNELIS, L., *Beginnelsen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 1989, nr. 87, alsook diens bijdrage in ditzelfde nummer (zie de opmerking in voetnoot 8 in fine).

In het bijzonder voor het procesrecht: STORME, M., „Pleidooi voor een procesnoodrecht”, *T.P.R.*, 1980, (504) 510 nr.13; DE BRUYNE, Ph. en HEYVAERT, M., *Tien jaar gerechtelijk wetboek*, (93) 1089, nr. 28; in het procesrecht in andere landen o.m. KLAMARIS, N., *Festschrift für Fritz Baur*, (483) 501.

(62) GERARD, Ph., *J.T.*, 1989, (513) 514 in fine, n.a.v. het uit de debatten weren van laattijdige aanvullende besluiten.

(63) Cass., 20 juni 1988, De Greef, Zambon, Trine t. n.v. Usines cuivre et zinc de Liège, *Arr.*, nr. 643.

aanvaarding van de rechtsverwerking in dezelfde lijn. Een eerste uitspraak van het Hof over het leerstuk was overigens niet afwijzend, ook al heeft het Hof uitdrukkelijk voorbehoud gemaakt voor de toepasselijkheid ervan op het processueel recht om een rechtsmiddel aan te wenden, en werd de exceptie in casu afgewezen:

„dat, zelfs indien op het leerstuk van de rechtsverwerking, waarop het middel van niet-ontvankelijkheid steunt, t.a.v. rechtsmiddelen een beroep zou kunnen worden gedaan, aan de voor de toepassing ervan gestelde vereisten niet voldaan is”(64).

De „voor de toepassing gestelde vereisten” zullen vermoedelijk de komende jaren door het Hof verder uitgewerkt worden. Hopelijk zal men daarbij niet zo streng zijn dat vaste rechtspraak over vele vragen, die zich nu nog achter fiktieve wilsverklaringen verschuilt, op de helling zou worden gezet, dan wel tot nog meer fictie zou worden verplicht (denken we b.v. aan — in koop en aanneming — de zgn. „aanvaarding” of „goedkeuring” van de zaak of het werk die de zichtbare gebreken „dekt”).

Daarbij wil ik hier nogmaals benadrukken dat de verwerking die op de goede trouw berust, d.w.z. in de gevallen die niet van openbare orde zijn, ook niet in strijd met de goede trouw mag worden opgeworpen: ook de rechtsverwerking kan verwerkt worden (b.v. doordat ze niet tijdig wordt opgeworpen).

Tot slot kan opgemerkt worden dat het *ius agendi* zelf, in zijn meest algemene betekenis — dit i.t.t. bepaalde aspecten of vormen ervan — niet voor verwerking in aanmerking komt(65). Dit zou immers een vorm van „burgerlijke dood” betekenen, welke door artikel 13 GW verboden wordt.

1.1.4. Een betrekkelijke autonomie van het procesrecht en enkele gevolgen daarvan, alsook de algemene regels voor verwijzing in de kosten

17. BETREKKELIJKE AUTONOMIE — De procesverhouding kan mede geregeld worden door voorprocessuele overeenkomsten tussen de partijen (scheidsrechtspraak, bevoegdheidsovereenkomsten en

(64) Cass., 12 mei 1989, Belg. Staat (Volksgezondheid & Financiën) t. n.v. United Foods en n.v. Van den Abeele, *A.R.*, nr. 5981/1. Het middel werd overigens opgeworpen door mr. GERARD, Ph., zopas geciteerd.

(65) Zie uitvoerig BAUMGÄRTEL, G., „Die Unverwirkbarkeit der Klagebefugnis”, 75. ZJP 1962, 385 e.v.; MENZEL, A., *Grundfragen der Verwirkung, dargestellt insbesondere anhand des öffentlichen Rechts*, Lang Frankfurt a.M. 1987, 189 e.v. Vgl. ook VINCENT, J. en GUINCHARD, S., *Procédure civile*, nr. 19; HENCKEL, W., *Prozeßrecht und materielles Recht*, 115.

woonstkeuze, overeenkomst van bemiddeling of bindend advies, zelfs een pactum de non petendo). De procesverhouding blijft dan ook veelal verbonden met de materieelrechtelijke verhouding. Haar betrekkelijke autonomie blijkt daaruit, dat de geldigheid van dergelijke overeenkomsten wél veelal zelfstandig moet worden beoordeeld (zie b.v. voor het scheidsrechterlijk beding art. 1697, 2° Ger.W.(66). Hetzelfde geldt ook voor de bevoegdheidsovereenkomst. Vgl. ook het beding van bindende derdenbeslissing(67) en het rechtskeuzebeding(68)), maar dat die beoordeling toch mede afhangt van de aard van de materieelrechtelijke verhouding (b.v. de vraag of zij ter beschikking staat van de partijen, als voorwaarde voor scheidsrecht-macht, art. 1676 Ger.W. j° 2056, 1 B.W.)(69). Overigens kan hier aan toegevoegd worden dat — zoals voornamelijk in Deel II besproken wordt — de autonomie van de materieelrechtelijke verhouding tegenover het procesrecht even betrekkelijk is:

„La procédure conditionne la saisie du droit au fond, la perception et la délimitation du droit matériel comme la lumière conditionne la perception des couleurs”(70)

Daarnaast wordt de procesverhouding op de eerste plaats geregeld door afzonderlijke processuele regels, die uitdrukking dienen te zijn van de processuele „fair play”-vereiste en van het vereiste van proceseconomie („een goede procesorde”). Deze regels hebben een zelfstandige betekenis, in beginsel ongeacht de materieel- en bewijsrechtelijke verhouding. Zij mogen in beginsel niet overboord gegooid worden op grond van redenen eigen aan de zaak zelf (het bodemge-

(66) Zie verder RIGAUX, F., „De l'autonomie de la clause compromissoire en droit belge”, *Ann. Lv.*, 1961, 231.

(67) Zie voor deze rechtsfiguur MEIJERS, E.M., „Het zogenaamd bindend advies”, *W.P.N.R.*, (1924) 2866-2867, in *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, III, 131; STORME, M.L., „De bindende derdenbeslissing of het bindend advies als middel ter voorkoming van gedingen”, *T.P.R.*, 1984, 1243; DIRIX, E., „De kwijting voor saldo van rekening”, noot onder *Arbrb.* Brussel, 12 maart 1981, *R.W.*, 1981-82, (190) 194; STORME, M.L. & STORME, M.E., „De bindende derdenbeslissing naar Belgisch recht”, Preadvies voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland 1985, *T.P.R.*, 1985, 713 e.v.; STORME, M.L., „Contractuele methoden voor de oplossing van geschillen”, in *De overeenkomst vandaag en morgen*, XVIe postuniversitaire cyclus W. Delva, Gent, 1989.

(68) Zie DE LY, F., „Rechtskeuze in internationale overeenkomsten”, *T.P.R.*, 1989, (1001) nr. 8, 13, 20 e.v. met verwijzingen.

(69) Zie verder LAENENS, J., *De bevoegdheidsovereenkomsten naar Belgisch recht*, Antwerpen, Kluwer, 1981, nr. 263.

(70) DARBELLAY, J., „Le droit d'être entendu”, 98. *Referate und Mitteilungen des schweizerischen Juristenvereins*, 1964, Basel, Helbing und Lichtenhahn, IV, 427. Zie verder o.m. EGGENS, J., *N.K.F. Lands Verklaring van het burgerlijk wetboek, deel 6: Boek IV, titel I-VI (bewijsrecht)*, tweede uitgave, Haarlem, Bohn, 1933, p. 6; PAWLOWSKI, H.M., „Aufgabe des Zivilprozesses”, 80. *ZZP* 1967, (345) 361 e.v., en in zekere mate instemmend HABSCHIED, W., in *Towards a justice with a human face*, (31) 40-41.

schil). Het fair en procesekonomisch verloop van rechtsgedingen heeft een zelfstandige waarde naast de door het materieel en bewijsrecht beschermde waarden. Daarom ook worden het recht om te vorderen en het recht van verdediging erkend los van de gegrondheid van de eis of het verweer. Daarom kan het zijn dat men omgekeerd aan het bodemgeschil niet toekomt bij gebrek aan belang of om andere redenen die het recht om te vorderen verhinderen. Het tegendeel zou betekenen dat eenieder die een materieel recht heeft ook eigenrichting zou mogen bedrijven.

Hier schuilt natuurlijk ook een gevaar voor Kafkaïaanse processen. Het beginsel van de goede trouw in het procesrecht moet dan ook omgekeerd beletten dat de procesrechtelijke regels en de procesverhouding *dusdanig* autonoom worden begrepen dat het procesrecht „dysfunctioneel” gaat werken(71). De autonomie moet kunnen doorbroken worden wanneer zij in het konkrete geval tot dusdanig onredelijke gevolgen leidt dat de zelfstandige waarde van het procesrecht, nl. een goede procesorde met alle waarborgen voor het recht om te vorderen en zich te verdedigen, ervoor moet wijken(72). Overigens bepaalt het procesrecht zelf reeds ten dele deze doorbraak, of althans een tijdelijke opschorting van deze waarborgen in geval van spoedeisendheid, die een kort geding toelaat (art. 584, 1^o Ger.W.) en meer nog in geval van volstreckte noodzakelijkheid, die dit zelfs op éézijdig verzoekschrift toelaat (art. 584, 3^o Ger.W.). Zo ook kan het gezag van gewijsde in sommige gevallen doorbroken worden door het rechtsmiddel herroeping van gewijsde (c.q. herziening van arrest van de R.v.St.). Delikate vragen zijn b.v. de vraag of de rechter een kennelijk ongegronde eis mag afwijzen bij gebrek aan betwisting (m.b. bij verstek in de verschillende vormen, zoals algeheel verstek, gebrek aan besluiten dan wel afwezigheid ter zitting hoewel men besluiten heeft neergelegd), de vraag of de rechter een ongeoorloofd verkregen bewijsmiddel steeds moet uitsluiten, ook wanneer dit beslissend is voor de gegrondheid van een eis, e.d.m.. Zij zullen verderop ter sprake komen.

(71) Vgl. DE CORTE, R., *T.P.R.*, 1980, (1 e.v.) nr. 65. Vgl. SCHWARTZ, P., in *Festschrift zum 70. Geburtstag von Dr. iur. Max Guldener*, KUMMER, M. en WALDER, H.U. (ed.) Zürich, Schulthess, 1973, 291 e.v.; TEN KATE, Th.B., „Procesregels naar de kern genomen”, *Een goede procesorde, Opstellen aangeboden aan Mr. W.L. Haardt*, Deventer, Kluwer, 1983, 71 e.v. Zie verder ook BENDA, E., „Formerfordernisse im Zivilprozeß und das Prinzip der Fairneß”, 98. ZZP 1985, 365 e.v.

(72) Vgl. de ongrondwettelijke organisatie van verkiezingen met enkelvoudig algemeen stemrecht in 1919.

18. RECHTSPLEGINGSVERGOEDING VS. WERKELIJKE RECHTSPLEGINGSKOSTEN — Een ander belangrijk voorbeeld voor deze strijd tussen „autonomie” — juist(er) de algemeen-dienende rol — en „dienende rol” — juist(er) de het geval konkreet dienende rol — wensen we onmiddellijk te bespreken: namelijk de terugvorderbaarheid van gerechts- en advocatenkosten e.d.. We bespreken hier niet de vraag wie in de kosten moet worden verwezen, maar wel de vraag wélke kosten in beginsel in aanmerking moeten komen voor terugbetaling door de in de kosten verwezen partij. De wettelijke opsomming daarvan vinden we in de artikelen 1018-1019 en 1022 Ger.W. Partijen kunnen van deze opsomming niet afwijken — althans niet voor het rijzen van het geschil (zie art. 1023 Ger.W. j^o 1017, 1 in fine). Belangrijkste twistpunt hierbij is wel de beperking van de terugvorderbare advocatenkosten tot de rechtsplegingsvergoeding. Dat er een wettelijke beperking is van de terugvorderbare erelonen tot het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding, volgt m.i. uit artikel 1023 Ger.W.(73). Of ook de veelal belachelijk lage bedragen waarop die rechtsplegingsvergoeding bepaald wordt, met de geest van de wet overeenstemmen, is minder zeker(74). Is dergelijke beperking gerechtvaardigd? Ik wil hier onmiddellijk stellen dat de terugvorderbaarheid van de werkelijke kosten in concreto m.i. onaanvaardbaar is zolang er voor eenzelfde prestatie merkelijke tariefverschillen zijn tussen advocaten onderling. Iedereen heeft natuurlijk het recht de duurste advocaat te kiezen, maar daarom nog niet het recht dit op een ander af te wentelen(75). De belangrijkste vraag is dus veeleer of de „gemiddelde” werkelijke kost moet kunnen teruggevorderd worden, kost die in veruit de meeste gevallen duidelijk hoger ligt dan de rechtsplegingsvergoeding. Deze vraag moet o.i. afzonderlijk behandeld worden voor die gevallen waarin de eis (of het verweer) ontoelaatbaar wordt bevonden of het niet gaat om een rechtsgang, maar om een beslagprocedure (b).

(73) Het is ook de interpretatie van de Orde van Advokaten van de Balie van Brussel (Beroepscode van de Nederlandse Orde van Advokaten bij de Balie te Brussel — in het vervolg afgekort Beroepscode —, art. 324, ingevoerd bij Resolutie 30.3.1971).

(74) Art. 1022 werd gewijzigd bij W. 6 juli 1973. Het oorspronkelijk opzet was daarentegen dat door de wederpartij een vergoeding kon gevraagd worden „in verhouding tot de last van haar verdediging” (VAN REEPINGHEN, Ch., *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, 394).

(75) Vgl. de laatste overweging van het vonnis van Vred. St.-Gillis, 1 oktober 1985, *T. V. V.*, 1987, 51, dat de erelonen van de advocaat in beginsel wel ten laste van de tegenpartij legde, maar benadrukte dat men daarbij moet uitgaan van de objectief gebruikelijke erelonen en geen rekening mag houden met de reputatie van de advocaat. Vgl. ook LINSMEAU, J., „La répétabilité des honoraires”, *Investeren in Justitie*, Congres Nationale Orde van Advokaten, Antwerpen, 2 februari 1990, 28.

a) Behalve in het in b) besproken geval betekent de beperking van de terugvorderbare advocatenkosten een welbepaalde door het procesrecht opgelegde beperking van de schade die kan teruggevorderd worden op grond van een (buitenprocessuele) onrechtmatige daad, wanprestatie e.d.m.. Op het eerste gezicht grijpt het procesrecht dus in in het materieel recht, volgens hetwelk alle door de onrechtmatige daad, wanprestatie, e.d. veroorzaakte schade dient te worden vergoed.

Om te beoordelen of deze wettelijke beperking van de terugvorderbaarheid gerechtvaardigd is, dan wel in bepaalde gevallen op grond van de goede trouw terzijde moet kunnen worden gesteld, moet vooreerst gewezen worden op de beperkingen die we in het materieel recht kennen. Door de rechtspraak werd daar immers een beperking van de schadevergoeding ontwikkeld in die gevallen waarin de schadelijder mede schuld heeft aan de schade, dan wel verzuimd heeft de schade redelijkerwijze te beperken⁽⁷⁶⁾. Deze beperking betekent in feite — al wordt dat zo niet gezegd — dat de schadelijder die zelf „schuld” heeft aan de schade of verzuimt de schade redelijkerwijze te beperken, een deel van de schadevergoeding verwerkt. Zoals gezegd berust deze beperking niet noodzakelijk op een fout, maar veelal ook op een verzuim aan een „last” waartoe men gehouden is in zoverre men volledige schadevergoeding wil (ook art. 1153 B.W. — beperking van de schadevergoeding wegens wanbetaling van een geldsom tot de wettelijke intrest — kan in dat licht bekeken worden). De beperking van de terugvorderbaarheid is niet aanvaardbaar wanneer het instellen van een eis die — dan wel voeren van een verweer dat — ongegrond wordt bevonden, een fout uitmaakt. Nu is dit omwille van de erkenning van het recht om te vorderen (*ius agendi*) en het recht van verdediging in beginsel niet het geval: slechts het teregt en roekeloos vorderen of verweren wordt foutief geacht. Dit wordt verderop aangegeven.

Daarbuiten is de beperking wel degelijk in ons rechtssysteem in te kleden. De beperking kan m.i. beschouwd worden als *een wettelijk vermoeden dat de partij die procedeert of verweert, zelfs gegrond, toch tekortgeschoten is* in zijn verplichting — minstens „last” — *om te proberen de zaak minnelijk te regelen*. Deze last is van dezelfde aard als de last voor de schuldeiser van een geldschuld om zich in te dekken (ex art. 1153 B.W.), op straffe van beperking van de

(76) Zie de verwijzingen in voetnoot 37.

schadevergoeding tot de interest, of de last voor de schuldeiser van een bepaalde zaak om ze af te halen, op straffe van dragen van het risico (art. 1138 B.W.). Het voornoemde vermoeden kan slechts worden tenietgedaan door het bewijs te leveren van het tergend en roekeloos karakter van de eis of het verweer. Dergelijk vermoeden is m.i. — en ik keer mij tegen een recente tendens in de rechtsleer en sommige rechtspraak(77) — niet verwerpelijk. Er wordt in ons land te veel geprocedeerd en te weinig geprobeerd om zaken zonder proces te regelen(78). Slaagt men niet in een regeling zonder proces, hoewel de wederpartij niet tergend en roekeloos handelt, dan is dit weliswaar geen onrechtmatige daad, maar toch een mislukking die een beperking van de terugvorderbaarheid der kosten rechtvaardigt. Deze beperking van de terugvorderbaarheid voor de winnaar is net zoals omgekeerd de verwijzing in de kosten van de verliezer, ook buiten elke fout om, een vorm van aansprakelijkheid voor rechtmatige daad. Dergelijke regeling bevordert overigens een gezonde relativering van het recht, en breekt met de illusie dat het recht zwart of wit is, dat wie gelijk krijgt in een proces daarom ook gelijk heeft. Deze rechtvaardiging houdt echter anderzijds ook in dat deze beperking op grond van de goede trouw moet kunnen worden terzijde geschoven in bijzondere gevallen, ook zonder dat de eis of het verweer waarlijk tergend en roekeloos kunnen worden genoemd. Belangrijk bij deze beoordeling is de gedraging van partijen vlak voor het proces (aanmaning, repliek, onderhandelingen e.d.).

Die landen die de terugvorderbaarheid wel kennen, hebben overigens omgekeerd ook beperkingen ingebouwd, die te maken hebben met de gedraging van partijen vlak voor het proces(79).

b) (Nog) delikater ligt de vraag wanneer de dagvaarding nietig wordt bevonden of de eis ontoelaatbaar wordt bevonden (gebrek aan belang of hoedanigheid, afwezigheid van rechtsmacht, e.d.m.). Hier gaat het argument van het recht om te vorderen niet meer op. Daaruit

(77) Zie b.v. Vred. St.-Gillis, 1 oktober 1985, *T.V.V.*, 1987, 51 (dat wel een verhaal tegen de verzekeraar betrof); DEMEULENAERE, B., „Advocatenhonoraria, een consumentvriendelijk perspectief”, *T.P.R.*, 1988, (1) 24 e.v.; LINSMEAU, J., „La répétibilité des honoraires”, *Investeren in Justitie*, Congres Nationale Orde van Advokaten, Antwerpen, 2 februari 1990. Genuanceerd LAENENS, J., „Kan een partij veroordeeld worden tot betaling van het ereloon van de advocaat van de tegenpartij?”, noot onder Vred. St.-Gillis, *T.V.V.*, 1987, 54. Erg kritisch daarentegen BALATE, E., „Les honoraires d’avocat à charge de la partie succombante: facteur d’accès à la justice ou non?”, *T.V.V.*, 1987, 35.

(78) Vgl. STORME, M.L., in *De overeenkomst vandaag en morgen*, in fine.

(79) Zie b.v. § 93 en 94 ZPO; zie verder LINSMEAU, J., *Investeren in Justitie*, Congres Nationale Orde van Advokaten, Antwerpen, 2 februari 1990, p. 18 (Verenigd Koninkrijk).

zou moeten volgen dat de ontoelaatbaarverklaring van de eis in beginsel wél zou moeten gepaard gaan met een veroordeling tot terugbetaling van de gemiddelde werkelijke advokatenkost (in plaats van enkel de rechtsplegingsvergoeding). Anderzijds kan men opwerpen dat de partij die dergelijke nietigheid of ontoelaatbaarheid opwerpt, maar zo verstandig moet zijn om geen kosten te maken voor verweer aangaande de zaak zelf, maar eerst die exceptie of dat middel van ontoelaatbaarheid moet laten beslechten, en dat de rechtsplegingsvergoeding als vergoeding voor het aldus beperkte verweer moet volstaan. Weigert de eiser het aldus beperkte geschil afzonderlijk door de rechter te laten beslechten, wanneer de verweerder daarom verzoekt, dan zou hij dus wel tot de gemiddelde werkelijke kost moeten veroordeeld worden, indien de exceptie van nietigheid, afwezigheid van rechtsmacht of ontoelaatbaarheid rechtmatig wordt bevonden.

Beperking tot de rechtsplegingsvergoeding geldt in beginsel evenmin voor onrechtmatige tenuitvoerlegging of beslag.

19. ALGEMENE REGELS VOOR VERWIJZING IN DE KOSTEN EN TERGEND EN ROEKELOOS PROCEDEREN — Ieder eindvonnis verwijst in beginsel de in het ongelijk gestelde partij in de kosten (en de gedeeltelijk in het ongelijk gestelde partij gedeeltelijk in de kosten), behoudens bepalingen van bijzondere wetten of afwijkende overeenkomst (art. 1017, 1 en 3 Ger.W.).

„Bijzondere wettelijke bepalingen” vinden we reeds in art. 1017, 2 (geschillen van sociale zekerheid) en 1017, 3 Ger.W. (tussen echtgenoten, bloed- of aanverwanten). Het begrip „bijzondere wettelijke bepalingen” wordt echter — terecht — ruim uitgelegd en omvat zo ook een zo algemene bepaling als art. 1382 B.W.(80). M.i. is ook art. 1134, 3 B.W. (de eisen van de goede trouw van het handelen) zo’n bijzondere wettelijke bepaling. Zij heeft het voordeel boven art. 1382 B.W. dat zij ook de terugvordering belet van kosten, waarvan het maken weliswaar geen fout vormt, maar toch een gedraging waarvan men de gevolgen niet op anderen mag afwentelen. Zoals reeds gezegd is het kiezen van de duurdere weg of het maken van nodeloze gerechtskosten veelal géén onrechtmatige daad, maar is het terugvorderen ervan veelal wél onrechtmatig.

(80) Cass., 24 april 1978, v.z.w. I. t. B., *R.W.*, 1978-79, 2669 noot LAENENS, J., *Arr.*, nr. 965, *J.T.T.*, 1979, 254.

Daarnaast kan het procederen ook foutief geschieden, wat dient te worden bestraft met schadevergoeding bovenop verwijzing in de kosten (schadevergoeding wegens tergend en roekeloos geding). Het is zelfs niet uitgesloten dat een eis of verweer gegrond is, maar de winnaar dusdanig onzorgvuldig heeft geprocedeerd dat hij daarvoor schadevergoeding verschuldigd is(81).

Op deze vergoeding wegens tergend en roekeloos geding wordt niet uitputtend ingegaan in dit verslag(82). Slechts twee opmerkingen. Ten eerste moet nogmaals benadrukt worden dat de „goede trouw van het niet weten” niet volstaat opdat er géén fout zou zijn. Zo kan men spreken van een zekere onderzoeksplicht van de eiser, wiens eis tergend en roekeloos is wanneer de ongegrondheid ervan uit een eenvoudig onderzoek diende te blijken („kennelijk” was). Ten tweede zou de vergoeding m.i. in beginsel de volledige werkelijke schade moeten dekken — m.i.v. de advokatenhonoraria(83) en m.i.v. de morele schade (aantasting van goede naam e.d.) — al moet die dan wel door de eiser van die vergoeding aangevoerd (en zonodig bewezen) worden, maar dient deze werkelijke kost te worden gematigd indien de eiser zelf ook geen schoolvoorbeeld van zorgvuldigheid is. Doch een principiële beperking tot de „gemiddelde” kost is hier ongerechtvaardigd: in de akwiliaanse aansprakelijkheid moet de dader het slachtoffer „nemen zoals hij het vindt”.

(81) Enkele voorbeelden daarvan komen in dit verslag ter sprake (zie b.v. randnr. 23 en 44). Zie verder o.m. FAGNART, J.L. en DENEVE, M., „Chronique de jurisprudence. La responsabilité civile 1976-84”, *J.T.*, 1986, 306 nr. 64-1; STORME, M.L., *Liber amicorum Jan Ronse*, (67) 71 en 77; TAELEMAN, P., *T.P.R.*, 1988, (89) nr. 14; DESDEVISES, Y., „L'abus du droit d'agir en justice avec succès”, *D.* 1979, C. 21-22; Kh. Brussel, 25 april 1986, beroepsvereniging U. t. n.v. A, *R.W.*, 1986-87, 885 noot G.L. BALLON.

(82) We verwijzen naar de rechtsleer die in het bijzonder dit onderwerp heeft behandeld, o.m. CAMPION, L., *La théorie de l'abus des droits*, Brussel, Bruylant, 1925, 64 e.v., nr. 93 e.v.; VAN NESTE, F., „Misbruik van recht”, *T.P.R.*, 1967, (339) nr. 39; STORME, M.L., *Liber amicorum Jan Ronse*, (67); FAGNART, J.L., „Chronique de jurisprudence. La responsabilité civile”, *J.T.*, 1976, (569) 588 nr. 44 en *J.T.*, 1986, (306) nr. 64; DALCO, R.O., „Examen de jurisprudence. La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle”, *R.C.J.B.*, 1973, (636) nr. 15 en *R.C.J.B.*, 1980, (362) nr. 8; DE KEYSER, H., „Frais et dépens. Aperçu de la jurisprudence des juridictions du travail pour la période 1970-1980”, *J.T.T.*, 1982, 17 e.v.; TAELEMAN, P., *T.P.R.*, 1988, (89) e.v.; rechtsvergelijkend, GERBRANDY, S., „Gebruik en misbruik van procesrecht”, *Advocatenblad*, 1959, 325 e.v. Zie verder nog Kh. Brussel, 18 april 1985, Mattelin t. n.v. Daniel Doyen, *R.P.S.*, nr. 636 (in samenhang met rechtsverwerking); Brussel, 22 september 1988, n.v. Scaldia paper t. n.v. Bank Nagelmackers, *J.T.*, 1989, 694; Rb. Brussel, 14 juli 1989, I.D. t. Procureur des Konings, *J.T.*, 1989, 696.

(83) Vgl. TAELEMAN, P., *T.P.R.*, 1988, (89) nr. 30 e.v.; (terughoudend) LINSMEAU, J., *Investeren in Justitie*, Congres Nationale Orde van Advokaten, Antwerpen, 2 februari 1990, 16 en verwijzingen in voetnoot 32, waaronder contra (m.i. ten onrechte) Brussel, 15 juni 1987, *R.G.A.R.*, 1989 nr. 11.547 en 11.557. Zie ook art. 91 it. CPC.

1.2. UITWERKING VAN DE EISEN EN SANKTIES DER GOEDE TROUW IN DE VERSCHILLENDE STAPPEN DER RECHTSPLEGING

Inleiding

20. Zoals reeds eerder gezegd wordt de invloed van de goede trouw niet louter op zichzelf bekeken, maar ingebed in het systeem van het Gerechtelijk Wetboek. Ook zal niet telkens opnieuw herhaald worden dat bepaalde redeneringen, die zullen worden gemaakt, op de goede trouw worden gegrond.

1.2.1. Onredelijkheid bij het aanspannen van een proces

1.2.1.1. Omstandigheden die het procederen zelf onredelijk maken

21. Niet besproken worden hier de wettelijke middelen van ontoelaatbaarheid (exceptie van gewijsde, gebrek aan hoedanigheid, gebrek aan inschrijving in het handelsregister (art. 42 handelsregisterwet), gebrek aan kantmelding (art. 3 Hyp.W.), afwezigheid van rechtsmacht, e.d.m.(84). Het vereiste belang komt terloops ter sprake. Wel wordt onder randnr. 47 e.v. ingegaan op de eisen van de goede trouw bij het opwerpen van deze middelen door de verweerder.

a) rauwelijks instellen van een eis en andere vormen van onredelijkheid van het procederen op grond van de preprocesuele gedraging van de eiser

22. AANMANINGSPLICHT — Een eerste vorm van onredelijkheid van het procederen kan gelegen zijn in het dagvaarden zonder voorafgaande ingebrekestelling. De ingebrekestelling wordt meestal bestudeerd in haar materieelrechtelijke rol(85) (zij doet de rente lopen, het

(84) Zie verder VAN GELDER, A., „Hoe kom ik aan de grond? De sanctieregeling in het gerechtelijk recht”, *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, GEINGER, H. (ed.), Brussel, Vlaams Pleitgenootschap/Antwerpen, Kluwer, 1984, 15 e.v.

Andere excepties zoals de verjaring, de exceptie van spel en weddenschap, de exceptie van K.I., zijn o.i. géén middelen van onontvankelijkheid, maar materieelrechtelijke excepties (verweermiddelen ten gronde), die met het abstrakte ius agendi en de daartoe vereiste hoedanigheid niets te maken hebben. Meer bepaald de verjaring heeft te maken met de opeisbaarheid van het subjectieve recht zelf, op een gelijkaardige wijze als b.v. de opschortende termijn.

(85) Zie b.v. DE PAGE, H., *Traité*, III, nr. 80.

risiko overgaan, belet een mogelijke rechtsverwerking(86), e.d.m.) of in haar tenuitvoerleggingsrechtelijke rol (als vereiste voor bepaalde vormen van eigenrichting, b.v. buitengerechtelijke ontbinding — art. 1184 B.W. — of onrechtstreekse uitvoering zonder rechterlijke machtiging — art. 1144 B.W. —, waarbij de sanktie overigens ook materieelrechtelijk is: indien de wederpartij geen kans meer wordt gegeven tot vrijwillige uitvoering is de ontbinding ongeldig en diegene die ontbindt dus zelf in wanprestatie(87)), soms ook in haar bewijsrol (nl. als wijze om zichzelf een bewijsmiddel te verschaffen)(88). Voor de verbintenisrechtelijke gevolgen is een ingebrekestelling (aanmaning of aansprakelijkstelling) overbodig zodra de uitvoering in natura blijvend materieel onmogelijk is geworden of geen nut meer oplevert voor de schuldeiser(89), bij niet-nakoming binnen de bedongen termijn zo die geldt als aansprakelijkstelling — wat niet vermoed wordt (art. 1139 B.W.(90)) —, bij blijvende schade of een feit van de schuldenaar of een andere ernstige reden die eenzijdige verbreking toelaat, of bij uitdrukkelijke mededeling van de schuldenaar dat hij zijn verbintenis niet of niet tijdig zal nako-

(86) Zie daarvoor STORME, M.E., *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, nrs. 297, 353, 396, 417-419 en 475. Zie b.v. Kh. Brussel, 18 oktober 1977, De Vuyst t. p.v.b.a. De Weghe, *B.R.H.*, 1978, 200 (ook besproken als rechtsverwerking door VAN OMMESLAGHE, P., „Examen de jurisprudence”, *R.C.J.B.*, 1988, nr. 147 in fine) waar een verwarmingsinstallateur, die na een eenzijdige verbreking van de besteller langdurig stilzat zonder ingebrekestelling alvorens te dagvaarden, zijn vordering tot schadevergoeding verwerkt zag omdat „het niet opgaat twee jaar later plots schadevergoeding te vragen zonder aanmaning op een normaal tijdstip”.

De verwerking werd overigens reeds door oudere auteurs in samenhang met de vereiste van ingebrekestelling behandeld, b.v. door TOULLIER, C.B., *Le droit civil suivant l'ordre du code. Ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, Brussel, A. Wahlen en co., (5)1824, VI nr. 256 e.v.

(87) Zie voor dit alles o.m. STORME, M.E., *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 361; VAN OMMESLAGHE, P., „Examen de jurisprudence”, *R.C.J.B.*, 1975, 603 e.v., nr. 65 en 65 bis, *R.C.J.B.*, 1986, nr. 98-100; BURMANNE, M., noot onder Luik, 6 december 1985, *R.Rég.D.*, 1987, 14; DELAHAYE, Th., *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, nr. 22 en 233 e.v.

(88) Zie WILMS, W., *De ingebrekestelling en de kwijtende verjaring*, Brussel, Swinnen, 1985, nr. 9-10, waar deze rol in samenhang gezien wordt met de regel van de verschuiving van het risico (rol bij het bewijs van de oorzaak van wanprestatie). De ingebrekestelling heeft ook nog in een meer primaire zin een bewijsrol, in die zin dat het gebrek aan ingebrekestelling gedurende langere termijn een vermoeden kan wekken dat de schuld reeds betaald werd.

(89) Cass., 20 december 1951, Maes t. Wuytack, *Arr.*, 1952, 190; Cass., 3 mei 1957, n.v. cie. de Messageries maritimes t. n.v. Huileries de la Nethe, *Arr.*, 731, verbreking van Hof Brussel, 17 februari 1956; Cass., 4 september 1975, Nelissen t. Somer, *Arr.*, 20, *R.W.*, 1975-76, 1561 noot VAN HOUTTE, H., *J.T.*, 1976, 243, verbreking van Luik 27 maart 1974; Cass., 25 november 1976, Buelens t. Hendrickx, *Arr.*, 337, verbreking van Brussel, 8 januari 1976.

(90) Voor de uitzonderingen, zie VANDEPUTTE, R., *Beginnels van Belgisch privaatrecht*, deel X, 2. *Bijzondere overeenkomsten*, A. *Verkoop, bewaargeving, borgstelling*, Antwerpen, Standaard, 1981, p. 198-199; VIEUJEAN, E., „Le terme de droit suspensif”, *Les Nouvelles, Droit civil*, IV, 2, Brussel, Larcier, 1958, nr. 941-963.

men(91). Daarbuiten moet de schuldenaar in gebreke gesteld worden, in beginsel door een aanmaning waarin een korte (doch redelijke) termijn („Nachfrist”, „délai de grâce”) gegeven wordt, doch een schriftelijke aansprakelijkstelling zonder dergelijke termijn volstaat indien uit de houding van de schuldenaar blijkt dat dergelijke termijn nutteloos zou zijn, of wanneer reeds een termijn voor nakoming bepaald was.

Doch daarnaast heeft de ingebrekestelling ook een belangrijke processuele rol(92). Op grond van de eisen der goede trouw in het procesrecht heeft de eiser de verplichting om, vooraleer te procederen, de schuldenaar daarvan te verwittigen(93), om hem zodoende nog de kans te geven de betwisting zonder proces op te lossen. Naargelang de omstandigheden moet hij de verweerder ook de daartoe vereiste termijn gunnen. Het gaat hier om een beginsel van behoorlijke procesvoering. Deze processuele rol blijkt b.v. duidelijk uit de regel dat, anders dan voor een vordering tot uitvoering of ontbinding of voor een aanspraak op verwijlrente, in beginsel géén ingebrekestelling vereist is voor het opschorten van de eigen tegenprestatie (exceptio non adimpleti contractus)(94). In het systeem van de Code civil dient het vereiste van een aan de dagvaarding vooraf-

(91) Brussel, 29 november 1929, n.v. Gouweloos t. Ickx, *Pas.*, 1930 II, 131; HR 15 mei 1987, Sopar t. Gronex, *N.J.*, nr. 830; DEMOGUE, R., *Traité des obligations*, VI nr. 236; PLANIOL, M. en RIPERT, G., *Traité pratique de droit civil français*, VII, *Obligations, deuxième partie*, door ESMEIN, P., GABOLDE, G. & RADOUANT, J., Parijs, (2)1957, nr. 828; HOFMANN-VAN OPSTAL, *De algemene leer der verbintenissen*, I, 116 e.v.; ASSER-RUTTEN, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, 4. *Verbintenissenrecht*, deel I — *de verbintenis in het algemeen*, Zwolle, Tjeenk Willink, (6)1981, p. 172; DELAHAYE, Th., *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, nr. 210; CONSTANTINESCO, L.J., *Inexécution et faute contractuelle en droit comparé*, nr. 41 en 58 IV.

(92) Zie WILMS, W., *De ingebrekestelling en de kwijtende verjaring*, nr. 3, 5-11 en 44-52 (daar ook de „politieke rol” genoemd). Ook DE PAGE, H., *Traité*, III, 111 nr. 82, spreekt van een dubbele rol (enerzijds materieelrechtelijke gevolgen, anderzijds voorwaarde voor gedwongen uitvoering).

(93) In sommige bijzondere wetten wordt dit uitdrukkelijk bepaald, b.v. art. 46 KB 19 december 1967 houdende algemeen reglement van het sociaal statuut der zelfstandigen. Zijn er voorafgaand aan de vordering contacten geweest tussen advocaten, dan moet ook de tegenstrever verwittigd worden, doch dit is een deontologische regel tussen Advokaten (art. 240 Beroepscode, Beslissing 23.3.1971 van de Orde van Advokaten te Brussel, nu art. 2 Reglement Nationale Orde, 7 december 1989).

(94) DE BERSAQUES, A., noot onder Cass., 24 april 1947, *R.C.J.B.*, 1949, (125) nr. 11; Cass., 23 februari 1956, Hupin-Brichot t. Belgische Staat (landsv.), verbreking van Brussel, 22 juni 1954, *Arr. Cass.*, 511, en noot 2; LAMINE, L., *Het retentierecht*, Antwerpen, Kluwer, 1982, nr. 131; PLANIOL, M. en RIPERT, G., *Traité pratique de droit civil français*, VI, *Obligations, première partie*, door Paul ESMEIN, Parijs (2)1957, nr. 455; CONSTANTINESCO, L.J., *Inexécution et faute contractuelle en droit comparé (droits français, anglais, allemand)*, Stuttgart, Kohlhammer/Brussel, Librairie encyclopédique, 1960, nr. 38; STORME, M.E., *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 291 e.v.

gaande ingebrekestelling te worden gesanktionneerd met ontoelaatbaarheid van de eis(95).

Deze processuele rol is echter verduisterd geworden door een verkeerd begrip van de regel dat de dagvaarding als ingebrekestelling geldt. Deze regel betekent immers enkel dat een eerdere dagvaarding, weze ze nietig of al heeft ze om een andere reden niet tot een veroordeling geleid, het overbodig maakt om voorafgaand aan een tweede dagvaarding nogmaals aan te manen tot nakoming(96). De regel betekent geenszins dat men een geding mag aanspannen zonder een aan de dagvaarding voorafgaande ingebrekestelling. In het huidige recht is een aan de dagvaarding voorafgaande ingebrekestelling echter geen toelaatbaarheidsvereiste meer. Doch heeft de eiser de verweerder de kans niet gegeven om de zaak zonder geding op te lossen, hoewel die moest gegund worden, dan dient hij verwezen te worden in de kosten van het geding, indien de verweerder ten laatste bij de inleiding van het geding de nakoming van het gevraagde aanbiedt(97). Deze „processuele” verwittigingsplicht blijft o.i. niet noodzakelijk beperkt tot die gevallen waarin een ingebrekestelling vereist is voor de verbintenisrechtelijke gevolgen. Vooreerst blijft ze niet beperkt tot geschillen waarin de uitvoering in natura nog mogelijk is: ze betreft in beginsel ook de vorderingen tot herstel in natura, tot betaling van schadevergoeding wegens onrechtmatige daad, e.d.m.. Ze is vereist telkens er nog een kans bestaat dat de verweerder

(95) Zie nog b.v. Brussel, 14 januari 1884, soc. union industrielle des deux Luxembourg t. Belgische Staat, *Pas.*, 1885, II, 42 (middel van ontoelaatbaarheid dat in elke stand van het geding kan worden opgeworpen). Vgl. b.v. ook Rb. Brussel, 13 januari 1950, De Coster cs. t. Van der Linden, *Pas.*, III, 31.

Anders b.v. Rb. Charleroi, 10 juni 1908, n.v. de Contre-assurances t. Nandois en Cie, *Pand. pér.*, 1903, 1023.; Arbrb. Charleroi, 21 april 1976, v.z.w. Entr'aide t. Feront, *J.T.T.*, 1977, 84.

(96) Vgl. WILMS, W., *De ingebrekestelling en de kwijtende verjaring*, nr. 50.

(97) MEIJERS, E.M., „Misbruik van recht en wetsontduiking”, *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, I, 80; ASSER-RUTTEN, *Verbintenissenrecht*, deel I, 155; HOFMANN-VAN OPSTALL, *De algemene leer der verbintenissen*, I, 93-94; Kh. Antwerpen, 4 september 1883, Potter Twelves & cie t. Obels, *Pand. pér.*, 1895, nr. 14; Arbrb. Brussel, 31 maart 1981, Nationale sociale verzekeringskas voor Middenstand en beroepen, *R.W.*, 1981-82, 1691; Arbrb. Charleroi, 21 april 1976, v.z.w. Entr'aide t. Feront, *J.T.T.*, 1977, 84. Vgl. ook GERBRANDY, *Advocatenblad*, 1959, (325) 385 nr. 3; MIGNON, M., „Les instances actives et passives et la théorie de l'abus du droit”, *D.* 1949, C. XLIV, p. (183) 184. Vgl. § 93 ZPO: „Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen dem Kläger die Prozeßkosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt”. Het in de tekst gestelde is m.i. niet in strijd met de regel dat de rechtsplegingsvergoeding verschuldigd is zodra de zaak op de rol is gezet, tenzij er voor de rolstelling volledige voldoening is geschonken aan de eiser (zo b.v. art. 323 Beroepscodex, Resolutie 30.3.1971 Orde van Advokaten te Brussel). Het is evenmin in strijd met art. 3, 2, tweede zin KB 30 november 1979 rechtsplegingsvergoeding (zoals gewijzigd bij KB 23 november 1976), dat deze vergoeding in dat geval immers vermindert tot 1/4, maar niet uitsluit. Bij deze bepalingen wordt er immers van uitgegaan dat aan de vereiste van voorafgaande ingebrekestelling is voldaan.

vrijwillig aan het gevorderde zal voldoen (zij het dat uitvoering in natura gevorderd wordt, zij het schadevergoeding, zij het ontbinding, e.d.m.). De korte termijn die de verweerder daarbij nog moet gegund worden, kan doorgaans op twee weken geschat worden(98), en moet minstens de termijn bedragen die voor de verbintenisrechtelijke gevolgen wordt vereist, b.v. voor een aanzegging van ontbinding(99). Maar er moet natuurlijk rekening gehouden worden met de aard van de verbintenis. Nu zijn er natuurlijk gevallen waarin de verweerder naar goede trouw geen termijn meer moet gegund worden, en dus ook een voorafgaande ingebrekestelling overbodig is, namelijk in de genoemde gevallen dat de verweerder ernstig zijn weigering meedeelt of deze duidelijk uit zijn houding blijkt. Men zou kunnen zeggen dat de verweerder in die gevallen de kans om nog na te komen zonder gerechtskosten heeft verwerkt.

Ook kan in beginsel geen voorafgaande ingebrekestelling vereist worden voor het nemen van bewarende maatregelen of wanneer zij de rechten van de eiser in gevaar brengt(100). Dit is o.m. het geval voor de kontentieuze rechtsplegingen die om die reden op éézijdig verzoekschrift worden ingesteld (kort geding op éézijdig verzoekschrift, beslag, vgl. ook art. 7, 5 Handelshuurwet, exequatur e.d.m.). Andere rechtsplegingen op éézijdig verzoekschrift, die slechts de versnelling van de rechtsgang dienen (b.v. machtiging tot pandverkoop, summieri rechtspleging om betaling te bevelen) daarentegen moeten a fortiori door een aanmaning worden voorafgegaan (zie art. 4 Handelspandwet, art. 1339 Ger.W., vgl. ook art. 8, 3 Handelshuurwet).

Voor sommige rechtsplegingen wordt de hier verwoorde regel betreffende de kosten uitdrukkelijk in de wet bepaald, zoals b.v. voor de eis tot schriftonderzoek of voor de valsheidseis, wanneer de verweerder „aanstonds” (bij verschijning) het geschrift of de handtekening erkent c.q. verklaart dat hij zich t.o.v. de eiser niet van het stuk wil bedienen (art. 885 en 900 Ger.W.).

23. ANDERE VORMEN VAN VERWITTIGINGSPLICHT — Een vergelijkbare verwittigingsplicht heeft ook de eiser die de aanspraak die hij

(98) Voor de aanmaning tot betaling voorafgaand aan de éézijdige summieri rechtspleging om betaling te bevelen, wordt hij wettelijk op 15 dagen bepaald (art. 1339 Ger.W.).

(99) De minimumtermijn daartoe wordt in een aantal gevallen wettelijk bepaald, meestal op 1 of 2 weken.

(100) Vgl. artt. 239 en 240 Beroepscode (Beslissing 23.3.1971 van de Orde van Advokaten te Brussel, nu art. 1 en 2 Reglement Nationale Orde 7 december 1989).

geldend wil maken overgenomen heeft van een derde buiten weten van de schuldenaar (vgl. § 94 ZPO). In sommige gevallen bepaalt ons recht een verregaander bescherming van de verweerder. Dit is meer bepaald het geval bij overdracht van schuldvordering: voor de tegenwerpelijheid daarvan aan de schuldenaar (en dus de gegrondheid van de eis) is in beginsel een betekening vereist (art. 1690 B.W.), tenzij de schuldvordering belichaamd is in een waardepapier of in een faktuur — in het laatste geval mits kennisgeving bij aangetekend schrijven (art. 15 W. 25 oktober 1919 handelszaak en faktuur) —. Nu is het wel zo dat een dagvaarding van de schuldenaar bij deurwaardersexploot tot betaling van de overgenomen schuld in de meeste gevallen als betekening van de overdracht geldt, doch in de huidige stand van ons recht dient dit nog steeds op kosten van de schuldeiser te geschieden (tenzij in de oorspronkelijke schuldverhouding anders bedongen is). En voor waardepapieren mag maar gedagvaard worden indien het papier voordien ter betaling is aangeboden en geweigerd werd: weliswaar bepaalt b.v. artikel 38 Wisselwet dat het verzuim enkel aanleiding kan geven tot schadeloosstelling, zodat de vordering wel toelaatbaar is, maar die schadeloosstelling omvat precies ook de gerechtskosten. Voor regres op de tussentijdse houders vereist artikel 45 Wisselwet een protestakte en kennisgeving daarvan aan zijn endossant en aan de trekker; ook hier omvat de schade waarvan artikel 45, 6 Wisselwet en artikel 42, 6 Chequewet spreken o.m. de gerechtskosten.

Doch er zijn ook andere gevallen waarin iemand een aanspraak van een ander kan hebben overgenomen buiten weten van de schuldenaar. Bij overdracht van zakelijke rechten onder levenden is weliswaar overschrijving in openbare registers vereist (art. 1 Hyp.W.), zodat de verweerder geen andere vormen kan eisen voor tegenwerpelijheid, doch deze tegenwerpelijheid betekent nog niet dat men rauwelijks een derde mag dagvaarden, die geen bijzondere reden had om de registers te raadplegen en ook verder niet op de hoogte was van de overdracht, voor zover natuurlijk de persoon van de rechthebbende voor zijn verweer enig belang kan hebben. Bij overgang van rechten (zowel zakelijke als schuldvorderingen) mortis causa is geen publiciteit bepaald en moet de erfgenaam zijn hoedanigheid kunnen aantonen.

Bij dit alles mag men dan ook niet vergeten dat een schuldenaar naar goede trouw ook de nakoming van zijn verbintenis mag opschorten zolang hij redelijke gronden van twijfel heeft of de betaling aan de persoon die zich aandient wel bevrijdend is en of zij de werkelijke

schuldeiser ten goede komt(101). Dit opschortingsrecht heet ook „exceptio dubii”. De „waarschijnlijke schuldeiser” zou wel konsignatie of zekerheidsstelling kunnen eisen (desnoods in kort geding)(102). Indien deze evenwel niet gevraagd wordt, dient rauwelijks dagvaarden ten koste te blijven van de eiser.

Nu is de verwittigingsplicht van de overnemende schuldeiser m.i. slechts een voorbeeld van een meer algemene regel. Er zijn nog vele andere situaties waarin een verweerder het niet op een geding zou hebben laten aankomen indien hij de feitelijke toedracht gekend had(103). In al die gevallen kan men de eiser die deze toedracht welkende en het belang ervan voor de beoordeling van de zaak door de wederpartij diende te beseffen, een gebrek aan voorprocessuele informatie verwijten. Indien de verweerder in dergelijke situaties niet schuldig onwetend was en onmiddellijk na kennisname van die toedracht voldoening aanbiedt (en ook binnen de daartoe vereiste termijn uitvoert), dan dient dit verzuim van verwittiging van de eiser met verwijzing in de kosten te worden bestraft. Deze informatieplicht kan naar omstandigheden ook de verplichting omvatten om wezenlijke bewijsmiddelen reeds voor het proces over te leggen.

24. WEIGERING VAN REDELIJKE ONDERHANDELINGEN — We kunnen nog een stap verder gaan op grond van de eisen der goede trouw. Dagvaarden geschiedt niet alleen rauwelijks wanneer er geen voorafgaande aanmaning is geweest, maar ook wanneer op die aanmaning de tegenpartij een redelijk voorstel heeft gedaan zonder de eis definitief af te wijzen, en de eiser desondanks zonder nieuwe aanmaning dagvaardt en weigert op grond van dat redelijk voorstel te onderhandelen (ook al is hij er helemaal niet toe gehouden dat voorstel te aanvaarden)(104). We hebben het niet over de gevallen waarin een verzoeningspoging wettelijk verplicht is (b.v. inzake echtscheiding,

(101) Cfr. DEMOGUE, R., *Traité des obligations*, VI, nr. 11; KRUIHOF, R., MOONS, H. en PAULUS, C., „Overzicht van rechtspraak 1965-73. Verbintenissen”, *T.P.R.*, 1975, (439 en 715) nr. 170; STORME, M.E., *De invloed van de goede trouw op kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 271. Zie b.v. Kh. Brussel, 28 september 1966, p.v.b.a. D. Rooryck en Verheyen t. n.v. Constantia Leven, *R.W.*, 1966-67, 610, *R.G.A.R.*, nr. 7748 noot SCORIELS, J.; art. 23, § 4 CIV Bern, 9 mei 1980 (W. 25 april 1983), art. 6, 2, VN-Verdrag multimodaal internationaal goederenvervoer 1980. Vgl. Benelux-ontwerp nakoming van verbintenissen art. 11 en de bespreking door VAN OPSTALL, S.N., „De ontwerp-Benelux-overeenkomst inzake nakoming van verbintenissen”, *T.P.R.*, 1973, (697) 718-719 nr. 12; NBW art. 6.1.6.7c.; OR art. 168, 1.

(102) Zie b.v. Vz. Kh. Brussel, 22 maart 1983, n.v. Heller general Factoring t. GmbH Ashland-Sudchemie cs. (vonnis over de zaak zelf: Kh. Brussel, 4 juni 1985, *T.B.H.*, 1986, 393).

(103) Zie de uitvoerige bespreking van deze vraag door STÜRNER, R., *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, 261-377.

(104) Zie b.v. in die zin POLAK, R.J., *N.J.B.*, 1941, (765) 790.

art. 1258 Ger.W., pacht, art. 1345 Ger.W., en arbeidszaken, art. 734 j° 578 Ger.W.): wanneer in die gevallen géén van beide partijen een voorstel tot minnelijke schikking doet, is dit veelal een nutteloze formaliteit(105).

We hebben het hier evenmin over de materieelrechtelijke verplichting tot (her)onderhandelen(106), die kan bestaan in geval van omstandigheden waarvoor een overeenkomst geen regeling bepaalt (een zogenaamde leemte in de overeenkomst), — maar niet bestaat bij een eenvoudige wanprestatie —. Wel kan ter vergelijking gewezen worden op de gevallen waarin het afwijzen van een redelijk beëindigingsvoorstel van de wederpartij zou neerkomen op een misbruik van de optie tussen uitvoering en ontbinding van een overeenkomst, nl. wanneer de schuldeiser door de ontbinding geen nadeel lijdt in vergelijking met de situatie waarin de overeenkomst normaal ware uitgevoerd(107).

Indien het juist is dat een verzoeningspoging voor de rechter niet verplicht kan worden gesteld (art. 731, 2 Ger.W.), dan betekent dit nog niet dat een beding van voorafgaande buitengerechtelijke verzoeningspoging niet afdwingbaar zou zijn, net zozeer overigens als een beding van bindende derdenbeslissing, e.d.m. Het is juist dat het recht om te vorderen en zich te verdedigen in rechte niet bij overeenkomst kan worden uitgesloten — tenzij door een geldige arbitrageovereenkomst —, noch dusdanig kan worden beperkt dat de uitoefening ervan uitermate moeilijk wordt, maar deze rechten kunnen wel bij overeenkomst gemodificeerd worden. Zo zal de rechter de partij die vordert zonder eerst zoals afgesproken om een bindende derden-

(105) Vgl. (met voorbehoud voor echtscheidingszaken) STORME, M., DECONINCK, B., BAERT, K. en CLYMANS, E., „De versnelling van het proces. Suggesties en randbemerkingen bij een colloquium te Gent”, *R. W.*, 1978-79, (2390) 2393, eveneens als „L'accélération de la procédure”, *J.T.*, 1979, 329.

Inzake huur werd deze verplichte verzoeningspoging dan ook terug afgeschaft met de W. 30 december 1982 (zie verslag-Storme, *Parl. Stukken, Senaat*, 1977-78, nr. 234/2, p. 6).

(106) Zie HORN, N., „Neuverhandlungspflicht”, *AcP* 1981, 255; VAN DUNNÉ, J.M., „De verplichting tot heronderhandelen in geval van hardship”, *Iustitia et amicitia, geschillenbeslechting in en buiten rechte, Opstellen ter gelegenheid van het 175-jarig bestaan van het Genootschap Iustitia et Amicitia*, Arnhem, Gouda Quint, 1985, 117 e.v.; PICOD, Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Parijs, L.G.D.J., 1989, 212 e.v. nr. 188 e.v.

(107) Zie daarvoor b.v. Vred. Luik, 23 november 1984 en Rb. Luik, 13 juni 1986, Gomez t. Equchi, *J.L.M.B.*, 1987, 874 noot B.C.; Vred. St.-Gillis, 23 november 1981, *T.V.V.*, 1982, 200; Rb. Verviers, 16 januari 1985, *J.L.*, 349, *R.J.I.*, 269, *R.Rég.D.*, 1986, 51 en Cass., 16 januari 1986 (verwerping), Hardy cs. t. Derouaux, *Arr.*, nr. 317, *J.T.*, 404, *R.Rég.D.*, 37, *T.B.B.R.*, 1987, 130 en bijbehorend artikel van HUBEAU, B. en RAUWS, W., „De leer van het rechtsmisbruik in het huurrecht”, *R. W.*, 1987-88, 1470, noot VAN OEVELEN, A.; zie ook Cass. (fr.), 22 februari 1968, verbreking Dijon, *J.C.P.*, 1969, II nr. 15.735, noot R.D., *D.*, 607, noot MALINVAUD, Ph., besproken door SIMLER, Ph., „L'article 1134 du Code civil et la résiliation anticipée des contrats à durée déterminée”, *J.C.P.*, 1971, *D.*, nr. 2413, nr. 15 e.v.

beslissing te verzoeken, naar die derde moeten verwijzen (verwijzen niet in de technische zin van art. 660 Ger.W.). Het gaat hier wel niet om onbevoegdheid of ontoelaatbaarheid(108), maar om de zaak zelf, om de gegrondheid van de eis, al heeft het natuurlijk een weerslag op de kosten (die moeten gelegd worden op diegene die geweigerd heeft de zaak voor de derde te brengen). Doch evenzeer als het verzoek tot scheidsrechtspleging stuit het verzoek tot derdenbeslissing de verjaring(109).

25. PROCEDEREN TIJDENS ONDERHANDELINGEN — Zijn er onderhandelingen aan de gang, dan is rechtsingang onredelijk indien dit gebeurt zonder bijzondere voorafgaande verwittiging(110). *Men kan niet tegelijk warm en koud blazen* (zie evenwel onder randnr. 28). Hierbij moet wel benadrukt worden dat onderhandelingen de verjaring stuiten, minstens schorsen, zodat ook de stuiting der verjaring geen rechtvaardiging vormt voor een plotselinge dagvaarding. Bij onderhandelingen verkeren de partijen immers in de „morele onmogelijkheid” te dagvaarden(111) en „*contra non valentem agere non currit praescriptio*”(112).

Procederen is ookodeloos wanneer vooraf duidelijk was dat partijen ook zonder proces tot een bevredigende oplossing zouden zijn

(108) Ik kom hiermee terug op wat ik eerder heb geschreven in *T.P.R.*, 1985, (713), nr. 13. Anders ook STORME, M.L., „De bindende derdenbeslissing of het bindend advies als middel ter voorkoming van gedingen”, *T.P.R.*, 1984, (1243) nr. 37; HABSCHIED, W., „Das Schiedsgutachten, ein Grenzgebiet zwischen materiellem und Prozeßrecht”, in *Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, zweites Festschrift für H. Lehmann*, 1956, II, (794), 806.

(109) Vgl. art. 3:316, 3 (voorheen 3.11.16.3.) NBW.

(110) Zie b.v. Rb. Luik, 1 september 1976, Verhoustraete t. Baré, *J.T.*, 1977, 102 (tergend en roekeloos is de eis om de overdracht van onverdeelde delen te verbieden, wanneer men zelf over de overname daarvan onderhandelt).

(111) Zo stelde Brussel, 8 februari 1979, n.v. C. t. n.v. N. t. n.v. Z., *R.W.*, 1979-80, 2933, dat het juridisch niet gegrond is dat diegene die het gebrek vaststelt onmiddellijk verplicht zou worden zich hals over kop in een geding te storten (in casu wegens de korte termijn van art. 1648 B.W.), „*daar het algemeen belang vereist dat het gerecht er slechts bij betrokken wordt als geen regeling in der minne mogelijk blijkt en de termijn derhalve slechts loopt van zodra zulks gebleken is*”.

(112) Zie over deze regel CARBONNIER, J., „La règle ‘contra non valentem agere non currit praescriptio’”, *Rev. crit. lég. jur.*, 1937, 158 e.v.; Cass., 2 januari 1969, Kimpe t. Fournier, Libert, verbreking van Rb. Doornik, 22 maart 1966, *R.C.J.B.*, 1969, 91 noot DABIN, J., „Sur l’adage ‘Contra non valentem agere non currit praescriptio’”; rechtsvergelijkend SPIRO, K., „Zur neueren Geschichte des Satzes ‘agere non valenti non currit praescriptio’”, *Festschrift für Hans Lewald bei Vollendung des 40. Amtsjahres als ordentlicher Professor im Oktober 1953*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1953; RANIERI, F., „‘Exceptio temporis’ e ‘replicatio doli’ nel diritto dell’Europa continentale”, *Riv. dir. civ.*, 1971, I, (253) m.b. 290 e.v., en „Suspensione della prescrizione ed exceptio pacti sive doli”, *Riv. dir. civ.*, 1971, II, 11. Vgl. nog LIMPENS, J. & KRUTHOF, R., „Rechtsvergelijkende aantekeningen bij het begrip recht-smisbruik”, *Recht in beweging. Opstellen aangeboden aan prof. mr. ridder René Victor*, Antwerpen, Kluwer, 1973, I, (655) 669.

gekomen — zo b.v. wanneer een gerechtelijke rangregeling wordt uitgelokt, hoewel het duidelijk was dat partijen het anders ook eens zouden geworden zijn(113).

Zo ook werd het verder gerechtelijk blijven invorderen door de R.M.Z. van achterstallige bijdragen, nadat zij op de hoogte was van de oorzaak der achterstallen (arbeidsongeschiktheid) en hoewel de bijdrageplichtige de afbetalingsschema's, die door de rechter werden bepaald, en de in der minne gestelde schema's eerbiedigd had en eerbiedigde, tergend en roekeloos geacht(114).

26. Bij dit alles dient te worden benadrukt dat het niet uitgesloten is dat een gegronde eis toch nog steeds tergend en roekeloos kan zijn(115).

Ik denk aan het voorbeeld van Rb. Bologna 21 juli 1970(116): de houding van de schuldeiser die een (door verstrooidheid) niet onder tekende cirkulaire cheque ontving en, in plaats van de schuldenaar daarvan op de hoogte te brengen, dagvaardt, werd in strijd met de goede trouw geacht.

b) instellen van een kennelijk ongegronde of kennelijk overdreven eis

27. Een kennelijk ongegronde of kennelijk overdreven eis is wél toelaatbaar(117) (de kennelijke ongegrondheid veronderstelt immers een oordeel over het bodemgeschil), maar kan tergend en roekeloos zijn. „Kennelijke ongegrondheid” is de ongegrondheid die de eiser in ieder geval diende te kennen, zij het door een eenvoudig onderzoek, en waarvan het niet-beseffen dus onverschoonbaar is, ook al was er geen tergend opzet(118). Ik verwijs voor de uitwerking graag naar de rechtsleer en rechtspraak over het tergend en roekeloos geding en houd het bij enkele opmerkingen.

(113) HR 17 februari 1927, *N.J.*, p. 391; MEIJERS, E.M., „Misbruik van recht en wetsontduiking”, *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, I, 80.

(114) Rb. Antwerpen, 26 november 1987, b.v.b.a. P. t. R.S.Z., *R.W.*, 1989-90, 26.

(115) Zie de verwijzingen in voetnoot 81. Een bijzonder „curieus” geval vinden we in Vred. St.-Gillis, O.C.M.W. St.-Gillis t. E.B., *T.V.V.*, 1986, 255, waar een terugvordering van steun door het O.C.M.W. gegrond werd verklaard, doch tegelijk het vorderen ervan een misbruik werd geacht, gesanktionéerd met veroordeling tot teruggave van hetzelfde bedrag (!?).

(116) Maracci t. Formica, Colucci, *R.Dir.comm.*, 1971, II, 277 noot Guido ALPA.

(117) Anders GERBRANDY, *Advocatenblad*, 1959, 385 met verwijzing naar Rb. Zutphen, 20 januari 1955, *N.J.*, 1956, 475.

(118) Vgl. het opzet om de wederpartij tot toegevingen te dwingen, besproken door b.v. GERBRANDY, *Advocatenblad*, 1959, (325) 341-342, 379.

1. De kennelijkheid van de ongegrondheid voor de eiser moet in beginsel beoordeeld worden op het ogenblik van de rechtsingang(119): „*mala fides superveniens non nocet*” mits de eiser daar tijdig besluiten uit trekt (en de zaak niet nodeloos rekt).
2. De kennelijkheid van de ongegrondheid mag niet afgeleid worden uit het enkele feit dat de eis tegen een gevestigde rechtspraak of heersende mening ingaat(120), anders zou de noodzakelijke verdere ontwikkeling van het recht ernstig worden belemmerd. Uitzichtloos geachte eisen hebben meer dan eens tot een doorbraak geleid. Om dat in te zien moet men nog niet zo ver gaan als R. VON IHERING, die het in zijn *Kampf um's Recht* (1872) als een burgerplicht tegenover de rechtsstaat beschouwde dat éénieder zijn rechten ook steeds daadwerkelijk zou opvorderen.
3. Het tergend of roekeloos karakter kan ook volgen uit de kennelijke overdrijving van de eis. Dit kan m.b. het geval zijn indien de eiser het proces instelt of verderzet indien de verweerder na de eerste aanmaning een — naar in het proces komt vast te staan — voldoende aanbod heeft gedaan(121).
4. Het tergend en roekeloos karakter van de eis dient sneller te worden aangenomen wanneer de gestelde rechtsfeiten onjuist zijn bevonden, of wanneer geen rechtsfeiten worden gesteld, dan wanneer het enkel om een verkeerde beoordeling naar recht gaat.

c) misbruik bij het in gang zetten van kollektieve rechtsplegingen

28. Gevaar voor misbruik bestaat er zeker bij het instellen van kollektieve rechtsplegingen, zoals de aanvraag van faillissement, de vordering tot vereffening(122), e.d.m. Dergelijke rechtsplegingen kunnen maar al te licht gebruikt worden als dreiging en drukingsmiddel(123) tegen een schuldenaar om hem openbaar in diskrediet te brengen.

(119) Zie b.v. Rb. Turnhout, 19 oktober 1988, echtg. Willems-Geuens t. cs. Luyten, A.R. 58.705/88, beroep aangetekend: partijen waarvoor een verkoper zich sterk gemaakt had, zijn mee gedagvaard door de koper (die de overeenkomst had verbroken), en hebben eerst nadien ondubbelzinnig de ratificatie afgewezen; eis tegen hen niet tergend en roekeloos wegens gebrek aan rechtsband.

(120) Vgl. STORME, M.L., *Liber amicorum Jan Ronse*, (67) 80 nr. 31.

(121) Zie b.v. Cass. fr., (Req.) 7 mei 1924, S. 1925, I, 217 noot BRETHER, ook besproken door GERBRANDY, S., *Advocatenblad*, 1959, (325) 343-344 en 385.

(122) Vgl. ook Rb. Bergen, 3 juni 1964, R.G.A.R., 1965, nr. 7391 (verdeling van een nalatenschap vorderen om een som van 3.372 BF te bekomen).

(123) De aanvraag van een faillissement is ongeoorloofd als drukingsmiddel: Kh. Brussel, 27 oktober 1951, p.v.b.a. S. t. F., R. Faill. 1951-52, 125; Kh. Brussel, 29 december 1951, J.R. t. J.V., R. Faill., 1951-52, 229; FAGNART, J.L. en DENEVE, M., *J.T.*, 1986, nr. 64, 1. Vgl. ook Kh. Charleroi, 18 januari 1984, R.M.Z. t. faill. Deschamps, R. Rég. Dr., 1984, 41.

Zo is het een misbruik om het faillissement aan te vragen van zijn schuldenaar in het besef dat diens betalingsmoeilijkheden van tijdelijke aard zijn(124) of wanneer men met kennis van de staking van betaling eerst een uitstel heeft toegekend(125). Zo werd ook geoordeeld dat het een misbruik is het faillissement aan te vragen van zijn schuldenaar, wetende dat er toch geen verhaal zal te vinden zijn(126), en kan dit o.i. ook naar Belgisch recht gelden, gezien art. 536 Faill.W. voor zulk geval de sluiting van een faillissement bepaalt, zodat de schuldeisers wel individueel genoegdoening kunnen proberen te bekomen, maar niet de hulp van de wettelijke organen van het faillissement kunnen inroepen. Zo is de aanvraag een misbruik indien de aan de gang zijnde vrijwillige vereffening voor de schuldeisers voordeliger is (door de besparing van kosten)(127).

Is de eis niet reeds ontoelaatbaar verklaard, omdat het misbruik nog niet dadelijk is gebleken, dan is schadevergoeding verschuldigd.

d) rechtsgang zonder de bedoeling om de rechter het geschil te laten beslechten

29. Er kunnen zich meerdere toestanden voordoen waarin een eiser een eis instelt zonder de bedoeling te hebben om de rechter het geschil in werkelijkheid te laten beslechten (in geval van eis tot beoordeling van de zaak zelf), om de toegekende voorlopige maatregel aan te wenden (in geval van kort geding), e.d.m.

Laat ons het publiekrechtelijk gezichtspunt („contempt of court”, misbruik van de openbare dienst der rechtsbedeling)(128) even terzijde laten, evenals de gevallen waarin het de bedoeling is derden te

(124) Zie MESTRE, J., „Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance”, in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Parijs, Dalloz Sirey, 1985, (439) 450 e.v. nr. 28 e.v.

(125) CLOQUET, A., *Les concordats et la faillite, Nouvelles, Droit commercial*, IV, Brussel, Larcier, (3)1985, nr. 1114. Voor het overige oordeelt deze auteur wel dat het recht om een faillissement aan te vragen niet voor misbruik vatbaar is, zolang de vordering gegrond is (a.w. nr. 1087). Anders b.v. HR 4 september 1942, n.v. Twentsche Bank (faill. n.v. Britsch Continentale Handelsmaatschappij), *N.J.*, 617, in een geval waar de aanvraag geschiedde door een bank, niet omwille van de eigen, minieme vordering, maar om de belangen van een derde-pandgever te behartigen.

(126) POLAK, R.J., *N.J.B.*, 1941, 791; DE COCQ, *Advocatenblad*, 1959, (388) 393; Rb. Den Haag, 11 februari 1971, Köhler t. B., *Praktijkids*, 1971, nr. 642, *N.J.*, 1971, 290; ABAS, P., *Beperkende werking van de goede trouw*, 334-335.

(127) HR 26 juni 1942, Weegwijts t. n.v. Hollandse Electriche Spoorwegmaatschappij, *N.J.*, 585.

(128) Men kan denken aan de gevallen waarin partijen een geschil veinzen om van de rechter een louter theoretische uitspraak te bekomen (naar verteld wordt zou wijlen een Leuvens hoogleraar dit destijds meermaals hebben gedaan „om aan rechtspraak te geraken wanneer er geen bestond”), om een authentieke akte te bekomen zonder notariële tussenkomst, e.d.m.

bedriegen, en uitgaan van de situatie waarin de wederpartij het met die rechtsgang niet eens is, en dit opwerpt of zich verzet. Jegens de wederpartij kan dergelijke gedraging in sommige gevallen een misbruik vormen, ook al zou de eis overigens gegrond zijn. Dit is b.v. het geval wanneer men enkel de bedoeling heeft om de wederpartij op kosten te jagen, of te proberen een konkurrent te dwingen vertrouwelijke informatie — bv. de boekhouding — prijs te geven. In die gevallen moet dit misbruik gestraft worden met ontoelaatbaarheid van de eis (wegens „gebrek aan belang”) en veroordeling in de kosten, desnoods met bijkomende schadevergoeding wegens roekeloos en tergend geding. Andere voorbeelden werden in het vorig randnr. besproken.

Anderzijds heeft men in het Belgische recht te snel de neiging om een eis ontoelaatbaar te verklaren wegens gebrek aan belang(129). Men is geneigd om slechts welbepaalde (processuele) categorieën van eisen (en vonnissen) toe te laten, en de bevoegdheid om te vorderen te binden aan het „doel” van de processuele categorie waartoe de konkrete eis behoort. Zo kan men mooi schematiseren: een eis tot veroordeling vereist een geschil en de bedoeling het naar recht te laten beslechten(130), een (afzonderlijk) verzoek om een bewijsmaatregel veronderstelt een zekere spoed en de bedoeling die maatregel ook aan te wenden, e.d.m.

Nochtans moet m.i. soms ook een eis worden toegelaten die een andere dan dergelijke „typische” bedoeling heeft. Dit is met name het geval wanneer men procedeert met nog steeds de hoop dat een rechterlijk oordeel, of minstens de tenuitvoerlegging ervan, overbodig zal zijn omdat partijen ondertussen een minnelijke schikking zullen bereiken. Zo dit niet rauwelijs gebeurt (zie hierboven randnr. 22) en de eis niet tergend of roekeloos is, hoeft dit geen misbruik te zijn.

Het ondertussen wellicht meest bekende geval van dergelijk opzet vinden we bij de eiser die een voorlopige maatregel in kort geding vordert, en wanneer hij die bekomt, het bevelschrift niet betekent,

(129) Zo is art. 18, 2 Ger.W. historisch slechts te verklaren ter bestrijding van een te enge opvatting over het vereiste belang. Zie voor dit vraagstuk verder CLEVERINGA, R.P., „Het belang van de vordering”, *RMThemis*, 1964, 219 e.v.; en de omkering in „s’il y a action, il y a intérêt” door STORME, M.L., *Liber amicorum Jan Ronse*, (67 e.v.) nr. 31.

(130) Zo zou van de rechter geen „bemiddelend vonnis” kunnen gevraagd worden. Evenmin wordt aanvaard dat de partijen aan de rechter in het kader van een gerechtelijke procedure een geschil voorleggen met het verzoek dit als goede man naar billijkheid te beslechten (zij kunnen dit wel scheidsrechterlijk voorleggen, indien de rechter die opdracht kosteloos wil aanvaarden).

maar gebruikt als een 'wapen' in de onderhandelingen om tot een minnelijke schikking te komen. Recentelijk werd dit wapen meermaals gehanteerd in kollektieve arbeidsgeschillen (SABENA-staking e.a.(131)). Het is een veel minder onfatsoenlijk wapen dan andere rechtsplegingen, die soms roekeloos gebruikt worden, zoals (derden)beslag e.d. Een misbruik wordt het wanneer zulk wapen gebruikt wordt om de wederpartij door de dreiging van gerechtelijke tenuitvoerlegging met de bijkomende kosten die zulks meebrengt, ertoe te brengen méér toe te zeggen dan datgene wat zij verschuldigd is. Dit is echter geen vraag meer van procesrecht, maar van overeenkomstenrecht, voorwerp van leerstukken als misbruik van omstandigheden (zgn. gekwalificeerde benadeling) of ongeoorloofde oorzaak der eis(132).

e) te traag instellen van de eis

30. De „last” om, zo men een eis in rechte wenst in te stellen, dit ook tijdig te doen, wordt alleen materieel (- en bewijs-)rechtelijk gesanktioneerd, namelijk door de regels der verjaring (en de zogenegde „vervaltermijnen”, begrip dat evenwel ten onrechte te pas en te onpas gebruikt wordt in het materieel en aktiënrecht(133)) en eventueel door de leer der rechtsverwerking.

De verjaring is in ons recht immers — i.t.t. het common law — een

(131) Vz. Rb. Brussel, 5 augustus 1987, aangehaald in STORME, M.L., *Het proces: als in een spiegel*, rede Leiden, 1987, Deventer, Kluwer, 1988, 5; Vz. Rb. Brussel, 31 augustus en 11 september 1987, *Chroniques de droit social*, 1988, 165-167 (zie ook andere daar gepubliceerde rechtspraak). Zie meer bepaald de bespreking van de behandelde vraag door OST, F., „Rapport général de synthèse”, *Les conflits collectifs en droit du travail, solutions négociées ou interventions judiciaires?*, Brussel, Fac. univ. St.-Louis, 1989, (109) 121-122.

(132) Een voorbeeld dat inspirerend kan werken, ook voor het procesrecht, vinden we in Vred. Merksem, 8 juni 1988, L. M. t. S., *R.W.*, 1988-89, 1175, waar de opzegging van een huur met de uitsluitende bedoeling de huurder tot onderhandelingen over een minder gunstige huurovereenkomst te dwingen, in strijd werd geacht met de goede trouw. Vgl. ook ZEISS, W., *Die arglistige Prozeßpartei*, 189 e.v.

(133) Zie mijn kritiek op het overmatig en ongedifferentieerd gebruik van het begrip vervaltermijn voor alle termijnen die geen klassieke verjaringstermijnen zouden zijn in *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 349-350. Meer bepaald dient het begrip vervaltermijn ook in het materieel recht, net zoals in het procesrecht, te worden voorbehouden voor termijnen die inhouden dat het in strijd is met de openbare orde dat nadien nog een beroep zou kunnen worden gedaan op een recht (e.d.). Het mag niet gebruikt worden voor termijnen die slechts dwingend of aanvullend bepalen dat na het verstrijken ervan niet meer kan worden gevorderd, zoals de gewone verjaringstermijnen, de sterke verjaringstermijnen (die ook de exceptie treffen, b.v. art. 1648 B.W.), en zelfs de niet schorsbare of niet stuitbare verjaringstermijnen (die meestal vervaltermijnen worden genoemd, veelal ten onrechte), alsook de verwerkingstermijnen (waarbij de verhinderende van de verwerking geen geldendmaking in rechte vereist, zoals die wel vereist is voor de stuiting van de verjaring).

verweer aangaande de zaak zelf(134); zij treft niet het algemene *ius agendi*, maar de opeisbaarheid van een welbepaald subjectief recht. Dit heeft de verjaring gemeen met b.v. het gebrek aan bewijs, e.d.m. De regels der verjaring verschillen dan ook naargelang de aard van de aanspraak, en niet naargelang de categorie van de eis. De enige verjaringstermijn in het privaatrecht die eventueel als een middel van ontoelaatbaarheid kan worden beschouwd is de *praescriptio longissimi temporis*, de dertigjarige verjaring als processuele maximumgrens voor alle vermogensrechtelijke vorderingen, omdat deze door de Belgische rechtbanken wordt toegepast zelfs wanneer het toepasselijke vreemde recht een langere of geen verjaringstermijn bepaalt(135). Ook over de termijn voor een beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State is twijfel mogelijk, precies omdat deze alleen de konstitutieve eis treft, en niet een eis tot veroordeling tot schadevergoeding voor de gewone rechtbanken.

Nu is de verjaring een specifieke, wettelijk geregelde, vorm van rechtsverwerking, waarvoor geen bijkomende omstandigheden vereist zijn, behalve het verstrijken van een termijn zonder dat de aanspraak geldend wordt gemaakt, en behoudens schorsing, b.v. tijdens onderhandelingen. De rechtsverwerking kent naast de verjaring echter ook nog andere materieelrechtelijke vormen, die sneller kunnen intreden, doch bijkomende omstandigheden vereisen. Sommige daarvan worden in Deel II (bewijsrecht) besproken. Vermeld weze hier slechts een voor de laattijdige rechtsingang belangrijke toepassing van de rechtsverwerking, nl. de beperking van de interes-

(134) DE PAGE, H., *Traité*, VIII nr. 1245 C.; GARSONNET, I, nr. 385 in fine; HUGENHOLTZ, W., *Hoofddlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, door HEEMSKERK, W.H., 's Gravenhage, Vuga, (15) 1988, 69, nr. 62. Cass., 14 juli 1898, *Pas.*, I, 274 besliste immers dat de verjaring beheerst wordt door de *lex contractus*, en niet door de *lex fori*. Vgl. VAN HECKE, G. en LENAERTS, K., *Internationaal privaatrecht*, APR, Brussel, Story, (2)1989, nrs. 686 en 800. De procesrechtelijke kwalifikatie is verder ook onaanvaardbaar omdat zij ertoe zou leiden dat bij wettelijke verkorting van de verjaringstermijn, b.v. van 30 tot 5 jaar, vorderingen van meer dan 5 jaar reeds verjaard zouden zijn, wat terugwerking van de wet zou inhouden, terwijl de materieel- en/of bewijsrechtelijke kwalifikatie ertoe leidt dat de vordering niet kan verjaren vóór het verstrijken van ofwel de oude verjaringstermijn, ofwel de nieuwe termijn gerekend vanaf de inwerkingtreding van de verkortingswet. Dit laatste vinden we b.v. uitdrukkelijk in de W. 12 augustus 1985 waarbij de verjaring van de aansprakelijkheidsvordering tegen advocaten op 5 jaar werd gebracht (art. 2276bis B.W.). Vgl. ook art. 119 § 2, Afstammingswet 31 maart 1987; Cass., 6 maart 1958, *Pas.*, I, 744. Omgekeerd blijft een éénmaal verjaarde vordering in beginsel verjaard, wat ook niet verzoenbaar is met de procesrechtelijke kwalifikatie.

(135) Zie VAN HECKE, G. en LENAERTS, K., *Internationaal privaatrecht*, nr. 686 met verwijzingen. Dit kan evenwel ook verklaard worden op grond van de internationale openbare orde, zodat de kwalifikatie als middel van ontoelaatbaarheid niet noodzakelijk is.

ten. Of, zoals de Vrederechter van Tubize het zo mooi uitdrukte(136):

„le retard à soumettre une action au juge ne peut constituer un mode de placement de capitaux (...)”.

Hierbij kan ook vermeld worden dat de meerderheid van de rechtspraak art. 2277 B.W. (vijfjarige verjaring van periodieke schulden), toepast op vervallen verwijlinteressen, ook wanneer het om de wettelijke interest gaat(137). Eenmaal echter een geding aan de gang is, is art. 2277 B.W. geen voldoende grondslag meer, aangezien de verjaring tijdens een geding geschorst is.

Daarnaast kent de rechtsverwerking ook processuele vormen, die verder in dit eerste deel ter sprake komen. Zoals reeds gezegd (randnr. 16 in fine) kan het *ius agendi* zelf, in zijn meest algemene vorm, echter niet verwerkt worden.

Wel kan omgekeerd de rechtsverwerking door langdurige strijdige houding een bijkomend element vormen om te besluiten dat de eis tergend en roekeloos is(138).

f) Afstand en verwerking van geding

31. De eiser kan afstand doen van zijn eis, al zal het geding slechts vervallen mits toestemming van de wederpartij éénmaal deze besluiten heeft genomen over het onderwerp van de eis waarvan afstand wordt gedaan (zie art. 825 Ger.W.). Stilzwijgende afstand kan slechts worden afgeleid uit akten of uit bepaalde en met elkaar overeenstemmende feiten, waaruit met zekerheid blijkt dat de partij afstand wil doen van het geding (art. 824, 2 Ger.W.). Is er daarnaast nog plaats voor verwerking van het geding, nu art. 730, 1 Ger.W. bepaalt dat geen zaak op de algemene rol kan worden doorgehaald dan met instemming van partijen? In beginsel wel, en deze verwerking kan in het stelsel van de wet worden ingepast als een vorm van ontoelaatbaarheid van de vordering wegens gebrek aan belang (wegvallen van

(136) Vred. Tubize, 14 februari 1978, J.-C. V. t. L. D., *R.J.I.*, 129 nr. 5662, n.a.v. een vordering door een aannemer na drie jaar stilzitten. Vgl. Vred. St.-Jans-Molenbeek 28 oktober 1986, *T.V.V.*, 241.

(137) Zie b.v. Kh. Brussel, 1 maart 1969, n.v. Strabed t. Picavet, *B.R.H.*, 445; *R.P.D.B.*, *Prescription en matière civile*, nr. 608 e.v., m.b. 612; genuanceerd DE PAGE, H., *Traité*, VII 2, nr. 1323 B.

(138) Zie bv. Kh. Brussel, 18 april 1985, Mattelin t. n.v. Daniel Doyen, *R.P.S.*, nr. 636: „que la demande est manifestement téméraire, étant donné le délai dans lequel elle est introduite et la fonction qu'occupait M. Mattelin” (nadat eerst rechtsverwerking was uitgesproken).

het belang), zoals blijkt uit het arrest-Rys(139), waar het wegvallen van het belang met name werd afgeleid uit „het door de rechtzoekende volgehouden vertoon van een volkomen gebrek aan belangstelling voor het verloop van het door hem begonnen proces” (overweging 2.1.3.), dit ondanks het feit dat verzoeker in die zaak vier dagen voor de terechtzitting nog zijn belangstelling betoonde en de wil om afstand te doen van het geding dus blijkbaar niet aanwezig was.

Indien het juist is dat in burgerlijke zaken dergelijke verwerking niet ambtshalve door de rechter kan worden uitgesproken (art. 730 Ger.W.), dan wil dit nog niet zeggen dat zij niet door de wederpartij kan worden gevorderd, mits haar belangen geschaad zijn of zij rechtmatig mocht vertrouwen op een afstand door de andere partij. Het is ook juist dat de burgerlijke rechtspraak erg terughoudend is om dergelijke ontoelaatbaarheid uit te spreken(140), maar er is wel een tendens om de interest niet te laten lopen gedurende de termijn tijdens dewelke de eiser geen enkele belangstelling vertoonde, hoewel de rechtspleging kon worden verdergezet(141) (dus niet indien er onderhandelingen aan de gang waren e.d.). Bovendien wordt dergelijk stilzitten ook gesanktioniseerd door een strengere beoordeling van de bewijslast (zie Deel II)(142).

Op de hiervan te onderscheiden ontoelaatbaarheid van welbepaalde proceshandelingen (b.v. besluiten) of stukken wegens verwerking van het recht om ze nog te stellen of te overleggen, wordt verderop ingegaan (onder 1.2.3.2.).

g) Niet procederen?

32. De eiser bepaalt zelf of en in welke mate hij het geschil aan de rechter voorlegt (beschikkingsbeginsel). Kan het voorleggen van een geschil aan de rechter in bepaalde omstandigheden een misbruik vormen van het recht om te vorderen, het niet vorderen of slechts in beperkte mate vorderen van een beoordeling van de zaak zelf (het

(139) R.v. St. 6 april 1982, nr. 22.183, *R.W.*, 1982-83 noot W. LAMBRECHTS.

(140) Zie b.v. Arbh. Brussel, 26 januari 1989, nv Ets. Mampaey t. L. van den Wijngaert, *A.R.*, nr. 23.162 (ondanks meer dan 12 jaar stilzitten door de eiser); Vz. Kh. Mechelen, 8 maart 1985, R. Winckelmans t. F. Winckelmans, *A.R.*, 23.718 (slechts 1 jaar stilzitten, wat op zichzelf inderdaad niet als voldoende kan worden beschouwd voor verwerking van geding).

(141) Zie b.v. Brussel, 4 januari 1984, De Boeck t. Bogaert, *R.G.A.R.*, 11116, gegrond op de schadebeperkingsplicht.

(142) Zie eveneens Arbh. Brussel, 26 januari 1989, nv Ets. Mampaey t. L. van den Wijngaert, *A.R.*, nr. 23.162.

bodemgeskil) kan géén misbruik vormen(143), althans niet tegenover de wederpartij. In sommige gevallen kan het niet vorderen (of te weinig vorderen) een fout zijn tegenover derden, geen processuele fout, maar soms een materieelrechtelijke fout, b.v. t.o.v. zijn eigen schuldeisers. De wet bepaalt daarvoor echter specifieke remedies zoals de zijdelingse vordering (art. 1166 B.W.), het derden-verzet, e.d.m. Zo ook kan het Hof van Justitie van de EG een lidstaat veroordelen om in strijd met het gemeenschapsrecht toegekende steun terug te vorderen(143bis).

Natuurlijk is het veelal wel onrechtmatig om in plaats van in rechte te vorderen eigenrichting te bedrijven, doch deze vraag kan in dit bestek niet behandeld worden.

1.2.1.2. Omstandigheden die de wijze van instelling van de eis onredelijk maken — de last om de goedkoopste weg te kiezen

33. EXPLOOT OF VERZOEKSCHRIFT — Eisen kunnen in het algemeen voor de rechter gebracht worden door dagvaarding bij deurwaarders-exploot of door vrijwillige verschijning (art. 700 Ger.W., vgl. art. 1047 Ger.W. voor het verzet). In sommige gevallen kan ook gedagvaard worden bij tegensprekelijk verzoekschrift (de willige rechtspleging op éézijdig verzoekschrift behandelen we hier niet). Door de keuzemogelijkheid kan de vraag rijzen of de goede trouw de partijen tot een bepaalde keuze kan verplichten.

Deze vraag werd reeds herhaaldelijk gesteld wat de *keuze tussen deurwaardersexploot en verzoekschrift* betreft, keuze die m.b. bestaat inzake verzet tegen een vonnis waarbij betaling bevolen wordt na summiere rechtspleging (art. 1343 § 2) en in huurzaken voor de Vrederechter (art. 1344bis Ger.W.). Een belangrijk deel van rechtspraak en rechtsleer staat de eiser die bij exploot gedagvaard heeft niet toe om de meerkost daarvan (t.o.v. een tegensprekelijk verzoekschrift) van de wederpartij terug te vorderen(144). Ik zou mij daarbij

(143) Vgl. in dit verband KRINGS, J.E. en DECONINCK, B., „Het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden”, *T.P.R.*, 1982, (655) 657.

(143bis) HJEG nr. 70/72, *Jur.*, 1973, (813) 829.

(144) Zie b.v. m.b.t. art. 704, 1: Arbrb. Bergen, 8 januari 1971, *J.T.T.*, 43, *T.S.R.*, 214; Arbrb. Tongeren, 26 januari 1971, *T.S.R.*, 214; Arbrb. Antwerpen, 3 februari 1971, *R.W.*, 1972-73, 1148; Arbrb. Antwerpen, 24 maart 1971, *R.W.*, 1971-72, 1963; Arbh. Luik, 17 februari 1972, *J.L.*, 1972-73, 3; PETIT, J., *Arbeidsgerechten en sociaal procesrecht*, *A.P.R.*, Gent, Story, 1980, 335; DE LEVAL, G., „La requête devant les tribunaux du travail et le régime des nullités”, *J.T.*, 1973, 417 nr. 2 met verww.

M.b.t. art. 1253bis en 1320: DE CORTE, R., „Alimentatie onder het aspect gerechtelijk privaatrecht en bewijsrecht”, *Onderhoudsgeld*, Brussel, CED-Samsom, 1978, 199, nr. 27;

willen aansluiten, onder voorbehoud van bijzondere omstandigheden die de duurdere weg rechtvaardigen, en die door diegene die de kosten ervan terugvordert, moeten worden aangetoond. Hierbij wil ik wel opmerken dat het niet vereist is dat de keuze van de duurdere weg op zich een onrechtmatige daad vormt — wat m.i. meestal ook niet het geval is — gezien de onredelijkheid veeleer daarin bestaat dat men de meerkost van dagvaarding bij exploit op de wederpartij wil *afwentelen*.

Sommigen bestrijden deze stelling, hoofdzakelijk omdat zij de veralgemening van de dagvaarding bij verzoekschrift niet wensen te bevorderen. Een van de daartoe aangehaalde redenen is dat verzoekschriften veelal slecht zijn opgesteld (nl. wanneer dit niet door een jurist is geschied). De oplossing daartegen bestaat er natuurlijk niet in om het exploit voorrang te geven, maar om gewoon aan het verzoekschrift op dat punt dezelfde eisen te stellen, zoals dit veelal ook wettelijk is bepaald (zie b.v. de artt. 813, 1026, 3^o, 1340, 3^o en 1344bis, 4^o Ger.W.), en deze met de *exceptio obscuri libelli* te sanktioneren.

Ook moet toegegeven worden dat de kost van een exploit wel gerechtvaardigd is in die gevallen waarin haar nut is aangetoond, b.v. wanneer eerdere aanmaningen door de post zijn teruggestuurd, wanneer de deurwaarder de gedaagde in persoon heeft weten te vinden op een andere plaats dan de woonplaats, e.d.m. Het schep- pen van een systeem waarin verstek en verzet nog toeneemt zou inderdaad op haar beurt met de proceseconomie strijden. Om die

Vred. Brussel, 1 juni 1978 en Vred. Gent, 27 mei 1977, aangehaald door SENAEVE, P., *Handboek van familieprocesrecht*, Leuven, Acco, 1986, nr. 91-92;

M.b.t. art. 1056: Arbh. Luik, 17 februari 1972, P. t. LCM, *J.L.*, 1972-73, 3;

M.b.t. art. 1344bis: Vred. Antwerpen, 19 september 1984, *R.W.*, 1984-85, 2705 goedkeurende noot HUBEAU, B., LIPPENS, J. en VANDE LANOTTE, J., „Dagvaarding of verzoekschrift in het huurrecht: wie betaalt de rekening”; Vred. Berchem-Antwerpen, 27 november 1984, *W.-V. t. V.*, *T.V.V.*, 1986, 49 noot VANCRAENENBROECK, R.; Vred. Wetteren, 20 juni 1985, *TRD-dossier*, 1988-1, 13; Vred. Antwerpen, 16 juli 1986, p.v.b.a. Froton international t. R. Schillemans, *T.V.V.*, 1989, 241; Vred. Antwerpen (1e), 14 december 1988, Van Lommel-Krick t. Annemans en Barthels, A.R. nr. 14.891; verdere verwijzingen bij HUBEAU, B., *T.B.B.R.*, 1989, (22) 37-38.

Algemeen: ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire*, I-2 (1975) nr. 62, 779 en 806; RASIR, R. en HENRY, P., *La procédure de première instance dans le code judiciaire*, Brussel, Larcier, 1978, 21; VAN OEVELEN, A., „Enkele belangrijke wijzigingen in de tijdelijke huurwetgeving”, *R.W.*, 1982-83, (1825) 1850 nr. 28; LAENENS, J., in *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, (51) 68 met beroep op de schadebeperkingsplicht; FETTWEIS, A., *Manuel*, nr. 177 en 925; STORME, M. en DECONINCK, B., „Bevoegdheids- en procedureperikelen in familierechtelijke geschillen”, *T.P.R.*, 1985, (89) 131-132; STORME, M., *Liber amicorum Jan Ronse*, (67) 79-80; HUBEAU, B., „De verzoekschriftprocedure in het huurrecht (art. 1344bis Ger.W.)”, *T.B.B.R.*, 1989, (22) 36 e.v., m.b. 40 (kostenbesparingsplicht en schadebeperkingsplicht); verdere rechtspraak aangehaald bij GUTT, E. en LINSMEAU, J., „Examen de jurisprudence. Droit judiciaire privé”, *R.C.J.B.*, 1983, (63) nr. 75.

reden moet de kost van een exploit eveneens gerechtvaardigd worden geacht wanneer de eiser in plaats van verstek te nemen de rechtspleging inzet om een vonnis te verkrijgen dat geacht wordt op tegenspraak te zijn gewezen, gezien dergelijk vonnis minstens één betekening door een gerechtsdeurwaarder aan de persoon of zijn woonplaats veronderstelt (art. 751, 1^o, 2 Ger.W.).

Het opzet om de verjaring te stuiten is echter geen rechtvaardiging voor de meerkost van een exploit, omdat de verjaring ook gestuit wordt door de neerlegging van een tegensprekelijk verzoekschrift ter griffie(145). Immers, ook een tegensprekelijk verzoekschrift houdt een dagvaarding in(146), en de door artikel 2044 B.W. vereiste „betekening” mag niet in de technische zin van artikel 32, 1^o Ger.W. begrepen worden, maar omvat ook de „kennisgeving” en elke door het Gerechtelijk Wetboek bepaalde wijze van dagvaarding aan de schuldenaar, zoals zij overigens ook de „kennisgeving” om een geschil voor scheidslieden te brengen (art. 1683, 1^o Ger.W.) omvat(147).

In sommige andere tegensprekelijke rechtsplegingen bestaat volgens de tekst van de wet zelfs geen keuze (148), b.v. ook bij hoger beroep tegen een tegensprekelijk vonnis (art. 1056 Ger.W.). Aangezien het verzoekschrift echter niet op straffe van nietigheid is voorgeschreven, moet echter tot hetzelfde besluit gekomen worden: de eis is geldig ingesteld(149), maar de meerkost kan — *a fortiori* — niet teruggevorderd worden.

34. INSTELLING TEGENEIS — Eenzelfde vraag rijst voor de keuze tussen instelling van een tegeneis door dagvaarding (bij deurwaarders-exploit of verzoekschrift), dan wel in besluiten. Ook daar mag m.i.

(145) FETTWIS, A., *Manuel*, nr. 176 met verw.; GUTT, E. en LINSMEAU, J., *R.C.J.B.*, 1983, (63) 64.

(146) Zie hoger voetnoot 41.

(147) Vgl. FETTWIS, A., *Manuel*, nr. 1127 in fine.

(148) B.v. inzake rechtsbijstand (art. 675); in de meeste zaken van sociale zekerheid (art. 704, 1 Ger.W.); voor vrijwillige tussenkomst (art. 813); voor machtiging tot onderhandse verkoping van onroerende goederen waarin onbekwamen of afwezigen mede-eigenaar zijn (art. 1193bis, 4 en 5); inzake verlatenverklaring (1237bis); tussen echtgenoten inzake huwelijksvermogensrecht (1253bis); inzake levensonderhoud (art. 1320); inzake recht van uitweg (art. 1371bis); ter begroting van de kosten van derdenbeslag (art. 1454, 2); inzake verlengde minderjarigheid (art. 487 ter en quinques B.W.); in de huurgeschillen geregeld door art. 1730, 1 en 1752 bis, 1 B.W.; en in enkele materies geregeld in bijzondere wetten. Zie LAENENS, J., in *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, (51) 58-59 nr. 11.

(149) FETTWIS, A., *Manuel*, nr. 177. Zie b.v. nog Rb. Luik, 6 juni 1988, *Pas.*, 1989, III, 12. Omgekeerd kan de vordering die normaal bij een exploit moet worden ingeleid, op grond van art. 807 Ger.W. bij besluiten worden ingeleid, ook indien de oorspronkelijke vordering bij verzoekschrift werd ingeleid (Arbh. Brussel, 27 november 1980, n.v. H. t. L., *R.W.*, 1980-81, 1479).

de meerkost niet op de wederpartij worden afgewenteld(150) tenzij er bijzondere redenen zijn die een dagvaarding (bij deurwaardersexploot of verzoekschrift) rechtvaardigden. Het stuiten van de verjaring is m.i. ook hier geen voldoende rechtvaardiging, omdat zelfs wanneer men zou menen dat de tegeneis de verjaring niet stuit, deze in ieder geval geschorst is tijdens de duur van het proces (niet loopt tussen gedingpartijen)(151).

Aan een derde partij kan men echter in beginsel niet verwijten dat zij, in plaats van door verzoekschrift tussen te komen in een geding, een nieuw geding door dagvaarding inleidt, ook wanneer de eis samenhangt met een reeds hangend geschil. De toelating van de tussenkomst is immers te aleatoir om hem tot dit risico te verplichten, zeker wanneer een verjaring dreigt.

35. AANVULLENDE OF NIEUWE EISEN — Wel kan het eerder gestelde veralgemeend worden telkens het mogelijk is de eis bij besluiten in te stellen i.p.v. door een nieuwe dagvaarding, m.b. bij een nieuwe eis van eenzelfde partij die berust op een feit of akte in de dagvaarding vernoemd (art. 807 Ger.W.)(152). Weliswaar is de verjaring van de daarmee geldend gemaakte schuldvordering slechts gestuit in de mate waarin de oorzaak van de eis niet wordt gewijzigd (een aanvulling van het voorwerp daarentegen is wat de verjaring betreft in de oorspronkelijke eis begrepen(153), en zo ook een aanvulling van rechtsgronden), en heeft de eiser dus belang bij dagvaarding om een bijkomende eis op een andere oorzaak in te stellen, doch de onzorgvuldigheid bij de verwoording van de eis dient niet op kosten van de wederpartij te worden goedge maakt. Om de bijkomende kosten

(150) Anders, ten onrechte Antwerpen, 6 oktober 1981, L. t. p.v.b.a. A., *R.W.*, 1981-82, 2561, afkeurende noot LAENENS, J., „Verwijzing in nutteloze gerechtskosten”.

(151) Anders evenwel DE LEVAL, G., „Les conclusions et l'instruction du litige”, *Ann. Lg.*, 1984, (55) 57-58.

(152) In die zin DE LEVAL, G., *J.L.*, 1983, 16; LAENENS, J., „Kroniek van het gerechtelijk recht”, *R.W.*, 1983-84, (1461) 1473 nr. 37; Arbh. Luik, 22 juni 1984, *J.L.*, 466; Arbrb. Charleroi, 2 april 1985, R.M.Z. t. n.v. Vachaudex, *R.Rég.D.*, 1985, 375; VANCRAENEN-BROECK, R., *T.V.V.*, 1986, 55; FETTWEIS, A., *Manuel*, nr. 925 voetnoot 9; Arbrb. Luik, 17 maart 1987, *J.T.T.*, 1988, 149; TAELEMAN, P., *T.P.R.*, 1988, (89) nr. 16; Arbh. Gent, (Brugge) 27 oktober 1988, nr. 018, 091-092 (verplichting zijn rechten uit te oefenen op de voor de tegenpartij goedkoopste wijze); Rb. Brugge, 31 mei 1989, F. Verburgh t. G. Raxhon en n.v. New Trends, A.R. nr. 49.891 en 49.815; Kh. Antwerpen, 27 november 1989, General Motors Acceptance corp. t. Lambert, A.R. 11.498/89. Anders, ten onrechte Arbh. Luik, 23 april 1982, *J.L.*, 1983, 16 noot DE LEVAL, G. (afkeurend).

(153) FETTWEIS, A., *Manuel*, nr. 68 in fine; Cass., 9 april 1981, Johann Wedig K.G. t. soc. H.G. Tulkens, *Arr.*, 912, gedeeltelijke verbreking; Cass., 29 maart 1984, Boudin t. p.v.b.a. Etuco c.s., *R.W.*, 1984-85, 1094, *Arr.*, nr. 441, verwerping.

terug te vorderen moet dus verantwoord worden waarom de nieuwe eis niet reeds in de oorspronkelijke dagvaarding kon worden gesteld. Hetzelfde geldt zelfs indien een nieuwe eis tussen gedingpartijen bij dagvaarding wordt ingesteld omdat ze niet kan gesteund worden op een feit of akte in de eerste dagvaarding gesteld (en dus niet bij besluiten kan worden ingesteld), mits die nieuwe eis ten tijde van de eerste dagvaarding daarin redelijkerwijze had kunnen worden verwoord omdat ze met de eerste samenhangt, opeisbaar is en er geen minnelijke regeling meer van kon worden verwacht. De „samenhang” van art. 30 en 701 Ger.W. moet m.i. tussen dezelfde partijen ruim worden uitgelegd. Samenhangend zijn b.v. meerdere invorderingen op korte termijn tegen dezelfde partij. Tussen handelaars is er een „samenhang” voor alle wederzijdse schuldvorderingen terzake van hun handel. Als maatstaf voor samenhang tussen dezelfde partijen zou ik graag willen verwijzen naar de samenhang die vereist wordt voor het retentierecht tussen partijen(154).

Weliswaar is niemand verplicht om meerdere eisen die hij binnen betrekkelijk korte termijn tegen dezelfde partij wenst in te leiden, te centraliseren, maar behoudens bijzondere redenen dient de verbrokkeling van het contentieux tussen dezelfde partijen niet op kosten van de verweerder te geschieden, en dient deze — zo hij veroordeeld wordt — dus slechts in de kosten van één enkele dagvaarding te worden verwezen.

36. DAGVAARDING OF VRIJWILLIGE VERSCHIJNING — Een vergelijkbare vraag kan zelfs gesteld worden wat de keuze betreft tussen dagvaarding en vrijwillige verschijning (artt. 700 en 1047 Ger.W.): moet de partij die een eis wil instellen de wederpartij niet eerst (informeel) uitnodigen en de kans geven om vrijwillig te verschijnen, vooraleer kosten te maken? De mogelijke verjaring is geen tegenar-

(154) Zie daarvoor o.m. Cass., 7 november 1935, faill. Kops t. n.v. Teintureries et Apprêts de l'Escaut, verwerping van een voorziening t. Brussel, 16 mei 1934, *J.C.B.*, 1936, 364, *Pas.*, 1936, I, 43; Gent, 4 mei 1961, faill. v.o.f. Weverij gebr. Nolf t. n.v. J. en G. van Marcke, *R.W.*, 1961-62, 841, *R.C.J.B.*, 1963, 61 noot VAN OMMESLAGHE, P.; Kh. Brussel, 25 februari 1975, Wiener t. p.v.b.a. Denderbeton, *B.R.H.*, 248, *T.V.A.*, 1978, 59; DE PAGE, H., *Traité*, II, nr. 866 A 1°, VI, nr. 794, 801 e.v.; BERTEN, J., „Le droit de rétention et ses effets à l'égard des tiers”, noot onder Kh. Gent, 15 januari 1955, *J.T.*, 1956, 109 e.v.; PLANIOL, M. en RIPERT, G., *Traité pratique*, VI, door ESMEIN, P., nr. 444 en 48; DE BERSAQUES, A., *R.C.J.B.*, 1949, (125), m.b. nr. 7 en 17; HEYNING-PLATE, L.S.Ch., *Eigenrichting tot zekerheid. De exceptio non adimpleti contractus en het retentierecht*, pr. E.U. Rotterdam, 1969, Zwolle, Tjeenk Willink, 1969, 88 e.v., 151 e.v.; COPPENS, P., *Retentierecht naar Belgisch recht*, Preadvies voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland, Zwolle, Tjeenk Willink, 1969; LAMINE, L., *Het retentierecht*; VAN OMMESLAGHE, P., „Examen de jurisprudence”, *R.C.J.B.*, 1986, nr. 119 en 140. Vgl. art. 895, ZGB en § 369 Duits HGB.

gument, omdat deze in ieder geval geschorst is tijdens het geding, en de vrijwillige verschijning van de wederpartij m.i. weliswaar geen afstand van de reeds verkregen verjaring inhoudt, maar wel een aanvaarding van de stuiting ervan mits de verjaring nog niet verkregen is.

Nu moet de genoemde kans aan de verweerder niet gegeven worden indien deze aangemaand werd of in gebreke gesteld met uitdrukkelijke dreiging tot dagvaarding omdat de verweerder dan de kans heeft gehad om zelf de vrijwillige verschijning aan te bieden. Aangezien de voorafgaande aanmaning reeds als regel geldt (zie randnr. 22), heeft dit aspect van de vraag dan ook slechts een gering belang.

Omgekeerd kan men wellicht ook zeggen dat de verweerder die op een uitdrukkelijk verzoek tot vrijwillige verschijning, met vermelding van voorwerp en middelen van de eis, niet antwoordt, of ongemotiveerd afwijst, in de kosten van dagvaarding moet worden verwezen, minstens wanneer de eis toelaatbaar is. Anders is het natuurlijk wanneer hij antwoordt met een verweermiddel dat in het daaropvolgende proces gegrond wordt bevonden.

37. VRIJWILLIGE VERSCHIJNING NA POGING TOT MINNELIJKE SCHIKKING OF VERZOENING — In elk geval kan gesteld worden dat wanneer partijen voor de rechter verschijnen in poging tot minnelijke schikking of verzoening, de weigering van één der partijen (zij het de verzoeker, zij het de andere) om op dat ogenblik een proces-verbaal van vrijwillige verschijning te ondertekenen⁽¹⁵⁵⁾, in beginsel als strijdig met de goede trouw moet worden beoordeeld, zodat bij een mogelijke dagvaarding die partij in beginsel in de kosten daarvan moet worden verwezen⁽¹⁵⁶⁾.

38. GEWONE OF SUMMIERE RECHTSPLEGING — Bij de beoordeling van de keuze tussen de summiere rechtspleging om betaling te bevelen en de gewone rechtspleging op dagvaarding, is meer voorzichtigheid geboden. Vooreerst werden de artikelen 1338 e.v. Ger.W. door vele Vrederechters dusdanig beperkend uitgelegd, dat zelfs de wijziging door de W. 29 november 1979, bedoeld om daaraan een einde te

(155) In dat proces-verbaal moet dan wel het geschil omschreven worden, d.i. moeten voorwerp en middelen van de eis worden opgesomd (overeenkomstig art. 702, 3° Ger.W.).

(156) Vgl. de lege ferenda FETTWEIS, A., *Manuel*, nr. 175 en 184; HEURTERRE, P., „De minnelijke schikking”, *T.P.R.*, 1980, (195) 221 (ook in *Procesrecht vandaag*, Antwerpen, Kluwer, 1980).

stellen, geen zekerheid heeft gebracht. Vervolgens gaat het om eisen waaraan dikwijls geen advocaat hoeft te pas te komen indien er gewoon gedagvaard wordt. De rechtspleging van art. 1338 e.v., die de tussenkomst van een advocaat vereist, is dus niet noodzakelijk goedkoper dan de dagvaarding bij deurwaardersexploot. En al stuit de neerlegging van het verzoekschrift overeenkomstig art. 1340 Ger.W. ook de verjaring(157), er zijn toch voldoende andere redenen waardoor de keuze van de gewone rechtspleging gerechtvaardigd is. Bovendien heeft de eiser belang bij een tegensprekelijke rechtspleging indien een ernstige betwisting verwacht wordt. Meer nog, de éénzijdige rechtsgang zou in sommige gevallen zelfs als een misbruik kunnen worden beschouwd (vergelijk het misbruik bij de keuze tussen het gewoon kort geding en het kort geding op éénzijdig verzoekschrift wegens „volstrekte noodzakelijkheid”).

39. VOORLOPIGE MAATREGELEN — Een laatste vergelijkbare vraag rijst in verband met het kort geding. Maakt een kort geding dikwijls een rechtsgang aangaande het bodemgeschil feitelijk overbodig, dan geldt omgekeerd ook dat te veel korte gedingen overbodig worden ingesteld. Ik geef een tweetal situaties aan.

Is een rechtsgang aangaande het bodemgeschil hoe dan ook noodzakelijk, dan kunnen de voorlopige maatregelen ook gevorderd worden voor de bodemrechter, en wel op grond van artikel 19, 2 Ger.W. Meer bepaald is een kort geding veelal overbodig voor het bekomen van een onderzoeksmaatregel waarvan het nut met korte debatten kan worden beoordeeld(158).

Kan men de zaak oplossen door een vorm van eigenrichting waarvan de geldigheid voldoende zeker is, of heeft men de zaak reeds zo opgelost, dan is een eis in kort geding dikwijls evenzeer overbodig. Dit is b.v. het geval met een eis in kort geding om uitvoering in natura te doen bevelen, wanneer men de prestatie ondertussen toch door een derde laat uitvoeren(159).

Bovendien verwerkt men het *ius agendi* in kort geding wanneer men langdurig stilzit, tenzij natuurlijk nieuwe elementen opduiken die de zaak spoedeisend maken. Maar het dringend karakter van de zaak

(157) FETTWEIS, A., *Manuel*, nr. 459.

(158) Vgl. ook STORME, M., DECONINCK, B., BAERT, K. en CLYMANS, E., *R. W.*, 1978-79, (2390) 2395.

(159) Zie b.v. Kh. Brugge, 7 december 1989, A.R. 39.182, n.v. S. t. p.v.b.a. C.

mag niet aan de nalatigheid van de eiser zelf te wijten zijn, anders is zijn eis ontoelaatbaar (zie verder randnr. 44).

1.2.1.3. Misbruik van de woonplaats van de gedaagde of bij het nemen van verstek

40. Het kan een misbruik zijn verstek te nemen wanneer men de wederpartij gedagvaard heeft op een plaats waar — naar de eiser weet — zij de dagvaarding niet zal ontvangen, zelfs indien dit haar woonplaats is. Immers, artikel 35 Ger.W. bepaalt dat de betekening aan de woonplaats geschiedt „indien de betekening niet aan de persoon kan worden gedaan”. Dit betekent m.i. dat wanneer de eiser enerzijds weet waar de gedaagde in persoon kan gevonden worden of dit gemakkelijk te weten kan komen, en anderzijds weet dat deze het onder omslag afgegeven afschrift van het exploit dan wel de gerechtsbrief naar alle waarschijnlijkheid niet zal ontvangen, het een misbruik is om na te laten de dagvaarding te laten betekenen of mededeling ervan te doen op een plaats waar deze de persoon naar alle waarschijnlijkheid werkelijk zal bereiken(160). Indien de eiser de advocaat van de tegenpartij kent, is het een misbruik om deze niet van de dagvaarding of inleiding te verwittigen, tenzij men zeker weet dat de dagvaarding de persoon bereikt heeft (in het laatste geval blijft het niet-verwittigen overigens nog steeds een deontologische fout tussen advocaten onderling(161)).

Weliswaar moet een persoon de gevolgen dragen van de woonplaats (nl. de plaats van inschrijving in de bevolkingsregisters, art. 36, 1 Ger.W.) waar hij zich heeft ingeschreven, en dit ontslaat de eiser ervan om te onderzoeken of die persoon daar werkelijk bereikbaar is. Doch een mogelijke onzorgvuldigheid van de verweerder weegt niet op tegen de daadwerkelijke kwade trouw van de eiser, overeenkomstig de algemene regel dat onzorgvuldigheid niet opweegt tegen kwade trouw, regel die we b.v. vinden in het cassatie-arrest van 23

(160) Vred. St.-Gillis, 23 april 1985, A.R., nr. 5582, aangehaald door HUBEAU, B., LIPPENS, J. en VANDE LANOTTE, J., „Kroniek van de huurrechtspraak II”, *T. V. V.*, 1986, (290) 295; Rb. Hasselt, 4 april 1962, *R. W.*, 1962-63, 161. Vgl. ook HAARDT, W.L., *Fair Play in het burgerlijk geding*, p. 5-9 (betreffende de betekening van de uitspraak); ABAS, P., *Beperkende werking van de goede trouw*, 335; art. 544 Grieks ZPO. Zie voor een bijzonder geval art. 1262 Ger.W. en Luik, 8 juli 1954, *Pas.*, 1956, II, 102.

(161) Zie art. 240 Beroepscode, Beslissing 23.3.1971 van de Orde van Advokaten te Brussel, nu art. 2 Reglement Nationale Orde 7 december 1989.

september 1977(162), waar geoordeeld werd dat diegene die bedrog pleegt zich niet op de onverschoonbaarheid van de dwaling van de wederpartij kan beroepen.

De vraag is m.i. dan ook niet zozeer óf en wanneer het een misbruik is, maar wat de sanktie daarvan is. Indien de verweerder verschijnt, heeft hij de dagvaarding blijkbaar toch ontvangen, en volstaat desgevallend een uitstel. Verschijnt hij niet, vraagt de eiser verstek(163), en tekent de verweerder later verzet aan, dan moeten de kosten daarvan ten laste van de oorspronkelijke eiser komen, indien het verstek te wijten is aan het niet tijdig ontvangen van de dagvaarding, zelfs wanneer het verzet ongegrond is. De moeilijkste gevallen vinden we evenwel

- a) wanneer de betekening of kennisgeving plaatsvindt in een rechtspleging tot het bekomen van een vonnis dat geacht wordt op tegenspraak te zijn geweest(164);
- b) wanneer na het nemen van verstek ook de betekening van de uitspraak de verweerder niet bereikt binnen de termijn voor verzet of hoger beroep. O.i. gaat het hier om gevallen die herroeping van gewijsde mogelijk maken op grond van art. 1133, 1^o (bedrog) of 2^o (achterhouden van stukken, in casu de dagvaarding) Ger.W.

Omgekeerd blijft de betekening op de plaats waar een partij bij het begin van het geding haar woonplaats had, in beginsel geldig zolang de wederpartij geen andere woonplaats meedeelt: het Hof van Cassatie legt deze informatielast op de verhuizende partij(165).

(162) Noordermeer, Lodewikus t. Van Loo cs., *Arr.*, 107, gelijkluidende besluiten A.g. J.E. Krings, *R.W.*, 1977-78, 933, *J.T.*, 1978, 362, verwerping van de voorzieningen t. Hof Gent, 27 juni 1975. Zie daarover o.m. MATTHIJS, J., „De l'effet de la négligence ou de l'imprudence de la victime du dol”, *R.C.J.B.*, 1980, 59; WILMS, W., „Het recht op informatie in het verbintenisrecht”, *R.W.*, 1980-81, (489) 494; KRUIHOF, R., „Overzicht van rechtspraak”, *T.P.R.*, 1983, 560; DE BONDT, W., „De invloed van de nalatigheid van de bedrogene op de vordering tot nietigverklaring en/of op de vordering tot schadeloosstelling”, *T.P.R.*, 1986, 1183 e.v. Vgl. ook GHESTIN, J., „L'obligation précontractuelle de renseignements”, rapport français, *Le contrat aujourd'hui. Comparaisons franco-anglaises*, o.l.v. D. Tallon en D. Harris, Parijs, L.G.D.J., 1987, nr. 33.

(163) We gaan hier niet in op de vraag in welke mate de rechter bij verstek de behoortelijkheid van de oproeping moet nagaan. Zie daarvoor o.m. KOHL, A., „Pouvoir et devoir du juge statuant par défaut”, *J.T.*, 1972, 329; ROUARD c.q. FETTWIS, „Le domicile judiciaire et le pouvoir du juge en cas de défaut du défendeur”, *J.T.*, 1978, 214-215; DE CORTE, R. en LAENENS, J., „De verstekprocedure en de taak van de rechter bij verstek”, *T.P.R.*, 1980, (447) 474 e.v., 484 e.v. en 500 (ook in *Procesrecht vandaag*, Antwerpen, Kluwer, 1980). Zie ook art. 20, 2, 27, 2 en 34 E.E.X.

(164) Het door art. 751, 1, 2 Ger.W. gestelde vereiste van een exploit, indien de dagvaarding niet aan de persoon of zijn woonplaats is betekend, is zoals uit het voorgaande blijkt, niet steeds een voldoende waarborg.

(165) Cass., 1 februari 1982, n.v. Ets. Pagani, n.v. Carlton Restaurant t. Pirlot, *Pas.*, 688, *R.Not.B.*, 72 (verwerping).

41. Het misbruik kan er ook in bestaan dat men verstek neemt wanneer de dagvaarding de verweerder niet bereikt heeft in de gevallen waarin de eiser dit weet of waarin de vertraging het gevolg is van een feit waarvoor hij moet instaan. Hetzelfde geldt wanneer in die omstandigheden de dagvaarding de verweerder wel bereikt heeft, maar het bericht ervan diens raadsman niet kan bereikt hebben. De politierechter van Hasselt oordeelde zo dat wanneer de advocaat van een betichte de opdracht van zijn cliënt ten gevolge van een poststaking niet tijdig heeft ontvangen, en na verstek verzet aantekent, de kosten daarvan ten laste blijven van de eiser, gezien die als overheid instaat voor de werking van de post(166).

42. Heeft de oproeping de verweerder wel bereikt, dan kan het nemen van verstek in een aantal gevallen onredelijk zijn. Als voorbeeld kan men het geval geven dat er volledige betaling is geschied vóór de inleidende zitting (geschiedt de betaling vóór de rolzetting, dan is er overigens geen rechtsplegingsvergoeding verschuldigd)(167).

Ook kan gewezen worden op de verplichting voor elke partij om de wederpartij te verwittigen van het voornemen verstek te nemen, indien de verweerder schriftelijk verklaard heeft te verschijnen (veelal met verzoek tot verzending naar de rol om besluiten te kunnen opmaken). Deze verplichting is vastgelegd in de deontologie der advocaten(168), maar is m.i. uitdrukking van de algemene zorgvuldigheidsplicht tussen partijen in geding(169). Des te duidelijker is het misbruik wanneer men vooraf medegedeeld heeft zelf niet te zullen komen, of de wederpartij naar een verkeerde plaats zendt.

Deze verplichting betekent natuurlijk nog niet dat men verplicht is uitstel of verzending naar de rol toe te staan (zie onder randnr. 56).

1.2.1.4. Omstandigheden die de plaats van instelling van de eis (keuze van de rechtbank) onredelijk maken

43. De keuzevrijheid tussen meerdere (territoriaal) bevoegde rechtbanken kan misbruikt worden. Dit is zelfs het geval indien deze door

(166) Pol. Hasselt, 27 juni 1986, *T.V.V.*, 1988, 31.

(167) Zie art. 1, 3, laatste zin KB 30 november 1979 rechtsplegingsvergoeding, zoals gewijzigd door KB 23 november 1976.

(168) Art. 217 Beroepscode, art. 6 Reglement Nationale Orde van advocaten 28.1.1988.

(169) Zie b.v. Rb. Hoei, 16 oktober 1986, *Ann. Lg.*, 1987, 430 noot LAMBERT, P., „La responsabilité de l'avocat envers la partie adverse”. Vgl. BAUMGÄRTEL, G., 69. ZZP 1956, 123.

de partij bedongen was, b.v. bij een bevoegdheidsbeding dat de territoriale bevoegdheid aan de éénzijdige beslissing van één partij overlaat, wanneer de keuze in strijd met de goede trouw geschiedt(170).

Het gevaar voor en de ernst van het misbruik is evenwel het grootst bij internationale bevoegdheid. De combinatie van enerzijds buitensporige bevoegdheidsregels(171) en anderzijds liberale erkenningsregels, zoals m.b. in België (art. 570, 3^o Ger.W. voor die landen waarmee geen verdrag werd afgesloten) maakt immers veel mogelijk ten nadele van de Belgische rechtsorde (de buitenlandse verweerder daarentegen is beschermd door art. 636 Ger.W.). Het misbruik kan erin bestaan dat iemand op kosten gejaagd wordt om zich te verdien in een land dat met het geschil geen of bijna geen band heeft. Het kan ook een misbruik zijn van de IPR-regels en rechtstreeks toepasselijke regels („règles d'application immédiate”) van dat land, door toedoen waarvan men regels laat spelen die voor de „natuurlijke” rechter (forum conveniens) geen rol zouden kunnen spelen. In rechtsverhoudingen met landen waarmee geen verdrag werd afgesloten is de enige uitlaatklep traditioneel de niet-erkenning wegens strijd met de openbare orde. Soms is er evenwel nood aan een radicalere remedie. Wat zou U denken van de „antisuit injunction”, waar de „normaal” bevoegde rechter gevraagd wordt de partij die misbruik heeft gemaakt van internationale bevoegdheidsregels (choice of forum) verbod op te leggen de rechtspleging in het buitenland verder te zetten? Een voorbeeld(172). Twee ex-echtgenoten, beiden Neder-

(170) Zie voor de toetsing van partijbeslissingen in het algemeen mijn bijdrage „De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing”, *T.P.R.*, 1988, 1259 e.v.; MEIJERS, E.M., „Aanvulling en uitlegging van overeenkomsten door één der partijen”, *W.P.N.R.*, (1916) 2420-2422, in *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, III, 16; RONSE, J., „Marginale toetsing in het privaatrecht”, *T.P.R.*, 1977, 211-220; FORIERS, P.A., „L'objet et la cause du contrat”, in *Les obligations contractuelles*, Brussel, Jeune barreau, 1984, (101) 129 e.v. Voor abusieve bevoegdheidsbedingen, zie LAENENS, J., *De bevoegdheidsovereenkomsten naar Belgisch recht*, 113 nr. 401; „Bevoegdheidsbedingen in toetredings- en standaardkontrakten”, *Actori incumbit probatio*, *Opstellen aangeboden t.g.v. de eerste promotie rechten aan de Universitaire Instelling Antwerpen*, Antwerpen, Maarten Kluwer, 1975, 119 e.v. Vgl. ook de nietigheid van een arbitrage-overeenkomst die aan één der partijen een bevoorrechte positie toekent bij de aanwijzing der scheidslieden (art. 1678, 1 Ger.W.).

(171) Een lijstje van aangeklaagde regels vinden we in art. 4 Protocol nr. 1 bij de modelconventie van 1 februari 1971 over de erkenning en uitvoering van buitenlandse vonnissen; zie ook de lijst van art. 3 E.E.X. Zie verder de bespreking door GRUNSKY, W., „Internationales Prozeßrecht”, in *Towards a justice with a human face*, STORME, M. en CASMAN, H. (ed.), Antwerpen/Deventer, Kluwer, (67) 80 e.v.

(172) Naar Vz. Rb. Middelburg, 25 januari 1985, *N.I.P.R.*, nr. 239, *N.J.*, 1987, 114, besproken door VERHEUL, J.P., „Waat de antisuit injunction naar het continent over?”, 7. *N.I.P.R.*, 1989, 221.

landers en in Nederland verblijvend, hebben een geschil betreffende (beweerdelijk achterstallige) alimentatie. De vrouw maakt van een zakenbezoek van haar man in Florida misbruik om hem daar te dagvaarden en de eis daar te laten inleiden (bevoegdheid gegrond op de plaats der betekening) en tegelijk bewarend derdenbeslag te leggen. De man verzoekt de voorzitter in kort geding om opheffing van het beslag te bevelen en intrekking van de eis in Florida, beiden op straffe van verbeurte van een dwangsom. De Voorzitter verklaart zich bevoegd, beveelt de opheffing van het beslag, maar oordeelt dat de intrekking van de eis geen zaak was om in kort geding te bevelen. De mogelijkheid van een bevel tot intrekking van een elders abusief gevoerd geding, een „antisuit injunction”, werd echter niet ontkend. Verder dient de rechter zelf zich wegens wetsontduiking onbevoegd te verklaren, indien de bevoegdheid berust op een factor die door de eiser zelf geschapen werd met de uitsluitende bedoeling zo ten nadele van de wederpartij aan de normale bevoegdheid te ontsnappen, zoals b.v. het uitvoeren van een verbintenis op een andere plaats dan waar dit normaal diende te gebeuren, of het uitlokken van een daad van onrechtmatige mededinging op een plaats waar die nog niet wordt bedreven, om een daarop gegronde vordering krachtens art. 635, 3 Ger.W. en art. 5, 1 c.q. 3 EEX voor de rechter van die plaats te kunnen brengen.

1.2.1.5. Omstandigheden die de instelling van bepaalde soorten eis onredelijk maken

44. Tot nu toe werd hoofdzakelijk uitgegaan van een eis tot veroordeling (op grond van de beoordeling van de zaak zelf). Het recht om een behandeling van het bodemgeschil te bekomen wordt daarbij, zoals gezegd, aan toelaatbaarheidsvereisten onderworpen. Zoals er voor een dergelijke eis toelaatbaarheidsvereisten zijn, zijn er ook voor andere soorten eis (processuele categorieën) veelal vereisten aan te geven, ook wanneer het niet gaat om eisen die al dan niet gegrond kunnen worden geacht (omdat het geen eisen aangaande de zaak zelf betreft). Deze vereisten zijn veelal wettelijk bepaald. Zo is voor het verkrijgen van rechtsbijstand vereist dat de in te stellen (of ingestelde) eis „rechtmatig lijkt” (art. 667 Ger.W.), zo is voor een voorlopige maatregel in kort geding vereist dat de zaak „spoedeisend is” (art. 584, 1^o Ger.W.) en „rechtmatig lijkt” (*fumus boni iuris*); zo is voor een kort geding op ééNZijdig verzoekschrift „uiterste hoogdringendheid” vereist (art. 584, 3^o Ger.W.), zo is voor een eis tot louter verklaring van recht een „ernstig bedreigd recht” vereist (art. 18, 2

Ger.W.), zo is voor een zijdelingse vordering vereist dat men zelf de hoedanigheid van schuldeiser heeft, zo zijn er toelaatbaarheidsvereisten voor de rechtsmiddelen, e.d.m.

Ook bij die andere vormen van *ius agendi* kan de goede trouw een rol spelen. Zo b.v. is er in beginsel „geen aanleiding” tot een voorlopige maatregel wanneer de spoedeisendheid door de eiser in kort geding zelf is veroorzaakt(173), doordat hij de zaak te lang heeft laten liggen, en behoudens nieuwe omstandigheden die een voorlopige maatregel opnieuw rechtvaardigen. Voor een voorlopige bewijsmaatregel treedt de verwerking van het recht daarop nog niet in door zulk stilzitten, mits de maatregel nuttig blijft(174).

1.2.2. Omstandigheden die het zich verweren of de wijze van verweer onredelijk maken

1.2.2.1. Gegronddoch laatijdig verweer

45. In vrij veel gevallen zou een eiser, die een eis instelt die ongegrond blijkt, deze niet ingesteld hebben indien hij de verweermiddelen van de verweerder had gekend. Indien de verweerder deze vóór de dagvaarding had medegedeeld, zou dit beide partijen een proces hebben bespaard. De vraag is dan ook wanneer hij een last heeft deze voor de dagvaarding (en meer bepaald ten laatste bij de daaraan voorafgaande aanmaning, cfr. hierboven randnr. 22-23) mee te delen, en wel in die zin dat zo de eiser ten gevolge van het verzuim van die mededeling kosten maakt, deze ten laste van de verweerder dienen te blijven.

In sommige gevallen is dergelijke informatie „plicht” (juister ware „last”) wettelijk bepaald. Zo moet de zelfstandige die zijn bedrijvigheid stopzet dit aan zijn sociale kas of fonds meedelen (art. 8 van het algemeen reglement van het sociaal statuut der zelfstandigen, KB 19 december 1967). Verzuimt hij dit, in casu zelfs na een aanmaning tot betaling van zijn sociale bijdragen, en kon de wederpartij daardoor denken dat zij een opeisbare aanspraak had en

(173) Zie DE LEVAL, G., „L'examen du fond des affaires par le juge des référés”, *J.T.*, 1982, 421 en b.v. het daar aangehaalde K.g. Luik, 26 juni 1980, A.R. nr. 14042/80; Arbh. Luik, 1 april 1987, *J.L.M.B.*, 89/626, p. 1333 („urgence artificiellement créée”); de verwijzingen bij VEROUGSTRAETE, I., „Het kort geding. Recente trends”, *T.P.R.*, 1980, (258) 264 nr. 12 noot 22. VEROUGSTRAETE zelf is evenwel terughoudend („De houding van de eiser schept maar een vermoeden iuris tantum dat er geen spoed vereist is”).

(174) Zie b.v. K.g. Luik, 6 juli 1989, *J.L.M.B.*, 89/909, besproken p. 1349-1350.

heeft zij dientengevolge gedagvaard, dan moet hij de gerechtskosten dragen(175).

Een vergelijkbare regel geldt m.i. meer algemeen voor geschillen die rijzen in of n.a.v. de uitoefening van een beroep of bedrijf, wanneer de eiser er — door het gebrek aan mededeling — kon van uitgaan dat er geen grond was voor dat verweer dan wel dat de verweerder van dat verweer had afgezien. Het eerste geval kan zich met name voordoen bij de exceptie van schuldvergelijking, soms ook bij de exceptie van niet-uitvoering. Het tweede kan zich voordoen bij de exceptie van verjaring, van niet-uitvoering e.a. Nog eerder is dit het geval wanneer het een meerpartijenverhouding betreft en aan de eiser, b.v. overnemer van een schuldvordering, excepties worden tegengeworpen uit de verhouding tussen verweerder en overdrager. In al die gevallen geldt naar verkeersopvattingen een informatie- of protestlast voor aanspraken die het beroep of bedrijf betreffen. Eveneens naar verkeersopvattingen is een verbruiker daartoe veel minder snel gehouden. Deze verkeersopvattingen kan men a fortiori afleiden uit de opvattingen i.v.m. de „aanvaarding” van een faktuur of rekeninguittreksel, aanvaarding die bij verbruikers behoudens bijzonder beding eerst na meerdere aanmaningen wordt aangenomen(176), bij handelaars echter reeds zodra niet snel geprotesteerd wordt. „A fortiori”, zeg ik, omdat dergelijke informatie- of protestlast m.i. na dreiging met dagvaarding nog strenger moet beoordeeld worden dan anders, althans wat de procesrechtelijke gevolgen (m.b. de gerechtskosten) betreft.

Zo ook moet het laattijdig verwerpen van de nalatenschap door de erfgenamen van een schuldenaar bestraft worden met de verwijzing in de kosten, indien daardoor een nutteloze eis werd ingesteld(177). Weliswaar beschikt de erfgenaam over een termijn voor boedelbeschrijving en beraad (art. 795 B.W. en 853 Ger.W.), doch deze termijnen lopen vanaf het openvallen van de nalatenschap (niet vanaf de dagvaarding) en dienen m.i. reeds na aanmaning te worden

(175) Zie b.v. Arbh. Brussel, 8 februari 1973, I. t. V.P.R., *T.S.R.*, 1973, 272; Cass., 24 april 1978, v.z.w. Integrity t. Bothy, *Arr.*, 965, *R.W.*, 1978-79, 2669 noot LAENENS, J.; Arbh. Luik, 24 juni 1985, F., W., B. t. v.z.w. TIB, *J.T.T.*, 1985, 423.

(176) Voor voorbeelden van dergelijke aanvaarding, zie o.m. Rb. Neufchâteau, 11 februari 1981, ets. J. Bodart t. gemeente Houyet, *J.T.*, 400; Vred. Tielt, 26 november 1981, Imewo t. Van C., *BFE-Rechtspraak* nr. 10-D, 27.

(177) Vred. Elsene, 2e K., *A.R.*, 5553, Kenes t. Arnauts, aangehaald door CEREXHE, E., „La condamnation aux dépens: une sanction au refus de collaboration à l'administration de la preuve”, noot onder Kh. Luik, 3 februari 1978, n.v. SECA t. n.v. Distrimas, *R.C.J.B.*, 1979, (451) 461.

opgeworpen, op straffe van verwijzing in de kosten. Hetzelfde geldt indien de verwerping weliswaar snel geschiedde, doch de schuldeiser daarvan geen kennis werd gegeven ten laatste nadat hij de schuldenaar in gebreke heeft gesteld. In geval van aanmaning kan het m.i. in die gevallen de schuldeiser niet verweten worden dat hij het register van de akten van verwerping niet heeft geraadpleegd.

Het beginsel van de processuele goede trouw brengt er ons dan ook toe om na te gaan of het opwerpen van het verweer in de gegeven omstandigheden niet als foutief laattijdig dient te worden beschouwd. Zo kan het een nalatigheid zijn om de exceptie van gewijsde of de exceptie van verjaring(178) eerst op te werpen na dagvaarding, hoewel ze reeds was ingetreden bij de aanmaning.

Uiteindelijk gaat het hier om dezelfde algemene regel die we reeds voor de eiser gesteld hebben in randnr. 23. Indien de eiser het niet op een geding zou hebben laten aankomen indien hij de feitelijke toedracht gekend had, en de verweerder, die deze wel kende, dat diende te beseffen, moet de verweerder die deze niet reeds bij aanmaning mededeelde (alsook op verzoek wezenlijke bewijsmiddelen overlegt), hoewel zijn verweer gegrond is, toch in de kosten verwezen worden, tenzij de eiser schuldig onwetend was (wat niet mogelijk is voor verweermiddelen die een uitdrukkelijk beroep vereisen, zoals de verjaring) of de eiser na mededeling volhardt in zijn eis.

Ik wil hier niet uitvoerig ingaan op de materieelrechtelijke dan wel de bewijsrechtelijke gevolgen van het laattijdig opwerpen van verweermiddelen. Vermeld zij alleen dat het laattijdig opwerpen van verweermiddelen meermaals bestraft wordt met verwerking van dat recht c.q. verwerking van bewijsmogelijkheden. Men moet maar denken aan de overvloedige rechtspraak en rechtsleer betreffende het stilzitten op de ontvangst van een faktuur, rekeninguittreksel of schadebestek(179), de zogenaamde „goedkeuring” van de (gebreklijke of niet-overeenstemmende) prestatie — die veelal rechtsverwer-

(178) Zie b.v. Arbrb. Brussel, 5 februari 1974, *R.W.*, 1973-74, 2452.

(179) Zie Cass., 29 maart 1976, n.v. Arboroute wegenonderneming t. Claes, *Arr.*, 833, verwerping van een voorziening t. Luik, 10 februari 1976; Antwerpen, 17 november 1976, p.v.b.a. Expeditie bedrijf Maas t. p.v.b.a. Sport en Rust, *B.R.H.*, 1977, 270, *R.W.*, 1976-77, 2687 (rekeninguittreksel niet geprotesteerd en aanmaning niet beantwoord); Gent, 11 december 1985, p.v.b.a. Bird Love t. n.v. Powertrans, *I.V.L.Z.* 1986, 86; Rb. Brugge, 14 januari 1986, n.v. Royale Belge t. n.v. Het Belgisch verhaal en G. Struyf, *R.W.*, 1988-89, 782 (drie aanmaningen en een schadebestek); Kh. Gent, 3 september 1987, D.B. t. b.v.b.a. Paver, *T.B.H.*, 1988, 243 (faktuur); Vz. Kh. Mechelen, 13 januari 1989, Leroux-Werkers t. p.v.b.a. Bramac, J. van Oycke, K.g. nr. 1374 (aansprakelijkstelling). Zie verder DIRIX, E. en BALLON, G.L., *De faktuur*, Gent, Story, 1985, nr. 197 (faktuur), 162-163 (rekeningafschrift) en 165-166 (uittreksel rekening-courant).

king verbergt —(180), het laattijdig opwerpen van de exceptie van niet-uitvoering(181) of de ontbinding, de tegenstrijdige of onverzoenbare gedraging, e.d.m. Op enkele vragen van bewijsrecht wordt in deel II. verder ingegaan.

Wel kan gesteld worden dat het laattijdig protesteren of standpunt innemen een bijzondere kleur krijgt wanneer het bovendien eerst gebeurt nadat een aanmaning en een dagvaarding zijn gegeven. Zolang er geen geding is, kan men er nog van uitgaan dat de eiser ook laattijdige protesten misschien nog welwillend ontvangt, zij het b.v. om commerciële redenen. Eenmaal de zaak in geding is, moet echter a fortiori standpunt worden ingenomen. Een mooi voorbeeld(182): een verweerder had een bepaald pand reeds in handelshuur gehad van 1976 tot 1980, en huurt dit opnieuw vanaf 1 maart 1981; na een opzegging op grond van de termijnen van de tweede overeenkomst (tegen 1 maart 1984) repliceert hij (zonder uitleg) dat deze opzegging ongeldig is, zodat de verhuurder zich nu gaat baseren op de eerste overeenkomst, waarop ook de huurder zich meermaals beroept, o.m. in kort geding; eerst in de besluiten neergelegd in maart 1986 (ca. 5 maanden na dagvaarding) stelt hij een tegeneis in op grond van de tweede (wettelijk geldende) overeenkomst. De Vrederechter oordeelt het in verwarring brengen van de eiser door die dubbelzinnige houding in strijd met de verplichting van loyaliteit en belet de huurder om de tweede overeenkomst nog op te werpen.

46. VERSTEK EN VERZET — Kan het stilzitten op een gewone aanmaning, een faktuur, e.d.m. nog verschoonbaar zijn, minstens bij niet-handelaars, dan moet toch strenger geoordeeld worden over het stilzitten op een dagvaarding zelf, m.b. door verstek te laten gaan, of de daarmee op dit punt omzeggens gelijk te stellen aanmaning tot betalen in de vormen van art. 1339 Ger.W. onder dreiging van

(180) Zie o.m. JASSOGNE, C., „La garantie découlant des contrats d'entreprise: plus de 25 ans d'hésitations en doctrine et en jurisprudence!”, *Ann. Lg.*, 1988, 251 e.v.; FORTIERS, P.A., „La responsabilité de l'entrepreneur après réception”, *T.V.A.*, 1988, 261 e.v. Vgl. het Pekingeenden-arrest, H.J. Oldenhove t. n.v. pluimveeslachterij Calot, HR 5 april 1968, *N.J.*, nr. 251 noot SCHOLTEN, G.J.; Brussel, 30 september 1987, n.v. Egimo t. Orban en erf. Maere, *J.L.M.B.*, 1987, 537.

(181) Zie b.v. Kh. Brussel, 4 augustus 1961, n.v. Metropolitan Films t. n.v. Cobelciné t. n.v. Rubens Paleis, *J.C.B.*, 1963, 38 („A chacun son étoile”); Kh. Brussel, 31 mei 1968, n.v. Bia t. n.v. Comptoir foncier et commercial, *B.R.H.*, 514; Bergen 23 november 1987, Raes t. Banque sud belge, *J.L.M.B.*, 1988, 421 noot PARMENTIER, Cl.; zie ook Cass., 23 februari 1956, Hupin-Brichot t. Belgische Staat (landsv.), *Arr. Cass.*, 511, vernietiging van Brussel, 22 juni 1954.

(182) Vred. Zele, 29 september 1987, A.R. nr. 23.067, A. de Maeyer t. Yan Man Tai.

summiere rechtspleging of van art. 4 Handelspandwet onder dreiging van pandverkoop. Dergelijk verstek of stilzitten dient bestraft te worden met niet-terugvorderbaarheid van de kosten van verzet.

Natuurlijk, verschijnen is geen plicht, en verzet aantekenen in de huidige stand van de wetgeving(183) een recht — althans zo men ondertussen niet nogmaals de kans heeft gekregen om te verschijnen nadat de eiser de rechtspleging van art. 751 e.v. Ger.W. heeft ingezet (in dat geval verwerkt men immers het recht op verzet). Maar het verschijnen is wel een „last”(184) (één van de sankties is bv. de mogelijkheid voor de wederpartij om bewarend beslag te leggen zonder nadere toelating, art. 1414 Ger.W.). Onrechtmatig is niet het (éénmaal) verstek laten gaan en verzet aantekenen, onrechtmatig is echter wel dit op kosten van de wederpartij te willen doen.

Is het verzet ongegrond, dan dient de verzetdoende partij bovenop de kosten nog een aanvullende rechtsplegingsvergoeding van 500 BF (geïndexeerd 1.700 BF) (!?) te betalen. Is het verzet gegrond, dan mag zij m.i. de kosten van inleiding van het verzet nooit terugkrijgen(185), tenzij 1^o de eis tergend en roekeloos was en 2^o de verzetdoende partij aantoont dat ze redelijkerwijze niet kon verschijnen (noch in persoon noch per advocaat noch door een verwant of een beroepsafgevaardigde voor de gerechten waar dit mogelijk is(186)) bij de inleiding van de eis. Dit laatste is natuurlijk ook het geval wanneer zij niet behoorlijk is opgeroepen of de oproeping door omstandigheden buiten haar wil niet tijdig heeft ontvangen.

Tenslotte kan hier nog opgemerkt worden dat het recht op verzet verwerkt wordt door niet te verschijnen of te besluiten wanneer de zaak geldig is vastgesteld op grond van art. 751 Ger.W., alsook door (een tweede maal) verstek te laten gaan in een rechtspleging op verzet.

(183) Voor kritiek, zie b.v. FETTWEIS, A., „Quelques correctifs nécessaires après une décennie d'application du code judiciaire”, in *Tien jaar gerechtelijk wetboek*, Seminarie privaatrechtelijk procesrecht R.U.Gent, (ook als IUS nr. 1), Antwerpen, Kluwer, 1981, (123) 131.

(184) Vgl. DE CORTE, R. en LAENENS, J., *T.P.R.*, 1980, (447) 487, die stellen: „hoewel het verschijnen geen juridische verplichting is, geeft het niet verschijnen geen blijk van voldoende zorgzaamheid bij het benaastigen van zijn belangen”, een typische omschrijving voor een last of Obliegenheit. Cfr. LENT, F., 67. *ZZP* 1954, 344.

(185) Vgl. KRINGS, J.E., „Le défaut et l'opposition”, *Rapports belges au XIe Congrès de l'Académie internationale de droit comparé Caracas 1982*, Antwerpen, Kluwer/Brussel, Bruylant, 1985, II, (21) 35 die stelt dat de rechter na ongerechtvaardigd verstek de verzetdoende partij tot schadevergoeding moet kunnen veroordelen.

(186) Zoals DE CORTE, R. en LAENENS, J., *T.P.R.*, 1980, (447) 495 het stellen, moeten, waar de verschijning voor de rechter vereenvoudigd werd, daar ook de nodige konklusies uit worden gehaald.

1.2.2.2. Onredelijkheid bij het opwerpen van processuele excepties en middelen van ontoelaatbaarheid

„*La forme, sœur jumelle de la liberté ou cousine germaine de la mauvaise foi?*”

(naar de parafrase op R. von Ihering
door premier président AYDALOT,
Magistrat, Parijs, Lafont, 1976, 183).

47. Ook wanneer het niet onredelijk is dat een verweer niet reeds voor de dagvaarding of inleiding werd opgeworpen, kan het nog onredelijk zijn het niet onmiddellijk in het geding op te werpen. Hiermee raken we aan de vraag van de *vaste vs. arbitraire volgorde der verweermiddelen* (Präklusivprinzip of Prinzip der gesetzlichen Reihenfolge vs. arbiträre Reihenfolge) naargelang bepaalde verweermiddelen al dan niet vóór de andere moeten worden voorgedragen(187) — op straffe van verwerking (het Engelse „preclusion” is immers synoniem met „estoppel” of verwerking).

We bespreken hier niet de inhoudelijke volgorde van de verweermiddelen aangaande de zaak zelf, gezien die vraag veeleer tot het bewijsrecht behoort (zie Deel II, m.b. bij de bespreking van de aanvoeringslast). Wel dient de vraag gesteld te worden voor de onderlinge volgorde van excepties van nietigheid, middelen van ontoelaatbaarheid en verweermiddelen aangaande de zaak zelf.

De vraag naar de concentratie van verweermiddelen, nl. het gespreid dan wel tegelijk voordragen, wordt verder besproken (randnr. 70 e.v.), omdat zij de procesgang meer algemeen betreft.

Hier wordt wel de vraag naar het vereiste belang voor het opwerpen van nietigheden en middelen van ontoelaatbaarheid besproken.

48. Voor de *excepties van nietigheid* is de vraag grotendeels geregeld in de artt. 860 e.v. Ger.W., althans wat betreft de nietigheden wegens vormgebrek. Belangrijk voor ons onderwerp zijn twee regels, die gelden behoudens voor de nietigheden van openbare orde (die in art. 862 Ger.W. opgesomd worden).

Ten eerste moet de exceptie van nietigheid opgeworpen worden, en wél voor enig ander middel (dus w.b. nietigheid van de dagvaarding of eis in limine litis) (art. 864, 2 Ger.W.).

Ten tweede kan de nietigheid maar uitgesproken worden indien het aangeklaagde verzuim of de aangeklaagde onregelmatigheid de be-

(187) Zie hierover MILLAR, R.W., „The formative principles of civil procedure”, 18. *Illinois law review*, 1923, (1 e.v.) § 5.

langen schaadt van de excipiendus (art. 861 Ger.W.). Dit betekent dat de excipiendus konkrete redenen moet opgeven waarom zijn belangen door het verzuim geschaad zijn (dat hij bij de nietigheid zelf, d.i. bij de sanktie, belang heeft zal meestal wel geen probleem zijn). In bepaalde typische gevallen moet de belangenschade overigens in beginsel ontkend worden: wanneer enkel de vermelding van de vorm verzuimd is (art. 867 Ger.W.), wanneer een onjuiste vermelding wel degelijk werd begrepen(188) („*falsa demonstratio non nocet*”). Zo ook heeft de dagvaarding zijn doel bereikt, indien de verweerder verschijnt(189), en is er dus geen plaats meer voor nietigheid, maar hoogstens voor opschorting, regularisatie, of dergelijke, althans indien de verweerder daar tijdig om vraagt(190). Deze stelling zal bekrachtigd worden door artikel 31 wetsontwerp hervorming Ger.W. door een wijziging van artikel 867 Ger.W., waardoor geen nietigheid meer zal kunnen worden uitgesproken indien de handeling het door de wet bedoelde oogmerk heeft bereikt. Ook kan de nietigheid niet opgeworpen worden door de wederpartij die zelf mee het verzuim heeft veroorzaakt of uitgelokt, of althans de regularisatie ervan heeft verhinderd(191).

49. De nietigheden die de grond van de processuele rechtshandelingen (i.t.t. hun vorm) betreffen worden door het Gerechtelijk Wetboek niet geregeld, en worden dan ook beoordeeld volgens de gemeenrechtelijke regels. M.i. geldt ook hiervoor de regel van art. 864, 2 Ger.W. (de Franse tekst spreekt van „*toutes autres nullités*”) en wordt dergelijke nietigheid „gedekt” en het beroep erop verwerkt door een daarmee onverzoenbare gedraging, zoals wanneer na het ontdekken van de nietigheidsgrond deze niet voor enig ander middel wordt opgeworpen(192).

50. Voor de *toelatingsopschortende excepties* is de vraag van het onredelijk gebruik gedeeltelijk geregeld in het Ger.W. De regeling

(188) Vgl. TEN KATE, Th.B., in *Een goede procesorde*, (71) 73-74.

(189) DE CORTE, R., in *Actori incumbit probatio*, (45) 51-52.

(190) Ter vergelijking een materieelrechtelijk voorbeeld: een enige tijd te vroeg aangevraagde vernieuwing van een handelshuur is geldig indien de wederpartij na ontvangst het stilzwijgen bewaart tot op de dag dat geen hernieuwing meer kan gevraagd worden (Vred. Merksem, 17 maart 1983, *R.W.*, 1983-84, 44, noot DE MEYER, C.).

(191) Vgl. BAUMGÄRTEL, G., 69. *ZZP* 1956, (89) 111. Zie uitdrukkelijk art. 160 Grieks ZPO.

(192) Art. 118 Franse CPC luidt licht anders, daar het bepaalt dat de nietigheden betreffende de grond van proceshandelingen weliswaar in elke stand kunnen worden opgeworpen, maar dat i.g.v. verdragingsmaneuver (intention dilatoire) schadevergoeding verschuldigd is. Zie TAEJMAN, P., *T.P.R.*, 1988, nr. 21.

is zeer behoorlijk wat de exceptie van *onbevoegdheid* betreft. Gezien het onderwerp van dit verslag, bespreken we enkel de territoriale bevoegdheid (die immers niet van openbare orde is), en niet de volstreckte bevoegdheid, noch de prejudiciële procedures, die ook opschortend werken. Tegen de vele misbruiken is de wetgever opgetreden door de excipiendus te verplichten de exceptie van onbevoegdheid in limine litis op te werpen, zelfs voor de andere excepties (art. 854 Ger.W.) en mét aanwijzing van de bevoegde rechter (art. 855 Ger.W.). Blijft de vraag of de excipiendus belang moet hebben bij de verwijzing (het belang bij de verzuimde bevoegdheid en het belang bij de verwijzing vallen in deze vraag samen, anders dan bij de vraag der nietigheid). O.i. wel(193), al kan dit belang gerust vermoed worden. Ook wordt de exceptie van onbevoegdheid verwerkt door de verweerder die de eiser er zelf eerst toe gebracht heeft op de bevoegdheid van de rechter, waarvoor gedagvaard werd, te vertrouwen (b.v. de verweerder die eerst beweert dat de waarde van de zaak 50.000 BF overtreft, en nadat hij voor de Rechtbank van Eerste Aanleg wordt gedagvaard, verwijzing naar de Vrederechter vordert). De *wraking* moet voorgedragen worden vóór de aanvang van de pleidooien (art. 833 Ger.W.), tenzij de redenen eerst later zijn ontstaan.

51. Voor de (andere) opschortende excepties impliceert art. 863, 1^o Ger.W. dat geen belang vereist is, al staat die regel daar totaal niet op zijn plaats, gezien het niet om nietigheden gaat. De regel is begrijpelijk doordat de wet de exceptie maar toekent in gevallen waarin de verweerder typisch belang heeft. Uitdrukkelijk vermeld zijn de termijnen van boedelbeschrijving, beraad en oproeping in vrijwaring, doch hetzelfde geldt voor de exceptie van borgstelling. Ook hier geldt echter dat de exceptie vóór alle verweer moet worden opgeworpen (art. 868 Ger.W.) en niet meer kan worden opgeworpen, zelfs indien dit voor enig ander middel gebeurt, indien de termijn in werkelijkheid reeds is gegeven of de zekerheid in werkelijkheid reeds voorhanden is. Bovendien wordt het niet vereist zijn van een concreet belang gekompenseerd door de verplichting tot schadevergoeding indien men van de gevraagde termijn niet het aangezegde gebruik heeft gemaakt (art. 858 Ger.W. voor de oproeping in vrijwaring, doch veralgemeenbaar). Overigens wil art. 30 van het wetsontwerp hervorming Ger.W. art. 863 Ger.W. afschaffen, zodat na

(193) Vgl. hierover BAUMGÄRTEL, 69. ZZP 1956, 118 e.v.

goedkeuring daarvan ook hier de vraag naar belangenschade zal rijzen.

52. Naast de wettelijke zijn er ook *konventionele opschortende excepties* mogelijk. Hieronder zouden wij de bedingen willen brengen die bepaalde pleegvormen opleggen vooraleer naar de rechter te gaan, pleegvormen die evenwel niet tot een voor exequatur vatbare uitspraak kunnen leiden: verplichte buitengerechtelijke verzoeningspoging, bindende derdenbeslissing, e.d.m. (zie hoger randnr. 24). Ook hiervoor geldt o.i. dat zij voor enig verweer met name moeten opgeworpen worden (analogie met de artt. 854, 868 en 1679, 1 Ger.W.), ja veelal zelfs vooraleer de eis is ingesteld. O.i. kunnen zij wel terzijde gesteld worden bij gebrek aan belang, b.v. wanneer de partij die de exceptie van verzoeningsoproeping opwerpt geen konkrete voorstellen doet. En zo ook is de excipiendus schadeplichtig indien hij de gevraagde procedure afwendt van haar doel, er alle medewerking aan weigert, e.d.m.

53. De *verhinderende excepties van ontoelaatbaarheid* zijn zeer gebrekkig geregeld in het Ger.W. De verschillende vragen moeten voor de belangrijkste categorieën afzonderlijk gesteld worden. De ontoelaatbaarheid die het gevolg is van de *verwerking van het recht om een proceshandeling te verrichten wegens overschrijding* van een verwerkingstermijn, wordt evenwel onder randnr. 61 e.v. behandeld, omdat zij zowel de eiser als de verweerder kan treffen. De exceptie van verjaring wordt in dit deel niet besproken, omdat zij o.i. een verweermiddel aangaande de zaak zelf vormt (dat ze zwakke werking heeft is geen argument daartegen: zij treft nog altijd een welbepaald aspect van het subjectief recht in kwestie, niet het abstracte *ius agendi*)(194). De *afwijzing van rechtsmacht* (d.i. wanneer geen verwijzing naar de bevoegde rechter mogelijk is zoals bepaald door art. 660 e.v. Ger.W.) is weliswaar geen exceptie van onbevoegdheid, omdat ze niet opschortend, maar verhinderend werkt, maar wordt door gelijkaardige regels beheerst: indien de verweerder verschijnt moet de afwijzing „in de eerste besluiten” geschieden (zegt art. 636 Ger.W. voor internationale geschillen), „voor alle exceptie of verweer” (zegt art. 1679, 1 Ger.W. voor arbitrage), „uitsluitend” geschieden (zegt art. 18 EEX.). Het vraagstuk van misbruik van internationale bevoegdheid werd hoger reeds aangeraakt.

(194) Voor een mogelijke nuancering wat de dertigjarige verjaring betreft, zie hoger randnr. 30.

54. Wat de andere middelen van ontoelaatbaarheid van de eis betreft (geen belang, geen hoedanigheid, e.d.m.) rijzen nogmaals dezelfde vragen. Wanneer moet het middel opgeworpen worden? Men kan niet als algemene regel stellen dat zij in limine litis moeten worden opgeworpen, gezien de toelaatbaarheid niet uitsluitend op het ogenblik van de inleiding moet worden beoordeeld(195). Doch daaruit kan men niet afleiden — zoals sommigen doen — dat het middel stéeds in elke stand van het geding zou kunnen worden opgeworpen. O.i. geldt dit enkel voor de exceptie van gewijsde, zoals bepaald in art. 27 Ger.W., en kunnen de andere excepties van ontoelaatbaarheid verwerkt worden door een daarmee onverzoenbare gedraging, zoals wanneer zij na het ontdekken ervan niet voor het verweer aangaande de zaak zelf worden opgeworpen(196): het is immers tegenstrijdig om zonder voorbehoud een debat aangaande het bodemgeschil aan te gaan met iemand wiens recht op zulk debat men wenst te betwisten. Bovendien kan een middel van ontoelaatbaarheid dat berust op het verzuim door de eiser van een last die niet van openbare orde is, niet opgeworpen worden door de wederpartij die de eiser er feitelijk toe heeft gebracht om de last niet of niet tijdig na te leven, of zelf gelijkaardige lasten evenmin naleeft („*venire contra factum proprium nulli conceditur*”).

De tweede vraag is of belangenschade moet worden aangetoond. Natuurlijk heeft de excipiens belang bij de ontoelaatbaarheid, doch het gaat erom of hij er belang bij heeft dat de wederpartij — in zoverre deze een eis instelt — daarbij de juiste hoedanigheid opneemt, de juiste soort eis (veroordelend, deklaratief, konstitutief) uitkiest, e.d.m. Ook hier moet uitgegaan worden van het normdoel,

(195) DE CORTE, R., *T.P.R.*, 1980, (1) 23-24 nr. 47-48; FETTWEIS, A. en KOHL, A., „L'exception dilatoire tirée de l'omission de l'appel en conciliation en matière de bail à ferme”, noot onder Rb. Hoei, 2 oktober 1974, *J.T.*, 1975, 365 e.v.; zie b.v. R.v.St. 6 april 1982, nr. 22.183 iz. Rys, *R.W.*, 1982-83 noot LAMBRECHTS, W. (wegvallen van het belang). Anders Cass., 4 januari 1968, Haid t. Eylenbosch, *Arr.*, 599, verwerping.

(196) Dit volgt b.v. uit Cass., 16 oktober 1974, Chartier t. Lambert e.a., *Arr.*, 228, verbreking, dat de afstand van een middel van ontoelaatbaarheid afleidt uit het voeren van verweer ten gronde zonder de ontoelaatbaarheid in limine litis te hebben opgeworpen (en dit afgezien van de vraag of de kwalifikatie van de vereiste van voorafgaande oproeping in verzoening als toelaatbaarheidsvereiste wel juist is). Minder verregaand, maar in casu ook tot de verwerking besluitend, Brussel, 31 januari 1980, Retira t. n.v. Hypotheek- en Financieringsmaatschappij van België, *Pas.*, II, 52 (exceptie eerst in hoger beroep opgeworpen). Het volgt, minstens impliciet, ook uit de cassatierechtspraak inzake de concentratie van het verweer, onder randnr. 72 aangehaald.

Ter vergelijking: art. 123 Franse CPC bepaalt dat de middelen van onontvankelijkheid weliswaar in elke stand kunnen worden opgeworpen, maar dat i.g.v. verdragingsmaneuver (intention dilatoire) schadevergoeding verschuldigd is (Zie Taelman, P., *T.P.R.*, 1988, nr. 21).

Vgl. ook art. 185, 2 Grieks ZPO.

het doel van een toelaatbaarheidsvereiste. Veelal zal dit ertoe leiden dat bij vereisten die niet van openbare orde zijn regularisatie moet worden toegestaan, desgevallend mits schadevergoeding.

55. Zoals de nietigheden en de middelen van ontoelaatbaarheid moeten ook andere middelen geput uit de schending van het recht van verdediging tijdig worden opgeworpen. Zo kan men in hoger beroep niet klagen over schending van het recht van verdediging, nadat in eerste aanleg daarvoor geen voorbehoud werd verwoord zo zulks mogelijk was. Men kan in hoger beroep niet klagen over een verkorting van de termijn om te besluiten, wanneer men besluiten heeft genomen zonder voorbehoud(197).

Gelijkaardige regels gelden ook voor de uit het recht van verdediging geputte verweermiddelen tegen een bewijsmiddel, andere dan de wettelijk voorgeschreven nietigheden (b.v. de zgn. niet-tegenwerpelijheid), verweermiddelen die — zoals verderop zal blijken — meestal geen ontoelaatbaarheidsexcepties maar excepties aangaande de zaak zelf vormen, gezien zij de waardering van de bewijsmiddelen betreffen (en niet de toelaatbaarheid van het beroep op het bewijsmiddel). Zo kan men niet klagen over de eenzijdige aanstelling van een deskundige, wanneer men zonder voorbehoud aan diens werkzaamheden heeft deelgenomen(198). Zo kan men niet klagen over de valsheid van een akte, nadat men er zelf een beroep op heeft gedaan.

1.2.2.3. Ongegrond en onredelijk verweer

56. KORTE DEBATTEN — Bij ongegrond verweer bestaat de onredelijkheid er veelal in dat men dit niet tijdig wil toegeven of inzien en de zaak probeert te rekken, soms zelfs in de hoop de eiser zo tot een toegeving te bewegen.

Een eerste vertrekpunt biedt artikel 735 Ger.W., dat bepaalt dat de zaken waarvoor slechts korte debatten nodig zijn op de inleidende zitting behandeld worden of verdaagd worden op bepaalde datum. Maar al te dikwijls proberen verweerders, soms ook eisers, gedingen op de lange baan te schuiven door te beweren dat korte debatten niet volstaan. Ten onrechte gaat sommige rechtspraak en rechtsleer ervan uit dat een zaak slechts korte debatten vergt indien partijen het

(197) Antwerpen, 8 december 1980, V. t. H. en curatoren Arts en Bostoen, *R.W.*, 1981-82, 2433 noot LAENENS, J.

(198) Rb. Brugge, 5 december 1988, Naeyaert t. Werbrouck & Vanoverberghe, *A.R.* nr. 47.919.

daarover eens zijn. De eiser c.q. verweerder heeft integendeel het recht zich te verzetten tegen een verzending naar de rol indien het verzoek daartoe onredelijk is, d.w.z. indien korte debatten kunnen volstaan, en de rechter kan dan uitstel weigeren(199). Daartoe is wel vereist dat de eiser dit voornemen zo spoedig mogelijk (in beginsel in de dagvaarding) aan de verweerder mededeelt alsook aan de verweerder die zich meldt de stukken mededeelt(200). Bovendien wordt zijn akkoord (door art. 729 Ger.W.) volgens de gebruiken verondersteld indien hij niet voor de inleiding verzet bekend maakt wanneer de wederpartij om schriftelijke verschijning verzoekt.

Artikel 11 wetsontwerp hervorming Ger.W. stelt in de gewijzigde versie van art. 735 Ger.W. duidelijk dat de toestemming van de wederpartij niet vereist is, indien het vorderen van korte debatten door de eiser gemotiveerd geschiedt in de akte van rechtsingang c.q. door de verweerder bij de inleiding. Het voert de notie korte debatten verder ook in voor het hoger beroep (wijziging van art. 1066 Ger.W. door art. 41 wetsontwerp).

Het is de partij die zich verzet die moet aantonen dat korte debatten niet volstaan. In zaken die normalerwijze uit hun aard slechts korte debatten vergen, moet hij aantonen dat in dit konkrete geval zijn recht van verdediging de verzending eist. Art. 11 wetsontwerp hervorming Ger.W. (nieuw art. 735 § 2) bepaalt dit uitdrukkelijk voor eisen tot uitstel van betaling, tot een voorlopige of bewarende maatregel of een voorschot, tot een onderzoeksmaatregel of tot akkoordvonnissen en voor de exceptie van onbevoegdheid. Een van de gevolgen van zulk verzet is dat die partij verplicht is te besluiten (argument ex art. 741 Ger.W.), gezien de rechter niet op de mondeling voorge dragen middelen dient te letten („*quod non in actis non est in mundo*”), en al zal het tegen haar gevorderde vonnis vatbaar zijn voor verzet, tenzij de rechtspleging van art. 751 Ger.W. werd gevolgd. Blijkt achteraf dat de verzending overbodig was, omdat de besluiten zuiver pro forma zijn en niets bevatten dat niet reeds in korte debatten kon worden betoogd, dan is de verweerder schadeplichtig jegens de partij die niet met de verzending heeft ingestemd (argument ex art. 858 Ger.W.).

(199) Vgl. Verslag-DE BAECK, *Parl. Stukken*, Senaat 1964-65, stuk 170, p.127; LINDEMANS, D., in *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, (77) 81 nr. 7; Vred. Grivegnée, 11 april 1984, *J.L.*, 407; LEMMENS, P., „De voorlopige regeling van de toestand der partijen door de rechter ten gronde, na een behandeling ter inleidende zitting”, *R.W.*, 1984-85, 2011; FETTWEIS, A., *Manuel*, nr. 273.
Contra, ten onrechte: ROUARD, *Traité*, II-3 (1977), 64 nr. 47; Arbh. Antwerpen, 21 juni 1982, *R.W.*, 1983-84, 2563.

(200) Vgl. art. 6 Reglement Nationale Orde van Advokaten 28 januari 1988.

Tegen een *uitstel op korte termijn* mag de eiser zich volgens de deontologie der advocaten niet verzetten „in zoverre deze aanvraag werd gedaan in loyale omstandigheden en een nabije vaststelling kan worden bekomen” (art. 6 Reglement Nationale Orde van Advocaten 28.1.1988, art. 219 Beroepscode), evenmin als tegen een kort uitstel indien dit vereist is om het de verweerder mogelijk te maken de stukken te onderzoeken (art. 6 Reglement Nationale Orde van Advocaten 28.1.1988, art. 218 b Beroepscode).

Indien evenwel „de betwisting tussen partijen reeds jarenlang aansleepte, (verweerder) over alle stukken beschikte, en haar alle stukken waren medegedeeld, zodat zij met kennis van zaken op de inleidende zitting haar standpunt kon verdedigen”, zijn haar rechten niet geschonden door de rechter die uitstel weigert, een onderzoeksmaatregel beveelt en de toestand van de partijen voorlopig regelt door eiser een provisie toe te kennen(201).

Verweerder kan geen uitstel (tenzij heel kort) afdwingen wat betreft de bij inleiding gevraagde voorlopige maatregelen of onderzoeksmaatregelen, zelfs wanneer het bodemgeschil meer dan korte debatten vereist. De proceseconomie vereist dit, omdat men zo een kort geding kan uitsparen (nl. via art. 19, 2 Ger.W.). Voorlopige maatregelen kunnen immers maar toegekend worden indien door de duur van een (het) proces nadeel dreigt te ontstaan(202).

Zelfs wanneer uit de aard van de zaak volgt dat de verweerder de kans moet krijgen om besluiten op te maken, kan hem nog een uitstel voor meer dan een korte termijn worden geweigerd, aangezien de eiser de rechter ook kan vragen de termijn om te besluiten in te korten (art. 748, 3 Ger.W.)(203).

57. Kennelijk ongegrond verweer moet op dezelfde wijze beoordeeld worden als kennelijk ongegronde eisen. Ik verwijs voor enkele bemerkingen *mutatis mutandis* naar randnr. 27 *supra*, en voor verdere voorbeelden naar de literatuur(204).

(201) Rb. Antwerpen, 24 mei 1984, n.v. B. t. p.v.b.a. D., *R.W.*, 1984-85, 2010 noot LEMMENS, P.

(202) Zie voor dit punt LEMMENS, P., genoemde noot, *R.W.*, 1984-85, 2014.

(203) Deze bepaling werd door Luik, 28 juni 1984, n.v. S. t. n.v. T., *J.L.*, 1984, 547, ingeroepen om de weigering van een provisionele maatregel te rechtvaardigen. Zie verder over deze bepaling LAENENS, J., „Verkorting van de termijn om te concluderen”, noot onder Antwerpen, 8 december 1980, *R.W.*, 1981-82, 2434.

(204) Zie de hoger aangehaalde literatuur, en o.m. Taelman, P., *T.P.R.*, 1988, (89) nr. 10. Zie nog b.v. Cass., 13 april 1967, Wijnants t. Belg. Staat (Fin., Dienst van het Sekwester), *Arr.*, 981, verbreking (roekeloos verzet tegen een bevel tot betaling).

Kennelijk ongegrond is het verweer waarbij men een exceptie opwerpt die kennelijk slechts in verhouding tot anderen geldt, en zo werd geoordeeld betreffende de verzekeraar W.A.M. die het slachtoffer alleen excepties tegenwierp uit zijn verhouding met de verzekeringsnemer(205). Kennelijk ongegrond is het verweer dat er enkel in bestaat een vormgebrek van het bewijsmiddel van de eiser op te werpen — in casu een onderhandse akte houdende éénzijdige verbintenis — zonder de verbintenis zelf te betwisten(206).

Roekeloos is het verweer van een handelaar dat hij in feite voor rekening van een derde handel dreef, wanneer dit in strijd is met de vermeldingen in het handelsregister en de verweerder ook overigens niets daartoe inbrengt(207). Roekeloos en tergend is het ook te weigeren mee te werken aan een minnelijke procedure waarbij men niets te verliezen heeft, zodat een ander verplicht is om ze gerechtelijk te voeren(208). Het is overigens niet onwaarschijnlijk dat zulks geschiedt om de andere tot ongerechtvaardigde toegevingen te dwingen(209).

1.2.3. Onredelijkheid in de loop van de rechtspleging

58. Nadat in 1.2.1.1. de vormen van onredelijkheid werden besproken die het meest met het instellen van de eis samenhangen, en in 1.2.2. die vormen die het meest met het verweer als dusdanig samenhangen, bespreken we hier de omstandigheden die met de wijze van procederen samenhangen, ongeacht de positie als eiser of verweerder. Daarbij moet worden nagegaan op welke wijze elke procespartij met de gerechtvaardigde processuele belangen van de wederpartij rekening moet houden. Gerechtvaardigde processuele belangen zijn daarbij m.b. het belang bij een tegensprekelijke, behoorlijk snelle, nietodeloos ingewikkelde rechtsgang zonderodeloze kosten. Het rekening houden met deze belangen kan uitgedrukt worden in een aantal „lasten” en plichten, zoals mededelingslasten, verwittigingsplichten, versnellingslasten, vereenvoudigingsplichten, kostenbeperkingsof -lasten.

De wijze van procederen kan ook bewijsrechtelijke gevolgen hebben.

(205) Zie b.v. Cass., 30 januari 1970, n.v. Eurobel t. Rahoens, *Arr.*, 492, *Pas.*, I, 458, verwerping van de voorziening tegen Rb. Brussel, 6 september 1969, waarbij (ongespecificeerd) „schadevergoeding” werd toegekend.

(206) Rb. Brussel, 24 februari 1976, n.v. Européenne de Courtage, Vanderborght t. Stroobants, *Pas.*, III, 61.

(207) Vred. Kortrijk, 26 mei 1987, p.v.b.a. D. t. D., *R.W.*, 1987-88, 542.

(208) Zie b.v. HR 17 februari 1927, *N.J.*, 391 noot SCHOLTEN, P. (in casu weigering om mee te werken aan het roeyement van een hypotheek door een houder die niet batig is gerangschikt).

(209) Vgl. GERBRANDY, *Advocatenblad*, 1959, 367-368.

Dit zal b.v. het geval zijn wanneer men een onderzoeksmaatregel verwerkt en tegelijk niet over andere bewijzen beschikt. Hoewel nu de verwerking van een bewijsmaatregel veelal het verlies van een geding wegens gebrek aan bewijs meebrengt, moet men toch een onderscheid maken tussen het eigenlijke bewijsrecht — dat nauw met het materieel recht samenhangt —, dat in het tweede deel besproken wordt, en het processuele recht op bewijsmaatregelen, dat ook in dit eerste deel aan bod komt, en dat een aspekt vormt van het recht om te vorderen en zich te verdedigen(210). Zo is een stuk uit de debatten weren een processuele sanktie, die moet onderscheiden worden van het gebrek aan bewijswaarde van een stuk. De processuele sankties hangen meer bepaald samen met het recht van verdediging en de vereiste „Waffengleichheit” en het beginsel van tegenspraak. Zonder te willen vooruitlopen op de betekenis van het bewijs voor de beoordeling van de zaak zelf (de materieelrechtelijke verhouding, het bodemgeschil), kan hier dus wel gewezen worden op een zekere autonomie van de rechtspleging aangaande het bewijs: het behoorlijk en fair verloop van de bewijsvoering heeft in ons recht een zelfstandige betekenis tegenover de belangenafweging van het bewijs- en materieel recht. De rechtspleging aangaande het bewijs dient in beginsel te worden beoordeeld aan de hand van het recht om te vorderen en zich te verdedigen en de daarmee verbonden lasten. We hebben het hier dus niet over de mogelijke diskrepantie tussen de „juridische” en de „historische” waarheid — die volgt uit de toepassing van de bewijsregels zelf -, maar over de „belemmering” van het vinden van de juridische waarheid door processuele regels.

Ook hier rijst uiteindelijk toch ook de vraag of de autonomie van het procesrecht in stand moet blijven wanneer zij tot ernstige onredelijke gevolgen leidt: op een bepaald ogenblik moet de zelfstandige waarde van een goede procesorde misschien toch wijken. Deze vraag wordt dan ook verder besproken in Deel II (b.v. naar aanleiding van het probleem van de ongeoorloofd verkregen bewijsmiddelen).

1.2.3.1. De mededelingslast die volgt uit het beginsel van tegenspraak en de wijze van meedelen

59. ALGEMEENHEID VAN DE MEDEDELINGSLAST — De eerste last, die voortvloeit uit het beginsel van de tegenspraak („audiatur et altera pars”), is de last om alles wat aan de rechter wordt voorgelegd

(210) Zie daarvoor TARUFFO, M., „Le droit à la preuve”, *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung, Diskussionsberichte zum VII. internationalen Kongress für Prozeßrecht, Würzburg, 1983, Bielefeld, Gieseking*, (41) 43 e.v.

ook aan de tegenpartij mee te delen. Vooraleer de vraag te behandelen wannéér dit dient te geschieden, is het goed nog even te wijzen op de omvang van de mededelingslast en de wijze van meedelen. Het is blijkbaar niet overbodig de algemeenheid van de mededelingslast nogmaals te benadrukken. Indien de Orden van Advokaten het noodzakelijk achten de desbetreffende reglementen nog regelmatig te verstrengen, betekent het dat sommigen het daarmee nog steeds niet altijd even nauw nemen. Zo moeten niet alleen de stukken medegedeeld worden, maar ook alle zittingsnota's en aantekeningen in het zittingsdossier (art. 233, 2 Beroepscode). Zo moeten niet alleen de stukken die aan de rechter voorgelegd worden medegedeeld worden, maar ook alle stukken die aan een deskundige worden overhandigd, zowel bij een gerechtelijk als bij een minnelijk (tegensprekelijk) deskundigenonderzoek, zelfs bij een geneeskundig onderzoek (Beroepscode art. 145 en 190, resolutie Orde van Advokaten Brussel, 3 maart 1986).

Wat het laatste betreft, komt de sanktie verderop ter sprake (in 1.2.3.5. en in deel II). Voor de aan de rechter voorgelegde stukken is de sanktie éénvoudig en voorgeschreven in art. 740 Ger.W.: „Alle memorie's, nota's of stukken die niet zijn overgelegd voor de sluiting van de debatten, worden buiten het beraad gehouden”. Eenvoudig toepasbaar is de sanktie evenwel uitsluitend voor stukken welke de rechter eerst na de sluiting van de debatten zou ontvangen (b.v. per brief). Nazicht of alle voor of op de zitting aan de rechter voorgelegde stukken en nota's ook reeds aan de wederpartij overgelegd zijn geworden, is veelal te omslachtig om doenbaar te zijn. Raadsheer VAN GELDER verhaalt de gewoonte van een vrederechter om de stukken uit de zittingsdossiers „per vergissing” aan de verkeerde partij terug te sturen, maar durft ze niet aanbevelen⁽²¹¹⁾. In geval van twijfel kan hij natuurlijk ook de raadslieden terugroepen. Tenslotte blijft er voor die — gelukkig zeldzame — gevallen waarin eerst na de beslissing aan het licht is gekomen dat een partij beslissende stukken niet overgelegd heeft aan de wederpartij, nog de mogelijkheid tot herroeping van gewijsde, of men dit nu op artikel 1133, 2° Ger.W. („achterhouden van stukken”) wil gronden, dan wel op art. 1133, 1° Ger.W. (bedrog).

60. WIJZE VAN MEDEDELING — Artikel 737 Ger.W. bepaalt twee wijzen van mededeling van stukken: rechtstreeks, dan wel ter inzage

(211) VAN GELDER, A., in *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, (15) 32, nr. 61.

neerleggen ter griffie. Volgens artikel 740 Ger.W., zoals het zou gewijzigd worden door artikel 12 wetsontwerp wijziging Gerechtelijk Wetboek, zal tegelijk minstens een inventaris aan de tegenpartij moeten worden gezonden. Overlegging van het stuk zelf is natuurlijk overbodig indien de tegenpartij het reeds bezit. Uitsluitend neerleggen ter griffie wordt evenwel tussen advocaten terecht als een deontologische fout beschouwd (art. 225 Beroepscode, resolutie Orde van Advocaten Brussel 14 april 1986), doch het is m.i. meer algemeen een tekortkoming aan de eisen die de goede trouw aan procespartijen stelt, tenzij de tegenpartij zo onbetrouwbaar is dat men niet bereid is de stukken uit te lenen én het dossier zo dik is dat hij geen kopie mag verwachten zonder vergoeding. Alhoewel, wat het laatste betreft, moeten de kopieerkosten niet ten laste blijven van de partij die ze veroorzaakt door een dergelijk omvangrijk dossier samen te stellen?

1.2.3.2. Niet-naleving van wettelijke of redelijke termijnen voor het stellen van proceshandelingen

„vigilantibus, non dormientibus, ius scriptum est”

61. WETTELIJKE VERWERKINGSTERMIJNEN — In randnr. 15 bespraken we reeds de sanktie van de processuele maximumtermijnen die niet „op straffe van verval” zijn voorgeschreven, en die wij *verwerkingstermijnen* noemen. Wij kozen voor de stelling dat deze termijnen wel degelijk toelaatbaarheidsvereisten vormen voor de proceshandelingen waarvoor ze zijn voorgeschreven, en de niet-naleving dus moet kunnen gesanktionéerd worden met ontoelaatbaarheid van een buiten die termijn gestelde handeling. Het feit dat deze termijnen niet op straffe van verval zijn voorgeschreven verhindert deze ontoelaatbaarheid niet, gezien „verval” in het Ger.W. dient te worden begrepen als een ambtshalve door de rechter op te werpen sanktie voor ontoelaatbaarheden van openbare orde. De verwerking (forclusion) daarentegen houdt slechts een „relatieve”, d.i. door de partijen op te werpen, ontoelaatbaarheid in, waarvan deze ook afstand kunnen doen, en die door de getroffen partij kan vermeden worden door tijdig verlenging te vragen overeenkomstig artikel 51 Ger.W.

We hebben ook reeds gesteld dat uit het „relatief” karakter van deze ontoelaatbaarheid, van deze verwerking, volgt dat zij enkel in overeenstemming met de eisen van de goede trouw kan worden opgeworpen. Daarvoor verwoordden wij hoger reeds de belangrijkste vereisten. Wij herhalen ze kort.

a) De verwerking moet tijdig opgeworpen worden. Dit wil zeggen dat zo een partij toch een proceshandeling stelt na het verstrijken van de daartoe bepaalde verwerkingstermijn, de verwerking in ieder geval moet opgeworpen worden voordat men zelf enige andere proceshandeling stelt: het zou met een latere opwerping onverzoenbaar zijn om na kennisname de rechtspleging zonder opwerping verder te zetten(212). Ik ben zelfs geneigd te stellen dat de verwerking ten spoedigste moet worden opgeworpen na kennisname van de termijnoverschrijdende handeling. Men kan hiervoor de vergelijking maken met het faktuurprotest.

b) De partij die de verwerking opwerpt mag de wederpartij er niet toe gebracht hebben om de termijn te overschrijden. Vanzelfsprekend kan zij de verwerking niet opwerpen zo zij heeft ingestemd met een langere termijn. Zij kan dit evenmin zo zij de overschrijding uitgelokt heeft. Zij kan dit ook niet zo de overschrijding het gevolg is van onderhandelingen tussen partijen. Men kan hier de vergelijking maken met de „morele onmogelijkheid” welke de verjaring schorst („contra non valentem agere non currit praescriptio”).

c) Men kan nog een stap verder gaan en stellen dat de verwerking niet kan opgeworpen worden door de partij die zelf eerder een gelijkaardige termijn heeft overschreden, of dit later in de rechtspleging doet. Aan de wederpartij moet minstens de termijn gegund worden die men zelf nodig heeft gehad.

d) Is voor het opwerpen van de verwerking vereist dat men de wederpartij vooraf aangemaand heeft om de termijn na te leven(213)? Men zou dit kunnen stellen voor sommige van die termijnen die vooruit gerekend worden (d.i. na een bepaalde datum), niet voor diegene die achteruit gerekend worden (bv. ten laatste 15 dagen voor de zitting). M.i. kan men het ook alleen stellen voor termijnen die door de partijen in der minne kunnen verlengd worden. Voor meerdere van die termijnen is het nu éénmaal inderdaad zo dat zij dikwijls overschreden worden zonder dat de wederpartij daarop de verwerking inroept, en dit is soms zelfs een dusdanig gebruik — bv. bij besluiten — dat men redelijkerwijze mag verwachten van een

(212) Vgl. Arbh. Gent, 19 januari 1984, verz.mij. t. Brouillard en De Ridder, *De Verz.*, 339 (een laattijdig aangevraagd tegenverhoor werd door de tegenpartij bijgewoond „onder voorbehoud” (zonder meer), en zonder dat in eerste aanleg verder verzet werd geformuleerd (eerst in hoger beroep werd nietigheid gevorderd)).

(213) In die zin Cass., fr., besproken *R.T.D.Civ.*, 1982, 466 en door PERROT, R., *R.T.D.Civ.*, 1986, 183 en *R.T.D.Civ.*, 1987, 145.

wederpartij die de verwerking wil opwerpen, dat zij vooraf op eerbiediging van de termijn heeft aangedrongen. Enige vormvereiste mag men aan die aanmaning evenwel niet stellen. M.i. kan hierin overigens geen afzonderlijke vereiste gezien worden, maar dient dit samen met het vereiste belang te worden begrepen: wanneer men ervan uitgaat dat de verwerking maar kan worden ingeroepen indien de wederpartij daardoor vertraagd wordt in zijn procesbenaarstiging, dan impliceert dit dat die wederpartij als meest gereede partij het proces benaarstigt door bv. vaststelling te vragen, wat ipso facto een aanmaning inhoudt.

e) Een laatste — de belangrijkste — vraag betreft dan ook het vereiste belang van de wederpartij die de verwerking opwerpt bij de naleving van de termijn, en de beschermenswaardigheid van dat belang. J. ENGLEBERT argumenteert vanuit art. 863, 1^o Ger.W. dat voor het opwerpen van de overschrijding van een maximumtermijn, zelfs wanneer die niet van openbare orde is (zoals het geval is met de termijnen „op straffe van verval” voorgeschreven), nooit belangenschade moet worden aangetoond⁽²¹⁴⁾, omdat die wettelijk vermoed wordt. Hoewel artikel 863, 1^o algemeen spreekt van „andere termijnen dan die welke op straffe van verval of nietigheid zijn voorgeschreven”, geeft het als voorbeelden enkel de termijnen van boedelbeschrijving en beraad. Dit zijn echter minimum- of wachttermijnen, die niet met verwerking kunnen gesanktionéerd worden, maar met opschorting van de rechtsgang, waarop men als het ware recht heeft en waarvoor dus geen nader belang moet worden aangetoond door de partij die de termijn opwerpt. Het misbruik ervan kan met schadevergoeding gestraft worden (art. 868 Ger.W.). Dezelfde redenering gaat echter niet op voor de maximumtermijnen. Deze worden niet opgeworpen door de partij die uitstel wil bekomen, maar door diegene die uitstel wil vermijden. Hier is het normdoel van de verwerking precies te beletten dat er schade ontstaat. Kan die niet ontstaan, dan is de verwerking niet gerechtvaardigd. Artikel 29 wetsontwerp hervorming Ger.W. wil artikel 863 overigens gewoon afschaffen. Ik kan er dan ook wel mee instemmen dat de belangenschade wettelijk vermoed wordt, doch niet dat dat vermoeden onweerlegbaar zou zijn. De partij die een termijn overschreden heeft

(214) ENGLEBERT, J., *T.B.B.R.*, 1989, (181) 192, nr. 34. Vgl. FETTWEIS, A., *Manuel*, nr. 487; CLOSSET-MARCHAL, G., „Le rôle du juge en matière d'enquête et d'expertise”, *La preuve*, Colloque 12-13 maart 1987, Faculté de droit U.C.L., 5, nr. 8; b.v. Luik, 10 maart 1983, *J.L.*, 276 noot DE LEVAL, G.; impliciet Rb. Charleroi, 11 mei 1987, *J.L.M.B.*, 1988, 362; Luik, 27 juni 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 250. Veeleer anders (in onze zin) Arbh. Gent, 19 januari 1984, verz.mij. t. Brouillard en De Ridder, *de Verz.*, 339.

behoudt het recht om aan te tonen dat de wederpartij door de overschrijding geen schade zou lijden. Zelfs voor de Raad van State wordt geoordeeld dat een laattijdige memorie niet uit de debatten geweerd wordt als de wederpartij niet aantoont dat een goede en vlugge rechtsbedeling in het gedrang wordt gebracht(215).

Belangenschade wordt slechts dan irrelevant, wanneer het verzuim dusdanig is dat die partij daardoor bij de wederpartij het rechtmatig vertrouwen heeft gewekt een bepaalde proceshandeling niet meer te zullen stellen(216): in dat geval moet hij behandeld worden zoals iemand die afstand heeft gedaan van het recht om die handeling nog te stellen. Hoe het genoemde vereiste van belang anderzijds kan worden uitgewerkt, wordt bij verschillende termijnen afzonderlijk aangegeven(217).

f) Is de maximumtermijn niet op straffe van verval voorgeschreven, dan kan de belaste partij de rechter verlenging vragen zolang de termijn niet verstreken is (art. 51 Ger.W.) (in de rechtspleging voor de Raad van State kan eveneens verlenging gevraagd worden zolang de termijn niet verstreken is, hoewel alle termijnen daar op straffe van verval zijn voorgeschreven — artikelen 9 en 14, 3 procedurereg. R.v.St.). Verkrijgt hij die zonder reden, dan kan dit misbruik in beginsel niet meer bestraft worden met verwerking, maar wel, zoals bepaald in artikel 858 Ger.W., met schadevergoeding.

Deze mogelijkheid de verwerking op te werpen, indien dit in overeenstemming is met de goede trouw, belet niet dat de wederpartij in plaats daarvan schadevergoeding kan vorderen, mits zij evenwel haar schade aantoont. Overigens gelden voor die eis *grosso modo* dezelfde vereisten als daarnet besproken voor het opwerpen van verwerking.

Omwille van deze eisen van de goede trouw, waarvan de uitwerking van termijn tot termijn kan verschillen, is het nuttig enkele termijnen afzonderlijk te bespreken. Een bijzondere plaats wordt daarbij ingenomen door de termijn om de eerste besluiten te nemen. De sanktionering daarvan moet nl. rekening houden met de regel dat behalve bij behandeling in korte debatten, de eis of het verweer in de vorm van schriftelijke besluiten moet geschieden om als betwisting te

(215) R.v.St., 24 juni 1986, nr. 26.712 iz. De Cree; R.v.St., 29 juni 1987, nr. 28.262 iz. Vanheuverzwijn; R.v.St., 10 september 1987, nr. 28.439 iz. Landuyt cs.

(216) Vgl. daarvoor reeds STORME, M., „Pleidooi voor een procesnoodrecht”, *T.P.R.*, 1980, (504) 510 nr.13, verderop aangehaald.

(217) Belangenschade wordt ook vereist door de rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie. Zie de verwijzingen bij PERROT, R., *R.T.D.Civ.*, 1987, 145-146.

gelden — dit is althans de heersende opvatting(218) -, zodat de rechter op een louter mondelinge betwisting, ook wanneer een partij steeds verschijnt, niet dient te letten, maar zich in tegendeel dient te gedragen zoals bij verstek. Een mogelijke ontoelaatbaarheid van laattijdige besluiten treft de eis of het verweer dus in zijn geheel, anders dan een ontoelaatbaarheid van andere aan termijnen gebonden handelingen in de loop van het geding.

Of de aangegeven sanktie van verwerking ook mogelijk is wanneer er door de wet geen termijn wordt bepaald, komt eveneens hieronder ter sprake.

62. OVERLEGGING VAN STUKKEN — Een eerste wettelijk bepaalde termijn die nadere bespreking verdient is de termijn om stukken mee te delen: behoudens in de zaken die in korte debatten worden behandeld, dient de eiser zijn stukken in beginsel binnen acht dagen na de inleiding mee te delen, en de verweerder tegelijk met zijn besluiten (8 dagen, art. 736, 2 Ger.W.). In bepaalde — meestal publiekrechtelijke — rechtsplegingen worden door bijzondere wetten andere termijnen bepaald, die veelal ook uitdrukkelijker worden gesanktionéerd (zie b.v. de termijn van 60 dagen bepaald door art. 282 WIB, zie ook art. 6 procedureregl. R.v.St.). We bespreken hier niet de vraag van het achterhouden van nadelige stukken (zie verder randnr. 83 e.v.), maar wel die van het laattijdig overleggen van stukken die men wel degelijk aan de rechter wil voorleggen.

De situatie waarin een partij in verzuim is überhaupt stukken mee te delen schept niet zo'n groot probleem. Is de eiser in verzuim, dan wordt de rechtspleging van rechtswege geschorst en lopen de termijnen niet tegen de wederpartij (zie art. 736, 1 en 748, 1 Ger.W.)(219). Meestal is dit een voldoende sanktie(220), doch niet altijd. Niets belet de verweerder evenwel om besluiten te nemen en de rechtspleging verder te zetten, zodat het probleem verschoven wordt naar de vraag of de eiser later nog stukken kan inbrengen (zie hieronder). Ook

(218) Zie b.v. uitdrukkelijk Kh. Brussel, 19 januari 1972, n.v. Titasco t. s.v. Safia, *B.R.H.*, 287; Cass., 5 juni 1985, Gerits, *Arr.*, nr. 604; DE CORTE, R. en LAENENS, J., *T.P.R.*, 1980, (447) 465 nr. 38; LINDEMANS, D., in *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, (77) 84 nr. 16. Zie evenwel in andere zin DECHAMPS, J.P., „Eloge de la simplicité, ou 'De l'application régulière des articles 751, 752 et 753 du Code judiciaire, aux divers degrés des juridictions du fond'”, *Ann. Lg.*, 1984, (229) 235.

(219) Zie b.v. Rb. Brugge, 4 juni 1986, Kempeneers t. Boudart en n.v. agentschap Pallen, *A.R.* nr. 36.703.

(220) In die zin DE CORTE, R., „Sancties tegen een onwillige procespartij”, *T.P.R.*, 1971, (217) 232, nr. 17 (ook verschenen in *Ann. Lg.*, 1972) .

wanneer de verweerder niet tegelijk met zijn besluiten stukken overlegt, belet niets de eiser om de rechtspleging verder te zetten.

Het probleem van de juiste sanktie rijst dus maar wanneer een partij eerst later — maar wel voor de sluiting van de debatten (art. 740 Ger.W.) — stukken overlegt waarover zij reeds eerder beschikte of redelijkerwijze kon beschikken (het overleggen van nieuwe stukken kan haar natuurlijk niet verweten worden, gezien dit zelfs heropening van de debatten kan verantwoorden, artikel 772 Ger.W.). Een eerste gevolg daarvan is dat de wederpartij opnieuw over een termijn dient te beschikken om aanvullende besluiten te nemen, zonder dat dit haar kan verweten worden⁽²²¹⁾. Doch is dit wel een voldoende sanktie?

Artikel 1261, 3^o Ger.W. bepaalt dat in zaken van echtscheiding op grond van bepaalde feiten de dossiers minstens 8 dagen voor de zitting die voor de pleidooien is vastgesteld, ter griffie worden neergelegd. Artikel 12 van het wetsontwerp hervorming Ger.W. wil, met een wijziging van art. 740 Ger.W., dergelijke regel veralgemenen over alle rechtsplegingen behalve in korte debatten en voor de vrederechter, en uitdrukkelijk bepalen dat (niet nieuwe) stukken die niet minstens 8 dagen voor de pleitzitting worden neergelegd, uit de debatten geweerd worden. Een verbetering zou dit wel zijn, maar toch niet zo'n grote. Maakt het in rechtsplegingen met „lange debatten” veel uit of stukken die belangrijk genoeg zijn opdat de wederpartij de mogelijkheid moet krijgen om op de overlegging ervan te replikeren, op de zitting, dan wel acht dagen voorheen overgelegd worden? M.i. niet. Indien het stuk niets toevoegt, is het niet erg wanneer het eerst op de zitting wordt medegedeeld, indien het daarentegen belangrijk is, volstaan acht dagen meestal niet om te replikeren, althans in zaken die niet in korte debatten behandeld worden (en daarover gaat het juist in het ontwerp). Daarom moet ook v rder gedacht worden en nagegaan worden welke sankties dienen te worden toegepast aan de hand van de artikelen 51, 736-740, 748 Ger.W. en de regels der goede trouw. M.i. kan op grond van de combinatie van die regels elke partij die reeds besluiten heeft genomen, eisen dat stukken die de wederpartij nadien overlegt, hoewel ze die reeds eerder ter beschikking had en geen verlenging overeenkomstig artikel 51 Ger.W. heeft gevraagd, *uit het beraad worden geweerd* indien het gebruik ervan in strijd zou zijn met de processuele goede trouw, en met name indien het verweer waartoe die partij door het in het beraad houden van die stukken zou worden genoodzaakt,

⁽²²¹⁾ Vgl. DE LEVAL, G., *Ann. Lg.*, 1984, 55, in bespreking van Luik, 12 januari 1984 en Arbh. Luik, 11 januari 1983.

de rechtsgang ernstig zou vertragen. Dit laatste is meer bepaald het geval wanneer de zaak reeds werd vastgesteld en er tussen de mededeling van de stukken en de zitting onvoldoende tijd overblijft om behoorlijk op die stukken te replikeren. In dergelijke omstandigheden blijkt sommige rechtspraak de laattijdig overgelegde stukken dan ook effectief uit de debatten te weren(222), sanktie die door een deel van de rechtsleer terecht wordt bijgetreden(223). Deze omstandigheden zullen zich wel zelden voordoen wanneer een stuk eerst in hoger beroep, maar dan wel onmiddellijk, wordt overgelegd, al zal de partij die in hoger beroep wint op grond van dat stuk wél in de kosten van één van beide instanties moeten worden veroordeeld.

De aangegeven regel geldt ook voor stukken die eerst na het verstrijken van de termijn voor mededeling ontdekt werden of ter beschikking waren, indien na dat ogenblik gedraald wordt met de overlegging ervan.

Het stuk moet ook uit de debatten worden geweerd indien de wederpartij voorheen het rechtmatig vertrouwen heeft gewekt dat het niet bestaat of dat hij het zal gebruiken (vertrouwensleer), en in die gevallen is geen nadere belangenschade vereist. Meestal gaat het hier evenwel om een materieelrechtelijke sanktie. Is het de eiser in tussenkomst die zijn stukken niet tijdig overlegt, dan is de splitsing van het geding en verdaging van de eis in tussenkomst de gepaste sanktie(223bis).

Wat de overlegging van pleitnota's e.d. betreft kan nog gewezen worden op de precisering van artikel 738 Ger.W. door de artikelen 233, 1 en 3 Beroepscodex.

63. WETTELIJKE TERMIJNEN VOOR BEWIJSMATREGELN — De in de vorige randnrs. uitgewerkte regeling van de niet op straffe van verval voorgeschreven maximumtermijnen (kort gezegd: verwerking mits belangenschade) past bijzonder wel op de termijnen die gesteld zijn voor de uitvoering van bewijsmaatregelen. Artikel 875 Ger.W. bepaalt immers dat, wanneer een bevolen onderzoeksmaatregel niet binnen de gestelde termijn is uitgevoerd, de meest gerede partij de

(222) B.v. Rb. Brugge, 12 september 1988, Van der Poele t. Maes, Kerremans, A.R. nr. 45.119 (in strijd met de regels van loyale procesvoering; in casu had eiser eerst op 10.4.1987 gekonkludeerd (op 751), eerst op 17.3.1988 enige stukken neergelegd, en op de zitting van 28.3.1988 bijkomende stukken aangebracht, die ook reeds van 1986 dateerden).

(223) Zo b.v. DE CORTE, R., *T.P.R.*, 1971, (217) 233 nr. 27. Vgl. Taelman, P., *T.P.R.*, 1988, (89) nr. 22.

(223bis) Zie b.v. Rb. Namen, 11 januari 1990, faill. Traciba c.s. t. Le Foyer namurois t. Lacroix c.s., *J.T.*, 186.

zaak opnieuw ter zitting kan brengen om te doen beslissen naar recht(224). Dit betekent dat een partij die een bewijsmaatregel verkregen heeft, het recht verwerkt(225) om deze maatregel na de gestelde termijn nog uit te voeren indien de laattijdigheid van die uitvoering de belangen van de wederpartij zou schaden, en met name een rechtsgang, die door de wederpartij benaarstigd wordt, ernstig zou vertragen. Deze verwerking kan dus intreden bij niet-naleving van wettelijk bepaalde termijnen, al zijn die niet op straffe van verval voorgeschreven. De rechtspraak heeft de gelegenheid gehad om dit voor bepaalde termijnen te bevestigen en te preciseren.

Zo moet een tegenverhoor aangevraagd worden binnen 30 dagen na de verzending(226) van het proces-verbaal van het getuigenverhoor (art. 921, 3) en kan het recht op tegenverhoor verwerkt worden indien binnen deze termijn geen aanvraag geschiedde, noch een verzoek tot verlenging overeenkomstig artikel 51 Ger.W. De rechtspraak is in deze zin gevestigd, minstens sinds het arrest *Sauvage/Paques*(227), en dit op grond van artikel 51 Ger.W. Het opwerpen van de verwerking moet echter in overeenstemming met de eisen van de goede trouw geschieden. Dit wil vooreerst zeggen dat de wederpartij zich onmiddellijk tegen een laattijdig verzoek moet verzetten. Bovendien volgt uit de cassatierechtspraak(228) dat de rechter toch een tegenverhoor kan houden en in dat geval artikel 961 Ger.W. geldt, nl. dat de nietigheid van een proceshandeling of zelfs van het getuigenverhoor geen nietigheid van de getuigenissen tot gevolg heeft, indien deze niet zijn aangetast door één van de gebreken van artikel 961, 1^o-4^o. Nu vermeldt artikel 961, 3^o precies de miskenning van het recht van verdediging. Zonder zo ver te willen gaan als het Hof van Luik(229), dat stelde dat de schending van de rechten van de verdediging niet vereist dat aangetoond wordt dat de belangen geschaad werden, moet hieruit m.i. wel volgen dat de partij die de verwerking inroept moet aantonen dat haar belang geschaad wordt door de

(224) Zie b.v. *Arbrb. Luik*, 5 maart 1981, *Mossay t. Assurances fédérales*, *J.L.*, 330.

(225) Zo reeds *DE BRUYNE*, Ph. en *HEYMANS*, M., *Tien jaar Gerechtelijk Wetboek*, (93) 109 nr. 28.

(226) De termijn zou dus niet lopen indien de griffier vrijgesteld werd van de verzending (zie *Cass.*, 31 januari 1985, *R.T.D.Fam.*, 1987, 333 noot *CLOSSET-MARCHAL*).

(227) *Cass.*, 8 februari 1979, *Sauvage t. Paques*, verw. voorz. t. *Luik*, 25 januari 1978, *J.T.*, 320 noot *FETTWEIS*, A., *R.T.D.Fam.*, 168. Vgl. ook *Luik*, 10 maart 1983, *J.L.*, 276 noot *DE LEVAL*, G.; *Luik*, 27 juni 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 250. Vgl. eerder reeds *Arbh. Brussel-Bergen*, 22 april 1974, *J.T.*, 463; *Rb. Luik*, 15 oktober 1974 (met beroep op art. 51 Ger.W.).

(228) *Cass.*, 5 mei 1988, *Willaerts t. Thierens*, verwerping, *Arr.*, nr. 550.

(229) *Luik*, 27 juni 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 250.

laattijdigheid van het verzoek (schade door het verzoek zelf volstaat natuurlijk niet, die kan overigens altijd gesteld worden). Zoals hoger reeds gesteld kan een laattidig verzoek tot tegenverhoor met name de meer gereede wederpartij het recht niet ontnemen om de behandeling van de zaak waartoe zij reeds stappen ondernomen heeft (vaststelling aangevraagd, e.d.m.), zonder vertraging verder te zetten, zodat het tegenverhoor moet geweigerd worden indien de toekenning ervan dit zou verhinderen(230). Doch indien de rechter het tegenverhoor toch toestaat, is dit geen grond tot nietigheid, zolang de partijen nog de gelegenheid hebben om na het verhoor hun standpunt daarover bekend te maken (zie art. 961 Ger.W.).

Zo moet de lijst der getuigen ten minste 15 dagen voor de zitting waarop het getuigenverhoor zal worden gehouden, worden verzonden (art. 922 Ger.W.), behoudens verlenging voordien aangevraagd overeenkomstig artikel 51 Ger.W.. Ook hier bestaat de sanktie in de ontoelaatbaarheid van een latere neerlegging op voorwaarde dat de rechtspleging daardoor ten nadele van de wederpartij wordt vertraagd. In feite betekent dit dat de partij geen recht meer heeft op een nieuwe zitting, indien het getuigenverhoor omwille van haar nalatigheid niet kon doorgaan op de vastgestelde zitting(231), gezien zij het verzuim ook kan regulariseren door zelf de getuigen op te roepen en de griffier daarvan kennis te geven (art. 923, 2 Ger.W.). Naast de zopas besproken sanktie van verwerking van de onderzoeksmaatregel (een vorm van ontoelaatbaarheid), kan het niet benaarstigen van verkregen bewijsmaatregelen ook op andere wijze bestraft worden. De bewijsrechtelijke sankties (gelegen in de bewijswaardering) worden in deel II besproken. Daarnaast zijn er ook zuiver materieelrechtelijke sankties mogelijk, nl. wanneer door die vertraging deschade oploopt: volgens het beginsel van deschadebeperkingsplicht moet de bijkomende schade ten laste blijven van diegene die geen redelijke maatregelen ter beperking heeft genomen. Voorbeelden daarvan zullen hieronder ter sprake komen.

(230) Vgl. POITEVIN, J.T., 1975, 125.

(231) In de zin van een algemene regel Rb. Namen, 16 juni 1989 (Panier, C.), *R.T.D.Fam.*, 1989, 79, noot CLOSSET-MARCHAL, G. (in casu betreffende de termijn van 15 dagen voor het getuigenverhoor waarbinnen de lijst van getuigen dient te worden neergelegd, art. 922 Ger.W.); DE LEVAL, G., *Ann. Lg.*, 1984, (55) 61. Zie eerder o.m. Rb. Brussel, 16 december 1977 en Cass., 24 januari 1980 (verw.), Pereira Leal t. Ongenae, *Pas.*, I, 581; Gent, 11 juni 1981 en Cass., 1 oktober 1982 (verw.), De S. t. B., *Arr.*, 171 nr. 81 („door eigen stilzitten tegenverhoor niet heeft laten doorgaan”, „foutieve passiviteit”); Arbrb. Doornik, 12 april 1985, Jamart t. Erhur, *J.T.T.*, 1985, 425. Vgl. ook CLOSSET-MARCHAL, G., in *La preuve*, Colloque 12-13 maart 1987, 21, nr. 24.

64. BEWIJSMAATREGELN VOOR DE UITVOERING WAARVAN GEEN TERMIJN IS BEPAALD — De sanktie der verwerking, die o.i. in beginsel kan worden gevorderd tegen de partij die verzuimt om wettelijk opgelegde termijnen na te leven, ook al zijn die niet op straffe van absoluut verval voorgeschreven, werd enigszins afgezwakt op grond van de eisen van de goede trouw, zodat wij tot de verwoording zijn gekomen dat dergelijke wettelijk bepaalde maximumtermijnen aldus dienen te worden gesanktionéerd dat het overschrijden ervan de wederpartij het recht niet kan ontnemen om de behandeling van de zaak waartoe zij reeds stappen ondernomen heeft, zonder vertraging verder te zetten, en dat, zo dat wel het geval zou zijn, de ontoelaatbaarheid van de proceshandeling dan ook kan worden gevorderd.

Welnu, de eisen van de goede trouw tussen procespartijen betekenen o.i. dat *hetzelfde moet gelden bij langdurig verzuim* door de partij die een bewijsmaatregel heeft verkregen, *ook wanneer voor de uitvoering daarvan géén termijn is gesteld*. Immers,

„Wie gedurende een bepaalde termijn nalaat enige proceshandeling te stellen en hierdoor bij de wederpartij het redelijk vertrouwen wekt dat het proces geen verdere doorgang zal vinden, heeft aldus zijn recht op de voortzetting van het geding verwerkt”(232).

Dit moet op de eerste plaats voor de proceshandelingen met het oog op bewijsmaatregelen gelden, omdat de bewijsprocedure één der belangrijkste oorzaken is van de achterstand van het gerecht. Volgens sommigen moet de wederpartij dan eerst aan de rechter vragen een termijn te bepalen, en kan verwerking eerst na het verstrijken daarvan intreden(233). Dit kan m.i. niet meer geëist worden indien het stilzitten lang genoeg heeft geduurd en de wederpartij stappen onderneemt om de behandeling verder te zetten (stappen die er niet noodzakelijk in moeten bestaan dat zij de rechter vraagt een termijn op te leggen voor de uitvoering door de wederpartij van de maatregel). Zo oordeelde de Rb. te Brussel(234) dat de partij die een deskundigenonderzoek vraagt, doch de deskundige niet op de hoogte brengt van zijn opdracht, dit gedurende bijna 3 jaar, zich niet kan verzetten tegen een vaststelling van de zaak door de tegenpartij en

(232) STORME, M.L., *T.P.R.*, 1980, (504) 510 nr.13.

(233) Zie b.v. Rb. Aarlen, 28 april 1987, *T.B.B.R.*, 1989, 496 met verw. DE LEVAL, G., „Divorce pour cause déterminée”, in *Le contentieux conjugal*, Luik, 1984, 144, nr. 28; Rb. Aarlen 16 juni 1987, *J.L.M.B.*, 982.

(234) Rb. Brussel, 5 januari 1977, C. t. A., *R.W.*, 1977-78, 1783.

zo het recht op dit deskundigenonderzoek verliest(235). Ook in oudere rechtspraak werd uit het langdurig stilzitten van partijen meermaals een afstand van uitvoering van het deskundigenonderzoek afgeleid(236).

Naast deze verwerking blijven ook hier andere sankties mogelijk. Zo kan de vergoeding van de winnende partij beperkt worden omdat zij door haar processuele gedraging verzuimd heeft de schade te beperken. Zo b.v. oordeelde de Vred. Maasmechelen(237) dat de derving door de eigenaar van het genot van een verhuurd pand, doordat het deskundigenonderzoek naar de huurschade niet benaastigd werd — in casu verliepen tussen het einde van de huur en het bezoek van de deskundige 5 1/2 maanden tijdens dewelke het pand dus niet kon worden gebruikt — slechts voor de „normale termijn” (in casu op 2 1/2 maanden bepaald) diende te worden vergoed door de huurder. Zo oordeelde het Hof te Antwerpen(238) dat het slachtoffer van een aanrijding, dat onmiddellijk, minstens na 12 dagen, wist dat zijn auto „totaal verloren” was, maar nog 235 dagen wacht om een nieuwe te bekomen, geen recht had op vergoeding wegens gebruiks-derving.

Zo ook kan de partij die een onderzoeksmaatregel vraagt en nadien medewerking weigert, tot de reeds gemaakte kosten van onderzoek veroordeeld worden. Dit was b.v. het geval voor de eiser, die een medisch onderzoek had gevraagd, doch tot 4 maal toe niet antwoordt op de oproeping door de deskundige(239).

Dikwijls ook bepaalt een deskundige bij de kennisgeving van zijn bevindingen (preliminaria) een termijn waarbinnen de partijen hun opmerkingen krachtens artikel 978 kunnen maken. Tenzij deze termijn ongebruikelijk kort zou zijn, moet de partij die een verlenging daarvan wenst (bv. wegens vakantie) dit aan de deskundige meedelen, zoniet kan zij het recht van verdediging niet inroepen om het deskundigenonderzoek als eenzijdig te laten waarderen(240).

(235) Vgl. ook Luik, 20 december 1972, *J.L.*, 1972-73, 61, *J.T.*, 1973, 112, dat weliswaar een laatijdig verzoek tot tegenverhoor betrof, maar niet op art. 921 of 51 Ger.W. gegrond was, doch in meer algemene termen was gesteld.

(236) Vgl. CLOQUET, A., *Deskundigenonderzoek*, A.P.R., nr. 269 met verwijzing Cass., 29 mei 1882, *Pas.*, 298.

(237) Vred. Maasmechelen, 5 januari 1990, Pelssers t. Brouwerij Haacht n.v., A.R. nr. 10.875.

(238) Antwerpen, 15 april 1988, *R.W.*, 1988-89, 1345.

(239) Arbrb. Luik, 5 maart 1981, Mossay t. Assurances fédérales, *J.L.*, 330. Zie ook Arbh. Luik, 28 juni 1983, besproken door DE LEVAL, G., *Ann. Lg.*, 1984, (55) 63-64.

(240) Vgl. Arbh. Luik, 16 juni 1983, besproken door DE LEVAL, G., *Ann. Lg.*, 1984, (55) 63.

Indien een partij geen opmerkingen maakt, en eerst na vaststelling van de zaak in nieuwe besluiten — méér dan een jaar na het voorlopig verslag — stelt het verslag aan een tegenonderzoek te onderwerpen, en eerst in nog latere besluiten verzoekt een college van deskundigen aan te stellen, dan zijn deze vorderingen ontoelaatbaar: dergelijke partij „heeft haar recht verbeurd om haar opmerkingen of deze van haar technische raadslieden aan het advies van een college van deskundigen voor te leggen”(241).

65. ALLERLEI WETTELIJKE TERMIJNEN — De beschouwingen gegeven over de termijnen om stukken mee te delen, een tegenverhoor aan te vragen e.d.m., gelden ook voor allerlei andere termijnen die wettelijk bepaald zijn, ook al zijn zij niet op straffe van nietigheid voorgeschreven. We denken b.v. aan de termijn van 15 dagen om het verzoek tot summiere rechtspleging te verzenden, te rekenen na de in een aanmaning gegeven Nachfrist van 15 dagen (art. 1339-1340 Ger.W.), bij overschrijding waarvan een nieuwe aanmaning dan wel een gewone dagvaarding zou kunnen worden geëist(242). In beginsel dient deze termijn niet anders te worden behandeld als de eerder genoemde, maar het is wel moeilijk om zich voor te stellen hoe de belangen van de schuldenaar zouden geschaad zijn door de laattijdigheid van de rechtsingang, wat m.i. wel vereist is.

In het B.W. en bijzondere wetten zijn er nog vele termijnen bepaald waarbinnen na een aanmaning moet worden gedagvaard, op straffe van verval of verwerking. Doch zij hebben betrekking op het recht zelf, en niet op een bepaalde wijze van procederen.

We denken ook aan de termijn van 8 dagen om een deskundige te wraken, te rekenen vanaf de kennisname van de wrakingsgrond (art. 970, 2 Ger.W.). We kunnen ook denken aan de termijn van 15 dagen om een door een gerechtsdeurwaarder opgemaakte evenredige verdeling na beslag tegen te spreken (art. 1629, 3 Ger.W.)(243).

66. NIET-NALEVING VAN DE TERMIJNEN VOOR DE EERSTE BESLUITEN — ALGEMEEN — Ook de termijn voor het nemen van de eerste besluiten wordt wettelijk bepaald, en wel op 1 maand (art. 748, 1-2

(241) Rb. Tongeren, 6 november 1989, n.v. Belmans t. gemeente Genk, A.R. 150/75 en 1040/80.

(242) Zie bv. in de zin van ontoelaatbaarheid van de summiere rechtspleging Vred. Verviers, 4 juli 1978, *J.T.*, 1979, 12; Vred. Borgloon, 11 mei 1978, *J.T.*, 1979, 11. Anders b.v. Vred. Bilzen, 12 april 1978, *J.T.*, 1979, 11, alsook de noot KOHL, A. daaronder.

(243) Zie b.v. Rb. Hoei, 8 oktober 1984, *J.L.*, 1985, 9.

Ger.W.)(244), en er is uit deze en daarmee samenhangende bepalingen geen enkele reden af te leiden om deze termijn niet op dezelfde wijze te sanktioneren als de eerder genoemde, en de leer van het arrest *Sauvage/Paques* toe te passen, nu artikel 51 Ger.W. in algemene bewoordingen is gesteld, en er bovendien een gelijkaardige regeling gegeven wordt in het vierde lid van artikel 748 Ger.W. Als beginsel dient men dan ook voorop te stellen dat de partij die geen besluiten neemt binnen de wettelijke termijn en daardoor de belangen van de wederpartij, die dit tijdig opwerpt, heeft geschaad, het recht verwerkt om besluiten te nemen, zodat de laattijdige besluiten ontoelaatbaar zijn en uit de debatten dienen te worden geweerd. Anderzijds mag de verwerking van het recht om te besluiten niet lichtvaardig uitgesproken worden, omdat behalve bij behandeling in korte debatten, de eis of het verweer in de heersende opvatting zoals gezegd in de vorm van schriftelijke besluiten moet geschieden om als betwisting te gelden en de rechter op een louter mondelinge betwisting, ook wanneer een partij steeds verschijnt, niet dient te letten. Omgekeerd moet ook die argumentatie weer genuanceerd worden, in die zin dat een bijzondere bescherming slechts vereist is in die gevallen waarin er geen verzet mogelijk is, d.w.z. wanneer de uitspraak geacht zou worden op tegenspraak te zijn gewezen, en niet als gewoon verstekvonnis geldt. In ons recht heeft de gedingpartij immers in beginsel het „recht” om éénmaal verstek te laten gaan, maar heeft de wederpartij het recht om die mogelijkheid te beperken tot een tweede kans binnen hetzelfde geding.

67. NIET-NALEVING VAN DE TERMIJNEN VOOR DE EERSTE BESLUITEN - ART. 751 — Wil een partij een vonnis bekomen dat geacht wordt op tegenspraak te zijn gewezen, dan kan de laattijdigheid van besluiten dus niet volstaan om deze ontoelaatbaar te verklaren en uit de debatten te weren: daartoe is meer vereist, daartoe moet de wederpartij namelijk een met voldoende waarborgen omringde tweede kans krijgen. Het recht om — in dezelfde aanleg — te betwisten wordt maar verwerkt wanneer het niet uitgeoefend wordt binnen een *tweede* termijn, die slechts loopt wanneer de eerste partij daartoe een

(244) Voor de behandeling in korte debatten zijn er geen wettelijke termijnen voorzien. Dit belet niet dat een partij op grond van art. 748, 4 aan de rechter kan verzoeken om de termijn te bepalen. Art. 11 van het wetsontwerp wijziging Ger.W. bepaalt in een nieuwe § 3 bij art. 735 dat bij korte debatten de termijnen door de partijen bij de inleiding bepaald worden met instemming van de rechter. Voor ervaringen uit landen waar de rechter in het algemeen de termijnen om te besluiten oplegt, zie b.v. VRIESENDORP, J.J., „De instructie in burgerlijke zaken voor de gerechtshoven”, in *Een goede procesorde, Opstellen aangeboden aan Mr. W.L. Haardt*, Deventer, Kluwer, 1983, (203) 204 e.v.

vormelijk initiatief neemt. Dit is de regeling die we terugvinden in het U allen wel bekende artikel 751 Ger.W. Het is hier niet de plaats om op alle details en geheimen van deze bepaling in te gaan, en het volstaat erop te wijzen dat uit deze ratio volgt dat de verwittiging slechts kan gegeven worden na het verstrijken van de termijn om te besluiten (art. 751, 1, 2 Ger.W.), al zou de aanvraag daartoe reeds eerder kunnen geschieden(245). De vraag blijft hoe lang de verzuimende partij nog besluiten kan neerleggen na de verwittiging op grond van artikel 751 Ger.W. Het zou in overeenstemming zijn met de geest van de wet dat er vanaf de verwittiging gewoon een nieuwe termijn van 1 of 2 maanden zou lopen, maar dergelijke bepaling vinden we niet in het Ger.W., waarschijnlijk omdat ervan uitgegaan werd dat er steeds wel een vaststelling op 1 tot 2 maanden zou kunnen bekomen worden op grond van artikel 751. U kent allemaal de werkelijkheid ... Er is dus geen wettelijke bepaling van de tweede termijn, en de *partij die een vonnis wil bekomen dat geacht wordt op tegenspraak te zijn gewezen kan op dit ogenblik dus niet eisen dat zelfs op het laatste ogenblik neergelegde besluiten uit de debatten worden geweerd*. Dit lijkt ook de stelling te zijn van het Hof van Cassatie in het steeds aangehaalde arrest van 19 mei 1976(246), al moet daarbij worden opgemerkt dat er geen kassatiemiddel gegrond was op artikel 51 Ger.W., dat de wettelijke grondslag was voor het arrest van 8 februari 1979. Wel heeft een deel van de rechtspraak uit artikel 747, dat bij de overhandiging ter zitting alleen van nieuwe besluiten spreekt, afgeleid dat de eerste besluiten slechts kunnen worden toegelaten indien ze voor de afroeping van de rol ter griffie werden neergelegd(247). In ieder geval is er verandering op til, aangezien artikel 17 van het wetsontwerp tot wijziging van het Ger.W. (wijziging art. 751) bepaalt dat de besluiten binnen de twee maanden na de kennisgeving of betekening van een aanvraag tot

(245) In die zin b.v. DE CORTE, R., *T.P.R.*, 1971, (217) nr. 53. Anders, in de zin dat een aanvraag eerst na het verstrijken van de termijn om te besluiten kan geschieden, o.m. DE LEVAL, G., CLOTUCHE, J.N. en KOHL, A., „L'article 751 du code judiciaire. Analyse critique et projet de réforme”, *J.T.*, 1977, (1) 2.

(246) Cass., 19 mei 1976, Mornard t. c.v. De Wilde Motor, verwerping, *J.T.*, 1977, 5. Anders b.v. Rb. Aarlen, 2 september 1969, *J.L.*, 1969-70, 143; Kh. Antwerpen, 20 december 1972, *B.R.H.*, 1973, 291.

(247) Zo bv. GUTT, E. en STRANART-THILLY A.M., „Chronique de jurisprudence. Droit judiciaire”, *R.C.J.B.*, 1974, 130 nr. 77; LEDOUX, „A propos de l'article 751 du code judiciaire”, *J.T.*, 1974, 401; Arbrb. Mechelen, 3 oktober 1972, *A.R.*, nr. 3786, aangehaald door DE LEVAL, G., CLOTUCHE, J.N. en KOHL, A., *J.T.*, 1977, (1) 3; Kh. Antwerpen, 20 december 1972, *B.R.H.*, 1973, 290. Vgl. ook Kh. Brussel, 19 januari 1972, n.v. Titasco t. s.v. Safia, *B.R.H.*, 287. Anders: Arbh. Brussel, 29 april 1975 en Cass., 19 mei 1976, Mornard t. c.v. De Wilde Motor, *J.T.*, 1977, 5.

vaststelling op grond van artikel 751 Ger.W. zullen moeten worden neergelegd om nog te worden toegelaten.

68. NIET-NALEVING VAN DE TERMIJNEN VOOR DE EERSTE BESLUITEN - ANDERE MOGELIJKHEDEN — Tot hier toe zal ik waarschijnlijk weinig tegenspraak krijgen. Doch de genoemde regeling dient volgens mij beperkt te blijven tot het geval waarin de meest gerede partij een uitspraak wil bekomen die geacht wordt op tegenspraak te zijn gewezen. *Artikel 751 Ger.W. betekent niet dat de termijn om te besluiten van art. 748 Ger.W. op geen enkele andere wijze zou kunnen worden gesanktionéerd* dan door dergelijk vonnis te vorderen en daarbij de vormen van artikel 751 Ger.W. te eerbiedigen, en dat de meest gerede partij de daarbij optredende vertraging van het geding zomaar in koop moet nemen.

Een van de mogelijkheden waarover de meest gerede partij beschikt is het vragen van een voorschot of een voorlopige maatregel op grond van artikel 19, 2, en wel bij eenzijdig verzoekschrift(248), na toewijzing van de zaak aan een kamer m.i. niet meer aan de Voorzitter van de Rechtbank, maar aan de voorzitter van de kamer waaraan de zaak is toegewezen (overeenkomstig artikel 708, 2 Ger.W.). Een afzonderlijk kort geding zou daartoe overbodig moeten zijn. Ook kan de meest gerede partij ondertussen toelating vragen tot het leggen van bewarend beslag.

Een onrechtstreekse sanktie van artikel 748 Ger.W. in sommige gevallen, bestaat erin dat een tegeneis die niet binnen de termijn om te besluiten is ingesteld, als onregelmatig wordt beschouwd wanneer de eiser afstand doet van geding. Door tijdig te besluiten kan men de ontoelaatbaarheid van die tegeneis door een éézijdige afstand van geding door de eiser verhinderen(249).

Doch er moet — ook zonder wetswijziging — méér mogelijk zijn, en wel voor de partij die geen vonnis verlangt dat geacht wordt op tegenspraak te zijn gewezen, maar zich met een gewoon verstekvonnis tevreden stelt (wat een aantal voordelen biedt, waaronder de mogelijkheid tot bewarend beslag zonder nadere toelating). Dergelijke partij heeft het recht de rechtspleging gewoon verder te zetten volgens de wettelijke kadans, ook wanneer de wederpartij niet be-

(248) Toegekend door b.v. Vz. Rb. Brussel, 6 maart 1984, L. t. n.v. E., A.R. nr. 31.535, in een geval waar de verweerder na 6 maanden nog niet had gekonkludeerd. Het vonnis wordt instemmend aangehaald door LINDEMANS, D., in *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, (77) 87-88.

(249) Vgl. Rb. Luik, 1 september 1976, Verhoustraete t. Baré, *J.T.*, (102) 103.

sluit: hij kan een vaststelling vragen op grond van artikel 750 Ger.W. zodra de termijn om te besluiten verstreken is en hij zelf besluiten heeft neergelegd en medegedeeld. Voor wie daaraan nog twijfelt, zal artikel 16 van het wetsontwerp tot wijziging Ger.W. dit uitdrukkelijk verduidelijken (art. 750, nieuwe derde alinea). En hij kan, wanneer voor die zitting geen besluiten zijn neergelegd, gewoon verstek vorderen(250).

Indien nu echter de wederpartij haar besluiten nog tot op de zitting zelf kan neerleggen, heeft de mogelijkheid gewoon verstek te vorderen geen enkel nut (behalve mogelijk het niet vereist zijn van een deurwaardersexploot zoals in artikel 751,1,2 Ger.W. bepaald), omdat men dan even goed een vaststelling op grond van artikel 751 kan aanvragen. Omgekeerd ook is de meest gerede partij die zich desgevallend met een gewoon verstekvonnis tevreden wil stellen, niet verplicht om de wederpartij die verzuimd heeft tijdig te besluiten, binnen hetzelfde geding nog een tweede kans te geven. *Hij mag in beginsel eisen dat de besluiten die niet binnen de wettelijke termijn noch binnen de 15 dagen na neerlegging van de hare (ex art. 848, 3 Ger.W.), zijn neergelegd of medegedeeld ontoelaatbaar verklaard worden*, tenzij de wederpartij overeenkomstig artikel 748, 3 (en 51) Ger.W. binnen die termijn een verlenging heeft gevraagd. Een tweede termijn moet behoudens tijdig verzoek (art. 748, 3) alléén gegund worden voor een vonnis dat niet voor verzet vatbaar is. Deze verwerking is principieel gerechtvaardigd. Elke partij die bij de inleiding de verzending naar de algemene rol vraagt wéét dat zij zich daardoor enkel nog kan verweren door schriftelijk te besluiten en voor die besluiten maar over een beperkte termijn beschikt, en dat zij binnen die termijn om verlenging moet verzoeken wanneer deze termijn niet volstaat en de wederpartij deze niet in der minne toestaat.

Anderzijds kan deze verwerking slechts worden ingeroepen in overeenstemming met de eisen van de goede trouw. Dit vereist dat de meest gerede partij niet het vertrouwen heeft gewekt een langere termijn toe te staan. Het vereist dat zij door het laattijdig meedelen van besluiten in haar belangen wordt geschaad, wat meer bepaald het geval is indien de meest gerede partij een vaststelling heeft gevraagd en de besluiten op zo korte tijd voor de zitting (of zelfs ter zitting)

(250) DE CORTE, R., *T.P.R.*, 1971, 234 nr. 31, zegt dat de stelling dat gewoon verstek kan gevorderd worden steun vindt in het Verslag-VAN REEPINGHEN, doch vindt dat het niet kan omdat het niet geregeld is in het Ger.W.

worden neergelegd, dat de eerste partij niet meer de tijd heeft om daar behoorlijk op te antwoorden, en dus verplicht zou zijn om uitstel te vragen. Het vereist ook dat de wederpartij verwittigd was van het voornemen om de zaak te bespoedigen, verwittiging die echter reeds blijkt uit de aangevraagde vaststelling op zichzelf. Dergelijke oplossing wordt door een deel van de rechtspraak reeds toegepast wanneer het om aanvullende besluiten gaat⁽²⁵¹⁾. O.i. geldt zij dus ook voor de eerste besluiten, zolang de meest gerede partij zich met een gewoon verstekvonnis tevreden stelt. Voor nadere uitwerking alsook de door het wetsontwerp voorgestelde wijzigingen verwijzen we naar het volgende randnr.

69. LAATTIJDIGE AANVULLENDE BESLUITEN — Ook de termijn voor het nemen van aanvullende besluiten wordt wettelijk bepaald, en wel op 15 dagen (art. 748, 3 Ger.W.), en ook hier is er geen bijzondere reden waarom de leer van het arrest *Sauvage/Paques* daarop niet zou kunnen worden toegepast.

Als beginsel dient men dan ook voorop te stellen dat de partij die aanvullende besluiten neemt buiten de wettelijke termijn (zonder verlenging te hebben bekomen) en daardoor de belangen van de wederpartij, die dit tijdig opwerpt, heeft geschaad, het recht verwerkt om besluiten te nemen, zodat de laattijdige besluiten ontoelaatbaar zijn en uit de debatten dienen te worden geweerd, tenzij zij gerechtvaardigd worden door een nieuw feit of een nieuw stuk (dit laatste naar analogie met art. 772 Ger.W.). De belangen van de wederpartij zullen meer bepaald geschaad zijn indien de inhoud van de aanvullende besluiten van die aard is dat de wederpartij daarop niet meer behoorlijk kan antwoorden binnen de termijn die nog overblijft voor een reeds vastgestelde zitting. Worden nieuwe besluiten gerechtvaardigd door de ontdekking van een nieuw feit of een nieuw stuk, dan moeten dezelfde regels gelden indien die partij deze besluiten neemt buiten de wettelijke termijn te rekenen vanaf die ontdekking (zonder verlenging te hebben bekomen) en daardoor de belangen van de wederpartij heeft geschaad⁽²⁵²⁾.

Dergelijke stelling wordt aangehangen door minstens een deel van de rechtspraak, dat aanvullende besluiten die eerst ter zitting of korte

(251) Zie de volgende noot.

(252) Zie b.v. R.v.St., 6 april 1982, nr. 22.183 iz. Rys, *R. W.*, 1982-83 noot LAMBRECHTS, W.

tijd ervoor worden medegedeeld, uit de debatten weert(253), en bijgetreden door een deel van de rechtsleer(254). In andere gevallen werden de besluiten niet geweerd, al werd de mogelijkheid daarvan principieel erkend, omdat in casu de belangen van de wederpartij niet geschaad waren(255). Daarbij wordt veelal van „misbruik van het recht van verdediging” gesproken en telkens benadrukt dat de overschrijding van de termijn niet gerechtvaardigd werd. Soms wordt uitdrukkelijk een beroep gedaan op de eisen van de goede trouw(256). Volgens Ph. GERARD gaat het niet om rechtsmisbruik, maar om een geval van rechtsverwerking(257).

De Nationale Orde van Advokaten durft, zoals te verwachten is, wel nog niet zo ver gaan, maar heeft toch reeds een verbod afgekondigd om nog besluiten te nemen nadat een vaststelling is aangevraagd, tenzij zulks „onvermijdelijk” is, en in dat laatste geval nog steeds tijdig genoeg om de tegenpartij niet te verplichten uitstel te vragen(258).

(253) Brussel, 25 maart 1987, C. t. Belgische Staat en Vlaams Gewest, *R.W.*, 1987-88, 716, *Ann. Lg.*, 1987, 334, goedkeurende noot DE LEVAL, G., *J.L.*, 1987, 858 noot PARMENTIER, C. (nadat beide partijen reeds besluiten hadden medegedeeld op 1 augustus 1985 en de vaststelling van de zaak op 18 februari 1987 reeds bekend was op 27 september 1985, legde het Vlaamse Gewest aanvullende besluiten neer ter zitting, zonder enige rechtvaardiging voor de overschrijding van de repriektermijn); Brussel, 4 februari 1988, S. t. S., *R.W.*, 1987-88, 1368 (ondanks drie aanmaningen en een uitstel wegens niet-verschijning van geïntimeerde, legde deze zijn aanvullende besluiten slechts twee dagen voor de nieuwe zitting neer, dit na 8 maanden en bovendien in kort geding); Brussel 31 maart 1988, *J.L.M.B.*, 926 (besluiten met nieuwe middelen en een nieuwe tegeneis de vooravond van een voortgezette zitting neergelegd); Kh. Brussel, 11 april 1989, Wtoreck t. Pierrard cs., *J.T.*, 515 (besluiten eerst medegedeeld — en dan nog onder voorbehoud van goedkeuring door de cliënt — de donderdag voor de dinsdagzitting, in casu meer dan drie maanden na de ontvangst van de besluiten van verweerder, en zonder enige rechtvaardiging van deze laattijdigheid); Rb. Kortrijk, 9 januari 1990, Vandenbogaerde-Tiole t. p.v.b.a. Glorieux, Van de Weghe, Degroote-Malysse, n.v. Steenbakkerijen Vande Moortel, A.R. 33.932 (waarbij de besluiten niet geweerd werden tegenover de eiser die kort tevoren aanvullende besluiten had neergelegd, maar wel tegenover de andere partijen). *Contra* daarentegen Brussel, 7 januari 1988, Wijvekens t. gemeente Eigenbrakel en Blanchard, *J.L.M.B.*, 909 met afkeurende noot evenwel; Rb. Charleroi, 4 maart 1988, *J.L.M.B.*, 1988, 934.

(254) O.m. DE LEVAL, G., „Conclusions tardives et abus du droit de défense”, *Ann. Lg.*, 1987, 334; Taelman, P., *T.P.R.*, 1988, (89) nr. 22; genuanceerd GERARD, Ph., noot onder Brussel, 24 mei 1988, *J.T.*, 1989, 513. *Contra* evenwel BAERT, G., *Artikelsgewijze commentaar van gerechtelijk recht*, art. 747, nr. 2 en art. 748, nr. 8.

(255) Zie b.v. Brussel, 14 mei 1988, Bourdon cs. t. Lebout en O.C.M.W. Schaarbeek, *J.T.*, 1989, 513 noot GERARD, Ph.: aanvullende besluiten die geen enkel nieuw element bevatten, maar enkel de mechanische aanpassing van het bedrag van de gevraagde schadevergoeding, op grond van de regel dat de vergoeding bepaald wordt op de dag waarop uitspraak wordt gedaan. Er werd ook op gewezen dat de partij die de verwerking inriep zelf 6 maanden nodig had gehad om op de besluiten van de andere te antwoorden.

(256) Zo b.v. Brussel, 31 maart 1988, *J.L.M.B.*, 926. Zo ook GERARD, Ph., *J.T.*, 1989, 513.

(257) GERARD, Ph., *J.T.*, 1989, (513) 514 in fine, waar hij weliswaar de term rechtsverwerking niet gebruikt, maar wel de omschrijving (zie het citaat hoger in randnr. 16).

(258) Art. 3 Reglement Nationale Orde van Advokaten 28.1.1988.

Het wetsontwerp tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek gaat wel van het door ons verdedigde standpunt uit, en artikel 13 wil een artikel 747bis invoegen, waarvan § 1 zou bepalen dat besluiten uit de debatten dienen te worden geweerd indien ze niet minstens één maand voor de zitting worden neergelegd(259) (en dat bij uitstel dit voordeel bovendien behouden blijft), tenzij:

- bij het ontdekken van een nieuw feit of stuk van overwegend belang en mits nauwkeurig gemotiveerd verzoek om een nieuwe termijn, die eveneens moet nageleefd worden op straffe van het weren van de besluiten uit de debatten en een vonnis dat geacht wordt op tegenspraak te zijn geweest (nieuw 747bis, § 2);
- als antwoord binnen 15 dagen op besluiten van de tegenpartij (die dus tussen één maand en anderhalve maand voor de zitting zouden ontvangen zijn).

1.2.3.3. Onredelijke opsplitsing van de rechtspleging

70. VRAAGSTELLING — Het verschijnsel van de aanvullende besluiten roept nog andere vragen op dan enkel die naar de termijn waarbinnen zij kunnen worden genomen, en wel op de eerste plaats vragen naar de inhoud van die besluiten. We moeten nagaan in welke mate het onredelijk is om in aanvullende besluiten nieuwe feiten en middelen aan te brengen die reeds in eerdere (eerste) besluiten hadden kunnen worden voorgebracht, wat omgekeerd betekent dat de eerste besluiten onvolledig waren, ja soms zelfs gewoon pro forma. Eenzelfde vraag kan rijzen met betrekking tot het in schuifjes overleggen van stukken, waarover men reeds de vorige maal beschikte. Eenzelfde vraag kan ook rijzen met betrekking tot de duisterheid van de dagvaarding (*exceptio obscuri libelli*). In sommige gedingen kan men werkelijk spreken van een „salamitaktiek”.

Nu verschilt de aanvaarding van dergelijke verknipping van de eis c.q. het verweer in meerdere stukjes, in uiteenliggende proceshandelingen, van land tot land, van rechtspleging tot rechtspleging. Naargelang de regeling van een bepaalde rechtspleging op dit punt, naargelang alle (verweer)middelen al dan niet tegelijk moeten worden voorgedragen, kan men een rechtspleging kenmerken aan de hand van het concentratiebeginsel (*Konzentrationsmaxime*) dan wel het —

(259) Hiermee wordt een voorstel overgenomen van o.m. KRINGS, J.E., „Het ambt van de rechter bij de leiding van het geding, Openingsrede” *R.W.*, 1983-84, 352, nr. 20, *J.T.*, 1983, 517.

daaraan tegengestelde — beginsel van de vrije spreiding(260). In de meeste rechtsplegingen wordt gezocht naar een evenwicht tussen deze beide beginselen.

Deze vraag mag niet verward worden met de reeds besproken vraag van de vaste vs. arbitraire volgorde der (verweer)middelen (hoger, randnr. 47 e.v.), al zal de vraag van een vaste dan wel arbitraire volgorde der (verweer)middelen in de praktijk maar belang hebben in een stelsel waarin partijen niet gehouden zijn om alle middelen te concentreren, tegelijk voor te brengen.

71. WETTELIJKE BEPALINGEN — De bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek doen slechts zeer gedeeltelijk uitspraak over de vraag in welke mate onze rechtspleging door het ene dan wel door het andere beginsel dient te worden beheerst.

De belangrijkste konkrete bepalingen vinden we in de artikelen 864, 2 en 868, 1 Ger.W. Artikel 864, 2 bepaalt dat alle nietigheden die tegen een proceshandeling kunnen worden ingeroepen, behalve deze die van openbare orde zijn, niet alleen voor enig ander middel (zie hoger randnr. 48) maar ook allemaal tegelijk moeten worden voorgedragen. Artikel 868 Ger.W. bepaalt dat alle opschortende excepties niet alleen voor elk verweer aangaande de zaak zelf moeten worden voorgedragen (zie hoger randnr. 51), doch ook allemaal tegelijk.

Het Gerechtelijk Wetboek spreekt zich evenwel rechtstreeks niet uit over de vraag of alle ontoelaatbaarheden al dan niet tegelijk moeten worden opgeworpen, noch over de vraag of alle (verweer)middelen aangaande de zaak zelf al dan niet tegelijk moeten worden voorgedragen, noch over de vraag of de excepties van nietigheid, de opschortende excepties, de middelen van ontoelaatbaarheid en de middelen aangaande de zaak zelf al dan niet tegelijk moeten worden

(260) Zie over deze beginselen MILLAR, R.W., „The formative principles of civil procedure”, 18. *Illinois law review*, 1923, (1 e.v.) § 5 (Eventualmaxime of Konzentrationsprinzip vs. Prozeßfreiheit); BAUR, F., *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß*, Vortrag juristische Gesellschaft Berlin 1965, Berlijn, De Gruyter, 1966; LAUTERBACH, „Konzentration oder Gleichwertigkeit der Termine?”, *JZ*, 1967, 137 e.v.; VOLKKOMMER, M., „Die lange Dauer der Zivilprozesse und ihre Ursachen”, 81. *ZZP*, 1968, (102) 123 e.v.; ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozeßrecht*, § 84; KOHL, A., „Simulacre de conclusions. Conclusions tardives au fond: Un duo interdit”, *J.T.*, 1975, 343. Het concentratiebeginsel is op gematigde wijze vastgelegd in art. 141 Nl. Rv. en in § 282, 296 e.a. ZPO (sedert 1976). Zie o.m. STAR BUSMANN, C.W., *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, nr. 221 e.v.; STEIN, P.A., *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer, Kluwer, (2) 1970, 98; ZONDERLAND, P., *Privaatrechtspleging in grondtrekken*, 167-168; HUGENHOLTZ-HEEMSKERK, *Hoofdpijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, 70 nr. 63; FUHRMANN, M., *Die Zurückweisung schuldhaft verspäteter und verzögernder Angriffs- und Verteidigungsmittel im Zivilprozeß*, Bielefeld, Gieseke, 1987; WETH, S., *Die Zurückweisung verspäteten Vorbringens im Zivilprozeß*, Köln, Heymanns, 1988.

voorgedragen. Deze vragen moeten dan ook beantwoord worden aan de hand van de algemene beginselen van ons procesrecht en de regels van de goede trouw, naast enkele regels die onrechtstreeks een antwoord geven, zoals meer bepaald artikel 869 Ger.W.

Het zou onjuist zijn te beweren dat ons burgerlijk procesrecht uitgaat van het beginsel van de vrije spreiding, met „uitzondering” van de twee genoemde bepalingen. Dergelijk beginsel vloeit niet voort uit het beschikkingsbeginsel, dat immers uitsluitend de omschrijving van het aan de beoordeling van de rechter voorgelegde geschil betreft. Men moet veeleer uitgaan van het beginsel van proceseconomie en van de eisen van een loyale procesvoering. Deze beginselen en eisen leiden niet tot een algemeen geldende regel, maar dwingen ons tot nadere onderscheidingen en tot een beoordeling naargelang de omstandigheden van het geding. In het ene geval dwingen zij tot een zekere concentratie, in het andere geval leiden zij tot een voorkeur voor een zekere opsplitsing van het geding. Dat ons procesrecht van een dergelijke evenwichtoplossing uitgaat, moge ook blijken uit de genuanceerde regeling van de devolutieve werking van het hoger beroep en het recht de zaak aan zich te trekken, regeling die de hier behandelde vraag precies voor het hoger beroep regelt (zie de artt. 1068 e.v. Ger.W.).

In de rechtspleging voor het Hof van Cassatie en de Raad van State⁽²⁶¹⁾ daarentegen wordt resoluut uitgegaan van een concentratie van de rechtspleging in drie geschriften (verzoekschrift, memorie van antwoord en memorie van wederantwoord — voor de Raad van State komen daarbij nog de memories na het verslag van de auditeur).

72. KONCENTRATIE VAN HET VERWEER AANGAANDE DE ZAAK ZELF — Een eerste vraag is dan ook of alle (verweer)middelen aangaande de zaak zelf al dan niet tegelijk moeten worden voorgedragen. Hierop dient te worden geantwoord dat een partij naar goede trouw in beginsel niet verplicht is te aanvaarden dat de tegenpartij zijn verweer uitspreidt over meerdere besluiten, meer bepaald door zich in de eerste besluiten het recht voor te behouden om later nog nieuwe besluiten te verwoorden over bepaalde punten van het bodemgeschil. Dergelijk voorbehoud kan de tegenpartij niet tegengeworpen worden éénmaal men zich reeds over de grond van de zaak heeft uitgesproken: „*protestatio actu contraria non valet*”. Dit blijkt duidelijk uit een vaste kassatierechtspraak, die stelt dat:

(261) Zie m.b. R.v.St. 6 april 1982, nr. 22.183 iz. Rys, *R.W.*, 1982-83 noot LAMBRECHTS, W.

„het geding is in staat van wijzen als elk der partijen over de zaak conclusie ten gronde heeft genomen of daartoe in gebreke werd gesteld, zelfs al had een partij de eis van de tegenpartij onvolledig beantwoord; de feitenrechter oordeelt soeverein of de bewoendingen van het verweer het hem mogelijk maken uitspraak te doen”(262)

Wanneer de partijen gekonkludeerd hebben zonder voorbehoud voor nieuwe of aanvullende eisen, kan de rechter uitspraak doen over het aldus afgebakende geschil, ook wanneer in aanvullende besluiten toch nog nieuwe eisen worden verwoord(263).

Overigens kan, zelfs wanneer de wederpartij akkoord gaat met een opsplitsing, de rechter volgens artikel 869 Ger.W. nog gelasten alle rechtsmiddelen tegelijk voor te dragen(264). En ook wanneer partij en buiten dit geval het recht hebben op een repliek of dupliek, volgt uit dat woord geenszins dat daarin nieuwe middelen mogen worden ontwikkeld.

Deze concentratie van de middelen betekent evenwel nog niet dat er eveneens moet gestreefd worden naar één enkele behandeling van de zaak en een afschaffing van tussenvonnissen. Een tussenvonnis kan meer bepaald nuttig zijn omdat:

„de processuele economie wordt niet gediend, wanneer partijen zich uitputten in het bewijs van feiten, die de rechter bij voorbaat als niet ter zake dienende beschouwt, en nog minder wanneer bewijslevering plaats vindt t.a.v. een vordering, waarvan terstond vaststaat, dat zij ook zonder verder bewijs zal worden toewijsbaar”(265).

Doch het aanbod van bepaalde bewijsprocedures (b.v. getuigen) moet in beginsel wél gedaan worden tegelijk met de aanvoering van de feiten tot bewijs waarvan het aanbod strekt. Anderzijds kan de

(262) Cass., 21 december 1967, n.v. Ets. Leon Lhoist t. Leclercq, *Arr.*, 594, verwerping; Cass., 12 mei 1978, Vandemaele, Desmecht t. Borrezee, Delodder, *Arr.*, 1070, verwerping; Cass., 3 januari 1980, Belgische Staat (Op.W.) t. p.v.b.a. A. Heine, *Arr.*, 510, verwerping, ook besproken door LINDEMANS, D., in *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, p. (77) 92. Vgl. ook Cass., 9 oktober 1969, n.v. CINTA t. n.v. Ets. L. Lacroix, v.z.w. Fedetab, *Arr.*, 145, verwerping; zelfs wanneer niet over de grond gekonkludeerd werd, maar er wel over gepleit werd!

(263) Kh. Brussel, 21 september 1961, n.v. Parfica en n.v. Cantab t. SpA Elettromeccanica e locomotive t. n.v. Baume et Marpent en n.v. Tracteurop, *J.T.*, 1962, 138.

(264) Zie m.b. KOHL, A., „Simulacre de conclusions. Conclusions tardives au fond: Un duo interdit”, *J.T.*, 1975, 343, in bespreking van de Reglementen van de Hoven van Antwerpen, Brussel en Bergen van 16.12.1974, volgens dewelke de besluiten in hoger beroep beknopt alle middelen moeten vermelden. Volgens VEROUWSTRAETE, I., „Een efficiënte rechtspleging in graad van beroep”, in *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, GEINGER, H. (ed.), Brussel, Vlaams Pleitgenootschap/Antwerpen, Kluwer, 1984, p. (107) 130, volgt uit art. 740 Ger.W. dat de rechter de partij kan verplichten om, indien meer dan twee besluiten gewisseld worden, de voorgaande besluiten in te trekken en in nieuwe besluiten te verwerken.

(265) WIJCKERHELD BİSDOM, C.R.C., „In hoeverre behoort de civiele procedure in eerste aanleg te worden gewijzigd?”, *Advocatenblad*, 1949, (144) 149-150.

weigering van een partij om in te stemmen met een splitsing van de debatten, de weigering om de wederpartij akte te verlenen van haar voorbehoud om nader te besluiten, ook een misbruik zijn, meer bepaald wanneer het gaat om materieelrechtelijke excepties, die maar betekenis krijgen eenmaal de eerste partij zelf voldoende rechtsfeiten en bewijsmiddelen aanvoert, of wanneer de complexiteit van een subsidiaire argumentatie merkelijk groter is dan de kans dat de argumentatie in hoofddorde wordt afgewezen (een belangenafweging vergelijkbaar met het soort dat ook in kort geding plaatsvindt).

73. SPLITSING VAN TOELAATBAARHEID EN GEGRONDHEID — Een volgende vraag luidt of alle (verweer)middelen, ongeacht of het excepties van nietigheid, opschortende excepties, middelen van ontoelaatbaarheid of middelen aangaande de zaak zelf betreft, al dan niet tegelijk moeten worden voorgedragen. Vooreerst moeten de opschortende excepties in ieder geval uitgezonderd worden: zij staan het een partij precies toe om zich nog niet uit te spreken over de toelaatbaarheid en/of het bodemgeschil. Voor het overige gelden in beginsel gelijkaardige regels als voor de middelen aangaande de zaak zelf. Het Hof van Cassatie stelt immers dat „het geding is in staat van wijzen als elk der partijen over de zaak conclusie ten gronde heeft genomen *of daartoe in gebreke werd gesteld*, zelfs al had een partij de eis van de tegenpartij onvolledig beantwoord”(266). In beginsel kan een partij dus weigeren om het debat te beperken tot b.v. enkel de bevoegdheid of de toelaatbaarheid van de eis. Zijn partijen het daar evenwel over eens, dan kan de rechter geen uitspraak doen over de rest van de zaak (m.b. over het bodemgeschil)(267), tenzij op grond van artikel 869 Ger.W. en mits hij partijen eerst de kans geeft om alle middelen, zij het tegelijk, voor te dragen(268).

Toch zal een ingebrekestelling van de ene partij aan de andere om over de grond van de zaak te besluiten en een weigering om in te stemmen met een splitsing van de debatten ook hier een misbruik kunnen zijn, duidelijk eerder nog dan een weigering om het debat aangaande de zaak zelf op te splitsen. Dit is b.v. het geval wanneer er een wanverhouding is tussen de complexiteit van het bodemgeschil en de kans dat de exceptie van ontoelaatbaarheid of onbevoegdheid

(266) Zie voetnoot 262.

(267) Zie Cass., 6 januari 1978, Meljado t. Belgische Staat (Fin.), *Arr.*, 543, verbreking. Vgl. ook Cass., 20 september 1962, echtg. Losseau-Leman t. cs. de Mevius, *Pas.*, I, 91.

(268) Voetnoot 1 onder Cass., 3 januari 1980, *Arr.*, 510.

(e.d.m.) niet ernstig is(269). Bij de beoordeling van de (poging tot) opsplitsing van de debatten dient de goede trouw dan ook een rol te spelen. Daarbij moet meer bepaald rekening gehouden worden met de eerdere gedragingen der partijen. Voorbehoud vragen om later ten gronde te besluiten en zich tot de bevoegdheid beperken wordt als een ongeoorloofd vertragsmaneuver afgedaan in een geval waarin verweerder ook vóór het proces de uitvoerige argumentatie van de eiser nooit heeft beantwoord: „Het niet innemen van een standpunt ten gronde een half jaar na de inleiding van een procedure is in strijd met een faire procesvoering”(270).

Blijkt het middel van ontoelaatbaarheid of de exceptie van onbevoegdheid evenwel gegrond, dan zou de partij die gevraagd heeft het debat daartoe te beperken, doch door de tegenpartij toch in gebreke werd gesteld om aangaande de zaak zelf te besluiten, m.i. recht hebben op vergoeding van de meerkost die zij door dergelijke weigering van de wederpartij heeft gemaakt (vgl. hoger randnr. 18b).

74. SPLITSING OVER MEERDERE GEDINGEN — Tenslotte kan men nog de vraag stellen of een eiser willekeurig zijn aanspraak mag opsplitsen in meerdere eisen, die in afzonderlijke gedingen worden ingesteld, of althans zich tot een onvolledige eis mag beperken. M.b.t. een vordering tot verklaring voor recht van de onrechtmatigheid van een daad, waarbij voorbehoud werd gemaakt om later schadevergoeding te vorderen, antwoordde de HR 30 maart 1951(271) hierop dat een „eiser niet willekeurig zijn vordering mag splitsen in afzonderlijke vorderingen betreffende erkenning van recht en veroordeling tot prestatie, en dat deze splitsing alleen toelaatbaar is, wanneer bijzondere omstandigheden dit tot behoud van eiser's rechten rechtvaardigen”. De eis werd ontoelaatbaar verklaard wegens gebrek aan belang.

75. AFZONDERLIJKE BERECHTING — Omgekeerd is elke partij (als ook de eiser in tussenkomst) verplicht zich bij een afzonderlijke berechting van zijn aanvullende of tusseneis neer te leggen, indien deze de behandeling onredelijk zou vertragen. Men behoudt natuurlijk het recht tegeneisen in te stellen of aanvullende eisen te verwoor-

(269) Vgl. LINDEMANS, D., *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, 92.

(270) Vred. Zele, 22 juni 1988, b.v.b.a. Metaalkonstruktie A. Adam t. b.v.b.a. Leema Transport, A.R. nr. 5.570.

(271) HR 30 maart 1951, J. de V. t. F. van de H., *N.J.*, 1952, nr. 29 met besluiten EGGENS, J. en noot HOUWING, Ph.

den op grond van een stuk of feit in de dagvaarding genoemd (art. 807 Ger.W.), maar men moet zich desgevallend bij afzonderlijke berechting neerleggen (art. 810 en 814 Ger.W.). Hetzelfde geldt ook voor de aanvullende eisen(272). Zo ook kan het instellen van een tusseneis die samenhangt met een elders aanhangig geding, er niet toe leiden eis én tegeneis te verzenden, indien het om een vertragsmaneuver gaat: de rechter kan de eis beslechten en de beoordeling van de tegeneis opschorten(273).

1.2.3.4. Andere processuele medewerkings-, verwittigings- en kostenbeperkingsplichten

76. VERWITTIGINGSPLICHTEN — Gedingpartijen zijn er veelal toe gehouden de wederpartij van hun voornemens betreffende de procesvoering op de hoogte te brengen. Hoger werden reeds, naast de voorprocessuele verwittigingsplichten (aanmaningsplicht, zie randnr. 22 en andere, randnr. 23), enkele van deze processuele verwittigingsplichten besproken. Zo b.v. de verplichting om te verwittigen vooraleer verstek te nemen, indien de verweerder zich schriftelijk gemeld heeft (m.b. om verzending naar de rol te vragen) (art. 217 Beroepscode, zie hoger randnr. 42) of reeds eerder verschenen is.

In de deontologie der advocaten vinden we nog een aantal dergelijke specifieke verwittigingsplichten(274), zoals de verplichting om:

- te verwittigen van het voornemen de zaak te laten weerhouden op de inleidingszitting (art. 218 Beroepscode);
- te verwittigen als men vaststelling aanvraagt op grond van artikel 751, 752 of 753 (art. 227 Beroepscode), van de bekomen vaststelling (art. 228 Beroepscode);
- te verwittigen indien men een zaak wil weerhouden op de zitting die door de tegenpartij op grond van artikel 751 is aangevraagd (art. 229 Beroepscode, beslissing Nationale Orde van Advocaten 15.1.1981)
- te verwittigen van het voornemen om aanvullende besluiten op te maken na ontvangst van de besluiten van de tegenpartij.

Een partij die in de loop van het geding verhuist, is gehouden de

(272) Vgl. art. 134 Rv. (Nl.)

(273) Zie b.v. Kh. Mechelen, 7 februari 1986, p.v.b.a. Weiss t. n.v. Automotive Service Center t. L. Geerts, A.R., nr. 29.775.

(274) Art. 6 Reglement Nationale Orde van Advocaten 28.1.1988, in de Brusselse Beroepscode over meerdere artikelen verspreid.

wederpartij daarvan te verwittigen, zoniet kan deze — indien hij te goeder trouw is — geldig blijven betekenen aan het oude adres(275).

77. MEDEWERKING BIJ DE ARGUMENTATIE NAAR RECHT — Uit de goede trouw volgt ook de verplichting om de behandeling van de zaak niet nodeloos ingewikkeld te maken voor de tegenpartij. Daarvan kan zelfs wat de zuiver juridische behandeling betreft een voorbeeld worden gegeven. Zo verplichten de artikelen 234-235 van de Beroeps-codex de advocaten om ook de rechtspraak of rechtsleer die voor de rechter wordt ingeroepen, integraal mede te delen aan de wederpartij, tenzij deze gepubliceerd is in juridische publikaties die courant in het land verspreid worden, in welk geval het meedelen van de vindplaats volstaat. „On ne communique pas sa bibliothèque” is dan ook evenzeer achterhaald als „Nemo tenetur edere contra se”.

Dit betekent geenszins dat men de wederpartij zou moeten helpen bij de beoordeling naar recht: vanzelfsprekend moet de verweerder aan de eiser niet opmerken dat zijn eis op een andere grondslag meer kans zou maken, of de eiser aan de verweerder suggereren dat de verjaring is ingetreden. Meer nog, men mag zelfs bewust een verkeerde voorstelling van het recht geven, en in beginsel kunnen noch bedrog noch dwaling omtrent het recht als „gebreken in de toestemming” gelden voor proceshandelingen. Dat dwaling omtrent het recht niet kan worden opgeworpen is overigens een regel die voor alle „vaststellingshandelingen” (zoals b.v. dading, art. 2052, 2 B.W.) geldt. Dat men wat het recht betreft ook geen beroep kan doen op misbruik van omstandigheden („gekwalificeerde benadeling”), en — behoudens buitensporige gevallen — evenmin op bedrog, heeft daarmee te maken, dat éénmaal een geschil voor de rechter is gebracht — anders dan voor handelingen in het normale verkeer —, een partij die een voor haar nadelige handeling stelt of overeenkomst sluit zonder juridische bijstand of raadpleging het enkel aan zichzelf te wijten heeft. Na het rijzen van een geschil heeft iedereen de „last” om zich te laten bijstaan door een deskundige, op straffe van onverschoonbaarheid van de dwaling, e.d.m. De wederpartij of diens advocaat heeft géén informatie- of waarschuwingsplicht betreffende de rechtsgevolgen van bepaalde handelingen. De advocaat is wél verplicht tot „loyauteit”(276), maar wat dat met betrekking tot het recht zou kunnen betekenen is niet erg duidelijk. Een duidelijker richtlijn wat dat betreft is b.v. de regel dat hij niet de indruk mag wekken als

(275) Cass., 1 februari 1982, n.v. Ets. Pagani en n.v. Carlton Restaurant t. Pirlet, *Pas.*, 688.

(276) Zo stelt art. 162, 3 Beroepscode (Resolutie Orde van Advocaten, Brussel, 17 juni 1969).

verzoener voor beide partijen op te treden: hij moet de wederpartij waarschuwen dat hij uiteindelijk enkel het belang van de ene partij verdedigt. Doch dit alles zijn eigenlijk materieelrechtelijke vragen, zodat het hier niet de plaats is om er verder op in te gaan.

78. LAST OM STELLING TE NEMEN — Een van de lasten die in het verbintenissenrecht uit de eisen van de goede trouw wordt afgeleid, is de last voor de schuldeiser om binnen een redelijke termijn stelling te nemen, om binnen een redelijke termijn na kennisname van de tekortkoming van de schuldenaar te kiezen tussen de remedies die hij ter beschikking heeft en deze keuze aan de schuldenaar bekend te maken. Deze last wordt gesanktionéerd door de mogelijkheid voor de schuldenaar om de schuldeiser aan te manen om te kiezen (*actio interrogatoria*)(277), en bij gebrek aan keuze door de schuldeiser na aanmaning daartoe, zelf de keuze te maken.

M.i. volgt uit de processuele goede trouw een gelijkaardige regel, en wel deze dat een gedingpartij de andere kan aanmanen om stelling te nemen over een bepaald processueel punt. Enkele voorbeelden daarvan kwamen hoger reeds ter sprake, en volgen b.v. uit de verplichting om excepties van nietigheid of onbevoegdheid, alsook opschortende excepties, in limine litis op te werpen.

Zo ook werd reeds de verplichting aangehaald om binnen een redelijke termijn stelling te nemen aangaande de zaak zelf(278). We zullen zien dat de last om stelling in te nemen aangaande de zaak zelf bijzonder belangrijk is onder bewijsrechtelijk oogpunt.

Hier wensen we enkel te stellen dat het om een algemene processuele regel gaat, die met specifieke processuele sankties kan worden bestraft, zoals verwijzing in de kosten veroorzaakt door de weigering om (tijdig) stelling te nemen, of verwerking van het recht op uitstel om nog nader te besluiten.

79. ENKELE GEVALLEN VAN NODELOZE KOSTEN — Een regel die eveneens vrij algemeen geldt, is de reeds genoemde regel dat gedingpartijen ertoe gehouden zijn geenodeloze kosten te maken, last die gesanktionéerd wordt met verwijzing in die kosten. In de rechtspraak

(277) Zie DEMOGUE, R., *Traité des obligations*, I, nr. 188, p. 307; STORME, M.E., *De invloed van de goede trouw op kontraktuele schuldverdragen*, nr. 415-416; zie bv. art. 42 Benelux-niet-nakoming en N.B.W., 6:88 (voorheen 6.1.8.13). Contra de mogelijkheid om zo'n verdragen om tot keuze te verplichten in te stellen in rechte evenwel GARSONNET en CEZAR-BRU, § 361, p. 541-542; GLASSON-TISSIER en MOREL, § 180, p. 436.

(278) Vred. Zele, 22 juni 1988, b.v.b.a. Metaalkonstruktie A. Adam t. b.v.b.a. Leema Transport, A.R., nr. 5.570, aangehaald in randnr. 73.

vinden we daarvan vrij uiteenlopende voorbeelden. Sommige rechtspraak kent de winnende partij niet de verplaatsingskosten toe veroorzaakt door het kiezen van een deurwaarder op merkelijk grotere afstand dan nodig(279). Indien geen bijzondere rechtvaardiging gegeven wordt voor de vervanging van de kennisgevingen bij gerechtsbrief door betekening bij deurwaardersexploot (art. 46, § 2 Ger.W.) moet dit geschieden op kosten van de partij die erom verzoekt(280). Voor het veroorzaken van nutteloze verplaatsingen van een konfrater bepaalt de deontologie der advocaten een vergoedingsplicht (zie b.v. art. 218a Beroepscode, art. 4 Reglement Nationale Orde van Advocaten 28 januari 1988 aangevuld met de Aanbeveling van 7 december 1989 (tarief), e.d.m.). Wanneer nodeloos een vertaling van stukken wordt geëist, a fortiori een beëdigde vertaling, dan dienen deze kosten ten laste te vallen van de partij die dit vraagt — dit is b.v. het geval wanneer men vertaling eist van overeenkomsten in een vreemde taal, tenzij precies gesteld wordt dat de partij die overeenkomst onbegrepen heeft ondertekend(281). Vele andere voorbeelden zijn denkbaar.

1.2.3.5. Medewerkings-, mededelings-, waarheids- en kostenbeperkingsplichten bij de bewijsvoering.

80. INLEIDENDE VRAAGSTELLING — Een afzonderlijke bespreking verdient de medewerkingsplicht bij de bewijsvoering. Meer bepaald dient daarbij te worden nagegaan hoever dergelijke medewerkingsplicht en aanverwante plichten als waarheidsplicht en mededelingsplicht reiken, en welke sankties aan deze plichten kunnen worden verbonden. De bewijsrechtelijke sankties in gedingen waar een partij in medewerking tekortschiet, die zich op het vlak van de bewijswaarderend bevinden (omkering van de bewijslast of voor bewezen houden), bespreken we in deel II.

In het recht, en meer bepaald in het geding, gaat het niet — althans uiteindelijk niet — om de waarheid van „buitengerechtelijke” feiten, maar om de toewijzing (of afwijzing) van rechtsgoederen (rechtsgevolgen), en om de rechtsverhouding zoals deze voor de rechter

(279) Zie b.v. Vred. Aubel, 22 september 1982, AG 1830 t. B., *J.L.*, 1983, 21, goedkeurende noot DE LEVAL, G. § 91 II *ZPO*, bepaalt dat, hoewel de advocatenkosten in het Duitse recht principieel terugvorderbaar zijn, de reiskosten van de advocaat behoudens in uitzonderlijke gevallen niet terugvorderbaar zijn indien de advocaat elders zijn woonplaats of kantoor heeft.

(280) Vgl. DE CORTE, R., *T.P.R.*, 1971, 255 nr. 84 in fine.

(281) In ieder geval mag men, ook wanneer men vertaling mag eisen, niet eisen dat de stukken in een vreemde taal uit de debatten worden geweerd. Zie Cass., 7 januari 1971, Valentin t. De Turck, *R.W.*, 1970-71, 1701.

verschijnt (niet de feitelijke verhouding *an sich*). Feiten komen daarin slechts aan bod in de mate waarin zij voor het recht terzake doen, d.w.z. als „rechtsfeiten” kunnen worden ingekleed waaraan aan de hand van een regel of precedent een rechtsgevolg kan worden vastgeknoopt, en — behalve voor de feiten die zich in het geding zelf voordoen — voor zover zij uit een bewijsmiddel — dit is een feit dat zich in het geding zelf voordoet — kunnen worden afgeleid. In ons akkusatoor stelsel van rechtspleging moeten deze rechtsfeiten door de gedingpartijen (zij het door het openbaar ministerie) minstens gesteld zijn (dit ongeacht de onderzoeksmacht van de rechter)(282). De vraag luidt dan ook of 1^o partijen gehouden zijn alle mogelijke rechtens ter zake dienende feiten waarvan zij kennis hebben bekend te maken, en 2^o of zij gehouden zijn alle bewijsmiddelen voor de in het geding gestelde feiten, waarover zij beschikken, over te leggen. We bespreken hier de verplichtingen van de gedingpartijen, niet die van de advocaten. De verplichtingen die uit de eisen van de processuele goede trouw voortvloeien zijn verplichtingen voor de partijen zelf jegens elkaar. Een ander vraagstuk is of de advocaat mag meewerken aan de kwade trouw van de partij, ja zelfs haar daartoe mag aansporen indien dit in haar belang is, dan wel hij in dat geval zijn opdracht moet teruggeven. Dergelijke vragen worden in dit verslag niet behandeld(283).

We bespreken hier ook enkel het privaatrechtelijk proces.

81. ALGEMENE BESPREKING VAN DE PLICHT TOT HET MEEDELEN VAN FEITEN EN HET VERBOD OM TE LIEGEN — Op de eerste vraag kan m.i. niet algemeen stellig worden geantwoord. Vooreerst beoordeelt de rechter de voor hem ingestelde eis niet op grond van alle mogelijke feiten waarop zo’n eis zou kunnen worden gegrond, doch slechts op grond van de rechtsfeiten die door de eiser (c.q. excipiens) zijn gesteld. De verweerder (op eis of exceptie) moet zich slechts verweren tegen de ingestelde eis in de mate waarin ze op welbepaalde rechtsfeiten wordt gegrond, en niet tegen alle mogelijke eisen, ongeacht hun oorzaak (vgl. art. 702, 3^o Ger.W. e.a. en de exceptio obscuri libelli). Wordt een verweerder niet op kontraktuele grondslag aangesproken, dan dient hij niet bekend te maken dat hij kontraktueel aan

(282) Zie KRINGS, J.E. en DECONINCK, B., *T.P.R.*, 1982, (655), nr. 5-9. Hierop zijn slechts weinige uitzonderingen waaronder het ambtshalve uitspreken van een faillissement de belangrijkste is.

(283) Zie daarvoor o.m. KOHL, A., *Procès civil et sincérité*, Université Liège, den Haag/Nijhoff, 1971, 122 e.v., en in *La bonne foi*, (411) 430 e.v.; GOFFIN, L., „De l’obligation de sincérité de l’avocat”, *J.T.*, 1989, 265.

de eiser nog iets verschuldigd is. De eiser is omgekeerd in beginsel niet verplicht om de rechtsfeiten mee te delen waarop de verweerder een exceptie kan gronden, doch dit wordt anders bij die rechtsvernietigende excepties, die zelfs geen „natuurlijke verbintenis” laten bestaan, zoals b.v. de betaling: de eiser die een schuldvordering opeist wetende dat zij reeds betaald is, pleegt bedrog (vgl. art. 1378-79 B.W. over de accipiens te kwader trouw), de eiser die een verjaarde of door schuldvergelijking tenietgegane schuld opeist daarentegen niet(284).

Dit antwoord houdt ook in dat men niet kan spreken van een *algemene* waarheidsplicht van gedingpartijen, van een *volledigheidsplicht*(285), maar wél van specifieke waarheidsplichten. *Het verzwijgen van rechtsfeiten die ter zake dienend zijn is slechts in bepaalde gevallen bedrieglijk te achten, en namelijk in die gevallen waarin daardoor het gesteld zijn van andere feiten tot een leugen wordt.* Het verzwijgen van de betaling van de opgevorderde schuld maakt het stellen van de schuld van de wederpartij tot een leugen. Immers, de door een partij *gestelde rechtsfeiten* mogen nooit als zuiver historische feiten worden beschouwd, maar *dienen steeds in verband te worden gezien met de daarop gegronde eis of het daarop gegronde verweer*: indien het stellen dat de wederpartij een schuld is aangegaan zonder te vermelden dat zij die ook betaald heeft, historisch geen leugen is, juridisch is zij dat wel. En, *indien partijen niet gehouden zijn de waarheid te spreken, het is hun wel verboden te liegen*, d.i. bewust onware feiten te stellen(286).

Leugen is er niet alleen wanneer men bewust onware feiten stelt, maar ook wanneer men bewust ware feiten, die door de wederpartij gesteld worden, ontkent(287). Sommige auteurs menen dat een leugen ge-

(284) Vgl. HABSCHIED, W., *Schweizerisches Zivilprozeß- und Gerichtsorganisationsrecht*, nr. 711; GRUNSKY, W., *Grundlagen des Verfahrensrechts*, Bielefeld, Giesecking, 1970, 157; KOHL, A., (411) 418 nr. 3.

(285) Anders o.m. ZPO § 138 I; HAMMERSTEIN, A., *T.P.R.*, 1989, (1595), 1601; KOHL, A., in *La bonne foi, Actes du colloque 30 mars 1990*, (411) 417 (doch in zijn nuances ongeveer tot dezelfde stelling komende als de hier verdedigde). Redelijk ver gaat ook CLEVERINGA, die bedrog definieert als „elke oneerlijke proceshouding, die tot strekking heeft de waarheid te verdoezelen en hierdoor het materiële recht in zijn tegendeel te verkeren” (VAN ROSSEM-CLEVERINGA, art. 382, aant. 5, p. 617).

(286) Vgl. o.m. *R.P.D.B.*, Tw. Requête civile, nr. 92; HAMMERSTEIN, A., *T.P.R.*, 1989, (1595), 1600; HABSCHIED, W., *Schweizerisches Zivilprozeß- und Gerichtsorganisationsrecht*, 258 nr. 710; SCHWARTZ, P., in *Festschrift zum 70. Geburtstag von Dr.iur. Max Guldener*, (291) 298. Vgl. ook Art. 4.4. Gedragscode voor de advocaten van de EG (goedgekeurd bij Reglement van de Nationale Orde van 12.10.1989): „De advocaat mag nimmer de rechter bewust onjuiste of misleidende inlichtingen verstrekken” (art. 4.5.: idem t.o.v. deskundige).

(287) STAR BUSMANN, C.W., *Hoofdstukken*, 181, nr. 208; GULDENER, A., *Schweizerisches Zivilprozeßrecht*, Zürich, Schulthess, (3) 1979, 189; HAMMERSTEIN, A., *T.P.R.*, 1989, (1595), 1600.

oorloofd kan zijn, indien men een exceptie zou kunnen opwerpen, maar niet kan bewijzen, zo b.v. bij ontkenning van een belofte, omdat men reeds betaald heeft, maar dat niet kan bewijzen(288). In ons recht dient dit evenwel niet te worden opgelost door de ontkenning toe te laten, maar door de onsplitsbaarheid van de geklausuleerde of gekwalificeerde stellingname (de zogezegde gekwalificeerde of geklausuleerde bekentenis, die in werkelijkheid geen bekentenis is).

Het niet betwisten noch erkennen van een gesteld feit daarentegen is geen leugen, maar wordt bewijsrechtelijk gesanktioniseerd doordat zulk feit voor waar gehouden wordt, tenzij de zwijgende partij niet gehouden was om de door de wederpartij gestelde rechtsfeiten te betwisten, wat meer bepaald het geval is wanneer de vordering ontoelaatbaar is of wanneer de feiten niet dienend zijn voor de beoordeling van de zaak naar recht, alsook wanneer de feiten te vaag zijn om ze met ja of neen te beantwoorden (zie deel II).

Tegen deze stellingname, dat leugen verboden is, zou men kunnen opwerpen dat uit de rechtsfiguur van de gedingbeslissende eed blijkt dat men mag liegen, zolang de wederpartij omtrent een feit geen eed heeft opgedragen, en dat de partij die de wederpartij wil verplichten de waarheid te spreken dan maar de eed moet opdragen. Dergelijke opwerping snijdt geen hout, vooreerst omdat de eed een middel is om de wederpartij te verplichten de waarheid te spreken, en dus helemaal niet betekent dat hij buiten dat middel om mag liegen, en vervolgens omdat het verbod van bedrog kan afgeleid worden uit artikel 1133, 1^o Ger.W. dat de mogelijkheid tot herroeping van gewijsde opent in geval van bedrog van een partij. Het bedrog wordt daarbij niet anders beoordeeld dan bij de totstandkoming van kontraktuele verbintenissen(289).

Nu moet ook het verbod om te liegen op haar juiste plaats worden gezet. In verhoudingen die in rechte ter beschikking staan van de partijen (waarover dading mogelijk is) hebben partijen slechts tegenover elkaar en niet tegenover de rechter de verplichting om niet te liegen, en meer algemeen om geen bedrog te plegen. Dit betekent o.m. dat er geen verbod geldt om ten nadele van zichzelf te zwijgen

(288) Zie b.v. genuanceerd HAMMERSTEIN, A., *T.P.R.*, 1989, (1595), 1600; SCHWARTZ, P., in *Festschrift zum 70. Geburtstag von Dr.iur. Max Guldener*, (291) 298.

(289) VAN REEPINGHEN, Ch., noot onder Luik, 28 februari 1957, *J.T.*, 1958, 94; GANSHOF VAN DER MEERSCH, W., conclusies voor Cass., 16 mei 1974, *Pas.*, I, 962.

of te liegen(290), maar alleen een verbod om dit ten nadele van de wederpartij (of van een derde) te doen.

Een tweede nuancering, in de andere zin dan, is dat de afwezigheid van een *algemene verplichting* om alle ter zake dienende feiten mee te delen, niet uitsluit dat een partij de last kan hebben om haar beweringen of betwistingen voldoende in feite te specificeren. In het bij het begin van dit verslag aangehaalde Mellery-arrest vinden we daarvan een voorbeeld. Dit wordt in deel II besproken, omdat de sanktie daarvan meestal louter bewijsrechtelijk is. In sommige gevallen evenwel bestaat er reeds een materieelrechtelijke verplichting om specifieke inlichtingen te verschaffen aan de wederpartij. Dit is m.b. het geval bij „rekenplichtigen”, personen die andermans zaken waargenomen hebben(291). In die gevallen reikt de mededelingsplicht natuurlijk verder dan enkel het verbod om te liegen.

82. SANKTIE VAN HET VERBOD OM TE LIEGEN — De grootste moeilijkheid van deze gematigde waarheidsplicht, juist nog van het verbod van bedrog, ligt in de sanktie. Grof geschetst zijn er twee mogelijkheden: ofwel komt het bedrog reeds in de loop van het geding (althans vooraleer de beslissing in kracht van gewijsde is gegaan) aan het licht, ofwel niet. In het laatste geval is enerzijds een verzoek tot herroeping van gewijsde mogelijk (c.q. herziening, art. 31 W.R.v.St.), anderzijds een vordering tot schadevergoeding(292) (tegen de wederpartij, soms ook tegen diens advocaat rechtstreeks). In het eerste geval zijn er naast de bewijsrechtelijke sankties (de ongeloofwaardigheid van die partij voor de rest van het geding) ook processuele sankties mogelijk, meer bepaald een veroordeling in de bijkomende kosten door het bedrog veroorzaakt(293).

Anderzijds moet het bedrog ook tijdig worden ingeroepen. Het recht om zich op het processueel bedrog van de wederpartij te beroepen

(290) Vgl. LAND-EGGENS, 36; GULDENER, M., *Schweizerisches Zivilprozeßrecht*, 189. Anders b.v. voor het Duitse procesrecht (dat over het algemeen steeds veel publiekrechtelijker ingesteld is geweest, en de subjektieve waarheidsplicht in § 138 ZPO heeft ingevoerd); BERNHARDT, W., „Wahrheitspflicht und Geständnis im Zivilprozeß”, *J.Z.*, 1963, 245, en vergelijkbaar OLZEN, D., „Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozeß”, 98. *ZZP* 1985, 403 e.v. Daartegen ingaand dan weer GRUNSKY, W., *Grundlagen des Verfahrensrechts*, 155.

(291) Zie daarover o.m. HERZFELDER, F., „L'obligation de renseigner et de rendre des Comptes”, *R.I.D.C.*, 1972, 563 e.v.; DE PAGE, H. en DEKKERS, R., *Traité*, V, nr. 420 e.v. Zie b.v. de artt. 1993, 1372, 2, 389, 3, 469 e.v., 803, 813 B.W. en 1031, 5 B.W. en 1230 Ger.W. Vergelijk ook de verplichting van de werkgever om een loonafrekening te bezorgen (art. 15 Loonbeschermingswet, K.B. nr. 5 van 23 oktober 1978).

(292) Zie o.m. KOHL, A., *Procès civil et sincérité*, 137-142, en in *La bonne foi*, (411) 435.

(293) De veroordeling in de kosten wordt uitdrukkelijk vooropgesteld door art. 92, 1 Italiaanse C.P.C., als sanktie van de „dovere di lealtà e probità”, opgelegd door art. 88 Italiaanse C.P.C.

— m.b. tot herroeping van gewijsde — wordt namelijk volgens het cassatie-arrest van 16 mei 1974(294) verwerkt door dit niet voor de uitspraak te doen, indien men dit bedrog voordien gemakkelijk had kunnen ontdekken (in casu door het ontvangstbewijs van een aangezekende zending bij de post op te vragen). In zijn gestrengheid is dit arrest niet meer houdbaar sinds het cassatie-arrest van 23 september 1977(295), waar geoordeeld werd dat diegene die bedrog pleegt zich niet op de onverschoonbaarheid van de dwaling van de wederpartij kan beroepen. Uit dit arrest volgt m.i. dat het beroep op bedrog (of achterhouden van stukken) slechts verwerkt wordt indien men het beroep niet doet voor de uitspraak hoewel men het bedrog of achterhouden *kende*(296), doch niet reeds bij gebrek aan een beroep wanneer men het bedrog enkel *kon* kennen(297).

83. DE PLICHT TOT HET OVERLEGGEN VAN BEWIJSMIDDELEN EN DE SANKTIE ERVAN — Op de tweede vraag, namelijk of partijen gehouden zijn alle bewijsmiddelen waarover zij beschikken voor de in het geding gestelde feiten, over te leggen, dient eveneens genuanceerd positief te worden geantwoord(297bis).

Gaat het om bewijsmiddelen, b.v. stukken, waaruit zou blijken dat de door die partij gestelde feiten juridisch een leugen vormen, dan is niet vooreerst het achterhouden van die stukken, als wel reeds het verzwijgen van de daaruit blijkende feiten (b.v. de betaling) reeds een vorm van bedrog (zie vorig randnr.). Hetzelfde geldt, wanneer het gaat om bewijsmiddelen waaruit zou blijken dat de partij die ze achterhoudt leugenachtig door de andere partij gestelde feiten ontkent. Dit betekent natuurlijk niet dat een *actio ad exhibendum* in deze gevallen overbodig is: het is precies deze actio die het mogelijk maakt de leugen van die partij te bewijzen.

De vraag luidt dus verder in welke mate er ook buiten deze genoemde gevallen van bedrog een verplichting tot overlegging van bewijs-

(294) Cass., 16 mei 1974, Vandenhouste-Vanhumbecq t. Monier, verbreking, *Pas.*, I, 961, met concl. P.G. GANSHOF VAN DER MEERSCH, W., *R.W.*, 1974-75, 725, *R.C.J.B.*, 1976, 148 noot DEMEZ, G., „La participation des parties à l'administration de la preuve”.

(295) Noordermeer, Lodewikus t. Van Loo cs., *Arr.*, 107, gelijkkluidende besluiten A.g. KRINGS, J.E., *R.W.*, 1977-78, 933, *J.T.*, 1978, 362, verwerping van de voorzieningen t. Gent, 27 juni 1975. Zie daarover de rechtsleer aangehaald in voetnoot 162.

(296) Dat men in dat geval geen herroeping kan vragen, wordt algemeen aanvaard. Zie o.m. DEMEZ, G., *R.C.J.B.*, 1976, 160, nr. 28.

(297) In dezelfde zin DEMEZ, G., *R.C.J.B.*, 1976, 161 e.v., nr. 29 e.v.

(297bis) Vgl. KOHL, A., in *La bonne foi*, (411) 423 e.v. en 437.

middelen bestaat, nl. in die gevallen waarin uit die bewijsmiddelen noch de valsheid van door de achterhoudende partij gestelde feiten noch de juistheid van door de wederpartij gestelde feiten zou blijken, maar wel ter zake dienende feiten die door de wederpartij niet gesteld werden, meer bepaald omdat die wederpartij de precieze toedracht van de zaak niet kent. Welnu, in die gevallen kan de rechter „aan iedere gedingvoerende partij bevelen het bewijsmateriaal dat zij bezit, over te leggen” (art. 871 Ger.W.) en meer bepaald de overlegging van een stuk bevelen, indien „gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens bestaan dat een partij (...) een stuk onder zich heeft dat het bewijs inhoudt van een ter zake dienend feit” (art. 877 Ger.W.); in deze bepaling wordt *niet* vereist dat de actor dat ter zake dienend feit specifiek stelt. Doch de *actio ad exhibendum* wordt ten dele overbodig indien men aanvaardt — vergelijkbaar met het Mellery-arrest — dat, wanneer een partij een welbepaalde rechtens terzakelijke feitelijke toedracht beter kent of dient te kennen dan de wederpartij, zij niet kan volstaan met een algemene ontkenning van diens stelling, maar gemotiveerd en gespecificeerd dient te betwisten, op straffe van het bewezen geacht worden van die stelling (zie deel II). Indien in dergelijke betwisting dan feiten worden gesteld, waarvan uit achtergehouden stukken blijkt dat ze leugenachtig zijn, dan is reeds die betwisting (en niet zozeer het achterhouden van stukken) een vorm van bedrog. De *actio ad exhibendum* dient ook hier dan veeleer om een mogelijke leugen van die partij te bewijzen.

Indien de plicht tot het overleggen van bewijsmiddelen aldus reeds begrepen is in het verbod van bedrog, heeft zij toch ook een zelfstandige betekenis, omdat zij het precies mogelijk maakt de naleving van dat verbod na te gaan. In die zelfstandige betekenis gaat het echter niet meer om een algemene plicht tot het overleggen van alle bewijsmiddelen waarover men beschikt, ook — en vooral — de nadelige, maar uitsluitend om een verplichting om die specifieke bewijsmiddelen over te leggen die door de wederpartij (of de rechter) opgevraagd worden. Dit onderscheid blijkt b.v. uit artikel 21 e.v. W.v.K. Deze zelfstandige overleggingsplicht vindt een duidelijke bepaling in de artikelen 871 en 877 Ger.W.

Ook hier is de vraag wat de sanktie dient te zijn in geval van weigering. M.i. is de sanktie vooreerst te vinden in de bewijswaardering, zoals verderop besproken wordt. Doch ook processuele sankties zijn denkbaar. Zo zal de partij die weigert, in een deel of het geheel der kosten worden verwezen. Ook zou aan het bevel tot overlegging

een dwangsom kunnen worden gekoppeld(298). Anders dan bij het bevel tot persoonlijke verschijning gaat het hier inderdaad niet louter om een last, maar wel degelijk om een plicht, zoals blijkt uit artikel 495bis Sw. De ratio is dat het niet overleggen niet alleen het bewijs kan onmogelijk maken (dan zou de sanktie van het voor bewezen houden volstaan), maar soms de wederpartij ook belet om zelfs maar de aanspraak te stellen, omdat hij geen enkele weet heeft van (de omvang van) zijn rechten.

Tenslotte kan hierbij nog opgemerkt worden dat er reeds een heel aantal gevallen bestaan waarin een partij op grond van de materieel-rechtelijke verhouding verplicht is om bepaalde bewijsmiddelen ter beschikking te stellen (verplichting om een dubbel van de overeenkomst te bezorgen, om een ontvangstbewijs af te geven, om een kwijtschrift af te leveren, e.d.m.; vgl. ook art. 842 B.W.), al zal de wederpartij met die verplichting niet gebaat zijn indien de wederpartij precies de overeenkomst, ontvangst of betaling ontkent, en de partij niet meer over een opschortings- of retentierecht of een gelijkwaardig drukkingsmiddel beschikt.

84. DE LAST TOT MEDEWERKING BIJ DE BEWIJSVOERING - OMVANG

— De last tot medewerking aan de bewijsvoering reikt verder dan enkel de reeds genoemde lasten om specifieke bewijsmiddelen over te leggen. Zij betreft meer bepaald ook de medewerking bij het scheppen van bewijsmiddelen, met name in de door het Gerechtelijk Wetboek voorziene procedures zoals verschijning in persoon, schrift-onderzoek, deskundigenonderzoek of plaatsbezoek, of in door materiële wetten bepaalde bewijsprocedures, zoals b.v. bloedproeven en „andere wetenschappelijke methodes” (art. 331 octies B.W.), e.d.m. Deze medewerkingslast kan reeds bestaan vooraleer er een geding is tussen partijen, precies omdat partijen er veelal toe gehouden zijn om vooraf — *in tempore utile* — bewijsmiddelen te verzamelen, zoals verder in deel II wordt besproken.

Men kan zeggen dat deze medewerkingslast niet algemeen is, maar specifiek, omdat zij steeds betrekking heeft op een welbepaalde bewijsprocedure of een welbepaalde bewijstechniek, tot medewerking waaraan een partij moet worden opgevorderd door de weder-

(298) In die zin Rb. Luik, 2 juli 1980, *J.L.*, 241, noot DE LEVAL, G.; Vred. Brugge, 13 oktober 1981, *R.W.*, 1981-82, 332; Rb. Hoei, 30 december 1981, *J.L.*, 1982, 137, noot DE LEVAL, G.; Bergen, 12 juli 1985, *R.rég.Dr.*, 1987, 57; Rb. Luik, 25 januari 1990, Pauchenne t. Schreuders, A.R. nr. 97.335/89; DE LEVAL, G., „L'instruction sans obstructions”, in *La preuve*, Colloque 12-13 maart 1987, Faculté de droit U.C.L., 26 e.v.; KOHL, A., in *La bonne foi*, (411) 439.

partij of door de rechter. Doch binnen die procedure is de last vrij algemeen: zo houdt artikel 972, 1 Ger.W. een last in om aan de deskundige alle nodige stukken ter hand te stellen, en niet slechts specifieke door de deskundige opgevraagde stukken, precies mede omdat de deskundige niet weet welke stukken partijen precies bezitten.

Voor deze medewerkingslast is vereist dat de bewijsprocedure toelaatbaar is. Daartoe is meer bepaald vereist dat:

a) door middel van die procedure een bewijsmiddel tot stand kan worden gebracht *waaruit naar regels van bewijsrecht* (b.v. art. 1341 B.W.) *een bewijs kan worden afgeleid* van de vordering tot bewijs waarvan de procedure wordt voorgesteld. Is dit niet het geval, dan is het verzoek tot dergelijke procedure ontoelaatbaar wegens gebrek aan belang. Hierbij moet wel opgemerkt worden dat niet het bewijs zelf toelaatbaar of ontoelaatbaar is, zoals artikel 915 Ger.W. stelt, want regels van bewijsrecht kunnen géén ontoelaatbaarheden bepalen, maar enkel dat uit bepaalde middelen het bewijs van bepaalde vorderingen of feiten niet kan (mag) worden afgeleid, wat geen vraag van toelaatbaarheid is, maar een vraag aangaande de zaak zelf (het bodemgeschil).

b) die procedure strekt tot het bewijs van rechtsfeiten welke *terzake dienend* zijn, d.i. dienend voor de beslissing omtrent het geschil, wat afhangt van de rechtsgevolgen welke naar recht aan die rechtsfeiten kunnen worden toegekend. Anders is het verzoek eveneens ontoelaatbaar wegens gebrek aan belang⁽²⁹⁹⁾, al veronderstelt de beoordeling daarvan reeds een beoordeling van de zaak zelf.

c) die procedure in feite *nuttig* kan zijn voor het bewijs van de ter zake dienende rechtsfeiten tot bewijs waarvan zij strekt. Ook hier zou het verzoek anders ontoelaatbaar zijn wegens gebrek aan belang.

Nochtans mag de ontoelaatbaarheid, m.b. wegens het niet *terzake* dienen dan wel de nutteloosheid, niet te snel worden uitgesproken, en meer bepaald niet indien de procedure van aard is om partijen tot erkenning (zgn. bekentenis) van bepaalde *terzake* dienende feiten te brengen.

85. DE LAST TOT MEDEWERKING BIJ DE BEWIJSVOERING - BEPERKINGEN VOORTVLOEIEND UIT DE MATERIEELRECHTELIJKE VERHOUDING — Het feit dat een bewijsprocedure overbodig is, omdat

⁽²⁹⁹⁾ FETTWEIS, A., *Manuel*, nr. 487.

er een goedkopere werkwijze bestaat, brengt nog niet noodzakelijk ontoelaatbaarheid mee, maar heeft tot gevolg dat de verzoeker in ieder geval de meerkost daarvan moet dragen. Wel kan het feit dat geoordeeld wordt dat de verzoekende partij zich naar verkeersgebruik en/of goede trouw eerder een beter bewijsmiddel had moeten verschaffen de verwerking van het recht op andere bewijsmaatregelen meebrengen, zelfs indien die misschien nog nuttig zouden kunnen zijn. Voorbeelden daarvan komen in deel II ter sprake, zoals de afwijzing van een getuigenverhoor voor handelsverbintenissen waarvan men zich naar verkeersgebruik een schriftelijk bewijs had moeten verschaffen en gemakkelijk kon verschaffen. Het betreft hier een beperking gegrond op de materieelrechtelijke verhouding tussen partijen.

Ook de weigering van de ene partij om mee te werken aan een bepaalde bewijsprocedure kan gerechtvaardigd zijn om redenen die volgen uit de aard van de materieelrechtelijke verhouding, die immers mede de omvang van de medewerkingslast bepaalt⁽³⁰⁰⁾. Meer bepaald bij bewijsprocedures die de menselijke persoon of zijn privéleven raken, dan wel de know-how of de bedrijfsgeheimen, is er slechts in bepaalde geschillen sprake van een medewerkingslast: zo kan de overlegging van de volledige boekhouding slechts bevolen worden in zaken van erfopvolging, gemeenschap, verdeling van een vennootschap of faillissement, of door bijzondere wetten bepaald (art. 21 W.v.K.); zo kan een bloedproef bevolen worden inzake afstamming (art. 331 octies B.W.), maar daarom niet in alle aangelegenheden; e.d.m. Zie b.v. ook artikel 1253 quinqies B.W. Ik betwijfel evenwel dat deze beperking van de medewerkingslast veel verdergaat dan de reeds genoemde beperking door de vereiste dat de procedure nuttig moet zijn voor het bewijs van terzake dienende feiten. De enige nuance die ik zie is dat voor dergelijke maatregel niet alleen vereist kan worden dat ze nuttig is, maar ook dat ze nodig is voor het bewijs van de desbetreffende terzake dienende feiten. Maar zelfs „fundamentele” rechten en vrijheden kunnen misschien wél meebrengen dat een bepaalde bewijsmaatregel niet in natura mag worden afgedwongen, maar betekenen niet dat er bewijsprocedures zijn waaraan men *ongeacht de aard van het geschil* ongestraft medewerking mag weigeren (waarbij ik met ongestraft bedoel dat het verzuim geen enkele sanktie kan meebrengen, ook niet op het vlak van het bewijs of de kosten). Dit blijkt b.v. uit de bloedproef, die

(300) Vgl. HAMMERSTEIN, A., *T.P.R.*, 1989, (1595) 1606.

hoewel zij de menselijke persoon raakt, toch kan worden bevolen, m.b. inzake afstamming. Deze rechten brengen wél mee dat men medewerking mag weigeren indien de bewijsmaatregel niet nodig is voor het bewijs van een beslissend feit.

Het beroepsgeheim geeft dan ook veeleer aanleiding tot een verschuiving dan een opheffing van de mededelings- en medewerkingslast: het beroepsgeheim is steeds een verplichting jegens een welbepaalde persoon (of personen), zodat het inroepen ervan de vraag moet doen rijzen of die persoon, die de professioneel van zijn geheimhoudingsplicht kan ontslaan, zijn weigering daartoe kan rechtvaardigen en zelf jegens de gedingpartij recht heeft op de geheimhouding. Indien een advocaat omtrent bepaalde feiten een beroep kan doen op zijn beroepsgeheim, dan betekent dat geenszins dat zijn cliënt dat omtrent die feiten kan, en het is niet aanvaardbaar dat een partij aan een mededelingsplicht zou kunnen ontsnappen, gewoon door het stuk aan zijn advocaat in bewaring te geven⁽³⁰¹⁾. Is de partij niet tot geheimhouding gerechtigd, dan kan hij veroordeeld worden tot instemming met de overlegging van een bewijsmiddel, en geldt het bevel tot overlegging aan de derde overigens als toestemming (zijnde een uitvoering in natura daarvan). Is zij wel tot geheimhouding gerechtigd tegenover de wederpartij, dan belet dit niet dat zij er toe gehouden is om een onpartijdig deskundige mededeling te doen, die op zijn beurt tot geheimhouding verplicht is behalve wat het vaststaan van de betwiste en terzake dienende feiten zelf betreft. Zo is een koopman gerechtigd om de overlegging van de boekhouding aan de wederpartij en de rechter te weigeren (behalve in de gevallen van art. 21 W.v.K.), maar niet om de openlegging te weigeren aan een door de rechter aangestelde deskundige, opdat deze „daaruit zou nemen wat het geschil betreft” (artt. 21-22 W.v.K.). Zo is een partij gerechtigd om de overlegging van een medisch dossier aan de wederpartij en de rechter te weigeren, maar niet om dit aan een door de rechter aangestelde medische deskundige te weigeren, ten einde daaruit te nemen hetgeen het geschil betreft. Hetzelfde geldt voor bedrijfsgeheimen, die men aan de konkurrenten mag onthouden, maar daarom niet aan een door de rechter aangesteld deskundige. En

(301) Vgl. DUQUESNE, A., FONTAINE, M., KELLENS, G., KOHL, A. en PIRARD, C., „La procédure de production de documents dans le Code judiciaire et le secret professionnel”, *Ann.Lg.*, 1970, (195) 249 en KOHL, A., in *La bonne foi*, (411) 432-433, auteurs die evenwel voor het overige in die bijdragen veel te weinig aandacht besteden aan de vraag in welke gevallen de toevertrouwende wel recht heeft op geheimhouding.

vertrouwelijke briefwisseling tussen advocaten moet wel aan de stafhouder worden voorgelegd, opdat deze erover zou oordelen.

86. DE LAST TOT MEDEWERKING BIJ DE BEWIJSVOERING - INHOUD EN SANKTIE — De verdere konkrete inhoud van de medewerkingslast, en meer bepaald de wijze waarop partijen zich bij een bewijsprocedure dienen te gedragen, is mutatis mutandis dezelfde als in de rechtspleging in het algemeen: tijdig inroepen van excepties, verbod van vertragingsmaneuvers, verplichting tot mededeling van alle stukken die aan de deskundige worden medegedeeld(302), verbod van bedrog, e.d.m. Zo geldt ook bij bewijsmaatregelen een gematigd concentratiebeginsel, dat in sommige bijzondere bepalingen overigens uitdrukkelijk wordt voorgeschreven(303). Zo ook kan men bij de bewijsvoering spreken van een last om geenodeloze kosten te veroorzaken, dus om de goedkoopste weg te kiezen. Zo kan dikwijls reeds veel opgelost worden met een verhoor van partijen en/of een plaatsbezoek, en is het overdreven om dadelijk een deskundigenonderzoek te vragen(304). Zo dient een partij die een deskundigenonderzoek noodzakelijk maakt doordat zij onvoldoende elementen in het debat brengt, de kosten daarvan te dragen, zelfs indien zij in het gelijk wordt gesteld(305).

Sankties bij gebrek aan medewerking zijn ook hier weer op de eerste plaats te vinden in de bewijswaardering (het voor bewezen houden van de feiten aan het bewijs waarvan men weigert mee te werken, zie deel II) of aanverwante sankties (b.v. de vervallenverklaring van de eiser tot echtscheiding die het laat afweten op de persoonlijke verschijning, art. 1263 Ger.W.), en de verwijzing in (de) kosten(306). In sommige gevallen is ook een echte plicht, met mogelijkheid tot uitvoering in natura of veroordeling tot betaling van een dwangsom, wenselijk. Dit dient in andere gevallen te worden afgewezen, zoals b.v. wat de persoonlijke verschijning betreft, doch dit is omdat het persoonlijkheidsrecht hier voorrang heeft, en niet omdat het bevel

(302) Zie b.v. art. 145 en 190 Beroepscode.

(303) Zie in het algemeen CLOQUET, A., *Deskundigenonderzoek*, nr. 311.

(304) Vgl. o.m. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, 73. nr. 72.

(305) Zie b.v. Brussel, 25 maart 1970, De Faleo t. RMZ, *J. T.*, 295. Vgl. ook voor een nodeloos deskundigenonderzoek in een materieelrechtelijke (kontraktuele) verhouding Vred. Antwerpen (1e k.), 28 september 1983, Hypotheek- en kapitalisatiemaatschappij t. Vetere, Procureur-Courtequise, A.R. nr. 4793.

(306) Zie voor de verwijzing in de kosten b.v. ook Kh. Luik, 3 februari 1978, n.v. Seca t. n.v. Distrimas, *R.C.J.B.*, 1979, 451 noot CEREXHE, E.

geen „veroordeling” zou zijn in de zin van de eenvormige wet op de dwangsom, en nog veel minder omdat dit in strijd zou zijn met een „vrijheid om zich te verweren zoals men dat wil” — zoals het Hof van Cassatie lijkt te suggereren(307). De vrijheid om zich te verdedigen zoals men dat wil is in ons gerechtelijk recht weliswaar niet onbestaande, maar evenmin onbeperkt en onbelast — zoals duidelijk blijkt uit o.m. artikel 871 Ger.W.: zij wordt precies beperkt door de eisen van de processuele goede trouw, door de verplichting om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.

87. VERBOD VAN MISBRUIK VAN OMSTANDIGHEDEN — Naast het verbod van bedrog kan men nog het verbod onderscheiden om misbruik te maken van omstandigheden, en meer bepaald van behoeften, zwakheden, onkunde e.d. van de wederpartij(308), en dit meer bepaald bij de voorstelling van de feiten. Dit hangt samen met het beginsel van de „Waffengleichheit”. De sanktie hiervan kan liggen in de bewijswaardering en/of in de verwijzing in de kosten. Een recent geval waarin de rechter in hoger beroep oordeelde dat de „égalité d’armes” geschonden was betrof een deskundigenonderzoek inzake huurschade, waaraan de ene partij door onkunde, domheid, e.d.m., waarvan de wederpartij niet onkundig kon zijn, niet zinvol kon deelnemen, en waaraan de rechter om die reden in casu geen bewijswaarde heeft toegekend(309).

1.2.4. Misbruik van rechtsmiddelen

88. ALGEMEEN — Een bespreking van de rol van de goede trouw bij het instellen van rechtsmiddelen leidt grotendeels tot een herhaling van wat in het voorgaande werd gezegd. We gaan dan ook niet verder in op vragen als het tergend en roekeloos beroep (randnr. 27 en 57)(310), de kostenbeperkingslast (randnr. 33), het concentratiebeginsel (randnr. 70 e.v., m.b. 72), de exceptio obscuri libelli

(307) Cass., 18 februari 1988, *R.W.*, 1989-90, 145, betreffende het bevel tot persoonlijke verschijning. Zie daarvoor ook Brussel, 25 maart 1986, *J.T.*, 514.

(308) Zie verder HENCKEL, W., *Prozeßrecht und materielles Recht*, 145.

(309) Rb. Luik, 12 mei 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 133.

(310) Zie b.v. VAN REEPINGHEN, Ch., *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, 394, noot 258; Vz. Rb. 's-Gravenhage, 17 juli 1980, *N.J.*, 1981, 96 (kort geding tegen appellant die hoger beroep enkel instelt om de ontruiming van een woning uit te stellen).

tegen de akte van beroep, het verzet of hoger beroep na ongerechtvaardigd verstek (randnr. 46), de verwijzing in de kosten van de partij die eerst in hoger beroep een beslissend middel opwerpt of stuk overlegt (randnr. 62), e.d.m. — ook al gelden de hoger omtrent die punten verdedigde stellingen veelal zelfs a fortiori in hoger beroep.

Wat het laatste betreft, nl. het laattijdig verweer, kan er hier al op gewezen worden dat, zoals in deel II wordt uitgewerkt, een partij in ons recht in beginsel over de grond van de zaak nog steeds eerst in hoger beroep standpunt in kan nemen, zonder dat haar „berusting” kan worden tegengeworpen, en dit zowel wat de waardering naar recht betreft, als wat de feiten betreft, dit laatste onder dit voorbehoud, dat zij niet voordien erkend werden. Doch dit betekent niet dat dit laattijdig verweer niet met een veroordeling in de kosten dient te worden bestraft, zo het niet gerechtvaardigd wordt, m.b. door het ontdekken van een nieuw feit of stuk.

89. BERUSTING EN VERWERKING VAN RECHTSMIDDELEN — Dit brengt ons bij de figuur van de berusting. Berusting is een middel van ontoelaatbaarheid van rechtsmiddelen en moet dan ook goed onderscheiden worden van de afstand van recht (althans van actio, d.i. van de opeisbaarheid van het recht), die het bodemgeschil (de zaak zelf) betreft. Het is m.i. dan ook onterecht dat men uit de bepaling van artikel 1045, 3 Ger. W. als algemene regel heeft afgeleid dat afstand van recht alleen kan worden afgeleid uit feiten die voor geen andere uitleg vatbaar zijn. Er kunnen immers redenen zijn om de afstand van rechtsmiddelen, die een processueel recht betreffen, anders te behandelen — namelijk strenger — dan de afstand van materieelrechtelijke rechten. Op materieelrechtelijk vlak b.v. is er geen enkele reden om de afstand van recht, als rechtshandeling om niet, anders te behandelen dan de belofte om niet (éénzijdige belofte of éénzijdige overeenkomst); de regel dat een éénzijdige overeenkomst alleen kan worden afgeleid uit feiten die voor geen andere uitleg vatbaar zijn, is dus precies even veel of even weinig verdedigbaar als de zopas genoemde. Uit de rechtspraak omtrent de berusting kan m.i. dus niets beslissends worden afgeleid voor de vraag wanneer afstand van recht kan worden aangenomen (en nog veel minder voor de vraag wanneer iemand zijn recht verwerkt). Deze vraag moet telkens in de kontekst van het bodemgeschil zelf, en dus rekening houdende met de buitenprocessuele omstandigheden, de verhouding tussen partijen, e.d. beoordeeld worden.

Omgekeerd is de strengheid inzake berusting(311) niet alleen wettelijk bepaald, maar ten dele ook gerechtvaardigd, omdat proceshandelingen nu eenmaal niet op grond van dezelfde gebreken in de toestemming kunnen worden vernietigd als andere rechtshandelingen. Weliswaar is een verzoek tot herroeping van gewijsde mogelijk in geval van bedrog door de wederpartij alsook in geval van dwaling veroorzaakt door het achterhouden of de valsheid van stukken e.d. Doch noch gewone dwaling, noch geweld noch benadeling geven de mogelijkheid tot een buitengewoon rechtsmiddel. Dit verklaart ook mede waarom precies de uitvoering van een bij voorraad uitvoerbare veroordeling zo zelden als berusting wordt aanvaard. De dreiging van gedwongen tenuitvoerlegging is een reden om de uitvoering — zelfs zonder voorbehoud — niet als „vrijwillig” te beoordelen.

Is er dan nog plaats voor de goede trouw van het handelen bij de beoordeling van de berusting? M.i. wel, indien de partij die een rechtsmiddel instelt, door zijn eerdere gedraging het vertrouwen van de wederpartij heeft gewekt dat zij zou berusten en deze partij in vertrouwen daarop heeft gehandeld, zodat zij nu een nadeel leidt. Sanktie hiervan is dan wel veeleer schadevergoeding dan ontoelaatbaarheid van het rechtsmiddel.

Ook moet de wederpartij die een prestatie ontvangen heeft zonder dat bij de uitvoering daarvan voorbehoud werd verwoord, als accipiëns te goeder trouw beschouwd worden in de zin van artikel 1378 B.W. (subjektieve goede trouw bij onverschuldigde betaling), zodat hij bij een mogelijke hervorming van het vonnis géén interesten verschuldigd is, althans niet voor de periode tot aan de kennisname van de instelling van het rechtsmiddel.

(311) Zie b.v. Cass., 3 januari 1974, Digneffe, Juprelle t. Del Marmol, de Fabriceckers, *Arr.*, 482; Cass., 17 november 1977, Nuy t. Belgische Staat, *Arr.*, 319; Cass., 13 maart 1978, n.v. Walco Standard en Ideal Standard t. Verfaillie, *Arr.*, 824; Brussel, 11 februari 1988, Van den Lemmer t. p.v.b.a. Art moderne, *J.T.*, 1988, 322 (betaling zonder voorbehoud — door de advocaat — van de gerechtskosten van een vonnis dat niet uitvoerbaar was bij voorraad); Luik, 28 juni 1985 en Cass., 26 februari 1987, Hennuy t. Landsbond soc. mut., *J.T.*, 343 (bij schrijven aan de Procureur des Konings klacht intrekken, afzien van schadevergoeding en vragen de vervolging te stoppen, zou geen afstand betekenen van het recht om te vorderen voor de burgerlijke rechter); Cass., 26 oktober 1989, curatoren Buchet en Gyselinx t. stad Charleroi, *J.L.M.B.*, 1990, 38 (betekenen van een vonnis, zelfs zonder voorbehoud, houdt nog geen berusting in).

Opvallend is ook dat het in randnr. 16 aangehaalde arrest Cass., 12 mei 1989, Belg. Staat (Volksgezondheid en Financiën) t. n.v. United Foods en n.v. Van den Abele, A.R. nr. 5981/1, dat niet principieel afwijzend staat tegenover de leer der rechtsverwerking, uitdrukkelijk voorbehoud maakt voor de toepassing ervan op rechtsmiddelen. Berusting werd b.v. wel aanvaard door Luik, 1 juni 1987, Dumasy t. Sofivea, waar de appellant na het instellen van hoger beroep tegen een niet bij voorraad uitvoerbaar vonnis, toch volledig uitvoert zonder voorbehoud, en dan twee jaar stilzit, tot geïntimeerde in besluiten de berusting opwerpt.

90. MISBRUIK VAN AANLEG — Een andere ontoelaatbaarheid, die typisch is voor het hoger beroep, zou kunnen gegrond worden op de kunstmatigheid van de aanleg, die slechts bereikt werd door de waarde van de zaak op te blazen om hoger beroep te kunnen instellen(312). Art. 8 van het wetsontwerp tot hervorming van het Gerechtelijk Wetboek zal door de afschaffing van artikel 620 Ger. W. (samentellen van eis en tegeneis voor de bepaling van de aanleg) reeds één mogelijkheid tot misbruik uitschakelen. Nu immers kan men een tweede aanleg verkrijgen, enkel door een tegeneis in te stellen. Gevaar voor misbruik is er m.b. door de mogelijkheid een tegeneis wegens tergend en roekeloos geding in te stellen, gezien men deze op omzeggens om het even welk bedrag kan schatten.

1.3. VOORLOPIG BESLUIT

91. Uit al het voorgaande moge blijken dat er in ons procesrecht, ondanks zijn uitgebreide wettelijke regeling en semi-publiekrechtelijke aard, toch nog een grote rol voor de goede trouw is weggelegd. Zelfs een — stilaan dringend noodzakelijke — wettelijke hervorming zal deze zeker niet overbodig maken. De belangrijke betekenis van de goede trouw kan echter maar begrepen worden indien ook de rol daarvan in het bewijsrecht minstens ten dele bestudeerd wordt, alleen al omdat vele processuele gedragingen, die men in strijd met de goede trouw kan oordelen, hun effectieve bestraffing slechts in het bewijsrecht vinden, alsook omdat het doel van het proces uiteindelijk ligt in het waarmaken van vorderingen, en waarmaken niets anders is dan bewijzen. Het wordt dan ook de hoogste tijd om de invloed van de goede trouw in het bewijsrecht even te bekijken.

Deel II. De invloed van de goede trouw in het bewijsrecht

92. Meer nog dan voor het procesrecht, blijft deze uiteenzetting over de rol van de goede trouw in het bewijsrecht beperkt tot enkele aspecten. Meer nog dan in het eerste deel is het nodig daarbij over algemene begrippen uit te weiden, precies omdat het bewijsrecht in ons land zo'n onderontwikkeld gebied is, veel meer dan het proces-

(1) STORME, M., *Liber amicorum Jan Ronse*, nr. 37. Zie de verwijzingen bij DE COCK, J., in *De advokaat. De positie van de advokaat in en rond het Gerechtelijk Wetboek*, (111) 121. Vgl. ook ZEISS, W., *Die arglistige Prozeßpartei*, 89-98.

recht. Vooraleer te kunnen ingaan op de rol van de goede trouw in het bewijsrecht is het noodzakelijk eerst een algemeen begrippenkader aan te geven, waarbinnen vervolgens de eisen en sankties der goede trouw kunnen worden uitgewerkt.

Graag waarschuw ik de lezer dat in dit deel uitgegaan wordt van het privaatrechtelijk proces, en dat de stellingen dan ook niet zomaar op andere gedingen kunnen worden overgedragen.

Ook wordt er in dit deel steeds van uitgegaan dat de eis geldig is ingesteld, voor de bevoegde rechter, en beantwoordt aan de toelaatbaarheidsvereisten. Deze vragen werden immers reeds in Deel I. behandeld.

2.1. ALGEMEEN DEEL

2.1.1. *De verhoudingen waarop het bewijsrecht betrekking heeft en enkele uit die betrekking voortvloeiende algemene beginselen van bewijsrecht*

93. BEWIJSRECHT EN MATERIEEL RECHT — In het materiële recht — als onderscheiden van het procesrecht — wordt traditioneel onderscheiden tussen voorwaarden en lasten *ad substantiam* (nog onderscheiden in voorwaarden voor het bestaan en voorwaarden voor de opeisbaarheid van een recht) en voorwaarden en lasten *ad probationem*. Daarbij worden de laatste even traditioneel als een bijkomstigheid beschouwd, die het recht zelf niet aantast. Ik durf dit te bestrijden. Rechten „bestaan” immers niet, maar kunnen alleen „gelden”. Daartoe moeten zij in geval van betwisting geldend worden gemaakt, veelal in rechte, omdat het eerst in dergelijke „aanleg” is dat zij *met gezag* — het gezag van gewijsde — (toe)gewezen worden. En voor dat *wijzen* met gezag is vereist dat de opgeëiste rechten nader beoordeeld worden door een onpartijdige, door de overheid of de partijen aangewezen, derde (rechter c.q. scheidsrechter) en door hem *kunnen worden afgeleid uit bewijsmiddelen* in de ruimste zin (dit zijn alle gegevens die (kunnen) verschijnen in dat proces van beoordelen, dat proces van wijzen) volgens de voor dat recht geldende bewijswaarderingsregels, die — in de mate waarin zij tot de konstruktie van rechtsfeiten leiden — door zgn. materieelrechtelijke regels worden aangevuld(1). Eerst

(2) Zie voor het onderscheid tussen bewijswaarderingsregels en materieelrechtelijke regels noot 4.

wanneer een recht aldus *bewezen* wordt kan men het met gezag — het gezag van *gewijsde* — laten gelden. Het gelden van een recht of rechtsverhouding kent immers verschillende gradaties, zoals we reeds gezien hebben in het onderscheid tussen subjectief recht en „actio” (rechtsvordering) (randnr. 8); een nog niet opeisbaar subjectief recht laat slechts bepaalde bewarende maatregelen toe, een opeisbaar subjectief recht zonder meer (zonder actio — b.v. een verjaarde vordering) kan op een beperkte wijze geldend worden gemaakt, meer bepaald bij wijze van behoud van een vrijwillige uitvoering of bij wijze van exceptie; een subjectief recht met actio reeds op meerdere wijzen, zoals bij wijze van schuldvergelijking, bewarend beslag, in kort geding, e.d.m.; doch eerst een *bewezen* subjectief recht kan verhinderen dat de gegrondheid ervan opnieuw aan het oordeel van de rechter wordt voorgelegd (art. 25 Ger.W., behoudens door rechtsmiddelen), en in beginsel kan ook alleen een *bewezen* subjectief recht ten uitvoer worden gelegd met de sterke hand.

Voor het met gezag laten gelden van een recht gaat het dus niet om de feiten zoals zij zich buiten rechte (*an sich*) hebben voorgedaan, maar om de rechtsfeiten die in het geding gesteld en bewezen worden. De scheidingslijn tussen enerzijds het bewijzen van rechtsfeiten en anderzijds de rechtsuitleg van die rechtsfeiten is uitermate betrekkelijk; het is geenszins een logische of natuurlijke scheidingslijn, maar wel één die berust op de historische en sociale ontwikkeling van het recht(2): nieuwe rechtsregels ontstaan dikwijls vanuit vermoedens en fikties. Dat er een onderscheid is vloeit voort uit de structuur van het rechterlijk oordeel, dat omwille van de legitimatie in beginsel wordt opgesplitst in een oordeel in feite en een oordeel naar recht, van welke twee oordelen het de conclusio vormt(3). Dit dwingt de partijen om hun eis en verweer te structureren door rechtsfeiten te stellen, die enerzijds volgens zgn. bewijsregels uit in het geding verschijnende gegevens (bewijsmiddelen) kunnen worden afgeleid, en waaraan anderzijds aan de hand van zgn. rechtsregels het gevor-

(3) Vgl. SATTI, S., *Diritto processuale civile*, Cedam Padova, (9) 1981, nr. 98 („Er is geen oordeel naar recht dat niet tevens oordeel in feite is en omgekeerd”); ESSER, J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, Frankfurt, Athenäum, 1970, 56 e.v.; STORME, M.E., *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 7-11.

(4) Zie in dit verband o.m. NIEUWENHUIS, J.H., „Legitimatie en heuristiek in het rechterlijk oordeel”, *RMThesis*, 1976, 512 e.v.

derde rechtsgevolg kan worden toegekend(4): „*iudex secundum allegata (et probata) partium iudicat*”. Dit alles vloeit voort uit het *juridisch gelijkheidspostulaat*, dat de rechter verplicht om gelijke gevallen gelijk te beoordelen, d.i. volgens min of meer algemene regels (rechtsregels), doch waarbij de elementen die de beoordeling van de gelijkheid mogelijk maken door de partijen moeten worden aangebracht. De verantwoording van het oordeel wordt dus ten dele op de regelvormer, doch ook in belangrijke mate op de partijen afgewenteld. Dit betekent ook dat de scheidingslijn tussen het oordeel in feite en het oordeel naar recht, tussen bewijswaardering en rechtsuitleg, zeer betrekkelijk is, en — onder voorbehoud voor de openbare orde — namelijk afhankelijk is van de wijze waarop partijen — tussen verschillende mogelijke wijzen — hun onderlinge verhouding in rechte gethematisiseerd hebben(5). Soms is het daarbij niet eens nodig dat er eigenlijke rechtsfeiten gesteld worden, maar kan het gevorderde of de exceptie rechtstreeks uit de bewijsmiddelen worden afgeleid, zodat het oordeel naar recht als het ware verdwijnt, b.v. bij vermoedens van eigendom of van bevrijding(6). Omgekeerd kan sterk betwijfeld worden of de uitleg van bepaalde bewijsmiddelen nog wel tot het bewijs in enge zin behoort, en niet veeleer zuivere uitleg van rechtsfeiten naar recht inhoudt, zoals b.v. bij de bewijs-

(5) De scheiding tussen het oordeel naar recht en het oordeel in feite, en dus tussen bewijswaarderingsregels en materiële rechtsregels, berust hierop dat het bewijs van rechtsfeiten in beginsel niet normatief, maar cognitief dient te geschieden. Het oordeel naar recht geschiedt aan de hand van rechtsregels, dit zijn normatieve regels, wat wil zeggen dat wanneer de feitelijkheid niet aan de regel beantwoordt, aan de regel wordt vastgehouden tegen de feiten in, en gepoogd wordt de regel af te dwingen. Het oordeel in feite geschiedt aan de hand van ervaringsregels, die in beginsel empirische, cognitieve regels zouden zijn, wat wil zeggen dat wanneer de feitelijkheid niet aan de regel beantwoordt, de regel wordt aangepast aan de feiten (Vgl. STORME, M.L. en STORME, M.E., *Algemene Inleiding tot het recht*, Antwerpen, Kluwer, (8) 1990, 25, nr. 24 en 37, nr. 33; LUHMANN, N., *Rechtssoziologie*, 30, 38-53). Doch ervaringsregels zijn in feite geen zuiver empirische regels, maar gemengd normatief-cognitief. Zij gaan niet uit van *id quod plerumque fit*, maar van wat maatschappelijk normaal is. Omgekeerd zijn rechtsregels niet zuiver normatief: hun betekenis wordt mede bepaald door de feitelijke maatschappelijke opvattingen, wat het duidelijkst is bij de zgn. blankonormen, maar o.i. voor alle rechtsregels van privaatrecht geldt.

Bovendien mag het oordeel in feite niet altijd aan de hand van ervaringsregels worden gevormd, en dient het oordeel naar recht niet altijd aan de hand van rechtsregels te worden gevormd. Een illustratie van het tweede vormt de gevallen waarin de rechter naar billijkheid moet oordelen. Een illustratie van het eerste vinden we precies in de regels van bewijsrecht, waarvan sommige bepalen dat uit bepaalde bewijsmiddelen bepaalde feiten moeten worden afgeleid (zoals de regels die wettelijke vermoedens instellen of de bewijskracht van akten bepalen), en andere bepalen dat uit bepaalde bewijsmiddelen bepaalde feiten niet mogen worden afgeleid (zoals b.v. art. 1341 B.W.). Het zogenaamde oordeel in feite is dan ook veelal ten dele een oordeel naar recht.

(6) Vgl. MARTIN, R., „Le juge devant la prétention”, *D.*, 1987, C. VIII, 37-38.

(7) Zie b.v. de artt. 653, 666, 1282-1283, 1350, 2; 1399; 1468, 2279. Vgl. BGB §§ 891, 921, 1006, 1187, 1190, 1362, 1527, 1969, 2365 en ZGB 9.

kracht van dispositieve akten, die — anders dan proces-verbaal-akten — geen feiten maar rechtsgevolgen betreft(7).

94. BEWIJSRECHT EN PROCESRECHT — Uit het voorgaande volgt helemaal niet dat de bewijswaarderingsregels tot het procesrecht behoren (tenzij dan indien men aanvaardt dat het gehele materiële recht tot het procesrecht behoort). Dergelijke — stilaan heersende — opvatting getuigt integendeel van ernstige verwarring. Hoewel het bewijzen plaatsvindt in een proces, heeft de bewijswaardering niets te maken met de procesverhouding, de tegenover de materieelrechtelijke verhouding autonome processuele verhouding tussen partijen (besproken in randnr. 8). In de bewijswaardering gaat het om de materieelrechtelijke rechtsverhouding zelf zoals ze gewezen kan worden, in het gewijsde kan verschijnen, en met het gezag van dat gewijsde geldend kan worden gemaakt. Het feit dat deze verhouding ook zonder die bewijswaardering in zekere mate kan gelden betekent niet dat de bewijswaardering niet de verhouding zelf zou betreffen. Zij betreft de materieelrechtelijke verhouding meer bepaald voor zover deze in het geding is, voor zover ze tot voorwerp van beoordeling is gemaakt (wat door voorwerp en oorzaak van de eis wordt bepaald). Dat het bewijs mede bepaald wordt door de processuele rechten van partijen — meer bepaald de rechten op bepaalde bewijsprocedures — waarvoor toelaatbaarheidsvereisten gelden en voor de uitoefening waarvan vormvereisten gelden, en dat een materieelrechtelijk mogelijke bewijsvoering daardoor gehinderd kan worden, doet daaraan niets af: in de mate waarin deze hinder definitief wordt omdat er een beslissing met gezag wordt gewezen, is het de materieelrechtelijke verhouding zelf die daardoor mede bepaald wordt. Omgekeerd kan uit het recht om te vorderen en zich te verdedigen dan ook wel een processueel of zelfs preprocesueel recht op bewijsmaatregelen afgeleid worden, ongeacht de gegrondheid (d.i. het bewezen worden) van de vordering, maar niet een recht om een bewijs te leveren met middelen waarmee naar regels van materieel bewijsrecht geen bewijs kan geleverd worden(8).

(8) Zie daarvoor STORME, M.E., *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 47 en 116.

(9) Vgl. STORME, M., *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, nr. 220. Deze beide vragen worden nochtans meestal verward, zo b.v. ook door HABSCHEID, W., „Das Recht auf Beweis”, 96. ZZZ 1983, 306 e.v. en in de discussies op het VII. internationaal Kongres voor Procesrecht, Würzburg, 1983 (zie TARUFFO, M., „Le droit à la preuve”, *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung, Diskussionsberichte*, Bielefeld, Giesecking, 41 e.v.).

95. MATERIEEL BEWIJSRECHT EN BEWIJSPROCESRECHT — Men moet dan ook veeleer een onderscheid maken tussen materieel bewijsrecht en bewijsprocesrecht, op dezelfde manier als tussen materieel recht en procesrecht(9).

Het eigenlijke of *materiële bewijsrecht* omvat de regels betreffende de bewijswaardering (m.i.v. de bewijslast), d.i. de kwalifikatie en waardering van de bewijsmiddelen in de ruimste zin van het woord, dit zijn alle gegevens die verschijnen in een door het gerechtelijk recht georganiseerde rechtspleging, met het oog op de beoordeling van de zaak zelf. Deze regels zijn onlosmakelijk met het materiële recht verbonden en betreffen wel degelijk de grond van de zaak, de geldendmaking van een bepaald subjektief recht, en niet — althans niet rechtstreeks — de toelaatbaarheid van een bewijsprocedure.

Het *bewijsprocesrecht* betreft de uit het recht om te vorderen en zich te verdedigen af te leiden *processuele* of zelfs *preprocessuele* rechten op bewijsmaatregelen, rechten waarover men beschikt ongeacht de gegrondheid (d.i. het bewezen worden) van de vordering. De *processuele* rechten betreffen bepaalde gerechtelijke bewijsprocedures, meer bepaald de in het Gerechtelijk Wetboek of bijzondere wetten voorziene bewijsprocedures. Uit de verplichting tot medewerking aan de bewijsvoering, ook vóór het rijzen van een geschil (zie reeds hoger randnr. 84), volgt dat men daarnaast ook van preprocessuele rechten op bewijsmaatregelen kan spreken (zie b.v. art. 18, 2 en 584, 4, 2° en 4° Ger.W.)(10).

Deze rechten en hun uitoefening zijn aan processuele voorwaarden en lasten onderworpen, zoals in deel I reeds werd besproken. Deze rechten kunnen dan ook verwerkt worden (waardoor het verzoek om dergelijke bewijsmaatregel ontoelaatbaar wordt) en hun uitoefening geschiedt in proceshandelingen, waarvoor de desbetreffende vormen grondvereisten gelden. Deze processuele rechten zijn — zoals het *ius agendi* in het algemeen — omwille van het belangvereiste mede afhankelijk van het materiële (bewijs)recht: een verzoek tot een bepaalde bewijsmaatregel wordt ontoelaatbaar geacht indien die maatregel niet in feite van nut kan zijn voor het bewijs van ter zake dienende feiten of geen bewijsmiddel kan opleveren waarmee naar regels van materieel bewijsrecht dergelijke feiten kunnen worden bewezen (zie hoger randnr. 84). Verder worden de toelaatbaarheidsvereisten voor bewijsmaatregelen ook mede door de aard van rechts-

(10) Zo ook ZONDERLAND, P., *Privaatrechtspleging in grondtrekken*, 55.

(11) Zie verder STORME, M., „Het bewijs ad futurum”, *T.P.R.*, 1964, 43 e.v.

pleging bepaald (b.v. de beperking in kort geding(11), de uitsluiting bij voorziening in cassatie). De betrekkelijke autonomie van het bewijsprocesrecht komt verder in 2.1.3. nog ter sprake.

96. TWEE BEGRIPPEN VAN TOELAATBAARHEID — De zogezegde „toelaatbaarheid” van een bewijs*middel* (zoals uitgedrukt in art. 1341 B.W.) is iets geheel anders dan de processuele „toelaatbaarheid” van een bewijs*procedure*, en betreft wel degelijk de bewijswaardering, de uitleg van de bewijsmiddelen, al zal een regel als artikel 1341 B.W. er precies toe leiden dat uit bepaalde bewijsmiddelen helemaal geen bewijs van bepaalde vorderingen kan worden afgeleid. De toelaatbaarheid van een bewijs*procedure* daarentegen wordt niet beperkt door regels zoals artikel 1341 B.W. — tenzij dan in de mate waarin er daardoor geen belang zou zijn —, maar b.v. door artikel 915 Ger.W. (toelaatbaarheid van een getuigen*verhoor*, niet van de getuigenverklaring) of artikel 1359 B.W. (toelaatbaarheid van de eed*opdracht*, niet van de eed) of eventueel door het recht van verdediging (zie reeds hoger randnr. 55).

97. HET BEGRIP BEWIJS — Uit het in randnr. 93 gestelde volgt anderzijds wel dat het bewijs uiteindelijk geen betrekking heeft op feiten, maar op de vordering, welke men geldend wil maken of waartegen men zich verweert. Rechtsfeiten vormen slechts het tussentijdse voorwerp van het bewijs(12):

„Het specifiek karakter van het juridisch bewijs in het vermogensrechtelijk proces

(12) Zie FETTWEIS, A., *Manuel*, nr. 449 B. Strenger is § 294, 2 ZPO.

(13) De artt. 1343, 1344, 1346, 1355 B.W., spreken dan ook van het bewijs van de vordering (la demande), de artt. 1315 en 1348 B.W. van het bewijs van de verbintenis en van de bevrijding, de artt. 1341 en 1344 B.W. van het bewijs van de gevorderde zaak (la chose). Dezelfde stelling is in Nederland gemeengoed geworden, sinds ze uitdrukkelijk verdedigd werd door o.m. MELIERS, E.M., „Bijdrage tot de leer van het middellijk bewijs”, *W.P.N.R.*, 2290 e.v., *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, II, 212-213 („zodra men spreekt van ‘iets’ bewijzen kan dat iets met evenveel recht het bestaan van een rechtsbetrekking als het geschied zijn van een rechtsfeit zijn”); -, „De bewijskracht ener schriftelijke erkenning van rechten”, *W.P.N.R.* (1915), nr. 2355 e.v.; ASSER-ANEMA, Mr. C. Asser’s *handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, 5. *Van bewijs*, door ANEMA, A. en VERDAM, P.J., Zwolle, Tjeenk Willink, (5)1953, 42-43; LAND-EGGENS, o.m. p. 46, 185; EGGENS, J., „De beginselen van het burgerlijk bewijs”, Preadvies Nederlandse Juristenvereniging, *H.N.J.V.*, 1951, 1, aangehaald volgens *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, Haarlem, Bohn, 1958-59, I, 280; KAN, M.L., *Bewijslast en bewijswaardering*, Amsterdam, Müller, 1921, 14 e.v., 120; CLAVAREAU, P.J., *Eenige hulpovereenkomsten*, Leiden, Universitaire pers, 1947, 14, 42 en noot 105, 50 e.v.; SCHOLTEN, P., „Bezit en bewijs bij revindicatie”, *W.P.N.R.*, nr. 2897 e.v., in *Verzamelde geschriften*, III, 462; SUIJLING, J., *Inleiding tot het burgerlijk recht*, I, nr. 407 en 436; PITLO, A., *Het Nederlands burgerlijk wetboek*, 4, *Bewijs en verjaring*, Arnhem, Gouda Quint, (6) 1981, m.m.v. HIDMA, T.R., 18; en door de wetgever bekrachtigd in de artt. 176 en 177 Rv. (zie VEEGENS, D.J. en WIERSMA, K., *Het nieuw bewijsrecht in burgerlijke zaken*, I, *Algemene grondslagen en verdeling van de bewijslast*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1973, § 22).

kan niet worden bepaald zonder dat daartoe is overwogen dat dit bewijs er niet (slechts) op gericht is het oordeel te bepalen dat bepaalde feiten zijn geschied („zijns”-oordeel), maar er in wezen op gericht is het oordeel te bepalen dat bepaalde rechten en verplichtingen gelden van de ene procederende partij jegens de andere, of van beide jegens elkander, met andere woorden dat een bepaalde rechtsbetrekking van partijen tot elkander geldt („waarde”-oordeel)”(13)

De *bewijsvoering* in ruime zin omvat dan ook zowel het stellen van het voorwerp van de vordering, als van de rechtsfeiten die de toewijzing ervan mogelijk moeten maken, als het aanbrengen van bewijsmiddelen, kortom de gehele bedrijvigheid der gedingpartijen aangaande de zaak zelf (het bodemgeschil), alsook de ambtshalve bewijsinstructie door de rechter.

De *bewijswaardering* in ruime zin, die de keerzijde daarvan is, omvat zowel de kwalifikatie van de mogelijke bewijsmiddelen als bepaalde bewijsmiddelen, de waardering van de bewijsmiddelen (w.o. de *interpretatio ad probationem*), als de uitleg van de bewezen rechtsfeiten (*interpretatio ab probatione*) om hun rechtsgevolgen vast te stellen, de eis toe- of af te wijzen, en dus een oordeel te „wijzen”, dit alles aan de hand van rechts- en ervaringsregels, kortom de gehele bedrijvigheid die eigen is aan de rechter, al wordt zij reeds mede door de partijen en hun raadslieden beoefend.

De discussie of „bewijs” enkel het eerste, dan wel ook het tweede omvat, is m.i. dan ook onvruchtbaar.

98. Uit het in randnr. 93 en 94 gestelde volgt tenslotte ook dat de algemene beginselen waardoor de bewijsvoering en -waardering in hun materieel aspekt dienen te worden beheerst, afhangen van de aard van de rechtsverhouding, en vooreerst van de aard van het voorwerp van de eis. Daarbij dient een belangrijk onderscheid te worden gemaakt tussen verhoudingen die ter vrije beschikking staan van de partijen (grofweg de vermogensrechtelijke verhoudingen) en verhoudingen die niet ter vrije beschikking staan van de partijen (grofweg de publiekrechtelijke en familierechtelijke verhoudingen)(14).

Staat een verhouding niet ter vrije beschikking van partijen, dan betekent dit dat de openbare orde daarin tot haar recht moet kunnen komen en de rechter om die reden de vordering slechts mag toewijzen

(14) EGGENS, J., „De beginselen van het burgerlijk bewijs”, *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, I, (280) 289.

(15) Vgl. EGGENS, J., „De beginselen van het burgerlijk bewijs”, *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, I, (280) 282.

indien alle daartoe wettelijk vereiste rechtsfeiten vaststaan buiten de erkenning der partijen om. Ook op niet-betwiste feiten mag de rechter niet afgaan, indien zij niet bewezen zijn. Ook in deze gedingen gaat het nog steeds om de feiten zoals zij in het geding gesteld en bewezen worden, maar voor het bewezen zijn ervan worden andere vereisten gesteld. Hier geldt in zekere mate het onderzoeksbeginsel (*Untersuchungsmaxime*), al wordt die mate nog nader bepaald door de bijzondere aard van de verhouding (zie b.v. art. 872 Ger.W. voor bepaalde familierechtelijke verhoudingen).

In verhoudingen die ter vrije beschikking staan van de partijen geldt het *beschikkingsbeginsel* (principe dispositif, Dispositions- und Verhandlungsmaxime)(15). Dit beginsel stelt dat in een proces partijen, en niet de rechter, over hun recht beschikken, tenzij het om een verhouding van openbare orde gaat. Zij beslissen óf zij hun recht geldend willen maken (*ne procedat iudex ex officio*) en in welke mate zij dit willen doen. Dit doen ze door hún uitleg van die verhouding te geven. Die verhouding staat dus slechts ter beoordeling van de rechter in de mate waarin zij doorheen de middelen der partijen verschijnt. Dit beginsel beperkt dan ook de rechtsgevolgen die de rechter vermag uit te spreken tot diegene die door de partijen zijn gevorderd: hij moet kiezen tussen de konklusie van de ene partij en die van de andere. Het beperkt de rechtsgevolgen die de rechter kan toewijzen ook tot diegene die kunnen afgeleid worden uit de rechtsfeiten zoals de partij wier stelling in rechte aanvaard wordt, ze heeft gesteld. Wat de bewijsmiddelen betreft, wordt dit beginsel in ons recht evenwel niet volledig doorgevoerd: de rechter kan in zekere mate ambtshalve bewijsmiddelen verzamelen. Of het beschikkingsbeginsel tenslotte ook doorwerkt in de zuiver processuele verhouding tussen partijen, kwam in deel I reeds ter sprake (randnr. 6.1.) — we hebben daarbij reeds gesteld dat het beschikkingsbeginsel helemaal niet uitsluit dat de rechter een actieve rol zou hebben in de leiding van de debatten.

In deze verhoudingen mag de rechter dus niet op zoek gaan naar een andere „waarheid” dan door de betrokkenen gesteld, maar dat belet niet dat hij mag nagaan of partijen in hun aanvoering en bewijsvoe-

(16) Zie o.m. EGGENS, J., „De beginselen van het burgerlijk bewijs”, *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, I, (280) 291 e.v.; STAR BUSMANN, C.W., *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, nr. 212; SATTA, S., *Diritto processuale civile*, nr. 93; RIGAUX, F., *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Brussel, Bruylant, 1966, nr. 32 e.v.; GRUNSKY, W., *Grundlagen des Verfahrensrechts*, 14 e.v.; HENCKEL, W., *Prozeßrecht und materielles Recht*, 118 e.v.; ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozeßrecht*, § 78-79; KRINGS, J.E. en DECONINCK, B., *T.P.R.*, 1982, (655) nr. 5 e.v.; SOETAERT, R., „Rechtsbeginselen en marginale toetsing in cassatie”, in *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story, 1986, (51) 53.

ring rekening houden met elkaars gerechtvaardigde belangen, m.a.w. of zij de eisen van de goede trouw in acht nemen, gezien zij tot elkaar in een bijzondere verhouding staan(16). Deze eisen van de goede trouw bepalen mee de „lasten” waartoe partijen bij de bewijsvoering gehouden zijn, en geven meer bepaald een verdeling van de bewijslast — in de vooralsnog meest algemene betekenis van het woord — over de partijen.

Vooraleer nader op de rol van de goede trouw bij deze lasten in te gaan, bespreken we eerst de verschillende soorten lasten die bij de bewijsvoering ter sprake komen. Zij hebben betrekking op de verschillende reeds genoemde elementen van de bewijsvoering, namelijk het stellen van het voorwerp van de eis (eislast of vorderingslast, 2.1.2.1.) en de afbakening van het betwiste voorwerp door het verweer (2.1.2.2.), het aanvoeren van rechtsfeiten aan de hand waarvan het oordeel kan worden gestructureerd in een oordeel in feite en een oordeel naar recht (aanvoeringslast, 2.1.2.3.) en de afbakening van de betwiste feiten (2.1.2.4.), en tenslotte het aanvoeren van bewijsmiddelen (bewijslast, 2.1.2.5.).

We gaan daarbij in hoofdzaak uit van het vermogensrechtelijk geding.

2.1.2. De verschillende lasten in de bewijsvoering

2.1.2.1. De vorderingslast

99. Vooreerst moet de eiser een eis met een welbepaald voorwerp verwoorden (vorderings- of eislast, *charge de la demande*). Dit is niet alleen een geldigheidsvoorwaarde voor de gedinginleidende handeling (dagvaarding, e.d. — zie de artt. 702, 3^o, 813, 1026, 3^o, 1340, 3^o, 1344*bis*, 4^o, e.a. Ger.W.), maar tevens een voorwaarde voor de geldendmaking van zijn recht. Het voorwerp van de eis beperkt de rechtsmacht van de rechter, die niet ultra of extra petita mag oordelen (art. 1138, 2 Ger.W.), alsook — als keerzijde daarvan — het gezag van het gewijsde (art. 23 Ger.W.).

2.1.2.2. De verweerlast

100. Indien de verweerder de gegrondheid van de eis erkent dan wel zich niet verweert, d.i. de eis niet weerspreekt, dan geldt ze als

(17) Vgl. EGGENS, J., „De beginselen van het burgerlijk bewijs”, in *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, I, (280) 291.

bewezen en dient de rechter de eis toe te wijzen — onder voorbehoud van de openbare orde. In verhoudingen die ter vrije beschikking staan van de partijen mag de rechter niet afwijzen wat gevorderd wordt en niet betwist wordt, zelfs indien de eiser onvoldoende rechtsfeiten zou aanvoeren waaruit het door hem gevorderde naar recht zou kunnen worden afgeleid.

Dit geldt m.i. ook bij verstek(17) — en ik ga hier duidelijk in tegen de heersende opvatting —, en wel omdat het niet aanvaardbaar is dat de partij die verstek laat gaan zich bewijsrechtelijk in een betere positie zou bevinden dan de partij die verschijnt zonder te betwisten, of zelfs dan de partij die verschijnt en betwist. Dat dit het geval is blijkt daaruit, dat de eiser voor het bewijs van zijn vordering veelal afhankelijk is van de tegenpartij, zij het omdat die nadere feiten moet aanbrengen waardoor de eiser het bewijs kan leveren, zij het dat de eiser de eed kan opdragen, een bekentenis kan uitlokken, e.d.m. Dat de rechter de gegrondheid van de eis niet mag onderzoeken bij verstek, blijkt ook daaruit dat de rechter die de gegrondheid wel mag onderzoeken de heropening van de debatten moet bevelen alvorens de vordering geheel of gedeeltelijk af te wijzen op grond van een exceptie die de verweerder voor hem niet had ingeroepen (art. 774, 2 Ger.W.), wat zinloos is bij verstek. Bovendien is deze opvatting in overeenstemming met de erkenning van het *ius agendi*: indien een partij daarover beschikt (wat door de rechter moet worden nagegaan), dan omvat dit immers ook het recht om anderen in dit proces te betrekken, en beschikt die ander niet meer over het onbeperkte recht om zich niet te hoeven te verdedigen (zie hoger randnr. 8).

Wanneer wij zeggen dat dit ook geldt bij verstek, is het evenwel met dien verstande dat een betwisting in 1^o de gedinginleidende akte of 2^o ter griffie neergelegde besluiten, wat de hier behandelde vraag betreft, o.i. wél als een betwisting dient te gelden, ook wanneer die partij in een niet-schriftelijke procedure op de vastgestelde zitting niet is verschenen, en dus volgens de — betwistbare, ja in het geval van artikel 751 Ger.W. zelfs Kafkaïaanse — kassatierechtspraak(18) de rechtspleging niet op tegenspraak is en de rechter niet verplicht is om op de in die besluiten uiteengezette middelen te antwoorden. Ik neem hier dus duidelijk een tussenstandpunt in tussen de twee extreme opvattingen, de ene volgens dewelke de rechter het niet-verschijnen als een betwisting moet aanzien en dus de gegrondheid van de vordering moet onderzoeken én op de neergelegde besluiten moet antwoorden, de andere — de

(18) In die zin DE CORTE, R. en LAENENS, J., *T.P.R.*, 1980 (447) 496 e.v. nr. 118 e.v. Vgl. voor Duitsland GRUNSKY, W., *Grundlagen des Verfahrensrecht*, 168. Zoals gezegd hebben we het hier enkel over de grond van de zaak (niet over de bevoegdheid — zie daarvoor art. 630, 3 Ger.W. — en de toelaatbaarheid). Ook moet de rechter nagaan of de uitvoerbaarheid bij voorraad, de toekenning van een dwangsom, e.d.m. gerechtvaardigd voorkomen.

(19) Zie Cass., 12 september 1980, Ozdemir, Baladan t. François, Evers, *Pas.*, I, 44, *R.W.*, 1980-81, 1517, afkeurende noot MAES, B., „Art. 751 Ger.W. en het beantwoorden van ter griffie neergelegde conclusies”; Cass., 21 mei 1981, c.v. Le Logis t. faill. Destrebecq, *Pas.*, 1098, *R.W.*, 1982-83, 2243, afkeurende noot LEMMENS, P., „Artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek en de motiveringsverplichting”. Anders nog, althans voor de procedure op grond van art. 751 Ger.W., — en m.i. terecht anders — Cass., 21 november 1975, *Arr.*, 373. Terecht anders ook DECHAMPS, J.P., *Ann. Lg.*, 1984, (229) 235-236.

Het is n.a.v. deze betwistbare kassatierechtspraak dat de Nationale Orde van Advokaten een beslissing heeft genomen op 15 januari 1981, volgens dewelke een advocaat geen zaak ter terechtzitting (vastgesteld op grond van art. 751 Ger.W.) mag laten aanhouden zonder vooraf zijn tegenstrever te verwittigen, indien deze besluiten heeft neergelegd.

opvatting van DE CORTE en LAENENS — dat hij noch het ene noch het andere zou moeten doen. Mijn tussenstandpunt is daarbij net het tegenovergestelde van dat van het Hof van Cassatie, dat enerzijds de rechter verplicht acht om bij verstek de rechtmatigheid van de eis ambtshalve te onderzoeken⁽¹⁹⁾, maar hem anderzijds niet verplicht acht te antwoorden op ter griffie neergelegde besluiten van een partij die niet ter zitting verschijnt; dit standpunt zit vol onaanvaardbare tegenspraak, die slechts te verklaren is vanuit overblijfselen van het oude wetboek, maar niet in overeenstemming is met de hervormingen van 1967, en overigens vrij opvallend langs Franstalige zijde wordt aangehangen. Het is niet de enige vraag waarvoor de meeste processualisten in ons land — en niet alleen de Franstaligen — zich meer laten leiden door de Franse nouveau code en rechtsleer dan door het Belgisch Gerechtelijk Wetboek. Overigens bepaalt artikel 26 wetsontwerp hervorming Ger.W. (art. 804, nieuwe tweede alinea) dat de rechtspleging op tegenspraak is t.a.v. de partij die of verschenen is overeenkomstig artikel 728 of 729 of besluiten heeft neergelegd, en de toelichting bij het wetsontwerp geeft aan dat men daarbij uitdrukkelijk wil ingaan tegen de hier bestreden kassatierechtspraak en de rechter wil verplichten te antwoorden op de besluiten van de niet-verschijnende partij. De bestreden rechtspraak is overigens ook in tegenspraak met de strenge rechtspraak i.v.m. berusting.

De vorm waarin deze betwisting volgens het procesrecht dient te geschieden, werd in Deel I. besproken: behalve bij behandeling in korte debatten moet de betwisting in de vorm van schriftelijke besluiten geschieden („*quod non in actis non est in mundo*”).

Uit het voorgaande blijkt dat, minstens in het tegensprekelijk geding, de verweerder een „verweerlast” draagt. Hij is weliswaar bewijsrechtelijk in beginsel niet gehouden om over de gegrondheid van de ingestelde eis standpunt in te nemen (over de procesrechtelijke loyau-teit, zie deel I), *in die zin* dat hij deze later nog steeds kan betwisten — mits hij dit procesrechtelijk nog kan (wat er hoofdzakelijk op neerkomt dat daartoe vereist is dat hij nog het recht heeft om nader te besluiten of een rechtsmiddel in te stellen, zij het eventueel het verzoek tot herroeping van gewijsde wegens bedrog door de weder-partij). Doch *zolang* hij de eis niet betwist, kan de bevoegde rechter voor wie ze geldig is ingesteld en toelaatbaar is, deze niet afwijzen, behoudens op grond van de openbare orde.

Het „zich naar de wijsheid van de rechter gedragen” is een vorm van

(20) O.m. KOHL, A., „Pouvoir et devoir du juge statuant par défaut”, *J.T.*, 1972, 329; KRINGS, J.E., noot onder Cass., 16 januari 1976, *Arr.*, 579, -, *Rapports belges au XIe Congrès de l'Académie internationale de droit comparé Caracas 1982*, Antwerpen, Kluwer/Brussel, Bruylant, 1985, II, (21) 26 e.v.; RASIR, R. en HENRY, P., *La procédure de première instance dans le code judiciaire*, 60; Cass., 13 juni 1985, *Arr.*, 1423, *Ann.Lg.*, 1986, 121 noot FETTWEIS, A., „Absens, si bonam causam habuit, vincet”; STIJNS, S., „Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhouding met de bewijsvoering”, *Openingsrede Jonge Balie*, Leuven, 1989, *R.W.*, 1989-90, (1003) 1013. Zie recent nog Rb. Brussel, 18 oktober 1989, *Amexo Inc. t. Oelholm*, *J.L.M.B.*, 1990, 103. Vgl. voor het Franse recht art. 472, 2 C.P.C.; PERROT, R., in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, (627) 637-638.

verweer, en m.b. van betwisting van de eis, zonder dat evenwel de rechtsfeiten betwist worden (zie verder randnr. 106).

2.1.2.3. De aanvoeringslast

101. AARD VAN DIT VEREISTE — In de mate waarin de eis betwist wordt (of het om rechten gaat die van openbare orde zijn, zodat erkenning niet volstaat) draagt de eiser — op de overeenstemmende lasten van de verweerder wordt in 2.1.2.4. en 2.1.2.6. ingegaan — de last om de eis te structureren door het *aanvoeren (stellen) van rechtsfeiten*, waaraan aan de hand van een rechtsregel (soms ook reeds een bewijswaarderingsregel) het gevorderde rechtsgevolg (voorwerp van de eis) kan worden toegewezen (*aanvoeringslast*, charge de l'allégation, Behauptungslast): „*iudex secundum allegata (et probata) partium iudicat*”(20).

Hoger reeds werd deze last verklaard vanuit de legitimerende indeling van het rechterlijk oordeel in twee oordelen — een oordeel in feite en een oordeel naar recht —, die hoofdzakelijk aan de hand van een ander soort regels geschieden: het oordeel naar recht aan de hand van rechtsregels (d.i. in beginsel zuiver normatieve regels), het oordeel in feite aan de hand van ervaringsregels(21).

De aanvoeringslast is *géén toelaatbaarheidsvereiste* — zoals sommigen stellen — maar een bewijsvereiste(22). Om dit te adstrueren moet men goed onderscheiden tussen *het abstrakte vereiste om in de dagvaarding* naast het „onderwerp” (d.i. het voorwerp) van de eis ook „middelen” (dit zijn rechtsfeiten) *aan te voeren* (artt. 702, 3^o, 813, 1026, 3^o, 1340, 3^o, en 1344bis, 4^o e.a. Ger.W.), en de *specifieke aanvoeringslast*, d.i. het vereiste om zulke rechtsfeiten te stellen dat het specifiek gevorderde kan worden toegewezen.

Het eerste is een zuiver processuele last die is opgelegd om de wederpartij toe te laten zich te verdedigen, en meer bepaald een vormvereiste voor de dagvaarding, die op straffe van nietigheid is voorgeschreven (mits inroepen door en belangenschade van de verweerder). Bovendien bepaalt en begrenst de wijze van aanvoering de mogelijkheid van aanvullende eisen bij besluiten (art. 807 Ger.W.). Doch ook dat betreft de wijze van instelling van de eis en niet de

(21) Zie over de aanvoeringslast STORME, M., *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, nr. 16 e.v.

(22) Zie verder noot 4.

(23) B.v. DE CORTE, R. en LAENENS, J., *T.P.R.*, 1980 (447) 491 nr. 109; STORME, M., *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, nr. 18.

toelaatbaarheid ervan. Deze last kan daarnaast nog een ander aspect hebben, in die zin dat de eiser in de bijkomende kosten dient te worden verwezen indien hij beslissende middelen eerst later aanvoert en zo de rechtsgang heeft vertraagd of kostelijker heeft gemaakt (vgl. hoger onze stellingen i.v.m. een voorprocessuele verwittigingslast in randnrs. 23 en 45).

De *eigenlijke aanvoeringslast* anderzijds heeft niets te maken met de toelaatbaarheid, d.w.z. het abstrakte *ius agendi*, maar verschilt naargelang de aanspraak die men geldend wil maken, wat des te evidentier is omdat ook de verweerder op exceptie — ook zonder tegeneis — de aanvoeringslast draagt van rechtsfeiten vereist voor de toewijzing van zijn exceptie. Bovendien wordt de aanvoeringslast mede bepaald door het verweer van de tegenpartij. Zolang de verweerder het subjectief recht van de eiser niet betwist, is deze niet gehouden feiten aan te voeren waaruit dat recht zou zijn ontstaan. Het vereiste om dié rechtsfeiten te stellen waaruit — indien ze bewezen zijn — de aanspraak die men geldend wil maken kan worden afgeleid is dan ook geen toelaatbaarheidsvereiste, maar een bewijsvereiste. Enkel voor het bekomen van bijzondere bewijsmaatregelen zou men de aanvoeringslast als een element van het belang, en dus als een toelaatbaarheidsvereiste, kunnen beschouwen (zie b.v. art. 915 Ger.W.), doch dit geldt daarom niet algemeen (b.v. niet voor de *actio ad exhibendum*).

102. INHOUD VAN DIT VEREISTE — Door het stellen van rechtsfeiten wordt het geschil (*op*)gesplitst in meerdere mogelijke geschilpunten — of zij werkelijke geschilpunten worden, hangt af van de houding van de wederpartij — die in beginsel elk afzonderlijk in feite en naar recht dienen te worden gewaardeerd en waarvoor de bewijslast telkens anders kan liggen⁽²³⁾, onder voorbehoud evenwel voor de *onsplitsbaarheid* van bepaalde bewijsmiddelen (zie b.v. art. 1356, 3 B.W.). Men kan spreken van de (*op*)splitsing van het geschil en de bewijslast (*décomposition*, *découpage* of *division*).

De feiten die moeten aangevoerd worden hoeven niet noodzakelijk de „ontstaansfeiten” van het opgeëiste recht te zijn. Het mogen ook andere, „bestaansfeiten” van dat recht zijn. In de uitsplitsing van het geschil in rechtsfeiten is het niet nodig tot aan de ontstaansfeiten

(24) Zie STORME, M., *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, nr. 100; THESINGH, H., *De grondslagen van de bewijslast in de civiele procedure*, 's Gravenhage, Jongbloed, 1961, nr. 15, 17 e.v.

terug te gaan indien met een minder verre teruggang reeds een punt is bereikt waaruit het gevorderde recht naar recht kan worden afgeleid(24): is er een schuldbekentenis, dan moet niet meer naar het ontstaan van de verbintenis worden gezocht, zijn er tekenen of aanwijzingen waaruit een vermoeden van eigendom kan worden afgeleid, dan moet niet meer naar de juiste wijze van verkrijging daarvan gezocht worden.

Meer nog, in sommige gevallen moeten eigenlijk geen rechtsfeiten worden gesteld, althans geen te bewijzen rechtsfeiten, omdat het in het proces voorgelegde bewijsmiddel a.h.w. een rechtsfeit belichaamt. Dit is m.b. het geval met de partij-akte, mits zij als partij-akte wordt gekwalificeerd (wat authenticiteit dan wel erkenning van handtekening vereist). Artikel 807 Ger.W. spreekt dan ook van een *feit of akte* in de dagvaarding aangevoerd. De partij-akte bewijst niet alleen het feit dat partijen een verklaring hebben afgelegd, zij bewijst rechtstreeks de gebondenheid van partijen aan die verklaring, dus de inhoud van de verbintenis(25).

Hieruit volgt dat de inhoud van de aanvoering, waartoe de eiser van een welbepaald subjectief recht gehouden is, niet steeds dezelfde moet zijn, en — net zoals de scheidingslijn tussen oordeel in feite en oordeel naar recht — mede bepaald wordt door de wijze waarop partijen hun onderlinge verhouding thematiseren, tot voorwerp van beoordeling maken. De bewijsrechtelijke aanvoeringslast houdt geen verplichting tot volledigheid in, maar deze kan wel voortvloeien uit het verbod om te liegen (zie hoger randnr. 81) of de medewerkingsplicht (m.b. informatieplicht) bij de bewijsvoering (zie randnr. 81 en verder onder 2.2.2.).

103. Partijen zijn er daarentegen bewijsrechtelijk niet toe gehouden rechtsregels aan te voeren waarop zij hun eis willen gronden(26), en in beginsel zelfs niet om over de gevolgen naar recht van de rechtsfeiten standpunt in te nemen — tenzij dan in de mate waarin dit nodig

(25) SCHOLTEN, P., *W.P.N.R.*, nr. 3399-3400; MEIJERS, E.M., *W.P.N.R.*, 2290 e.v., in *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, II, 213.

(26) Zie over deze „materiële bewijskracht” o.a. PITLO, A., *Bewijs en verjaring*, 44. Vgl. VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, nr. 118, al zijn we met de bepaling van het voorwerp van de materiële bewijskracht als „waarheid” van de verklaring niet gelukkig; het gaat bij partij-akten en beschikkende akten — anders dan bij proces-verbaal-akten — niet om de „waarheid” van de verklaring, maar om de gebondenheid eraan. Zie POTHIER, R.J., *Traité des obligations*, nr. 792.

(27) Cass., 24 november 1978, v.z.w. Instituut Bunge t. C.O.O. Hoboken, verbreking, *Arr.*, 1978-79, 341, *R.C.J.B.*, 1982, 5 met tegenstrijdige noten van VAN COMPERNOLLE, J. en RIGAUX, F.

is om het voorwerp van hun eis te verwoorden. Niet alleen kunnen ze later in beginsel nog steeds nieuwe standpunten naar recht innemen, maar het gebrek aan standpunt speelt ook niet tégen hen. Hebben zij daarover éénmaal een standpunt ingenomen, dan kunnen zij dat in beginsel nog steeds herroepen en dan is de rechter daardoor nog steeds niet gebonden, maar moet hij wel de debatten heropenen vooraleer die partij gelijk te geven op een andere rechtsgrond. Toch kan het partijen in die zin verboden zijn op hun eerder ingenomen standpunt omtrent het recht of de rechtsgevolgen terug te komen, indien zij daardoor in strijd handelen met een loyale procesvoering (kostensanktie) of indien zij bij de wederpartij het vertrouwen hebben gewekt zich daarnaar te zullen gedragen (rechtsverwerking). Een voorbeeld hiervan werd reeds hoger aangehaald(27).

104. Uit al het voorgaande volgt m.i. dat de „oorzaak van de eis”, die enerzijds door de rechter niet mag gewijzigd worden, en die anderzijds de omvang van het gezag van gewijsde bepaalt (art. 23 Ger.W.), niet kan gereduceerd worden tot zuivere feitelijkheid. Indien het juist is dat partijen er niet toe gehouden zijn rechtsregels aan te voeren waarop zij hun stelling willen gronden, en een feit in de loop van het geding kunnen herkwalficeren (art. 807), dan betekent dat nog niet dat, zó zij de feiten in het licht van een welbepaalde vordering hebben gejuridiseerd, de rechter deze zomaar mag herkwalficeren(28). Uit de — tegen de heersende rechtsleer ingaande — kassatierechtspraak, in Frankrijk(29) zowel als in België(30), blijkt dat hij dat inderdaad niet zomaar mag, en ik onderschrijf dit in het licht van het voorgaande ten zeerste, op gevaar af

(28) Vred. Zele, 29 september 1987, A.R. nr. 23.067., A. de Maeyer t. Yan Man Tai, besproken in randnr. 45.

(29) Met mij voornamelijk RIGAUX, F., „L'objet et la cause de la demande en droit judiciaire privé”, *R.C.J.B.*, 1973, nr. 22, „La scission du fait et du droit et la distinction entre le droit interne et le droit étranger”, *R.C.J.B.*, 1982, (38) nr. 10; KRINGS, J.E. en DECONINCK, B., „Het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden”, Preadvies, *T.P.R.*, 1982, 655 e.v.; KRINGS, J.E., „Het ambt van de rechter bij de leiding van het geding”, Openingsrede 1983, *R.W.*, 1983-84, 337, nr. 16-17 en 28 e.v., m.b. 31.

(30) Zie de bespreking door MARTIN, R., „Le juge devant la prétention”, *D.*, 1987, C. VIII, p. 37-38.

(31) Zie b.v. Cass., 9 januari 1969, N.M.W.L. t. c.v. Heinen en Openbare Werken, verbreking, *Arr.*, 450; Cass., 13 juni 1974, Van Nevel, Popelier t. Van Simaey s.c.s., verbreking, *Arr.*, 1130; Cass., 10 maart 1977, Bontemps t. Prevers s.c.s., verbreking, *Arr.*, 755; Cass., 20 maart 1980, Citadel van Dinant t. Toussaint, verbreking, *Pas.*, 887; Cass., 21 maart 1986, Blancquart t. Struyf en Preckler, *Arr.*, 460; Cass., 17 april 1986, FMC t. Verlipack, verbreking, *Arr.*, 505; Cass., 12 maart 1987, Stad Verviers t. B c.s., *R.W.*, 1987-88, 344, verbreking; Cass., 27 juni 1988, *R.W.*, 1988-89, 224, verwerping.

door de heersende — Franstalige — rechtsleer in dit land van een „illogisme flagrant” te worden beschuldigd(31).

2.1.2.4. De betwistingslast betreffende de gestelde rechtsfeiten

105. De verweerder die de eis betwist heeft, heeft nu drie mogelijkheden(32):

1° de aangevoerde rechtsfeiten betwisten. Indien het bewezen zijn van die rechtsfeiten naar recht tot toewijzing van de eis dient te leiden, moet de rechter de bewijsmiddelen waarderen en het bewijsrisiko toedelen.

2° de aangevoerde rechtsfeiten zuiver niet betwisten (zij het door zuivere erkenning, zij het door er zich zuiver niet over uit te spreken): dan gelden zij als bewezen(33). De rechtsmacht van de rechter is immers beperkt tot de betwisting, tot het door de partijen afgebakende geschil(34). Hij mag niet afwijzen wat aangevoerd is en niet betwist wordt, en moet zich enkel uitspreken over de gevolgen die daaraan naar recht dienen te worden toegekend. Daarbij mag hij evenwel niet ingaan tegen het systeem van de verdediging zonder de debatten te heropenen (recht van verdediging van de eiser).

3° de aangevoerde rechtsfeiten als dusdanig niet betwisten, maar tegen de „normale” rechtsgevolgen ervan een exceptie opwerpen (komplexe bekentenis of komplexe niet-betwisting). Het kan gaan om een exceptie die de betekenis van de rechtsfeiten „kwalificeert” (de zgn. rechtsverhinderende excepties) dan wel „klausuleert” (de zgn. rechtsvernietigende excepties). Indien het gaat om een kwalificerende exceptie, dan wel om een klausulerende exceptie die in voldoende bewijsrechtelijk verband staat met de gestelde rechtsfeiten (b.v.

(32) Nl. door FETTWEIS, A., *Manuel*, 67 nr. 57 met verwijzingen. Vgl. VAN COMPERNOLLE, J., „L'office du juge et le fondement du litige”, *R.C.J.B.*, 1982, 14 e.v.

(33) Vgl. DE CORTE, R. en LAENENS, J., *T.P.R.*, 1980 (447) 491-492, nr. 111; STAR BUSMANN, C.W., *Hoofdstukken burgerlijke rechtsvordering*, nr. 209 e.v.; HUGENHOLTZ-HEEMSKERK, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, 68, nr. 62.

(34) Zie Cass., 25 oktober 1979, Vigny t. Cie. Decauville, *Arr.*, nr. 138, verwerping. Vgl. RIGAUX, F., *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, nr. 32a, 2° en 41; STIJNS, S., „Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhouding met de bewijsvoering”, *R.W.*, 1989-90, (1003) 1011-1012; STEVIGNY, G., „De bewijslast in het burgerlijk proces”, *R.W.*, 1957-58, (129) nr. 26; SATTA, S., *Diritto processuale civile*, nr. 93 en 103; ZPO § 138, III.

(35) Deze afbakening van het geschil beantwoordt aan de Romeinsrechtelijke „*litis contestatio*”, met dat verschil dat deze laatste novatoir was, terwijl in ons recht een betwisting nog in elke stand, zelfs in beroep kan geschieden, zolang er geen erkenning is geweest, en dat het gezag van gewijsde zich in ons recht enkel over een eis met dezelfde oorzaak uitstrekt.

de betaling, b.v. niet de gewone schuldvergelijking)(35), dan geldt de erkenning of niet-betwisting van de rechtsfeiten als *onsplitsbaar* van die exceptie (art. 1356, 3 B.W.) en gelden de door de eiser aangevoerde rechtsfeiten nog niet als bewezen, maar kan het voorwerp van de bewijsvoering verplaatst worden naar de exceptie. De verdere loop van de beoordeling hangt immers af van het standpunt van de eiser over de exceptie. Indien deze de exceptie betwist, hoewel deze naar recht gegrond is, dan worden de voor die exceptie vereiste rechtsfeiten vermoed waar te zijn tot tegenbewijs van die feiten dan wel bewijs van de door de eiser gestelde rechtsfeiten. De eiser heeft dan ook de volgende keuze. Hij kan zijn bewijsvoering beperken tot de rechtsfeiten waarvan het bewijs vereist is voor de toewijzing van de eis, waardoor het bewijsrisiko betreffende de exceptie in beginsel op de excipiens rust. Hij kan ook — zonder die eerste mogelijkheid te verliezen — proberen tegenbewijs te leveren tegen de exceptie.

Indien het bewijs van de rechtsfeiten van de exceptie doorslaggevend is (omdat enerzijds het bewijs van door de eiser gestelde rechtsfeiten naar recht tot toewijzing van de eis dient te leiden, anderzijds het bewijs van de door de excipiens gestelde rechtsfeiten tot afwijzing dient te leiden), dan zal de rechter eerst de bewijsmiddelen voor de voor de exceptie vereiste rechtsfeiten waarderen, en eerst wanneer daarover noch in de ene noch in de andere zin voldoende bewijs voorhanden is, de bewijsmiddelen voor de voor de toewijzing van de eis vereiste rechtsfeiten waarderen.

106. Uit het voorgaande blijkt dat, minstens in het tegensprekelijk geding, de verweerder een „betwistingslast” draagt. Hij is weliswaar in beginsel(36) *niet verplicht* om over de gestelde rechtsfeiten standpunt in te nemen, maar dit betekent enkel dat zolang de feiten niet

(36) Het criterium van voldoende verband is hier in beginsel hetzelfde als datgene dat uitmaakt of het verzwijgen van de exceptie het stellen van het rechtsfeit tot een leugen maakt, zoals in randnr. 81 besproken. POLAK, R.J., *N.J.B.*, 1941, 799-801, spreekt van een „natuurlijk verband” (i.t.t. een louter juridisch verband).

Doch meer in concreto is er voldoende verband indien het redelijk is dat de excipiens geen bewijsmateriaal heeft voor de exceptie omdat hij er mocht van uitgaan dat de eiser ook geen bewijsmateriaal heeft of zou gebruiken voor de vordering. In dat geval blijft de bewijslast betreffende de exceptie overigens dikwijls ook dan op de eiser rusten, wanneer hij zijn vordering kan bewijzen (bv. vermoedens van betaling wanneer de schuld evenmin op schrift is gesteld).

(37) Onder voorbehoud voor de processuele medewerkingsplicht.

erkend zijn, hij deze later nog steeds kan betwisten(37) — mits hij dit procesrechtelijk nog kan (wat er hoofdzakelijk op neerkomt dat daartoe vereist is dat hij nog het recht heeft om nader te besluiten of een rechtsmiddel in te stellen, zij het eventueel herroeping van gewijsde wegens bedrog door de wederpartij of wegens feitelijke dwaling die berust op de valsheid of het achtergehouden zijn van stukken). Dit belet echter niet dat zolang er geen betwisting is geweest, de gestelde rechtsfeiten in het geding als waar gelden en door de rechter als waar moeten worden aangenomen. Is er daarenboven een erkenning, dan is die onherroepelijk, behoudens vernietiging wegens een gebrek in de toestemming (nl. bedrog, geweld of feitelijke dwaling).

Het „zich naar de wijsheid van de rechter gedragen” vormt op zichzelf nog geen — anticipatieve — berusting(38) en belet dan ook niet dat men de gestelde rechtsfeiten later nog mag betwisten. Doch het is vooralsnog géén betwisting van die rechtsfeiten, maar enkel een — aanvaardbaar — verzoek aan de rechter om van die rechtsfeiten de gevolgen naar recht te bepalen (op grond van *curia novit ius*). En zolang er geen betwisting is geweest, gelden die rechtsfeiten in het geding als waar(39). Indien men het zich naar de wijsheid gedragen als een betwisten van de rechtsfeiten beschouwt, maakt men het partijen mogelijk niet te moeten kiezen tussen waarheid of leugen, wat onaanvaardbaar is. Slechts het uitdrukkelijk stellen dat men de ware toedracht van een feit niet kent, mag als betwisting worden beschouwd.

107. De betwistingslast reikt veelal nog verder dan in het voorgaande reeds is aangegeven. In beginsel zou een partij zijn verweer kunnen beperken tot een betwisting van de gestelde rechtsfeiten, en wel door middel van een eenvoudige ontkenning ervan (waar hij voor het opwerpen van een exceptie zelf „rechtsverhinderende” of „rechts-

(38) Cass., 18 september 1964, Guédin-Dierckx t. Charon, verbreking, *Pas.*, I, 61, *J.T.*, 1965, 120, oordeelde immers dat het stilzwijgen van een partij over een door de tegenpartij in rechte aangevoerd feit, behoudens wettelijke bepaling, enkel een bekentenis kan opleveren wanneer het gepaard gaat met omstandigheden die er dit karakter aan toekennen. Vgl. STORME, M., *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, nr. 333; DE CORTE, R. en LAENENS, J., *T.P.R.*, 1980, (447) 491-492 nr. 111.

(39) Cass., 13 november 1959, *Arr.*, 224; Cass., 12 januari 1968, *Arr.*, 652; Cass., 7 januari 1983, *Arr.*, 587; Bergen, 13 september 1988, Mahieu t. Van Suyt, Generale Bank, Gemeentekrediet, *Pas.*, 1989, II, 32; FETTWEIS, A., *Manuel*, nr. 704; STIJNS, S., „Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhouding met de bewijsvoering”, *R.W.*, 1989-90, (1003) 1014.

(40) Vergelijkbaar HUGENHOLTZ-HEEMSKERK, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, 67 nr. 61; uitdrukkelijk § 138 III ZPO.

vernietigende" rechtsfeiten moet stellen). Toch kan naar goede trouw van een partij geëist worden dat zij de gestelde rechtsfeiten *nauwkeurig en gemotiveerd* betwist — en dit ongeacht de vraag wie de bewijslast c.q. het bewijsrisiko omtrent dit geschilpunt draagt. Een onvoldoende betwisting zou niet als een betwisting kunnen worden beschouwd, zodat de gestelde feiten ondanks die betwisting voor waar moeten worden aangenomen(40). De stijlformule „met ontkenning van al het andere" heeft dus geen enkele waarde.

Deze stelling gaat iets te ver in die zin dat de wederpartij ook zonder precieze betwisting nog het recht moet hebben om te bewijzen dat de gestelde rechtsfeiten onjuist zijn (voor zover dat zonder die motivering mogelijk zou zijn). De onvoldoende betwiste feiten worden voor bewezen gehouden, niet omdat ze niet betwist zijn, maar omdat — en in zoverre — de bewijslast van de stellende partij daardoor onredelijk wordt verzwaard, omdat de wederpartij het bewijs bijzonder bemoeilijkt en daarom zelf met de bewijslast c.q. het bewijsrisiko moet worden belast.

Gezien de last om gemotiveerd te betwisten dus meer samenhangt met de bewijslast dan met de betwistingslast, wordt ze verderop besproken (onder 2.1.2.6.).

Het uitsluiten van het tegenbewijs tegen de gestelde en onvoldoende betwiste rechtsfeiten mag slechts gebeuren indien de wederpartij daardoor zijn recht zou verwerkt hebben. Dit dient evenwel te worden beoordeeld op grond van de materieelrechtelijke verhouding tussen partijen: het onvoldoende protest — b.v. ongespecificeerd faktuurprotest — zal in een aantal gevallen met verwerking bestraft worden(41).

Wanneer omgekeerd de eiser slechts zeer algemeen of vaag rechtsfeiten stelt, zonder de konkrete omstandigheden ervan aan te geven, dan heeft de verweerder het recht om — zonder te liegen — deze, „tot nadere specificatie", eenvoudigweg te betwisten en de bal terug te kaatsen, tenzij alleen de verweerder de feitelijke toedracht kende.

(41) Zie STORME, M., *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, nr. 205; KOHL, A., in *La bonne foi*, (411) 418 nr. 3; MEIJERS, E.M., noot onder HR 18 december 1925, *N.J.*, 1926, 228; SUIJLING, J.Ph., *Inleiding tot het burgerlijk recht*, I, nr. 367 e.v.; GERBRANDY, S., „Rechtspraak over de deugdelijkheid van het verweer in burgerlijke zaken", *N.J.B.*, 1952, 369 e.v.; STAR BUSMANN, C.W., *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, 179-180, nr. 207; HUGENHOLTZ-HEEMSKERK, *Hoofddlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, nr. 64; STEIN, P.A., *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, 97; HAMMERSTEIN, A., *T.P.R.*, 1989, 1601. In Nederland wordt deze verplichting algemeen gegrond op art. 140 Rv.

(42) Zie CLOQUET, A., *De factuur*, nr. 556 e.v.; DIRIX, E. en BALLON, G.L., *De factuur*, nr. 205 e.v.; FREDERICQ, L. & S., *Handboek*, nr. 1638, 2; STORME, M.E., *De invloed van de goede trouw op kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 496.

In het laatste geval dient zelfs de aanvoeringslast dus milder te worden beoordeeld(42).

108. Met de betwistingslast hangt wel de vraag samen of de verweerder een tegenstrijdig verweer kan voeren.

Een vrouw heeft een Chinese vaas geleend, die bij teruggave een barst blijkt te hebben. Desgevraagd verweert zij zich als volgt: „ten eerste heb ik de vaas nooit geleend; ten tweede heb ik hem al eerder teruggegeven; ten derde zat de barst er al in (toen ik ze ontving)”(43).

Geen rechter zal deze dame gelijk geven, behoudens verschoning op grond van haar geestestoestand. Een tegenstrijdig verweer kan niet aanvaard worden, en de vordering zal worden toegewezen, tenzij men aannemelijk maakt dat men zich vergist heeft(44).

De vraag blijft natuurlijk wannéér een verweer tegenstrijdig is. Het is niet noodzakelijk tegenstrijdig de gestelde feiten enerzijds te betwisten omdat men er geen weet van heeft en anderzijds een exceptie op te werpen, zelfs niet wanneer eerst het ene en dan het andere wordt opgeworpen, of omgekeerd. Eerst de verjaring, betaling of schuldvergelijking inroepen, en dan de schuld zelf ontkennen, of omgekeerd, is niet per se verdacht. Meer bepaald kan men niet van tegenstrijdigheid spreken indien het eerst ingeroepen verweer op rechtsgronden wordt afgewezen. Wordt het evenwel op feitelijke gronden afgewezen, dan moet men een aannemelijke verklaring geven voor het tegenstrijdig verweer(45).

Wanneer verder blijkt dat de partij gelogen heeft, d.w.z. bewust onwaarheid heeft gesproken wat het ene of het andere verweer betreft (wat uit een bekentenis kan blijken), dan moet zij in haar geheel ongeloofwaardig worden beschouwd tot tegenbewijs(46). Doch ook dit is veeleer een vraag van bewijswaardering dan van zuiver tegenstrijdig verweer. Dat laatste vereist immers dat de feiten zich niet allebei kunnen hebben voorgedaan.

(43) Vgl. H.R. 24 februari 1989, *W.*, 72, besproken door SCHOORDIJK, H., „De bewijslastverdeling onder het nieuwe bewijsrecht”, *W.P.N.R.*, nr. 5937, 684.

(44) Het voorbeeld wordt aangehaald door VAN DUNNÉ, J.M., „Recht en dialectiek of: de uitzondering die de regel bevestigt”, *R & R, Handelingen van de Vereniging voor Wijsbegeerte van het recht*, (180) 187 — behalve de toevoeging „Chinees” van mijn hand, omdat Chinese vazen in het recht altijd verdachte dingen zijn.

(45) Vgl. SUIJLING, J.Ph., *Inleiding tot het burgerlijk recht*, I, nr. 367 p. 85; STAR BUSMANN, C.W., *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, 182 nr. 209; e.a.

(46) SUIJLING, J.Ph., *Inleiding tot het burgerlijk recht*, I, nr. 367, p. 86.

(47) Zie b.v. Rb. Turnhout, 7 februari 1989, *Meyvis t. Janssens*, A.R. nr. 48.064 (eerst beweren bepaalde goederen niet te bezitten en eerst later schenking inroepen).

Ook kan het druppelsgewijs verweer in strijd zijn met de eisen van een loyale procesvoering, zoals hoger reeds werd besproken (randnr. 72), maar op het bewijs heeft dit maar gevolgen indien het verweer daardoor ongeloofwaardig wordt, of indien daardoor bewijsmogelijkheden worden ontnomen.

109. Tenslotte kan een laattijdige betwisting rechtsverwerking meebrengen, zoals reeds in randnr. 45 werd besproken. De beoordeling hiervan geschiedt grotendeels ongeacht het aan de gang zijn van een geding, op grond van het gewekte vertrouwen en het verhinderen van een degelijk (tegensprekelijk) bewijs. Ik heb dit vraagstuk elders reeds uitvoerig besproken(47).

Is aan de voorwaarden voor rechtsverwerking nog niet voldaan, dan kan het niet tijdig in een proces betwisten weliswaar op zich geen erkenenis (bekentenis) vormen, maar wel een vermoeden dat de bewijslast omkeert op de partij die laattijdig betwist(48).

2.1.2.5. Het bewijsrisiko en de bewijslasten

110. Voor de overblijvende geschilpunten rijst de vraag die men gewoonlijk „de bewijslast” noemt. O.i. moet men echter goed twee begrippen onderscheiden: 1° „het” bewijsrisiko (ook objectieve bewijslast genoemd) en 2° de „bewijslasten” (ook subjektieve bewijslast genoemd, waarvoor wij evenwel om nog op te geven redenen uitdrukkelijk het meervoud gebruiken). Ten onrechte worden deze twee niet onderscheiden en beschouwt men het bewijsrisiko gewoon als de keerzijde van „dé” (subjektieve) bewijslast.

Vooraleer dit onderscheid verder uit te werken moet eerst een kritiek gegeven worden op artikel 870 Ger.W., dat — anders dan artikel 1315 B.W. — een uitermate slecht opgestelde bepaling is.

111. KRITIEK OP ARTIKEL 870 GER.W. — Uit de voorbereidende werken kunnen we opmaken dat de bedoeling van artikel 870 Ger.W. er uitsluitend in bestond artikel 1315 B.W. te bevestigen en te veralgemenen in alle aangelegenheden(49). Nochtans wijkt de ver-

(47) In *De invloed van de goede trouw op kontraktuele schuldverordeningen*, hoofdstuk 7 en 8. Adde b.v. Vred. Maasmechelen 12 januari 1990, Bekaert t. Caubergh en Broux, A.R. nr. 8033; Vred. Maasmechelen 12 januari 1990, A.G. 1830 t. p.v.b.a. Van Zon t. AVM, A.R. nr. 89/0176.

(48) Vgl. VERHEYDEN-JEANMART, N., „La charge de la preuve”, *La preuve*, Colloque UCL, 1987, 2.

(49) VAN REEPINGHEN, Ch., *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, I, 357.

woording van artikel 870 behalve wat zijn (verruimd) toepassingsgebied betreft nog op drie punten af van die van artikel 1315 B.W., en is het telkens een verslechtering in plaats van een verbetering.

Ten eerste spreekt artikel 870 Ger.W. alleen over het bewijs van feiten, terwijl artikel 1315 B.W. spreekt van het bewijs van de verbintenis (schuldvordering). De letter van artikel 870 Ger.W. verengt dus ten onrechte het voorwerp van het bewijs (zie hoger(50)).

Ten tweede geeft artikel 870 Ger.W. de indruk dat de eiser het bewijs moet leveren van *alle* feiten die hij aanvoert, ook van diegene waarvan de aanvoering overbodig is om zijn aanspraak toegewezen te krijgen. Het feit dat de eiser meer feiten aanvoert dan nodig, wijzigt in beginsel nochtans niets aan bewijslast of bewijsrisiko. Het gaat enkel om de rechtsfeiten op de rechtsgevolgen waarvan men zich beroept(51). Art. 1315 B.W. daarentegen laat duidelijk zien dat de toedeling van de bewijslast of het bewijsrisiko afhankelijk is van de splitsing van de betwisting in geschilpunten, en dit was ongetwijfeld ook de bedoeling met artikel 870 Ger.W.(52).

Tenslotte — en dat is hier het belangrijkste — legt artikel 870 Ger.W. de bewijslast gelijk met de aanvoeringslast(53). Dat hiermee afgeweken wordt van artikel 1315 B.W. is minder opvallend, omdat artikel 1315 B.W. niet over de aanvoeringslast spreekt, maar enkel over de bewijslast. Nochtans zijn er duidelijk gevallen waarin de eiser bepaalde feiten moet aanvoeren, waarvan hij het bewijs echter niet moet leveren. Zo moet de eiser die de uitvoering van een verbintenis vordert, weliswaar stellen dat deze niet reeds is uitgevoerd (dit volgt b.v. uit het vereiste van voorafgaande ingebrekestelling), maar moet hij de niet-uitvoering niet bewijzen: het is in tegendeel de verweerder die de uitvoering moet bewijzen (art. 1315 B.W.). Zo zijn er nog meer gevallen waarin de vrijstelling van bewijs verschilt van de vrijstelling van aanvoering.

112. KRITIEK OP ARTIKEL 870 GER.W. - VERVOLG — Er zijn meer grondliggende redenen — afgezien dus van de vraag of artikel 870 Ger.W. afwijkt van artikel 1315 B.W. — waarom bewijslast of

(50) Overigens spreekt ook VAN REEPINGHEN, Ch., *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, I, 354 van het bewijs van de aanspraak en van de exceptie (en niet enkel van het bewijs van feiten).

(51) Vgl. het Nederlandse art. 177 Rv. (nieuw).

(52) Vgl. noot 49.

(53) Vgl. eerder reeds voor deze opvatting STORME, M., *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, nr. 24 e.v.

bewijsrisiko niet reeds principieel gelijk mogen worden gelegd met de aanvoeringslast.

a) Een eerste reden betreft de grondslag van beide lasten. Weliswaar is de grondslag in beide gevallen de „normale gang van zaken”(54), bepaald volgens een dialektiek van regel en uitzondering. Nochtans gaat het om een anders te beoordelen normaliteit. De normaliteit die de aanvoeringslast bepaalt is de normaliteit vóór en dus buiten het proces, de buitengerechterlijke normale gang van zaken in abstracto, ongeacht de konkrete omstandigheden van het geschil. De normaliteit die het bewijsrisiko (objektieve bewijslast) bepaalt is de normale gang van zaken die in rechte gesteld werden, maar niet bewezen geraakt zijn, doch waarvan evenmin het tegendeel bewezen geraakte. Het is de waarschijnlijkheid zoals die in het proces is gegroeid. Welnu, tussen de rechtsingang en de uitspraak van de rechter kan in een proces heel wat gebeuren dat de aanvoeringslast niet raakt, maar wel het bewijsrisiko, nl. de hele bewijsvoering en bewijswaardering. Daarvoor moet de normale gang van zaken in concreto bepaald worden, wisselend volgens de gegevens van elk geding(55), en groten-deels afhankelijk van de houding der partijen in het geding. De feiten op grond waarvan het bewijsrisiko dan dient te worden toebedeeld zijn de stellingen van de partijen, de bestanddelen der betwisting waarover wel bewijs geleverd werd, het ontbreken van een (wettelijk of rechterlijk) voldoende bewijs betreffende een volgend bestand-deel, de (onvoldoende geachte) bewijsmiddelen daarvoor aange-bracht e.d.m.

Zo b.v. is het bewijsrisiko nopens de niet-nakoming niet toe te bedelen volgens het antwoord op de vraag of schuldenaars gewoonlijk dergelijke verbintenissen nakomen of niet-nakomen. Het moet toebedeeld worden volgens het antwoord op de vraag of, zo de schuldenaar de nakoming aanvoert en de schuldeiser de niet-nakoming, en noch het ene noch het andere bewezen geraakt, de nakoming normaal al dan niet heeft plaatsgevonden. Zo ook is het bewijsrisiko nopens de toerekening van

(54) Zie b.v. DABIN, J., „La technique de la preuve juridique, spécialement en droit civil”, *B.J.*, 1932, (354) 359 („La charge de la preuve est imposée à celui qui, demandeur ou défendeur, allègue un fait contraire à la normalité (matérielle ou juridique), ce qui sera apprécié par le juge, d'après l'expérience de la vie, à moins que le doute ne soit levé par la loi elle-même définissant le normal et le présumant en l'espèce”); DEMOGUE, R., *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, Parijs, 1911, 542 e.v.; STEVIGNY, G., *R.W.*, 1957-58 („De bewijslast rust op wie zich beroept op een afwijking van de normale en gewone gang van zaken of van een DEKKERS toestand”); RONSE, J., *Schade en schadeloosstelling*, nr. 73-74 en 83. Vgl. DE PAGE, H. en DEKKERS, R., *Traité*, III, nr. 728 B en 729; GANSHOF VAN DER MEERSCH, W., noot onder Cass., 20 november 1970, *Arr.*, 1971, 263 e.v.; PITLO, A., *Bewijs en verjaring*, 38 (aanhaling van Rb. Breda, 18 december 1951, *N.J.*, 1953, 29: „de bewijslast rust op diegene van de partijen, wiens standpunt het meest afwijkt van hetgeen naar algemene ervaringsregelen, in verband met de plaatselijke situatie, het meest voor de hand ligt”).

(55) Zie de auteurs aangehaald bij randnr. 113.

een tekortkoming (inspannings- vs. uitslagverbintenis) niet toe te bedelen volgens het antwoord op de vraag of de uitvoering gewoonlijk lukt of niet lukt. Het moet toebedeeld worden volgens het antwoord op de vraag of, zo het niet slagen door de ene partij aan de schuld van de schuldenaar, door de andere aan een vreemde oorzaak geweten wordt, en de oorzaak onbekend blijft, de schuldenaar daaraan gewoonlijk schuld heeft of niet.

b) Een tweede reden is de reeds besproken betwistingslast. Uit het feit dat de verweerder (of de eiser in zijn repliek op een exceptie) de aangevoerde feiten moet betwisten, blijkt dat beide partijen omtrent de rechtsfeiten stelling moeten nemen. Volgens de letter van artikel 870 Ger.W. zouden dan ook beide partijen „de” bewijslast dragen.

c) Een derde reden tenslotte is dat het bewijsrisiko niet alleen door de normale gang van zaken dient te worden bepaald, maar ook door de *bewijsgeschiktheid*. O.i. ligt dit reeds besloten in artikel 1315 B.W.(56) en hoeft men niet eens „contra legem” te redeneren om het bewijsrisiko mee door de bewijsgeschiktheid der partijen te laten bepalen, omdat om wetshistorische redenen aan artikel 870 Ger.W. geen andere betekenis mag worden gegeven dan aan artikel 1315 B.W. Doch zelfs wanneer men uitgaat van het onjuiste vertrekpunt dat bewijslast en bewijsrisiko in beginsel rusten op de partij die de feiten moet aanvoeren, dient men tot hetzelfde resultaat te komen, en wel op grond van het beginsel van de goede trouw. Deze redenering — evenwel zonder het begrip goede trouw te noemen — vinden we heel duidelijk in het Mecadox-arrest(57), geveld op een prejudiciële vraag betreffende de bewijslast geïmpliceerd in artikel 13A Merkenwet. Na te hebben gesteld dat artikel 13A, 3 verwoord is als „uitzondering” op artikel 13A, 1 en dat men dus kan stellen dat de partij die de derde alinea inroept de (wettelijke) bewijslast daarover draagt, overwoog het Hof:

„dat het vorenstaande niet belet dat de rechter, rekening houdend met de stellingen van partijen en de omstandigheden van het geval, de (eiser) geheel of ten dele met bewijs belast;

dat genoemd artikel er zich met name niet tegen verzet dat de rechter voor de verdeling van de bewijslast betekenis toekent aan de omstandigheid dat een der partijen reeds een begin van bewijs heeft geleverd, aan de moeilijkheid om een negatief bewijs te leveren, en aan de vraag voor welke partij onder de gegeven omstandigheden het leveren van bewijs het minst bezwaarlijk is”.

Een vergelijkbare redenering — met ditmaal een uitdrukkelijke

(56) Vgl. VERHEYDEN-JEANMART, N., *La preuve*, Colloque UCL, 1987, nr. 3: „L’art. 1315 a un double fondement: la normalité et la meilleure aptitude à la preuve”.

(57) Benelux-gerechtshof 6 juli 1979, Pfizer inc. t. b.v. Meditec en A.J.T. van den Broek, *R.D.I. (Ing.C.)*, 1979, 251.

verwijzing naar de goede trouw — vinden we in het nieuwe Nederlandse artikel 177 Rv.:

„De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit”.

— men weet dat de begrippen „redelijkheid en billijkheid” in Nederland synoniem zijn met *de goede trouw van het handelen* —.

Eenzelfde redenering vinden we ook in „la meilleure doctrine” gepubliceerd voor en na de invoering van het Gerechtelijk Wetboek(58).

113. EIGEN OPVATTING — O.i. ware het nog beter om de rechtstreekse redenering te volgen en af te stappen van de idee dat de bewijslast en het bewijsrisiko in beginsel bepaald worden door de aanvoeringslast(59). Bewijslast en bewijsrisiko mogen *niet afhangen van de toevallige processuele positie* als eiser of verweerder(60), die te zeer naar *beati possedentes* zweemt; dit zou de kwade trouw bevorderen, omdat iedere partij zou proberen de tegenpartij voor voldongen feiten te stellen om zich in de positie van verweerder te kunnen verschansen. Zij moeten in beginsel bepaald worden volgens de aard van de rechtsfeiten om het bewijs waarvan het gaat, en volgens de aard van de verhouding tussen partijen, die tevens bepaalt in welke mate partijen medewerking verschuldigd zijn bij de bewijsvoering. Het ware beter te vertrekken van de idee dat de *bewijslast* bepaald wordt door *de geschiktheid om zich bewijsmateriaal* voor de desbetreffende feitelijke toedracht *te verschaffen*, en het *bewijsrisiko* eveneens daarvan uitgaat, doch gekorrigeerd wordt door de normali-

(58) B.v. STEVIGNY, G., *R.W.*, 1957-58, (129); DE CORTE, R. en LAENENS, J., *T.P.R.*, 1980, (447), 491, nr. 108; „Deze regel (bedoeld wordt art. 870 en 1315) die over en weer tussen partijen geldt, is nochtans niet absoluut. Hij wordt geconditioneerd door de fair play die de partijen elkaar verschuldigd zijn en de plicht die ze hebben aan de bewijsvoering mee te werken (art. 871 en 877-882 Ger.W.)”. STORME, M., *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, daarentegen, wil de billijkheid enkel bij de bewijswaardering laten spelen, maar niet bij de bepaling van de bewijslast.

(59) Vgl. in die zin o.a. HAARDT, W.L., „De beginselen van het burgerlijk bewijs”, Preadvies Nederlandse Juristenvereniging, *H.N.J.V.*, 1951, 73; PITLO, A., *Bewijs en verjaring*, 37; BARTIN, E., in AUBRY en RAU, XII, § 749 noot 20bis: De verdeling hangt af van de feiten, en niet van hun juridische kwalifikatie als rechtsscheppend of rechtsverhinderend of -vernietigend; KAN, M.L., *Bewijslast en bewijswaardering*, passim; LAND-EGGENS, 53; SCHOORDIJK, H., „De bewijslastverdeling onder het nieuwe bewijsrecht”, *W.P.N.R.*, nr. 5937, 687.

(60) Het feit dat bij een onsplitsbare bekentenis de bewijslast niet bepaald wordt door de aard van de feiten waarop de exceptie gegrond wordt, maar nog steeds op de aard van de feiten waarop de eis gegrond wordt, is daarop geen uitzondering, gezien de onsplitsbare bekentenis precies géén (echte) bekentenis is.

teit en waarschijnlijkheid die in het proces groeit door de bewijswaardering, o.m. van de gedraging der partijen(61).

Wil men die stap niet zetten, dan moet men minstens aanvaarden dat de aanvoeringslast m.b.t. het bewijs alleen de last inhoudt om de (mogelijke) bewijsmiddelen te „suggereren”, nl. door een maatregel te vragen waardoor dat bewijs kan worden geleverd, wat niet betekent dat het door diezelfde partij moet worden geleverd(62), en evenmin, dat zo het niet geleverd wordt, de belaste partij automatisch het bewijsrisiko draagt. Immers, vanaf dat ogenblik — zodra het een *welbepaalde* bewijsmaatregel betreft — heeft de wederpartij een medewerkingsplicht (zie hoger randnr. 84). Indien dan de wederpartij geschikt blijkt dan de eerste om het bewijs te leveren, en dat niet doet, dan verhindert zij een voorwaarde voor de toewijzing van de vordering van de eerste partij, en moet deze voor vervuld worden gehouden (art. 1178 B.W.)(63). Het resultaat is uiteindelijk hetzelfde: ook wanneer men van de aanvoeringslast vertrekt, komt men via de bewijswaardering en het verwerkingsbeginsel dat o.m. in artikel 1178 B.W. uitdrukking vindt, tot hetzelfde resultaat.

114. UITWERKING - BEWIJSRISIKO EN BEWIJSLASTEN — Het is volgens deze lijnen dat we het onderscheid tussen de subjektieve bewijslasten en het objektieve bewijsrisiko willen ontwikkelen.

Het bewijsrisiko zegt namelijk niet wie moet bewijzen, maar wie het risico draagt dat een bepaald rechtsfeit niet bewezen geraakt(64). Dit is iets anders omdat het bewijs van een rechtsfeit niet noodzakelijk moet geleverd worden door de partij die het bewijsrisiko draagt indien dat rechtsfeit niet bewezen geraakt. Het kan door de wederpartij geleverd worden, het kan afgeleid worden uit een processueel feit dat de rechter in het geding vaststelt ook zonder dat het door één der partijen als bewijsmiddel is aangevoerd, het kan afgeleid worden uit een door de rechter ambtshalve opgespoord bewijsmiddel(65).

(61) Een zeker onderscheid tussen bewijslast en bewijsrisiko werd zo ook reeds gemaakt door STEVIGNY, G., *R. W.*, 1957-58, (129) nr. 80 en STORME, M., *De bewijslast*, nr. 35 (al komen zij daarbij veeleer tot de omgekeerde stelling dan de onze, nl. tot de stelling dat art. 1315 B.W. het bewijsrisiko bepaalt en niet de bewijslast). Vgl. daarmee ook KOHL, A., in *La bonne foi*, 418.

(62) Vgl. DEKKERS, R., *R.C.J.B.*, 1959, (148) 149; DE PAGE, H. en DEKKERS, R., *Traité*, III nr. 729 A.

(63) DEKKERS, R., *R.C.J.B.*, 1959, (148) nr. 22, naar analogie met art. 1178 B.W., art. 252 en 330 (oude) C.P.C.

(64) DEKKERS, R., *R.C.J.B.*, 1959, (148) 149 nr. 4; STORME, M., *De bewijslast*, nr. 6; e.a.

(65) Zie b.v. de artt. 871, 877 e.v., 916, 962, 992 Ger.W.

Het bewijsrisiko is hoe dan ook het resultaat van de bewijswaardering.

Naast deze „objektieve bewijslast” dient men o.i. daarnaast een begrip te ontwikkelen van „bewijsObliegenheiten” of (subjektieve) „bewijslasten”. Het betreft lasten om bewijsmateriaal aan te schaffen of aan te brengen, die steeds op een welbepaalde — namelijk de daartoe meest geschikte — partij rusten. Weliswaar kan de niet-naleving ervan ertoe leiden dat de belaste partij het bewijsrisiko draagt, doch dit hoeft niet noodzakelijk zo te zijn.

De vraag van het bewijsrisiko komt slechts ter sprake nadat de betwisting gesplitst is in meerdere geschilpunten én na de waardering van de bewijsmiddelen, dus op het einde van het geding. De bewijslasten daarentegen komen reeds ter sprake in de loop van het geding (processuele bewijslasten) en veelal zelfs reeds voor het geding (pre-processuele bewijslasten) (zie verder over dit onderscheid randnr. 116).

Niet voor elk geschilpunt geldt een éénduidige bewijslastregel, die zegt wélke partij bewijsmateriaal moet voorbrengen. Bewijslastregels werden in ons recht weliswaar ontwikkeld voor de meest typische geschilpunten — b.v. voor het gesteld zijn van een rechtshandeling — , doch niet voor alle mogelijke geschilpunten. De fout van alle klassieke bewijslasttheorieën (zelfs van de procesrechtelijke theorie, die wij graag volgen wat het bewijsrisiko betreft), is dat zij zich verplicht voelen voor de subjektieve bewijslast regels te ontwikkelen die voor alle geschilpunten kunnen gebruikt worden, hoewel het alleen de vraag van het bewijsrisiko is die steeds rijst, niet die van de bewijslasten. Er zijn geschilpunten waarvoor met een vrij grote algemeenheid één partij als de tot bewijs meest geschikte kan worden aangeduid, zoals meer bepaald bij rechtshandelingen van de wederpartij (de partij die krediet geeft moet zich maar een bewijs verschaffen van de schuld). Maar er zijn veel meer geschilpunten — de meeste rechtsfeiten — waar noch naar rechtsregels noch naar ervaringsregels één bepaalde partij algemeen als de tot bewijs meest geschikte kan worden beschouwd. Toch moet ook in die gevallen het bewijsrisiko worden toebedeeld. Ook daarin verschillen bewijsrisiko en bewijslast dus.

115. BEWIJSLASTEN EN AANVOERINGSLAST — Waar het bewijsrisiko in zijn grondslag nog iets gemeen heeft met de aanvoeringslast, nl. de normaliteitsgedachte, is er nauwelijks rechtstreeks verband tussen de aanvoeringslast en de bewijslasten (in de zin waarin wij dit

woord gebruiken). Bewijslasten worden opgelegd op grond van de bewijsgeschiktheid, voor de aanvoeringslast speelt deze geen rol. Deze bewijsgeschiktheid vindt uitdrukking in wettelijke en gewoonterechtelijke regels, alsook in regels die uit de goede trouw kunnen worden afgeleid. De „Obliegenheit” voor de meest geschikte partij om zich bewijsmateriaal te verschaffen of het te behouden vloeit immers voort uit de goede trouw, ook in die gevallen waarin ze niet wettelijk is bepaald. De niet-naleving daarvan wekt een vermoeden tegen de belaste partij, in geval van wettelijke bewijslast een wettelijk (of kwasi-wettelijk) vermoeden.

Het enige verband tussen aanvoeringslast en bewijslast is dan ook, zoals gezegd, dat de aanvoeringslast de last inhoudt om de (mogelijke) bewijsmiddelen te „suggereren”, nl. door een maatregel te vragen waardoor dat bewijs kan worden geleverd. De eigenlijke bewijslast echter zal dan afhangen van de vraag wie de meest geschikte partij is. Het bewijsrisiko zal daarvan afhangen tesamen met de gehele bewijswaardering.

116. DRIE SOORTEN BEWIJSLASTEN — Uit het voorgaande volgt dat het nodig is de algemene bewijslast, zijnde de last om zich bewijsmateriaal te verschaffen en bewijs te voeren, voor elk soort rechtsfeit te specificeren tot specifieke bewijslasten voor de meest geschikte partij volgens de aard van de feiten en van de partijverhouding. In termen van bewijslast volstaat het niet te stellen dat een partij „de” bewijslast draagt, maar moet men specificeren welke bewijslast zij draagt.

Onder deze bewijslasten kan men o.i. een onderscheid maken tussen

- de materieelrechtelijke bewijslasten die met de materieelrechtelijke verhouding samenhangen en aangeven wie in het algemeen de meest geschikte partij is om een bepaald soort rechtsfeit te bewijzen;
- de uit de aanvoeringslast voortvloeiende last om voldoende bewijsmaatregelen te suggereren;
- de procesrechtelijke last om mede te werken aan de bewijsvoering, ongeacht de twee vorige.

De bewijslasten van de eerste soort zijn in beginsel reeds preprocesuele lasten: het zijn lasten om zich ten tijde van het rechtsfeit of kort daarna reeds bewijsmateriaal te verschaffen. Dit wordt bijzonder precies verwoord door een arrest van het Hof van Brussel(65bis):

(65bis) Brussel, 24 september 1986, p.v.b.a. Redisco t. it. venn. Aldo's di Porreta, *J.T.*, 1987, 57.

„la charge de la preuve implique l'obligation de prendre dans un délai raisonnable toute mesure nécessaire à l'administration de cette preuve”.

De bewijslasten van de derde soort heten procesrechtelijk, maar kunnen bij elke bewijsprocedure voorkomen, ook buiten een geding om, b.v. ook bij een minnelijk deskundigenonderzoek of een minnelijke tegensprekelijke vaststelling vooraleer er enig geding is. Deze bewijslasten worden nader uitgewerkt onder 2.2.1. en 2.2.2.

2.1.2.6. De bijkomende mededelingslast van de niet bewijsbelaste partij

117. In randnr. 107 werd reeds aangegeven dat de betwistingslast veelal verder reikt dan enkel de gestelde feiten, en namelijk wanneer men de feitelijke toedracht beter kent dan de wederpartij. Een dergelijke mededelingslast kan meer algemeen uit de goede trouw worden afgeleid wanneer de niet bewijsbelaste partij een betere kennis heeft van feiten die op de bewijsvoering invloed hebben(66). Het zijn gevallen waar het niet redelijk is om gewoon de bewijslast op die partij om te leggen, omdat de wederpartij beter geschikt is om het bewijs te leveren of daartoe volgens materieelrechtelijke regels gehouden is. Doch om aan de bewijslast te ontsnappen moet de niet belaste partij wel toelichting geven bij de feitelijke omstandigheden of de bewijsmiddelen die zij (beter) kent of dient te kennen. Dit is b.v. het geval voor de verweerder:

- wanneer het gestelde rechtsfeit niet „zomaar” onjuist kan zijn, doch slechts in een bepaalde mate of op bepaalde punten onwaar kan zijn (vgl. de betwisting van een faktuur, een schadebestek, een afrekening in een rekening-courant, e.d.m.);
- bij betwisting van een negatief feit (b.v. het niet-gebruiken van een merk);

Wanneer omgekeerd de eiser de feiten gemakkelijker kent of kan kennen, dan dient hij eerst te specificeren in geval van betwisting: dit is b.v. het geval bij een door de telefoonmaatschappij niet-gespecificeerde telefoonrekening.

(66) Zie STORME, M., *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, nr. 205; STÜRNER, R., *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*; ARENS, P., „Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozeß”, 96. ZZP 1983, 1 e.v.; TITTES, R.J., „Een mededelingsplicht voor een procespartij als tegemoetkoming aan een onredelijk bewijsrisico voor diens wederpartij”, *N.J.B.*, 1988, 1128; HAMMERSTEIN, A., *T.P.R.*, 1989, 1601; SCHOORDIJK, H., *W.P.N.R.*, nr. 5937, 684.

De sanktie bij verzuim aan deze mededelingslast is de omkering van de bewijslast (en dus in beginsel van het bewijsrisiko).

Een voorbeeld van deze mededelingslast vinden we in het reeds in de inleiding van dit verslag genoemde Mellery-arrest: Cockerill-Sambre riep de onjuistheid in van een technische bijlage bij een proces-verbaal van het Comité voor veiligheid en gezondheid van het bedrijf, waarin een opsomming gegeven werd van de geproduceerde afval, welke op de stortplaats Mellery wordt gestort, zonder echter de fouten aan te geven of op verantwoorde wijze de voorstelling tegen te spreken. Het Hof van Brussel beschouwde deze betwisting van de bijlage als onvoldoende precies en achtte de door de eisers gestelde feiten bewezen(67).

118. Ook hier kan men een onderscheid maken tussen processuele mededelingslasten en preprocessuele mededelingslasten (protestlasten). Het verzuim aan deze laatste leidt dikwijls tot rechtsverwerking, omdat een behoorlijk bewijs niet langer meer mogelijk is en de verzuimende partij daarvan het risico dient te dragen.

Zo wordt de vereiste van gemotiveerd en precies protest gesteld bij faktuurprotest en bij protest tegen gebrekkige uitvoering(68). Een mooi voorbeeld vinden we ook in het Pekingeendenarrest(69). In een mestcontract voor gespreide leveringen van pekingeenden van welbepaalde kwaliteit was bedongen dat de koper bepaalde kortingen kon toepassen indien de eenden niet aan de overeengekomen kwaliteit zouden bantwoorden, met name vuil, slecht gevederd of niet nuchter zouden zijn. Na enkele leveringen begon de koper massaal deze korting toe te passen, met mondelinge toelichting, en betaalde voor het overige, na aftrek van de korting, dadelijk. De kweker protesteerde enkele keren mondeling, maar zat verder stil. Eerst maanden na de laatste levering maande hij de koper schriftelijk aan tot betaling. Op dat ogenblik kan deze het tekort aan kwaliteit van de eenden

(67) Brussel, 2 november 1989, n.v. Cockerill-Sambre t. Louterman e.a., *J.L.M.B.*, 1989, 1475, *J. des Procès*, nr. 161, 30 noot JADOT, B. en OST, F.

(68) Zie b.v. Kh. Kortrijk, 6 december 1984, L. Vyncke t. L. van den Bulcke, A.R. 1553/83; Gent, 22 maart 1985, D. en V. t. H., *T.G.R.*, 1985, nr. 81; CLOQUET, A., *De factuur*, nr. 556 e.v.; DIRIX, E. en BALLON, G.L., *De factuur*, nr. 205 e.v.; FREDERICQ, L. en S., *Handboek*, nr. 1638, 2; LIMPENS, J. e.a., *La vente*, nr. 455 in fine; HEENEN, J. en LIBOUTON, J., „Examen de jurisprudence”, *R.C.J.B.*, 1979, nr. 23; STORME, M.E., *De invloed van de goede trouw op kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 496.

(69) Arnhem, 18 november 1964 en 12 april 1967 en HR 5 april 1968, Oldenhove t. Calot, *N.J.*, nr. 251 noot SCHOLTEN, G.J.

natuurlijk niet meer bewijzen, wat hij in beginsel diende te doen. Toch veroordeelde het Hof van Arnhem de koper enkel tot betaling van die kortingen waartegen de kweker onmiddellijk had geprotesteerd. De Hoge Raad verwierp de door de kweker ingestelde voorziening op grond van de goede trouw en vatte het arrest daarbij zo samen dat:

„enerzijds Calot terstond na iedere levering kennis diende te geven van de door haar toegepaste kortingen, en wel zodanig dat Oldenhove de redenen daarvoor kon begrijpen, maar dat anderzijds Oldenhove, indien hij tegen die redenen bezwaar had telkens zo spoedig mogelijk Calot van zijn desbetreffende bezwaren op de hoogte diende te brengen, teneinde Calot de gelegenheid te geven tijdig de kwaliteit van het geleverde zodanig te doen vaststellen dat zij daaromtrent in een eventueel geding bewijs of tegenbewijs zou kunnen leveren”.

Vergelijkbaar is de regel van artikel 91 A § III, 3° Scheepvaartwet, volgens dewelke de partij — in casu de kapitein — die een zaak ontvangt, slechts voorbehoud kan maken (door middel van een „onbekendheidsbeding”) wanneer hij redelijkerwijze niet in de gelegenheid was de opgegeven kenmerken na te zien. En in randnr. 45 werden reeds andere gevallen van rechtsverwerking wegens gebrek aan protest aangegeven.

2.1.3 De betrekkelijke autonomie van het privaats bewijsprocesrecht tegenover het materieel recht en materieel bewijsrecht

119. VRAAGSTELLING — De in dit verslag reeds meermaals besproken medewerkings- en mededelingsplichten bij de bewijsvoering doen de vraag rijzen naar de autonomie van het bewijsprocesrecht. Het is de vraag of een eventueel recht op bewijsvoering en een eventueel recht om zich tegen bewijsmaatregelen te verzetten dient te worden beoordeeld ongeacht de gegrondheid — en dit wil zeggen de bewijsbaarheid — van de aanspraak voor het bewijs waarvan de maatregel gevraagd wordt.

We bespreken hier enkel het privaats bewijsprocesrecht (het onderscheid kan belangrijk zijn, b.v. voor het vraagstuk van de onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen).

Zoals men in beginsel een algemeen ius agendi erkent ongeacht de gegrondheid van de vordering, maar wel beperkt door het even algemene recht van verdediging, zo moet men nagaan of er eveneens een recht op bewijsvoering bestaat ook indien die bewijsvoering niet het verhoopte bewijs zou opleveren, en of er omgekeerd een recht bestaat om zich tegen bewijsmaatregelen te verzetten, zelfs wanneer

die maatregelen precies het bewijs van het betwiste rechtsfeit zouden opleveren.

De eerste vraag vinden we in het vraagstuk van de deklaratore eis, m.b. de eis tot vaststelling van bewijs *ad futurum*.

De tweede vraag vinden we b.v. in het vraagstuk van de onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen of van de niet-tegensprekelijke bewijsvoering.

120. STELLINGNAME — Zoals reeds in randnr. 58 gesteld, dient men in beginsel inderdaad van dergelijke rechten uit te gaan⁽⁷⁰⁾, omdat het behoorlijk geschieden van de vaststelling van betwiste feiten of feiten waarover betwisting kan ontstaan een afzonderlijke waarde heeft in een rechtsstaat. Het „recht op bewijs” is daarbij eveneens een tegengewicht voor het verbod van eigenrichting.

Het „recht op bewijs” is aan geldigheidsvoorwaarden en lasten onderworpen, net zoals het recht om te vorderen (zie randnr. 14). Ook hier moet een onderscheid gemaakt worden tussen vormvoorwaarden voor de vordering of het verzoek tot bewijsmaatregelen, die met nietigheid kunnen gesanktionéerd worden, en de toelaatbaarheidsvoorwaarden voor dergelijke vordering of verzoek, meer bepaald het vereiste belang, zoals aangegeven in artikel 18 Ger.W. Ook hier kan het recht op bewijsvoering (d.i. om een bewijsmiddel aan de waardering van de rechter voor te leggen) of om zich tegen de waardering van een bewijsmiddel te verzetten, verwerkt worden door een daarmee strijdige processuele (of preprocessuele) gedraging.

Anderzijds mag ook deze autonomie van het (bewijs)procesrecht niet te ver gaan. Zo moet het belang ruim worden uitgelegd (zie hoger randnr. 84). Zo b.v. moet, vooraleer tot de uitsluiting van bewijsmiddelen besloten wordt op grond van het recht van verdediging, nagegaan worden of de mogelijkheid om het bewijsmiddel na het in debat brengen ervan op haar waarde te betwisten (een vraag van bewijswaardering in plaats van processuele toelaatbaarheid) en eventueel tegenbewijs te leveren geen voldoende waarborg is voor de verdediging (zie voor het onderscheid tussen beide hoger randnrs. 58 en 96). Op grond van de normdoelleer moet dit gesteld worden, en de

(70) Zie b.v. STORME, *De bewijslast*, nr. 219, met verw. naar GENY, F.; GOUBEAUX, G., „Le droit à la preuve”, *La preuve en droit*, PERELMAN, Ch. en FORTIERS, P. (ed.), Brussel, Bruylant, 1981, (277) 280 e.v.; HABSCHIED, W., „Das Recht auf Beweis”, 96. ZZZP, 1983, 306 e.v.; TARUFFO, M., „Le droit à la preuve”, *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung, Diskussionsberichte zum VII. internationalen Kongress für Prozeßrecht*, Würzburg, 1983, Bielefeld, Giesecking, (41) 43 e.v.

wetgever is blijkbaar dezelfde mening toegedaan, gezien hij bij de bepalingen betreffende de bewijsmaatregelen in het Ger.W. vrij zuinig met nietigheden is omgesprongen. Ook hier geldt de regel dat dergelijke nietigheden maar kunnen worden opgeworpen indien aangetoond wordt dat zijn belangen geschaad zijn (behoudens de gevallen van art. 862 Ger.W.). Zo is de schending van de rechten van de verdediging in een bewijsprocedure (getuigenverhoor, deskundigenonderzoek, e.d.m.) in beginsel niet voldoende om de in die procedure ontstane bewijsmiddelen uit de debatten te weren. Dit laatste mag slechts geschieden indien het bewijsmiddel zelf (het proces-verbaal van getuigenverhoor, het deskundigenverslag) niet aan tegenspraak werd onderworpen (b.v. niet medegedeelde stukken uit de debatten weren), dan wel nietigheid wettelijk is voorgeschreven: pas op dat ogenblik krijgt het procesrecht voorrang(71).

Het recht van verdediging inzake bewijs, d.w.z. het recht om zich ertegen te verzetten dat bepaalde (mogelijke) bewijsmiddelen aan de waardering van de rechter worden onderworpen (die daarbij volgens de regels van materieel bewijsrecht, de bewijswaarderingsregels, zal oordelen) eist in het algemeen enkel dat de aan de rechter voorgelegde bewijsmiddelen aan tegenspraak worden onderworpen, al kan daaraan toegevoegd worden dat dit een recht op tijdige tegenspraak inhoudt (zie hoger randnr. 62 over het uit de debatten weren van laattijdig overgelegde stukken) en dat omgekeerd het recht op tegenspraak kan worden verwerkt (vgl. hoger randnr. 58). Slechts in bijzondere gevallen reikt het recht van verdediging inzake bewijs in het privaatrecht (anders dan het strafrecht(72)) verder dan het recht op tegenspraak, namelijk in die gevallen waarin daardoor een materieel „recht van verdediging” (recht op privacy, recht op persoonlijkke integriteit(73)) geschonden wordt, dat voorrang heeft op het

(71) Zie Cass., 22 mei 1978, RIZIV t. Litt, N.V.N.M., *Arr.*, 1109, verwerping van een vooziening t. Luik, 15 november 1976, *R.C.J.B.*, 1977, 602, noot VAN COMPERNOLLE, J., „Le Code judiciaire et la théorie des nullités”. Het is anders bij een procedure van bindende derdenbeslissing („expertise-arbitrage”), omdat de „expertiseprocedure” daarbij tegelijk ook „oordeelsprocedure” is, en de beslissing van de derde niet meer aan de rechterlijke (bewijs)waardering onderworpen wordt, maar uitsluitend aan een toetsing of de derde wel gehandeld heeft volgens de door partijen bepaalde maatstaven, zij het dat de maatstaf de redelijkheid en billijkheid is indien er geen meer bijzondere werd bedongen (zie STORME, M.L. en STORME, M.E., *T.P.R.*, 1985, (713), nr. 16).

(72) In het strafrecht is de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen een „algemeen rechtsbeginsel”, Cass., 16 juni 1987, Vanlandeghem t. Tuyten, *Arr.*, nr. 627.

(73) Cass., 7 maart 1975, *Arr.*, 765, verbreking. Zie genuanceerd GOUBEAUX, G., in *La preuve en droit*, PERELMAN, Ch. en FORIERS, P. (ed.), (277) 289 e.v. Ook dit persoonlijkheidsrecht moet immers gewaardeerd worden volgens de aard van de verhouding en van het geschil, zoals b.v. blijkt uit de mogelijkheid van schending van de privacy tot vaststelling van overspel. Wie zijn ... verbrandt, moet op de blaren zitten.

materiële recht tot bewijs waarvan de gewraakte bewijsvoering strekt. Deze voorrang moet dan ook beoordeeld worden volgens de materieelrechtelijke verhouding tussen partijen (zo moet het recht op privacy gewaardeerd worden naargelang de aard van de verhouding en meer bepaald van de informatieplicht bij het sluiten van overeenkomsten). *De uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen is dan ook géén algemeen beginsel van privaats(bewijs)recht*(74), *de uitsluiting van niet in het geding zelf aan tegenpraak onderworpen bewijsmiddelen wél*.

121. Het recht op bewijs is het recht om bepaalde bewijsmaatregelen aan de waardering van de rechter voor te leggen. Het doet dan ook géén afbreuk aan de bewijswaarderingsregels zelf, zelfs niet aan diegene die bepalen dat bepaalde soorten bewijsmiddelen voor het bewijs van bepaalde aanspraken geen enkele waarde hebben (wat ongelukkig ook ontoelaatbaarheid wordt genoemd)(75). Een bewijswaarderingsregel zoals artikel 1341 B.W., dat het bewijs door getuigen en vermoeden boven of tegen akten uitsluit, vormt een materiële bewijsregel die moet uitgelegd worden volgens de materieelrechtelijke verhouding tussen partijen (zie art. 1348 B.W.), dus niet zozeer volgens de processuele goede trouw, maar volgens de eisen van de goede trouw die uit de onderliggende partijverhouding zelf voortvloeien. Dergelijke regels kunnen niet opzijgezet worden op grond van een recht op waarheid in het proces, omdat zij *niets te maken hebben met de waarheid, maar met de gebondenheid* van partijen, met de onderscheiding van juridisch bindende beloften en gentleman's agreements(76), met de onderscheiding tussen bindende overeenkomsten en prekontraktuele verhoudingen, e.d.m. Hetzelfde geldt voor wettelijke vermoedens die slechts een bepaald tegenbewijs mogelijk maken. In al deze gevallen verwoordt de bewijsregel een bijkomende materieelrechtelijke vereiste voor het ontstaan van bepaalde rechten. Dat deze regels als bewijsregels geformuleerd worden in plaats van als zuivere materiële regels, is een rechtstechniek, die historisch verklaarbaar is zoals de fictie. Het onderscheid tussen bewijsregels en materiële regels is, zoals ik reeds zei (randnr. 93), zeer

(74) Zie b.v. E.H.R.M. 12 juli 1988, Schenk t. Zwitserland, *N.J.*, 1988, nr. 851. Vgl. HR 16 oktober 1987, Driesse t. van Gelder, *N.J.*, 1988, nr. 850.

(75) Sommige auteurs gaan hiertegen in, zo b.v. HABSCHIED, W., 96. *ZZP* 1983, 306 e.v.; Deze fout wordt niet gemaakt door GOUBEAUX, G., in *La preuve en droit*, 277 e.v.

(76) Zie DIRIX, E., „Gentleman's agreements en andere overeenkomsten met onzekere rechtsgevolgen”, *Preadvies Vlaamse Juristenvereniging, R.W.*, 1985-86, 2120.

betrekkelijk. Moet men immers niet, op grond van het algemeen rechtsbeginsel van de goede trouw, elke materiële rechtsregel als een soort vermoeden beschouwen, een sterk vermoeden weliswaar, maar toch een vermoeden dat opzijgezet kan worden op grond van omstandigheden die in de regel nog niet verdisconteerd zijn⁽⁷⁷⁾?

122. De bewijswaarde van een stuk moet dus niet beoordeeld worden volgens processuele regels, maar volgens regels die geput worden uit de materieelrechtelijke verhouding. Of een eenzijdige expertise waarde heeft, hangt dus af van de aard van die verhouding, van de spoedeisendheid van de zaak, e.d.m.⁽⁷⁸⁾. De waardering ervan kan overigens geschieden na het nemen van bijkomende bewijsmaatregelen door de rechter (b.v. aanvullen of nieuw deskundigenonderzoek, artikel 987, 1-2 Ger.W., verhoor van de deskundige, art. 987, 3). De rechter kan aldus tot het besluit komen dat het verslag een bepaald rechtsfeit niet bewijst, maar dat is iets geheel anders dan dit verslag uit de debatten te weren.

123. Uit het voorgaande volgt dat bij de bespreking van de rol van de goede trouw in het bewijsrecht een onderscheid kan worden gemaakt tussen

- enerzijds de rol bij de bewijsvoering, d.i. het recht om bewijsmiddelen te produceren c.q. zich tegen het voorleggen ervan te verzetten, ongeacht de bewijswaarde van dat middel (d.i. ongeacht de grond van de zaak)
- en anderzijds de rol bij de bewijswaardering zelf.

Nu is ook de gedraging van partijen bij de bewijsvoering zelf een gegeven dat bij de bewijswaardering een rol dient te spelen, en dus een mogelijk bewijsmiddel. Het is dan ook niet mogelijk de bewijsvoering en de bewijswaardering volledig gescheiden te bespreken. Wat wel mogelijk is, is een afzonderlijke bespreking van welbepaalde bewijsmiddelen, andere dan de gedraging der partijen bij de bewijsvoering. Die afzonderlijke bespreking hoop ik binnenkort in een afzonderlijke bijdrage te ondernemen, de bespreking van het laatste vindt plaats in 2.2.

⁽⁷⁷⁾ Zie hoger randnr. 7 en verder mijn *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 11 e.v. en m.b. 13. Vgl. SATTÀ, S., *Diritto processuale civile*, nr. 96; ASSER-SCHOLTEN, *Algemeen deel*, 5 en § 15-16 over rechtsverfijning.

⁽⁷⁸⁾ Zie b.v. Kh. Gent, 27 juni 1980, *R.W.*, 1981-82, 2436 noot LAENENS, J.

2.2. UITWERKING VAN DE ROL VAN DE GOEDE TROUW IN DE BEWIJSVOERING EN BIJ DE WAARDERING VAN DE GEDRAGING DER PARTIJEN BIJ DE BEWIJSVOERING

124. TWEE SOORTEN BEWIJSLASTEN — In nr. 116 kwam ik reeds tot het besluit dat

- het nodig is de algemene bewijslast, zijnde de last om zich bewijsmateriaal te verschaffen en bewijs te voeren, voor elk soort rechtsfeit te specificeren tot specifieke bewijslasten voor de meest geschikte partij volgens de aard van de feiten en van de partijverhouding.
- uit de aanvoeringslast enkel kan worden afgeleid wie tijdens het proces bepaalde bewijsmaatregelen moet suggereren, maar niet hoe het bewijsrisiko moet worden gewaardeerd indien deze maatregelen niet tot bewijs leiden of niet meer tot bewijs kunnen leiden omdat de *tempus utile* daarvoor verstreken is.

De specifieke bewijslasten werden daarbij reeds onderscheiden in

- de materieelrechtelijke bewijslasten die met de materieelrechtelijke verhouding samenhangen en aangeven wie in het algemeen de meest geschikte partij is om een bepaald soort rechtsfeit te bewijzen;
- de uit de aanvoeringslast voortvloeiende last om voldoende bewijsmaatregelen te suggereren;
- de procesrechtelijke last om mede te werken aan de bewijsvoering, ongeacht de twee vorige.

We bespreken de eerste en de derde soort.

2.2.1. De lasten om zich bewijsmateriaal te verschaffen

125. De bewijswaardering en dus het bewijsrisiko worden vooreerst mede bepaald door het oordeel wie van de partijen de meest geschikte was om zich bij of na het voordoen van de te bewijzen feiten — *in tempore utile* — bewijsmateriaal te verschaffen⁽⁷⁹⁾. Dit noemen wij de eigenlijke bewijslasten. Dit oordeel geschiedt in beginsel aan de hand van ervaringsregels, doch voor bepaalde rechtsfeiten kan ook door de wet of de overeenkomst de bewijslast bepaald zijn.

(79) Vgl. DE LEVAL, G., „L'instruction sans obstructions", in *La preuve*, Colloque U.C.L., 1987, nr. 3.

126. WETTELIJKE BEWIJSLASTEN — Dergelijke bewijslast is in ons rechtsstelsel o.i. zoals gezegd niet voor alle soorten rechtsfeiten wettelijk bepaald, maar slechts voor de meest typische geschilpunten — zo b.v. het ontstaan van verbintenissen (art. 1315, 1 B.W.), de betaling (art. 1315, 2 B.W.), de eigendom (art. 2279 B.W.), de afstamming (art. 331 septies e.v.) —, de subjektieve goede trouw (art. 2268 B.W.), het eigen zijn van goederen van echtgenoten (art. 1468 B.W.), veelal echter niet voor de meer ondergeschikte geschilpunten (geschilpunten in tweede orde) — zo b.v. de toerekening van de niet-nakoming van een overeenkomst, e.d.m. —.

In vele van die gevallen bepaalt de wet ook welk soort bewijsmateriaal de belaste partij zich moet verschaffen. Men kan dit een verzwaarde bewijslast noemen. Het duidelijkste voorbeeld daarvan vinden we in artikel 1341 B.W. voor het bewijs van rechtshandelingen in burgerlijke zaken:

„Een akte voor notaris of een onderhandse akte *moet worden opgemaakt* van alle zaken die de som of waarde van 3000 BF te boven gaan...”

Uit de tekst blijkt dat deze last samenhangt met de positie als schuldeiser en niet met de processuele positie van een partij.

Een ander voorbeeld is de last voor kooplieden om al hun zaken te boeken, d.i. om boekhouding te voeren. Dit is een wettelijke verplichting (W. 17 juli 1975), maar het is tevens een bewijslast omdat het ontbreken of de onregelmatigheid ervan de wederpartij toelaat zich op zijn eigen boekhouding te beroepen(80).

Een derde voorbeeld is de bepaling van artikel 1731 § 1 B.W. waar voor het bewijs dat het gehuurde goed zich bij de aanvang van de huur in een andere staat bevond, in beginsel een omstandige tegenprekelijke plaatsbeschrijving wordt vereist.

127. KONVENTIONELE BEWIJSLASTEN — Bewijslasten kunnen in beginsel bij overeenkomst worden opgelegd, ook voor die feiten waarvoor er een wettelijke bewijslast is bepaald(81). Dergelijke bedingen moeten echter te goeder trouw worden uitgelegd. Terecht stelt de rechtspraak dat een overeenkomst moet worden uitgelegd „niet alleen aan de hand van de bewoordingen, maar ook door de wijze waarop partijen zich in de loop van de uitvoering ervan, vanaf

(80) Vgl. in dezelfde zin VAN RYN, J. en HEENEN, J., *Principes de droit commercial*, III, nr. 71.

(81) DE PAGE, H., *Traité*, III nr. 735; VERHEYDEN-JEANMART, N., *La preuve*, nr. 11.

het aangaan van het contract (tot aan de vordering tot ontbinding) hebben gedragen''(82). Dit moet met name in het oog worden gehouden bij het zogenaamde vierhoekenbeding („entire agreement clause'')(83). Dit beding — dat bepaalt dat enkel en uitsluitend de bedingen die in de tekst zelf zijn opgenomen de overeenkomst uitmaken — betekent niets meer dan de tweede regel van artikel 1341 B.W. (geen bewijs tegen of boven akten met getuigen of vermoedens), en kan niet beletten dat de beloften en mededelingen bij de onderhandelingen vóór een overeenkomst gedaan meespelen bij de uitleg van die overeenkomst. Het tegendeel zou overigens ook met de leer der wilsgebreken kunnen worden bestreden.

Ook zonder uitdrukkelijke bepaling daaromtrent, moet de bewijslast in kontraktuele verhoudingen bepaald worden door uitleg van de overeenkomst:

„uit het geheel van de motieven van het arrest en van de beslissing van de eerste rechter die het arrest overneemt, volgt dat het Hof van Beroep (...) beslist heeft dat er moet aangenomen worden dat de verzekeraar, volgens de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen, nu het ongeval en het overlijden enkele uren nadien vaststaan, moest aantonen dat ten deze het overlijden aan een andere oorzaak dan dit ongeval te wijten is; dat het arrest, door aldus aan de verzekeringsovereenkomst de wettelijke uitwerking te geven die zij volgens haar uitlegging tussen partijen heeft betrekkelijk de bewijslast, de in het middel aangehaalde wettelijke bepalingen niet schendt''(84).

128. ERVARINGSREGELS — Voor de meeste rechtsfeiten wordt de bewijslast evenwel niet door de wet bepaald, maar door ervaringsregels.

Zo moet in beginsel de partij die een zaak onder zich heeft de last dragen om, in geval een geschil kan rijzen, bewijsmateriaal omtrent de toestand van die zaak te verzamelen en daartoe desnoods een deskundigenonderzoek uit te lokken. Zelfs indien het gaat om een koper die de zaak weigert is dit m.i. het geval indien de verkoper zich

(82) Brussel, 3 juni 1966, Van den Heule t. Canas, voorziening verworpen door Cass., 17 oktober 1968, *Arr.*, 198. Vgl. Cass., 2 september 1966, n.v. IJzergieterijen en metaalfabrieken van Ruisbroek t. De Mol, Brilliet, *Arr.*, 1, verwerping; Brussel, 25 februari 1970, Tassignon, Brichau t. Scheerlinck, Paul, *Pas.*, II, 116, *R.Prat.Not.*, 1972, 82.

(83) HONDIUS, E., „De 'entire agreement' clausule: Amerikaanse contractsbedingen in het Nederlandse recht'', in *Recht als norm en als aspiratie, Opstellen over recht en samenleving ter gelegenheid van het 350-jarig bestaan van de Utrechtse juridische faculteit*, Nijmegen, Ars aequi, 1986, (24) 28 e.v.

(84) Cass., 20 april 1978, n.v. Zürich, General Accident, Fire en Life Ins. t. Van Habost, *Arr.*, 958.

op afstand bevindt(85). Dergelijke last zit b.v. geïmpliceerd in de bewaringsplicht die in dat geval door artikel 86 CISG uitdrukkelijk aan de koper wordt opgelegd.

Zo wordt in het handelsrecht geoordeeld dat geen getuigenbewijs moet worden toegestaan aan de partij die zich gemakkelijk een schriftelijk bewijs had kunnen verschaffen en dat niet heeft gedaan, ondanks de afwezigheid van een wettelijke last daartoe: de beoordeling geschiedt naar verkeersgebruik(86).

129. GOEDE TROUW EN OVERMACHT — De betekenis van de goede trouw bij deze lasten ligt vooral in de verplichting tot medewerking van de wederpartij. Zij komt echter ook naar voor in de beoordeling van het verzuim aan de genoemde bewijslasten. Zo schuift artikel 1348, 1 de regel van artikel 1341 B.W. terzijde in geval van onmogelijkheid om zich een schriftelijk bewijs te verschaffen. Welnu, deze onmogelijkheid kan een „morele” zijn(87). Artikel 1341 kan dan ook niet alleen dan niet opgeworpen worden wanneer de wederpartij geweigerd heeft een schriftelijk bewijsstuk te verschaffen hoewel hij daartoe verplicht was, maar ook wanneer hij het vertrouwen heeft gewekt dat zulks overbodig is. De onmogelijkheid moet dus beoordeeld worden naargelang de verhouding tussen partijen.

130. Indien het bewijs door het verzuim van de bewijslast onmogelijk is geworden of niet meer behoorlijk kan worden geleverd, dan draagt de verzuimende partij het bewijsrisiko, tenzij de onmogelijkheid het gevolg is van een feit van de wederpartij(88). Dit ongeacht wie in beginsel de bewijslast draagt(89).

(85) In die zin DE BERSAQUES, A., „Du fardeau de la preuve dans la désagrégation de marchandises livrées”, *J.C.F.*, 1927, 87 nr. 4745; -, *R.C.J.B.*, 1949, 131; COPPENS, P., *R.C.J.B.*, 1950, 127; FREDERICQ, L. en S., *Handboek*, nr. 1444 in fine. Vergelijkbaar LIMPENS, J. c.s., *La vente*, nr. 1218 e.v.; DE PAGE, H. en DEKKERS, R., *Traité*, IV, nr. 111 noot 2. Anders b.v. HEENEN, J., „Preuve de la conformité des marchandises vendues”, *R.C.J.B.*, 1952, (202) 212 ne. 2a.

(86) Zie LIMPENS, J., *La vente*, nr. 181; FREDERICQ, S., *De eenmaking van het burgerlijk en het handelsrecht*, Antwerpen, de Sikkell, 1957, nr. 122, 4°; VAN RYN, J. en HEENEN, J., *Principes*, III, 39; VAN OMMESLAGHE, P., „Examen de jurisprudence. Les obligations”, *R.C.J.B.*, 1988, nr. 238 in fine; Cass., 29 maart 1974, Van Daele t. Scheerlinck, *Arr.*, 839, verwerping; Gent, 20 juni 1959, n.v. Bockaert en Thienpont t. faill. n.v. Algebeton, *R.W.*, 1959-60, 692.

(87) Cass., 6 december 1988, *Bull.*, 389; Rb. Luik, 21 november 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 241; DE PAGE, H. en DEKKERS, R., *Traité*, III, nr. 904; MALINVAUD, Ph., „L'impossibilité de la preuve écrite”, *J.C.P.*, 1972, I, nr. 2468, m.b. nr. 3; vgl. SOURIOUX, J.L., „La croyance légitime”, *J.C.P.*, 1982, nr. 3058, nr. 28 e.v.

(88) Zie SCHOORDIJK, H., „De bewijslastverdeling onder het nieuwe bewijsrecht”, *W.P.N.R.*, nr. 5937, 688-689.

(89) Zie b.v. Bergen, 10 januari 1989, *J.L.M.B.*, 640, nr. 464.

Dit laatste is niet enkel zo indien de wederpartij het bewijs effectief heeft verhinderd, maar ook indien zij het vertrouwen heeft gewekt dat het overbodig was, omdat er toch geen geschil zou rijzen. Vandaar is er een verband tussen de bewijslast en de verplichting om tijdig tegen tekortkomingen van de wederpartij te protesteren(90). In het normale verkeer is het immers nodig om de handel verder te zetten, en daarbij worden noodzakelijkerwijze voortdurend bewijsmogelijkheden vernietigd. De eisen die aan het verzamelde bewijsmateriaal moeten worden gesteld, moeten dan ook rekening houden met de spoedeisendheid van de situatie. Ik heb dit vraagstuk elders reeds besproken(91).

131. De bewijslast impliceert een zeker recht op bewijs. Dit betekent ook dat de kans moet gegeven worden op bewijs, en niet mag afgestraft worden met onmiddellijke sankties vooraleer men die kans heeft gekregen. Daarom achtte de Raad van State een bepaling in de algemene voorwaarden van een elektriciteitsmaatschappij waarbij de ontvangst van facturen en aanmaningen vermoed wordt, in combinatie met de zware sankties bij niet-betaling van die facturen (m.b. afsnijden van de elektriciteit), een schending van het recht van verdediging(92).

2.2.2. Procesrechtelijke bewijslasten en -plichten

132. Hoger bespraken we reeds het recht op bewijs, dat in beginsel moet erkend worden ongeacht de gegrondheid van de aanspraak. De keerzijde van dit recht is dan ook een medewerkingsplicht van de wederpartij bij de bewijsvoering. Dit geldt niet alleen in een geding, maar ook bij bewijsinitiatieven die genomen worden vooraleer er van een geding sprake is.

Die medewerkingsplicht kan een mededelingsplicht omvatten, die reeds in randnrs. 84, 107 en 117 werd besproken. Dat deze veelal bestaat ongeacht het gelden van het recht zelf waarover men bewijs verlangt, blijkt reeds daaruit dat een dergelijke mededelingsplicht

(90) Zie b.v. Rb. Brugge, 11 oktober 1989, 1e K, T.M.V.W. t. p.v.b.a. Hortex, A.R. nr. 50.838, *R.W.*, 1989-90, 1064: „het niet binnen een redelijke termijn reageren op een toegestuurd schadebestek en — a fortiori — het verzuimen om tot een schadebegroting op tegenspraak over te gaan (waartoe men was aangemaand) impliceren verwerking van het recht om de gevorderde schadebedragen te betwisten”.

(91) *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 498 e.v.

(92) Zie b.v. Raad van State, 27 september 1988, Ballon e.a. t. Asverlec, Unerg, *D.A.O.R.*, nr. 9, (107), 114.

precies kan bestaan om te vermijden dat men een ongegronde vordering instelt of zich ongegrond verweert. In randnrs. 23 en 45 zijn deze situaties reeds aan bod gekomen(93). Deze mededelingsplicht kan echter ook specifiek op een in het geding gevraagde of bevolen onderzoeksmaatregel betrekking hebben. Zo kan aan de wederpartij gevraagd worden het hem bekende adres mee te delen van een getuige die men wil oproepen(94).

133. De omvang van de medewerkingsplicht wordt bepaald door de aard van de verhouding tussen partijen. In een kontraktuele verhouding zal deze normaal groter zijn dan in een buitenkontraktuele verhouding. Het zou ons te ver voeren om een overzicht te geven van de omvang van de medewerkingsplicht bij de bewijsvoering in de verschillende rechtsverhoudingen. In nr. 84 werd dit vraagstuk overigens reeds vanuit procesrechtelijk standpunt besproken.

Men moet dus vertrekken van de regel dat er in het proces een medewerkingsplicht is in de mate waarin die er ook buiten het proces reeds is(95). Een onrechtmatig verkregen stuk mag niet geweerd worden indien men recht had om het stuk te verkrijgen op grond van een actio ad exhibendum. Wanneer een bewijsmiddel verkregen werd door schending van het beroepsgeheim, dan kan de wederpartij dit middel maar uit de debatten laten weren indien de toevertrouwende partij recht had op geheimhouding tegenover die partij. Was de geheimhouding door die partij daarentegen een bedrieglijke verzwijging, dan is de eis om het bewijs uit de debatten te weren m.i. zelf in strijd met de goede trouw en het beginsel *fraus omnia corrumpit* en kan dit laatste niet meer ingeroepen worden om het bewijsmiddel uit de debatten te weren! Dit is b.v. het geval bij bedrieglijke verzwijging van gezondheidsgegevens tegenover de levensverzekeraar, die deze op zijn beurt verkrijgt doordat een arts zijn beroepsgeheim schendt(96). Stukken waarop de partij volgens de materieel-rechtelijke verhouding geen inzagerecht op heeft moeten daarentegen ook in het geding niet overgelegd worden, en indien zij onrechtmatig

(93) Zie vooral STÜRNER, R., *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, deel II. Kritisch ARENS, P., „Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partie im Zivilprozeß”, 96. ZJP 1983, 1 e.v.

(94) GULDENER, M., 39. *Schweiz. JZ.*, (389) 405.

(95) HABSCHEID, W., 96. ZJP 1983, (306) 323-326.

(96) In onze zin Luik, 31 maart 1966, *J.T.*, 389, *J.L.*, 1966-67, 1; TROUSSE, P.E., „Chronique trimestrielle de jurisprudence”, *Rev. Dr. pén.*, 1965-66, 999-1000. Anders Gent, 12 april 1965, *Pas.*, II, 181; Brussel, 13 oktober 1964, *Pas.*, 1965, II, 239.

bekomen worden, kan in beginsel geëist worden dat ze uit de debatten verwijderd worden.

Wel zal men in het proces soms zaken moeten toestaan, die men daarbuiten niet moet toestaan. Ik denk b.v. aan de overlegging van de boekhouding (vgl. hoger randnr. 85). In het proces kunnen immers ook meer waarborgen ingebouwd worden, zoals het nazicht van die boekhouding door een door de rechter aangestelde derde, die door het beroepsgeheim gehouden is voor alles wat uiteindelijk geen bewijswaarde heeft voor het geding.

134. SANKTIE — Hier wens ik enkel nog te wijzen op de bewijswaardering van een tekort aan medewerking. Men is het erover eens dat de rechter uit een ongerechtvaardigd gebrek aan medewerking „alle nodige besluiten” mag trekken(97). In ieder geval kan hij daaruit een vermoeden afleiden. Ook wordt de redenering gebruikt, naar analogie met artikel 1178 B.W., dat hij die het bewijs verhinderd heeft zich niet op het niet bewezen zijn kan beroepen.

Moet de partij die ongerechtvaardigd in medewerking tekortgeschoten is nog een kans gegeven worden om tegenbewijs te leveren? Volgens sommigen is het gebrek aan medewerking een bekentenis, wat tegenbewijs zou uitsluiten omwille van de onherroepelijkheid daarvan. Dit kan echter niet algemeen aanvaard worden. Of de tekortgeschoten partij nog een kans moet krijgen hangt af van de ernst van het verzuim en de resterende bewijsmogelijkheden. Eenmaal er een geding aan de gang is, heeft de wederpartij recht op een snelle en proceseconomische behandeling. Om die redenen dient men niet te denken in termen van bekentenis, maar vanuit de vraag of de goede trouw verwerking(98) meebrengt, dan wel meebrengt dat een laattijdig aanbod tot tegenbewijs nog moet worden aanvaard.

Doch de waardering van dat tegenbewijs zal in ieder geval strenger geschieden. Wie zonder rechtvaardiging weigert mee te werken aan een tegensprekelijk deskundigenonderzoek, moet niet verwachten dat een eenzijdig onderzoek, waar hij later mee afkomt, nog als

(97) Zie o.m. HAARDT, W., *Fair play in het burgerlijk geding*, 11 e.v.; KOHL, A., *Procès civil et sincérité*, 143-149; PERROT, R., in *Mélanges Raynaud*, 638; STIJNS, S., „Gedrag en wangedrag”, *R.W.*, 1989-90, (1003) 1016 e.v.; HR 5 december 1980, *N.J.*, 1982, nr. 200; KOHL, A., in *La bonne foi*, 439-440.

(98) Zie b.v. Rb. Brugge, 6 september 1989, 1e K, Lefever t. Du Fosse, A.R. nr. 52.670: ongerechtvaardigd niet ingaan op aanmaning tot een tegensprekelijk deskundigenonderzoek brengt verwerking mee van het recht om de schadefaktuur te betwisten.

bewijs zal worden gewaardeerd⁽⁹⁹⁾. Veelal echter zal het tegenbewijs gewoon niet meer mogelijk zijn.

Omgekeerd moet de sanktie ook rekening houden met de wettelijke bewijswaarderingsregels. Gaat het om het bewijs van een rechtshandeling die onder de regel van artikel 1341 B.W. valt, dan mag de weigering wel als bewijs beschouwd worden indien het gaat om een maatregel welke tot een schriftelijk bewijs of tot het bewijs van de onmogelijkheid daarvan had kunnen leiden, doch niet in andere gevallen.

2.3. BESLUITEN

De tijd ontbrak mij om dit tweede deel uitvoeriger uit te werken, wat ik wel gewild had. Indien ik zeker geen volledig bewijs heb geleverd van de opgeëiste stellingen, hoop ik toch minstens aan mijn stelplicht te hebben voldaan en een begin van schriftelijk bewijs te hebben voorgelegd betreffende de betekenis van de goede trouw in het bewijsrecht. Ik hoop dan ook op een nakoming van de medewerkingslast, ja zelfs van de protestlast van de lezer om te gelegener tijd mijn bewijsvoering verder te zetten.

(99) CLOSSET-MARCHAL, G., in *La preuve*, Colloque U.C.L., 1987, 30 nr. 31 met verwijzing naar Vred. Verviers, 5 januari 1979, Belgische Staat t. Lieutenant, *J.L.*, 311.

RÉSUMÉ

LA BONNE FOI EN CAUSE? L'INFLUENCE DE LA BONNE FOI DANS LE DROIT DE LA PROCÉDURE ET DE LA PREUVE

En introduction au présent article, l'auteur établit d'abord une distinction entre la bonne foi de l'acte ou de l'agir (ce qu'on appelle la bonne foi objective) et la bonne foi de l'ignorance ou du non-savoir (ce qu'on appelle la bonne foi subjective qui concerne un état d'esprit requis pour certaines conséquences juridiques); il la définit comme l'exigence s'imposant aux parties engagées dans une relation juridique, de tenir compte également des intérêts justifiés de l'autre partie. Outre une exigence s'imposant aux parties, cette bonne foi constitue en même temps une règle d'interprétation s'imposant au juge, un principe fondamental pour déterminer les conséquences juridiques de certaines sortes de rapports juridiques (*iudicium bonae fidei* vs. *iudicium stricti iuris*). Dans cette introduction, l'auteur défend l'idée que ce principe gouverne tous les rapports juridiques qui ne sont pas soumis au principe de la légalité, mais doivent s'apprécier non en fonction de la règle, mais compte tenu des circonstances concrètes.

Avant d'analyser le rôle éventuel de ce principe en droit privé de la procédure et de la preuve, l'auteur distingue en ce domaine, d'une part, les rapports de droit public entre les parties et le juge, d'autre part, les rapports de droit privé mutuels entre les parties au procès (n° 5). Selon lui, ces derniers rapports doivent effectivement être gouvernés par la bonne foi (n°s 5 et 9), ceci constituant une rupture fondamentale avec la conception traditionnelle du droit subjectif. Il critique la distinction traditionnellement faite entre les diverses fonctions de la bonne foi: fonction interprétative, supplétive et limitative (n° 10).

Dans la première partie, l'auteur développe les exigences de la bonne foi en ce qui concerne les rapports procéduraux entre les parties. Ces rapports, il les analyse d'abord (n° 8) sur base des droits relativement autonomes de la procédure (en leur aspect de droit privé), à savoir le droit d'agir et notamment le droit d'impliquer d'autres personnes dans la procédure, ainsi que le droit de se défendre et notamment le droit de ne pas toujours être obligé de se défendre (l'autonomie relative de ce droit sera encore abordée sous le n° 17). Ensuite il analyse les sanctions possibles d'une manière générale, pour établir sur cette base une distinction entre obligations, devoirs et charges (*Obliegenheiten*) (n°s 11 et svts). Selon lui, c'est précisément sur ce dernier point qu'apparaît le mieux la rupture précitée. Sur cette base, il entend relativiser les droits de procédure subjectifs, à savoir les droits d'agir et de se défendre, précisément parce qu'ils se trouvent grevés de pareilles charges imposées en partie par la loi, en partie sur base de la bonne foi. La sanction de la méconnaissance de ces charges consiste le plus souvent en ce que l'action ne peut pas encore ou ne peut plus être admise ou reçue. Même en présence de règles légales en cette matière, la bonne foi n'en continue pas moins à jouer un grand rôle, ce que l'auteur explicite davantage pour un certain nombre de problèmes concrets, dans la suite du présent article. Au préalable, il consacre quelques développements généraux à cette idée et établit un rapport entre de telles formes d'irrecevabilité et la construction dite *rechtsverwerking* (extinction d'un droit pour défaut d'utilisation), dont il donne également une brève justification.

Premier problème concret examiné: le caractère déraisonnable de la procédure comme telle (n^{os} 21 et svts). L'auteur s'arrête d'abord à l'obligation faite au demandeur de mettre préalablement en demeure (n^o 22), de donner au défendeur une dernière chance de résoudre la contestation sans procès, ainsi qu'à d'autres obligations comparables et plus larges d'avertissement et d'information (n^o 23). Il examine ensuite une éventuelle obligation de négocier et la signification de pareilles négociations (n^{os} 24-25), la demande notoirement non fondée ou notoirement excessive (n^o 27), l'abus dans l'engagement de procédures collectives (n^o 28), le fait de procéder sans intention de faire trancher le litige par le juge (n^o 29), le retard dans l'intentement de l'action (n^o 30), le désistement et la déchéance d'instance (n^o 31). Il examine enfin la question de savoir si ne pas procéder peut être contraire à la bonne foi (n^o 32).

Autre problème examiné: le mode d'intentement de la demande. Sur ce point, l'auteur part de l'obligation incombant à chaque partie de limiter à ce qui est indispensable ou utile, les frais susceptibles d'être recouvrés et ce à peine de ne pas pouvoir les recouvrer. Il développe ce principe de façon nuancée pour le choix entre l'assignation par exploit d'huissier ou par requête (n^o 33), le mode d'intentement d'une demande reconventionnelle (n^o 34) ou de demandes complémentaires ou nouvelles (n^o 35), la comparution volontaire (n^{os} 36-37), la procédure ordinaire ou sommaire (n^o 38), les mesures provisoires et la procédure en référé (n^o 39).

Sous les rubriques suivantes (n^{os} 40-42), l'auteur aborde l'abus du domicile par le défendeur ou de la procédure par défaut, avec les devoirs correspondants d'instruction, d'information et d'avertissement. Le n^o 43 concerne le caractère déraisonnable du lieu d'intentement de la demande et traite de l'„*antisuit injunctio*”. Le n^o 44 expose le caractère déraisonnable de l'intentement de demandes de nature particulière, en particulier le référé.

Après cette analyse des circonstances qui rendent la demande déraisonnable, l'auteur en vient aux formes déraisonnables de la défense. Il s'arrête d'abord au retard mis à invoquer des moyens de défense fondés et aux obligations comparables de communication et d'avertissement, à d'éventuelles obligations de prendre attitude (n^o 45) et de comparaître et à la limitation du droit de faire opposition (n^o 46).

Il analyse ensuite le caractère déraisonnable du recours à des exceptions et moyens d'irrecevabilité dans la procédure (n^{os} 47-55) et s'arrête en particulier à la question de l'ordre de présentation fixe ou arbitraire, des moyens de défense, à l'exigence de la lésion des intérêts de la partie qui les invoque, à l'éventuelle obligation d'indemnisation en cas d'abus. Il défend plus particulièrement l'idée que les moyens d'irrecevabilité ne peuvent être soulevés en n'importe quel état de la cause et que, pour les soulever, une lésion d'intérêts est généralement requise.

Il aborde également d'autres formes de défense déraisonnables, en particulier le refus de permettre l'examen d'une cause en débats succincts (n^o 56) et la défense notoirement non fondée (n^o 57).

L'auteur étudie ensuite le comportement déraisonnable en cours d'instance. Une large part de cette étude est consacrée aux délais non prescrits à peine de déchéance (n^{os} 61-69), tels ceux prévus pour la communication de pièces (n^o 62), pour certaines mesures de preuve (n^{os} 63-64), pour conclure (n^{os} 66-69). Il expose que, d'une part, sur la base combinée de la bonne foi et de certaines dispositions légales, ces délais doivent bel et bien être sanctionnés par une forme de *rechtsverwerking* (extinction du droit pour défaut d'utilisation), mais que, d'autre part, l'application de cette règle doit se faire en conformité avec les exigences de la bonne foi, donc à temps,

non à la suite d'une provocation ou d'une négligence, éventuellement après mise en demeure. Il défend également l'idée qu'aussi longtemps que n'a pas été suscité l'espoir d'un désistement, une lésion d'intérêts est requise. Ces principes se trouvent encore nuancés davantage à propos des délais pour conclure, compte tenu de la place particulière que les conclusions occupent dans notre droit de la procédure. A cet égard, une plus ample distinction est faite entre premières conclusions et conclusions additives ou complémentaires et l'attention est attirée sur les solutions contenues dans le projet de loi du gouvernement.

Après l'analyse de ces délais raisonnables ou fixés par la loi, l'auteur aborde la question de la concentration ou de la division de la défense (n^{os} 70-75).

Il examine ensuite quelques obligations procédurales de coopération, d'avertissement et de limitation des frais ainsi que le devoir de prendre position (n^{os} 76-80). IL aborde séparément l'obligation de coopération dans l'administration de la preuve (n^{os} 80 et svts) pour soutenir, sur ce point, que les parties ne sont pas tenues de communiquer tous faits utiles éventuels, mais qu'il leur est interdit de mentir, c'est-à-dire d'avancer sciemment des faits inexacts ou de dénier sciemment des faits exacts avancés, ou encore de taire sciemment des faits lorsque — en raison des rapports juridiques entre les faits tus et les faits avancés — avancer d'autres faits constitue un mensonge (n^{os} 81-82). Une réponse similaire est donnée à la question de savoir si les parties sont tenues de produire tous les moyens de preuve dont elles disposent (n^o 83). L'auteur expose les conditions et limitations de l'obligation des parties de coopérer à l'administration de la preuve et la formulation adéquate des questions afférentes au conflit avec le secret professionnel. Selon lui, l'ampleur et les limitations de l'obligation de coopérer à l'administration de la preuve dépendent, pour une large part, des rapports de droit matériel entre les parties, ces questions devant dès lors être examinées à la lumière de ces rapports entre les parties.

La première partie s'achève par un bref exposé de l'abus des moyens de défense et de la possibilité d'extinction pour défaut d'utilisation (*verwerking*).

La deuxième partie comporte une analyse de quelques aspects du rôle de la bonne foi dans le droit de la preuve en droit privé.

Sur ce point, l'auteur esquisse d'abord le cadre général du droit de la preuve; il y examine les rapports entre droit de la preuve et droit matériel et souligne le caractère de droit matériel du droit de la preuve (n^o 90), l'objet de la preuve concernant en fin d'analyse des droits subjectifs et pas seulement des faits. Le droit de la preuve se distingue dès lors du droit procédural de la preuve (n^o 95). Ce dernier aspect nécessite une analyse très similaire à celle — faite au n^o 8 — des rapports procéduraux. Le caractère de droit matériel du droit de la preuve fait que la nature des rapports juridiques détermine les règles de preuve, l'auteur examinant à cette occasion la signification du principe dispositif (n^o 98).

Après avoir esquissé ce cadre général, l'auteur s'arrête aux différentes „charges” dans l'administration de la preuve. Il envisage d'abord la charge de la demande ou charge pour le demandeur de formuler une demande ayant un objet bien déterminé (n^o 99), ainsi que la charge de la défense ou charge pour le défendeur de contredire la demande (n^o 100). A cet égard, il s'oppose à la conception généralement admise concernant la tâche du juge en cas de défaut total (défaut de comparaître et de conclure) ainsi qu'à la conception généralement admise — selon lui, en contradiction avec la première — concernant la tâche du juge en cas de défaut d'une partie ayant conclu (l'auteur se raillant sur ce point au projet de loi portant réforme du Code judiciaire). Il explicite également la distinction entre non-contestation et reconnaissance.

L'auteur aborde ensuite la charge de l'allégation, c'est-à-dire la charge du demandeur de structurer sa demande par l'allégation ou l'établissement de faits juridiques auxquels doit être reconnue, sur base d'une règle de droit, la conséquence juridique demandée. Selon lui, ceci constitue une exigence non de recevabilité mais de preuve, et concerne donc le fond du litige (n° 101). Toujours selon l'auteur, il ne faut pas nécessairement établir les „faits générateurs” d'un droit; la ligne de démarcation entre jugement en fait et jugement en droit n'est pas fixée à l'avance mais se trouve déterminée également par les parties (n° 102), cette thèse impliquant également une certaine conception de la „cause de la demande” (n° 104).

En contrepartie de la charge de l'allégation, il y a, du côté du défendeur, la charge de la contestation des faits juridiques ainsi avancés (nos 105-106). L'auteur souligne une fois de plus la distinction entre contester, reconnaître et ne pas contester, pour analyser ensuite l'indivisibilité de la défense, ainsi que la défense contradictoire (n° 108) et l'extinction de la défense (n° 109).

L'auteur examine ensuite la „charge de la preuve”. Il critique d'abord l'article 870 du Code judiciaire dont la disposition n'est pas conforme à l'article 1315 C.c. mais constitue au contraire, par comparaison à cette dernière disposition, une moins bonne solution (n° 111). Il combat en particulier l'assimilation de la charge de la preuve (en fait, le risque de la preuve) et la charge de l'allégation, et en donne la motivation (n° 112). A cet égard, il met l'accent sur le rôle des disponibilités en matière de preuve pour la détermination de la charge et du risque de la preuve (par dérogation à la charge de l'allégation). Dans sa conception (nos 113 et svts), une distinction est faite entre les „charges de la preuve” déterminées par les disponibilités en matière d'épreuve, et le risque de la preuve déterminé en fin de compte également par les probabilités concrètes telles qu'elles se sont développées au cours du procès.

Enfin, l'auteur s'arrête à la charge de la communication incombant à la partie qui ne porte pas la charge de la preuve mais connaît mieux la portée des faits (nos 117-118).

Les considérations générales relatives au droit de la preuve sont clôturées par une analyse de l'autonomie relative du droit procédural de la preuve par rapport au droit procédural matériel. A cet égard, l'auteur défend la thèse que l'exclusion des moyens de preuve acquis de manière illicite n'est pas un principe général du droit de la preuve en droit privé. Il souligne également que les règles d'appréciation de la preuve et de limitation des moyens de preuve à l'endroit de certaines prétentions (*acciones*) ne constituent pas des règles de procédure mais des règles de droit matériel.

Dans la dernière partie du présent article, l'auteur examine l'influence de la bonne foi exclusivement en ce qui concerne l'administration de la preuve (non en ce qui concerne l'appréciation des moyens de preuve, exception faite de l'appréciation du comportement des parties dans l'administration de la preuve). Il examine d'abord les charges de la preuve, c'est-à-dire les charges de se procurer *in tempore utile* les matériaux probatoires (nos 125-131) et ensuite les charges et obligations de la preuve en droit de la procédure, telles les obligations de coopération et de communication (nos 132-133).

ZUSAMMENFASSUNG

TREU UND GLAUBEN IM PROZESSVERFAHREN? DER EINFLUSS VON TREU UND GLAUBEN IM PROZESS- UND BEWEISRECHT

In der Einführung wird das Prinzip von Treu und Glauben beim Handeln (die sogenannte objektive Treue) zunächst vom guten Glauben beim Nicht-Wissen unterschieden (die sogenannte subjektive Treue die eine zu gewissen Rechtsfolgen erforderliche Gesinnung betrifft), und definiert als die Forderung an Parteien die zueinander in einer Rechtsbeziehung stehen, sich darin auch von den berechtigten Interessen der Gegenparteien führen zu lassen. Dieses Prinzip von Treu und Glauben ist zugleich, neben der Forderung an das Verhalten der Parteien, eine Erklärungsregel für den Richter, eine Grundlage für die Bestimmung der Rechtsfolgen gewisser Arten von Rechtsbeziehungen (*iudicium bonae fidei* vs. *iudicium stricti iuris*). In der Einführung wird verteidigt, daß bei allen dem Legalitätsprinzip nicht untergeordneten Rechtsbeziehungen, in denen an sich nicht die Regel sondern der Fall zur Geltung kommt, dieses Prinzip vorherrscht.

Bevor die mögliche Rolle dieses Prinzips im privatrechtlichen Prozeß- und Beweisrecht überprüft wird, werden in dieser Hinsicht die öffentlichrechtliche Beziehung zwischen den Parteien und dem Richter und die privatrechtliche gegenseitige Beziehung zwischen den Prozeßparteien voneinander getrennt (Nr. 5). Die These wird gestellt, daß letztere Beziehung tatsächlich auch durch Treu und Glauben bedingt werden soll (Nr. 5 und 9), und daß dies gegenüber der herkömmlichen Auffassung des subjektiven Rechtes einen grundlegenden Bruch bildet. Auf die herkömmliche Unterscheidung der verschiedenen Funktionen von Treu und Glauben, wie der erklärenden, ergänzenden und einschränkenden Wirkung wird Kritik geübt (Nr. 10). Im ersten Teil werden die Erfordernisse des Treu-und-Glauben-Prinzips hinsichtlich der „prozeßmäßigen“ Beziehung zwischen den Parteien, des Prozeßverhältnisses, ausgearbeitet. Analysiert wird dieses Verhältnis zunächst (Nr. 8) an den relativ autonomen prozessualen Rechten (in ihrem privatrechtlichen Aspekt), nämlich dem Recht zu klagen und andere in einen Prozeß hineinzuziehen und dem Recht sich zu verteidigen und u.a. auch sich nicht immer verteidigen zu müssen (über die Relativität dieser Autonomie wird in Nr. 17 gehandelt). Nachher werden die möglichen Strafmaßnahmen im allgemeinen analysiert, und aufgrund dessen werden Verträge, Verpflichtungen und Obliegenheiten unterschieden (Nr. 11 ff). Die Tatsache, daß gerade bei letzterer Rechtsfigur der obengenannte grundlegende Bruch am deutlichsten zu sehen ist, wird ausführlich dargestellt. Aus diesem Grund werden die prozessualen subjektiven Rechte, nämlich das Recht zu klagen und das Recht sich zu verteidigen, relativiert, gerade weil sie mit solchen teilweise gesetzlich auferlegten, teilweise aufgrund von Treu und Glauben entstandenen Obliegenheiten beschwert werden. Die Mißachtung dieser Lasten wird meistens dadurch sanktioniert, daß die Klage entweder noch nicht oder nicht länger erlaubt werden kann. Auch wenn dazu gesetzliche Regeln vorhanden sind, spielt Treu und Glauben nach Ansicht des Verfassers noch immer eine große Rolle, wie weiter im Beitrag für eine Reihe konkreter Probleme ausführlich dargestellt werden wird. Zunächst wird dies allerdings mehr im allgemeinen behandelt, wobei solche Formen der Unzulässigkeit in einen Zusammenhang mit der Rechtsfigur der Verwirkung gebracht wird. Für die Rechtsverwirkung wird ebenfalls eine kurze Rechtfertigung gegeben.

Als erstes konkretes Problem wird die Unbilligkeit des Prozessierens an sich behandelt (Nr. 21 ff.). Eingegangen wird zunächst auf die für die Klägerschaft geltende Obliegenheit der vorangehenden Inverzugsetzung (Nr. 22), damit der Beklagte die Gelegenheit bekommt ohne Prozeß die Streitigkeit zu lösen, und auf vergleichbare und darüber hinaus gehende Warnungs- und Informationspflichten (Nr. 23). Weiter wird behandelt: die mögliche Verpflichtung zu Verhandlungen und die Bedeutung des Verhandels (Nr. 24-25), die offenbar unberechtigte oder offenbar übertriebene Forderung (Nr. 27), der Mißbrauch bei der Einleitung kollektiver Gerichtsbarkeiten (Nr. 28), das Prozessieren ohne die Absicht dem Richter die Schlichtung des Streitfalls zu überlassen (Nr. 29), die verspätete Erhebung der Klage (Nr. 30), der Verzicht auf einen Prozess und die Rechtsverwirkung (Nr. 31). Schließlich wird gefragt ob das Prozessieren treuwidrig sein kann (Nr. 32).

Die nächste Frage handelt über die Art und Weise der Erhebung der Klage. Ausgangspunkt hierbei ist die Obliegenheit für jede Partei die ausklagbaren Kosten auf die notwendigen oder sinngemäßen Kosten zu beschränken, unter Strafdrohung der Nicht-Ausklagbarkeit. Die nuancierte Darstellung behandelt die Wahl zwischen der Ladung durch Zustellungsurkunde oder durch Bittgesuch (Nr. 33), die Art und Weise der Erhebung einer Gegenklage (Nr. 34) oder ergänzender oder neuer Klagen (Nr. 35), die freiwillige Erscheinung (Nr. 36-37), die ordentliche oder die summarische Rechtspflege (Nr. 38) und die vorläufigen Maßnahmen und die einstweilige Verfügung (Nr. 39).

In den nächsten Nummern (40-42) werden der Mißbrauch des Wohnortes des Beklagten oder das Versäumen eines Gerichtstermins und die hinzugehörenden Untersuchungs-, Informations- und Warnungspflichten besprochen. Nr. 43 betrifft die Unbilligkeit des Erhebungsortes der Klage und spricht von der „*antisuit injunction*“. Nr. 44 behandelt die Unbilligkeit der Erhebung von Sonderklagen und ins besondere der einstweiligen Verfügung.

Nach der Besprechung der Umstände die die Klage unbillig machen, wird in den nächsten Nummern auf die Formen der Unbilligkeit der Einrede eingegangen. Zunächst kommt das verspätete Anrufen berechtigter Verteidigungsmittel an die Reihe, zusammen mit vergleichbaren Informations- und Warnungspflichten, mit einer möglichen Verpflichtung zur Stellungnahme (Nr. 45) und mit einer möglichen Verpflichtung zur Erscheinung und zur Einschränkung des Einspruchsrechtes (Nr. 46).

Nächstes Thema ist die Unbilligkeit bei der Anwendung prozessualer Einwände und der Unzulässigkeitsmittel (Nr. 47-55), wobei besonders eingegangen wird auf das Prinzip der gesetzlichen Reihenfolge, auf die Forderung, daß die Interessen der einwendenden Partei beeinträchtigt worden sind, und auf eine mögliche Schadensersatzpflicht bei Mißbrauch. Ins besondere wird verteidigt, daß auch Unzulässigkeitsmittel nicht in egal welchem Stand des Prozesses angewendet werden können, und daß für diese Anwendung meistens eine Interessenbeschädigung erfordert wird.

Auch andere Formen der unbilligen Einrede werden behandelt, ins besondere die Weigerung eine Rechtssache in kurzen Debatten behandeln zu lassen (Nr. 56) und die offenbar unberechtigte Einrede (Nr. 57).

Die nächste Besprechung gilt das unbillige Verhalten im Laufe des Gerichtsverfahrens. Ein großer Teil dieser Besprechung ist den nicht unter Strafdrohung des Verfalls vorgeschriebenen Gerichtsterminen (Nr. 61-69) gewidmet, wie den Terminen für die Mitteilung von Stücken (Nr. 62), für gewisse Beweismaßnahmen (Nr. 63-64), für Beschlüsse (Nr. 66-69). Ausgearbeitet wird, wie einerseits diese Termine

aufgrund von Treu und Glauben in Verbindung mit einigen gesetzlichen Bestimmungen unbedingt sanktioniert werden müssen, und dies in der Form einer Rechtsverwirkung, aber daß andererseits auch die Einrede im Einklang mit den Erfordernissen von Treu und Glauben erfolgen muß, also rechtzeitig, nicht nach Provokation oder eigenem Versäumen, gegebenenfalls nach Ermahnung. Auch wird verteidigt, daß solange kein Vertrauen von Rechtverzicht geweckt worden ist, auch Interessenbeschädigung erforderlich ist. Diese Prinzipien werden noch deutlicher nuanciert, was die Termine für Beschlüsse betrifft, weil letztere in unserem Prozeßrecht eine besondere Stellung einnehmen. Dabei wird zwischen den ersten Beschlüssen und den ergänzenden Beschlüssen weiter unterschieden, und es wird auf die Lösungen des von der Regierung verfaßten Gesetzentwurfes hingewiesen.

Nach der Besprechung solcher gesetzlich bestimmten oder billigen Termine wird die Frage der Konzentration oder der Aufteilung der Einrede behandelt (Nr. 70-75).

Nachher folgen noch einige andere prozessuale Mitwirkungs-, Warnungs- und Kostenbeschränkungspflichten und die Obliegenheit zur Stellungnahme (Nr. 76-80) wird besprochen. Die Mitwirkungspflicht beim Beweisverfahren wird separat besprochen (Nr. 80 ff). Dabei wird verteidigt, daß Parteien nicht verpflichtet sind, alle möglichen einschlägigen Tatsachen mitzuteilen, aber daß es ihnen wohl verboten ist zu lügen, d.h. bewußt unwahre Tatsachen darzustellen bzw. dargestellte wahre Tatsachen zu leugnen oder bewußt Tatsachen zu verschweigen wenn letzteres — wegen des juristischen Zusammenhangs zwischen den verschwiegenen Tatsachen und den dargestellten Tatsachen — die Darstellung anderer Tatsachen zur Lüge macht (Nr. 81-82). Eine ähnliche Antwort bekommt die Frage ob Parteien dazu gehalten sind alle verfügbaren Beweismittel vorzulegen (Nr. 83). Eingehend behandelt werden die Bedingungen für und die Einschränkungen der Pflicht oder der Obliegenheit für Parteien zur Mitarbeit an der Beweisführung und die richtige Problemstellung hinsichtlich des Konflikts mit dem Berufsgeheimnis. Gestellt wird, daß das Ausmaß und die Einschränkungen der Mitwirkungspflicht bei dem Beweisverfahren größtenteils von der materiellrechtlichen Beziehung zwischen Parteien abhängig ist, und daß diese Fragen aus der Sicht eines solchen Parteienverhältnisses betrachtet werden müssen.

Der erste Teil wird mit einer kurzen Besprechung des Mißbrauchs der Rechtsmittel und der Möglichkeit der Verwirkung der Rechtsmittel abgeschlossen.

Im zweiten Teil werden einige Aspekte der Rolle von Treu und Glauben im privatrechtlichen Beweisrecht besprochen.

Dazu wird das Beweisrecht allerdings zuerst im allgemeinen Rahmen dargestellt, wobei die Beziehung zwischen Beweisrecht und materiellem Recht besprochen wird und der materiellrechtliche Charakter des Beweisrechtes betont wird (Nr. 93) ebenso wie die Tatsache, daß der Gegenstand des Beweises letzten Endes subjektive Rechte betrifft und nicht nur Tatsachen. Das Beweisrecht wird somit vom Beweisprozeßrecht unterschieden (Nr. 95). Letzteres erfordert eine ähnliche Analyse wie die des Prozeßverhältnisses in der Nr. 8. Aus dem materiellrechtlichen Charakter des Beweisrechtes wird abgeleitet, daß die Art der Rechtsbeziehung die Beweisregeln bestimmt, und zu diesem Anlaß wird auf die Bedeutung der Verhandlungsmaxime eingegangen (Nr. 98).

Nach diesem allgemeinen Rahmen werden die unterschiedlichen „Lasten“ in der Beweisführung eingehend behandelt. Zuerst kommt der Klagelast oder Last für die Klägerschaft zur Begründung der Klage mit einem genauen Gegenstand (Nr. 99) an die Reihe, dann der Einredelast oder Last für den Beklagten der Klage zu widerspre-

chen (Nr. 100). Dabei wird gegen die vorherrschende Ansicht eingegangen, hinsichtlich der Aufgabe des Richters bei völliger Säumnis (Säumnis zu erscheinen und zu beschließen), ebenso wie gegen die nach Ansichten des Verfassers dazu im Gegensatz stehende vorherrschende Ansicht hinsichtlich der Aufgabe des Richters bei Säumnis einer wohl konkludierenden Partei (wobei der Verfasser für den Gesetzentwurf zur Reform des richterlichen Gesetzbuches eintritt). Auch der Unterschied zwischen Nicht-Bestreitung und Erkennen wird erörtert.

Die nächste Besprechung gilt den Behauptungslast, den Last für die Klägerschaft zur Strukturierung der Klage durch die Darstellung von Rechtshandlungen denen mit Hilfe einer Rechtsregel die erforderliche Rechtsfolge zugewiesen werden kann, was nach Ansichten des Verfassers keine Zulässigkeitserfordernis sondern eine die Grundstreitigkeit betreffende Beweiserfordernis (Nr. 101) darstellt. Dabei wird betont, daß nicht notwendigerweise die „Entstehungstatsachen“ eines Rechtes dargestellt werden sollen, und daß die Trennungslinie zwischen dem Urteil nach der Tatsache und dem Urteil nach dem Recht nicht im voraus feststeht, sondern auch von den Parteien mitbestimmt wird (Nr. 102). Diese These umfaßt auch eine gewisse Auffassung der „Ursache der Klage“ (Nr. 104).

Gegenpol des Behauptungslastes ist an der Seite des Beklagten der Bestreitungslast in Bezug auf die dargestellten Rechtshandlungen (Nr. 105-106), wobei erneut der Unterschied zwischen Bestreitung, Erkennung und Nicht-Bestreitung betont wird, und auf die Unteilbarkeit der Einrede, ebenso wie auf die widersprüchliche Einrede (Nr. 108) und die Rechtsverwirkung der Einrede (Nr. 109) eingegangen wird.

Als nächster Last wird der „Beweislast“ besprochen. Der Verfasser übt zuerst Kritik auf Art. 870 des Richterlichen Gesetzbuches, eine Bedingung die dem Art. 1315 BGB nicht entspricht, sondern im Vergleich dazu eine Verschlechterung darstellt (Nr. 111). Ins besondere bekämpft der Autor die Gleichschaltung von Beweislast (in Wirklichkeit Beweisrisiko) und Behauptungslast, und er begründet dies in Nr. 112. Dabei wird die Rolle der Beweiseignung zur Bestimmung von Beweislast und Beweisrisiko (in Abweichung von der Behauptungslast) betont. In der eigenen Auffassung (Nr. 113 ff) wird unterschieden zwischen den durch die Beweiseignung bestimmten „Beweislasten“ und dem Beweisrisiko, das letzten Endes durch die konkrete Wahrscheinlichkeit wie sie sich im Prozeß entwickelt hat, mitbestimmt wird.

Schließlich wird auf den Mitteilungslast der nicht-beweisbelasteten Partei, die über den echten Tatbestand besser Bescheid weiß, eingegangen (Nr. 117-118).

Die allgemeinen Betrachtungen über das Beweisrecht werden mit einer Besprechung der relativen Autonomie des Beweisprozeßrechtes gegenüber dem materiellen Prozeßrecht abgeschlossen (Nr. 119-223). Dabei wird u.a. verteidigt, daß der Ausschluß widerrechtlich entstandener Beweismittel kein allgemeingültiges Prinzip des privatrechtlichen Beweisrechtes ist. Auch wird betont, daß Beweisanerkennungsregeln und Regeln die die Beweismittel für gewisse Ansprüche (*actiones*) beschränken, keine prozessualen, sondern materiellrechtliche Regeln darstellen.

Im letzten Teil des Beitrags wird der Einfluß von Treu und Glauben ausschließlich im Zusammenhang mit der Beweisführung (und nicht mit der Anerkennung der Beweismittel, außer der Anerkennung des Verhaltens der Parteien bei der Beweisführung) behandelt. In diesem Teil werden zuerst die Beweislasten behandelt, dies sind die Lasten zur Beschaffung des Beweismaterials *in tempore utile* (Nr. 125-131), und nachher die prozeßrechtlichen Beweislasten und Beweispflichten, wie Mitwirkungs- und Mitteilungspflichten (Nr. 132-133).

SUMMARY

BONA FIDES IN LEGAL PROCEEDINGS? THE ROLE OF BONA FIDES IN THE LAW RELATING TO COURT PROCEDURE AND EVIDENCE

In the introduction, a distinction is drawn between bona fides relating to actions (i.e. the so-called „objective” bona fides) and bona fides arising from ignorance (i.e. the so-called „subjective” bona fides, which concerns a certain attitude required in respect of certain legal consequences), and is defined as the requirement that parties who are involved in a legal relationship should be guided in so doing by the legitimate interests of the other party. In addition to being a requirement in respect of the parties’ conduct, this type of bona fides is also a rule of interpretation for the courts and a fundamental principle for the determination of the legal consequences of certain types of legal relationship (*iudicium bonae fidei* vs. *iudicium stricti iuris*). In the introduction, the thesis is defended that this principle governs all legal relationships which are not subject to the legality principle, and in which it is not the rule, but the facts of the case which must be highlighted.

Before assessing the role which this principle could play in the private law of procedure and evidence, a distinction is made in this area between the relationship at public law between the parties and the court, and the relationship at private law between the parties in a lawsuit (No. 5). It is maintained that the latter relationship must be governed by, *inter alia*, the bona fides principle (Nos. 5 and 9) and that this represents a fundamental departure from the traditional approach towards subjective rights. Criticism is levelled at the traditional distinction between the various roles of the bona fides principle, such as its interpretative, complementary and restrictive effects (No. 10).

In Part I, the requirements of bona fides are formulated to the extent that these concern the „procedural” relationship between the parties. This relationship is analysed in the first instance (No. 8) in the light of the relatively autonomous procedural rights (as regards their private law aspect), i.e. the right to institute actions, to involve other parties in a lawsuit, the right to defend one’s self and the right not to have to defend one’s self (the relative independence of this right is also dealt with under No. 17). This is followed by a general analysis of the penalties which could be imposed, and, in the light thereof, a distinction is drawn between obligations, duties and burdens (Obliegenheiten) (No. 11 et seq.). It is considered that it is precisely in the last-named concept that the said fundamental departure is at its most tangible. This serves as a basis for putting into perspective the procedural subjective rights, i.e. the right to bring actions and the right to defend one’s self, precisely because they are subject to such burdens as are imposed in part by law, in part by the bona fides principle. In most cases, failure to observe these burdens is sanctioned by the fact that the action cannot or can no longer be brought. Even where there are applicable statutory rules, bona fides continues to play, in the opinion of the author, a major role, the implications of which for a number of concrete problems are dealt with in the latter half of this contribution. First, however, this question is examined in a general fashion, establishing a link between such forms of inadmissibility and the concept of equitable estoppel. A short justification of equitable estoppel is also given.

The first concrete problem to be examined is the question of unreasonable actions (No. 21 et seq.). The first aspect of this question to be examined is the burden imposed on the plaintiff to serve notice (No. 22), to give the defendant another opportunity to solve the dispute without court proceedings, as well as comparable and further-reaching duties to provide notice and information (No. 23). Subsequently, the possibility of a duty to negotiate and the role of negotiations (No. 24-25), the manifestly unfounded or manifestly exaggerated action (No. 27), abuse of legal proceedings committed in bringing collective actions (No. 28), bringing actions without having the intention to allow the court to take a decision (No. 29), bringing actions beyond the set deadline (No. 30) and waiver of the proceedings (No. 31) are all dealt with. Finally, the question is asked whether not to bring proceedings can be contrary to the bona fides principle (No. 32).

The question which is examined next is that of the manner of bringing an action. The basis for this examination is the duty incumbent on each party to restrict recoverable costs to what is strictly necessary, or to the „effective costs”, on penalty of non-recoverability. An attempt is made to make a sophisticated analysis of the problem in relation to the choice between summons made by process server or by court application (No. 33), the manner in which the counterclaim is instituted (No. 34), additional or new claims (No. 35), voluntary appearance (Nos. 36-37), normal or accelerated proceedings (No. 38) and provisional measures and summary proceedings (No. 39).

The following paragraphs (Nos. 40-42) deal with the question of abuse of the residence of the summoned party, or the abuse committed in obtaining a judgment in absentia, as well as the duties of investigation, information and advance notice which are thereby involved. No. 43 concerns the question of the unreasonableness of the location in which the action is brought and makes reference to the concept of „antisuit injunction”. No. 44 deals with the unreasonableness of instituting certain types of action, i.e. summary proceedings.

Following this analysis of the circumstances which make bringing actions unreasonable, the next few paragraphs concern various types of unreasonable defence. Attention is focused initially on the late reliance upon well-founded grounds of defence and comparable duties of information and advance notice; mention is even made of the possibility of a duty to adopt a position (No. 45) or that of a duty to appear, as well as restricting the right to raise objections (No. 46).

Subsequently, unreasonableness in raising procedural pleas and grounds of inadmissibility (Nos. 47-55); here, the question of having an established or arbitrary order of grounds of defence, the requirement that the interests of the party raising the ground must have been prejudiced, and the possibility of damages in case of abuse, are all examined. In particular, the thesis is defended that even grounds of inadmissibility may not be raised at any stage of the proceedings whatsoever, and that in order to be able to raise these grounds, there must also have been an infringement of interests.

Other forms of unreasonable defence are subsequently dealt with, i.e. a refusal to allow a case to be dealt with by means of shortened debates (No. 56) and manifestly unfounded defence (No. 57).

The following subject to be discussed concerns unreasonable conduct in the course of the suit. A considerable part of the discussion is devoted to the deadlines which are not imposed on penalty of cancellation (Nos. 61-69), such as deadlines for the presentation of documents (No. 62), for certain measures relating to evidence

(Nos. 63-64) and to present submissions (Nos. 66-69). It is established that, on the one hand, these deadlines must definitely be sanctioned on grounds of bona fides combined with several statutory provisions, i.e. by some form of equitable estoppel, but that, on the other hand, the raising thereof must also comply with the requirements of bona fides, i.e. within the prescribed deadlines, not after provocation or the defendant's own negligence; possibly after summons. The thesis is also defended that as long as no illusion of waiver of rights is created, an infringement of interests is also required. These principles are qualified even more as regards the deadlines for presenting submissions in view of the special place occupied by submissions in our procedural system. Here, a further distinction is drawn between the first submissions and the additional submissions, and attention is drawn to the solutions presented by the draft law submitted by the Government.

After a discussion of this type of statutorily determined or reasonable deadlines, the question of the concentration or separation of defence proceedings is dealt with (Nos. 70-75).

This is followed by a discussion of certain other procedural duties of co-operation, notice and limitation of costs, as well as the burden of adopting a certain position (Nos. 76-80). The duty to co-operate with the provision of evidence is dealt with separately (No. 80 et seq.). In this discussion, the thesis is defended that the parties are not compelled to communicate all facts which could possibly be material to the case, but that they are prohibited from lying, i.e. to put forward facts of which they are aware that they are untrue, or to deny facts which have been established as being true, or even consciously to omit facts where to do so transforms other facts communicated into lies (Nos. 81-82). A similar reply is given to the question whether the parties are compelled to submit all the evidence at their disposal (No. 83). Closer attention is given to the conditions for and the limitation of the duty of the parties to co-operate with the evidence before the court, and to the exact nature of situations in which there is a conflict with the professional duty of confidentiality. It is felt that the extent and the limitations of the duty to co-operate in the provision of evidence is to a large extent dependent on the material relationship between the parties, and that these questions must be considered from the viewpoint of this relationship between the parties.

Part I concludes with a short discussion of the misuse of remedies and the possibility of equitable estoppel.

Part II examines a number of aspects of the role played by the bona fides principle in the private law of evidence.

To this end, however, the general framework of the law of evidence is outlined in the first instance, including a discussion of the relationship between the law of evidence and the substantive law nature of the law of evidence (No. 93), as well as the fact that the subject-matter of evidence ultimately concerns subjective rights, and not only facts. A distinction is drawn between the law of evidence and the procedural law of evidence (No. 95). The latter requires an analysis which is very similar to that of the procedural relationship in No. 8. On the basis of the substantive law nature of the law of evidence, it is established that the nature of the legal relationship determines the rules of evidence; in the light of this, the role of the principle of party presentation is examined (No. 98).

This general outline is followed by an examination of the various „duties” involved in the production of evidence. First, we have the burden of bringing an action, or the burden on the plaintiff to formulate an action with a well-defined object

(No. 99), as well as the burden of defence, i.e. the burden on the defendant to rebut the action (No. 100). In so doing, criticism is levelled at the prevailing opinion concerning the task of the courts in case of total absence of one of the parties (i.e. failure to appear and failure to present submissions), and at the prevailing approach, which according to the author contradicts the former, concerning the task of the courts when one of the parties fails to appear but has presented submissions (here, the author gives his support to the draft law seeking to reform the code of civil procedure). In addition, the distinction between a failure to challenge and recognition is clarified.

The next burden to be discussed is the burden of claim, i.e. the burden imposed on the plaintiff to give substance to the action by producing legally relevant facts, to which the legal consequence claimed can be attributed in the light of the legal rule. According to the author, this is no condition of admissibility, but a condition of evidence, and consequently it concerns the dispute which underlies the action (No. 101). Here, it is emphasized that it is not necessarily the „conditions giving rise to the right” which must be put forward, and that the dividing line between judgment as of fact and a judgment at law is not a predetermined one, but is determined by, amongst others, the courts (No. 102). This thesis also implies a certain approach towards the cause of the action (No. 104).

The opposite side of the burden of claim on the part of the defendant is the burden of challenging the legally relevant facts established (Nos. 105-106), emphasizing once again the distinction between the act of challenging, that of recognizing and that of failing to challenge. Also, the indivisible nature of the defence, as well as the contradictory defence (No. 108) and the equitable estoppel in relation to the defence (No. 109) are pointed out.

The next burden to be discussed is the burden of proof. The author first proceeds to criticize Article 870 of the Judicial Code, being a provision which does not correspond to Article 1315 of the Civil Code, but constitutes a worsening of the legal position in relation to the latter (No. 111). More particularly, the author challenges the fact that the burden of proof (which in fact amounts to the risk of evidence) and the burden claim are placed on the same footing, and gives his reasons for this viewpoint in No. 112. In so doing, he emphasizes the role of the suitability for evidence in determining the burden and risk of proof (departing from the burden of claim). In the author's own opinion (No. 113 et seq), a distinction is drawn between the „burdens of proof” which are determined by the suitability for evidence, and the risk of proof, which ultimately is also determined by the concrete probability as it arises from the court action.

Finally, attention is given to the duty to communicate incumbent on the party which does not have the burden of proof, who has a better insight into the actual truth of the matter (Nos. 117-118).

The general observations on the law of evidence are concluded with a discussion of the relative autonomy of the law procedure in relation to evidence compared to the substantive law of evidence (Nos. 119-123). Here, the thesis is defended that the exclusion of unlawful acts from the production of evidence does not constitute a general principle of the private law of evidence. Emphasis is also placed on the rules of evidence evaluation and rules which restrict evidence to certain claims (actiones) do not constitute procedural rules, but rules of substantive law.

In the final part of the contribution, the influence of bona fides is dealt with exclusively in relation to the production of evidence (and not in relation to the

evaluation of the evidence, except for the evaluation of the parties' conduct during the production of evidence). In this part, the burdens of proof are examined in the first instance, i.e. the burdens which consist in providing documentary evidence *in tempore utile* (Nos. 125-131) and subsequently the procedural burdens of proof and duties of evidence, such as the duty to co-operate and the duty to communicate (Nos. 132-133).

RESUMEN

¿LA BUENA FE EN TELA DE JUICIO? LA INFLUENCIA DE LA BUENA FE EN EL DERECHO PROCESAL Y EL DERECHO DE LA PRUEBA

En la introducción, primero se distingue la buena fe de la acción (la llamada buena fe objetiva) de la buena fe de la ignorancia (la llamada buena fe subjetiva, que concierne a una inclinación, necesaria para ciertos efectos jurídicos), y se describe como la exigencia que las partes que se encuentran en una relación jurídica también se dejen guiar en esta relación por los intereses justificados de la parte contraria. Aparte de ser una exigencia a la conducta de las partes, esta buena fe es al mismo tiempo una regla de interpretación para el juez, un principio básico para la determinación de los efectos jurídicos de ciertos tipos de relaciones jurídicas (*iudicium bonae fidei contra iudicium stricti iuris*). En la introducción, se defiende que este principio domina todas las relaciones jurídicas que no estén sujetas al principio de la legalidad, y donde por tanto no es la regla, sino que es el caso lo que debe ser realizado.

Por consiguiente, antes de averiguar cuál es el papel posible de este principio en el derecho privado procesal y el derecho privado de la prueba, se hace en esta materia una distinción entre la relación de derecho público entre las partes y el juez y la relación de derecho privado entre partes litigantes mutuamente (nº 5). Se afirma que, en efecto, esta última relación tiene que ser dominada también por la buena fe (nº 5 y 9), y que esto significa una ruptura fundamental con la concepción tradicional del derecho subjetivo. Se critica la distinción tradicional de diferentes funciones de la buena fe, tales como el efecto exegetico, supletorio y restrictivo (nº 10).

En la primera parte, se elaboran las exigencias de la buena fe en lo que atañe a la relación „procesal” entre partes, la „relación en el proceso”. Esta relación es analizada primero (nº 8) a partir de los derechos procesales relativamente autónomos (bajo su aspecto de derecho privado), es decir el derecho de iniciar un procedimiento judicial y entre otros el de implicar a otras personas en un proceso, el derecho a la defensa y entre otros también la facultad de renunciar a la propia defensa (todavía se trata de la autonomía relativa de este punto en el nº 17). A continuación, se analizan las sanciones posibles en general, y sobre esta base se hace una distinción entre obligaciones, deberes y cargas (*Obliegenheiten*) (nº 11 y siguientes). Se desarrolla que es precisamente en esta última figura donde se pone más de manifiesto la ruptura fundamental citada. En virtud de eso, se demuestra la relatividad de los derechos subjetivos procesales, o sea el derecho de iniciar un procedimiento judicial y el derecho de defenderse, precisamente porque están

gravados de tales cargas, impuestas en parte por la ley y en parte en virtud de la buena fe. La desestimación de esas cargas está normalmente sancionada de tal manera que la demanda es prematura, o bien que ya no puede ser admitida por el transcurso del tiempo. Aun cuando haya normas jurídicas al efecto, el autor opina que la buena fe sigue desempeñando un papel importante, lo que será elaborado para algunos problemas concretos más adelante en el artículo. Pero primero esta problemática es desarrollada en términos generales, con lo cual se establece una relación entre tales formas de inadmisibilidad y la figura de la prescripción de un derecho. También se da una breve justificación de la prescripción de un derecho.

Como primer problema concreto, se trata del carácter irrazonable del procedimiento como tal (nº 21 y siguientes). En este contexto, primero se examina la carga que tiene el demandante de denunciar en primer lugar la mora (nº 22), de darle al demandado aún la oportunidad de transigir, y también se examinan deberes de aviso y de información comparables y progresivos (nº 23). Luego se discuten un eventual deber de negociar y la significación de negociaciones (nº 24-25), la demanda manifiestamente infundada o manifiestamente exagerada (nº 27), el abuso al entablar procedimientos colectivos (nº 28), el proceder sin la intención de dejar resolver el litigio por el juez (nº 29), el entablar con retraso una demanda (nº 30), el desistimiento y la prescripción de un litigio (nº 31). Finalmente, también se hace la pregunta si la renuncia a la acción puede ser contraria a la buena fe (nº 32).

El problema tratado a continuación concierne a la manera de presentar la demanda. El punto de partida es la carga que tiene cada parte de limitar los gastos recuperables a los gastos necesarios o útiles, so pena de ser irre recuperables. Se intenta desarrollar este problema de manera matizada para la elección entre la citación por notificación de ujier o por petición (nº 33), la manera de entablar una reconvencción (nº 34) o demandas nuevas o supletorias (nº 35), la comparecencia voluntaria (nº 36-37), el procedimiento ordinario o sumario (nº 38) y las medidas provisionales y el procedimiento judicial de urgencia (nº 39).

En los párrafos siguientes (nº 40-42), se habla del abuso del domicilio del demandado o la rebeldía, y de los deberes de investigación, de información y de aviso consiguientes. El nº 43 trata del carácter irrazonable del lugar donde se entabla la demanda y habla de la „antisuit injunction”. En el nº 44, se discute de lo irrazonable que es el entablar tipos especiales de demandas, más en particular el procedimiento judicial de urgencia.

Después de esta discusión de las circunstancias que hacen que sea irrazonable reclamar, los puntos siguientes tratan de las formas irrazonables de la defensa. A este respecto, se trata en primer lugar del tema de invocar tardíamente motivos fundados para la defensa y de los deberes de comunicación y de aviso comparables, incluso de un deber posible de adoptar una postura (nº 45) y de un deber de comparecer y de la limitación del derecho a formular oposición (nº 46).

Luego, se discute el aspecto irrazonable al oponer excepciones procesales y medios de inadmisibilidad nº 47-55), y se entra más en particular en la cuestión del orden fijo o arbitrario de los motivos de la defensa, en el requisito que los intereses de la parte que los opone esten perjudicados, y en la posibilidad de ser sujeto a daños y perjuicios en caso de abuso. Con mayor concreción, se defiende que los motivos de inadmisibilidad no pueden ser opuestos en cualquier momento procesal de la causa y que para esa oposición, generalmente también se exige que existan intereses opuestos.

A continuación, se pone sobre el tapete otras formas de defensa irrazonable, así

la obstrucción del procedimiento (nº 56) y la defensa manifiestamente infundada (nº 57).

La siguiente discusión versa sobre la conducta irrazonable durante la causa. Gran parte de esa discusión está dedicada a los plazos pendientes de vencimiento (nº 61-69), tales como plazos para la exhibición de documentos (nº 62), para ciertas actuaciones probatorias (nº 63-64), y para presentar las conclusiones (nº 66-69). Se explica que, por una parte es cierto que estos plazos tienen que ser sancionados en virtud de la buena fe en combinación con algunas disposiciones legales, y esto con una forma de prescripción jurídica, pero que por otra parte hay que oponerlos en conformidad con las condiciones de la buena fe, o sea a tiempo, no después de provocación o negligencia propia, eventualmente tras un requerimiento. Se defiende igualmente que, mientras no se cree confianza de renuncia a un derecho, se exiga también que existan intereses opuestos. Estos principios aún se matizan más en cuanto a los plazos para concluir, dado el lugar particular que ocupan las conclusiones en nuestro derecho procesal. Sigue la distinción entre las primeras conclusiones y las conclusiones supletorias y se señalan las soluciones del proyecto de ley redactado por el gobierno.

Después de la discusión de tales plazos razonables o fijados por la ley, se trata la cuestión de la concentración o de la división de la defensa (nº 70-75).

Después, aún se tratan algunos otros deberes procesales de cooperación, de aviso y de limitación de los gastos y también se habla de la carga de adoptar una postura determinada (nº 76-80). El deber de cooperación en la argumentación se discute separadamente (nº 80 y siguientes). Se defiende que las partes no están obligadas a comunicar todos los posibles hechos pertinentes, pero que si les está prohibido mentir, o sea afirmar conscientemente hechos falsos o negar hechos verdaderos afirmados, o bien silenciar a sabiendas hechos cuando esto — debido a la relación jurídica entre los hechos silencio — dos y los hechos afirmados — hace que el haber afirmado otros hechos sea mentira (nº 81-82). Una respuesta similar se da a la pregunta si las partes están obligadas a presentar todos los elementos de prueba de que disponen (nº 83). Se ahonda en las condiciones para y las limitaciones del deber o carga de las partes de cooperar en la argumentación, y en el planteamiento exacto en cuanto al conflicto con el secreto profesional. Se afirma que el alcance y las limitaciones del deber de cooperación durante la argumentación dependen en su mayor parte de la relación del derecho material entre partes, y que es a partir de esta relación entre partes que tienen que ser consideradas esas preguntas.

La primera parte se termina con un breve comentario del abuso de recursos legales y la posibilidad de prescripción de recursos legales.

En la segunda parte, se comentan algunos aspectos del papel de la buena fe en el derecho privado de la prueba.

Pero a este respecto, primero se esboza un cuadro general del derecho de la prueba, en que se comenta la relación entre el derecho de la prueba y el derecho material y en que se acentúa el carácter material del derecho de la prueba (nº 93) así como el hecho que el objeto de la prueba atañe finalmente a derechos subjetivos y no sólo a hechos. Por consiguiente, el derecho de la prueba se distingue del derecho procesal de la prueba (nº 95). Este necesita un análisis, muy similar al análisis de la relación en el proceso del nº 8. Del carácter material del derecho de la prueba se deduce que el índole de la relación jurídica determina las reglas de la prueba, y con motivo de eso se toma en consideración la significación del principio de disposición (nº 98).

Después de este cuadro general, se entra en las distintas „cargas” en la argumenta-

ción . Primero se plantea la carga de la demanda o carga para el demandante de formular una demanda con un objeto preciso (nº 99), así como la carga de la defensa o carga para el demandado de contradecir la demanda (nº 100). A este respecto, se reacciona contra la idea general sobre la misión del juez en caso de rebeldía total (rebeldía por falta de comparecencia y por falta de conclusiones), así como contra la idea general, según el autor contraria a la primera, acerca de la misión del juez en caso de rebeldía de una parte que sí ha concluido (el autor apoyando el proyecto de ley de reforma del Código judicial). También se explica la distinción entre „no impugnar” y „reconocer”.

La carga siguiente de que se discute es la carga de la alegación, la carga para el demandante de estructurar la demanda, alegando (afirmando) hechos jurídicos, a los cuales se puede otorgar el cumplimiento jurídico pedido mediante una ley, lo que según el autor no es una exigencia de admisibilidad, sino una exigencia de la prueba, por lo que concierne al litigio original (nº 101). Se recalca en este contexto que no hay que afirmar necesariamente los „hechos de génesis” de un derecho, y que la línea divisoria entre el juicio de hecho y el juicio de derecho no está trazada de antemano, sino que es determinada entre otros por las partes (nº 102), y esta tesis también implica una concepción determinada del „motivo de la demanda” (nº 104). El polo opuesto a la carga de la alegación por parte del actor es la carga de la contestación de los hechos afirmados (nº 105-106), donde de nuevo se subraya la distinción entre impugnar, reconocer y no impugnar, y se entra en la indivisibilidad de la defensa, así como en la defensa contradictoria (nº 108) y la prescripción de la defensa (nº 109).

La carga siguiente de que se discute es la „carga de la prueba”. Primero, el autor hace una crítica sobre al art. 870 del Código judicial, disposición que no concuerda con el art. 1315 del Código civil, sino que, en comparación, redundante en una regulación menos satisfactoria (nº 111). El autor combate en particular la equiparación de la carga de la prueba (en realidad, riesgo de la prueba) y de la carga de la alegación, y justifica su punto de vista en el nº 112. Haciendo esto, acentúa el papel de la utilidad de la prueba para determinar la carga de la prueba y el riesgo de la prueba (a diferencia de la carga de la alegación). En su propia interpretación (nº 113 y siguientes), hace una distinción entre las „cargas de la prueba” determinadas por la utilidad de la prueba, y el riesgo de la prueba, que finalmente está determinado asimismo por la probabilidad concreta tal como se ha formado durante el proceso. Finalmente, se trata la carga de comunicación de la parte a quien no corresponde la carga de la prueba, y que conoce mejor los hechos ocurridos (nº 117-118).

Las consideraciones generales sobre el derecho de la prueba se terminan con una discusión de la autonomía relativa del derecho procesal de la prueba frente al derecho procesal material (nº 119-123). Se defiende entre otros que la exclusión de medios de prueba obtenidos indebidamente NO es un principio general de derecho subjetivo de la prueba. También se subraya que las reglas de apreciación de la prueba y las reglas que limitan los medios de prueba para ciertas pretensiones (acciones), no constituyen reglas procesales, sino reglas de derecho material.

En la última parte de la contribución, se trata de la influencia de la buena fe únicamente con respecto a la argumentación (y no con respecto a la apreciación de los medios de prueba, salvo la apreciación de la conducta de las partes durante la argumentación). En esta parte, se tratan primero las cargas de la prueba, o sea las cargas de procurarse documentos justificativos *in tempore utile* (nº 125-131), y luego las cargas de la prueba y los deberes de la prueba del derecho procesal, tales como deberes de cooperación y de comunicación (nº 132-133).