HET AMBTSHALVE AANVULLEN VAN RECHTSGRONDEN*

door

E. KRINGS
Gewoon Hoogleraar V.U.B.
Eerste Advocaat-Generaal
bij het Hof van Cassatie

B. DE CONINCK
Assistente R.U.G.
Advocaat

1. Zoals verder uit de uiteenzetting zal blijken, bestaat er in België geen enkele wetsbepaling die het vraagstuk uitdrukkelijk regelt.

Dit neemt niet weg dat zowel rechtspraak als rechtsleer de problemen die ermede verband houden meestal hebben opgelost aan de hand van beginselen die de civiele rechtspleging beheersen. Bedoeld is enerzijds het beginsel van het ,,*accusatorisch karakter van de civiele rechtspleging*'' en anderzijds het beginsel van de ,,*eerbiediging van de rechten van de verdediging*''.

Daarom is het van belang eerst die beginselen nader te bepalen, om daarna de gevolgen die eruit voortvloeien te bespreken.

Het eerste beginsel dient wat uitgebreider te worden behandeld, omdat het wel eens aanleiding geeft tot verwarring en de grondslag ervan minder goed afgetekend is.

Het tweede beginsel is wellicht beter bekend en het zijn veeleer de toepassingen ervan in verband met het onderwerp van deze studie die nader zullen moeten bepaald worden.

1. Het beginsel: de Belgische civiele rechtspleging is accusatorisch - Quid?

2. Ter inleiding van het hoofdstuk gewijd aan de civiele rechtspleging, in het rapport over het ontwerp van Gerechtelijk Wetboek, schreef de Koninklijke Commissaris, Stafhouder Van Reepinghen: ,,De leiding van het geding door de partijen is een *postulaat* van ons gerechtelijk recht en de practici van dit land zijn eraan gehecht''... ,,In de accusatorische rechtspleging komt het burgerlijk geding voort uit de wil van de partijen. De eiser leidt het in op de gronden die hij heeft gekozen. Hij ziet ervan af behalve bij uitzondering, zonder verlof van de rechter, aan wie het overigens verboden is het voorwerp of de oorzaak van de vordering te veranderen. Heeft hij zich vergist in de termen van de betwisting dan staat het niet aan de rechter hem er andere te suggereren; hij kan geen uitspraak doen over minder noch over meer dan hem gevraagd wordt, noch op

*Preadvies uitgebracht op de jaarvergadering van de Vereniging voor de vergelijking van het recht in België en Nederland, te Gent op 27-28 november 1981.

andere gronden; het geding is buiten hem om vastgesteld. Zonder twijfel kan hij, eens de vordering ingeleid, niet vrij nalaten ze te berechten en enig initiatief is aan zijn oordeel overgelaten. Hij zal ambtshalve een vordering die niet strookt met de openbare orde niet toelaten en hij zal ook, zelfs als de ene partij ze niet inroept, het verval van recht of de nietigheid vaststellen die voortvloeien uit de regels of substantiële formaliteiten die er verband mee houden. Aldus bijvoorbeeld, de laattijdigheid van een beroep, daar het niet in de macht ligt van de particulieren de termijnen van de rechtsmiddelen te wijzigen''(1).

Meteen was daarmee een mijlpaal geplaatst voor de ontworpen hervorming van het procesrecht en werd tevens een poging gedaan tot begripsomschrijving.

3. Dat betekent evenwel niet dat die bepaling vrij te pleiten was van elke dubbelzinnigheid. Wat dient immers te worden verstaan onder ,,leiding van het geding''?

Wellicht komt die beschrijving nauwkeuriger voor in het tweede deel van het even aangehaalde citaat. De belangrijkste aspecten van de accusatorische rechtspleging worden erin vermeld: het geding komt voort uit de wil van de partijen; de eiser bepaalt de gronden waarop de eis is gesteund; de eiser alleen kan afstand doen van het geding.

Daartegenover staat de zogenaamde lijdelijkheid van de rechter, die ook wordt omschreven: de rechter is door de ,,termen'' van het geding gebonden; hij kan geen uitspraak doen over minder noch over meer dan wat werd gevraagd; ook niet op andere gronden; het is hem verboden het voorwerp of de oorzaak van de vordering te wijzigen; hij is verplicht uitspraak te doen(2).

Tussenin ligt zowel voor de rechter als voor de partijen een grote speelruimte open die o.m. omvat: de verplichting voor de rechter om de niet toelaatbaarheid van de vordering vast te stellen, als ze niet strookt met de openbare orde, om de nietigheid en het verval, die de openbare orde raken, ook ambtshalve uit te spreken, o.m. in verband met de termijnen voor het instellen van rechtsmiddelen, enz...(3).

4. Hoe belangrijk de aldus uitgebrachte mening in de gegeven omstandigheden ook was, er mag, bij de beoordeling ervan, niet uit het oog worden verloren dat het niet de plaats was om het onderwerp *ex cathedra* in den gronde te bespreken en wetenschappelijk vast te leggen.

---

(1) *Parl. St.*, Senaat, 1963-64, nr. 60, 157-158.

(2) HEBRAUD en RAYNAUD, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1955, 699-703.

(3) Vgl. de artikelen 862 en 865 Ger. W.

Het voornaamste is wellicht dat elk woord ten deze met de grootste nauwkeurigheid moet gebezigd worden.

Wat wordt er verstaan onder ,,leiding van de partijen''; ,,gronden'', ,,voorwerp en oorzaak van de eis''; ,,termen van de betwisting'', enz... ?

Dat is precies wat scherp dient onderzocht te worden als men de juiste draagwijdte van het begrip ,,accusatorische of inquisitoriale rechtspleging'' wil bepalen en de gevolgen daarvan verder wil ontleden.

Vooraleer de inhoud van de instellingen te onderzoeken is het nodig de daarmee verband houdende terminologie nader te bepalen.

5. De woorden ,,accusatorisch'' en ,,inquisitoriaal'' worden meestal tegenover elkaar geplaatst.

Er is echter een derde uitdrukking, die naar ons oordeel de grondslag van die instellingen uitmaakt en in de Italiaanse alsook, hoewel veel minder, in de Franse rechtsleer gebruikelijk is: het ,,*principio dispositivo*'' of ,,*principe dispositif*'' (4).

Die uitdrukking wijst erop dat *het recht* waarvan de partij de uitvoering vraagt, *haar eigen is*, dat zij bezitster ervan is en dat zij alléén erover mag beschikken.

Het inleiden van een vordering is een daad van beschikking die alleen de bezitter van het recht kan stellen en waartoe hij overigens bekwaam moet zijn. Door het instellen van de vordering heeft hij zijn *rechts*vordering uitgeoefend en door het vonnis gaat die rechtsvordering definitief te niet.

Het ligt in de lijn van dat beschikkingsrecht dat alléén de bezitter ervan bepaalt of en hoe hij het aanwendt, tegenover wie en binnen welke perken hij zulks doet. Het belangrijkst is hier wellicht de beslissing *of* hij het aanwendt. Hij kan niet gedwongen worden de vordering in te stellen. Hij alleen beslist daarover.

Dezelfde beschouwingen gelden ook voor de tegenpartij. Zij alleen bepaalt in hoeverre de vordering haar rechten ter betwisting brengt, of zij daarmee instemt, hoe zij haar eigen rechten zal doen gelden, enz...

Er is dus een rechtsverhouding tussen twee partijen, en in die verhouding mag niemand indringen, hetzij in het belang van de ene, hetzij in het belang van de andere.

Nu betekent het ,,*principe dispositif*'' dat elke inmenging van de overheid in die verhouding uitgesloten is. Alleen de partijen beschikken erover.

---

(4) VIZIOZ, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1947, 79, nr. 1; MOTULSKY, ,,Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle: le respect des droits de la défense en procédure civile'', ,,*Mélanges Roubier*'', p. 190; RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, p. 46 e.v.; ANDRIOLI, *Commento al Codice di procedura civile*, 1961, I, 321-323; RIGAUX, noot, *R. C. J. B.*, 1973, 239 e.v.

Dit kunnen zij doen o.m. door een dading te treffen, door hun geschil aan een scheidsgerecht te onderwerpen.

Hieraan kan de wetgever evenwel perken stellen, door de tussenkomst van een Staatsgerecht verplicht te maken, d.w.z. dat zowel dading als scheidsgerecht uitgesloten zijn. Men denke o.m. aan echtscheiding, nietigheid van huwelijk, enz... (5).

Maar zelfs wanneer de partijen zich tot het Staatsgerecht wenden, vrijwillig of verplicht, dan blijft niettemin het beschikkingsrecht van de partijen gewaarborgd. Zij beslissen vrij waar, wanneer, hoe en tegen wie zij de vordering zullen instellen. Dit is dan de accusatorische aard van de rechtspleging, d.w.z. dat de partijen het meesterschap over de uitoefening van de rechtsvordering behouden.

Hieruit mag wellicht blijken dat de accusatorische rechtspleging slechts de belichaming is, op processueel vlak, van het „*principe dispositif*" dat een meer algemeen beginsel uitmaakt.

6. Daartegenover staat dan de inquisitoriale rechtspleging, die integendeel afbreuk doet aan het vrij beschikkingsrecht van de partijen en in die verhouding indringt om een regeling *op te leggen*, om bepaalde rechten, rechtstoestanden of rechtsverhoudingen te regelen, soms tegen de wil van de partijen in. De bescherming die hier echter geboden wordt ligt in het optreden van de rechterlijke macht, wier onafhankelijkheid en onpartijdigheid gewaarborgd zijn.

De inquisitoriale rechtspleging wordt aldus steeds ingesteld vóór of zelfs door de rechter.

Zij is dan ook de tegenhanger van het „*principe dispositif*", eerder dan van de accusatorische rechtspleging, die slechts een bepaald aspekt van het „*principe dispositif*" uitmaakt.

Aan de hand van dit onderscheid is het makkelijker de gevolgen te bepalen die met beide rechtsinstituten verbonden zijn.

Vermits het vraagstuk dat ons bezighoudt uitsluitend binnen de perken van het geding blijft zullen we verder alleen over de accusatorische rechtspleging handelen, maar met dien verstande dat deze rechtspleging beheerst wordt door de inhoud van het beginsel dat de grondslag ervan uitmaakt: het beschikkingsrecht van de partijen (of „*principio dispositivo - principe dispositif*").

Het inleiden van de vordering vóór een Staatsgerecht, d.i. in elk geval een tak van het Staatsgezag, brengt onvermijdelijk mee dat dit gezag zich in de regeling van de rechtsverhouding tussen partijen inmengt.

---

(5) Vgl. art. 1676 Ger. W. inzake arbitrage.

De vraag is dus, hoe het evenwicht wordt bereikt of bepaald tussen het beschikkingsrecht van de partijen en de noodzakelijke tussenkomst van de rechter. In hoeverre wordt het beschikkingsrecht van de partijen ingeperkt door het optreden van de rechter?

Hier moet dan op twee aspekten van het vraagstuk worden gelet:

a. de partijen doen vrijwillig een beroep op de rechter. Niemand dwingt hen daartoe.

b. is het geschil eenmaal bij de rechter aanhangig, dan moet hij zijn ambt uitoefenen. Dat is zijn plicht, op straffe van rechtsweigering(6).

Tussen deze twee polen moet derhalve het evenwicht worden gezocht en bepaald.

Laat ons nu aan de hand van deze korte beschouwingen het vraagstuk verder uitdiepen.

7. Men is het erover eens, dat bij de accusatorische rechtspleging de *inleiding van de vordering* steeds en uitsluitend bij de partijen berust(7).

Wat betekent ,,inleiding van de vordering''?

a. In de eerste plaats dat het initiatief om de zaak voor de rechter te brengen uitsluitend bij de partijen berust. De rechter neemt niet uit eigen beweging kennis van de zaak. Hij wordt door de partijen met de zaak belast.

Dit is immers doorslaggevend: door het feit dat hij door partijen wordt belast, staat hij buiten het geding. Hij treedt niet tegen een partij op. Hij hoort beide partijen aan die vóór hem op volstrekt gelijke voet staan. Hij wordt geacht niet bevooroordeeld te zijn.

Die regel geldt, in principe, in elk geval, ongeacht de partijen die bij het geding worden betrokken. Hij geldt o.m. ook wanneer enig overheidslichaam (Staat, Gemeenschap, Gewest, Provincie, Gemeente, parastatale instelling) in een geding optreedt, zowel als eiser dan als verweerder.

8. Op die regel bestaan er naar Belgisch recht een tweetal belangrijke uitzonderingen.

1. De eerste houdt verband met het faillissementsrecht.

Luidens artikel 442 W.Kh. mag het faillissement door de rechtbank van koophandel ambtshalve worden uitgesproken(8).

---

(6) Art. 5 Ger. W.

(7) Zie de rechtsleer vermeld onder noot 2.

(8) FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial*, t. VII, nr. 30, p. 95; VAN RYN, *Droit commercial*, t. IV, nr. 2654, p. 219; CLOQUET, *Novelles, Droit commercial*, t. IV, nr. 1123, p. 350 e.v.

De rechtbank zelve is het die, uit eigen beweging, op grond van inlichtingen die zij, langs welke weg dan ook, heeft verkregen, het faillissement van een handelaar uitspreekt.

Luidens een vaste rechtspraak en rechtsleer moet de rechtbank aan de betrokken handelaar in elk geval vooraf de gelegenheid geven uitleg te verstrekken over zijn toestand. Dit verhoor belet evenwel niet dat de handelaar naderhand het recht heeft tegen het vonnis verzet aan te tekenen.

Bij dat verzet is er uiteraard geen tegenpartij. Er ontstaat een ,,dialoog'' tussen de rechtbank en de verzetdoende failliete handelaar.

Dit is nu duidelijk een inquisitoriale rechtspleging. De rechtbank dringt ambtshalve in de verhouding schuldeisers-schuldenaar. Zij gaat die verhouding regelen, enerzijds door de schuldenaar uit het beheer van zijn vermogen te ontzetten, en anderzijds door de schuldeisers hun vervolgingsrecht tegen de schuldenaar te ontzeggen.

Het vraagstuk is hier typisch, omdat de rechtbank zelve als overheidslichaam optreedt. Zij stelt ambtshalve de vordering in. Niemand heeft de zaak bij haar aanhangig gemaakt(9).

In de faillissementsprocedure zijn er nog andere gevallen van dezelfde aard. Zo kan de rechtbank van koophandel bij een tweede vonnis ambtshalve beslissen dat het tijdstip van staking van de betalingen dient te worden gesteld op een datum die niet meer dan zes maanden vóór het vonnis van faillietverklaring mag vallen (art. 442 W.Kh.).

Hier treedt de rechtbank ambtshalve op, niet alleen ten opzichte van de gefailleerde handelaar, maar ook van de reeds aangestelde curator en vooral van derden die bij deze bepaling een zeer groot belang kunnen hebben. Telkens staat tegen het vonnis, voor alle belanghebbenden, verzet open(10).

8. 2. De tweede uitzondering op de regel volgens welke de rechter niet uit eigen beweging met een zaak wordt belast, volgt uit artikel 3*bis* K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934, zoals gewijzigd door artikel 87 van de wet van 4 augustus 1978.

Op grond van die bepaling gelast de rechtbank van koophandel dat, naar gelang van het geval, de gefailleerde dan wel de beheerder of de zaak-

(9) Hier wordt niet gehandeld over de gevallen waarin het openbaar ministerie een rechtsvordering op civiel gebied mag uitoefenen. Dit is o.m. het geval inzake ontzetting uit de ouderlijke macht. Hoewel die rechtsvordering ook wel als *inquisitoriaal* wordt bestempeld, gaat ze evenwel niet uit van de rechter en zijn voor het overige de regels van de *accusatorische* rechtspleging van toepassing. De *inquisitoriale* aard van de rechtspleging ligt hier enkel besloten in het feit dat het de overheid is die zich in een rechtsverband tussen ouders en kinderen indringt. Vgl. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, p. 63.

(10) FRÉDÉRICQ, *l.c.*, nr. 54, p. 129.

voerder van een in staat van faillissement verklaarde handelsvennootschap of nog de persoon die werkelijk het beheer van zulke vennootschap heeft waargenomen, door haar zal worden gehoord; de rechtbank kan na dit verhoor aan de betrokkene het verbod opleggen persoonlijk of door tussenpersoon enig koopmansbedrijf uit te oefenen.

Zoals in het geval van het faillissement dat door de rechtbank ambtshalve wordt uitgesproken, treedt ook hier de rechtbank *ex officio* op: niemand heeft de zaak bij haar aangebracht.

Ook hier is er geen tegenpartij en ontstaat er tussen de rechtbank en de betrokken persoon een ,,dialoog'' in verband met een maatregel die de rechtbank ten laste van die persoon overweegt te treffen.

Bij de behandeling van dergelijke rechtsplegingen is reeds opgevallen dat de personen die aldus voor de rechtbank werden opgeroepen, het gevoel hadden dat de rechtbank bevooroordeeld was vermits zij zelf het initiatief had genomen om de procedure in te zetten.

9. Die uitzonderingen laten het buitengewoon belang van de algemene regel beter aanvoelen.

Wanneer de partijen het geschil bij de rechter aanbrengen, staat deze daarbuiten. Hij volgt het verloop van het geding tussen de twee partijen op de manier die verder zal worden bepaald en berecht het. Daarin bestaat precies zijn lijdelijkheid.

Wanneer de rechter integendeel zelf, uit eigen beweging, ambtshalve optreedt, wordt hij in het geding rechtstreeks betrokken. Hij is als het ware de tegenpartij van de verzetdoende partij.

Het onderscheid komt o.m. naar voren bij de beoordeling van de vraag of het instellen van een geding een aquiliaanse fout kan opleveren.

De eiser die een tergend of roekeloos geding instelt, kan tot schadevergoeding jegens de verweerder worden veroordeeld.

Geldt dit ook wat de rechter betreft die ambtshalve het faillissement uitspreekt, doch hierbij een grove fout zou begaan? Het is hier niet de plaats om deze gewichtige vraag te onderzoeken en te beoordelen. Zij houdt echter verband met het vraagstuk van het onderscheid tussen het ,,*principe dispositif*'' en de inquisitoriale rechtspleging (11).

10. b. Wat omvat de inleiding van de eis?

1° de *bepaling van de partij* tegen wie de eis wordt ingeleid. De eiser bepaalt wie hij aanspreekt.

---

(11) KRINGS, ,,La juridiction consulaire et la situation économique'', *J.T.*, 1979, p. 533.

Het kan echter wel zijn dat, gezien de regels die eigen zijn aan de vordering, bepaalde personen moeten aangesproken worden. Zijn die regels miskend, dan kan de eis, naargelang van het geval, zelfs ambtshalve ofwel niet gegrond ofwel niet ontvankelijk worden verklaard.

Een duidelijk voorbeeld hiervan vindt men bij de toepassing van de regels betreffende de onsplitsbaarheid. Als het geschil onsplitsbaar blijkt te zijn, dan moet de zaak jegens alle betrokken partijen contradictoir worden behandeld, of in elk geval moet het vonnis jegens alle partijen op tegenspraak zijn of geacht worden op tegenspraak te zijn geveld (art. 753 Ger. W.)(12). Werden de procesregels in dit verband niet nageleefd, dan zou de rechter de vordering ambtshalve niet toelaatbaar moeten verklaren.

De rechter zou dus in dit geval niet zelf mogen beslissen een andere persoon bij het geding te betrekken. Dit wordt hem door de wet uitdrukkelijk verboden (art. 811 Ger. W.).

Die regel is echter duidelijk de toepassing van de algemene regel die thans wordt besproken. De rechter die zelf een derde bij het geding zou betrekken, zou in feite een geding tegen die derde of in het belang van die derde instellen. Er zou dus een inmenging in de rechtsverhouding tussen partijen plaatshebben.

Het spreekt echter vanzelf, dat het de rechter wel geoorloofd is bij de behandeling van de zaak de partijen attent te maken op de regel die niet werd nageleefd, ten einde hun de mogelijkheid te geven de in de rechtspleging begane verzuimen te herstellen.

2° de *bepaling van de feitelijke omstandigheden* die de grondslag van de rechtsvordering uitmaken.

Alleen de eisende partij mag die feiten bepalen. De feiten vormen immers de grondslag van de rechtsverhouding. Om uit te maken welke rechtsverhouding aan de rechter zal worden onderworpen, dienen eerst de feiten waarop de partij zich beroept te worden bepaald. De partij behoort dus die feiten te bepalen en zij alleen mag en kan het doen, niet de rechter.

Maar ook de tegenpartij mag feiten aanvoeren die hetzij de waarachtigheid van de door de eiser aangevoerde feiten twijfelachtig kunnen maken, hetzij de uit die feiten afgeleide gevolgen ter betwisting kunnen brengen.

B.v.: De bezoekers van de citadel te Dinant gooien stenen op het dak van een huis dat lager is gelegen en beschadigen het goed. Dit is het feit dat door de eiser wordt aangevoerd. De eigenaar van het huis vraagt schadevergoeding aan de exploitant van het toeristisch centrum ,,Citadel te Dinant''.

---

(12) STORME en KRINGS, *Onsplitsbaarheid*. Vereniging vergelijkende studie van het recht België en Nederland, 1969-70, p. 360 e.v.

Deze exploitant antwoordt dat het dak reeds schade had geleden door gebrek aan onderhoud. Dit is een feit dat de verweerder aanvoert.

De rechter mag dus geen feiten laten gelden waarop partijen zich niet beroepen. De rechter zou o.m. ambtshalve niet mogen aanvoeren dat het niet bewezen is dat de schade door het gooien van stenen is ontstaan, *omdat* het dak kort voordien door een storm reeds zwaar beschadigd was.

3° het *voorwerp en de oorzaak* van de eis.

De partij die de eis inleidt bepaalt uiteraard wat zij van de tegenpartij vordert.

De rechter is hierdoor gebonden. Hij moet uitspraak doen over al wat in de eis begrepen is en mag evenmin meer toekennen dan hetgeen werd gevorderd (zie art. 1138, 2° Ger. W.).

Met het voorwerp hangt de oorzaak van de vordering samen. De oorzaak is, luidens een vaststaande jurisprudentie van het hof van cassatie, de (rechts)titel waaruit de vordering ontstaat. Het kan o.m. een contract, een testament, een ongeval, een fout, een zaakwaarneming zijn(13).

De rechtstitel is uiteraard de grondslag van de rechtsverhouding. De partij beroept zich op de rechtstitel om te wijzen op de gevolgen die uit de feiten ontstaan. De oorzaak van de vordering is dus een ,,essentieel'' bestanddeel van de rechtsverhouding tussen partijen.

Het is dus noodzakelijk alleen de partij die én het voorwerp én de oorzaak van de vordering bepaalt. Eens te meer, niet de rechter.

In het even aangehaald voorbeeld van de citadel te Dinant beriep de eigenaar van het beschadigd huis zich op de fout die de uitbater van de citadel had begaan, nl. voor geen behoorlijke bewaking van het goed te hebben gezorgd, zodat dergelijke feiten niet konden worden voorkomen.

Zowel oorzaak als voorwerp kunnen door de eiser in de loop van het geding, zelfs in hoger beroep, worden gewijzigd, indien de nieuwe, op tegenspraak genomen conclusies, berusten op een feit of akte, in de dagvaarding aangevoerd (zie art. 807 Ger. W.).

De rechter kan evenmin het voorwerp of de oorzaak ambtshalve wijzigen.

In de zaak van Dinant voerde de rechter aan, dat de fout van de uitbater niet bewezen was, maar dat het evenwicht tussen naburige eigendommen verbroken werd, daar de citadel door duizenden wandelaars bezocht werd, hetgeen noodzakelijk tot ongemakken en schade voor de naburige eigenaars leidde, zodat hij voor de gevolgen hiervan moest instaan; de exploitant werd uit dien hoofde veroordeeld.

---

(13) Zie nr. 21 en de voetnoten.

Het vonnis werd vernietigd omdat de rechter aldus ambtshalve de oorzaak van de vordering, zoals zij door de eiser was bepaald, had gewijzigd (14).

4° de *verweermiddelen* worden door de verweerder bepaald. Zoals reeds gezegd mag de rechter geen feiten aanvoeren die de verweerder niet zou hebben aangevoerd, om de eis af te wijzen.

Het kan ook zijn dat de verweerder verklaart niets in te brengen tegen bepaalde feiten door de eiser aangevoerd. In dat geval bestaat er desaangaande geen geschil, en is de rechter verplicht die feiten als vaststaand te aanvaarden.

Ook kan het zijn dat de verweerder instemt met de toepassing van bepaalde rechtsregels. In dit verband is er ook evenmin een geschil in rechte en moet de rechter uitgaan van de toepasselijkheid van gezegde regel.

Het is de rechter niet geoorloofd een geschilpunt op te werpen dat tussen partijen niet bestaat (15).

11. Uiteraard kunnen zowel afstand van de vordering als van de rechtsvordering, en eventueel van een proceshandeling, alleen door een partij, meestal de eisende partij, worden gedaan (zie art. 820 tot 827 Ger. W.).

In voorkomend geval zal de tegenpartij in de afstand van het geding moeten toestemmen (art. 825 Ger. W.).

12. Al de even opgesomde regels volgen uit de vaststelling dat het geding de zaak van de eiser en zelfs, voor een deel, de gemeenschappelijke zaak van de partijen is. Men heeft dit soms willen weergeven door de overigens verkeerde uitdrukking (16) gerechtelijk contract (*contrat judiciaire*), om de klemtoon te leggen op het feit dat het geding zich afspeelt tussen (twee) partijen die vrij de perken ervan hebben bepaald, waardoor niet alleen zij doch ook de rechter gebonden zijn.

Dit is dan ook de draagwijdte van het begrip *accusatorische* rechtspleging en dit bepaalt tevens de omvang en ook de grenzen van de zogenaamde lijdelijkheid van de rechter.

Elke bepaling die hiertegen zou indruisen, zou dus een afwijking van het accusatorisch beginsel uitmaken en door het feit zelf aan de rechtspleging een inquisitoriale strekking geven.

---

(14) Cass., 20 maart 1980, *Pas.*, 1980, I, 887 en de verwijzingen vermeld in de conclusie van het openbaar ministerie. Er werd o.m. gewezen op de gevolgen die verschillend zijn naargelang de ene of de andere oorzaak wordt aangevoerd.

(15) Vgl. Cass., 10 maart 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 755.

(16) Zie noot (3) onderaan Cass., 13 juni 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 1090 en de erin vermelde rechtspraak en rechtsleer.

13. Maar als het geding eenmaal is ingeleid binnen de aldus bepaalde perken, dient verder *het ambt* van de rechter in acht te worden genomen.

Is de zaak bij de rechter aanhangig, dan moet hij in staat worden gesteld zijn vonnis te vellen.

Deze vraag betreft niet de inleiding van de zaak, maar wel rechtstreeks de uitoefening van het ambt van de rechter. Dit ambt bestaat erin uitspraak te doen, overeenkomstig het toe te passen recht, over het geschil en, zodoende, al dan niet aan de eisende partij een titel te verlenen, ten aanzien waarvan *iuris et de iure* een vermoeden bestaat dat hij met de reële feitelijke toestand overeenstemt.

De rechter die met de zaak is belast, beschikt er niet over, maar hij moet zijn ambt uitoefenen, d.w.z. *binnen een redelijke tijd uitspraak doen* (17).

Hierbij is dan geen sprake meer van lijdelijkheid van de rechter. De rechter die zijn ambt uitoefent kan uiteraard niet lijdelijk zijn. Hij treedt aktief op.

Waarin bestaat die taak?

De taak van de rechter omvat drie hoofdpunten, die als volgt kunnen worden samengevat:

14. a) *de leiding van de debatten*: die leiding heeft plaats overeenkomstig de regels die de wet stelt. Uiteraard moet de rechter die regels naleven. Wanneer de wet aan de partijen een bepaalde tijd verleent om conclusies te nemen, dan moet hij hun die tijd gunnen. Doch is die tijd eenmaal verstreken, dan kan hij de debatten doen plaatsvinden, o.m. door dag en uur te bepalen waarop de zaak zal worden behandeld.

Weliswaar bepaalt artikel 750 Ger. W. dat de meest gerede partij de rechtsdag doet bepalen. Dit wijst uit dat de partijen ook in dit verband mogen optreden. Maar die bepaling ontzegt de rechter niet het recht om die rechtsdag ambtshalve te bepalen. Men kan zich echter niet ontveinzen dat om praktische redenen het wenselijk is de partijen zelf te doen optreden, op het tijdstip dat hen het best geschikt voorkomt.

Hier moet echter worden beklemtoond dat, wanneer de rechter in dit verband ambtshalve optreedt, zulks geenszins aan de rechtspleging haar accusatoir karakter ontneemt.

15. b) *de bewijsvoering*: zoals reeds aangetoond, is de rechter gebonden door de feiten die aangevoerd worden en die dus het recht waarop aanspraak wordt gemaakt begrenzen.

Maar binnen die grenzen moet de rechter uitspraak doen en om uitspraak te

(17) Zie art. 6 Verdrag van Rome, 4 november 1950, betreffende de Rechten van de Mens.

kunnen doen moet hij nagaan of de aangevoerde feiten waarover tussen de partijen betwisting bestaat met de werkelijkheid stroken, zowel de feiten die tot staving van de eis als de feiten die tot verweer worden ingeroepen.

Men mag en kan de rechter niet verplichten uitspraak te doen als hij niet de overtuiging heeft dat alle middelen om de waarheid te kennen, uitgeput zijn.

De rechter is uiteraard gebonden door de wettelijke regels die op elk van de bewijsmiddelen van toepassing zijn (art. 876 Ger. W.). Hij mag geen getuigenverhoor bevelen, wanneer de wet het verbiedt. Maar als het getuigenbewijs toegelaten is en hij verneemt dat er getuigen zijn die een belangrijke uitleg kunnen geven, dan mag hij niet nalaten die getuigen te horen.

Dit geldt eveneens voor stukken waarvan de rechter het bestaan kent en die voor de berechting van de zaak van overwegend belang zijn. Hij kan de overlegging ervan bevelen (art. 877 tot 882 Ger. W.), zowel als ze in het bezit van derden of van de eiser zijn als van de verweerder.

Hier ook is de rechter dus niet gebonden door het optreden van partijen(18).

Het behoort tot zijn ambtsuitoefening: hij moet uitspraak doen over het geschil dat hem werd voorgelegd en om er uitspraak over te doen moet hij de feiten die werden aangevoerd, en waarover betwisting bestaat, onderzoeken. Daartoe mag hij de middelen aanwenden die de wet heeft bepaald of die in elk geval door de wet niet worden verboden(19).

Het spreekt echter vanzelf, zoals reeds werd aangestipt, dat wanneer de aangevoerde feiten niet worden betwist en ze dus door de partijen als vaststaande worden aanvaard, dan alleen de rechtsgevolgen die eruit ontstaan aan het oordeel van de rechter worden onderworpen, met het gevolg dat de rechter in zulk geval geen onderzoek naar de werkelijkheid van de feiten mag instellen. Deed hij dit toch, dan zou hij het accusatoir karakter van de rechtspleging miskennen.

Voor het overige doet de aldus opgevatte macht van de rechter volstrekt niets af aan de regels van het accusatoir procesrecht. De wetgever heeft ze overigens uitdrukkelijk in de wet vastgelegd waar hij in artikel 871 Ger.

---

(18) Vgl. HEBRAUD en RAYNAUD, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1955, p. 700. Deze auteurs tonen zich in dit verband veel strenger - vgl. evenwel het nieuw Frans wetboek van burgerlijke rechtspleging, art. 132 tot en met 322, in het bijzonder het onderscheid tussen de overlegging van stukken en de onderzoeksmaatregelen, zie ook GOUBEAUX, G., en BIRH, Ph., *Encyclopédie Dalloz*, v° Preuve, ,,neutralité du juge et passivité du magistrat'', nr. 42-45.

(19) Cass., 20 juni 1961, *Arr. Cass.*, 1961; *Pas.*, 1961, I, 1157; *J.T.*, 1961, 609 en de noot VAN REEPINGHEN, Ch.; vgl. Verslag van de Koninklijke Commissaris, *Parl. St.*, Senaat, 1963-64, nr. 60, 213; STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, p. 273 e.v.

W. bepaalt dat de rechter aan iedere gedingvoerende partij kan bevelen het bewijsmateriaal dat zij bezit over te leggen.

16. c) *de berechting*: in de berechting van het geschil kunnen meestal twee delen worden onderscheiden: enerzijds de vaststelling van de feiten, waarvan het bestaan werd betwist en waarover de rechter zich dus moet uitspreken, en anderzijds de beoordeling van het gevorderde door toetsing ervan aan de rechtsgevolgen die uit de vastgestelde feiten ontstaan.

In een aantal zaken zal het wellicht voorkomen dat niet de feiten maar enkel de rechtsgevolgen het voorwerp van de betwisting zijn.

Hoe worden die rechtsgevolgen bepaald? Is het zo dat de rechter daarover vrijelijk beslist of is hij door bepaalde regels gebonden?

Dat is precies de kern van het vraagstuk dat deze studie aan de orde is.

Doch alvorens dat vraagstuk te onderzoeken, moet nader worden ingegaan op het tweede algemeen beginsel dat de civiele rechtspleging beheerst en dat voor deze studie van overwegend belang is. Met name het beginsel van de eerbiediging van de rechten van de verdediging.

2. Het beginsel: eerbiediging van de rechten van de verdediging

17. Het behoeft geen nader betoog dat dit beginsel heel het verloop van het geding beheerst vanaf de inleiding van de vordering tot de eindbeslissing. De toepassing van alle andere processuele regels dient aan dit beginsel te worden getoetst: het eerbiedigen resp. het doen eerbiedigen van de rechten van de verdediging geldt zowel ten opzichte van de eiser als van de verweerder, zowel wanneer de debatten op tegenspraak worden gevoerd als wanneer ze bij verstek plaatsvinden. Talloos zijn dan ook de regels die ermede verband houden.

Men geeft dit beginsel weleens een andere naam, nl. het beginsel van het „*contradictoir*" (20). Kennelijk wordt hiermede bedoeld dat al wat de rechter of een partij in de loop van de rechtspleging verricht, steeds vatbaar moet zijn voor tegenspraak. Al de partijen moeten ervan in kennis gesteld worden en de gelegenheid krijgen hun opmerkingen dienaangaande te doen gelden.

Wij menen evenwel dat die benaming niet deugdelijk is wegens haar dubbelzinnigheid. Ze zou kunnen doen denken dat het *contradictoir* karakter het hoofdkenmerk van de rechtspleging is, terwijl het beginsel van de eerbiediging van de rechten van de verdediging steeds geldt, ook

(20) Vgl. Rigaux, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, p. 66, nr. 41 e.v.

wanneer de rechtspleging op verzoekschrift wordt ingeleid en geen tegenpartij bij de rechtspleging hoeft te worden betrokken (zie art. 1025 tot 1034 Ger. W.). De rechter mag ook in dat geval niets doen, verrichten of beslissen zonder dat de verzoeker daarover wordt ingelicht en de kans krijgt zijn opmerkingen te doen gelden.

18. In het gerechtelijk wetboek komen talrijke bepalingen voor waarin het hier besproken beginsel is neergelegd; zo bijvoorbeeld *artikel 740*, alle memories, nota's of stukken die niet zijn overgelegd vóór de sluiting van de debatten worden buiten het beraad gehouden: de rechter mag geen kennis nemen van een stuk waarover alle partijen hun verweer niet hebben kunnen doen gelden; *artikel 774*, tweede lid, de rechter moet de heropening van de debatten bevelen, alvorens de vordering geheel of gedeeltelijk af te wijzen, op grond van een exceptie die de partijen voor hem niet hadden ingeroepen (dit punt, dat nauw met het hier behandeld onderwerp is verbonden, zal hierna verder worden besproken); *artikel 807*: een vordering kan in de loop van het geding, zelfs voor het eerst in hoger beroep, worden gewijzigd, indien zulks gebeurt door *op tegenspraak* genomen conclusies.
Uit die enkele gevallen — die slechts bij wijze van voorbeeld worden aangehaald — blijkt dat het beginsel zowel voor de partijen als voor de rechter geldt; de rechter moet er de hand aan houden dat het door de partijen wordt geëerbiedigd, maar hij is er ook zelf door gebonden, in het bijzonder bij het bepalen van de rechtsgronden.

3. De bepaling van de rechtsgronden en van de rechtsgevolgen die eruit ontstaan

19. Naar luid van artikel 702, 3° Ger. W. moet de eiser in het inleidend exploot het onderwerp en de korte samenvatting van de middelen van de vordering vermelden, en wel op straffe van nietigheid.
Luidens artikel 1026 Ger. W. — dat de eenzijdige procedure op verzoekschrift regelt — moet het verzoekschrift, eveneens op straffe van nietigheid, het onderwerp en in het kort de gronden van de vordering aangeven.
Wat houden die bepalingen in?
Om dat uit te maken moeten die bepalingen vanuit twee oogpunten worden bekeken:
a) uit het oogpunt van de *bepaling van de feiten* of feitelijke omstandigheden, die, zoals reeds werd gezegd, tot grondslag dienen van het gevorderde.

Belangrijk in dit verband is wel dat eens die feiten aangevoerd werden noch de rechter noch de partijen in die aanvoering nog iets kunnen wijzigen: de rechter mag zich op geen andere feiten beroepen terwijl de partij eventueel slechts andere feiten kan aanvoeren, voor zover daardoor de vordering niet wordt gewijzigd. Artikel 807 bepaalt immers dat de vordering slechts kan uitgebreid of gewijzigd worden, indien de nieuwe, op tegenspraak genomen conclusies berusten op een feit of akte in de dagvaarding aangevoerd.

Dit bewijst dus dat de bepaling van de feiten in de inleidende akte van overwegend belang is.

Er moge andermaal op gewezen worden dat de bepaling van de feiten uitsluitend door de partij gebeurt.

b) uit het oogpunt van *de bepaling van de wettelijke titel* waarop de partij zich beroept om uit de aangevoerde feiten af te leiden dat het voorwerp van de vordering gegrond is.

Ook dit punt wordt best eerst met een voorbeeld belicht.

In het reeds aangehaalde geval van de Citadel van Dinant bestaan de feiten of feitelijke omstandigheden hierin dat door bezoekers van de citadel stenen worden geworpen op het dak van een naburig en lager gelegen huis.

Nu kan de eigenaar van dat huis aanvoeren dat de exploitant van de toeristische bezienswaardigheid een fout heeft begaan waardoor hij (de eigenaar) een patrimoniale schade heeft geleden. Met andere woorden de eiser beroept zich op het herstel van een schade geleden ingevolge de aquiliaanse fout van de verweerder.

De eigenaar kan zich echter ook beroepen op zijn eigendomsrecht — zoals dat in artikel 544 B.W. is bepaald — en aanvoeren dat zijn gebuur het evenwicht dat tussen de twee naast elkaar gelegen eigendommen bestond, heeft verstoord en hiervoor vergoeding verschuldigd is. In dit geval is er geen sprake van fout en evenmin van schade, maar enkel van evenwichtsherstel tussen de twee eigendommen(21).

In beide gevallen heeft de eiser de oorzaak van de vordering bepaald.

20. Hierbij rijzen evenwel de volgende vragen: a) wat is de oorzaak? b) wat is de rechtsgrond? c) welk verschil bestaat er tussen oorzaak en rechtsgrond? d) is de partij verplicht de oorzaak en/of de rechtsgrond te bepalen?

Het beantwoorden van die vragen zal ons de gelegenheid bieden ook de rechtsmacht van de rechter in dit verband te omschrijven.

---

(21) Cass., 6.4.1960, *Pas.*, 1960, I, 915 met de conclusie van advocaat-generaal Mahaux; *Arr. Cass.*, 1960, 722.

21. a) De bepaling van *de oorzaak* van de vordering heeft reeds aanleiding gegeven tot een zeer uitgebreide rechtspraak van het hof van cassatie.

Werden aldus als oorzaak van de vordering bestempeld:

bij een vordering tot vernietiging van een testament en van een huurcontract wegens de onbekwaamheid van de partij van wie die akten uitgingen, werden het testament en het huurcontract als de oorzaak van de vordering beschouwd (22);

bij een vordering tot uitdrijving van de huurder uit een handelsgebouw, werd als oorzaak van de vordering bevonden de vrijwillige verbreking van het contract door beide partijen (23);

de huurder die aanspraak maakt op de verlenging van een handelshuurovereenkomst beroept zich op de wettelijke bepalingen die deze aanspraak regelen; terwijl de huurder die het behoud van een bestaande huurovereenkomst vraagt, zich beroept op het contract, wat dus twee verschillende oorzaken zijn (24);

de vordering tot betaling van een bestelling van openbare werken heeft die bestelling tot oorzaak (25);

van de vordering tot betaling van geldsommen, verschuldigd ingevolge een contract, is dat contract de oorzaak, welke ook de wetsomschrijving van het contract weze (26);

een vordering tot herstel van de schade ontstaan uit een ongeval op de terugweg van het werk heeft niet dezelfde oorzaak als de vordering tot herstel van de schade ontstaan uit een arbeidsongeval (27);

voor de vordering tot betaling van de sommen die verschuldigd zijn wegens de uitvoering van een bestelling van een bouwwerk, wordt die bestelling als oorzaak aangemerkt, weshalve de rechter zijn beslissingen niet mag doen steunen op een zaakwaarneming in het belang van de bouwheer (28);

een vordering tot schadevergoeding wegens een verkeersongeval heeft de fout van de weggebruiker tot oorzaak, ongeacht de juridische omschrijving van die fout (29).

---

(22) Cass., 21.2.1946, *Arr. Cass.*, 1946, 75; *Pas.*, 1946, I, 79.
(23) Cass., 28.9.1950, *Arr. Cass.*, 1951, 30; *Pas.*, 1951, I, 35.
(24) Cass., 12.11.1954, *Arr. Cass.*, 1955, 163; *Pas.*, 1955, I, 223.
(25) Cass., 4.10.1956, *Arr. Cass.*, 1957, 54; *Pas.*, 1957, I, 87.
(26) Cass., 8.4.1960, *Arr. Cass.*, 1960, 731; *Pas.*, 1960, I, 939.
(27) Cass., 8.12.1967, *Arr. Cass.*, 1968, 507; *Pas.*, 1968, I, 473.
(28) Cass., 9.1.1969, *Arr. Cass.*, 1969, 450; *Pas.*, 1969, I, 427.
(29) Cass., 27.6.1975, *Arr. Cass.*, 1975, 1160; *Pas.*, 1975, I, 1051.

In het geval van het reeds besproken arrest betreffende de citadel van Dinant, dd. 20 maart 1980 berustte de vordering van de eiser op de beweerde fout van de exploitant van het toeristisch centrum (30).

In al die zaken werd als grief aangevoerd dat de rechter ambtshalve de oorzaak van de vordering had gewijzigd. Telkens als kon worden vastgesteld dat zulks inderdaad gebeurd was, werd de beslissing vernietigd.

Uit die rechtspraak (31) blijkt ook dat het feit waaruit de vordering ontstaat niet met de oorzaak overeenstemt. Dit kwam zeer duidelijk tot uiting in het arrest van 9 januari 1969: er werden werken uitgevoerd, waarvoor betaling werd gevorderd. De uitvoering van de werken was dus het feit, waaruit de vordering was ontstaan. Het arrest stelde vast dat aan de hand van de dagvaarding de oorzaak van de vordering niet met zekerheid te bepalen was. Dit kon pas dank zij de latere conclusie, en toen bleek dat de eiser zich op een bestelling wegens de bouwovereenkomst en niet op de zaakwaarneming beriep. Die bestelling was dus de oorzaak van de vordering.

Dat arrest leert overigens ook dat in de dagvaarding de oorzaak niet noodzakelijk moet worden bepaald.

De oorzaak is dus, zoals reeds gezegd, de titel waarop de partij zich beroept om uit het vastgesteld feit, het gevorderde te bekomen.

22. b) Wat is *de rechtsgrond*? Bij het bepalen van de oorzaak van haar vordering, kan de partij meestal een beroep doen op een juridisch concept: aquiliaanse aansprakelijkheid, overeenkomst, testament enz. Dit betekent echter niet dat zij ook de toe te passen rechtsnorm bepaalt.

Dit is dan de taak van de rechter.

In dit verband is de rechtspraak van het hof van cassatie leerrijk.

In het arrest van 10 mei 1957 (32) overweegt het hof: ,,dat aan de hand van de elementen tot interpretatie waarover hij beschikt het de rechter over de grond behoort de juridische basis van de bij hem aanhangig gemaakte vordering te bepalen; dat na vastgesteld te hebben dat de dagvaarding, niets laat kennen aangaande de juridische basis van de door verweerster ingestelde vordering, de rechter die grondslag vermocht op te zoeken in de

(30) *Pas.*, 1980, I, 892.

(31) Vgl. RIGAUX, noot, *R. C. J.B.*, 1973, blz. 249, I; terecht stipt deze auteur evenwel aan, dat dikwijls de feitelijke bestanddelen en de juridische concepties moeilijk uit elkaar te houden zijn; zie ook de conclusie van proc. gen. Ganshof van der Meersch, *Pas.*, 1972, I, 806; tevens conclusies O.M. vóór het arrest van 20.3.1980, *Pas.*, 1980, I, 892; raadpl. GILLI, J.P., *La cause juridique de la demande en justice*, Paris, 1962.

(32) *Arr. Cass.*, 1957, 758; *Pas.*, 1957, I, 1088.

in eerste aanleg genomen conclusies waarin verweerster inriep dat zij gesubrogeerd was in de rechten van de slachtoffers tegen aanleggers (*in casu* de persoon die het ongeval veroorzaakte).

Ook in het arrest van 27 november 1959 (33) werd beslist dat de rechter tot beoordeling van de gegrondheid van de eis, de juridische aard dient op te zoeken van de aan zijn oordeel onderworpen feiten, welke hij als vaststaande beschouwt, zelfs zo die aard verschilt van die welke door de partijen wordt voorgesteld.

Uit het (reeds eerder aangehaalde) arrest van 8 april 1960 (34) blijkt dat terwijl de oorzaak van de vordering de overeenkomst was die tussen partijen werd gesloten, de betwisting ging over de aard van die overeenkomst, t.w. over de vraag of het een bediendenovereenkomst dan wel een vennootschapsovereenkomst betrof. De rechter heeft zodoende de rechtsgrond bepaald waaruit hij dan verder de gevolgen heeft afgeleid met betrekking tot de vordering.

En in het arrest van 22 december 1972 (35) werd nogmaals beklemtoond dat de rechter de door partijen voorgedragen redenen ambtshalve kan aanvullen, mits hij enkel steunt op regelmatig aan zijn oordeel overgelegde feiten en noch de inhoud noch de oorzaak van de eis wijzigt.

Dit bracht het hof ertoe in een recent arrest van 24 november 1978 (36) te beslissen dat wanneer luidens artikel 702, 3°, Ger. W. de eiser verplicht is, op straffe van nietigheid, in de dagvaarding de korte samenvatting te geven van de *middelen* van de vordering, met het woord middelen geen rechtsregel is bedoeld, maar de feitelijke gegevens die aan de vordering ten grondslag liggen en dat het verder aan de rechter toekomt, *onder eerbiediging van de rechten van de verdediging*, op de regelmatig aan zijn beoordeling voorgedragen feiten en zonder het voorwerp of de oorzaak van de vordering te wijzigen, de rechtsregels toe te passen op grond waarvan hij op de vordering zal ingaan of ze zal afwijzen.

In die zaak had de rechter in hoger beroep de vordering niet-ontvankelijk verklaard omdat in de dagvaarding de eiser de rechtsnorm niet had bepaald op grond waarvan het geschil moest worden beslecht. De eiser had zich ertoe beperkt de feiten op zeer omstandige wijze te beschrijven.

Uit die rechtspraak blijkt dus zeer duidelijk dat er een essentieel verschil bestaat tussen de oorzaak van de vordering enerzijds en de rechtsgronden anderzijds.

---

(33) *Arr. Cass.*, 1960, 277; *Pas.*, 1960, I, 371.

(34) *Arr. Cass.*, 1960, 731; *Pas.*, 1960, I, 939.

(35) *Arr. Cass.*, 1973, 445; *Pas.*, 1973, I, 427.

(36) *Arr. Cass.*, 1979, 341 en de conclusie van het O.M. die dit arrest voorafgaat; *Pas.*, 1979, I, 352.

Terwijl de oorzaak alleen door de partij wordt bepaald en door de rechter niet mag worden gewijzigd, komt het integendeel aan die rechter toe de rechtsgrond te bepalen.

De partijen — en o.m. de eiser in de inleidende dagvaarding — zijn dus niet verplicht de rechtsregels te bepalen. Wellicht kunnen de debatten meebrengen dat de eiser die de regel niet heeft bepaald, daartoe gedwongen wordt door de conclusie van de verweerder, die vanzelfsprekend de voor hem gunstigste regel als uitgangspunt van zijn redenering heeft genomen ten einde op grond daarvan de afwijzing van de eis te bekomen. Wil de eiser dan in zijn vordering slagen, dan zal hij wel verplicht zijn op die conclusie te antwoorden en eventueel een andere regel aan te halen, die hem een gunstige oplossing kan bezorgen.

Dit alles belet de rechter dan nog niet de eis uiteindelijk toe of af te wijzen op grond van een eigen redenering en van de wetsbepalingen die hij het meest aangewezen acht. „*Iura novit curia*" !

In dit verband kan het allicht van belang zijn te wijzen op de rechtspraak van het hof van cassatie, luidens welke een middel voor het eerst vóór het hof mag worden aangevoerd wanneer het een middel geldt waarover de feitenrechter ambtshalve uitspraak heeft gedaan(37).

Dit kan enkel slaan op de rechtsregels die de feitenrechter zelf heeft bepaald en op grond waarvan hij het geschil heeft beslecht.

Het hof besliste ook nog dat het zelf een rechtsgrond mag aanvullen, waardoor het beschikkend gedeelte van de bestreden beslissing wettelijk wordt verantwoord. Ook deze rechtspraak is gesteund op de regel dat de rechter de rechtsgrond moet bepalen die hij op de feiten toepast(38).

23. c) Samenvattend mag in verband met het vraagstuk van de rechtsgrond, worden gezegd dat rechtsgrond en oorzaak van de vordering essentieel verschillend zijn.

De oorzaak is de titel waarop de eiser zich beroept om zijn aanspraak te doen gelden. Hij voert een overeenkomst, een contract, een zaakwaarneming, een aquiliaanse fout aan en op grond daarvan vordert hij een prestatie van de tegenpartij.

De rechtsgrond daarentegen is de rechtsregel die de rechter op het geding toepasselijk acht en waaraan de vordering wordt getoetst.

24. d) De oorzaak wordt bepaald door de eisende partij, die zich daarbij kan beperken tot een feitelijke omschrijving van de oorzaak, d.w.z.

(37) Cass., 30.10.1969, *Arr. Cass.*, 1970, 209; *Pas.*, 1970, I, 186.

(38) Cass., 28.5.1976, *Arr. Cass.*, 1976, 1074; *Pas.*, 1976, I, 1074.

zonder juridische kwalificatie. In dat geval zal de rechter die kwalificatie moeten bepalen, en daarbij is de grootste omzichtigheid geboden, vermits de rechter niets van de oorzaak mag wijzigen.

De rechtsgrond wordt integendeel door de rechter bepaald. Meestal zullen de partijen dat al hebben gedaan maar de rechter is daardoor niet gebonden. Hij mag dus zelf een andere rechtsgrond of regel aanvoeren dan de partijen hebben aangehaald.

Doch in dit verband moet worden gewezen op de jongste stand van de rechtspraak van het hof van cassatie met name op het arrest van 24 november 1978 waarin gezegd wordt dat de rechter alleszins de rechten van de verdediging moet eerbiedigen. Die rechtspraak werd bevestigd bij het arrest van 8 oktober 1980(39), dat hierna zal worden besproken.

Dit betekent wellicht dat wanneer de rechter een rechtsregel meent te moeten toepassen waarover de partijen vóór hem niet hebben gedebateerd, hij ze hiertoe moet uitnodigen alvorens uitspraak te doen.

25. Hierbij kan het de vraag zijn of dit wel in overeenstemming is met de bepalingen van artikel 774, 2de lid, Ger. W. luidens welke de rechter de debatten moet heropenen alvorens de vordering geheel of gedeeltelijk *af te wijzen* op grond van een *exceptie die de partijen voor hem niet hadden ingeroepen.*

Dit valt des te meer op daar de oorspronkelijke tekst van het wetsontwerp luidde dat de rechter de heropening van de debatten moet bevelen, alvorens de vordering in te willigen of af te wijzen op grond van een *middel* dat de partijen voor hem niet hebben ingeroepen.

In de Senaat werd deze tekst afgekeurd en vervangen door de huidige en hierboven aangehaalde regel, die ontegensprekelijk beperkter is(40).

Hoe dan ook het hof van cassatie oordeelt dat de rechten van de verdediging in elk geval moeten worden geëerbiedigd. Zoals reeds bij het begin van dit betoog werd aangestipt, overspant die regel alle andere procedureregels. Het algemeen rechtsbeginsel is hier trouwens niet in strijd met de regel van voormeld artikel 774, lid 2. Het heeft echter wel een ruimere strekking.

4. TOEPASSINGEN VAN DE REGEL VOLGENS WELKE DE RECHTER DE RECHTSGRONDEN MAG EN MOET AANVULLEN

26. 1. Aansluitend bij het even besproken vraagstuk, is er de kwestie van de toetsing van de vordering aan de regels van openbare orde.

(39) *Pas.*, 1981, I, 160. *J.T.*, 1981, blz. 70 e.v. met een deel van de conclusie van het openbaar ministerie en een noot van prof. Van der Elst.

(40) *Parl. St.*, Senaat, zitt. 1964-1965, nr. 170, blz. 133.

We zouden hier willen beklemtonen dat die toetsing deel uitmaakt van de bepaling van de toe te passen rechtsgronden en derhalve niets afdoet aan de accusatoire aard van de rechtspleging. De rechter die de toe te passen rechtsregel bepaalt, moet tevens nagaan of die toepassing niet in strijd is met een andere rechtsregel die van openbare orde is, en derhalve voorrang heeft. Dit is de kwestie van de hiërarchie der normen, die in de laatste decennia reeds herhaaldelijk aan de beurt kwam(41).

De rechter mag immers geen rechtstitel verlenen, die hoewel in overeenstemming met de regels die op het geschil van toepassing zijn, in strijd zou zijn met andere regels die de openbare orde raken. Wanneer de verhuurder de veroordeling vordert van de huurder tot betaling van een huishuurprijs die in de overeenkomst werd bedongen, dan vraagt hij de toepassing van de regels betreffende de contractuele verbintenissen. Doch het kan gebeuren, dat die toepassing net in strijd is met een wet die de huishuurprijzen tijdelijk beperkt, in het kader van de strijd tegen de inflatie. Die wet raakt de openbare orde. De rechter zal dus de toepassing van de contractuele regel moeten toetsen aan de wet die de huishuurprijzen beperkt, en zou geen titel mogen verlenen die met deze laatste wet in strijd is(42).

De bepaling van de hiërarchische hogere norm en haar toepassing op het geschil — al werd de kwestie door partijen niet opgeworpen — behoort tot de taak van de rechter in het raam van de bepaling van de toe te passen rechtsgrond(43).

Bij die bepaling gaat het niet enkel om het materieel recht maar evenzeer om het formeel recht, in het bijzonder om de regels van gerechtelijk recht. De rechter zal aldus moeten nagaan of de regels betreffende de materiële bevoegdheid, betreffende de vervaltermijnen, in het bijzonder in verband met het instellen van rechtsmiddelen, werden nageleefd. Dit geldt eveneens voor de vormen die op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven en bij verzuim waarvan de wet de rechter voorschrijft de nietigheid ambtshalve op te werpen (zie artikel 862 en 864 Ger.W.). Dezelfde opmerking geldt wat de naleving betreft van alle voorschriften i.v.m. de rechterlijke inrichting, die steeds van openbare orde zijn.

27. Hier moet dan evenwel worden gewezen op het onderscheid dat, naar Belgisch recht, wordt gemaakt tussen bepalingen van openbare orde en bepalingen van imperatieve aard. Bepalingen van openbare orde zijn

(41) Cass., 27.5.1971, *Pas.*, 1971, I, 886 en de concl. van procureur-generaal Ganshof van der Meersch.

(42) Cass., 28.9.1979, *Pas.*, 1980, I, 131 en de noot blz. 132.

(43) Vgl. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, blz. 54 en vlg.

bepalingen die de essentiële belangen van de Staat of van de gemeenschap betreffen of die, in het privaat recht, de juridische grondslagen bepalen waarop de economische of morele orde van de samenleving berust(44). Er werd b.v. geoordeeld dat de wettelijke bepalingen die de huurprijzen tijdelijk beperken, bepalingen van openbare orde zijn, omdat zij tot doel hebben de inflatie en de stijging van de prijzen te bekampen, hetgeen de gemeenschap in haar geheel aanbelangt(45).

Bepalingen van imperatieve aard strekken ertoe de privé belangen van een partij in een bepaalde rechtstoestand te beschermen. Wanneer die rechtstoestand niet meer bestaat, dan mag die partij aan de toepassing van de beschermende bepalingen verzaken.

Hieruit volgt dat de rechter alleen de bepalingen van openbare orde ambtshalve mag toepassen. Bepalingen van imperatieve aard kunnen slechts worden toegepast wanneer een partij er zich op beroept(46).

28. 2. Het vraagstuk van de hiërarchie der normen rijst uiteraard ook wat de regels betreft die uit internationale verdragen voortvloeien, voor zover die regels in strijd zouden zijn met interne regels of in elk geval voor zover die regels onverenigbaar zouden zijn, zodat gelijktijdige toepassing onmogelijk is.

In dit verband was het arrest van het hof van cassatie van 27 mei 1971(47) bijzonder belangrijk, nu het uitdrukkelijk heeft bepaald dat de feitenrechter de verplichting heeft toepassing van de bepalingen van intern recht te weigeren, in zoverre die bepalingen in strijd zijn met de bepalingen van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap.

Hoewel even genoemd arrest het niet uitdrukkelijk heeft gezegd, kan men niettemin uit het tekstverband ervan afleiden dat het oordeelt dat de bepalingen van het Verdrag en van de krachtens het Verdrag ingevoerde reglementen van openbare orde zijn.

---

(44) Cass., 10 november 1978, *Arr. Cass.*, 1979, 299; - vgl. internationale openbare orde: Cass., 24 januari 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 573.

(45) *Id.*, noot (44).

(46) We kunnen ons in dit verband bezwaarlijk aansluiten bij het onderscheid dat prof. Rigaux heeft gemaakt tussen negatieve en positieve normen van openbare orde, althans wat de voorbeelden betreft die hij in dit verband aanhaalt. Prof. Rigaux oordeelt dat de rechter steeds de negatieve normen ambtshalve moet toepassen, meestal om de eis af te wijzen, doch dat dit twijfelachtig is wat de ,,positieve'' normen betreft. De door hem als positieve normen betiteld zijn echter bepalingen van imperatieve aard. Welnu die bepalingen houden op van dwingende aard te zijn, zodra het geschil is ontstaan en de partij die erdoor beschermd werd van dan af aan de toepassing ervan kan verzaken. De rechter kan er dus enkel toepassing van maken voor zover de partij er niet aan verzaakt heeft. De verzaking zal door de rechter vastgesteld worden en uit bepaalde feiten worden afgeleid. Bij verzaking zou de rechter er niet ambtshalve toepassing mogen van maken. (Rigaux, *o.c.*, *l.c.*, blz. 55).

(47) Zie het arrest vermeld onder noot 41.

Men zou echter te ver gaan als men stelde dat alle Verdragsbepalingen, die in de E.E.G. zijn tot stand gekomen, de openbare orde raken.

Er zijn aldus talrijke bepalingen van het Verdrag van 27 september 1968, betreffende de tenuitvoerlegging en de erkenning van vonnissen en arresten in de schoot van de E.E.G., die niet van openbare orde zijn. De bepalingen van de artikelen 5 en 6 b.v. zijn niet van openbare orde. Zij vormen louter suppletief recht, waarvan de partijen naar eigen goeddunken gebruik mogen maken. Andere bepalingen zijn van imperatief recht, o.m. de artikelen 7 tot 14. De bepaling van artikel 16 is echter wel van openbare orde en de rechter moet dus ambtshalve de niet-naleving ervan opwerpen(48). Ook houdt de bepaling van artikel 21 in, dat bij aanhangigheid (*litispendentie*) de rechter voor wie in de tweede plaats de zaak werd gebracht, ze *ambtshalve* naar de eerste rechter verwijst. Ambtshalve betekent hier dat de verwijzing niet wordt gevraagd. Het volstaat dat de rechter door de partijen over het bestaan van de aanhangigheid wordt ingelicht.

29. 3. Staat het de rechter steeds vrij de toe te passen rechtsnorm te bepalen?

Die vraag sluit weer aan bij de accusatoire aard van de rechtspleging.

De rechter moet, zoals reeds werd aangestipt, de toe te passen rechtsregel bepalen wanneer de partijen nagelaten hebben het te doen.

Maar wanneer de eiser de rechter heeft gewezen op de toe te passen rechtsnorm, en de tegenpartij zich hiermede akkoord heeft verklaard, dan mag de rechter het geschil niet op grond van een andere rechtsnorm gaan berechten. Er is immers in dat geval geen geschil betreffende de toe te passen regel en de rechter is derhalve te dien aanzien gebonden door de overeenstemming tussen de partijen.

Een toepassing hiervan komt o.m. voor in verband met de territoriale bevoegdheid: voor zoveel de regels betreffende die bevoegdheid niet van openbare orde zijn, mogen de partijen bij gemeen overleg ervan afwijken. Uit het stilzwijgen van de verweerder die vóór de rechter verschijnt, mag worden afgeleid dat hij de bevoegdheid van de rechter aanvaardt. De wet heeft dit uitdrukkelijk bevestigd, nu luidens artikel 854 Ger. W. de onbevoegdheid in dit geval *in limine litis* moet worden opgeworpen.

Nog een ander geval in verband met het toe te passen materieel recht doet zich voor wanneer beide partijen akkoord gaan om op hun geschil een

(48) Vgl. arrest Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen nr. 73/77, van 14 december 1977, *Jur. H. v. J.*, 1977, blz. 2383; zie ook KRINGS, *S.E.W.*, 1978, blz. 347 en *Cahiers de droit européen*, 1981, blz. 174.

bepaald buitenlands recht toepasselijk te maken. De rechter zal hierdoor gebonden zijn, tenzij een bepaling van intern recht de toepassing van dat buitenlands recht in de weg zou staan of tenzij de toepassing van het buitenlands recht zou indruisen tegen de interne openbare orde (dit kan zowel de interne openbare orde *lato sensu*, als de meer beperkte internationale openbare orde zijn)(49).

30. 4. De rechtspleging bij verstek verdient in dit verband ook de aandacht.

Het verstek van de verweerder — het enige dat hier ter sprake komt — brengt mee dat de rechter in elk geval niet mag steunen op de overeenstemming tussen de partijen omtrent de toe te passen rechtsregels.

We kunnen ons alleszins niet verenigen met de stelling dat bij verstek, de rechter zonder enig onderzoek zijn vonnis velt overeenkomstig de vordering van de eiser.

De rechter verleent een vonnis dat een uitvoerbare titel is. Dit mag natuurlijk geen automatisme worden, want dan zouden én het ambt van de rechter én de rechterlijke beslissingen enorm veel van hun waarde en aanzien inboeten.

De rechter moet integendeel, vooraleer een verstekvonnis te vellen, ambtshalve (hier krijgt dit woord zijn volle betekenis) nagaan of de rechtspleging bij de inleiding regelmatig is (werd de dagvaarding regelmatig betekend — werd de termijn van verschijning nageleefd); of hij bevoegd is (zowel territoriaal als materieel — hier kan geen sprake zijn van prorogatie van bevoegdheid, vermits de verweerder niet verschijnt en dus zijn instemming niet kan uiten; tenzij de prorogatie uit een beding van het contract zou blijken en in dit geval moet de regelmatigheid van dat beding worden nagegaan, o.m. wanneer het onder toepassing van artikel 17 van het executieverdrag valt)(50); of de aangevoerde feiten genoegzaam bewezen blijken (de rechter mag niet klakkeloos alles wat de eiser beweert aanvaarden); of de vordering niet in strijd is met een bepaling van openbare orde of zelfs van imperatieve aard, vermits hier weer geen sprake is van een instemming geuit door de verweerder die verstek laat gaan; of de vordering wettelijk verantwoord is(51).

---

(49) RIGAUX, noot, *R.C.J.B.*, 1973, blz. 246.

(50) Cfr. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun*, nr. 55 en 426 e.v.

(51) Noot onder Cass., 16 januari 1976, *Arr. Cass.*, 1976; *Pas.*, 1976, I, 555, 578. Vgl. anders DE CORTE en LAENENS, *Verstekprocedure en de taak van de rechter*, in *Procesrecht vandaag*, blz. 447-503; *T.P.R.*, 1980, 447-503.

Al die punten kunnen door de rechter die bij verstek uitspraak moet doen, zonder enige moeilijkheid geverifieerd worden. Blijft er enige twijfel bestaan, dan kan hij de eiser om uitleg verzoeken.

Dit alles behoort tot zijn ambtsuitoefening en blijft zonder enige twijfel binnen de perken van de accusatoire rechtspleging. Dit werd overigens nooit in twijfel getrokken.

31. 5. Het vraagstuk van de toepassing en van de uitleg van het buitenlands recht moet met inachtneming van dezelfde beginselen worden behandeld.

Dit vraagstuk werd onlangs aan het hof van cassatie voorgelegd naar aanleiding van de toepassing van het Frans recht(52).

In een geding tussen een Belgische en een Franse onderneming betreffende de levering en de betaling van een industriële uitrusting, die door het Belgisch bedrijf bij het Franse bedrijf was besteld, werd vóór de Belgische gerechten door beide partijen de toepassing van het Frans recht aanvaard. Het ging om de toepassing van artikel 1645 van het Code civil. Nu is het zo dat de tekst van die bepaling letterlijk eensluidend is in de twee landen, maar dat de uitleg die eraan gegeven wordt in België grondig verschilt van de toepassing die door de Franse gerechten ervan gemaakt wordt. In België moet de verkoper, die te goeder trouw is, d.w.z. die de verborgen gebreken niet *kon* kennen, slechts de prijs terugbetalen, met de kosten van de verkoop en de intresten vanaf de betaling. Luidens het Frans recht daarentegen wordt de beroepsverkoper *iuris et de iure* vermoed te kwader trouw te zijn en moet hij niet alleen de koopprijs terugbetalen, doch is hij tevens schadevergoeding verschuldigd(53).

Hoewel de partijen vóór de Belgische rechter de toepassing van het Frans recht hadden gevraagd en luidens de vordering overigens schadevergoeding werd gevorderd, werd de inhoud van het Frans recht onvoldoende toegelicht. De verweerder beriep zich op een oude Franse jurisprudentie die sinds jaren achterhaald was en wellicht dichter stond bij de thans nog steeds in België aanvaarde interpretatie van artikel 1345 B.W.(54).

Behoefde de Belgische rechter, die dus door partijen verzocht werd het Frans recht toe te passen, ambtshalve de inhoud van dat recht na te gaan aan de hand van de jurisprudentie in dat land van toepassing?

---

(52) Cass., 9 oktober 1980, *Pas.*, 1981, I, 160; *J.T.*, 1981, blz. 70 en de rechtspraak en rechtsleer vermeld in de conclusie van het openbaar ministerie.

(53) Zie o.m. Cass. fr., 27 april 1971, *Dall.* 1971, blz. 144; 8 november 1972 en 21 november 1972, *Dall.*, 1973, p. 52, 27 november 1973, *Bull. civ.*, IV, nr. 344, blz. 307.

(54) Vgl. Cass. fr., 24 november 1954, *Bull. civ.*, 1954, I, nr. 338, blz. 285; Cass. fr., 19 januari 1965, *Bull. civ.*, 1965, I, nr. 52, blz. 39 - en Belg. Cass., 6 oktober 1961, *Pas.*, 1962, I, 152.

Op die vraag gaf het hof van cassatie een bevestigend antwoord.

Dit was een vrij belangrijke koerswijziging in de jurisprudentie van het hof, t.w. de arresten van 12 november 1935(55). Weliswaar was er reeds een eerste stap gezet naar de richting toe die thans werd ingeslagen, t.w. met het arrest van 27 oktober 1960(56) toen het hof besliste dat de rechter geen machtsoverschrijding begaat als hij de buitenlandse wet interpreteert aan de hand van de rechtsleer en de rechtspraak van het land van herkomst.

Van belang waren voor de leer die het hof heeft goedgekeurd, twee arresten van het Permanent Hof van Internationale Justitie te Den Haag, van 12 juli 1929(57). Dit hoog rechtscollege heeft geoordeeld, dat wanneer men een beroep doet op het buitenlands recht, zulks betekent de wet zoals ze in het land van herkomst wordt uitgelegd en toegepast. Aldus is het niet zozeer de buitenlandse wet, als wel het buitenlands recht dat wordt toegepast(58).

32. Nu is het wel zeer de vraag of de rechter steeds verplicht is het buitenlands recht toe te passen en derhalve te interpreteren en, zo ja, hoe hij dit moet doen.

Eerst moet worden beklemtoond, dat de rechter evenmin gebonden kan zijn door de buitenlandse jurisprudentie als hij door de binnenlandse gebonden is. Sluit hij zich echter niet aan bij de buitenlandse jurisprudentie en/of rechtsleer, dan moet hij de reden hiervan geven. Een kennelijke onjuiste opvatting van het buitenlands recht bij de rechter zou grond kunnen geven tot cassatie(59).

De rechter zal het buitenlands recht moeten toepassen wanneer uit de feitelijke omstandigheden die de partijen hem voorleggen blijkt dat er een extranëiteitselement aanwezig is, of wanneer de partijen uitdrukkelijk verkozen hebben hun geding aan de toepassing van het buitenlands recht te onderwerpen.

De toepassing van het buitenlands recht is immers het gevolg van een regel van intern recht, t.w. de collisieregel. De rechter moet ambtshalve die regel toepassen, zoals enige andere bepaling van intern recht.

---

(55) Cass., 12.11.1935, *Pas.*, 1936, I, 48.

(56) Cass., 27.10.1960, *Pas.*, 1961, I, 210, *Arr. Cass.*, 1961, 181.

(57) *Dall. Per.*, 1930, 2, 45; *Rev. crit. droit intern. privé*, 1929, blz. 456, 477. Zie ook de beoordeling van Niboyet, *éd. loc.*, blz. 484.

(58) Raadpl. VAN HECKE et RIGAUX, *Examen de jurisprudence*, *R. C. J. B.*, 1965, blz. 338; 1970, blz. 271; 1976, blz. 222.

(59) Cass., 9.10.1980, *J.T.*, 1981, blz. 70; *Pas.*, 1981, I, 160 en de verwijzingen vermeld in de conclusie van het openbaar ministerie.

Wanneer de collisieregel de toepassing van het buitenlands recht voorschrijft, moet de rechter dus ook ambtshalve het buitenlandse recht toepassen. Hij moet dit *a fortiori* doen wanneer partijen het hem hebben gevraagd.

Wanneer de partijen echter uitdrukkelijk van die toepassing afzien, dan bestaat er dienaangaande geen geschil en dan mag de rechter het buitenlands recht niet toepassen.

Die regel lijdt alleen uitzondering, indien een regel van openbare orde de rechter gebiedt het buitenlands recht toe te passen. In dit geval zou de verzaking van partijen niet geoorloofd zijn. Als eventueel uit de elementen van het debat een extranëiteitselement zou blijken, dan zou de rechter ambtshalve dit punt nader moeten onderzoeken, ten einde, ook ambtshalve, het buitenlands recht toe te passen(60).

33. Dit brengt ons dan tot de tweede vraag: hoe wordt de rechter ingelicht zowel over de buitenlandse wetgeving als over het buitenlands recht?

Die vraag is ongetwijfeld zeer kies.

Men denkt er dadelijk aan dat de partijen de rechter kunnen inlichten. Maar is die bron van inlichtingen wel betrouwbaar? Daarbij kan nog een vraag van vertaling van de buitenlandse teksten komen kijken, die gewis niet te onderschatten is.

Mogen we hier terloops opmerken dat de rechtsvinding in het buitenlands recht geenszins een vraag van bewijsvoering is. Het bewijs houdt verband met de feiten, doch niet met de inhoud van het recht.

Er bestaat in dit verband een internationaal multilateraal verdrag, nl. het Verdrag van Londen van 7 juni 1968, dat in België in werking is getreden op 17 januari 1974 en dat aan de rechter de mogelijkheid geeft zich de vereiste inlichtingen te verschaffen nopens het buitenlands recht dat hij toe te passen heeft(61).

In dit geval mag de rechter zelf de vraag stellen aan de buitenlandse instelling die door het Verdrag wordt aangewezen.

Het antwoord zal dan aan de partijen medegedeeld moeten worden, ter eerbiediging van de rechten van de verdediging, zodat de partijen desgewenst opmerkingen kunnen maken betreffende de waarde en de draagwijdte van de gegeven inlichtingen(62).

---

(60) De openbare orde waarvan hier sprake is de openbare orde van het land van de rechter en niet die van het buitenland waarvan het recht moet worden toegepast.

(61) Dit verdrag werd reeds door talrijke landen aangenomen en in werking gesteld.

(62) Cass., 11.1.1979, *Arr. Cass.*, 1979, 524; *Pas.*, 1979, I, 521.

Wanneer voormeld verdrag geen toepassing vindt, kan eventueel een beroep worden gedaan op het Ministerie van Buitenlandse Zaken.

Het vraagstuk kan hier, hoe dan ook, niet verder worden uitgediept. Het wijst echter uit, dat zo de rechter, in verband met de toepassing van het buitenlands recht de rechtsgronden mag aanvullen, de alsdan op hem rustende verplichting niet dezelfde draagwijdte heeft als wanneer het toepassing van het intern recht betreft.

Overigens is de controle die te dezen aanzien door het hof van cassatie wordt uitgeoefend evenmin van dezelfde aard als op het vlak van het intern recht. Het gaat hier uiteraard niet om een controle die ten doel heeft eenheid in de interpretatie van de wet tot stand te brengen. De controle is hier hoofdzakelijk afgestemd op de wettelijke toepassing van de collisieregel.

Besluit

34. In dit betoog werd een poging gedaan om aan te tonen dat, hoewel de wet in dezen geen regeling inhoudt, niettemin de jurisprudentie en de doctrine op grond van de beginselen die aan de civiele rechtspleging ten grondslag liggen, de bevoegdheid van de rechter om de rechtsgronden ambtshalve aan te vullen hebben bepaald.

Men constateert dat bij die bepaling voortdurend wordt gezocht naar een evenwicht tussen enerzijds het beschikkingsrecht van de partijen, anderzijds de ambtsuitoefening van de rechter. Te dezen aanzien moet er steeds op worden gelet, dat bij het geding evenzeer de gelijkheid tussen de partijen een wezenlijk vereiste is en dat om die reden en met dat doel een beroep wordt gedaan op een onafhankelijke en onpartijdige rechter. Deze mag nooit uit het oog verliezen dat wat hij in het voordeel van de ene beslist, meestal in het nadeel van de andere zal uitvallen. Dat is een van de aspekten van het beginsel van de eerbiediging van de rechten van de verdediging.

Daarom zijn accusatorische rechtspleging en eerbiediging van de rechten van de verdediging de grondvesten van onze rechtspleging.

SOMMAIRE

LE RÔLE DU JUGE QUANT À LA DETERMINATION DES RÈGLES APPLICABLES À LA SOLUTION DU LITIGE

Après avoir rappelé que la procédure a un caractère essentiellement accusatoire et après avoir cherché à définir les caractéristiques d'une telle procédure, tout en donnant deux exemples de procédure nettement inquisitoriale, les auteurs ont cherché à préciser le rôle du juge quant à la détermination des règles applicables à la solution du litige.

Plusieurs situations ont été examinées:

a) lorsque les parties se sont contentées de déterminer les faits sur lesquels elles fondent l'objet de leur demande, il appartient au juge de déterminer lui-même les règles dont il doit faire application pour résoudre le litige;

b) lorsque la partie demanderesse a déterminé les règles qu'elle estime applicables au litige, mais que la partie défenderesse conteste cette application, il appartient au juge de trancher en déterminant les règles applicables, sans toutefois pouvoir modifier ni l'objet ni la cause de la demande;

c) lorsque les parties sont d'accord sur les règles applicables, mais sont contraires en fait, le juge statue sur l'existence des faits et tranche le litige sur la base des règles auxquelles les parties se sont référées.

En résumé, le juge a un pouvoir limité d'appréciation quant à la détermination des règles applicables au litige, pour autant qu'il se cantonne dans les données de fait qui lui ont été fournies par les parties et dont il constate l'existence et qu'il ne modifie ni l'objet ni la cause de la demande. Par cause de la demande, on entend le titre qu'invoque la partie demanderesse et sur lequel elle se fonde pour déduire des faits l'objet de sa demande.

Le juge remplit cet office tant en matière de droit international qu'en matière de droit interne.

Lorsque les parties n'ont pas précisé quelle est la loi applicable, il appartient au juge de déterminer celle-ci, conformément à ses règles de conflit. Lorsque, en revanche, les parties se sont mises d'accord sur la loi applicable, le juge statue sur le litige en tenant compte de cet accord.

Dans l'un comme dans l'autre cas, le juge détermine le contenu de la loi étrangère en tenant compte non seulement du texte de la loi mais aussi de l'interprétation qui en est donnée par la jurisprudence dans le pays d'origine. Il aura éventuellement recours aux informations qui peuvent lui être fournies sur la base du traité de Londres du 7 juin 1968.

En toute hypothèse, le juge doit avoir égard aux règles du contradictoire, c'est-à-dire qu'il doit permettre aux parties de s'expliquer et de fournir leurs observations au sujet de l'application des règles sur la base desquelles il se propose de statuer. En fait, cette exigence du procès contradictoire n'est qu'un aspect du respect des droits de la défense.

SUMMARY

THE PRACTICE OF INVOKING LEGAL GROUNDS 'EX OFFICIO'

Having reminded the reader that Belgian procedure is essentially accusatory, and having clarified the characteristics of this type of system — whilst providing two examples of proceedings which are recognizably inquisitorial — the authors proceed to deal with the role of the courts in determining the rules which are applicable to the disputes submitted to it.

A number of possibilities are examined:

(a) where the parties have merely described the facts which form the basis of their claim, it is for the court itself to determine which rules he will apply to pronounce judgment in the dispute;

(b) where the plaintiff has indicated which rules he deems to be applicable and this is rejected by the defendant, the court must use the rules which it deems to be applicable to the dispute, without, however, amending the subject-matter and cause of the claim.

(c) where the parties are agreed as to the applicable rules, and their dispute only concerns an evaluation of the facts, the court will give this evaluation and decide the case in accordance with the rules indicated by the parties themselves.

Summing up, the authors contend that the courts have a limited discretion in determining the rules applicable to the dispute, so long as they remain within the limits of the facts which the parties have submitted to them, and to the extent that they amend neither the subject-matter nor the cause of the claim. By 'cause of the claim' the authors refer to the right invoked by the plaintiff and on which, together with the facts, he bases the subject-matter of his claim.

The court has this discretion both at the international and at the domestic level. Where the parties have failed to indicate the applicable law, the court must do so in accordance with the principles of the conflict of laws which prevail in its country. Where, on the other hand, the parties have determined the applicable law by common consent, the court must decide the case in accordance with the provisions of that law.

In either case, the court must determine the contents of the foreign law, not only on the basis of its text but also in the light of the way in which it is interpreted by the courts in the country of origin. It also has the option of requesting such information as can be supplied to it on the basis of the Treaty of London of 7/6/1968.

In any case, the court must take into consideration those rules which relate to the contradictory nature of court proceedings, i.e. it must give the parties the opportunity to submit their observations concerning the rules on the basis of which it intends to pronounce judgment. The fact of the matter is, however, that this obligation, which results from the contradictory nature of the debates, only constitutes one aspect of the respect for the rights of the defence.

ZUSAMMENFASSUNG

DAS AMTSMÄßIGE ERGÄNZEN VON RECHTSGRUNDE

Nachdem sie daran erinnerten, daß in Belgien die Rechtspflege ausgeprägt anklagend ist, und nachdem sie die Merkmale einer solchen Rechtspflege beleuchtet haben — wobei allerdings 2 Beispiele einer deutlich inquisitorialen Rechtspflege angeführt wurden — handeln die Autoren von der Rolle des Richters bei der Bestimmung der auf die Rechtssache anwendbaren Regeln.

Verschiedene Möglichkeiten werden untersucht:

a) Wenn die Parteien nur die Tatsachen die dem Objekt ihrer Forderung zugrunde liegen umschrieben haben, dann muß der Richter selbst die Regeln die er bei der Schlichtung der Rechtssache anwendet, bestimmen.

b) Wenn der Kläger die Regeln die er auf die Rechtssache anwendbar denkt, angewiesen hat aber der Angeklagte diese Meinung anficht, dann muß der Richter die nach seinem Urteil für die Rechtssache geeigneten Regeln bestimmen, ohne allerdings das Objekt und die Ursache der Forderung abändern zu dürfen.

c) Wenn die Parteien über die anzuwendenden Regeln einverstanden sind, und ihre Streitigkeit nur den Verlauf der Tatsachen betrifft, dann urteilt der Richter über diesen Sachverhalt und er schlicht den Streit nach den Regeln die die Parteien selbst angewiesen haben.

Kurzgefaßt wurde gestellt, daß der Richter eine beschränkte Beurteilungsmacht hat was die Bestimmung der auf der Rechtssache anwendbaren Regeln betrifft, vorausgesetzt, er hält sich an dem Faktenmaterial das die Parteien ihm geboten haben, und dessen Existenz er feststellt, und vorausgesetzt er ändert entweder das Objekt noch die Ursache der Forderung. Als Ursache der Forderung wird gemeint der Titel auf den sich die Partei beruft und auf den sie, anläßlich der Tatsachen, das Objekt ihrer Forderung stützt.

Der Richter hat sowohl auf internationaler als auf interner Ebene diese Beurteilungsmacht.

Wenn die Parteien das anzuwendende Gesetz nicht angewiesen haben, dann muß der Richter es den in seinem Land gültigen Konfliktregeln entsprechend bestimmen. Haben die Parteien im Gegenteil, im Einverständnis das anzuwendende Gesetz bestimmt, dann schlicht der Richter die Streitigkeit nach den Bestimmungen dieses Gesetzes.

Sowohl im einem wie im anderen Fall dient der Richter den Inhalt des ausländischen Gesetzes zu bestimmen, nicht nur anhand des Gesetzestextes sondern auch im Sinne der Interpretation die im Land der Herkunft von der Rechtspflege gegeben wird. Gelegentlich kann er sich auf die Information berufen, die ihm kraft des Londoner Abkommens vom 7. Juni 1968 verschafft werden kann.

Auf alle Fälle muß der Richter die Regeln bezüglich der kontradiktorischen Art der Rechtspflege beachten, d.h. daß er den Parteien die Möglichkeit geben muß ihre Bemerkungen hinsichtlich der von ihm als anwendbar geachteten Regeln gelten zu lassen. Im Grunde ist diese aus der kontradiktorischen Art der Debatten hervorgehende Verpflichtung nur ein Aspekt der Berücksichtigung der Rechte der Verteidigung.