Orde van Vlaamse Balies

www.advocaat.be

Staatsbladsstraat 8
B – 1000 Brussel
T +32 (0)2 227 54 70
F +32 (0)2 227 54 79
info@advocaat.be
ondernemingsnummer 0267.393.267

STANDPUNT

Commentaar OVB op het Wetsontwerp houdende wijziging van het burgerlijk procesrecht en houdende diverse bepalingen inzake justitie (Kamer, Parl. St. 54-1219-001- *Potpourri I*)

1 september 2015

(red. studiedienst: Bart Coppein en Philippe Gérard)
Contactpersoon : philippe.gerard@ordevanvlaamsebalies.be

1. Inleiding

De OVB communiceert via dit standpunt haar visie op het wetsontwerp houdende wijziging van het burgerlijk procesrecht en houdende diverse bepalingen inzake justitie. De zogenoemde eerste "potpourriwet" (hierna PP I) behandelt de hervorming van de burgerlijke procedure. Dit standpunt kreeg inhoudelijk vorm op basis van suggesties en opmerkingen van de leden van de Raad van Bestuur, van leden van de commissie gerechtelijk recht en van leden van de studiedienst.

De suggesties en opmerkingen worden thematisch behandeld. Het artikelnummer tussen haakjes verwijst naar het artikel in het wetsontwerp.

2. Voorafgaandelijke opmerking

De OVB kon zich niet van de indruk ontdoen dat diverse bepalingen in de oorspronkelijke versie van PPI ten onrechte uitgingen van de niet nader gefundeerde premisse als zou de advocaat bij de verdediging van de rechten van zijn cliënt een vlotte rechtsbedeling in de weg staan. De OVB wenst dit beeld en alle daarop betrekking hebbende bepalingen formeel te protesteren, onverminderd de toevoeging van de advocaat als initiator van de procedure betreffende de invordering van onbetwiste geldschulden

3. Invordering van onbetwiste geldschulden (art. 20 en volgende PPI)

Ten aanzien van de invoeging van de artikelen 520/1 e.v. Ger.W., betreffende de invorderingsprocedures voor onbetwiste geldschulden tussen ondernemingen, bestaan bedenkingen.

In de eerste plaats dient gewezen te worden op het belang van een jurisdictionele procedure voor een adequate rechtsbescherming. Het afschaffen of minder aantrekkelijk maken van de gerechtelijke weg zal eigenrichting ingang doen vinden. Dit is schadelijk voor de rechtsstaat.

In eerste instantie is een gerechtsdeurwaarder partijdig en gemandateerd door de schuldeiser-opdrachtgever. In welke mate heeft hij zich reeds een beeld gevormd over de debiteur op basis van andere zaken waarin hij optreedt? Dit gegeven speelt een rol bij het beoordelen van de gegrondheid van een factuur. Het gevaar bestaat immers dat de gerechtsdeurwaarder geen objectief oordeel meer kan vormen. In de voorgestelde regeling oordeelt geen enkele onafhankelijke instantie over het verschuldigde vaststaande, opeisbare of onbetwiste karakter van de vordering.

Bovendien heeft de gerechtsdeurwaarder geen matigingsbevoegdheid ten aanzien van de verkoopsvoorwaarden. Dit dreigt te leiden tot een groot aantal procedures aangaande bijvoorbeeld verhogingsbedingen en intresten.

Ten slotte dreigt de rol van de deurwaarder onduidelijk te worden, nu hij reeds vaak in gerechtelijke invorderingsprocedures wordt ingeschakeld. Door de Nationale Kamer van Gerechtsdeurwaarders van België (NKGB) de bevoegdheid te verlenen zelf de uitvoerbare titel te creëren, krijgt de gerechtsdeurwaarder een dubbelzinnige functie als partij enerzijds en rechter anderzijds.

Het gebrek aan reactie of betaling, het niet akkoord gaan van de schuldenaar met de gevraagde betalingsfaciliteiten en de niet-nakoming van betalingsfaciliteiten volstaan opdat de gerechtsdeurwaarder een proces verbaal opstelt dat de NKGB uitvoerbaar kan verklaren. De OVB waarschuwt ervoor dat hier te veel macht aan de deurwaarders wordt verleend, wat de deur opzet voor misbruiken. Behandeling van de invordering door een onafhankelijke rechterlijke instantie beschermt daarentegen tegen dergelijke misbruiken. Het is tevens de vraag of een en ander binnen de opdracht van de NKGB valt, zoals in artikel 555 Ger.W. ingeschreven.

De OVB waarschuwt tevens voor de precedentwaarde van de bevoegdheid van de NKGB om uitvoerbare titels te creëren. Het is niet uit te sluiten dat deze procedure als precedent zal aangewend worden om deze bevoegdheid uit te breiden naar andere procedures. Een gelijkaardige procedure instellen voor de invordering van onbetwiste schulden door ondernemingen van consumenten maakt een inbreuk op fundamentele rechten uit (zie ook het standpunt van de vrede- en politierechters zoals bekendgemaakt in de brief van 3 april 2015 van voorzitter Lode Francken van het Verbond van de vrede- en politierechters. De vrede- en politierechters waarschuwen eveneens voor de uitbreiding van deze procedure naar schuldvorderingen ten aanzien van de consument). Consumenten worden immers, in tegenstelling tot de ondernemingen-schuldenaars in handelstransacties, niet beschermd door de waarborgen die de wet van 2 augustus 2002 tot bestrijding van de betalingsachterstand in handelstransacties biedt (bijv. het vaste bedrag van de

forfaitaire schadevergoeding). Daarenboven voorziet ter vergelijking de Europese betalingsbevelprocedure (Verordening (EG) Nr. 1896/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 tot invoering van een Europese betalingsbevelprocedure) wel in een rechterlijke tussenkomst bij de invordering van niet-betwiste geldschulden (zie in dit verband inzonderheid de artikelen 8 tot en met 12 van Verordening 1896/2006).

De memorie van toelichting bij PPI verwijst in dit kader naar richtlijn 2011/7/EU. Deze richtlijn bepaalt dat de lidstaten ervoor zorgen dat, via een spoed- of andere procedure en ongeacht het bedrag van de schuld, doorgaans binnen een periode van 90 kalenderdagen na de instelling bij de rechter of een andere bevoegde autoriteit van de vordering of het verzoek van de schuldeiser, een executoriale titel kan worden verkregen wanneer de schuld of aspecten van de procedure niet worden betwist. Deze richtlijn is weliswaar niet van toepassing op onbetwiste schuldvorderingen ten aanzien van de consument, toch mag niet uit het oog verloren worden dat ook ondernemingen rechtzoekenden zijn. Het rechtsstatelijke beginsel dat het recht op toegang tot de rechter omvat, dient ook hier gevrijwaard te blijven. Het is te betreuren dat de voorgestelde regeling het beginsel van rechterlijke tussenkomst, zoals neergelegd in inzonderheid de artikelen 8 tot en met 12 van Verordening 1896/2006 tot invoering van een Europese betalingsbevelprocedure, niet heeft overgenomen. Het onbetwiste karakter van de vordering is alleszins geen doorslaggevend argument om rechterlijke tussenkomst uit te sluiten. Ook het Hof van Cassatie merkte eerder reeds in zijn nota van 21 april 2015 op dat de interne invoering van de Europese betalingsbevelprocedure te verkiezen is boven het voorgestelde systeem dat niet voldoende waarborgen op een onafhankelijke en onpartijdige behandeling van de zaak biedt.

Als alternatief voorstel, dat rekening houdt met een terugdringing van de werklast, ratio legis van de voorgestelde maatregel, kan worden gedacht aan versterking van de geïnformatiseerde afwikkeling van dit soort procedures, in te leiden door een advocaat of een partij en af te sluiten door een rechterlijke toetsing. Indien de advocaat de vordering moet instellen via een gedigitaliseerd formulier, waarin de hoofdsom, gevraagde intresten en gevraagde kosten worden ingevuld, kan de verwerking met rechtelijke toetsing op basis van een geïnformatiseerde voorprocedure verlopen.

Wat betreft de terugdringing van het aantal procedures en de kosten die deze met zich meebrengen, kan nog het volgende opgemerkt worden. Indien dit de ratio is van de voorgestelde norm, kan deze niet worden bijgetreden. Noch de individuele gerechtsdeurwaarders, noch de NKGB zullen hun diensten in dit kader gratis aanbieden. Bovendien dient men ook in rekening te brengen dat veel betwistingsprocedures gevoerd zullen worden, met alle bijkomende gerechtskosten van dien. Het wetsvoorstel schiet het doel van de hervorming dan ook volledig voorbij.

In een systeem waarin de rechtbank niet moet belast worden met het beslechten van niet betwiste schuldvorderingen of facturen, is het toch aangewezen om de eerste stap van de procedure niet bij de gerechtsdeurwaarders, maar bij de advocaten te leggen. Daar zijn meerdere goede redenen voor:

- De advocaat heeft een vertrouwensrelatie met de cliënt die hem over de grond van de zaak voldoende dient in te lichten. Het eenvoudig overmaken van een factuur aan een gerechtsdeurwaarder geeft niet dezelfde garantie. Hoe is de overeenkomst tot stand gebracht, wat is de briefwisseling, de eventuele bestaande betwistingen etc.
- Eens er toch een antwoord met betwisting komt, is hij het best geplaatst om daarop in te gaan.

- Daarmee wordt ook het gevaar vermeden dat malafide schuldeisers proberen onverschuldigde facturen die niet worden betwist, alsnog te innen. De gerechtsdeurwaarder is slecht geplaatst om te wikken en te wegen. Zij zullen zonder meer aanmanen en betekenen.
- De advocaat is het best geplaatst om de 'onbetwistbaarheid' van de factuur in te schatten. Het voordeel van zijn tussenkomst is dat er meer kans is dat echt onbetwiste facturen daarna de nieuwe voorgestelde procedure volgen en dat de problematische gevallen er worden uitgefilterd. De tussenkomst van de advocaat aan het begin van de procedure past dus in het plan.
- Advocaten beschikken nu reeds over bijzondere procedurele capaciteiten zoals de mogelijkheid om de verjaring te stuiten. Zie in dit verband ook de bijzondere positie van de advocaat in tegenstelling tot de incassobureaus om de verjaring te stuiten (GwH 10 december 2014, nr. 181/2014, B.9): "*Gelet op het belang van de verjaringsstuitende werking verbonden aan het versturen van een ingebrekestelling, vermocht de wetgever rechtmatig ervan uit te gaan dat, om redenen van rechtszekerheid, die mogelijkheid diende te worden voorbehouden aan beroepscategorieën die, zoals dat het geval is voor de advocaten, de deurwaarders of de personen beoogd in artikel 728, § 3, van het Gerechtelijk Wetboek, beantwoorden aan deontologische regels eigen aan het statuut van elk van die beroepen of die, als rechtsbeoefenaars, geschikt zijn om, op basis van een grondig onderzoek van het aan hen voorgelegde dossier, de risico's te evalueren van de verjaring van de schuldvordering waarvan zij de betaling nastreven, alsook het gedrag dat dient te worden aangenomen om een dergelijke verjaring te voorkomen.*"

De OVB wenst tevens te onderstrepen dat de advocatuur zich in haar beroepsbelangen geraakt voelt bij een grotere rol voor de gerechtsdeurwaarders en mogelijke *outsourcing* naar een louter administratieve afhandeling, terwijl zij zelf om redenen van beroepsethiek en professionele kunde zo mogelijk beter uitgerust is om onbetwiste geldschulden (via gerechtelijke weg) in te vorderen. Er is geen reden om advocaten relatief minder verantwoordelijkheid te geven dan notarissen en gerechtsdeurwaarders. Het toekennen aan de gerechtsdeurwaarders van de bevoegdheid om uitvoerbare titels te creëren roept in dit opzicht vragen op.

De OVB pleit dan ook voor een andere aanpak van de invorderingen van schulden dan deze opgenomen in de PPI, onverminderd de positieve evaluatie van de toevoeging van de advocaat als initiator van de procedure.

Minstens en uiterst ondergeschikt dient de voorgestelde regeling rekening te houdenmet volgende opmerkingen:

- Het Centraal register voor de invordering van onbetwiste geldschulden dient opengesteld te worden voor advocaten, die er ook rechtstreeks toegang toe moeten krijgen (via hun IAD server).
- De verwijzing naar de bijkomende boete moet geschrapt worden. Er zijn voldoende mogelijkheden om een veroordeling uit te lokken voor een tergende en roekeloze procedure. Daarenboven leidt de bepaling tot willekeur: een niet betwiste factuur waarvan het intrestpercentage wordt betwist, is een procedure die misschien over weinig geld gaat, maar wel principieel gegrond kan zijn. De bepaling schendt trouwens het gelijkheidsbeginsel, nu iemand die een factuur ten onrechte uitschrijft, niet kan worden gestraft met de bijkomende boete.
- Indien de procedure beperkt wordt tot een B2B relatie (zie artikel 520/1, 2° uitzondering - '*schuldeisers en schuldenaren die niet zijn ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen')*; is de verwijzing naar het rijksregisternummer onnodig; het volstaat het KBO nummer te gebruiken als unieke sleutel.
- De verwijzing naar de toevoeging van het afschrift van proces-verbaal van niet-betwisting moet worden geschrapt. Dit bemoeilijkt onevenredig de mogelijkheid tot betwisting, nu de schuldenaar,

en zeker diens advocaat, er niet noodzakelijk over beschikt (tenzij de advocaat rechtstreeks toegang heeft tot het register).
- De advocaten moeten dan ook minstens de stukken uit het register rechtstreeks kunnen raadplegen.

Ten slotte wijst de OVB er bezorgd op dat twee belangconflicten dreigen te ontstaan in de ontworpen regeling in art. 520, § 2 *io*. 1394/24, § 2 Ger.W.:
- In de eerste plaats is er geen onverenigbaarheid voorzien tussen het voorzitterschap van het BTC, mogelijks ingenomen door een beslagrechter, en het BTC-lid dat de titel uitvoerbaar verklaart in de procedure.
- In de tweede plaats stelt er zich een probleem bij tenuitvoerlegging van de uitvoerbaar verklaarde titel. In dat geval wordt automatisch een bericht in het CBB aangemaakt. Mogelijke betwistingen hieromtrent worden voorgelegd aan het BTC, onder meer samengesteld uit de magistraten belast met de uitvoerbaarverklaring.

4. Nadere bepaling vordering op dezelfde oorzaak (art. 2 PPI)

De OVB heeft tevens ernstige bedenkingen bij de voorgestelde wijziging aan art. 23 Ger.W., dat in de nieuwe formulering zou stellen dat de vordering op dezelfde oorzaak moet berusten, *ongeacht de ingeroepen rechtsgrond.*

De OVB wijst er eerst en vooral op dat het aantal zaken waarin rechtsmisbruik wordt gemaakt van het recht een nieuwe procedure in te stellen met betrekking tot dezelfde feiten op een andere rechtsgrond, verwaarloosbaar is. De voorgestelde maatregel beoogt met andere woorden een probleem aan te pakken dat de facto nauwelijks of niet bestaat. Indien het zich toch zou voordoen, volstaat de bestaande non bis in idem-regeling, die een schadevergoeding wegens tergend en roekeloos geding in voorkomend geval toelaat.

De oorzaak van de vordering wordt in de rechtsleer gedefinieerd als het geheel van rechtsfeiten en rechtshandelingen die de eiser aanvoert tot staving van het gevorderde. Bijgevolg is het een feitelijk en niet een juridisch kader dat de oorzaak omschrijft

Het behoud van de voorgestelde wijziging zou inhouden dat wanneer een proces op basis van art. 1382 BW wordt verloren, het onmogelijk zou zijn opnieuw te beginnen op grond van bijvoorbeeld art. 544 BW.

De artikelen waarnaar wordt verwezen in de memorie van toelichting zijn evenmin fundamenteel genoeg van aard om de voorgestelde wijziging aan art. 23 te verantwoorden.

De OVB vraagt derhalve om art. 2 PPI te schrappen en de huidige formulering van art. 23 Ger.W. te behouden.

5. E-Box (art. 3 PPI)

De OVB bevestigt haar bereidheid om in te stappen in het e-Boxverhaal, maar beklemtoont tegelijkertijd dat ze dit alleen kan doen als de communicatie via haar eigen Digitaal Platform voor

de Advocaat kan gaan en wijst erop dat ook de gerechtsdeurwaarders en de notarissen een analoge voorwaarde hebben gesteld.

De OVB bepleit daarom een toevoeging *in fine* van het eerste lid van het voorgestelde nieuwe art. 32*ter* Ger.W.:

"*Elke kennisgeving of mededeling door een gerechtelijke instantie aan een advocaat, gerechtsdeurwaarder of notaris en elke kennisgeving, neerlegging of mededeling door een advocaat, gerechtsdeurwaarder of notaris aan of bij een gerechtelijke instantie kan gebeuren door middel van het informaticasysteem van Justitie dat door de Koning wordt aangeduid en dat verloopt via het platform van de beroepsorganisaties van de advocaten, gerechtsdeurwaarders en notarissen*."

Ter motivering wijst de OVB er op dat de beroepsorganisaties in het algemeen verantwoordelijk zijn voor hun leden. Met betrekking tot de advocatuur in het bijzonder beklemtoont de OVB dat het noodzakelijk is dat zij als beheerder van de authentieke bron van de advocatuur toeziet op dergelijke elektronische communicatie, vooral wanneer die communicatie ook elektronisch rechtsgeldig zou kunnen worden gestuurd naar een advocaat als ware het naar zijn cliënt (cfr. infra opmerking bij art. 7 PPI). In die omstandigheden kan de OVB als enige garanderen dat geschorste of geschrapte advocaten geen toegang meer hebben tot hun e-Box.

6. Kennisgeving bij gewone brief aan de advocaat (art. 7 PPI)

De OVB heeft geen bezwaar tegen het voorgestelde art. 46/1 Ger. W., maar vraagt een alternatieve formulering.

De huidige tekstversie stelt dat de kennisgeving bij gewone brief aan een partij voor wie een advocaat optreedt "*gebeurt door een gewone brief aan die advocaat*".

De OVB stelt voor om de gecursiveerde zinsnede te vervangen door navolgende woorden: "*gebeurt rechtstreeks aan die advocaat*".

Met deze wijziging beoogt de OVB een nieuw formalisme te vermijden, dat eventuele kennisgeving via het elektronisch systeem (cfr. supra art. 3 PPI) mogelijks in de weg zou kunnen staan.

In dit verband beklemtoont de OVB eens te meer de noodzaak van de koppeling van de diverse ICT-systemen.

7. Alleenzetelende rechter (artt. 60 en 61 PPI)

De OVB begrijpt de beweegredenen die de minister hebben geïnspireerd tot de veralgemening van het principe van de alleenzetelende rechter, maar blijft hier grote moeite mee hebben. Een meervoudige kamer, bezet door elkaar in evenwicht houdende rechters, biedt immers een grotere garantie voor een goede rechtsbedeling.

In elk geval roept de OVB op minstens toe te staan dat daar facultatief van zou kunnen worden afgeweken. Zo niet, riskeren complexe procedures in bijvoorbeeld commerciële of fiscale

aangelegenheden te worden voorgelegd aan één rechter, terwijl beroepen tegen eenvoudige verkeerszaken voor drie rechters zouden moeten komen.

De OVB acht het in die omstandigheden logischer dat algemeen zou worden bepaald dat een vordering in beroep wordt gebracht voor één rechter in alle zaken, tenzij één van de partijen om drie rechters verzoeken. Desgevallend heeft de OVB er geen bezwaar tegen dat daaraan een verhoogd rolrecht of een bijkomend rolrecht zou worden gekoppeld.

De OVB erkent weliswaar dat wanneer alleenzetelende rechters de regel zouden worden, er meer garanties komen voor de specialisatie van rechters.

Ten overvloede kan ook nog verwezen worden naar de afwijzende houding die het Hof van Cassatie aanneemt ten aanzien van deze hervorming in zijn nota van 21 april 2015. Het Hof wijst daarbij op de bijzondere merites van de collegialiteit voor de kwaliteit van de rechtspraak: onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter, alsook de eenheid van de rechtspraak binnen een zelfde rechtsmacht.

8. Tussenkomst openbaar ministerie in burgerlijke zaken (art. 33 PPI)

De OVB vraagt zich af hoe dit concreet in zijn werk zal gaan en wie zal bepalen welke zaken worden overgezonden aan het openbaar ministerie. Is het de bedoeling dat het openbaar ministerie alle zaken op voorhand gaat screenen?

Het verdient aanbeveling de voorgestelde wijziging "*wanneer het zulks dienstig acht*" te vervangen door "*telkens de rechtbank erom verzoekt, al dan niet op vraag van één der partijen*".[1] Zo kan de rechtbank nog weigeren.

De OVB vreest dat de tweede voorgestelde wijziging tot heel veel tijdverlies zal leiden. Nu is het openbaar ministerie in de gerechtszaal aanwezig en geeft het mondeling advies. In het nieuwe voorstel wordt dit een mededeling (dus een schriftelijk overmaken van de zaak), waarna eventueel advies volgt, met een verzwaring van de procedure als gevolg.

9. Kennisgeving griffie door advocaat (art. 11 PPI)

De OVB vraagt naar analogie met art. 7 PPI op te letten voor een overdreven formalisme door het gebruik van de bewoordingen '*per gewone brief*'. Dergelijke kennisgeving moet vanzelfsprekend ook digitaal kunnen.

[1] - De OVB vindt dat volgende personen om een advies van het openbaar ministerie moeten kunnen verzoeken:
Het openbaar ministerie zelf
De rechter
Een van de partijen
Een van de kinderen
- Deze vraag moet vóór de zitting op gemotiveerde wijze worden gesteld.

10. Inhoud en structurering conclusies (art. 12 PPI)

Als conclusies een welbepaalde structuur moeten hebben zoals voorgesteld, lijkt het de OVB aangewezen dat conclusies moeten ondertekend zijn door een advocaat.

Bovendien is het opleggen van een bepaalde structuur aan de advocatuur een ongelijkheid ten opzichte van andere procespartijen. Het verdient eveneens aanbeveling een gelijkaardige structuur op te leggen bij de motivering van een vonnis, onverminderd de noodzaak aan een afdoende motivering, gelet op de rechtspraak van het EHRM inzake artikel 6 EVRM.

Ten slotte wordt de concrete burger met een drempel geconfronteerd om zelf nog op te treden, nu het opgelegde model een zekere technische kennis vereist.

11. Syntheseconclusies/conclusietermijnen (art. 13 PPI)

De OVB merkt op dat in de ontwerptekst weliswaar nog geen vaste conclusietermijnen zijn opgenomen, maar dat die in het Justitieplan zijn voorzien.

Het opleggen van conclusietermijnen heeft weinig impact, als het procedurele vervolg ook niet strikter geregeld wordt. Ook fixaties en uitspraken moeten dan aan welbepaalde termijnen gebonden zijn. Responsabiliserende maatregelen om het principe van de uitspraak binnen de maand te bewerkstelligen, zijn dan even noodzakelijk.

De OVB merkt op dat juist het verplicht opleggen van termijnen via de zogenaamde wet Onkelinx er in de praktijk toe leidt dat veel pleitzittingen verloren gaan omdat de zaak ondertussen zonder voorwerp werd, omdat zij bijvoorbeeld minnelijk geregeld werd. Eerder een versoepeling dan een verdere verstrenging zou besparend kunnen werken.

12. Uitbrengen advies door openbaar ministerie (art. 15 e.v. PPI)

De OVB vreest dat de voorgestelde wijziging de procedure eerder zal vertragen dan versnellen, vermits de mededeling nu procedureel trager zal werken. In theorie is het overigens mogelijk vijf minuten na de mededeling uitspraak te doen.

In paragraaf twee zit mogelijks een onjuistheid: advies vragen bij sluiting der debatten, met de mogelijkheid nog conclusies te maken? Is dit dan technisch een sluiting der debatten? Bedoelt men "*na de debatten, en alvorens de zaak in beraad te nemen"*?

Een alternatieve formulering is wellicht te verkiezen: "*De conclusie van de partijen wordt alleen in aanmerking genomen voor wat betreft het antwoord op het advies van het openbaar ministerie.*" Zo worden conclusies die daarnaast nog andere feiten aanhalen, nog steeds 'in aanmerking genomen'. Het is overigens niet geheel duidelijk wat met die laatste zinsnede bedoeld wordt.

13. Termijn van uitspraak (art. 18 PPI)

De OVB gaat akkoord met de voorgestelde wijziging aan art. 770 Ger. W., maar merkt op dat de toepassing van dit artikel gedoemd is dode letter te blijven zolang er geen sanctie aan wordt verbonden. De inhoud van de bepaling dient verplicht te worden.

14. Verstek (art. 20 PPI)

De OVB is het principieel eens met het wegvallen van de termijn van 1 jaar waarbinnen het vonnis in de huidige regeling moet betekend worden.

De OVB merkt echter op dat een rechter in geval van verstek de vordering niet meer inhoudelijk zal kunnen nazien of matigen.

Deze bepaling zou daardoor bijvoorbeeld tot gevolg kunnen hebben dat een eiser die een schadebeding vordert tegen een particulier, in geval van verstek 20% kan vragen qua schadebeding, en in geval van tegenspraak, niets of de vaste rechtspraak krijgt.

Dit schept een ongelijke behandeling tussen de partij die verstek laat en de partij die geen verstek laat, die moeilijk kan gewettigd worden door het loutere feit van verschijning als verweerder. Het beknot daarenboven op onevenredige wijze de beoordelingsvrijheid van de rechter.

De kans op misbruik van het verstek is bijzonder groot, bijvoorbeeld in familiezaken. Het zou niet voor het eerst zijn dat een dagvaarding zou worden betekend als men weet dat de partner er niet is of net verhuisd is en zijn domicilie nog gelegen is op het oude adres.

Deze bepaling lost niets op, wel integendeel, ze zal leiden tot veel meer verzetsprocedures, en het werk moet toch gedaan worden (er moet vonnis geveld worden).

15. Vormgebreken (art. 22-27 PPI)

De OVB is principieel voorstander van de voorgestelde wijzigingen aan artikelen 862 en 867 Ger.W. De opheffing van de artikelen 862 en 867 Ger.W. is ingegeven door de bekommernis om het procesrecht te deformaliseren, een doelstelling die ook door de OVB waardevol wordt geacht.

De absolute nietigheden zoals neergelegd in artikel 862 betreffen procedurevoorschriften die zo essentieel worden geacht dat miskenning of onregelmatigheid de nietigheid van de betreffende handeling tot gevolg heeft. Deze nietigheid kan ambtshalve door de rechter worden uitgesproken. Hij heeft met andere woorden niet de verplichting ze uit te spreken. Uit artikel 864, tweede lid Ger.W. volgt immers dat de rechter, mits de rechtspleging verloopt op tegenspraak, (bewust) mag ‘nalaten’ de nietigheid ambtshalve op te werpen wanneer hij van oordeel is dat die houding voor een goede rechtsbedeling is aangewezen. De opmerking in de memorie van toelichting bij art. 44 (afschaffing van art. 862 Ger.W.) dat “dekking” van deze vormgebreken maar mogelijk is als de rechter het niet zelf opmerkt (art. 864, 2de lid), is bijgevolg onjuist. Integendeel biedt art. 864, tweede lid Ger.W. net ruimte voor rechterlijke sturing en beleid inzake dekking van beweerde nietigheden.

De ontwerptekst vertoont echter hiaten op het vlak van de sanctionering van de proceduretermijnen.

Indien het de bedoeling is om 'dekking' slechts uit te sluiten voor de vervaltermijn voor de aanwending van rechtsmiddelen (art. 860, tweede lid Ger.W., de memorie van toelichting bij art. 44 gaat in die richting, zij het niet ondubbelzinnig), dan verdient het de voorkeur dit te verduidelijken en als volgt te doen:

Nieuw artikel 862 Gerechtelijk Wetboek:

"*De regel van artikel 861 is niet van toepassing op het in artikel 860, tweede lid, bedoelde verval. De rechter spreekt dit verval uit, zelfs ambtshalve.*"

Nieuw artikel 864 Gerechtelijk Wetboek:
"*De nietigheid of het verval die tegen de proceshandelingen kan worden ingeroepen, is gedekt indien zij niet tegelijk en vóór enig ander middel worden voorgedragen.*"

Nieuw artikel 865 Gerechtelijk Wetboek:
"*De regels van artikel 864 en van artikel 867 zijn niet van toepassing op het in artikel 860, tweede lid, bedoelde verval.*"

Deze benadering heeft het voordeel van de duidelijkheid. Inhoudelijk strookt zij met wat naar huidig recht via de toepassing van art. 867 Ger.W kan worden bereikt.

Een voorbeeld kan dit verduidelijken:

"Art. 1093. *De termijn waarover de verweerder beschikt om zijn antwoord ter griffie in te dienen, bedraagt, op straffe van verval, drie maanden, te rekenen van de dag waarop het inleidende verzoekschrift of de memorie van toelichting is betekend.*"

Naar huidig recht betreft het een proceduretermijn voorgeschreven op straffe van verval, die bij miskenning aanleiding geeft tot ambtshalve uit te spreken verval, tenzij de rechter kan vaststellen dat ondanks de termijnoverschrijding het normdoel bereikt werd. Vermoedelijk zal daarbij dan zowel in aanmerking worden genomen of het recht van verdediging van de eiser in cassatie niet aangetast werd door de termijnoverschrijding en het behoorlijk procesverloop in de behandeling van de zaak door het Hof van Cassatie gevrijwaard bleef.

In de nieuwe benadering (opheffing van art. 862 Ger.W.) zal de beoordeling geheel afhankelijk zijn van het belangenschadecriterium in art. 861 Ger.W. Dit is het individuele, rechtmatige belang van de partij die de exceptie opwerpt binnen de eigenlijke procedure.
De aard van de termijn verandert niet (het is nog steeds een proceduretermijn, niet op straffe van verval voorgeschreven, die geen termijn is tot aanwending van een rechtsmiddel), de toetsingsmaatstraf (belangenschade) wel.

Zij vraagt zich aldus af of de schrapping van art. 862 Ger.W. geen ongewenste gevolgen heeft.
Het verdient ook aanbeveling een uitzondering maken voor het 6° lid – gelet op het belang voor de berekening van termijnen en discussies over betekeningen: "*De regel van artikel 861 geldt niet voor een verzuim of een onregelmatigheid betreffende : 6° de vermelding dat de exploten en akten van tenuitvoerlegging zijn betekend aan de persoon of op een andere wijze die de wet bepaalt.*"

Met betrekking tot artikel 867 Ger.W. dient nog het volgende te worden opgemerkt. In dit artikel wordt verwezen naar "*in deze afdeling bedoelde*" termijnen. Op het eerste gezicht is de matigende werking niet langer mogelijk voor termijnen (in de mate dat art. 867 Ger.W. dit mogelijk maakte) omdat het beoogde doel werd bereikt.

Staat art. 861 Ger.W. voor een subjectieve benadering – het vrijwaren van de belangen van een procespartij – dan biedt art. 867 Ger.W. vanuit een objectieve benadering (normdoel, de verwezenlijking van de finaliteit van de norm) bijkomend de ruimte om geen nietigheid of verval uit te spreken indien aan één van de voorwaarden van art. 867 Ger.W. is voldaan: (1) de handeling heeft het doel bereikt dat de wet ermee beoogt of (2) de niet-vermelde vorm is wel in acht genomen. De bewijslast dat art. 867 Ger.W. kan worden toegepast rust in principe op de partij die de gewraakte proceshandeling heeft gesteld, maar de rechter moet zelfs ambtshalve – met eerbiediging van het recht van verdediging – nagaan of door toepassing van art. 867 Ger.W. het uitspreken van de nietigheid kan worden vermeden.
De afschaffing van art. 867 Ger.W. zou het herstelmechanisme dat aan de huidige sanctieleer ten grondslag ligt één van haar wezenlijke bestanddelen – het normdoel – ontnemen.

De formele afschaffing van art. 862 Ger.W. betekent immers niet dat naar hun inhoud alle procesrechtsvoorschriften plotsklaps het recht van verdediging als finaliteit verwerven. De te verkiezen benadering is dan ook die van belangenschade én normdoel.
Dat art. 867 Ger.W. wel degelijk een meerwaarde biedt moge ook blijken uit de ruime uitlegging van die bepaling in de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie.
Tekenend in dat opzicht is de rechtspraak van het Hof over het 'ongedaan' zijn van de betekening bij betekening aan de procureur des Konings of in het buitenland (art. 40 Ger.W.).
In verschillende arresten oordeelde het Hof dat de ongedaanverklaring wordt hersteld overeenkomstig art. 867 Ger.W. wanneer uit de gedingstukken blijkt dat de betekening het doel heeft bereikt dat de wet ermee beoogt.[2]

Deze arresten hebben gemeen dat ze – wars van de kwalificatie van de bewuste sanctie als nietigheid – de regelmatigheid van die betekening beoordelen in het licht van het doel dat de wetgever met die proceshandeling beoogde.
Dat het Hof hiermee 'quasi-niet-toelaatbaarheden' binnen het bereik brengt van art. 867 Ger.W. moge blijken uit het cassatiearrest van 20 maart 2014.[3]
Met verwijzing naar (oudere) cassatierechtspraak[4] had het Brusselse hof van beroep een fiscale voorziening onontvankelijk verklaard, omdat die voorziening niet voor de neerlegging ervan op de griffie van het hof betekend was aan de gewestelijke directeur, daarbij geen plaats latend voor art. 867 Ger.W.[5]
Op eensluidend advies van advocaat-generaal Thijs, die in zijn conclusie opmerkt dat deze rechtspraak niet spoort met de tendens naar deformalisering in het procesrecht en de ruime

[2] Cass. 24 januari 2011, *Arr.Cass.* 2011, 291; Cass. 29 mei 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1518, concl. D. THIJS; Cass. 19 april 2002, Arr.Cass. 2002, 1053, concl. T. WERQUIN, *RCJB* 2003, 317, noot E. LEROY; Cass. 7 juni 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1114.

[3] Cass. 20 maart 2014, AR F.13.0030.N, http://jure.juridat.just.fgov.be.

[4] In het arrest van 21 april 1988 (*Arr.Cass.* 1987-88, 1051) oordeelde het Hof dat het verval van de voorziening voor het hof van beroep tegen de beslissing van de directeur der belastingen, wegens niet-betekening ervan aan de directeur der belastingen die de beslissing heeft genomen, de openbare orde raakt en de artt. 860 en 861 Ger.W. er niet op van toepassing zijn. En in het arrest van 29 juni 2000 (*Arr.Cass.* 2000, 1224; *JT* 2001, concl. J.-F. LECLERCQ) oordeelde het Hof dat de artt. 861 en 867 Ger.W. geen verband houden met de rechtsmiddelen in fiscale zaken.

[5] Overeenkomstig art. 378, 1e lid WIB '92, in de versie vóór de wijziging ervan door de wet van 15 maart 1999 betreffende de beslechting van fiscale geschillen, moet de fiscale voorziening, die moet worden neergelegd ter griffie van het hof van beroep, bij gerechtsdeurwaardersexploot worden betekend aan de directeur der belastingen die de bestreden beslissing heeft gewezen, een en ander op straffe van verval.

invulling door het Hof van Cassatie aan het 'normdoel' gegeven,[6] beslist het Hof dat art. 867 Ger.W. wél van toepassing is.

Het Hof oordeelt dat het hof van beroep, door de fiscale voorziening onontvankelijk te verklaren omdat deze niet werd betekend aan de directeur der belastingen en het verval ten gevolge van het niet-naleven van de verplichting tot betekening de openbare orde raakt en bijgevolg niet verenigbaar is met de toepassing van artikel 867 Gerechtelijk Wetboek, terwijl de appelrechter vaststelt dat uit het administratief dossier blijkt dat de gewestelijke directeur kennis kreeg van een kopie van de voorziening en uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan blijkt dat de verweerder in het kader van de fiscale voorziening verweer heeft kunnen voeren, zijn beslissing niet naar recht verantwoordt.

Het Hof van Cassatie geeft hiermee blijk van de bereidheid om ondanks het ontbreken van een uitdrukkelijke nietigheidssanctie baan te ruimen voor de toepassing van art. 867 Ger.W., daarmee inhakend op de bepleite kwalificatie van art. 867 Ger.W. als een algemeen procesrechtelijk beginsel luidens hetwelk elke formaliteit dient beoordeeld in het licht van zijn finaliteit.[7]
De beoogde afschaffing van art. 867 Ger.W. staat hier haaks op. Hoogstens zou men kunnen overwegen de inhoud van die bepaling te integreren in art. 861 Ger.W.

De aanpassing wordt dan de volgende:
Nieuw artikel 861 Gerechtelijk Wetboek:
"*§ 1. De rechter kan een proceshandeling alleen dan nietig verklaren, indien het aangeklaagdeverzuim of de aangeklaagde onregelmatigheid de belangen schaadt van de partij die de exceptie opwerpt.*
§ 2. Het verzuim of de onregelmatigheid kan niet tot nietigheid leiden, wanneer uit de gedingstukken blijkt dat de handeling het doel heeft bereikt dat de wet ermee beoogt, of dat die niet vermelde vorm wel in acht is genomen."

Nieuw artikel 862 Gerechtelijk Wetboek:
"*De regel van artikel 861 is niet van toepassing op het in artikel 860, tweede lid, bedoelde verval. De rechter spreekt dit verval uit, zelfs ambtshalve.*"

Nieuw artikel 864 Gerechtelijk Wetboek:
"*De nietigheid of het verval die tegen de proceshandelingen kan worden ingeroepen, is gedekt indien zij niet tegelijk en vóór enig ander middel worden voorgedragen.*"

Nieuw artikel 865 Gerechtelijk Wetboek:
"*De regel van artikel 864 is niet van toepassing op het in artikel 860, tweede lid, bedoelde verval.*"

De OVB vat haar bedenkingen in dit kader als volgt samen:

De beleidskeuze tot afschaffing van art. 862 Ger.W. kan worden bijgetreden.

---

[6] Concl. D. THIJS bij Cass. 20 maart 2014, F.13.0030.N, te raadplegen via http://jure.juridat.just.fgov.be, nrs. 4-6.
[7] B. DECONINCK, "Commentaar bij art. 867 Ger.W." *Comm.Ger.* 2009, Mechelen, Kluwer, losbl., 12, nr. 12; cf. verder E. KRINGS, "Du non-respect des délais de procédure, préscrits par la loi à peine de sanctions, en droit judiciaire privé belge" in *Liber amicorum en l'honneur de Raymond Martin*, Brussel-Parijs, Bruylant-LGDJ, 2004, (121) 141, nr. 18 en 147, nr. 27 en R. DE CORTE, J. LAENENS, P. TAELMAN en K. BROECKX, "Van vormdoel naar normdoel in het gerechtelijk privaatrecht" in X (ed.) *De norm achter de regel. Hommage aan Marcel Storme*, Brussel, Story-Scientia, 1995, (45) o.m. 62, nr. 36 en 77, nr. 61.

De impact van die afschaffing van die bepaling op het vlak van sanctionering van proceduretermijnen moet worden verduidelijkt.
De inhoud van art. 867 Ger.W. (normdoel – finaliteit) moet als toetsingsmaatstaf worden opgenomen in het nieuwe art. 861 Ger.W.

16. Subsidiariteit onderzoeksmaatregelen (art. 28 PPI)

De OVB begrijpt de beweegredenen van de minister achter de nieuwe formulering van art. 875*bis* Ger.W., maar stelt voor om de laatste zinsnede "*mede in het licht van de verhouding van de verwachte kosten van de maatregel tot de inzet van het geschil en waarbij de meest eenvoudige, snelle en goedkope maatregel de voorkeur geniet*" te schrappen.

De OVB wijst er op dat één en ander een ongeoorloofde inmenging is in de procesvrijheid van partijen en de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. De OVB vraagt dan ook dat een rechtbank steeds de mogelijkheid zou kunnen behouden om in een fundamenteel geschil de onderzoeksmaatregel op te leggen die hij nodig acht, ook al kost die veel geld.

De OVB ziet ook niet in wat het kostenbesparende effect is wanneer partijen zelf vragende partij zijn en zelf de kosten dragen. Ter illustratie van het beknotten van de procesvrijheid kan verwezen worden naar de mogelijkheid dat alle procespartijen het eens zijn om bepaalde onderzoeksmaatregelen te stellen. Als alternatief suggereert de OVB de aanmoediging van het plaatsbezoek door de rechter wat in de praktijk veel efficiënter en kostenbesparender werkt.

17. Uitsluiting onmiddellijk hoger beroep tegen vonnissen alvorens recht te doen (onderzoeksmaatregelen en provisionele vonnissen) (art. 31 PPI)

De OVB merkt op dat een negatief gevolg kan zijn dat veel nutteloze kosten zullen moeten worden gemaakt indien geen hoger beroep mogelijk is tegen een onterecht opgelegd deskundigenonderzoek.

Wat is overigens de *ratio legis* van deze wijziging? Het neutraliseren van de negatieve gevolgen van de verruimde devolutieve werking?

Bovendien is een beslissing alvorens recht te doen meestal uitvoerbaar bij voorraad, zelfs in geval van beroep kan de onderzoeksmaatregel doorgang vinden.

18. Schorsende werking hoger beroep, art. 1397 Ger.W. (art. 41-42 PPI)

De OVB vindt het positief dat in een uitzondering wordt voorzien voor echtscheidingen. De OVB meent dat deze uitzondering dient uitgebreid te worden naar fiscale zaken. Daar kan de onmiddellijke uitvoering onomkeerbare gevolgen hebben voor de rechtzoekende, maar heeft de overheid toch voldoende mogelijkheden om zekerheden te nemen.

De OVB heeft weinig vertrouwen in de mogelijkheid tot tempering van de schorsende werking. Taelman en Deconinck hebben eerder in *TPR* 2012, 35, nr. 10 de omkering zoals door de minister voorgesteld bepleit: "*Om misbruik van rechtsmiddelen te voorkomen, is het aangewezen de*

bestaande regel om te keren en – in beginsel, dit is behoudens een door de wet of door de rechter bepaalde uitzondering (bv. omdat de rechter de kans reëel acht dat zijn uitspraak in appel zal worden hervormd) – aan iedere in eerste aanleg gewezen uitspraak uitvoerbaarheid bij voorraad te verlenen." De OVB acht het echter weinig waarschijnlijk dat de rechter de kwaliteit van zijn vonnis in twijfel zal trekken en aan zijn beslissing schorsende werking zal verlenen. Mogelijke oplossing volgens de OVB: indien partijen in hun conclusie vragen om een schorsende werking, heeft de rechter een bijzondere motiveringsplicht indien hij op dat verzoek niet ingaat.

In concreto: als de partij de schorsende werking vraagt, moet de rechter een eventuele afwijzende beslissing motiveren (bijzondere motiveringsplicht). Voor de motiveringsplicht bij afwijzing van een verzoek van een partij tot toekenning schorsende werking valt wel wat te zeggen. (vgl. inzake RPV afwijking basisbedrag), maar die motiveringsplicht lijkt enkel bijzonder indien daarmee wordt bedoeld dat ze in de wet zou worden ingeschreven (bovenop art. 149 GW).

19. Publicatie jaarrekeningen vzw's (art. 56 PPI)

De OVB merkt op dat de voorgestelde maatregel er geen rekening mee houdt dat een aantal verenigingen geen jaarrekening moet neerleggen bij de Balanscentrale. Het betreft onder meer:
· natuurlijke personen die handelaar zijn,
· kleine vennootschappen waarvan de vennoten onbeperkt aansprakelijk zijn: vennootschappen onder firma, gewone commanditaire vennootschappen, coöperatieve vennootschappen met onbeperkte aansprakelijkheid,
· grote vennootschappen waarvan de vennoten onbeperkt aansprakelijk zijn, indien geen enkele vennoot een rechtspersoon is,
· landbouwvennootschappen,
· ziekenhuizen voor zover zij niet de vorm hebben aangenomen van een handelsvennootschap met beperkte aansprakelijkheid of van een grote of zeer grote vzw,
· ziekenfondsen, beroepsfederaties, scholen en instellingen voor hoger onderwijs voor zover ze niet de vorm aangenomen hebben van een grote of zeer grote vzw.

Die gegevens moeten opvraagbaar blijven via de griffie.

20. Elektronische procesvoering (art. 87 PPI)

De OVB verkiest veeleer de invoering van een apart hoofdstuk 'elektronische procesvoering' in het Ger.W. – naar het voorbeeld van wat thans in Nederland gebeurt (https://zoek.officielebekendmakingen.nl/dossier/34059) – dan fragmentarische potpourri-oplossingen in diverse wetsartikelen.

De digitalisering en informatisering van Justitie is in ieder geval een voor de rechtzoekende en de rechtsstaat belangrijk gegeven dat gerealiseerd dient te worden.

*****