

This item is the archived peer-reviewed author-version of:

De rechtsvordering zonder geschil wanneer een rechterlijke tussenkomst nodig is om aan een rechtstoestand alle legitieme gevolgen te geven

Reference:

Van de Voorde Johan.- De rechtsvordering zonder geschil wanneer een rechterlijke tussenkomst nodig is om aan een rechtstoestand alle legitieme gevolgen te geven

Tijdschrift voor procesrecht en bewijsrecht - ISSN 1378-9503 - 3(2023), p. 95-108

To cite this reference: <https://hdl.handle.net/10067/1995210151162165141>

De rechtsvordering zonder geschil wanneer een rechterlijke tussenkomst nodig is om aan een rechtstoestand alle legitieme gevolgen te geven

Johan VAN DE VOORDE, Universiteit Antwerpen, onderzoeksgroep Persoon en Vermogen¹

I. Inleiding

1. In het algemeen kan een rechtsvordering slechts ingesteld worden wanneer een geschil is ontstaan; zonder geschil heeft men in de regel geen voldoende belang in de zin van artikels 17-18 Ger.W. en moet men de rechtscollages niet belasten met zinloos geachte rechtsvorderingen.² Aldus werd treffend geschreven dat er geen systeem van *rulings* bestaat in het gemene (proces)recht.³

Sommige rechtsleer stelt echter dat men alsnog een voldoende belang krijgt wanneer de rechtsvordering noodzakelijk is om aan een (op zichzelf toegelaten⁴) rechtshandeling of andere rechtstoestand alle rechtmatig te verwachten gevolgen te geven, ook al is er op dat ogenblik geen geschil.⁵ Hierbij wordt in de eerste plaats gedacht aan de homologatie, die in sommige gevallen noodzakelijk is ondanks het ontbreken van een wettelijke grondslag of verplichting (zie nrs. 12 e.v.); er kan ook gewezen worden op de rechtsvordering tot gedwongen erkenning van een recht, bedoeld om een lopende verjaring te stuiten (zie nrs. 4 e.v.), op de rechtsvordering tot aflevering van een geschreven titel (zie nrs. 10 e.v.) en op de rechtstreekse vordering van de onderaannemer (zie nrs. 17 e.v.). Deze rechtsvorderingen kunnen samengevat worden onder de noemer van ‘buitengeschillige rechtsvorderingen’ of ‘rechtsvorderingen zonder geschil’.

1 Johan.vandevoorde@uantwerpen.be. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5740-4167>.

2 Cass. 12 juni 1919, *Pas.* 1919, I, 156; Gent 22 mei 2013, *P&B* 2013, 225; Luik 26 oktober 2017, *JLMB* 2018, 987; Beslagr. Luik 27 mei 2009, *JLMB* 2009, 1671; C. DE BOE, “Le défaut d’intérêt né et actuel”, *Ann.dr.Louvain* 2006, (97) 117, nr. 28; J. LAENENS, D. SCHEERS, P. THIRIAR, S. RUTTEN en B. VANLERBERGHE, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 81, nr. 133; P. VANLERSBERGHE, “Commentaar bij art. 18 Ger.W.” in *Art.Comm.Ger.*, Mechelen, Kluwer, 2002, nr. 20; S. BEERNAERT, “Het belang als ontvankelijkheidsvereiste bij de gewone rechter, de Raad van State en het Arbitragehof”, *P&B* 2000, (155) 158-159, nr. 9; G. DE LEVAL, *Traité des saisies. Règles générales*, Luik, Faculté de droit de Liège, 1988, 488, nr. 241; M.L. STORME en M.E. STORME, “De bindende derdenbeslissing naar Belgisch recht”, *TPR* 1985, (713) 717; P. MOREAU, *L’homologation judiciaire des conventions. Essai d’une théorie générale*, Brussel, Larcier, 2008, 62, nr. 18; Ch. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la Réforme judiciaire*, I, Brussel, Belgisch Staatsblad, 1964, 40; P. GILLAERTS, *De Belgische declaratoire vordering en het niet-vergoedende aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 328-329, nr. 365.

Het is opmerkelijk dat het bestaan van een geschil niet uitdrukkelijk wordt vereist in artt. 17-18 Ger.W. (hoewel er elders aanknopingspunten zijn, zoals art. 19, eerste lid en art. 1043, eerste lid Ger.W.; artt. 144-145 Gw. verwijzen ook naar geschillen). Enkel voor arbitrage wordt de vereiste van een geschil uitdrukkelijk gesteld (art. 1676, § 1 Ger.W.).

3 Luik 26 oktober 2017, *JLMB* 2018, 987 (tekst van het beroepen vonnis van 13 mei 2016); I. BUELENS, “Een verklaring naar recht: voor iedereen maar niet voor de stakingsrechter inzake handelspraktijken?” (noot onder KG Kh. Brussel 9 december 2004), *RABG* 2005, (972) 975.

4 P. MOREAU, *L’homologation judiciaire des conventions. Essai d’une théorie générale*, Brussel, Larcier, 2008, 71, nr. 22.

5 Zie bv. E. VIEUJEAN, “Examen de jurisprudence (1976 à 1983). Personnes”, *RCJB* 1986, (527) 637, nr. 107, vn. 57: “Faut-il qu’ils soient contestés ou violés pour être soumis à ce contrôle? Certes le juge n’a pas la mission de donner des consultations juridiques. Mais ce principe ne peut-il se tempérer en une matière où l’on se plaît à parler de ‘juridiction familiale’ et compte tenu du caractère préventif de l’article 223?”; G. DE LEVAL, *Traité des saisies. Règles générales*, Luik, Faculté de droit de Liège, 1988, 488, vn. 2119: “Plus généralement, les accords qui ne sont susceptibles de produire tous leurs effets que moyennant contrôle judiciaire ne sont pas touchés par cette prohibition”; G. DE LEVAL en H. BOULARBAH, “L’action en justice” in *Droit judiciaire*, II/1, Brussel, Larcier, 2021, (235) 259, nr. 3.12 (instemmende verwijzing naar Cass. fr. 9 juni 2011, rolnr. 10-10348, *Bull.*, 2011, I, nr. 111, *D.* 2011, 2311, waarin een vaststellingsvordering buiten geschil naar Frans recht aanvaard werd).

De genoemde buitengeschildige rechtsvorderingen zijn meestal niet door de wet geregeld, alhoewel in sommige gevallen analogieën mogelijk zijn. De vraag rijst dan hoe men die buitengeschildige rechtsvorderingen kan verantwoorden, nu ze belangrijke bezwaren (zie ook nr. 24) ontmoeten wat betreft hun toelaatbaarheid. De rechtsleer en rechtspraak geven zelden tot nooit een nadere grondslag voor de genoemde vorderingen. In het Gerechdelijk Wetboek vindt men echter wel een rechtsvordering die kan worden ingesteld buiten een (actueel) geschil: de preventieve vordering van artikel 18, tweede lid Ger.W.⁶

2. De rechtsvordering zonder geschil ontmoet twee belangrijke problemen: het consultverbod van de rechter (art. 297 Ger.W.)⁷ en de vereiste dat (in het bijzonder) de eiser een voldoende belang moet hebben (art. 17 Ger.W.). Over het voldoende belang zagen we reeds in nr. 1 dat in beginsel een geschil vereist is. Het consult waarvan sprake is in artikel 297 Ger.W. bestaat wanneer de rechter een inhoudelijke appreciatie geeft over een juridische vraag en dus reeds ten gronde oordeelt, waardoor de wederpartij zou kunnen twijfelen aan de onpartijdigheid en onbevangenheid van de rechter.⁸ De rechter geeft dan een antwoord op een vraag die hem later (misschien) zal worden voorgelegd.⁹ Op zichzelf wordt het consultverbod niet miskend wanneer er een tegensprekelijk debat is (ervan uitgaande dat men de vrees voor de onpartijdigheid en onbevangenheid als grondslag ziet), maar het geeft wel aan dat de rechter er niet is om theoretische twistpunten uit de wereld te helpen maar om concrete geschillen te beslechten.

Mochten partijen een hen bindende juridische consultatie willen, kunnen ze de bindende derdenbeslissing gebruiken.¹⁰ De bindende derdenbeslissing kan immers gebruikt worden om vragen te beantwoorden waarover geen geschil bestaat. Dit veronderstelt wel dat de partijen overeengekomen zijn om een bindende derdenbeslissing te laten nemen, wat vermoedelijk niet altijd even vanzelfsprekend is.

3. We bespreken hieronder eerst een aantal buitengeschildige rechtsvorderingen (opgesomd in nr. 1) die door de rechtspraak en de rechtsleer aanvaard worden of minstens bediscussieerd worden. Daarna onderzoeken we of de preventieve rechtsvordering (art. 18, tweede lid Ger.W.) kan dienen als grondslag voor deze rechtsvorderingen, om te eindigen met een besluit.

6 C. DE BOE en A. GILLET, "L'intérêt à agir en (re)qualification du contrat de crédit avant son remboursement anticipé" (noot onder Luik 6 maart 2019), *TBBR* 2021, (522) 527, nr. 17.

7 Luik 6 maart 2019, *TBBR* 2021, 519; Vred. Fosses-la-Ville 8 januari 1992, *JLMB* 1992, 900 (samenvatting); B. VAN DEN BERGH, "'Recht zkt zekerheid' voor vaste relatie", *RW* 2010-11, (346) 362, nr. 35 en vn. 104; K. WAGNER, *Sancties in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2007, 131, nr. 95; M. CASTERMANS, *Gerechdelijk privaatrecht. Algemene beginselen, bevoegdheden en burgerlijke rechtspleging*, Gent, Academia Press, 2004, 23, nr. 38; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Faculté de droit de Liège, 1987, 46, nr. 33; Ch. VAN REEPHINGEN, *Rapport sur la Réforme judiciaire*, I, Brussel, Belgisch Staatsblad, 1964, 40; Ch. VAN REEPHINGEN, "L'action préventive en droit belge", *RDIDC* 1958, (180) 181.

8 S. SOBRIE, "Procesvoering zonder raadsman in het burgerlijk geding. Wat je zelf doet, doe je beter?", *TPR* 2016, (1155) 1166, nr. 11.

9 Beslagr. Luik 27 mei 2009, *JLMB* 2009, 1671.

10 Zie hierover K. VANDERSCHOT, "De bindende derdenbeslissing en de partijbeslissing in België en Nederland" in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoudbepaling en uitwerking van contracten tussen partijen en derden*, Antwerpen/Groningen, Intersentia/Metro, 2005, (425) 425-449; M.L. STORME en M.E. STORME, "De bindende derdenbeslissing naar Belgisch recht", *TPR* 1985, (713) 713-748; O. CAPRASSE, "De la tierce décision obligatoire", *JT* 1999, (565) 565-576.

II. Buitengeschildige rechtsvorderingen in rechtspraak en rechtsleer

A. De rechtsvordering tot gedwongen erkenning ofte tot stuiting van een lopende verjaring van een onbetwist recht

1. Het probleem

4. De stuiting van de verjaring kan op meerdere wijzen geschieden: door de natuurlijke stuiting (het betreft het niet meer vervullen van de vereisten voor de verjaring, bijvoorbeeld omdat het verjaren-de recht niet meer voor verjaring vatbaar is of, bij de bevrijdende verjaring van verbintenissen om te dulden, het stellen van de te dulden handeling) of door burgerlijke stuiting (artt. 2244 en 2248 oud BW). Burgerlijke stuiting geschiedt in de regel door een erkenning (art. 2248 oud BW) of door een dagvaarding of een handeling tot uitvoering van een vonnis (bv. beslag) (art. 2244 oud BW). Deze stuitingswijzen dekken de overgrote meerderheid van gevallen waar een stuiting vereist is.

5. Er zijn echter enkele uitzonderlijke gevallen waar de normale stuitingswijzen niet mogelijk zijn. Aldus bijvoorbeeld bij renten of hypotheek. Per hypothese voldoet de schuldenaar van een rente of hypothecaire schuldvordering aan zijn verplichtingen: hij betaalt de rente of de hypothecaire schuldvordering regelmatig. Dan heeft de schuldeiser geen belang bij het instellen van een rechtsvordering, want hij kan momenteel geen werkelijk voordeel trekken uit een gebeurlijke veroordeling van de schuldenaar of een uitwinning van de derde-bezitter. Een werkelijk, actueel voordeel is echter vereist om een belang te hebben in de zin van artikel 17 Ger.W.¹¹ De gewone wijzen van de burgerlijke stuiting – dagvaarding, bevel, beslag en gekwalificeerde ingebrekestelling (art. 2244 oud BW) – kunnen dus niet gebruikt worden.

De vraag is wel wanneer dit een probleem is. Bij de hypotheek is dit enkel wanneer het gehypothekeerde goed toebehoort aan een derde-bezitter, want dan loopt de afzonderlijke bevrijdende verjaring van de hypotheek (wanneer de schuldenaar ook de eigenaar van het gehypothekeerde goed is, is er geen afzonderlijke verjaring van de hypotheek).¹² Zolang de schuldenaar ook eigenaar is van het gehypothekeerde goed, kan de hypotheek niet afzonderlijk verjaren en is geen stuiting nodig.

Bij de rente kan men weliswaar de betaling beschouwen als een erkenning die ook een vorm van burgerlijke stuiting is (art. 2248 oud BW),¹³ maar het bewijs hiervan is niet altijd eenvoudig. De kwijting is in handen van de schuldenaar (die haar dus kan wegmaken) en voor zover gewerkt wordt met een bankoverschrijving, is er het risico dat de bank de gegevens niet meer heeft.¹⁴

11 H. BOULARBAH, O. CAPRASSE, G. DE LEVAL, Fr. GEORGES, P. MOREAU, D. MOUGENOT, J. VAN COMPERNOLLE, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, B. BIEMAR, L. FRANKIGNOUL en V. GRELLA, *Droit judiciaire, II, Manuel de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2015, 80-81, nrs. 2.6-2.7.

12 Zie nader J. VAN DE VOORDE, “De bevrijdende verjaring van zakelijke rechten” in R. BARBAIX en N. CARETTE (eds.), *Tendensen vermogensrecht 2019*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (243) 329-336, nrs. 149-167.

13 Cass. 22 maart 1984, *RW* 1984-85, kol. 1868 (waar slechts een voorschot van 100 frank voor een schuld van ruim zes miljoen frank betaald was); Brussel 7 mei 1987, *JLMB* 1987, 1421; Vred. Etterbeek 4 juni 2015, *T.Vred.* 2016, 483.

14 Zie bv. artt. 60, 2° en 62, § 1 wet 18 september 2017 tot voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme en tot beperking van het gebruik van contanten, *BS* 6 oktober 2017, 90.839: in beginsel is er een bewaringstermijn van 10 jaar na een verrichting met verplichting om daarna de persoonsgegevens te vernietigen.

Een ander voorbeeld kan men vinden bij beperkte zakelijke rechten, die soms niet uitgeoefend kunnen worden door overmacht. Men denkt graag aan de erfdiensbaarheid van overgang die rust op een volledig overstroemd erf. Dan is de natuurlijke stuiting onmogelijk. Ook de burgerlijke stuiting, behalve de erkenning, komt veelal niet in aanmerking bij ontstentenis van een geschil. Zelfs de erkenning is problematisch, want ze vereist een vrijwillige handeling van de persoon in wiens gunste de verjaring loopt. De wet bevat geen algemene rechtsvordering tot gedwongen stuiting.

2. Oplossingen in de wetgeving

6. De wetgever heeft gehoor gegeven aan deze problemen in enkele bijzondere gevallen. Hij bepaalde dat de schuldeiser in sommige gevallen een gedwongen erkenning kan nastreven, zoals mogelijk gemaakt door artikel 2263 oud BW (voor renten) en door artikel 108, 5°, vierde lid Hyp.W. (voor hypotheek).¹⁵ Artikel 2263 oud BW was de inspiratiebron voor artikel 108, 5°, vierde lid Hyp.W.¹⁶ Sommige rechtsleer bepleit een analoge toepassing van artikel 2263 oud BW op registerpanden.¹⁷ Vaak wordt gesproken van een ‘nieuwe titel’.

De gedwongen erkenning kan niet op ieder ogenblik nagestreefd worden. In de regel kan een rechtsvordering tot gedwongen erkenning pas ingesteld worden in de laatste twee jaar voor het (ogenschijnlijk) verstrijken van de verjaringstermijn, te rekenen vanaf de laatste titel. Dat betekent dat de schuldeiser van een rente na 8 jaar een gedwongen erkenning kan nastreven (de toepasselijke verjaringstermijn is 10 jaar: art. 2262bis, § 1 oud BW) en de hypothecaire schuldeiser na 28 jaar (de toepasselijke verjaringstermijn is 30 jaar: art. 108, 5° Hyp.W.). De wet heeft telkens een bijzondere termijn bepaald, wat onwenselijk is indien er kortere of langere verjaringstermijnen zijn voor specifieke renten of hypotheek.¹⁸

3. De rechtsvordering tot gedwongen erkenning aanvaard zonder wettelijke grondslag

7. Artikel 2263 oud BW bestond reeds in 1804 en wordt veelal beperkend geïnterpreteerd.¹⁹ Wel is aanvaard dat de nieuwe titel van artikel 2263 oud BW per analogie kan worden uitgestrekt naar een pensioen tot levensonderhoud na een echtscheiding, wat de rechter expliciet verantwoordde door het risico dat de pensioengerechtigde de tijdige stuiting van de verjaring van haar pensioen niet zou kunnen verhinderen.²⁰ Een bijkomend element was dat de pensioenplichtige niet al te stipt betaalde.

Ruimer bezien blijkt verschillende malen dat de rechtspraak en de rechtsleer aanvaardden dat een

15 Zie hierover J. VAN DE VOORDE, “De bevrijdende verjaring van zakelijke rechten” in R. BARBAIX en N. CARETTE (eds.), *Tendensen vermogensrecht 2019*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (243) 294-298, nrs. 88-93.

16 F. PARENT (ed.), *Loi sur la révision du régime hypothécaire, accompagnée de tous les documents officiels*, Brussel, Deprez-Parent, 1852, 156.

17 J. VAN DE VOORDE, “De bevrijdende verjaring van zakelijke rechten” in R. BARBAIX en N. CARETTE (eds.), *Tendensen vermogensrecht 2019*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (243) 296, nr. 90.

18 Zie voor de hypotheek J. VAN DE VOORDE, “De bevrijdende verjaring van zakelijke rechten” in R. BARBAIX en N. CARETTE (eds.), *Tendensen vermogensrecht 2019*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (243) 290, nr. 79.

19 *Pand.b., v° nouvel (titre)*, nr. 19; L. LINDEMANS, *Erfdiensbaarheden* in *APR*, Gent, Story, 1958, 217, nr. 478; I. CLAEYS, “De nieuwe verjaringswet: een inleidende verkenning”, *RW* 1998-99, (377) 400, nr. 59; J. VAN DE VOORDE, “De bevrijdende verjaring van zakelijke rechten” in R. BARBAIX en N. CARETTE (eds.), *Tendensen vermogensrecht 2019*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (243) 295, nr. 89.

20 Rb. Brussel 6 oktober 1967, *Pas.* 1967, III, 48.

rechtsvordering tot gedwongen erkenning kan worden ingesteld indien de titularis van het bevrijdend verjarende recht geen enkel ander middel heeft om de verjaring te stuiten. Dit was het geval bij de hypotheek, waar alvorens artikel 108, 5°, vierde lid Hyp.W. in werking trad, een *action en déclaration d'hypothèque* door een belangrijke strekking in de rechtspraak (met inbegrip van het Hof van Cassatie) aanvaard werd met het oog op het stuiten van de bevrijdende verjaring van de hypotheek.²¹ Ze kan reeds bij Pothier gezien worden.²² Deze rechtsvordering is in België ondertussen verdrongen door de regels inzake de hypothecaire publiciteit²³ en de wettelijke rechtsvordering tot gedwongen erkenning (art. 108, 5°, vierde lid Hyp.W.), dit laatste voor zover men deze laatste rechtsvordering niet beschouwt als de wettelijke erkenning van de *action en déclaration d'hypothèque*.²⁴

Een *action en déclaration de servitude* wordt eveneens soms aanvaard door rechtspraak en rechtsleer, in het bijzonder wanneer de uitoefening (en dus de natuurlijke stuiting) van de erfdienstbaarheid geheel uitgesloten is.²⁵ Het schoolvoorbeeld hiervan is de erfdienstbaarheid van overgang die rust op een volledig overstroemd erf. Een ander voorbeeld is de erfdienstbaarheid van watervang die door het dichtslibben of opvullen van de waterleiding niet meer uitgeoefend kan worden (en dus voorlopig is beëindigd op grond van art. 703 oud BW, als zodanig niet hernomen in het nieuwe goederenrecht): de titularis van de erfdienstbaarheid kan dan de gedwongen erkenning nastreven met het oog op een toekomstige uitoefening.²⁶ Dit kan in het bijzonder nuttig zijn wanneer een erfdienstbaarheid is verleend voor een welbepaald doel dat voorlopig niet meer bereikt kan worden, bijvoorbeeld de uitbating van een ondertussen gesloten brouwerij of mijn waar wel een kans is dat ze later heropend zal worden.

21 Cass. 27 april 1812, S. 1812-14, 86; Colmar 1 december 1810, S. 1809-11, 363; Rouen 28 november 1843, *Journal des conservateurs des hypothèques* 1847, 21; Caen 23 maart 1847, D. 1849, II, 52; F. THIERENS en P. FRANÇOIS, “Commentaar bij art. 108, 5° Hyp.W.”, *Art.comm.Voorrechten*, Mechelen, Kluwer, 2012, 14, nr. 26; Ph.-A. MERLIN DE DOUAI, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, XII, Opt. - Pre, Brussel, Tarlier, 1827, v° Prescription, 828; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, XXXI, Brussel, Bruylant, 1878, 381, nr. 398.

Contra E. ARNTZ, *Cours de droit civil français*, II, Brussel, Bruylant, 1863, 768, nr. 1922.

22 R.J. POTHIER, “Traité de l’hypothèque” in M. DUPIN (ed.), *Œuvres de Pothier, contenant les traités du droit français*, V, Brussel, Tarlier, 1831, (435) 455.

23 De *action en déclaration d’hypothèque* was in het oud-Franse recht ook bedoeld om de occulte hypotheeken – die toen de regel waren – bekend te maken aan de derde-bezitters (M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, II, *Les preuves. Théorie générale des obligations. Les contrats. Les privilèges et hypothèques*, Parijs, LGDJ, 1923, 1045, nr. 3409; R.J. POTHIER, “Traité de l’hypothèque” in M. DUPIN (ed.), *Œuvres de Pothier, contenant les traités du droit français*, V, Brussel, Tarlier, 1831, (435) 455). Aangezien de Hypotheekwet omzeggens alle occulte hypotheeken heeft afgeschaft, is deze functie van de *action en déclaration d’hypothèque* vervallen.

24 *Contra* F. THIERENS en P. FRANÇOIS, “Commentaar bij art. 108, 5° Hyp.W.”, *Art.comm.Voorrechten*, Mechelen, Kluwer, 2012, 14, nr. 26.

25 Rb. Hoei 12 december 1867, *Pas.* 1871, II, 7 (eerder hypothetisch; het arrest in hoger beroep – Luik 22 mei 1869, gepubliceerd op dezelfde plaats – spreekt zich hier niet expliciet over uit maar neemt de motieven van de eerste rechter over); X, “La prescription extinctive des servitudes par le non usage court-elle contre le propriétaire du fonds dominant, qui n’a pas pu exercer son droit de servitude pendant 30 ans, et qui ne l’a pas maintenu par des actes conservatoires?”, *BJ* 1852, kol. (321) 323; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, VIII, Brussel, Bruylant, 1873, 185-186, nr. 153, 355, nr. 295; J. HANSENNE, *Les biens*, II, Luik, Faculté de droit de l’Université de Liège, 1996, 1147, nr. 1133; E. GLASSO, “De l’extinction des charges réelles par la prescription et, en particulier, par la prescription de 10 à 20 ans (Suite.)”, *Revue pratique de droit français* 1872, (539) 544, nr. 43; J. CHARMONT, “[La prescription extinctive d’une servitude non exercée par cause de force majeure]” (noot onder Cass. fr. 3 maart 1890), *Pand.fr.* 1891, (321) 321; Ch. AUBRY, Ch.-Fr. RAU, G. RAU, Ch. FALCIMAIGNE en M. GAULT, *Cours de droit civil français d’après la méthode de Zachariae*, III, 1857, 173, § 255, litt. A in fine.

26 Rb. Hoei 12 december 1867, *Pas.* 1871, II, 7, bevestigd door Luik 22 mei 1869, *Pas.* 1871, II, 7.

Men kan daarnaast nog wijzen op de rechtspraak en rechtsleer die naar oud goederenrecht aanvaardde dat de verjaringseigenaar een rechtsvordering tot vaststelling van de verkrijgende verjaring kon instellen, zonder dat hij hierbij van een belang moest doen blijken.²⁷ Deze opvatting is naar nieuw recht op opportune wijze bevestigd door artikel 3.26, tweede lid BW. Naar oud recht leek het ons echter onmogelijk om de verkrijgende verjaring te laten vaststellen zonder geschil, behalve indien de vereisten van de vaststellingsvordering van artikel 18, tweede lid Ger.W. vervuld waren.²⁸

8. Sommige rechtspraak en rechtsleer weigert een stuiting van de verjaring als rechtsmisbruik te beoordelen, omdat de eigenaar de verjaring dan niet meer kan stuiten.²⁹ Zo oordeelde de rechtbank te Charleroi dat het geheel legitiem was om de rooing van onwettig geplaatste bomen te vorderen zodat deze niet beschermd zouden worden door de verjaring.³⁰ De rechtbank te Hoei meende zelfs, in een vergelijkbare zaak, dat het “*un droit indiscutable*” is om een verjaring te stuiten.³¹

Het Hof van Cassatie lijkt die strekking te steunen. Het heeft geoordeeld dat, hoewel ophouden te gedogen rechtsmisbruik kan uitmaken, dit niet het geval is wanneer het ophouden te gedogen is ingegeven door de wens om het eigen bezit veilig te stellen.³² Iemand die de overgang van zijn burens over zijn grond gedooft, zou rechtsmisbruik plegen als hij uit loutere kwaadwilligheid hen de over-

27 V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 668, nr. 853; P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, I, *Biens et propriété*, Brussel, Larcier, 2012, 174, nr. 57; S. BOUFFLETTE, “De l’accountance entre la vente et le constitut possessoire”, *JT* 2013, 617, vn. 3; R. JANSEN, “Kan de bezitter van een onroerend goed zelf een beroep doen op de ingetreden verkrijgende verjaring?” (noot onder Vred. Westerlo 27 mei 2015), *RW* 2016-17, (513) 513-516; Rb. Gent 26 januari 2010, *TBBR* 2012, 137, noot Th. DE BIE; Voorz. Rb. Brugge 22 april 1982, *Rec.gén.enr.not.* 1982, nr. 22.881, 170, noot A.C.; Vred. Borgworm 21 juni 2012, *Rev.fac.dr.ULg* 2014, 525, noot R. POPA; Rb. Charleroi 3 juni 2008, bevestigd door Bergen 17 december 2009, op zijn beurt bevestigd door Cass. 10 september 2012, *TBO* 2014, 69 (maar zonder dat over de vaststellingsvordering werd gesproken), op dit punt kritisch besproken in S. BOUFFLETTE, “De l’accountance entre la vente et le constitut possessoire”, *JT* 2013, (617) 617, nr. 2 en vn. 3; Vred. Herstal 19 december 2003, *T.Vred.* 2006, 125 (tussenvonnissen), Vred. Herstal 16 april 2004, *T.Vred.* 2006, 129, noot P. LECOCQ (eindvonnissen). Minder duidelijk: Antwerpen 6 juni 2005, *TBBR* 2008, 108; Antwerpen 1 december 2008, *TBBR* 2011, 125 (verkort).

Zie wel V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2021, 1105, vn. 224, die art. 3.26, tweede lid BW niet ziet als een uitzondering op art. 18, tweede lid Ger.W., wat *a fortiori* inhoudt dat de vaststellingsvordering van de verkrijgende verjaring naar oud recht slechts een toepassing was van art. 18, tweede lid Ger.W. In de mate dat hij ervan uitgaat dat de ontbrekende gerechtelijke vaststelling van de verkrijgende verjaring impliceert dat het recht niet kan worden uitgeoefend of erkend, kan men dit *grosso modo* onderschrijven. Evenwel is de vaststelling van de verkrijgende verjaring in de regel niet nodig om het verkregen recht uit te oefenen, terwijl de beperkte openstelling van de vaststellingsvordering rechtens verantwoordt waarom het verkregen recht niet rechterlijk erkend wordt. We menen dus dat art. 3.26, tweede lid BW wel een uitzondering is op artikel 18, tweede lid Ger.W.

28 J. VAN DE VOORDE, “De verkrijgende verjaring: niet slechts een verweermiddel, maar ook (soms) een vaststellingsvordering” in R. BARBAIX en N. CARETTE (eds.), *Tendensen vermogensrecht 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (203) 218-225, nrs. 24-29 (onmogelijkheid van een specifieke vaststellingsvordering), 225-240, nrs. 30-52 (toepassing van art. 18, tweede lid Ger.W.).

29 Rb. Hoei 6 november 1985, *JL* 1986, 88; Rb. Charleroi 17 september 1996, *JLMB* 1997, 668, noot V. MOORS; S. STIJNS en H. VUYE, “Tendances et réflexions en matière d’abus de droit en droit des biens” in *Eigendom – Propriété*, Brugge, die Keure, 1996, (97) 141, nr. 41 verwijzen ook naar Rb. Gent 14 januari 1986, *T.Agr.R.* 1986, 154, maar het vonnis in kwestie zegt nauwelijks iets over rechtsmisbruik, laat staan dat rechtsmisbruik niet in de weg kan staan van het recht om een lopende verjaring te stuiten. Zie ook J. KOKELENBERG, “Bomen: bron van gezonde lucht en van ongezonde spanningen”, *TBBR* 2011, (373) 377, nr. 7; N. CARETTE en J. VAN DE VOORDE, “Rechtsmisbruik in het zakenrecht. *Capita selecta*” in J. ROZIE, A. VAN OEVLEN en S. RUTTEN (eds.), *Rechtsmisbruik*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (71) 83-84, nr. 15 (genuanceerd).

30 Rb. Charleroi 17 september 1996, *JLMB* 1997, 668, noot V. MOORS.

31 Rb. Hoei 6 november 1985, *JL* 1986, 88.

32 Cass. 10 maart 2005, *Rev.not.b.* 2005, 298, noot.

gang zou verbieden, maar niet als die burens zouden beweren dat zij eigenaars zijn van de overgang.

Ook de wetgever hecht belang aan het recht om de verjaring te stuiten. In artikel 1371, derde lid Ger.W. bepaalt hij dat de rechter de verweerder in het bezitsproces kan machtigen om de eigendomsvordering in te stellen, ook al heeft hij de veroordelingen opgelopen in het bezitsproces nog niet voldaan, “ten einde een naderende verjaring te stuiten.”

Deze rechtspraak en wetgeving geeft aan dat het recht om een lopende verjaring te stuiten belangrijk is, met als gevolg dat rechtsmisbruik slechts uitzonderlijk te aanvaarden is.³³ Van daaruit is het slechts een stap om te aanvaarden dat de titularis van een door verjaring bedreigd recht een rechtsvordering tot gedwongen erkenning kan instellen.

4. Tussenbesluit

9. Deze rechtsvorderingen geven aan dat een rechtsvordering kan worden ingesteld met de enkele bedoeling om een lopende verjaring te stuiten. Artikel 2257 oud BW leidt er wel toe dat een zeer belangrijk potentieel toepassingsgebied van de rechtsvordering tot stuiting overbodig is, aangezien de bevrijdende verjaring niet loopt tegen schuldvorderingen die nog niet opeisbaar zijn.

B. De rechtsvordering tot aflevering van een geschreven titel (*instrumentum*) bij erfdiensbaarden

10. Het wordt aanvaard dat de titularis van een erfdiensbaardheid een rechtsvordering heeft tot aflevering van een geschreven titel wanneer hij hiertoe een rechtmatig belang heeft, in het bijzonder wanneer er geen titel was of deze als dubbelzinnig of betwistbaar voorkomt.³⁴ De geschreven titel wordt in authentieke vorm opgesteld of minstens in een vorm die in aanmerking komt voor overschrijving in de hypotheekregisters.³⁵ Belangrijk is dat de rechtsvordering toelaatbaar en gegrond is ondanks het ontbreken van enige betwisting van de erfdiensbaardheid, dus zonder dat er enig geschil is.³⁶

11. De rechtsleer lijkt gewoonlijk een autonome vordering te zien in de rechtsvordering tot aflevering van een titel. Er is echter rechtspraak – aangehaald als steun voor deze rechtsvordering³⁷ – die

33 Men kan inderdaad niet stellen dat het recht om een verjaring te stuiten absoluut is, in die zin dat rechtsmisbruik onmogelijk is: N. CARETTE en J. VAN DE VOORDE, “Rechtsmisbruik in het zakenrecht. *Capita selecta*” in J. ROZIE, A. VAN OEVELEN en S. RUTTEN (eds.), *Rechtsmisbruik*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (71) 84, nr. 15.

34 Brussel 22 februari 1866, *J. enreg.* 1867, 137; L. LINDEMANS, *Erfdiensbaarden* in *APR*, Gent, Story, 1958, 385, nr. 817; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VI, *Les biens. Deuxième partie. Les sûretés. Première partie*, Brussel, Bruylant, 1953, 548, nr. 656 *in fine*; S. DECLERCQ en B. MAESCHAECK, “Procedurale aspecten inzake erfdiensbaarden. *Actio confessoria, actio negatoria* en bezitsvorderingen” in V. SAGAERT (ed.), *De betekenis van erfdiensbaarden bij vastgoedtransacties*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (295) 329, nr. 56; Ch. AUBRY, Ch.-Fr. RAU, G. RAU, Ch. FALCIMAIGNE en M. GAULT, *Cours de droit civil français d’après la méthode de Zachariae*, III, 1857, 132, § 250.

35 S. DECLERCQ en B. MAESCHAECK, “Procedurale aspecten inzake erfdiensbaarden. *Actio confessoria, actio negatoria* en bezitsvorderingen” in V. SAGAERT (ed.), *De betekenis van erfdiensbaarden bij vastgoedtransacties*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (295) 330, nr. 56.

36 L. LINDEMANS, *Erfdiensbaarden* in *APR*, Gent, Story, 1958, 385, nr. 817; S. DECLERCQ en B. MAESCHAECK, “Procedurale aspecten inzake erfdiensbaarden. *Actio confessoria, actio negatoria* en bezitsvorderingen” in V. SAGAERT (ed.), *De betekenis van erfdiensbaarden bij vastgoedtransacties*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (295) 330, nr. 56.

37 L. LINDEMANS, *Erfdiensbaarden* in *APR*, Gent, Story, 1958, 385, nr. 817, kleine tekst.

impliceert dat deze rechtsvordering haar grondslag vindt in het zogenaamde vonnis dat geldt als titel, met als wettelijke grondslag artikel 3.30, § 1, 8° BW.³⁸ Vonnissen kunnen alleszins als titel gelden voor erfdienstbaarheden met het oog op overschrijving in de hypotheekregisters.³⁹ De rechtsvordering tot aflevering van een titel wordt echter toegelaten voor elk rechtmatig belang, niet enkel voor het bekomen van een akte die voor overschrijving in de hypotheekregisters vatbaar is. Ze valt dus niet samen met het vonnis dat geldt als titel. De rechtsvordering tot het wijzen van een vonnis dat geldt als titel is overigens voor bevrijdende verjaring vatbaar.⁴⁰

C. De rechterlijke homologatie van overeenkomsten die daardoor niet alle rechtmatige gevolgen zouden hebben

1. Principe: verbod van homologatie zonder wettelijke grondslag

12. De rechterlijke homologatie van overeenkomsten biedt een mooi voorbeeld van de mogelijkheid om een buitengeschillige rechtsvordering in te stellen. De homologatie is de “rechterlijke bevestiging van de naleving van de regels van openbare orde en goede zeden (wettigheid) en een marginale toets op de inhoud (rechtmatigheid) van een rechtshandeling”.⁴¹ Principieel kunnen de partijen bij een overeenkomst (of een andere rechtshandeling) die enkel ter homologatie aanbieden aan de rechter wanneer de wet hen daartoe machtigt.⁴² Wanneer er een geschil is, biedt artikel 1043 Ger.W. een ruime mogelijkheid tot homologatie in de vorm van een akkoordvonnis,⁴³ maar dat artikel biedt geen uitweg bij ontstentenis van een geschil.⁴⁴

2. Toegelaten homologatie *praeter legem*

13. Op de beginselmatige uitsluiting van de homologatie *praeter legem* wordt een uitzondering gemaakt wanneer een overeenkomst, zonder de rechterlijke homologatie, niet alle gevolgen zou hebben die de partijen rechtmatig mogen verwachten.⁴⁵ De grondslag hiervoor is onduidelijk; veeleer wordt de aandacht getrokken op de onaanvaardbaarheid van de negatieve gevolgen die voortvloeien uit een weigering van de homologatie, maar dit lijkt bezwaarlijk voldoende voor een rechter om vaststaande rechtsregels te verwaarlozen.

38 Brussel 22 februari 1866, *J. enreg.* 1867, 137 (duidelijker in het beroepen vonnis Rb. Antwerpen 26 december 1862, op pp. 138-139; het hof van beroep maakte zich de motieven van het beroepen vonnis eigen).

39 Vred. Jumet 19 januari 1995, *JT* 1995, 371. Zie ook art. 3.30, § 1, 8° BW.

40 Luik 17 oktober 2011, *JLMB* 2012, 1436.

41 S. MATTHÉ, *Familierecht als verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2016, 86, nr. 99.

42 Arbrb. Bergen 20 juli 2010, *JLMB* 2010, 1776; P. MOREAU, *L'homologation judiciaire des conventions. Essai d'une théorie générale*, Brussel, Larcier, 2008, 62, nr. 19; F. SWENNEN, “Pleidooi voor de homologatie van heel de EOT-overeenkomst”, *T.Fam.* 2015, 222. Vgl., voor de verzoening, G. DE LEVAL, *Traité des saisies. Règles générales*, Luik, Faculté de droit de Liège, 1988, 488, nr. 241.

43 B. ALLEMEERSCH, “Toetsing van de geoorloofdheid van een overeenkomst: procesrechtelijke aspecten” in B. TILLEMEN en A.-L. VERBEKE (eds.), *Actualia vermogensrecht. Liber Alumnorum KULAK. Als hulde aan Prof. dr. Georges Macours*, Brugge, die Keure, 2005 (35) 47, nr. 25.

44 F. SWENNEN, “Pleidooi voor de homologatie van heel de EOT-overeenkomst”, *T.Fam.* 2015, 222.

45 P. MOREAU, *L'homologation judiciaire des conventions. Essai d'une théorie générale*, Brussel, Larcier, 2008, 72, nr. 22; E. VIEUJEAN, “Divorce par consentement mutuel – Révision des conventions relatives aux enfants” (noot onder Brussel (jeugdkamer) 7 mei 1999), *TBBR* 2000, (290) 296, nr. 14; E. VIEUJEAN, “Examen de jurisprudence (1976 à 1983). Personnes”, *RCJB* 1986, (527) 637, nr. 107, vn. 57; A.-Ch. VAN GYSEL, “Examen de jurisprudence (1991 à 2002). Les personnes (suite)”, *RCJB* 2003, (373) 411-414, nr. 12; G. DE LEVAL, *Traité des saisies. Règles générales*, Luik, Faculté de droit de Liège, 1988, 488, vn. 2119.

3. Rechtspraak

14. De rechtspraak over de buitenwettelijke homologatie is zeldzaam: gewoonlijk heeft de overeenkomst reeds volledig gevolg zonder homologatie, en als de homologatie toch nodig is, is de mogelijkheid van homologatie in de wet opgenomen en gewoonlijk zelfs verplicht gesteld. Er zijn wel enkele gevallen te vinden. In de eerste plaats is er een advies van de Franse Raad van State, dat het geval betreft van een dading waarbij een overheid partij is en die betrekking heeft op een nietige of anderszins onregelmatige overheidshandeling die niet geregulariseerd kan worden (de genoemde voorbeelden zijn het aanbestedingsrecht en de delegaties van openbare diensten), of waar de uitvoering van een overheidshandeling op bijzondere moeilijkheden stuit. In dit geval aanvaardt de Franse Raad van State dat de bestuursrechter aangezocht kan worden voor een homologatie.⁴⁶

15. In België ligt de kwestie moeilijker. Er is een geval waarin de homologatie klaarblijkelijk vereist was om alle gevolgen te geven aan een overeenkomst.⁴⁷ Dit geval is overigens de aanleiding geweest voor de meeste rechtsleer om zich uit te spreken ten gunste van de verruiming van de homologatiemogelijkheid. Het ging om het volgende. De ouders van enkele kinderen waren gescheiden met onderlinge toestemming; hierbij hadden zij een gehomologeerde overeenkomst opgesteld over het verblijf van hun kinderen, die in België bij hun moeder zouden blijven. Enkele jaren later wens- te de oudste dochter bij haar vader in Zwitserland te gaan wonen. De ouders pasten dus hun overeenkomst aan door een authentieke akte. De Zwitserse administratieve autoriteiten verlangden echter een rechterlijke uitspraak waarin die aanpassing werd gehomologeerd. Anders zou de inschrijving van het kind in de bevolkingsregisters, in de school en elders zeer moeizaam verlopen. De rechterlijke tussenkomst was in dit geval welhaast noodzakelijk om de rechten en wensen van ouders en kind te waarborgen. Het hof van beroep te Antwerpen wees de rechtsvordering echter af. Men kan natuurlijk bepleiten dat een uitspraak waarin de nutteloosheid van de homologatie wordt bevestigd, hetzelfde effect bewerkstelligt.

16. Er is nog een tweede geval waar de homologatie van een overeenkomst gevraagd werd door een partij.⁴⁸ Het ging om een dading gesloten in het kader van een erfgeschil. Het hof van beroep te Antwerpen oordeelde dat er geen rechtsgrond is voor de homologatie van de dading. Daarenboven vermeldde het hof dat de homologatie “als zodanig niets toe[voegt] aan de dadingsovereenkomst, waarvan de rechtsgeldigheid reeds in rechte werd erkend in het aangehaalde vonnis van 2013.” Hoewel dit vermoedelijk slechts een *obiter dictum* is, suggereert het wel dat het hof minder problemen zou hebben gehad met een homologatie indien die nodig was geweest om de dading haar volle uitwerking te geven.

46 Adv. CE 6 december 2002, ECLI:FR:CEASS:2002:249153.20021206, *Rec. Lebon* (“*La recevabilité d’une telle demande d’homologation doit toutefois être admise, dans l’intérêt général, lorsque la conclusion d’une transaction vise à remédier à une situation telle que celle créée par une annulation ou la constatation d’une illégalité qui ne peuvent donner lieu à régularisation, ou lorsque son exécution se heurte à des difficultés particulières. Tel peut notamment être le cas en matière de marchés publics et de délégations de service public.*”).

47 Brussel (jeugdkamer) 7 mei 1999, *Rev.trim.dr.fam.* 1999, 637, noot J.-L. RENCHON, *TBBR* 2000, 289, noot É. VIEUJEAN.

48 Antwerpen 6 oktober 2020, *T.Not.* 2021, 397.

D. De rechtstreekse vordering van de onderaannemer: een meer betwistbaar geval

17. Een andere hypothese waar men kan pleiten voor een uitzonderlijke saisine van de rechter, is de rechtstreekse vordering die de onderaannemer krachtens artikel 1798 oud BW heeft tegen de bouwheer.⁴⁹ Het Hof van Cassatie heeft geoordeeld dat deze rechtstreekse vordering niet gebonden is aan enig vormvoorschrift, zodat ze ook buitengerechtelijk ingesteld kan worden door bijvoorbeeld een aangetekende brief.⁵⁰ Wel wordt een voldoende duidelijke wilsuiting vereist.⁵¹ Ook voor de rechtstreekse vordering in het algemeen wordt verdedigd dat haar uitoefening niet gebonden is aan vormvoorschriften.⁵² Dit betekent dat de rechtstreekse vordering in beginsel eerst buitengerechtelijk moet worden ingesteld, want anders is ze rauwelijks en dus in zekere mate onrechtmatig (minstens worden dan de gerechtskosten ten laste van de eiser gelegd; soms wordt verdedigd dat een rauwelijkse rechtsvordering ontoelaatbaar is) (zie nr. 21). De titularis van de rechtstreekse vordering heeft dan ook nog geen belang, aangezien er per hypothese nog geen geschil is ontstaan over zijn recht (zie nr. 1).

De vraag rijst dan of de onderaannemer de bevoegdheid heeft om toch dadelijk de bouwheer te dagvaarden.

1. Eerste strekking: een rechtsvordering

18. Een deel van de rechtsleer (i.h.b. rechtsleer die pleit voor een rechtstreekse vordering met vormvoorschriften) bespreekt uitgebreid alle nadelen verbonden aan een buitengerechtelijke uitoefening van de rechtstreekse vordering.⁵³ Aangezien de rechtstreekse vordering niet meer kan worden ingesteld eenmaal de vordering van de aannemer onbeschikbaar is geworden (meestal door faillissement), is een zekere dagtekening cruciaal. Bij een buitengerechtelijke uitoefening wordt meestal een al dan niet aangetekende brief gestuurd, zodat het al niet duidelijk is welke datum gebruikt moet

49 P. MOREAU, *L'homologation judiciaire des conventions. Essai d'une théorie générale*, Brussel, Larcier, 2008, 71, vn. 259 (genuanceerd).

50 Cass. 25 maart 2005, *TBO* 2005, 218, noot A. DE COOMAN, *TBH* 2005, 1020, noot W. DERIJCKE, *TBBR* 2005, 405, noot C. EYBEN, *JLMB* 2005, 1040, noot P. HENRY, *RCJB* 2005, 467, noot M. GRÉGOIRE; Cass. 10 juni 2011, *Arr.Cass.* 2011, 1538, *TBBR* 2012, 283. Zie ook nog in dezelfde zin Gent 6 mei 1998, *AJT* 1998-99, 910, noot S. VERBEKE; Brussel 29 juni 2005, *TBO* 2005, 219, noot A. DE COOMAN; A. CUYPERS, "De rechtstreekse vordering en het voorrecht van de onderaannemer", *RW* 1997-98, (793) 797, nr. 13.

Vroegere rechtspraak hangt vaak het tegenovergestelde standpunt aan. Zie bv. Antwerpen 1 maart 1995, *RW* 1996-97, 477, noot G. BAERT. Voor een overzicht van de stellingen voor het cassatiearrest van 25 maart 2005, zie C. EYBEN, "La forme de l'action directe des sous-traitants: la fin d'une controverse?" (noot onder Cass. 25 maart 2005 en Brussel 29 juni 2005), *TBBR* 2005, (407) 407-408, nrs. 2-3.

51 Vred. Fléron 12 juli 2016, *T.Vred.* 2017, 485, noot F. GEORGE (het louter doorsturen van overzichten van onbetaalde facturen is geen voldoende duidelijke wilsuiting, in tegenstelling tot een ingebrekestelling).

52 S. RUTTEN, *De betaling. Juridische aard en rechtsgevolgen*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 93, nr. 99; P. WÉRY, *Droit des obligations*, I, Brussel, Larcier, 2021, 904, nr. 888, 910, nr. 893; P. WÉRY, "L'étendue et la forme de l'action directe du sous-traitant: deux questions controversées", *T.Aann.* 2003, (10) 13-14, nr. 6.

53 A. DE COOMAN, "De vorm van de rechtstreekse vordering van de onderaannemer: het Hof van Cassatie bekennt kleur" (noot onder Cass. 25 maart 2005 en Brussel 29 juni 2005), *TBO* 2005, (220) 223-226, nrs. 5-11; G. BAERT, "Geen vorderingsrecht van de onderaannemer op de hoofdopdrachtgever, zonder een ingestelde rechtsvordering" (noot onder Antwerpen 1 maart 1995), *RW* 1996-97, 478, nrs. 2-5; F. GEORGE, "L'action directe du sous-traitant: 'une action à mettre en œuvre avant la faillite pour éviter des problèmes après'" (noot onder Vred. Fléron 12 juli 2016), *T.Vred.* 2017, (490) 492-493, nr. 5 (beschrijvend).

Zie kritisch hierover M. GRÉGOIRE, "La double protection du sous-traitant de travaux immobiliers" (noot onder Cass. 25 maart 2005 (twee arresten)), *RCJB* 2005, (481) 495, nr. 24.

worden (die van het briefhoofd, van de ontvangst door Bpost of van de bezorging aan de bouwheer⁵⁴). Een gerechtelijke uitoefening geschiedt principieel door een dagvaarding (art. 700 Ger.W.), zodat de gerechtsdeurwaarder op authentieke wijze vaststelt wanneer de dagvaarding de bestemming heeft bereikt.

Daarnaast is de kans groot dat de uitoefening van de rechtstreekse vordering allerhande betwistingen met zich meebrengt over de hoedanigheid van onderaannemer, de opeisbaarheid en hoegrootheid van de bedragen die de bouwheer nog verschuldigd is of waarop de onderaannemer recht heeft, de excepties die de bouwheer kan invoeren enzovoort.⁵⁵

Er wordt ook gevreesd dat de onderaannemer zijn buitengerechtelijk uitgeoefende rechtstreekse vordering te onduidelijk zou formuleren, wat de rechtszekerheid nog verder ondermijnt. Daarenboven stelt men zelfs dat de onderaannemer er belang bij heeft de bouwheer als het ware te overvallen met zijn rechtstreekse vordering, vermoedelijk om te vermijden dat hij nog snel aan de aannemer zou betalen.

19. Uit dit pleidooi kan men, nu het Hof van Cassatie heeft geoordeeld dat de rechtstreekse vordering van de onderaannemer niet gebonden is aan enig vormvoorschrift (zie nr. 17), twee denkrichtingen afleiden. Ofwel moet de genoemde cassatierechtspraak (eventueel door de wetgever) herzien worden zodat de rechtstreekse vordering enkel in rechte kan worden ingesteld. Ofwel moet men aanvaarden dat de onderaannemer een rechtsvordering kan instellen zonder dat er reeds een geschil is, waarbij die rechtsvordering weliswaar optioneel is.

2. Tweede strekking: kritiek op de rechtstreekse vordering als rechtsvordering

20. De eerste stelling, dat de rechtstreekse vordering enkel in rechte kan worden ingesteld, is bevreemdend. Ze gaat in tegen de seculaire ontwikkeling van het westerse recht waarin subjectieve rechten zich emanciperen van het procesrecht.⁵⁶ Daarnaast valt moeilijk in te zien waarom de rechtstreekse vordering aan strengere vereisten onderworpen moet worden dan pakweg de strafvordering. De strafvordering strekt tot het opleggen van een straf, anders gezegd, leedtoevoeging, en raakt de openbare orde. Nochtans is de strafvordering deels geconsensualiseerd, zodat overeenkomsten daarover en meer in het algemeen een buitengerechtelijke afhandeling mogelijk zijn geworden.⁵⁷ Een andere materie waar de geschillen uitermate talrijk zijn, is de verdeling van onverdeelde

54 Dit probleem is opgelost door Cass. 18 maart 2010, RW 2010-11, 998, noot V. SAGAERT; F. GEORGE, “L’action directe du sous-traitant: “une action à mettre en œuvre avant la faillite pour éviter des problèmes après”” (noot onder Vred. Fléron 12 juli 2016), *T.Vred.* 2017, (490) 494, nr. 5. De kennisneming of redelijke mogelijkheid hiertoe door de bouwheer volstaat. Thans is dit neergelegd in art. 1.5 BW.

55 Adde P. WÉRY, *Droit des obligations*, I, Brussel, Larcier, 2021, 905, nr. 888.

56 Zie over deze emancipatie: M.E. STORME, “Perspektieven voor de bevrijdende verjaring in het vermogensrecht, met ontwerpbevestigingen voor een hervorming”, *TPR* 1994, (1977) 1981-1982, nr. 4; A. SERESIA, *De la pétition d’hérédité en droit moderne*, Brussel, Bruylant, 1873, 292-293, nrs. 210-211; H. COING, “Zur Geschichte des Begriffs ‘subjektives Recht’” in H. COING, F.H. LAWSON en K. GRÖNFORS, *Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit*, Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag, 1959, (7) i.h.b. 13-20; M. STORME, “Het bewijs ad futurum”, *TPR* 1964, (43) 51, nr. 11. Zie ook C.M. VAN RHEE, “Het burgerlijk procesrecht: een historisch fenomeen met toekomstperspectief”, *TPR* 2003, (841) 855-856, nr. 26, met verwijzingen.

57 Zie bv. het verval van de strafvordering door betaling van een geldsom (beter bekend als de minnelijke schikking) (art. 216bis Sv.) en de bemiddeling in strafzaken (art. 216ter Sv.). Zie hierover ook C. VAN DEN WYNGAERT en B. DE SMET, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, II, Antwerpen, Maklu, 2009, 761-768. Over de minnelijke

nalatenschappen.⁵⁸ Nochtans maakt artikel 4.67 BW het mogelijk om nalatenschappen in der minne te verdelen, ook al wordt ook in artikel 4.66 BW gezegd dat de verdeling “gevorderd” kan worden.

Bovendien kan thans ook gewezen worden op het derde lid van artikel 1798 oud BW, dat bepaalt dat de aannemer of de onderaannemer de bouwheer kunnen verplichten om de bedragen die het voorwerp van de rechtstreekse vordering zijn, te storten op een geblokkeerde bankrekening.⁵⁹ Een schriftelijk verzoek volstaat hiertoe. Dit zorgt ervoor dat de onderaannemer zijn betaling kan veiligstellen zonder dadelijk een (dure) rechtsvordering in te moeten stellen.

3. Beoordeling

21. De tweede stelling is minder bevreemdend, maar komt nog altijd in conflict met algemeen aanvaarde beginselen van het procesrecht. We hebben hierboven reeds gezien dat de rechterlijke macht principieel (en talrijke uitzonderingen daargelaten) enkel kan worden aangezocht wanneer er een geschil te beslechten is (zie nr. 1). Daarnaast is er, vanwege het gebod van proceseconomisch handelen, een verbod om rauwelijks (d.w.z. overhaast, zonder de wederpartij zelfs maar de kans te geven om zonder geding de zaak op te lossen) of overbodig te dagvaarden.⁶⁰

De redenen die aangevoerd worden om de rechtsvordering zonder geschil toe te laten, komen ook als onvoldoende overtuigend voor. Nergens blijkt dat de onderaannemer de rechtsvordering nodig heeft om zijn rechten geldend te maken, enkel dat de gerechtelijke weg nuttiger is voor hem. Dat kan een belangrijk argument zijn voor de wetgever, maar de rechter blijft gebonden door het geldende recht, dat erg terughoudend staat jegens rechtsvorderingen zonder geschil (zie nr. 24). De onderaannemer (of andere titularis van een rechtstreekse vordering) blijft dus gebonden door het gemene recht. Dat sluit weliswaar niet uit dat de rechtstreekse vordering soms dadelijk voor de rechter kan worden gebracht als de gemeenrechtelijke vereisten hiervoor voldaan zijn (bv. wanneer het reeds duidelijk is dat de bouwheer zal weigeren om te betalen).

schikking in het bijzonder, zie R. VERSTRAETEN en A. BAILLEUX, “De verruimde minnelijke schikking: een wenselijk maar delicaat product” in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *CBR Jaarboek 2012-2013*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1) 3 e.v.; J.H. CRIJNS, *De strafrechtelijke overeenkomst. De rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2010, 34-108 en *passim*.

58 M. PUELINCKX-COENE, “Minder gekende aspecten van het erfrecht” in W. DEBEUCKELAERE, J. MEEUSEN en H. WILLEKENS (eds.), *Met rede ontleed, de rede ontkleed. Opstellen aangeboden aan Fons Heyvaert ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag*, Gent, Mys & Breesch, 2002, (171) 174, nr. 5.

59 Ingevoegd door art. 90 wet 11 juli 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake, *BS 2* augustus 2013, 48.463.

60 M.E. STORME, “De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaat proces- en bewijsrecht”, *TPR* 1990, (353) 397-405, nr. 22-24; P. Taelman, “Gebruik en misbruik van procesrecht”, *TPR* 1988, (89) 103-105, nrs. 15-18; J. LAENENS, D. SCHEERS, P. THIRIAR, S. RUTTEN en B. VANLERBERGHE, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 72-73, nrs. 115-117 (algemener). Zie voor enkele toepassingen Vred. Roeselare 28 november 1995, *RW* 1996-97, 893 (gezien de “uiterst beperkte financiële omvang” van het geschil, had de eiser eerst in verzoening moeten oproepen, zodat de verweerder kon beseffen dat hij inderdaad gedagvaard zou worden bij niet-betaling); Vred. Roeselare 27 maart 2003, *RW* 2002-2003, 1676, noot (de eiser had geweigerd om tijdens de verzoening “welkdanig zinnig gesprek” aan te knopen, ook al betwistte de verweerder de vordering niet op de verzoeningszitting).

III. De preventieve rechtsvordering (art. 18, tweede lid Ger.W.) als grondslag voor de buitengeschildige rechtsvordering?

A. Inleiding

22. De boven besproken voorbeelden doen blijken dat de nood aan een buitengeschildige rechtsvordering soms wordt gevoeld en gegrond is. Specifieke gevallen worden aanvaard door rechtspraak en rechtsleer, alsmede door de wetgever. Hierbij blijkt echter dat niet elke voorgestelde buitengeschildige rechtsvordering inderdaad in aanmerking komt voor een buitengeschildige rechtsvordering. Dan rijzen twee vragen: op welke grondslag kan men een buitengeschildige rechtsvordering aannemen en hoe bakent men af welke rechtsvorderingen zonder geschil ingesteld mogen worden? In sommige gevallen kan men proberen om een analogische toepassing van bestaande wetsbepalingen te bereiken (bv. voor de stuiting van de verjaring), maar dit is geen bevredigende algemene oplossing.

Dan kan een opmerking inzake de rechtsvordering tot gedwongen erkenning *ex* artikel 2263 oud BW soelaas bieden. Het verslag over het Gerechtelijk Wetboek van Charles Van Reepinghen beschouwt deze vordering namelijk als een bijzondere preventieve vordering in de zin van artikel 18, tweede lid Ger.W. (vanzelfsprekend is art. 2263 oud BW een *lex specialis*).⁶¹ De eigenheid van preventieve vorderingen (en van vaststellingsvorderingen, die geregeld worden door dezelfde beginselen⁶²) is dat ze ingesteld worden op een ogenblik dat er nog geen geschil is ontstaan.

23. De preventieve vordering probeert om door dadelijk te nemen maatregelen de verwezenlijking van een risico te verhinderen of de negatieve gevolgen van de verwezenlijking te verminderen, of om een twistpunt te beslechten alvorens hierover een geschil is ontstaan.⁶³ Klassieke voorbeelden hiervan zijn de ondervraging van een ernstig zieke getuige,⁶⁴ de stakingsvordering en de bezitsvorderingen (i.h.b. de aangifte van nieuw werk).⁶⁵ De preventieve vordering kan een veroordeling tot een doen, een nalaten of een dulden inhouden, maar het is ook mogelijk dat de rechter zich beperkt tot het vaststellen van de juridische waarheid op een bepaald punt (zgn. vaststellingsvordering, uitdrukkelijk vermeld in art. 18, tweede lid Ger.W.), waarover we elders reeds geschreven hebben.⁶⁶ De rechtsvordering tot gedwongen erkenning is veelal een vaststellingsvordering, omdat voor de burgerlijke stuiting door een dagvaarding (art. 2244 oud BW) het voldoende is dat de rechter de vordering gegrond bevindt.⁶⁷

61 Ch. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la Réforme judiciaire*, I, Brussel, Belgisch Staatsblad, 1964, 40, vn. 35.

62 C. DE BOE, "Le défaut d'intérêt né et actuel", *Ann.dr.Louvain* 2006, (97) 119, nr. 31.

63 D. MOUGENOT, *Principes de droit judiciaire*, Brussel, Larcier, 2009, 113, nr. 40; *Pand.b.*, v° *action ad futurum*, nr. 1; Ch. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la Réforme judiciaire*, I, Brussel, Belgisch Staatsblad, 1964, 40.

64 Art. 584, vijfde lid, 4° Ger.W.; KG Brussel 27 november 1981, *JT* 1982, 375.

65 Dit bewijst dat de preventieve vordering niet "enkel [kan] leiden tot een louter rechtsverklarend vonnis" (AV, "Actio ad futurum" (noot onder Antwerpen 23 april 2012), *NjW* 2012, 679) doch ook een veroordeling tot een prestatie tot gevolg kan hebben. De tekst van artikel 18, tweede lid Ger.W. geeft zelf al aan dat ook de preventieve vordering niet noodzakelijk een vaststellingsvordering is ("zelfs tot verkrijging van een verklaring van recht" duidt aan dat dit uitzonderlijk is).

66 J. VAN DE VOORDE, "De verkrijgende verjaring: niet slechts een verweermiddel, maar ook (soms) een vaststellingsvordering" in N. CARETTE en R. BARBAIX (eds.), *Tendensen vermogensrecht 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (203) 203-242.

67 N. CARETTE en J. VAN DE VOORDE, "Rechtsmisbruik in het zakenrecht. *Capita selecta*" in J. ROZIE, A. VAN

Vaak spreekt men ook over rechtsvorderingen *in futurum* of *ad futurum*, omdat ze betrekking hebben op iets toekomstig.

24. De preventieve vorderingen worden gewoonlijk met argwaan bekeken, omdat het vaak onduidelijk is of zij wel een voldoende nut hebben om de inspanning die zij vereisen te wettigen.⁶⁸ Ook wordt soms gevreesd dat de preventieve vordering ingesteld wordt in omstandigheden die ertoe leiden dat de belanghebbenden zich onvoldoende bewust zijn van hun dreigend verlies, zodat de rechter niet voldoende voorgelicht wordt.⁶⁹ Voor de invoering van artikel 18, tweede lid Ger.W. stond men soms zelfs uitgesproken afwijzend tegen preventieve vorderingen.⁷⁰

B. Vereisten

1. Inleiding

25. De preventieve vordering en in het bijzonder de vaststellingsvordering moeten aan twee vereisten voldoen om ontvankelijk te zijn: er moet een ernstige bedreiging van een recht zijn, en de gevorderde maatregel moet een concreet en welbepaald nut hebben.⁷¹

Of er een ernstige bedreiging van een recht is, is een feitelijke aangelegenheid die door de rechter ten gronde soeverein wordt beoordeeld,⁷² met dien verstande dat de partijen het eens kunnen zijn dat er een ernstige bedreiging is.⁷³ De rechtspraak onderzoekt vooral of er inderdaad een ernstige bedreiging van een recht is; het nut van de gevorderde maatregel ligt blijkbaar gewoonlijk voldoende voor de hand. Een zeldzaam voorbeeld van een nutteloze maatregel wordt geleverd door een Luiks kortgedingvonnis. De ene partij stelde een preventieve vordering in om aan de andere partij te verbieden gebruik te maken van een contractueel recht totdat ten gronde geoordeeld was. De kortgedingrechter oordeelde dat zijn beschikking nutteloos zou zijn, want deze zou er in geen enkel geval toe leiden dat de eerste partij rechtmatig de uitoefening van het contractuele recht kon weigeren.⁷⁴

OEVELEN en S. RUTTEN (eds.), *Rechtsmisbruik*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (71) 85, nr. 16.

68 P. WAUTELET, "Le droit au procès équitable et l'égalité des armes: le cas de la litispendance dans les Conventions de Bruxelles et de Lugano" in M.-TH. CAUPAIN en G. DE LEVAL, *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Brussel, Larcier, 2000, (99) 109-112, nrs. 12-13; *Pand.b.*, v° *action ad futurum*, nr. 3.

69 Ch. VAN REEPHINGEN, "L'action préventive en droit belge", *RDIDC* 1958, (180) 182-183.

70 Bv. Rb. Brugge 22 juni 1874, *Pas.* 1875, III, 66.

71 Artt. 17-18 Ger.W.; Luik 15 juli 2004, *JT* 2004, 892, *RRD* 2004, 343; Kh. Dendermonde 22 januari 2009, *TRV* 2012, 761, noot N. COOREMAN; J. VERLINDEN, "Het belang als ontvankelijkheidsvoorwaarde voor de rechtsvordering (Art. 17 en 18 Gerechtelijk Wetboek)", *Jura Falc.*, 1987-1988, (19) 27; G. DE LEVAL, "[L'action déclaratoire]" (noot onder Vred. Andenne 17 april 1980), *JL* 1980, 247; C. DE BOE, "Le défaut d'intérêt né et actuel", *Ann.dr.Louvain* 2006, (97) 129, nr. 44; B. VAN DEN BERGH, "'Recht zkt zekerheid' voor vaste relatie", *RW* 2010-11, (346) 362, vn. 102; M. CASTERMANS, *Gerechtelijk privaatrecht. Algemene beginselen, bevoegdheden en burgerlijke rechtspleging*, Gent, Academia Press, 2004, 23, nr. 38; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Faculté de droit de Liège, 1987, 46, nr. 33; P. GILLAERTS, *De Belgische declaratoire vordering en het niet-vergoedende aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 490-491, nr. 568; J. VAN DE VOORDE, "De verkrijgende verjaring: niet slechts een verweermiddel, maar ook (soms) een vaststellingsvordering" in R. BARBAIX en N. CARETTE (eds.), *Tendensen vermogensrecht 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (203) 227, nr. 35.

72 Cass. 12 juni 1919, *Pas.* 1919, I, 156; Cass. 3 december 1984, *RW* 1985-86, kol. 1099, *Arr.Cass.* 1984-85, 464; Luik 15 juli 2004, *JT* 2004, 892, *RRD* 2004, 343; Antwerpen 23 april 2012, *NjW* 2012, 677, noot AV; Gent 22 mei 2013, *P&B* 2013, 225; Kh. Dendermonde 22 januari 2009, *TRV* 2012, 761, noot N. COOREMAN; J. LAENENS, D. SCHEERS, P. THIRIAR, S. RUTTEN en B. VANLERBERGHE, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 82, nr. 134.

73 Cass. 12 juni 1919, *Pas.* 1919, I, 156.

74 KG Luik 1 februari 1971, *JL* 1971, 38.

De eerste partij zou dus schadevergoeding zijn verschuldigd, ondanks de beschikking van de kort-gedingrechter.

We synthetiseren hieronder de rechtspraak onder een aantal (alternatieve) criteria, na eerst nog de vereiste realiteit van de bedreiging en het bedreigde recht besproken te hebben.

2. De realiteit van de bedreiging en van het recht

26. De ernstige bedreiging dient, vanzelfsprekend, reëel en actueel te zijn.⁷⁵ Dat is niet het geval wanneer er slechts verwezen wordt naar een aankondiging dat men een tijdschriftartikel zal publiceren over een bepaalde persoon, zonder dat er enige aanwijzing is over de inhoud hiervan.⁷⁶ Ook ontbreekt de bedreiging wanneer er nog een administratieve procedure gaande is, waarin maatregelen kunnen worden opgelegd die de verwezenlijking van schade verhinderen.⁷⁷ Indien niet wordt aangetoond dat een persoon hoogstwaarschijnlijk bepaalde handelingen zal stellen (*in casu* het blokkeren van treinsporen in het kader van een staking bij de NMBS), is de bedreiging onvoldoende ernstig wat hem betreft.⁷⁸ Wanneer de wederpartij stipt haar verbintenissen naleeft en geenszins heeft aangegeven dat zij een verbintenis niet meer zal naleven, is de dreiging evenmin reëel en actueel.⁷⁹ Indien de wederpartij is opgehouden met een recht te bedreigen, is de preventieve vordering ook af te wijzen, ervan uitgaande dat er geen risico op herhaling is.⁸⁰ Wanneer een getuige weliswaar oud is, maar nog in goede gezondheid verkeert, ontbreekt de ernstige bedreiging.⁸¹

De bedreiging moet ook een rechtsschending inhouden. Het loutere dreigement om een geding aan te spannen ingeval de wederpartij een bepaalde interpretatie van een contract niet volgt, is geen dergelijke rechtsschending.⁸²

Ook moet het bedreigde recht reëel zijn, zij het niet noodzakelijk opeisbaar (art. 5.146, § 3 BW bevestigt dit voor rechten onder opschortende voorwaarde of termijn). Een loutere verwachting – zoals van een erfgenaam gedurende het leven van de erflater – is niet voldoende.⁸³

3. Toepassingsgevallen

3.1. Teloorgang van rechten verhinderen

27. De preventieve vordering wordt in de eerste plaats gebruikt om de teloorgang van rechten te verhinderen. De rechtsvordering tot gedwongen erkenning (zie nrs. 4 e.v.) is een mooi voorbeeld hiervan. Een ander voorbeeld was de inbreng van een apotheek in een vennootschap door een erf-

75 Bv. Gent 22 mei 2013, *P&B* 2013, 225.

76 KG Luik 14 april 2004, *JLMB* 2004, 788. Vgl. Voorz. Kh. Brussel 4 juni 1973, *TBH* 1973, 470 (waar het niet duidelijk was welke handelsnaam iemand ging gebruiken).

77 Luik 15 juli 2004, *JT* 2004, 892, *RRD* 2004, 343.

78 KG (Fr.) Brussel 5 oktober 2017, *JT* 2017, 55.

79 Antwerpen 23 april 2012, *NjW* 2012, 677, noot AV.

80 Vred. Etterbeek 9 juli 1976, *T.Vred.* 1978, 139.

81 Brussel 17 mei 1983, *Pas.* 1983, II, 99.

82 Brussel 12 november 1975, *JT* 1976, 117; Voorz. Kh. Brussel 9 december 2004, *RABG* 2005, 966, noot I. BUELENS. Vgl. Rb. Gent 13 maart 1867, *BJ* 1867, kol. 478, noot (in hoger beroep werd wel een ernstige bedreiging aangenomen wegens de omstandigheden: Gent 1 februari 1868, *BJ* 1868, kol. 340, noot, *Pas.* 1868, II, 281, *Pand.b.*, v° *action ad futurum*, vn. 1 bij nr. 28).

83 Cass. 5 mei 2008, *Rev.trim.dr.fam.* 2009, 908; Luik 8 januari 2002, *JT* 2002, 436.

rechtelijke vruchtgebruikster, die op die manier de rechten van de blote eigenaars-erfgenamen bedreigde.⁸⁴ Nog een voorbeeld is de mogelijkheid dat een handeling van de wederpartij een onwaar wettelijk vermoeden schept, bijvoorbeeld een vermoeden van niet-gemeenheid van een in werkelijkheid mandelige muur.⁸⁵ De vaststelling van de voltooide verjaring kan gevorderd worden wanneer de uittredende titularis handelingen voorneemt die de verjaring miskennen, bijvoorbeeld het terug in bezit nemen van het goed dat hij door verkrijgende verjaring is verloren.⁸⁶

Ook kan men, volgens oude rechtspraak, een preventieve vordering instellen om een tijdelijke gunst van de wetgever veilig te stellen. Aldus aanvaardde de rechtspraak dat de schuldenaars van Joodse geldschietters, aan wie een keizerlijk decreet van 17 maart 1808 gedurende 10 jaar een exceptie *non numeratae pecuniae* had gegeven om hen te beschermen tegen Joodse woekeraars die hun woeker verborgen onder fictieve geldleningen (de Joodse geldschieder moest dus bewijzen dat er een echte geldlening was waarbij het geleende geld inderdaad overhandigd was), een rechtsvordering hadden om de exceptie *non numeratae pecuniae* tegen de Joodse geldschieder in te roepen.⁸⁷

De zuiver hypothetische teloorgang van rechten is echter niet voldoende. Aldus werd een gevorderde veroordeling van een vennootschap om zich te onthouden van enige schending van de rechten van een zaakvoerder (die op dat moment het slachtoffer was van een misbruik van meerderheid) afgewezen, want de rechtbank verhielp de reeds geleden schending en er werd overigens geenszins aannemelijk gemaakt dat er een andere schending te vrezen was.⁸⁸

3.2. Veilig stellen van bewijsmiddelen (vermijden van bewijsnood)

28. De preventieve vordering en meer nog de vaststellingsvordering worden vaak gebruikt om bewijsmiddelen veilig te stellen en bijgevolg om bewijsnood⁸⁹ te vermijden. Dit gebeurt in de eerste plaats om bewijsmiddelen die dreigen te verdwijnen zeker te stellen, bijvoorbeeld een ernstige zieke getuige ondervragen⁹⁰ of een deskundigenonderzoek uitvoeren op een goed dat binnenkort zal verdwijnen door bederf of om andere redenen.⁹¹ Interessant is dat men ook soms een oordeel ten gronde kan bekomen vanwege de vrees dat het bewijs niet meer beschikbaar zal zijn wanneer een geschil opduikt. Zo wordt aanvaard dat de groeiende moeilijkheid om de verjaring te bewijzen (bijvoorbeeld omdat een oorspronkelijk verjaarbaar recht nu onverjaarbaar is geworden⁹²) een voldoende

84 Brussel 17 november 1988, *Pas.* 1988, II, 116.

85 Luik 20 oktober 1825, *Pas.* 1825, 503.

86 Vred. Florennes 5 april 2011, *Res jur. imm.* 2011, 374. Zie hierover uitgebreid J. VAN DE VOORDE, “De verkrijgende verjaring: niet slechts een verweermiddel, maar ook (soms) een vaststellingsvordering” in N. CARETTE en R. BARBAIX (eds.), *Tendensen vermogensrecht 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (203) 203-242.

87 Trier 28 april 1809, *S.* 1810, II, 6; Colmar 29 juni 1810, *S.* 1811, I, 60. Zie over de context Fr. DE FONTETTE, “L’article 4 du « décret infâme » de 1808: le prêt consenti par un juif” in *Mélanges offerts à René Savatier*, Parijs, Dalloz, 1965, (277) 277-290.

88 Kh. Dendermonde 22 januari 2009, *TRV* 2012, 761, noot N. COOREMAN.

89 “Bewijsnood is de situatie waarin de informatie en/of het bewijs waarover een partij beschikt onvoldoende is om de overtuiging van de rechter te vormen.” (W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 206, nr. 243).

90 Brussel 17 mei 1983, *Pas.* 1983, II, 99 (geen toepassing *in concreto*); KG Brussel 27 november 1981, *JT* 1982, 375; KG Mechelen 25 november 1982, *Pas.* 1983, III, 52.

91 Bv. S. STIJNS, “De overlegging van stukken in het Gerechtelijk Wetboek”, *Jura Falc.* 1984-85, (199) 214. Zie uitgebreid hierover M. STORME, “Het bewijs ad futurum”, *TPR* 1964, (43) 43-67.

92 Historisch kan men wijzen op art. 691, tweede lid oud BW dat de verkrijgende verjaring door onheuglijk bezit van (niet-voortdurende en/of niet-zichtbare) erfdienstbaarheden onmogelijk heeft gemaakt vanaf 1804 (zie L.

de grondslag is voor een vaststellingsvordering.⁹³

Steun voor deze toepassing van de preventieve vordering kan gevonden worden in het recht van gedingpartijen om het bewijs te mogen kunnen leveren van wat zij aanvoeren, dat inhoudt dat zij enerzijds de bewijsmiddelen mogen voorleggen die zij hebben en anderzijds kunnen vragen om door onderzoeksmaatregelen de bewijsmiddelen te verkrijgen die zij niet hebben maar wel nodig zijn om hun eis of verweer te staven.⁹⁴ De grondslag voor het recht op bewijs wordt soms gezocht in artikel 6 EVRM, dat het recht op een eerlijk geding bevat.⁹⁵ Indien partijen niet mogen verhinderen dat bewijsmiddelen verloren gaan, wordt hun recht op bewijs geschonden, althans wanneer deze bewijsmiddelen betrekking hebben op een aangelegenheid die redelijk waarschijnlijk tot een geschil kan leiden.

3.3. *Oplopen van schade vermijden*

29. De tweede klassieke categorie van preventieve vorderingen beoogt om schade te vermijden. In dit opzicht wordt bijvoorbeeld bepleit dat een buur een bouwvallig huis kan doen stutten of slopen, ook al heeft de Napoleontische wetgever in 1804 besloten om de oude *cautio damni infecti* – een verschijningsvorm van de preventieve vordering in het Romeinse recht – niet in artikel 1386 oud BW op te nemen.⁹⁶ De blote eigenaar die het eigendomsrecht heeft verkregen door een vermomde schenking, kan ook de erkenning van zijn bloot eigendomsrecht eisen wanneer de geldigheid van de schenking betwist wordt en er plannen zijn om het voorwerp van het blote eigendomsrecht aan een derde te overhandigen.⁹⁷ Men kan ook de feitelijke oprichting van een GSM-mast verbieden, nu deze mogelijk schadelijk is voor de gezondheid en bovendien de bouwvergunning onwettig is.⁹⁸

LINDEMANS, *Erfdienstbaarheden* in APR, Gent, Story, 1958, 240-241, nr. 522). Recenter heeft de Waalse wetgever de mogelijkheid van het tenietgaan van buurtwegen door verjaring opgeheven (art. 1 Decreet Waals Gewest *visant à modifier la loi du 10 avril 1841 sur les chemins vicinaux*, BS 14 juni 2011; art. 30 Decreet Waals Gewest 6 februari 2014 *relatif à la voirie communale*, BS 4 maart 2014). Het gevolg is dat de verjaring moet zijn voltooid op een bepaalde datum en dat de tijd sindsdien irrelevant is. Eens een voldoende lange tijd is verstreken, is een dergelijk bewijs zeer moeilijk.

93 Ch. AUBRY en Ch.-Fr. RAU, *Cours de droit civil français par C.-S. Zachariae*, I, Brussel, Hauman, 1847, 226, vn. 1; J. VAN DE VOORDE, *De verkrijgende verjaring*, Brugge, die Keure, 2019, 652, nr. 1860; H.-F.-A. GÉRARD, *Acte public pour la licence*, Straatsburg, Berger-Levrault, 1846, 25; L. LINDEMANS, *Erfdienstbaarheden* in APR, Gent, Story, 1958, 240-241, nr. 522.

94 Zie over het recht op bewijs Cass. 15 juni 2012, *Pas.* 2012, I, 1370; Antwerpen 28 januari 2013, *RW* 2014-15, 306; H. BOULARBAH, O. CAPRASSE, G. DE LEVAL, Fr. GEORGES, P. MOREAU, D. MOUGENOT, J. VAN COMPERNOLLE, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, B. BIEMAR, L. FRANKIGNOUL en V. GRELLA, *Droit judiciaire*, II, *Manuel de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2015, 465-467, nr. 5.3; T. PAPART, N. SIMAR, B. DEVOS en L. PAPART, “La fraude en expertise... (Antigone, muse du juge)”, *RGAR* 2012, nr. 14875, 9 *recto*; W. VANDENBUSSCHE, “Omgaan met bewijsnood bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad”, *RW* 2018-19, (323) 333, nr. 27.

Het recht op bewijs is echter geen algemeen rechtsbeginsel: Cass. 26 mei 2005, *Res jur. imm.* 2006, 26.

95 T. PAPART, N. SIMAR, B. DEVOS en L. PAPART, “La fraude en expertise... (Antigone, muse du juge)”, *RGAR* 2012, nr. 14875, 2 *recto*.

96 Kh. Bergen 7 mei 2009, *JLMB* 2009, 1459, noot E. MONTERO; Vred. Luik (II) 18 september 2002, *JLMB* 2002, 1731; J.-Fr. GERKENS en P. WÉRY, “Les textes du Code civil permettent-ils d’ordonner la réparation ou la démolition des bâtiments qui menacent ruine? Étude écrite en hommage à Roger VIGNERON”, *Act.dr.* 2008, (595) 595-607.

In de tijd vóór art. 18, tweede lid Ger.W. werd de preventieve vordering in deze materie vaak ontkend: F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, XX, Brussel, Bruylant, 1876, 697-698, nr. 646.

97 Brussel 6 december 1973, *Pas.* 1974, II, 56.

98 Rb. Gent 18 mei 2009, *NjW* 2010, 69, noot LL, *TMR* 2010, 86.

3.4. Vermijden van toekomstige aansprakelijkheden

30. Daarnaast kan de preventieve vordering gebruikt worden om toekomstige aansprakelijkheden te vermijden, mits het risico op verwezenlijking van deze aansprakelijkheden erg groot is. Aldus kon een notaris die had bevestigd dat een verkocht huis vrij en onbelast was, de beslagleggende hypothecaire schuldeiser dagvaarden om het beslag te doen opheffen en toegelaten te worden een geldsom te consigneren als mogelijk aansprakelijke persoon. Hij kon op deze manier immers de aansprakelijkheid vermijden die hij opliep door onterecht bevestigd te hebben dat het huis vrij en onbelast was.⁹⁹ Een ander voorbeeld betrof een toekomstige opzegging van een pacht gegeven voor een bouwgrond, waar ernstige onenigheid rees over de te betalen vergoedingen. Aanvaard werd dat de verpachter een preventieve vordering kon instellen om de te betalen vergoedingen bij opzegging nu reeds te bepalen, want anders zou hij de kopers van kavels moeten vrijwaren voor uitwinning door de pachter.¹⁰⁰

3.5. Geldigverklaring van betwiste (voorgenomen of voltrokken) rechtshandelingen

31. De geldigverklaring van betwiste rechtshandelingen wordt ook aanvaard als grondslag voor een preventieve vordering. Zo werd aanvaard dat een school die als verhuurder (het betrof blijkbaar een handelshuur) optrad, tot geldigverklaring van de opzegging kon overgaan, omdat de huurder het persoonlijk en werkelijk in gebruik te nemen (art. 16, I, 1° Handelshuurwet) door de school betwistte. Het gebruik zou immers gebeuren door de leerlingen (de ruimten zouden als turnzaal en klaslokaal gebruikt worden), niet door de school.¹⁰¹ Daarnaast kon de preventieve vordering ingesteld worden tegen een partij die stelt dat een overeenkomst geveinsd is en dat hij dus zijn verbintenissen (die in de tegenbrief minder waren dan in de geveinsde overeenkomst) wel degelijk correct had uitgevoerd.¹⁰²

Een ander voorbeeld betrof een algemeen legaat, dat door een niet-reservataire wettelijke erfgenaam in zeer slechte roep werd gebracht: hij had herhaaldelijk plechtig verklaard dat de eiser zich zijn hoedanigheid van algemeen legataris slechts aanmatigde dankzij nietige testamenten die de erfflater had opgesteld toen ze niet meer helder van geest was en het slachtoffer was van “captatie, suggestie en bedrog” uitgaande van de (toen toekomstige) algemene legataris en zijn consorten. De algemene legataris stelde een preventieve vordering in, want hij zag zich in zijn bezit gestoord, zijn goederen kregen een kwade roep en zijn rechtsopvolgers onder bijzondere titel hadden te vrezen voor uitwinning.¹⁰³

32. Indien de voorgenomen rechtshandeling echter slechts hypothetisch is, is de preventieve vordering niet toelaatbaar. Aldus kon een partij bij een geldlening geen vordering instellen om de exacte kwalificatie van de geldlening door de rechter te vragen (wat relevant was voor het geval dat hij de geldlening vervroegd wou beëindigen), omdat de vordering duidelijk enkel bedoeld was om de par-

99 Luik 9 januari 2003, *Rev.not.b.* 2004, 426.

100 Rb. Aarlen 23 juli 2003, *JLMB* 2003, 1407.

101 Vred. Brussel (IV) 12 juli 1951, *JT* 1951, 487, noot Ch. VAN REEPHINGEN.

102 Beslagr. Luik 27 mei 2009, *JLMB* 2009, 1671.

103 Gent 1 februari 1868, *BJ* 1868, kol. 340, *Pas.* 1868, II, 281, *Pand.b.*, v° *action ad futurum*, vn. 1 bij nr. 28. Het beroepen vonnis is Rb. Gent 13 maart 1867, *BJ* 1867, kol. 478. Zie ook Ch. VAN REEPHINGEN, “L’action préventive en droit belge”, *RDIDC* 1958, (180) 183-184.

tij toe te laten om in voorkomend geval goed geïnformeerd te zijn over de kostprijs van een vroegde beëindiging van de geldlening.¹⁰⁴ Deze rechtspraak lijkt echter in strijd te zijn met rechtspraak die de vrijwaring van voorgenomen handelingen mogelijk maakt (zie nr. 33). Algemeener kunnen partijen bij een contract de rechter niet vragen om dit *in abstracto* te interpreteren.¹⁰⁵

3.6. Vrijwaring van voorgenomen (rechts)handelingen

33. Voorgenomen rechtshandelingen of feitelijke handelingen kunnen ook bedreigd worden. Aldus werd aangenomen dat een verpachter zijn pachter kon dagvaarden om te doen erkennen dat de verpachte grond een bouwgrond was in de zin van artikel 6, § 1, 2° Pachtwet, waar een opzegging dus te allen tijde mogelijk is, evenwel zonder reeds tot opzegging over te gaan.¹⁰⁶ Daarnaast kon een basketbalspeler van zijn federatie eisen dat die hem de nodige bescheiden bezorgde om van club te wisselen (de federatie weigerde wegens een reglementair verbod om van club te wisselen tijdens het seizoen, wat echter strijdig leek met de toepasselijke wetgeving¹⁰⁷; de speler had het contract ontbonden vanwege een ernstige tekortkoming van de club), omdat zonder dergelijke bescheiden andere clubs niet eens onderhandelingen zouden aanvatten.¹⁰⁸ Ook aanvaardde de rechtbank van koophandel te Brussel dat hij kon oordelen over een contractuele fout (een onterecht ontslag) die ertoe leidde dat een belangrijk element in de berekening van een koopprijs van aandelen (die pas over enkele jaren berekend en opeisbaar zou worden) gewijzigd werd.¹⁰⁹

De rechtspraak inzake de kwalificatie van geldleningen – en meer bepaald de betwistingen die vaak rijzen over de toepasbaarheid van artikel 1907*bis* oud BW – gaat in tegen de rechtspraak die hier besproken wordt (zie nr. 32). Rechtsvorderingen met betrekking tot de kwalificatie van dergelijke leningen worden beschouwd als te hypothetisch, omdat de geldlening nog niet is opgezegd, de eventuele wederbeleggingsvergoeding nog niet verschuldigd is en het niet zeker is dat de ontlener ooit zal opzeggen, doch zijn beslissing (deels) wil laten afhangen van het rechterlijke oordeel. In de rechtsleer wordt deze rechtspraak wel bekritiseerd, omdat er wel reeds een geschil zou bestaan over de kwalificatie van de geldlening en er een belang met betrekking tot de rechtszekerheid bestaat (zie nader nr. 33).¹¹⁰ Men kan alleszins weinig verschil ontwaren tussen de casusposities in de rechtspraak over geldleningen en de rechtspraak die aanvaardt dat men zijn pachter kan dagvaarden om te laten vaststellen dat een verpacht stuk grond bouwgrond is, zonder intentie om binnenkort de pacht op te zeggen.

104 Luik 26 oktober 2017, *JLMB* 2018, 987; Luik 6 maart 2019, *TBBR* 2021, 519, noot C. DE BOE en A. GILLET.

105 Brussel 12 november 1975, *JT* 1976, 117; Antwerpen 23 april 2012, *NjW* 2012, 677, noot AV; Vred. Fosses-la-Ville 8 januari 1992, *JLMB* 1992, 900 (samenvatting).

106 Vred. Andenne 17 april 1980, *JL* 1980, 245, noot G. DE LEVAL.

107 Art. 8 wet 24 februari 1978 betreffende de arbeidsovereenkomst voor betaalde sportbeoefenaars, *BS* 9 maart 1978, 2606.

108 KG Brussel 4 maart 1996, *JLMB* 1996, 686. Zie echter een vergelijkbaar geval (maar van vóór het Gerechtelijk Wetboek) waarin de vordering ontoelaatbaar werd verklaard, de bespreking in *Pand.b.*, v° *action ad futurum*, nr. 22.

109 Kh. Brussel 18 november 1993, *RPS* 1994, 175, noot I. CORBISIER.

110 C. DE BOE en A. GILLET, “L’intérêt à agir en (re)qualification du contrat de crédit avant son remboursement anticipé” (noot onder Luik 6 maart 2019), *TBBR* 2021, (522) 528-531, nrs. 19-25.

3.7. **Bescherming tegen zwaarwegende gevolgen van een foute opvatting**

34. Het komt ook voor dat partijen bescherming zoeken tegen de zwaarwegende gevolgen van een foute opvatting. Aldus aanvaardde men dat een caféhouder, verbonden met een brouwerij door een brouwerijcontract luidens dewelke de brouwerij de caféhouder zou bevoorraden met bier van de soort(en) die zij uitkoos, belang had om een preventieve rechtsvordering in te stellen wanneer de brouwerij plots een ander bier begon te leveren, waarbij de caféhouder juist grote inspanningen had gedaan om zijn klanten te overtuigen dat het oude bier beter was dan het nieuwe bier.¹¹¹ In een fiscale zaak kwam een vergelijkbaar oordeel: een vennootschap kon een rechtsvordering instellen om een langere termijn te krijgen ter beantwoording van vragen van de fiscus omdat haar boekhouding zich nog bevond in handen van een boekhouder met wie ze gebroken had.¹¹²

35. Ook rechtsonzekerheid kan een preventieve vordering wettigen. Zo kon een wanpresterende huurder die hoger beroep had aangetekend tegen een vonnis dat zijn uitzetting beval, ook bij de beslagrechter een preventieve vordering instellen tegen de gebeurlijke voorlopige tenuitvoerlegging van het beroepen vonnis. Belangrijk hierbij was dat de wetgeving (het toen nog nieuwe Gerechtelijk Wetboek) onduidelijk was over de mogelijkheid hiertoe.¹¹³ Op vergelijkbare wijze kon een preventieve vordering ingesteld worden om te verhinderen dat een ernstig betwiste overheidsbeslissing uitgevoerd werd met de sterke arm.¹¹⁴

C. Gevolgen

36. De preventieve vordering verschilt in beginsel niet van de vordering ingesteld ter beslechting van een geschil wat betreft de gevolgen. Wel is het zo dat de preventieve vordering vaak een loutere vaststellingsvordering is, die dus slechts de juridische waarheid vaststelt zonder hieraan een veroordeling tot een doen, een laten of een dulden in te houden. Sommige rechtsleer lijkt wel te stellen dat de preventieve vordering enkel een vaststellingsvordering kan zijn,¹¹⁵ maar artikel 18, tweede lid Ger.W. vernoemt de vaststellingsvordering enkel als voorbeeld om duidelijk te maken dat een eis tot veroordeling van de wederpartij niet noodzakelijk is om een toelaatbare preventieve vordering in te stellen (de vaststellingsvordering wordt vermeld in de volgende zinsnede: “*zelfs* tot verkrijging van een verklaring van recht”; onze cursivering).

D. Toetsing van de aanvaarde buitengeschildige rechtsvorderingen aan de vereisten van de preventieve rechtsvordering

37. Nu we zowel de buitengeschildige rechtsvorderingen als de vereisten voor de preventieve rechtsvordering hebben besproken, moeten we hen bij elkaar brengen: kunnen de onderzochte buitengeschildige rechtsvorderingen inderdaad als preventieve rechtsvorderingen aanvaard worden?

111 KG Luik 1 februari 1971, *JL* 1971, 38.

112 Rb. Brussel 15 oktober 2004, *JDF* 2005, 283.

113 Beslagr. Brussel 2 maart 1972, *Pas.* 1972, III, 39.

114 Rb. Tongeren 6 september 1993, *RW* 1994-95, 196, noot H. VUYE.

115 S. BEERNAERT, “Het belang als ontvankelijkheidsvereiste bij de gewone rechter, de Raad van State en het Arbitragehof”, *P&B* 2000, (155) 159, nr. 9.

38. De rechtsvordering tot gedwongen erkenning (nrs. 4 e.v.) is klaarblijkelijk een preventieve vordering. De verjaring is een ernstige bedreiging voor het verjarende recht. De gedwongen erkenning is een performante oplossing hiervoor, want ze leidt tot stuiting en verhindert aldus de voltooiing van de verjaring. Wel dient de voltooiing van de verjaring in het zicht zijn – de reeds bestaande wettelijke regelingen staan de rechtsvordering tot gedwongen erkenning slechts toe in de laatste twee jaar van de verjaringstermijn (zie nr. 6) – en moet de vrijwillige erkenning geweigerd zijn of onmogelijk zijn (bv. omdat degene die moet erkennen onbekend of afwezig is).

39. De rechtsvordering tot aflevering van een titel (nrs. 10 e.v.) lijkt te ruim te zijn opgevat, aangezien ze gebruikt kan worden voor louter betwistbare of dubbelzinnige titels. We zagen echter dat de vordering tot interpretatie van een contract in de regel niet wordt aanvaard als preventieve vordering (zie nr. 26). Indien de titel echter ontbreekt of dermate dubbelzinnig is dat ze niet gebruikt kan worden als bewijs, komt het voor dat bewijsnood dreigt, in welk geval een preventieve vordering wel mogelijk is (zie nr. 28).

40. De algemene strekking van artikel 18, tweede lid Ger.W. betekent dat de rechtsvordering tot aflevering van een geschreven titel in theorie mogelijk is bij elk zakelijk recht en zelfs bij elk subjectief recht dat ontstaat uit een rechtshandeling. Men dient wel op te letten dat de ernstige bedreiging van een recht in voldoende mate aanwezig is, dus dat er een werkelijke bewijsnood is. Het loutere feit dat de titularis van een zakelijk recht beroep moet doen op verkrijgende verjaring is echter nog niet voldoende voor bewijsnood, aangezien de verkrijgende verjaring bewezen kan worden door alle middelen van recht.¹¹⁶ Voeg daar nog eens aan toe dat de verkrijgende verjaring bezit vereist, dat gewoonlijk voortvloeit uit en bewezen wordt door normale gebruiksdaden, en men ziet dat er geen bewijsnood is bij verkrijgende verjaring. Er is dus meer nodig om een vaststellingsvordering voor de verkrijgende verjaring te kunnen instellen, maar artikel 3.26, tweede lid BW bevat nu een grondslag voor de vaststellingsvordering voor de verkrijgende verjaring.¹¹⁷

Men moet zich ook ervoor hoeden de preventieve vordering te zien als een middel om de voltooide bevrijdende verjaring te omzeilen. Een mogelijkheid waar deze verlokking aanwezig kan zijn, is de rechtsvordering tot het verlijden van een authentieke akte of het verkrijgen van een vonnis dat geldt als titel. Deze rechtsvordering vloeit voort uit het contract dat een zakelijk recht vestigt of overdraagt; ze verjaart volgens de regels voor persoonlijke vorderingen, dus in beginsel na 10 jaar (art. 2262bis oud BW).¹¹⁸ Men kan dus geen dergelijke rechtsvordering meer instellen nadat ze verjaard is, zelfs niet onder het voorwendsel dat het een preventieve vordering betreft.

41. De rechterlijke homologatie van overeenkomsten (nrs. 12 e.v.) kan ook als preventieve vordering aanvaard worden wanneer ze nodig is om alle rechtmatige gevolgen te geven aan de overeenkomst. Het betreft duidelijk een geval waar een ernstige bedreiging van een recht aanwezig is, vergelijkbaar met de gevallen waar men een voorgenomen rechtshandeling poogt te vrijwaren (zie nr. 33), omdat men anders verhindert dat een subjectief recht alle gevolgen krijgt die partijen hiervan

116 J. VAN DE VOORDE, *De verkrijgende verjaring*, Brugge, die Keure, 2019, 566-567, nr. 1605.

117 Zie uitgebreid hierover J. VAN DE VOORDE, “De verkrijgende verjaring: niet slechts een verweermiddel, maar ook (soms) een vaststellingsvordering” in N. CARETTE en R. BARBAIX (eds.), *Tendensen vermogensrecht 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (203) 203-242.

118 Luik 17 oktober 2011, *JLMB* 2012, 1436.

mogen verwachten volgens de rechtsorde.

42. De rechtstreekse vordering van de onderaannemer (nrs. 17 e.v.) valt in beginsel niet onder de toepassingen van de preventieve vordering. De onderaannemer ontmoet weliswaar vaak praktische problemen bij de uitoefening van zijn rechtstreekse vordering, zoals de mogelijke onduidelijkheid inzake de bedragen die de bouwheer nog verschuldigd is aan de aannemer of de excepties die hij kan invoeren. Ook is het bijvoorbeeld mogelijk dat de onderaannemer de rechtstreekse vordering slecht formuleert. Maar voor zover de problemen van de onderaannemer aan hemzelf te wijten zijn (bv. de slechte formulering) kan men bezwaarlijk inzien waarom hij een bijzondere bescherming moet krijgen. De overige praktische problemen zijn geenszins *a priori* zeker. Het is alleszins in de eerste plaats de verantwoordelijkheid van de onderaannemer om de nodige overtuigingsstukken (contracten, facturen, aanmaningen,...) te bezorgen aan de bouwheer, zodat hij zich kan vergewissen van de rechtmatigheid van de rechtstreekse vordering.

IV. Besluit

43. In ons onderzoek hebben we eerst een aantal 'buitengeschillige' rechtsvorderingen onderzocht die door rechtspraak en rechtsleer aanvaard worden, ondanks het algemene beginsel dat rechtsonderhorigen enkel een geding kunnen voeren over geschillen. De grondslag voor deze rechtsvorderingen is onduidelijk, hoewel de rechtsvordering tot gedwongen erkenning door een analogische redenering veralgemeend kan worden – met dien verstande dat deze redenering betwistbaar is, omdat de relevante wetsbepalingen veelal strikt geïnterpreteerd worden. Men zit dan met een dilemma. Moeten de buitengeschillige rechtsvorderingen veroordeeld worden, ook al zijn ze soms onontbeerlijk om een subjectief recht daadwerkelijk (en niet louter theoretisch) te doen voortbestaan, of gaat men min of meer openlijk het vereiste van een geschil voor het vatten van de rechter overboord zetten?

De preventieve rechtsvordering biedt een uitweg: ze heeft een wettelijke grondslag (art. 18, tweede lid Ger.W.) en een algemene draagwijdte. Ze blijkt een oplossing te zijn voor de rechtsvorderingen tot gedwongen erkenning, tot aflevering van een geschreven titel en tot rechterlijke homologatie, want in deze gevallen is er een ernstige bedreiging van een recht (bv. het verdwijnen van het recht door verjaring; bewijsnood; het niet krijgen van alle rechtmatige gevolgen). Dat is het criterium voor de toelaatbaarheid van de preventieve rechtsvordering. De rechtstreekse vordering van de onderaannemer beantwoordt niet aan het criterium van de ernstige bedreiging van een recht, zodat ze niet als preventieve vordering toelaatbaar is. In concrete gevallen kan de rechtstreekse vordering natuurlijk wel ernstig bedreigd worden, maar daarin verschilt de rechtstreekse vordering niet van om het even welk ander subjectief recht.