

HET BEWIJS AD FUTURUM

door

Marcel STORME

Advocaat bij het Hof van Beroep te Gent
Geaggregeerde voor het Hoger Onderwijs (U.G.)

I. Probleemstelling

1. Er is een tijd voorzien om in rechte op te treden, daar moeilijk kan aanvaard worden dat er een immer voortdurend recht zou zijn om een vordering in te stellen. Dit betekent dat er voor elke vordering een beginpunt en een eindpunt bestaat, zonder dat evenwel deze punten steeds nauwkeurig kunnen aangeduid of afgebakend worden.

Het kan vooreerst *te vroeg* zijn om op te treden, omdat het onnodig is het gerecht lastig te vallen met aangelegenheden, die nog niet als werkelijke geschillen kunnen beschouwd worden. Herhaaldelijk vindt men trouwens de formule terug volgens dewelke het ingeroepen belang reeds moet bestaan op het ogenblik dat de vordering wordt ingesteld; preventieve processen zijn niet toegelaten.

De vraag moet dus gesteld worden of er bij de inleiding van de eis reeds een belang in hoofde van de eiser aanwezig is. Deze vraag zal ongetwijfeld bevestigend beantwoord worden, wanneer de eiser zich kan beroepen op nadelen die hij ondervonden heeft en waartegen hij zich wil beveiligen. Het kan ook voorkomen dat de eiser zich enkel bedreigd voelt en hoopt de stoornis die hij zou kunnen ondervinden, te voorkomen; in een dergelijk geval zal het probleem van de vroegtijdigheid van de vordering zich stellen.

Doch het kan ook gebeuren dat men de vordering te laat instelt, doordat de wetgever van oordeel was dat het nadelig is voor de sociale vrede geschillen te lang te laten aanslepen. Hier vindt men dezelfde bekommernis terug als die welke voorhanden was bij het instellen van het gezag van gewijsde.

Zo kan het o.m. te laat zijn ingevolge verjaring (art. 2219 en volg. B.W. = art. 1983 en volg. Ned. B.W.) of wegens sommige vervaltermijnen, die door de wetgever werden vastgelegd (1). Derge-

(1) Voor een grondige studie van dit onderscheid, zie o.m. : DELVA, W., *De bevrijdende verjaring en de vervaltermijnen*, en LICHTENAUER, W. F., *Vernietigende verjaring en*

lijke termijnen vindt men bijv. in artikel 316 (= 311 Ned. B.W. : ontkenning van vaderschap) en 1648 (= 1547 Ned. B.W. : koopvernietigende gebreken) van het burgerlijk wetboek (1).

2. In verband met de vroegtijdigheid van de vordering moet opgemerkt worden, dat de betwisting niet ligt in het feit of er al dan niet een bestaand belang voorhanden dient te zijn. Aan dit vereiste kan immers geen afbreuk gedaan worden. Veeleer komt het er op aan precies te weten wanneer het belang, waarop men zich moet kunnen beroepen, ontstaat.

Op dit domein moet nochtans een onderscheid gemaakt worden tussen verschillende soorten rechtsvorderingen, die van zogenaamd *preventieve aard* zouden zijn.

3. In de eerste plaats kan de *vaststellingsvordering* (*action déclaratoire*, *Feststellungsklage*) vermeld worden. Deze vordering heeft tot doel het bestaan of het niet-bestaan van een recht, een hoedanigheid of een juridische toestand gerechtelijk te doen vaststellen, zonder dat hierover evenwel reeds een betwisting bestaat (2).

In Duitsland werd deze vordering uitdrukkelijk erkend door de wetgever. § 256 Z.P.O. luidt immers a.v. : „Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, auf Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung ihrer Unechtheit kann Klage erhoben werden, wenn der Kläger erin rechtliches Interesse daran hat, daß das Rechtsverhältnis oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde” (3).

Men kan zich verschillende gevallen indenken, waarin het van belang kan zijn sommige vaststellingen door de rechtbank te laten doen (4).

verval van rechten door tijdsverloop, Preadviezen voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, in *Jaarboek 1961-1962*, Zwolle, s.d., blz. 274 en volg.; - VASSEUR, M., *Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1950, blz. 439 en volg.

(1) Een opsomming van die termijnen vindt men bij DE PAGE et DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VII, 2^{de} uitg., Brussel, 1957, nr. 1136 en volg., blz. 1033 en volg.

(2) Zie desbetreffend o.m. VIZIOZ, H., *Etudes de procédure*, Bordeaux, 1956, blz. 194 en volg.; - MAYNARD, *Le jugement déclaratoire*, Proefschr., Lyon, 1922.

(3) Voor commentaar hierover, zie : ROSENBERG, L., *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, 7de uitg., München und Berlin, 1956, § 86, blz. 387 en volg. Ook in Italië werd hierover veel geredetwist : CHIOVENDA, G., *Azioni e sentenze di puro accertamento*, *Rev. dir. proc. civ.*, 1933, I, blz. 3 en volg.

Sinds de *Chancery Procedure Act* (1852) nemen de vaststellingsvorderingen ook in Engeland een belangrijke plaats in: Zie hierover : *Har-Shefi v. Har-Shefi*, *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1953, 598 en volg., met noot R. H. GRAVESON.

(4) Een toepassing hiervan vindt men bijv. in de van waarde verklaring van de opzeg zonder de vervaldag af te wachten. Dit wordt algemeen aanvaard : Vred. Brussel (4^{de} kant.), 12 juli 1951, *J.T.*, 1951, 487, met noot VAN REEPINGHEN; - Vred. Eghée, 5 december 1951, *J.T.*, 1952, 57.

Zo kan het gewenst zijn een of ander element van zijn staat, dat onzeker zou zijn, te laten vaststellen. Hier is ongetwijfeld een werkelijk belang aanwezig.

Zo kan het ook gebeuren dat er twijfel heerst over een overeenkomst van patrimoniale aard of over de geldigheid van een voorgenomen rechtshandeling. In dergelijke en andere gevallen zal het nochtans veel moeilijker zijn om het gerecht te doen tussenkomen; de rechter is er immers niet om consultaties te verlenen (1).

Er kan in dit verband ook nog verwezen worden naar de *actio confessoria* en de *actio negatoria* betreffende de uitoefening van een recht van vruchtgebruik of van een erfdienstbaarheid. Dank zij deze *actiones* kan men de rechtserkenning van het vruchtgebruik of van de erfdienstbaarheid bekomen; andersom, kan bijv. de eigenaar van het lijdend erf zich tegen de uitoefening van de erfdienstbaarheid verzetten door een vordering tot ontkenning van de erfdienstbaarheid (2).

4. Er zijn daarenboven rechtsvorderingen die aangewend worden om een *gevaar te voorkomen* en waarvan de ontvankelijkheid tot vele betwistingen heeft aanleiding gegeven. Te dien aanzien wordt meestal een onderscheid gemaakt tussen een gevaar dat van vermogensrechtelijke aard en een dat van processuele aard zou zijn (3).

Ter voorkoming van *patrimoniale stoornissen*, kent ons recht trouwens verschillende vorderingen : de gerechtelijke scheiding van goederen, wanneer de bruidschat in gevaar verkeert (art. 1443 B.W. = 241 Ned. B.W.) (4) en de bezitsvordering die strekt tot stillegging van werken (*dénonciation de nouvel œuvre*) (5).

In hetzelfde verband kan aangestipt worden dat de *bewarende maatregelen* toch ook kunnen opgevat worden als maatregelen, die vooruitlopen op de beslechting van een bestaand geschil (6). Is bijv. het bewarend beslag geen gerechtelijke maatregel ter bescherming van de schuldeiser, die vreest dat zijn schuldenaar de goederen die

(1) Zie trouwens uitdrukkelijk aldus : Brussel, 7 juni 1939, *Pas.*, 1939, II, 138; *J.T.*, 1939, 524; - Gent, 25 april 1955, *R.W.*, 1955-1956, 539; -vgl. Hrb. Brussel (kort ged.), 14 november 1963, *J.T.*, 1964, 47.

(2) Zie hierover : LINDEMANS, L., A.P.R., *Tw. Erfdienstbaarheden*, nr. 797 en volg. en nr. 826 en volg.

(3) CORNU, G., et FOYER, J., *Procédure civile*, Paris 1958, blz. 306 en volg.

(4) Men neemt aan dat de feitenrechter een toekomstig gevaar voldoende mag achten : DE PAGE et DEKKERS, X¹, Brussel, 1949, nr. 725, blz. 660, met uitvoerige referenties.

(5) Voor een omstandige uiteenzetting, zie DE PAGE et DEKKERS, V, Brussel, 1952, nr. 880 en volg., blz. 771 en volg.; - zie ook SOLUS, H., et PERROT, R., *Droit judiciaire privé*, I, Paris, 1961, nr. 198 en volg., blz. 176 en volg. In dit verband kan ook de vordering tot het afwenden van dreigende schade aangehaald worden : zie RONSE, J., *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad*, Proefschr., Brussel, 1954, nr. 226 en volg., blz. 173 en volg.

(6) VAN REEPINGHEN, Ch., *L'action préventive en droit belge*, *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1958, nr. 2-3, blz. 186.

tot algemene waarborg moeten dienen, zou doen verdwijnen? Artikel 1180 van het burgerlijk wetboek (= 1298 Ned. B.W.) bepaalt trouwens uitdrukkelijk dat de schuldeiser van een voorwaardelijke verbintenis, voordat de voorwaarde vervuld is, alle handelingen tot bewaring van zijn recht kan verrichten.

Doch ook een proces voeren kan soms nadelig zijn. Daarom zal men er wel goed aan doen alles in het werk te stellen om de *procesvoering* in de beste voorwaarden aan te brengen. Met het oog hierop kan men er aan denken niet alleen bewijzen *ad futurum* te verzamelen, doch ook de tegenpartij vóór te zijn, of haar te dwingen onmiddellijk op te treden.

Over de vordering die er toe strekt bewijzen *ad futurum* te verzamelen, zal verder uitvoerig sprake zijn (zie nr 5 en volg.).

Men kan de tegenpartij trachten vóór te zijn, door zelf een vordering in te stellen in plaats van deze af te wachten. Dit is bijv. het geval wanneer de borg, in toepassing van artikel 2032-3^o van het burgerlijk wetboek (= art. 1880-3^o Ned. B.W.), tegen de schuldenaar optreedt van zodra de schuld eisbaar wordt doch vooraleer hijzelf wordt vervolgd. Hier kan men er dus belang bij hebben het nodeloos wachten in onzekerheid te vermijden. Zo bepaalt ook artikel 2263 van het burgerlijk wetboek dat de schuldenaar van een rente na verloop van achtentwintig jaren nog kan genoodzaakt worden om op zijn kosten aan zijn schuldeiser of aan diens rechtverkrijgenden een nieuwe titel te verschaffen.

Men kan er tenslotte aan denken de tegenpartij te dwingen de rechtsvordering in te stellen (*provocatio ad agendum*). Hiertegenover kan men evenwel laten gelden dat men het recht heeft in rechte op te treden, doch daartoe niet verplicht is (1) : *invitus agere vel accusare nemo cogatur* (2).

II. Onderzoek van de standpunten

5. In bepaalde omstandigheden kan het van zeer groot belang zijn onmiddellijk te doen overgaan tot een onderzoeksmaatregel, zoals bijv. een getuigenverhoor, een deskundig onderzoek of een plaatsbezoek, ten einde met het oog op een eventueel toekomstig geschil de nodige bewijsmiddelen te verzamelen.

(1) Men vergelijkte evenwel met de *mora creditoris*. Het probleem van het schuld-eisersverzuim werd in Nederland uitvoerig bestudeerd : WILLEUMIER, J., *Het verzuim van de schuldeiser*, Proefschr., Amsterdam, 1903; - CAVADINO, F., *Onmogelijkheid van rechtsuitoefening*, Proefschr., Amsterdam, 1919; - SUYLING, J. PH., *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 2de uitg., 2de stuk, 1ste gedeelte, Haarlem, 1934, nr. 333 en volg., blz. 524 en volg.; - ASSER-RUTTEN, *Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, dl. III : *Verbintenissenrecht*, 1ste stuk : *De verbintenis*, 2de uitg., Zwolle, 1958, blz. 295 en volg.

(2) CORNU et FOYER, o.c., blz. 308-309.

Het kan inderdaad gebeuren dat, bij gebrek aan een onmiddellijk optreden, de bewijsvoering aanzienlijk zou kunnen verzwaaard of zelfs onmogelijk gemaakt worden : de plaatselijke gesteldheid kan wijzigingen ondergaan, de getuigen kunnen zeer oud zijn, lijden aan een zware ziekte of zinnens zijn een lange reis te ondernemen. Men kan m.a.w. in bewijsnood (*Beweisnotstand*) geraken.

Daarenboven kan het bevelen van een onderzoeksmaatregel een middel zijn om processen te vermijden. Wanneer één der partijen bijv. weigert een minnelijk deskundig onderzoek te laten doorgaan, kan zij dan toch na een door de rechter bevolen expertise akkoord zijn om zich bij de besluiten van de deskundige neer te leggen.

Ten aanzien van deze probleemstelling moet dan ook de vraag gesteld worden of de belanghebbende partijen het recht hebben om in die omstandigheden sommige onderzoeksmaatregelen door de rechter te doen bevelen.

6. Op de gestelde vraag hebben verschillende *buitenlandse wetten* positief geantwoord door in mindere of meerdere mate dergelijke afzonderlijke vorderingen algemeen toelaatbaar te achten. Dit is vooral het geval in Duitsland, doch eveneens in Nederland, zoals verder zal blijken.

In het *Duitse recht* wordt deze procedure samengevat onder de term *Beweissicherung* (*Beweis zum ewigen Gedächtnis*) en gebaseerd op de bekommernis de nodige voorzorgen te nemen ten einde een bewijsmiddel niet verloren te laten gaan. Wanneer de betwisting hoofdzakelijk van feitelijke aard is, kan zij zeer dikwijls een *Prozessverhütung* mogelijk maken (1).

Het algemeen beginsel vindt men in § 485 Z.P.O., dat a.v. luidt : „Auf Gesuch einer Partei kann die Einnahme des Augenscheins und die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen zur Sicherung des Beweises angeordnet werden. Der Antrag ist nur zulässig, wenn der Gegner zustimmt oder zu besorgen ist, daß das Beweismittel verloren oder seine Benutzung erschwert werde, oder wenn der gegenwärtige Zustand einer Sache festgestellt werden soll und der Antragsteller ein rechtliches Interesse an dieser Feststellung hat”.

De *Beweissicherung* kan dus slechts op bepaalde bewijsmiddelen toepasselijk zijn, nl. het plaatsbezoek, het getuigenverhoor en het deskundig onderzoek. Daarenboven blijkt dat § 485 enkel mag toegepast worden in enkele specifieke omstandigheden : wanneer de tegenpartij erin toestemt, wanneer er gevaar is dat een bewijsmiddel zou verloren gaan of dat het gebruik ervan zou bemoeilijkt worden en tenslotte wanneer de verzoeker er een rechtmatig belang bij heeft dat de tegenwoordige toestand van een zaak zou worden vastgesteld,

(1) ROSENBERG, L., o.c., § 116, blz. 546.

omdat hij op grond hiervan een aanspraak wil laten gelden of een aanspraak vreest. Er wordt evenwel niet vereist dat de feiten waarvan men een onderzoek vraagt, pertinent (*erheblich*) zouden zijn (1).

Telkens wanneer er hoogdringendheid is of wanneer de onderzoeksmaatregel bij afzonderlijke vordering wordt aangevraagd, zal het *Amtsgericht* bevoegd zijn om hierover te oordelen (§ 486, 2 en 3, Z.P.O.) (2).

Het verzoek moet volgende gegevens bevatten (§ 487 Z.P.O.) :

1. De aanduiding van de tegenpartij.
2. De aanduiding van de feiten, waarvan bewijs moet geleverd worden.
3. De aanduiding van de bewijsmiddelen en de namen der getuigen en deskundigen, die men wenst te horen.
4. De aanduiding van de redenen waarom men vreest dat het bewijsmiddel zal verloren gaan of dat het gebruik ervan zal worden bemoeilijkt. De aangehaalde reden moet geloofwaardig zijn.

Wordt het verzoek ingewilligd, dan is de beslissing onaanvechtbaar; wordt het afgewezen dan kan men hiertegen rechtsmiddelen (*Beschwerde*) aanwenden (§§ 490 en 567 Z.P.O.). Eenmaal de onderzoeksmaatregelen bevolen, moet de tegenpartij uitgenodigd worden hierbij aanwezig te zijn.

Tenslotte spreekt het vanzelf dat elke partij gerechtigd is de aldus verzamelde bewijselementen in een later geding te gebruiken (§ 493, 1, Z.P.O.). Was de tegenpartij evenwel bij de onderzoeksverrichting niet aanwezig, dan mag het bewijsmateriaal slechts gebezigd worden zo diegene die het inroept, aantoonst dat de tegenpartij tijdig werd uitgenodigd of dat het niet aan hem te wijten is zo de tegenpartij te laat of helemaal niet werd uitgenodigd.

7. In *Nederland* kent men de speciale procedure van het voorlopig getuigenverhoor (3), die omschreven wordt in de artikelen 876 en volgende van het Nederlands wetboek van burgerlijke rechtsvordering. Op grond van deze artikelen kan in de gevallen, waarin getuigenbewijs toegelaten is en voordat een geding aanhangig werd gemaakt, door elke belanghebbende onverwijld een voorlopig getuigenverhoor worden aangevraagd. Dit kan ook dadelijk geschieden tijdens een reeds aanhangig geding wanneer er gevaar bestaat dat dit bewijsmiddel zou verloren gaan (art. 876 Ned. Rv.).

(1) ROSENBERG, L., o.c., l.c.

(2) Men kan het best het *Amtsgericht* vergelijken met een vredegerecht.

(3) Ook soms *valetudinaire enquête* genoemd, doordat dit getuigenverhoor meestal slechts gebezigd werd wanneer het bewijsmiddel voornamelijk wegens de gezondheids-toestand van de betrokken personen dreigde verloren te gaan : ASSER-ANEMA-VERDAM, *Van bewijs*, 5^{de} uitg., Zwolle, 1953, blz. 261. De Nederlandse wet van 18 juli 1951 wijzigde de artikelen 876 tot en met 881 van het Nederlands wetboek van burgerlijke rechtsvordering. Voordien was een voorlopig getuigenverhoor ook mogelijk, doch er moest gevaar zijn dat dit bewijsmiddel zou verloren gaan. Dit vereiste is in de nieuwe tekst enkel nog van toepassing op reeds aanhangige gedingen en op procedures van echtscheiding of scheiding van tafel en bed.

Het verzoek wordt gericht tot de rechtbank van het arrondissement, waar de getuigen wonen of tot de rechtbank die vermoedelijk bevoegd zal zijn om van het geding, indien het aanhangig gemaakt wordt, kennis te nemen. Het verzoekschrift duidt de feiten aan die men wil bewijzen, de getuigen die men wil doen horen en de naam en woonplaats van de tegenpartij (art. 877 Ned. Rv.). Zo het verzoekschrift wordt ingewilligd, moet de tegenpartij hiervan verwittigd worden en kan geen rechtsmiddel meer worden aangewend (art. 878 Ned. Rv.).

Vermeldenswaard is dat, zo de tegenpartij op het verhoor verschijnt, op haar verzoek een getuigenverhoor voor tegenbewijs zal kunnen plaats hebben (art. 880 Ned. Rv.).

Tenslotte bepaalt artikel 881 dat, zo alle partijen bij het verhoor aanwezig waren, de getuigenverklaringen dezelfde bewijskracht hebben als die welke in een gewoon verhoor werden afgelegd. Zijn niet alle partijen aanwezig geweest, dan kan de rechter de getuigenverklaringen buiten beschouwing laten. Het tegenbewijs wordt van rechtswege toegelaten.

Men heeft de vraag gesteld of, buiten de gevallen die uitdrukkelijk door de wetgever werden voorzien (1), naar analogie van het voorlopig getuigenverhoor een benoeming van deskundigen mocht worden uitgelokt voor de bewaring van bewijs, met het oog op een eventueel later te voeren geding. Hoewel deze vraag dikwijls ontkennend wordt beantwoord (2), neemt men toch meestal aan dat een expertise in korgeding kan worden aangevraagd (3) en dat alleszins een regeling *de lege ferenda* wenselijk zou zijn (4).

8. Of naar *Belgisch positief recht* de *actio ad futurum* met het oog op het verzamelen van bewijsmateriaal toelaatbaar moet worden geacht, is een vraag die meestal ontkennend werd beantwoord.

Het lijkt dan ook gepast de aangehaalde argumenten nader te ontleden ten einde de gegrondheid van deze afwijzende houding te kunnen beoordelen; meteen zal worden nagegaan in welke gevallen dergelijke vorderingen dan toch toelaatbaar werden geacht.

(1) Zie bijv. art. 93, 94, 483, 489, 712 Ned. H.W. betreffende de gerechtelijke expertise aangaande de toestand van verzekerde of vervoerde goederen.

(2) ASSER-ANEMA-VERDAM, o.c., blz. 499; - VAN BONEVAL FAURE, *Het Nederlandsche burgerlijke procesrecht*, IV, I, blz. 107; - Hof Den Haag, 12 januari 1949, N.J., 1949, nr. 653.

(3) STAR BUSMANN, C. W., *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, Haarlem, 1955, nr. 288, blz. 269; - CAROLI, J. P. A. N., *Het kortgeding*, Den Haag, 1906, dl. I, blz. 148 en volg.; - H.R., 22 maart 1888, W., 4897; - Hof Amsterdam, 15 december 1911, W., 9374.

(4) Een dergelijk ontwerp werd trouwens reeds opgesteld door de Staatscommissie voor de Nederlandse burgerlijke wetgeving, die een voorlopig deskundigenonderzoek, een voorlopige plaatsopneming en bezichtiging wil doen inlassen in het wetboek van burgerlijke rechtsvordering : *Ontwerp Bewijsrecht*, Staatsrukkerij, Den Haag, 1959, art. 222-228. Voor commentaar hierop, zie o.m. : HAARDT, W. L., *Het ontwerp bewijsrecht*, N.J., 1959, 465 en volg. en 496 en volg.

A. Afwijzende houding.

9. De traditionele opvatting is formeel : de preventieve onderzoeksmaatregelen zijn verboden, zodat elke vraag strekkende tot het bevelen van een getuigenverhoor of van een deskundig onderzoek onontvankelijk moet worden verklaard (1). Deze opvatting vindt steun in het feit dat het Studiecentrum tot hervorming van de Staat het in 1938 nodig oordeelde in het wetboek van burgerlijke rechtsvordering een nieuw artikel 254bis in te lassen, hetwelk a.v. was opgesteld : „Wanneer iemand een klaarblijkelijk belang heeft, in 't vooruitzicht van een toekomstig geschil zelfs, kan de rechtbank het verhoor bevelen van een of meer getuigen, behoudens wanneer het gaat om een kwestie van staat, indien bewezen is dat elke vertraging in dit verhoor de vrees wettigt dat de getuigenis niet meer zal kunnen opgenomen worden.

De vraag wordt in den gewonen vorm der dagvaarding ingeleid en als dringend gevonnist.

Het verhoor geschiedt volgens de regelen in dezen titel bepaald, zonder dat er nochtans andere getuigen gehoord of tegenover elkaar gesteld kunnen worden, dan deze waarvan het vonnis de getuigenis toegelaten heeft" (2).

Om deze afwijzende houding te rechtvaardigen worden tal van uiteenlopende argumenten aangevoerd : historische argumenten, de algemene rechtsprincipes, sommige wetteksten en de praktische moeilijkheden die met de erkenning van dergelijke vorderingen zouden gepaard gaan.

10. Men houdt inderdaad soms voor dat de leemte in de wet gewild werd, omdat *historisch* gezien, het getuigenverhoor *ad futurum*, dat o.m. onder invloed van het Canoniek recht in de oude procedure werd aanvaard, uitdrukkelijk wegens de vele misbruiken die ermee gepaard gingen door de *ordonnance civile pour la réformation de la justice* van 1667 werd afgeschaft (3). Door hun stilzwijgen zouden de opstellers van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering deze afschaffing hebben willen bekrachtigen.

Deze historische interpretatie klinkt niet zeer overtuigend, niet alleen omdat het hier om een speciaal geval ging (het preventief

(1) BRAAS, *Précis de procédure civile*, II, 3de uitg., Brussel-Luik, 1944, nr. 1034, blz. 539; - R.P.D.B., Tw. *Expert-Expertise*, nr. 2; - P.B., Tw. *Action ad futurum*, nr. 18 en volg. Voor de heersende Belgische rechtspraak, zie verder nr. 14; - zie ook : Cass. fr., 25 oktober 1886, D.P., 1887, 1, 164; - Cass. fr., 6 februari 1900, D.P., 1900, 1, 167; - Cass. fr., 7 maart 1905, S., 1905, 1, 407; - Cass. fr., 3 mei 1924, D.H., 1924, 434; - Rennes, 15 november 1933, *Gaz. Pal.*, 1934, 1, 70; - Dijon, 7 februari 1945, *Rev. trim. dr. civ.*, 1946, blz. 52-53, met opmerkingen H. Vizioz.

(2) *Hervorming van de rechtspleging*, Brussel, s.d., dl. I, blz. 274.

(3) Zie hierover uitvoerig : BRUNTZ. Ch., *L'examen à futur*, Proefschr., Nancy, 1905, blz. 9 en volg.; - GERMER-DURAND, G., *Les enquêtes à futur*, Proefschr., Paris, 1907, blz. 12 en volg.

getuigenverhoor), doch ook omdat het in het algemeen gevaarlijk is uit het stilzwijgen van de wetgever besluiten te willen afleiden. Daarenboven vergete men niet dat artikel 1041 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering uitdrukkelijk bepaald heeft dat alle wetten, gebruiken, gewoonten en verordeningen die vóór 1 januari 1807 bestonden, afgeschaft werden.

11. Uitgaande van het *algemeen principe* dat het ingeroepen belang reeds moet bestaan en actueel moet zijn op het ogenblik dat de eis wordt ingesteld, heeft men voorgehouden dat, zo men de geldigheid van de onderzoeksmaatregelen *ad futurum* zou aanvaarden, de rechter buiten zijn bevoegdheid zou treden, daar hij enkel de wet zou moeten toepassen en niet tot taak zou hebben aan de partijen bewijsmiddelen te verschaffen.

Daarenboven zou het ingeroepen belang eventueel zijn en dikwijls zelfs zuiver hypothetisch, hetgeen buiten een formele wettekst moeilijk dergelijke maatregelen kan rechtvaardigen (1). Deze zienswijze zou nog bevestigd worden door tal van wetteksten, die zeer duidelijk in het licht stellen dat het getuigenverhoor en het deskundig onderzoek slechts daden van onderzoek zijn en dus incidentele geschillen die moeilijk het voorwerp van een afzonderlijke vordering kunnen uitmaken (zie verder, nr 12).

In dit verband moet toch onderstreept worden dat een rechtsvordering niet noodzakelijkerwijze door een uitdrukkelijke bepaling van de wet moet erkend zijn; het volstaat — en hier ligt de kern van het probleem — dat de eiser zich op een reeds bestaand en actueel belang kan beroepen. Zelfs zo het toekomstig geschil zich slechts eventueel zou voordoen, blijft het toch een feit dat de bedreiging een onderzoeksmaatregel onontbeerlijk kan maken. Zodra een geschil mogelijk en zelfs waarschijnlijk is, vereist een goede rechtsbedeling dat de overtuigingsmiddelen die noodzakelijk zijn om de waarheid te ontdekken (2), niet zouden teloorgaan (3). Een afzonderlijk geschil over het bewijs is m.a.w. niet ondenkbaar (zie verder, nr 24). De rechter heeft immers ook tot taak de partijen overeenkomstig het recht van elkander af te helpen.

12. Er zijn ongetwijfeld *wetteksten*, die min of meer de onderzoeksmaatregelen *ad futurum* schijnen te verbieden, omdat zij deze maatregelen als een *accessorium* van een hoofdvordering beschouwen.

(1) BRUNTZ, Ch., o.c., blz. 37 en volg.; — GERMER-DURAND, G., o.c., blz. 64 en volg.

(2) Zie over de taak van de rechter bij het opsporen van de materiële waarheid : STORME, M., *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, 1962, nr. 340 en volg., blz. 314 en volg.

(3) SOLUS, H., et PERROT, R., *Droit judiciaire privé*, dl. I, Paris, 1961, nr. 237, blz. 215; — GLASSON, E., TISSIER, A., et MOREL, R., *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, dl. I, Paris, 1925, nr. 179, blz. 434; — GARSONNET, E., et CEZAR-BRU, Ch., *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, II, 3de uitg., Paris, 1912, nr. 326, blz. 546-547.

In de eerste plaats beroepen de tegenstanders zich op artikel 252 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering, volgens hetwelk de feiten, waarvan een partij verzoekt het bewijs te mogen leveren, nauwkeurig en artikelsgewijze moeten aangehaald worden in een eenvoudige akte van besluiten, zonder verdere geschriften of verzoekschrift.

Hieruit leidde men af dat vermits het getuigenverhoor in besluiten moet aangevraagd worden, dit onderstelt dat reeds een geding werd aanhangig gemaakt. Daarenboven hield men voor dat, hoewel de artikelen 295 (= 219 Ned. Rv. : plaatsbezoek) en 302 (= 222 Ned. Rv. : deskundig onderzoek) van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering niets gelijkaardigs vermelden, artikel 252 ook op de expertise en het plaatsbezoek toepasselijk moest worden geacht.

Uit een historisch onderzoek is evenwel gebleken dat artikel 252 een overname is uit de *ordonnance* van 1667, die bepaalde dat het getuigenverhoor in beknopte conclusies moest aangevraagd worden teneinde voorafgaande en langdurige discussies tussen de partijen, zoals dit voor 1667 het geval was, te vermijden (1). Het tekstargument van artikel 252 en *a fortiori* de extensieve toepassing ervan op het plaatsbezoek en het deskundig onderzoek vervallen dus.

Men heeft ook laten gelden dat de rechtbank het ter zake dienend en afdoend karakter van de feiten waarvan het bewijs aangeboden wordt, moet kunnen beoordelen (art. 253 en 254 Rv. = art. 199 Ned. Rv.). Deze beoordeling zou slechts mogelijk zijn in het licht van een bestaand geschil (2). Hierbij verliest men uit het oog dat de rechtbank, bij wie een verzoek tot het bevelen van een onderzoeksmaatregel wordt aanhangig gemaakt, speciaal zal onderzoeken welk belang men heeft en of het ingeroepen belang de gevraagde onderzoeksmaatregel rechtvaardigt.

Dat artikel 61-3^o (= artikel 5-3^o Ned. Rv.) van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering vereist dat het voorwerp van de eis en een uiteenzetting van de middelen in de dagvaarding zouden vermeld worden, kan moeilijk als argument worden aanvaard (3). Het is nochtans wel van belang te weten op welke wijze een vordering van onderzoeksmaatregelen *ad futurum* zal ingesteld worden (zie hierover verder, nr. 15 en volg.).

Evenmin kan de toepassing van artikel 256 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering (= artikel 199 Ned. Rv.), volgens hetwelk het tegenbewijs van rechtswege toegelaten is, tot moeilijkheden aanleiding geven (4).

(1) BRUNTZ, Ch., o.c., blz. 27 en volg.

(2) BRUNTZ, Ch., o.c., blz. 35; - Rb. Aarlen, 9 april 1913, *Pas.*, 1913, III, 336.

(3) Zie nochtans : BRUNTZ, Ch., o.c., blz. 35-36; - Rb. Luik, 25 april 1923, *Jur. Liège*, 1923, 156; - Cass. fr., 25 oktober 1886, *D.P.*, 1887, 1, 164.

(4) Zie nochtans BRUNTZ, Ch., o.c., blz. 36.

Artikel 1341 en volgende van het burgerlijk wetboek, waardoor het getuigenbewijs in 'principe — althans in burgerlijke zaken — streng beperkt wordt (1), kan weliswaar hinderlijk zijn voor het bevelen van onderzoeksmaatregelen, waarvan men niet weet op welk geschil zij betrekking zullen hebben (2); met deze opwerping zal dan ook eventueel rekening moeten gehouden worden (zie verder, nr 26).

13. Tenslotte zijn er ongetwijfeld *praktische moeilijkheden* die met de erkenning van een vordering tot het bevelen van onderzoeksmaatregelen *ad futurum* kunnen gepaard gaan.

Dit zal vooral het geval zijn met de bevoegdheid *ratione materiae* en *ratione loci* van de rechtbank waar het verzoek aanhangig gemaakt wordt. Deze aspecten zullen nader ontleed worden bij de uitwerking van deze vordering (zie verder, nr 16).

14. Uit een onderzoek van de *rechtspraak* blijkt dat herhaaldelijk de eisen die een onderzoeksmaatregel *ad futurum* vorderden, werden afgewezen.

Zeer dikwijls heeft men gepoogd in een afzonderlijke vordering een deskundig onderzoek te doen bevelen; wanneer een dergelijke eis bij de rechtbank zelf aanhangig werd gemaakt, dan werd hij meestal om principiële redenen afgewezen, omdat een dergelijke onderzoeksmaatregel slechts zou mogen bevolen worden wanneer een geschil aanhangig is en de eiser zich dus op een actueel belang kan beroepen (3). Doch zelfs in kort geding werd een dergelijk verzoek dikwijls onaanvaardbaar geacht (4). Nochtans is de afwijzing in kort

(1) In Nederland werd de beperking van het getuigenbewijs opgeheven. Vgl. art. 2721, 2^{de} lid, C.c. it.

(2) GERMER-DURAND, G., o.c., blz. 77 en volg.

(3) Rb. Luik, 28 maart 1846, *B.J.*, 1846, 1459; — Rb. Luik, 3 februari 1855, *Cl. et B.*, IV, 397; — Luik, 13 augustus 1855, *Pas.*, 1856, II, 108; — Gent, 18 november 1875, *Pas.*, 1876, II, 47; — Brussel, 10 februari 1877, *Pas.*, 1877, II, 187; — Rb. Luik, 9 mei 1878, *P.A.*, 1879, II, 71; — Rb. Gent, 8 juni 1878, *Pas.*, 1879, III, 170; — Rb. Gent, 23 maart 1881, *Pas.*, 1881, III, 257; — Luik, 4 mei 1881, *Pas.*, 1881, II, 239; — Rb. Antwerpen, 9 februari 1882, *P.A.*, 1882, I, 131; — Rb. Antwerpen, 21 september 1882, *J.T.*, 1882, 692; — Rb. Antwerpen, 3 juli 1884, *J.T.*, 1884, 986; — Rb. Antwerpen, 13 februari 1885, *P.A.*, 1885, I, 141; — Rb. Gent, 17 juli 1889, *Pas.*, 1900, III, 88; — Rb. Luik, 13 maart 1891, *Pas.*, 1891, III, 221; — Rb. Brussel, 25 mei 1895, *Pas.*, 1895, III, 209; — Gent, 24 augustus 1895, *Pas.*, 1896, II, 193; — Rb. Brussel, 23 december 1896, *Pas.*, 1897, III, 102; — Rb. Antwerpen, 20 juli 1897, *J.T.*, 1897, 1020; — Vred. Brussel, 28 december 1898, *J.T.*, 1899, 709; — Hrb. Doornik, 31 juli 1900, *J.T.*, 1900, 1275; — Vred. Gent, 3 mei 1907, *T. Vred.*, 1907, 425; — Rb. Brugge, 19 maart 1913, *Pas.*, 1913, III, 334; — Rb. Aarlen, 9 april 1913, *Pas.*, 1913, III, 336; — Rb. Gent, 26 april 1922, *J.T.*, 1922, 663; — Rb. Luik, 25 april 1923, *Jur. Liège*, 1923, 156; — Hrb. Luik, 8 mei 1923, *Jur. Liège*, 1923, 213; — Hrb. Brussel, 16 juni 1928, *Jur. Comm. Brux.*, 1928, 193; — Rb. Tongeren, 23 april 1931, *Pas.*, 1931, III, 169; — Hrb. Brugge, 14 december 1933, *R.W.*, 1933-1934, 690; — Hrb. Brussel, 4 maart 1923, *Jur. Comm. Brux.*, 1947, 111; — Hrb. Brussel, 1 maart 1950, *J.T.*, 1950, 710; — Vred. Edingen, 20 januari 1960, *J.T.*, 1960, 379; — Zie ook : Cass. fr., 25 oktober 1886, *D.P.*, 1887, I, 164; — Cass. fr., 6 februari 1900, *Pas.*, 1900, IV, 88; — Rb. Lyon, 26 juli 1902, *T. Vred.*, 1906, 90.

(4) Zie o.m. : Rb. Brussel (kortged.), 3 oktober 1883, *Pas.*, 1884, III, 29; — Gent, 24 augustus 1895, *Pas.*, 1896, II, 193; — Hrb. Antwerpen (kortged.), 24 januari 1900, *P.A.*, 1900, I, 107; — Rb. Brussel (kortged.), 12 oktober 1904, *Pas.*, 1904, III, 343; — Hrb.

geding soms gemotiveerd door andere overwegingen, die wellicht impliciet de principiële toelaatbaarheid van een eis tot het bevelen van een deskundig onderzoek kunnen laten veronderstellen : de gevraagde expertise moet een bewarend karakter hebben (1), er moet tussen de partijen een zekere rechtsband of een mogelijke betwisting voorhanden zijn (2) en het gevraagd deskundig onderzoek mag niet te ruim of te vaag opgevat zijn (3).

Daar de lijkschouwing als een vorm van deskundig onderzoek wordt beschouwd, heeft men ook in sommige gevallen een dergelijk verzoek in kort geding afgewezen (4).

Slechts zelden werd bij afzonderlijke vordering en in kort geding het horen van getuigen gevraagd; hoewel het meestal werd toegestaan (zie verder, nr 16), heeft de handelsrechtbank te Brussel toch nog gemeend een dergelijk verzoek te moeten afwijzen, omdat hierdoor de grond van het geschil reeds ten dele zou beslecht worden (5).

B. Positieve rechtspraak.

15. Ondanks de strakke houding van een groot deel van de rechtspraak en van de rechtsleer, heeft men geleidelijk aan gevoeld dat een absolute afwijzing van de *actio ad futurum* in bewijsaangelegenheden tot al te onredelijke resultaten kon leiden.

Dit verklaart waarom de rechtspraak — en vooral de jongste — geleidelijk milderingen heeft aanvaard, die misschien tot een veralgemening zouden kunnen leiden.

Brussel (kortged.), 13 februari 1906, *Jur. Comm. Brux.*, 1906, 145; — Hrb. Antwerpen (kortged.), 28 september 1910, *P.P.*, 1911, 292; — Hrb. Brugge (kortged.), 22 april 1911, *Jur. Comm. Fl.*, 1912, 282; — Hrb. Oostende (kortged.), 5 augustus 1911, *Jur. Comm. Fl.*, 1912, 42; — Hrb. Oostende (kortged.), 25 januari 1912, *Jur. Comm. Fl.*, 1912, 244; — Rb. Luik (kortged.), 11 maart 1912, *Pas.*, 1912, III, 246; — Brussel, 9 januari 1914, *B.J.*, 1914, 529; — Rb. Luik (kortged.), 14 december 1923, *Jur. Liège*, 1924, 20; — Hrb. St. Niklaas (kortged.), 25 oktober 1935, *R.W.*, 1935-1936, 267; — Rb. Antwerpen (kortged.), 28 juni 1950, *R.W.*, 1950-1951, 133.

(1) Bijv. omdat de verdwijning of de wijziging van het te onderzoeken voorwerp gevreesd wordt : Luik, 1 april 1908, *Pas.*, 1908, II, 350; — Brussel, 28 juli 1909, *Pas.*, 1909, II, 390; — Brussel, 9 januari 1914, voormeld; — Rb. Verviers (kortged.), 27 januari 1925, *Jur. Liège*, 1925, 180; — Rb. Brussel (kortged.), 12 december 1928, *B.J.*, 1929, 118.

(2) Gent, 24 augustus 1895, voormeld; — Rb. Luik (kortged.), 11 maart 1912, voormeld; — Rb. Luik (kortged.), 14 december 1923, voormeld; — Rb. Antwerpen (kortged.), 28 juni 1950, voormeld.

(3) Gent, 22 mei 1906, *Pas.*, 1906, II, 320; — Rb. Dendermonde (kortged.), 5 mei 1911, *P.P.* 1911, 890; — Rb. Brugge (kortged.), 29 november 1920, *Pas.*, 1921, III, 107; — Rb. Hoei (kortged.), 28 oktober 1922, *Pas.*, 1923, III, 39.

(4) Rb. Hoei (kortged.), 30 januari 1913, *Jur. Liège*, 1913, 70; — Rb. Brussel (kortged.), 12 december 1928, *Pas.*, 1929, III, 24; — zie evenwel verder, nr 16. De afwijzing was nochtans ook soms gemotiveerd door het verzet van de familieleden : Gent, 3 november 1962, *J.T.*, 1963, 154.

(5) Hrb. Brussel (kortged.), 19 januari 1962, *J.T.*, 1962, 102. In een noot wijst Van Reepinghen er te recht op dat dit een zeer restrictieve opvatting is van het kort geding, die moeilijk kan aanvaard worden; — zie ook verder, nr 16.

Hoewel soms wel, doch eerder uitzonderlijk, een hoofdvordering strekkende tot het bevelen van onderzoeksmaatregelen door de rechtbanken, ontvankelijk werd verklaard (1), werd meestal op een dergelijk verzoek slechts ingegaan zo de eis in kort geding of op verzoekschrift werd ingesteld.

16. Herhaaldelijk werd bevestigd dat in kort geding een deskundig onderzoek (2), een lijkschouwing die in feite een variante is van het deskundig onderzoek (3), evenals een geneeskundig onderzoek (4) en zelfs een getuigenverhoor (5) mochten bevolen worden.

De desbetreffende vereisten kunnen a.v. samengevat worden. In de eerste plaats is natuurlijk vereist dat de vordering een dringend karakter heeft : dit volgt niet alleen uit de aard zelf van de procedure in kort geding, maar ook uit het feit dat slechts onderzoeksmaatregelen kunnen bevolen worden wanneer een vertraging in de gevraagde vaststellingen of verklaringen onherstelbare schade zou kunnen berokkenen (6). Dit zal het geval zijn telkens wanneer er gevaar bestaat dat sommige bewijselementen zouden verdwijnen of zouden gewijzigd worden. Daarentegen kan op een verzoek tot het bevelen

(1) Luik, 18 januari 1866, *Pas.*, 1866, II, 236; - Gent, 9 maart 1898, *Pas.*, 1898, II, 360; - Luik, 4 maart 1914, *J.T.*, 1914, 488; - Hrb. St. Niklaas, 14 juli 1959, onuitg., aangehaald door CLOQUET, A., o.c., nr. 351. Het principe werd trouwens, in een andere aan gelegenheid, door het hof van beroep te Brussel beklemtoond (arrest d.d. 7 juni 1939, *Pas.*, 1939, II, 138) : ... „une action peut cependant être déclarée recevable lorsqu'elle tend à prévenir un dommage imminent ou à mettre un droit menacé à l'abri”.

(2) Gent, 11 maart 1905, *Pas.*, 1905, II, 211; - Brussel, 12 juni 1908, *Pas.*, 1908, II, 230; - Rb. Luik (kortged.), 7 mei 1913, *Jur. Liège*, 1913, 188; - Brussel, 23 juli 1913, *Pas.*, 1914, II, 125; - Hrb. Antwerpen (kortged.), 23 augustus 1913, *P.A.*, 1914, I, 5; - Brussel, 31 oktober 1917, *Pas.*, 1918, II, 64; - Brussel, 17 januari 1918, *Pas.*, 1918, II, 108; - Rb. Bergen (kortged.), 20 februari 1919, *Pas.*, 1919, III, 243; - Hrb. Brussel (kortged.), 15 maart 1921, *Jur. Comm. Brux.*, 1921, 269; - Rb. Luik (kortged.), 6 maart 1922, *Jur. Liège*, 1922, 83; - Rb. Luik (kortged.), 14 december 1923, *Jur. Liège*, 1924, 20; - Rb. Verviers, 25 januari 1925, *Jur. Liège*, 1925, 180; - Rb. Brussel (kortged.), 16 oktober 1928, *Jur. Liège*, 1928, 295; - Brussel, 27 november 1935, *Pas.*, 1936, II, 94; - Rb. Brugge, 6 maart 1951, *R.W.*, 1950-1951, 1372; - Rb. Bergen (kortged.), 6 juni 1952, *Pas.*, 1953, III, 23; - Brussel, 15 oktober 1952, *J.T.*, 1953, 72; - Hrb. St. Niklaas (kortged.), 2 maart 1953, onuitg., aangehaald door CLOQUET, A., o.c., nr. 351; - Gent, 25 april 1955, *R.W.*, 1955-1956, 539; - Rb. Luik (kortged.), 5 januari 1961, *Jur. Liège*, 1960-1961, 157; - Hrb. Kortrijk (kortged.), 20 oktober 1961, *R.W.*, 1961-1962, 1460; - Rb. Brugge (kortged.) 23 januari 1962, *R.W.*, 1961-1962, 1509; - Luik, 2 augustus 1963, *J.T.*, 1963, 624; - Hrb. Antwerpen (kortged.), 24 september 1963, *R.W.*, 1963-1964, 1025; - zie ook : Cass. fr., 22 januari 1901, *S.*, 1901, I, 331; - Paris, 23 oktober 1953, *D.*, 1953, J., 688.

(3) Luik, 25 november 1901, *Pas.*, 1902, II, 34; - Rb. Brussel (kortged.), 13 juli 1910, *Pas.*, 1911, III, 194; - Rb. Luik (kortged.), 11 december 1959, *Jur. Liège*, 1959-1960, 133; *Pas.*, 1960, III, 101; - Rb. Luik (kortged.), 13 september 1961, *Pas.*, 1961, III, 72; *Jur. Liège*, 1961-1962, 37; *J.T.*, 1961, 669. Voor het belang hiervan leze men o.m. : REMOUCHAMPS, L., *Het bewijs van arbeidsongevallen door lijkschouwing*, T. Vred., 1962, 329 en volg.

(4) Zie b.v. aldus : Rb. Pau (kortged.), 26 juni 1950, *J.T.*, 1951, 117 (onderzoek of een vrouw bevallen was).

(5) Brussel, 24 november 1946, *J.T.*, 1947, 181, met noot Ch. V. R.; - Brussel, 15 februari 1956, *J.T.*, 1956, 327; - Rb. Brussel (kortged.), 8 december 1960, *J.T.*, 1961, 209; - zie ook nog : Rb. Tulle (kortged.), 1 juli 1926, *S.*, 1927, 2, 86.

(6) Rb. Luik (kortged.), 13 september 1961, voormeld; - vgl. Brussel, 7 juni 1939, *Pas.*, 1939, II, 138.

van onderzoeksmaatregelen niet ingegaan worden, zo dit verzoek te laat werd gedaan (1), of vooral zo het aan de nalatigheid van de eisende partij te wijten is dat de bewijsvoering in gevaar werd gebracht (2), of dat niet tijdig bewijselementen verzameld werden (3).

Vervolgens wordt vereist dat de gevraagde onderzoeksmaatregel in verband zou staan met een reeds bestaand geschil, waarover evenwel nog geen geding aanhangig moet zijn : men gaat bij de rechtbank niet te rade, maar men vraagt een beslissing (4). Zo er reeds een geding aanhangig is, kan de voorzitter in kort geding ook onderzoeksmaatregelen bevelen, tenzij deze maatregelen reeds aan de rechter ten gronde werden gevraagd (5).

Tenslotte werd herhaaldelijk onderstreept dat een in kort geding bevolen onderzoeksmaatregel even uitgebreid mag zijn als degene die door de rechter ten gronde zou kunnen bevolen worden (6). Tevens werd beklemtoond dat, in overeenstemming met de algemene principes van het kort geding, dergelijke beslissingen van voorlopige aard zijn en het geschil ten gronde niet berechten (art. 806 en volg. Rv. = art. 289 en volg. Ned. Rv.) (7).

Wat de bevoegdheid *ratione loci* betreft, werd opgemerkt dat de voorzitter van de rechtbank van de plaats waar het onderzoek moet plaats grijpen, bevoegd is om op te treden, zelfs zo zijn rechtbank onbevoegd zou zijn om het geschil ten gronde te beslechten (8).

Wat de bevoegdheid *ratione materiae* betreft, werd soms voorgesteld dat deze bevoegdheid bepaald wordt door de aard van de betwisting, waarmee de gevraagde onderzoeksmaatregelen in verband staan (9), doch gezien de volheid van rechtsmacht van de rechtbank van eerste aanleg zou de voorzitter ook in kort geding onderzoeksmaatregelen kunnen bevelen inzake geschillen met een handelskarakter (10). Hieraan mag ter rechtvaardiging nog toegevoegd worden

(1) Rb. Luik (kortged.), 11 december 1959, voormeld : lijkschouwing na verschillende weken.

(2) Rb. Hoei (kortged.), 30 januari 1913, *Jur. Liège*, 1913, 70; - Brussel, 27 november 1935, voormeld.

(3) Hrb. Kortrijk (kortged.), 20 oktober 1961, voormeld.

(4) Brussel, 7 juni 1939, voormeld; - Gent, 25 april 1955, voormeld.

(5) Brussel, 15 oktober 1952, voormeld.

(6) Rb. Brussel (kortged.), 16 oktober 1928, voormeld; - Rb. Brugge (kortged.), 23 januari 1962, voormeld.

(7) Zie o.m. : Brussel, 15 oktober 1952, voormeld; - Rb. Brugge (kortged.), 23 januari 1962, voormeld; - Hrb. Brussel (kortged.), 14 november 1963, *J.T.*, 1964, 47; - Voor het algemeen principe, zie ook : Gent, 4 juli 1952, *R.W.*, 1952-1953, 1647; - Rb. Kortrijk (kortged.), 19 juni 1958, *Pas.*, 1960, III, 23.

(8) Hrb. Kortrijk (kortged.), 3 oktober 1912, *Jur. comm. Fl.*, 1913, 130; - Hrb. Brussel (kortged.), 21 december 1920, *J.T.*, 1921, 156; - Hrb. Brussel (kortged.), 3 november 1925, *Jur. comm. Brux.*, 1925, 368; - Gent, 6 juli 1929, *Jur. comm. Fl.*, 1929, 198; - Rb. Bergen (kortged.), 6 juni 1952, voormeld; - zie ook : Cass. fr., 21 februari 1906, *S.*, 1906, I, 30, met noot A. TISSIER.

(9) Brussel, 29 december 1958, *R.W.*, 1958-1959, 1419.

(10) Rb. Brussel (kortged.), 12 november 1952, *R.J.I.*, 1952, 491; - Brussel, 31 december 1957, *J.T.*, 1958, 111.

dat vermits, zoals elders wordt betoogd (zie nr 11 en 24), aan het recht op bewijs een afzonderlijke rechtsvordering kan gekoppeld worden, deze vordering onafhankelijk staat van de betwisting die eventueel ten gronde door de feitenrechter zal beslecht worden.

17. Ook kan de aandacht gevestigd worden op artikel 45 van het keizerlijk decreet van 30 maart 1808, dat a.v. luidt : „Toutes requêtes à fin d'arrêt ou de revendications de meubles ou de marchandises, ou *autres mesures urgentes* ... en quelque matière que ce soit, seront présentées au président du tribunal, qui les répondra par son ordonnance, après la communication, s'il y a lieu, au procureur impérial”.

Mag dit artikel als argument aangehaald worden om de voorzitter van de rechtbank toe te laten op *verzoekschrift* onderzoeksmaatregelen te bevelen? Het is opvallend dat in de rechtspraak van het arrondissement Brussel deze vraag herhaaldelijk bevestigend beantwoord werd (1).

Soms houdt men voor dat artikel 54 van het decreet van 1808 niet toepasselijk zou zijn op de voorzitter van de rechtbank van koophandel, zodat deze laatste nooit op *verzoekschrift* een deskundige zou kunnen aanstellen (2). In zake willige rechtsmacht werd nochtans een dergelijke procedure wel aanvaard (3). Het onderscheid tussen eigenlijke en willige rechtsmacht is nochtans niet altijd zeer duidelijk (4), zodat het gevaarlijk zou zijn op grond hiervan de bevoegdheid van de voorzitter om op *verzoekschrift* onderzoeksmaatregelen te bevelen, te beoordelen (5).

Veel beter ware het aan te nemen dat in gevallen van hoogdringendheid onderzoeksmaatregelen op *verzoekschrift* mogen aangevraagd worden. Dit *verzoekschrift* kan, naargelang de gevallen, gericht worden tot de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg

(1) Brussel, 15 oktober 1952, *T.J.*, 1953, 72; - Hrb. Brussel, 17 september 1957, *J.T.*, 1957, 737; - Rb. Brussel, 19 september 1957, *J.T.*, 1958, 113, met noot A. VAN WELKENHUYZEN; - Brussel, 31 december 1957, *J.T.*, 1958, 111; - Rb. Brussel, 11 december 1958, *J.T.*, 1959, 168; - zie ook nog : Rb. Namen, 29 januari 1919, *Bulletin des dommages de guerre*, 1919, 188; - Gent, 12 december 1934, *Jur. Comm. Brux.*, 1934, nr. 5462; - Cass. fr., 15 mei 1876, *D.P.*, 1876, I, 344; - vgl. : Brussel, 4 februari 1931, *J.T.*, 1931, 608; - Rb. Dendermonde, 19 december 1931, *Pas.*, 1932, III, 63; - Rb. Brugge, 21 maart 1962, *R.W.*, 1961-1962, 2556; - Anders : Rb. Brussel (kortged.), 13 november 1948, *J.T.*, 1950, 610 (terzake werd nochtans een verzoek tot deskundig onderzoek reeds gericht tot de rechter ten gronde, die het had afgewezen); - Rb. Oudenaarde, 16 november 1950, *R.W.*, 1950-1951, 917.

(2) L.V.S., noot onder Hrb. Antwerpen, 31 maart 1953, *P.A.*, 1954, 48 en volg.; - LE PAIGE, A., *Examen de jurisprudence* (1952-1954), *Juridiction et compétence en matière civile*, R.C.J.B., 1955, blz. 74, nr. 61; - Hrb. Antwerpen, 15 maart 1892, *Pas.*, 1892, III, 219; - Anders : Hrb. Antwerpen (kortged.), 31 maart 1953, *P.A.*, 1954, 47.

(3) R.P.D.B., Tw. *Procédure civile*, nr. 560 en volg.

(4) Zie desbetreffend : SOLUS, H., et PERROT, R., o.c., nr. 482 en volg., blz. 442 en volg.

(5) Vgl. CLOQUET, A., o.c., nr. 358 en volg.

of van de rechtbank van koophandel (1) en ook tot de vrederechter (2). Hierbij zouden evenwel volgens een deel van de rechtspraak de bevoegdheidsregelen, o.m. *ratione materiae*, in acht moeten genomen worden (3). Ware het niet verkieslijker voor te houden dat de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg bevoegd is ook inzake geschillen die niet tot de eigenlijke bevoegdheid van die rechtbank behoren, zoals b.v. huurschade (4) of handelsgeschillen (5), tenzij uitdrukkelijk door de wet bepaald werd dat in sommige gevallen enkel de aangeduide rechtsmacht op verzoekschrift mag oordelen (6)?

18. De vraag kan gesteld worden welke rechtsmiddelen ter beschikking staan van diegene, die meent dat hij door een bevelschrift van de voorzitter, statuerend over een verzoekschrift, benadeeld werd.

Hoewel soms wordt voorgehouden dat de benadeelde partij zou moeten dagvaarden voor de voorzitter van de rechtbank, ditmaal zetelend in kort geding (7), lijkt het meer aangewezen, naar analogie van artikel 474 en volgende van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering (= 376 en volg. Ned. Rv.), dit verzet door een verzoekschrift aan te brengen bij de voorzitter die de gewraakte beslissing heeft gevelde (8).

III. Proeve van oplossing

A. Algemene principes.

19. Ten aanzien van de tegenstrijdige stellingen die voorgehouden werden door de rechtsleer en rechtspraak, dient thans te worden onderzocht welke oplossing aan het gestelde probleem kan gegeven worden.

Uitgaande van de vaststelling dat de ontvankelijkheid van de vordering strekkende tot het verzamelen van bewijzen *ad futurum* hoogst wenselijk ware, moet worden nagegaan in hoeverre deze ontvankelijkheid naar Belgisch positief recht dient te worden erkend.

(1) Zie bijv. : Hrb. Antwerpen (kortged.), 31 maart 1953, P.A., 1954, 47.

(2) Zie in algemene regel aldus : CLOQUET, A., o.c., nr. 364; - Anders : Vred. St. Joost ten Node, 26 december 1956, T. Vred., 1957, 291, met noot P. PIERRET.

(3) Zie bijv. Rb. Brussel, 19 september 1957, J.T., 1958, 113; - Anders : Hrb. Brussel, 17 september 1957, J.T., 1957, 737; - Brussel, 31 december 1957, J.T., 1958, 111; - Rb. Brussel, 11 december 1958, J.T., 1959, 168.

(4) Aldus : Rb. Brussel, 11 december 1958, voormeld; - Anders : Rb. Brussel, 19 september 1957, voormeld.

(5) Aldus : Hrb. Brussel, 17 september 1957, voormeld; - Brussel, 31 december 1957, voormeld.

(6) Zie aldus : Hrb. Brussel, 17 september 1957, voormeld; - Voor een opsomming van enkele van die gevallen (deskundig onderzoek), zie CLOQUET, o.c., nr. 370.

(7) Nov. *Procédure civile*, I, nr. 562; - Brussel, 15 oktober 1952, J.T., 1953, 72; - Cass. fr., 3 april 1895, S., 1895, I, 221.

(8) Zie aldus een uitvoerig gemotiveerd arrest van het hof van beroep te Gent d.d. 12 december 1934 : *Jur. Comm. Fl.*, 1934, blz. 240.

Het volstaat immers niet aan te tonen dat de door de tegenstanders aangehaalde argumenten onvoldoende steekhoudend zijn (zie boven, nr 9 en volg.) om het bestaan van een dergelijke vordering te rechtvaardigen. Men moet ook positieve argumenten kunnen aanhalen.

Bij een onderzoek van de wetgeving blijkt dat herhaaldelijk in tal van speciale gevallen het gebruik van dit procédé — meer bepaald inzake deskundig onderzoek — werd toegestaan. Kan men uit deze verspreide wetteksten een algemene regel afleiden?

Kan men ook in het recht op bewijs geen argumenten vinden terzake?

Ziedaar enkele vragen waarop thans nader zal worden ingegaan.

20. Vooraf moet er natuurlijk op gewezen worden dat de partijen, buiten elke rechtsvordering om, toch in staat zijn om zekere dringende vaststellingen te laten geschieden. Zo kan men aan een *deurwaarder* vragen bepaalde vaststellingen te doen; deze vaststellingen hebben weliswaar slechts de waarde van inlichtingen, die door de rechter soeverein zullen beoordeeld worden (1). Men zou nochtans ook de *deurwaarder* als getuige kunnen oproepen (2).

De partijen kunnen ook vanzelfsprekend in der minne akkoord gaan over de aanstelling van een deskundige.

21. In tal van bijzondere gevallen werd de mogelijkheid om bij afzonderlijke vordering een *deskundig onderzoek* aan te vragen, uitdrukkelijk voorzien.

Hoewel vooral in het handelsrecht, toch zijn er ook reeds in het burgerlijk recht dergelijke gevallen aan te halen. Zo kunnen diegenen die de voorlopige inbezitstelling hebben bekomen tot hun eigen zekerheid (3) vragen dat een door de rechtbank te benoemen deskundige de onroerende goederen van de afwezige zou onderzoeken (art. 126 B.W. = art. 536 Ned. B.W.). Een schuldeiser die vreest dat de onderhandse titel waarover hij beschikt zou kunnen betwist worden, kan onmiddellijk optreden ter erkenning en nazicht van de echtheid van het geschrift (art. 1323 B.W. en art. 193 en volg. Rv. = art. 1913 Ned. B.W. en art. 176 en volg. Ned. Rv.). Gedurende de eerste drie maanden van de landpacht kan elke belanghebbende een plaatsbe-

(1) Cass. fr., 5 december 1952, *Bull. Cour Cass.*, 1952, 4, 643. Ten onrechte is hier nochtans sprake van vermoedens: zie desbetreffend STORME, M., o.c., nr. 370, blz. 343, voetnoot 1. Vermeldenswaard is het feit dat de inbreuken op het bevel van de voorzitter van de rechtbank van koophandel om op te houden met daden van onrechtmatige mededinging, door een *deurwaarder*, vergezeld van twee getuigen, kunnen vastgesteld worden (art. 5 K.B. nr. 55 van 23 december 1934). Men mag aannemen dat ook het feit, dat tot het gerechtelijk verbod aanleiding heeft gegeven, op dezelfde wijze kan worden vastgesteld (RONSE, J., *De onrechtmatige mededinging*, R.W., 1948-1949, 897 en volg.).

(2) Zie evenwel voor de betwisting ingevolge art. 283 Rv. (wraking): R.P.D.B., Tw. *Huissier*, nr. 131.

(3) Deze term doet denken aan het Duitse begrip *Beweissicherung*: zie boven, nr. 6.

schrijving laten opmaken, eventueel door een door de vrederechter aangeduide deskundige (art. 1778, III, 6 §, B.W.). Ook ter bewaring van het voorrecht van aannemers, bouwmeesters en metselaars moet de aanduiding van een deskundige gevorderd worden (art. 27-5° wet van 16 december 1851). Buitendien zijn er nog tal van gevallen waarin een deskundig onderzoek wettelijk verplicht is en soms ook bij afzonderlijke vordering moet aangevraagd worden (1).

In het handelsrecht kunnen verschillende bepalingen worden aangehaald, waardoor een hoofdeis strekkende tot het bevelen van een expertise uitdrukkelijk wordt voorzien.

In geval van weigering om de vervoerde goederen in ontvangst te nemen wordt de staat van de goederen nagezien door één of drie deskundigen, die op verzoek van een belanghebbende door de voorzitter van de rechtbank van koophandel worden aangeduid (art. 8 van de wet van 25 augustus 1891 op het vervoer te land; zie ook in dezelfde zin : art. 58 van de wet van 5 mei 1936 op de rivierbevrachting). Hoewel soms werd voorgehouden dat dit artikel restrictief moest worden geïnterpreteerd en enkel toepasselijk zou zijn op geschillen tussen de vervoerder enerzijds en de verzender of bestemming anderzijds (2), mag men toch aannemen dat ook in de geschillen tussen de verzender en de bestemming gemeld artikel kan toegepast worden (3). Inzake verkoop aan particulieren voor eigen gebruik kan een onderzoek door deskundigen worden aangevraagd bij verzoekschrift aan de voorzitter van de rechtbank van koophandel (art. 18 en 19 wet van 25 oktober 1919). Ook bij vervoer ter zee en bij averij, kan de aanduiding van een deskundige gevraagd worden (art. 163, 164 en 267 H.W., boek II : gecoördineerde wetten van 21 augustus 1879, 12 juni 1902 en 10 februari 1908).

Tenslotte kunnen nog verschillende speciale wetten aangehaald worden, die eveneens uitdrukkelijk de mogelijkheid van een afzonderlijke vordering tot het bevelen van een expertise voorzien. Dit is o.m. zo voor het beschrijvend beslag bij namaking van geotrooieerde voorwerpen (art. 6 van de wet van 24 mei 1954) of van letterkundige en artistieke werken (art. 29 en 30 van de wet van 22 maart 1886). Men kan eveneens aan de vrederechter vragen een deskundig onderzoek te bevelen bij arbeidsongevallen (art. 24, 7de lid, van de wet van 24 december 1903), in geval van koopvernietigende gebreken bij de verkoop van dieren (art. 4 van de wet van 25 augustus 1885) (4),

(1) Voor een uitvoerige opsomming, zie CLOQUET, A., A.P.R., Tw. *Deskundige en deskundig onderzoek in burgerlijke zaken en in zaken van koophandel*, nr. 68 en volg.

(2) FREDERICQ, L., *Traité de droit commercial belge*, III, Gent, 1947, nr. 448, blz. 651; - Cass. fr., 1 maart 1892, D.P., 1892, I, 235.

(3) Cass. fr., 26 november 1889, *Pand. fr. pér.*, 1890, I, 91; - Cass. fr., 17 november 1891, D.P., 1895, I, 149.

(4) Zie desbetreffend : VRANKEN, F., A.P.R., Tw. *Koopvernietigende gebreken*, nr. 58 en volg.

of in geval van wildschade (art. 7bis van de wet van 28 februari 1882) (1).

22. Ongeacht de talrijke bepalingen die een afzonderlijke eis strekkende tot het bekomen van een deskundig onderzoek uitdrukkelijk voorzien, en afgezien van hetgeen reeds over de preventieve vorderingen in het algemeen werd gezegd (zie boven, nr 4), kan men nog enkele speciale gevallen aanhalen waarin *specifieke onderzoeksmaatregelen* bij afzonderlijke vordering mogen gevraagd worden. Deze gevallen zijn vermeldenswaard omdat zij precies het bewijsrecht betreffen.

Het onderzoek van de echtheid van het geschrift kan afzonderlijk — zelfs door getuigenverhoor en deskundig onderzoek — bevolen worden (art. 193 en 195 Rv. = art. 176 en volg. Ned. Rv.). Ook het verhoor op feiten en vraagpunten (art. 324 Rv. = art. 237 Ned. Rv.), kan in een afzonderlijke procedure bevolen worden (2). De overlegging van zekere stukken (*actio ad exhibendum*) kan door middel van een hoofdeis, buiten elk ander geding, in rechte gevorderd worden (3).

De bewoordingen van artikel 1348 van het burgerlijk wetboek sluiten in dat elke partij die belang heeft bij een verbintenis, het recht moet hebben zich het bewijs te verschaffen van de verbintenis van de tegenpartij (4).

23. De tegenstanders van het bewijs *ad futurum* zouden wellicht uit de voorgaande wettelijke bepalingen volgend argument *a contrario* kunnen halen : de wetgever heeft het verzoek tot het bevelen van onderzoeksmaatregelen enkel aanvaard in de uitdrukkelijk vermelde gevallen en het aldus stilzwijgend in alle andere gevallen verboden.

Hiertegen mag ingebracht worden dat het ontbreken van een algemene wettekst geen beletsel is, zo men aanneemt dat de wetgever impliciet een rechtsregel kan formuleren door sommige toepassingen hiervan in afzonderlijke bepalingen op te nemen. Dit principe werd reeds door von Jhering geformuleerd in zijn theorie van de *historische Durchbruchspunkte* (5) en later door de toenmalige eerste Advocaat-Generaal Hayoit de Termicourt hernomen in zijn advies bij een

(1) Zie desbetreffend : PAUWELS, A., A.P.R., Tw. Wildschade, nr. 268 en 269.

(2) BRUNTZ, Ch., o.c., blz. 28-29; — GARSONNET et CÉSAR-BRU, II, nr. 288, blz. 474.

(3) Voor de voorwaarden desbetreffend, zie STORME, M., o.c., nr. 268, blz. 241-242. In dit verband kan ook aangestipt worden dat een vordering tot overlegging zelfs *ad futurum* tegen derden kan ingesteld worden (STORME, M., o.c., nr. 262 en volg., blz. 236 en volg.).

(4) Iemand die betaalt heeft het recht om het bewijs van zijn vrijstelling te bekomen : DE PAGE, III, 2de uitg., Brussel, 1950, nr. 480, blz. 462.

(5) De meeste technische regelen zijn in het rechtsleven ontstaan ter gelegenheid van sommige toepassingsgevallen, die door deze rechtsgeleerde punten van doorbraak (*points d'émergence*) werden genoemd (*L'esprit du droit romain*, vert. O. DE MEULENAERE, III, Paris 1877, § 44, blz. 31 en volg.); een abstract rechtsbeginsel zal dikwijls voor het eerst aan het licht treden naar aanleiding van een concreet geval.

arrest van het hof van cassatie : „Mais de ce qu'une règle de droit n'est pas énoncée comme telle dans un texte formel, il ne résulte pas nécessairement qu'elle ne doive pas être tenue pour obligatoire; il peut suffire que le législateur l'ait implicitement consacrée en en faisant application dans des dispositions particulières" (1).

24. Uitgaande van de vaststelling dat het *recht op bewijs* een persoonlijkheidsrecht is (2), mag daarenboven aangenomen worden dat het recht op bewijs op zichzelf staat en dus het voorwerp van een geschil kan uitmaken. Gevraagde onderzoeksmaatregelen hebben niet noodzakelijk betrekking op een zaak die in betwisting is, vermits er een geschil kan ontstaan over het bewijs zelf (3).

Het feit dat een partij, die het recht heeft een bewijs te bekomen, waarvan ze zich misschien slechts in de toekomst zal bedienen, maakt daarom de vraag naar het bewijsmiddel niet *ad futurum*. Hetgeen immers gevraagd wordt is de aflevering van het bewijs en dus de vervulling van een tegenwoordige schuld; enkel het gebeurlijk gebruik van het bewijs moet als toekomstig beschouwd worden (4). Erkent men het recht op bewijs, dan moet hieraan ook een afzonderlijke rechtsvordering kunnen gekoppeld worden.

25. Dat de partijen zich bij het instellen van een eis moeten kunnen beroepen op een subjectief recht en tevens op een actueel belang (5), belet de rechtvaardiging niet van een *actio ad futurum* met het oog op het verzamelen van bewijsmateriaal.

Inderdaad, men kan moeilijk betwisten dat het verzamelen van bewijsmateriaal in zeer vele gevallen en meer speciaal wanneer er groot gevaar bestaat voor het verdwijnen ervan, van actueel belang zal zijn voor de verzoeker.

Daarenboven is ook in dergelijke gevallen een subjectief recht aanwezig, zelfs zo men het bestaan van een afzonderlijk recht op bewijs ontkent. Dit subjectief recht zal zich weliswaar pas veruitwendigen op het ogenblik dat de vordering ten gronde wordt ingesteld, doch het bestaat reeds bij het aanvragen van onderzoeksmaatregelen.

Soms zal dit subjectief recht evenwel slechts een eventueel karakter vertonen. Maar dit *eventueel recht* heeft reeds een eigen bestaan, zoals in een uitstekend proefschrift enkele jaren geleden

(1) Cass., 27 juni 1946, R.C.J.B., 1947, 272.

(2) Er bestaat inderdaad een recht op bewijs dat moeilijk kan ontkend worden en door GENY (*Des droits sur les lettres missives*, Paris, 1911, dl. I, nr. 88-89, blz. 226-233 en dl. II, nr. 214, blz. 172) als een persoonlijkheidsrecht werd beschouwd. Zie ook nog : STORME, M., o.c., nr. 219, blz. 205-206.

(3) BRUNTZ (o.c., blz. 29) spreekt in dit verband van bewijs *in rem*, een afzonderlijk geding over het bewijs.

(4) CLOQUET, A., o.c., nr. 345.

(5) Zie aldus : PIERRET, P., noot onder Vred. St. Joost ten Node, 26 december 1956, T. Vred., 1957, 297.

door Verdier werd aangetoond (1). Aan de hand van een gedetailleerd onderzoek komt de auteur tot het besluit dat het eventueel recht moet beschouwd worden als „un droit futur dont l'acquisition est d'ores et déjà protégée, voire organisée, par l'octroi d'un droit présent dont il constitue la finalité” (2); hij voegt er verder aan toe dat „entre la simple expectative ou droit futur et le droit pur et simple, il y a place pour le droit éventuel, qui se définit comme un droit futur dont l'application est juridiquement organisée” (3).

B. Praktische toepassing van de actio ad futurum.

26. Men mag in de eerste plaats aannemen dat aan de voorzitter van de rechtbank, zetelend in *kort geding*, kan gevraagd worden de nodige onderzoeksmaatregelen te bevelen en nl. een deskundig onderzoek, een getuigenverhoor, een lijkschouwing, een bloed-onderzoek....

Men heeft weliswaar doen opmerken dat de voorzitter van de rechtbank geen andere bevoegdheden heeft dan degene die de rechtbank heeft, wanneer de zaak niet dringend is; het dringend karakter beïnvloedt niet de bevoegdheid, doch enkel de speciale vorm van de procedure (4). Wanneer de rechtbank onbevoegd is, moet de voorzitter dus ook onbevoegd worden geacht.

Hiertegen kan men aanvoeren dat de voorzitter bevoegd is in alle dringende gevallen (artikel 806 Rv. = artikel 289 Ned. Rv.); vermits hij soeverein het dringend karakter waardeert (5), bepaalt hij dus ook soeverein de gevallen waarin hij bevoegd is. Daarenboven kan vooral betwijfeld worden dat de rechtbank zelf onbevoegd zou zijn. Veeleer moet men aannemen dat het vereiste van een actueel en bestaand belang meestal geconditioneerd wordt door het dringend en spoedeisend karakter van de gevraagde onderzoeksmaatregel. Stelt men de eis in voor de rechtbank zelf, dan zou dit immers kunnen impliceren dat de gevraagde onderzoeksmaatregel niet dringend is, zodat de rechtbank de eis kan afwijzen, niet wegens onbevoegdheid, maar bij gebrek aan belang.

De vereisten zijn die van de gewone procedure in kort geding : spoedeisend, voorlopig en zonder ten gronde te prejudiciëren.

Wat de bevoegdheid betreft, stellen zich enkele belangrijke problemen. Algemeen wordt aangenomen dat het de voorzitter is van de plaats waar de voorlopige maatregelen — terzake de onderzoeks-

(1) VERDIER, J. M., *Les droits éventuels*, Paris, 1955. Voor een toepassing van dit begrip in de Belgische rechtspraak, zie o.m. advies Advocaat-Generaal Ganshof van der Meersch, vóór Verbr., 28 maart 1957, *Pas.*, 1957, I, 913 en volg., spec. 920.

(2) o.c., nr. 220, blz. 184.

(3) o.c., nr. 415, blz. 330.

(4) Aldus : BRUNTZ, Ch., o.c., blz. 41.

(5) Cass. fr., 12 januari 1903, S., 1903, I, 125.

maatregel — moeten getroffen worden, die *ratione loci* bevoegd is om hierover te oordelen (1).

De betwisting heeft vooral betrekking op de bevoegdheid *ratione materiae*. Hoewel sommige uitspraken voorhielden dat de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg ook bevoegd was om in kort geding op te treden betreffende geschillen, die ten gronde tot de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel of van de vrederechter behoorden (zie boven, nr. 16 en 17), neemt een deel van de rechtsleer deze stelling niet aan (2). Nochtans, zo men *ratione loci* een scheiding doorvoert tussen de bevoegdheid in kort geding en de bevoegdheid van de feitenrechter ten gronde en dienvolgens geen rekening houdt met het eventueel toekomstig geschil, begrijpt men niet goed waarom dit ook niet kan geschieden ten aanzien van de bevoegdheid *ratione materiae*. Bovendien moet aanvaard worden dat aan de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg dezelfde volheid van bevoegdheid toebehoort als aan de rechtbank zelf (3).

In het licht van de principes van het bewijsrecht zou men ook nog kunnen laten opmerken, dat rekening moet gehouden worden met de beperking van artikel 1341 van het burgerlijk wetboek (4), en met het vereiste dat slechts bewijs kan geleverd worden van feiten, die ter zake dienend, afdoend en toelaatbaar zijn (5). Eens te meer moet nochtans onderstreept worden dat het geschil betrekking heeft op het bewaren van bewijsmateriaal, dat dreigt verloren te gaan; over het gebruik van dit materiaal zal in een later geding geoordeeld worden, daar de feitenrechter die over het geschil ten gronde moet oordelen toch niet gebonden is door de uitspraak in kort geding en dus niet verplicht is het bewaarde bewijsmateriaal te aanvaarden. Wanneer men trouwens aan een beslissing van de voorzitter in kort geding een voorlopig karakter toekent, dan is het juist omdat men heeft willen vermijden dat de voorzitter zich de bevoegdheid van de rechter ten gronde zou toeëigenen.

27. Hier moet wel niet in herinnering gebracht worden dat ook de voorzitter van de rechtbank van koophandel, in kort geding, bevelschriften kan verlenen strekkende tot het verzamelen van bewijsmateriaal. Dit zal zich voordoen in geschillen met een handelskarakter, zoals bijv. het expertiseren van verkochte goederen, het onderzoek van bouwwerken in geschillen met een aannemer, ...

(1) Nov., *Procédure civile*, I, nr. 568 en 1223 en volg.; — zie boven, nr. 16.

(2) Nov., o.c., nr. 585 en volg.

(3) BRAAS, o.c., dl. I, nr. 603, blz. 312-313; — Anders : Nov., o.c., nr. 588.

(4) Zo een getuigenverhoor wordt aangevraagd, zal rekening moeten gehouden worden met de reglementering van de bewijsmiddelen zowel ten aanzien van de aard als van de hoegrootheid van het geschil : Ch. V. R., noot onder Brussel, 24 december 1946, *J.T.*, 1947, 181.

(5) Zie aldus : BRUNTZ, Ch., o.c. blz. 34 en volg.

28. Zoals gezegd, kan ook op *verzoekschrift* aan de voorzitter gevraagd worden bepaalde onderzoeksmaatregelen te bevelen (zie boven, nr 17).

29. Ook de *vrede rechter* kan in dringende gevallen tot het bevelen van onderzoeksmaatregelen overgaan. Hij zal dit o.m. doen in huurgeschillen (1). Terzake bestaat trouwens eveneens nog de mogelijkheid om op grond van artikel 6 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering aan de vrede rechter verkorting van termijn te vragen teneinde op een bepaalde dag en uur te mogen dagvaarden.

30. Of men buiten de aangeduide procesmogelijkheden ook nog op een andere wijze de eis tot het bevelen van onderzoeksmaatregelen kan aanhangig maken, blijft een delicaat probleem. Meer bepaald kan men zich afvragen of ook de rechtbank van eerste aanleg en de rechtbank van koophandel op een dergelijk verzoek mogen ingaan.

Het kan immers gebeuren dat, buiten elk gevaar voor verlies van bewijsmateriaal om, andere voordelen aan de *actio ad futurum* verbonden zijn. Enkele hiervan werden zeer goed in het licht gesteld in de memorie van toelichting bij de tekst, die later de Nederlandse wet van 18 juli 1951 zou worden en die de artikelen 876 en volgende van het Nederlands wetboek van burgerlijke rechtsvordering wijzigde : „Ten einde op een onjuiste grondslag gebaseerde procedures en onnodige debatten — en daarmee vertraging van het geding — te vermijden, is het wenselijk partijen in staat te stellen voor de aanvang van het geding door voorlopige getuigenverhoren de feitelijke grondslag van het geschil te doen vaststellen : dat biedt, behalve de vermindering van onnodige vertraging, het voordeel dat opheldering omtrent de feiten allicht partijen tot een juistere waardering van hun proceskansen en daardoor gemakkelijker tot schikking zal leiden. Bovendien kan men geredelijk aannemen, dat verklaringen, die spoedig na het plaatsvinden der betwiste feiten worden afgelegd, groter betrouwbaarheid bezitten dan verklaringen die vele maanden en wellicht jaren na dato ten processe worden genotuleerd”.

Er bestaan geen eigenlijke principiële bezwaren tegen een *actio ad futurum*, die bij de rechtbank van eerste aanleg of bij de rechtbank van koophandel zou worden ingeleid. De grote moeilijkheid zal er evenwel in bestaan nauwkeurig aan te tonen welk actueel belang een dergelijke vordering rechtvaardigt; zo er geen direct gevaar voor verlies van bewijsmateriaal aanwezig is, zal het inderdaad zeer lastig zijn het vereiste belang aan te wijzen.

Daar het belang dus hoofdzakelijk gelegen is in de bedreiging bewijselementen te zien verloren gaan en daar men desbetreffend over talrijke mogelijkheden beschikt (zie boven, nr 26 en volg.),

(1) Zie bijv. Vred. St. Joost ten Node, 26 december 1956, T. Vred., 1957, 291.

is het praktisch nut van de vraag naar de ontvankelijkheid der *actio ad futurum* voor de rechtbank van eerste aanleg en voor de rechtbank van koophandel, eerder gering.

31. Uit al het voorgaande kan men afleiden dat van het traditioneel verbod van preventieve onderzoeksmaatregelen zeer weinig overblijft. Het weinige verzet dat nog bestaat, zou best worden uitgeschakeld.

Het laat geen twijfel dat, ondanks het ontbreken van een uitdrukkelijke regeling terzake, naar huidig Belgisch positief recht de vordering strekkende tot het verzamelen van bewijsmateriaal toelaatbaar moet worden geacht.

SOMMAIRE

Il y a un délai pour agir. Avant que ce délai ne commence, il est trop tôt, passé ce délai il est trop tard. Dans le premier cas se pose le problème des actions préventives, parmi lesquelles on peut citer, entre autres, les actions déclaratoires et les actions qui tendent à prévenir des dangers d'ordre patrimonial ou processuel.

Dans certaines circonstances, il peut être très important de faire ordonner immédiatement des mesures d'instruction à futur, comme par exemple une enquête, une expertise, une descente sur les lieux, une autopsie, afin de rassembler les preuves nécessaires, en vue d'un litige éventuel. Peut-on considérer une telle *actio ad futurum* comme admissible?

Après un examen détaillé des thèses en présence, l'auteur arrive à la conclusion que, bien qu'en Belgique — contrairement à d'autres pays comme les Pays-Bas et l'Allemagne — aucun texte de loi n'admette expressément une telle action, la recevabilité de l'*actio ad futurum* qui a pour but d'empêcher le dépérissement des preuves, doit être admise en droit positif belge.

ZUSAMMENFASSUNG

Gesetzlich ist ein Zeitraum bestimmt worden innerhalb dessen eine Klage rechtmäßig erfolgen kann. Man kann also entweder zu früh oder zu spät klagen. Im fall einer vorzeitigen Klage erheben sich die Probleme der vorsorglichen Klage, wobei u.a. erwähnt werden können: die Feststellungsklage und Klagen um Gefahren patrimonialer oder prozessualer Art vor zu beugen.

Es kann in bestimmten Fällen sehr wichtig sein, unmittelbar die Beweisaufnahmen verordnen zu lassen, wie z.B. eine Einnahme des Augenscheins, eine Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen, eine Leichenöffnung, damit mit Rücksicht auf eventuelle zukünftige Streitigkeiten die erforderlichen Beweismittel gesammelt werden. Ist solche *actio ad futurum* (Beweissicherung) zulässig?

Der Verfasser prüft ausführlich die Auffassungen und Beweisgründe von Verfechtern und Gegnern. Er zieht den Schluß, daß die Zulässigkeit der *actio ad futurum* zur Erhaltung der Beweismittel, nach dem belgischen, positiven

Recht, akzeptiert werden soll, obwohl diese Art der Klage, im Gegensatz zu Deutschland und den Niederlanden, in Belgien in keinem Gesetzesartikel nachdrücklich erwähnt wird.

SUMMARY

There is a definite time fixed to go to law; one may bring a suit early or late. In the case of earliness, the problem of preventive actions claims our attention; among these, one might mention the declaratory actions and the actions which aim at preventing patrimonial or procedural dangers.

In certain circumstances, it may be of the greatest importance to have investigations immediately ordained, e.g. the hearing of a witness, an official appraisal, a visit to the *locus in quo*, an autopsy, in order to collect the evidence necessary, with a view to an eventual future suit. Can such an *actio ad futurum* be considered allowable?

After a detailed inquiry of the opinions and arguments of both sides, the author concludes that, although in Belgium — contrary to other countries such as the Netherlands and Germany — no actual provision of law admits this action, the receivableness of the *actio ad futurum* in matters of evidence, must be accepted in Belgian substantive law.