

HET KORT GEDING

RECENTE TRENDS

door

I. VEROUGSTRAETE

Rechter in de Rechtbank van Koophandel te Brussel

I. INLEIDING. DE ONTWIKKELING VAN HET KORT GEDING

1. Naar heersende opvatting is de voorvader van het kort geding het Frans *édit* van 22 januari 1685 naar hetwelk de '*lieutenant civil*' bevoegdheden toegewezen kreeg die niet fundamenteel verschillen van deze toegewezen aan de voorzitter in kort geding van het Ger. W. (1).

Een of andere vorm van *processus summarius* bestond wel reeds voor bepaalde vorderingen eeuwen terug, ook in het Romeins recht (2). In het oud Frans recht was de '*clameur de haro*' in Normandië een vorm van kort geding (3).

In het oud-Belgisch recht waren er eveneens vorderingen die aardig geleken op het huidige kort geding (4).

2. De systematisering van het kort geding en de doorbraak ervan werden voltooid in het Frans wetboek van procesrecht. Artikel 806 en 809 gaven aan de rechter in kort geding bevoegdheid om in urgente gevallen te beslissen en in niet urgente gevallen de zaak te verzenden naar de gewone rechter (5). Reeds in het oud Frans wetboek werd vermeld dat „*les ordonnances sur référé ne feront aucun préjudice au principal*” (art. 809). Meijers heeft op overtuigende wijze gedemonstreerd dat de auteurs van de wet hiermede bedoelden dat de appreciatievrijheid van de gewone

(1) „Les parties comparaitront le jour même dans son hôtel pour y être entendues et être par lui ordonné par provision ce qu'il estimera juste.” Zie over de historische oorsprong van het kort geding: FETTWEIS, A., *Précis*, II, nr. 458; BRAAS, t. I, 597-603; *Pand. Belges*, Tw. *Référé*; CURET, A., *La juridiction des référés*, (Parijs 1907); GARSSONNET en CEZAR-BRU, VIII, 183; MEIJERS, *Het kort geding, passim*, Zwolle, 1967; MOREAU, A., *De la juridiction des référés*, 1.

(2) Zie o.m.: D.25.3.5.9.

(3) CURET, *a.w.*, 4.

(4) DE GHEWIET, *Institutions du droit belge*, II, 112, 170.

(5) Wat dit laatste betreft zegt REAL:

Renvoyant à l'audience les contestations qui ne seraient portées en l'hôtel que par une indiscrete et avide précipitation, il n'hésitera point à prononcer sur celles auxquelles le moindre retard, ne fût-il que de quelques heures, peut porter un préjudice irréparable' (LOCKRE, t.X, 202).

rechter (later of simultaan geadieerd door een der partijen) niet beknot werd door de beschikking in kortgeding geweest. Het volstond om de bevoegdheid van de rechter in kort geding te verrechtvaardigen dat het geschil van partijen een impasse veroorzaakte die zo dringend een voorziening vorderde dat een beroep op de gewone rechter niet kon worden afgewacht (6).

Deze logische en eenvoudige structuur werd vrij vlug afgetakeld in de negentiende eeuw toen de rechtspraak en rechtsleer de woorden '*ne porte pas préjudice au principal*' gingen uitleggen niet meer als een regel nopens het gezag van de beschikking in kort geding doch als een bevoegdheidsvereiste van de rechter in kort geding. De rechter in kort geding mocht geen uitspraak doen over de grond van de zaak ook niet voorlopig. Van deze beperkende uitlegging wordt in de meer recente beslissingen van voorzitters meer en meer afgeweken.

3. Een opmerking vooraf.

Deze noot behandelt uitsluitend het eigenlijk kort geding. De bijzondere rechtsplegingen voor de respectieve voorzitters worden niet behandeld. Verder wordt gepoogd alleen recente rechtspraak aan te halen om te wijzen op duidelijke accentverschuivingen in de rechtspraak van de laatste jaren.

II. DE FUNDAMENTELE VEREISTEN VAN HET KORT GEDING: ONVERWIJLDE SPOED EN VOORZIENING BIJ VOORRAAD

A. Spoed

4. Artikel 584 Ger.W. bepaalt dat de voorzitters van de rechtbanken uitspraak doen bij voorraad in alle gevallen die zij spoedeisend achten. Spoed is de essentiële vereiste om een beschikking in kort geding te kunnen toestaan. Artikel 9 Ger.W. vermeldt uitdrukkelijk dat het hier om een bevoegdheidsvereiste gaat.

Een oppervlakkige transponering van de bevoegdheidsregels op het kort geding zou kunnen leiden tot twee verkeerde gevolgtrekkingen.

Vooreerst zou het volstaan om de bevoegdheid van de president te staven dat spoed wordt ingeroepen door de eiser: de voorzitter zou de vordering als ongegrond afwijzen indien er *de facto* geen hoogdringendheid zou zijn. Vervolgens zou het volstaan dat de zaak spoedeisend zou zijn bij de inleiding ervan.

(6) MEIJERS, *t.a.p.*, 27.

Terecht worden deze stellingen thans door een meerderheid rechters verworpen.

De rechtsmacht wordt weliswaar bepaald door het spoedeisend karakter van de vordering (art. 9 Ger.W.) doch dit bevoegdheidsvereiste moet anders geapprecieerd worden dan de klassieke bevoegdheidsvereisten (onderwerp van de zaak, hoedanigheid van partijen)(7).

De geest zelf van de instelling verplicht de voorzitter de vereiste spoed te onderzoeken op het ogenblik dat hij de zaak behandelt (8): hij mag slechts ageren wanneer dit effectief nuttig is voor partijen en niet om een der partijen een psychologisch of juridisch voordeel met betrekking tot een latere procedure ten gronde te geven.

Het is slechts wanneer de rechter in kort geding de zaak nog spoedeisend acht dat hij rechtsmacht heeft. Conform het historisch model van de Franse wetgever en met de mogelijkheden geboden door het gerechtelijk wetboek zal hij de zaken die hij niet spoedeisend acht verwijzen naar de bevoegde rechter, dit is naar een gewone kamer van zijn rechtbank.

Gewoon afwijzen omdat de zaak niet spoedeisend is volstaat dus niet alhoewel dit nog veel wordt gedaan (9), ook waar de gevraagde maatregel niet behoort tot de typische voorlopige bevoegdheid van de voorzitter.

5. De rechter moet ambtshalve zijn bevoegdheid onderzoeken (10). Hij is verplicht in de gevallen waar niet vermoed wordt — wettelijk — dat de zaak spoedeisend is zijn beslissing over de spoed te motiveren.

6. De vereiste spoed werd zeer beperkend omschreven in de voorbereidende werken van de wet van 25 maart 1876. Volgens het rapport Thonissen (zitting 13 maart 1873): „*la procédure de référé n'a été introduite que pour les cas rares et exceptionnels, où le moindre retard pourrait avoir pour conséquence une perte irréparable*”.

Aldus werd een band gelegd tussen spoed en schade van verzoeker.

De wet zelf geeft echter geen verdere definitie van hetgeen spoedeisend is doch laat de rechter toe soeverein te appreciëren wat spoed vergt en wat

(7) De Franse rechtsleer en rechtspraak die hier wel contaminerend werken beschouwen dat het spoedeisend karakter van de zaak zowel een vraag is van bevoegdheid als van gegrondheid (J.Cl.Proc.v^o Référé, n^o 8).

(8) Brussel, 17 april 1883, *Pas.*, 1883, II, 268; Luik, 22 nov. 1913, *Pas.*, 1914, II, 16; Brussel, 10 jan. 1970, *J.T.*, 1970, 360, *Pas.*, 1970, II, 78; Bergen, 21 jan. 1976, *Pas.*, 1976, II, 199; Cass., 4 nov. 1976, *Pas.*, 1977, I, 260; SEIGNOLLE, J., *De l'évolution de la juridiction des référés*, *J.C.P.*, 1954, I, 1205; Kroniek GUTT en STRANART, *R.Crit.J.B.*, 1973, 188-189; ROUARD, d.II, blz. 765. Deze regel geldt ook voor de rechter in beroep (cfr. Cass., 4 nov. 1976, *ibidem*).

(9) Zie *infra*, nr. 21.

(10) ROUARD, *t.a.p.* 765; Brussel, 24 dec. 1959, *J.T.*, 1960, 195.

niet. Het gerechtelijk wetboek veranderde niets aan deze toestand(11). Opmerkelijk is wel de aanwijzing gegeven door commissaris Van Reep- inghen dat men niet al te stipt moet zijn bij het hanteren van dit begrip.

7. Positief omschrijven wanneer een zaak zo spoedeisend is dat zij in kort geding mag behandeld worden is een zware opdracht. De normale rechts- weg is naar het gevoelen van de rechtszoekende altijd te lang en in de meerderheid van de gevallen zouden de rechterlijke beslissingen een nuttiger effect hebben indien zij vlugger zouden worden gewezen. Van- daar de begrijpelijke tendens een voorlopige doch in feite onomkeerbare rechtstoestand via het kort geding tot stand te brengen. De rechter benadert hier de bevoegdheid te vonnissen indien hij dat opportuun acht; niets is makkelijker te motiveren dan spoed of gebrek aan spoed. De psychologi- sche gesteldheid van de rechter en vooral de tradities in bepaalde recht- banken van actieve tussenkomst leiden ertoe dat bepaalde rechters steeds vinden dat de zaak spoedeisend is behalve in krasse gevallen. Achter het theoretisch scherm van de spoed schuilt in feite een beleidsbeslissing.

Dergelijke beleidsbeslissing wordt daarbij nog beïnvloed door het feit dat de rechter in ons procesrecht praktisch geen toezicht kan uitoefenen over de wijze waarop het onderzoek ten gronde door partijen wordt gedaan: waar hij dit niet ambtshalve kan doen zal hij vaak bereid worden gevonden in te gaan op een verzoek de toestand van partijen te regelen tijdens de instructie van de zaak.

8. Na deze nodige *caveat* over het formalistische van de spoedvereiste kan nu ingegaan worden op enkele klassieke motiveringen in verband met spoed.

Het is onvoldoende te stellen dat een rechtspleging snel moet verlopen om een beslissing in kort geding te bekomen (12). Dit leidde er meermalen toe dat de aanstelling van een deskundige werd geweigerd in kort geding omdat de gewone kamers (en vooral de inleidingskamer) van de rechtbank dit nagenoeg even snel konden doen als de voorzitter in kort geding (13).

De vergelijking met de duur van de gewone rechtspleging speelt een belangrijke rol. Iedere rechter in kort geding kan uit ervaring schatten hoeveel tijd een rechtspleging ten gronde vermoedelijk zal duren, gelet op de complexiteit van de zaak, de ijver van de raadsliden en de snelheid van

(11) Vgl. Voorz. Kh. Brussel, 20 okt. 1970, *B.R.H.*, 1970, 469 (noot).

(12) Kh. Brussel, 10 juni 1971, *B.R.H.*, 1971, 355; ook Brussel, 28 maart 1978, *J.T.*, 1978, 635.

(13) Gent, 24 aug. 1895, *Pas.*, 1896, II, 193; zie ook Voorz. Kh. Brussel, 8 november 1977, *B.R.H.*, 1978, 29 ad 33.

zijn rechtbank. Waar een maatregel praktisch even snel kan gevraagd worden volgens de gewone rechtspleging of waar een beslissing ten gronde op relatief korte termijn kan verwacht worden zal de weerstand groeien tegen een beschikking in kort geding (14).

9. In navolging van de richtlijnen gegeven door de wetgever leggen de meeste rechters in kort geding een band tussen spoed en nadeel bij het uitblijven van een beslissing in kort geding.

Als voldoende wordt ervaren dat de vordering ertoe strekt te beletten dat de schade zou *toenemen* tijdens het hoofdgeding (15). Dit is de gebruikelijke ratio bij merkinbreuken die constant in België door de rechters in kort geding worden beteugeld (16): indien niet *ab ovo* wordt ingegrepen vooral bij namaak wordt de schade veelal onherstelbaar.

De schade die door eiser wordt geleden indien hij de gewone rechtsweg moet bewandelen of indien hij niet voorlopig in een bepaalde rechtspositie wordt geplaatst is volledig determinerend in de gepubliceerde rechtspraak. In praktijk wordt nooit gevraagd dat de schade onherstelbaar zou zijn: wel wordt gevraagd dat de schade reëel en beduidend zou zijn.

Exemplatief kan volgende rechtspraak aangehaald worden.

— Voor vennootschapsrecht:

Voorz. Kh. Brussel, 14 aug. 1975, *B.R.H.*, 1975, 535

Voorz. Kh. Brussel, 31 dec. 1976, *B.R.H.*, 1977, 645 (verkoop activa door een meerderheidsaandeelhouder).

Voorz. Kh. Brussel, 8 nov. 1977, *B.R.H.*, 1978, I, 29

— Voor de uitvoering van een overeenkomst:

Voorz. Kh. Oudenaarde, 30 nov. 1978, *B.R.H.*, 1979, 81 (revindicatie van een geleasd voertuig)

Voorz. Kh. Brussel, 10 juni 1971, *B.R.H.*, 1971, 355 (deskundig onderzoek in bouwovereenkomst) (17)

Voorz. Kh. Brussel, 30 sept. 1975, *J.T.*, 1975, 97 (veroordeling tot betaling van een maandelijks vergoeding overeengekomen na bouwschade)

(14) Hof Amsterdam, 7 juni 1939, *B.I.E.*, 1939, 112; Pr. Leeuwarden, 16 september 1937, *N.J.*, 1939, 81; Pr. Groningen, 27 aug. 1938, *N.J.*, 1938, 839; Braas, *t.a.p.*, I, 589; zie ook noot 12.

(15) Hof Leeuwarden, 8 november 1939, *N.J.*, 1940, 674; 's Gravenhage, 31 oktober 1950, *N.J.*, 1941, 100.

(16) Voorz. Kh. Brussel, 26 sept. 1975 (Jij en You), *Ing.Cons.* 1975, 254; Voorz. Kh. Brussel, 29 april 1975 (Playboy), *Ing.Cons.*, 1975, 247; Voorz. Kh. Brussel, 29 jan. 1976, *B.R.H.*, 1976, 358; Voorz. Kh. Brussel, 30 maart 1979 (witte produkten), *Ing.Cons.*, 1979, 162.

(17) In dit geval beschouwt de beschikking nog, naar oude rechtspraak dat spoed een grondvereiste is en wordt de zaak niet verwezen naar de bevoegde rechter.

Brussel, 6 juni 1973, *J.T.*, 1973, 498

Voorz. Kh. Brussel, 30 juli 1979, *B.R.H.*, 1979, 542

— Voor intellectuele eigendom:

Voorz. Kh. Kortrijk, 9 juli 1970; Voorz. Kh. Gent, 15 dec. 1970, *B.R.H.*, 1971, 326 (fabrieksgeheimen)

— Voor publicatie van protesten:

Voorz. Kh. Brussel, 7 april 1977, *B.R.H.*, 1977, 435

Voorz. Rb. Brussel, 29 april 1976, *J.T.*, 1977, 154-155 (zie vooral de noot onder deze beschikking van J.M. Nelissen).

Voorz. Kh. Antwerpen, 10 mei 1979, *B.R.H.*, 1979, 552

— Voor de miskenning van erfdiensbaarheden

Voorz. Rb. Brussel 26 jan. 1978, *J.T.*, 1978, 367 (weliswaar hervormd door Brussel, 28 maart 1978, *J.T.*, 1978, 365).

— Voor de uitwijzing van huurders

Cass. fr., 11 maart 1952.

De te voorkomen schade moet niet *per se* actueel zijn doch kan ook het vermoedelijk gevolg zijn van een voorspelbare toekomstige gebeurtenis (bv. sluiting van onderneming, dreiging van faillissement) gepaard met het uitblijven van een beschikking (18).

10. Het nadeel voor eiser bij het uitblijven van een voorziening in kort geding impliceert wellicht dat er spoed vereist is. Maar dit nadeel zal niet determinerend zijn indien de gevorderde maatregel nadeel toebrengt aan verweerder (19). De schade moet onderzocht worden zowel uit het oogpunt van eiser als uit dat van verweerder: een gepast afwegen van belangen zal hier het antwoord opleveren (20). Waar gedaagde echter zelf patent onrechtmatig handelde moet zijn schade niet worden in acht genomen.

(18) Cfr. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, blz. 233 tot 250.

(19) Voorz. Kh. Brussel, 7 april 1977, *B.R.H.*, 1977, 453; Voorz. Kh. Brussel, 31 dec. 1976, *B.R.H.*, 1977, 645.

(20) H.R., 8 febr. 1946, *N.J.*, 1946, 166.

„dat echter de omstandigheid dat de gevolgen van een in kort geding bevolen maatregel in feite niet meer herstelbaar zullen zijn en slechts de mogelijkheid van schadevergoeding overblijft, geen beletsel vormt voor de rechter in kort geding om zodanige maatregel te treffen indien het spoedeisend karakter aanwezig is en de gevraagde voorziening door een billijke afweging van belangen verrechtvaardigd wordt”

Zie ook Brussel, 6 juni 1973, *J.T.*, 1973, 498: „La mesure ordonnée par le premier juge est sans doute de nature à causer préjudice à l'une des parties; qu'en lui enjoignant au provisoire de ne pas s'installer en concurrente des intéressés, il n'est pas douteux qu'elle sera touchée en ses activités; qu'il apparaît toutefois que ce préjudice ne serait pas disproportionné à celui que rencontreraient ces dernières si leur demande était rejetée”.

11. Gevallen waar spoed evident is zijn gevallen waar een zinnige maatregel slechts in kort geding kan bevolen worden. Wanneer bijvoorbeeld enkele dagen op voorhand verbod wordt gevraagd een in de tijd zeer beperkte activiteit te houden (bv. een tentoonstelling) kan slechts in kort geding nuttig worden gedagvaard of desnoods in staking op grond van de wet van 14 juli 1971, gelet op het feit dat deze laatste vordering kan ingeleid worden op de wijze van het kort geding (21).

12. De rechtspraak denkt nogal verscheiden omtrent de waarde van het feit dat de eiser zelf geen spoed betracht heeft, hetzij met het aanhangig maken van het kort geding hetzij met de voortzetting van de rechtspleging. De meest gangbare opinie is dat de rechter een maatregel niet als spoedeisend mag beschouwen indien de partij zelf treuzelt zonder gegronnd motief met het instellen of voortzetten van de vordering (22).

Uit de gepubliceerde rechtspraak kan wel afgeleid worden dat de voorzitters geen al te grote moeilijkheden ondervinden om overtuigd te worden dat er wel gegronde motieven waren om de vordering laat in te stellen (minnelijke onderhandelingen, welwillendheid jegens de verweerder, moeilijkheid van inzamelen van bewijsmateriaal, en dgl.).

De houding van eiser zou in elk geval maar een soort vermoeden *iuris tantum* mogen scheppen dat er geen spoed vereist is. De essentiële vraag is of er objectief gezien al dan niet spoed vereist is op het ogenblik dat de rechter de zaak behandelt.

13. De wet vermoedt *iuris et de iure* in bepaalde gevallen dat er spoed vereist is in de behandeling van de zaak. Noch eiser noch rechter hoeven in deze gevallen te verwijzen naar de vereiste spoed (23).

Aldus kunnen vermeld worden:

- de aflevering van uitgiften of kopieën van akten (1372 Ger.W.; 1376 Ger.W.)
- Voorlopige maatregelen bij echtscheiding of scheiding van tafel en bed (1280 en 1306 Ger.W.).
- maatregelen bij begrafenissen (587, 1^o Ger.W.).
- aanvragen op grond van artikel 68W 29 maart 1962 (587, 2^o Ger.W.).
- vorderingen op grond van artikel 18 4 § W 1 juli 1956.

(21) Het inleiden van vorderingen tot staking per verzoekschrift, *B.R.H.*, 1979, 139.

(22) Rb. Bergen, 21 jan. 1976, *Pas.*, 1976 III, 199-201. Voorz. Rb. Brussel, 6 febr. 1976, *R.W.*, 1976-1977, 684; Voorz. Kh. Brussel, 9 maart 1976, *B.R.H.*, 1976, 252; Voorz. Kh. Brussel, 20 okt. 1977, *B.R.H.*, 1978, 24; Voorz. Kh. Brussel, 8 nov. 1977, *B.R.H.*, 1978, 28; Voorz. Rb. Hoei, zie nov. 1977, *J.T.*, 1978, 207.

(23) Brussel, 24 dec. 1959, *J.T.*, 1960, 195 (noot LERMUSIAUX).

Bij dit lijstje moet de vordering tot staking ingeleid op grond van artikel 55 WHP NIET gevoegd worden. De rechtspleging voor de voorzitter is een gewone rechtspleging ten gronde die weliswaar wordt ingeleid (de wet zegt niet: en behandeld) zoals een kort geding maar die niets te maken heeft met de spoedprocedure van het kort geding.

De mening kan overigens verdedigd worden dat zelfs de vier zoëven geciteerde bevoegdheden materies zijn die vreemd zijn aan het eigenlijk kort geding doch alleen de uiterlijke vorm ervan aannemen(24).

B. De voorziening bij voorraad

1^o Kenschetsing van de voorziening bij voorraad in het algemeen.

14. De voorzitter doet uitspraak bij voorraad (art. 854 Ger.W.); de beschikking brengt geen nadeel aan de zaak zelf (art. 1035 Ger.W.).

Reeds in de vorige eeuw werden uiteenlopende interpretaties gegeven aan deze begrippen. Ietwat caricaturaal geschetst kan men drie uitleggingen geven aan deze begrippen:

- a. de rechter in kort geding mag op geen enkele wijze de belangen van partijen schaden en moet ervoor zorgen dat zijn maatregelen geen definitieve aard hebben.
- b. de rechter in kort geding mag de grond van de zaak niet raken en mag geen „voor-oordeel” geven van hetgeen de rechter ten gronde zal beslissen(25).
- c. de beslissing van de rechter in kort geding heeft geen gezag op de beslissing ten gronde.

De derde stelling leidt tot een toekennen van ruime bevoegdheden aan de president. De regel wordt niet meer gelezen als een bevoegdheidsvereiste doch als een loutere beperking van de efficaciteit van de beschikking in kort geding. De eerste en tweede stelling integendeel beschouwen de regel als een bevoegdheidsvereiste en werken eerder beperkend op de ont-plooiing van het kort geding.

15. De eerste stelling is thans vrijwel algemeen verlaten zelfs in Frankrijk sedert het Frans cassatiearrest van 17 februari 1874 (*D.*1874.I.445, rapp. Gouget).

(24) Aldus POUPART, *a.w.*, blz. 323, noot 16 voor het geval voorzien in art. 587, 1^o Ger.W.

(25) POUPART in *Les voies de fait et la juridiction des référés*, *Ann. Dr.*, 1974, blz. 323 wijst erop dat „préjudicier”, de term gebruikt in art. 1035 Ger.W., moet begrepen worden als „préjurer”.

Dergelijke beperking aan de bevoegdheid van de rechter in kort geding was te drastisch en kon het kort geding in feite lam leggen. Er was overigens geen enkel historisch element dat deze stelling kon adstrueren (26).

Dit belet natuurlijk niet dat de rechter in kort geding er moet naar streven maatregelen op te leggen die zo goed als mogelijk de kansen van partijen gaaf laten tot een eventuele uitspraak ten gronde (27). Van meer belang is echter dat de voorlopige toestand beantwoordt aan een juiste rechtstoestand. De nadelen die beide partijen ondervinden of kunnen ondervinden zijn materie voor doelmatigheidsoverwegingen doch geen beperking voor de bevoegdheid van de rechter in kort geding.

16. De tweede stelling wordt vrijwel algemeen beschouwd als het geldend Belgisch recht (28). Naar deze opvatting kan alleen de rechter ten gronde kennis nemen van de grond van de zaak en is correlatief de rechter in kort geding hiervoor onbevoegd; verder hebben de beslissingen van de rechter in kort geding geen effect op het bodemgeschil (29).

Over dit laatste wordt hierna sub. 38 nog uitgewijd. Het eerste deel van de stelling (de beperking van de bevoegdheid van de rechter in kort geding) stelt de meest acute problemen.

17. Bepaalde rechtspraak heeft deze bevoegdheidsbeperking gevoelig afgezwakt of in elk geval gepreciseerd. Meijers — wiens opvattingen determinerend waren voor een deel van deze evolutie in het Belgisch recht — citeert in dit verband goedkeurend Caroli volgens dewelke men aan een voorziening bij voorraad geen andere eis mag stellen dan deze negatieve dat de voorzitter zich in zijn dictum moet onthouden van een beslissing over de rechtspositie der partijen (30). Naar zijn stelling moet de regel als volgt begrepen worden dat zij geen beperking stelt aan de bevoegdheid

(26) Naar het rapport VAN REEPINGHEN in zijn originele versie; 'L'essentiel-le texte proposé y pourvoit — est que le juge des référés puisse prendre des mesures urgentes, apparemment opportunes, même si elles créent une situation irréversible, dès lors que le juge du fond ne sera pas lié par les formes et les suites de l'ordonnance (blz. 218). In dezelfde zin: Gent, 30 juni 1962, *R.W.*, 1962-1963, 1352 bv. Rb. Oudenaarde, 1 maart 1962; Voorz. Rb. Brussel, 17 januari 1961, *J.T.*, 1962, 586.

(27) Zie voor een dergelijke redenering: Voorz. Kh. Brussel, 9 juni 1978, *B.R.H.*, 1978, 365.

(28) Rapp. VAN REEPINGHEN, blz. 218; FETTWEIS, d.II, 265.

(29) Cass., 5 jan. 1922, *Pas.*, I, 122; Brussel, 25 febr. 1963, *Pas.*, II, 221; zie ook Cass., 13 jan. 1972, *Pas.*, 1972, I, 472 (impliciet). Een nogal losjes geformuleerd arrest van 15 november 1923 (*Pas.*, 1923, I, 22) zegt dat „le juge des référés ne peut rendre, même provisoirement, des décisions sur le principal, c.à.d. déclarer les prétentions (bedoeld wordt: les prétentions) des parties bien ou mal fondées”.

(30) MEIJERS, *t.a.p.* 37. MEIJERS opvattingen worden vrij algemeen door de presidenten van koop-handel gevolgd die in de regel in art. 1035 Ger.W. vervat, minder een bevoegdheidsbeperking lezen dan wel een bevestiging van een beperking van het gezag van hun beslissingen.

van de rechter in kort geding doch slechts te kennen geeft dat de rechter die het rechtsgeschil ten gronde berecht in geen enkel opzicht gehouden is door hetgeen de rechter in kort geding heeft beslist: om de bevoegdheid van de gewone rechter niet volledig uit te hollen zou de president vorderingen die strekken tot een *declaratoir van rechten of vorderingen die strekken om een verandering in de rechtspositie* van partijen te bewerkstelligen in beginsel niet toekennen(31).

De praktische gevolgen van de klassieke opvatting en deze van Meijers liggen niet zover uiteen: alleen is de formulering van Meijers iets nauwkeuriger en soepeler.

Ook wie de stelling van Meijers volgt zal zich onbevoegd verklaren wanneer hem gevraagd wordt te *verklaren* dat een handeling van eiser rechtmatig is, dat een handeling van verweerder onrechtmatig is(32) dat goederen tot een boedel behoren(33), dat een handeling nietig is of dat een overeenkomst nietig is. De verklaring hoe een rechtspositie is, is overigens nooit spoedeisend. De rechter zou echter wel bevoegd zijn indien de eiser een bevel vraagt en dit met een beroep op een door hem beweerd recht motiveert(34).

Dit kan met een voorbeeld verduidelijkt worden. De rechter in kort geding zou onbevoegd zijn om een verweerder te veroordelen tot betaling van een bepaalde schadevergoeding wegens onrechtmatige daad. Wel zou hij mogen gedaagde veroordelen tot betaling van een provisioneel bedrag in urgente gevallen indien de een of andere wijze zou vaststaan dat schadevergoeding verschuldigd is(35). Verder mag de rechter ook schadevergoeding toekennen indien deze schadevergoeding betrekking heeft niet op het hoofdgeschil maar wel op voorziening bij voorraad: de rechter in kort geding mag verweerder veroordelen tot het bedrag van de vermoedelijke schadevergoeding die zal verschuldigd zijn indien zijn beschikking niet wordt nageleefd(36). Hier gaat het wel om een *declaratoir van rechten* maar dat betrekking heeft op een incident tegenover de hoofdvordering en de rechter in kort geding moet over dergelijke incidenten kunnen beslissen.

(31) Zie bv. laatst: Voorz. Kh. Oudenaarde, 30 nov. 1978, *B.R.H.*, 1979, 81.

(32) Aldus: Voorz. Rb. Dinant, 4 dec. 1946, *J.Liège*, 1946-47, 258, Voorz. Arbrb., Namen, 11 febr. 1976, *T.S.R.*, 1976 303 (over de bezetting van lokalen door werknemers).

(33) Liège, 21 nov. 1930, *J.Liège*, 1931, 9.

(34) Cfr. Brussel, 30 juni 1975, *J.T.*, 1975, 534.

(35) Bv. indien er reeds een strafvonnis bestaat of geen redelijke twijfel bestaat nopens de schuld. Vgl. Voorz. Kh. Brussel, 30 september 1975, *J.T.*, 1976, 87 en Luik, 13 maart 1954, *Pas.*, 1955, II, 121.

(36) Voorz. Kh. Brussel, 20 maart 1979, *B.R.H.*, 1979, 333.

Het tweede voorbehoud dat gemaakt werd betrof de verplichting voor de president geen definitieve verandering in de rechtspositie van partijen te bewerkstelligen. Een vonnis dat een rechtspositie wijzigt kan aan de eiser een recht toekennen, aan gedaagde een verplichting opleggen die vóór het vonnis niet bestond, een rechtsbetrekking scheppen, opheffen of in haar werking schorsen.

Dat de voorzitter onbevoegd is telkens hem een *definitieve* wijziging gevraagd wordt (bv. ontbinding huwelijk, faillietverklaring, nietigverklaring merk, verklaring van vermoedelijk overlijden) lijdt geen twijfel. Kort geding is voorlopig van aard en hier mag de grens niet overschreden worden.

Dit belet echter niet dat de rechter in kort geding *schorsende maatregelen* zal uit spreken: bijvoorbeeld een uitvoering van een arbeidsovereenkomst schorsen, of nog besluiten van een algemene vergadering schorsen. Schorsende maatregelen zijn de voorzieningen bij voorraad bij uitstek en zijn toegelaten ook al hebben zij een constitutieve werking.

De rechter mag ook *conservatoire maatregelen* beslissen en hierin schuilt zijn ruimste bevoegdheid.

Het deskundig onderzoek is de conservatoire maatregel bij uitstek.

Een andere frekwente toepassing is de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder voor vennootschappen. Het conservatoire karakter van dergelijke beslissing legt aan de rechter op dat hij de bevoegdheden van de voorlopige bewindvoerder nauwkeurig zou omschrijven (37). Het overdragen van de volledige bevoegdheden van het beheer van een NV aan een dergelijke bewindvoerder zou mijns inziens slechts uitzonderlijk mogen geschieden en in elk geval strict in de tijd beperkt moeten worden.

De aanstelling van een sekwester — uitdrukkelijk voorzien in artikel 584, 1^o — is eveneens een normale maatregel (38).

18. In heel wat beslissingen — en onder meer in het reeds geciteerd Cassatiearrest van 5 jan. 1922 — wordt gezegd dat de rechter zich niet mag inlaten met de grond van het recht. Deze regel is niet duidelijk en scheidt verwarring.

Zij betekent *niet* dat de rechter in kort geding de grond van de zaak niet mag onderzoeken.

(37) Voor een dergelijk voorbeeld, zie Voorz. Rb. Brussel, 27 april 1978, *B.R.H.*, 1978, 354.

(38) Zie een toepassing i.v.m. een nalatenschap: FETTWEIS, *a.w.*, II, 270; zie ook Rb. Antwerpen 14 juli 1977, *R.W.*, 1977-1978, 2017 en 2028; DELWICHE, F., *De sekwestratie van bewijsmateriaal- en gerechtelijke hinderlaag*, *R.W.*, 1977-1978, 2022; cfr. nog, Voorz. Kh. Antwerpen, 31 december 1974, *R.H.Antw.*, 1974, 452.

In de motivering van zijn beslissing mag en moet de rechter de juistheid van de aanspraken onderzoeken. Zoals uitgedrukt door de Hoge Raad: 'Overwegende dat de President... bij de beoordeling omtrent het al of niet toestaan van ene gevraagde voorziening bij voorraad een grote maat van vrijheid is toegekend zodat het niet in te zien is dat hij daarbij niet zou mogen letten op hetgeen hem aanvankelijk aannemelijk mocht voorkomen omtrent de rechtsverhouding van partijen, waarmede de noodzakelijkheid van den gevraagden maatregel menigmaal zal samenhangen, mits slechts omtrent die rechtsverhouding geen beslissing gevend, hetgeen ten deze ook niet is geschied' (39).

Het is op dat punt dat de evolutie merkbaar is de laatste jaren in de Belgische rechtspraak. Traditioneel werd aanvaard dat de rechter in kort geding de rechten en verplichtingen en titels van partijen mocht onderzoeken en zijn beslissing hierop staven indien zij niet voor ernstige betwisting vatbaar waren (40). Of deze zienswijze bijzonder rationeel en praktisch is kan wel worden betwijfeld. Wat is nu een ernstige betwisting? Het is opvallend dat heel wat presidenten na een lange ontleding van de rechten van partijen menen dat er geen ernstige betwisting was.

De thans merkbare evolutie, is dat minder wordt verwezen naar het „ernstig” karakter van de betwisting en meer wordt gekeken naar eigendomstitels, contracten, rechtmatigheid van gedrag en dgl. De rechter onderzoekt primair of er een „*fumus boni iuris*” is en poogt een bevel te geven dat in de lijn ligt van de vermoedelijke rechten van partijen. Dat hij daarbij de grond van de zaak raakt is natuurlijk onvermijdelijk. De enige grens aan zijn bevoegdheid op dit punt zal zijn dat hij de rechtspositie van partijen niet mag wijzigen.

19. Voorbeelden uit de recente rechtspraak kunnen verduidelijken wat de presidenten menen te mogen doen na een onderzoek van de wederzijdse rechten van partijen.

Hij mag *gebieden* handelingen te verrichten waartoe gedaagde volgens de wet of overeenkomst gehouden is.

(39) H.R. 18 april 1913, *N.J.*, 1913, 727 (nopens de opheffing van de versperring van een buurweg). Zie ook in dezelfde zin: Cass. fr. req., 10 april 1872, *D.*, 1873. I. 12.

(40) Aldus nog: Brussel, 12 dec. 1972, *J.T.*, 1973, 113; Rb. Luik 30 nov. 1973, *J. Liège*, 1973-1974, 164; Voorz. Rb. Brugge, 23 jan. 1962, *R.W.*, 1961-1962, 1509; Voorz. Rb. Namen, 15 sept. 1956, *J. Liège*, 1956-1957, 52; Voorz. Kh. Brussel, 30 sept. 1975, *J.T.* 1976, 97. Voortgaand op deze *ratio* konden feitelijkheden verboden worden die indruisten tegen patente rechten van de eiser (zie hierover: FERTWEIS, *a.w.*, blz. 273).

Aldus mag hij bevelen een aktiviteit of leveringen(41) te hervatten; hij mag maatregelen nemen nopens bewakingsrecht, bezoekreht en opvoeding van de kinderen(42).

De rechter in kort geding mag ook de *staking bevelen* van onrechtmatige handelingen zoals:

- een inbreuk op een merkenrecht(43) of octrooirecht
- een inbreuk op rechten op tekeningen en modellen(44) of op auteursrechten(45)
- een inbreuk op persoonlijkheidsrechten(46)
- een handeling in strijd met een bij overeenkomst door gedaagde op zich genomen verplichting(47)
- de aantasting van zakelijke rechten (eigendom of erfdiensbaarheid)(48).

Zoals reeds vermeld mag de rechter in kort geding mijns inziens verweerder veroordelen tot betalen van een provisioneel bedrag schadevergoeding indien zijn gebod of verbod niet wordt nageleefd.

Dat de rechter zo ingrijpende maatregelen slechts zal nemen indien hij overtuigd is van het goed recht van de eiser hoeft geen betoog.

20. Een nog meer extreme stelling dan deze die hierboven werd ontwikkeld is deze volgens dewelke de rechter in kort geding alles mag doen — ook declaratoire en constitutieve vorderingen toewijzen — wat de gewone rechter mag doen. Alleen kan alles wat hij doet later worden ongedaan gemaakt door de gewone rechter.

(41) Integratie van een werknemer: Cass.fr., 5 okt. 1966, *D.*, 1966, 716; zie Taquet en Goffin, *Le licenciement abusif*, *J.T.*, 1970, 391; zie ook Voorz. Rb. Antw., 17 dec. 1946, *R.W.*, 1946-1947, 849. I.v.m. de verplichting te leveren aan een concessiehouder: Cass.fr.comm. 5 juni 1972 *D.*, 1973.J.496 obs. Cabrillac; vgl. Kh. Brussel, 30 juli 1979, *B.R.H.*, 1979, 542.

(42) Zie hierover: Voorz. Rb. Brussel, 6 mei 1969, *Pas.*, 1970 III, 11; Brussel, 27 juni 1969, *Pas.*, 1969, II, 228; Voorz. Rb. Luik, 4 nov. 1969, *J.T.*, 1970, 67; Brussel, 21 nov. 1969, *Pas.* 1970, II, 39; Voorz. Rb. Luik, 28 nov. 1973, *J.Liège*, 1974-1975, 28; Brussel, 8 jan. 1974, *Pas.*, 1974, II, 83.

(43) Zie *supra*, nr. 9.

(44) Voorz. Rb. Charleroi, 30 nov. 1976, *J.T.*, 178, 665 (noot). Dit vonnis is een bescheiden doorbraak van de op gebied van merken klassiek geworden rechtspraak.

(45) De gepubliceerde rechtspraak is vrij restrictief: Voorz. Rb. Brussel, 19 dec. 1963, *J.T.*, 1964, 24; Voorz. Rb. Brussel, 2 nov. 1977, *J.T.*, 1977, 309 (noot); Brussel, 1 maart 1976, *R.W.*, 1976-1977, 683 (noot).

(46) POUPART, *a.w.*, 325; cfr. Brussel, 14 mei 1968, *Pas.*, 1968, II, 221; zie ook Voorz. Rb. Charleroi, 13 dec. 1978, *J.T.*, 1979, 273.

(47) H.R., 11 nov. 1937, *N.J.*, 1937, nr. 1096 (verbod aan tussenpersonen de algemene verkoopsvoorwaarden van een produkt te miskennen): zie ook Voorz. Kh. Antwerpen, 30 sept. 1962, *R.W.*, 1963-1964, 1027; Brussel, 6 juni 1973, *J.T.*, 1973, 498.

(48) Voorz. Kh. Brussel, 28 okt. 1969, *B.R.H.*, 1970, 626; Voorz. Rb. Antwerpen, 20 maart 1959, *J.T.*, 1959, 288; Voorz. Kh. Brussel, 22 juli 1969, *B.R.H.*, 1969, 573; zie echter (negatief) Voorz. Arbrb. Namen, 11 dec. 1976 *T.S.R.*, 1976, 302 (bezetting lokalen).

Deze stelling wordt soms schijnbaar gevolgd door bepaalde presidentiële beslissingen van rechtbanken van koophandel (49). Zij beantwoordt echter geenszins aan de geest van de instelling die meer terughoudendheid gebiedt. De verruiming die in de voorgaande nummers werd geschetst schijnt ons voldoende om de meeste gevallen op te lossen op evenwichtige wijze.

III. DE REGELING VAN BEVOEGDHEIDSCONFLICTEN; BEVOEGDHEID *RATIONE LOCI* EN *RATIONE MATERIAE*; SAMENHANG EN AANHANGIGHEID

A. De regeling van bevoegdheidsconflicten

21. Indien een middel geput uit de onbevoegdheid van de president wordt opgeworpen gelden de gewone regels van het Ger. W. voor het regelen van bevoegdheidsconflicten (art. 88; 639-640 Ger.W.).

De president die meent dat er een vraag is van onbevoegdheid en deze ambtshalve opwerpt verzendt de zaak naar de arrondissementsrechtbank. Nochtans indien de president meent dat er geen onverwijlde spoed bestaat en zich om deze reden onbevoegd verklaart moet hij de zaak verzenden naar een gewone kamer (toepass. van art. 88 § 2 voor de rechtbank van eerste aanleg; 726 voor de andere rechtbanken). De rechter naar wie de zaak in die omstandigheden wordt verwezen blijft vrij te beslissen over toelaatbaarheid en gegrondheid van de vordering doch zou de bevoegdheid niet meer kunnen onderzoeken (art. 660 Ger.W.) (50).

Deze handelswijze wordt niet algemeen toegepast: sommige voorzitters wijzen gewoon af bij gebrek aan spoed (51). Zij verwijzen slechts indien de eiser niet stelde dat er spoed vereist was. Deze zienswijze is ons inziens verkeerd: de vereiste van spoed moet anders behandeld worden dan de andere bevoegdheidsvereisten (voorwerp van de vordering; hoedanigheid van partijen) voor dewelke het gestelde van overwegend belang is.

(49) Aldus citeert men vaak Voorz. Kh. Brussel, 29 april 1975, *J.T.*, 1975, 535; Voorz. Kh. Brussel, 26 sept. 1975, *J.T.*, 1975, 677.

(50) De griffier van de rollen zal ambtshalve de zaak inschrijven op de rol en de zaak toebeden aan een kamer indien de voorzitter dit niet deed in zijn beschikking. Hij mag bij die gelegenheid geen rolrechten innen.

(51) Voor deze stelling: zie LAENENS, J., *Kroniek, T.P.R.*, 1979, 291. Het kan voorkomen dat een behandeling voor de gewone rechter geen zin zou hebben omdat een maatregel werd gevraagd die *alleen* door de voorzitter in kort geding kan gegeven worden. Dit zal wel in de regel niet het geval zijn, doch wanneer er een exclusieve bevoegdheid bestaat zal de voorzitter gewoon afwijzen zonder verzending.

B. Volstreekte bevoegdheid

22. Artikel 584 Ger.W. bepaalt dat de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg uitspraak doet in alle zaken behalve die welke de wet aan de rechterlijke macht onttrekt.

Dit is een weerklank van de bevoegdheid gegeven aan de rechtbank van eerste aanleg die volgens artikel 568 Ger.W. kennis neemt van alle vorderingen.

De bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg wordt beperkt door de concurrerende bevoegdheid van de voorzitters van rechtbank van koophandel en arbeidsrechtbank voor de materies die hun rechtbanken aanbelangen. Wie gedaagd wordt voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg mag diens onbevoegdheid opwerpen en de eiser mag de verzending vragen naar de arrondissementsrechtbank (52). Deze stelling die steun vindt in de parlementaire werken werd niet unaniem verdedigd, hoofdzakelijk onder invloed van Fettweis (53).

De voorbereidende werken hoofdzakelijk het rapport De Baeck — laten echter toe af te leiden dat ook bevoegdheidsconflicten voor de rechtbank van eerste aanleg konden ontstaan, sedert de oorspronkelijke opvatting van commissie Van Reepinghen (één arrondissementsrechtbank) was verlaten. (rapp. De Baeck, sub. n° 584). Ten onrechte zou een argument geput worden uit het feit dat artikel 584 niet *expressis verbis* de bepalingen van artikel 568, 2° Ger.W. overneemt: dit hoefde niet en artikel 568, 2° is overigens zelf in ruime mate overbodig.

De bevoegdheidsbepaling geldt niet ten aanzien van de materies voor dewelke de jeugdrechtbank bevoegd is (54).

Vorderingen tot staking met hun typisch penaalrechtelijke aspecten komen evenmin in aanmerking voor het kort geding. Men mag aldus geen voorlopige vordering tot staking aanvragen (55).

Wel mag in kort geding geageerd worden tegen daden van onrechtmatige mededinging: maar de maatregelen voorzien in artikel 55 en volgende van de WHP kunnen niet gevraagd worden in kort geding. De president heeft hier een exclusieve bevoegdheid die hij slechts ten definitieve titel mag uitoefenen.

(52) ROUARD, 901; *contra*: FETTWEIS, A., a.w., 2631q; LAENENS, J., *Kroniek, T.P.R.*, 1979, 293; — Arbrb. Antwerpen, 18 juni 1974, *R.W.*, 1974-1975, 1262; Bergen, 21 jan. 1976, *Pas.*, 1976, II, 199.

(53) Zie o.m. zijn reeds vermeld *Précis, t.a.p.*; ook in *Etude du projet de code judiciaire, Séminaire Ligneville*, blz. 37.

(54) Voorz. Rb. Brussel, 6 mei 1969, *Pas.*, 1970, III, 11; Brussel, 10 jan. 1970, *J.T.*, 1970, 360; noot DELNOYE-MARGREVE, Cl., *J.T.*, 1968, 970 in noot 47.

(55) *Het inleiden van vorderingen tot staking per verzoekschrift*, B.R.H., 1979, 139.

Een vordering tot staking impliceert overigens een declaratoir van rechten dat onverzoenbaar is met het kort geding.

25. In strafaangelegenheden belet artikel 584 Ger.W. geenszins de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg uitspraak te doen wanneer de zaak spoedeisend is (56).

Dezelfde overweging geldt voor het beslag alhoewel er praktisch geen aanleiding toe bestaat te denken dat de voorzitter sneller zou optreden dan de beslagrechter, zodat de ingeroepen onverwijld spoed in feite zal ontbreken (57).

26. Hetgeen buiten de bevoegdheid valt van de rechterlijke macht hoort ook niet thuis bij de bevoegdheid van de rechter in kort geding. Dit wordt vaak aangewend om de bevoegdheid te ontkennen van de president in verband met vorderingen tegen de openbare overheid wanneer gevraagd wordt beleidsbeslissingen terzijde te stellen (58).

C. Plaatselijke bevoegdheid

27. In beginsel gelden de regels van artikel 624 Ger.W. e.v.

Een vrijwel constante rechtspraak laat toe voorlopige maatregelen te vragen aan de rechter in wiens arrondissement een bepaalde maatregel moet worden uitgevoerd (59).

Een ruime uitlegging van artikel 624 Ger.W. maakt het meestal overbodig terug te grijpen naar deze afwijking van de beginselen.

D. Samenhang ; aanhangigheid

28. Een vordering in kort geding kan ingeleid worden:

- hetzij gelijktijdig met de vordering ten gronde (60)
- hetzij tijdens de rechtspleging ten gronde
- hetzij voor elke vordering ten gronde (zie *infra* : nr. 29).

In de twee eerste gevallen kan de vraag gesteld worden of er geen aanhangigheid of samenhang kan bestaan, wat de rechter in kort geding ertoe zou kunnen brengen de zaak te verwijzen naar de rechtbank ten gronde.

(56) Vgl. Parijs, 5 juni, 1958, *G.P.*, 1958, 2, 96.

(57) FETTWEIS, H., *t.a.p.*, 481; ROUARD, *t.a.p.*, nr. 900.

(58) Cfr. *infra*, nr. 40.

(59) FETTWEIS, A., *a.w.*, 600-601.

(60) Brussel, 6 juni 1973 en Voorz. Kh. Brussel, 30 jan. 1973, *J.T.*, 1973, 498 en 501.

Conceptueel kan er geen aanhangigheid bestaan tussen een vordering in kort geding en een vordering ten gronde: het voorwerp van de vordering is per definitie verschillend(61). Samenhang is evenmin mogelijk nu de oplossing gegeven in kort geding per definitie niet onverenigbaar kan zijn met deze gegeven ten gronde en dergelijke onverenigbaarheid essentieel is voor samenhang(62).

Indien een rechtspleging hangend is voor een hof van beroep mag de president desondanks toch bevelen geven in kort geding(63).

IV. HET KORT GEDING AD FUTURUM

29. In de exemplatieve(64) lijst die het gerechtelijk wetboek geeft van gevallen waarin de president kan ageren komen duidelijk verwijzingen voor naar maatregelen die kunnen genomen worden in het perspectief van een geschil dat nog niet ten gronde werd ingeleid.

De eiser in kort geding moet echter het bewijs leveren dat hij het nodige belang heeft de vordering in te stellen. Dit belang moet „reeds verkregen en dadelijk” zijn (art. 18 Ger. W.). Ook voor kort geding geldt de regel dat de vordering kan worden toegelaten indien zij zelfs tot verkrijging van een verklaring van recht is ingesteld om een schending van een ernstig bedreigd recht te voorkomen.”

30. In geen enkele materie wordt dit meer toegepast dan in het aanstellen van deskundigen te meer nu artikel 962 Ger.W. bepaalt dat de rechter deskundigen mag aanstellen ingeval een geschil werkelijk en dadelijk dreigt te ontstaan. De zaak moet spoedeisend zijn: de onderzoeksmaatregel mag slechts bevolen worden indien zij niet nuttig via de gewone rechtsweg kan bevolen worden. Dit nut zal blijken onder meer wanneer het bewijsmateriaal dreigt te verdwijnen of wanneer een feitelijke toestand snel evolueert.

Het spreekt vanzelf dat de president niet mag eisen dat er reeds actuele schade zou zijn bijvoorbeeld bij het verrichten van bouwwerken. Een eigenaar van een erf kan verlangen dat een deskundige wordt aangesteld vooraleer werken op het naastliggend erf worden aangevat(65).

(61) FETTWEIS, *t.a.p.*, nr. 163; Luik, 23 febr. 1959, *Pas.*, 1960, II, 75.

(62) Dit belet niet dat indien de zaak in kort geding niet door onverwijldde spoed is gekenmerkt, de rechter in kort geding de zaak mag verwijzen naar de reeds geadeerde rechter ten gronde ook al zetelt deze in een ander arrondissement.

(63) ROUARD, *a.w.*, 882.

(64) Dat de lijst exemplatief is wordt door niemand betwist zie o.m. Rb. Antwerpen, 29 oktober 1973, *R.W.*, 1974-1975, 821.

(65) Zie Trib. gde inst. Parijs, 6 febr. 1976, *A.J.P.I.* 108.

V. DE RECHTSPLEGING

A. De inleiding

31. Het kort geding wordt ingeleid volgens de gewone vormen van dagvaarding of vrijwillige verschijning.

Bij volstreekte noodzakelijkheid mag de vordering ook bij verzoekschrift worden ingeleid. Het rapport Van Reepinghen verklaart dat volstreekte noodzakelijkheid slechts kan bestaan wanneer hetzij zelfs een miniem uitstel de gevraagde maatregel in het gedrang zou brengen of nog indien de aard van de gevraagde maatregel de eenzijdige rechtspleging wenselijk maakt.

In de praktijk is het beroep op deze vorm van inleiding niet uitzonderlijk wanneer de eiser een verrassingseffect wil teweeg brengen. Presidenten hebben terecht een zekere argwaan tegenover deze vorm van inleiding die hen slechts eenzijdige informatie verschaft die vrij misleidend kan zijn. Het Hof van Cassatie heeft daarenboven deze vorm van inleiding sterk beperkt door de stelling te verwerpen dat de rechtspleging kan ingeleid worden per verzoekschrift wanneer — ook al was er geen bijzondere spoed vereist — de aard van de gevraagde maatregel de inleiding per verzoekschrift beantwoordt (66).

Een inleiding bij vorm van tegeneis door een verweerder in kortgeding en bij vorm van tussenkomst voor de voorzitter zijn eveneens toelaatbaar.

32. De termijn van inleiding bedraagt tenminste twee dagen (artikel 1035 Ger. W.) onverminderd de uitzondering voorzien in artikel 1037 Ger. W. De *dies a quo* is niet inbegrepen in deze termijn (art. 52 Ger. W.) de *dies ad quem* wel.

De rechtspraak is verdeeld nopens de vraag of er mag gedagvaard worden voor de laatste dag van de termijn (67).

De termijnen kunnen verlengd worden op grond van artikel 55 (artikel 1035 Ger. W.).

Inkorting van termijnen kan ook gevraagd worden aan de president bij eenzijdig verzoekschrift. Dit wordt zeer courant gedaan waarbij de voorzitter dan in zijn beschikking bepaalt welke de termijn zal zijn en voor welke

(66) Cass. 13 juni 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 1088; *Pas.*, 1975, I, 984. Een dergelijke rechtspleging is geen kort geding in de eigenlijke zin van het woord.

(67) Zie Brussel, 28 maart 1972, *J.T.* 427; Rb. Brussel, 11 juni 1969 *J.T.* 1969, 69; Voorz. Kh. Brussel, 21 dec. 1977. *B.R.H.*, 1978, 449; — *contra*: Rb. Brugge, 23 jan. 1970, *R.W.*, 1970-1971, 23; — ROUARD, *a.w.*, nr. 857.

zitting (die een buitengewone zitting kan zijn) mag gedagvaard worden (68).

Deze inkorting is vooral nuttig voor verweerders die in het buitenland wonen: de president moet er alleen over waken dat in concreto de gedaagde tijdig wordt verwittigd.

B. Behandeling van de zaak

33. In beginsel wordt de zaak bij de inleiding gepleit. Uitstel moet op korte termijn gegeven worden en behoorlijk verrechtvaardigd worden door de belanghebbende partij.

De gewone regels van het verstek zijn toepasselijk. Onderzoeksmatregelen mogen bevolen worden. De termijnen kunnen zo nodig worden ingekort.

Voor behandeling in beroep, zie artikel 1040 Ger.W., 1063 en 1066 Ger.W. Hevige kritiek werd de laatste jaren uitgebracht tegen de Hoven van Beroep die geen kamer hadden ingericht voor dewelke de kort gedingen binnen redelijke termijn konden behandeld worden.

Deze toestand schijnt ietwat te verbeteren.

VI. DE BESCHIKKING

A. Mogelijke inhoud

34. *Supra* sub 19 werd reeds vermeld wat de rechter in kort geding mag doen. Dit is in beginsel alles wat de gewone rechter mag bevelen, doen of laten. De grens van de toelaatbaarheid zal alleen zijn dat hij in zijn *dictum* de rechtspositie van partijen niet definitief mag wijzigen of geen declatoir van rechten mag geven.

Veel beschikkingen in kort geding monden uit op een bevel iets te doen. Het is nochtans duidelijk dat de rechter de gedaagde niet kan dwingen iets te doen wanneer de gedaagde de beschikking niet vrijwillig uitvoert. Daarom is aannemelijk dat een provisioneel bedrag schadevergoeding wordt gekoppeld aan de niet uitvoering van de beschikking in kort geding (zonder zo ver te gaan de lege lata dat een dwangsom wordt beslist). Deze bescheiden bevoegdheid wordt door sommigen nochtans betwist (69).

(68) Zie hierover de art. 1035, 1036 en 1037 Ger.W. (dit laatste artikel i.v.m. de specifieke regeling voor scheepvaart).

(69) Brussel, 27 maart 1860, *Pas.*, 1860, II, 407; Voorz. Kh. Brussel, 20 maart 1979, *B.R.H.*, 1979, 333; — *contra*: MOREAU, *t.a.p.*, 407; Brugge, 19 mei 1926, *Pas.*, 1926, III, 107.

De conventie op het strafbeding — door België nog niet bekrachtigd — zal dit probleem definitief oplossen.

Wat de kosten betreft zal de rechter normaal de kosten aanhouden indien een rechtspleging te gronde wordt gevoerd of waarschijnlijk is. Indien het kort geding los kan gezien worden van een hoofdvordering kan de rechter gedaagde veroordelen tot de kosten.

B. Vorm

35. De beschikking moet gemotiveerd zijn. Dit zal desgevallend de rechter verplichten uitspraak te doen *in de motieven* nopens de mate waarin hij de aanspraken van partijen met betrekking tot hun rechtspositie gefundeerd acht *a priori*.

Behalve waar spoed vermoed wordt zal hij moeten vermelden waarom hij de zaak spoedeisend acht.

C. Uitvoerbaarheid

36. De beschikking kan onmiddellijk worden uitgevoerd op risico van eiser, ook al wordt dit niet vermeld in de beschikking. Tenuitvoerlegging op de minuut kan bij uiterste noodzaak bevolen worden. (1041 Ger. W.).

D. Gezag van de beschikking

37. De uitspraak heeft een relatief gezag van gewijsde ten aanzien van, de rechter die deze heeft verleend (70).

De rechter mag de voorlopige maatregelen slechts wijzigen in de mate dat er een nieuw feit is. Hij zal echter ook indien er een nieuw feit is, geen beslissing mogen nemen indien tegen zijn eerste beschikking beroep werd aangetekend en het Hof van Beroep nog geen arrest wees (71).

Ten aanzien van andere rechters moet de beschikking aanvaard worden, in haar beperkte geldingskracht weliswaar. Aldus zou een andere rechter niet mogen oordelen dat de rechter in kort geding een nietige uitspraak gewezen heeft, dat hij onbevoegd was en dgl.

De verklaringen afgelegd onder eed door getuigen voor de president of een deskundig verslag in deze rechtspleging neergelegd zijn vaststaande gegevens waaraan de rechter ten gronde niet mag raken. De bodemrechter blijft wel vrij de pertinentie ervan te beoordelen voor de oplossing van het geschil of de bewijskracht van deze gegevens te beoordelen in functie van het voor hem aanhangig gemaakte geschil.

(70) Cass., 9 febr. 1930, *Pas.*, 1930, I, 87.

(71) Luik, 10 dec. 1959-1960, *J.Liège*, 1959-1960, 130; Voorz. Rb. Luik, 15 juni 1971, *J.Liège*, 1972-1973, 184.

38. De rechter ten gronde is echter niet gebonden noch door motivering noch door dictum van een uitspraak in kort geding (72).

De beschikking belet de gedaagde niet voor de eerste maal ten gronde de onbevoegdheid van de Belgische rechter in te roepen alhoewel hij dit niet deed in kort geding (73).

De uitvoering door gedaagde zonder voorbehoud van de beschikking heeft geen implicaties wat betreft de gegrondheid van de stelling van deze partij.

De partij tegen wie een maatregel genomen werd in kort geding kan schadevergoeding vragen aan een gewone rechter die ten aanzien van deze vraag niet gebonden is door het bevelschrift (74).

VII. . RECHTSMIDDELEN

39. De gewone regels zijn hier van toepassing.

Indien nochtans de partij die verstek laat gaan verzet doet tegen de beschikking, kan haar hoger beroep tegen de beschikking bij verzet niet worden toegelaten (artikel 1039) (zie ook voor de behandeling in beroep: *supra* nr. 33).

VIII. HET KORT GEDING TEGEN DE OVERHEID

40. De rechter in kort geding is bevoegd voor hetgeen de rechter ten gronde mag doen. Aldus moet hij de scheiding der machten eerbiedigen en het terrein der administratie niet betreden.

Doch wanneer de rechtszoekende de bescherming vraagt van een burgerlijk recht moet de voorzitter de gevraagde bescherming verlenen wie ook de auteur moge zijn van de inbreuk (75).

De rechter mag uiteraard de nodige feitelijke vaststellingen laten doen in dit verband of zelf doen (plaatsopneming). Hij mag ook de overheid gebieden handelingen te verrichten of na te laten. Aldus mag hij het ophouden van wegeniswerken bevelen die voor alle onteigening worden

(72) Cass., 14 mei 1965, *Pas.*, 1965, I, 989.

(73) Brussel, 31 jan. 1973, *Pas.*, 1973, II, 90.

(74) Voorz. Kh. Brussel, 19 jan. 1962, *J.T.*, 1962, 103.

(75) H.R., 11 dec. 1936, *N.J.*, 1937; nr. 72; POUPART, *a.w.*, 344; Luik, 18 dec. 1956, *J.T.*, 1957, 148.

uitgevoerd en andere schorsende maatregelen nemen(76) of het wegnemen van een signalisatiepaal opleggen(77).

Het blijft aldus bij de competentie van de voorzitter om te oordelen of in geschillen uit daden van de administratieve macht ontsproten de ingezetenen in hun rechten worden gelaedeerd en hiervoor de nodige maatregelen te nemen. De vormen van herstel zijn aan te passen aan de toestand. Er bestaat geen rationeel bezwaar tegen een bevel tot afgifte van een vergunning, een inschrijving in het handelsregister en dergelijke.

De president zal telkens moeten onderzoeken of een aan eiser toekomend burgerlijk recht werd aangetast of bedreigd en de meest adekwate maatregel treffen. Een judiciële prognose is in feite bijna een verplichting! (78). Dit impliceert niet dat de rechter op de stoel van de overheid mag gaan zitten: de overheid heeft een beleidsmonopolie. Waar zij ageert in strijd met de wet of het recht moet dit gecorrigeerd worden ook desgevallend door een positief bevel aan de overheid. De doelmatigheid mag echter niet bestreden worden. De voorzitter zal bijvoorbeeld weigeren de opgraving te bevelen van het stoffelijk overschot van een familielid om het naar een ander graf over te brengen(79).

(76) Rb. Kortrijk, 19 juni 1958, *Pas.*, 1958, III, 23; Antwerpen, 30 maart 1962, *J.T.*, 1962, 319; Gent, 19 nov. 1971, *R.W.*, 1972-1973, 319; Voorz. Rb. Antwerpen, 10 jan. 1973, *T. Aann.*, 1976, 99 met noot; Voorz. Rb. Dinant, 21 sept. 1977, *Adm. Pub.*, 1977-1978, 38, Voorz. Rb. Antwerpen, 29 sept. 1976, *R.W.*, 1976-1977, 560.

(77) Brussel, 24 mei 1965, *Pas.*, 1966, II, 131; zie echter Kh. Antw., 31 okt. 1975, *R.W.*, 1975-1976, 1634. De rechtspraak is vaak om redenen die mij niet duidelijk zijn meer restrictief voor positieve bevelen dan voor schorsende maatregelen.

(78) ZONDERLAND, *Het kort geding tegen de overheid*, blz. 76, Zwolle 1954.

(79) Vgl. Voorz. Rb. Brugge, 25 juli 1902, *Pas.*, 1903, III, 20 en Voorz. Rb. Brugge, 2 april 1976, *R.W.*, 1976-1977, 500.