

HET KORT GEDING NAAR NEDERLANDS RECHT

door

H.A. GROEN

Hoogleraar — Advocaat

I. INLEIDING

De procedure in kort geding is een bijzondere. De rol van de President is dat ook. Indien de verliezende partij, schreef CLEVERINGA, kennis genomen hebbende van de overwegingen van de President, daarna geen hoofdgeding meer aandurft, is dat een beslissing op grond van een nieuw en rijper inzicht in haar positie, in haar eigen belang genomen. De rol van de presidiale overwegingen, aldus nog steeds CLEVERINGA, zou in zulk een geval kunnen worden vergeleken met die van de uitspraak van een kundig en betrouwbaar vriend, die tot matiging raadt(1).

Wie heeft niet graag zo'n vriend? Toch kan de groei van het aantal kort gedingen in Nederland niet alleen daarmee worden verklaard. Het zijn de behoefte aan snelle duidelijkheid over bepaalde vragen, de toegenomen behoefte aan rechtsbescherming en misschien ook wel een behoefte aan publiciteit die met evenveel recht als oorzaken genoemd kunnen worden.

II. BEVOEGDHEID EN ONTVANKELIJKHEID

1. Relatieve bevoegdheid

Voor de relatieve bevoegdheid van de President geeft het Wetboek geen bijzondere regels. Daaruit wordt afgeleid, dat de gewone regels van relatieve competentie, zoals die voor de rechtbankprocedure gelden, van overeenkomstige toepassing zijn. In de meeste gevallen betekent dit, dat gedagvaard wordt voor de President van de woonplaats van gedaagde. Zijn er meer verweerders, dan wordt gedagvaard voor de President van de woonplaats van één hunner, ter keuze van de eiser.

(1) VAN ROSSEM-CLEVERINGA, aantekening 11 op art. 289.

Een uitzondering op de hoofdregel is wel aangenomen in een bijzonder geval waarbij de President oordeelde, dat het belang bij een effectieve rechtsbescherming onder omstandigheden zwaarder weegt dan het — door hem als zuiver ordenend-instrumenteel omschreven — belang, gemoeid met de van regeland recht zijnde bepaling van de relatieve bevoegdheid(2).

Belangrijk is de uitbreiding van de bevoegdheid tot die van de President van de Rechtbank van het arrondissement, waar de onmiddellijke voorziening wordt vereist(3). In de rechtspraak wordt aangenomen, dat een voorziening daar wordt vereist, waar zich het effect van een bepaald handelen doet gevoelen(4). Deze uitbreiding brengt met zich dat een President bevoegdheid kan toekomen, ook in gevallen waarin anders geen President in Nederland bevoegd zou zijn. In verband daarmee is „forumshopping” geen onbekend verschijnsel. Het in een procedure mede betrekken van een minder belangrijk gedaagde, kan de bevoegdheid scheppen van een anders onbevoegde President.

Voor de wetswijziging waarbij de President te 's-Gravenhage bij uitzondering bevoegd werd in zaken, de uitzetting van vreemdelingen betreffend, werd de bevoegdheid van de Presidenten elders in den lande aanvankelijk wel aangenomen wanneer het Hoofd van Plaatselijke Politie werd meegedaagd. Niet alle Presidenten deelden die opvatting overigens(5). Uitspraken van de Hoge Raad waarbij werd beslist, dat vorderingen tegen staatsorganen in een civiele procedure slechts bij hoge uitzondering ontvankelijk zijn, maakten aan de heersende opvatting een einde(6). Algemeen aanvaard werd daarna dat dagvaarding van de Staat voldoende is, waar de betreffende bevoegdheid van de President kan worden gebaseerd op de gedachte dat de gevraagde voorziening — het verbod op uitzetting — moet worden getroffen in het eigen arrondissement(7). Het meedagvaarden van het staatsorgaan leidt niet steeds tot onbevoegdverklaring, maar tot niet-ontvankelijkheid(8) in de vordering, voor zover deze tegen het orgaan is gericht.

(2) Pres. Haarlem, 19 december 1988, *K.G.*, 1989, 68.

(3) H.R., 23 november 1917, *N.J.*, 1918, 6.

(4) In een geval van een wetsontwerp, bij de Staten-Generaal in behandeling, welk ontwerp nadrukkelijk was toegespitst op Schiphol, achtte de President Haarlem zich — naast zijn ambtgenoot te 's-Gravenhage — uit dien hoofde bevoegd, Pres. Haarlem, 19 december 1988, *K.G.*, 1989, 68.

(5) Onbevoegd verklaarden zich Pres. Middelburg, 20 juni 1980, *R.V.*, 1980, 61 en Pres. Dordrecht, 8 september 1983, *R.V.*, 1983, 63; aanvankelijk deden dat ook de Presidenten te Groningen en Rotterdam.

(6) H.R., 25 november 1983, *N.J.*, 1984, 279.

(7) De Presidenten te Dordrecht en Middelburg handhaafden hun opvatting.

(8) Pres. Haarlem, 18 november 1987, *K.G.*, 1988, 6.

2. Absolute bevoegdheid

Aan de regels van absolute bevoegdheid, zoals die voor de Rechtbank gelden, is de President niet gebonden. De beperkingen van zijn bevoegdheid in absolute zin zijn gegeven in de artt. 112 Grondwet en 2 RO.

De Grondwet draagt aan de rechterlijke macht op, de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen. Daarnaast bepaalt de Grondwet, dat de gewone wet de berechting van geschillen die niet uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan, kan opdragen, hetzij aan de rechterlijke macht, hetzij aan de gerechten die niet tot de rechterlijke macht behoren. Ten aanzien van laatst genoemde geschillen kan, naar de bepaling van de Grondwet, administratief beroep worden opengesteld.

Volgens de Wet op de Rechterlijke Organisatie zijn de kennisneming en de beslissing van alle geschillen over eigendom of daaruit voortvloeiende rechten, over schuldvorderingen of burgerlijke rechten, en de toepassing van alle soort van wettig bepaalde straffen, bij uitsluiting opgedragen aan de rechterlijke macht, en wel volgens de verdelingen van rechtsgebied, de rechterlijke bevoegdheid en de werkzaamheden bij die wet geregeld(9).

Binnen de hiervoor gegeven grenzen is de President in beginsel vrij. Hij moet zich afvragen of eiser bescherming vraagt in een burgerlijk recht. Uitgangspunt daarbij is het recht dat eiser stelt. Voor zover dat geen recht van eigendom of een daaruit voortvloeiend recht is, dan wel enig recht uit overeenkomst, zal de vordering op art. 1401 B.W., de onrechtmatige daad, zijn gebaseerd.

De bevoegdheid van de President strekt zich daarmee uit tot gevallen waarvan de berechting ten gronde aan een andere rechter dan de Rechtbank is opgedragen.

Wil de President bevoegd zijn, dan lijkt het noodzakelijk dat eiser stelt, een spoedeisend belang bij een onverwijlde voorziening te hebben(10). Wanneer eiser een dergelijk belang niet met zoveel woorden in de dagvaarding aanvoert, is er, naar de praktijk leert, geen man overboord. De spoedeisendheid kan uit de aard der zaak worden aangenomen. Als regel wordt aan de spoedeisendheid geen woord vuil gemaakt. Gedaagde betwist dit belang niet en de Presi-

(9) In ambtenarenzaken is de burgerlijke rechter *niet* bevoegd, H.R., 4 december 1987, *N.J.*, 1988, 295.

(10) Pres. Groningen, 27 april 1988, *K.G.*, 1988, 232.

dent neemt het — stilzwijgend — aan, hoewel hij de spoedeisendheid ambtshalve heeft te onderzoeken(11).

Acht de President geen spoedeisend belang aanwezig, dan wijst hij de vordering af(12).

Het vorenstaande illustreert het dubbele karakter van het vereiste van onverwijlde spoed. Het is enerzijds voorwaarde voor de bevoegdheid van de President, en als zodanig door eiser aan te voeren. Anderzijds kunnen zich — soms in korte tijd — ontwikkelingen voordoen, die de noodzaak tot onmiddellijk ingrijpen doen verdwijnen, of juist doen ontstaan en daarom op de toewijsbaarheid van de vordering van invloed zijn.

3. Afbakening met andere spoedvoorzieningen

Hoe ruim de bevoegdheid van de President ook is, hij pleegt terug te treden wanneer voor eiser een bijzondere, met voldoende waarborgen omklede, rechtsgang openstaat, waarbij een voorziening kan worden verkregen, vergelijkbaar met de voorzieningen, die eiser van de President zou kunnen vragen. Het bestaan van dergelijke rechtsgangen doet op zichzelf aan de bevoegdheid van de President tot kennismaking van het geschil — als daarvoor in art. 2 RO een basis wordt gevonden — geen afbreuk. Het bestaan is van belang voor de ontvankelijkheid(13). SCHELTEMA(14) heeft de algemene regels van de bevoegdheid van de President aldus geformuleerd, dat de President in kort geding

- steeds bevoegd is indien het bodemgeschil door de burgerlijke rechter wordt behandeld(15), en
- bovendien bevoegd is, indien het bodemgeschil door een andere rechter wordt behandeld en bij die rechter geen spoedvoorziening mogelijk is(16).

De voornaamste andere rechtsgangen waarbij de vraag rijst of zij ingrijpen van de President geheel, of ten dele, uitsluiten, zijn rechtsgangen bij

- de administratieve rechter, in het bijzonder de Voorzitter van de

(11) H.R., 2 februari 1968, *N.J.*, 1968, 62. Waar de wet spreekt van het „belang van partijen” is niet het belang van beide partijen bedoeld: het vragen van een onverwijlde voorziening veronderstelt juist een strijd van belangen, H.R., 18 april 1913, 1913, 727.

(12) Pres. Utrecht, 4 april 1991, *K.G.*, 1991, 153.

(13) H.R., 24 november 1977, *N.J.*, 1978, 255 en H.R., 16 maart 1990, *N.J.*, 1990, 500.

(14) Noot onder H.R., 28 april 1989, *N.J.*, 1990, 213.

(15) H.R., 12 december 1986, *N.J.*, 1987, 381.

(16) H.R., 25 november 1977, *N.J.*, 1978, 255.

Afdeling rechtspraak van de Raad van State, de Voorzitter van de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State, de Voorzitter van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven en de Voorzitter van het Ambtenarengerecht of de Raad van Beroep,

- de strafrechter
- arbiters
- de kantonrechter

4. *De administratieve rechter*

Het is niet zo eenvoudig in kort bestek de positie van de President ten opzichte van de mogelijkheid van het verkrijgen van een spoedvoorziening bij de administratieve rechter te bepalen. Hoofdregel is dat men van de gewone rechter — waaronder de President in kort geding — niet kan verkrijgen hetgeen men van de administratieve rechter kan of had kunnen vragen⁽¹⁷⁾. Het bestaan van een afzonderlijke administratieve rechtsgang zet op zichzelf de President niet buiten spel⁽¹⁸⁾. De vordering van eiser dreigt eerst niet ontvankelijk te zijn als de administratieve rechtsgang een regeling kent voor spoedeisende gevallen⁽¹⁹⁾.

De Voorzitter van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State begint elke beslissing met de overweging, dat ingevolge art. 107 Wet RvS dient te worden nagegaan, of de uitvoering van het besluit van verweerder voor verzoeker een onevenredig nadeel met zich zou brengen in verhouding tot het door een onmiddellijke uitvoering van het bedoelde besluit te dienen belang. Hij voegt daaraan toe, dat, voor zover deze toetsing meebrengt dat het geschil in de bodemprocedure wordt beoordeeld, zijn oordeel daaromtrent een voorlopig karakter heeft, dat niet bindend is voor de beslissing in die procedure. De toets die de Voorzitter van de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State aanlegt, is dezelfde.

De Voorzitter van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven heeft zich, ingevolge art. 65 Wet Arbo af te vragen, of hem een zaak wordt voorgelegd waarin het belang van de verzoeker een onverwijlde voorziening bij voorraad vordert, in afwachting van de beslissing in de hoofdzaak.

Deze bepalingen wijzen op een aantal bijzonderheden in de admini-

(17) Pres. 's-Gravenhage, 17 augustus 1989, *K.G.*, 1989, 332.

(18) In ambtenarenzaken is de President *onbevoegd*, H.R., 4 december 1987, *N.J.*, 1988, 295.

(19) H.R., 11 juni 1976, *N.J.*, 1977, 64.

stratieve speedprocedure in vergelijking met het kort geding voor de President van de Rechtbank.

In de eerste plaats speelt de bodemprocedure in het administratieve geding de hoofdrol. Slechts wanneer een bodemprocedure aanhangig is, kan schorsing van het bestreden besluit of het treffen van een voorlopige voorziening worden gevraagd.

In de tweede plaats vervalt de schorsing of de voorlopige voorziening in het algemeen, zodra de bodemprocedure is beëindigd. Wordt een beroep ingetrokken, dan verliest de beslissing van de Voorzitter haar kracht.

De verschillen zijn duidelijk. Het kort geding voor de President kan heel wel los staan van een bodemprocedure. In veel gevallen is er geen bodemprocedure en komt hij er evenmin. In het administratieve geding daarentegen is de „schorsingsprocedure” een incident, onbestaanbaar zonder een in beginsel ontvankelijk bezwaar of beroep in een hoofdprocedure.

De beslissing van de President kan wel, maar behoeft allerm minst, enige relatie in tijd met een bodemprocedure te hebben, terwijl in de administratieve procedure de schorsingsbeslissing met de beslissing op de hoofdzaak in beginsel vervalt.

Voor de administratieve rechter klaagt men over het handelen van een overheidsorgaan. Men beoogt vernietiging van enige beslissing te verkrijgen.

Bij vele overheidsbeslissingen zijn derden betrokken. Is, om een willekeurig voorbeeld te noemen, een vergunning geweigerd, dan kan belanghebbende zich tot de Voorzitter van het administratieve gerecht wenden, met het verzoek de voorlopige voorziening te treffen, dat hij voorlopig behandeld zal worden alsof hij in het bezit van de vergunning zou zijn. Is de vergunning verleend, dan kan de derde zich eveneens tot de betreffende Voorzitter wenden, en verzoeken het besluit, houdende vergunningverlening, te schorsen.

In het licht van deze mogelijkheden heeft de Hoge Raad geoordeeld, dat in dergelijke gevallen geen taak voor de President meer overblijft⁽²⁰⁾. Daarmee is echter niets gezegd over een procedure in kort geding van de derde tegen de vergunninghouder. Aan die procedure staat de (mogelijkheid van) een administratieve procedure tegen de overheid niet in de weg⁽²¹⁾.

(20) H.R., 25 november 1977, *N.J.*, 1978, 255.

(21) H.R., 17 september 1982, *N.J.*, 1983, 278 en Pres. Arnhem, 22 februari 1989, *K.G.*, 1989, 132.

In werkelijk zeer spoedeisende gevallen kan als de Voorzitter niet snel genoeg bereikt kan worden — maar de Voorzitter hoort ongaarne dat dit het geval zou kunnen zijn — een beslissing van de President worden uitgelokt(22).

5. *De strafrechter*

Het optreden van de overheid op het gebied van het strafprocesrecht, strafrecht, penitentiair recht en daarmee samenhangende gebieden wordt veelvuldig ten toets voorgelegd aan de President in kort geding. Dat vindt zijn oorzaak onder meer in het feit, dat AROB beroep is uitgesloten tegen beschikkingen op grond van het WvS, het WvSr of andere bepalingen van strafrechtelijke aard, voor zover betrekking hebbende op een verdachte of een gevonnist persoon.

In hoeverre vallen bijzondere rechtsgangen aan te wijzen, die met zich brengen, dat voor ingrijpen door de President geen plaats is?

Een eerste bijzondere — zelden voorkomende — rechtsgang is die van art. 12 Sv., dat de rechtstreeks belanghebbende de mogelijkheid biedt bij het Hof te klagen over de beslissing van de Officier van Justitie om niet (verder) te vervolgen ter zake van enig strafbaar feit.

Vervolgens is er de procedure van art. 69 e.v. Sv., de opheffing door de Rechtbank van het bevel tot voorlopige hechtenis. Van deze procedure moet niet alleen worden gezegd dat zij met voldoende waarborgen is omkleed, maar ook dat zij een snelle rechtsgang biedt, die kan leiden tot een resultaat, vergelijkbaar met wat in kort geding kan worden gevorderd(23). Het is echter met name die noodzaak van snelheid, die Presidenten soms toch tot ingrijpen zal blijven brengen. Dat eiser vermoedelijk door de rechter in de bijzondere procedure in het ongelijk zal worden gesteld, is op zichzelf geen reden zich tot de President te wenden, al is niet elke eiser van deze waarheid overtuigd(24).

Dan is er de bijzondere procedure van art. 552a Sv., het beklag over de strafrechtelijke inbeslagname. Deze is ook van dien aard, dat voor een vordering tot teruggave van in het kader van de strafvordering in beslaggenomen voorwerpen in kort geding geen plaats is(25).

De vraag kan rijzen of een rechtsmiddel tegen bepaalde, bij verstek gewezen vonnissen, tijdig is aangewend, zodat de mogelijkheid van

(22) Pres. Amsterdam, 29 december 1988, *K.G.*, 1989, 63.

(23) H.R., 16 maart 1990, *N.J.*, 1990, 500.

(24) Pres. Amsterdam, 20 december 1988, *K.G.*, 1989, 73.

(25) H.R., 11 december 1936, *N.J.*, 1937, 72 en Pres. Alkmaar, 3 mei 1989, *K.G.*, 1989, 202.

executie van rechtswege vervalt. Voor dat geval geeft art. 557, derde lid, Sv. een bijzondere rechtsgang, die met evenveel spoed kan plaatsvinden als het kort geding, zodat voor dat laatste geen plaats is(26).

De rechtspositie van gedetineerden is geregeld in de artt. 51 e.v. Beginselenwet Gevangeniswezen. Indien de gedetineerde van mening is, dat ten aanzien van hem is afgeweken van de rechten die hij aan de in het gesticht geldende voorschriften kon ontleen, kan hij zich wenden tot de beklagcommissie voor de inrichting. Hangende de beslissing op het klaagschrift kan de Voorzitter van de beklagcommissie aan de directeur van het gesticht het voorstel doen verdere tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing te schorsen. Art. 56 lid 2 van de wet beoogt een beslissing van de directeur op de kortst mogelijke termijn te verzekeren.

Uit deze regeling mag niet worden afgeleid, dat daarmee de weg naar de President in kort geding geheel is afgesneden. Maar wel dient, aldus de Hoge Raad(27), ten einde dubblures en elkaar doorkruisende beslissingen zoveel mogelijk te vermijden, de gedetineerde — tenzij er omstandigheden zijn die hem dat verhinderen — eerst die weg te volgen alvorens hij zich met succes kan wenden tot de President. Als de directeur snel beslist is er voor een voorziening in kort geding geen plaats.

Met vorenstaande opsomming lijken de voornaamste gevallen, waarin de President zich in beginsel van een oordeel heeft te onthouden, gegeven. Dat er dan nog een veelheid van gevallen overblijft, illustreert de jurisprudentie in ruime mate.

6. Arbitrage

Sedert 1 december 1986 kennen wij een nieuwe regeling van de arbitrage, de artt. 1020 e.v. Rv. Daarbij is ook voorzien in een arbitraal kort geding, art. 1051 Rv.

Partijen kunnen bij overeenkomst het scheidsgerecht, dan wel de Voorzitter daarvan, de bevoegdheid verlenen om in kort geding vonnis te wijzen, een en ander binnen de grenzen van art. 289, eerste lid Rv., welk artikel de bevoegdheid van de President in kort geding omschrijft.

Ontbreekt een regeling ten aanzien van een spoedprocedure, dan

(26) Anders: Pres. Breda, 25 juli 1986, *K.G.*, 1986, 358.

(27) H.R., 25 juni 1982, *N.J.*, 1983, 194.

gelden de gewone bevoegdheidsregels voor de President en pleegt het beroep op een arbitraal beding te worden verworpen(28), tenzij in spoedarbitrage is voorzien, waarbij op een termijn, te vergelijken met die gemoeid met het aanbrengen van een kort geding, een behandeling in spoedarbitrage kan worden verkregen(29). Daarbij verdient opmerking, dat een spoedarbitrage wel te onderscheiden is van een arbitraal kort geding. In het eerste geval krijgt men een beslissing ten principale, in het tweede geval gaat het om een voorlopige voorziening.

Wanneer, ondanks het bestaan van een regeling, houdende een spoedvoorziening, de zaak voor de President van de Rechtbank wordt gebracht, kan deze, indien een partij — dat zal normaal gesproken een gedaagde partij zijn — zich op het bestaan van deze overeenkomst beroept, alle omstandigheden in aanmerking genomen, zich onbevoegd verklaren door de zaak te verwijzen naar het overeengekomen arbitraal kort geding, tenzij de overeenkomst ongeldig is.

De uitspraak in arbitraal kort geding geldt als arbitraal vonnis. Tegen de beslissing van de President tot verwijzing staat geen hogere voorziening open.

Uit de wettelijke regeling volgt, dat aan de President alle vrijheid is gelaten bij de beoordeling van de vraag: verwijzen of niet? Een wettelijke maatstaf ontbreekt bewust. Naast de factor spoed kan immers ook de vraag spelen of het te beoordelen probleem meer van juridische dan wel meer van technische aard is, of op het terrein van het recht in een specifieke branche ligt. Vele variaties zijn hier denkbaar. De wetgever heeft gemeend de belangen van partijen het meest te dienen met een beoordelingsvrijheid van de President. Die maakt daar ook gebruik van door, afhankelijk van de omstandigheden, wel of niet te verwijzen, dan wel de vordering af te wijzen.

Verwijzing bleef achterwege in een geval waarbij de President oordeelde, dat de aan de vordering ten grondslag gelegde argumenten hoofdzakelijk van juridische aard waren. De President zag geen reden om aan te nemen dat de beoordeling daarvan bij een arbiter in betere handen zou zijn(30).

Daarentegen verklaarde de President zich onbevoegd en volgde verwijzing naar de Raad van Arbitrage voor de Metaalnijverheid en

(28) Pres. 's-Gravenhage, 9 oktober 1987, *K.G.*, 1987, 454 en Pres. Amsterdam, 23 november 1990, *K.G.*, 1990, 392.

(29) Pres. Amsterdam, 29 oktober 1987, *K.G.*, 1987, 478.

(30) Pres. 's-Gravenhage, 14 april 1989, *K.G.*, 1989, 215.

-Handel in een geval waarin de President oordeelde, dat het geschil hoofdzakelijk betrekking had op de behoorlijkheid van het gedrag van partijen tijdens de bouw. De President zag niet in dat de burgerlijke rechter beter toegerust was daarover te oordelen dan arbiters(31).

7. De Kantonrechter

Artikel 100 Rv. bepaalt, dat de Kantonrechter in iedere stand van het geding op verzoek van een der partijen een voorlopige voorziening kan bevelen, na de wederpartij in de gelegenheid te hebben gesteld, te worden gehoord. De voorziening vervalt door het doen van afstand der instantie. Hoger beroep tegen de beslissing van de Kantonrechter is eerst mogelijk met die tegen zijn einduitspraak in de hoofdzaak. Bij de invoering van dit artikel in 1966 stond de wetgever voor ogen de justitiabelen de mogelijkheid te geven voorlopige beslissingen van de Kantonrechter te vragen, zonder dat dit overigens — in spoedeisende gevallen — iets aan de bevoegdheid van de President in kort geding zou afdoen.

De tekst van artikel 100 Rv. maakt reeds duidelijk, dat er aanzienlijke verschillen zijn, wanneer men de voorlopige voorziening door de Kantonrechter vergelijkt met de voorlopige voorziening, die de President kan geven.

De procedure voor de Kantonrechter is een incident in de hoofdzaak, in zoverre te vergelijken met de voorlopige voorziening die men kan vragen in vele administratieve procedures.

Anders dan bij de President, ontbreekt de mogelijkheid van een onmiddellijk appèl.

Bij de Kantonrechter kan ook een voorlopige voorziening gevraagd worden als de zaak niet spoedeisend is, maar het ontbreken van een spoedeisend belang kan aan toewijzing in de weg staan(32).

Hoewel de President in spoedeisende gevallen zijn bevoegdheid behoudt(33), werd het in strijd met een goede procesorde geacht dat hetzij de Kantonrechter, hetzij de President een voorziening zou geven, nadat de ander reeds op een soortgelijk verzoek of soortgelijke vordering had beslist, relevante wijzigingen in de feitelijke omstandigheden buiten beschouwing gelaten(34).

(31) Pres. Utrecht, 9 juni 1989, *K.G.*, 1989, 283.

(32) H.R., 11 januari 1968, *N.J.*, 1968, 227.

(33) Hof 's-Gravenhage, 11 juni 1986, *K.G.*, 1986, 402.

(34) Pres. 's-Gravenhage, 17 december 1985, *K.G.*, 1986, 40.

In de jurisprudentie vindt men derhalve voorbeelden dat de President terug trad nadat de Kantonrechter had beslist⁽³⁵⁾ en de Kantonrechter, na een beslissing van de President⁽³⁶⁾. Men treft voorts een uitspraak, waarbij de President duidelijk maakt de Kantonrechter niet voor de voeten te willen lopen⁽³⁷⁾.

Bij deze stand van zaken wekt het weinig verwondering, dat het gebruik van artikel 100 Rv. geen hoge vlucht heeft genomen.

Aan de beperkingen van dit artikel heeft de wetgever daarom bij de nieuwe regeling van de kantongerechtsprocedure tegemoet willen komen, door in art. 116 NRv. enerzijds het spoedvereiste voor het treffen van voorlopige voorzieningen als voorwaarde op te nemen en anderzijds het vereiste van het aanhangig zijn van een bodemprocedure te laten vallen. Een wat ingewikkelde regeling bepaalt hoe lang de voorlopige voorziening van kracht blijft. Hoger beroep en cassatie van de voorlopige voorzieningen blijven uitgesloten. Belangrijk met het oog op de bevoegdheidsvraag is de bepaling, dat de voorlopige voorziening niet gevraagd kan worden, als reeds een vordering in kort geding is ingesteld. Aan de bevoegdheid van de President wordt aldus ook door de nieuwe regeling geen afbreuk gedaan.

III. SPOEDEISEND EN VOORLOPIG

1. Spoedeisend

Hiervoor werd al vermeld, dat het vereiste van onverwijlde spoed een dubbel karakter heeft. Wordt het niet aangevoerd dan is de President niet bevoegd. Ontbreekt daarentegen naar het oordeel van de President het spoedeisend belang, dan wijst hij de vordering af. Soms blijft verder onderzoek in dat geval achterwege.

Het is niet wel doenlijk in abstracto te omschrijven wanneer een vordering spoedeisend is.

In de meeste gerechtelijke procedures heeft althans een der partijen er een aanzienlijk en respectabel belang bij, dat spoedig een beslissing valt. Een dergelijk belang rechtvaardigt evenwel geen vordering in kort geding. Zo'n vordering is eerst gerechtvaardigd, als enig belang van een partij bepaaldelijk eist dat onverwijld een voorlopige maatre-

(35) Pres. 's-Gravenhage, 17 december 1985, *K.G.*, 1986, 40.

(36) Ktr Rotterdam, 10 november 1988, *K.G.*, 1989, 9.

(37) Pres. Amsterdam, 16 maart 1989, *K.G.*, 1989, 153.

gel wordt getroffen(38). Traagheid van de gewone rechtspleging is als argument op zichzelf derhalve niet beslissend. Dat traagheid van reageren op vermeend onjuist handelen van de (potentiële) wederpartij aan de geloofwaardigheid van de gestelde spoed afbreuk kan doen, is een veel voorkomend fenomeen in kort geding(39).

Het vereiste van belang bij een onverwijldde voorziening wordt beoordeeld door de rechter aan de hand van de situatie zoals die zich ten tijde van de te nemen beslissing voordoet. Dat belang wordt, zo nodig, ambtshalve onderzocht(40).

Aandacht verdient, dat de vordering door de feiten achterhaald kan zijn, zodat de rechter in hoger beroep die vordering alsnog afwijst(41) of, anders dan de President, oordeelt, dat het belang in eerste aanleg wel bestond, maar in hoger beroep niet meer, welk oordeel voor de kostenveroordeling gevolgen kan hebben(42). Het komt overigens evenzeer voor, dat het belang in hoger beroep ontstaat, zodat de aanvankelijk afgewezen vordering alsnog wordt gehonoreerd.

2. Ordening of rechtspraak?

Spreekt de President wel recht? Is hij niet veeleer een autoriteit die op basis van een loutere belangenafweging desgeraden een maatregel van orde treft?

In het bijzonder CLEVERINGA zag in de President de rechtskundige afstammeling van de „lieutenant civil du Châtelet de Paris”, een functionaris die onder het Ancien Régime tot taak had „ordonnances par provision” te geven. Daarbij kon hij naar vrij inzicht ordemaatregelen tussen ruziënde partijen treffen(43).

KORTHALS ALTES(44) heeft er terecht op gewezen dat voor onze opvattingen omtrent de aard van de taak van een Nederlandse

(38) Hof 's-Gravenhage, 14 september 1989, *K.G.*, 1989, 421.

(39) Pres. Utrecht, 4 april 1991, *K.G.*, 1991, 153 en de vele voorbeelden genoemd bij SCHENK, BLAAUW en DE BRUIJN-LUIKINGA, 7.

(40) H.R., 2 februari 1968, *N.J.*, 1968, 62.

(41) Bijvoorbeeld met het argument dat uit de bedachtzame wijze waarop in hoger beroep is geprocedeerd en het feit dat een bodemprocedure in een vergevorderd stadium moet zijn, volgt, dat de gevraagde voorziening niet (meer) kan worden aangemerkt als een onmiddellijke voorziening die uit hoofde van onverwijldde spoed is vereist, Hof 's-Gravenhage, 2 oktober 1985, *K.G.*, 1986, 14.

(42) Hof Amsterdam, 27 juli 1989, *K.G.*, 1989, 404.

(43) VAN ROSSEM-CLEVERINGA, aantekening 2 op art. 289. In zijn conclusie voor H.R., 9 november 1973, *N.J.*, 1974, 91 wees de AG VAN OOSTEN in dit verband op de justitiële provisie, die in de republiek der Zeven Verenigde Nederlanden voor de Franse tijd mogelijk was, een daad van oneigenlijke rechtspraak.

(44) Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, 1985, 13.

President in deze tijd, de taak van de rechtskundige voorvader van de President van meer dan twee eeuwen geleden niet bepalend kan zijn.

Ook in de rechtspraak van de Hoge Raad is geen steun te vinden voor de opvatting, dat de President de bevoegdheid zou hebben zonder enige juridische oriëntatie ordemaatregelen te treffen op grond van een loutere belangenafweging, hoe zeer die afweging op zichzelf ook in de besluitvorming een rol moet spelen.

Niettemin treft men van tijd tot tijd uitspraken van Presidenten die explicite afstand lijken te willen nemen van juridische vragen en — in hun visie — „slechts” belangen willen afwegen. Twee gevallen ter illustratie. Het gaat daarbij weliswaar om weinig alledaagse problemen, maar ook daarover heeft de President zich te buigen.

Het eerste geval betrof ingevroren sperma van een aan kanker overleden patiënt, bewaard in een Academisch Ziekenhuis. Het ziekenhuis is voornemens tot vernietiging van het sperma over te gaan. De ouders van betrokkene en zijn vriendin vorderen in kort geding, dat de President het ziekenhuis een verbod tot die handeling zal opleggen. Bij de beoordeling van de standpunten over en weer rijzen, naar de President⁽⁴⁵⁾ meent, verschillende juridische en medisch-ethische vragen, waaromtrent hij overweegt

Van al deze vragen moet worden gezegd dat zij voor een kort geding-rechter veel te moeilijk zijn, of beter — in ernst — het bestek van een kort geding te buiten gaan. Ze kunnen alleen in een bodemprocedure tot een oplossing worden gebracht.

Het kort geding zal — dat is duidelijk — niet beslist worden aan de hand van juridische of medisch-ethische overwegingen. In gevallen als deze zal een belangenafweging de doorslag moeten geven.

Het tweede geval had evenzeer een medisch aspect. Daar vorderde de echtgenote van een zwaar suikerzieke, dementerende, patiënt een verbod op de — medisch noodzakelijke — amputatie van de voet van betrokkene, totdat de Rechtbank zou hebben beslist op een verzoek om ondercuratelestelling van de patiënt. De President⁽⁴⁶⁾ verstaat de vordering als een eis tot het nemen van een ordemaatregel. Hij overweegt,

Wat de doorslag geeft, is de belangenafweging. Overwegende betekenis moet — boven de eisen van de medische praktijk — worden toegekend aan het belang dat de wens van de patiënt bij een nadere medisch-ethische besluitvorming nog een zekere rol zou kunnen spelen. Daarbij kan

(45) Pres. 's-Gravenhage, 9 maart 1989, *K.G.*, 1989, 144.

(46) Pres. 's-Gravenhage, 3 mei 1989, *K.G.*, 1989, 225.

buiten beschouwing blijven of een curator formeel bevoegd is de curandus bij de besluitvorming te vertegenwoordigen. Formele overwegingen behoren hier niet de doorslag te geven.

De hier gesuggereerde tegenstelling tussen juridische argumenten en belangenafweging is, zoals KORTHALS ALTES heeft betoogd met verwijzing naar verschillende andere beslissingen, niet juist. De beslissing die de President in de hier genoemde gevallen neemt, kan zeer wel worden gebaseerd op ongeschreven regels van behoren, zorgvuldigheidsnormen, die in de aan de President voorgelegde — enigszins bizarre — situaties door de betrokken partijen jegens elkaar in acht behoorden te worden genomen.

Zou men aannemen dat ook zonder, zij het voorlopige, juridische beoordeling der zaak de President een beslissing zou mogen geven, dan rijst de vraag naar de inhoud van de inleidende dagvaarding. Daarin toch zal eiser moeten stellen, in een door art. 2 RO beschermd belang te worden getroffen. Anders is de President immers niet bevoegd.

Er is kortom geen reden de beslissing van de President, rechter als hij is, niet als rechtspraak te zien. Dat de President bij zijn beslissing tal van belangen mag — zelfs moet — afwegen en doelmatigheids-overwegingen stellig in zijn oordeel mag betrekken, doet daar niet aan af(47).

3. Voorlopig

Uit het voorschrift van art. 292 Rv., de beslissingen bij voorraad brengen geen nadeel toe aan de zaak ten principale, werd tot in het begin van deze eeuw wel afgeleid, dat de President zich op geen enkele wijze met het geschil ten gronde tussen partijen mocht bemoeien.

Die visie is lang verlaten. De Hoge Raad besliste dat het artikel zich niet richt tot de rechter in kort geding, maar tot de rechter die van de hoofdzaak kennis neemt.

Het oordeel van de President over der partijen rechtsverhouding is per definitie voorlopig, in die zin, dat zijn beslissing de bodemrechter op geen enkele wijze bindt(48). Toch is dit slechts een zijde van de medaille. Als de bodemrechter niet gebonden is, heeft dat ook gevolgen voor de mogelijkheden van de President. Aangenomen

(47) Over dit alles uitvoerig KORTHALS ALTES, *a.w.*, 1-15.

(48) H.R., 10 januari 1958, *N.J.*, 1958, 78.

wordt dan ook, dat het niet tot de bevoegdheid van de President behoort definitieve maatregelen te nemen, noch een verklaring voor recht te geven, al zal hij wel, op grond van zijn voorlopig oordeel omtrent een rechtsvraag, een beslissing geven⁽⁴⁹⁾. De President te 's-Gravenhage⁽⁵⁰⁾ — als enige bevoegd in octrooigeschillen — sloot echter niet uit, dat hij de bestaande leer zou verlaten in geschillen, waarin een spoedeisend belang bij een declaratoir aannemelijk is. Begrijp ik hem goed, dan blijft dit niettemin een beslissing, die de bodemrechter niet bindt. Een andere opvatting zou immers in strijd komen met het voorschrift van art. 292 Rv. Maar wat heeft men met deze verklaring méér dan een voorlopig oordeel?

De President mag dan weliswaar de rechtsverhouding van partijen niet vastleggen, zijn oordeel kan wel van beslissende invloed op die rechtsverhouding zijn.

IV. PROCEDURE: ALGEMENE ASPECTEN

1. Inleiding

Het kort geding is een procedure met een eigen aard. Over de wijze waarop moet worden geprocedeerd bevat de Wet weinig voorschriften. Aangenomen wordt, dat de regels voor de gewone procedure slechts toepassing kunnen vinden voor zover zij passen bij de aard van het kort geding⁽⁵¹⁾. De vrijheid van de President bij het bepalen van de gang van zaken is groot⁽⁵²⁾. En wie met enige regelmaat in zaken in kort geding voor de President verschijnt, weet dat hij of zij er goed aan doet met de wijze waarop de betreffende President⁽⁵³⁾ de zaken pleegt te behandelen terdege rekening te houden. Niet alleen het kort geding heeft zijn eigen aard, ook de Presidenten hebben zo hun eigenaardigheden.

De vrijheid van de President is natuurlijk niet onbegrensd. Ook het kort geding kent zijn goede procesorde en de fundamentele be-

(49) Pres. 's-Gravenhage, 24 oktober 1989, *K.G.*, 1989, 417 en *H.R.*, 2 april 1976, *N.J.*, 1977, 361.

(50) Pres. 's-Gravenhage, 2 september 1988, *K.G.*, 1988, 378.

(51) Een voorbeeld daarvan is de regeling van art. 79 lid 1 Rv., dat voorschrijft dat in geval van meerdere gedaagden een of meer niet verschijnen, de zaak wordt aangehouden met — kort gezegd — verstekverlening en de mogelijkheid van betekening en hernieuwde oproeping. Dat alles verdraagt zich uiteraard niet met het karakter van het kort geding, *H.R.*, 19 oktober 1984, *N.J.*, 1985, 189; Pres. 's-Gravenhage, 15 juni 1990, *K.G.*, 1990, 230.

(52) Pres. Almelo, 15 maart 1989, *K.G.*, 1989, 159.

(53) Of Vice- of Fungerend-President.

ginselen van het procesrecht vinden ook in kort geding toepassing(54).

Het voert in het kader van dit preadvies te ver de procedure gedetailleerd te bespreken. Daarbij raakt men welhaast onvermijdelijk verstrikt in tal van bijzonderheden, die voor de grote lijn toch van minder belang zijn. Aan een aantal afwijkingen van de gewone procedure en een aantal bijzonderheden van het kort geding moge, met het oog op de vergelijking van het Belgische en het Nederlandse recht, enige aandacht worden besteed.

2. *Dagbepaling*

De Wet veronderstelt als hoofdregel, dat de vordering wordt ingebracht op een zitting te dien einde door de President te houden op de daartoe door hem bepaalde vaste dagen. De praktijk laat echter een heel ander beeld zien, dat bovendien van Rechtbank tot Rechtbank wisselt: elk kent zijn eigen regeling op basis van art. 289 lid 2 Rv., waarbij de dagvaarding kan worden bevolen op dag en uur, op mondelinge aanvraag van de belanghebbende partij, door de President voor elk geval te bepalen.

De hoeveelheden kort gedingen hebben er bij de grote Rechtbanken toe geleid, dat speciale afdelingen „kort geding” zijn opgericht, die bij de administratieve begeleiding van de kort gedingen een centrale rol spelen. Bij de kleinere Rechtbanken is het meestal de secretaresse van de President met wie men het eerst contact heeft.

Wil men datum en uur voor een kort geding, dan kennen verschillende Rechtbanken de regel, dat men daartoe een concept dagvaarding in tweevoud indient, soms vergezeld van een aanvraag- of intakeformulier, waarop men gegevens invult als verhinderdata, de naam van de advocaat van de wederpartij, het soort zaak en wat dies meer zij. Bij andere Rechtbanken maakt men telefonisch een afspraak, maar is men verplicht de dagvaarding tijdig voor de zitting ingeleverd te hebben. Er zijn Rechtbanken waarbij de appointering geschiedt door de secretaresse of het bureauhoofd van de afdeling kort geding, evenals

(54) Het is — om enkele voorbeelden te noemen — in strijd met de goede procesorde:

- een verweer dat in een eerder kort geding had kunnen worden gevoerd, in een nieuw kort geding aan de orde te stellen, zonder dat zich nieuwe ontwikkelingen hebben voorgedaan, Pres. 's-Gravenhage, 23 november 1989, *K.G.*, 1990, 19,
- andermaal op dezelfde gronden een vordering in kort geding in te stellen, H.R., 27 mei 1983, *N.J.*, 1983, 600, tenzij de omstandigheden inmiddels zijn gewijzigd, Pres. Den Bosch, 16 oktober 1985, *K.G.*, 1985, 338,
- te beslissen over de rechtmatigheid van een handeling van een partij die niet in het geding is betrokken, Pres. Breda, 10 juni 1977, *N.J.*, 1978, 233.

er Rechtbanken zijn, waarbij de President of een door hem aangewezen Vice-President zich met de indeling belast.

Voor bijzondere kort gedingen gelden afwijkende regelingen: de kort gedingen in vreemdelingenzaken, waarbij de President te 's-Gravenhage ook zitting houdt in Amsterdam, 's-Hertogenbosch, Haarlem en Zwolle, hebben hun eigen regime.

Vaste dagen voor wat wel heet „incasso-kort gedingen” — geldvorderingen die redelijkerwijs niet voor betwisting vatbaar zijn — vindt men in Amsterdam. Daar kan men — zonder de hiervoor omschreven procedure — dagvaarden op een vaste dag, soms met tientallen zaken tegelijk. Wie dan het eerst komt, het eerst maalt.

Bij alle Rechtbanken geldt dat in de werkelijke spoedzaken telefonisch op de kortst mogelijke termijn een tijdstip kan worden verkregen, desnoods zondag bij de President thuis, naar luid van art. 289 lid 2 Rv.

De grote mate van vrijheid die aan de President is gelaten, brengt met zich, dat hij ook zou kunnen weigeren een datum te bepalen. Van die vrijheid lijkt echter een zeer spaarzaam gebruik te worden gemaakt.

3. De dagvaarding

Als regel wordt het kort geding ingeleid met een dagvaarding, art. 290 lid 1 Rv. Partijen kunnen evenwel vrijwillig voor de President verschijnen, art. 290 lid 2 Rv., in welk geval een dagvaarding niet nodig is. Wil men de zaak behandeld zien, dan zal daartoe toch een dag en uur moeten zijn verkregen. De Wet kent ook nog andere korte gedingen, die niet met een dagvaarding worden ingeleid⁽⁵⁵⁾.

De dagvaarding moet voldoen aan de gewone formele eisen van art. 5 Rv., hetgeen met name betekent, dat de eiser zich van een procureur moet voorzien. De dagvaarding moet een mededeling bevatten dat bij verschijning vastrecht zal worden geheven en moet voorts de hoogte van het recht aangeven, dat laatste onder vermelding, dat aan on- en minvermogens vermindering van dit vastrecht kan worden verleend.

In de dagvaarding zet eiser zijn standpunt uiteen. Waar dit stuk de basis voor de behandeling ter zitting vormt, is het van belang daarin

(55) De daarmee bedoelde gevallen hebben gemeen, dat zij steeds zien op een ambtenaar die in de loop van zijn ambtshandelingen op problemen stuit. Hij kan zich ter oplossing daarvan rechtstreeks tot de President wenden, zie Sterk, *Onverwijld Spoed*, blz. 26 en ook de artt. 438 lid 4 en 676 NRv, zoals die met ingang van 1 januari 1992 zullen gelden.

de feiten en de rechtsgronden van de vordering adequaat te beschrijven.

4. Termijn voor dagvaarding

De normale dagvaardingstermijnen gelden niet. In de dagvaarding pleegt te worden vermeld, dat de President de behandeling op een bepaalde dag en uur heeft vastgesteld. Soms beslist de President, dat de dagvaarding voor een bepaalde dag moet zijn uitgebracht.

In het algemeen zal men moeten aannemen, dat de dagvaarding de wederpartij zo tijdig moet hebben bereikt, dat deze zich behoorlijk kan voorbereiden op het verweer. Menig kort geding overvalt de gedaagde overigens niet. Zijn raadsman weet ervan. Het probleem is bekend. In zulke gevallen kan de termijn van dagvaarding uiterst kort gehouden worden(56).

5. Vertegenwoordiging

Eiser is tot procureurstelling verplicht. De verweerder pleegt te worden gedagvaard in persoon of vertegenwoordigd door een procureur voor de President te verschijnen, art. 290 lid 1 Rv.

Het spoedeisende karakter van het kort geding brengt geen afwijkingen mede van de algemene regels betreffende vertegenwoordiging en bijstand in rechte(57).

De minderjarige eiser kan in beginsel niet zelfstandig als procespartij optreden. Hij heeft bijstand van zijn wettelijk vertegenwoordiger, dan wel machtiging van de Kantonrechter. Zonder wettelijke vertegenwoordiging is hij slechts ontvankelijk in zeer spoedeisende gevallen(58). Presidenten hebben overigens de neiging in dergelijke gevallen de zaak zelve toch, in overwegingen die strikt genomen ten overvloede worden gegeven, te beoordelen en aldus te voorkomen, dat eisers op formele gronden ongetroost heen gaan(59).

Een samenwerkingsverband van personen kan als eiser in kort geding optreden als het rechtspersoonlijkheid bezit of anderszins bevoegd

(56) In verband met de grote spoedeisendheid der zaak kan zelfs bij een te laat uitgebrachte dagvaarding gedaagde, die met zijn raadsman van de zitting op de hoogte was, geacht worden tijdig te zijn opgeroepen, Pres. Dordrecht, 19 september 1989, *K.G.*, 1989, 375.

(57) H.R., 18 november 1920, *N.J.*, 1921, 86.

(58) Pres. Almelo, 15 maart 1989, *K.G.*, 1989, 159 en Pres. 's-Gravenhage, 24 oktober 1989, *K.G.*, 1990, 121.

(59) Pres. Arnhem, 12 september 1989, *K.G.*, 1989, 355 en Pres. 's-Gravenhage, 24 oktober 1989, *K.G.*, 1990, 121.

is als procespartij in een burgerlijk geding op te treden. Onderzoek naar die bevoegdheid blijft soms, als overbodig, achterwege als er een mede-eiser is, die zonder twijfel wèl bevoegd is(60).

Het kort geding van een rechtspersoon die daarbij in feite een groepsbelang, soms bijna een algemeen belang ('het milieu') vertegenwoordigt, is in de Nederlandse rechtszalen een vertrouwd verschijnsel.

De gedaagde die in persoon verschijnt kan zich uiteraard door een rechtsgeleerd raadsman doen bijstaan, maar ook wel andere personen tot zijn steun meebrengen.

Tegen een gedaagde die niet in persoon verschijnt, noch vertegenwoordigd door een procureur, doch door een derde, zal verstek verleend moeten worden. De vertegenwoordiger wordt overigens — als de President daartoe aanleiding vindt — wel in staat gesteld het standpunt van gedaagde kenbaar te maken. Als dat al niet geschiedt is de President soms bereid hem als informant te horen(61).

6. *Behandeling*

Van belang is, dat de President zo goed mogelijk op de behandeling is voorbereid. Daartoe plegen de raadslieden van beide partijen de President op voorhand de stukken toe te zenden, waarop zij zich bij de behandeling willen beroepen. Voor die behandeling is bij de meeste Presidenten een uur uitgetrokken, soms drie kwartier, soms anderhalf uur. In bijzondere — bij voorkeur tevoren te melden — gevallen veel meer.

De procedure geschiedt mondeling. De raadsman van eiser pleegt het eerst het woord te krijgen, maar nodig is dit niet. De dagvaarding kan zo uitvoerig zijn, dat het zinvoller is eerst gedaagde de gelegenheid te geven te reageren. De standpunten plegen aan de hand van pleitnotities te worden uiteengezet. Conclusies worden niet gewisseld. De President stelt zich in het algemeen actief op, vraagt, informeert, onderzoekt.

Gedaagde kan ter zitting — bij voorkeur schriftelijk — een eis in reconventie instellen, mits deze aan de voorwaarden voor behandeling in kort geding voldoet.

(60) Pres. 's-Gravenhage, 24 november 1988, *K.G.*, 1989, 6.

(61) Pres. Amsterdam, 1 juni 1989, *K.G.*, 1989, 256.

Vermeerdering van eis is mogelijk, wijziging evenzeer. Voor de President kan dat mondeling geschieden(62).

Bij de behandeling kunnen zich praktisch alle incidenten voordoen, die ook in de gewone procedure kunnen voorkomen. De wijze waarop de President daarop beslist, wordt mede bepaald door de vereiste speed(63).

7. *Bewijs*

Wat te doen bij geschillen over de feiten in kort geding?

Vooropgesteld zij, dat de President in kort geding niet aan de wettelijke regels omtrent het bewijs gebonden is, waar deze in kort geding niet toegepast behoeven te worden(64). Ook hier dus een grote mate van vrijheid, samenhangend met het voorlopig karakter van de beslissing. Het gaat in dat verband minder om het bewijzen van feiten, dan wel om het aannemelijk maken van stellingen. In kort geding zal de rechter het daarbij van de omstandigheden mogen laten afhangen welke eisen hij stelt aan het door eiser of gedaagde voorshands aannemelijk maken van de feiten, waarop de vordering of het verweer steunen(65). Over omkering van de bewijslast kan niet worden geklaagd en de rechter mag op grond van eigen wetenschap een feit als waar aannemen, dat naar de regelen van de gewone rechtspleging bewijs behoefde(66).

Op zichzelf is het verhoor van getuigen in eerste aanleg of in hoger beroep in kort geding niet zonder meer uitgesloten. Of daartoe wordt overgegaan zal afhangen van de belangen die op het spel staan en de mate van spoedeisendheid van het geval(67). Evenmin werd uitgesloten geacht de behandeling van de zaak aan te houden, overigens onder het treffen van een ordemaatregel, ten einde een „legal opinion” ter beantwoording van vragen van buitenlands recht te verkrijgen(68).

Niettemin, in het algemeen leent het kort geding zich niet voor

(62) Pres. Roermond, 18 juni 1974, *N.J.*, 1975, 445. Voor de goede procesorde is het niettemin praktisch wanneer, zeker bij wat ingewikkelder petita, de nieuwe vordering op schrift wordt gesteld. Voor het hoger beroep van het kort geding moet worden vastgehouden aan de wettelijke eis dat verandering of vermeerdering slechts schriftelijk kan geschieden, H.R., 16 december 1983, *N.J.*, 1984, 718.

(63) In geval van wraking onderzocht de President daarom zelf in hoeverre die gegrond was, Pres. 's-Gravenhage, 27 juli 1989, *K.G.*, 1989, 306.

(64) H.R., 16 februari 1962, *N.J.*, 1962, 142.

(65) H.R., 2 april 1978, *N.J.*, 1979, 194.

(66) H.R., 5 december 1952, *N.J.*, 1953, 767.

(67) Hof 's-Gravenhage, 10 september 1987, *K.G.*, 1988, 10.

(68) Pres. Amsterdam, 29 juni 1989, *K.G.*, 1989, 280.

getuigenverhoren, laat staan voor uitvoerige, hoe informeel de President daarbij ook te werk zou mogen gaan. Dit probleem kan worden opgelost, door met spoed een voorlopig getuigenverhoor te vragen en het resultaat daarvan in de kort gedingprocedure in te brengen.

8. *Motivering*

De rechter behoort zijn vonnis te motiveren. Hij moet zich rekenschap geven van de gronden waarop hij tot zijn uitspraak komt. Die eis geldt ook de President in kort geding. Hoever de motiveringsplicht reikt hangt af van hetgeen partijen over en weer hebben aangevoerd, van hetgeen als (voorshands) vaststaand mag worden aangenomen en van het belang van de aangevoerde stellingen voor de uitkomst van de procedure. De motiveringsplicht van de rechter varieert echter ook naargelang de aard van de procedure en de betekenis van de te nemen beslissing.

Naar vaste rechtspraak gelden in dit verband voor de motivering in kort geding in het algemeen minder strenge eisen dan in de gewone procedure(69). Een verscherpte motiveringsplicht is daarentegen aangenomen in gevallen waarin de gevraagde voorziening in wezen ertoe strekt betaling van een geldsom te verkrijgen: van de rechter die een dergelijke vordering toewijst, kan worden verlangd dat naar behoren feiten en omstandigheden worden aangewezen, die meebrengen dat een zodanige voorziening uit hoofde van onverwijlde spoed is geboden(70).

Niet alleen tijdens de behandeling van de zaak, maar zeker ook uit zijn vonnis leert men de President kennen. Er zijn, voor wie enkele jaargangen Kort Geding doorbladert, opmerkelijke stijlverschillen te ontdekken tussen de verschillende Presidenten.

Naar mijn indruk treft men in kort gedingvonnissen vaker dan in vonnissen van de gewone rechter overwegingen ten overvloede aan, al verschillen de Presidenten onderling ook in dit opzicht. In het bijzonder waar vorderingen op formele gronden moeten stranden, menen Presidenten kennelijk dat het zinvol is ook — soms uitvoerige — overwegingen aan het geschil zelve te wijden(71). Men treft echter ook de vermanende, soms welhaast bestraffende, overweging ten

(69) H.R., 26 maart 1965, *N.J.*, 1965, 163 en H.R., 21 januari 1983, *N.J.*, 1983, 466.

(70) H.R., 22 januari 1982, *N.J.*, 1982, 505.

(71) Opmerkelijke voorbeelden: Pres. 's-Gravenhage, 6 mei 1988, *K.G.*, 1988, 231 en Pres. Haarlem, 19 december 1988, *K.G.*, 1989, 68.

overvloede(72). Zeker voor zover die overwegingen, hoezeer ook ten overvloede, in de visie van de President mede aan zijn beslissing ten grondslag liggen, moet de in het ongelijk gestelde partij ze in hoger beroep bestrijden, wil het belang aan het hoger beroep niet reeds daarom komen te ontbreken(73).

9. Tenuitvoerlegging

Naar luid van art. 293 Rv. is de President bevoegd de tenuitvoerlegging zijner uitspraken te bevelen bij voorraad, met of zonder borgtocht, niettegenstaande verzet of hoger beroep in de gevallen waarin het hoger beroep is toegelaten. Het artikel laat ruimte voor een ambtshalve beslissing, ook bij later vonnis van dezelfde President, zo deze eerder achterwege bleef. Dit artikel brengt ook met zich, dat de President soms meer mag dan zijn Rechtbank. Mocht die immers in bepaalde gevallen, artt. 52 en 53 Rv., de voorlopige tenuitvoerlegging niet bevelen, de President mag een voorziening geven die neerkomt op een uitvoerbaarverklaring bij voorraad(74).

Het vonnis kan ook uitvoerbaar worden verklaard bij lijfswang. De artt. 585 en 586 Rv. schrijven voor wanneer dit plaatsvindt en art. 587 Rv. geeft de rechter — en daarmee ook de President — daartoe de mogelijkheid in geval het gaat om het geven van een bepaalde zaak(75), het verrichten van een handeling, die uitsluitend van de wil van de veroordeelde afhangt en alleen door hem kan worden verricht(76), en wanneer het gaat om het nalaten van een handeling, bijvoorbeeld het in de toekomst verder beledigen door de gedreven verkondigers van een dubieuze heilsboodschap, op wie dwangsommen moeilijk verhaalbaar zijn en die hebben aangekondigd zich aan de beslissingen van een wereldse rechter niet te zullen storen(77).

De tenuitvoerlegging kan ook, art. 297 Rv., worden bevolen op de minuut, dat is het origineel exemplaar van de uitspraak. In de praktijk is dat zelden nodig, omdat in het algemeen terstond een grosse beschikbaar is.

(72) Pres. Haarlem, 17 januari 1989, *K.G.*, 1989, 98 en Pres. 's-Gravenhage, 8 februari 1991, *K.G.*, 1991, 89.

(73) H.R., 8 februari 1980, *N.J.*, 1982, 240.

(74) H.R., 25 januari 1952, *N.J.*, 1952, 781.

(75) Pres. Amsterdam, 6 oktober 1988, *K.G.*, 1988, 409.

(76) Pres. 's-Gravenhage, 24 februari 1989, *K.G.*, 1989, 125 met vervolg 4 april 1989, *K.G.*, 1989, 183.

(77) Pres. Zwolle, 17 mei 1988, *K.G.*, 1988, 243.

10. Verzet

Het verzet door de niet-verschenen gedaagde, tegen wie verstek is verleend, wordt gebracht voor de Rechtbank, art. 294 Rv. Dat de zaak dan wordt verwezen naar de Enkelvoudige Kamer, waar de President zit, lijkt een praktische oplossing⁽⁷⁸⁾.

11. Rechtsmiddelen

Het kort geding kent afwijkende termijnen voor het aanwenden van rechtsmiddelen, art. 295 Rv. Het hoger beroep moet binnen veertien dagen na de dag van de uitspraak worden ingesteld, voor het cassatieberoep geldt een termijn van zes weken.

Uit art. 293 Rv. volgt dat het hoger beroep niet in alle gevallen is toegelaten. Welke die gevallen zijn, dient te worden afgeleid uit de regels die toepasselijk zouden zijn in geval de vordering ten principale bij de gewone rechter zou zijn ingesteld⁽⁷⁹⁾. Tegen niet-appellabele vonnissen staat dadelijk beroep in cassatie open.

In hoger beroep moet op straffe van nietigheid bij dagvaarding procureur worden gesteld en als de wederpartij op de dagvaarding wil verschijnen doet hij dat eveneens bij procureur, art. 295a Rv.

In beginsel verloopt de procedure in hoger beroep volgens de gewone regels. Het Hof te Amsterdam kent een speciale regeling voor het spoedappèl. Die regeling komt in het kort hierop neer, dat appellant dadelijk in de dagvaarding zijn grieven opneemt. De wederpartij krijgt vervolgens een kort uitstel voor antwoord, waarna op zeer korte termijn een datum voor pleidooi wordt bepaald. Bij die gelegenheid is de spreektijd zeer beperkt. Het Hof streeft er vervolgens naar op een termijn van drie weken arrest te wijzen, waar de normale termijn zes weken is.

De cassatieprocedure verloopt volgens de gewone regels.

V. GEVOLGEN

Hiervoor werd reeds benadrukt, dat de bodemrechter niet aan het oordeel van de President is gebonden, en dat dit een regel is, die voor de President zekere beperkingen met zich brengt, in het bijzonder deze, dat hij zich van een declaratoire uitspraak heeft te onthouden.

⁽⁷⁸⁾ SCHENK, blz. 89.

⁽⁷⁹⁾ H.R., 3 april 1981, *N.J.*, 1982, 184.

Niettemin heeft de beslissing van de President in de praktijk verstrekende gevolgen. Vaak leggen partijen zich bij het oordeel van de President neer en komt er helemaal geen bodemprocedure.

VI. PROCEDURE: BIJZONDERE ASPECTEN

1. Het kort geding tegen de overheid

Het kort geding tegen de overheid mag zich, ondanks de ruime mogelijkheden die de Wet Arob biedt om als belanghebbende tegen beschikkingen van die overheid op te komen, in een grote populariteit verheugen. Er zijn kennelijk nog genoeg besluiten van algemene strekking en rechtshandelingen naar burgerlijk recht, die door de justitiabelen als onrecht worden gevoeld of in elk geval als zodanig voor de President worden gebracht. De Staat, Provincies, Gemeenten en Waterschappen hebben zich dan ook met regelmaat voor verschillende Presidenten in kort geding te verantwoorden.

Het debat over de vraag of de President de overheid bepaalde voornemens of gedragingen kan verbieden, dan wel opdrachten kan geven, kan soms heftig zijn. Als de President eenmaal beslist heeft, is er eigenlijk niemand die eraan twijfelt, dat de overheid, zonder verdere discussie doet wat is opgedragen of nalaat wat is verboden. Als dat betekent, dat de overheid geld ter beschikking moet stellen, gebeurt dat.

Dat het vanzelfsprekend is dat de overheid beslissingen van de President uitvoert, blijkt ook uit de gewoonte aan een veroordeling van de overheid niet dan bij hoge uitzondering een dwangsom te verbinden.

2. Het kort geding van de overheid

Soms wil ook de overheid ter bescherming van haar eigen of haar toevertrouwde belangen naar het wapen van het kort geding grijpen. Dan rijst de vraag of het kort geding het geoorloofde middel is.

Zie ik het goed, dan is die vraag voor het eerst gerezen in het geval van een Gemeente, die voor de President werd gedaagd, ten einde te worden veroordeeld aan een burger een woonvergunning te verstrekken. In reconventie vorderde de Gemeente dat de burger verboden zou worden te handelen in strijd met de Gemeentelijke bouwverordening. De dreiging van zodanig handelen achtte de Gemeente jegens

haar een onrechtmatige daad. Voor zover hier van belang, oordeelde de Hoge Raad(80), dat het algemeen belang, dat voor elk overheidslichaam is betrokken bij de naleving van de door dat lichaam uitgevaardigde wettelijke voorschriften op zichzelf niet behoort tot de belangen welke art. 1401 B.W. beoogt te beschermen. De vordering was derhalve in kort geding niet voor toewijzing vatbaar.

De vragen die in dat verband rijzen, worden veroorzaakt door publiekrechtelijke regelingen, die van invloed kunnen zijn op de wijze waarop de overheid van privaatrechtelijke middelen gebruik mag maken.

Het is zinvol daarbij een onderscheid te maken tussen het handhaven van een publiekrechtelijke regeling met privaatrechtelijke middelen enerzijds en het handhaven van uit het privaatrecht voortvloeiende bevoegdheden met die middelen anderzijds.

In het eerste geval is de vraag of in het bestuursrecht mogelijkheden zijn gegeven, die publiekrechtelijke regeling te handhaven. Als dat zo is, en als die mogelijkheden afdoende kunnen zijn, is het kort geding voor de overheid niet de aangewezen weg.

In het tweede geval is de vraag of door het gebruik van de privaatrechtelijke weg, de bestuursrechtelijke weg op onaanvaardbare wijze zou worden doorkruist. Bij dat laatste valt onder meer te letten op de wijze waarop en de mate waarin belangen van burgers in de bestuursrechtelijke regeling beschermd worden. Naar mate die regeling verder is gedetailleerd, moet eerder worden aangenomen, dat de President in kort geding niet de voor de overheid aangewezen be slechter van het probleem is(81).

3. *Geldvordering*

Het kort geding ter incasso van geldvorderingen dankt zijn bloei, in het bijzonder bij de Rechtbank te Amsterdam, aan een wervend artikel van de toenmalige Amsterdamse President BORGERHOFF MULDER(82). Bij dit soort kort gedingen gaat het niet alleen om de vraag of de zaak spoedeisend is — welke crediteur wil geen betaling — maar met name ook om het verband tussen het vereiste van spoed en de kansen in de bodemprocedure. De Hoge Raad heeft daarover geoordeeld, dat toewijzing van de voorziening in een dergelijk geval

(80) H.R., 9 november 1973, *N.J.*, 1974, 91.

(81) Zie de reeks H.R., 14 april 1989, *N.J.*, 1990, 712, H.R., 26 januari 1990, *N.J.*, 1991, 393 en H.R., 9 juli 1990, *N.J.*, 1991, 394, met de zeer instructieve noten van CJHB en MS.

(82) Advocatenblad 1981, blz. 419 e.v.

het risico met zich brengt, dat van het desbetreffende bedrag — wanneer over de vordering in een bodemgeschil is beslist en uit die beslissing voortvloeit dat het bedrag moet worden terugbetaald — restitutie niet meer kan worden verkregen. Mede met het oog op dit risico is met betrekking tot een voorziening in kort geding, bestaande in betaling van een geldsom, terughoudendheid op zijn plaats. De rechter behoort verder te onderzoeken, of feiten en omstandigheden kunnen worden aangewezen, die meebrengen dat een voorziening als hier bedoeld uit hoofde van onverwijlde spoed is geboden, maar een financiële noodsituatie bij eiser is geen voorwaarde(83).

Het lijkt geen twijfel, dat, wanneer men met een voldoende sterk geachte geldvordering de President benadert, er een grote kans is, dat er een spoedbetalingsopdracht volgt.

4. *De dwangsom*

Zijn bloei heeft het kort geding zeker ook te danken aan het bestaan van de dwangsom, het middel bij uitstek om de veroordeelde aan te zetten zijn (voorlopige) verplichtingen na te komen.

Algemeen wordt aangenomen, dat, ook in kort geding, een dwangsom slechts kan worden opgelegd indien eiser dat heeft gevorderd(84). Dat de dwangsom op een lager bedrag kan worden gesteld dan was gevraagd, wekt, gelet op de vrijheid van de rechter, geen verwondering. Over de vraag of de discretionaire bevoegdheid van de President bij het beslissen omtrent het opleggen van een dwangsom zo ver gaat, dat hij een hogere dwangsom kan opleggen dan werd gevraagd, wordt verschillend geoordeeld.

Bij het geven van een beslissing, waarbij een dwangsom wordt opgelegd, verdient het aanbeveling zo nauwkeurig mogelijk aan te geven, wat nu precies moet, of niet mag, en welk bedrag per overtreding verschuldigd is. Verboden, vergezeld van dwangsommen voor „elke gehele of gedeeltelijke overtreding” hebben een neiging, zo er al problemen door worden opgelost, eigen problemen te creëren. De President doet er voorts verstandig aan na te gaan, of een maximum aan de door hem opgelegde dwangsom moet worden verbonden.

(83) H.R., 29 maart 1985, *N.J.*, 1986, 84.

(84) H.R., 25 mei 1990, *N.J.*, 1991, 354 met verwijzing naar Beneluxhof, 2 april 1984, *N.J.*, 1984, 704.

5. *Vreemd recht in kort geding*

Ook vreemd recht vindt in kort geding toepassing. De procedure in kort geding wijkt in zoverre niet af van de gewone procedure.

6. *Terzijdestelling in de bodemprocedure*

In het vorenstaande is het voorlopige karakter van de uitspraak van de President bij herhaling aan de orde gekomen. Dat moge aanleiding zijn voor enige korte beschouwingen over de gevolgen van de terzijdestelling van het vonnis van de President in de bodemprocedure.

Enkele van de vragen die in dat verband rijzen kwamen aan de orde in een uitspraak van de Hoge Raad, naar aanleiding van de beslissing van een President die een verbod oplegde met een dwangsom, terwijl zijn Rechtbank in de bodemprocedure een andere rechtsopvatting bleek te huldigen⁽⁸⁵⁾.

De Hoge Raad was van oordeel, dat de partij die door de rechter in kort geding is veroordeeld, zich enerzijds aan het verbod dient te houden, zolang dat van kracht is, in dier voege dat het andersluidend oordeel in het bodemgeschil er niet aan in de weg staat dat eenmaal verbeurde dwangsommen verschuldigd blijven. Anderzijds meende de Hoge Raad dat in beginsel dient te worden aangenomen, dat degene die door dreiging met executie zijn wederpartij heeft gedwongen zich naar een in kort geding gegeven verbod te gedragen, onrechtmatig heeft gehandeld wanneer hij, naar achteraf blijkt uit de uitspraak in het bodemgeschil, niet het recht had van de wederpartij te vergen dat deze zich van de desbetreffende handelingen onthield. In dat verband merkt de Hoge Raad op, dat er, gegeven de aard van het kort gedingvonnis, van mag worden uitgegaan, dat degene die met executie dreigde, wist, althans behoorde te weten, dat hij zijn handelen baseerde op een voorlopige maatregel, zodat de door zijn handelen veroorzaakte schade in beginsel als door zijn schuld veroorzaakt heeft te gelden.

Zoekend naar een grondslag voor dit oordeel zegt de Hoge Raad, dat deze oplossing maatschappelijk meer gerechtvaardigd is dan de omgekeerde oplossing, die daarop zou neerkomen dat de partij die zich onder dreiging met executie aan het verbod heeft gehouden, in beginsel de schade moet dragen, ook al blijkt achteraf het door de eiser in kort geding gepretendeerde recht niet te bestaan.

⁽⁸⁵⁾ H.R., 16 november 1984, *N.J.*, 1985, 547.

Wie op grond van een uitvoerbaar bij voorraad verklaarde beslissing een prestatie heeft verricht, heeft recht op restitutie, dan wel ongedaanmaking, wanneer in de bodemprocedure de beslissing terzijde wordt gesteld. De vraag of de executant als een ontvanger te goeder of te kwader trouw moet worden aangemerkt is van belang voor de omvang van de teruggaveplicht. In de hierboven vermelde uitspraak van de Hoge Raad ligt besloten, dat uitgangspunt mag zijn dat de executant te kwader trouw is.

De opvatting van de Hoge Raad, dat dwangsommen enerzijds verschuldigd blijven, maar dat dreiging met executie anderzijds onrechtmatig handelen kan zijn, is in de literatuur bestreden(86). Daarbij is aangevoerd, dat, als na terzijdestelling in het bodemgeschil blijkt, dat de executant geen materiële aanspraken had, achteraf komt vast te staan dat de dwangsommen ten onrechte door gedaagde zijn verbeurd. Zijn ze reeds geïncasseerd, dan behoren ze te worden teruggegeven. Het betalen van dwangsommen wordt aldus gezien als onlosmakelijk verbonden met de materieelrechtelijke beslissing. Uitzondering daarop wordt aangenomen, wanneer de omstandigheden van het geval zich na het vonnis in kort geding wijzigen.

Een heel andere vraag rijst wanneer gedaagde zich niet aan het bevel van de President houdt en — om zo te zeggen — in de bodemprocedure tenslotte in het gelijk wordt gesteld. De hiervoor vermelde rechtspraak van de Hoge Raad brengt met zich, dat dit aan de verschuldigdheid van de dwangsommen niet afdoet. Dat betekent, dat de dwangsommen in beginsel verschuldigd blijven tot aan de uiteindelijke uitspraak in het bodemgeschil(87). Ook deze visie van de Hoge Raad is wel bestreden(88), waarbij wordt aangevoerd dat er weliswaar een formele aanspraak op de dwangsom is gelegen in de beslissing van de rechter, maar dat de materieelrechtelijke aanspraken ontbreken, getuige de beslissing in de bodemprocedure.

Belangrijkste literatuur over het kort geding in Nederland

- *Bodemloos? Speedprocedures voor Nederlands recht*, Jonge Balie Congresbundel 1987;
- KEIJSER, E.J.A. en TJOEN-TAK-SEN, K.G., *De grillige groei van het kort geding*, Arnhem 1991.

(86) VAN ROSSUM, A.A., *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen*, Deventer, 1990, blz. 89 e.v.

(87) H.R., 22 december 1989, *N.J.*, 1990, 434.

(88) VAN ROSSUM, A.A., *a.w.*, blz. 92.

- KORTHALS ALTES, E., „Belangenafweging en doelmatigheidsoverwegingen in kort geding”, in *Kort geding en toetsing, preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht*, 1985;
- *Het Kort geding*, themanummer *Ars Aequi* 1986 (nr. 12);
- MEIJERS, E.M., *Het kort geding*, 2e druk, bewerkt door VERMEULEN, J.Th., Zwolle 1967;
- *Onverwijldde Spoed — het kort geding en andere spoedprocedures in het Nederlandse recht*, Bundel verschenen ter gelegenheid van het 7e lustrum van de Vereniging De Jonge Balie Utrecht, 2e druk, Zwolle 1987;
- VAN ROSSEM-CLEVERINGA, Mr W. VAN ROSSEM's *Verklaring van het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, 4e druk bewerkt door CLEVERINGA, R.P., Zwolle 1972;
- VAN ROSSUM, A.A., *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen*, dissertatie Nijmegen 1990;
- SCHENK, W. *Het kort geding*, 4e druk, bewerkt door BLAAUW, J.H. en DE BRUIJN-LUIKINGA, M.E. Th., Deventer 1984;
- SCHENK, W. *Het kort geding*, in *Praktijkboek Administratief recht*, losbladig, voortgezet door BLAAUW, S.H.

SOMMAIRE

LA PROCÉDURE EN RÉFÉRÉ EN DROIT NÉERLANDAIS

Le présent article brosse une esquisse de la procédure en référé dans le droit des Pays-Bas. C'est le Président du domicile de l'intimé ou de l'arrondissement où est requise la mesure en cause qui a compétence pour statuer en cette matière.

Au plan de la compétence d'attribution, le Président est toujours compétent si le différend original est de la compétence du juge civil. Il est compétent également si ce différend relève d'un autre juge, mais qu'auprès de ce dernier des mesures d'urgence ne sont pas possibles.

Des mesures d'urgence peuvent également être obtenues auprès de divers juges administratifs et dans certaines procédures pénales. Il existe également un référé arbitral, à ne pas confondre avec un arbitrage d'urgence. Si l'une des parties invoque à l'égard du Président l'existence d'un référé arbitral, le Président peut se déclarer incompétent et déférer l'affaire.

Auprès du juge de canton (juge de paix) il existe également une procédure d'urgence qui ne porte cependant nullement préjudice à la compétence du Président.

L'auteur défend la thèse selon laquelle le Président n'est pas compétent pour prendre, sans aucune orientation juridique, des mesures d'ordre basées sur une simple appréciation des intérêts en présence.

La décision du Président est provisoire. Elle ne lie en aucune manière le juge du fond. La loi comporte peu de prescriptions sur la manière de procéder en cette matière. Les règles de la procédure ordinaire ne sont applicables que dans la mesure où elles ne sont pas en contradiction avec la nature propre du référé. En la matière, la liberté du Président est très grande. Il n'est pas lié par les règles légales en matière de preuve. Il peut procéder lui-même à l'audition des témoins, mais en général l'urgence de la procédure s'y oppose. Il peut y obvier par la voie d'une audition provisoire des témoins dont le résultat sera inclus dans la procédure en référé.

Le juge doit motiver son jugement. Cela vaut également pour le Président statuant en référé. D'une manière générale, toutefois, la motivation de cette décision est soumise à des exigences moins lourdes par le *Hoge Raad* (Cour de Cassation).

Bien que la décision du Président ne lie pas le juge au fond, les parties s'inclinent assez souvent devant sa décision et il n'y a donc même pas de procédure sur le fond.

Pour les autorités, se pose la question de savoir si le droit administratif offre des possibilités de faire respecter des règles de droit public. Dans l'affirmative, la procédure en référé n'est pas la voie la plus indiquée pour les autorités appelées à agir contre des infractions. Pour le surplus, se pose la question de savoir si le fait d'emprunter la voie de droit privé ne risque pas de soulever un obstacle inadmissible sur la voie de droit public.

ZUSAMMENFASSUNG

DIE EINSTWEILIGE VERFÜGUNG NACH NIEDERLÄNDISCHEM RECHT

Der Artikel bietet einen kurzen Überblick über das Verfahren der einstweiligen

Verfügung nach niederländischem Recht. Die Kompetenz zur Entscheidung hat der Präsident des Wohnorts des Beklagten oder des Amtsgerichts an dem die Maßnahme erfordert wird.

In absolutem Sinne ist der Präsident immer kompetent, wenn die ursprüngliche Streitsache vom Zivilrichter behandelt wird. Außerdem ist er kompetent wenn die ursprüngliche Streitsache von einem anderen Richter behandelt wird, aber bei diesem Richter ein Schnellverfahren nicht möglich ist.

Schnellverfahren kommen bei verschiedenen Verwaltungsrichtern und in einigen Strafverfahren vor. Es gibt auch eine schiedsrichterliche einstweilige Verfügung, von einer beschleunigten Schlichtung deutlich zu unterscheiden. Wenn sich eine der Parteien dem Präsidenten gegenüber auf die Existenz einer schiedsrichterlichen einstweiligen Verfügung beruft, kann der Präsident sich für inkompetent erklären und die Sache verweisen.

Auch bei dem Amtsrichter gibt es ein Schnellverfahren, das die Kompetenz des Präsidenten allerdings nicht beeinträchtigt.

Die These wird verteidigt, daß der Präsident nicht die Kompetenz hat ohne jegliche juristische Orientierung aufgrund einer reinen Interessenabwägung Ordnungsmaßnahmen zu treffen.

Die Entscheidung des Präsidenten ist vorläufig. Seine Entscheidung bindet auf keine Weise den Richter der ursprünglichen Streitsache.

Das Gesetz enthält wenig Verordnungen über die Verfahrensweisen. Die Regeln für das normale Verfahren werden nur angewendet, insofern die Eigenart der einstweiligen Verfügung denen nicht widerspricht. In dieser Hinsicht ist die Freiheit des Präsidenten sehr groß.

Der Präsident ist nicht an die gesetzlichen Regeln für die Beweisführung gebunden. Er darf selbst Zeugen vernehmen, aber im allgemeinen widersetz sich der Beschleunigungscharakter des Verfahrens dieser Maßnahme. Eine vorläufige Zugenvernehmung, deren Ergebnis in das Verfahren der einstweiligen Verfügung eingebracht wird, behebt diese Beschwerde.

Der Richter muß sein Urteil begründen. Dies gilt auch für den Präsidenten der einstweiligen Verfügung. Im allgemeinen jedoch werden an die Motivierung des Urteils durch den Hohen Rat weniger schwere Anforderungen gestellt.

Obwohl die Entscheidung des Präsidenten den Richter der ursprünglichen Streitsache nicht bindet, finden Parteien sich oft mit seinem Urteil ab und kommt es nicht zu einer ursprünglichen Streitsache.

Für die Obrigkeit gilt die Frage, ob im Verwaltungsrecht Möglichkeiten existieren zur Handhabung einer öffentlichrechtlichen Reglung. Wenn ja, so ist die einstweilige Verfügung für die Obrigkeit nicht der richtige Weg gegen Verstöße aufzutreten. Weiter erhebt sich die Frage ob durch die Anwendung des Privatrechtes das Verwaltungsrecht nicht in unzumutbarer Weise beeinträchtigt werden sollte.

SUMMARY

SUMMARY PROCEEDINGS UNDER NETHERLANDS LAW

This article provides a brief outline of the procedural aspects of summary proceedings under the law of the Netherlands.

It is the Presiding Judge of the place where the party summoned has his residence, or of the district (arrondissement) where the provision is required who is competent to take a decision in such matters.

In the strict sense, it is the Presiding Judge who is competent in every case where the original dispute is being heard by the civil court. He is also competent where the original dispute is being heard by another court, but that court has no powers of expeditious provision.

There are various administrative courts, and some criminal courts, which have powers of expeditious provision. There is also the summary proceedings in arbitration, not to be confused with accelerated arbitration. Where one of the parties invokes the existence of summary proceedings in arbitration before the Presiding Judge, the latter will disclaim jurisdiction and refer the matter to another court.

There is also an accelerated procedure before the *kantonrechter* (district court judge), which does not, however, detract in any way from the jurisdiction of the Presiding Judge in this field.

It is claimed that the Presiding Judge lacks jurisdiction to make orders merely on the basis of a balance of the interests involved, without any guidance by the court.

The decision of the Presiding Judge is provisional. His decision in no way binds the court handling the original dispute.

The relevant legislation contains but few provisions relating to the manner in which the procedure is to be set in motion. The rules which apply to the ordinary proceedings only apply where this involves no conflict with the specific nature of the summary proceedings. In this respect, the Presiding Judge enjoys a good deal of freedom.

The Presiding Judge is not bound by the legislation relating to evidence; he may hear the witnesses himself but generally speaking the nature of the proceedings in question militate against this. This can be accommodated by hearing the witnesses on a provisional basis, then to integrate the outcome thereof in the summary proceedings.

The Court must provide reasons for its decision. This also applies to the Presiding Judge sitting in summary proceedings. Generally speaking, however, fewer demands are made by the *Hoge Raad* of this type of decision than in other cases.

Although the decision of the Presiding Judge is not binding on the court dealing with the original dispute, the parties often accept his ruling and proceedings in the original action are cancelled.

The question facing the public authorities is whether administrative law provides opportunities to maintain the public law system in this context. If the reply to this is in the affirmative, summary proceedings are not the appropriate way for the public authorities to penalise offences. There also arises the question whether the use of private law methods does not unduly impinge upon the administrative law method.

RESUMEN

EL PROCEDIMIENTO DE URGENCIA DE DERECHO HOLANDÉS

Este artículo esboza el procedimiento de urgencia(*) de derecho holandés.

Es competente para decidir el Presidente del órgano judicial correspondiente al distrito judicial del domicilio del demandado o del distrito judicial donde se requiere la providencia.

En términos generales, el Presidente del órgano judicial siempre es competente si la cuestión de fondo se somete a un juez civil. Además, es competente si el fondo entiende otro juez, al que es imposible dictar una providencia de urgencia.

Las providencias de urgencia existen ante ciertos jueces administrativos y en algunos procedimientos penales. También existe un procedimiento de urgencia arbitral, que tiene que ser distinguido de un arbitraje de urgencia. Si una de las partes invoca, frente al Presidente, la existencia de un procedimiento de urgencia arbitral, el Presidente puede declararse incompetente y remitir la causa.

Ante el Juez cantonal, también existe un procedimiento de urgencia, que no menoscaba sin embargo la competencia del Presidente.

Se defiende en el artículo que el juez no es competente para tomar medidas de orden sin orientación jurídica alguna, basándose meramente en una ponderación de intereses.

La decisión del juez es provisional. Su decisión no obliga de ninguna manera al juez que trata del fondo.

La ley contiene pocos preceptos sobre la manera de proceder en juicio. Las reglas para el procedimiento habitual sólo se aplican en la medida que el carácter propio del procedimiento de urgencia no sea contrario a esas reglas. La libertad del Presidente a ese respecto es muy grande. El Presidente no está sujeto a las normas legales sobre la prueba. Puede oír testigos él mismo, pero en general, el carácter urgente del procedimiento se opone a ello. Se puede evitar esto mediante un examen anticipado de testigos y aportando el resultado de éste en el procedimiento de urgencia.

El juez debe motivar su sentencia. Esto vale también para el Presidente de causas urgentes. Pero, en general, el Tribunal Supremo es menos exigente en lo relativo a la motivación de esa sentencia.

Aunque la decisión del Presidente no le obliga al juez que trata el fondo, las partes se conforman frecuentemente con su juicio y no se presenta un proceso de fondo en absoluto.

Para las autoridades, la cuestión es si se han dado posibilidades en el derecho administrativo para mantener una regulación del derecho público. En caso afirmativo, el procedimiento de urgencia no es la vía adecuada para las autoridades para proceder contra infracciones. Además, surge la cuestión si, utilizando la vía del derecho privado, no se cruzaría, de manera inaceptable, la vía del derecho administrativo.

(*) N.D.T.: En este resumen, se utiliza el término „procedimiento de urgencia” en lugar de „procedimiento sumarísimo” de derecho español.