

CURSUS NEDERLANDS BURGERLIJK PROCESRECHT

Onderdeel: Kort Geding

Door mr K. Frielink

23 september 2003 van 17.00 - 19.00 uur

Literatuur

- J.H. Blaauw, *Het kort geding; A. Algemeen deel*, 7^e druk 2002, 340 blz.
- W. Schenk en J.H. Blaauw, *Het kort geding; B. Bijzonder deel*, 6^e druk 2000, 398 blz.
- H.J. Snijders, M. Ynzonides en G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, 3^e druk 2002, blz. 293-307.
- P.A. Stein en A.S. Rueb, *Burgerlijk procesrecht*, 14^e druk 2003, blz. 210-221.
- R.G. Hendrikse en P.A. Josephus Jitta, *Quod (vooralsnog) non!*, *Advocatenblad* 17/2003, blz. 748-751.

1. Inleiding

De gedachte achter het kort geding is om in spoedeisende gevallen – dat zijn gevallen waarin het oordeel van de bodemrechter niet kan worden afgewacht - onmiddellijke hulp van de rechter te kunnen verkrijgen. Die gedachte wordt ook teruggevonden in artikel 254 lid 1 Rv dat luidt:

'In alle spoedeisende zaken waarin, gelet op de belangen van partijen, een onmiddellijke voorziening bij voorraad wordt vereist, is de voorzieningenrechter bevoegd deze te geven.'

Er zijn drie belangrijke elementen in deze bepaling te onderscheiden:

1. er moet een spoedeisende situatie zijn;
2. de belangen van partijen moeten worden afgewogen, en
3. het moet gaan om een voorlopige voorziening.

Ook buiten het civiele recht kunnen voorlopige voorzieningen worden getroffen. Denk voor wat het administratieve recht aan artikel 8:81 e.v. Awb, artikel 36 lid 1 Wet op de Raad van State, artikel 17 lid 1 van de Beroepswet en artikel 19 lid 1 Wet bestuursrecht-spraak bedrijfsorganisatie. Wanneer het gaat om onderwerpen ten aanzien waarvan de Awb van kracht is (bijvoorbeeld vreemdelingenzaken) dan is de (civiele) kort gedingrechter niet bevoegd.

Bekend zijn ook de door de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam te treffen voorlopige voorzieningen in het kader van de WOR en het enquêterecht.

Hangende een bodemprocedure kan door ieder der partijen een *provisionele vordering* worden ingesteld en vorderen dat de rechter een voorlopige voorziening zal treffen voor de duur van het geding. Deze vordering moet samenhangen met de hoofdvordering (art. 223 Rv). Het betreft hier een zogeheten incidentele vordering. Deze vordering kan strekken tot gehele of gedeeltelijke toewijzing van hetgeen in de hoofdzaak is gevorderd. De provisionele vordering kan ook voor het eerst in hoger beroep worden ingesteld. Veelal wordt een regulier kort geding geëntameerd en niet van deze over de rol lopende mogelijkheid gebruik gemaakt.

2. De voorzieningenrechter

De meeste kort gedingen worden gevoerd ten overstaan van de voorlopige voorzieningenrechter, die doorgaans - ter zitting - met 'President' wordt aangesproken (art. 50 lid 3 Wet RO).

De relatieve competentie van de kort gedingrechter is niet afzonderlijk in de wet geregeld. Bevoegd is de rechter die ingevolge de artikelen 99 e.v. Rv bevoegd is in bodemzaken: de rechter van de woonplaats van de gedaagde; de rechter van de plaats waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht; de rechter van de plaats waar de onrechtmatige daad is gepleegd etc. Ook is bevoegd de rechter van de plaats waar de gevraagde voorziening moet worden uitgevoerd, alsmede de bevoegd verklaarde rechter (forumkeuze). Zie voor de competentie bij executiegeschillen artikel 438 Rv: ook de rechter van de plaats waar inbeslagname plaatsvindt, zich één of meer van de betrokken zaken bevinden en waar de executie zal plaatsvinden zijn bevoegd.

De relatieve bevoegdheid is, in eerste aanleg, niet van openbare orde (art.110 Rv). Als de gedaagde zich op de relatieve onbevoegdheid beroept en de rechter hem ervan overtuigd om dit verweer te laten varen, dan staat daarmee de relatieve bevoegdheid vast (Pres. Rb Zwolle 26 juli 1999, KG 1999/248).

Aan de rechtsmacht van de Nederlandse rechter, die behalve door de artikelen 1 e.v. Rv ook door verdragen en EG-verordeningen wordt bepaald, ga ik hier voorbij.

3. De kantonrechter in kort geding

De regeling van het kort geding (artt. 254 t/m 260 Rv) geldt sinds 1 januari 2002 ook voor de kantonrechter. Het oude artikel 116 Rv is daarmee komen te vervallen. Dat artikel voorzag in een kantonrechterlijk kort geding zonder de mogelijkheid van hoger beroep of cassatie.

Dat de kantonrechter bevoegd is een voorlopige voorziening te geven volgt uit artikel 254 lid 4 jo artikel 93 Rv. De eisende partij kan er overigens voor kiezen om zijn zaak aan de gewone kort gedingrechter voor te leggen. De kantonrechter kan alleen worden geadieerd voor zover het betreft zaken die tot zijn takenpakket behoren: vorderingen tot en met € 5.000 of een aardvordering (huur, arbeid, agentuur) in combinatie met een waardevordering van meer dan € 5.000.

Aan het kort geding bij de kantonrechter wordt verder voorbij gegaan.

4. De procedure

Het kort geding wordt in een afzonderlijke terechtzitting behandeld. De eiser, die procureur moet stellen, moet via zijn procureur aan de rechter een dag en uur van behandeling vragen. Voor incasso kort gedingen worden door sommige Rechtbanken vaste dagen gebruikt waartegen zonder voorafgaand overleg met de rechter kan worden gedagvaard (zie over het kort geding tot incasso: HR 14 april 2000, NJ 2000/489 inzake HBS Trading/Danestyle).

De rechter kan bepalen dat de dagvaarding voor een bepaalde dag moet worden uitgebracht of dat de dagvaarding aanstonds ook per fax naar de gedaagde moet worden gestuurd (art. 254 lid 2 Rv).

De gedaagde kan in persoon procederen, maar kan zich niet laten vertegenwoordigen door een gemachtigde die geen procureur is (art. 255 lid 1 Rv). Een gemachtigde die

geen procureur is, mag wel tezamen met de gedaagde verschijnen en voor hem optreden (HR 28 april 1995, NJ 1995/729). Uiteraard mag de gedaagde een procureur inschakelen om namens hem verweer te voeren.

Dagvaarding

Het kort geding wordt met een dagvaarding ingeleid. Deze dagvaarding moet aan de gebruikelijke eisen voldoen en zal dus onder meer de gronden voor de eis moeten bevatten (art. 111 lid 2 onder d Rv) en de vermelding van de verweren van de gedaagde (art. 111 lid 3 Rv).

Uit de aard van het kort geding vloeit voort dat de eiser stelt en (summier) motiveert dat sprake is van een spoedeisend belang. Kan de gebruikelijke dagvaardingstermijn niet worden gehaald, dan impliceert de dagbepaling van de rechter het verlot om op een kortere termijn te dagvaarden (zie de MvT, Kamerstukken II 1999-2000, 26 833, nr. 3, blz. 144).

Kamerstukken zijn overigens te vinden op: <http://parlando.sdu.nl/cgi/login/anonymous> (functie: zoeken uitgebreid).

Geen conclusies

Er vindt in kort geding geen conclusiewisseling plaats. Gebruikelijk is dat partijen elkaar en de rechter tijdig voor de zitting de producties toesturen waarop zij zich willen beroepen. In de regel lichten partijen hun standpunt toe aan de hand van pleitnotities. Veelal is het zo dat de rechter of tijdens de pleidooien dan wel daarna vragen stelt, waarna partijen nog kort de tijd voor repliek en dupliek krijgen.

Soms is het handig om een deskundige of getuige mee te nemen naar de zitting, maar het is de President die bepaalt of dergelijke personen ook het woord mogen voeren. Het is dus raadzaam een rapport of verklaring als productie in het geding te brengen.

Voeren van verweer

Vaak is er maar weinig voorbereidingstijd voor een kort geding. Het is zinvol om bij de voorbereiding van het verweer een rijtje algemene verweren door te lopen:

- eiser heeft onvoldoende spoedeisend belang bij het gevorderde (dit verweer heeft niet bij alle rechters evenveel kans van slagen, en geen kans van slagen bij een executiegeschil)
- er is sprake van een wilsgebrek bij gedaagde (dwaling)
- aan het gevorderde is reeds voldaan (betaald, verrekend, kwijtgescholden)
- de vordering is verjaard
- de vordering ontbeert een feitelijke en/of juridische grondslag (de overeenkomst is vernietigd of afgelopen)
- het gevorderde voorschot op de schadevergoeding kan niet worden toegewezen, want er is geen toerekenbare tekortkoming
- de gevolgen van een voorlopige voorziening zijn te ingrijpend of onomkeerbaar (belangenafweging + zijn er mogelijkheden voor gedaagde om zijn eventuele schade te verhalen?)
- er is geen respectabel belang (de ontruiming wordt slechts gevorderd, omdat de huurders niet met huurverhoging willen instemmen)

Het is ook zinvol om de vraag te stellen of er niet nader onderzoek naar de feiten nodig is, waarvoor een kort geding zich niet leent. Er kunnen bijvoorbeeld enkele ontlastende verklaringen in het geding worden gebracht die de rechter kunnen doen twifelen en waardoor getuigenbewijs nodig zou kunnen worden. De rechter kan op die grond besluiten de vordering af te wijzen. Soms bepaalt de rechter een nadere zittingsdag, zodat

toch nog nadere inlichtingen kunnen worden verschaft (Pres. Rb Zwolle 8 december 1993, KG 1994/52: het ging hier om een lekke septic tank, waardoor de bewoonster van een kapel ernstige overlast ondervond).

Eis in reconventie

De gedaagde kan een eis in reconventie instellen (artt. 136 t/m 138 Rv). Die eis wordt uiteraard getoetst op de aanwezigheid van een spoedeisend belang. Hoewel ter zitting een mondelinge eis in reconventie op zich is toegestaan, is het raadzaam om die op voorhand schriftelijk kenbaar te maken. Wil de gedaagde een eis in reconventie instellen, dan heeft hij daarvoor een procureur nodig.

Bewijs

De wettelijke regels van bewijsrecht zijn niet van toepassing. Artikel 78 Rv bepaalt dat niet met zoveel woorden, maar de aard van het kort geding verzet zich tegen toepassing. Voor andere bewijslevering dan door middel van geschriften wordt meestal geen gelegenheid geboden. De rechter gaat soms wel ter plekke kijken om de toestand op te nemen (art. 201 Rv). De eiser die vermoedt dat getuigenbewijs voor zijn zaak van doorslaggevend belang kan zijn, doet er dus verstandig aan om schriftelijke verklaringen te bemachtigen en tijdig in het geding te brengen dan wel – indien zijn spoedeisend belang dat toelaat – een verzoek voor een voorlopig getuigenverhoor (art. 186 e.v. Rv) in te dienen.

Vonnis

Nadat partijen hun standpunt hebben toegelicht bepaalt de rechter een datum voor het wijzen van vonnis. In de regel is dat een termijn van twee weken. Gaat het om een zeer urgente kwestie dan kan de rechter ook aanstonds (mondeling) vonnis wijzen of binnen enkele uren of dagen.

De kort gedingrechter kan zijn vonnis op verzoek of ambtshalve uitvoerbaar bij voorraad verklaren (art. 258 Rv). Dat houdt dan in dat de tenuitvoerlegging van het vonnis niet wordt geschorst wanneer daartegen een rechtsmiddel (bijvoorbeeld hoger beroep) wordt ingesteld.

Het vonnis in kort geding bevat slechts voorlopige oordelen, die dus niet prejudiciëren op de bodemprocedure en waaraan de bodemrechter ook niet is gebonden. Artikel 257 Rv bepaalt in dat verband dat beslissingen bij voorraad geen nadeel toebrengen aan de zaak ten principale. Er wordt geschat dat in 95% van de gevallen partijen genoegen nemen met een kort gedingvonnissen en derhalve geen bodemprocedure entameren.

De kort gedingrechter heeft de nodige vrijheid met betrekking tot het gevorderde. Hij kan, ondanks hetgeen is gevorderd, de voorziening treffen die hem het meest dienstig voorkomt, al zal die wel altijd zoveel mogelijk bij het gevorderde aansluiten (Hof Leeuwarden 7 oktober 1998, NJ 1999/405). Vaak wordt in het petitum in de dagvaarding na de concreet geformuleerde eis al toegevoegd "*dan wel een zodanige voorziening als u in goede justitie zult vermenen te behoren*".

In kort geding kunnen alleen voorlopige voorzieningen of ordemaatregelen worden getroffen; het kan daarbij gaan om een (feitelijk) onomkeerbare voorziening. Een kort gedingvonnissen kan derhalve geen declaratoir of constitutief dictum bevatten. Met name kantonrechters in kort geding hebben zich nogal eens bezondigd aan uitspraken die met deze regel in strijd zijn (daartegen J.B. de Groot en K. Frielink, *Het kantonrechterlijk kort geding ex artikel 116 WvBRv*, TREMA 6/1992, blz. 227-232). Blijkens de MvT (Kamerstukken II 1999-2000, 26 855, nr. 3, blz. 145) was dat één van de redenen voor de wetgever om artikel 116 Rv inzake het kantonrechterlijk kort geding te schrappen.

In kort geding kunnen dus geen overeenkomsten worden ontbonden of vernietigd. Ook kan geen verklaring voor recht worden gevraagd, bijvoorbeeld dat een overeenkomst nietig is of buitengerechtelijk is vernietigd. De rechter kan niet verder gaan dan voorspand aannemen of voorlopig van oordeel zijn dat van de nietigheid, vernietigbaarheid etc. moet worden uitgegaan, of dat het naar zijn voorlopig oordeel waarschijnlijk is dat de bodemrechter de nietigheid, vernietigbaarheid etc. zal uitspreken, om op basis daarvan tot een – al dan niet in de tijd beperkt en al dan niet door een dwangsom versterkt – gebod of verbod te komen.

Rechtsmiddelen

Tegen het vonnis in kort geding kan binnen vier weken hoger beroep worden ingesteld bij het Gerechtshof (art. 339 lid 2 Rv). Tegen een in appèl gewezen arrest kan binnen acht weken cassatieberoep worden ingesteld (art. 402 lid 2 Rv). Hoger beroep en cassatie zijn niet mogelijk in de gevallen waarin dat bij een bodemprocedure ook niet mogelijk zou zijn (zie cursusmateriaal "hoger beroep").

Een enkele opmerking over de vernietiging van een vonnis in kort geding. Heeft de eisende partij het vonnis ten uitvoer gelegd en wordt het vervolgens vernietigd, dan moet hetgeen is betaald als onverschuldigd (zonder rechtsgrond; art. 6:203 BW) worden terugbetaald. De executie van een (nadien vernietigd) vonnis kan jegens de gedaagde ook een onrechtmatige daad opleveren. Wordt het vonnis in kort geding niet vernietigd, maar krijgt de eisende partij in de bodemprocedure alsnog ongelijk, dan wordt hij geacht onrechtmatig jegens de gedaagde te hebben gehandeld en is hij tot schadevergoeding verplicht. Eventueel door de gedaagde verbeurde dwangsommen ingevolge het vonnis in kort geding kunnen niet worden teruggevorderd (HR 16 november 1984, NJ 1985/547 en HR 22 december 1989, NJ 1990/434). Zie ook HR 15 mei 1998, NJ 1999/569 met betrekking tot de vraag wat er met een in kort geding gegeven verbod gebeurt, wanneer de bodemrechter wel oordeelt conform de grondslag van het kort gedingvonnis, maar niet een vergelijkbaar verbod uitspreekt.

Zie over de vernietiging van een vonnis in kort geding waarin de opheffing van een conservatoir beslag werd bevolen: HR 26 mei 2000, NJ 2001/388 inzake Het Land Aruba/-Boeije. Het beslag herleeft met eerbiediging van de wijzigingen die zich in de tussentijd ten aanzien van de rechtstoestand van de beslagen goederen hebben voorgedaan.

Is sprake van een niet-appellabel kort geding vonnis (bijvoorbeeld omdat het belang niet meer dan € 1750 bedraagt), dan staat ingevolge artikel 80 Wet RO beroep in cassatie open, waarvoor de normale cassatietermijn van drie maanden geldt (art. 402 Rv).

Was de gedaagde in eerste aanleg niet verschenen, dan kan hij met tussenkomst van een procureur, verzet instellen bij de kort gedingrechter (art. 259 Rv).

Intrekken kort geding

Niet zelden wordt een kort geding vóór de zitting ingetrokken. Een simpel intrekkingbriefje met een copie aan de gedaagde volstaat. Een minnelijke regeling, angst om te verliezen, een (gedeeltelijke) tegemoetkoming door de gedaagde, gewijzigde omstandigheden e.d. kunnen een eiser doen besluiten het kort geding in te trekken.

Wanneer tot intrekking wordt besloten omdat de gedaagde aan het gevorderde heeft voldaan, kan aan de intrekking de voorwaarde worden verbonden dat de gedaagde de proceskosten vergoedt. Desnoods wordt een pro forma aanhouding gevraagd. Voldoet de gedaagde hieraan niet, dan kan de zitting alsnog doorgang vinden. (Als de zaak niet ter zitting wordt uitgeroepen is overigens geen vast recht verschuldigd; art. 2 lid 1 Wet tarieven in burgerlijke zaken en Rb. Rotterdam 2 maart 2002, NJ 2003/309).

De gedaagde die met een intrekking wordt geconfronteerd zonder dat hij aan de vordering van eiser heeft voldaan, kan op grond van artikel 127 Rv de dagvaarding – ook al is die inmiddels ingetrokken – (doen) inschrijven, dat wil zeggen, de dagvaarding aan de griffier overleggen (voorzieningenrechter Utrecht 8 mei 2003, KG 2003/153). Er kan dan over de kosten worden doorgeprocedeerd. Het is (waarschijnlijk) ook mogelijk langs deze weg een eis in reconventie in te stellen.

5. Verwikkelingen

Ontvankelijkheid

In kort geding gelden dezelfde niet-ontvankelijkheidsgronden als bij een bodemprocedure.

Wanneer er geen (materieel) rechtsgeschil tussen partijen bestaat, is er voor een voorlopige voorziening ook geen plaats. Voorbeeld: partijen waren het onderling eens geworden over de ontruiming van een woning, maar daardoor kreeg de huurder van de woningbouwvereniging geen urgentieverklaring. En dus kwamen zij overeen de ontruiming door de rechter te laten bevelen, maar die voelde daar niets voor (Pres. Rb 's-Gravenhage 10 december 2001, KG 2002/10). Partijen lijken hier het slachtoffer te zijn geworden van hun openheid tegenover de rechter: als zij zich tot een regulier ontruimingskort geding hadden beperkt met een niet te sterk verweer van de gebruiker, dan zou de vordering wellicht wel zijn toegewezen.

Wanneer iemand een vordering tot revindicatie instelt op eigen naam en voor eigen rekening, terwijl hij geen eigenaar is, dan volgt niet-ontvankelijkheid. In dit geval had eiser zijn onroerende zaak verkocht onder de verplichting om de kadastrale grens gelijk aan de feitelijke te laten zijn, op grond waarvan hij ontruiming van een stuk grond door zijn voormalige burens vorderde (Pres. Rb 's-Gravenhage 24 april 2001, KG 2001/146).

Andere rechtsgang niet benut

Wie terzake van een bestuursbesluit een beroepstermijn laat verstrijken – in casu was de levering van rolstoelen en scootermobielen niet aan eiser gegund, tegen welk besluit eiser binnen zes weken in beroep had kunnen gaan – kan niet vervolgens in kort geding vorderen dat het besluit alsnog wordt heroverwogen (Voorzieningenrechter Rb Utrecht 15 oktober 2002, KG 2002/290). Hier speelt uiteraard mee dat de opdracht inmiddels aan een ander was gegund.

Staat een andere – exclusieve - rechtsgang open, dan moet daarvan gebruik worden gemaakt en kan niet in plaats daarvan de rechter in kort geding worden geadieerd. Zo voorziet bijvoorbeeld het Wetboek van Canoniek Recht in een kerkelijke rechtsgang, waarbij de kerkelijke rechter een exclusieve bevoegdheid heeft te oordelen over onder meer zaken die geestelijke aangelegenheden betreffen. De Stichting Instituut Katholieke Informatie probeerde in kort geding informatie te verkrijgen over de uitvoering van Synodebesluiten door de Rooms-Katholieke Bisschoppenconferentie van de kerkprovincie Nederland. De rechter achtte zich niet bevoegd (Pres. Rb Utrecht 18 december 2001, KG 2002/43).

Zie over het Wetboek van Canoniek recht ook A.P.H. Meijers e.a., *Op het snijvlak van civiel en canoniek recht*, Zwolle 1994, 88 blz.

Staat op grond van – in dit geval - het Wetboek van Canoniek Recht een (interne) beroepsgang open, dan moet daarvan gebruik worden gemaakt alvorens de burgerlijke rechter kan worden geadieerd. De President achtte zich in dit geval overigens wel bevoegd gezien de aard van de vordering: het Bisdom had besloten niet langer als "partici-

pant" van een leerling-priester op te treden, waardoor hij zijn opleiding aan de Priesteropleiding Bovendonk niet kon vervolgen. De vordering om het besluit te vernietigen of nietig te verklaren c.a. werd als een burgerrechtelijke vordering aangemerkt. Overigens is een dergelijke vordering vanwege zijn constitutieve karakter uit zijn aard niet toewijsbaar in een kort geding.

Complexiteit

Dat een zaak juridisch en/of feitelijk ingewikkeld is wil niet zeggen dat deze niet in kort geding kan worden behandeld. Dit hangt uiteraard mede af van de wijze waarop de rechter door partijen wordt voorgelicht. Van de in kort geding rechtsprekende rechter kan niet worden verwacht dat hij zich uitgebreid gaat verdiepen in (princiële vraagstukken betreffende) buitenlands recht. Wel mag worden verwacht dat hij zich verdiept in ingewikkelde wettelijke bepalingen van het Nederlandse recht (HR 2 april 1993, NJ 1994/-650).

Of een zaak te ingewikkeld is voor een kort geding, zal niet zelden (mede) afhangen van de vraag of er een noodzaak bestaat om een voorlopige voorziening te treffen.

6. Spoedeisend belang

Hoewel vaak - zonder daaraan al te veel woorden te besteden - wordt aangenomen dat sprake is van een spoedeisend belang, is de voorzieningenrechter (evenals de rechter in hoger beroep) bevoegd om ambtshalve te beoordelen of sprake is van een spoedeisend belang. Er is ook legio jurisprudentie waarbij vorderingen op grond van het ontbreken van spoedeisend belang worden afgewezen.

Het is dus voor een eiser in ieder geval aan te raden om het spoedeisend belang – per vordering - enigszins te motiveren (en bij bestrijding nader te motiveren) en voor een gedaagde om het ontbreken daarvan – per vordering - te motiveren. Dat laatste hoeft natuurlijk niet wanneer men nu juist behoefte heeft aan een rechterlijk oordeel. Of een zaak spoedeisend is, is een vraag van feitelijke aard die niet in cassatie kan worden getoetst.

In de regel wordt een vordering afgewezen (of een voorziening geweigerd) wanneer een spoedeisend belang ontbreekt. Denkbaar is dat de eiser niet-ontvankelijk wordt verklaard. Het lijkt immers een typische ontvankelijkheidsvraag te betreffen: namelijk het (spoedeisend) belang van eiser bij de gevraagde voorziening (geen belang, geen actie). Maar algemeen wordt anders geleerd.

De wet schrijft voor dat zich een spoedeisende situatie moet voordoen. Dat is een situatie a) waarbij ingrijpen op korte termijn geboden is en b) waarin het oordeel van de bodemrechter niet kan worden afgewacht. Niet noodzakelijk is dat reeds een bodemprocedure aanhangig is; er hoeft zelfs helemaal geen bodemprocedure aanhangig te worden gemaakt.

Het begrip 'spoedeisend belang' is een relatief begrip: het is afhankelijk van de concrete feiten en omstandigheden van het geval. De daarbij relevante vraag is steeds: kan de uitspraak in de bodemprocedure worden afgewacht?

Door het verstrijken van tijd kan een spoedeisend belang ontstaan, maar ook komen te vervallen.

Degene die in loondienst is en maandelijks recht heeft op uitbetaling van zijn loon, heeft in de regel een spoedeisend belang bij een voorlopige voorziening ingeval de werkgever (zonder valide reden) het loon niet uitbetaalt. Wanneer de werknemer eerst gedurende

enkele maanden poogt door middel van minnelijk overleg tot een uitbetaling te komen, dan verliest hij daardoor niet – in ieder geval niet automatisch – zijn spoedeisend belang. Maar wachten kan de werknemer wel worden tegengeworpen: 6 maanden wachten alvorens om loon te vragen en daarna wederom maanden geen actie nemen, doet het spoedeisend belang ontbreken (Kantonrechter Gouda 13 september 2001, KG 2001/260). Zou een werkgever kunnen aantonen dat de werknemer bijzonder vermogend is en het salaris relatief gezien niet meer dan een schijntje, dan dient zich uiteraard de vraag aan of de werknemer niet op een uitspraak van de bodemrechter kan wachten.

Wanneer het pand van iemand wordt gekraakt kan het zijn dat hij een spoedeisend belang heeft bij de ontruiming, wanneer hij het pand per direct wil opknappen en verkopen. Er zal geen spoedeisend belang zijn, wanneer vaststaat dat het pand na de ontruiming nog geruime tijd (in dezelfde staat) leeg zal staan. Het spoedeisend belang kan uiteraard na verloop van tijd ontstaan, bijvoorbeeld wanneer er een koper wordt gevonden.

Zie voor de ontruiming van een asielwoning op een termijn van vijf maanden: voorzieningenrechter Rb Zwolle 17 februari 2003, KG 2003/76. Er was spoedeisend belang bij de ontruiming, maar er was ook een grote kans op het uiteenvallen van het asielgezin, zulks met ernstige gevolgen voor de kinderen. Daarom werd vijf maanden respijt gegeven. En voor een ontruiming op een termijn van één jaar: voorzieningenrechter Rb Breda 13 november 2002, KG 2002/300. Het ging hier om Irakezen die waren overvallen en gegijzeld en van de rechter de tijd kregen om daar psychisch van te herstellen.

Heeft iemand die twee jaar lang heeft 'gedoogd' (in de zin van: niet naar de rechter stappen) dat zijn buurman iedere zaterdagmiddag in zijn eigen tuin schietoefeningen doet, spoedeisend belang bij een voorlopige voorziening waarbij dat wordt verboden? Dat zal mede afhangen van de vraag wat is ondernomen om met de schietgrage buurman tot afspraken te komen, maar bijvoorbeeld ook van vragen als: kan de gelaedeerde gezien zijn geestelijke toestand meer schietoefeningen verdragen? Is het feit dat de gelaedeerde net vader of moeder is geworden van belang? En in het kader van de belangenafweging zal bijvoorbeeld meespelen welke alternatieven er zijn voor de buurman (een schietbaan in de buurt?).

Zie voor een zaak waarin het verweer werd verworpen dat twee jaar was gewacht met een kort geding en dus geen spoedeisend belang aanwezig was: voorzieningenrechter Rb Zwolle 22 januari 2003, KG 2003/75. Het ging om de bouw van een uitzicht belemmerende verdieping op een kantoorpand, terwijl in deze zaak gedurende die twee jaar een bestuurstraject was doorlopen en regelmatig overleg heeft plaatsgevonden.

Wanneer de rechter gevraagd wordt een voorziening te treffen die eerste op termijn van kracht zal zijn, ontbreekt het spoedeisend belang bij het treffen van een onmiddellijke voorziening. Vgl. Voorzieningenrechter Rb 's-Gravenhage 12 februari 2003, KG 2003/59: een gedetineerde heeft op grond van een uitspraak van het EHRM recht op strafkorting en wil die in kort geding afdwingen, terwijl die kwestie pas op zijn vroegst over negen maanden speelt.

Spoedeisend belang en een belangenafweging hebben met elkaar te maken. Het spoedeisend belang ziet op de vraag of van de eisende partij kan worden gevergd de uitkomst van de bodemprocedure af te wachten. Maar zelfs al heeft hij een spoedeisend belang, dan zal moeten worden onderzocht of dat opweegt tegen de belangen van gedaagde.

Een spoedeisend belang om in kort geding een voorlopige voorziening te vragen kan soms ook bestaan in een geval dat de wet expliciet in de mogelijkheid van een voorlopige voorziening voorziet: zo kunnen hangende een echtscheidingsprocedure voorlopige voorzieningen omtrent bijvoorbeeld alimentatie worden gevraagd. Mocht zelfs die procedure

nog te lang duren dan kan ter overbrugging in kort geding een voorziening worden getroffen.

Wanneer in hoger beroep de vraag aan de orde komt of de gevraagde voorziening voor toewijzing in aanmerking komt, na weigering daarvan door de president, moet de appèlrechter ook beoordelen of de eisende partij ten tijde van het arrest bij die voorziening een spoedeisend belang heeft. Dat geldt ook voor het geval de vordering in eerste aanleg is toegewezen en de vraag aan de orde is of de voorziening ook voor de toekomst (al dan niet gedeeltelijk) in stand kan blijven (HR 31 mei 2002, NJ 2003/343).

Dat een spoedeisend belang in hoger beroep ontbreekt, wil niet zeggen dat het vonnis a quo ten onrechte is geweest. Bij de vraag of de president een juist vonnis heeft gegeven moet het spoedeisend belang niet ex nunc maar ex tunc worden beoordeeld, dus op basis van de situatie zoals de rechter in eerste aanleg die aantrof ten tijde van zijn beoordeling. Overigens is een dwangsomveroordeling geen voorlopige maar een definitieve voorziening, waarvoor niet geldt dat de toetsing steeds ex tunc moet geschieden: dit valt onder het hiervoor genoemde geval van de beoordeling van het (gedeeltelijk) in stand blijven van de voorziening.

Wat blijkens dit arrest niet kan, is dat de appèlrechter een door de president getroffen voorziening met daaraan gekoppeld een dwangsom, met handhaving van die dwangsom wijzigt, zodat met terugwerkende kracht een dwangsom wordt verbonden aan een andere veroordeling. In dit geval was de gedaagde veroordeeld om 5000 internetpoorten ter beschikking te stellen op straffe van een dwangsom van NLG 5 miljoen per dag, terwijl het Hof dit vonnis bekrachtigde met inbegrip van de door de president genoemde termijn van acht dagen na betekening, maar met vernietiging van het vonnis op dit punt, en het aantal poorten op 1656 bepaalde. Het Hof had het vonnis in zijn geheel behoren te vernietigen.

7. Misbruik van (proces)recht

De regeling inzake misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) vindt buiten het vermogensrecht toepassing voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet (art. 3:15 BW). Dit leerstuk kan ook in het procesrecht een rol spelen: dan wordt over misbruik van procesrecht gesproken.

Van een dergelijk misbruik kan bijvoorbeeld sprake zijn wanneer ten onrechte het faillissement wordt aangevraagd door een crediteur, maar ook wanneer sprake is van een eigen aanvraag (bijvoorbeeld alleen maar om werknemers te kunnen ontslaan).

Zaak Pres. Rb Amsterdam 23 april 1992 (rolnummer KG 92/847 V; n.g.). Deze zaak betrof de grootste onroerend goedveiling van Amsterdam. En bloc waren talloze panden geveild op basis van hypotheekrechten, waarbij naderhand bleek dat enkele hypotheeken waren gevestigd op basis van een onderhandse in plaats van een notariële volmacht. De betrokken notaris heeft stad en land afgereisd om de volmachtgever – die niet in Nederland woonde, maar er wel geregeld kwam om paarden te kopen – te vinden. Dat lukte en de volmachtgever heeft de volmacht bij notariële akte bekrachtigd. Houders van tweede hypotheeken die niet of maar zeer gering in de opbrengst van de veiling deelden zagen hun kans schoon en riepen de nietigheid van de gehele veiling in. Zijn entameerden een bodemprocedure bij de Rechtbank Amsterdam tegen de eerste hypotheekhouder (ABN AMRO Bank) en vroegen een daarop gebaseerde verklaring voor recht.

Voor in de eerste plaats de veiling koper (Place Noduvri B.V.) leidde dat tot grote onzekerheid, omdat er zich al een koper gemeld had (met grootscheepse plannen). Wachten op de uitkomst van de bodemprocedure was dan ook geen optie. De veilingkoper spande tegen de eisers in de bodemprocedure – waarin de veilingkoper zelf geen partij was –

een kort geding aan en vorderde: (primair) dat gedaagden (de tweede hypotheekhouders) de eis in de bodemprocedure zouden intrekken en (subsidiair) dat gedaagden hun eis zouden wijzigen, zodat de geldigheid van de veiling niet meer door een uitspraak in de bodemprocedure kon worden aangetast. De President (mr Vrakking) overwoog dat een bevel in kort geding tot intrekking van de eis toewijsbaar is, ook al grijpt het diep in en al heeft het onherstelbare gevolgen. (Zie verder het vonnis, weergegeven in TREMA 1 (1993), blz. 15-19).

Zaak Pres. Rb Breda 1 augustus 1991, KG 1991/282 inzake Dutch Portugal Projects/De Bruin Handelsmaatschappij.

8. Grepen uit de rechtspraak

Onderwerpen:

- Voorschot boedelverdeling (WPNR 6085 (1993), blz. 211-214)
- Omgangsregeling honden (Pres. Rb Arnhem 21 april 1998, KG 1998/163 en Pres. Rb Haarlem 6 november 1992, KG 1993/55).
- Weigerachtige bestuurder/verstrekken jaarstukken (Stichting & Vereniging 6 (1994), blz. 164-166).