

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

S. BEERNAERT, Algemene principes van het civiele kort geding 1341

Rechtspraak

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – **Belastingen** – Douane en accijnzen – Accijnscompenserende maatregel op dieselloertuigen

Arbitragehof 30 mei 2001 1351

Bewijs – Burgerlijke zaken – Bekentenis – Onsplitsbaarheid
Cass. 19 februari 1999 1352

Rechten van de mens – Openbaarheid – Strafzaken – Beslissing dat zaak met gesloten deur zal worden behandeld
– Geldigheidsduur – Volgende terechtzittingen

Cass. 15 mei 2001 (met noot van A. Vandeplas «Over de openbaarheid van de terechtzittingen») 1353

1. Stedenbouw – Herstelvordering – Motivering – Omvang –
2. Cassatie – Middel – Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens – Geen wet in de zin van art. 608 Ger. W. – 3. Grondwet – Grondwettigheidstoetsing van wetten – Bevoegdheid van het Hof van Cassatie

Cass. 4 december 2001 (met conclusie van advocaat-generaal M. De Swaef) 1353

Jaarlijkse vakantie – Vakantiegeld – Einde-dienst-vakantiegeld – Berekening – Verdienste brutowedde – Begrip – Premie groepsverzekering

Cass. 4 februari 2002 1356

Raad van State – Beroep tot nietigverklaring – Bestuurlijke handeling – Aanvechtbare rechtshandeling

R.v.St. 8 november 2001 (met noot van D. Van Heuven «Nota «De V.R.T. en de democratische samenleving» geen voor vernietiging vatbare rechtshandeling?») 1357

1. Wetten, decreten en besluiten – Werking in de tijd – Verjaring – Strafzaken – Wet die de verjaringstermijn verlengt – Onmiddellijke werking – **2. Verjaring** – Strafzaken – Stuiting – Proces-verbaal van opsporingsinspectie van administratie van douane en accijnzen – Verklaringen van en gegevens over beklaagden – Daad van onderzoek – Stuiting

Hof Antwerpen 24 november 1999 (met noot van F. Goossens en S. Van Dyck «Over de toepassing van verjaringsregels in de tijd en over de stuitende werking van het proces-verbaal, opgesteld door de opsporingsinspectie van de administratie der douane en accijnzen») 1359

Vennootschap – Oprichting – Aansprakelijkheid van oprichters wegens kennelijk ontoereikend kapitaal – Faillissement – Sluiting – Individueel schuldeiser – Ontvankelijkheid Hof Antwerpen 18 december 2000 1364

Overeenkomst – Derde-medeplichtigheid aan contractbreuk – Professionele autoverkoper – Verkoop van auto waarop een vervreemdingsverbod rust ingevolge een financieringsovereenkomst – Controle op de beschikkingsmacht van de verkoper over de hem te koop aangeboden auto

Kh. Dendermonde 16 september 1999 1365

Koop – Verborgen gebreken – Korte termijn – Vertrekpunt – Ontdekken van het gebrek – Rechtsvordering ten gronde
Vred. Asse 27 oktober 1999 1366

Kanttekeningen

V. Sagaert, De UNIDROIT-Convention betreffende Internationale Zakelijke Rechten op Roerend Uitrustingsmaterieel: een laatste strohalm voor de Belgische luchtvaartindustrie? 1367

Boeken

C. Berx, Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid (door S. Lust) 1369

P. De Baets, Getuigenverhoor in privaatrechtelijke geschillen (door D. Scheers) 1371

D. Van Daele, Het openbaar ministerie en de afhandeling van strafzaken in Duitsland (door A. De Nauw) 1371

F. Brison, Het naburig recht van de uitvoerende kunstenaar (door V. Castille) 1371

Erratum

Huwelijk – Borgstelling door een van de echtgenoten 1372

Mededelingen

Kort geding – Bevoegdheid 1372

Studieavond: Actualia zekerheden 1372

Doctoraat Rechten – R.U. Gent 1372

Studiedag: Politieverhoor en personalityprofiling 1372

Studienamiddag: Transfers en makelaars in de sport 1372

Studienamiddag: Arbeidsduur 1372

Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht: voorjaarsbijeenkomst 1372

Vormingsdag: Collectieve schuldenregeling 1372

ALGEMENE PRINCIPES VAN HET CIVIELE KORT GEDING¹

Inleiding

1. In het Gerechtelijk Wetboek wordt weinig aandacht besteed aan het kort geding. Volgens art. 584 Ger.W. doet «de voorzitter (...) in gevallen die hij spoedeisend acht, bij voorraad uitspraak in alle zaken, behalve die welke de wet aan de rechterlijke macht onttrekt.» Verder is vooral art. 1039 Ger.W. van belang, waarin onder meer bepaald wordt dat «de beschikking in kort geding geen nadeel toe- (brengt) aan de zaak zelf.» Het beknopte karakter van deze regeling staat evenwel in schril contrast met het grote belang van het kort geding in de praktijk.

In deze bijdrage worden enkele belangrijke aspecten van de kortgedingprocedure onder de loep genomen. In de eerste plaats worden de functie en de betekenis van de urgentievereiste onderzocht. Hierbij wordt tevens een vergelijking gemaakt met de voorwaarde van «volstrekke noodzakelijkheid», die geldt voor de procedure op eenzijdig verzoekschrift. Vervolgens komt het voorlopige karakter van de beschikking in kort geding aan bod. Centraal hierbij staat de analyse van de begrippen «uitspraak bij voorraad» en «geen nadeel aan de zaak zelf». Voorts wordt nagegaan wat het lot is van de kortgedingmaatregelen en de hieraan verbonden dwangsom, wanneer een beschikking uit eerste aanleg wordt hervormd in hoger beroep of na verzet. Hierbij gaat de aandacht vooral uit naar de gevallen waarin een dergelijke hervorming plaatsvindt wegens omstandigheden die zich hebben voorgedaan na de uitspraak in eerste aanleg. Tot slot volgt een beschrijving van de motiveringsplicht van de rechter in kort geding.

I. SPOEDEISEND KARAKTER VAN DE VORDERING IN KORT GEDING

A. Begrip

2. De rechter in kort geding treedt slechts op wanneer een bepaalde conflictsituatie dringend een rechterlijke maatregel vereist. De urgentie vormt de primaire voorwaarde voor het welslagen van een vordering in kort geding. Volgens een vaste formule van het Hof van Cassatie is er sprake van de vereiste urgentie «wanneer een onmiddellijke beslissing wenselijk is om schade van een bepaalde omvang, dan wel ernstige ongemakken te voorkomen.»² De concrete beoordeling van dit vereiste is een feitenkwestie en behoort tot de in cassatie onaanastbare appreciatiebevoegdheid van de kortgedingrechter.

B. Dubbele functie van het urgentievereiste

3. Jarenlang heeft een controverse geheerst over de vraag of de urgentie een toelaatbaarheidsvereiste of een bevoegd-

heidsvoorwaarde is, dan wel een element vormt van de grond van de zaak.

Het Hof van Cassatie heeft uiteindelijk beslist dat de urgentie zowel de «bevoegdheid» van de voorzitter als de «gegrondheid» van de vordering bepaalt.³ Enerzijds is de rechter in kort geding slechts «bevoegd» wanneer de eiser in zijn dagvaarding aanvoert dat de zaak dringend is. Zoals meestal het geval is,⁴ wordt de bevoegdheid van de rechter bepaald door de omschrijving van de vordering in de dagvaarding. Anderzijds vormt de beslissing of de aangevoerde urgentie ook daadwerkelijk aanwezig is, een onderdeel van het oordeel «ten gronde». Wanneer de eiser in de dagvaarding aanvoert dat het geschil dringend een rechterlijke maatregel vereist, maar de kortgedingrechter de vordering niet spoedeisend acht, wijst hij de vordering af als «ongegrond».⁵ Deze beslissing is een eindbeslissing en put de rechtsmacht van de rechter uit.

4. Het urgentievereiste raakt de openbare orde. De kortgedingrechter gaat desnoods ambtshalve na of de dagvaarding het urgent karakter van de vordering aanvoert en of deze urgentie aan de werkelijkheid beantwoordt. Het is uitgesloten dat partijen onderling overeenkomen dat de zaak spoedeisend is en bijgevolg in kort geding kan worden opgelost.⁶

C. Urgentie en «bevoegdheid»

5. In de eerste plaats wordt dus vereist dat de eiser in de gedinginleidende akte de urgentie aanvoert. Dit houdt in dat de eiser ofwel expliciet het spoedeisend karakter vermeldt ofwel elementen aanreikt waaruit redelijkerwijze af te leiden valt dat de zaak dringend is.⁷ Wanneer in de dagvaarding de urgentie niet wordt aangevoerd, verklaart de kortgedingrechter zich «onbevoegd».⁸

³ Cass., 11 mei 1990, *Pas.* 1990, I, 1045, *Arr.Cass.* 1989-90, 1169; Cass., 11 mei 1990, *R.W.* 1990-91, 987, met noot J. LAENENS, *J.T.*, 1990, 725, (verkort); *Arr.Cass.* 1989-90, 1175; *T.B.H.* 1990, 774, met noot D. LINDEMANS, *Pas.* 1990, I, 1050; Kort Ged. Rb. Brussel 27 maart 1998, *A.J.T.* 1997-98, 488, met noot B. DE VUYST; P. Taelman, «Het kort geding. Ontwikkeling van de urgentievoorwaarde en het vereiste bij voorraad uitspraak te doen in jaren '90 alsook enkele procedureaspecten», *P&B* 1997, p. 207, nrs. 9-10; G. DE LEVAL, «Le référé», in *Bancair derdenbeslag – gerechtelijk akkoord en faillissement – taalwetgeving... Vierde permanente vorming van de gerechtsdeurwaarders 1998*, 130; P. MARCHAL, *Les référés*, Brussel, Larcier, 1992, p. 49-50, nr. 15.

⁴ Art. 9 en art. 557 e.v. Ger.W.

⁵ Zie randnr. 7.

⁶ Kort Ged. Rb. Luik 25 oktober 1995, *Rev.not.b.* 1998, 53, met noot G. DE LEVAL, o.c., *Bancair derdenbeslag – gerechtelijk akkoord en faillissement – taalwetgeving... Vierde permanente vorming van de gerechtsdeurwaarders 1998*, 132; P. MARCHAL, o.c., p. 51, nr. 18.

⁷ Over de regel dat het voldoende is dat de spoedeisendheid impliciet wordt aangevoerd, zie Brussel 8 juli 1998, *T.R.V.* 1998, 340; *D.A.O.R.* 1998, afl. 46, 72; *A.J.T.* 1998-99, 195; *T.B.H.* 1998, 667; *Bank Fin.* 1998, 394; zie eveneens E.M. MEIJERS, *Het kort geding*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1967, 70.

⁸ Zie de verwijzingen in voetnoot nr. 3.

¹ Tekst van een lezing gehouden in het raam van de Themis-school voor permanente juridische vorming.

² Cass. 11 mei 1990, *R.W.* 1990-91, 987, met noot J. LAENENS, *J.T.*, 1990, 725, (verkort); *Arr.Cass.* 1989-90, 1175; *T.B.H.* 1990, 774, met noot D. LINDEMANS, *Pas.* 1990, I, 1050.

6. Het begrip «bevoegdheid», dat in dit verband door het Hof van Cassatie wordt gebruikt, beantwoordt evenwel niet aan de gebruikelijke betekenis van dit begrip in het Gerechtelijk Wetboek.⁹ Dat hoeft niet te verwonderen, aangezien dit begrip ook in het Gerechtelijk Wetboek niet eenduidig wordt gehanteerd. De «onbevoegdheid» van de rechter bij het niet aanvoeren van de urgentie is geen «onbevoegdheid» in de strikte betekenis. Het gaat met name niet over een bevoegdheidsconflict in de zin van titel IV van het Gerechtelijk Wetboek (art. 639 e.v. Ger.W.), dat handelt over de regeling van geschillen van bevoegdheid.

Zowel vanuit praktisch als vanuit theoretisch oogpunt is de regeling van art. 639 e.v. Ger.W. hier niet van toepassing. Deze regeling is enkel bedoeld voor bevoegdheidsconflicten tussen verschillende rechtbanken (rechtbank van eerste aanleg, rechtbank van koophandel, arbeidsrechtbank, vrederechter of politierechtbank); dit zijn de conflicten van bevoegdheid in de strikte zin, die kunnen worden beslecht door de arrondissementsrechtbank. Wanneer nu de eiser in de dagvaarding voor de burgerlijke rechtbank in kort geding de urgentie niet heeft aangevoerd of wanneer hierover twijfels rijzen, is er weliswaar sprake van een probleem van taakverdeling tussen rechters, zij het een taakverdelingsprobleem binnen dezelfde rechtbank (bevoegdheid louter in de ruime zin). Bij het niet-aanvoeren van de urgentie is het namelijk niet de voorzitter van de rechtbank die de zaak moet beslechten, maar een gewone kamer.

De mogelijke verwijzing naar de arrondissementsrechtbank overeenkomstig art. 639 e.v. Ger.W. is overigens onverzoenbaar met de vereiste spoed van de kortgedingprocedure.

Bij het niet-aanvoeren van de urgentie voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, zitting houdende in kort geding, is eigenlijk sprake van een verdelingsincident in de zin van art. 88, § 2 Ger.W. De behandeling als een verdelingsincident is bij nader inzien echter niet werkbaar in de praktijk. De procedure van art. 88, § 2 Ger.W. voorziet namelijk in twee termijnen van acht dagen voor de partijen en voor de procureur des Konings om een memorie of advies in te dienen. Deze relatief omslachtige procedure valt, evenmin als een verwijzing naar de arrondissementsrechtbank, te verzoenen met de snelheid die is vereist in de kortgedingprocedure. Zij zou de verweerder immers de mogelijkheid bieden de procedure te vertragen door simpelweg op te werpen dat de eiser niet heeft aangevoerd dat de procedure spoedeisend is. Bovendien is de verdelingsprocedure van art. 88, § 2 Ger.W. uitdrukkelijk beperkt tot de rechtbank van eerste aanleg. Voor een kort geding bij de rechtbank van koophandel of de arbeidsrechtbank biedt deze bepaling dus geen oplossing.

In de praktijk wordt aanvaard dat de geadieerde rechter zelf meteen een uitspraak doet over zijn bevoegdheid en, in geval van een negatieve beoordeling, de zaak simpelweg «uit handen geeft». De eiser kan dan zijn fout herstellen door nogmaals te dagvaarden in kort geding, waarbij hij de spoedeisendheid aanvoert. Hij kan er ook voor opteren de vordering ingekleed als een bodemgeschil voor de gewone rechter te brengen. *De lege ferenda* kan worden gepleit voor een uitdrukkelijke tekst die aansluit bij deze oplossing uit de

praktijk en die het probleem van de taakverdeling tussen kortgedingrechter en bodemrechter toevertrouwt aan de kortgedingrechter zelf.

D. Urgentie en de «grond» van de zaak

7. Volgens het Hof van Cassatie is er sprake van «ongegrondheid» van de vordering wanneer de voorzitter van oordeel is dat de aangevoerde urgentie niet aanwezig is.¹⁰ Het Hof wil hiermee uitdrukken dat dit geen kwestie is van toelaatbaarheid in de zin van art. 17 Ger.W., noch van taakverdeling in de zin van art. 88, § 2 Ger.W. of van bevoegdheid in de zin van art. 639 Ger.W. Vanuit deze optiek is het aanvaardbaar dat een beslissing waarbij de rechter oordeelt dat de vordering niet dringend is, een eindbeslissing is die de rechtsmacht van de rechter uitput en dat na dit oordeel geen verwijzing naar een andere rechter kan volgen. Maar het schept verwarring om de vordering in een dergelijk geval «ongegrond» te noemen. De grond van de zaak – «de zaak zelf» – duidt immers op de aanspraken of de beweerderechten van partijen, die voor de bodemrechter kunnen worden afgedwongen. Het is verkieslijk dat, wanneer de voorzitter vaststelt dat de vereiste urgentie niet aanwezig is, hij de vordering «afwijst bij gebrek aan rechtsmacht». In een dergelijk geval is immers niet voldaan aan de voorwaarden voor de rechtsmacht van de kortgedingrechter, omschreven in art. 584 Ger.W., namelijk een voorlopige maatregel treffen in urgente gevallen.¹¹

8. Schematisch komt de beslissing in kort geding neer op de volgende drietrapsraket. Eerst gaat de rechter na of spoedeisende omstandigheden werden aangevoerd. Zo niet, dan verklaart de rechter zich onbevoegd¹² en wijst hij de vordering af. Werd de urgentie wel aangevoerd, dan onderzoekt de rechter of de zaak inderdaad urgent is (en of de gevraagde maatregelen voorlopig zijn).¹³ Bij een negatieve beoordeling wijst hij de vordering af wegens gebrek aan rechtsmacht. In het andere geval onderzoekt hij de aanspraken van partijen op de manier eigen aan het kort geding¹⁴ en doet hij een uitspraak over de grond van de zaak. Dit laatste is evenwel iets anders dan het oordeel over de «zaak zelf», dat enkel in een bodemgeding kan worden verkregen.

9. Voor de «gegrondheid» van de vordering, of beter, de rechtsmacht van de rechter, is vereist dat de spoedeisendheid zowel bij het instellen van de vordering als op het moment van de uitspraak voorhanden is.¹⁵ Dit geldt zowel in eerste

¹⁰ Cass. 11 mei 1990, *R.W.* 1990-91, 987, met noot J. LAENENS, *J.T.*, 1990, 725, (verkort); *Arr.Cass.* 1989-90, 1175; *T.B.H.* 1990, 774, met noot D. LINDEMANS, *Pas.* 1990, I, 1050; Cass. 6 mei 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 899; *Pas.* 1991, I, 788. Zie eveneens de overige verwijzingen in voetnoot 2.

¹¹ P. MARCHAL, *o.c.*, p. 49-50, nr. 15.

¹² Het gaat hier dus om een probleem van bevoegdheid louter in de ruime zin; zie *supra*, randnr. 6.

¹³ Zie randnrs. 20 e.v.

¹⁴ Zie randnr. 29.

¹⁵ Cass., 11 mei 1998, *onuitgegeven*, A.R. nr. C.95.68.N; Kort Ged. Rb. Luik 7 mei 1998, *J.T.* 1998, 552; Kort Ged. Rb. Luik 25 oktober 1995, *Rev.not.b.* 1998, 53, met noot G. DOMEZ, «Aspects actuels du référé social», in Formation Permanente CUP, *Les procédures en référé*, 1998, 82; G. DE LEVAL, *o.c.*, *Bancair*

⁹ Hetzelfde geldt trouwens voor het begrip «gegrondheid». Zie verder, randnr. 7.

aanleg als, in voorkomend geval, in hoger beroep. Wanneer de rechter oordeelt dat de vordering onvoldoende dringend is, wijst hij de vordering af en wordt de eiser overeenkomstig art. 1017, eerste lid Ger.W. verwezen in de kosten.

Deze regel behoeft evenwel enige verfijning. Het is namelijk niet wenselijk dat de eiser alle kosten van het geding draagt, indien zijn vordering die urgent was bij de inleiding ervan, in de loop van het geding haar urgent karakter verliest, *a fortiori* wanneer dit gebeurt door toedoen van de verweerder die een voldongen feit heeft gecreëerd. Er moet dan ook worden aanvaard dat de vordering die haar urgent karakter verliest tijdens de procedure, «zonder voorwerp» is geworden.¹⁶ De eiser wordt op die manier niet volledig in het ongelijk gesteld, zodat de rechter de kosten kan omslaan tussen beide partijen of zelfs volledig ten laste van de verweerder kan leggen overeenkomstig art. 1017 derde lid Ger.W.

10. De afwijzing wegens gebrek aan urgentie, hetzij omdat deze nooit aanwezig is geweest, hetzij omdat de aanvaankelijke spoedeisendheid is verdwenen op het moment van de uitspraak, put de rechtsmacht van de kortgedingrechter uit. De zaak kan dan ook niet meer worden verwezen naar een andere rechter.

E. Elementen ter beoordeling van de aanwezigheid van urgentie

11. Een zaak vertoont het vereiste urgent karakter, «wanneer een onmiddellijke beslissing wenselijk is om schade van een bepaalde omvang dan wel ernstige ongemakken te voorkomen».¹⁷ Hoewel de beoordeling hiervan

derdenbeslag – gerechtelijk akkoord en faillissement – taalwetgeving... Vierde permanente vorming van de gerechtsdeurwaarders 1998, 130; G. CLOSSET-MARCHAL, «L'urgence», in J. VAN COMPERNOLLE en G. TARZIA (red.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Brussel, Bruylant, 1998, 19-29; M. STORME en P. Taelman, «Het kort geding: ontwikkelingen en perspectieven», in *Procederen in nieuw België en komend Europa*, XVIIe postuniversitaire lessencyclus W. Delva 1990-91, Antwerpen, Kluwer, 1991, 17. Zie eveneens H. SOLUS en R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, III, *Procédure de première instance*, Parijs, Sirey, 1991, 1072.

¹⁶ Luik 15 november 2000, *onuitgegeven*; Gent 19 november 1971, *R.W.* 1972-73, 329, impliciet bevestigd in Cass. 6 mei 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 899; *Pas.* 1991, I, 788.

¹⁷ Cass. 11 mei 1990, *R.W.* 1990-91, 987, met noot J. LAENENS, *J.T.*, 1990, 725, (verkort); *Arr.Cass.* 1989-90, 1175; *T.B.H.* 1990, 774, met noot D. LINDEMANS, *Pas.* 1990, I, 1050; Voorz. Rb. Brussel 27 maart 1998, *A.J.T.* 1997-98, 488, met noot B. DE VUYST; P. Taelman, «Het kort geding. Ontwikkeling van de urgentievoorwaarde en het vereiste bij voorraad uitspraak te doen in jaren '90 alsook enkele procedureaspecten», *P&B* 1997, p. 203, nr. 2 en p. 205, nr. 5; E. LEBOUcq en W. VAN ECKHOUTTE, «Het sociaalrechtelijk kortgeding», *R.W.* 1982-83, 1091-1093; C. COOMANS, «De voorzitter in kortgeding: sportrechter bij uitstek?», *R.W.* 1990-91, 1426; I. VEROUgSTRAETE, «Het kort geding. Recente trends», *T.P.R.* 1980, 258-261, nrs. 7 e.v.; G. DE LEVAL, «Le référé en droit judiciaire privé», *Act.Dr.*, 1992, 855; in Université De Liège (red.), *Procédures d'urgence. Colloque du 14 mars 1992*, Luik, Université de Liège, 1992, nr. 14, nr. 28; D. LINDEMANS, «Het kort geding tegen de overheid», *R.W.* 1983-84, 209-224 (zie kort geding); X. DIEUX, «La formation, l'exécution et la dissolution des contrats devant le juge des référés», (noot onder Kort Ged. Rb. Luik 2 februari 1984), *R.C.J.B.* 1987, 250-270.

een feitenkwestie is, zijn in de rechtspraak en de rechtsleer enkele algemene richtlijnen terug te vinden.¹⁸

12. Zo is de urgentie in de eerste plaats afhankelijk van een vergelijking met de duur van de gewone rechtspleging.¹⁹ De hele opzet van het kort geding bestaat er immers in een oplossing te bieden voor situaties waarin «de gewone rechtspleging niet bij machte is het geschil tijdig op te lossen». De voorzitter kan dus enkel optreden wanneer het geschil uit zijn aard volgens de gewone procedure niet binnen een nuttig tijdsbestek kan worden beslecht. De loutere achterstand bij de bevoegde bodemrechter volstaat evenwel niet.²⁰ Steeds moet worden nagegaan of in het specifieke geval niet een even doeltreffende maatregel kan worden verkregen via de gewone procedure, rekening houdende met de eigen aard van het geschil. Dit betekent dat behalve het feit dat de bodemrechter niet in staat is het geschil tijdig op te lossen, ook andere feitelijke elementen moeten worden aangebracht die op urgentie wijzen.

Voorals de mogelijkheid om in een bodemgeding, desnoods op de inleidingszitting, voorlopige maatregelen te verkrijgen, eventueel met een verkorte dagvaardingstermijn, zou tot de afwijzing van de vordering in kort geding moeten leiden. In de praktijk gebeurt dat zelden.²¹ Dit is terecht, aangezien de meeste rechters terughoudend zijn om art. 19, tweede lid Ger.W. toe te passen en maatregelen alvorens recht te doen op te leggen. Bovendien moet de voorzitter hier anticiperen op het oordeel van de bodemrechter over de toelaatbaarheid van korte debatten. Zodra de vordering enige complexiteit vertoont, bieden de mogelijkheden geboden door de combinatie van art. 19, tweede lid en art. 735 Ger.W. dan ook geen evenwaardig alternatief.

Voorts zal de kortgedingrechter de vordering in principe ook afwijzen bij gebreke aan urgentie, wanneer een bijzondere procedure voorhanden is die binnen een verge-

¹⁸ Voor enkele toepassingen, zie: Kort Ged. Rb. Luik 2 februari 1984, *R.C.J.B.* 1987, 245; Kort Ged. Arbrb. Brussel 20 april 2000, *A.J.T.* 1999-2000, 893; Kort Ged. Rb. Brussel 29 maart 1996, *A.M.* 1996, 436, met noot D. VOORHOOF, (zuiver economisch); Kort Ged. Kh. Kortrijk 29 april 1996, *T.B.H.* 1996, 1010, met noot H. VAN GOMPEL; Brussel 4 maart 1992, *T.Aann.* 1996, 403, met noot O. COLLON; Kort Ged. Rb. Luik 25 oktober 1995, *Rev.not.b.* 1998, 53, noot; Brussel 14 februari 1996, *T.Not.* 1997, 79.

¹⁹ Luik 19 mei 1994, *R.G.A.R.* 1996, nr. 12 673, met noot J. VAN DROOGHENBROECK; Kort Ged. Rb. Luik 25 oktober 1995, *Rev.not.b.* 1998, 53, noot; Kort Ged. Kh. Hasselt 19 april 1996, *Limb.Rechtsl.* 1996, 211, met noot P. MARTENS; Kort Ged. Rb. Gent 24 september 1998, *A.J.T.* 1999-2000, 57; Kort Ged. Rb. Hoei 10 december 1996, *J.L.M.B.* 1997, 1575; Kort Ged. Rb. Namen 22 december 1995, *J.T.* 1996, 373; *J.L.M.B.* 1996, 1539; Kort Ged. Kh. Kortrijk 29 april 1996, *T.B.H.* 1996, 1010, met noot H. VAN GOMPEL; I. VEROUgSTRAETE, o.c., *T.P.R.* 1980, 261-262, nr. 8; G. DE LEVAL, o.c., *Act.Dr.* 1992, 855, in Université De Liège (red.), *Procédures d'urgence. Colloque du 14 mars 1992*, Luik, Université de Liège, 1992, nr. 18; G. CLOSSET-MARCHAL, «L'urgence», in J. VAN COMPERNOLLE en G. TARZIA (red.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Brussel, Bruylant, 1998, 23-24; M. STORME en P. Taelman, o.c., *Procederen in nieuw België en komend Europa*, XVIIe postuniversitaire lessencyclus W. Delva 1990-91, 11.

²⁰ J.F. VAN DROOGHENBROECK, «Aspects actuels du référé-provision», in Formation Permanente CUP, *Les procédures en référé*, 1998, 25-27.

²¹ Voor een toepassing, zie Kort Ged. Rb. Namen 31 juli 2000, *Journ.Proc.* 2000, afl. 397, 25, met noot J. SAMBON; *J.L.M.B.* 2000, 1225.

lijkbare tijdspanne tot een evenwaardig resultaat kan leiden.²² Zo kent een eis geen voldoende urgent karakter, wanneer de wetgever heeft voorzien in een vordering *zoals* in kort geding. In dat geval kan de eiser immers een uitspraak ten gronde verkrijgen, met inbegrip van het tijdsvoordeel en de andere bijzonderheden van de kortgedingprocedure.

13. Een tweede belangrijk element voor de beoordeling van de urgentie, is het gedrag van de eiser.²³ In de woorden van het Hof van Cassatie luidt het dat de kortgedingrechter «vermag te oordelen dat een geval niet spoedeisend is, indien de al dan niet rechtmatige daden van de eiser zelf de schade of de ongemakken veroorzaken.»²⁴ De vordering is met andere woorden ongegrond wanneer de ingeroepen urgentie te wijten is aan de eiser zelf. Hierbij heeft het geen belang of de gedraging van de eiser al dan niet onrechtmatig was. Zo komt het vaak voor dat de rechter de vordering afwijst, omdat de eiser onnodig lang heeft gedraald om de tegenpartij te dagvaarden. Nochtans sluit niet elke vertraging bij het inleiden van de vordering in kort geding de urgentie uit. De vordering zal met name niet worden afgewezen, wanneer de eiser een gegronde reden heeft voor deze vertraging, bijvoorbeeld omdat hij vooraf pogingen heeft ondernomen om tot een minnelijke oplossing te komen of omdat zich na enige tijd nieuwe feiten hebben voorgedaan waardoor de situatie is verslechterd.²⁵

Ook kan de eiser in principe niet worden verweten dat hij na het inleiden van de procedure in kort geding niet tevens een vordering bij de bodemrechter heeft ingesteld. Vandaag wordt immers algemeen aanvaard dat de kortgedingprocedure een autonoom karakter heeft.²⁶ Het instellen van een bodemgeding is dan ook geen voorwaarde voor het weislagen van de eis in kort geding.

²² J. VAN COMPERNOLLE en CLOSSET-MARCHAL, «Examen de jurisprudence (1985-1998). Droit judiciaire privé», *R.C.J.B.* 1999, (59) 150-158; *contra*: Kort Ged. Brussel 12 januari 1995, *Ing.Cons.* 1996, 292, met noot P. PEETERS.

²³ Kort Ged. Rb. Brussel 15 september 2000, *A.J.T.* 2000-01, 190; *J.T.* 2001, 30; *J.L.M.B.* 2001, 340, met noot J. DEBRY; Kort Ged. Rb. Namen 31 juli 2000, *Journ.Proc.* 2000, afl. 397, 25, met noot J. SAMBON; *J.L.M.B.* 2000, 1225; Kort Ged. Luik 7 mei 1998, *J.T.* 1998, 552; Brussel 14 september 1998, *A.J.T.* 1998-99, 619; Brussel 14 mei 1997, *C.D.P.K.* 1998, 225, met noot L. DE GEYTER; Kort Ged. Brussel 12 januari 1995, *Ing.Cons.* 1996, 292, met noot P. PEETERS; Kort Ged. Rb. Gent 24 september 1998, *A.J.T.* 1999-2000, 57; Arbh. Luik 1 april 1987, *J.L.M.B.* 1987, 1336; Arbh. Luik 18 juni 1998, *J.T.T.* 1998, 357; Kort Ged. Rb. Namen 22 december 1995, *J.T.* 1996, 373; *J.L.M.B.* 1996, 1539; Kort Ged. Rb. Luik 9 december 1993, *J.L.M.B.* 1994, 669, met noot G. DE LEVAL; Brussel 4 maart 1992, *T.Aann.* 1996, 403, met noot O. COLLON; Luik 19 mei 1994, *R.G.A.R.* 1996, nr. 12 673, met noot J. VAN DROOGHENBROECK; Kort Ged. Rb. Charleroi 30 mei 1988, *J.dr.jeun.* 1988, afl. 8, 48; G. CLOSSET-MARCHAL, «L'urgence», in J. VAN COMPERNOLLE en G. TARZIA (red.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Brussel, Bruylant, 1998, 24-25.

²⁴ Cass. 17 maart 1995, *Arr.Cass.* 1995, 320; *R.W.* 1996-97 (verkort), 99; *Pas.* 1995, I, 330.

²⁵ Zie bijvoorbeeld Kort Ged. Rb. Namen 31 juli 2000, *Journ.Proc.* 2000, afl. 397, 25, met noot J. SAMBON; *J.L.M.B.* 2000, 1225 (de rechter oordeelde dat het de eisers niet kon worden verweten dat zij twee jaar hadden gewacht om hun vordering in kort geding in te leiden, aangezien zij er redelijkerwijze op konden vertrouwen dat door de verweerders aan hun grieven zou worden geremedieerd, en dat zij de vordering in kort geding hebben ingesteld zodra bleek dat dit toch niet het geval zou zijn).

14. Ook het voorwerp van de vordering en meer bepaald de aard van de gevorderde maatregel, kan een rol spelen bij het oordeel over de urgentie.²⁷ Het is immers de gevraagde maatregel die urgent moet zijn. Zo zal de urgentie bijvoorbeeld anders worden beoordeeld wanneer een provisie wordt gevraagd dan wanneer de vordering strekt tot het heropbouwen van een scheidingsmuur. Bovendien zal de urgentie strenger worden beoordeeld naarmate de vordering meer vooruitloopt op een te verwachten bodembeslissing dan wanneer de gevraagde maatregel een louter voorbereidend of bewarend karakter heeft.²⁸

15. Bij de beoordeling van de urgentie gaat de rechter ten slotte vaak over tot een afweging van de belangen van de partijen.²⁹ Doordat hij geen beslissing neemt waardoor de rechten van de partijen komen vast te staan, probeert de rechter in kort geding zich immers rekenschap te geven van de concrete gevolgen van zijn beslissing. Het nadeel van de eiser bij het afwijzen van de vordering wordt afgewogen tegen het nadeel dat de verweerder lijdt bij de toekenning van de eis. Aangezien een nauwe verwevenheid bestaat tussen de rechtspositie en de feitelijke positie van partijen, spelen bij die afweging niet alleen feitelijke elementen een rol, maar kan ook de (ogenschijnlijke) rechtssituatie in ogenschouw worden genomen.

Theoretisch gaat de beoordeling van de urgentie vooraf aan de toetsing van de «grond van de zaak», met name de belangen van partijen en hun respectieve (schijnbare) rechten. Maar in de praktijk valt tussen beide veelal geen strikte scheidingslijn te trekken.³⁰ Zo wordt de urgentie bijvoorbeeld gemakkelijk aangenomen wanneer de verweerder duidelijk een grove onregelmatigheid heeft begaan³¹ of wanneer de rechten van de eiser onbetwistbaar lijken vast te staan. Daarnaast spelen de ernst en de (toenemende) om-

²⁶ Kort Ged. Rb. Namen 31 juli 2000, *Journ.Proc.* 2000, afl. 397, 25, met noot J. SAMBON; *J.L.M.B.* 2000, 1225; Kort Ged. Brussel 12 januari 1995, *Ing.Cons.* 1996, 292, met noot P. PEETERS; Kort Ged. Rb. Gent 24 september 1998, *A.J.T.* 1999-2000, 57; G. DE LEVAL, o.c., *Act.Dr.* 1992, 855; in Université De Liège (red.), *Procédures d'urgence. Colloque du 14 mars 1992*, p. 58, nrs. 2-3.

²⁷ Brussel 14 september 1998, *A.J.T.* 1998-99, 619; Kort Ged. Rb. Namen 22 december 1995, *J.T.* 1996, 373; *J.L.M.B.* 1996, 1539; G. DE LEVAL, o.c., *Bancair derdenbeslag – gerechtelijk akkoord en faillissement – taalwetgeving... Vierde permanente vorming van de gerechtsdeurwaarders 1998*, 130.

²⁸ G. CLOSSET-MARCHAL, o.c., J. VAN COMPERNOLLE en G. TARZIA (red.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Brussel, Bruylant, 1998, 27. Voor het onderscheid, zie verder randnr. 32.

²⁹ Brussel 14 mei 1997, *C.D.P.K.* 1998, 225, met noot L. DE GEYTER (schorsing door de Raad van State als element ter appreciatie van de spoedeisendheid); Kort Ged. Rb. Brussel 12 januari 1995, *Ing.Cons.* 1996, 292, met noot P. PEETERS; Arbh. Luik 18 juni 1998, *J.T.T.* 1998, 357; Kort Ged. Rb. Luik 25 oktober 1995, *Rev.not.b.* 1998, 53, noot (zowel waarschijnlijkheid van de rechtssituatie als de belangen van partijen worden onderzocht); P. MARCHAL, o.c., p. 47, nr. 14; G. DENEZ, o.c., Formation Permanente CUP, *Les procédures en référé*, 1998, 81; L. DU CASTILLON, «Aspects actuels du référé en matière contractuelle», in Formation Permanente CUP, *Les procédures en référé*, 1998, 44; I. VEROUSTRATE, o.c., *T.P.R.* 1980, p. 258-262, nr. 9-10; X. DIEUX, o.c., *R.C.J.B.* 1987, 258-259.

³⁰ G. DE LEVAL, o.c., *Act.Dr.*, 1992, 855; in Université De Liège (red.), *Procédures d'urgence. Colloque du 14 mars 1992*, nr. 16.

vang van de (dreigende) schade van de eiser veelal een beslissende rol bij de beoordeling van de urgentie.

In werkelijkheid is de uiteindelijke beslissing over de gegrondheid van de vordering in kort geding een beleidsbeslissing. Formeel steunt deze beslissing op de verschillende bovengenoemde criteria van urgentie, (schijnbare) rechten en verplichtingen, belangenafweging en aard van de maatregelen, maar inhoudelijk vormen deze criteria een onontwarbaar kluwen. Bij hun concrete toepassing blijken zij namelijk vaak de keerzijde van dezelfde medaille te zijn. Het lijkt dan ook niet haalbaar om, in navolging van bepaalde auteurs en bepaalde rechterlijke uitspraken, in alle gevallen de urgentie te beoordelen voorafgaand aan, en dus onafhankelijk van, de afweging van de belangen en rechten van partijen.

16. Volledigheidshalve kan nog worden gewezen op enkele wettelijke bepalingen die voor bepaalde geschillen een onweerlegbaar vermoeden inlassen dat er spoed vereist is in de behandeling van de zaak. Zo kunnen volgens art. 1280 Ger.W. tijdens de echtscheidingsprocedure voorlopige maatregelen worden gevraagd aan de voorzitter, zitting houdende in kort geding.

E. «Volstreekte noodzakelijkheid» (art. 584, derde lid Ger.W.)

17. Volgens art. 584, derde lid Ger.W. kan de zaak, in geval van volstreekte noodzakelijkheid, bij eenzijdig verzoekschrift voor de voorzitter aanhangig worden gemaakt. De voorwaarde van volstreekte noodzakelijkheid moet worden onderscheiden van het hierboven beschreven urgentievereiste. Slechts in heel uitzonderlijke omstandigheden kan een rechterlijke uitspraak worden verkregen op eenzijdig verzoekschrift en dus zonder dat hieraan een contradictoires debat voorafgaat.³²

In de eerste plaats kan een procedure op eenzijdig verzoekschrift worden ingesteld wanneer er sprake is van extreme urgentie. De toestand moet zo dringend om een rechterlijke maatregel vragen, dat zelfs een dagvaarding in kort geding met een verkorte termijn niet tijdig een oplossing

kan bieden. Door de moderne communicatiemiddelen zal een dergelijke urgentie zelden voorkomen.

18. De procedure op eenzijdig verzoekschrift wordt daarnaast nog aanvaard in twee andere situaties, die evenwel geen gevallen van urgentie zijn. Zo is er sprake van «volstreekte noodzakelijkheid», wanneer een verrassings-effect vereist is.³³ Bepaalde maatregelen zijn namelijk slechts zinvol wanneer de tegenpartij hiervan vooraf niet op de hoogte is. Zo gebeurt het vaak dat een onderzoeksmaatregel wordt gevorderd op eenzijdig verzoekschrift, wanneer de vrees bestaat dat de tegenpartij bewijsstukken zou laten verdwijnen wanneer zij door de dagvaarding weet heeft van de procedure.

Ten slotte kan een vordering op eenzijdig verzoekschrift worden ingesteld, wanneer het onmogelijk is om een tegenpartij te dagvaarden, ofwel omdat er geen tegenpartij is, ofwel omdat de personen tegen wie een maatregel wordt gevorderd, niet te identificeren vallen.³⁴

II. VOORLOPIG KARAKTER VAN DE VOORZIENING IN KORT GEDING

A. Evolutie van het voorlopige karakter

19. Omtrent de voorlopige aard van de beslissing in kort geding hebben zich verschillende controverses voorgedaan. Doorheen de jaren is de betekenis van de begrippen «uitspraak bij voorraad» en «geen nadeel aan de zaak zelf» langzamerhand geëvolueerd. Zo las men in deze begrippen aanvankelijk een verbod voor de kortgedingrechter om zich met de grond van de zaak in te laten. Het was de voorzitter niet toegestaan om de rechten van partijen te onderzoeken; hij mocht enkel rekening houden met hun (feitelijke) belangen. Later werd aanvaard dat de maatregelen in kort geding kunnen steunen op evidente of onbetwiste rechten.³⁵

De begrippen «uitspraak bij voorraad» en «geen nadeel aan de zaak zelf» wijzen op het voorlopige karakter van de voorziening in kort geding. Maar in hun huidige betekenis drukken zij twee verschillende aspecten uit van dit voorlopig karakter. Beide begrippen hebben vandaag een duidelijk te onderscheiden betekenis.

B. «Uitspraak bij voorraad» (art. 584 Ger.W.)

20. «Bij voorraad» (*par provision*) betekent historisch gezien «bij wijze van voorschot». Het «voorlopig» karakter van de uitspraak in kort geding duidt aan dat deze gevolgd kan worden door een andere uitspraak die een «definitieve» beslechting van het bodemgeschil inhoudt.³⁶ De rechter in kort geding moet er bij het opleggen van een maatregel dus rekening mee houden dat de bodemrechter later anders kan oordelen over de rechten van partijen. Daarom wordt vereist

³³ J. LINSMEAU, «Le référé, fragments d'un discours critique», *Rev.Droit ULB* 1993, p. 20, nr. 23.

³⁴ Cass. 25 februari 1999, *R.W.* 1999-2000, 789, met noot. Zie ook G. DEMEZ, o.c., *Formation Permanente CUP, Les procédures en référé*, 1998, 82-83. Zo werd in de periode van de wegblokkades in september 2000 met succes een vordering op eenzijdig verzoekschrift ingesteld tegen alle personen die de vrije doorgang van de bestelwagens van de eiser zouden belemmeren.

³⁵ Voor de huidige stand van zaken, zie randnr. 29.

³¹ Vergelijk met de achterhaalde theorie van de «feitelijkheid»: zie Brussel 16 juni 1983, *J.T.* 1983, 504, noot; Kort Ged. Rb. Namen 3 april 1998; Kort Ged. Rb. Namen 12 september 1997, *J.T.* 1998, 74 (bestaan van een feitelijkheid brengt *ipso facto* de vereiste spoedeisendheid met zich mee); G. DEMEZ, o.c., *Formation Permanente CUP, Les procédures en référé*, 1998, 81-82; L. DU CASTILLON, o.c., *Formation Permanente CUP, Les procédures en référé*, 1998, 52; G. DE LEVAL, o.c., *Bancair derdenbeslag – gerechtelijk akkoord en faillissement – taalwetgeving... Vierde permanente vorming van de gerechtsdeurwaarders* 1998, 152; G. DE LEVAL, o.c., *Act.Dr.* 1992, in Université De Liège (red.), *Procédures d'urgence. Colloque du 14 mars 1992*, 855, nr. 20; G. CLOSSET-MARCHAL, o.c., in J. VAN COMPERNOLLE en G. TARZIA (red.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, 19-20; C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, II, Brussel, Larcier, 1981, 349; D. LINDEMANS, *Het kort geding*, Antwerpen, 1985, 59; A. FETTWIS, *Handboek voor gerechtelijk recht*, II, 261; V. VANNES en F. LAGASSE, «Occupation d'entreprise, voies de fait et pouvoir judiciaire», *J.T.T.* 1998, 105; D. LINDEMANS, «Het kort geding tegen de overheid», *R.W.* 1983-84, 221-222.

³² G. DE LEVAL, o.c., *Bancair derdenbeslag – gerechtelijk akkoord en faillissement – taalwetgeving... Vierde permanente vorming van de gerechtsdeurwaarders* 1998, 127-128.

dat de maatregel opgelegd in kort geding slechts «voorlopig» is, in die zin dat hij een later bodemgeding niet zinloos maakt. In beginsel mag de voorzitter geen onomkeerbare maatregelen opleggen; hij moet vermijden een voldongen feit te creëren. Het lijkt dan ook gepast in dit verband te spreken van «beveiligingsmaatregelen».

De term «beveiligingsmaatregel» duidt enerzijds aan dat de maatregel in kort geding wordt opgelegd om de eiser te beschermen tegen (dreigende) schade. Anderzijds wijst deze term erop dat de rechtsmacht van de rechter in kort geding niet verder reikt dan het veilig stellen van de belangen van partijen in een urgente situatie, waarbij de rechten van partijen zoveel mogelijk intact worden gelaten. Alleen wat strikt noodzakelijk is om de toestand van urgentie te verhelpen, kan worden beschouwd als een «voorlopige» maatregel of een maatregel «bij voorraad».

21. Wanneer de eiser nu een maatregel vordert die naar het oordeel van de rechter geen voorlopige maatregel is, omdat hij ingrijpender is dan wat strikt noodzakelijk is in het licht van de omstandigheden, hoeft deze vordering niet meteen afgewezen te worden. De rechter kan namelijk nagaan of een minder verregaande maatregel kan worden opgelegd als beveiligingsmaatregel. Evenmin als een rechter die een vergoeding van 1000 EUR in plaats van de gevorderde 2000 EUR toekent, betekent een dergelijke wijziging van het voorwerp van de vordering een schending van het *ultra petita*-beginsel. De rechter kent op die manier niet meer toe dan hetgeen werd gevorderd, evenmin kent hij iets toe wat niet werd gevorderd. Wanneer de eigenaar van een huis bijvoorbeeld vordert dat een bepaalde boom op het erf van zijn buurman wordt verwijderd, omdat deze dreigt om te vallen op zijn huis, kan de rechter bevelen dat de buurman de boom met palen ondersteunt of andere voorzorgsmaatregelen neemt. Het omhakken van de boom overschrijdt duidelijk de grenzen van het voorlopige, in die zin dat dit verdergaat dan wat strikt noodzakelijk is om de dreigende schade te verhelpen. Door het ondersteunen van de boom kan de toestand van urgentie reeds op bevredigende wijze worden verholpen. Deze maatregel kan dan ook worden gekwalificeerd als een beveiligingsmaatregel, die zoveel mogelijk de rechten van partijen intact laat.

22. Met betrekking tot de aard van de maatregelen in kort geding wordt veelal de vraag gesteld of deze maatregelen feitelijk onherroepelijke gevolgen mogen hebben. Het Hof van Cassatie lijkt samen met de rechtsleer en een deel van de lagere rechtspraak te aanvaarden dat de uitspraak in kort geding inderdaad onomkeerbaar nadeel mag toebrengen aan een partij.³⁷ Wel wordt hierbij opgemerkt dat een louter

declaratoire of constitutieve uitspraak niet aanvaardbaar is.³⁸ Historisch gezien is dit de correcte oplossing en vanuit praktisch oogpunt eveneens de enig haalbare. Zo goed als elke maatregel die gevorderd wordt, heeft bepaalde onherroepelijke gevolgen. Bovendien wordt een vordering in kort geding vaak ingesteld om een feitelijke situatie te verhelpen die (op onrechtmatige wijze) werd gecreëerd door de tegenpartij, buiten elke rechterlijke tussenkomst om. De weigering van een rechterlijke maatregel in een dergelijk geval, omdat hij onomkeerbaar zou zijn, kan dan voor de onschuldige partij evenzeer een onomkeerbare toestand teweegbrengen.

Het Hof van Cassatie vereist evenwel dat de rechter geen maatregelen neemt «waardoor de rechten van partijen op een definitieve en onherroepelijke wijze worden aangetaast».³⁹ Het Hof lijkt hiermee een onderscheid te maken tussen de (onaantastbare) rechtspositie en de (aantastbare) feitelijke positie van partijen. Gezien de nauwe verwevenheid van beide, blijkt dit evenwel een moeilijk hanteerbaar criterium. De stelling van het Hof kan het best worden uitgelegd als een gebod aan de rechter om, afhankelijk van de omstandigheden, enkel de minst ingrijpende, nuttige maatregel op te leggen, waardoor de rechten van partijen zoveel mogelijk gevrijwaard blijven. De rechter moet er zich voor hoeden een maatregel te nemen waardoor aan een eventueel later bodemgeschil elk nut wordt ontnomen.⁴⁰

Ook al is het vaak onvermijdelijk dat een maatregel in kort geding bepaalde onherroepelijke gevolgen heeft, toch is slechts in heel uitzonderlijke situaties een onomkeerbare maatregel aanvaardbaar. Ten eerste moet het urgentievereiste strenger worden beoordeeld naarmate de gevorderde maatregel ernstigere gevolgen teweegbrengt.⁴¹ Bovendien kan een dergelijke beveiligingsmaatregel alleen worden genomen wanneer een minder ingrijpende maatregel onvoldoende is om de uiterst dringende situatie te verhelpen. Ten slotte vereist de proportionaliteitsregel dat voor het opleggen van onomkeerbare maatregelen er (redelijkerwijze) geen betwisting bestaat over de rechtssituatie.⁴² Wanneer de uitkomst van een eventuele uitspraak over de grond van de zaak door de bodemrechter niet te voorspellen valt, moet de kortgedingrechter zich beperken tot bewarende maatregelen

³⁶ L. DU CASTILLON, o.c., Formation Permanente CUP, *Les procédures en référé*, 44 e.v.; S. STIJNS, «De beëindiging van de kredietovereenkomst: macht en onmacht van de (kort geding)-rechter», *T.B.H.* 1996, 106-107; L. DU CASTILLON, «Les pouvoirs, au provisoire, du juge des référés: déraison de la mesure ou mesure de la raison?», in J. VAN COMPERNOLLE en G. TARZIA (red.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Brussel, Bruylant, 1998, 31-33.

³⁷ Zie bijvoorbeeld Cass. 25 november 1996, *J.T.T.* 1997, 57, met noot; *R.W.* 1997-98 (verkort), 14; *Pas.* 1996, I, 1158; *Arr.Cass.* 1996, 1088 (provisies waarvan vaststaat dat zij wellicht niet recupereerbaar zijn); P. MARCHAL, o.c., 54, 58, 61-62, 65, 68, 129; E. LÉBOUCQ en W. VAN EECKHOUTTE, o.c., *R.W.* 1982-83, 1095; G. DÈMEZ, o.c., Formation Permanente CUP, *Les procédures en référé*, 1998, 84; L.

DU CASTILLON, o.c., Formation Permanente CUP, *Les procédures en référé*, 1998, 46; G. DE LEVAL, o.c., *Bancair derdenbeslag – gerechtelijk akkoord en faillissement – taalwetgeving... Vierde permanente vorming van de gerechtsdeurwaarders* 1998, 159; G. DE LEVAL, o.c., *Act.Dr.*, 1992, 855; in Université De Liège (red.), *Procédures d'urgence. Colloque du 14 mars 1992*, nr. 37: verband met waarschijnlijkheid van de rechtssituatie; X. DIEUX, *R.C.J.B.* 1987, 256; M. STORME en P. TAELEMAN, o.c., in *Procederen in nieuw België en komend Europa*, 30; contra: S. STIJNS, o.c., *T.B.H.* 1996, 111.

³⁸ Zie bijvoorbeeld: Kort Ged. Arbrb. Brussel 20 april 2000, *A.J.T.* 1999-2000, 893; Kort Ged. Rb. Charleroi 30 mei 1988, *J.dr.jeun.* 1988, afl. 8, 48.

³⁹ Cass. 31 januari 1997, *Soc.Kron.* 1998, 23, met noot P. HUMBLET; *T.B.H.* 1997, 367, met conclusie van advocaat-generaal X. DE RIEMAECKER; *R.W.* 1997-98, 605 met conclusie en met noot; *Pas.*, 1997, I, 148; *Arr.Cass.* 1997, 140, met conclusie.

⁴⁰ Kort Ged. Rb. Brussel 15 september 2000, *A.J.T.* 2000-01, 190; *J.T.* 2001, 30; *J.L.M.B.* 2001, 340, met noot J. DEBRY.

⁴¹ Zie randnr. 14.

⁴² Zie randnr. 30.

en er zich voor hoeden onherstelbaar nadeel toe te brengen aan de verweerder.

23. Een enkele auteur wijst erop dat de rechtspositie van partijen niet onherroepelijk wordt aangetast en de uitspraak dus een «voorlopig» karakter heeft, wanneer de toestand hersteld kan worden *bij equivalent* in geval van een andersluidende bodembeslissing.⁴³ Aangezien in ons recht wordt aanvaard dat alles uiteindelijk vergoed kan worden in geld, schuilt hierin het gevaar dat onherroepelijke maatregelen al te snel worden aanvaard. Het mogelijk herstel bij equivalent na een andersluidende bodembeslissing kan inderdaad een element vormen van het beslissingsproces in kort geding. De rechter moet nagaan in welke mate een schadevergoeding *de facto* het nadeel herstelt dat de verweerder heeft geleden door de beveiligingsmaatregel, wanneer de verweerder ten gronde in het gelijk zou worden gesteld. Maar dit vormt slechts een element uit vele⁴⁴ bij de beoordeling van de aard van de gevorderde maatregelen. De mogelijkheid of onmogelijkheid van herstel bij equivalent is hierbij op zichzelf niet doorslaggevend.

24. Bijgevolg valt *a priori* geen enkele soort van condeemnatoire maatregelen uit te sluiten als beveiligingsmaatregel. Afhankelijk van de spoedeisende omstandigheden en de schijn van de onderliggende rechtsverhouding, kan de rechter in kort geding een veroordeling uitspreken om iets te doen, iets te laten of om een bepaalde provisie te betalen. Een louter declaratoire of constitutieve uitspraak, zoals de nietigverklaring van een contract of een echtscheiding, is daarentegen niet toegestaan in kort geding. Een dergelijke uitspraak beantwoordt in geen geval aan het vereiste van een «uitspraak bij voorraad». Bovendien zal een louter declaratoire of constitutieve vordering nooit de nodige urgentie vertonen.

25. Om het voorlopig karakter van het bevel te beklemtonen, wordt in bepaalde uitspraken een tijdslimiet verbonden aan de opgelegde maatregel of wordt opgelegd dat vóór een bepaalde datum een bodemgeding moet worden ingesteld. Hoewel een dergelijke praktijk aanvaardbaar is, is de rechter in het geheel niet verplicht om de uitwerking van zijn beschikking in de tijd te beperken. Het tijdelijke karakter van de maatregel heeft op zichzelf namelijk niets te maken met het voorlopige karakter ervan.⁴⁵ De kortgedingprocedure en de bodemprocedure zijn twee afzonderlijke, autonome instellingen, zodat niet in het algemeen kan worden opgelegd dat na een procedure in kort geding steeds een beslechting van het bodemgeschil moet volgen.

26. Uit het bovenstaande volgt duidelijk dat het vereiste van een «uitspraak bij voorraad» geen betrekking heeft op de bevoegdheid van de rechter of de ontvankelijkheid van de vordering, maar samen met het urgentievereiste een element vormt van de rechtsmacht van de rechter in kort geding.⁴⁶ Wanneer de rechter vaststelt dat de gevraagde maatregel

geen beveiligingsmaatregel is, omdat deze, gezien de omstandigheden, te ingrijpend is (en eventueel geen minder verregaande maatregel denkbaar is), wijst hij de vordering af. Bij gebreke aan rechtsmacht kan er *a fortiori* geen verwijzing naar een andere rechter volgen. Volgens het Hof van Cassatie is de vordering in dit geval «ongegrond».⁴⁷ Maar ook hier gelden dezelfde bedenkingen als hierboven.⁴⁸ Het verdient de voorkeur dat de rechter de vordering «afwijst bij gebrek aan rechtsmacht», aangezien deze uitspraak geen oordeel inhoudt over de (schijnbare) rechten van partijen of de grond van de zaak.

C. «Geen nadeel aan de zaak» (art. 1039 Ger.W.)

27. Dat de uitspraak in kort geding «geen nadeel toebrengt aan de zaak zelf», houdt geen beperking in van de rechtsmacht van de kortgedingrechter, maar duidt een eigenschap aan van de kortgedingbeschikking en is eigenlijk een gebod gericht aan de bodemrechter. Deze zinsnede betekent dat de rechter van een eventueel bodemgeding niet gebonden is door een voorafgaande uitspraak in kort geding.⁴⁹ De beschikking in kort geding heeft met andere woorden geen gezag van gewijsde ten aanzien van de bodemrechter. Deze laatste mag zich bij zijn beslissing niet laten beïnvloeden door de uitspraak in kort geding.

Dit beperkt gezag van gewijsde van de kortgedingbeschikking betekent evenwel niet dat een andersluidende beslissing over het bodemgeding terugwerkende kracht heeft. De bodemrechter kan de toestand van partijen na de rechtspleging in kort geding enkel *ex nunc* wijzigen of ongedaan maken.⁵⁰ Zo zal bijvoorbeeld een verbeurde dwangsom opgelegd in kort geding, niet terugvorderbaar zijn na een andersluidende bodembeslissing. Een bodemprocedure kan immers niet worden beschouwd als een rechtsmiddel aan te wenden tegen de uitspraak in kort geding. Weerom kan hierbij worden gewezen op het autonome karakter van de rechtspleging in kort geding.

28. Wel moet worden opgemerkt dat, op het niveau van het kort geding zelf, de beschikking is bekleed met een volwaardig gezag van gewijsde. Zolang de omstandigheden

⁴⁶ Cass. 14 juni 1991, *T.B.H.* 1992, 257, met noot A.S. MAERTENS; Voorz. Rb. Brussel 27 maart 1998, *A.J.T.* 1997-98, 488, met noot B. DE VUYST; P. Taelman, o.c., *P&B* 1997, p. 213, nr. 19 en p. 221, nr. 32; G. DE LEVAL, o.c., *Bancair derdenbeslag – gerechtelijk akkoord en faillissement – taalwetgeving... Vierde permanente vorming van de gerechtsdeurwaarders* 1998, 132; S. RAES, «De toepassing van het recht door de rechter in kort geding», *R.Cass.* 1989-90, p. 169, nr. 14; G. DE LEVAL, o.c., *Act.Dr.*, 1992, 855; in Université De Liège (red.), *Procédures d'urgence. Colloque du 14 mars 1992*, nrs. 39-40; J. VAN COMPERNOLLE en CLOSSET-MARCHAL, o.c., *R.C.J.B.* 1999, 164.

⁴⁷ Cass. 14 juni 1991, *T.B.H.* 1992, 257-263, met noot A.S. MAERTENS.

⁴⁸ Zie randnr. 7.

⁴⁹ A.S. MAERTENS, «Uitspraak bij voorraad: voorschrift over de machten van de rechter in kort geding», (noot onder Cass. 14 juni 1991), *T.B.H.* 1992, p. 262, nr. 5; P. MARCHAL, o.c., p. 54, nr. 24, en p. 61-63, nr. 28-29; G. DE LEVAL, o.c., *Bancair derdenbeslag – gerechtelijk akkoord en faillissement – taalwetgeving... Vierde permanente vorming van de gerechtsdeurwaarders* 1998, 142; I. VEROUGSTRATE, o.c., *T.P.R.* 1980, p. 258-259, nr. 2, en p. 266, nr. 17.

⁵⁰ Zie ook randnr. 35.

⁴³ X. DIEUX, o.c., *R.C.J.B.* 1987, 256.

⁴⁴ Bij de beoordeling van het voorlopig karakter van de maatregel zal de rechter ook rekening houden met alternatieve maatregelen die zouden kunnen worden opgelegd en met de mate waarin de aanspraken van de eiser («de zaak zelf») gegrond lijken.

⁴⁵ Cass. 15 november 1923, *Pas.* 1924, I, 28; D. LINDEMANS, o.c., 103. Zie eveneens: W. HUGENHOLTZ en W.H. HEEMSKERK, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, 's Gravenhage, Vuga, 1998, 130; E.M. MEIJERS, o.c., 73.

niet veranderen, kan voor de voorzitter niet opnieuw een vordering in kort geding worden ingesteld met hetzelfde voorwerp en dezelfde oorzaak.⁵¹

D. Onderzoek naar de rechten van partijen

29. Vandaag aanvaardt men dat de kortgedingrechter zich behalve met de feitelijke belangen van partijen, ook inlaat met hun rechtssituatie, ongeacht of de rechten ernstig worden betwist of niet.⁵² De kortgedingrechter die de rechten van partijen onderzoekt, brengt hierdoor niet *ipso facto* «nadeel toe aan de zaak zelf». Zoals hierboven werd aangegeven, heeft de formule «geen nadeel aan de zaak zelf» immers alleen betrekking op het bijzonder gezag van de beschikking in kort geding ten aanzien van het bodemgeding.

De kortgedingrechter kan zijn beslissing dus steunen op een voorlopige beoordeling van de grond van de zaak en kan dus – op al dan niet diepgaande wijze – nagaan wat de vermoedelijke rechtspositie van de partijen is. Dit betekent concreet dat de rechter kennis mag nemen van de juridische argumenten van partijen, zonder hiertoe verplicht te zijn. De vordering in kort geding is dan gegrond (in de ware zin van het woord),⁵³ wanneer de schijn van rechten de gevorderde beveiligingsmaatregel rechtvaardigt.

In tegenstelling tot zijn vroegere rechtspraak, vereist het Hof van Cassatie vandaag niet meer dat geen ernstige betwisting bestaat over de ingeroepen rechtssituatie.⁵⁴ Ook indien grote onduidelijkheid bestaat over de uitkomst van het bodemgeding, kan de rechter in kort geding bepaalde maatregelen bevelen, zij het in principe geen verregaande maatregelen.⁵⁵ Niet-evidente rechten kunnen met andere woorden ook bescherming genieten in kort geding. Het bestaan van een ernstige betwisting kan in sommige gevallen zelfs precies de reden zijn waarom een beveiligingsmaatregel dringend noodzakelijk is. Men denke aan een vennootschap

⁵¹ Art. 23 Ger.W.

⁵² Cass. 31 januari 1997, *Soc.Kron.* 1998, 23, met noot P. HUMBLET; *T.B.H.* 1997, 367, met conclusie van advocaat-generaal X. DE RIEMAECKER; *R.W.* 1997-98, 605; met conclusie; Cass. 25 november 1996, *J.T.T.* 1997, 57, met noot; *R.W.* 1997-98 (verkort), 14; *Pas.* 1996, I, 1158; *Arr.Cass.* 1996, 1088. Het Hof vereist evenwel dat de kortgedingrechter bij een onderzoek van de rechten van partijen «niet onredelijk rechtsnormen betreft of weigert te betrekken in zijn redenering». Zie verder randnr. 36 en zie eveneens Kort Ged. Rb. Brussel 27 maart 1998, *A.J.T.* 1997-98, 488, met noot B. DE VUYST; A.S. MAERTENS, o.c., *T.B.H.* 1992, 261, nr. 4; P. LEMMENS, «Het onderzoek van de ogenschijnlijke rechten van de partijen door de rechter in kort geding en het toezicht door het Hof van Cassatie», (noot onder Cass. 22 februari 1991), *T.B.H.* 1991, 675-678; E. LEBOUQ en W. VAN EECKHOUTTE, o.c., *R.W.* 1982-83, 1095-1096; C. COOMANS, o.c., *R.W.* 1990-91, 1427-1428.

⁵³ Zie randnr. 7.

⁵⁴ Cass. 29 september 1983, *Arr.Cass.* 1983-84, 85; *Pas.* 1984, I, 72; P. LEMMENS, o.c., *T.B.H.* 1991, p. 676, nr. 3; P. MARCHAL, o.c., 56-57; P. TAELEMAN, o.c., *P&B* 1997, p. 214, nr. 20.

⁵⁵ Zie randnr. 30. Vgl. G. DE LEVAL, o.c., *Act.Dr.*, 1992, 855; in Université De Liège (red.), *Procédures d'urgence. Colloque du 14 mars 1992*, p. 890, nr. 59 (volgens deze auteur is de kortgeding-rechter zelfs verplicht om de rechten van partijen te onderzoeken indien hij overweegt «anticiperende maatregelen» (*mesures d'anticipation*: zie randnr. 32) op te leggen.)

waarvan de werking is geblokkeerd door een betwisting onder de bestuurders.

E. Omvang van de rechtsmacht van de kortgedingrechter

30. Eerst en vooral kan worden gewezen op de proportionaliteitsregel die algemeen ingang gevonden heeft in de rechtspraak. Deze regel houdt in dat, hoe verregaander de gevorderde maatregel, des te duidelijker de rechten van partijen moeten vaststaan.⁵⁶ Zoals hierboven al werd vermeld, is de aard van de maatregel afhankelijk van de waarschijnlijkheid van de rechtspositie van partijen.⁵⁷

31. Voorts wordt ook algemeen aanvaard dat de rechtsmacht van de kortgedingrechter nooit ruimer kan zijn dan die van de bodemrechter.⁵⁸ Dit betekent concreet dat een maatregel die niet bevelen kan worden in een bodemgeding, ook niet toegekend kan worden in een procedure in kort geding. Of nog, de uitspraak in kort geding mag geenszins meer voordeel opleveren voor de eiser dan een eventuele uitspraak van de bodemrechter.

Het bovenstaande belet evenwel niet dat de kortgeding-rechter *de facto* soms wel een ruimere rechtsmacht heeft.⁵⁹ Doordat zijn beslissing niet noodzakelijk hoeft te steunen op de rechten van partijen,⁶⁰ is de kortgedingrechter immers niet verplicht de toepasselijke rechtsregels daadwerkelijk toe te passen. Zo is er in het vennootschappenrecht geen enkele bepaling waarop men zich rechtstreeks kan baseren om de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder te vorderen. Hoewel een dergelijke aanstelling bijgevolg in principe niet kan worden verkregen voor de (bodem)rechter, wordt in kort geding vaak een voorlopige bewindvoerder aangesteld (op grond van art. 584 Ger.W.).

32. In de Franstalige literatuur wordt een onderscheid gemaakt tussen bewarende maatregelen (*mesures conservatoires*) enerzijds, zoals de sekwester of de aanstelling

⁵⁶ Voorz. Rb. Brussel 27 maart 1998, *A.J.T.* 1997-98, 488, met noot B. DE VUYST; Kort Ged. Rb. Luik 25 oktober 1995, *Rev.not.b* 1998, 53, met noot; P. MARCHAL, o.c., p. 129, nr. 132; G. DENEZ, o.c., Formation Permanente CUP, *Les procédures en référé*, 1998, 84; L. DU CASTILLON, Formation Permanente CUP, *Les procédures en référé*, 1998, 47; C. COOMANS, o.c., *R.W.* 1990-91, 1428; G. DE LEVAL, o.c., *Bancair derdenbeslag – gerechtelijk akkoord en faillissement – taalwetgeving... Vierde permanente vorming van de gerechtsdeurwaarders 1998*, 149 (voetnoot 103); S. RAES, o.c., *R.Cass.* 1989-90, p. 170, nr. 15; J. VAN COMPERNOLLE, «Introduction générale», in J. VAN COMPERNOLLE en G. TARZIA (red.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Brussel Bruylant, 1998, 12-13; G. DE LEVAL, o.c., *Act.Dr.*, 1992, 855; in Université De Liège (red.), *Procédures d'urgence. Colloque du 14 mars 1992*, o.c., nr. 37.

⁵⁷ Zie randnr. 22.

⁵⁸ Cass. 20 juni 1988, *Pas.* 1988, 1261, met conclusie van advocaat-generaal LIEKENDAEL; Kort Ged. Rb. Namen 2 mei 2000 *J.L.M.B.* 1267, met noot A. DELVAUX; Kort Ged. Kh. Antwerpen 25 oktober 1995, *R.W.* 1999-2000, 156, met noot; L. DU CASTILLON, o.c., Formation Permanente CUP, *Les procédures en référé*, 1998, 53; G. DE LEVAL, o.c., *Bancair derdenbeslag – gerechtelijk akkoord en faillissement – taalwetgeving... Vierde permanente vorming van de gerechtsdeurwaarders 1998*, 139, 149 (voetnoot 102), 155, 158; S. STIJNS, o.c., *T.B.H.* 1996, 110.

⁵⁹ C. COOMANS, o.c., *R.W.* 1990-91, 1422 en 1428; J. LINSMEAU, *Rev.Droit ULB* 1993, 36.

⁶⁰ Zie randnr. 29.

van een deskundige, en anticiperende maatregelen of maatregelen die vooruitlopen op het bodemgeschil (*mesures d'anticipation*) anderzijds, zoals het bevel om iets te doen of te laten.⁶¹ Bewarende maatregelen worden vooral opgelegd in geval van een ernstige betwisting, anticiperende maatregelen daarentegen kunnen in principe enkel worden gesteund op evidente rechten. Dit vormt gewoon de toepassing van de hierboven genoemde proportionaliteitsregel.⁶² Indien anticiperende maatregelen worden gevorderd, zal bovendien ook minder snel urgentie worden aangenomen.⁶³ Het onderscheid tussen beide soorten maatregelen is in de praktijk echter niet altijd even duidelijk.

33. Vandaag wordt algemeen aanvaard dat, behalve een bevel om iets te doen of om iets te laten, de kortgeding-rechter ook een veroordeling tot betaling van een geldsom kan uitspreken.⁶⁴ Men spreekt van een provisie (*«le référé-provision»*). Volledigheidshalve kan nog worden gewezen op de toepasselijkheid van art. 19, tweede lid Ger.W. Ook in kort geding kan een maatregel alvorens recht te doen worden gevorderd, zoals bijvoorbeeld de aanstelling van een deskundige.

III. HERSTEL BIJ EEN HERVORMING IN HOGER BEROEP OF NA VERZET

34. Wat is het lot van de beveiligingsmaatregelen en de dwangsom die in kort geding werden opgelegd, wanneer de beschikking in hoger beroep of na verzet hervormd wordt? Het antwoord op deze vraag vloeit in principe voort uit art. 1398, tweede lid Ger.W.: de voorlopig uitvoerbare beschikking wordt uitgevoerd op eigen risico van de executant. Het gaat hier om een objectieve aansprakelijkheid. De executant is er bijgevolg steeds toe gehouden de ontvangen sommen terug te betalen en eventuele schade te vergoeden. Dit betekent dat wanneer de verweerder in eerste aanleg was veroordeeld tot betaling van een provisie, hij recht heeft op terugbetaling van het kapitaal, verhoogd met de intresten. Ingeval de rechter in kort geding een bevel om iets te doen had uitgevaardigd, houdt dit bevel op te bestaan en moet de executant de schade herstellen die door dit bevel ontstaan is. Een verbeurde dwangsom moet worden terugbetaald, samen met de intresten die de dwangsom ondertussen heeft opgebracht.⁶⁵ Kortom, na een hervorming in hoger beroep of na verzet moet de partij die in eerste aanleg werd veroordeeld, worden teruggeplaatst in haar positie van vóór de uitvoering van deze beschikking. De hervorming van een veroordeling

in hoger beroep of na verzet heeft met andere woorden een retroactieve werking.

In de rechtspraak en rechtsleer wordt het regime van art. 1398, tweede lid Ger.W. zonder meer toegepast in kort geding. Vanwege de bijzondere aard van de rechtsmacht van de voorzitter leidt dit in bepaalde gevallen echter tot ongewenste resultaten. Vooral het lot van de dwangsommen die verbeurd zijn na de uitspraak in eerste aanleg, is problematisch. Zoals gezegd, wordt de urgentie ook in hoger beroep beoordeeld op het moment van de uitspraak.⁶⁶ Dit heeft tot gevolg dat de partij die in eerste aanleg werd veroordeeld om een bepaalde handeling (niet) te stellen, deze veroordeling in bepaalde gevallen simpelweg naast zich neer kan leggen door het instellen van hoger beroep. Wanneer de kortgedingrechter in eerste aanleg bijvoorbeeld een verbod had uitgesproken om bepaalde bomen om te hakken, en de verweerder deze beschikking negeert en de bomen niettemin omhakt, creëert hij een voldongen feit waardoor geen urgentie meer bestaat op het moment van de uitspraak in beroep. De appélrechter zal de oorspronkelijke vordering dan ook zonder voorwerp verklaren,⁶⁷ zodat volgens een strikte toepassing van de hierbovengenoemde regel de verbeurde dwangsommen zouden moeten worden terugbetaald. Deze uitkomst, waarbij een veroordeling in kort geding ongestraft kan worden genegeerd, is uiteraard niet wenselijk.

De basisgedachte van de regel van art. 1398, tweede lid Ger.W. is dat de executant weet dat na het aanwenden van een rechtsmiddel kan blijken dat de rechter in eerste aanleg zich vergist heeft. De executant die niettemin het voorlopig uitvoerbaar vonnis ten uitvoer legt, moet dan ook de gevolgen hiervan dragen. In een procedure in kort geding betekent een hervorming in hoger beroep echter niet per definitie dat de rechter in eerste aanleg zich heeft vergist. Dit is met name niet zo wanneer de urgentie die aanwezig was ten tijde van het eerste vonnis, wegvalt in de loop van de beroepsprocedure. Als de appélrechter dan oordeelt dat de zaak niet meer spoedeisend is op het moment van zijn uitspraak en de oorspronkelijke vordering daarom zonder voorwerp verklaart, betekent dit geen afkeuring van de beslissing van de eerste rechter. Op de uitspraak in eerste aanleg zelf valt niets aan te merken. Deze uitspraak wordt niettemin hervormd, omdat de vereiste urgentie naderhand is weggevallen. In een dergelijk geval lijkt het dan ook onbillijk om het risico van de voorlopige tenuitvoerlegging bij de executant te leggen.

35. Wanneer de beschikking wordt hervormd wegens het wegvallen van de urgentie, maar de eerste rechter geen beoordelingsfout wordt verweten, zou dan ook een uitzondering moeten worden gemaakt op het hierboven beschreven wettelijk regime van objectieve aansprakelijkheid. Het lijkt onaanvaardbaar om in een dergelijk geval retroactief effect te verlenen aan de hervormingsbeslissing, aangezien de appélrechter hier eigenlijk de beschikking uit eerste aanleg niet tenietdoet. Uiteraard houdt de beslissing dat de oorspronkelijke vordering zonder voorwerp is geworden, geen bevestiging in van de veroordeling van de eerste rechter. Nochtans betekent dit evenmin een hervorming in de strikte zin, aangezien de appélrechter geen kritiek levert op de beslissing in eerste aanleg. Na de hervorming in beroep kan de

⁶¹ G. DE LEVAL, o.c., *Act.Dr.*, 1992, 855; in Université De Liège (red.), *Procédures d'urgence. Colloque du 14 mars 1992*, p. 884-890, nrs. 46-57; G. DEMEZ, o.c., Formation Permanente CUP, *Les procédures en référé*, 1998, 84-85; L. DU CASTILLON, o.c., Formation Permanente CUP, *Les procédures en référé*, 1998, 47, nr. 7; J. VAN COMPERNOLLE, o.c., in J. VAN COMPERNOLLE en G. TARZIA (red.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, 12-13; J. VAN COMPERNOLLE en CLOSSET-MARCHAL, o.c., *R.C.J.B.* 1999, 168-176.

⁶² Zie randnr. 30.

⁶³ Zie randnr. 14.

⁶⁴ J. VAN COMPERNOLLE en CLOSSET-MARCHAL, o.c., *R.C.J.B.* 1999, 176.

⁶⁵ Benelux Gerechtshof, 14 april 1983, *R.W.* 1983-84, met conclusie van procureur-generaal E. KRINGS.

⁶⁶ Zie randnr. 9.

⁶⁷ Zie randnr. 9.

beschikking van de eerste rechter uiteraard geen verder effect sorteren. Het is echter wenselijk dat de executant in dit geval er niet toe gehouden is de verbeurde dwangsommen terug te betalen of de tegenpartij te vergoeden voor schade geleden door de voorlopige tenuitvoerlegging. Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor een hervorming na verzet van een beschikking gewezen bij verstek.

De hervormingsbeslissing moet in een dergelijk geval een vergelijkbaar effect hebben als een andersluidende bodembeslissing. De uitspraak van de bodemrechter doet nooit de beslissing in kort geding teniet, maar heeft enkel tot gevolg dat de uitwerking van deze beslissing ophoudt, zij het zonder retroactieve kracht.⁶⁸ Zo mag ook de hervormingsbeslissing in beroep (of na verzet) die is gesteund op het wegvallen van de urgentie na de eerste uitspraak, enkel een effect *ex nunc* hebben. Dit betekent concreet dat de provisie die werd betaald in uitvoering van de beschikking in eerste aanleg, moet worden terugbetaald, zonder dat evenwel intrest op deze som verschuldigd is. Wanneer de voorzitter een gebod had uitgesproken om een bepaalde handeling te stellen of te laten, verliest dit gebod zijn rechtskracht slechts vanaf de uitspraak in beroep. Voor het nadeel dat zij heeft geleden door de uitvoering van dit gebod, kan de partij die in eerste aanleg werd veroordeeld zich niet wenden tot de executant (tenzij deze laatste om een of andere reden een fout zou kunnen worden verweten). Belangrijk is vooral dat aldus een dwangsom die was verbeurd na de uitspraak in eerste aanleg en vóór de andersluidende uitspraak in beroep, definitief verbeurd blijft.⁶⁹

Evenmin als een andersluidende bodembeslissing, houdt de hervormingsbeslissing wegens het wegvallen van de urgentie na de beschikking in eerste aanleg een afkeuring in van de beschikking in kort geding. Het is dan ook logisch dat in beide gevallen slechts een beperkte mogelijkheid tot rechtsherstel bestaat en de dwangsommen die waren verbeurd vóór hetzij de andersluidende bodembeslissing, hetzij de uitspraak in beroep, verschuldigd blijven.

IV. MOTIVERINGSPLICHT VAN DE KORTGEDINGRECHTER

36. Zoals elke rechterlijke uitspraak, moet ook de beschikking in kort geding met redenen omkleed zijn. De formele motiveringsplicht van art. 149 G.W. en art. 780 Ger.W. houdt in dat de rechter in zijn beslissing de redenen

moet vermelden waarop deze steunt en een antwoord moet geven op de argumenten van de partijen die regelmatig aan hem werden voorgelegd. De verplichting heeft dus twee aspecten. Enerzijds moet in de motivering de grondslag te vinden zijn van de beslissing van de rechter. De beslissing moet met andere woorden noodzakelijkerwijze voortvloeien uit de opgegeven beweegredenen (positieve motiveringsverplichting). Anderzijds moet de rechter antwoorden op de argumenten die de partijen hebben aangebracht ter staving van hun beweringen (antwoordverplichting).

Volgens het Hof van Cassatie is de draagwijdte van de motiveringsverplichting in kort geding minder ruim dan in een bodemgeding. Het Hof heeft met name beslist dat «de rechter in kort geding die vaststelt dat de zaak urgent is en die, na de belangen te hebben afgewogen, oordeelt dat voor de eiser in kort geding onmiddellijke schade dreigt indien een bepaalde bewarende maatregel niet wordt bevolen, niet verplicht is nader in te gaan op het verweer van degene tegen wie de maatregel wordt gevraagd en dat gebaseerd is op het materiële recht».⁷⁰ Deze beslissing kan best worden begrepen in de zin dat de rechter bij de toekenning van de eis enkel de positieve beweegredenen van zijn beslissing moet weergeven, zonder dat hij systematisch alle argumenten van de verweerder hoeft te weerleggen. Dit betekent dus enkel een afzwakking van het tweede aspect van de motiveringsplicht, zijnde de antwoordverplichting.

Aan de positieve motiveringsplicht lijkt daarentegen geen afbreuk te worden gedaan door het Hof. Het is immers vooral dit aspect van de motiveringsverplichting dat cassatiecontrole mogelijk maakt. Hoewel de kortgedingrechter geen definitieve uitspraak doet over de rechtssituatie van partijen, oefent het Hof van Cassatie toch een zekere controle uit op de toepassing van het materiële recht. Een beschikking in kort geding is met name aanvechtbaar in cassatie wanneer de rechter «onredelijk rechtsnormen betreft of weigert te betrekken in zijn redenering».⁷¹ Deze toetsing aan het redelijkheidscriterium kan enkel worden voltrokken wanneer de beslissing uitdrukkelijk alle elementen vermeldt waarop deze is gebaseerd.

Sofie BEERNAERT

Advocate aan de balie van Brussel

Assistente aan het Jan Ronse Instituut, K.U. Leuven

⁶⁸ Zie ook randnr. 27.

⁶⁹ E. KRINGS, conclusie voor Benelux Gerechtshof, 14 april 1983, R.W. 1983-84, 227.

⁷⁰ Cass. 4 februari 2000, R.W. 2000-2001, 813, met noot M. STORME. Zie ook Cass. 22 februari 1991, T.B.H. 1991, 672-684, noot P. LEMMENS.

⁷¹ Cass. 31 januari 1997, Soc.Kron. 1998, 23, met noot P. HUMBLET; T.B.H. 1997, 367, met conclusie van advocaat-generaal X. DE RIEMAECKER; R.W. 1997-98, 605; met conclusie en met noot; Pas. 1997, I, 148; Arr.Cass. 1997, 140, met conclusie; Cass. 4 juni 1993, Arr.Cass. 1993, 556; Pas. 1993, I, 542; R.W. 1993-94, 476, met noot; P&B 1993, 121; R.Cass., 1993, 167; T.B.H., 1993, 925. Zie eveneens P. Taelman, o.c., P&B 1997, p. 214-215, nr. 21.

HOF VAN CASSATIE*2e KAMER - 15 MEI 2001*

Voorzitter: de h. Forrier

Rapporteur: de h. Frère

Openbaar ministerie: de h. Duinslaeger

Advocaten: mrs. Mussche en Van Steenbrugge

**Rechten van de mens - Openbaarheid - Strafzaken -
Beslissing dat zaak met gesloten deur zal worden behandeld -
Geldigheidsduur - Volgende terechtzittingen**

De beslissing van de rechter in strafzaken dat het onderzoek en de behandeling van een zaak met gesloten deuren zal geschieden, uitsluitend tot de uitspraak van het arrest, geldt voor alle terechtzittingen waarop de zaak wordt behandeld.

De rechtspleging is niet door nietigheid aangetast wanneer de behandeling van de zaak op een van de opeenvolgende terechtzittingen toch gebeurt in het openbaar en geen van de partijen zich hiertegen verzet.

C.R. t/ C.E.

Gelet op het bestreden arrest, op 30 november 2000 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

...

*Over het tweede middel:**Wat het eerste onderdeel betreft:*

Overwegende dat de behandeling van de zaak in openbare terechtzitting de regel is en de behandeling met gesloten deuren de uitzondering;

Overwegende dat niet blijkt dat eiseres of een andere partij zich op 7 september 2000 hebben verzet tegen de behandeling in het openbaar van de zaak op die terechtzitting;

Dat het middel bij gebrek aan belang niet ontvankelijk is;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat de beslissing van de rechter in strafzaken dat het onderzoek en de behandeling van een zaak zullen geschieden met gesloten deuren, uitsluitend tot de uitspraak van het arrest, geldt voor alle terechtzittingen waarop de zaak wordt behandeld;

Overwegende dat de rechtspleging niet door nietigheid is aangetast wanneer de behandeling van de zaak op een van de opeenvolgende terechtzittingen toch gebeurt in het openbaar en geen van de partijen zich hiertegen verzet;

Dat het onderdeel faalt naar recht;

...

NOOT - Over de openbaarheid van de terechtzittingen

1. In beginsel zijn alle terechtzittingen van de vonnisge-rechten openbaar. Deze openbare behandeling is niet alleen voorgeschreven door art. 153, 190 en 310 Sv., maar ook door art. 148 G.W. Bovendien waarborgt art. 6 E.V.R.M. deze openbaarheid en beperkt deze bepaling de sluiting van de deuren.

2. Het Hof van Cassatie gaat ervan uit dat de openbaarheid in het belang van de beklaagde speelt, zodat hij er zich niet kan over beklagen dat de sluiting van de deuren niet werd bevolen (Cass., 29 oktober 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 245; R. Declercq, *Beginnelsen van strafrechtspleging*, p. 446, nr. 990).

3. Uitgaande van de stelling dat de sluiting van de deuren slechts de in het belang van de beklaagde voorgeschreven waarborgen vermindert, werd eertijds aangenomen dat bij niet-naleving van de bevolen sluiting der deuren, de betrokkene geen cassatiemiddel kon aanvoeren (Cass., 4 april 1859, *Pas.*, 1859, I, 129; Cass., 17 februari 1913, *Pas.*, 1913, I, 111).

4. Blijkbaar aanvaardt het Hof van Cassatie thans de ontvankelijkheid van het middel gesteund op de niet-naleving van het bevel tot sluiting der deuren, op voorwaarde dat de betrokken partij zich heeft verzet tegen de behandeling in het openbaar van de zaak op die terechtzitting (Cass., 20 september 1954, *Pas.*, 1955, I, 25; Cass., 2 januari 1961, *Pas.*, 1961, I, 472).

Keep an argument seven years and you will find a use for it.

A. Vandeplass

HOF VAN CASSATIE*2e KAMER - 4 DECEMBER 2001*

Voorzitter: de h. Forrier

Rapporteur: de h. Goethals

Openbaar ministerie: de h. De Swaef

Advocaat: mr. Beelen

**1. Stedenbouw - Herstelvordering - Motivering - Omvang
- 2. Cassatie - Middel - Universele Verklaring voor de
Rechten van de Mens - Geen wet in de zin van art. 608 Ger.
W. - 3. Grondwet - Grondwettigheidsstoetsing van wetten -
Bevoegdheid van het Hof van Cassatie**

1. De beslissing die de gemachtigde ambtenaar of het college van burgemeester en schepenen met toepassing van art. 68, § 1, Stedenbouwdecreet treffen, met hun gezamenlijk akkoord in de sub b en c van die wetbepaling bedoelde gevallen, is een bestuurshandeling in de zin van art. 1 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, die uitdrukkelijk moet worden gemotiveerd.

De keuze voor de vordering tot herstel van de plaats in de vorige staat kan afdoende worden gemotiveerd met de juridische overweging dat een bepaald gebied als agrarisch gebied is bestemd en de feitelijke overweging dat welomschreven werken met die bestemming strijdig zijn.

Wanneer de gemachtigde ambtenaar de keuze voor een bepaalde herstelmaatregel afdoende motiveert, moet hij de uitsluiting van de keuze voor een andere herstelmaatregel niet negatief motiveren.

2. De Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens, die op 10 december 1948 door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties is goedgekeurd, is niet in het Belgische