

## HC 7A, 18-10-18, Kort geding

Het kort geding is gericht op een snelle voorlopige voorziening. Een gewone bodemprocedure neemt gauw veel tijd in beslag, waardoor de schade ondertussen snel kan oplopen (bij vordering tot schadevergoeding). Van oorsprong was de bedoeling dat de rechter in kort geding een uitspraak zou doen in afwachting van de uitspraak in de bodemprocedure. Maar in verreweg de meeste gevallen blijft het bij de uitspraak in kort geding en loopt er geen bodemprocedure. Zo'n bodemprocedure is dan ook geen vereiste om een kort geding procedure te starten. Hierop is een uitzondering, namelijk in art. 1019i Rv. Dit artikel vereist een bodemprocedure bij intellectuele eigendomszaken in kort geding. De functies van het kort geding zijn:

- De uitspraak van de rechter is een ordemaatregel waardoor de zaak teneinde is.
- De kort geding rechter bekijkt de zaak met de vraag; hoe zou een bodemrechter hierover oordelen? De uitspraak is dus een prognose. Als er vervolgens een bodemprocedure komt, is de bodemrechter niet gebonden aan deze prognose.
- Het kort geding vormt een aanvulling op de bodemprocedure. Als partijen content zijn met de uitspraak in kort geding, kunnen zij bepalen dat deze geldt als bodemuitspraak.

Een kort geding vonnis krijgt nooit gezag van gewijsde, het is immers een voorlopige voorziening. Als de bodemrechter tot een andere feitenvaststelling komt, dan verliest de feitenvaststelling van de kort geding rechter zijn kracht.

### Terminologie

In het kort geding, doet de voorzieningenrechter uitspraak. Deze spreekt altijd alleen recht (enkelvoudige kamer in de rechtbank). Als een zaak in een bodemprocedure bij de kantonrechter terecht zou moeten komen, kun je in het kort geding ervoor kiezen om je zaak voor de kantonvoorzieningenrechter te brengen (art. 254 lid 5 Rv). De reden waarom een eiser dit zou doen, is omdat bij de kanton(voorzieningen)rechter geen verplichte procesvertegenwoordiging geldt. De bodemprocedure die hiervoor al een aantal keren is genoemd, is de 'normale' procedure.

Verschillen tussen de bodemprocedure en de kort geding procedure:

- In het kort geding is geen plaats voor bewijslevering. Er is namelijk geen tijd om getuigen te horen, deskundigen te benoemen etc. Het bewijsrecht wordt dus amper toegepast.
- Een vonnis in een bodemprocedure krijgt gezag van gewijsde (art. 236 Rv) op het moment dat een vonnis in kracht van gewijsde gaat (dus als er geen gewone rechtsmiddelen meer tegen open staan). Dit geldt niet voor het vonnis in kort geding.

In art. 223 Rv staat dat bij wijze van incident je in een bodemprocedure ook een voorlopige voorziening kunt vragen.

Het kort geding heeft vier elementen (art. 254 Rv):

1. De eiser heeft voldoende spoedeisend belang bij het treffen van een voorlopige voorziening. De bodemprocedure kan niet worden afgewacht.
2. Het is een onmiddellijke voorziening bij voorraad. Dat wil zeggen dat deze onmiddellijk ten uitvoer kan worden gelegd.
3. De voorzieningenrechter maakt altijd een belangenafweging tussen de belangen van partijen. De voorzieningenrechter kan op grond van de belangenafweging besluiten een vordering niet toe te wijzen, terwijl hij van mening is dat de eiser gelijk heeft. Dit doet hij als hij van oordeel is dat de belangen van de andere partij groter zijn.
4. De voorzieningenrechter is degene die uitspraak doet.

## **Procedure**

Het kort geding is een dagvaardingsprocedure. De eiser maakt een concept van een dagvaarding en stuurt deze naar de rechtbank met een aanvraag voor een kort geding. De voorzieningenrechter bepaalt de dag en het uur waarop de zitting plaats vindt ex art. 254 lid 2 Rv. Dit wordt opgenomen in de dagvaarding en vervolgens wordt de dagvaarding betekend ex art. 255 lid 2 Rv. Het verschil met de bodemprocedure is dat er een conclusie van antwoord ontbreekt. Dit betekent niet dat dit niet mag. De gedaagde mag op voorhand zijn verweer op schrift stellen en naar de rechtbank en wederpartij sturen.

## **Competentie**

1. Internationale relatieve competentie: als er een internationaal aspect in de zaak zit, gaat de EEX-Ibis verordening uit van dezelfde relatieve competentie als bij de bodemrechter. Dat betekent dus dat de rechter van de woonplaats van gedaagde bevoegd is. Maar art. 35 van de verordening zegt dat als het recht van een lidstaat de rechter de bevoegdheid geeft om voorlopige of bewarende maatregelen te treffen, deze dat ook mag doen. Dat betekent dat de rechter van de woonplaats van eiser ook bevoegd kan zijn.
2. Nationale absolute bevoegdheid: de voorzieningenrechter bij de rechtbank is in eerste aanleg bevoegd. Zoals hiervoor al genoemd kan de kantonvoorzieningenrechter ook bevoegd zijn.
3. Nationale relatieve bevoegdheid: in beginsel is de hoofdregel dat de rechter van de woonplaats van gedaagde bevoegd is. Daarnaast is ook bevoegd de rechter van de plaats waar de voorlopige voorziening moet worden getroffen. Dat leidt in kort geding tot een enorme uitbreiding van mogelijke rechters.

De eiser heeft verplichte procesvertegenwoordiging. De gedaagde mag in persoon procederen, maar niet door een gemachtigde die geen advocaat is. De gedaagde mag dus alleen op komen dagen, of zijn advocaat moet op komen dagen. Bij de kantongedingen kan ook de eiser in persoon verschijnen (dus zonder advocaat). De zitting verloopt als volgt: toelichting vordering door eiser, verweer door gedaagde, rechter stelt vragen, re- en duplicatie. Na de mondelinge behandeling (zitting) volgt er een vonnis. Art. 258 Rv bepaalt dat als een uitspraak uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard, het ten uitvoer kan worden gelegd, ook als er een rechtsmiddel tegen in wordt gesteld. Wordt de uitspraak niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard, dan kan de uitspraak nog steeds worden geëxecuteerd, maar dan schorst de instelling van een rechtsmiddel deze executie. Bijna alle vonnissen worden uitvoerbaar bij voorraad verklaard. Bij bodemprocedures dient dit te worden gevorderd door de eiser, de rechter doet dit niet ambtshalve. De voorzieningenrechter daarentegen kan wel zijn uitspraak ambtshalve uitvoerbaar bij voorraad verklaren. Dit hoeft hij dus niet te doen.

## **Welke voorzieningen in kort geding?**

Een verklaring voor recht kan niet worden gevorderd (declaratoir vonnis). Dit kan niet, omdat dit geen voorlopige voorziening betreft. Daarnaast is een constitutief vonnis ook niet mogelijk. In zo'n geval grijpt de rechter in in de rechtstoestand van partijen. Dat kan dus niet in kort geding. Er is echter een constitutief vonnis dat de voorzieningenrechter wel kan wijzen, namelijk het opheffen van een conservatoir beslag (art. 705 Rv).

## **Bijzonderheden**

1. De rechter kan weigeren voorziening te treffen (art. 256 Rv) als de rechter van mening is dat de zaak zich niet leent voor behandeling in kort geding. Dat wil zeggen dat de zaak te ingewikkeld is. Deze bevoegdheid dient hij terughoudend toe te passen. In het **arrest Vredo/Veenhuis** ging het om een intellectuele eigendomszaak, namelijk een octrooizaak. Het Haagse Hof weigerde

deze voorziening. De Hoge Raad bepaalde hier dat er een motiveringsvereiste geldt. In eerste instantie is niets te ingewikkeld voor een kort geding, maar als de rechter dit toch wel vindt, dient hij de weigering van de voorziening goed te motiveren. Als de voorzieningenrechter niet overtuigd is van het feitencomplex dat eiser aan hem heeft gepresenteerd, dan kan de voorzieningenrechter de voorziening weigeren. In het **arrest Kloes/Fransman** had de president in kort geding twee getuigen gehoord tijdens de zitting. In beginsel is dat niet mogelijk. Maar deze rechter schorste de behandeling in kort geding en ging over tot getuigenverhoor. Daarna ging het kort geding weer verder. Dit is een praktische manier om achter de juiste feitenvaststelling te komen. De voorzieningenrechter is hiertoe niet verplicht. Als de rechter meent dat de gevolgen van de uitspraak onvoldoende te overzien zijn, is dit geen grond om het treffen van een voorziening te mogen weigeren.

2. De voorzieningenrechter maakt een belangenafweging. De rechter bekijkt hoe ingrijpend de gevolgen voor gedaagde zijn bij het toewijzen van de vordering en hoe ingrijpend de gevolgen voor eiser zijn bij het afwijzen van de vordering. Daarin heeft de kortgedingrechter een grote vrijheid. In het **arrest Procter&Gamble/Kimberly-Clark** voerde Kimberly een reclame campagne voor pampers die zij op de markt bracht en hierin werden de pampers van P&G een beetje belachelijk gemaakt. De vordering van P&G in kort geding was dat de rechter Kimberly moest verbieden dit soort onjuiste mededelingen te doen. Daarnaast stelden zij dat ze schade leden en wilden dus schadevergoeding. Ten slotte wilden zij dat Kimberly haar uitspraak rectificeerde. De voorzieningenrechter wees slechts de vordering tot rectificatie toe. P&G ging in hoger beroep en vervolgens in cassatie. De vraag was of de rechter de ruimte had om de andere vorderingen niet toe te wijzen, terwijl hij wel van oordeel was dat Kimberly onrechtmatig had gehandeld. De Hoge Raad zegt dat de voorzieningenrechter de vrijheid heeft om niet alle vorderingen toe te wijzen. Als de rechter van mening is dat het voldoende is om slechts een vordering toe te wijzen.
3. De afstemmingsregel houdt in dat de bodemrechter voorrang heeft op de kortgedingrechter. Als er op een bodemvonnis nog een kort geding volgt, dient de voorzieningenrechter zijn oordeel af te stemmen op het oordeel van de bodemrechter. Hierop bestaan drie uitzonderingen:
  - Als de bodemrechter zich klaarblijkelijk heeft vergist, dan kan de voorzieningenrechter afwijken van dit vonnis. Dit dient wel duidelijk te zijn.
  - Als na het bodemvonnis de omstandigheden dermate zijn gewijzigd, dat als de bodemrechter nu kennis zou nemen van de zaak, hij tot een andere conclusie zou komen, dan mag de voorzieningenrechter ook afwijken van het gewezen bodemvonnis.
  - Deze afstemmingsregel geldt niet voor het opheffingskortgeding van conservatoir beslag.
4. Voorlopige voorzieningen kunnen verstrekkende gevolgen hebben. Dit is geen beletsel om zo'n voorziening toe te wijzen. Ook als gevolgen onherstelbaar zijn en er voldoende belang is aan de kant van de eiser om de vordering toe te wijzen, dan dient de rechter de vordering toe te wijzen. Een voorbeeld is het **arrest Kemkes/Samson**, hierin werd eerst geprocedeerd in kort geding. Hierin werd aangenomen dat er een koopovereenkomst tot stand was gekomen met betrekking tot een huis. De vordering was dat de wederpartij zou meewerken aan de levering en zo niet, dat het vonnis dat in de plaats treed van de leveringsakte. Dit deed de voorzieningenrechter en in de tussentijd werd er een bodemprocedure gestart. De bodemrechter kwam na bewijslevering tot het oordeel dat er geen koopovereenkomst tot stand was gekomen, dus de vordering tot levering werd afgewezen. Maar inmiddels was er al geleverd. Het feit dat dit een onherstelbaar gevolg is van de uitspraak in kort geding, is geen reden om de voorziening niet te treffen. Een geldvordering in kort geding is mogelijk, maar hieraan worden een aantal voorwaarden gesteld. In het **arrest M'Barek/Van der Vloot** zei het hof dat een geldvordering in kort geding alleen

dient te worden toegewezen, als het niet toewijzen ervan zorgt voor een financiële noodtoestand aan de kant van de eiser. Dit ging de Hoge Raad te ver. Deze omstandigheid mag wel worden meegenomen in de belangenafweging. Het restitutierisico dient ook te worden meegenomen in deze belangenafweging, dat is het risico dat de eiser zijn geld niet terug krijgt.

5. Het kortgedingvonnis krijgt geen gezag van gewijsde. Als je voor een tweede keer een procedure aanhangig maakt bij de voorzieningenrechter over hetzelfde en de feiten zijn nog hetzelfde, dan kan de rechter oordelen dat eiser misbruik maakt van het procesrecht. Dit volgt uit het **arrest Kloes/Fransman**.
6. Appel- en cassatietermijn. In hoger beroep en cassatie zijn de termijnen ongeveer gelijk aan die in de bodemprocedure. Toch blijft het een kort geding (aard van procedure blijft gelijk), dat betekent onder andere dat een declaratoir vonnis nog steeds niet mogelijk is en dat de rechter nog steeds een belangenafweging dient te maken.
7. Verhouding tussen het kortgeding-vonnis en een bodemvonnis: het bodemvonnis heeft voorrang op het kortgeding-vonnis. Als er een kortgeding-vonnis ten uitvoer is gelegd en als later blijkt dat de executant toch ongelijk had (in hoger beroep o.i.d.) dan is deze wel aansprakelijk voor de gemaakte schade. Ten slotte blijven verbeurde dwangsommen verbeurd, dit volgt uit het **arrest Kemkes/Samson**.

### **HC 7B, 19-10-2018, Dwangsom en executie**

Men kan nooit los een **dwangsom** vorderen. Het moet altijd gevorderd worden in combinatie met een andere vordering. Wanneer men zich niet aan de hoofdveroordeling houdt, is men een dwangsom verschuldigd. Dit bedrag komt toe aan de executant (eiser). Waarom willen we dit? Om de gedaagde, die veroordeeld wordt, te dwingen om zijn verplichting na te komen. Je kunt deze verplichting afdwingen met behulp van een dwangsom. De regeling van de dwangsom vinden we in art. 611a tot en met 611i Rv. Dit is afgeleid van de Benelux-regeling. Degene die uiteindelijk deze artikelen moet uitleggen en toepassen is de hoogste rechter van het Benelux gerechtshof. Een dwangsom kun je niet aan een geldvordering haken. Er zijn andere middelen om een geldsom af te dwingen. Je kan bijvoorbeeld ook niet een echtgenoot dwingen om een vordering na te komen door middel van een dwangsom op te leggen. Ten slotte kan geen dwangsom gelegd worden op een vordering die voortvloeit uit een arbeidsovereenkomst.

Voorbeeld dwangsom: “verbiedt gedaagde het product X ten verkoop of anderszins aan te bieden; veroordeelt gedaagde tot betaling van een dwangsom van 2000 euro per dag of gedeelte van een dag waarmee gedaagde in gebreke blijft aan het verbod te voldoen, tot een maximum van € 50.000.”

Wanneer ben je een dwangsom verbeurd? Als de hoofdvordering niet wordt voldaan. Zie hiervoor art. 611a Rv. Rechters moeten een termijn verbinden aan het starten van de dwangsom. Dwangsommen worden op een gewone wijze geëxecuteerd. Het is eigenlijk een gewone geldvordering waarbij je een executoriaal vonnis hebt, waarin staat dat je recht hebt op een geldbedrag (dwangsom).

### **Ontkomen aan een verbeurde dwangsom**

Je kan aan een verbeurde dwangsom ontkomen door:

- Het inzetten van een gewoon rechtsmiddel. Het vonnis zal worden vernietigd, waardoor er geen executoriale titel meer is om de dwangsom ten uitvoer te leggen.
- Een andere uitspraak in de bodemprocedure na kort geding: zolang het kort geding vonnis van kracht is, en je verbeurt een dwangsom dan is de dwangsom geldig. Maar als de rechter in een bodemprocedure een andere luidende uitspraak doet, dan hoeft de gedaagde niet langer de dwangsom te betalen. Hiermee ontkomt de gedaagde dus aan de dwangsom. Uit het arrest **Kemkes/Samson** blijkt dat als de eiser/executant immers de gedaagde heeft gedwongen om de hoofdveroordeling na te komen door middel van een dwangsom, maar de bodemrechter wijst een ander oordeel, de gedaagde een schadevergoeding kan eisen. Je hebt dan onrechtmatig

geëxecuteerd. De bodemrechter heeft voorrang boven de kort geding rechter. Maar als alleen voorlopige voorziening is geweest, dan blijft de dwangsom staan en is hij verbeurd.

- Onmogelijkheid van nakoming van de vordering op grond van art. 611d Rv. Geschil voorleggen aan de rechter die bevoegd is om over dwangsom te oordelen.
- Executiegeschil ex art. 438 Rv: zijn alle geschillen die met executie te maken hebben. Geschil voorleggen aan de gewone rechter of voorzieningenrechter.

**Arrest Ritzen/Hoekstra:** Hoekstra eiste ontruiming door het echtpaar Ritzen. Deze vordering werd toegewezen. Ritzen ging in hoger beroep. Hoekstra begon in de tussentijd al met executeren. Maar aan de hand daarvan begon Ritzen een executiegeschil. Zij voerden aan dat Hoekstra niet mocht executeren. De Hoge Raad oordeelde dat de executant geen redelijk te eisen executie had. Executie mag alleen geschorst worden als het vonnis berust op een kennelijke misslag of indien de ontruiming klaarblijkelijk aan de kant van de gedaagde een noodtoestand veroorzaakt, waarna een belangenafweging volgt. Gaat wel ver voordat je bij zo'n redenering komt. Dit is de standaard formulering voor elk executiegeschil.

### **Conservatoir beslag**

Bij conservatoir beslag wordt er beslag op een goed gelegd. Het is een voorportaal van de procedure. Als je gelijk krijgt in het vonnis, dan kun je een executoriale titel krijgen en volgt een executoriaal beslag. Uitgangspunt is dat regels van executoriaal beslag ook van toepassing zijn op conservatoir beslag. De executie draait om verwezenlijking van het recht door middel van dwang.

**1. Verhaalsexecutie** is bij geldvorderingen. Het draait om de prestatie: geld betalen. Zie art. 376 en 377 Rv. drie vormen van verhaalsexecutie:

- Beslag leggen via de deurwaarder (439 Rv).
- Faillissement via de rechter (Faillissementswet).
- Parate executie (pand/hypotheek, art. 3:227 e.v. BW).

**2. Reële executie** (art. 3:296 BW).

- Afgifte roerende zaak (art. 491 e.v. Rv).
- Levering bij akte (art. 3:300 en 3:301 BW).
- Ontruiming onroerende zaak (art. 555 Rv).

Casus:

A leent EUR 5.000,- aan B. Zij spreken af dat B uiterlijk op 1 juni 2018 het volledige bedrag terugbetaalt. Op 7 juni 2018 heeft B nog geen cent betaald. Hoe verloopt de procedure verder?

1. A heeft een vorderingsrecht op B.
2. A legt conservatoir beslag (bijv. op auto van B): B mag nog steeds zijn auto gebruiken, maar het beslag blijft de auto volgen. De executant kan ook vorderen dat de auto in gerechtelijke bewaring wordt gehouden, naast het beslag leggen.
3. Om een executoriale titel te krijgen moet A een zaak beginnen. De executant moet een dagvaarding uitvaardigen. B voert een incident aan: de rechter in Amsterdam is onbevoegd omdat B in Groningen woont.
4. Incidentele conclusie van eis houdende de exceptie van onbevoegdheid van B. Hierop volgt een conclusie van antwoord van A. Vonnis in het incident luidt: De rechtbank is bevoegd. De rechtbank in Amsterdam is uiteindelijk toch bevoegd.
5. Conclusie van antwoord (verweerschrift) door B. Hierop volgt de comparitie van partijen (Mondelinge behandeling). Uiteindelijk wordt een tussenvonnis gewezen (bewijsopdracht).
6. Bewijslevering door partijen. Daarna conclusies na bewijslevering. Vervolgens wordt het eindvonnis gewezen: toewijzing vordering en het vonnis is uitvoerbaar bij voorraad.
7. Hoger beroep door B. Hij maakt een appeldagvaarding. Memorie van grieven van B en memorie van antwoord door A. Eindarrest: bekrachtiging eindvonnis van rechter in eerste aanleg.
8. Geen cassatieberoep, dus het vonnis krijgt kracht van gewijsde.
9. Executie van het vonnis mogelijk. B moet 5000 euro aan A betalen. Het vonnis van de rechtbank levert een executoriale titel op.

Schematisch zien deze stappen er als volgt uit:

Subjectief recht → rechtsvordering → executoriale titel → tenuitvoerlegging titel → executie geldt als nakoming ex art. 392 Rv. Hierna is de cirkel rond en zitten we weer in het materiële recht van boek 3 BW.

### **Executoriaal vonnis**

Nederlandse vonnissen, beschikkingen, authentieke akten en andere door de wet aangewezen stukken kunnen een executoriale titel worden. Het oorspronkelijke exemplaar van het vonnis noemt men grosse. Het vonnis moet eerst betekend worden. Daarna kan executoriaal beslag worden gelegd. Soms mag dit pas na een wachtermijn. Executoriaal beslag kan op verschillende goederen worden gelegd. Een deurwaarder moet bekend maken dat er een veiling plaatsvindt van de goederen. De deurwaarder moet de openbare verkoop aankondigen. Uiteindelijk wordt dan de veiling georganiseerd en zal de auto van B worden verkocht. Op die opbrengst kan de schuldeiser A zich verhalen en heeft hij zijn 5.000 euro. Dit verloopt altijd zo bij roerende zaken. Voor onroerende zaken is het net iets anders. Het heeft vaak geen zin om op een onroerend goed beslag te leggen, omdat daar vaak een hypotheekrecht op gevestigd is. Recht van hypotheek heeft voorrang, daarom heeft het niet altijd zin om op dergelijke goederen te verhalen.

Beslag leidt niet tot beschikkingsonbevoegdheid. De gedaagde mag de auto nog steeds verkopen en leveren aan een derde. Maar beslag heeft wel een blokkeringseffect. Ten aanzien van roerende zaken is dat blokkeringseffect beperkt. Het blokkeringseffect zorgt ervoor dat de vervreemding aan een derde wel geldig is maar niet tegenwerpbaar is aan de beslaglegger. De beslaglegger kan de auto nog steeds in het openbaar verkopen en zich op de opbrengst verhalen.

Als er meerdere schuldeisers zijn, moeten de schuldeisers de opbrengst van het beslag samen verdelen. Soms kan een derde ook beslag tot afgifte vorderen. Dit laatste beslag wordt herleid tot een geldvordering. Hij krijgt de auto niet, maar krijgt een schadevergoeding. Hierdoor verdwijnt het beslag tot afgifte. Het meest voorkomende beslag door een derde is een beslag op een bankrekening. Iemand die een bankrekening heeft, heeft een vordering op de bank. A kan beslag leggen op de bankrekening.