

**De beschikking bij voorraad en
de verhouding van het kort geding tot het bodemgeschil
- over de interpretatie van art. 584 en 1039 Ger. W. -***

Thomas De Groeve

Art. 1039 Ger. W. richt zich tot de "rechter ten gronde" en stelt dat de beschikking in kort geding geen invloed uitoefent op de beoordeling van het "bodemgeschil". Het genoemde artikel verhindert derhalve niet dat in het kort geding de rechtsaanspraken, ook de ernstig betwistbare, beoordeeld worden. De enige bevoegdheidsbeperking van de rechter in kort geding, die in art. 584 Ger. W. vervat is, betreft het verbod om in het beschikkend gedeelte een declaratoir van rechten te geven.

§ 1. Inleiding

1. Volgens artikel 584 van het Gerechtelijk Wetboek doet de rechter in kort geding "bij voorraad uitspraak". In artikel 1039 wordt daaraan toegevoegd: "de beschikkingen in kort geding brengen geen nadeel toe aan de zaak zelf". Deze bepalingen waarin het wezen van het kort geding wordt vastgelegd, geven aanleiding tot talrijke controversen: zij werden en worden nog steeds vrij dubbelzinnig en zelfs tegenstrijdig geïnterpreteerd.

Om tot enige klaarheid te komen dient men de zaak historisch en rechtsvergelijkend te bekijken. De artikelen 584 en 1039, evenals hun equivalent in het Nederlandse recht (1), zijn immers ontleend aan de artikelen 806 en 809 van de *Code de procédure civile*, waarmee de bekrachtiging en de veralgemening beoogd werd van de rechtspraak in kort geding, zoals het zich in de praktijk van het *Châtelet* te Parijs gevormd had (2). Een historisch verantwoorde interpretatie van de begrippen 'voorziening bij voorraad' en 'geen nadeel toebrengen aan de zaak zelf' dient zich dus te baseren op de *Châtelet*-praktijk. Het is daarom vrij zonderling dat de begripsverwarring die tot op heden gevolgen heeft, precies in Frankrijk ontstond, en wel kort na de afkondi-

(*) Met dank aan Dhr. P. LEMMENS voor zijn wetenschappelijke en stilistische begeleiding.

(1) Art. 289 en 292 Wetboek van burgerlijke rechtvordering.

(2) Over de ontwikkeling van het kort geding in Frankrijk, zie vooral LINDEMANS, D., "Geschiedenis van het kort geding ter verklaring van het woordgebruik in de artikelen 584 en 1039 van het Gerechtelijk Wetboek", *R.W.*, 1980-81, (2777), 2783-2800; MEYERS, E.M., "Le développement des ordonnances sur référé en France", *Revue historique de droit français et étranger*, 1948, (259), 261-281; MEYERS, E.M., *Het kort geding*, bewerkt door VERMEULEN, J.Th., Zwolle, Tjeenk Willink, 1967, 1-34 en passim.

ging van de *Code de Procédure civile* (3), terwijl men in Nederland sedert het begin van deze eeuw tot de historisch orthodoxe opvatting teruggegaan is.

2. Na deze inleiding wordt de materie in twee delen opgesplitst. Het eerste deel behandelt de **onderzoeks- en bevoegdheidsbependingen** van de voorzitter, het tweede de **externe gevolgen** van de beschikking in kort geding. Alleen het eigenlijke kort geding wordt behandeld, de verschillende procedures 'zoals in kort geding', worden, omwille van belangrijke verschilpunten, niet besproken (4).

§ 2. De bevoegdheidsbepending van de rechter in kort geding

3. In deze paragraaf worden achtereenvolgens drie vragen behandeld: of en in hoeverre artikel 1039 de bevoegdheid van de rechter in kort geding beperkt (A.); hoe de Belgische rechtspraak - inzonderheid het Hof van Cassatie - daarover denkt (B.) en tot slot, welke maatregelen bij een beschikking in kort geding bevolen kunnen worden (C.)

A. Overzicht van de interpretaties van artikel 1039

4. De reikwijdte van artikel 1039 is ongetwijfeld het meest controversiële aspect van het kort geding. Er werd gepoogd de verschillende interpretaties in vier categorieën onder te brengen. Hierna worden ze besproken in de volgorde waarin ze zich chronologisch hebben ontwikkeld na de afkondiging van de *Code de procédure civile*. Om redenen die later uiteengezet worden (nr. 16), dient de klassieke Nederlandse opvatting als leidraad bij de kritische bespreking rvan.

1. Eerste opvatting

5. Vooral in de eerste helft van de negentiende eeuw werd in Frankrijk verkondigd dat de rechter in kort geding niet kon optreden indien zijn beschikking aan de gedaagde een onherstelbaar nadeel (*un préjudice irréparable*) kon toebrengen. De bevoegdheid van de voorzitter werd aldus afhankelijk gesteld van de feitelijke definitieve aard van de gevraagde maatregel. Men baseerde deze stelling - ten onrechte - op de

(3) Volgens E.M. MEYERS (o.c., 27) kan men "over haar oorzaken slechts vermoedens opperen en is wellicht de omstandigheid, dat het référé weinig werd toegepast en vóór 1807 buiten Parijs geheel onbekend was, de oorzaak geweest, dat men de artt. 806 e.v. is gaan uitleggen alsof zij splinternieuwe bepalingen inhielden."

(4) De verwijzingen in de voetnoten naar de rechtspraak van de rechtbanken van eerste aanleg, de rechtbanken van koophandel en de arbeidsrechtbanken in België, en de arrondissementsrechtbanken (hierna: arr. rb.) in Nederland, betreffen uitsluitend beschikkingen in kort geding, daarom werd de vermelding 'kort geding' weggelaten.

uitdrukking 'statuer provisoirement' en 'faire préjudice au principal' (art. 806 en 809 C. proc. civ.).

6. Het ligt voor de hand dat deze opvatting niet de juiste is. Nadeel aan de zaak ten principale wordt immers verward met feitelijk nadeel. Bovendien kent (en kende) de wet de beperking van de bevoegdheid van de voorzitter tot die maatregelen die slechts herstelbare nadelen opleveren, niet. Het begrip 'voorziening bij voorraad' en artikel 1039 hebben historisch correct geïnterpreteerd, een gans andere betekenis (*infra*, nr. 15). Een dergelijke begrenzing van de bevoegdheid van de rechter in kort geding is ook veel te drastisch. Bij een strikte toepassing ervan wordt het kort geding volledig verlamd: vele presidiale maatregelen - hoe neutraal ze ook lijken - hebben een definitief karakter, in dit opzicht dat de gevolgen feitelijk niet ongedaan kunnen worden gemaakt (5). De (potentieel) onherroepelijke toestand die uit een beschikking voortvloeit, kan dus onmogelijk steeds de onbevoegdheid van de voorzitter voor gevolg hebben. Of een onherstelbare schade moet voorkomen worden, kan derhalve geen bevoegdheids criterium zijn, wél een beleidskwestie: de rechter in kort geding dient ernaar te streven maatregelen op te leggen die de kansen van de partijen zo gaaf mogelijk laten (6). Het feitelijk nadeel is dus geen absoluut beletsel, maar slechts één der factoren die op de beslissing invloed uitoefenen.

7. In Frankrijk is de opvatting dat de beschikking in kort geding geen feitelijk nadeel mag veroorzaken, sinds een cassatie - arrest van 1874 (7)

(5) Voorbeelden vindt men bij: CLEVERINGA, R.P., *Mr van Rossem's verklaring van het Nederlands wetboek van burgerlijke rechtsvordering*, 1, Zwolle, Tjeenk Willink, 1972, 756-757; GOUGET, verslag Cass. Fr., 17 februari 1874, *Recueil de jurisprudence de Dalloz* (hierna *D.*), 1874, 444; MEYERS, E.M., *o.c.*, 41-42, 45 en 54; *R.P.D.B.*, v° Référé, nr. 265 en STAR BUSMANN, C.W., *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, bewerkt door RUTTEN, L.E.H. en ARIENS, W.H., Haarlem, De erven Bohn, 1972, 62.

(6) Rb. Antwerpen, 10 maart 1959, *J.T.*, 1959, 282; Rb. Hasselt, 16 september 1965, *R.W.*, 1965-66, 1001, verbr. Luik, 30 maart 1966, *R.W.*, 1965-66, 1761, noot SUETENS; Kh. Brussel, 7 april 1977, *B.R.H.*, 1977, 435; Kh. Brugge, 7 november 1977, *R.W.*, 1977-78, 1264; Brussel, 28 maart 1978, *J.T.*, 1978, 365; Hof 's Gravenhage, 5 oktober 1936, *Nederlandse jurisprudentie* (hierna: *N.J.*), 1937, 68; MEYERS, E.M., *o.c.*, 46; PIERSON, M.A., *De l'organisation judiciaire et de la compétence*, in *Novelles, Procédure civile*, 1, Brussel, Larcier, 1954, nr. 608; *R.P.D.B.*, v° Référé, nr. 27; ROMMEL, G., "Bevoegdheid, urgentie en voorlopigheid in het sociaal kortgeding - tendenzen en perspectieven", *J.T.T.*, 1982, p. 69, nr. 26; VEROUGSTRÆTE, I., "Het kort geding - Recente trends", *T.P.R.*, 1980, 266; ZONDERLAND, P., *Het kort geding in het bijzonder tegen de overheid*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1972, 19 en 57.

(7) Cass. Fr., 17 februari 1874 (*D.*, 1874, 144, verslag raadsheer GOUGET): "que si l'art. 809 du même code porte que les ordonnances rendues par ce magistrat ne feront aucun préjudice au principal, il faut en conclure qu'elles ne lient en aucune façon le tribunal pour l'appréciation du fond, mais qu'on ne saurait en induire que le président n'a, dans aucun cas, qualité pour prescrire à titre provisoire, une mesure de nature à causer peut-être à l'une des parties un dommage irréparable en fait".

vrijwel algemeen verlaten. Op enkele uitzonderingen na (8), is zij in België (9) en Nederland (10) nooit helemaal doorgedrongen.

2. Tweede opvatting

8. Een andere onaanvaardbare interpretatie van artikel 1039, die nog niet volledig is verdwenen, komt samengevat hierop neer: de rechter in kort geding is onbevoegd om de rechten van partijen te onderzoeken, zo m.a.w. de grond van de zaak (*le fond, le principal*) beoordeeld dient te worden of zelfs maar wordt aangesneden (*entamer, aborder*), dan moet de voorzitter zich ex officio onbevoegd verklaren. De regel dat de beslissing in kort geding geen nadeel toebrengt aan de zaak ten principale, wordt dus opgevat als een tot de voorzitter gericht verbod om - zij het maar in de motieven - het rechtsgeschil te beoordelen en van zijn opvatting daaromtrent, de beslissing te laten afhangen.

9. Het is niet gemakkelijk de grondslag van deze stelling te achterhalen, niet in het minst omdat zij van elke logica verstoken is. Toch kan men stellen dat zij hoofdzakelijk op een dubbele misvatting berust. Zij gaat er *ten eerste* van uit dat artikel 1039 een soort "boedelscheiding"

(8) Brussel, 22 december 1873, *Pas.*, 1874, II, 161; Rb. Brussel, 12 december 1928, *Pas.*, 1929, III, 24.

(9) Gent, 10 mei 1899, *Pand. Pér.*, 1901, 134; Rb. Kortrijk, 8 mei 1958; *R.W.*, 1958-59, 802; Rb. Antwerpen, 20 maart 1959, *J.T.*, 1959, 289; Rb. Brussel, 17 januari 1961, *J.T.*, 1962, 586; Rb. Luik, 8 februari 1967, *Pas.*, 1967, III, 113; Rb. Huy, 26 september 1972, *J.T.*, 1972, 626; Kh. Brussel, 26 september 1975, *J.T.*, 1976, 677; Rb. Charleroi, 30 november 1976, *J.T.*, 1978, 665, noot VAN REEPINGHEN, B.; Rb. Brussel, 26 januari 1978, *J.T.*, 1978, 366, bevest. Brussel, 28 maart 1978, *J.T.*, 1978, 365; Bergen, 6 september 1978, *Rev. Rég. Dr.*, 1979, 839; CAMBIER, C., *Droit judiciaire civil*, II, *La compétence*, Brussel, Larcier, 1981, 329; DELWICHE, Fr., "De sekwestratie van bewijsmateriaal - Een gerechtelijke hinderlaag" (noot onder Rb. Antwerpen, 29 juli 1977), *R.W.*, 1977-78, (2019), 2022; GILSON, J., "Provision et provisoire", *Pan. Pér.*, 1930, (613), 616; LÉBOUCQ, E. en VAN EECKHOUTTE, W., "Het sociaalrechtelijk kort geding", *R.W.*, 1982-83, (1089), 1095; LINDEMANS, D., *l.c.*, 2785; MOREAU, A., *De la juridiction des référés*, Brussel, 1890, 28-30; *R.P.D.B.*, v° *Compétence*, nr. 791; ROMMEL, G., *l.c.*, p. 70, nr. 30; VAN LENNEP, R., *Het kortgeding*, Antwerpen, Standaard, s.d. (1951), 148-151; VAN REEPINGHEN, B., noot onder Rb. Charleroi, *J.T.*, 1978, (666), 667; VAN REEPINGHEN, Ch., *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, MINISTERIE VAN JUSTITIE (ed.), I, Brussel, Staatsblad, 236. Zie ook de verwijzingen in voetnoot 6.

(10) Hoge Raad, 18 april 1913, *Weekblad van het recht* (hierna: *W.*), 9499; Hoge Raad, 8 februari 1946, *N.J.*, 1946, nr. 166; Hoge Raad, 12 februari 1947, *N.J.*, 1947, nr. 157; Hoge Raad, 23 december 1949, *N.J.*, 1950, nr. 295; CLEVERINGA, R.P., "De ontwikkeling van het kort geding in Nederland", *Ann. Dr. Sc. Pol.*, 1948-49, (155), 163 en 169-170; CLEVERINGA, R.P., *o.c.*, 756-757; HUGENHOLTZ, W., *Hoofddlijnen van Nederlands burgerlijke rechtsvordering*, bewerkt door HÈEMSKERK, W.H., 's Gravenhage, Vuga, 1976, 113; MEYERS, E.M., *o.c.*, 10, 41-42 en 59; SCHENK, W., *Het kort geding en zijn toepassingen in Nederland*, in *Recht en praktijk*, X, Deventer, Kluwer, 1982, 112; ZONDERLAND, P., *o.c.*, 57.

(11) tussen de gewone rechter en de voorzitter tot stand brengt: wat tot de bevoegdheid van de rechter ten gronde behoort, zou buiten de bevoegdheid van de rechter in kort geding vallen. Dat de rechter die over het bodemgeschil vonnist, kennis neemt van het rechtsgeschil, zou dan als corollarium hebben dat de voorzitter daartoe onbevoegd is (12). De *tweede misvatting* waarop deze interpretatie steunt, is de gelijkstelling van nadeel (*préjudice*) en vooroordeel, prognose (*préjugé*) van het vonnis (13).

10. *Préjudice, préjudiciel* en *préjugé* zijn ongetwijfeld etymologisch met elkaar verwant (14), maar juridisch hebben zij niettemin een verschillende inhoud. Sinds de invoering van het Gerechtelijk Wetboek is de assimilatie van deze begrippen nog onbegrijpelijker dan voorheen omdat zij zowel door de Nederlandse als de Franse tekst van artikel 1039 (15) wordt uitgesloten (16). Bovendien is ook de opvatting dat

(11) De term is ontleend aan CAROLI.

(12) CAMBIER, C., *o.c.*, 330, 331, 335-336 en 347-348; FETTWEIS, A., (*Handboek voor het gerechtelijk recht*, II, *De bevoegdheid*, Antwerpen, Standaard, 1971, 253 en 258): "... het bodemgeschil (valt) binnen de bevoegdheid van de rechtbank en buiten die van de voorzitter. Deze laatste moet ambtshalve de exceptie van onbevoegdheid aanvoeren, telkens als de toewijzing van de gevraagde maatregel een vooruitlopen op de beslissing ten gronde impliceert of onderstelt."; FETTWEIS, A., KOHL, A. en DE LEVAL, G., (*Droit judiciaire privé*, Luik, Presses universitaires de Liège, 1980, I, 129): "Le fond du litige est de la compétence du tribunal et échappe à celle du président. Ce dernier ne peut statuer sur une demande liée à l'examen du fond de la contestation"; LEREBOURS-PIEGEONNIERE, P., noot onder Cass. Fr., 10 november 1947, D., 1947, (532) 533; PERROT, R., "La compétence du juge des référés", *Gazette du Palais* (hierna: *Gaz. Pal.*), 1974, II, D., (895), 898; POUPART, J.M., *l.c.*, 333.

(13) CAMBIER, C., *o.c.*, 331; DELWICHE, Fr. *l.c.*, 2622; FETTWEIS, A., (*o.c.*, 258): "Er is nadeel ten principale, telkens als de beschikking vooruitloopt op de zaak zelf"; FETTWEIS, A., KOHL, A. en DE LEVAL, G. (*o.c.*, I, 129): "L'incompétence du juge des référés pour aborder le fond du litige est absolue et d'ordre publique... Il y a préjudice au principal chaque fois que l'ordonnance préjuge le fond..."; MOREAU, A., *o.c.*, 26; PIERSON, M.A., *o.c.*, p. 177, nr. 569 en p. 181, nr. 581; POUPART, J.M., ("Les voies de fait et la juridiction des référés - Etude de jurisprudence", *Ann. Dr.*, 1974, (319), 323-324 en 329): "Préjudiciel doit être pris dans son sens étymologique qui est de "préjuger". ... Lorsqu'il n'est pas possible de faire droit à la demande sans que l'appréciation des intérêts respectifs des parties n'implique ou ne suppose déjà un "pré-jugement" du principal, le juge des référés constatera d'office son incompétence".

(14) POUPART, J.M., *l.c.*, 323

(15) De Nederlandse tekst van artikel 1039 luidt: "de beschikkingen in kort geding brengen geen nadeel toe aan de zaak zelf", de Franse tekst: "les ordonnances sur référé ne portent préjudice au principal". 'Porter préjudice' is een idiomatische uitdrukking waarvan de enige betekenis 'schaden, benadelen' is (zie ook art. 1163 Ger.W.). De gelijkshakeling van *préjudice* en *préjugé* is misschien een gevolg van de minder eenduidige formulering van artikel 809 van de Code de procédure civile: "Les ordonnances sur référé ne feront aucun préjudice au principal".

(16) Zie DE LEVAL, G., *l.c.*, p. 421-422, nr. 8 en p. 423, nr. 14-15; VAN LENNEP, R., *o.c.*, 144; CLEVERINGA, R.P., *l.c.*, 163-165; CLEVERINGA, R.C., *o.c.*, 777-778; MEY-

deze wetsbepaling een "boedelscheiding" inhoudt, verwerpelijk : (historisch) exact geïnterpreteerd, richt de regel dat de beschikking in kort geding de zaak ten principale geen nadeel toebrengt, zich tot de rechter ten gronde (infra, nr. 15) en kan hij dus geen bevoegdheidsbeperking van de rechter in kort geding bevatten.

Niet alleen wegens haar grondslag (de dubbele misvatting waarvan sprake) maar ook om haar gevolgen is deze opvatting, onaanvaardbaar. De "boedelscheiding" gebaseerd op het onderscheid tussen het recht en de feiten is immers niet houdbaar omdat in het kort geding onvermijdelijk in meer of mindere mate het rechtsgeschil wordt aangesneden. Meer nog, wil men voorkomen dat de voorzitter naar willekeur optreedt, dan moet hem de bevoegdheid verleend worden om zich (onder andere) door een prognose (*préjugé*) over het eventuele vonnis van de rechter ten gronde te laten leiden. Indien men overigens deze "boedelscheiding" streng toepast, is de bevoegdheid van de rechter in kort geding volledig in handen van de gedaagde : het volstaat dat deze een of ander recht inroept opdat de voorzitter zich onbevoegd dient te verklaren (17).

3. Derde opvatting

11. Eigenlijk is de derde interpretatie van artikel 1039 slechts een correctie van de voorgaande. Om te vermijden dat een rechtsaanspraak van de gedaagde steeds de onbevoegdheid van de rechter in kort geding voor gevolg heeft, wordt het absoluut verbod om het rechtsgeschil te onderzoeken, herleid tot het verbod om de beschikking te baseren op ernstig betwistbare rechten. De stelling dat de voorzitter onbevoegd is wanneer de toewijzing van een maatregel afhankelijk is van de beoordeling van het rechtsgeschil, blijft dus *behouden*, alleen wordt daaraan

ERS, E.M., *o.c.*, 46 en 52-53; STEIN, P.A., *Compendium van burgerlijk procesrecht*, bewerkt door RUTTEN, L.E.H. en ARIENS, W.H., Haarlem, De erven Bohn, 1972, 196; VEROUGSTRAETE, I., *l.c.*, 266-268; VINCENT, J., *Procédure civile*, in *Précis Dalloz*, Paris, Dalloz, 1978, 137.

(17) Kh. Brussel, 8 december 1981, *R.W.*, 1982-83, 1139, noot LEMMENS, P.; Arr. rb. Amsterdam (25 november 1935, *N.J.*, 1937, 137, bevest. Hof Amsterdam, 25 november 1936, *N.J.*, 1937, 137): "Wij achten Ons bevoegd bij wege van voorziening bij voorraad de afgifte van goederen te bevelen, ook wanneer de houder beweert daarop een recht van terughouding te hebben. Het gaat niet aan, dat men enkel door het woord "retentie-recht" te noemen goed van een ander onder zich zou mogen houden, totdat langs den gewonen weg van rechte is beslist, of men daartoe recht heeft."; CAMBIER, C., *o.c.*, 331 en 333; CLEVERINGA, R.P., *l.c.*, 164-165; CLEVERINGA, R.P., *o.c.*, 777; DE LEVAL, G., *l.c.*, p. 422-423, nr. 13; FETTWEIS, A., *o.c.*, 266; FETTWEIS, A., KOHL, A. en DE LEVAL, G., *o.c.*, I, 129; MEYERS, E.M., *o.c.*, 48-49; PIERSON, M.A., *o.c.*, p. 182, nr. 582; STAR-BUSMANN, C.W., *o.c.*, 60-61; VEROUGSTRAETE, I., *l.c.*, 266 en 268-269. Cf. Rb. Antwerpen, 22 maart 1955, *Jur. Anvers*, 1956, 447 en Cass. Fr., 8 november 1955, *J.C.P.*, 1956, II, 9024, noot BIZIERE en *Bull. Civ.* 1955, I, 312.

een *uitzonderingscategorie* (18) *toegevoegd*: uitsluitend in het geval van een feitelijkheid (19) of een betwisting die manifest ongegrond is, kan de voorzitter de beschikking steunen op de rechten van partijen.

12. Deze opvatting berust op dezelfde dubbele misvatting als de voorgaande en is daarom alleen reeds verwerpelijk. Bovendien is de uitzonderingscategorie onvoldoende ruim om in de gevallen waarin het kort geding nuttig en noodzakelijk is, de voorzitter toe te laten zich bevoegd te verklaren. Vaak is de ernstige betwisting precies de reden waarom in kort geding een conservatoire maatregel of een onderzoeksmaatregel gevorderd wordt (20). Het is treffend dat, op enkele uitzonderingen (21) na, in de Belgische rechtspraak die de hier besproken interpretatie aanhangt, in dergelijke geen gewag meer gemaakt wordt van de ernstige betwisting als bevoedheids criterium (22). En dan nog, wat is een ernstige en wat een niet-ernstige betwisting? "Een rechter, die overtuigd is, dat zijn uitlegging der wet de juiste is, zal allicht geneigd zijn andere uitleggingen als niet ernstig te beschouwen, vooral als er geen antecedenten in de rechtspraak zijn aan te wijzen (23)." Terecht merkt men op dat "heel wat presidenten na een lange ontleding van de rechten van partijen, menen dat er geen ernstige betwisting was (24)". Het

(18) Het uitzonderingskarakter blijkt duidelijk uit een "principe-arrest" van het Franse Hof van Cassatie (10 november 1947, *D.*, 1947, 529, verslag en noot LEREBOURS -PIEGEONIERE, P. en *J.T.*, 1949, 171, noot VAN REEPINGHEN, Ch.): "attendu qu'il n'appartenait pas à la juridiction des référés de préjuger le fond; ... attendu ... que la disposition impérative de l'art. 809 est générale et ne peut être éludée; ... attendu, *toutefois*, que le juge des référés peut fonder sa décision sur le droit appartenant à l'une des parties ou sur une situation de fait, *lors que* ce droit ou cette situation ne sont pas ou ne peuvent être sérieusement contestées".

(19) De term 'feitelijkheid' is ontleend aan het Franse administratief recht en wordt doorgaans gedefiniëerd als een handeling of toestand waardoor een persoon, zonder recht of titel, zich toeëigent hetgeen klaarblijkelijk aan een ander toebehoort of toekomt. Zie LINDEMANS, D., "Het kort geding tegen de overheid", *R. W.*, 1983-84, (209), 220-222, nr. 21-23; POUPART, J.M., *l.c.*, 320-321.

(20) B.v. de inventarisatie en/of sekwestratie van een nalatenschap, de aanstelling van een deskundige indien over de aansprakelijkheid van een ongeval ernstige betwisting bestaat, e.d.m.

(21) Rb. Charleroi, 30 november 1976 (*J.T.*, 1978, 665, noot VAN REEPINGHEN, B.): "quoique l'incompétence au fond de la juridiction des référés soit d'ordre publique, ... il est de droit que cette juridiction est compétente pour ordonner une mesure de sauvegarde"; Rb. Luik, 18 juni 1979, *Jur. Liège*, 1979, 337; Rb. Luik, 16 november 1979 (*Jur. Liège*, 1980, 92): "qu'en présence de pareille contestation sérieuse le juge des référés peut organiser des situations d'attente équitables"; Rb. Luik, 7 februari 1980, *Jur. Liège*, 1980, 146; Rb. Luik, 5 maart, *Jur. Liège*, 1980, 190; DE LEVAL, G., *l.c.*, p. 422, nr. 11-12. Deze uitspraken leunen nauw aan bij de huidige Franse rechtspraak (*infra*, nr. 14).

(22) Wellicht is de oorzaak hiervan het feit dat deze maatregelen in artikel 584 nominatim vermeld worden.

(23) MEYERS, E.M., *o.c.*, 51

(24) VEROUGSTRAETE, I., *l.c.*, 269. Zie b.v. Kh. Brussel, 30 september 1976, *J.T.*, 1977,

97

begrip 'feitelijkheid' is evenmin duidelijk. In sommige gevallen wordt er vrij vlot aanvaard dat er een feitelijkheid aanwezig is, in andere gevallen wordt "een voor de hand liggende en onduidbare schending van een recht van de eiser dat zeker en klaarblijkelijk is en waaromtrent elke twijfel uitgesloten is (25)" vereist (26). Moet nu van zo vaag omschreven (27) omstandigheden de bevoegdheid van de voorzitter afhangen om over het geschil te oordelen?

13. De oorsprong van de stelling dat het ernstig betwistbaar karakter van het geschil de onbevoegdheid van de rechter in kort geding voor gevolg heeft, ligt in de Franse rechtspraak van het midden van de negentiende eeuw (28). Niettegenstaande de ongegrondheid, het gebrek aan samenhang en interne logica, is deze interpretatie van artikel 1039 uitgegroeid tot de opinio communis in de Belgische rechtsleer (29). Sinds enkele jaren is hierin echter een kentering waarneembaar (*infra*, nr. 17 en 19).

(25) Rb. Mechelen, 11 oktober 1979, *R.W.*, 1980-81, 393, noot VERPOTEN, E.

(26) Zo oordeelde de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Luik (5 maart 1980, *Jur. Liège*, 1980, 190) dat er van een feitelijkheid geen sprake kon zijn niettegenstaande het nachtelijk lawaai, dat de 90 dB overschreed, hoorbaar was in de aanpalende woningen, terwijl het Hof te Brussel (26 juni 1978, *J.T.*, 1982, 373) van mening was dat "... l'adjonction à l'élevage d'un second coq d'une espèce particulièrement bruyante alors que certains voisins se trouvaient déjà incommodés par le bruit, constitue une voie de fait".

(27) BERTIN, P., "Le référé civil", in *Répertoire de procédure civile*, RAYNAUD, P. (ed.), III, Paris, Dalloz, nr. 148-152; CEZAR-BRU, Ch., HEBRAUD, P. en SEIGNOLLE, J., *La juridiction du président du tribunal*, I, *Des référés*, bewerkt door ODOUL, G., Paris, Librairies techniques, s.d., 50 en 57; DE LEVAL, G., *l.c.*, p. 424-425, nr. 18-21; MEYERS, E.M., *o.c.*, 29-31; PERROT, R., "La compétence du juge des référés", *Gaz. Pal.*, 1974, II, D., (895), 898; POUPART, J.M., *l.c.*, 346; VAN REEPINGHEN, B., *l.c.*, 667; VEROUG-STRATE, I., noot onder Antwerpen, 18 oktober 1979, *B.R.H.*, 1980, I, (192), 192-193; VEROUG-STRATE, I., *o.c.*, *T.P.R.*, 1980, 269; VINCENT, J., *Procédure civile*, in *Précis Dalloz*, Paris, Dalloz, 315; ZONDERLAND, P., *o.c.*, 90-92.

(28) Volgens E.M. MEYERS (*o.c.*, 28-30 en 49) gaat zij terug op DE BELLEYME, die van 1829 tot 1856 voorzitter was van de rechtbank der Seine, en op het boek van BAZOT, *Des ordonnances sur requête et des ordonnances de référé*, Parijs, 1876.

(29) CAMBIER, C., *o.c.*, 331, 333, 336, 347-352 en 359-360; DE LEVAL, G., *l.c.*, p. 422-423, nr. 12-15 en p. 425, nr. 20-21; DEMEZ, G., "Le référé social", *Sociaalrechtelijke Kronieken*, 1982, (61), 65 en 72-73; EECKHAUTTE, M., noot onder Kort ged. Brussel, 10 maart 1978, *J.T.*, 1979, 58; FETTWEIS, A., KOHL, A., en DE LEVAL G., *o.c.*, I, 129-130; GILSON, J., *l.c.*, 621; GUTT, E. en STRANART-THILLY, A.M., "Examen de jurisprudence (1965-70), droit judiciaire privé", *R.C.J.B.*, 1973, (91), 193-195; GUTT, E. en LINSMEAU, J., "Examen de jurisprudence (1971-78), droit judiciaire privé", *R.C.J.B.*, 1982, (219), 261; LÉBOUCQ, E. en VAN EECKHAUTTE, W., *l.c.*, 1095-1096; MOREAU, A., *o.c.*, 27 en 30; PIERSON, M.A., *o.c.*, p. 182, nr. 580-582 en p. 191, nr. 613; POUPART, J.M., *l.c.*, 329, 330-336, 342 en 345-347; *R.P.D.B.*, v° Compétence, nr. 808 en 812; *R.P.D.B.*, v° Référé, 273-276; VAN REEPINGHEN, B., *l.c.*, 667; VAN REEPINGHEN, B., noot onder Kort ged. Rb. Brussel, 2 november 1977, *J.T.*, 1979, (309), 310.

14. In dit raam is het interessant de recente ontwikkelingen van het kort geding in Frankrijk te bekijken. In tegenstelling tot de Belgische rechtspraak heeft de Franse jurisprudentie immers geleidelijk de invloed van de ernstige betwisting op de bevoegdheid van de rechter in kort geding afgebakend. Dit leidde in 1947 tot een beginselarrest van het Hof van Cassatie (30), waaruit twee principes werden afgeleid: enerzijds de onbevoegdheid van de voorzitter om maatregelen te treffen, die gebaseerd zijn op ernstig betwistbare rechten (31) en anderzijds de mogelijkheid om conservatoire maatregelen te nemen indien de rechten van de eiser gegrond *lijken* of zelfs onzeker zijn (32). In 1965 (33) ging het Hof nog verder en werd naargelang van de omstandigheden aan de ernstige betwisting een verschillende betekenis toegekend. In de gevallen waarin zij verband houdt met het recht op grond waarvan een bepaalde maatregel gevorderd wordt, verhindert zij een optreden van de voorzitter, dit is de zgn. "contestation sérieuse - obstacle" (34). In de gevallen waarin de ernstige betwisting op de oorzaak van het geschil betrekking heeft, maakt zij de bestaansredenen ("contestation sérieuse - condition") uit van de beschikking in kort geding (35). In 1971 werd artikel 809 van de Code de Procédure civile, dat te vaag bevonden werd, opgeheven en vervangen door een tekst die geïnspireerd is door de jurisprudentie die zich rond het genoemde artikel ontwikkeld had (36). Kort daarop, in 1973, werd bij decreet (37) de voorzitter de bevoegdheid verleend om een provisie toe te kennen op de vorderingen die niet ernstig betwistbaar zijn. Tegen de heersende op-

(30) Cass. Fr., 10 november 1947, *D.*, 1947, 529, verslag en noot LEREBOURS-PIEGEONNIERE, P. en *J.T.*, 1949, noot Ch. V.R.

(31) Supra, voetnoot 18. LEREBOURS-PIEGEONNIERE, P., *l.c.*, 539, litt. B.

(32) "Attendu que la cour d'appel n'avait pas besoin pour autoriser une mesure conservatoire de prendre parti sur l'existence des droits revendiqués...; qu'il suffisait d'apprécier si les faits constants impliquaient en faveur du producteur une apparence soit de droits, soit de pouvoirs ou justifiaient un doute"; Cass. Fr., 4 maart 1959, *Bull. civ.*, 1959, IV, 281; LEREBOURS-PIEGEONNIERE, P., *l.c.*, 30, litt. C. en 533, litt. b.

(33) Cass. Fr., 28 juni 1965, *J.C.P.*, éd. Avoués, 1965, IV, 473.

(34) ROUSSE, J.-P., "La contestation sérieuse, obstacle à la compétence du juge des référés. La contestation sérieuse, condition de la compétence du juge des référés", *Gaz. Pal.*, 1974, II, D, 835.

(35) Cass. Fr., 26 juni 1972 (*J.C.P.*, 1974, 316): "l'existence d'une contestation bien loin de faire obstacle à la mesure ordonnée en référé, en constitue au contraire la justification..."; Cass. Fr., 11 juni 1974, *D.*, 1974, 124; Cass. Fr., 21 april 1982, *Bull. civ.*, 1982, II, 43. Zie ook BERTIN, P., *o.c.*, nr. 11-12, 20, 148 en 153-154; CEZAR-BRU, Ch., HEBRAUD, P. en SEIGNOLLE, J., *o.c.*, 50-51, 52-56 en 61-64; COUCHEZ, G., *Procédure civile*, in *Cours élémentaire droit-économie*, Paris, Sirey, 1981, 37-38; PERROT, R., *l.c.*, p. 898-890, nr. 18-22 en 890-891, nr. 25-26; VINCENT, J., *o.c.*, 314-315.

(36) Art. 73 en 76 D. 9 september 1971 (nr. 71-740). De tekst van dit decreet werd letterlijk overgenomen in de nouveau Code de procédure civile onder de artikelen 484, 488, 808, 809 al. 1 en 810.

(37) Art. 178-XV D. 17 december 1973 (nr. 73-1122) waarvan de tekst letterlijk werd overgenomen in art. 809 al. 2 nouv. C. Proc. civ.

vatting in, heeft het Hof van Cassatie beslist dat de urgentie geen ver-eiste is van het "référé-provision" (38), hetgeen algemeen beschouwd wordt als de meest ingrijpende wijziging in het kort geding.

4. Vierde opvatting

15. De vierde opvatting verschilt grondig van alle vorige doordat uit artikel 1039 geen restricties van het onderzoeksrecht en de rechtsmacht van de voorzitter afgeleid worden. Het uitgangspunt van deze interpretatie is de opvatting dat het genoemde artikel zich richt tot de rechter die over het *bodemgeschil* vonnist en niet tot de rechter in kort geding (39). Derhalve is de afwezigheid van enig nadeel aan de zaak ten principale geen voorwaarde voor, maar een *gevolg*, een *eigenschap* van de beschikking bij voorraad. Anders gezegd: de beschikking in kort geding *kan*, vanuit het standpunt van de voorzitter, van rechtswege geen nadeel toebrengen aan de zaak zelf. Het niet-prejudiciëren aan het bodemgeschil behelst dus uitsluitend een tot de rechter ten gronde gericht verbod om aan de beslissing van de voorzitter bindende waarde toe te kennen, en geeft enkel en alleen te kennen dat de rechter die over het bodemgeschil uitspraak doet door de beschikking van de rechter in kort geding niet gebonden is *als* door een gewijsde.

Daar artikel 1039 zich niet richt tot de voorzitter, verbiedt het evenmin dat in het dictum van de beschikking een verklaring omtrent de rechtsverhouding van partijen opgenomen wordt. Dit verbod dat de enige bevoegdheidsbeperking van de rechter in kort geding uitmaakt, ligt echter wel besloten in artikel 584 (*infra*, nr. 22).

16. Er zijn meerdere redenen om met deze opvatting in te stemmen. Historisch is zij de enige juiste (40). Bovendien wordt zij bekrachtigd door de plaats van artikel 1039 in het Gerechtelijk Wetboek: deze bepaling werd opgenomen bij de rechtspleging (deel IV), en niet bij de bevoegdheidsregels (deel III). Daaruit blijkt dat de afwezigheid van enig nadeel aan de zaak zelf, geen bevoegdheidsbeperking van de voorzitter inhoudt, maar wel de gevolgen van de beschikking op het vonnis over het bodemgeschil regelt. Deze interpretatie is ook de enige die

(38) Cass. Fr., 4 november 1976, *Bull. civ.*, 1977, I, 264; Cass. Fr., 3 december 1977, *Bull. civ.*, 1978, III, 326; Cass., 18 januari 1978, *Bull. civ.*, 1978, II, 16. Zie ook BERTIN, P., *o.c.*, nr. 3; CEZAR-BRU, Ch., HEBRAUD, P. en SEIGNOLLE, J., *o.c.*, 126-129; NORMAND, J., "Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1977, (360), 361-363; PERROT, R., *l.c.*, p. 890, nr. 20 en p. 891, nr. 27; VINCENT, J., *o.c.*, 316-317.

(39) Hoge Raad, 10 januari 1958, *N.J.*, 1958, nr. 78, noot L.E.H.R.; Hof 's Gravenhage, 4 mei 1966, *N.J.*, 1967, nr. 249; Hof 's Gravenhage, 23 december 1966, *N.J.*, 1967, nr. 267.

(40) Zie LINDEMANS, D., *l.c.*, 2778-2798 en 2810; MEYERS; *o.c.*, *Revue historique de droit français et étranger*, 1948, 260-281;

duidelijk en precies is, alle andere interpretaties “zijn niet alleen in strijd met de historische achtergrond..., maar lijden ook aan innerlijke tegenstrijdigheid en scheppen een hopeloze verwarring (41)”. En tenslotte biedt deze opvatting het voordeel de expansie van het kort geding die zowel in België als in Frankrijk wenselijk geacht wordt, mogelijk te maken (*infra* nr. 21).

17. In Nederland is de hier beschreven opvatting kort na de publicatie van het boek van CAROLI (42) door de Hoge Raad overgenomen, en wordt zij er sindsdien in de rechtspraak (43) en de rechtsleer (44) algemeen aanvaard. De laatste jaren vindt deze interpretatie ook in de Belgische rechtsleer (45) en rechtspraak bijval, zij het in beperkte mate.

18. Aangezien artikel 1039 zich uitsluitend richt tot de rechter ten gronde en geen enkele beperking van het onderzoeksrecht van de rechter in kort geding bevat (*supra*, nr. 15), heeft de ernstige betwisting niet

(41) MEYERS, E.M., *o.c.*, 41.

(42) *Het kort geding voor den president der arrondissements-rechtbank (référé)*, I, 1906. Het tweede deel van dit werk werd in 1915 door E.M. MEYERS uitgegeven. In 1947 verscheen dan MEYERS' *Het kort geding*, een nieuw werk dat weliswaar voortbouwt op het boek van CAROLI doch o.a. uitgebreid werd met een uitvoerige beschrijving van de historische ontwikkeling van het kort geding in Frankrijk. Een tweede druk van MEYERS' boek kwam in 1967 uit in een bewerking van J.Th. VERMEULEN. Het is deze uitgave waarnaar ik verwijs. Het historisch onderzoek publiceerde MEYERS tevens in *Revue historique de droit français et étranger*, 1948, 259-281.

(43) Hoge Raad, 18 maart 1910, *W.*, 8986; Hoge Raad, 18 april 1913, *W.*, 9499 en *N.J.*, 1913, 727; Hoge Raad, 10 januari 1958, *N.J.*, 1958, nr. 78, noot L.E.H.R.

(44) CLEVERINGA, R.P., *l.c.*, 166-167; CLEVERINGA, R.P., *o.c.*, 777 en 790; HUGENHOLTZ, W., *o.c.*, 109-110; MEYERS, E.M., *o.c.*, 22, 24, 31, 34, 41, 47-48, 54 en 65-66; SCHENK, W., *o.c.*, 67-68.

(45) DE LEVAL, G., *l.c.*, p. 423, nr. 14-15 (maar aarzelend); LAENENS, J., “Kroniek van het gerechtelijk privaatrecht - gerechtelijk jaar 1975-76”, *R.W.*, 1976-77, (2561), k. 2561-2562, nr. 78; LAENENS, J., “Overzicht van rechtspraak (1970-1978), de bevoegdheid”, *T.P.R.*, 1979, (247), p. 291, nr. 86; LAENENS, J., “Provisionele bedragen in kort geding” (noot onder Kort ged. Rb. Antwerpen, 8 juli 1979), *R.W.*, 1981-82, 1691; LAENENS, J., “Kroniek van gerechtelijk recht”, *R.W.*, 1982-83, (1425), k. 1442, nr. 52; LÉBOUCQ, E. en VAN EECKHOUTTE, W., *l.c.*, 1094; LEMMENS, P., “De aanstelling van een sekwester in kort geding” (noot onder Kort ged. Kh. Brussel, 12 maart 1981), *R.W.*, 1981-82, (1146), 1148; LINDEMANS, D., *l.c.*, 2791, 2798-2808 en 2810; LINDEMANS, D., “Het kort geding in het stedbouwwrecht”, *Res et Jura immobilia*, 1981, (69), 70-71, 82 en 90; ROMMEL, G., *l.c.*, p. 69, nr. 26 en p. 70, nr. 29-31; STORME, M., “Honderdvijftig jaar Belgisch procesrecht”, in *Honderdvijftig jaar rechtsleven in België en Nederland (1830-1980)*, SPANOGHE, E. en FEENSTRA, R. (ed.), Leiden, Universitaire pers, 1981, (131), 144; VAN LENNEP, R., *o.c.*, 143-145, 146, 152, 154-157, 159-160, 164-165 en 172; VAN REEPINGHEN, Ch. (*o.c.*, 236), *lijkt* deze opvatting te delen: “Hoofdzak is dat de rechter in kort geding dringende, blijkbaar gepaste maatregelen kan nemen ... en derhalve dat de rechter die over de zaak uitspraak doet niet zal gebonden zijn door de vormen en de gevolgen van het bevelschrift.” VEROUGSTRÆTE, I., *o.c.*, *T.P.R.*, 1980, 266-267 en 278; I.V., *o.c.*, *B.R.H.*, 1980, I, 192-193.

de onbevoegdheid van de voorzitter voor gevolg en kunnen in het kort geding alle rechten geëxamineerd worden. Niets belet derhalve de voorzitter om in het motiverend gedeelte van de beschikking, de rechtsvragen - de ernstig betwistbare inclusief - te beoordelen (46). Hij kan zich dus laten leiden door "hetgeen hem aanvankelijk aannemelijk voorkomt omtrent de rechtsverhouding der partijen (47)" of door een prognose van het vonnis over het bodemgeschil. Wil hij niet onverantwoord optreden, dan zal hij vaak, om beleidsredenen, daartoe genoopt worden. Niettegenstaande de rechter in kort geding de beslissing kan en moet baseren op zijn inzicht omtrent de rechtsverhouding van partijen, behoeft dit niet de enige beslissingsfactor te zijn. Indien twijfel bestaat over de rechtsaanspraken, omdat of de feiten niet duidelijk (bewezen) zijn of het onzeker is hoe volgens de bestaande rechtsregels het geschil dient beslecht te worden, dan treden de doelmatigheidsoverwegingen en de belangenafweging op de voorgrond en neemt de voorzitter ook andere factoren in aanmerking (48), b.v. het nadeel door de toe- of afwijzing van de vordering (49) of de geschiktheid van de maatregel om verdere conflicten te voorkomen (50).

(46) Hoge Raad, 18 april 1913, *W.*, 9499 en *N.J.*, 1913, 727; Hoge Raad, 11 november 1938 (*N.J.*, 1939, 396): "dat de president rechtsprekend in kort geding volkomen gerechtigd is en ter juiste uitvoering van zijn taak menigmaal verplicht is, rechtsvragen te beantwoorden, mits de daarop gebouwde beslissing slechts een voorlopig karakter drage."; Hoge Raad, 14 februari 1947, *N.J.*, 1947, nr. 155, noot E.M.M.; Hoge Raad, 22 juni 1975, *N.J.*, 1975, nr. 110; Hoge Raad, 2 april 1976, *N.J.*, 1977, nr. 361, noot W.H.H. en W.M.K.; CLEVERINGA, R.P., *l.c.*, 159-160, 164 en 167-168; CLEVERINGA, R.P., *o.c.*, 777-778; LEMMENS, P., *l.c.*, 1148; LINDEMANS, D., *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 76 en 82-83; LINDEMANS, D., *o.c.*, *R.W.*, 1983-84, 221-222, nr. 22-23; MEYERS, E.M., *o.c.*, 52-55. QUERTAINMONT, Ph., noot onder Brussel, 17 september 1981, *J.T.*, 1982, (413), 414, nr. 6; ROMMEL, G., *l.c.*, p. 70-71, nr. 31 en 33; SCHENK, W., *o.c.*, 195-196; STORME, M., *l.c.*, 144; VAN LENNEP, R., *o.c.*, 155, 161, 164-165 en 171; VEROUGSTRAETE, I., *o.c.*, *T.P.R.*, 1980, 268-269; I.V., *o.c.*, *B.R.H.*, 1981, 192-193; ZONDERLAND, P., SCHLINGEMANN, R.C. en DOLMAN, W.G., *o.c.*, 113.

(47) Hoge Raad, 18 april 1913, *W.* 9499 en *N.J.*, 1913, 727. In dezelfde zin: de arresten van de Hoge Raad vermeld in voetnoot 46.

(48) Hoge Raad, 15 januari 1960 (het zgn. "Panhonlibco-arrest"), *N.J.*, 1960, nr. 84, noot L.E.H.R.; Hoge Raad, 28 februari 1975, *N.J.*, 1975, nr. 423; Hoge Raad, 21 mei 1976, *N.J.*, 1977, nr. 209; Hoge Raad, 6 februari 1981, *N.J.*, 1981, nr. 379; CLEVERINGA, MEYERS, *o.c.*, 38-39 en 104-108; ROMMEL, G., *l.c.*, p. 71, nr. 33; SCHENK, W., *o.c.*, 61-65 en 69; VAN LENNEP, R., *o.c.*, 53.

(49) Brussel, 17 september 1981 (*J.T.*, 1982, 412, bev. Cass., 21 oktober 1982, onuitg.): "... en décidant une mesure en référé, le juge des référés tiendra compte du préjudice que peut causer la mesure ordonnée à la partie à laquelle elle est imposée, ... le juge des référés tiendra compte de l'intérêt que peut avoir l'administration et le public à ce que la mesure sollicitée ne soit pas ordonnée et du préjudice que subiraient les demandeurs en référé, si la mesure sollicitée n'était pas ordonnée."; Hoge Raad, 8 februari 1946, *N.J.*, 1946, nr. 166; Hoge Raad, 14 februari 1946, *N.J.*, 1947, nr. 155, noot E.M.M.

(50) Hof Amsterdam, 5 januari 1971, *N.J.*, 1972, nr. 428.

B. Situering van de Belgische rechtspraak

19. Alleen de eerste interpretatie van artikel 1039 (het verbod om één van de partijen een onherstelbaar nadeel toe te brengen) wordt door de Hoven van Beroep en de voorzitters eensgezind afgewezen (51). Over de drie andere interpretaties bestaat er in de rechtspraak geen unanimititeit.

Sommige rechters staan de tweede interpretatie (de onbevoegdheid om kennis te nemen van het bodemgeschil) voor (52) en verklaren zich derhalve onbevoegd om maatregelen te treffen die een oordeel over de rechten van partijen impliceren. Een tweede categorie, die in de gepubliceerde rechtspraak de meerderheid vormt (53), nuanceert deze opvatting en verklaart zich enkel onbevoegd indien de rechten van partijen ernstig betwistbaar zijn (derde opvatting). In deze rechtspraak krijgt het vierde lid van artikel 584 een zekere autonomie, aangezien de daarin opgesomde maatregelen steeds mogelijk geacht worden, zelfs bij een ernstige betwisting (54). Vooral bij de behandeling van de voorlopige maatregelen tijdens de echtscheidingsprocedure (art. 1280 e.v. Ger. W.) houdt de opvatting stand dat de grond van de zaak, b.v. de schuldvraag of de ontvankelijkheid van de vordering, buiten beschou-

(51) Zie voetnoot 8 en 9.

(52) Het aantal gepubliceerde uitspraken over de interpretatie van artikel 1039 is zo groot geworden, dat enkel de historisch belangrijkste en de meest treffende uit de recente rechtspraak vermeld worden. Luik, 27 oktober 1846, *B.J.*, 1847, 400; Rb. Antwerpen, 23 februari 1893; *P.A.*, 1893, I, 168; Kh. Huy, 6 maart 1913, *Pas.*, 1913, III, 158; Brussel, 6 januari 1954, *Jur. Anvers*, 1956, 447; Rb. Brussel, 19 december 1963, *J.T.*, 1964, 24, noot Ch. V. R.; Brussel, 30 juni 1975, *Pas.*, 1976, II, 94; Brussel, 1 maart 1976, *R.W.*, 1976-77, 683, noot.

(53) Brussel, 4 december 1872, *Pas.*, 1873, II, 57; Gent, 23 december 1875, *Pas.*, 1876, II, 55; Rb. Luik, 16 februari 1892, *Pas.*, 1892, III, 164; Rb. Brussel, 11 oktober 1932, *Pas.*, 1933, III, 45; Rb. Brussel, 10 juli 1951, *Pas.*, 1952, III, 56; Rb. Antwerpen, 18 juni 1955, *R.W.*, 1955-56, 805; Rb. Brugge, 23 januari 1962, *R.W.*, 1961-62, 1509; Rb. Brussel, 24 januari 1964, *J.T.*, 1964, 370; Kh. Brussel, 12 augustus 1969; *B.R.H.*, 1969, 732; Rb. Oudenaarde, 19 mei 1969, *R.W.*, 1970-71, 1455; Rb. Luik, 24 december 1969, *Jur. Liège*, 1969-70, 158; Brussel, 12 december 1972, *J.T.*, 1973, 113; Kh. Antwerpen, 31 december 1974, *Rechtspr. Antw.*, 1974, 452; Kh. Brussel, 30 september 1975, *J.T.*, 1976, 97; Rb. Charleroi, 30 november 1976, *J.T.*, 1978, 665, noot VAN REEPINGHEN, B.; Rb. Brussel, 2 november 1977, *J.T.*, 1979, 309, noot VAN REEPINGHEN, B.; Brussel, 28 maart 1978, *J.T.*, 1978, 365; Rb. Charleroi, 13 december 1978, *J.T.*, 1979, 237; Rb. Mechelen, 11 oktober 1979, *R.W.*, 1980-81, 393, noot VERPOTE, E.; Antwerpen, 18 oktober 1979, *B.R.H.*, 1980, I, 181, noot I.V.; Kh. Namen, 16 november 1979, *Ing. Cons.*, 1980, 81; Bergen, 19 juni 1980, *Rev. Rég. Dr.*, 1980, 371, noot HANOTIAU, B.; Rb. Dinant, 25 juni 1980, *Rev. Rég. Dr.*, 1980, 376, noot; Rb. Verviers, 2 oktober 1980, *Jur. Liège*, 1982, 238; Brussel, 26 januari 1981, *J.T.*, 1982, 373; Rb. Charleroi, 8 september 1981, *Rev. Rég. Dr.*, 1981, noot HAUBERT, B.

(54) Brussel, 17 januari 1970, *T. Aann.*, 1977, 274, noot FLAMME, Ph.; Kh. Charleroi, 30 november 1976, *J.T.*, 1978, noot VAN REEPINGHEN, B., Bergen, 6 september 1978, *Rev. Rég. Dr.*, 1979, 831.

wing dient gelaten te worden (55). Maar ook in deze materie dringt de derde interpretatie door, en baseert men zich dus op een prognose van het vonnis, indien de echtscheidingsvordering *prima facie* onbetwistbaar onontvankelijk of ongegrond is (56).

De vierde interpretatie tenslotte (d.i. de opvatting dat artikel 1039 *geen enkele* bevoegdheidsbeperking van de voorzitter inhoudt), krijgt in de recente toespraak een beperkte, maar sterk aangroeiende aanhang (57).

20. Hoe het Hof van Cassatie over die verschillende interpretaties denkt, is niet duidelijk. In een arrest van 1969 blijkt de idee van de "boedelscheiding" nog sterk aanwezig te zijn: de rechter in kort geding wordt onbevoegd geacht om de beschikking te baseren op een oordeel over het bodemgeschil, in casu de geldigheid van de echtscheidingsprocedure, louter omdat deze materie tot de bevoegdheid van de rechtbank behoort (58). Het arrest van 9 september 1982 (59) distan-

(55) Brussel, 22 mei 1970, *Pas.*, 1971, II, 8.

(56) Luik, 30 november 1950, *J.T.*, 1951, 130; Rb. Luik, 26 februari 1955, *Jur. Liège.*, 1954-55, 303; Rb. Brussel, 10 maart 1978, *J.T.*, 1979, 58, noot EECKHAUTE, M.; Brussel, 3 oktober 1978, *Pas.*, 1979, II, 127; Rb. Luik, 3 juli 1979, *Jur. Liège.*, 1978-79, 420, noot DE LEVAL, G.

(57) Kh. Brussel, 28 oktober 1969, *B.R.H.*, 1970, 184, verbr. Brussel, 6 maart 1970, onuitg., aangehaald door LINDEMANS, D., o.c., *Res et Jura immobilia*, 1981, 97; Rb. Luik, 1 februari 1971, *B.R.H.*, 1971, 342, noot J.M.; Kh. Brussel, 30 januari 1973, *J.T.*, 1973, 501 en *B.R.H.*, 1973, 329; Brussel, 8 januari 1974, *Pas.*, 1974, II, 83; Kh. Brussel, 29 april 1975, *J.T.*, 535; Arbrb. Bergen, 12 mei 1975, onuitg., aangehaald door ROMMEL, G., *l.c.*, 71; Kh. Brussel, 9 januari 1976, *J.T.*, 1976, 190; Kh. Brussel, 26 oktober 1976, *Ing. Cons.*, 1977, 31; Kh. Brussel, 26 januari 1978 (*J.T.*, 1978, 366, verbr. Brussel, 28 maart 1978, *J.T.*, 1978, 365): "il faut évidemment que les prétentions de la partie demanderesse n'apparaissent pas dénuées de tout fondement, mais que cette considération ne concerne pas la compétence mais l'admission ou le rejet de la demande par le juge des référés de tout façon compétent"; Kh. Brussel 30 juli 1979 (*B.R.H.*, 1979, 542): "la contestation sérieuse opposée à une demande urgente et provisoire est un élément d'appréciation, non de la compétence..."; Rb. Luik, 2 april 1980, *J.T.*, 1982, 430; Arbrb. Brussel, 4 februari 1981, onuitg., aangehaald door ROMMEL, G., *l.c.*, 71; Rb. Antwerpen, 6 februari 1981, *R.W.*, 1981-82, 1775; Kh. Mechelen, 3 april 1981 (*R.W.*, 1981-82, 1572): "dat inderdaad de ware draagwijdte van dit artikel (i.e. art. 1039) er niet toe strekt de bevoegdheid van de voorzitter te beperken, doch wel de rechtsgevolgen van zijn beschikking ten opzichte van het vonnis van de rechter van het bodemgeschil te omschrijven..."; Brussel, 24 februari 1981 (*J.T.*, 1982, 412, noot QUERTAINMONT, Ph., bev. Cas., 21 oktober 1982, onuitg.): "que le président a toutefois le pouvoir, malgré une contestation sérieuse, de statuer sur des mesures conservatoires s'il y a apparences de droit suffisantes pour motiver une décision sur ce point sans trancher le débat au fond"; Brussel, 6 november 1981, *J.T.*, 1982, 428, bev. Cass., 19 september 1983, onuitg.; Kh. Brussel, 8 december 1981, *R.W.*, 1982-83, 1139, noot LEMMENS, P.; Brussel, 9 december 1981 (*J.T.*, 1982, 375, bev. Cass., 9 september 1982, *J.T.*, 1982, 727): "l'article 1039 n'implique nullement qu'il soit interdit au juge des référés d'examiner les droits et titres des parties, même lors que ceux-ci sont contestés."

(58) Cass., 14 november 1969 (*Arr. Cass.*, 1970, 263) waarin overwogen wordt "dat de voorzitter, rechtsprekend in kort geding, die krachtens artikel 268 van het Burgerlijk wetboek kennis neemt van de voorlopige maatregelen in iedere stand van het geding, niet bevoegd is om uitspraak te doen over (in het middel is er sprake van 'kennis nemen van') de geldigheid van de procedure tot echtscheiding die bij de rechtbank van eerste aanleg aanhan-

tiëert zich daarvan en stelt dat de voorzitter wèl bevoegd is om de rechten van de partijen te onderzoeken. In hetzelfde arrest wordt evenwel ook voorgehouden dat de beschikking in kort geding geen onherstelbare of definitieve schade mag veroorzaken (60), hetgeen in vroegere arresten verworpen werd (61). In twee andere recente arresten (62) worden de voorzieningen verworpen tegen beslissingen (63) waarin duidelijk de vierde interpretatie gevolgd werd. Wellicht kan hieruit afgeleid worden dat het Hof van Cassatie, zij het in zeer omzichtige bewoordingen (64), daarmee zijn instemming heeft betuigd met de opvatting dat de rechter in kort geding de (ernstig betwistbare) rechten mag onderzoeken.

C. Aard en inhoud van de maatregelen in kort geding

21. De opsomming in het vierde lid van artikel 584 van de maatregelen die door de voorzitter genomen kunnen worden, is niet limitatief. Daarover bestaat geen betwisting (65). Dit betekent evenwel niet dat *elke* eis in kort geding ontvankelijk is.

gig is; ... dat door onder meer, te overwegen "dat appellant uit het oog verliest dat de uitspraak over de geldigheid van de procedure, inzonderheid over de vermoede verzaking van eiseres, uitsluitend behoort tot de bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg bij welke die procedure aanhangig is, terwijl de voorzitter van de rechtbank, die krachtens artikel 268 van het Burgerlijk wetboek kennis neemt van de voorlopige maatregelen in iedere stand van het geding... enkel moet vaststellen dat een eis tot echtscheiding op grond van bepaalde feiten is ingesteld, doch over de macht niet beschikt om uitspraak te doen over de geldigheid van de procedure tot echtscheiding", het arrest, eensdeels zijn beslissing wettelijk rechtvaardigt en, anderdeels, regelmatig met redenen omkleedt".

(59) *J.T.*, 1982, 727.

(60) De motivering luidt: "la défense faite par l'article 1039 du Code Judiciaire, aux ordonnances sur référé de porter préjudice au fond, n'interdit pas au juge d'examiner les droits des parties, sous réserve de ne point ordonner des mesures qui porteraient à celles-ci un préjudice définitif et irréparable".

(61) Cass., 6 februari 1930, *Pas.*, 1930, I, 87, concl. Proc. Gen. LECLERCQ, P.; cf. Cass., 5 januari 1922, *Pas.*, 1922, I, 122 en Cass. 6 maart 1930, *Pas.*, 1930, I, 143 concl. Proc. Gen. LECLERCQ, P.; *infra*, nr. 27 en 28.

(62) Cass., 21 oktober 1982, nog onuitg. en Cass., 29 september 1983, nog onuitg.

(63) Resp. Brussel, 17 september 1981, *J.T.*, 1982, 412 en Brussel, 6 november 1981, *J.T.*, 1982, 428.

(64) Cass., 29 september 1983: "attendu que la défense faite par l'article 1039 du Code judiciaire aux ordonnances sur référés de porter préjudice au principal n'interdit pas de prendre une mesure conservatoire s'il y a des apparences de droit suffisantes pour justifier une décision; ... attendu que l'arrêt a pu, sur base des éléments de droit et de fait qu'il indique et sans se prononcer sur la péremption du permis de bâtir délivré à la demanderesse, fonder sa décision sur l'apparence que ce permis était périmé sans violer les dispositions légales visées au moyen;"

(65) Rb. Antwerpen, 29 oktober 1974, *R.W.*, 1974-75, 821, noot; Rb. Brussel, 28 maart 1974, *R.W.*, 1974-75, 819; Antwerpen, 18 oktober 1979, *B.R.H.*, 1980, I, 181; CAMBIER, C., *o.c.*, 346; DEMEZ, G., *l.c.*, 70; LBOUCQ, E. en VAN EECKHOUTTE, W., *l.c.*, 1097; VAN REEPINGHEN, Ch., *o.c.*, 240; VEROUGSTRAETE, I., *o.c.*, T.P.R., 1980, 274.

22. **Declaratoire vorderingen** kan de voorzitter niet toewijzen; de rechter in kort geding is immers onbevoegd om in het dictum van de beschikking een verklaring omtrent de rechtspositie van partijen op te nemen. Dit negatieve vereiste vormt de enige restrictie aan de bevoegdheid van de rechter in kort geding. Het vloeit voort uit artikel 584 dat de taak van de rechter omschrijft als het nemen van 'beschikkingen bij voorraad' en werd reeds in het oud-Frans recht uitgedrukt door de uitspraak 'ordonnance' te noemen (66). De voorzitter doet dus niet "wat des rechters is (67)", d.i. recht-spreken, of, naar de woorden van CAMBIER, "ce n'est pas avant dire droit, mais sans dire droit que les présidents se prononcent (68)". In dit opzicht stelt het Hof van Cassatie terecht dat "l'instance en référé et celle au principal sont deux instances séparées se mouvant sur des plans différents et devant des juridictions distinctes (69)". Maar dit kan niet beduiden dat de rechter in kort geding onbevoegd is om *kennis te nemen van* de rechten van partijen en eventueel de beslissing daarop te funderen. De bevoegdheidsbeperking betreft uitsluitend het dispositief en het verbod om daarin een beslissing over de rechtsverhouding te formuleren (70). Derhalve is de voorzitter onbevoegd om een eigendomskwestie te beslechten, uitspraak te doen over het bezitsrecht, te verklaren dat bepaalde goederen tot een boedel behoren of dat een rechtshandeling of overeenkomst nietig is (71).

(66) CLEVERINGA, R.P., *o.c.*, 753; LINDEMANS, D., *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, k. 2784-2785, nr. 10-11; MEYERS, E.M., *o.c.*, 4, 15-16, 22-24, 50 en 79; ROMMEL, G., *l.c.*, p. 69, nr. 25.

(67) Arr. rb. 's Gravenhage, 16 maart 1960, *N.J.*, 1960, nr. 126. Cf. Hoge Raad, 14 februari 1946, *N.J.*, 1947, nr. 155, noot E.M.M.

(68) *O.c.*, 329.

(69) Cass., 6 februari 1930, *Pas.*, 1930, I 78, concl. Proc. Gen. LECLERCQ, P. In dezelfde zin het arrest van 5 januari 1922 (*Pas.*, 1922, I, 122): "... le juge des référés ne peut s'immiscer dans l'appréciation du fond du droit; donner quant au fond raison à l'une des parties et tort à l'autre; résoudre le conflit qui les divise;" en het arrest van 15 november 1923 (*Pas.*, 1924, I, 28): "... (le juge des référés) ne peut rendre, même provisoirement, des décisions sur le principal, c'est-à-dire, déclarer les prétentions (bedoeld wordt: prétentions) des parties bien ou mal fondées...". Zie LECLERCQ, P., concl. voor Cass., 6 februari 1930, *Pas.*, 1930, I, (88), 102-104 en 106.

(70) Kh. Brussel, 8 december 1981, *R.W.*, 1982-83, noot LEMMENS, P.; CLEVERINGA, R.P., *l.c.*, 160, 165, 166-167 en 184; CLEVERINGA, R.P., *o.c.*, 753, 755-757 en 778; HUGENHOLTZ, W., *o.c.*, 111 en 113; LINDEMANS, D., *o.c.*, *Res et Jura Immobilia*, 1981, 90 en 93; MEYERS, E.M., *o.c.*, 30 en 50; ROMMEL, G., *o.c.*, p. 71, nr. 34; SCHENK, W., *o.c.*, 28, 61 en 68-69; STAR BUSMANN, C.W., *o.c.*, 60-61; ZONDERLAND, P., SCHLINGEMANN, R.C. en DOLMAN, W.G., *o.c.*, 228-230.

(71) Rb. Dinant, 4 december 1946, *Jur. Liège*, 1946-47, 258; Arbrb. Brussel, 29 mei 1972 (vaststelling van de datum van de jaarlijkse vakantie), *J.T.T.*, 1973, 119; Arbrb. Hasselt, 24 december 1973 (nietigverklaring van de verkiezing van de vakbondsafgevaardigde), *T.S.R.*, 1974, 433; Arbrb. Namen, 11 december 1976 (rechtmatigheid van de drukkingsmiddelen van stakende werknemers), *T.S.R.*, 1976, 302; Arbrb. Luik, 12 november 1980 (verklaring dat de uitvoering van een arbeidsovereenkomst geschorst is), onuitg., aangehaald door ROMMEL,

23. **Constitutieve beslissingen zonder tijdsrestrictie** kan de rechter in kort geding evenmin nemen (72). Dergelijke beslissingen zijn uitspraken omtrent rechten, en dus essentieel declaratoir. Mitsdien is de voorzitter onbevoegd om een overeenkomst te ontbinden, een echtscheiding toe te staan of een handelaar failliet te verklaren.

24. Behoudens de declaratoire vorderingen en de constitutieve vorderingen zonder tijdsbeperking kunnen alle vorderingen in kort geding toegewezen worden. Dat de beschikking van de voorzitter *de facto* dezelfde uitwerking heeft als het vonnis ten gronde, is hierbij volkomen irrelevant. Een provisionele vordering kan m.a.w. *feitelijk*, geheel of gedeeltelijk, hetzelfde verschaffen als een vordering ten principale (73). Bijgevolg kan de rechter in kort geding steeds een **condemnatoire vordering** inwilligen. Een eis tot een éénmalig geven, doen of nalaten is steeds ontvankelijk, niettegenstaande de beschikking in dat geval, *de facto*, noodzakelijk dezelfde gevolgen heeft als het vonnis ten gronde (74). De voorzitter kan evenzeer, indien aan de spoedvereiste voldaan is, veroordelen tot het betalen van een geldsom, mits hij in het dictum maar niet verklaart dat de eiser er een *recht* kan laten op gelden, b.v.

G., *l.c.*, 71; Brussel, 17 september 1981, *J.T.*, 1982, 412, noot QUERTAINMONT, Ph., bev. Cass., 21 oktober 1982, onuitg.; Brussel, 31 augustus 1983, *Rev. Prat. Soc.*, 1983; Hoge Raad, 18 april 1913, *W.* 9499 en *N.J.*, 1913, 727; Hoge Raad, 29 april 1966, *N.J.*, 1966, nr. 301, noot G.J.S.; Hoge Raad, 14 juni 1974, *N.J.*, 1974, nr. 436; Hoge Raad, 2 april 1976, *N.J.*, 1977, nr. 361, noot W.H.H. en W.M.K.; CAMBIER, C., *o.c.*, 329, 331-332 en 344; LÉBOUCQ, E. en VAN EECKHOUTTE, W., *l.c.*, 1096; LINDEMANS, D., "Zijn bevoegdheidsincidenten in kort geding verdelingsincidenten?", *R.W.*, 1979-80, (1901), 1909-1910; MEYERS, E.M., *o.c.*, 22, 27, 30-31, 66, 68 en 79-84; MOREAU A., *o.c.*, p. 32, nr. 34; PIERSON, M.A., *o.c.*, p. 191, nr. 613; R.P.D.B., v° Compétence, nr. 760, 792, 793 en 796-798; ROMMEL, G., *l.c.*, p. 69, nr. 25-26, p. 70, nr. 31-33 en p. 71, nr. 36; STEIN, P.A., *o.c.*, 157 en 196-197; VAN LENNEP, R., *o.c.*, 151, 168 en 171-172.

(72) Kh. Bergen, 29 september 1978, *B.R.H.*, 1979, II, 165; Hoge Raad, 10 juni 1921, *N.J.*, 1921, 949; CLEVERINGA, R.P., 755-756; HUGENHOLTZ, W., *o.c.*, 111-113; MEYERS, E.M., *o.c.*, 84-96; ROMMEL, G., *l.c.*, p. 71-72, nr. 30 en p. 72, nr. 38; SCHENK, W., *o.c.*, 67; VEROUGSTRAETE, I., *o.c.*, *T.P.R.*, 1980, 268 en 276.

(73) Rb. Brussel, 26 januari 1978, *J.T.*, 1978, 366, verbr. Brussel, 28 maart 1978, *J.T.*, 1978, 365; Hoge Raad, 15 januari 1960, *N.J.*, 1960, nr. 84, noot L.E.H.R.; Hof 's Gravenhage, 18 oktober 1962, *N.J.*, 1963, nr. 364; CLEVERINGA, R.P., *l.c.*, 171; CLEVERINGA, R.P., *o.c.*, 755; GILSON, J., *l.c.*, 624, LINDEMANS, D., *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, k. 2784-2785, nr. 10-11 en k. 2791, nr. 19-20; MEYERS, E.M., *o.c.*, 9, 26, 47-49 en 64-73; ROMMEL, G., *l.c.*, p. 71, nr. 34; SCHENK, W., *o.c.*, 67; STAR BUSMANN, C.W., *o.c.*, 128. Contra: Kh. Antwerpen, 22 maart 1955, *Jur. Anvers*, 1956, 447; Brussel, 12 december 1972, *J.T.*, 1973, 113.

(74) Rb. Antwerpen, 17 december 1946, *R.W.* 1947-48, 849; Rb. Brussel, 28 maart 1974 (doorhaling van een hypotheekinschrijving), *R.W.*, 1974-75, 819; Arbrb. Antwerpen, 20 februari 1979 (uitdrijvig van een ontslagen schipper uit het schip van de werkgever), onuitg., aangehaald door ROMMEL, G., *l.c.*, p. 71; Rb. Kortrijk, 8 oktober 1981, onuitg.; Hoge Raad, 2 december 1966, *N.J.*, 1967, nr. 353. Contra: Kh. Antwerpen, 22 maart 1955, *Jur. Anvers*, 1956, 447; Rb. Dinant, 25 juni 1980, *Rev. Rég. Dr.*, 1980, 376.

als schadevergoeding (75). In tegenstelling tot de constitutieve vordering, dient de condemnatoire eis geen tijdelijk effect te hebben: ook het verbod of het gebod dat niet gebonden is aan een termijn behoort tot de mogelijkheden van het kort geding (76).

De vordering die strekt tot een **voorlopige wijziging in de rechtspositie van partijen** is, zoals gezegd, ontvankelijk. Aangezien de schorsing constitutief en tijdelijk van aard is, dient zij beschouwd te worden als een maatregel bij voorraad (77). De rechter in kort geding kan dus de gevolgen van een rechtshandeling of de uitvoering van een contract schorsen, hij kan echter niet de overeenkomst ontbinden of de rechtshandeling vernietigen. Evenzo is de voorzitter bevoegd om de executie van een (zelfs bij voorraad uitvoerbaar verklaard) vonnis te schorsen (78). Het is duidelijk dat hij dit slechts doet wanneer er zwaarwichtige

(75) Kh. Brussel, 30 september 1975, *J.T.*, 1976, 97; Kh. Brussel, 20 maart 1979, *B.R.H.*, 1979, 333; Kh. Brussel, 30 juli 1979, *B.R.H.*, 1979, 542; Rb. Luik, 2 april 1980, *J.T.*, 1982, 430 en *R.G.A.R.*, 1981, nr. 10281; Rb. Brussel, 24 februari 1981, *J.T.*, 1982, 429; Rb. Doornik, 10 april 1981, *J.T.*, 182, 429; Rb. Antwerpen, 8 juli 1981, *R.W.*, 1981-82, 1690, noot LAENENS, J.; Arr.rb. Amsterdam, 14 juli 1977, *N.J.*, 1977, nr. 593; DEMEZ, G., *l.c.*, 71-72; DE LEVAL, G., "L'accélération de la procédure", *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1980, (9), 52; DE LEVAL, G., *o.c.*, *J.T.*, 1982, p. 424-427, nr. 18-23; GILSON, J., *l.c.*, 621 en 624; LBOUCQ, E. en VAN EECKHOUTTE, W., *l.c.*, 1097 en 1101; ROMMEL, G., *l.c.*, p. 71, nr. 30; VEROUGSTRAETE, I., *o.c.*, *T.P.R.*, 1980, 267. Contra: CAMBIER, C., *o.c.*, 335-336, 347-348; FETTWEIS, A., KOHL, A. en DE LEVAL, G., *o.c.*, I, 129; *R.P.D.B.*, v° Compétence, nr. 800; STORME, M., "L'accélération de la procédure", *J.T.*, 1979, (329), 331, nr. 12.

(76) Enkele markante voorbeelden: Luik, 30 maart 1966, *R.W.*, 1965-66, 1761; Brussel, 14 mei 1968 (inbreuk op persoonlijkheidsrechten), *Pas.*, 1968, II, 221; Kh. Brussel, 28 oktober 1969 (aantasting van zakelijke rechten), *B.R.H.*, 1970, 626; Brussel, 17 januari 1970 (staking van bouwwerken), *T.Aann.*, 1977, 274, noot FLAMME, Ph.; Kh. Brussel, 16 december 1976 (inbreuk op een merkenrecht), *J.T.*, 1976, 176, 190; Kh. Brussel, 26 oktober 1976, *Ing. Cons.*, 1977, 31; Rb. Charleroi, 30 november 1976 (inbreuk op de rechten i.v.m. tekeningen en modellen), *J.T.*, 1978, 665, noot VAN REEPINGHEN, B.; Kh. Charleroi, 19 mei 1978 (gebod om overgang te verlenen) *J.T.*, 1978, 649; Kh. Brussel, 30 juli 1979 (gebod om aan een concessiehouder te leveren), *B.R.H.*, 1979, 542; Rb. Luik, 5 maart 1980 (geluidshinder) *Jur. Liège*, 1980, 190; Hoge Raad, 23 november 1933, *N.J.*, 1934, nr. 1019; Hof Leeuwarden, 11 oktober 1934, *N.J.*; 1935, nr. 898.

(77) Brussel, 24 mei 1968, *B.R.H.*, 1970, 176; Rb. Luik, 24 december 1969, *Jur. Liège*, 1969-70, 158; Kh. Brussel, 2 oktober 1970, *B.R.H.*, 1970, 469; Gent, 19 november 1971 (schorsing van de uitvoering van een disciplinaire maatregel), *R.W.*, 1972-73, concl. Adv. Gen. STEVIGNY, G.; Rb. Brussel, 26 januari 1978, *J.T.*, 1978, 366, verbr. Brussel, 28 maart 1978, *J.T.*, 1978, 365; Rb. Antwerpen, 6 februari 1981 (schorsing van een bevel tot staking van bouwwerken), *R.W.*, 1981-82, 1774; Rb. Charleroi, 8 september 1981, *Rev. Rég. Dr.*, 1981, 337, noot HAUBERT.

(78) Rb. Brussel, 2 november 1906 *Pas.*, 1907, III, 289; Rb. Antwerpen, 20 februari 1981, *R.W.*, 1982-83, 520; Arr. rb. 's Gravenhage, 6 september 1968, *N.J.*, 1970, nr. 249; Arr. rb. Leeuwarden, 19 januari 1978, *N.J.*, 1978, nr. 244. Contra: Rb. Brussel, 23 april 1904, *Pas.*, 1905, II, 23; PIERSON, M.A., *o.c.*, p. 196, nr. 610; POUPART, J.M., *l.c.*, 236-237; *R.P.D.B.*, v° Compétence, nr. 820. Omgekeerd, kan de voorzitter een beschikking verlenen waardoor een vonnis uitvoerbaar bij voorraad wordt, zie: Hoge Raad, 25 januari 1952, *N.J.*, 1952, nr. 781, noot D.J.V.; Arr. rb. 's Hertogenbosch, 31 december 1980, *N.J.*, 1981, nr.

aanwijzingen bestaan dat het vonnis verbroken zal worden. Tot de constitutieve beslissingen die door de voorzitter kunnen genomen worden, behoren ook de voorlopige maatregelen in verband met het hoederecht (79). Een andere reeks van gevallen waarin de voorzitter bevoegd is om een constitutieve vordering toe te wijzen, wordt gevormd door de conservatoire maatregelen. Voorbeelden hiervan zijn: de sekwestratie, de boedelbeschrijving, de verzegeling en ontzegeling, het getuigenbewijs ad futurum en de aanstelling van een deskundige (80). Zij blijken in de praktijk de meest frequente toepassingen te zijn. Op dergelijke maatregelen is de term 'voorziening bij voorraad' bij uitstek toepasselijk.

25. Volledigheidshalve wordt erop gewezen dat in de Nederlandse rechtsleer een kleine minderheid (81) van mening is dat de rechter in kort geding in het dictum een declaratoir van rechten kan geven, dat vanzelfsprekend geen positief gezag van gewijsde heeft (*infra*, nr. 27). Deze stelling die door de Hoge Raad verworpen werd (82), heeft echter weinig praktische betekenis, daar een declaratoire vordering zeer zelden (83), volgens sommigen zelfs nooit (84), aan het spoedvereiste vol-

280; CLEVERINGA, R.P., *o.c.*, 755; HUGENHOLTZ, C.W., *o.c.*, 113; ZONDERLAND, P., SCHLINGEMANN, R.C. en DOLMAN, W.G., *o.c.*, 230.

(79) Rb. Brussel, 6 mei 1969, *Pas.*, 1970, III, 11; Rb. Luik, 4 november 1969 (maatregelen i.v.m. het hoederecht buiten een echtscheiding om), *Pas.*, 1970, III, 41; Brussel, 28 januari 1970, *Pas.*, 1970, II, 94; Rb. Luik, 28 november 1973 (maatregelen i.v.m. het hoederecht bij onenigheid tussen de ouders van een natuurlijk kind), *Jur. Liège*, 1974-75, 28; Brussel, 8 januari 1974, *Pas.*, 1974, II, 83; Luik, 7 februari 1980, *Jur. Liège*, 1980, 146; Brussel, 9 december 1981 (gebod tot repatiëring van de kinderen en verbod om met hen het land te verlaten), *J.T.*, 1982, 385, bev. Cass., 9 september 1982, *J.T.*, 1982, 727.

(80) Rb. Brussel, 18 april 1968, *J.T.*, 1968, 366; Arbrb. Antwerpen, 18 november 1971 (expertise over de vraag of er dringende redenen zijn om een arbeidsovereenkomst zonder opzegging te verbreken), onuitg., aangehaald door ROMMEL, G., *l.c.*, p. 69; Arbrb. Luik, 14 augustus 1973, onuitg., aangehaald door ROMMEL, G., *l.c.*, p. 69; Rb. Antwerpen, 29 oktober 1973, *R.W.*, 1974-75, 821, noot; Rb. Brussel, 28 maart 1974, *R.W.*, 1974-75, 819; Arbrb. Luik, 4 november 1975, *J.T.T.*, 1976, 13, noot FRANÇOIS, L.; Rb. Antwerpen, 29 april 1976, *R.W.*, 1976-77, 233; Luik, 25 november 1976 (getuigenverhoor ad futurum), *Jur. Liège*, 1976-77, 360; Rb. Luik, 29 november 1979 (expertise over de levensomstandigheden van een gedetineerde), *Jur. Liège*, 1980, 4; Brussel, 26 juni 1981 (sekwestratie van een te luidruchtige haan), *J.T.*, 1982, 373.

(81) FUNKE, A.P., "Declaratoir in kort geding?", *Nederlands Juristenblad*, 1977, 1119-1120; HEEMSKERK, W.H., noot onder Hoge Raad, 2 april 1976, *N.J.*, 1977, 1191-1193; ZONDERLAND, P., *o.c.*, 12-14, 16-18, 24-27; ZONDERLAND, P., SCHLINGEMANN, R.C. en DOLMAN, W.G., *o.c.*, 230; cf. LÉBOUCQ, E. en VAN BECKHOUTTE, W., *l.c.*, 1101.

(82) Hoge Raad, 28 november 1958, *N.J.*, 1959, nr. 14; Hoge Raad, 2 april 1976, *N.J.*, 1977, nr. 361, noot W.M.K. en W.H.H.; zie ook voetnoot 46.

(83) ZONDERLAND, P., *o.c.*, 25-27

(84) MEYERS, E.M., *o.c.*, 79; ROMMEL, G., *l.c.*, p. 71, nr. 36.

doet. Bovendien wordt het kort geding gekenmerkt door de urgentie en de daaruit voortvloeiende summiere behandeling voor de eis, en vergt het dus van de voorzitter enige terughoudendheid (85).

§ 3. Het gezag van gewijsde van de beschikking in kort geding

26. Het gezag van gewijsde heeft een *tweevoudige werking*: het vermoeden iuris et de iure dat de beslissing van de rechter - hoe feilbaar zij ook is - naar recht behoorlijk de rechtstoestand bepaald heeft (*res iudicata pro veritate habetur*) en de exceptie van het rechterlijk gewijsde (art. 25 Ger. W., *non bis in idem*). Men noemt dit ook het positieve en het negatieve gezag van gewijsde.

27. Daar in kort geding geen rechten vastgesteld (kunnen) worden (*supra*, nr. 22), ontbreekt, uit de aard van de beschikking bij voorraad, het *positieve* gezag van gewijsde en dit zowel ten aanzien van de rechter die over het bodemgeschil vonnist als ten aanzien van de rechter in kort geding. Daarnaast houdt artikel 1039 de regel in dat de beschikking in kort geding geen invloed uitoefent op de beoordeling van het bodemgeschil. De rechter ten gronde mag zich niet gebonden achten door de beschikking *als* door een gewijsde (86). Hij kan de partij die de beslissing van de rechter in kort geding ten uitvoer bracht, tot restitutie veroordelen en zelfs, indien bij de eiser in kort geding kwade trouw of verzuim aanwezig was, tot schadevergoeding veroordelen (87).

28. De beschikking in kort geding heeft in zoverre *negatief* gezag van gewijsde dat tussen dezelfde partijen op dezelfde gronden dezelfde maatregel niet andermaal gevorderd kan worden. Men is het er nochtans over eens dat gewijzigde omstandigheden toelaten een vroeger ontzegde eis te bewilligen of een bestaande maatregel in te trekken of

(85) VEROUGSTRAETE, I., o.c., *T.P.R.*, 1980, 271.

(86) Cass., 14 mei 1965, *Pas.*, I, 989 en *J.T.*, 1965, 675; BERTIN, P., o.c., nr. 19-20; CAMBIER, C., o.c., 345-346; COUCHEZ, G., o.c., 39-40; FETTWEIS, A., o.c., 263; FETTWEIS, A., KOHL, A., en DE LEVAL, G., o.c., 303-304; LÉBOUCQ, E en VAN EECKHAUTTE, W., *l.c.*, 1044; MEYERS, E.M., o.c., 235; PERROT, R., *l.c.*, p., 898, nr. 15-16; PIERSON, J.M., o.c., p. 182, nr. 583; *R.P.D.B.*, v° Référé, nr. 489; STEIN, P.A., o.c., 195; VAN REEPINGHEN, Ch., o.c., 236; VEROUGSTRAETE, I., o.c., *T.P.R.*, 1980, 278; VINCENT, J., o.c., 318; ZONDERLAND, P., SCHLINGEMANN, R.C. en DOLMAN, W.G., o.c., 228-229. Cf. art. 488 al. 1 nouv. C. proc. civ.

(87) Zie CLEVERINGA, R.P., *l.c.*, 170-171; DE LEVAL, G., *l.c.*, p. 425, nr. 22; HUGENHOLTZ, W., o.c., 254; LINDEMANS, D., o.c., *Res et Jura immobilia*, 1981, 85-86 en 87-89; MEYERS, E.M., o.c., 236-238; SCHENK, W., o.c., 79-83; VAN LENNEP, R., o.c. 239 en 448; ZONDERLAND, P., SCHLINGEMANN, R.C. en DOLMAN, W.G., o.c., 238.

te wijzigen (88). Ten aanzien van de voorzitter heeft de beschikking dus slechts *rebus sic stantibus* gezag van gewijsde (89).

Besluit

29. Het kort geding is in België in volle ontwikkeling. Geleidelijk tekent zich echter een lijn af. De opvatting dat artikel 1039 Ger. W. zich richt tot de rechter ten gronde, wint steeds meer veld en *lijkt* nu ook door het Hof van Cassatie aangenomen te worden. Daardoor worden vermeende bevoegdheidsbeperkingen weggeruimd en de mogelijkheden van het kort geding aanzienlijk uitgebreid. Deze trend die zich reeds in het begin van deze eeuw in Nederland doorgezet heeft, beantwoordt aan een nood. "Rechtsvinding kost tijd (90)" en daarom "is er een autoriteit nodig, die inmiddels zo beleidsvol en billijk mogelijk, ordenend optreedt, zonder nochtans datgene te doen wat des rechters is (91)". Deze taak komt de voorzitter van de rechtbank toe. De beschikking in kort geding eventueel vergezeld van een dwangsom, is immers het middel bij uitstek om snel en efficiënt te ageren.

(88) Daarvan wordt frequent toepassing gemaakt om, hangende de echtscheidingsprocedure, een wijziging van de voorlopige maatregelen (bijv. i.v.m. de kinderen of het bedrag van het onderhoudsgeld) te bekomen.

(89) Cass., 6 februari 1930, *Pas.*, 1930, I, 87, concl. Proc. Gen. LECLERCQ, P., Cass., 28 september 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 131, *Pas.*, 1979, I, 141 en *R.W.*, 1978-79, 2870; Luik, 29 oktober 1979, *Jur. Liège*, 1979, 443; Rb. Luik, 7 februari 1980, *Jur. Liège*, 1980, 146; CAMBIER, C., *o.c.*, 345; CEZAR-BRU, Ch. HEBRAUD, P. en SEIGNOLLE, J., *o.c.*, 72-77; COUCHEZ, G., *o.c.*, 38-40; DE LEVAL, G., SEIGNOLLE, J., *o.c.*, 72-77; COUCHEZ, G., *o.c.*, 38-40; DE LEVAL, G., *l.c.*, p. 423, nr. 14; FETTWEIS, A., *o.c.*, 263-264; FETTWEIS, A., KOHL, A. en DE LEVAL, G., *o.c.*, 303-304; LECLERCQ, P., concl. voor Cass., 6 februari 1930, *Pas.*, 1930, I, (87), 102-103 en 105; LINDEMANS, D., *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 2805; MAHAUX, P., "Het gerechtelijk gewijsde en het gerechtelijk wetboek", *R.W.*, 1971-72, (105), 114; MEYERS, E.M., *o.c.*, 235; MOREAU, A., *o.c.*, 32; *R.P.D.B.*, v° Compétence, nr. 828; *R.P.D.B.*, v° Référé, nr. 488 en nr. 490-496; VAN REEPINGHEN, Ch., *o.c.*, 52-53 en 236; VEROUGSTRAETE, *o.c.*, *T.P.R.*, 1980, 277; VINCENT, J., *o.c.*, 318. Contra: Brussel, 10 april 1973, *J.T.*, 1974, 117 en Brussel, 8 januari 1974, *Pas.*, 1974, II, 90. Cf. art. 488 al. 2 nov. C. proc. civ.

(90) CLEVERINGA, R.P., *l.c.*, 157.

(91) MEYERS, E.M., *o.c.*, 39.