

# **De toetsing van eerder toegestane voorlopige maatregelen ondanks een gebrek aan urgentie in graad van hoger beroep**

*Kevin Ongenaë*

Onder wetenschappelijke begeleiding van Mevr. Kim Devolder
------------------------------------------------------------

## **1. INLEIDING**

Hoger beroep tegen een beslissing in kort geding is niet altijd vanzelfsprekend. Vooral wanneer de nodige urgentie ten tijde van het hoger beroep niet meer aanwezig is, kan dit voor problemen zorgen betreffende de rechtsmacht van de kortgedingrechter in hoger beroep. De voorzitter is dan immers, bij ontstentenis van het grondvereiste voor een procedure in kort geding, niet langer bij machte om de vordering nog verder te onderzoeken. Men kan zich de vraag stellen of de voorzitter die vaststelt dat er geen sprake meer is van urgentie de voorlopige maatregelen die werden opgelegd in eerste aanleg dan nog wel kan toetsen en zo nodig tenietdoen. Zijn rechtsmacht is in principe immers uitgeput.

Deze korte paper zal aan de hand van een cassatiearrest van 16 juni 2011 dieper op deze problematiek ingaan. Alvorens dit probleem inhoudelijk te duiden, zullen kort de feiten worden uiteengezet.

Nadat de zaakvoerder van de Luikse bouwonderneming Henri Louette op het discussieforum van de website van Test Aankoop enkele negatieve commentaren over zijn werk leest, besluit hij tegen de consumentenorganisatie bij de rechtbank van koophandel een procedure op eenzijdig verzoekschrift te starten. De bouwonderneming wil zo de hand leggen op de persoonsgegevens van de personen die de ‘lasterlijke en beledigende’ commentaren hadden gepost, om hen vervolgens burgerrechtelijk aansprakelijk te kunnen stellen voor de schade die de cvba daardoor zou hebben geleden. De bouwonderneming steunt voor haar vordering op artikel 21 van de wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, waarin aan bepaalde gerechtelijke en administratieve overheden het recht wordt gegeven om persoonlijke informatie van afnemers van (online) diensten op te vragen aan de verstrekkers ervan, met het oog op het opsporen van onwettige activiteiten of informatie. In eerste instantie beslist de voorzitter van de rechtbank van koophandel dat hij, als lid van een gerechtelijke instantie, inderdaad de gevraagde informatie kan opeisen om ze

vervolgens aan eiseres over te dragen. Wanneer Test Aankoop vervolgens met de uitspraak wordt geconfronteerd, tekent de organisatie verzet<sup>1 2</sup> aan. Desondanks blijft de voorzitter bij zijn standpunt. Test Aankoop kan zich echter nog steeds niet met de beslissing verzoenen en stelt hoger beroep in tegen de beslissing.

Wanneer de zaak voor de kortgedingrechter in hoger beroep komt, stelt deze vast dat er van urgentie geen sprake is. Er is dus in beginsel geen reden om nog uitspraak te doen in kort geding. Dit weerhoudt de voorzitter er echter niet van om de voorlopige beslissing waarbij de overlegging van de gevraagde informatie werd bevolen nog te onderzoeken op zijn wettigheid en opportuniteit. Hierbij beslist de rechter dat de voorzitter van de rechtbank van koophandel de draagwijdte van artikel 21 van voornoemde wet verkeerd heeft ingeschat: “*Cette disposition ne fonde aucun droit subjectif d’une personne physique ou morale autre que lesdites autorités à obtenir les informations en cause, que ce soit directement, par une injonction immédiate à l’égard du prestataire, ou encore indirectement, via une rétrocession des informations par l’autorité judiciaire ou administrative, procédure non prévue dans cette disposition*”.<sup>3</sup> De beschikking van de voorzitter van de rechtbank van koophandel wordt aldus tenietgedaan. Daarnaast legt de kortgedingrechter in hoger beroep ook nog een verbod op om de informatie die werd verkregen op grond van de beschikking van de rechtbank van koophandel nog te gebruiken, op welke wijze dan ook, waaronder in rechte. De bouwonderneming Louette wil de gegevens van de forumgebruikers echter kost wat kost bemachtigen en stelt cassatieberoep in.

De eiser in cassatie brengt drie middelen aan waarmee hij de beslissing wil aanvechten. Kort samengevat wordt in het eerste middel de bevoegdheid van de voorzitter van het hof van beroep betwist om de voorlopige maatregelen die door de rechtbank van koophandel werden opgelegd nog te toetsen, na vaststelling van de afwezigheid van het urgentievereiste. Daarnaast wordt in het tweede middel geprobeerd om het Hof ervan te overtuigen dat artikel 21 van de wet van 11 maart 2003 wel een subjectief recht voor particulieren

<sup>1</sup> Concl. A. HENKES bij Cass. 16 juni 2011, AR C.10.0153.F.

<sup>2</sup> Het is opvallend dat het hof van beroep en daarna ook het Hof van Cassatie het, vanaf het ogenblik dat het verzet is ingesteld, hebben over een kort geding. Verschillende auteurs treden dit standpunt bij. Zie bv. S. RAES, “Het kort geding in vennootschapszaken”, *TRV* 1988, 336, M. VAN HOECKE, “Vorderingen op eenzijdig verzoekschrift en het recht van verdediging”, *RW* 1990-91, 596 en H. BOULARBAH, “L’intervention du juge des référés par voie de requête unilatérale: conditions, procédure et voies de recours” in J. ENGLEBERT en H. BOULARBAH (eds.), *Le référé judiciaire*, Bruxelles, Éditions du jeune barreau de Bruxelles, 2003, 68-71, die stellen dat de rechtspleging op eenzijdig verzoekschrift als een bijzondere vorm van het kort geding moet worden beschouwd. Anderen zijn het daar, m.i. terecht, niet mee eens: Zie M. STORME en P. TAEELMAN, “Het kort geding: ontwikkelingen en perspectieven” in M. STORME en A. BEIRLAEN (eds.), *Procederen in nieuw België en komend Europa*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 29. Aangezien deze bijdrage vnl. ingaat op het urgentievereiste bij een kort geding in hoger beroep, zal deze discussie hier verder buiten beschouwing worden gelaten.

<sup>3</sup> Luik 22 oktober 2009, *JT* 2010, 43.

inhoudt en wordt in het laatste middel aangebracht dat het verbod om de reeds verkregen informatie nog in rechte te gebruiken de grenzen van een ‘uitspraak bij voorraad’ te buiten gaat, omdat de bodemrechter (bij wie inmiddels een vordering aanhangig was gemaakt) erdoor gebonden zou zijn. Geen van deze argumenten wordt door het Hof weerhouden. Hoger beroep tegen een beslissing in kortgeding is volgens dit arrest dus niet alleen mogelijk, maar omvat bovendien ook een toetsingsrecht van de reeds genomen voorlopige maatregelen, ook wanneer geen urgentie meer voorhanden is.

Dit arrest betekent samen met enkele andere recente uitspraken een bocht van 180 graden ten opzichte van de oude visie van het Hof. Om een zo goed mogelijk overzicht van de kwestie te geven, zullen eerst kort de relevante krachtlijnen van het kort geding in herinnering worden gebracht en zal onderzocht worden hoe het kort geding in hoger beroep precies in zijn werk gaat. Tot slot zal dieper worden ingegaan op de oude en de nieuwe visie van het Hof, met bijzondere aandacht voor de problemen die beide visies met zich mee kunnen brengen.

## **2. HET KORT GEDING - SPOEDVEREISTE EN HOGER BEROEP**

### **2.1. DEFINITIE**

Het kort geding is een bijzondere rechtspleging, waarbij gebruik wordt gemaakt van een versnelde en vereenvoudigde procedure om tegemoet te komen aan de nood om in spoedeisende gevallen preventief en onmiddellijk beslissingen te kunnen nemen, wanneer schade of ernstige ongemakken zich dreigen voor te doen en wanneer de normale procesgang geen soelaas (meer) kan bieden. Het staat los van het gewone geding.<sup>4</sup> De kern van het kort geding wordt weergegeven in art. 584 Ger. W.:

“De voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg doet, in gevallen die hij spoedeisend acht, bij voorraad uitspraak in alle zaken, behalve die welke de wet aan de rechterlijke macht onttrekt.

De voorzitter van de arbeidsrechtbank en de voorzitter van de rechtbank van koophandel kunnen bij voorraad uitspraak doen in gevallen die zij spoedeisend achten, in aangelegenheden die tot de respectieve bevoegdheid van die rechtbanken behoren.

De zaak wordt vóór de voorzitter aanhangig gemaakt in kort geding of, in geval van volstreekte noodzakelijkheid, bij verzoekschrift.”

Hierbij zijn drie elementen van cruciaal belang: het spoedvereiste<sup>5</sup>, de uitspraak bij voorraad<sup>6</sup> en de bevoegdheid van de rechterlijke macht, resp. de

---

<sup>4</sup> M. STORME en P. TAELEMAN, “Het kort geding: ontwikkelingen en perspectieven” in M. STORME en A. BEIRLAEN (eds.), *Procederen in nieuw België en komend Europa*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 49.

<sup>5</sup> Dit wordt uitdrukkelijk als ontvankelijkheidsvereiste genoemd in art. 9 Ger. W.

rechtbank in kwestie. Deze paper zal zich, eerder dan alle elementen kort te overlopen, toespitsen op hetgeen het belangrijkste is met het oog op het te bespreken arrest, i.e. het urgentievereiste.

## 2.2. SPOEDVEREISTE

Het spoedvereiste wordt in de wetgeving niet gedefinieerd.<sup>7</sup> Dit zorgt ervoor dat de rechter over een ruime appreciatiebevoegdheid beschikt.<sup>8</sup> Desalniettemin heeft het Hof van Cassatie het begrip ‘urgentie’ geïnterpreteerd. Volgens vaste rechtspraak van het Hof<sup>9</sup>, dat hierin de zienswijze van koninklijk commissaris VAN REEPINGHEN<sup>10</sup> volgt, is er sprake van urgentie “wanneer een onmiddellijke beslissing wenselijk is om schade van een bepaalde omvang of ernstige ongemakken te voorkomen”. Het is duidelijk dat deze interpretatie niet al te strikt is, waardoor het voordeel van de ruime appreciatiebevoegdheid van de rechter blijft behouden.

Bij de beoordeling van het spoedvereiste wordt, in tegenstelling tot wat in sommige rechtspraak wordt verdedigd<sup>11</sup>, geen enkele belangenafweging gedaan. Zo mag bv. het nadeel dat de eisende partij zal lijden indien er geen maatregelen worden genomen niet vergeleken worden met het nadeel dat de verwerende partij zal lijden indien dit wel het geval zou zijn. Deze belangenafweging vindt pas plaats nadat de urgentie is vastgesteld.<sup>12</sup> Of al dan niet voldaan is aan het urgentievereiste is dus een zuivere feitenkwestie, die afhangt van de concrete omstandigheden van de zaak. Het Hof<sup>13</sup> heeft hierbij enkele richtlijnen gegeven met betrekking tot wat wel en niet in aanmerking kan worden genomen, maar uiteindelijk blijft de rechter vrij in zijn beslissing zolang hij die kan verantwoorden aan de hand van de concrete feiten. Criteria

---

<sup>6</sup> De uitspraak bij voorraad houdt in dat de rechter geen maatregelen mag nemen die de situatie van partijen blijvend beïnvloeden. Hij houdt bij de beoordeling van hun aanspraken slechts rekening met ogenschijnlijke rechten.

<sup>7</sup> A.-M. STRANART, “Les référés commerciaux et le rôle préventif du tribunal de commerce” in I. VEROUĞSTRAETE et al., *L'évolution du droit judiciaire, au travers du contentieux économique, social et familial. Approche comparative*, Actes des XIes Journées d'études juridiques Jean Dabin, Brussel, Bruylant, 1984, 566, nr. 9.

<sup>8</sup> M. STORME en P. TAEĻMAN, “Het kort geding: ontwikkelingen en perspectieven” in M. STORME en A. BEIRĻAEN (eds.), *Procederen in nieuw België en komend Europa*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 6. Dit is m.i. positief: een te strakke wettelijke definitie zou de mogelijkheid om rekening te houden met alle elementen van een concrete zaak al te zeer beperken.

<sup>9</sup> Cass. 11 mei 1990, RW 1990-91, 987, noot J. LAENENS; Cass. 21 mei 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 1287.

<sup>10</sup> Ch. VAN REEPINGHEN, *Verlag over de gerechtelijke hervorming*, *Parl.St.* Senaat 1963-64, nr. 60, 235.

<sup>11</sup> Zie bv. Bergen 2 februari 1989, *Pas.* 1989, II, 189; Brussel 6 november 1981, *JT*, 1982, 428; Kh. Turnhout 30 september 1988, *Turnh.Rechtsl.* 1989, 9.

<sup>12</sup> M. STORME en P. TAEĻMAN, “Het kort geding: ontwikkelingen en perspectieven” in M. STORME en A. BEIRĻAEN (eds.), *Procederen in nieuw België en komend Europa*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 10.

<sup>13</sup> Zie noten 14 en 15.

die in aanmerking kunnen worden genomen zijn bv. het gedrag van de eiser<sup>14</sup>, de snelheid waarmee de bodemprocedure zou kunnen worden afgehandeld<sup>15</sup>, etc. Hoe dan ook is het de rechter zelf die - in cassatie principieel onaantastbaar<sup>16</sup> - oordeelt of er al dan niet sprake is van urgentie.

Het beoordelingstijdstip van de urgentie is dubbel: enerzijds moet in de gedinginleidende akte ondubbelzinnig (doch niet expliciet<sup>17</sup>) worden vermeld dat de zaak spoedeisend is. De voorzitter is dan sowieso bevoegd om van de zaak kennis te nemen.<sup>18</sup> Anderzijds moet de urgentie ook daadwerkelijk aanwezig zijn (én blijven) tot op het ogenblik van de uitspraak, zodat de voorlopige maatregel ook daadwerkelijk noodzakelijk blijft<sup>19</sup>, zelfs in hoger beroep<sup>20</sup>.

Indien de rechter vaststelt dat de vordering niet (meer) spoedeisend is, moet hij ze ongegrond<sup>21</sup> verklaren. Hij moet de vordering daarna niet meer doorverwijzen naar de bevoegde bodemrechter en mag verder geen kennis nemen van de zaak.<sup>22</sup> Het Hof van Cassatie heeft immers ondubbelzinnig beslist dat de rechter door de eenvoudige vaststelling van een gebrek aan urgentie ook meteen zijn rechtsmacht uitput.<sup>23</sup> Dit betekent overigens niet dat het geschil beëindigd is: het is nog altijd mogelijk om een nieuwe vordering in te leiden bij de bodemrechter. Het is (behoudens evt. hoger beroep) echter wel het onherroepelijke einde van het kort geding.

### 2.3 HOGER BEROEP TEGEN EEN BESLISSING IN KORT GEDING

---

<sup>14</sup> Zo is het bv. mogelijk dat de eiser de schade zelf heeft veroorzaakt (Cass. 17 maart 1995, *Arr.Cass.* 1995, 320) of wordt uit de trage procesvoering van de eiser geconcludeerd dat de zaak niet spoedeisend is (Cass. 4 november 1976, *Pas.* 1977, I, 260). Ook het feit dat de urgentie slechts te wijten is aan het getalm van de eiser leidt meestal tot afwijzing van de vordering (Antwerpen 29 november 1999, AR 1998/RK/107).

<sup>15</sup> Rb. Brussel 7 januari 1985, *TBBR* 1987, 91. Bij de beoordeling van dit criterium speelt uiteraard ook de gerechtelijke achterstand een belangrijke rol. Deze mag echter niet als enige argument voor de spoedeisendheid van een zaak worden aangevoerd. Er dienen nog andere omstandigheden, eigen aan de zaak, aanwezig te zijn. Zie G. CLOSSET-MARCHAL, *Les référés en Rép.not.*, Brussel, Larcier, 1992, 46, nr. 14.

<sup>16</sup> H. BOULARBAH, "Variations autour de l'appel des ordonnances sur référé" in I. VEROUĞSTRAETE et al. (eds.), *Imperat Lex - Liber amicorum Pierre Marchal*, Brussel, Larcier, 2003, 228. Wanneer de feitenrechter echter een manifeste interpretatiefout zou begaan betreffende het begrip 'urgentie' zou het Hof de beschikking in theorie wel kunnen vernietigen.

<sup>17</sup> Kh. Ieper 22 december 2000, *TRV* 2001, 44, noot J. VANANROYE.

<sup>18</sup> Cass. 11 mei 1990, *RW* 1990-91, 987, noot J. LAENENS. De loutere verklaring dat de zaak spoedeisend is in de gedinginleidende akte is voldoende.

<sup>19</sup> Cass. 24 april 2009, AR C.07.0368.N; Cass. 11 mei 1998, AR C.95.0068.N; D. LINDEMANS, *Kort geding*, Antwerpen, Kluwer, 1985, 69-70, nr. 106.

<sup>20</sup> "De rechter in hoger beroep voor wie het hoger beroep aanhangig is gemaakt tegen een vordering tot behandeling van de zaak in kort geding moet, bij de beoordeling of het om een spoedeisend geval gaat, zich niet plaatsen op de dag waarop de vordering ingesteld of de beslissing van de eerste rechter uitgesproken werd." Zie Cass. 4 november 1976, *Arr.Cass.* 1977, 262.

<sup>21</sup> Cass. 11 mei 1990, *RW* 1990-91, 988, noot J. LAENENS.

<sup>22</sup> Cass. 11 mei 1990, *RW* 1990-91, 988, noot J. LAENENS.

<sup>23</sup> Cass. 6 mei 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 899; Cass. 11 mei 1990, *RW* 1990-91, 988, noot J. LAENENS.

Hoger beroep tegen een beslissing in kort geding is, zoals in de inleiding reeds werd vermeld, niet steeds vanzelfsprekend. Men moet immers rekening houden met twee soorten procedurele voorschriften: enerzijds die van het hoger beroep en anderzijds die van het kort geding. De hoven en rechtbanken proberen doorgaans consequent de gewone regels betreffende hoger beroep en kort geding met elkaar te verzoenen, maar hier en daar duikt toch een afwijkende regeling op.<sup>24</sup> Hierna zal daarom dieper worden ingegaan op hoe het hoger beroep precies in zijn werk gaat wanneer de bestreden beslissing in eerste instantie in kort geding werd genomen. Hierbij zal de klemtoon worden gelegd op problemen die relevant zijn m.b.t. het arrest van 16 juni 2011, m.n. de devolutieve werking van het hoger beroep bij een kort geding en de evolutie van de urgentie lopende het geding.

### 2.3.1. De devolutieve werking van het hoger beroep in kort geding

Ingevolge art. 1068 Ger. W. zorgt het hoger beroep ervoor dat een geschil definitief<sup>25</sup> en in zijn geheel<sup>26</sup> wordt onttrokken aan de rechter in eerste aanleg en wordt overgeheveld naar de appelrechter<sup>27</sup>, tenzij wanneer de partij die beroep aantekent de grenzen van het hoger beroep aangeeft in de akte van hoger beroep.<sup>28</sup> Dit fenomeen staat bekend als de devolutieve werking van het hoger beroep en doet zich zowel voor wanneer er al een beslissing ten gronde werd genomen als wanneer het om een tussenvonnis of een vonnis alvorens recht te doen gaat<sup>29 30</sup>, resp. de gewone en de verruimde devolutieve werking. Doorgaans wordt aangenomen dat het leerstuk van de devolutieve werking ook toepassing vindt in kort geding.<sup>31</sup> Zodra dus hoger beroep wordt ingesteld tegen een beschikking in kort geding komt de hele zaak voor de kortgedingrechter in hoger beroep. De appelrechter heeft dan dezelfde bevoegdheden als de kortgedingrechter in eerste aanleg<sup>32</sup>: hij moet opnieuw de

<sup>24</sup> H. BOULARBAH, "Variations autour de l'appel des ordonnances sur référé" in I. VEROUĞSTRAETE et al. (eds.), *Imperat Lex - Liber amicorum Pierre Marchal*, Brussel, Larcier, 2003, 245.

<sup>25</sup> Behalve wanneer de beslissing in hoger beroep beperkt blijft tot het bevestigen van een onderzoeksmaatregel (art. 1068, lid 2 Ger. W.)

<sup>26</sup> Met alle feitelijke en rechtsvragen (Cass. 22 november 1993, *Arr.Cass.* 1993, 972).

<sup>27</sup> P. TAEĻMAN en K. PITEUS, "Dynamiek en evolutie van het geding in hoger beroep" in E. BREMS et al. (eds.), *Goed procesrecht – goed procederen*, XXIX<sup>e</sup> postuniversitaire cyclus Willy Delva 2002-2003, Mechelen, Kluwer, 2004, 397.

<sup>28</sup> *Ibid.*, 398-399.

<sup>29</sup> *Ibid.*, 397-399.

<sup>30</sup> Dit in tegenstelling tot de situatie voor de gerechtelijke hervorming van 1967, waar het adagium "*Tantum devolutum, quantum iudicatum*" gold: enkel de geschilpunten die al beslecht waren kwamen voor de appelrechter, terwijl de rechter in eerste aanleg zijn rechtsmacht behield m.b.t. de geschilpunten waarover nog niet gevonnist was. Zie A. FETWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, P.U.L. 1987, 527, nr. 813.

<sup>31</sup> Cass. 26 november 1998, *Arr.Cass.* 1998, 493; Antwerpen 21 mei 2002, AR 2000RK316; Rb. Kortrijk 26 februari 1998, *RW* 1998-99, 856.

<sup>32</sup> De kortgedingrechter in hoger beroep is geenszins bevoegd om uitspraak te doen over de grond van de zaak. Zie Cass. 26 november 1998, *RW* 1999-2000, 18; H. BOULARBAH, "Variations autour de l'appel des ordonnances sur référé" in I. VEROUĞSTRAETE et al. (eds.), *Imperat Lex - Liber*

urgentie van de zaak nagaan en rekening houdende met alle feiten – ook nieuwe feiten van na de bestreden uitspraak<sup>33</sup> – tot een beslissing komen. Hij is hierbij op geen enkele manier gebonden door wat in eerste aanleg werd beslist. Daarnaast houdt de devolutieve werking logischerwijze ook in dat de oorspronkelijke rechter niet langer bevoegd is om zijn gewezen beslissing nog te wijzigen, ook niet naar aanleiding van eventuele nieuwe feiten. Hier bestaat evenwel een praetoriaans gegroeide uitzondering op in geval van uitzonderlijke urgentie<sup>34</sup>, die dan vooral te wijten is aan de gerechtelijke achterstand bij de hoven van beroep. Indien een wijziging van een voorlopige maatregel immers hoogdringend is, maar niet tijdig kan worden behandeld in hoger beroep, moet, ook wanneer dit hoger beroep al ingesteld is, vermeden worden dat partijen in een “juridisch vacuüm”<sup>35</sup> terechtkomen. Deze regeling is echter, hoewel ze soms inderdaad gerechtvaardigd zou kunnen zijn, niet wettelijk. Hoewel de devolutieve werking betrekkelijk consequent wordt toegepast in het hoger beroep tegen een beschikking in kort geding, valt het te betreuren dat omtrent dit laatste probleem geen volledige rechtszekerheid kan worden geboden.

### 2.3.2. *Het urgentievereiste in hoger beroep*

Zoals reeds vermeld wordt het urgentievereiste getoetst op het ogenblik dat de zaak wordt ingeleid en op het ogenblik dat de voorzitter uitspraak doet, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep. Wanneer de eerste rechter van mening is dat er geen urgentie voorhanden is, verklaart hij de eis ongegrond. Indien daarna hoger beroep wordt aangetekend, kan de appelrechter volledig vrij het tegenovergestelde beslissen.<sup>36</sup> Zo kan de urgentie, die er in eerste aanleg niet was, door de rechter in hoger beroep wel worden aanvaard, bv. omwille van een verergering van de litigieuze toestand. Dit stelt doorgaans weinig problemen. De devolutieve werking zorgt er immers voor dat de appelrechter in alle onafhankelijkheid van zijn collega in eerste aanleg kan beslissen. Problematischer is de situatie waarin in eerste aanleg een voorlopige maatregel wordt opgelegd en de appelrechter vervolgens tot de vaststelling komt dat er geen urgentie (meer) is. Zo werd bv. al vaak opgeworpen dat de uitvoering van een voorlopige maatregel automatisch tot gevolg heeft dat de vordering niet meer spoedeisend zou zijn. Het is op deze situatie dat de nadruk zal liggen in het volgende hoofdstuk.

---

*amicorum Pierre Marchal*, Brussel, Larcier, 2003, 245. Hierop bestaat evenwel een uitzondering: Wanneer de kortgedingrechter in eerste aanleg zich onterecht bevoegd verklaarde en de rechter in hoger beroep zich ondanks de onbevoegdheid van de kortgedingrechter in eerste aanleg wel bevoegd acht, moet appelrechter de zaak ten gronde behandelen. Zie G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2005, 329.

<sup>33</sup> Brussel 21 september 1983, *RPS* 1983, 309.

<sup>34</sup> P. Taelman en K. Piteus, “Dynamiek en evolutie van het geding in hoger beroep” in E. Brems et al. (eds.), *Goed procesrecht – goed procederen*, XXIX<sup>e</sup> postuniversitaire cyclus Willy Delva 2002-2003, Mechelen, Kluwer, 2004, 403.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> Brussel 27 oktober 2000, AR 1999/KR/361.

Van eenheid in de rechtspraak was geen sprake. Enkele cassatiearresten maakten rond de eeuwwisseling aan die onzekerheid min of meer een einde (cf. *infra*). In enkele recentere arresten, waaronder ook de uitspraak van 16 juni 2011, kwam het hoogste rechtscollege echter terug op zijn standpunt. Om deze evolutie zo overzichtelijk mogelijk weer te geven, zal in de volgende hoofdstukken aan de hand van enkele vonnissen en arresten geschetst worden hoe uiteenlopend de visies waren in de feitenrechtspraak vóór er cassatierechtspraak voorhanden was. Daarna zal dieper worden ingegaan op de oude leer van het Hof, met tot slot een bespreking van voorliggend arrest als duidelijkste voorbeeld van de nieuwe leer van het Hof.<sup>37</sup>

### 3. DE TAAK VAN DE APPELRECHTER BIJ GEBREK AAN URGENTIE

#### 3.1. UITEENLOPENDE STANDPUNTEN IN DE FEITENRECHTSPRAAK

Een eerste ‘oplossing’<sup>38</sup> bestond erin om zich eenvoudigweg onbevoegd te verklaren en geen enkele uitspraak te doen over de voorlopige maatregelen die in eerste aanleg werden opgelegd. Zoals BOULARBAH<sup>39</sup> terecht opmerkt is dit “*en contradiction flagrante*” met de rechtspraak van het Hof van Cassatie<sup>40</sup>: wanneer de urgentie wordt vermeld in de gedinginleidende akte, c.q. akte van hoger beroep is de kortgedingrechter immers sowieso bevoegd. Onbevoegdheid is dus zeker geen optie. Deze rechtspraak doet overigens geen enkele uitspraak over de opgelegde voorlopige maatregelen.

Andere magistraten kwamen tot dezelfde vaststelling, maar oordeelden dat dit sowieso het tenietdoen van de opgelegde voorlopige maatregelen met zich meebracht.<sup>41</sup> Het moge duidelijk zijn dat dit nefast is voor de eiser die in eerste instantie zijn gevorderde voorlopige maatregelen ingewilligd zag, maar deze tenietgedaan ziet worden door het louter aantekenen van hoger beroep, enkel en alleen omdat er geen urgentie meer is.

Nog andere hoven van beroep kwamen tot de conclusie dat, wanneer een voorlopige maatregel reeds uitgevoerd was, de vordering van de veroordeelde verweerder in hoger beroep zonder voorwerp werd<sup>42</sup>, of de eiser in hoger

<sup>37</sup> Voor dit onderdeel zal worden gebruik gemaakt van het goede rechtspraakoverzicht in H. BOULARBAH, “Variations autour de l’appel des ordonnances sur référé” in I. VEROUGSTRÆTE et al. (eds.), *Imperat Lex - Liber amicorum Pierre Marchal*, Brussel, Larcier, 2003, 235-238.

<sup>38</sup> Luik 21 december 1999, *JT* 2000, 269.

<sup>39</sup> H. BOULARBAH, “Variations autour de l’appel des ordonnances sur référé” in I. VEROUGSTRÆTE et al. (eds.), *Imperat Lex - Liber amicorum Pierre Marchal*, Brussel, Larcier, 2003, 235-236.

<sup>40</sup> Cass. 11 mei 1990, *RW* 1990-91, 987, noot J. LAENENS.

<sup>41</sup> Brussel 20 januari 2000, *AM* 2001, 141; Luik 19 oktober 1995, *JT* 1996, 285.

<sup>42</sup> Luik 23 maart 2001, *RRD* 2001, 323.



beroep geen belang meer had<sup>43</sup>, aangezien de maatregel toch al was uitgevoerd. Het Hof van Cassatie was, betreffende de eiser die in eerste aanleg een maatregel verkrijgt maar toch nog hoger beroep instelt, nochtans duidelijk: “*l’exécution d’une décision exécutoire par provision, ne prive ni d’intérêt, ni d’objet l’appel exercé contre cette décision par la partie qui a procédé à l’exécution*”.<sup>44</sup> Ook wanneer de eiser in hoger beroep initieel verweerder was wordt dit argument doorgaans niet aanvaard: “*toute partie défenderesse devant le premier juge, [...] qui [...] fait l’objet d’une condamnation, a intérêt à introduire un appel contre cette décision puisqu’elle justifie d’un grief résultant de la décision attaquée*”.<sup>45</sup> Dit is logisch: de voorlopige maatregelen die werden opgelegd in kort geding mogen dan wel uitvoerbaar bij voorraad zijn, de daadwerkelijke uitvoering ervan geschiedt wel op eigen risico van de eiser, en mag verder geen weerslag hebben op de rechtspositie van de verweerder.

Hetzelfde argument werd ook gebruikt met betrekking tot het urgentievereiste: hoe kan een zaak nog spoedeisend zijn als de maatregel reeds ten uitvoer werd gelegd?<sup>46</sup> Ook dit argument kan niet geaccepteerd worden. Wat voor een eiser in kort geding spoedeisend is, is dat in de meeste gevallen voor de verweerder niet. Er zou kunnen geargumenteed worden dat de urgentie in hoofde van de eiser doorgaans te wijten is aan de verweerder, maar het zou onredelijk zijn om dan, in hoger beroep, van de verweerder te verwachten dat hij voor zichzelf ook urgentie zou moeten aantonen. Dit om de eenvoudige reden dat dit nagenoeg nooit het geval zal zijn en de verweerder zo *de facto* zijn recht op hoger beroep zou worden ontnomen. Daarom wordt door verschillende auteurs<sup>47</sup> geargumenteed dat het urgentievereiste in hoger beroep niet geldt voor wie verweerder was in eerste aanleg.

Het is duidelijk dat bovenstaande rechtspraak niet de ideale oplossing biedt. De appelrechter zou dan immers vaak niets beslissen over de in eerste aanleg toegestane voorlopige maatregelen omdat zijn rechtsmacht wordt uitgeput door de vaststelling van het gebrek aan urgentie en ontnemt zo ieder nut aan het hoger beroep ertegen. Dit is bovendien nefast voor partijen die in eerste aanleg bv. werden veroordeeld tot betaling van een dwangsom<sup>48</sup>, aangezien hoger beroep tegen de beslissing die de dwangsom toestaat de enige manier is om de betaling ervan retroactief teniet te doen. Wanneer de verliezende partij in kort geding immers alsnog gelijk zou krijgen in de daaropvolgende bodemprocedure, wordt de maatregel van de dwangsommen slechts *ex nunc*

---

<sup>43</sup> Brussel 14 september 1995, *Pas.* 1995, II, 57.

<sup>44</sup> Cass. 24 oktober 1997, *Pas.* 1997, I, 1075.

<sup>45</sup> Brussel 22 juni 2001, *JT* 2001, 840.

<sup>46</sup> Brussel 19 januari 2001, *RPS* 2001, 93.

<sup>47</sup> Aangehaald in H. BOULARBAH, “Variations autour de l’appel des ordonnances sur référé” in I. VEROUĞSTRAETE et al. (eds.), *Imperat Lex - Liber amicorum Pierre Marchal*, Brussel, Larcier, 2003, 233, voetnoot nr. 50.

<sup>48</sup> H. BOULARBAH, “Variations autour de l’appel des ordonnances sur référé” in I. VEROUĞSTRAETE et al. (eds.), *Imperat Lex - Liber amicorum Pierre Marchal*, Brussel, Larcier, 2003, 226-227.

uitgeschakeld <sup>49</sup>, waardoor die partij de eventueel reeds betaalde dwangsommen niet meer zou kunnen terugvorderen, niettegenstaande het feit dat ze in bodemprocedure gelijk kreeg.

Toch vindt men in de rechtspraak van de hoven van beroep in deze periode ook uitspraken die voor een totaal andere invulling kiezen. Zo zijn er bv. rechters die enerzijds erkennen dat er bij het inleiden van het hoger beroep geen urgentie meer is, maar anderzijds toch onderzoeken of er wel urgentie was ten tijde van de uitspraak in eerste aanleg en vervolgens de uitspraak tenietdoen wanneer dit niet het geval blijkt te zijn.<sup>50</sup> Deze werkwijze wordt omstandig gemotiveerd in een arrest van het hof van beroep van Luik van 15 november 2000.<sup>51</sup> De rechter stelt hier dat hij door het gebrek aan urgentie in hoger beroep inderdaad niet bevoegd is om de situatie te beoordelen zoals ze is op de dag dat de zaak voor het hof wordt gebracht. Dit betekent volgens de rechter echter niet dat hij niet langer bij machte is om na te gaan of de rechter in eerste aanleg zich terecht bevoegd verklaarde, of hij op correcte wijze de feiten in acht heeft genomen en of de genomen maatregel hierdoor kan worden gerechtvaardigd. Hierbij neemt de appelrechter niet de feiten ten tijde van het hoger beroep in aanmerking, maar de feiten zoals ze aan de rechter in eerste aanleg werden voorgesteld. Hierover anders beslissen zou volgens het hof ofwel de appellants zijn recht op hoger beroep ontnemen, ofwel dit hoger beroep van ieder nut beroven en zou zelfs misbruiken in de hand werken. Het is immers niet ondenkbaar dat een verweerder in hoger beroep de procedure zo lang mogelijk zou laten aanslepen opdat de urgentie zou verdwijnen en de rechter zodoende geen maatregelen meer zou kunnen nemen.

Het is duidelijk dat deze rechtsonzekerheid niet langer houdbaar was. Het was als het ware wachten tot iemand cassatieberoep tegen een gelijkaardige beslissing zou aantekenen.

### 3.2. VASTE RECHTSPRAAK VAN HET HOF VAN CASSATIE

Het Hof van Cassatie deed een eerste keer uitspraak op 9 juni 2000.<sup>52</sup> In deze zaak had het hof van beroep van Gent geoordeeld dat de zaak niet meer in aanmerking kwam voor behandeling aangezien de urgentie reeds lang was verdwenen. Het hof van beroep voerde hierbij geen verder onderzoek naar de aanspraken van de eiser in hoger beroep en toetste de beslissing van de rechter in eerste aanleg dus niet. De eiser in cassatie kwam daartegen op en wees erop dat de devolutieve werking van het hoger beroep toch wel tot gevolg moest hebben dat op de appelrechter ook een verplichting rustte om na te gaan of de

---

<sup>49</sup> Zie Cass. 7 juli 1941, *Pas.* 1941, I, 278. Hoewel de dwangsom ten tijde van deze uitspraak nog niet bestond, wordt hier wel duidelijk gesteld dat de bodemuitspraak geen enkel retroactief effect heeft op de voorlopige maatregelen die werden uitgesproken in kort geding.

<sup>50</sup> Antwerpen 19 november 2008, *NjW* 2009, 637; Brussel 22 juni 2001, *JT* 2001, 840; Luik 8 februari 2000, AR 1999/RF/208; Brussel 19 december 1996, *Pas.* 1997, II, 119.

<sup>51</sup> Luik 17 juni 2002, *J.T.*, 2002, 667; Luik 15 november 2000, *JLMB* 2001, 335.

<sup>52</sup> Cass. 9 juni 2000, *Arr.Cass.* 2000, 352.

in eerste aanleg opgelegde voorlopige maatregelen gerechtvaardigd waren. Het Hof van Cassatie oordeelde dat de devolutieve werking van het hoger beroep er inderdaad voor zorgt dat het geschil met alle feitelijke en rechtsvragen aanhangig wordt bij de appelrechter, maar, dat het feit op zich dat de appelrechter de voorlopige maatregelen moet beoordelen, niet betekent dat hij daarover ook daadwerkelijk uitspraak moet doen. Hij kan zich er dus toe beperken om te oordelen op grond van de urgentie van de zaak. Wanneer er dus geen urgentie meer is in hoger beroep, is de kous daarmee af. Het Hof voert hier dus een artificiële, verder ongemotiveerde distinctie in tussen enerzijds ‘moeten oordelen over de voorlopige maatregelen’ en anderzijds ‘daarover ook daadwerkelijk uitspraak doen’. Deze uitspraak mag dan wel een einde maken aan de disparate rechtspraak zoals ze hierboven werd geschetst, doordacht is ze allerminst: van een echte toetsing van de voorlopige maatregelen is hier geen sprake. Vaak wordt ook geopperd dat deze visie deels is ingegeven door proceseconomische bedenkingen, met het oog op het verminderen van de gerechtelijke achterstand in de hoven van beroep.<sup>53</sup> Men kan zich echter de vraag stellen of dit opweegt tegen de fundamentele toegevingen die daar tegenover staan.

In september 2002 kreeg het Hof een gelijkaardige zaak voorgeschoteld.<sup>54</sup> Het Hof volhardde in haar eerder standpunt en stond de appelrechter opnieuw toe zich ertoe te beperken het gebrek aan urgentie vast te stellen en zich verder niet uit te spreken over de aanspraken van de eisende partij. Het is na deze uitspraak dat BOULARBAH<sup>55</sup>, die een van de grote tegenstanders van deze rechtspraak is, kritiek begon te uiten. Zijn pleidooi voor een koerswijziging werd echter, zoals hieronder duidelijk zal worden, genegeerd door het Hof van Cassatie.

Het duurt tot 19 januari 2006<sup>56</sup> voor opnieuw uitspraak werd gedaan in een gelijkaardige zaak.<sup>57</sup> Eiser in cassatie wordt op 8 oktober 1998 door de rechtbank van eerste aanleg in kort geding veroordeeld tot de betaling van onderhoudsgelden ten belope van 100000 BEF per maand. Hij gaat hiertegen in beroep en de appelrechter beslist op 5 december 2000 dat er geen urgentie meer is en voegt daaraan toe dat dit ook automatisch de voorlopige maatregel, i.e. de toekenning van het onderhoudsgeld, tenietdoet, zonder hier verder over uit te wijden. Nadien stelt de verzoeker in cassatie zelf een eis in kort geding in (vermoedelijk betreffende het omgangsrecht met zijn kinderen). Hij krijgt hier

---

<sup>53</sup> J. VAN DONINCK, “De taak van de appelrechter in kort geding: wijsheid achteraf” (noot onder Cass. 4 april 2011), *RW* 2011-2012, 868, nr. 3.

<sup>54</sup> Cass. 19 september 2002, *Pas.* 2002, 1697

<sup>55</sup> H. BOULARBAH, “Variations autour de l’appel des ordonnances sur référé” in I. VEROUSTRATE et al. (eds.), *Imperat Lex - Liber amicorum Pierre Marchal*, Brussel, Larcier, 2003, 225-245.

<sup>56</sup> Cass. 19 januari 2006, *Pas.* 2006, 188.

<sup>57</sup> Het cassatiearrest van 15 januari 2005 niet te na gesproken. Hierin verklaarde het Hof dat art. 6 EVRM ook van toepassing is in kort geding. Het belang van deze uitspraak zal verder in dit werkstuk behandeld worden. Zie Cass. 15 januari 2005, *RCJB* 2006, 491.

ongelijk en gaat opnieuw in hoger beroep. De appelrechter poneert in 2004 echter alsof de beschikking van de eerste rechter waarin een onderhoudsbijdrage werd toegekend nog niet was tenietgedaan door de beslissing van 5 december 2000. Aangezien deze beschikking volgens de appelrechter anno 2004 nog in voege is, stelt deze dat iedere verder ontwikkelde argumentatie van de eiser irrelevant is. Hierop stelt de man cassatieberoep in en verwijt hij de tweede appelrechter dat hij het gezag van gewijsde miskent door de reeds buiten werking gestelde maatregel als het ware te doen herleven.

Het Hof van Cassatie volgt de eiser hierin en doet het arrest van 2004 teniet. Belangrijker voor dit onderwerp is echter het feit dat het Hof, om zijn redenering op te bouwen, opnieuw de hierboven vermelde standaardformulering gebruikt met betrekking tot het arrest van 5 december 2000: de appelrechter mag zich beperken tot het vaststellen van het gebrek aan urgentie. Hij hoeft verder geen uitspraak te doen over de aanspraken van de partijen. Ditmaal voegt het Hof daar nog aan toe dat, wanneer de appelrechter dit doet, de bestreden beslissing van de kortgedingrechter in eerste aanleg sowieso buiten werking wordt gesteld vanaf het ogenblik dat de appelrechter uitspraak doet. Dit is, met het oog op de mogelijke misbruiken die in het meer theoretische gedeelte over de urgentie in hoger beroep reeds werden besproken, misschien een nog slechtere oplossing.

Toch gaat het Hof in april 2007<sup>58</sup> nog een stap verder. In een geschil tussen een Koreaans maritiem transportbedrijf (Hyundai) en enkele Antwerpse havenbedrijven werd door de Antwerpse bedrijven een dwangsom gevorderd omdat het Koreaanse bedrijf te laat was met een levering. De vordering werd in eerste aanleg gegrond verklaard: de kortgedingrechter legt aan het transportbedrijf een gebod op om tijdig te leveren, onder verbeurte van een aanzienlijke dwangsom per dag. Bij de behandeling in hoger beroep, is de levering inmiddels gebeurd. De appelrechter oordeelt, conform de rechtspraak van het Hof van Cassatie, dat de zaak niet meer spoedeisend is, spreekt zich verder niet meer uit over de aanspraken van de partijen en doet de voorlopige maatregelen die in eerste aanleg werden opgelegd teniet met ingang vanaf de dag waarop het hof uitspraak doet. Hyundai tekent vervolgens cassatieberoep aan.

Verzoekster in Cassatie pleit – aan de hand van de visie van BOULARBAH<sup>59</sup> – voor een herziening van de visie van het Hof. Ze benadrukt hierbij de plicht van de appelrechter om de in eerste aanleg opgelegde maatregelen te toetsen, stelt dat de toenmalige rechtspraak toeliet dat het hoger beroep volledig werd uitgehold en maakt zelfs gewag van rechtswegering. Opnieuw weigert het Hof

---

<sup>58</sup> Cass. 17 april 2009, *RW* 2009-2010, 1777, noot S. MOSSELMANS; Cass. 17 april 2009, *JT* 2009, 673, noot H. BOULARBAH et al.

<sup>59</sup> H. BOULARBAH, “Variations autour de l’appel des ordonnances sur référé” in I. VEROUGSTRAETE et al. (eds.), *Imperat Lex - Liber amicorum Pierre Marchal*, Brussel, Larcier, 2003, 225-245.

haar leer aan te passen. Het is evenwel duidelijk dat het de argumentatie van de eisende partij dit keer niet zomaar kan weerleggen door de inmiddels klassieke formulering te gebruiken.

Het Hof maakt gebruik van een zeven stappenredenering<sup>60</sup> en laat hierdoor wat dieper in zijn kaarten kijken. (1) Het Hof erkent de bevoegdheid van de voorzitters om in spoedeisende gevallen die tot hun bevoegdheid behoren bij voorraad uitspraak te doen indien de vordering haar spoedeisend karakter behoudt tot op het moment van de uitspraak. (2) Ingevolgde de devolutieve kracht van het hoger beroep oordeelt de appelrechter niet als een cassatierechter van de uitspraak in eerste aanleg, maar over de zaak zelf, zoals ze bij hem aanhangig is. Wanneer hij dan vaststelt dat de vordering niet langer spoedeisend is, kan hij geen uitspraak meer doen op grond van de ogenschijnlijke rechten van de partijen, ook niet voor het verleden. De appelrechter kan zich er, aangezien het spoedeisend karakter aanwezig moet blijven tot bij de uitspraak, toe beperken om het gebrek aan urgentie vast te stellen. (3) Het gebrek aan urgentie kan blijken uit het feit dat de opgelegde voorlopige maatregelen reeds zijn uitgevoerd.<sup>61</sup> (4) De afwezigheid van het spoedvereiste heeft als gevolg dat de voorlopige maatregelen vanaf de uitspraak in hoger beroep vervallen. (5) Dit doet evenwel geen afbreuk aan het gezag van gewijsde waarmee de voorlopige uitspraak was bekleed tot op het moment waarop de appelrechter zijn arrest uitsprak. De voorlopige maatregel had tot op dat ogenblik kunnen worden uitgevoerd. (6) De appelrechter die dus een gebrek aan urgentie vaststelt en het hoger beroep niet toestaat, met als gevolg dat de eventuele voorlopige maatregelen vervallen, holt op geen enkele manier het recht op hoger beroep uit en maakt zich niet schuldig aan rechtsweigerig. (7) Het middel dat ervan uitgaat dat de appelrechter toch de ogenschijnlijke rechten van de partijen moest nagaan en zich niet mocht beperken tot een vaststelling van het gebrek aan urgentie, faalt naar recht. Vooral de toevoeging van stap (3) was de druppel die de al overvolle emmer deed overlopen, zoals in de volgende paragrafen duidelijk zal worden.

Dit laatste arrest veroorzaakte, vooral in Franstalig België, een storm van protest onder leiding van BOULARBAH.<sup>62</sup> De bijdrage van deze Franstalige rechtsgeleerden zal in de volgende paragrafen grondig worden besproken.

De ondertoon van het commentaar is duidelijk: het probleem moet nu voor eens en voor altijd worden opgelost, want de huidige rechtspraak is in strijd met enkele basisbeginselen van het burgerlijk procesrecht. Allereerst is de functie die het Hof van Cassatie aan het urgentievereiste in hoger beroep toekent volgens het auteurscollectief volledig fout. Het wordt niet betwist dat

---

<sup>60</sup> Cass. 17 april 2009, *RW* 2009-2010, 1777-1778.

<sup>61</sup> Dit was nieuw in de cassatierechtspraak. Ook hiertegen bestaan verschillende bezwaren, zoals in het meer theoretische gedeelte reeds werd besproken.

<sup>62</sup> BOULARBAH slaagde erin om o.a. CLOSSET-MARCHAL, DE LEVAL en ENGLEBERT om zich heen te verzamelen en onder gezamenlijke naam een commentaar bij het arrest van 17 april 2009 te schrijven: H. BOULARBAH et al., "Il y a urgence!" (noot onder Cass. 17 april 2009), *JT* 2009, 673-675.

de urgentie aanwezig moet blijven in tweede aanleg, maar wanneer de appelrechter enerzijds van de eiser in hoger beroep (die doorgaans als verweerder werd veroordeeld in eerste aanleg) verwacht dat hij urgentie aantoot en anderzijds die urgentie vastknoopt aan het al dan niet uitgevoerd zijn van de voorlopige maatregelen, spreekt hij zichzelf tegen.

Dit heeft tot gevolg dat de rechtszoekende eigenlijk een keuze moet maken: ofwel voert hij de voorlopige maatregel uit en verliest hij zijn mogelijkheid tot hoger beroep, ofwel geeft hij bewust geen gehoor aan een uitvoerbare rechterlijke beslissing. Een rechtsregel die de rechtszoekende voor die keuze stelt kan ook mijns inziens, inderdaad niet verdedigd worden. De voorgestelde oplossing is eenvoudig: het is altijd aan de initiële verzoeker om de urgentie aan te tonen, en niet aan de verweerder, die overigens in de meerderheid van de gevallen in eerste aanleg de urgentie zal hebben betwist. De uitvoering van een voorlopige maatregel zou geen rol mogen spelen in de beoordeling van urgentie of belang van de eiser in hoger beroep, of het voorwerp van de vordering.<sup>63</sup>

Fundamenteler, volgens deze auteurs, is de vaststelling dat de huidige rechtspraak het recht op hoger beroep, dat wordt gegarandeerd in art. 616 Ger. W., eenvoudigweg beknoot. Dit leed zou enigszins verzacht kunnen worden indien een bodemuitspraak retroactief een einde zou maken aan de lopende voorlopige maatregelen, maar ook dit is niet het geval. De enige manier om de uitvoering van een voorlopige maatregel terug te vorderen bestaat erin om hem in hoger beroep te laten tenietdoen. Het probleem waarbij de rechtszoekende voor de keuze wordt gesteld tussen enerzijds niet gehoorzamen en anderzijds wel gehoorzamen en daardoor het recht op hoger beroep kwijtspelen, wordt hierdoor nog groter aangezien daar nu ook nog eens dwangsommen bijkomen.<sup>64</sup> De rechtsonderhorige heeft dan immers de keuze tussen niet gehoorzamen, met het risico van (vaak aanzienlijke) dwangsommen te moeten betalen wanneer hij in hoger beroep geen gelijk krijgt, of gehoorzamen en daarmee ook automatisch zijn recht op hoger beroep opgeven. Het feit dat deze onrechtvaardigheid wordt ‘verzacht’ door het feit dat de vaststelling van een gebrek aan urgentie het verval van de voorlopige maatregelen met zich meebrengt vanaf de uitspraak, is in dit opzicht volgens BOULARBAH et al. slechts een troostprijs.<sup>65</sup>

Deze regeling is dus flagrant in strijd met art. 1398, lid 2 Ger. W.: een voorlopige maatregel moet in principe immers op eigen risico van de partij die de maatregel gevorderd heeft, worden uitgevoerd. Van deze bepaling blijft, aldus de auteurs, in het licht van het voorgaande niets over. Bovendien komt deze situatie al aardig in de buurt van de gevarezone van art. 6 EVRM<sup>66</sup>: in

---

<sup>63</sup> H. BOULARBAH et al., “Il y a urgence!” (noot onder Cass. 17 april 2009), *JT* 2009, 673-674, nr. 6.

<sup>64</sup> *Ibid.*, 674, nr. 7.

<sup>65</sup> *Ibid.*, nr. 8.

<sup>66</sup> Dat ingevolge Cass. 15 januari 2005, *RCJB*, 2006, 491 toepasselijk is inzake het kort geding.

de zaak *Posti & Rakho t. Finland*<sup>67</sup> werd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens immers beslist dat niemand de wet zou moeten overtreden om een rechterlijke uitspraak te kunnen verkrijgen.

Ook wat het devolutief effect betreft trekt het Hof volgens deze rechtsgeleerden opnieuw de foute conclusies. De rechter moet immers, aldus het Hof, over de zaak zelf oordelen en treedt niet op als cassatierechter van de uitspraak in eerste aanleg. Dit is onverzoenbaar met de principes van het hoger beroep. Het feit dat de appelrechter in principe oordeelt over de zaak zelf, zoals ze bij hem wordt aangebracht, staat er niet aan in de weg dat het hoger beroep *de facto* de geijkte weg is om een hervorming van beslissingen in eerste aanleg te verkrijgen. De appelrechter dus toestaan om, als ware hij een rechter in eerste aanleg, louter vast te stellen dat er geen urgentie voorhanden is, zou een ontkenning zijn van het feit dat hij de macht heeft om een beslissing uit eerste aanleg te toetsen en indien nodig te hervormen.

De appelrechter moet volgens BOULARBAH et al. dus, ook al is hij zelf door een gebrek aan urgentie niet bevoegd om te oordelen over de feiten zoals ze op dat ogenblik bij hem aanhangig zijn, steeds de beslissing van de rechter in eerste aanleg controleren door zich ten tijde van de beslissing te plaatsen: heeft de eerste rechter zich terecht bevoegd verklaard (urgentie, territoriaal, materieel), zijn de feiten correct geïnterpreteerd en kunnen zij de genomen maatregel schragen? Uiteindelijk beschikt de kortgedingrechter over zeer veel macht. Deze is immers alleen begrensd door het feit dat hij de zaken slechts 'voorlopig' mag regelen. Zolang hij deze begrenzing respecteert zijn de mogelijkheden virtueel eindeloos. Zou het dan niet gerechtvaardigd zijn dat er op zijn minst controle op kan worden uitgeoefend?<sup>68</sup> Bovendien passen verschillende hoven van beroep en ook het Franse Cour de Cassation<sup>69</sup> deze controle reeds toe. Waarom kan het Hof dan niet afwijken van haar precedentenleer, die duidelijk op verschillende punten gebrekkig is? BOULARBAH besluit dan ook "[Que] il y a urgence à ce que la Cour supreme [...] reconsidère la solution retenue par l'arrêt annoté".<sup>70</sup>

### 3.3. DE NIEUWE VISIE VAN HET HOF VAN CASSATIE?

Dit pleidooi voor vernieuwing kon niet langer genegeerd worden. In een langverwachte uitspraak van 4 februari 2011<sup>71</sup> maakte het Hof dan ook een einde aan zijn precedentenleer.

De stad Gent vroeg de voorzitter in kort geding om de nv Grondinvest te verplichten om de gebouwen van een beschermde site af te schermen. De maatregel werd toegestaan onder verbeurte van een dwangsom van 250 euro

---

<sup>67</sup> EHRM, *Posti en Rakho t. Finland*, 24 september 2002, §64.

<sup>68</sup> H. BOULARBAH et al., "Il y a urgence!" (noot onder Cass. 17 april 2009), *JT* 2009, 675, nr. 15.

<sup>69</sup> Cass. Fr., 2<sup>e</sup> ch. Civ., 4 juni 2009, voorziening nr. 08-17.174.

<sup>70</sup> H. BOULARBAH et al., "Il y a urgence!" (noot onder Cass. 17 april 2009), *JT* 2009, 673, nr. 15.

<sup>71</sup> Cass. 4 februari 2011, *RW* 2011-2012, 867, nrs. 6-7.

per dag vertraging.<sup>72</sup> De nv Grondinvest voert de maatregel correct en tijdig uit, en besluit daarna in hoger beroep te gaan. De Gentse appelrechter wees het beroep, conform de rechtspraak van het Hof van Cassatie, af, omdat de zaak als gevolg van de correcte uitvoering van de voorlopige maatregel niet langer spoedeisend was. Wanneer de zaak voor het Hof van Cassatie komt beslist het, tegen de conclusie van het openbaar ministerie in, als volgt:

Uit de devolutieve werking van het hoger beroep volgt dat de rechter die in hoger beroep kennisneemt van het hoger beroep tegen een beslissing die de maatregelen in kort geding heeft gewezen, de wettigheid van de beroepen kortgedingmaatregelen moet onderzoeken.

De appelrechter oordeelt dat hij de wettigheid van de door de eerste rechter bevolen kortgedingmaatregelen met de daaraan verbonden dwangsom niet meer dient te onderzoeken, omdat deze maatregelen inmiddels werden uitgevoerd en de vordering van eiseres aldus geen voorwerp meer heeft. Hij verantwoordt aldus zijn beslissing niet naar recht.

Een zwaluw maakt echter de lente niet. Het was dus wachten op een uitspraak die deze nieuwe visie zou bevestigen.

Die bevestiging kwam er met het arrest van 16 juni 2011.<sup>73</sup> Ook hier deed zich, zoals in de inleiding van deze bijdrage reeds werd uiteengezet, een gelijkaardige situatie voor. Zij het dat de situatie dit keer omgekeerd was: de appelrechter had zich, conform de nieuwe rechtspraak van het Hof van Cassatie, ondanks een gebrek aan urgentie toch bevoegd verklaard om de eerder verkregen voorlopige maatregelen te toetsen en plaatste zich daarbij op het ogenblik waarop deze maatregel door de rechter in eerste aanleg was genomen. De appelrechter kwam tot de conclusie dat de bevolen maatregel rechtens niet te verantwoorden was en deed de uitspraak retroactief teniet, beval de teruggave van de op grond van de voorlopige maatregel verkregen informatie en legde de verweerder in hoger beroep een verbod op om de informatie nog te gebruiken. De partij die de verkregen beslissing in kort geding tenietgedaan zag worden, stelde cassatieberoep in, in de hoop dat het Hof zou terugkeren naar de oude rechtspraak en het arrest van het hof van beroep alsnog teniet zou doen.

De vordering wordt allereerst niet gesteund door het openbaar ministerie. In een uitgebreide conclusie, waarbij veelvuldig wordt verwezen naar de Franstalige rechtsleer<sup>74</sup>, geeft advocaat-generaal HENKES te kennen dat hij het volledig eens is met de hoger aangehaalde argumenten van BOULARBAH et al.<sup>75</sup> Daarnaast haalt het parket nog kort de beslissing van 4 februari 2011 aan

<sup>72</sup> J. VAN DONINCK, "De taak van de appelrechter in kort geding: wijsheid achteraf" (noot onder Cass. 4 februari 2011), *RW* 2011-2012, 869, nr. 4.

<sup>73</sup> Cass. 16 juni 2011, *JT* 2011, 631-633.

<sup>74</sup> In het bijzonder H. BOULARBAH et al., "Il y a urgence!" (noot onder Cass. 17 april 2009), *JT* 2009, 673-675.

<sup>75</sup> Concl. A. HENKES bij Cass. 16 juni 2011, nr. 15, AR C.10.0153.F.



en benadrukt het dat die beslissing erg belangrijk was en moet worden toegejuicht.<sup>76</sup> Hierbij verduidelijkt het parket nog dat haar *dissent* bij de uitspraak van 4 februari 2011 niet was ingegeven door de juridische vraagstukken die erin aan bod kwamen, maar dat de conclusie van het parket een louter gevolg was van het feit dat in de inleidende akte het geschonden wetsartikel niet correct was vermeld.

Het Hof van Cassatie zelf is heel wat beknopter in zijn analyse:

Artikel 1068, eerste lid, van dat wetboek [het Ger. W. – KO] bepaalt dat hoger beroep tegen een eindvonnis of tegen een vonnis alvorens recht te doen het geschil zelf aanhangig maakt bij de rechter in hoger beroep. Uit die bepalingen volgt dat het wegvallen van de urgentie in hoger beroep de rechter in kort geding, bij wie regelmatig hoger beroep is ingesteld door een partij tegen wie een voorlopige maatregel is uitgesproken, niet belet na te gaan of de beslissing van de eerste rechter verantwoord was op het ogenblik dat hij uitspraak deed, en, indien nodig, die beslissing teniet te doen.

Het middel dat van het tegenovergestelde uitgaat, faalt naar recht.<sup>77</sup>

Opnieuw krijgen we dus, naar aloude cassatiegewoonte, geen inzicht in de precieze motieven van het Hof. Het is echter, zoals blijkt uit de conclusie van het parket, duidelijk dat de rechtsleer hier een grote rol heeft gespeeld en dat de argumenten die erin werden aangehaald ook ingang hebben gevonden bij de raadsheren van het Hof. Volgens sommigen is de beslissing ook deels ingegeven door het feit dat het Hof niet op de vingers getikt wilde worden door het EHRM.<sup>78</sup>

Men kan zich de vraag stellen of er, naast de vele positieve gevolgen van deze nieuwe rechtspraak die eerder werden aangestipt, ook negatieve gevolgen aan verbonden zijn. Het enige argument dat in die zin soms naar voor wordt geschoven, is dat deze beslissing voor nog meer overbelasting van de hoven van beroep zal zorgen.<sup>79</sup> De appelrechter zal zich immers niet langer kunnen beperken tot een onderzoek naar de urgentie van de vordering, maar zal ook de geldigheid van de door de eerste rechter bevolen maatregel moeten beoordelen. Men mag dit mijns inziens echter niet overdrijven. Vroeger moest de rechter immers, zelfs wanneer hij enkel het urgentievereiste moest beoordelen, ook naar alle omstandigheden kijken. De voorzitter beschikt immers “over een ruime *feitelijke* beoordelingsmacht”.<sup>80</sup> Met andere woorden moet hij dus, of hij nu enkel het spoedeisend karakter beoordeelt, of zowel het spoedeisend karakter als de maatregel die in eerste aanleg werd opgelegd, toch altijd de hele zaak onderzoeken. Of het voor beroepsmagistraten van hoog niveau veel

---

<sup>76</sup> *Ibid.*, nr. 21.

<sup>77</sup> Cass. 16 juni 2011, AR C.10.0153.F.

<sup>78</sup> J. VAN DONINCK, “De taak van de appelrechter in kort geding: wijsheid achteraf” (noot onder Cass. 4 april 2011), *RW* 2011-2012, 870, nr. 5.

<sup>79</sup> J. VAN DONINCK, “De taak van de appelrechter in kort geding: wijsheid achteraf” (noot onder Cass. 4 april 2011), *RW* 2011-2012, 868, nr. 3.

<sup>80</sup> Zie Cass. 17 maart 1995, *Arr.Cass.* 1995, 320. Eigen cursivering – KO.

bijkomende inspanningen vergt om naast het spoedeisend karakter ook nog de voorlopige maatregelen te onderzoeken, is dus op zijn minst niet met zekerheid te stellen. Dat zal alleen de praktijk kunnen uitwijzen. Hoe dan ook is het naar mijn mening niet opportuun om de verwezenlijking van een voor iedereen toegankelijk hoger beroep in kort geding teniet te doen, enkel omwille van de overweging dat de belasting van de hoven van beroep zou kunnen toenemen.

#### 4. BESLUIT

De kortgedingrechter heeft bijna onbeperkte bevoegdheden inzake de voorlopige maatregelen die hij kan opleggen. Het zou dan ook logisch zijn dat deze ruime bevoegdheid gecompenseerd wordt door een grondig controlerecht voor de appelrechter.

Toch is dit lange tijd niet het geval geweest. Het feit dat urgentie een grondvereiste is voor een beslissing in kort geding, werd immers doorgetrokken in hoger beroep. Hiermee ging men eraan voorbij dat hoger beroep meestal wordt ingesteld door de partij aan wie een voorlopige maatregel werd opgelegd<sup>81</sup>, de partij die, in eerste aanleg doorgaans het spoedeisend karakter van de vordering zal hebben betwist. Dit is niet alleen onbillijk, maar ontnemt de rechtszoekende in de overgrote meerderheid van de gevallen ook zijn recht op een volwaardige tweede aanleg en was bovendien in strijd met de devolutieve werking van het hoger beroep.

Wanneer het Hof van Cassatie zijn leer vervolgens ook nog begon te verfijnen, was het hek volledig van de dam. Het besliste immers dat het feit dat een vordering niet meer spoedeisend was kon volgen uit de uitvoering van de voorlopige maatregelen. Hierdoor kwam de rechtszoekende voor een keuze te staan: ofwel voerde hij de voorlopige maatregelen uit en verspeelde hij zijn recht op hoger beroep, ofwel gaf hij aan de gewezen beslissing geen gehoor, met alle risico's van dien. Deze risico's waren, gelet op de problematiek van de dwangsommen, bovendien niet onaanzienlijk. De enige manier om dwangsommen retroactief teniet te doen was immers het hoger beroep in kort geding zelf.

Het is onbegrijpelijk hoe het Hof van Cassatie de haast perverse gevolgen van haar eigen rechtspraak niet correct inschatte. Bovendien blijft het raden naar de motieven van het Hof: was het onwetendheid, koppigheid na een eerste foute beoordeling, of primeerde het proceseconomische belang werkelijk boven dat van de rechtszoekende? Vooral de uitspraak van 17 april 2007, waarbij in het verzoekschrift van de eisende partij alle problematische gevolgen van de

---

<sup>81</sup> Wanneer dit niet het geval zou zijn en de eiser in kort geding hoger beroep zou instellen, stelt dit probleem zich niet. Het spreekt voor zich dat hij het spoedeisend karakter nog zal moeten aantonen. Bovendien zal de eiser in kort geding meestal pas hoger beroep instellen wanneer hij de gevorderde maatregelen niet verkregen heeft, waardoor er ook geen maatregelen zijn om achteraf te toetsen.

toenmalige leer van het Hof werden blootgelegd, maar de raadsheren toch weigerden om tegen de precedentes in te oordelen, wijst op een zekere koppigheid. Anderzijds valt het te begrijpen dat het Hof zich zo strikt mogelijk aan de wet wil houden, meer in het bijzonder art. 584 Ger. W., dat stelt dat de voorzitter enkel uitspraak mag doen in gevallen die hij spoedeisend acht. Zeker in combinatie met art. 1042 Ger. W. zou men tot de conclusie kunnen komen dat dit *mutatis mutandis* ook geldt in hoger beroep (hoewel het Hof zich nooit dit argument eigen heeft gemaakt). Gezien er m.a.w. in het gerechtelijk wetboek nergens concrete richtlijnen te vinden zijn over hoe in deze situatie gehandeld moet worden, is enig begrip voor de moeilijke taak van het Hof toch op zijn plaats.

Desalniettemin kan men naar mijn mening toch met grote zekerheid stellen dat de oude rechtspraak objectief gezien fout was. Zo zou iemand die het arrest van 16 juni 2011 voor het eerst leest, zonder enige voorkennis, zich kunnen afvragen wat het probleem ermee zou kunnen zijn. De beslissing op zich is immers volledig logisch en consistent. Het is pas na verdere opzoekingen dat aan het licht zou komen dat er een hele problematiek aan voorafging. Hoe dan ook kan de nieuwe visie van het Hof alleen maar toegejuicht worden. Ze maakt een einde aan alle problemen die in dit werkstuk aan bod kwamen en heeft het recht op hoger beroep volledig in ere hersteld.