

Gerechtig Recht

Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen. Enkele hete hangijzers van het burgerlijk procesrecht anno 2011 ¹

Benoît ALLEMEERSCH
docent K.U.Leuven

Paul VAN ORSHOVEN
gewoon hoogleraar K.U.Leuven

¹ Voor de VRG-alumnidag 2011 door de auteurs bijgewerkte, geselecteerde uittreksels uit hun bijdragen "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs", respectievelijk "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak korte gedingen en ander snelrecht", *Gerechtig Recht. Stand van zaken en recente ontwikkelingen* (P. VAN ORSHOVEN, ed), Themis-cahier nr. 59, Brugge, Die Keure, 2010, 35-66, resp. 109-148.

I. Recente ontwikkelingen op het stuk van het bewijs in rechte

§1. *Bewijslast en bewijsrisico*

1. Al decennia wordt gediscuteerd over de draagwijdte van de regels die de bewijslast tussen de procespartijen verdelen. De meerderheid van de auteurs gaat ervan uit dat de bewijslast bedoeld in art. 870 Ger. W. en art. 1315 BW moet verstaan worden als de *objectieve* bewijslast, met andere woorden als het bewijsrisico, d.i. het nadelige gevolg dat zich voordoet als het rechtsfeit uiteindelijk niet bewezen geraakt, namelijk dat men door de rechter (op dat punt) in het ongelijk wordt gesteld¹. Volgens hen gaat het er bij de bewijslastverdeling niet zozeer om van bij de aanvang van het geding aan te duiden wie wat zal moeten bewijzen, maar om aan het einde van de debatten aan te duiden wie het onderspit delft als iets niet bewezen blijkt te zijn. Deze opvatting steunt op de verandering, sedert de invoering van het Gerechtelijk Wetboek, van de verhoudingen tussen procespartijen onderling en tussen rechter en partijen in die zin dat niemand zich nog achter de regels van de bewijslast kan verschuilen om een passieve houding aan te nemen. Die gewijzigde verhoudingen hebben te maken met twee belangrijke inzichten van de moderne procestheorie. Het eerste inzicht is dat partijen verplicht zijn loyaal mee te werken aan de bewijsgaring, ongeacht of zij de bewijslast dragen of niet – een stelling die een breed draagvlak geniet². Het tweede is dat de rechter, van zijn kant, een actieve rol heeft in de waarheidsvinding en zijn initiatiefrecht zelfs mag uitoefenen indien het resultaat ervan ten gunste komt van een partij die eigenlijk de bewijslast draagt³.

Een minderheid verzet zich tegen deze ontwikkeling en pleit voor een strikt legalistische benadering. Daartoe behoort L. CORNELIS⁴, recent bijgetreden door B. SAMYN⁵. De laatste beklaagt zich over de stiefmoederlijke behandeling van de bewijslast door zijn herleiding tot het loutere bewijsrisico. Net als CORNELIS verwerpt hij de algemene medewerkingsplicht en leest hij in art. 870 Ger.W. en art. 1315 BW nog steeds een verdeling van de *subjectieve* bewijs-

¹ Zie recent o.m. A. DE BOECK en H. GEENS, "De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van *e-commerce anno 2008*: geruisloze overgang van oud naar nieuw?", in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2008, (41) 88; H. GEENS, "De verdeling van de bewijslast over de partijen in het verzekeringsrecht en het gemeen verbintenissenrecht", in B. ALLEMEERSCH, P. LONDERS en S. STIJNS (ed.), *Bewijsrecht. Referatenbundel samengesteld door het Vlaams Pleitgenootschap bij de Balie te Brussel*, Brussel, Larcier, 2007, 170, nr. 14; S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht*, dl. 2, Brugge, die Keure, 2009, 162.

² Raadpl. B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 348 en de verwijzingen aldaar.

³ *Ibid.*, 349-350 en 469-470.

⁴ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 214.

⁵ B. SAMYN, "De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak", *P&B* 2010, 3-22 (deel 1) en 50-71 (deel 2) (noot van de auteur: de voettekst onder deel 1 van deze bijdrage vermeldt op iedere pagina foutief de jaargang 2009).

last. Volgens hem mag de begunstigde van deze regels wel degelijk een louter passieve of zelfs obstructieve houding aannemen. De samenwerkingsgedachte die aan art. 870 Gerechtelijk Wetboek ten grondslag ligt, aldus SAMYN, is er een van samenwerking tussen partijen en rechter, niet tussen partijen onderling. Los daarvan gaan bepaalde auteurs er vandaag nog van uit dat de rechter helemaal geen actieve rol kan spelen in het bewijs, maar juist gebonden is door een zogenaamd lijdelijkheidsbeginsel⁶.

2. Ongetwijfeld gaat het voor een stuk om een dogmatische discussie, waarvan de rechtspraak niet wakker lijkt te liggen. Toch heeft de uitkomst ervan praktische consequenties, want het bewijs maakt vaak het verschil tussen (alleen maar) gelijk hebben en (ook nog) gelijk krijgen. Behalve wanneer een feit niet betwist wordt, zal een loutere bewering niet volstaan als bewijs. De rechter dient zijn overtuiging te laten afhangen van objectieve bewijselementen. Vaak zijn die echter in het bezit van diegene die door de regels inzake bewijslast begunstigd wordt, wat courant voorkomt, denken we maar aan de patiënt die schadevergoeding eist voor een medische fout en probeert te bewijzen wie daaraan deelachtig was, of nog, de gebruiker van een bankautomaat die een storing moet bewijzen om geloofwaardig te maken dat hij zijn biljetten niet heeft ontvangen. Dit soort situaties, waarin de bewijsmoeilijkheden dermate groot zijn dat de drager van de bewijslast in een onevenredig nadelige positie terecht komt, kan men kwalificeren als een soort "bewijsnood". Toestaan dat de begunstigde van de bewijslastverdeling zich kan beperken tot een eenvoudige ontkenning, zonder enige toelichting te verschaffen en zonder het debat inhoudelijk aan te gaan, maakt van de bewijsnood een wolfsklem. Dat is de inzet van het debat.

SAMYN oppert dat het Hof van Cassatie de art. 1315 BW en 870 Ger.W. strikt wenst te interpreteren⁷. Hij erkent dat het Hof in de verhouding tussen de partijen en de rechter al het bestaan van een *medewerkingsplicht* heeft aanvaard⁸, maar stelt dat dit iets anders is dan het bestaan van een *samenwerkingsplicht* in de verhouding tussen partijen onderling. Het onderscheid zou erin bestaan dat een partij die de bewijslast niet draagt wel verplicht is mee te werken aan door de rechter genomen initiatieven, maar niet ertoe gehouden is zelf kleur te bekennen als de rechter geen maatregel neemt. Deze analyse gaat echter voorbij aan het cassatiearrest van 18 januari 2007⁹. In deze zaak had het Waalse Gewest van een aannemer en een onderaannemer vergoeding gevorderd van de schade die hun werken aan een waterloop hadden toegebracht aan de scheepvaart. De appelrechter had de aannemer veroordeeld tot vergoeding van de

⁶ R. DE CORTE, *Overzicht van het burgerlijk recht*, Mechelen, Kluwer, 2003, 318; M. VAN HOECKE en B. BOUCKAERT, *Inleiding tot het recht*, Leuven, Acco, 2003, 163. In dezelfde zin: R. DEKKERS, *Handboek Burgerlijk Recht*, dl. III, *Verbintenissen – Bewijsleer – Gebruikelijke contracten*, bewerkt door A. VERBEKE, N. CARRETTE en K. VANHOVE, Antwerpen, Intersentia, 2007, 381 (doch deze auteurs aanvaarden wel het bestaan van de medewerkingsplicht in hoofde van partijen).

⁷ B. SAMYN, *ibid.*, 51-54 en 56-59.

⁸ Cass. 25 september 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1424 en *P&B* 2001, 114, noot. In dit arrest heeft het Hof geoordeeld dat een rechter niet kan weigeren een onderzoeksmaatregel te bevelen op de enkele grond dat hij hierdoor de bewijslast ten voordele van de verzoekende partij zou verschuiven.

⁹ Cass. 18 januari 2007, *Res Jur.Imm.* 2007, 27.

schade (en de onderaannemer op zijn beurt tot vrijwaring) wegens de miskenning van de contractuele verplichting om de veiligheid en circulatie van het scheepvaartverkeer niet in het gedrang te brengen, wat volgens het bestreden arrest een middelenverbintenis uitmaakte. De aannemer had immers, toen hij op een gegeven moment rotsblokken raakte, daarvan melding moeten maken aan de opdrachtgever en de nodige veiligheidsmaatregelen nemen. Bovendien, aldus de appelrechter, toonde de aannemer zelf niet aan dat hij ook maar de minste maatregel had genomen om de veiligheid te waarborgen zodat er wel degelijk een fout was begaan. Dat laatste maakte volgens de onderaannemer, die de beslissing bestreed voor het Hof van Cassatie, een onmiskenbare schending uit van de regels over de bewijslastverdeling met toepassing waarvan de opdrachtgever, het Waalse Gewest, moest bewijzen dat er geen enkele veiligheidsmaatregel was genomen, en niet de aannemer het omgekeerde. Het Hof van Cassatie wees dit middel af, op grond dat er wel degelijk een algemene verplichting voor de partijen bestaat om samen te werken aan het bewijs, zelfs wanneer de rechter geen onderzoeksmaatregel heeft genomen zoals *in casu* het geval was.

§2. Ongeoorloofd bewijs

3. Ieder bewijselement moet steeds geoorloofd zijn. Deze voorwaarde is allicht bijna even oud als ons burgerlijk bewijsrecht, maar het leerstuk bleef tot enkele jaren geleden grotendeels onaangeroerd. De voorbije jaren heeft bepaalde rechtsleer gepoogd e.e.a. te systematiseren¹⁰. Twee belangrijke inzichten kwamen naar voor. Ten eerste, een onderscheid dringt zich op tussen het bewijs dat ongeoorloofd is omdat het *uit zijn aard* onrechtmatig is (onrechtmatigheid "in se" of "an sich") en het bewijs dat alleen maar ongeoorloofd is omdat het onrechtmatig werd *verkregen*¹¹. Onrechtmatig verkregen bewijs is slechts ongeoorloofd wanneer het wordt voorgelegd door diegene die, rechtstreeks of onrechtstreeks, voor de onrechtmatigheid verantwoordelijk is, terwijl uit zijn aard onrechtmatig bewijs steeds ongeoorloofd is. Ten tweede, om te bepalen of een ongeoorloofdheid moet leiden tot een bewijskundige sanctie grijpt men steeds vaker naar een belangenafweging¹².

Voor het overige deed het leerstuk van het ongeoorloofd bewijs in burgerlijke zaken maar zeer pover aan en bij gebrek aan een duidelijke theorie zat er weinig lijn in de rechtspraak. Het contrast met het bewijs in strafzaken kon niet groter zijn. Daar was immers wél al een theoretisch kader geschapen, met een pasklaar antwoord voor de rechtspractici. In zijn zogenaamde Antigoonrecht-

10 B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, 41-60.

11 *Ibid.*, 41.

12 B. ALLEMEERSCH, "De heimelijke opname van een eigen (telefoon)gesprek als bewijs in burgerlijke en commerciële geschillen", noot onder Gent 6 september 2006, Pol.rb. 15 september 2005 en Kh. Kortrijk 24 juni 2004, *DAOR* 2007, (333) 335-336 evenals 336-337; B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, (41) 60; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991, 35.

spraak had het Hof van Cassatie immers een heldere formule aangereikt om uit te maken of irregulier bewijs al dan niet uit het debat moet. Die kwam er op neer dat "*de omstandigheid dat een bewijselement op onrechtmatige wijze werd verkregen, in de regel slechts tot gevolg heeft dat de rechter, bij het vormen van zijn overtuiging, dat gegeven rechtstreeks noch onrechtstreeks in aanmerking mag nemen hetzij wanneer de naleving van bepaalde vormvoorwaarden voorgeschreven wordt op straffe van nietigheid, hetzij wanneer de begane onrechtmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast, hetzij wanneer het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces*"¹³. Het Hof heeft deze toets vervolgens verfijnd door eraan toe te voegen dat "*de rechter (...) bij zijn oordeel, onder meer, één of geheel van volgende omstandigheden in afweging (kan) nemen: hetzij dat de overheid die met de opsporing, het onderzoek en de vervolging van misdrijven is belast, al dan niet de onrechtmatigheid opzettelijk heeft begaan, hetzij dat de ernst van het misdrijf veruit de begane onrechtmatigheid overstijgt, hetzij dat het onrechtmatig verkregen bewijs alleen een materieel element van het bestaan van het misdrijf betreft*"¹⁴.

In een arrest van 10 maart 2008 boog het Hof van Cassatie zich over een cassatiemiddel dat de Antigoontoets inriep in een geschil voor de burgerlijke rechtbanken. In de zaak die voorlag had de politie van Sint-Niklaas tijdens een verhoor vernomen dat een werkloze aan de slag was in de winkel van zijn broer en daarvan de RVA ingelicht per faxbericht, met als bijlage een kopie van het proces-verbaal van verhoor. De RVA startte daarop een onderzoek en besliste de betrokkene van uitkeringen uit te sluiten. Deze vocht de beslissing aan voor de arbeidsgerechten, die hem in het gelijk stelden. Zo oordeelde het Arbeidshof dat de beslissing onwettig was omdat zij gesteund was op onrechtmatig verkregen bewijs. Het beschouwde het proces-verbaal immers als een akte van onderzoek die derhalve onder het (strafrechtelijk gesanctioneerd) geheim van het strafonderzoek viel. Door zonder toestemming van het openbaar ministerie dit proces-verbaal door te sturen naar de RVA had de politie een misdrijf gepleegd, aldus het Arbeidshof, en was het bewijs dat uit die inbreuk voortvloeide dus onrechtmatig verkregen.

Het Hof van Cassatie vernietigde die beslissing, op grond dat het de rechter toekomt te beoordelen of onrechtmatig verkregen bewijs "toelaatbaar" is of niet in het licht van het recht van verdediging, en daarbij rekening mag houden met alle elementen van de zaak. Vervolgens nam het integraal – zonder enige aanpassing – de Antigoonformule in strafzaken over. Aldus luidt het dat, behoudens het geval van miskennen van een op straffe van nietigheid voorge-

¹³ Cass. 14 oktober 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1862, *RW* 2003-04, 814, concl. M. DE SWAEF, *RCJB* 2004, 405, noot F. KUTY, *T.Strafr.* 2004, 129, noot P. TRAEST en *RABG* 2004, 333, noot F. SCHUERMANS.

¹⁴ Cass. 4 december 2007, *Pas.* 2007, 2226, *RW* 2008-09, 110, noot B. DE SMET en *T.Strafr.* 2008, 2. Zie eerder al o.m. Cass. 21 november 2006, *Pas.* 2006, 2437 en *www.juridat.be*; Cass. 12 oktober 2005, *T.Strafr.* 2006, 25, noot F. VERBRUGGEN en *Vigiles* (N) 2006, 105, noot S. VANDROMME; Cass. 2 maart 2005, *Arr.Cass.* 2005, 506, concl. D. VANDERMEERSCH, *Rev.dr.pén.* 2005, 668, concl. O.M. en noot C. DE VALKENEER, *JLMB* 2005, 1086, noot M. BEERNAERT, *RABG* 2005, 1161, concl. O.M. en noot S. BERNEMAN en *Journ. proc.* 2005, afl. 499, 23, concl. O.M. en noot P. TOUSSAINT; Cass. 23 maart 2004, *RABG* 2004, 1061, noot F. SCHUERMANS.

schreven vorm, de rechter het bewijs slechts mag weren wanneer de bewijsverkrijging is aangetast door een gebrek waardoor de betrouwbaarheid van het bewijs wegvalt of die het recht op een eerlijk proces in het gedrang brengt. De rechter kan bij deze afweging, onder meer, rekening houden met één of meer van volgende omstandigheden: het zuiver formeel karakter van de onregelmatigheid; de weerslag op het recht of de vrijheid die door de overschreden norm zijn beschermd; de omstandigheid dat de overheid die met de opsporing, het onderzoek en de vervolging van misdrijven is belast, al dan niet de onrechtmatigheid opzettelijk heeft begaan; de omstandigheid dat de ernst van de inbreuk veruit de begane onrechtmatigheid overstijgt; het feit dat het onrechtmatig verkregen bewijs alleen een materieel element van het bestaan van de inbreuk betreft; het feit dat de onregelmatigheid die aan de vaststelling van de inbreuk voorafging of daarmee gepaard ging, volstrekt onevenredig is met de ernst van die inbreuk, aldus nog het Hof.

4. Het belang van het arrest van 10 maart 2008 kan niet onderschat worden. Het Hof had het geschil ongetwijfeld ook vanuit een ander perspectief kunnen benaderen – de cassatiemiddelen maakten dat mogelijk – maar het hoogste rechtscollege koos er blijkbaar bewust voor om de puntjes op de i's te zetten. Het doet dat bovendien in zeer algemene bewoordingen, die geen verband leggen met de aard van de betwisting die voorlag, een socialezekerheidsgeschil. Men kan dan ook niet anders dan aannemen dat het Hof een standpunt heeft ingenomen dat geldt ten aanzien van alle burgerlijke geschillen, ongeacht of ze van zuiver burgerlijke, commerciële of sociale aard zijn en ongeacht of de toe te passen rechtsregels al dan niet de openbare orde raken. Waar voorheen de klemtoon in het debat lag op het onderscheid tussen geoorloofd en ongeoorloofd bewijs, is die nu verschoven naar de beoordeling van de sanctie: weren of niet weren. Door de bewoordingen van zijn rechtspraak in strafzaken zo goed als letterlijk te hernemen in deze burgerlijke zaak, geeft het Hof van Cassatie ondubbelzinnig te kennen dat de Antigootoets op precies dezelfde manier geldt in burgerlijke geschillen. Daarmee heeft het aansluiting gevonden bij de evolutie die de rechtsleer en een deel van de lagere rechtspraak eerder reeds hadden ingezet: een tendens naar meer belangenafweging. De achterliggende gedachte is dat ongeoorloofd bewijs altijd een evenwichtsoefening is, omdat aan de andere kant stevast een minstens even fundamenteel recht staat: het recht op bewijs¹⁵, dat een rechtstreekse afgeleide is van het recht van verdediging¹⁶.

Zo begrepen verdient het arrest van 10 maart 2008 alle lof. Het brengt de juridische waarheid een beetje meer in overeenstemming met de objectieve waarheid die door de radicale opstelling van een deel van de lagere rechtspraak was scheefgetrokken. Door onrechtmatig verkregen bewijs bijna automatisch te

¹⁵ Zie Cass. 25 september 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1424 en *P&B* 2001, 114, noot (dat de vrijheid van een partij om een onderzoeksmaatregel te vorderen bevestigt). Raadpl. hierover B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 410 e.v. met de verwijzingen aldaar.

¹⁶ Zie bijv. Hof Mensenrechten, arrest McGinley & Egan t. Verenigd Koninkrijk van 9 juni 1998, *Rec. Cour eur. D.H.* 1998, III, 1334; Hof Mensenrechten, arrest Dombo Beheer B.V. t. Nederland van 27 oktober 1993, *Publ. Cour eur. D.H.*, Série A, vol. 274, 19.

weren uit de debatten, zonder rekening te houden met de omstandigheden van de zaak, was de rechtsbedeling immers steeds verder komen te staan van de werkelijke feiten en dreigde het waarheidsmodel té formalistisch te worden. Dat neemt niet weg dat op het arrest van 10 maart 2008 ook ernstige kritiek kan worden uitgebracht. Zo staat het bol van begrippen die in een burgerlijke rechtspleging doorgaans niet aan de orde zijn of minstens in een andere context gehanteerd worden. De verwijzing naar de "*overheid die met de opsporing, het onderzoek en de vervolging van misdrijven is belast*", bijvoorbeeld, doet eigenaardig aan en ook het gebruik van het woord "*inbreuk*" is wat ongelukkig. Dit wekt de indruk van knip- en plakwerk, of dat het Hof enkel zaken voor ogen had waarin een strafvervolgning is opgestart.

5. E.e.a. brengt ons op een fundamentele kwestie. Door de Antigootoets in strafzaken letterlijk te kopiëren ging het Hof er blijkbaar van uit dat een volstrekte analogie tussen de geoorloofdheidstoets in straf- en burgerlijke zaken geen problemen doet rijzen. Daar zit het pijnpunt. Hoewel een gelijklopende benadering in beide rechtsdomeinen ongetwijfeld voordelen biedt, dringen zich toch enkele nuances op. In strafzaken staat stevast een belang ter discussie dat de openbare orde raakt: het belang van de maatschappij om een inbreuk op het materieel strafrecht beteugeld te zien. Dat verantwoordt een benadering zoals we die nu in de Antigootoets vinden: men stelt de waarheidsvinding voorop en beperkt de mogelijkheden tot wering uit de debatten tot een minimum. In burgerlijke zaken is het onderliggende belang doorgaans niet van openbare orde. Het recht op bewijs is daarom niet minder elementair in burgerlijke zaken dan in strafzaken, maar het verantwoordt wel een andere afweging, of minstens een grotere marge voor de rechter voor een adequate afweging dan de Antigootoets kan bieden. Stel bijvoorbeeld dat een malafide ondernemer in het kader van een banaal contractueel geschil een werknemer van zijn handelspartner omkoopt om originele stukken te stelen om die in rechte te kunnen gebruiken. Er is geen op straffe van nietigheid voorgeschreven norm miskend. De handelspartner betwist ook de echtheid van de documenten niet, zodat de betrouwbaarheid van het bewijs niet wegvalt, en hij krijgt de gelegenheid om over het controversiële bewijs tegenspraak te voeren zodat zijn recht op een eerlijk proces gewaarborgd is. In die omstandigheden maakt de Antigootoets het schijnbaar onmogelijk om het bewijs te weren, wat vele rechters terecht als problematisch zullen ervaren. Zo bijvoorbeeld de rechtbanken van koophandel, wier rechtspraak toch een duidelijke tendens vertoont om bewijs te weren dat het cruciaal geachte vertrouwen in het handelsleven ondermijnt, zoals bewijs verkregen door list¹⁷.

Het valt te betwijfelen dat alle rechtbanken en commentatoren zich zomaar zullen kunnen verzoenen met de Antigoonbenadering, die velen wellicht als te eenzijdig zullen beschouwen, ook diegenen die voorstander waren van een ruimere mogelijkheid om ongeoorloofd bewijs te aanvaarden¹⁸. Vroeg of laat

¹⁷ Bijv. Gent 6 september 2006 en Kh. Kortrijk 24 juni 2004, *DAOR* 2007, 326 en 331.

¹⁸ Zelfs de rechtsleer die zich schaarde achter het pleidooi om de Antigoonformule over te nemen in het burgerlijk bewijsrecht, stelde dat daarvoor wel nog bijkomende criteria nodig waren: K. WAGNER, "Recente ontwikkelingen met betrekking tot het bewijs in burgerlijke zaken", in D. SERRUS (ed.), *Actualia gerechtelijk*

komt dus de vraag of het Hof van Cassatie niet te ver is gegaan in zijn goedbedoelde poging om het evenwicht in de waarheidsvinding te herstellen. Het zal wellicht evenmin lang duren vooraleer men op zoek gaat naar achterpoortjes¹⁹. De (betwistbare) stelling naar luid waarvan het recht op eerlijk proces via de procesloyauteit ook schendingen van de wet en van en andere mensenrechten omvat²⁰, zal allicht nog aan populariteit winnen.

§3. De bekentenis

6. De bekentenis, in het Burgerlijk Wetboek opgenomen als bewijsmiddel (art. 1354 e.v.), is de bevestiging door een partij van de juistheid van een feit dat men tegen haar inroept of dat ten aanzien van haar juridische gevolgen kan hebben²¹. De bekentenis kan gerechtelijk of buitengerechtelijk zijn. Ze is gerechtelijk wanneer men ze aflegt ten aanzien van de rechtbank in het geding waarin het element dat het voorwerp uitmaakt van de bekentenis, ter beoordeling voorligt. Alle andere bekentenissen gelden als buitengerechtelijk.

Een belangrijke vraag betreft de intentie van de partij aan wie men de bekentenis toeschrijft. Moet zij de bedoeling hebben gehad een verklaring af te leggen die als bewijs tegen haar kan gebruikt worden, of kunnen "onvrijwillige" verklaringen dan wel verklaringen die afgelegd zijn met een ander doel ook gelden als bekentenis? Voor wat de gerechtelijke bekentenis betreft, is dit eigenlijk niet zo'n probleem. Immers, een verklaring afgelegd in een geding en in aanwezigheid van een rechter wordt bijna automatisch beschouwd als afgelegd met de bedoeling om deze deel te laten uitmaken van het debat en eventueel rechtsgevolgen te sorteren. Het probleem is vooral acuut voor de buitengerechtelijke bekentenis, omdat die soms gezocht wordt in een verklaring die afgelegd werd in een context die geen uitstaans heeft met bewijsgaring. Is intentionaliteit dan een voorwaarde om een verklaring of bevestiging als bekentenis te kunnen bestempelen? Tot nu toe was dat blijkens de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie inderdaad het geval. Het hoogste Hof oordeelde immers in meerdere arresten dat de bekentenis de wil impliceert, ten aanzien van een betwisting, een verklaring af te leggen bestemd om tot bewijs voor de tegenpartij te dienen²², of eenvoudiger, dat de bekentenis de wil impliceert een betwist feit te erkennen²³. De rechtsleer heeft kritiek geuit op die restrictieve benadering²⁴.

recht, studiecycclus Vlaamse Conferentie van de Balie te Gent, Brussel, Larcier, 2008, (141) 171 (die als bijkomende vereiste in burgerlijke zaken voorstelt dat de gene die het bewijs wenst aan te wenden dit niet heeft bekomen middels het plegen of laten plegen van een "ernstig" misdrijf).

19 Zie reeds de scherpe – maar misschien wat te weinig genuanceerde – kritiek van R. DE BAERDEMAEKER, "Admissibilité d'une preuve illicitement recueillie: quand la fin justifie les moyens...", noot onder Cass. 10 maart 2008, *JLMB* 2009, 584.

20 F. KÉFER, "Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité de la preuve", noot onder Cass. 10 maart 2008, *RCJB* 2009, 325.

21 Vgl. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, dl. III, Brussel, Bruylant, 1967, p. 1065, nr. 1007.

22 Cass. 13 december 1979, *Arr. Cass.* 1979-80, 466; Cass. 23 april 1971, *Arr. Cass.* 1971, 818; Cass. 3 februari 1967, *Arr. Cass.* 1967, 690; Cass. 6 juli 1950, *Arr. Verbr.* 1950, 712.

23 Cass. 21 januari 1976, *Pas.* 1976, I, 573.

Enkele auteurs meenden overigens dat het Hof in een arrest van 2 mei 1988 op zijn rechtspraak zou zijn teruggekomen²⁵, doch dat was een voorbarige conclusie gesteund op een kopje dat niet overeenkwam met de werkelijke draagwijdte van het arrest²⁶. In twee recente en opmerkelijke arresten heeft het Hof van Cassatie zich opnieuw uitgesproken over de intentionaliteit van de bekentenis en daarmee nu schijnbaar komaf gemaakt.

In de eerste zaak stond de draagwijdte van een verkoopovereenkomst ter discussie. De eiseres in cassatie was oorspronkelijk eigenaar geweest van een huis waartoe ook een klein perceel van minder dan een are behoorde. Het huis had zij vervolgens verkocht aan een projectontwikkelaar maar in de akte werd niet vermeld of het perceeltje mee verkocht werd of niet. De grond bleef vervolgens gedurende een interimperiode van zes jaar onbebouwd. Toen niet zo lang daarna de ontwikkelaar overging tot bebouwing en daarbij het bewuste perceel inpalmde, maakte de eiseres bezwaar en vorderde de teruggave ervan. De feitenrechter stelde haar evenwel in het ongelijk en steunde daarvoor op een bezwaarschrift dat zij had ingediend bij de belastingsdienst. Daarin had zij zich verzet tegen de aanrekening van onroerende voorheffing op dat perceel met het motief dat het al enkele jaren "in het bezit" was van de projectontwikkelaar. De feitenrechter kwalificeerde dit als de buitengerechtelijke bekentenis dat de verkoopovereenkomst wel degelijk ook op het perceel in kwestie betrekking had. Het arrest herneemt de cassatiemiddelen niet maar blijkbaar was aangevoerd dat de bestreden beslissing niet had vastgesteld het bezwaarschrift blijk gaf van de wil een bekentenis af te leggen over een actuele en ontstane betwisting, die bestemd was om voor de tegenpartij als bewijs te dienen, en derhalve niet wettig kon aannemen dat het om een bekentenis ging²⁷. In het arrest van 20 december 2007 antwoordde het Hof van Cassatie evenwel dat de bekentenis niet bestemd moet zijn om voor de tegenpartij als bewijs te dienen en dat niet vereist is dat tussen de betrokken partijen een reeds ontstane en actuele betwisting bestaat²⁸.

24 L. KERZMANN, "Le point sur l'aveu en matière civile", in F. KUTY en D. MOUGENOT (ed.), *La preuve. Questions spéciales*, Luik, Anthémis/CUP, 2008, (155) 157-158; D. MOUGENOT, *Droit des obligations. La preuve*, Brussel, Larcier, 2002, 327; P. VAN OMME-SLAGHE, "L'aveu", in X (ed.), *La preuve*, documentatiebundel studiedag U.C.L. 12-13 maart 1987, (1) 9; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991, 321-326.

25 S. STIJNS, "Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering", *R.W.* 1989-90, (1003) 1010; P. VAN OMME-SLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, Brussel, Bruylant, 2010, 2426-2427; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991, 328, met verwijzing naar Cass. 2 mei 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 1101.

26 In dezelfde zin: D. MOUGENOT, *Droit des obligations. La preuve*, Brussel, Larcier, 2002, 327; L. VAN VALCKENBORGH, "De doorbraak van de 'ongewilde bekentenis' als geldige buitengerechtelijke bekentenis", noot onder Cass. 20 december 2007, *TBBR* 2008, 457, voetnoot 34.

27 Zie L. VAN VALCKENBORGH, "De doorbraak van de 'ongewilde bekentenis' als geldige buitengerechtelijke bekentenis", noot onder Cass. 20 december 2007, *TBBR* 2008,

28 Cass. 20 december 2007, *TBBR* 2008, 452, met noot L. VAN VALCKENBORGH.

De rechtsleer is het erover eens dat het Hof met dit arrest de intentionaliteitsvereiste terzijde heeft geschoven²⁹. Toch was de precedentwaarde ervan, op het moment dat het werd uitgesproken, nog niet helemaal zeker. Het cassatiemiddel had immers twee rechtsvragen met elkaar vermengd. De eiseres in cassatie stelde niet zomaar dat er intentie vereist was, maar wel dat er een intentie moest zijn om een bewijskundige verklaring af te leggen over een betwisting die op het moment van het afleggen reeds ontstaan en actueel was. Met andere woorden, in de opvatting die de eiseres in cassatie aan het Hof voorlegde, kan een verklaring niet als bekentenis gelden als men op het moment van de verklaring zich nog niet bewust is van de betwisting waarvoor die bekentenis kan dienen. Die laatste discussie had echter al haar beslag gekregen in de rechtspraak van het Hof naar luid waarvan "voor het in aanmerking nemen van een buitengerechtelijke bekentenis niet vereist is dat tussen de betrokken partijen een reeds ontstane en actuele betwisting bestaat"³⁰. In het arrest van 2007 herneemt het Hof dat oordeel en voegt er weliswaar aan toe dat een bekentenis niet "bestemd" hoeft te zijn om als bewijs te dienen, doch zonder dat die laatste overweging op zichzelf staat. Vermits tot op heden nog steeds aangenomen wordt dat in burgerlijke zaken het Hof met zijn analyse niet buiten de contouren van het cassatiemiddel treedt, bleef er toch een greintje twijfel bestaan over de juiste draagwijdte ervan.

Een arrest van 25 mei 2009 heeft echter alle twijfel weggenomen. De zaak betrof een werkgever die een werknemer ontslagen had wegens dringende redenen en om de dringende reden te bewijzen een gerechtsdeurwaarder had aangesteld om de werknemer te verhoren. Het verhoor gebeurde op basis van een door de werkgever opgestelde vragenlijst en de antwoorden werden geakteerd in een proces-verbaal van vaststelling overeenkomstig art. 516, tweede lid, Ger.W. De feitenrechter weigerde de door de werknemer afgelegde verklaringen te aanvaarden als een buitengerechtelijke bekentenis (en weerde het proces-verbaal zelfs *carrément* uit het debat) omdat de werknemer, die niet op voorhand was ingelicht van het verhoor, de verklaringen niet had afgelegd met het oog op een bekentenis. Het Hof van Cassatie vernietigde deze beslissing en maakte daarbij heel duidelijk dat de buitengerechtelijke bekentenis "niet impliceert dat ze door de tegenpartij als bewijs gebruikt moet kunnen worden"³¹. Dat het daarmee gedaan maakte met de intentionaliteitsvereiste blijkt heel duidelijk uit de navolgende overweging: "*Het arrest, dat beslist het proces-verbaal van vaststelling van 12 november 1991 uit het debat te weren, op grond dat de daarin opgenomen verklaringen niet de waarde van een buitengerechtelijke bekentenis hebben, op grond dat ze niet zijn afgelegd met het oogmerk om voor de andere partij als bewijs te dienen, schendt de [art. 1354 en 1355 BW]*".

²⁹ B. CATTOIR en A. COLPAERT, "De bewijsrechtelijke bekentenis van de uitvoering van de overeenkomst in burgerlijke zaken", *RW* 2009-10, (946) 949; A. VAN OEVERLEN en R. VINCKX, "De bewijsrechtelijke kwalificatie van een fiscale aangifte", noot onder Antwerpen 28 april 2008, *RW* 2009-10, (966) 967; L. VAN VALCKENBORGH, "De doorbraak van de 'ongewilde bekentenis' als geldige buitengerechtelijke bekentenis", noot onder Cass. 20 december 2007, *TBBR* 2008, (454) 458.

³⁰ Cass. 1 juni 2007, nr. C.05.0385.N, www.juridat.be; Cass. 7 maart 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 714 en *RW* 1991-92, 258.

³¹ Cass. 25 mei 2009, nr. S.08.0137.F, www.juridat.be.

7. Wat is nu de concrete impact van deze rechtspraak? Waar voorheen al duidelijk was dat een bekentenis kan gebeuren op een ogenblik dat de betwisting nog niet actueel is en ook kan afgeleid worden uit een rechtshandeling die enkel ten aanzien van derden rechtsgevolgen sorteert, bestaat er thans geen twijfel meer over dat een buitengerechterlijke bekentenis ook afgeleid kan worden uit verklaringen die niet afgelegd zijn met het doel om te dienen tot bewijs van het voorwerp ervan. De impact daarvan kan niet onderschat worden: de mogelijkheid om buitengerechterlijke bekentenissen af te leiden uit eerdere verklaringen, argeloos afgelegd *in tempore non suspecto*, verruimt de bewijsmogelijkheden in burgerlijke zaken. Daarmee is natuurlijk niet gezegd dat de rechtspraktijk dagelijks toepassing zal kunnen maken van deze nieuwe theorie, maar toch staat buiten kijf dat een baken is verzet. Het wordt bijvoorbeeld gemakkelijker om een buitengerechterlijke bekentenis af te leiden uit de uitvoering van een overeenkomst³², uit een fiscale aangifte³³ of uit de vermeldingen in een boekhouding³⁴.

Dit alles heeft ook een impact op het gebruik van de bekende stijlformule "onder voorbehoud van alle recht en *zonder enige nadelige erkenning of bekentenis*"³⁵. Immers, in zoverre deze overweging duidelijk wil maken dat de auteur niet de intentie heeft om een voor hem nadelig feit te bekennen, zal dit niet veel zoden meer aan de dijk zetten aangezien intentie niet meer noodzakelijk is om een nadelige verklaring als bekentenis te kunnen kwalificeren. Uiteraard staat het de rechter wel nog altijd vrij om te oordelen over de inhoudelijke overtuigingswaarde van die verklaring en daarbij al dan niet rekening te houden met de aanwezigheid van die stijlformule.

Tot slot heeft e.e.a. ook implicaties voor het vraagstuk van de uitgelokte bekentenis. Uitlokking is, zoals hierboven al aangegeven, een wijze van bewijsverkrijging waarbij het initiatief uitgaat van diegene die zich een bewijs wil verschaffen en waarbij er een situatie gecreëerd wordt waarin de vast te stellen feiten zich kunnen voordoen, teneinde tot vaststelling te kunnen overgaan. Het komt geregeld voor dat een verklaring het voorwerp is van de vaststelling. Sommige rechtspraak weigert echter een dergelijke verklaring te kwalificeren als een bekentenis indien deze het resultaat is van een uitlokking die onrechtmatig werd bevonden. Zo bijvoorbeeld het Hof van Beroep te Bergen, in een zaak die het Beroepsinstituut voor vastgoedmakelaars (BIV) had aangespannen tegen een particulier wegens onwettige uitoefening van het beroep. Nadat een detective aangesteld door het BIV indicies van onwettige beroepsuitoefening had vastgesteld, stuurde het een gerechtsdeurwaarder (tot tweemaal toe) naar een afspraak met de betrokkene. Het BIV beriep zich op de verklaringen die de geviseerde persoon had afgelegd ten aanzien van de gerechtsdeurwaarder op

32 Raadpl. B. CATTOIR en A. COLPAERT, "De bewijsrechtelijke bekentenis van de uitvoering van de overeenkomst in burgerlijke zaken", *RW* 2009-10, 946.

33 Raadpl. A. VAN OEVELEN en R. VINCKX, "De bewijsrechtelijke kwalificatie van een fiscale aangifte", noot onder Antwerpen 28 april 2008, *RW* 2009-10, 966.

34 B. VAN DEN BERGH, "De boekhouding op de weegschaal van Vrouwe Justitia: een 'balans'", noot onder Cass. 3 december 2007, *TBBR* 2010, 30.

35 Over deze stijlformule en het verband met het beginsel van de onsplitsbaarheid van de bekentenis, lees M. STORME, "Zonder enige nadelige bekentenis", in X (ed.), *Recht in Beweging: opstellen aangeboden aan Prof. Mr. Ridder R. Victor*, dl. II, Deurne, Kluwer, 1973, p. 941 e.v.

een moment dat deze laatste zijn hoedanigheid nog niet had prijsgegeven. Het hof van beroep weigerde deze als bekentenissen te kwalificeren omdat de betrokken persoon niet op de hoogte was van de juiste omstandigheden van het bezoek³⁶. Terecht merkt MOUGENOT op dat deze benadering moeilijk te verzoenen valt met de nieuwe cassatierechtspraak³⁷. Nu duidelijk is dat een verklaring, om te kunnen gelden als bekentenis, niet bestemd moest zijn om tot bewijs te dienen en dat de betwisting waarin ze nuttig kan zijn niet actueel en reeds ontstaan moest zijn op het ogenblik van het afleggen ervan, kan nog moeilijk hard gemaakt worden dat een verklaring niet kan gelden als bekentenis enkel en alleen omdat men niet op de hoogte is van de juiste omstandigheden waarin men de verklaring laat afleggen.

Let wel, de afschaffing van de bijzondere intentionaliteitsvereiste valt niet gelijk te stellen met de aanvaarding van *alle* onvrijwillige bekentenissen. Het spreekt voor zich dat bekentenissen die worden afgedwongen, bijvoorbeeld met geweld, in beginsel niet aanvaardbaar zijn. Hetzelfde geldt in principe, overeenkomstig de zogenaamde *fruit of the poisonous tree* doctrine, voor bekentenissen die het rechtstreekse gevolg zijn van een onrechtmatigheid in de bewijsverkrijging³⁸. Maar daar zit men wederom op het terrein van het ongeoorloofd bewijs en geldt e.e.a. onder voorbehoud van de toepassing van de Antigoonleer.

II. Hete hangijzers van het kort geding

§1. Bevoegdheid en rechtsmacht

8. In art. 584 Ger. W. wordt in de eerste plaats de taakverdeling inzake kort geding tussen de onderscheiden voorzitters van de rechtbanken uit de doeken gedaan. Algemeen bevoegd is de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg ("alle zaken" in art. 584, eerste lid). Zijn collega's van de arbeidsrechtbank en de rechtbank van koophandel zijn slechts bevoegd voor de "aangelegenheden die tot de respectieve bevoegdheid van die rechtbanken behoren" (art. 584, tweede lid). Uit "alle zaken" in art. 584, eerste lid, vloeit bovendien voort dat de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg bevoegd is telkens wanneer het geschil onder de rechtsmacht van (om het even welke rechter van) de rechterlijke macht ressorteert. Zijn bevoegdheid concurreert dus met die van de twee andere voorzitters.

Maar meer algemeen bepaalt art. 584 ook de bijzondere opdracht in kort geding van de voorzitters, met name "bij voorraad uitspraak doen in spoedeisende gevallen". Nu, al is art. 584 ondergebracht bij de regels over de "volstrekte bevoegdheid", en ook al staat speciaal voor het kort geding in art. 9 geschreven dat "volstrekte bevoegdheid [...] de rechtsmacht [is] bepaald naar [...] in voorkomend geval het spoedeisend karakter van de vordering", toch is het begrip "bevoegdheid" hier uitsluitend op zijn plaats wanneer het gaat over de

³⁶ Bergen 2 maart 2010, *JT* 2010, 296, noot D. MOUGENOT.

³⁷ D. MOUGENOT, "Détective privé et vie privée: un couple difficile à accorder", noot onder Bergen 2 maart 2010, *JT* 2010, 298.

³⁸ Cass. 18 april 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 1102.

taakverdeling tussen de voorzitters van de drie verschillende rechtbanken (dus het verschil tussen art. 584, eerste en tweede lid). "Bevoegdheid" in de civiel-procesrechtelijke betekenis heeft immers alleen betrekking op de taakverdeling tussen de verschillende rechtbanken van de rechterlijke macht, niet over de interne werkverdeling binnen eenzelfde rechtbank, wat te dezen het geval is met de voorzitter en (de "gewone" kamers van) zijn rechtbank.

Dat laatste is echter evenmin een kwestie van "dienst" in de zin van art. 88³⁹. Een ten onrechte ingestelde vordering in kort geding betekent immers niet noodzakelijk dat die vordering voor een gewone kamer van de rechtbank haar beslag moet of kan krijgen, volgens de gewone – trage – procedure. Bij gebrek aan urgentie bestaat er gewoon geen aanleiding tot het treffen van een per hypothese dringende "maatregel bij voorraad", en een andere maatregel impliceert een andere vordering, die niet is ingesteld. Niet alleen kan zij dus niet verwezen worden naar een "bevoegde" rechter met toepassing van de bevoegdheidsgeschillenprocedure (art. 639-663 en 854-855), zij kan evenmin "herverdeeld" worden binnen de rechtbank op grond van de mogelijkheden waarover de voorzitter beschikt als "dispatcher" (art. 88, § 2)⁴⁰. Die procedures zouden daarop overigens maar passen als een tang op een varken en de ten onrechte aangesproken voorzitter kan niet anders dan de vordering afwijzen⁴¹.

"Kort geding" in het algemeen en "spoedeisendheid" of "maatregel bij voorraad" in het bijzonder hebben dus niet te maken met de bevoegdheid in de strikt civiel-procesrechtelijke betekenis, maar met de toegang tot een bijzondere spoedprocedure die aan een aparte instantie is toevertrouwd. Daarbij passen de verwante begrippen "rechtsoverdracht", d.i. "toegang tot de rechter", "ontvankelijkheid" of "toelaatbaarheid" en "rechtsmacht", wat geheel andere kwesties zijn⁴². Een eiser die zich tot de kortgedingrechter wendt ondanks de afwezigheid van urgentie heeft zich immers niet of niet noodzakelijk tot de verkeerde rechter gewend – géén andere rechter is bevoegd om de gevraagde maatregel bij voorraad te nemen⁴³ – maar had geen recht op de snelrechtprocedure en zal zich dus de toegang tot de rechter onteigend zien. Dat is hetzelfde als afwezigheid van die bijzondere *actio*, waaruit de ontoelaatbaarheid of niet-ontvankelijkheid voortvloeit van de alsnog, in strijd daarmee ingestelde vordering. Toelaatbaarheid in die betekenis – toegang tot de rechter, dus rechtsover-

39 Dat tekstueel slechts geldt voor de rechtbank van eerste aanleg, maar feitelijk ook in de rechtbank van koophandel en de arbeidsrechtbank wordt toegepast, althans voor zover er daar "incidenten" kunnen rijzen met betrekking tot de verdeling van de zaken over de verschillende kamers.

40 *Contra* bijvoorbeeld Voorz. Kh. Brussel, 21 maart 2000, *JLMB* 2001, 470, met noot J. ENGLEBERT, "Référé et urgence".

41 Cass. 11 mei 1990, *RW* 1990-91, (987) 988, met noot J. LAENENS, "De urgentie en het kort geding". Hierna zal nog worden duidelijk gemaakt dat de afwezigheid van urgentie evenmin te maken heeft met de grond van de zaak – welteverstaan van het kort geding, wat iets anders is dan "de zaak zelf" – zodat in die uitspraak bevestigd mag worden dat "afwijzen" geïdentificeerd werd met "ongegrond verklaren" (*cf. infra*).

42 In die zin ook C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil. II. La compétence*, 44, 176 en 136: «L'urgence ne dicte pas le choix de faire à un juge, mais l'admissibilité de l'action portée devant lui.»

43 Afgezien van de "provisionele" veroordeling alvorens recht te doen (art. 19, tweede lid).

dering – kan ook met de notie "rechtsmacht" (in de functionele zin) onder woorden worden gebracht, geheel in de lijn van art. 11 en 19, telkens eerste lid, naar luid waarvan de rechters "hun rechtsmacht niet [kunnen] overdragen", respectievelijk een vonnis een eindvonnis is "inzover daarmee de rechtsmacht van de rechter over een geschilpunt uitgeput is": bij gebrek aan urgentie heeft de voorzitter inderdaad geen rechtsmacht⁴⁴.

§2. "Spoedeisende gevallen"

9. Voor een kort geding is in de eerste plaats urgentie nodig, vereiste dat zowel formeel als materieel moet worden verstaan. Enerzijds moet de eiser urgentie *inroepen*, althans moet uit zijn gedinginleidende akte blijken dat hij van mening is dat de zaak spoedeisend is. Anderzijds moet de urgentie *effectief voorhanden* zijn en dus aangetoond worden, wat zelfs ambtshalve door de voorzitter moet worden nagegaan, want de urgentie raakt de openbare orde: de partijen kunnen het niet onderling op een akkoordje gooien hun zaak in kort geding te laten behandelen.

Tallose auteurs en rechterlijke uitspraken verwoorden het verschil tussen het loutere inroepen en het effectief voorhanden zijn van urgentie met "urgentie als bevoegdheidsvoorwaarde"⁴⁵, respectievelijk "urgentie als gegrondheidsvoorwaarde". Ook het Hof van Cassatie heeft dat gezegd, preciezer, rechtspraak in die zin goedgekeurd⁴⁶, maar die kwalificaties doorstaan geen nader onderzoek. Het is juist dat het inroepen van de urgentie volstaat om zich tot de voorzitter te wenden, maar de taak van de voorzitter is, zoals hoger gezegd, geen bevoegdheids- maar een ontvankelijkheids- of rechtsmachtkwestie. Bovendien is daarvoor niet alleen het *inroepen* van urgentie, maar *effectieve* urgentie vereist. Effectieve urgentie brengt dus de rechtsmacht van de voorzitter en de ontvankelijkheid van de vordering in kort geding mee. Daarentegen niet *ipso facto* haar gegrondheid, want een kort geding is maar gegrond als de gevorderde maatregel terecht werd gevraagd, en daarvoor moet die maatregel ook nog in staat zijn het gerezen probleem op te lossen. Dat de vordering formeel correct en terecht bij de voorzitter is aangekaart, volstaat dus niet om de gevraagde maatregel zonder meer toe te kennen: de ontvankelijkheid en de grond van de zaak vallen (nog steeds) niet samen. Anders uitgedrukt, wanneer de in kort geding gevraagde maatregel (op het moment van de uitspraak) niet urgent (meer) blijkt te zijn, komt de voorzitter er niet (meer) aan te pas. Hij mag de maatregel dus niet toestaan, en moet de vordering afwijzen, wegens "gebrek aan urgentie" en het daaruit voortvloeiende "gebrek aan rechtsmacht" of "ontvankelijkheid", maar zeker niet wegens "ongegrondheid". Is de maatregel daarentegen (nog) wel urgent, dan *kan* de voorzitter hem wel degelijk nemen (en dus beschikt hij over "rechtsmacht" en is de vordering toelaatbaar), maar hij zal dat maar effectief doen, en dus de vordering inwilligen of "gegrond verklaren" op

⁴⁴ In die zin eveneens S. BEERNAERT, "Status quaestionis van het civiele kort geding", *Gerechtelijk Privaatrecht. Themis-cahier nr. 1* (P. VAN ORSHOVEN, ed.), 2000, (61) 63-64.

⁴⁵ Bijvoorbeeld, recent, Voorz. Kh. Antwerpen 15 juli 2009, RHA 2009, afl. 3, 268.

⁴⁶ Cass. 11 mei 1990, RW 1990-91, 987, met noot J. Laenens, "De urgentie en het kort geding",

voorwaarde dat hij bovendien van oordeel is dat de gevraagde maatregel terecht wordt gevraagd. Die "grond van de zaak" is dan uiteraard beperkt tot de gevraagde voorlopige maatregel, en heeft geen uitstaans met "de zaak zelf", die in het (eventueel) bodemgeding wordt behandeld.

10. Spoedeisend betekent volgens het Hof van Cassatie, het verslag-Van Reepinghen⁴⁷ parafraserend, dat "een onmiddellijke beslissing wenselijk is om schade van een zekere omvang of ernstige ongemakken te voorkomen; dat men derhalve zijn toevlucht kan nemen tot het kort geding wanneer met de gewone rechtspleging het geschil niet tijdig zou zijn op te lossen, waardoor de rechter in kort geding over een ruime feitelijke beoordelingsmacht beschikt en, in juiste mate, over de grootste vrijheid."⁴⁸

De voorzitter moet dus *in concreto* beoordelen of de gevraagde maatregel, mocht hij uitgesteld worden, ofwel niet meer kan plaatsvinden, ofwel geen nut meer heeft⁴⁹. In bevestigend geval stelt hij de urgentie vast, zij het dat hij bij die appreciatie zelden ontkomt aan belangenafweging⁵⁰. Het kort geding is inderdaad *sowieso* een spoedprocedure die enerzijds geen grondige beoordeling van de zaak toestaat, anderzijds afbreuk doet aan het recht van verdediging, minstens de "rustige vastheid" van de raadslieden. En dus moet de voorzitter kiezen voor de minste kwaal: de toegekende *versus* de verworpen maatregel, wat uiteraard door de "ingrijpendheid" van de maatregel wordt beïnvloed. Bij die belangenafweging komt ook kijken in hoeverre de eiser zelf diligent is geweest, want de urgentie mag niet door hemzelf zijn veroorzaakt, bijvoorbeeld door te lang te wachten.⁵¹

11. Urgentie is evenmin voorhanden wanneer de gevorderde maatregel even snel bekomen kan worden door in het bodemgeding beroep te doen op art. 19,

⁴⁷ *Oc*, 235, op zijn beurt met verwijzing naar Franse rechtsleer: "Men zal zijn toevlucht nemen tot het kort geding wanneer de gewone rechtspleging er niet toe bij machte is het geschil tijdig op te lossen. Het concept laat de rechter in kort geding een ruime beoordelingsmacht en de onduidelijkheid ervan zelfs, in juiste maat, 'de grootste vrijheid'".

⁴⁸ Bijvoorbeeld Cass. 21 mei 1987, *RW* 1987-88, 1425; Cass. 13 september 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 42.

⁴⁹ Antwerpen 20 december 2006, *AM* 2008, afl. 2, 133.

⁵⁰ Die belangenafweging kan overigens hilarische proporties aannemen: "De kortgeding-vereiste van spoedeisendheid is aanwezig voor het vrijgeven van een voorraad bier, gezien de houdbaarheid ervan beperkt is. Hoewel de houdbaarheid van bepaalde wijnen op zich niet noodzakelijk beperkt is, is er ook wat wijnen betreft spoedeisendheid omdat de voorwaarden van de opslag belangrijke invloed kunnen hebben op het behoud van de kwaliteit zodat de opslag in een belastingentrepot bij voorkeur niet te lang duurt. Anders dan voor bier en wijn is de houdbaarheid van dranken die omschreven worden als 'absolute alcohol van 100 %' van weinig of geen voorwaarden afhankelijk en in elk geval niet van een nabije houdbaarheidsdatum, zodat voor deze dranken geen spoedeisendheid aanwezig is" (Gent, 18 december 2007, *TGR-TWVR* 2008, 274).

⁵¹ Zie Cass. 17 maart 1995, *Pas*, 1995, I, 330; Voorz. Kh. Antwerpen nr. C/06/025, 25 oktober 2006, *TIPR* 2007, afl. 4, 57; Voorz. Rb. Brussel 12 december 2006, *T.Verz.* 2008, 90; Brussel 6 oktober 2006, *NJW* 2007, afl. 155, 82, noot G. VERSCHULDEN; Antwerpen, 3 januari 2006, *P&B* 2006, 259.

tweede lid, dus een voorlopige maatregel te vorderen bij de bodemrechter⁵². Dit is des te pertinentier sedert bij de wet van 26 april 2007, enerzijds in een eenvoudige procedure daarvoor is voorzien, anderzijds art. 19, tweede lid, gekoppeld werd aan art. 735 (art. 735, § 2, tweede lid, tweede streepje), op grond waarvan dringende maatregelen waartoe in de loop van een bodemgeding aanleiding kan bestaan gemakkelijk en vooral zonder veel plichtplegingen door de bodemrechter zelf genomen kunnen worden⁵³.

Hieruit lijkt voort te vloeien dat éénmaal een bodemgeding aanhangig is gemaakt, er hoegenaamd géén ruimte meer bestaat voor een "parallel" kort geding⁵⁴. Uiteraard moet het bodemgeding "nuttig" aanhangig zijn: als de inleidingszitting van de bodemrechter zes weken op zich laat wachten, kan van hem geen gepast voortvarende maatregel bekomen worden. Is er nog geen bodemgeding zal de voorzitter – en dus in de eerste plaats de eiser – zich moeten afvragen in hoeverre de gewone procedure, gecombineerd met een "kort debat", het *qua* efficiëntie moet afleggen tegen de kortgedingprocedure. Van belang daarbij is uiteraard vooral de verschillende dagvaardingstermijn van 8 (art. 707) *versus* 2 dagen (art. 1035, tweede lid), maar in de gewone procedure mag de voorzitter van de rechtbank de termijn van 8 dagen inkorten, en zelfs toestaan dat op dezelfde dag en het gestelde uur gedagvaard wordt (art. 708)⁵⁵. Men kan zich echter voorstellen dat een voorzitter die alleen maar wordt lastiggevallen om na te gaan of er "grond bestaat" om de dagvaardingstermijn te verkorten, waarna de zaak bij een gewone kamer wordt ingeleid, wellicht in die "grond" de urgentie zal vinden om de klus zelf te klaren, *a fortiori* als er niet noodzakelijk een bodemgeding moet komen, wat het geval is wanneer het probleem met de voorlopige maatregel alléén kan worden opgelost.

Meer algemeen moet aangenomen moet worden dat twijfel over de mogelijkheden van de gewone procedure in het voordeel van de eiser worden opgelost, zodat het kort geding wordt doorgezet⁵⁶. Daarbij moeten ook de risico's van (het vragen van) een voorlopige maatregel aan de bodemrechter betrokken worden: zijn vonnis is onmiddellijk appellabel (art. 1050), en een eventueel hoger beroep heeft verruimde devolutieve werking (art. 1068), zodat het bodemgeding uit zijn handen wordt genomen en nog alléén bij de appelrechter ter sprake komt...

⁵² Bijvoorbeeld Antwerpen (6e bis k.) 3 januari 2006, *P&B* 2006, 259; Voorz. Kh. Namen 13 februari 2008, *JT* 2008, 303; Voorz. Rb. Luik 9 oktober 2007, *JLMB* 2007, 1521; Voorz. Kh. Hasselt, 18 februari 2008, *NJW* 2008, 842, noot A. VANDERHAEGHEN; Antwerpen, 3 januari 2006, *P&B* 2006, 259; Voorz. Rb. Brussel 9 juni 2006, *T.Verz.* 2007, 244.

⁵³ Zie ook H. BOULARBAH en V. PIRE, "Les débats succincts et les mesures avant dire droit", *De procesrechtswetten van 2007 revisited!* (P. VAN ORSHOVEN en B. MAES, eds), 2009, 21.

⁵⁴ Zie nochtans Antwerpen (8e k.) 20 december 2006, *AM* 2008, afl. 2, 133, naar luid waarvan de eiser niet naar de bodemprocedure moet worden verwezen wanneer de complexiteit van de zaak het aannemelijk maakt dat in een procedure voor de bodemrechter geen korte debatten zullen worden toegestaan.

⁵⁵ Zie hoger.

⁵⁶ Voorz. Rb. Luik 9 oktober 2007, *JLMB* 2007, 1521.

12. De urgentie moet vanzelfsprekend voorhanden zijn tot en met het moment waarop de voorzitter beslist⁵⁷. Dat heeft tot gevolg dat een kort geding vaak uitdooft wanneer de procedure niet heeft belet dat de gealarmeerde verweerder inmiddels een voldongen feit heeft gecreëerd, wat niet noodzakelijk kwade trouw veronderstelt. Om dezelfde reden worden beschikkingen van voorzitters vaak ongedaan gemaakt in hoger beroep. Dit leidt soms tot afwijzing van de vordering wegens ongegrondheid, maar opnieuw, dat is een ongelukkige oplossing wanneer de spoedeisendheid buiten toedoen van de eiser verdwijnt in de loop van de procedure, en dus de vordering achterhaald wordt door de feiten, *a fortiori* wanneer de verweerder voldongen feiten schept, *a fortiori* in de loop van de procedure in hoger beroep. Dit impliceert immers dat de vordering gegrond was, *c.q.* de bestreden beslissing juist, maar inmiddels voorbijgestreefd. Zeker in dat geval volstaat het de vordering af te wijzen bij gebrek aan urgentie, waardoor weliswaar de in eerste aanleg opgelegde maatregelen vervallen voor de toekomst, preciezer, ophouden uitwerking te hebben, zonder vernietigd te worden^{58 59}, maar wat toestaat de kosten ten laste te leggen van de verweerder, die dan immers (gedeeltelijk) in het ongelijk wordt gesteld (zie art. 1017, derde lid). Vooral, een eventueel in eerste aanleg opgelegde dwangsom kan dan voor het verleden gehandhaafd worden, preciezer, de verbeurde dwangsommen blijven verbeurd, want alléén de in eerste aanleg bevolen maatregel wordt - prospectief - ongedaan gemaakt (wegens achterhaald), niet de bestreden beschikking in haar geheel⁶⁰.

13. De urgentie gaat ook (vaak) verloren wanneer de in eerste aanleg opgelegde maatregel – al dan niet onder druk van een dwangsom – wordt uitgevoerd. De in eerste aanleg veroordeelde, maar gehoorzame appellant komt dan van een kale reis thuis, want het Hof van Cassatie neemt aan, met de bijgetreden woorden van het Hof van Beroep te Gent, "dat wegens gebrek aan spoedeisend karakter de zaak niet meer voor behandeling in aanmerking komt"⁶¹. In een arrest van 17 april 2009 werd bevestigd dat de appelrechter zich ertoe kan beperken "het gebrek aan spoedeisend karakter van de zaak vast te stellen [wat] kan blijken uit het feit dat de gevorderde en door de eerste rechter opgelegde dringende en voorlopige maatregel ondertussen is uitgevoerd"⁶². Deze uitspraak veroorzaakte nogal commotie, tot en met een heuse oproep tot inkeer aan het

57 Bijvoorbeeld Cass. 24 april 2009, C.07.0368.N, www.cass.be.

58 Cass. 19 januari 2006, www.cass.be; *NJW* 2007, 319, noot N. PEETERS; *RW* 2006-07 (samenvatting), 1677; *P&B* 2006, 126; Antwerpen 15 november 2006, *P&B* 2007, 112.

59 Indien in het bodemgeding een andere maatregel wordt genomen dan de voorlopige maatregel van het kort geding, houdt dit geen afkeuring in van die voorlopige maatregel, zodat de klok niet moet worden teruggedraaid en een verbeurde dwangsom evenmin moet worden terugbetaald (zie E. KRINGS, conclusie bij *Bene-lux* Hof 14 april 1983, *RW* 1983-84, 227; K. WAGNER, *Dwangsom*, 2003, 111). In die zin bijvoorbeeld Gent, 19 november 1971, *RW* 1972-73, 329.

60 In die zin Luik 15 november 2000, *JLMB*, 2001, 335.

61 O.a. Cass. 9 juni 2000, www.cass.be en *AC* 2000, nr. 352. Zie ook Cass. 19 januari 2006, *RW* 2006-07, 1677.

62 Cass. 17 april 2009, *HYUNDAI MERCHANT MARINE CO LTD*, www.cass.be; *RW* 2009-2010, 1777, met noot S. MOSSELMANS, "De taak van de appelrechter in kort geding bij gebrek aan urgentie".

adres van het Hof van Cassatie vanwege de professoren gerechtelijk recht van de Franstalige Belgische universiteiten⁶³. Het Hof wordt – nogal scherp – verweten het hoger beroep tegen een kort gedingbeschikking compleet uit te houden en meer bepaald de appelrechter in kort geding, in de gevallen waarin de bestreden maatregel ondanks het hoger beroep is uitgevoerd, te verhinderen na te gaan of de eerste kortgedingrechter – de voorzitter – de door hem opgelegde maatregel terecht heeft genomen, wat strijdig zou zijn met het recht op hoger beroep.

Men kan er moeilijk omheen dat de redenering van het Hof van Cassatie klopt als een bus: er moet urgentie zijn tot op het laatste ogenblik, dus tot en met de procedure in hoger beroep, en als er als gevolg van wat er is gebeurd tussen de uitspraken in eerste aanleg en hoger beroep geen urgentie meer is, verliest de kortgedingrechter – te dezen dus de appelrechter – zijn greep op de zaak. Dat neemt niet weg dat aldus hoger beroep tegen een uitgevoerde voorlopige maatregel *de facto* uitgesloten wordt. Meteen lijkt het nogal paradoxaal dat er urgentie nodig is om een voorlopige maatregel te doen nemen, die zo efficiënt blijkt te zijn dat hij bij gebrek aan urgentie niet meer bestreden kan worden...

Bij nader inzien moet de kwestie wellicht door een andere bril worden bekeken: een kort geding is geen gewoon proces. Bovendien ziet het ernaar uit dat het Hof van Cassatie een stuk meer in de mond wordt gelegd dan het heeft gezegd. Op voorwaarde dat twee belangrijke nuances worden gemaakt die het Hof wegens het specifiek karakter van zijn beslissing niet hoefde te maken en evenmin zijdelings onder woorden heeft gebracht, lijkt zijn rechtspraak wel degelijk te kunnen worden bijgetreden. Die nuances hebben te maken met de concrete draagwijdte van de bestreden maatregel en de aard van het daartegen ingestelde hoger beroep.

In de eerste plaats moet gekeken worden naar de draagwijdte van de voorlopige kortgedingmaatregel. Als de beschikking in eerste aanleg a.h.w. voor "eenmalig gebruik" is bestemd, een bevel tot *dare* of *facere* dat onmiddellijk uitdooft eenmaal het is uitgevoerd – bijvoorbeeld de afgifte van een zaak, overigens, in de zaak die aanleiding gaf tot het besproken cassatiearrest, het bevel om na het lossen van een vrachtschip "tegen presentatie van het laatvolgende goederen vermeld in de diverse cognossementen af te leveren of te doen afleveren" – is het probleem dat tot het kort geding aanleiding gaf opgelost en is er van urgentie geen sprake meer. Ook al is de verweerder het met de opgelegde maatregel niet eens, die maatregel vervalt⁶⁴ en alle mogelijke (overblijvende) discussiepunten zijn dan zaak van het – een – bodemgeding dat desnoods door de verweerder in kort geding moet worden ingesteld. Daar kan dan worden ingegrepen om eventueel een andere, en ditmaal definitieve maatregel – terugga-

63 Zie inz. H. BOULARBAH, G. CLOSSET-MARCHAL, G. DE LEVAL, J. ENGLEBERT, F. GEORGES, D. MOUGENOT, C. PANIER en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, "Il y a urgence!", noot bij Cass. 17 april 2009, *JT* 2009, 673-675; S. MOSSELMANS, l.c. (telkens met verwijzing naar rechtsleer en rechtspraak van gelijke strekking); P. TAELEMAN, "De devolutieve werking van het hoger beroep", *Meester van het proces. Topics gerechtelijk recht*, 2010, 237. Zie tevoren reeds J. ENGLEBERT, "Le référé judiciaire: principes et questions de procédure", in *Le référé judiciaire* (J. ENGLEBERT en H. BOULARBAH, eds.), 2003, 21.

64 Bijvoorbeeld Cass. 19 januari 2006, www.cass.be; *NJW* 2007, 319, noot N. PEETERS; *RW* 2006-07 (samenvatting), 1677; *P&B* 2006, 126.

ve, terugbetaling, schadevergoeding... – te laten nemen als gevolg waarvan uiteraard de voorlopige maatregel ook nog ophoudt uitwerking te hebben. Die maatregel is niet voor niets voorlopig⁶⁵, ook al verschilt hij in niets van wat definitief zou kunnen worden. Anders is het echter wanneer in kort geding een a.h.w. *continue toestand* wordt opgelegd, zoals een rooi- of sloopverbod, een verplichte residentie enz ...⁶⁶ In die gevallen verdwijnt de urgentie niet met de uitvoering van de beschikking, want die uitvoering *is nooit afgelopen*. En dan kan in hoger beroep allicht wel degelijk gecontroleerd worden of de omstandigheden van de zaak de beschikking wettigden en/of er andere vuiltjes aan de lucht waren en de maatregel dus al dan niet *gehandhaafd* moet worden.

Dat in de eerste hypothese een eventuele dwangsom verbeurd kan zijn, wat allicht zal hebben bijgedragen tot de uitvoering van de beschikking, en bij gebrek aan hoger beroep niet teruggegeven hoeft te worden⁶⁷, zal allicht worden betreurd. Een dwangsom moet echter alleen maar de uitvoering kracht bijzetten van een beslissing die *mordicus* uitgevoerd moest worden, en precies daarom van rechtswege uitvoerbaar was bij voorraad⁶⁸, wat de voorzitter niet eens kan uitsluiten (art. 1039), dus per hypothese ongeacht hoger beroep. Meer algemeen, een kort gedingrechter mag zich ertoe beperken voorlopige maatregelen te treffen in dringende omstandigheden⁶⁹, en moet om die reden alleen onvoorwaardelijk gerespecteerd worden.

Allicht is het de gang van zaken in een *gewoon* geding – "recht spreken", dus de rechtsverhouding tussen de partijen onderzoeken en een daarop gesteund, dus juridisch geschil beslechten – in samenhang met de "heilige koe" van het hoger beroep, die velen doet aannemen dat de appelrechter in alle gevallen moet kunnen nagaan of de eerste rechter zijn beslissing terecht heeft genomen, dus of er op het ogenblik van de bestreden beschikking wel urgentie voorhanden was en/of de genomen maatregel pertinent was⁷⁰. Dat zou echter tot gevolg hebben dat de in eerste aanleg veroordeelde verweerder zich kan veroorloven de beschikking naast zich neer te leggen, weliswaar op eigen risico, ervan uitgaande dat hij in hoger beroep zijn slag alsnog kan thuishalen. Maar dan wordt, in die gevallen, het kort geding ontdaan van de essentie waarvoor het is uitgevonden: een spoedmaatregel in dringende omstandigheden. Ook de dwangsom moet in dat licht worden gezien: zij heeft alleen te maken met gehoorzaamheid aan het bevelschrift, niet met de juistheid ervan. Kortom, in kort

⁶⁵ Cf. *infra*.

⁶⁶ In de kritiek van BOULARBAH c.s. wordt gewag gemaakt van het hoederecht over kinderen, sans-papiers die in een bouwkraan zijn geklommen, stakingspiketten, het lawaai van nachtvluchten, de hulp van de regering aan banken, allemaal situaties waaraan de kortgedingrechter verhelpt met een *continue toestand*, doorgaans een verbod.

⁶⁷ Zie hoger.

⁶⁸ "Een prikkel om de uitvoering van een opgelegde maatregel te benaastigen en geen schadevergoeding" zegt het Hof van Cassatie in zijn arrest van 17 april 2009.

⁶⁹ "*Le référé à l'état pur*: [...] het kort geding in zijn zuiverste verschijningsvorm, want herleid tot drie essentiële toetsingscriteria: (1) urgentie; (2) belangenafweging; (3) dreigende schade" (M. STORME, "Kort geding omdat het moet", *RW* 2000-01, 814).

⁷⁰ In die zin bijvoorbeeld J. ENGLEBERT, "Le référé judiciaire: principes et questions de procédure", in *Le référé judiciaire* (J. ENGLEBERT en H. BOULARBAH, eds.), 2003, (5) 21-22.

geding wordt geen recht gesproken, maar aan de hand van een *prima facie* inschatting van de situatie een voorlopige orde gehandhaafd⁷¹ en bewarende maatregelen getroffen "zonder afbreuk te doen aan de zaak zelf". Als gevolg daarvan genieten die beschikkingen a.h.w. het voor militaire omstandigheden bedachte "*privilège du préalable*" ("eerst gehoorzamen, daarna pas protesteren"), zoals trouwens in art. 1039 voor een stuk wordt bevestigd. Dat neemt niet weg dat die *no-nonsense*aanpak - "*The boss is not always right, but he's always the boss*" - misschien beter past bij de Germaanse dan bij de Latijnse cultuur, wat wellicht verklaart waarom de Franstalige collega's – in navolging van het Franse Hof van Cassatie, blijkbaar - het daarmee moeilijk hebben.

Bovendien moet nog een tweede *distinguo* gemaakt worden dat het Hof van Cassatie vooralsnog niet hoefde te maken: vooraleer de appelrechter onderzoekt of er nog urgentie is, moet hij de eventueel door de appellant aangeklaagde *errores in procedendo* ("schending van substantiële vormen" in art. 608) van de eerste rechter – de voorzitter – nagaan. Hoger beroep kan immers zowel een *appel-réformation* (een herkansingsberoep) zijn als een *appel-annulation*. Bij dit laatste wordt alleen maar aangeklaagd dat de bestreden beslissing, ongeacht haar inhoud, niet volgens de regels van de processuele kunst tot stand is gekomen en het recht op behoorlijke rechtsbedeling van de appellant geweld is aangedaan, dus regels zijn geschonden die niet door de partijen, maar door de rechter zelf moesten worden nageleefd. Zo kan niet aanvaard worden dat een hoger beroep tegen een beschikking in kort geding afgewezen wordt bij gebrek aan urgentie omdat de bij de bestreden beschikking opgelegde maatregel is uitgevoerd, terwijl de voorzitter in de eerste plaats verweten wordt partijdig te zijn geweest, het recht van verdediging te hebben geschonden of een andere, elementaire procesrechtelijke regel met voeten te hebben getreden. Met dat onderscheid – dat zoals gezegd in het kort geding dat aanleiding gaf tot het arrest van 17 april 2009 niet aan de orde stond – kan de kritiek worden ontzenuwd die op dat arrest wordt uitgebracht met verwijzing naar het arrest-MICALLEF/MALTA van 15 oktober 2009 van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens⁷². In dat arrest heeft het Europees Hof inderdaad gezegd dat art. 6 EVRM en meer bepaald het recht op een onpartijdige rechter ook toepasselijk zijn op *spedprocedures*⁷³. Maar als een *appel-annulation* sowieso mogelijk blijft, ongeacht het teloorgaan van de urgentie, is er op dit stuk geen vuiltje aan de lucht.

Vooralsnog heeft het Hof van Cassatie dus niet gezegd, zeer algemeen, dat hoger beroep tegen een uitgevoerde beschikking in kort geding geen zin heeft, zoals in de kritiek op het arrest van 17 april 2009 wordt voorgehouden. Het Hof heeft dat alléén gezegd in een geval waarin de urgentie was verdwenen, wat niet *ipso facto* voortvloeit uit de uitvoering van om het even welke beschikking, en waarin de bestreden maatregel uitsluitend *errores in iudicando*

⁷¹ Zie D. LINDEMANS, *Kort geding*, 55.

⁷² Hof Mensenrechten (Grote Kamer) nr. 17056/06, 15 oktober 2009 (MICALLEF / MALTA), www.echr.coe.int; JDE 2009 (samenvatting), afl. 163, 294; JLMB 2010, 824, noot J. VAN COMPERNOLLE.

⁷³ Wat ook door het Hof van Cassatie wordt erkend, Cass. 14 januari 2005 (GREEN-PEACE BELGIUM / BAGGERWERKEN DE CLOEDT & ZOON), RW 2005-06, 304, noot M.L. STORME; RCJB 2006, 491, noot J. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, "Référé et procès équitable".

("overtreding van de wet" in de zin van art. 608) werden verweten. Met andere woorden: wordt vervolgd.

§3. "Uitspraak bij voorraad"

14. Anderzijds is de rechtsmacht van de voorzitter, die alleen maar bestaat in geval van - aangevoerde, aangetoonde en volgehouden - urgentie en op voorwaarde dat de zaak niet "onttrokken is aan de rechterlijke macht", naar luid van art. 584 beperkt tot een "uitspraak bij voorraad". Vroeger leidde de rechtspraak daaruit af, in samenhang met de woorden "brengt geen nadeel toe aan de zaak zelf" in art. 1039, dat de voorzitter het (eventueel) bodemgeding volstrekt ongemoeid moest laten en dus de wederzijdse rechten en plichten van de partijen van ver noch dichtbij mocht beoordelen, wat immers een ontoelaatbaar "vooordeel" zou uitmaken.

Inmiddels is ingezien dat er *sowieso* van geen vooroordeel sprake is als de wet dat uitdrukkelijk ontkent, wat precies de draagwijdte is van de woorden "brengt geen nadeel toe aan de zaak zelf". Die woorden leggen de voorzitter dus niet inhoudelijk aan banden, integendeel, want wat hij ook zegt, het zal geen invloed uitoefenen op het bodemgeding. Hij mag zich dus wel degelijk gedragen als rechter en "recht spreken", wat betekent dat hij de aanspraken van de partijen juridisch mag beoordelen. Hij mag zich echter, nog steeds, beperken tot een "schijn van rechten", en bovendien ook een einde maken aan "feitelijkeheden", dit zijn flagrant of evident onrechtmatige gedragingen. Maar schijnbaar, noch evident geschonden rechten zijn een voorwaarde om op te treden. Hij mag zelfs helemaal van het recht wegblijven, en gewoon na afweging van de partijbelangen de gevraagde maatregel bevelen op grond dat anders onmiddellijke schade dreigt, zonder nader te moeten ingaan op enig materieelrechtelijk verweer⁷⁴. Als hij echter de juridische toer opgaat, moet hij ervoor waken zich niet te vergalopperen en meer bepaald geen rechtsregels toepassen die de voorlopige maatregel die hij beveelt niet kunnen schragen⁷⁵.

Thans wordt dan ook aangenomen dat de zinsnede "brengt geen nadeel toe aan de zaak zelf" in art. 1039, alleen maar betekent dat de beschikking in kort geding geen invloed heeft op het bodemgeschil⁷⁶. Zij beperkt dus niet de beoordelingsmacht van de voorzitter, maar uitsluitend het gezag van gewijsde van zijn beschikking ten aanzien van (de rechter van) het bodemgeschil. Daaruit wordt dan vaak afgeleid dat het eigenlijk om niets méér gaat dan de parafrase van de notie "uitspraak bij voorraad" in art. 584, zodat de twee begrippen vereenzelvigd worden⁷⁷. Dit lijkt wat kort door de bocht, al hebben de twee regels met elkaar te maken. "Bij voorraad" heeft inderdaad pas in de tweede plaats betrekking op het vooruitwerpen van een schaduw op het bodemgeding dat aan

⁷⁴ Cass. 4 februari 2000, *RW* 2000-01, 813, met noot M. STORME, "Kort geding omdat het moet", waarin tevens de oudere ontwikkelingen zijn geschetst.

⁷⁵ Cass. 14 januari 2005 (Nr. C.03.0622, GLOBAL ACTION IN THE INTEREST OF ANIMALS / CIRCO NEL MONDO), *www.cass.be*.

⁷⁶ Zij het dat dat laatste soms exclusief wordt vastgeknoot aan "bij voorraad" (bijvoorbeeld Brussel 30 april 2009, *TBH* 2010, 525).

⁷⁷ Taelman gebruikt de woorden "versmelten" of "herhalen" ("Kort geding", *P&B* 1997, 266).

de soevereiniteit van de bodemrechter is toevertrouwd. In de eerste plaats beoogt het de niet-onomkeerbaarheid van de te nemen maatregel, "geen maatregel [...] waardoor de rechten [van de partijen] op definitieve en onherroepelijke wijze worden aangetast"⁷⁸, dit is niets méér dan "voorlopigheid"⁷⁹ op zichzelf bezien, ongeacht een bodemgeding over "de zaak zelf", dat er trouwens niet noodzakelijk is of komt. "Bij voorraad" houdt dus pas in tweede orde verband met wat – eventueel – nog moet worden beslecht in het bodemgeding, in die zin dat wanneer daar anders wordt beslist de in kort geding genomen maatregel moet kunnen "vervallen"⁸⁰. Daarop moet ook kunnen worden teruggekomen in een nieuw kort geding, indien de omstandigheden gewijzigd zijn.

Ook op dit stuk zijn de geesten geëvolueerd. De proef op de som van de herstelbaarheid lijkt te zijn dat een eventuele bodemrechter niet voor een voldongen feit wordt geplaatst, waaraan in geen enkel opzicht meer te verhelpen valt, wat allicht de identificatie van "bij voorraad" en "brengt geen nadeel toe aan de zaak zelf" in de hand heeft gewerkt. "Voorlopig" staat dan niet tegenover "definitief", maar tegenover "ten gronde"⁸¹. Daaruit volgt dat de omkeerbaarheid ruim mag worden verstaan, als niet-onherstelbaar, desnoods bij equivalent⁸². Zo volstaat het, als de enige nuttige voorlopige maatregel bestaat uit het bevel bepaalde goederen te leveren, dat zij achteraf kunnen worden terugbetaald⁸³. Anders wordt het kort geding inderdaad uitgehold, want de klok kan nooit helemaal worden teruggedraaid: er is altijd wel iets onomkeerbaar aan een weliswaar voorlopige maatregel⁸⁴. En dus zijn vele van die maatregelen minstens deels een voorafname op wat in het bodemgeding kan worden bekomen⁸⁵.

Nu is ook "herstelbaarheid" een zeer rekbaar begrip, en de ene voorzitter springt er soepeler mee om dan de andere. Dat heeft uiteraard alles te maken met zijn vrije appreciatie van de omstandigheden, de noodzakelijke afweging van de respectieve belangen, mede in het licht van de "ingrijpendheid" van de gevraagde maatregel, en, allicht, de mate waarin hij van de "schijn van rechten" van de betrokken partijen overtuigd is zodat hij zich niet tot louter bewarende maatregelen beperkt en al eens vooruitloopt op het bodemgeding.

78 Cass. 9 september 1982, *RW* 1983-84, 1338, met noot J. LAENENS. Zie ook Cass. 25 april 1996, *P. & B.* 1996, 200; Antwerpen, 3 juni 1996, *RW* 1996-97, 571.

79 Oorspronkelijk betekent de notie "bij voorraad" niettemin "bij wijze van voorschot" ("par provision", i.p.v. "provisoirement") (D. LINDEMANS, *Kort geding*, 57).

80 Wat niet hetzelfde is als "ongedaan worden gemaakt", want het bodemgeding is geen rechtsmiddel tegen de beschikking in kort geding (*cf. infra*). Het gaat dus om het ophouden uitwerking te hebben, zonder vernietigd te worden.

81 C. CAMBIER, *oc*, 330, met verwijzing naar Cass. 6 februari 1930.

82 Bijvoorbeeld Voorz. Arrbr. Brussel, 11 mei 2006, *JTT* 2006, afl. 957, 380, noot; Voorz. Rb. Luik, 2 december 2002, *JLMB* 2003, 1018.

83 Zie ook de voorbeelden hierna van in kort geding genomen maatregelen "bij voorraad" die redelijk onomkeerbaar blijken te zijn....

84 CAMBIER gaf de voorbeelden van de "voorlopige toestemming" tot verkoop van bederfelijke eetwaren, tot het wegruimen van giftige afvalstoffen... (*oc*, 329).

85 VAN REEPINGHEN merkte al op: "Hoofdzaak is dat de rechter in kort geding dringende, blijkbaar gepaste maatregelen kan nemen, *zelfs wanneer zij een onherroepelijke toestand in het leven roepen*, en derhalve dat de rechter die over de zaak zelf uitspraak doet niet zal gebonden zijn door de vormen en de gevolgen van het bevelschrift." (*oc*, 236; nadruk toegevoegd).

15. De voorlopigheid van de genomen maatregel blijkt vaak uit zijn uitdrukkelijke beperking in de tijd, maar dat is uiteraard geen voorwaarde. Bovendien belet een beperking *ratione temporis* niet dat de voorzitter voor de periode volgend op het verstrijken van de geldigheidsduur van een bij een eerdere beschikking bevolen maatregel, een nieuwe beschikking neemt die voor de toekomst zal gelden, indien de toestand na het verstrijken van de duur van de eerder bevolen maatregel dat vergt en voor zover hij het voordeel van de vroegere beslissing niet ongedaan maakt⁸⁶. Uiteraard lijkt dat op het terugkomen op zijn eerdere beslissing, zeker als het alleen maar over die tijdsbepaling gaat, maar in werkelijkheid wordt achtereenvolgens ingegaan op twee verschillende vorderingen. Meer algemeen is een nieuwe beschikking mogelijk bij gewijzigde omstandigheden⁸⁷. Sommige auteurs leiden daaruit af dat het gezag van de beschikking in kort geding slechts "*rebus sic stantibus*" geldt⁸⁸, maar opnieuw, bij gewijzigde omstandigheden wordt niet dezelfde vordering (opnieuw) ingesteld, ondanks het gezag van het gewijsde, maar een nieuwe vordering voor het eerst, wat met gezag van gewijsde niet te maken heeft⁸⁹.

16. Wordt aan de voorzitter een maatregel gevraagd die onmogelijk als voorlopig kan worden beschouwd, dan is er (opnieuw) sprake van "ontstentenis van rechtsmacht", niet van onbevoegdheid. Theoretisch zou men daarin een "incident over de verdeling van de zaken tussen de kamers en rechters van dezelfde rechtbank van eerste aanleg" in de zin van art. 88, § 2, kunnen zien, omdat de "gewone" kamers wel degelijk onomkeerbare beslissingen kunnen treffen, maar in de praktijk zal de voorzitter de vordering eenvoudig verwerpen. Allicht is het daarom dat het Hof van Cassatie in zijn arrest van 14 juni 1991 gezegd heeft dat de voorzitter de vordering dan ongegrond moet verklaren⁹⁰, maar verwerpen volstaat, want aan de grond van het kort geding komt de voorzitter niet toe. Mooier zou wellicht zijn de zaak "uit handen geven", "bij gebrek aan rechtsmacht"⁹¹.

86 Cass. 18 februari 2010, DIAMANTHANDEL A. SPIRA / DE BEERS UK LTD., www.cass.be; RW 2010-11, 743, noot S. MOSSELMANS, "Hernieuwing van maatregelen in kort geding".

87 Bijvoorbeeld Antwerpen, 13 december 2006, NJW 2007, afl. 161, 366, noot G. VERSCHOLDEN; Cass. 18 februari 2010, RW 2010-11, 743, noot S. MOSSELMANS, "Hernieuwing van maatregelen in kort geding"..

88 Geïnspireerd door het verslag-VAN REEPINGHEN (oc, 236), bijvoorbeeld Voorz. Rb. Brussel 9 oktober 2007, IRDI 2008, afl. 1, 38.

89 Zie art. 23: zelfde oorzaak, zelfde voorwerp.

90 Aldus nochtans Cass. 14 juni 1991, TBH 1992, 257, noot A.S. MAERTENS.

91 Vergelijk art. 568, derde lid; art. 590, tweede lid.