

## HC 7A, 17-10-2019, Kort geding

### Het kort geding kent de volgende kenmerken:

- Het is een snelle en voorlopige voorziening;
- Bodemprocedure is niet vereist (uitzondering in art. 1019i Rv);
- Het kan bestaan uit een ordemaatregel, prognose voor bodemzaak en aanvulling op bodemprocedure.

Een kort geding kan van aanleg tot vonnis binnen enkele weken, dagen of bij ernstige spoed zelfs uren afgerond zijn. De meeste kort gedingen worden niet meer gevolgd door een bodemprocedure. Alleen in de uitzonderingsgevallen in art. 1019i volgt zo'n procedure. Als er bij die gevallen geen bodemprocedure volgt vervalt de voorlopige voorziening. De voorzieningenrechter beslist snel en op basis van summiere informatie wat er op dat moment moet gebeuren. Hiermee bevriest hij eigenlijk de situatie, met als doel dat er een bodemprocedure volgt. Als partijen dat niet nodig vinden is zo'n procedure niet verplicht. De voorzieningenrechter vraagt zich af wat de rechter in de bodemprocedure waarschijnlijk zal oordelen. In de bodemprocedure kan je ook een kort geding voeren via een voorlopige voorziening (art. 223 Rv). Deze geldt dan voor de duur van de bodemprocedure. Bijvoorbeeld als je wilt dat een online bron wordt verwijderd omdat hij onjuist informatie over geeft.

Voor een kort geding moet je bij de **voorzieningenrechter** in de rechtbank zijn, of bij de kantonrechter (art. 254 lid 5 Rv). Je hebt hier een eigen keuze. De griffierechten zijn bij beide instanties gelijk, maar het verschil zit in de **verplichte procesvertegenwoordiging**. In kort geding neem je meestal geen conclusie van antwoord, maar gebeurt het allemaal tijdens de mondelinge behandeling/ comparitie.

Vier elementen zijn van belang met betrekking tot kort geding:

- Spoedeisend belang;
- Onmiddellijke voorziening bij voorraad;
- Belangenafweging tussen partijen;
- Voorzieningenrechter.

### Procedure

Het kort geding is een dagvaardingsprocedure en de meeste bepalingen zijn ook van toepassing (19, 78, 254-259 Rv). Dit geldt niet voor alle bepalingen: een gedaagde hoeft bijvoorbeeld geen conclusie van antwoord te nemen. Hij verweert zich mondeling op de zitting. Je kunt in beginsel in alle zaken een kortgedingprocedure beginnen, maar niet alle vorderingen kunnen worden ingesteld in kort geding. Zaken over inbreuk op het intellectueel eigendomsrecht of over ontruiming zijn zeer geschikt om in kort geding te vorderen. Als eiser kan je in de meeste gevallen de **bodemprocedure** niet afwachten. Er wordt dan gevorderd dat een onrechtmatige toestand moet worden beëindigd of voorkomen.

## Procesverloop

### Het kort geding verloopt als volgt:

- Je hebt een advocaat nodig;
- Hij maakt een conceptdagvaarding;
- Die stuurt hij naar de rechtbank met de vraag of ze een datum en tijdstip willen bepalen;
- Als gedaagde een advocaat heeft wordt ook gekeken wanneer hij verhinderd is;
- De rechtbank bepaalt een datum en tijd;
- Dit wordt in de dagvaarding ingevuld en die wordt betekend.

In normale zaken moet tussen dagvaarding en aanvang van de zaak minimaal een week zitten. Maar bij het kort geding kan dat niet altijd. Daarvoor biedt de wet de voorziening dat de rechter de termijn kan verkorten (art. 117 Rv). Als gedaagde diezelfde middag al moet verschijnen en hij doet dat vrijwillig dan kan betekening achterwege blijven.

### Competentie

Als gedaagde in het buitenland (maar wel een EU-land) woont dan geldt de Brussel-I-Bis (artikel 31) verordening. Als in de bodemprocedure een andere rechter bevoegd zou zijn, maar volgens Nederlands recht mag je een kortgedingprocedure in Nederland volgen, dan mag dat nu ook. Dit is een uitbreiding van de competentie. Naast de rechter die volgens artikel 99 Rv bevoegd is, is ook de rechter van de plaats waar de voorziening ten uitvoer moet worden gelegd bevoegd.

De voorzieningenrechter noemen we de **president** van de rechtbank (art. 50 RO). Uitgangspunt is dat de eiser bij advocaat moet procederen, maar dat de gedaagde ook in persoon mag verschijnen (art. 255 Rv). Indien de gedaagde in persoon verschijnt, mag hij niemand machtigen maar moet hij zelf verschijnen. De gedaagde brengt op zitting mondeling zijn verweer naar voren. Het gebeurt maar zelden dat hij een conclusie van antwoord stuurt. Dit gebeurt voornamelijk bij ingewikkelde zaken. Het grootste nadeel hiervan is dat als je je verweren aan de rechter stuurt, je ze ook aan de wederpartij moet sturen. Die kent dus dan een groot deel van je verweer al en kan zich daar ook op voorbereiden. Bij de kantonrechter mag de eiser in kort geding ook in persoon verschijnen.

### Vordering

De voorzieningenrechter kan zijn vonnis ambtshalve **uitvoerbaar bij voorraad** verklaren (art. 258 Rv). In de bodemprocedure moet je dit vorderen. Een voorlopige voorziening kan een gebod, verbod of bevel zijn. Het is altijd gericht op snelle executie. De uitspraak is meestal **constitutief** en niet declaratoir. Bijzondere categorieën zijn executie en opheffing van conservatoir beslag (artt. 705, 438 Rv). Een verklaring voor recht vorderen heeft niet zoveel zin. Met het karakter van de voorlopige voorziening verdraagt het zich niet dat de rechter zegt 'zo zit het'. Dat moet de rechter in de bodemprocedure doen. Het vaststellen van een rechtstoestand kan ook niet in kort geding, behalve het opheffen van conservatoir beslag. Dat is het wijzigen van een rechtstoestand en daarom een constitutief vonnis. Dat is de enige vorm van constitutieve vonnissen die wel in kort geding gewezen kunnen worden. Als de voorzieningenrechter vindt dat een zaak niet geschikt is voor kort geding, dan kan hij de vordering weigeren. Hiermee moet hij uiterst terughoudend zijn volgens de Hoge Raad. Hij kan niet zomaar weigeren omdat de zaak juridisch ingewikkeld is, daar moeten dan wel bijzondere omstandigheden bij komen.

## **Ingewikkeldheid van de zaak**

Octrooien zijn juridisch heel ingewikkeld. Dit was ook het geval in **Vredo/Veenhuis**. De rechter heeft de vorderingen van Vredo toegewezen na grondig onderzoek van de materie. Veenhuis ging in hoger beroep bij het hof, en het hof vond het te ingewikkeld en beriep zich op art. 256 Rv. De rechter in Den Haag die exclusief bevoegd is bij octrooigeschillen mocht dit volgens de Hoge Raad niet doen. Ze werden geacht om een oordeel te kunnen vormen. Het Hof had niet voldoende gemotiveerd waarom de zaak te ingewikkeld was voor kort geding. Als je als rechter tot dit oordeel komt, moet je het heel goed motiveren. Een zaak kan ook ingewikkeld zijn door een onduidelijk feitencomplex. In een bodemprocedure zal de rechter in dit geval een bewijsopdracht geven. In kort geding is hier geen tijd voor. Schorsing is in zo'n geval ook geen optie. In **Kloes/Fransman** heeft de rechter een aantal mensen die toevallig bij de zaak aanwezig waren en die mogelijk getuigen hadden kunnen zijn in de bodemprocedure een aantal vragen gesteld om de zaak op te helderen. Er is geen rechtsregel die dat verbiedt, maar de rechter is het ook niet verplicht.

## **Belangenafweging**

In art. 254 Rv is bepaald dat er een belangenafweging moet worden gemaakt. Het belang van de eiser bij toewijzing wordt vergeleken met het belang van gedaagde bij afwijzing. De president probeert zich voor te stellen hoe de bodemrechter zou oordelen. Hierbij heeft hij een grotere vrijheid dan de bodemrechter. Bij **P&G/Kimberly-Clark** ging het om een luieroorlog. Het ene merk had in een reclame gezegd dat hun luiers beter waren dan die van de concurrent en dat vond de concurrent niet leuk. Die vorderde een verbod op inbreuk op hun merkrecht en een rectificatie. Ze kregen deels gelijk, maar gingen toch in hoger beroep. Daar vorderde P&G dat Kimberly-Clark niet meer dit soort spotjes zou mogen maken. Wel was de rectificatie toegewezen en moest Kimberly-Clark dus zeggen dat hun spotje onrechtmatig was en excuus aanbieden. Artikel 3:296 BW is een gebod aan de bodemrechter, maar daar mag de kortgedingrechter van afwijken volgens de Hoge Raad. Het was in dit geval juist dat ze hadden gezegd dat rectificatie genoeg was.

## **Primaat van de bodemrechter**

Als er wel een bodemprocedure is (bijvoorbeeld appel) dan is er dus al een vonnis in eerste aanleg. Naar dit vonnis moet de kortgedingrechter zich richten (primaat van de bodemrechter). Hierop zijn een aantal uitzonderingen:

- Bij een **kennelijke missslag** van de bodemrechter (feitelijk of juridisch);
- Bij **gewijzigde omstandigheden**;
- Bij een kort geding tot opheffing van conservatoir beslag.

## **Executie**

Als je een kort geding vonnis executeert dan doe je dat op eigen risico. Blijkt later dat de bodemrechter een andersluidend vonnis geeft dan ben je zelf aansprakelijk voor de schade. Bij **Kempkes/Samson** ging het om levering van een onroerende zaak. Samson wilde niet afnemen maar Kempkes vorderde in kort geding een veroordeling tot meewerken op straffe van dwangsom. Samson bleef weigeren. In de tussentijd oordeelde de rechter in de bodemprocedure dat het bestaan van de

koopovereenkomst helemaal niet bewezen kon worden. Zonder titel was er geen verplichting tot levering. Kempkes had in kort geding gelijk gekregen maar in de bodemprocedure niet. Hij vond dat Samson toch de dwangsommen verschuldigd was omdat hij in kort geding niet naar de voorzieningenrechter had geluisterd.

### **M'Barek/Van der Vloot**

In het arrest M'Barek/ Van der Vloot ging de procedure over een geldvordering. Een procedure over een geldvordering is mogelijk in kort geding, maar dan moet de rechter veel onderzoek doen naar het bestaan van de verbintenis. Ten tweede moet de eiser aantonen dat hij een spoedeisend belang heeft bij het nu kunnen incasseren van de geldsom. Hij moet echt de bodemprocedure niet kunnen afwachten en dit moet hij goed stellen en aannemelijk kunnen maken. Er geldt een **verzwaarde eis**. De rechter moet bij de belangenafweging afwegen of er een risico is dat als hij de vordering toewijst en eiser in de bodemprocedure alsnog ongelijk krijgt, hoe groot dan de kans is dat gedaagde zijn geld niet meer terugziet. Dit noemen we het **restitutie risico**. Het vonnis in kort geding krijgt geen gezag van gewijsde maar wel kracht van gewijsde. Kloes probeerde het na een aantal maanden opnieuw en toen wees de president dezelfde vordering wel toe. Dit was mogelijk door nieuwe feiten en getuigen.

**Gezag van gewijsde** staat vastgelegd in de wet (art. 236 Rv). Als de rechter iets heeft beslist dan staat dat tussen die twee partijen vast. Als er nog een procedure is, mag de rechter niet meer oordelen over de feiten die gezag van gewijsde hebben gekregen. Bij het kort geding is er geen sprake van gezag van gewijsde, want dat is een voorlopig oordeel dat vooruitloopt op de bodemrechter. Een vonnis krijgt kracht van gewijsde als er geen rechtsmiddelen meer openstaan (na drie maanden bij appel). Ook bij een kort geding vonnis kan je in appel. Het nadeel is dat de procedure dan minder snel verloopt. De zaak verschijnt dan gewoon op de rol van het hof, maar de aard van het kort geding blijft overeind. Het hof heeft in appel daarom ook een ruimere bevoegdheid en is niet aan alle voorschriften gebonden. Je kunt nog steeds geen verklaring voor recht vorderen. De appeltermijn is vier weken, in cassatie is de termijn acht weken. De bodemprocedure heeft primaat en de bodemrechter gaat voor de voorlopige voorzieningsrechter. Je bent verplicht het kort geding vonnis te volgen zolang de bodemrechter geen uitspraak heeft gedaan. Je verbeurt dus ook gewoon de dwangsom, ook al krijg je later gelijk in de bodemprocedure.

### **HC 7B, 18-10-2019, Executie en dwangsom**

Voor de uitleg van de dwangsomregeling moet je in hoogste instantie bij de Benelux-rechter zijn. Een dwangsom is een **indirect executiemiddel**. Meestal wordt een dwangsom gevorderd in kort geding, maar het kan ook in een bodemprocedure of zelfs voor het eerst in verzet of hoger beroep. Als iemand moet meewerken aan de levering van een onroerende zaak, kan de rechter oordelen dat dit op straffe van een dwangsom van 1000,- per dag is. De executant (eiser) heeft recht op dit geld. Je kunt ook een dwangsom leggen op het nakomen van een omgangsregeling of op het staken van een inbreuk op een auteursrecht. De vordering die je niet kan versterken met een dwangsom (art. 611a Rv) is de vordering tot betaling van een geldsom. De rechter spreekt op vordering de oplegging van de dwangsom uit. De rechterlijke veroordeling vormt de grondslag van de verschuldigdheid van de dwangsom. Je bent hem na de uitspraak dus verplicht te betalen, zelfs als je later in hoger beroep gelijk krijgt (**Kempkes/Samson**).

## Trenning/Krabben

Krabben wilde het grote bezit van Trenning (ze had heel veel grond en een boerderij geërfd) deels overnemen en deels pachten. Hij ging met zijn gezin in één van de boerderijen wonen. Bij de overeenkomst ging het ook om de inventaris van het boerenbedrijf. Uiteindelijk wil Trenning graag van de overeenkomst af, maar de rechtbank oordeelt dat de koeien, een deel van de inventaris en het veevoer moest worden afgegeven. Hierop stond een dwangsom van 5000,- per dag. Trenning weigerde dit te doen. Het hof bekrachtigt in appel het vonnis en Trenning gaat niet in cassatie waardoor het vonnis in kracht van gewijsde gaat.

Trenning blijft echter weigeren. Krabben wil daarop de dwangsommen innen, maar Trenning spant een executiegeschil aan. De rechter ziet dat er een fout is gemaakt. De rechter in eerste aanleg had het vonnis zo verwoord dat als ze ook maar één rol prikkeldraad niet zou leveren, ze de dwangsom al verschuldigd zou zijn. Maar de koeien waren al geslacht waardoor Trenning deze niet kon leveren. Daarom matigt de rechter de dwangsom tot 50,000. Krabben gaat hiertegen in hoger beroep en vindt bij het hof gehoor.

Het oordeel over de koeien blijft bij het hof overeind, maar de matiging niet. Dit komt bij de Hoge Raad terecht, die moest oordelen of je als rechter een dwangsom mag opknippen en ten tweede of je mag kijken naar de waarde van de te verrichten prestatie en die mag koppelen aan de dwangsom.

Deze vragen stelt de Hoge Raad aan het Benelux-gerechtshof. Het antwoord op beide vragen is nee. Als de rechter dit wil moet hij het ook zo verwoorden in het vonnis. Doet hij dat niet dan ben je gewoon de volledige dwangsom verschuldigd. Het gaat om de **dwangsomveroordeling** en niet om de waarde van de te verrichten prestatie. Trenning bleef weigeren te voldoen aan de veroordeling en de teller bleef lopen. Uiteindelijk was hij meer dan een miljoen verschuldigd. Sinds dit vonnis weet elke rechter wat er kan gebeuren als je geen maximumsom verbindt aan je veroordeling en hoe belangrijk de formulering van de veroordeling is. De advocaat van gedaagde zal ook goed moeten opletten met zijn formulering van de vordering.

Mevrouw Trenning heeft zich uiteindelijk failliet laten verklaren (art. 611e Rv). Vanaf dat moment stopt de teller en dwangsommen die al verbeurd waren worden in het passief van het faillissement niet toegelaten. Zo kon ze in de boerderij blijven wonen en kreeg ze genoeg geld om van te leven. Dit heeft ze volgehouden tot haar overlijden.

## Termijnen

Dwangsommen gaan lopen vanaf de betekenis van het vonnis, tenzij de rechter een termijn heeft opgenomen. Als een rechter zegt dat uitvoering onmiddellijk na betekening moet gebeuren dan moet je eigenlijk protesteren, want dat is bijna niet te doen. Je dwingt betaling af door middel van **executie**. Met je vonnis heb je ook een executoriale titel die ook al betekend is. Je moet je daarom precies houden aan de veroordeling, want anders ben je de dwangsom kwijt. Een dwangsom wordt niet ambtshalve opgelegd. Je hoeft geen bedrag te vorderen, dat kan je wel aan de rechter overlaten, net als de termijn. Als het bedrag wel gevorderd is mag de rechter er ook van afwijken.

Als de hogere beroepsrechter het vonnis vernietigt, dan ben je de in de tussenliggende periode verschuldigde dwangsommen niet meer verschuldigd. Het vonnis is met terugwerkende kracht **vernietigd**. Je bent ze daarom nooit verschuldigd geweest. Als je niet in appel gaat maar bijvoorbeeld naar een bodemrechter (waardoor het kort geding vonnis in kracht van gewijsde gaat) en je krijgt daar gelijk, dan ben je de dwangsommen nog wel verschuldigd over de achterliggende periode. Dit volgt

uit **Kempkes/Samson**. Dit komt omdat het vonnis is vastgelegd in een rechterlijke uitspraak en daar heb je je gewoon aan te houden.

Als het **onmogelijk** is om aan de vordering te voldoen (art. 611d Rv), dan kan je je op dit artikel beroepen en ben je de dwangsommen niet verschuldigd. Als je jezelf in de positie van onmogelijkheid hebt gebracht dan gaat dit niet op. Omdat de rechter natuurlijk ook kijkt of het uitvoeren van het vonnis wel te doen is zal dit niet vaak voorkomen. De vordering tot vermindering van de dwangsom moet je instellen bij de rechter die de dwangsom heeft opgelegd. Dit wijkt af van de gewone competentieregels.

### **Executoriaal beslag**

Je kunt ook opheffing van executoriaal beslag vorderen. Dit doe je vaak in kort geding omdat er spoed bij is (art. 438 Rv). Deze vordering zal de executierechter niet snel toewijzen. De rechter kan slechts staking van executie bevelen als de executant geen in **redelijkheid** te respecteren belang heeft bij het gebruik maken van zijn recht tot executie. Dit is het geval als het vonnis klaarblijkelijk op een misslag berust of wanneer na het vonnis omstandigheden zijn gewijzigd of nieuwe feiten aan het licht zijn gekomen, die een noodtoestand doen ontstaan. Failliet gaan is geen noodtoestand, het moet gaan om zeer uitzonderlijke omstandigheden. De formule uit dit arrest moet je kennen want het is de maatstaf die de executierechter in alle gevallen moet aanleggen.

### **Executie**

Een toewijzend vonnis wil je executeren (art. 704 Rv). Voor tenuitvoerlegging kijken we naar artikel 430 e.v. Rv. Executoriaal beslag is het meest gebruikte dwangmiddel. Met een executoriale titel kan je beslag leggen. De **grossen** van vonnissen en authentieke akten kunnen in heel Nederland ten uitvoer worden gelegd. Er is een onderscheid tussen grossen en afschriften. Een grosse is een stuk papier met een stempel erop 'in naam van de koning', en die grosse kan in heel Nederland ten uitvoer worden gelegd. Deze stuur je ook naar de deurwaarder, en die kan dan de executie inleiden. Het uitgangspunt in de wet is verhaalexecutie. De prestatie is dan het betalen van een geldsom (artt. 3:276, 3:277 BW). De schuldenaar is aansprakelijk met zijn hele vermogen. Ontruiming is een vorm van **reële executie**. Conservatoir beslag gaat over in executoriaal beslag zodra in het vonnis in de hoofdzaak een voor tenuitvoerlegging vatbare executoriale titel is gegeven, en die betekend is aan de wederpartij. De deurwaarder moet conservatoir beslag leggen, de dagvaarding betekenen en het vonnis betekenen en executeren.

Door het **blokkeringseffect** leidt het beslag niet tot beschikkingsonbevoegdheid. Je kunt de zaak nog steeds vervreemden en zelfs leveren. Vervreemding na beslag kan echter niet tegen beslaglegger worden ingeroepen. Hier geldt wel dat rechten die door derde anders dan om niet verkregen zijn, worden eerbiedigt als hij zaak in handen heeft en te goeder trouw was. In dat geval staat de beslaglegger dus alsnog met lege handen.

Onderling hebben beslagleggers geen rangorde, maar de aard van het beslag speelt een rol. Als je beslag tot afgifte van een auto legt en iemand anders doet hetzelfde dan is er geen probleem en bepaalt de rechter wie het sterkste recht heeft (art. 3:298 BW). Als het eerste beslag tot afgifte is en het tweede beslag is een verhaalsbeslag, dan is er sprake van **samenloop**. Het eerste beslag verschiet dan naar een verhaalsbeslag. Hij krijgt dan vervangende schadevergoeding en om die te krijgen heeft hij een verhaalsbeslag op de auto.