



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Samenloop van voorlopige voorzieningen in het burgerlijk procesrecht

Besten, M. den; Houben, I.S.J.; Jansen, K.J.O.; Memelink, P.; Nieuwenhuis, J.H.; Reurich, L.

Citation

Besten, M. den. (2007). Samenloop van voorlopige voorzieningen in het burgerlijk procesrecht. In I. S. J. Houben, K. J. O. Jansen, P. Memelink, J. H. Nieuwenhuis, & L. Reurich (Eds.), *BW Krant Jaarboek* (Vol. 23, pp. 211-238). Deventer: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13043>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13043>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

12 | Samenloop van voorlopige voorzieningen in het burgerlijk procesrecht

M. den Besten[■]

1 INLEIDENDE OPMERKINGEN

Wanneer een partij in een civiele kwestie met spoed een voorlopige voorziening wil hebben, wordt doorgaans gekozen voor het entameren van een kortgeding-procedure voor de voorzieningenrechter van de rechtbank. Inderdaad kan via de weg van de kortgedingprocedure – een snelle en informele procedure – op korte termijn een voorlopige voorziening worden verkregen. Minder bekend is de mogelijkheid om tijdens een aanhangig geding ex art. 223 Rv te vorderen dat de rechter een voorlopige voorziening zal treffen voor de duur van dat geding. Partijen kunnen van laatstgenoemde mogelijkheid, welke ook wel bekend staat als de provisionele vordering, gebruik maken door middel van het opwerpen van een incident in een aanhangige bodemprocedure.

Uit het vorenstaande volgt dat de partij die een voorlopige voorziening wenst in bepaalde gevallen de keuze heeft tussen de kortgedingprocedure en de provisionele vordering ex art. 223 Rv, zodat in die gevallen gesproken kan worden van een samenloop van rechtsvorderingen. Voor zover het daarbij gaat om zaken die ten gronde door de kantonrechter worden behandeld en beslist, is op grond van het bepaalde in art. 254 lid 4 Rv ook de kantonrechter bevoegd tot het geven van een voorlopige voorziening in kort geding. In een dergelijk geval bestaan dus zelfs drie mogelijkheden tot het verkrijgen van een voorlopige voorziening: het kort geding voor de voorzieningenrechter van de rechtbank, het kort geding voor de kantonrechter en de provisionele vordering. Dit palet aan mogelijkheden roept de vraag op voor welke rechtsingang een partij in voorkomende gevallen dient te kiezen.

In deze bijdrage staat de provisionele vordering ex art. 223 Rv centraal. Besproken wordt onder welke omstandigheden en onder welke voorwaarden een partij voor deze rechtsingang kan kiezen. Daarnaast wordt ingegaan op de voor- en nadelen van de provisionele vordering ten opzichte van de kortgedingprocedure, en zal aan de orde komen wanneer het instellen van een

■ M. den Besten is PhD-fellow burgerlijk procesrecht, Universiteit Leiden.

dergelijke vordering te prefereren valt boven het voeren van een kortgeding-procedure.¹

2 BETEKENIS VAN DE ARTIKELEN 51 EN 116 Rv (OUD)

Met de herziening van het civiele procesrecht in 2002² heeft de wetgever de mogelijkheid tot het instellen van een provisionele vordering expliciet in art. 223 Rv gecodificeerd. Voordien kon het bestaan van de provisionele vordering slechts indirect worden afgeleid uit art. 51 Rv (oud).³ Laatstgenoemd artikel bood de rechter de mogelijkheid om in één vonnis uitspraak te doen op zowel de eis in de hoofdzaak als op de provisionele vordering, wanneer deze beide vorderingen gelijktijdig in staat van wijzen waren. Hieruit volgde impliciet de mogelijkheid tot het instellen van een provisionele vordering.

Hoewel de parlementaire geschiedenis op het eerste gezicht wellicht anders doet vermoeden,⁴ heeft de wetgever met art. 223 Rv niet willen breken met de vóór 2002 bestaande rechtspraktijk. Slechts de redactie van het artikel heeft een aanpassing ondergaan, niet de mogelijkheid tot het instellen van een provisionele vordering als zodanig. De literatuur en jurisprudentie omtrent art. 51 Rv (oud) hebben voor het huidige recht dan ook grotendeels hun betekenis behouden.

Voor een goed begrip van de huidige mogelijkheden om een voorlopige voorziening te verkrijgen is ook art. 116 Rv (oud) van belang. Dit artikel regelde kort gezegd de mogelijkheid om in spoedeisende zaken – welke ten gronde door de kantonrechter werden beslist⁵ – een voorlopige voorziening van de kantonrechter te verkrijgen, behalve wanneer reeds ex art. 289 Rv (oud)

1 Het burgerlijk procesrecht kent ook nog enkele specifieke vorderingen met betrekking tot voorlopige voorzieningen. Bijvoorbeeld ten aanzien van scheidingszaken (art. 821 e.v. Rv) en in het kader van het recht van enquête naar het beleid en de gang van zaken bij rechtspersonen (art. 2:349a lid 2 BW). Zie omtrent deze laatste vordering P.D. Olden, 'Tien jaar onmiddellijke voorzieningen', in: *Ondernemingsrecht* 2003, p. 549-555. Dergelijke specifieke vorderingen blijven in deze bijdrage verder onbesproken.

2 Wet van 6 december 2001, *Stb.* 2001, 580.

3 Art. 51 Rv (oud) luidde: 'Indien er een provisionele eisch gedaan is, en de zaak zoo ten principale als op de provisie in staat van wijzen is, zal de regter op beide bij één en hetzelfde vonnis uitspraak kunnen doen'.

4 Vgl. A.I.M. van Mierlo, m.m.v. F.M. Bart, *Parlementaire geschiedenis herziening van het burgerlijk procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2002, p. 389: '(...) Artikel 223 (2.9.16) stemt niet overeen met het huidige artikel 51 Rv (...) [onderstreping: MdB]'. In het navolgende zal dit werk worden aangehaald als: 'PG NRv'.

5 Vgl. art. 38-43a Wet RO (oud).

een kortgedingprocedure voor de president van de rechtbank was ingesteld.⁶ Deze procedure bij de kantonrechter stond in de rechtspraak ook wel bekend als het kantonrechtterskortgeding, of simpelweg als de 116-procedure.

Ten opzichte van de provisionele vordering ex art. 51 Rv (oud) en de kortgedingprocedure voor de president van de rechtbank kende de 116-procedure enkele bijzonderheden. Hoewel art. 116 lid 6 Rv (oud) bepaalde dat een verkregen voorlopige voorziening haar werking verloor, zodra het eindvonnis in de hoofdzaak in kracht van gewijsde was gegaan, vloeide uit het tweede lid van datzelfde artikel voort dat de aanhangigheid van een hoofdzaak geen vereiste was voor het verkrijgen van een voorlopige voorziening.⁷ Sterker nog, wanneer na een verkregen voorlopige voorziening het instellen van een hoofdzaak achterwege bleef, behield de voorlopige voorziening in beginsel gewoon haar werking.⁸ In zoverre vertoonde de via een 116-procedure verkregen voorlopige voorziening gelijkenis met de op grond van een kortgedingprocedure voor de president van de rechtbank verkregen voorlopige voorziening, maar week zij af van de provisionele voorziening ex art. 51 Rv (oud). Voor laatstgenoemde voorziening was de aanhangigheid van een hoofdzaak namelijk wél vereist.

Een andere bijzonderheid van de 116-procedure betrof het feit dat ingevolge art. 116 lid 4 Rv (oud) tegen de beslissing van de kantonrechter op de gevorderde voorlopige voorziening geen hoger beroep of beroep in cassatie opstond. Art. 116 lid 5 Rv (oud) bood de partij tegen wie de vordering tot het treffen van een voorlopige voorziening was toegewezen slechts de mogelijkheid om binnen veertien dagen na dagtekening van het vonnis een schriftelijke verklaring bij de kantonrechter in te dienen, waarin zij kon aangeven dat zij zich niet met het vonnis kon verenigen. Wanneer een dergelijke verklaring was ingediend, verloor het vonnis zijn kracht op het moment dat de hoofdzaak werd ingetrokken, of – indien de hoofdzaak nog niet aanhangig was – wanneer niet binnen vier weken na dagtekening van deze verklaring (alsnog) de dagvaarding in de hoofdzaak werd uitgebracht. Tegen de beslissing op een ex art. 51 Rv (oud) ingestelde provisionele vordering, evenals tegen de door de president in kort geding gegeven voorlopige voorziening, konden de rechtsmiddelen hoger beroep en beroep in cassatie daarentegen wel worden aangewend.

6 Net als het huidige art. 254 lid 4 Rv, creëerde art. 116 Rv (oud) een situatie van *mede-bevoegdheid* van de kantonrechter tot het geven van een voorlopige voorziening, welke bevoegdheid niets afdeed aan de bevoegdheid van de president van de rechtbank in kort geding. Zie ook HR 19 mei 1995, NJ 1995, 532, r.o. 3.2, tweede alinea.

7 Op dit punt was art. 116 Rv (oud) ruimer dan zijn voorganger art. 100 Rv (1965), dat bepaalde dat een voorlopige voorziening slechts gevorderd kon worden op het moment dat reeds een hoofdzaak aanhangig was. Vgl. J.H. Blaauw, W. Schenk. *Het kort geding. A. Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 2002, p. 59.

8 Vgl. W.H. Heemskerk, W. Hugenholtz. *Hoofdlijnen van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, 19^e druk, Den Haag: VUGA Uitgeverij B.V. 1998, p. 108 (nr. 123).

Onder het vernieuwde procesrecht zijn de mogelijkheden tot het verkrijgen van een voorlopige voorziening aanzienlijk geharmoniseerd. Toch bestaan er nog steeds verschillen tussen de langs de weg van art. 223 Rv verkregen provisionele voorziening, en de voorlopige voorziening die door middel van een kortgedingprocedure is verkregen. Alvorens de overeenkomsten en verschillen tussen de beide procedures nader te bespreken, wordt in de volgende paragraaf eerst ingegaan op de provisionele vordering.

3 DE PROVISIONELE VORDERING EX ART. 223 RV

3.1 Reikwijdte en karakter

Reeds in 1872 heeft de Hoge Raad bepaald dat in beginsel iedere voorziening, welke zich ervoor leent om als voorlopige voorziening te worden toegewezen, door partijen bij wege van provisionele vordering kan worden gevorderd.⁹ Het is dus niet vereist dat de gevraagde voorziening expliciet uit de wet voortvloeit.¹⁰ Daarbij is het ook mogelijk dat de provisionele vordering strekt tot toewijzing van hetgeen wordt gevorderd in de hoofdzaak of een gedeelte daarvan.¹¹ Wel heeft nog enige tijd discussie bestaan met betrekking tot de samenhang tussen de provisionele vordering en de eis in de hoofdzaak.¹²

⁹ Vgl. HR 21 juni 1872, W 3474. Dit oordeel is nadien herhaald in HR 23 februari 1990, NJ 1991, 147 (Allart/Kist-Hubert), m.nt. HJS, r.o. 3.3.

¹⁰ Zie in dit verband ook: E. Korthals Altes & H.A. Groen, *D.J. Veegens. Asser-serie Procesrecht. Deel 7. Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2005, p. 124 (nr. 56); H.J. Snijders, M. Ynzonides & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, 3^e druk, Deventer: Kluwer 2002, p. 294 (nr. 330) – ten tijde van het afronden van deze bijdrage was de 4^e druk (2007) van dit boek nog niet beschikbaar, doch ik begreep van de auteurs dat de in de 3^e druk gehanteerde nummering niet is gewijzigd; en, met betrekking tot art. 51 Rv (oud): R.P. Cleveringa, *Mr. W. van Rossem's verklaring van het Nederlands wetboek van burgerlijke rechtsvordering. Deel I.*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972, p. 351, aant. 2 bij art. 51; L.E.H. Rutten, m.m.v. W.H. Ariëns, *Mr. C.W. Star Busmann. Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, Haarlem: De Erven F. Bohn N.V. 1972, p. 127-128 (nr. 161); H.E. Ras, *Het tussenvonnis in het burgerlijk procesrecht* (diss. Amsterdam UvA), Arnhem: N.V. Uitgeversmaatschappij S. Gouda Quint – D. Brouwer en zoon 1966, p. 106 (nr. 94); W.H. Heemskerk, 'Enige kanttekeningen bij de nieuwe regeling van het geding voor de kantonrechter', in: *NJB* 1966, p. 583-585; R. van Boneval Faure, *Het Nederlandsche burgerlijk procesrecht*, Leiden: Boekhandel en Drukkerij voorheen E.J. Brill 1901, p. 7. Laatstgenoemde maakt daarbij de opmerking dat – met uitzondering van in de wet geregelde gevallen – een provisionele vordering alleen kan worden toegewezen voor de duur van het geding. In art. 223 Rv is dit thans gecodificeerd.

¹¹ Vgl. HR 28 november 1986, NJ 1987, 507 (Nunumete/Oostermeijer), r.o. 3.2; alsmede HR 14 november 1997, NJ 1998, 113, r.o. 3.3.

¹² Vgl. F. van Schaik, 'De provisionele eis als alternatief voor kort geding', *Advocatenblad* 1985, p. 76; en dezelfde, 'Art. 51 Rv, een onbekende spoedvoorziening', in: *Bodemloos? Spoedprocedures naar Nederlands recht. Jonge Balie Congresbundel 1987*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 108, beiden met verwijzingen naar verdere literatuur en jurisprudentie. Van Schaik

Sinds 2002 kan hierover echter geen onduidelijkheid meer bestaan, aangezien de wetgever in art. 223 lid 2 Rv thans uitdrukkelijk heeft bepaald dat de provisionele vordering *moet* samenhangen met de eis in de hoofdzaak.¹³

De verplichte samenhang van de provisionele vordering met de eis in de hoofdzaak hoeft voor de rechter geen beletsel te vormen om op de gevorderde voorziening te beslissen. Op gelijke wijze als voor de in kort geding gegeven voorlopige voorziening voortvloeit uit art. 257 Rv, geldt namelijk dat de voorlopige beoordeling van de rechtsverhouding tussen partijen – evenals een daarop gebaseerde toe- of afwijzing van de provisionele vordering – niet prejudicieert.¹⁴ Dit is uiteraard anders, wanneer het oordeel betreffende de provisionele vordering is vervat in een tussenvonnis dat ook (bindende) eindbeslissingen bevat met betrekking tot de eis in de hoofdzaak, en het oordeel omtrent de provisionele vordering mede op deze eindbeslissingen is gebaseerd.¹⁵

Hoewel de rechter die op een provisionele vordering heeft beslist in beginsel dus niet aan zijn voorlopig oordeel is gebonden, zou bij partijen toch het gevoel kunnen ontstaan dat deze rechter niet meer geheel onbevooroordeeld tegenover de hoofdzaak staat. In de praktijk wordt er om deze reden – in navolging van het Hauschildt arrest¹⁶ – nog wel eens een wrakingsverzoek ingediend, teneinde te voorkomen dat de rechter die op de provisionele vordering heeft beslist ook over de eis in de hoofdzaak zal oordelen.¹⁷ De slagingskans van een dergelijk wrakingsverzoek moet echter als miniem worden beschouwd. Recentelijk heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens geoordeeld dat het enkele feit dat een rechter voorafgaande aan de

komt tot de conclusie dat het *toelaatbaar* is om een provisionele vordering in te stellen, welke materieel gelijk is aan (en dus samenhangt met) de eis in de hoofdzaak, mits de aard van de hoofdzaak zich hiertegen niet verzet.

13 Zie in deze zin ook expliciet PG NRv, p. 389.

14 Vgl. HR 30 juni 1995, NJ 1996, 200, (Zingstra/Land van Cuyk) m.nt. HER, r.o. 3.1, derde alinea; HR 14 november 1997, NJ 1998, 113, r.o. 3.3, tweede alinea; alsmede HR 29 november 2002, NJ 2003, 50 (Helm/Aerts c.s.), r.o. 3.11 in fine. Zie in dezelfde zin: Schenk/Blaauw 2002, p. 68.

15 Vgl. G. Snijders, in: E.M. Wesseling-van Gent, P. Vlas & M. Ynzonides (hoofddred.), *Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer (losbl.), aant. 3 in fine bij art. 223 Rv.

16 In EHRM 24 mei 1989, NJ 1990, 627 (Hauschildt/Denemarken), m.nt. PvD, oordeelde het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in een strafzaak – kort samengevat – dat onder omstandigheden kan worden getwijfeld aan de onpartijdigheid van een rechter, indien deze rechter in een eerder stadium van de procedure reeds een inhoudelijk oordeel heeft gegeven omtrent aspecten die in het kader van de definitieve beoordeling eveneens een rol spelen.

17 Dergelijke wrakingsverzoeken zijn in het verleden regelmatig ingediend tegen kantonrechters die in het kader van een 116-procedure reeds hadden beslist op een met de hoofdzaak samenhangende voorlopige voorziening. Vgl. C.J.J. van Maanen, in: A.I.M. van Mierlo, C.J.J.C. van Nispen & M.V. Polak, *Burgerlijke Rechtsvordering. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2005, aant. 5a in fine bij art. 223. In het navolgende zal dit werk worden aangehaald als: '(T&C Rv) 2005'; alsmede P. Ingelse, 'Kroniek dagvaardingsprocedure in eerste aanleg', TCR 1998-2, p. 36.

zitting reeds beslissingen heeft genomen, onvoldoende is om objectief gerechtvaardigde twijfels te hebben omtrent zijn onpartijdigheid.¹⁸ Daarvoor oordeelde de Hoge Raad al dat de enkele omstandigheid dat een rechter reeds eerder bemoeienis met een zaak heeft gehad onvoldoende is om – objectief gezien – de vrees van onpartijdigheid te rechtvaardigen, en op basis daarvan aan te nemen dat deze rechter niet meer als onpartijdig rechter in de zin van art. 6 lid 1 EVRM zou kunnen beslissen.¹⁹

Ondertussen is het natuurlijk de vraag of de rechter die heeft beslist op een provisionele vordering, het op een wrakingsverzoek moet laten aankomen. Om ook maar alle schijn van partijdigheid te vermijden zou deze rechter kunnen overwegen de behandeling van de hoofdzaak informeel over te dragen aan een andere rechter.²⁰ Daarbij moet wel bedacht worden dat het overdragen van de behandeling van de hoofdzaak ook juist aanleiding voor een wrakingsverzoek kan vormen, zoals onlangs is gebleken in een procedure bij de Rechtbank Haarlem.²¹ In die zaak werd ten tijde van de pleidooien de voltallige rechtbank (meervoudige kamer) vervangen op grond van het bij de rechtbank bestaande rouleerbeleid. De drie rechters die tot dan toe bij de zaak betrokken waren, hadden in een tussenvonnis geoordeeld dat aan de eisende partij een – nader door een deskundige te bepalen – schadevergoeding toegewezen diende te worden. De eisende partij, die zich in de vervanging van deze haar welgevallige rechters niet kon vinden, diende vervolgens een wrakingsverzoek in tegen de voltallige nieuwe rechtbank. Dit verzoek is terecht afgewezen, nu er ten aanzien van de nieuwe rechters geen enkele aanleiding bestond om aan te nemen dat deze partijdig of bevooroordeeld zouden zijn.

De hierboven beschreven zaak is minder uitzonderlijk dan zij op het eerste gezicht lijkt. Omdat zaken bij de sector civiel van de rechtbank op grond van het in art. 15 Rv bepaalde in beginsel enkelvoudig worden behandeld en beslist, roept de rechter die op een provisionele vordering heeft beslist en de behandeling van de hoofdzaak vervolgens overdraagt aan een andere rechter, feitelijk een vergelijkbare situatie in het leven. Hoewel een naar aanleiding daarvan ingesteld wrakingsverzoek tegen de opvolgende rechter in lijn met de uitspraak van de Rechtbank Haarlem praktisch als kansloos moet worden beschouwd, wordt de behandeling van de hoofdzaak door een dergelijk verzoek ex art. 37 lid 5 Rv wel geschorst. De rechter die op de provisionele vordering heeft beslist, zal de mogelijkheid van een eventueel misbruik van het wrakingsverzoek daarom dienen te betrekken in zijn overwegingen om de hoofdzaak al dan niet over te dragen.

18 Zie EHRM 15 februari 2007, appl. nr. 15048/03, *NJB* 2007, 893 (Mathony/Luxemburg).

19 Vgl. HR 30 juni 1989, *NJ* 1990, 382 (De Regt/Veghel), m.nt. JBMV, r.o. 3.4; en recenter HR 15 februari 2002, *NJ* 2002, 197, r.o. 3.3.2.

20 Zoals betoogd door P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, 'Spel der Voorzieningen', *TCR* 2003-2, p. 39.

21 Vgl. Rb. Haarlem 28 maart 2007, *NJF* 2007, 329.

3.2 Verloop van de incidentele procedure

Een provisionele vordering kan door zowel de eiser als de gedaagde in de hoofdzaak worden ingesteld, zo volgt uit art. 223 Rv. Aangezien de wetgever de provisionele vordering heeft ondergebracht in de afdeling omtrent incidentele vorderingen (afdeling 2.10), moet voor de wijze waarop dit dient te gebeuren worden gekeken naar de voor incidentele vorderingen geldende algemene bepalingen (art. 208 en 209 Rv).

Uit art. 208 Rv kan impliciet worden afgeleid dat het partijen vrij staat om in iedere stand van het geding een provisionele vordering in te stellen. Het artikel bepaalt slechts dat een dergelijke vordering kan worden ingesteld bij dagvaarding of bij met redenen omklede conclusie. Desalniettemin zal een provisionele vordering over het algemeen slechts op bepaalde momenten in de procedure worden ingesteld. De eisende partij in de hoofdzaak zal een provisionele vordering doorgaans opnemen in haar inleidende dagvaarding in de hoofdzaak. Zeker nu in het kader van het vernieuwde procesrecht de conclusie van eis is afgeschaft.²² Hoewel het voor deze partij eveneens mogelijk is om een provisionele vordering bij latere incidentele conclusie in te stellen, zal dit zich in de praktijk minder vaak voordoen. In beginsel beperkt het debat tussen partijen zich immers tot één schriftelijke ronde en een comparitie van partijen (vgl. art. 131 en 132 Rv), gevolgd door een (eind)vonnis. Het relatief korte tijdsbestek waarbinnen dit debat plaatsvindt, brengt mee dat het slechts in een klein aantal gevallen noodzakelijk zal zijn om – wanneer dit in de inleidende dagvaarding niet is gebeurd – bij latere incidentele conclusie alsnog een provisionele vordering in te stellen.²³ Om dezelfde reden ligt het voor de hand dat de gedaagde in de hoofdzaak een provisionele vordering zal instellen bij de conclusie van antwoord, en niet bij latere incidentele conclusie. Met betrekking tot de procedure bij de sector kanton moet in dit verband overigens worden gewezen op de bijzonderheid dat de provisionele vordering mondeling kan worden ingesteld. Art. 82 lid 2 Rv bepaalt immers dat conclusies en akten in zaken waarin partijen in persoon kunnen procederen, ook mondeling ter terechtzitting genomen kunnen worden.²⁴

Van verschillende zijden is er op gewezen dat de mogelijkheid tot het instellen van een provisionele vordering alles behalve ‘ingeburgerd’ is, zodat partijen er niet klakkeloos vanuit kunnen gaan dat adequaat op een ingestelde

²² Vgl. PG NRv, p. 380.

²³ Van Maanen (T&C Rv) 2005, aant. 1b bij art. 208 Rv, noemt de situatie waarin de eisende partij in de hoofdzaak heeft verzuimd om de provisionele vordering in te stellen bij de inleidende dagvaarding. Het alsnog instellen van de provisionele vordering bij afzonderlijke incidentele conclusie kan dan wellicht uitkomst bieden. Daarnaast kan de noodzaak voor een provisionele vordering natuurlijk ook pas tijdens het geding ontstaan.

²⁴ Vgl. PG NRv, p. 381; alsmede art. 4.4 RRK (Landelijk reglement voor de civiele rol van de kantonsectoren), Staatscourant 19 juni 2003, nr. 115, p. 24.

provisionele vordering wordt gereageerd.²⁵ Zo bevat het Landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken (LRR)²⁶ hieromtrent geen bepaling. De tweede zin van art. 2.2 LRR bepaalt slechts dat indien met een processtuk tevens een andere proceshandeling wordt verricht dan waar de zaak voor stond, hiervan in de kop van dat processtuk melding wordt gemaakt.²⁷ Ten aanzien van het opnemen van een provisionele vordering in de conclusie van antwoord zal dit niet veel problemen opleveren,²⁸ en zal het snel duidelijk zijn dat door de gedaagde in de hoofdzaak een incidentele vordering wordt opgeworpen. Wanneer echter de eisende partij in de hoofdzaak in haar inleidende dagvaarding een provisionele vordering wenst op te nemen is dit anders. De kop van de dagvaarding bevat immers reeds de namen van partijen en andere door de artikelen 45 lid 2 en 111 lid 2 Rv voorgeschreven gegevens. De provisionele vordering komt pas in het lichaam van de dagvaarding aan bod, zodat deze gemakkelijk over het hoofd gezien kan worden. Het is dan ook van essentieel belang om bij het aanbrengen van de dagvaarding expliciet aan de (rol)rechter en de wederpartij kenbaar te maken dat tevens een provisionele vordering wordt ingesteld.

In het verleden is wel betoogd dat de eisende partij die reeds bij dagvaarding een provisionele vordering instelt, deze dagvaarding – in ieder geval voor zover het de provisionele voorziening betreft – op verkorte termijn zou moeten uitbrengen. Dit, teneinde te bereiken dat op de eerste rolzitting slechts een kort peremptoir uitstel wordt verleend aan de gedaagde partij voor de conclusie van antwoord in het incident, en dat het nemen van conclusies van repliek en dupliek ex art. 145 Rv (oud) wordt uitgesloten, zodat snel een uitspraak op de provisionele vordering verkregen kan worden.²⁹ Mijns inziens kan onder het huidige procesrecht worden volstaan met het uitbrengen van een dagvaarding op de gewone termijn. Door de (rol)rechter en de wederpartij

25 Vgl. bijvoorbeeld Schenk/Blaauw 2002, p. 68; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, p. 177 (nr. 189), en p. 294 (nr. 330); alsmede Snijders (losbl.), aant. 7 bij art. 223 Rv. Welke onverkwikkelijke gevolgen dit kan hebben voor de partij die de provisionele vordering instelt, blijkt bijvoorbeeld uit HR 7 januari 2000, NJ 2000, 186 (Van Bentem/Van Oorschot q.q.), r.o. 3.2-3.4.

26 Staatscourant 9 februari 2007, nr. 29, p. 24.

27 Ook het RRK blinkt op dit punt niet uit in duidelijkheid. Art. 10.1 RRK bepaalt slechts dat de sector kanton de wijze waarop voorzieningen bij voorraad dienen te worden aangebracht en behandeld, in een bijzonder reglement regelt. Daarbij wordt verwezen naar een als Appendix II bij het RRK gevoegde – maar opmerkelijk genoeg niet in de Staatscourant gepubliceerde – modelreglement. Het Uniform rolreglement van de gerechtshoven (URG) is op dit punt iets duidelijker, door in art. 4.1 URG te bepalen dat de partij die een incident wil opwerpen, zulks kan doen in de appeldagvaarding, bij afzonderlijke incidentele memorie of bij een reguliere memorie. In het laatste geval dient in het opschrift uitdrukkelijk kenbaar te worden gemaakt dat tevens een incidentele vordering wordt ingesteld.

28 De kop van dit processtuk zou kunnen luiden: 'Conclusie van antwoord, tevens houdende vordering tot provisionele voorziening ex art. 223 Rv'.

29 Vgl. Van Boneval Faure 1901, p. 11-12; Star Busmann/Rutten/Ariëns 1972, p. 286 (nr. 309); Van Schaik 1985, p. 77; dezelfde 1987, p. 110.

expliciet te wijzen op de ingestelde provisionele vordering, kan worden bewerkstelligd dat de zaak – voor zover het de provisionele vordering betreft – wordt verwezen naar de rol voor de conclusie van antwoord in het incident. Daarmee wordt op korte termijn een beslissing op de provisionele vordering verkregen.

De wederpartij van de partij die de provisionele vordering instelt, heeft het recht om op deze vordering te reageren door middel van een conclusie van antwoord in het incident.³⁰ Dit blijkt uit art. 128 Rv, dat ingevolge art. 208 lid 1 Rv van overeenkomstige toepassing is op de provisionele vordering. Art. 208 lid 2 Rv bepaalt vervolgens dat het nemen van conclusies van repliek en dupliek slechts in bijzondere gevallen door de rechter zal worden toegestaan. Hiervoor bestaan goede redenen. In de eerste plaats heeft het instellen van een provisionele vordering ten gevolge dat er binnen de hoofdzaak een incidentele procedure ontstaat, welke een voortvarende behandeling van de hoofdzaak in de weg kan staan.³¹ Daarnaast betekent het nemen van conclusies van repliek en dupliek dat partijen langer moeten wachten op een beslissing van de rechter omtrent de provisionele vordering, hetgeen gelet op de aard van die vordering over het algemeen niet gewenst zal zijn. Tot slot kan er op worden gewezen dat het vreemd zou zijn wanneer partijen in het kader van een provisionele vordering wél standaard de gelegenheid zouden krijgen voor het nemen van conclusies van repliek en dupliek, terwijl dit in de hoofdzaak – gelet op art. 132 Rv – niet het geval is. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever ten aanzien van het nemen van conclusies van repliek en dupliek in incidentele procedures zelfs strenger heeft willen zijn, dan ten aanzien van het nemen van dergelijke conclusies in de hoofdzaak. In dit verband wordt door de wetgever overwogen dat het geschil in een incident doorgaans zodanig scherp is afgebakend, dat in de regel volstaan kan worden met één schriftelijke ronde.³²

Een provisionele vordering moet uiteraard voldoende worden onderbouwd. Voor het geval dat de provisionele vordering is opgenomen in de inleidende dagvaarding vloeit dit mutatis mutandis voort uit art. 111 lid 2 sub d Rv, dat bepaalt dat de dagvaarding de eis en de gronden daarvan dient te bevatten. Ten aanzien van de bij wege van incidentele conclusie ingestelde provisionele

30 Hiervoor wordt in beginsel een termijn van 2 weken aangehouden, welke termijn in gecompliceerde zaken kan worden verlengd tot 6 weken (art. 2.7 LRR en de daarbij behorende noot 26). Deze termijn kan onder omstandigheden met maximaal 2 respectievelijk 6 weken worden verlengd (art. 2.9 LRR en de daarbij behorende noot 29). Voor bij de sector kanton of in hoger beroep ingestelde provisionele vorderingen gelden afwijkende termijnen. Zie daarvoor respectievelijk de artikelen 6.1 en 6.4 RRK, en art. 4.2 URG.

31 Het feit dat onmiddellijk (vooraf) op de ingestelde incidentele vordering moet worden beslist, behoeft de behandeling van de hoofdzaak overigens niet per definitie op te houden. Indien noodzakelijk kan er voor gekozen worden om gelijktijdig, maar afzonderlijk in de hoofdzaak en het incident verder te procederen. Vgl. Snijders (losbl.), aant. 1 bij art. 209 Rv.

32 Vgl. PG NRv, p. 380.

vordering valt uit art. 208 lid 1 Rv af te leiden dat de incidentele conclusie met redenen omkleed moet zijn. Ook de incidentele conclusie van antwoord met betrekking tot de provisionele vordering moet deugdelijk onderbouwd worden, zo volgt uit art. 128 lid 2 Rv, dat krachtens art. 208 lid 1 Rv van overeenkomstige toepassing is op de conclusie van antwoord in het incident.

Dat onmiddellijk op de provisionele vordering moet worden beslist volgt niet uit art. 223 Rv, maar uit art. 209 Rv. Laatstgenoemd artikel bepaalt dat, indien de zaak dat medebrengt, eerst en vooraf op incidentele vorderingen wordt beslist. Gelet op de aard van de provisionele vordering – een voorlopige voorziening voor de duur van de hoofdzaak – zal de rechter vooraf op deze vordering moeten beslissen in een provisioneel tussenvonnis. Immers, wanneer de rechter pas gelijktijdig met de uitspraak in de hoofdzaak op de provisionele vordering zou beslissen, dan zou de mogelijkheid om langs deze weg een voorlopige voorziening te verkrijgen van geen enkele waarde zijn. Daar komt bij dat de rechter die weigert om onmiddellijk (vooraf) op een ingestelde provisionele vordering te beslissen naar mijn mening in strijd handelt met het bepaalde in de artikelen 23 en 26 Rv.³³

Indien de gedaagde partij in het incident zich met betrekking tot de ingestelde provisionele vordering heeft gerefereerd aan het oordeel van de rechter, of zij op een andere wijze kenbaar heeft gemaakt geen bezwaar te hebben tegen een toewijzing van de provisionele vordering – iets dat zich in de praktijk waarschijnlijk niet zo snel zal voordoen – zal aanstonds een (eventueel ex art. 232 lid 2 sub b Rv ongemotiveerd) provisioneel tussenvonnis gewezen kunnen worden.³⁴ Dit neemt vanzelfsprekend niet weg dat de rechter in dat tussenvonnis kan beslissen dat de incidenteel eiser niet-ontvankelijk is wegens het ontbreken van voldoende belang bij de provisionele vordering (vgl. art. 3:303 BW), of dat hij de provisionele vordering – om welke reden dan ook – gemotiveerd kan afwijzen. Voor het geval dat de gedaagde partij in het incident inhoudelijk op de provisionele vordering heeft gereageerd, vloeit uit art. 2.13 LRR voort dat de termijn voor het wijzen van een provisioneel tussenvonnis is bepaald op maximaal 4 weken na het nemen van de incidentele conclusie van antwoord.³⁵

33 Art. 23 Rv: 'De rechter beslist over al hetgeen partijen hebben gevorderd of verzocht', art. 26 Rv: 'De rechter mag niet weigeren te beslissen'.

34 Vgl. in deze zin PG NRv, p. 377.

35 Het RRR bevat geen specifieke termijn voor het wijzen voor een provisioneel vonnis, zodat moet worden aangenomen dat daarvoor ex art. 1.7 RRR de algemene vonnistermijn van 4 weken geldt. Indien de gedaagde zich ten aanzien van de provisionele vordering heeft gerefereerd aan het oordeel van de Kantonrechter, geldt ex art. 1.8 RRR een vonnistermijn van 2 weken. Hoewel dergelijke bepalingen in het URG opmerkelijk genoeg ontbreken – dat reglement noemt enkel termijnen waar partijen zich aan dienen te houden, zulks met uitzondering van art. 6.7 URG, waarin ten aanzien van het spoedappiel in kort geding wordt bepaald dat het hof op zo kort mogelijke termijn uitspraak doet – zullen ook de gerechtshoven vooraf en met de nodige voortvarendheid op een provisionele vordering moeten beslissen. Een termijn van maximaal 4 weken na het nemen van de incidentele memorie

3.3 Toepasselijkheid buiten de dagvaardingsprocedure in eerste aanleg

Hoewel art. 223 Rv is opgenomen in de titel omtrent de dagvaardingsprocedure in eerste aanleg (titel 2), is de mogelijkheid tot het instellen van een provisionele vordering niet tot die procedure beperkt. Een dergelijke beperking zou ook niet logisch zijn, aangezien de noodzaak voor een voorlopige voorziening evengoed pas kan ontstaan in een later stadium van de procedure. Om in dat geval de weg van de provisionele vordering af te sluiten, en partijen daarmee feitelijk te dwingen een kortgedingprocedure te entameren komt niet efficiënt voor. Bovendien zou dit er toe leiden dat over eenzelfde kwestie procedures bij verschillende instanties aanhangig zijn, met alle mogelijke complicaties – waaronder de mogelijkheid van tegenstrijdige uitspraken – van dien.

De mogelijkheid tot het instellen van een provisionele vordering vloeit ten aanzien van een aantal procedures voort uit schakelbepalingen, die art. 223 Rv op de betreffende procedure van overeenkomstige toepassing verklaren. Dit is bijvoorbeeld het geval ten aanzien van het hoger beroep (art. 353 Rv). Wanneer een partij echter voor het eerst in hoger beroep een provisionele vordering instelt, dient zij zich wel te realiseren dat zij daarmee een instantie verspeelt, aangezien tegen een in hoger beroep gewezen uitspraak slechts beroep in cassatie openstaat.³⁶ Verder moet bij het instellen van een provisionele vordering in hoger beroep goed worden opgelet, omdat hier gemakkelijk een Babylonische spraakverwarring kan ontstaan.³⁷ De provisionele vordering betreft immers een incidentele vordering, welke goed moet worden onderscheiden van het incidenteel hoger beroep dat door de geïntimeerde ex art. 339 lid 3 Rv kan worden ingesteld tegen het vonnis a quo uit eerste aanleg. Dat geldt vanzelfsprekend in versterkte mate, wanneer het incident waarbij de provisionele vordering wordt ingesteld door de geïntimeerde wordt opgeworpen. De twee hierboven bedoelde procedures moeten bovendien worden onderscheiden van het hoger beroep dat ex art. 337 lid 1 Rv kan worden ingesteld tegen een provisioneel (incidenteel) tussenvonnis uit eerste aanleg.

Andere procedures ten aanzien waarvan de mogelijkheid tot het instellen van een provisionele vordering uit schakelbepalingen kan worden afgeleid zijn het derdenverzet (art. 377 Rv) en de herroeping (art. 385 Rv). Met betrekking tot het verzet bestaat een dergelijke schakelbepaling niet, maar kan

van antwoord, vergelijkbaar met de in eerste aanleg gestelde termijn, komt mij daarbij redelijk voor.

36 Zie in dit verband HR 24 maart 1995, *NJ* 1995, 349 (Allart/Kist-Hubert II), r.o. 3, laatste alinea. Deze uitspraak betreft een vervolg op de uitspraak HR 23 februari 1990, *NJ* 1991, 147 (Allart/Kist-Hubert), m.nt. HJS. Onder punt 4 van zijn noot bij laatstgenoemd arrest maakt Snijders reeds melding van het feit dat een instantie wordt verspeeld, indien een provisionele vordering voor het eerst in hoger beroep wordt ingesteld.

37 Het gevaar van deze spraakverwarring is eerder gesignaleerd door W.H. Heemskerk in zijn noot onder HR 20 april 1979, *NJ* 1980, 148.

worden gewezen op art. 147 Rv. Laatstgenoemd artikel bepaalt dat de verzetprocedure op gelijke wijze verloopt als de dagvaardingsprocedure in eerste aanleg. Daaruit valt impliciet af te leiden dat de mogelijkheid tot het instellen van een provisionele vordering eveneens in de verzetprocedure bestaat.

Ook ten aanzien van de verzoekschriftprocedure ontbreekt een schakelbepaling. Aangenomen wordt echter dat art. 223 Rv naar analogie kan worden toegepast op de verzoekschriftprocedure.³⁸ De verzoekende partij kan een provisionele vordering³⁹ opnemen in haar verzoekschrift, waarbij het net als ten aanzien van de dagvaarding aanbeveling verdient om hiervan expliciet melding te maken in het verzoekschrift. De verwerende partij kan vervolgens in haar verweerschrift reageren op deze vordering. Wanneer de verwerende partij in het verweerschrift een provisionele vordering opneemt, kan de rechter aan de oorspronkelijke verzoeker de gelegenheid geven om tegen deze vordering een verweerschrift in te dienen (vgl. art. 282 lid 4 Rv), of kan de oorspronkelijke verzoeker mondeling op de provisionele vordering reageren tijdens de mondelinge behandeling. De rechter dient vervolgens op de ingestelde provisionele vordering te beslissen in een provisionele tussenbeschikking.

Met betrekking tot de cassatieprocedure laat zich de vraag of daarin een provisionele vordering kan worden ingesteld minder gemakkelijk beantwoorden. In art. 418a Rv (schakelbepaling) is in ieder geval niet bepaald dat art. 223 Rv van overeenkomstige toepassing is op de cassatieprocedure.⁴⁰ Deze omstandigheid is naar mijn mening echter niet doorslaggevend. Immers, ook ten aanzien van het verzet en de verzoekschriftprocedure is art. 223 Rv niet expliciet van overeenkomstige toepassing verklaard. Desalniettemin bestaat in die procedures de mogelijkheid om een provisionele vordering in te stellen. Voor de cassatieprocedure zou naar analogie eenzelfde mogelijkheid afgeleid kunnen worden.⁴¹ Ook de jurisprudentie lijkt (impliciet) een opening te bieden

38 Vgl. bijvoorbeeld Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, p. 306-307 (nr. 342); Snijders (losbl.), aant. 9 in fine bij art. 223 Rv; alsmede Von Schmidt auf Altenstadt 2003, p. 39.

39 Gelet op de ten aanzien van de verzoekschriftprocedure gehanteerde terminologie zou het juist zijn om van een provisioneel *verzoek* te spreken. Omwille van de uniformiteit hanteer ik echter ook hier de term provisionele *vordering*.

40 Snijders (losbl.), aant. 9 bij art. 223 Rv, meent om deze reden dat het instellen van een provisionele vordering in cassatie niet mogelijk is.

41 Vgl. in dit verband ook Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen 2005, p. 328-329 (nr. 154): 'In art. 418a is weliswaar van de tweede titel van het wetboek de tiende afdeling niet van overeenkomstige toepassing verklaard, maar dat doet niet eraan af dat verschillende in die afdeling geregelde incidentele vorderingen ook in cassatie aan de orde kunnen komen. (...) Hoewel art. 223 niet van overeenkomstige toepassing in cassatie is verklaard, valt de mogelijkheid tijdens een bij de Hoge Raad aanhangig geding bij wege van incidentele vordering een voorlopige voorziening te vragen, niet uit te sluiten. Die voorziening zal moeten samenhangen met de hoofdvordering. De beslissing daarop bindt de Hoge Raad niet bij het geven van een beslissing in de hoofdzaak'.

voor de toepasselijkheid van art. 223 Rv op de cassatieprocedure.⁴² Voor het aannemen van de mogelijkheid om in cassatie een provisionele vordering in te stellen kan voorts worden gewezen op art. 415 Rv. Dit artikel bepaalt in het eerste lid dat de vordering tot zekerheidstelling en alle andere incidentele vorderingen in cassatie kunnen worden ingesteld bij conclusie ter rolle.⁴³ Hoewel de wetgever hierbij uitsluitend heeft gedacht aan incidenten van zuiver processueel karakter die bij de gedingvoering in cassatie kunnen rijzen,⁴⁴ en de Hoge Raad in lijn hiermee in een eerdere uitspraak een strikte uitleg heeft gegeven aan art. 415 Rv,⁴⁵ lijkt het mij niet onmogelijk dat de ruime formulering van dat artikel ('alle andere incidentele vorderingen') kan worden aangegrepen om de mogelijkheid tot het instellen van een provisionele vordering in cassatie aan te nemen.⁴⁶ Een dergelijke ruime interpretatie van art. 415 Rv zou kunnen voorkomen dat partijen feitelijk worden gedwongen om naast de cassatieprocedure een kortgedingprocedure aanhangig te maken, teneinde de gewenste voorlopige voorziening te verkrijgen. Dit laatste betekent immers dat met betrekking tot dezelfde kwestie gelijktijdig in meerdere instanties geprocedeerd wordt, hetgeen zou kunnen leiden tot tegenstrijdige uitspraken. De aard van de cassatieprocedure – waarin zoals bekend in beginsel slechts mag worden geoordeeld over het recht en niet over de feiten⁴⁷ – vormt voorts nog echter het grootste beletsel voor het instellen van een provisionele vordering in cassatie.

Een buitenbeentje vormt tenslotte de in kort geding ingestelde provisionele vordering. In dat geval is er immers reeds een procedure tot het verkrijgen van een voorlopige voorziening aanhangig, zodat van het vorderen van een voorlopige voorziening in de tweede graad kan worden gesproken. Aangenomen moet worden dat een dergelijke provisionele vordering tijdens een aanhangig kort geding mogelijk is, mits daarmee met het oog op het onvermijdelijk uitblijven van een beslissing in het kort geding, een redelijk belang van een of meer partijen wordt gediend.⁴⁸

42 Zie HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 113, r.o. 3.4, waar de Hoge Raad met betrekking tot het ten onrechte door het hof niet-ontvankelijk verklaren van de incidenteel eiser in zijn provisionele vordering overweegt: 'Uit het in 3.1 overwogene volgt dat hetgeen de zoon provisioneel heeft gevorderd in de hoofdzaak voor toewijzing gereed ligt. (...) De Hoge Raad kan zelf de zaak afdoen door bij provisioneel arrest die vordering toe te wijzen'.

43 De wijze waarop een incidentele vordering in een cassatieprocedure wordt ingesteld, wordt nader uitgewerkt in art. 13 RHR (Rolreglement Hoge Raad der Nederlanden), *Staatscourant* 10 juli 2003, nr. 130, p. 28.

44 Vgl. Asser *Procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen* 2005, p. 327 (nr. 154).

45 Zie HR 24 juni 1966, *NJ* 1966, 464.

46 Ook art. 418a Rv lijkt daarvoor de ruimte te bieden. Vgl. het in noot 41 supra opgenomen citaat.

47 Vgl. art. 419 lid 3 Rv; alsmede Asser *Procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen* 2005, p. 83 (nr. 35).

48 Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 27 juni 1961, *NJ* 1962, 331 (Bink/Het Bossche Broek).

3.4 Geldingsduur van een verkregen provisionele voorziening

Wanneer de rechter een provisionele voorziening heeft getroffen, dan geldt deze voor de duur van het geding, aldus art. 223 Rv. Dit betekent dat de provisionele voorziening haar werking verliest, zodra de einduitspraak in de hoofdzaak in kracht van gewijsde is gegaan. De partij die wil dat de naar aanleiding van een gegeven provisionele voorziening ontstane situatie ook nadien voortduurt, zal in de hoofdzaak een vordering van gelijke strekking als de provisionele vordering moeten instellen. De provisionele voorziening, die met het in kracht van gewijsde gaan van de einduitspraak in de hoofdzaak komt te vervallen, wordt dan vervangen door de toewijzing van de gelijkkluidende vordering in de hoofdzaak. Indien de provisionele vordering is geïncorporeerd in de vordering in de hoofdzaak, is het instellen van een dergelijke gelijkkluidende vordering overigens niet noodzakelijk. Denk hierbij bijvoorbeeld aan het geval dat de provisionele vordering de toewijzing van een voorschot betreft op het in de hoofdzaak gevorderd bedrag. Mocht de rechter de vordering in de hoofdzaak echter afwijzen, dan vervalt de provisionele voorziening alsnog op het moment dat de uitspraak in de hoofdzaak in kracht van gewijsde is gegaan.

Uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid dat ook het intrekken van de hoofdzaak tot gevolg heeft dat de provisionele voorziening komt te vervallen.⁴⁹ Dit betekent dat wanneer partijen – al dan niet naar aanleiding van het provisionele tussenvonnis – tot een schikking komen, en zij in dat verband de hoofdzaak wensen in te trekken, daarmee ook de provisionele voorziening zal komen te vervallen. Mochten partijen de gevolgen van een gegeven provisionele voorziening evenwel in stand willen laten, dan kunnen zij daaromtrent in de in het kader van de tot stand gekomen schikking op te stellen vaststellingsovereenkomst natuurlijk afspraken maken. De provisionele voorziening vervalt dan weliswaar door het intrekken van de hoofdzaak, maar deze wordt vervangen door de gelijkkluidende partijafspraken. Wanneer de vaststellingsovereenkomst vervolgens via de weg van art. 87 lid 3 Rv in een proces-verbaal wordt neergelegd, wordt bovendien alsnog een executoriale titel voor deze afspraken verkregen. Laatstgenoemd artikel bepaalt immers dat de uitgifte van dat proces-verbaal in executoriale vorm geschiedt. Op deze wijze kan worden voorkomen dat partijen worden gedwongen tot doorprocederen, louter teneinde te voorkomen dat een verkregen provisionele voorziening komt te vervallen.

Vanzelfsprekend is het mogelijk dat een rechtsmiddel wordt ingesteld tegen de einduitspraak in de hoofdzaak, zodat deze uitspraak niet in kracht van

⁴⁹ Vgl. PG NRv, p. 389. Op dit punt bestaat enige gelijkenis met de 116-procedure. In die procedure verviel een voorlopige voorziening immers ook op het moment dat de hoofdzaak werd ingetrokken, nadat de wederpartij een verklaring als bedoeld in art. 116 lid 5 Rv (oud) had ingediend. Zie hiervoor § 2.

gewijsde gaat. Een gegeven provisionele voorziening blijft in dat geval ook van kracht voor de duur van de verzetprocedure, het hoger beroep en de cassatieprocedure.⁵⁰ Indien beide partijen echter hebben berust in de einduitspraak in de hoofdzaak, en het dus niet meer mogelijk is om daartegen een rechtsmiddel in te stellen, gaat deze uitspraak versneld in kracht van gewijsde en zal ook de provisionele voorziening versneld haar werking verliezen.⁵¹

Naast de mogelijkheid van het instellen van een rechtsmiddel tegen de einduitspraak in de hoofdzaak, bestaat ook de mogelijkheid om ex art. 337 lid 1 Rv separaat en tussentijds een rechtsmiddel in te stellen tegen een provisioneel tussenvonnis.⁵² Hoewel dit gelet op de aard van de in een provisioneel tussenvonnis gegeven beslissing wel verklaarbaar is, wordt hiermee afgeweken van de hoofdregel dat tegen tussenvonnissen – behoudens rechterlijk verlof – slechts hoger beroep kan worden ingesteld, wanneer dit tegelijk met het hoger beroep tegen de einduitspraak in de hoofdzaak gebeurt (vgl. art. 337 lid 2 Rv⁵³). Wanneer een partij echter van deze mogelijkheid tot tussentijds appel gebruik maakt, kan zij ter gelegenheid van het hoger beroep tegen de einduitspraak in de hoofdzaak niet nogmaals appel instellen tegen het provisionele tussenvonnis.⁵⁴ De wederpartij kan dit wel, en wordt om die reden niet gedwongen om incidenteel mee te appelleren op het moment dat tussentijds appel wordt ingesteld.⁵⁵ Mocht de wederpartij evenwel incidenteel hoger beroep instellen, dan vervalt ook voor haar de mogelijkheid tot het (opnieuw) appelleren tegen het provisionele tussenvonnis gelijktijdig met het hoger beroep tegen de einduitspraak in de hoofdzaak. Omdat het mogelijk is dat de appelrechter een ander oordeel velt met betrekking tot de provisionele vordering, kan een in eerdere instantie gegeven provisionele voorziening daarmee ook

50 Vgl. W.H. Heemskerk, *W. Hugenholtz. Hoofdpijnen van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Elsevier juridisch 2006, p. 110 (nr. 103); Schenk/Blaauw 2002, p. 68; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, p. 294 (nr. 330); G. Snijders (losbl.), aant. 6 bij art. 223 Rv; Von Schmidt auf Altenstadt 2003, p. 39; en met betrekking tot art. 51 Rv (oud): Star Busmann/Rutten/Ariëns 1972, p. 286 (nr. 309); Van Schaik 1985, p. 76-77; dezelfde 1987, p. 110. Laatstgenoemde wijst er op dat op deze wijze wordt voorkomen dat telkens veranderingen zouden optreden in de feitelijke toestand van de zaak, en dat de voorlopige voorziening er nu juist toe dient om een stabiele toestand te creëren totdat definitief over de hoofdzaak is beslist.

51 De berusting en de gevolgen daarvan worden voor de verzetprocedure geregeld in art. 143 lid 4 Rv, voor de procedure in hoger beroep in art. 334 Rv, en voor de cassatieprocedure in art. 400 Rv. Aan het aannemen van berusting stelt de Hoge Raad overigens strenge eisen. Vgl. bijvoorbeeld Hugenholtz/Heemskerk 2006, p. 166 (nr. 145), met verwijzing naar jurisprudentie omtrent de aan een berusting te stellen eisen.

52 Voor het cassatieberoep ten aanzien van een door het hof in hoger beroep gewezen provisioneel tussenarrest geldt een vergelijkbare bepaling. Zie art. 401a lid 1 Rv.

53 Met betrekking tot het cassatieberoep geldt wederom een vergelijkbare bepaling. Zie art. 401a lid 2 Rv.

54 Vgl. HR 16 oktober 1992, NJ 1992, 791 (Muller Massis/De Vita c.s.), r.o. 4.2 in fine.

55 HR 24 september 1993, NJ 1994, 299 (Van de Rakt/Veltman q.q.), m.nt. HER, r.o. 3.2.

tijdens het geding – nog voordat een einduitspraak in de hoofdzaak is verkregen – alsnog haar werking verliezen.

In plaats van het instellen van hoger beroep tegen een provisioneel tussenvonnis, zou verder nog kunnen worden gedacht aan het vorderen van een wijziging of intrekking van de gegeven provisionele voorziening. Een dergelijke wijziging of intrekking zal moeten worden ingesteld door middel van een provisionele vordering, bij de rechter bij wie de hoofdzaak op dat moment aanhangig is.⁵⁶ Interessant is dat dit ook de mogelijkheid lijkt te openen om in de hoofdzaak door middel van een provisionele vordering een wijziging of intrekking te vorderen van een door de kortgedingrechter gegeven voorlopige voorziening. Die laatste voorziening verliest immers haar werking door een andersluidende (provisionele) uitspraak in de hoofdzaak, mits die uitspraak uitvoerbaar bij voorraad is verklaard.⁵⁷ Het omgekeerde – het in een kortgedingprocedure vorderen van een wijziging of intrekking van een gegeven provisionele voorziening – lijkt mij, gezien het primaat van de bodemprocedure, onmogelijk.⁵⁸ Voor het slagen van een vordering tot wijziging of intrekking van een gegeven provisionele voorziening is naar mijn mening vereist dat er sprake is van veranderde omstandigheden of ‘nova’ ten aanzien van het onderwerp van de provisionele voorziening, welke de wijziging of intrekking rechtvaardigen. Dit is een aanzienlijk ruimer criterium dan de drie gronden waarop een in kracht van gewijsde gegaan vonnis kan worden herroepen (vgl. art. 382 Rv).

4 VERGELIJKING MET DE KORTGEDINGPROCEDURE

4.1 Twee varianten van de kortgedingprocedure

In het vorenstaande is reeds opgemerkt dat de procedures waarmee een voorlopige voorziening kan worden verkregen onder het nieuwe procesrecht aanzienlijk zijn geharmoniseerd. Naast het expliciet codificeren van de mogelijkheid tot het instellen van een provisionele vordering in art. 223 Rv, betreft de grootste wijziging de incorporatie van de 116-procedure in de algemene

⁵⁶ Vgl. Snijders (losbl.), aant. 5 bij art. 223 Rv.

⁵⁷ Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, p. 298 (nr. 334), alwaar wordt opgemerkt dat een andersluidend oordeel in de bodemprocedure geen vernietiging van het kortgedingvonnis met zich meebrengt, maar wel ten gevolge heeft dat de in het kortgedingvonnis getroffen voorlopige voorziening met terugwerkende kracht vervalst. Zie voor het onderscheid tussen een andersluidend oordeel in de bodemprocedure en de vernietiging van het kortgedingvonnis ook Schenk/Blaauw 2002, p. 27 en 215-216.

⁵⁸ Vgl. in dit verband HR 19 mei 2000, NJ 2001, 407 (Staat/NVV c.s.), m.nt. HJS, r.o. 3.2; alsmede HR 9 september 2005, NJ 2007, 140 (Wenckebach/NOB), m.nt. HJS, r.o. 3.3, aanhef. In zijn noten onder de beide arresten gaat Snijders nader in op de verhouding tussen de kortgedingprocedure en de bodemprocedure.

regeling omtrent de kortgedingprocedure.⁵⁹ Hoewel het aantal regelingen betreffende het verkrijgen van een voorlopige voorziening daarmee is teruggebracht tot twee – de kortgedingprocedure en de provisionele vordering – kan er dus nog steeds sprake zijn van een samenloop van rechtsvorderingen.

Op grond van het bepaalde in art. 254 lid 4 Rv is – in zaken die ten gronde door de kantonrechter worden behandeld en beslist⁶⁰ – thans ook de kantonrechter bevoegd tot het geven van een voorlopige voorziening in kort geding, waarbij op de kantonrechter dezelfde regels van toepassing zijn als omtrent de voorzieningenrechter is bepaald. De eisende partij in kort geding kan in kantonzaken derhalve kiezen bij welke rechter zij haar vordering aanhangig maakt. In zoverre is er ten aanzien van kantonzaken feitelijk sprake van een dubbele samenloop van rechtsvorderingen. De partij die een voorlopige voorziening wenst heeft dan immers de keuze uit de provisionele vordering en een tweetal kortgedingprocedures.

Bij de keuze tussen de kortgedingprocedure voor de voorzieningenrechter (art. 254 lid 1 Rv) en de kortgedingprocedure voor de kantonrechter (art. 254 lid 4 Rv) zullen verschillende factoren een rol spelen. Zo zal de eisende partij kunnen kiezen voor de kantonrechter, omdat zij daar ingevolge art. 79 lid 1 Rv in persoon kan procederen en op die wijze de kosten van een procureur⁶¹ kan besparen. Art. 255 Rv omtrent de procesvertegenwoordiging in kort geding is niet van toepassing op de kortgedingprocedure voor de kantonrechter.⁶² Daarnaast zal voor de kantonrechter gekozen kunnen worden omdat deze op bepaalde rechtsgebieden (bijvoorbeeld arbeidsrecht en huurrecht) een bijzondere expertise heeft, of omdat men een persoonlijke voorkeur heeft voor een bepaalde kantonrechter.⁶³ Tot slot kunnen ook overwegingen van louter

59 Vgl. PG NRv, p. 389: '(...) [D]e keuze tussen de algemene regeling van het huidige artikel 51 Rv en de regeling voor de kantongerechtsprocedure van het huidige artikel 116 Rv [is] ten gunste van de algemene regeling uitgevallen. Dat betekent niet dat de kantonrechter geen voorlopige voorzieningen meer kan geven; die mogelijkheid is enerzijds verwerkt in de onderhavige regeling [de regeling van art. 223 Rv: MdB] en anderzijds in de regeling van het kort geding (vergelijk artikel 254 (2.13.1), vierde lid)'.

60 Vgl. art. 93-97 Rv.

61 Het wetsvoorstel tot afschaffing van het procuraat en invoering van het elektronisch berichtenverkeer (30 815) is inmiddels aanhangig bij de Eerste Kamer. De voorgenomen datum van afschaffing is 1 maart 2008. Voor partijen zal dit echter geen of slechts een kleine kostenbesparing opleveren, aangezien in de gevallen waarin thans verplichte vertegenwoordiging door een procureur wordt voorgeschreven, na de invoering van het wetsvoorstel een verplichte vertegenwoordiging door een advocaat geldt.

62 Dit artikel ziet slechts op de procesvertegenwoordiging in zaken als bedoeld in art. 79 lid 2 Rv (zaken waarin niet geprocedeerd kan worden voor de sector kanton). Vgl. ook Schenk/Blaauw 2002, p. 58-59.

63 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, p. 296 (nr. 332), alwaar ook nog wordt genoemd: het voorkomen dat de kortgedingrechter in een later stadium ten gronde over de zaak moet oordelen. De bezwaren daartegen zijn in § 3.1 reeds aan de orde gekomen. Dit laatste argument geldt echter alleen in het geval dat de kortgedingprocedure wordt gevoerd voor de voorzieningenrechter van de rechtbank (sector civiel), aangaande een kwestie die ten

praktische aard de keuze bepalen. Daarbij kan worden gedacht aan bijvoorbeeld afstand en reistijd – welke eveneens kosten met zich meebrengen – alsmede de termijn waarop een zittingsdatum kan worden verkregen. De overwegingen om een kortgedingprocedure in te stellen bij de voorzieningenrechter, of juist bij de kantonrechter, zijn voor een vergelijking van de kortgedingprocedure met de provisionele vordering ex art. 223 Rv verder niet relevant. Hetgeen hieronder in het kader van deze vergelijking wordt opgemerkt met betrekking tot de kortgedingprocedure geldt derhalve mutatis mutandis voor de kortgedingprocedure bij de kantonrechter.

4.2 Overeenkomsten

De kortgedingprocedure en de provisionele vordering ex art. 223 Rv vertonen een aantal overeenkomsten. Aangezien beide procedures het verkrijgen van een rechterlijke beslissing omtrent de gevorderde voorlopige voorziening ten doel hebben, kan met betrekking tot deze overeenkomsten worden geconcludeerd dat sprake is van een 'double',⁶⁴ in die zin dat de samenloop tussen de beide procedures op die punten volledig is. Dat geen sprake is van twee volkomen gelijkwaardige procedures, zal in paragraaf 4.3 nog aan de orde komen.

4.2.1 *Instellen van vordering is mogelijk in iedere stand van het geding*

Hoewel hierboven reeds aan de orde is gekomen dat een provisionele vordering over het algemeen slechts op bepaalde momenten in de procedure zal worden ingesteld, staat het partijen – gelet op de strekking van art. 208 Rv – in beginsel vrij om een dergelijke vordering in iedere stand van de procedure in te stellen. Op dit punt is sprake van een overeenkomst met de kortgedingprocedure, aangezien partijen het ook met betrekking tot laatstgenoemde procedure geheel in eigen hand hebben óf, en daarmee tevens op welk moment, zij deze entameren.

4.2.2 *Vereiste van spoedeisend belang*

Met betrekking tot de kortgedingprocedure geldt op grond van art. 254 lid 1 Rv dat de partij die een voorlopige voorziening vordert, daarbij een spoedeisend belang moet hebben. Daarentegen wordt voor het instellen van een provisionele vordering – gelet op de tekst van art. 223 Rv – de aanwezig-

gronde door de kantonrechter moet worden beslist. Het omgekeerde is – gelet op de competentieregels – immers niet mogelijk.

⁶⁴ Een dubbelganger. De term is ontleend aan H.J. Snijders, *Troubles en doubles in het burgerlijk procesrecht* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 1985.

heid van een dergelijk spoedeisend belang niet vereist. Dat ook voor het verkrijgen van een provisionele voorziening een spoedeisend belang noodzakelijk is, zou wel impliciet kunnen worden afgeleid uit art. 3:303 BW, waarbij onder 'voldoende belang' voor het instellen van een provisionele vordering 'voldoende spoedeisend belang' verstaan zou kunnen worden. Daarnaast zou betoogd kunnen worden dat het in de artikelen 50 en 63 RO opgenomen vereiste van 'onverwijlde spoed' ook heeft te gelden ten aanzien van de provisionele vordering.⁶⁵ Een volkomen afwezigheid van enige vorm van spoedeisend belang lijkt ook moeilijk denkbaar.⁶⁶

De Hoge Raad heeft met betrekking tot de provisionele vordering bepaald, dat op het moment dat vaststaat of voldoende aannemelijk is dat in de hoofdzaak een vordering zal worden toegewezen van gelijke strekking als de provisionele vordering, er sprake is van voldoende belang bij toewijzing van die provisionele vordering.⁶⁷ De spoedeisendheid vloeit in een dergelijk geval dus voort uit de onredelijkheid dat de partij die de provisionele vordering heeft ingesteld het eindvonnis in de hoofdzaak zou moeten afwachten, en het criterium voor de toewijsbaarheid van een provisionele vordering lijkt daarmee te zijn of van deze partij gevergd kan worden dat zij het eindvonnis in de hoofdzaak afwacht.⁶⁸ Het komt mij voor dat in de praktijk ten aanzien van de spoedeisendheid in kort geding een vergelijkbaar criterium wordt gehanteerd.

Hoewel de wet ten aanzien van de provisionele vordering niet expliciet het vereiste van spoedeisend belang stelt, kan op grond van het vorenstaande worden geconcludeerd dat de provisionele vordering op dit punt niet wezenlijk verschilt van de in een kortgedingprocedure gevorderde voorlopige voorziening.

⁶⁵ Vgl. Von Schmidt auf Altenstadt 2003, p. 37 en 39.

⁶⁶ Volgens Von Schmidt auf Altenstadt 2003, p. 39, is spoedeisendheid niet onmisbaar, maar wel een factor die moet worden meegewogen bij de beoordeling van de toewijsbaarheid van de vordering. Vgl. verder Snijders (losbl.), aant. 10 bij art. 223 Rv; Van Schaik 1985, p. 77; dezelfde 1987, p. 116; A-G De Vriesch Lentsch-Kostense onder punt 7, derde en vierde alinea, van haar conclusie voor HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 113. Kritischer: H.J. Snijders onder punt 7 van zijn noot bij HR 23 februari 1990, *NJ* 1991, 147 (Allart/Kist-Hubert).

⁶⁷ Vgl. HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 113, r.o. 3.4.

⁶⁸ Dit criterium wordt sindsdien ook wel in de lagere rechtspraak toegepast. Zie bijvoorbeeld Rb. Haarlem 28 maart 2007, *LJN* BA2928, r.o. 3.5; Rb. Zutphen 17 januari 2007, *LJN* BA4428 (Atlant/Sutfene), r.o. 3.1; Rb. Arnhem 2 november 2005, *LJN* AU9198 (Joosten c.s./Kok Lexmond c.s.), r.o. 10; Rb. Arnhem 23 juli 2003, *NJ* 2003, 733 (Bob Beheer/Vermeulen Transport), r.o. 3.1.

4.2.3 *Bewijsrecht niet van toepassing*

De wettelijke regels omtrent het bewijs zijn volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad niet van toepassing op de kortgedingprocedure.⁶⁹ De aard van deze procedure, welke is gericht op het op korte termijn verkrijgen van een beslissing op een gevorderde voorlopige voorziening, leent zich ook niet altijd voor toepassing van deze regels. Zo zal het duidelijk zijn dat bijvoorbeeld het horen van getuigen niet met de aard van de kortgedingprocedure verenigbaar is, in verband met de tijd die daarmee gepaard gaat. Sommige kortgedingrechters lossen dit probleem echter simpelweg op door eventueel meegekomen getuigen tijdens de kortgedingzitting vragen te stellen, en hen verder te behandelen als informant.⁷⁰ In de waardering van het bewijs zijn kortgedingrechters verder vrij.

De rechter die dient te oordelen over een provisionele vordering bevindt zich in een vergelijkbare situatie als de kortgedingrechter. Immers, ook hij dient op korte termijn een beslissing te geven op de ingestelde provisionele vordering, en ook hier leent het bewijsrecht zich over het algemeen niet voor integrale toepassing. Het wekt dan ook weinig verbazing dat de rechter die op een provisionele vordering dient te beslissen evenmin is gebonden aan de wettelijke regels van het bewijsrecht.⁷¹

4.2.4 *Geen prejudiciërende werking*

Een door de rechter gegeven provisionele voorziening heeft geen prejudiciërende werking.⁷² Hetzelfde geldt op grond van art. 257 Rv voor de in een kortgedingprocedure gegeven voorlopige voorziening. In geen van beide gevallen brengt de voorlopige voorziening dus nadeel toe aan de hoofdzaak. Daarbij wordt wel als voordeel van de provisionele vordering genoemd dat de voorlopige en definitieve voorziening in handen zijn van een en dezelfde rechter.⁷³ Hoewel daar uit het oogpunt van proceseconomie natuurlijk veel voor te zeggen valt, zou bij partijen – en dan met name bij de partij die in het kader van de provisionele vordering in het ongelijk is gesteld – echter het gevoel kunnen ontstaan dat die rechter niet meer onbevooroordeeld ten opzichte van de hoofdzaak staat, hetgeen voor hen aanleiding zou kunnen vormen om een wrakingsverzoek in te dienen. Ondanks het feit dat de slagingskansen van een dergelijk verzoek als miniem beschouwd kunnen worden, zou de rechter

69 Vgl. Schenk/Blaauw 2002, p. 151 e.v., alwaar uitvoerig – onder verwijzing naar jurisprudentie – op deze materie wordt ingegaan.

70 Een informant is geen getuige in de zin van art. 163 e.v. Rv, en wordt derhalve niet ex art. 177 lid 2 Rv beëdigd. Dit brengt mee dat een informant geen meened kan plegen.

71 Vgl. HR 29 november 2002, NJ 2003, 50 (Helm/Aerts c.s.), r.o. 3.11 in fine.

72 Vgl. noot 14 supra.

73 Zie in deze zin bijvoorbeeld Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, p. 294 (nr. 330); Snijders (losbl.), aant. 12 bij art. 223 Rv; en Van Schaik 1987, p. 117.

die op de provisionele vordering heeft beslist daarom kunnen overwegen om de behandeling van de hoofdzaak aan een andere rechter over te dragen.⁷⁴

4.2.5 *Uitvoerbaar bij voorraadverklaring mogelijk*

Uit art. 233 Rv volgt dat de rechter, wanneer dit wordt gevorderd door partijen, kan verklaren dat zijn vonnis uitvoerbaar bij voorraad zal zijn, niettegenstaande daartegen aan te wenden rechtsmiddelen. Slechts wanneer uit de wet of de aard der zaak anders voortvloeit is dit niet mogelijk. De aard van een voorlopige voorziening zal zich echter niet snel tegen een uitvoerbaar-bij-voorraadverklaring verzetten. Sterker nog, wanneer het kortgedingvonnis of het provisionele tussenvonnis niet uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard, zal een partij in de praktijk niet zo veel hebben aan de verkregen voorlopige voorziening. Het instellen van een rechtsmiddel daartegen schorst immers van rechtswege de executie.⁷⁵

Indachtig het vorenstaande is het begrijpelijk dat voor de kortgedingprocedure in art. 258 Rv is bepaald dat de voorzieningenrechter zijn vonnis ook ambtshalve uitvoerbaar bij voorraad kan verklaren. In het geval dat een partij geen uitvoerbaar-bij-voorraadverklaring vordert – hetgeen in de praktijk zelden voorkomt – kan de rechter het vonnis op basis van dat artikel toch uitvoerbaar bij voorraad verklaren, en aldus een voorlopige voorziening van betekenis geven. De parlementaire geschiedenis wijst er in dit verband op dat de eisende partij in kort geding soms ook in persoon kan procederen zonder de bijstand van een procureur, en dat zij daarom niet altijd op de hoogte zal zijn van de mogelijkheid om de voorzieningenrechter te verzoeken het vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.⁷⁶

Op grond van de hoofdregel van art. 233 Rv kan een partij ook ten aanzien van een provisionele vordering een uitvoerbaar-bij-voorraadverklaring vorderen.⁷⁷ Dit is van bijzonder belang, nu tegen een provisioneel tussenvonnis ex art. 337 lid 1 Rv tussentijds hoger beroep ingesteld kan worden, hetgeen een schorsing van de executie ten gevolge heeft, wanneer dit vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad is verklaard. Hoewel voor de provisionele vordering geen met art. 258 Rv vergelijkbare bepaling bestaat, meen ik dat de rechter ook een provisioneel tussenvonnis ambtshalve uitvoerbaar bij voorraad moet

⁷⁴ Vgl. hetgeen hieromtrent is opgemerkt in § 3.1.

⁷⁵ De schorsing van de executie wordt met betrekking tot de verzetprocedure geregeld in art. 145 Rv, voor de procedure in hoger beroep in art. 350 Rv, en voor de cassatieprocedure in art. 404 Rv. Het instellen van de buitengewone rechtsmiddelen derdenverzet en herroeping heeft geen schorsing van de executie van rechtswege ten gevolge. In een later stadium is echter alsnog schorsing van de executie mogelijk. Zie in dit verband respectievelijk de artikelen 379, 386 en 388 Rv.

⁷⁶ Vgl. PG NRv, p. 427.

⁷⁷ Onder het oude procesrecht bood art. 52 Rv (oud) deze mogelijkheid ook al met betrekking tot de provisionele vordering ex art. 51 Rv (oud).

kunnen verklaren, tenzij de wet of de aard van de zaak zich daartegen verzet. Een provisionele voorziening die niet uitvoerbaar is verklaard zal in de praktijk immers weinig waarde hebben, gelet op de schorsende werking van het instellen van een rechtsmiddel.

4.2.6 *Openstaan van rechtsmiddelen*

Een belangrijk verschil van de kortgedingprocedure ten opzichte van de 116-procedure is dat op basis van art. 254 lid 4 Rv thans rechtsmiddelen openstaan tegen een door de kantonrechter in kort geding gegeven voorlopige voorziening. Handhaving van de uitsluiting van rechtsmiddelen, zoals in de 116-procedure het geval was, achtte de wetgever uit het oogpunt van harmonisering van de diverse rechtsingangen onwenselijk.⁷⁸ Dit betekent dat thans tegen iedere beslissing van de rechter omtrent een voorlopige voorziening een rechtsmiddel kan worden ingesteld, behoudens voor zover de vordering beneden de appelpgrens van art. 332 lid 1 Rv blijft, of er sprake is van een specifiek appelverbod. De wijze waarop een dergelijke voorziening is gevorderd – door middel van een provisionele vordering of via de weg van de kortgedingprocedure – heeft in ieder geval geen invloed meer op de appellabiliteit van de rechterlijke beslissing.

Wanneer hoger beroep wordt ingesteld tegen een provisioneel tussenvonnis dat niet uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, heeft dit zoals hiervoor aangegeven een schorsing van de executie ten gevolge. Art. 234 Rv biedt partijen echter de mogelijkheid om in dat geval door middel van een incidentele vordering in hoger beroep⁷⁹ alsnog een uitvoerbaar-bij-voorraadverklaring van het provisionele tussenvonnis te vorderen. Mocht het provisionele vonnis wél uitvoerbaar bij voorraad zijn verklaard, echter zonder dat daaraan de voorwaarde is verbonden dat zekerheid wordt gesteld, dan kan op grond van art. 235 Rv door middel van een incidentele vordering in hoger beroep alsnog zekerheidsstelling worden gevorderd. Tot slot kan in dat geval ingevolge art. 351 Rv worden gevorderd dat de rechter in hoger beroep alsnog de tenuitvoerlegging van het provisionele vonnis schorst.

4.3 *Verschillen*

Ondanks de hierboven beschreven overeenkomsten, bestaat er nog steeds een aantal verschillen tussen de provisionele voorziening ex art. 223 Rv en de via een kortgedingprocedure verkregen voorlopige voorziening. De voor- en nadelen van de beide procedures hangen met deze verschillen samen, en het

⁷⁸ Vgl. PG NRv, p. 389.

⁷⁹ Dit is geen incidenteel hoger beroep ex art. 339 lid 3 Rv, maar een incidentele vordering ex art. 208 Rv. Zie voor de mogelijke spraakverwarring noot 37 supra.

antwoord op de vraag voor welke rechtsingang een partij in voorkomende gevallen het beste kan kiezen dientengevolge ook.

4.3.1 Vereiste van samenhang met de hoofdzaak

Het meest in het oog springende verschil is wel het vereiste dat de provisionele vordering dient samen te hangen met de eis in de hoofdzaak. De kortgedingprocedure lijkt op dit punt een stuk liberaler. Om via laatstgenoemde procedure een voorlopige voorziening te verkrijgen is het immers niet noodzakelijk om een bodemprocedure te entameren. Sterker nog, in het merendeel van de gevallen (95 %) zien partijen zelfs af van het aanhangig maken van een bodemprocedure, nadat zij in kort geding een beslissing van de rechter hebben verkregen.⁸⁰ Hieruit blijkt dat de kortgedingprocedure ook maatschappelijk wordt geaccepteerd als vervanger van de bodemprocedure.⁸¹ Kostenoverwegingen, alsook het feit dat tegen de beslissing van de rechter in een kortgedingprocedure separaat de rechtsmiddelen hoger beroep en cassatie kunnen worden ingesteld, zullen daarbij een rol spelen.

De vereiste samenhang met de hoofdzaak heeft ook gevolgen voor de reikwijdte van de voorlopige voorzieningen die gevorderd kunnen worden. Hoewel in beginsel iedere voorziening, welke zich ervoor leent om als voorlopige voorziening toegewezen te worden, bij wege van provisionele vordering kan worden gevorderd,⁸² vormt het vereiste van samenhang met de hoofdzaak daarbij een beperkende factor. Ten aanzien van de kortgedingprocedure bestaat deze beperking niet, nu voor deze procedure het samenhangvereiste niet geldt. Op dit punt zal het verschil tussen de beide procedures in de praktijk overigens wel meevallen, omdat partijen ingevolge art. 24 Rv in beginsel zelf de omvang van de hoofdzaak kunnen bepalen, en op die manier dus ook een bepaalde provisionele vordering mogelijk kunnen maken.

Gelet op het vorenstaande zal een partij die een voorlopige voorziening wenst – alvorens zij een keuze kan maken voor een van beide rechtsingangen – altijd stil moeten staan bij de vraag of met betrekking tot dezelfde kwestie reeds een bodemprocedure aanhangig is, of in de toekomst aanhangig zal worden gemaakt. Wanneer dit niet het geval is, dan biedt uitsluitend de kortgedingprocedure soelaas. Maar als er wel een bodemprocedure aanhangig is of zal worden gemaakt, dan heeft de provisionele vordering het ontegenzeggelijke voordeel dat uiteindelijk ook een vonnis ten principale zal worden verkregen, zonder dat daarvoor een nieuwe procedure geëntameerd behoeft te worden.

80 Vgl. X.E. Kramer, *Het kort geding in internationaal perspectief* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2001, p. 1; alsmede J.F. Bruinsma, *Korte gedingen. Een rechtssociologisch verslag*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 127-135 en p. 155.

81 Aldus Von Schmidt auf Altenstadt 2003, p. 40.

82 Vgl. de noten 9 en 10 supra.

4.3.2 *Snelheid waarmee een voorziening kan worden verkregen*

Over het algemeen zal een voorlopige voorziening sneller verkregen kunnen worden in een kortgedingprocedure, dan door middel van het instellen van een provisionele vordering. Dit laat zich illustreren aan de hand van een simpele rekensom. Wanneer de provisionele vordering direct in de inleidende dagvaarding wordt opgenomen, zal aan de gedaagde partij op de eerste rolzitting ex art. 2.7 LRR in beginsel een termijn van 2 weken worden verleend voor het nemen van de incidentele conclusie van antwoord. Uit artikel 2.13 LRR vloeit vervolgens voort dat de termijn voor het wijzen van een provisioneel tussenvonnis is bepaald op maximaal 4 weken na het nemen van laatstgenoemd processtuk. In totaal verstrijken daarmee dus minimaal rond de 6 weken tussen de eerste rolzitting en de beslissing op de gevorderde voorlopige voorziening. De termijn tussen de kortgedingzitting en het moment waarop het kortgedingvonnis wordt uitgesproken is naar verhouding aanmerkelijk korter. Doorgaans wordt in een kortgedingprocedure binnen 2 weken uitspraak gedaan.⁸³ De partij die met spoed een voorlopige voorziening wenst, zal gelet op het vorenstaande dan ook snel geneigd zijn om te kiezen voor de kortgedingprocedure.

Ondanks het feit dat een kortgedingprocedure sneller tot een beslissing op de gevorderde voorlopige voorziening zal leiden, kan het instellen van een provisionele vordering uit het oogpunt van snelheid van procederen toch te prefereren vallen. Dit is het geval, wanneer partijen omtrent dezelfde kwestie ook nog een bodemprocedure zullen voeren. Omdat een provisionele vordering slechts kan worden ingesteld als incidentele vordering in de hoofdzaak, staat daarmee ook die bodemprocedure in de startblokken. Na het verkrijgen van de beslissing op de provisionele vordering kan dan direct worden doorgeprocedeerd in de hoofdzaak. Wordt daarentegen gekozen voor de kortgedingprocedure, dan zal opnieuw moeten worden gedagvaard om de bodemprocedure aanhangig te maken. Omdat daarbij de dagvaardingstermijn in acht genomen dient te worden, zorgt dit op dat moment voor vertraging. Ook hier geldt dus dat voor de keuze tussen de kortgedingprocedure of de provisionele vordering van belang is of met betrekking tot dezelfde kwestie een bodemprocedure tussen partijen zal worden gevoerd.

Een argument om te kiezen voor de provisionele vordering is nog dat de eisende partij het zelf in de hand heeft tegen welke roldatum wordt gedagvaard, terwijl voor de dagvaarding in kort geding altijd rekening gehouden zal moeten worden met de door de voorzieningenrechter ex art. 254 lid 2 Rv bepaalde datum voor de kortgedingzitting. Op het moment dat een partij – om welke reden dan ook – niet op korte termijn een datum voor een kortgedingzitting kan verkrijgen, en zij er geen bezwaar tegen heeft om een bodemprocedure aanhangig te maken, verdient het overweging om een provisionele vordering

83 Vgl. Kramer 2001, p. 36.

in te stellen. De anders verloren wachttijd tot de kortgedingzitting wordt dan benut voor (een deel van) de termijnen die op grond van het LRR gelden voor het verkrijgen van een beslissing op de provisionele vordering.

4.3.3 *Geldingsduur van een verkregen voorziening*

De geldingsduur van een verkregen provisionele voorziening wijkt af van de door middel van een kortgedingprocedure verkregen voorlopige voorziening. Zo geldt de provisionele voorziening op grond van art. 223 Rv slechts voor de duur van het geding, terwijl de via een kortgedingprocedure verkregen voorlopige voorziening – behoudens een daartegen ingesteld rechtsmiddel of een andersluidende uitspraak in de bodemprocedure – in beginsel een onbeperkte geldingsduur heeft. Dit is ook de reden waarom het voor partijen mogelijk is om na een verkregen uitspraak in kort geding af te zien van het entameren van een bodemprocedure.⁸⁴

Omtrent het moment waarop de in kort geding verkregen voorlopige voorziening haar werking verliest bestaat enige discussie. De overheersende opvatting is dat deze voorziening haar werking verliest op het moment dat een andersluidende uitspraak in de bodemprocedure in kracht van gewijsde gaat. Mocht laatstgenoemde uitspraak evenwel uitvoerbaar bij voorraad zijn verklaard, dan komt aan de werking van de voorlopige voorziening direct een einde.⁸⁵ Het primaat van de bodemprocedure – welke met meer processuele waarborgen is omkleed – wordt hiermee nog eens bevestigd. Naar mijn mening kan met betrekking tot de provisionele voorziening dezelfde opvatting gehanteerd worden. Een uitvoerbaar-bij-voorraadverklaring van de uitspraak in de hoofdzaak is processueel gezien weliswaar niet hetzelfde als het in kracht van gewijsde gaan van die uitspraak, maar het komt mij niet logisch voor om op dit punt ten aanzien van de provisionele voorziening een ander regime te hanteren dan ten aanzien van de in een kortgedingprocedure gegeven voorlopige voorziening. Mocht de andersluidende uitspraak in de hoofdzaak in hoger beroep of in cassatie worden vernietigd, dan zal naar mijn mening moeten worden aangenomen dat de provisionele voorziening herleeft.⁸⁶

De provisionele vordering zou op het punt van de geldingsduur voor de praktijk overigens aantrekkelijker gemaakt kunnen worden door de regel af te schaffen dat een provisionele voorziening vervalt op het moment dat de hoofdzaak niet langer aanhangig is. Daarbij zou bijvoorbeeld gedacht kunnen worden aan een met art. 116 lid 5 Rv (oud) vergelijkbare constructie:⁸⁷ wan-

⁸⁴ Vgl. noot 80 supra.

⁸⁵ Vgl. H.J. Snijders in zijn noot bij HR 15 mei 1998, NJ 1999, 569 (AVI Originals/CTA).

⁸⁶ Zie in vergelijkbare zin met betrekking tot een in kort geding gegeven voorlopige voorziening: HR 28 september 1984, NJ 1985, 83, m.nt. WHH, r.o. 3.2 in fine; alsmede Schenk/Blaauw 2002, p. 215-216.

⁸⁷ Zie hiervoor § 2.

neer een provisionele voorziening is verkregen, en een partij om die reden zou willen afzien van een voortzetting van de hoofdzaak, dan zou ervoor gekozen kunnen worden de provisionele voorziening te laten voortduren, tenzij de wederpartij binnen een bepaalde termijn heeft aangegeven bezwaar te hebben tegen het intrekken van de hoofdzaak. Wordt geen bezwaar gemaakt, dan zou de provisionele voorziening ondanks het eindigen van de hoofdzaak kunnen blijven gelden.

4.3.4 *Proceskosten*

De keuze voor de kortgedingprocedure of de provisionele vordering kan mede worden bepaald door het aspect van de proceskosten. Ook in dit verband is van belang of partijen naast het vorderen van een voorlopige voorziening al dan niet een bodemprocedure zullen voeren met betrekking tot dezelfde kwestie. Wanneer dit het geval is, zal het instellen van een provisionele vordering in deze bodemprocedure over het algemeen minder kosten met zich meebrengen dan het entameren van een aparte kortgedingprocedure.⁸⁸ In het geval dat een provisionele vordering wordt ingesteld, beperken deze kosten zich tot één punt van het toepasselijke liquidatietarief.⁸⁹ De kosten aan vast recht zijn immers reeds voldaan in het kader van de bodemprocedure. Wanneer daarentegen een aparte kortgedingprocedure aanhangig wordt gemaakt, zullen nogmaals kosten moeten worden gemaakt voor het vast recht, en zal daarnaast een separate kostenveroordeling terzake het procureurssalaris volgen.⁹⁰

Een ander aspect van de proceskosten betreft het moment waarop de rechter op deze kosten dient te beslissen. Op grond van het bepaalde in art. 237 lid 1 Rv kan de rechter in het provisionele tussenvonnis bepalen dat de kosten met betrekking tot de provisionele vordering worden aangehouden tot het eindvonnis. Dit zal in de praktijk over het algemeen ook gebeuren,

88 Zie in deze zin ook H.J. Snijders onder punt 7 van zijn noot bij HR 23 februari 1990, *NJ* 1991, 147 (Allart/Kist-Hubert); alsmede H.W. Wiersma, *Tussenoordelen en eindbeslissingen* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Afdeling REPRO Faculteit der Rechtsgeleerdheid UvA 1998, p. 54 (nr. 51).

89 Vgl. Van Schaik 1985, p. 77. Wanneer de provisionele vordering reeds bij dagvaarding wordt ingesteld, kan mijns inziens met betrekking tot de eisende partij zelfs dit punt worden voorkomen. Voor het nemen van de conclusie van antwoord in het incident geldt dit vanzelfsprekend niet. Zie voor de meest actuele liquidatietarieven [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl/Naar+de+rechter/Landelijke+regelingen/Sector+civil+recht/Liquidatietarief+rechtbanken+en+gerechtshoven.htm) <<http://www.rechtspraak.nl/Naar+de+rechter/Landelijke+regelingen/Sector+civil+recht/Liquidatietarief+rechtbanken+en+gerechtshoven.htm>>, laatstelijk geraadpleegd op 1 juli 2007.

90 In Ktr. (Vzr.) Eindhoven 6 augustus 2004, *Prg.* 2005, 24 werd geoordeeld dat deze extra kosten voor rekening dienen te komen van de eisende partij in kort geding, wanneer deze door middel van het instellen van een provisionele vordering ex art. 223 Rv in de reeds aanhangige bodemprocedure zonder bijkomende kosten eenzelfde voorlopige voorziening had kunnen verkrijgen.

teneinde te bewerkstelligen dat de partij die in de hoofdzaak in het ongelijk wordt gesteld, ook kan worden veroordeeld in de kosten van de incidentele procedure. Voor de kortgedingprocedure bestaat deze mogelijkheid logischerwijs niet, en zal direct een kostenveroordeling volgen. Partijen zouden om deze reden een tactische keuze kunnen maken voor de provisionele vordering of juist de kortgedingprocedure.

5 CONCLUDEREND

Gezien de samenloop die in bepaalde gevallen kan bestaan tussen de vordering van een voorlopige voorziening in een kortgedingprocedure en de provisionele vordering ex art. 223 Rv, is het voor de praktijk van belang om te weten voor welke rechtsingang in voorkomende gevallen gekozen moet worden. In dat verband zijn de verschillen tussen de beide procedures, alsmede de daarmee samenhangende voor- en nadelen van doorslaggevende betekenis.

Veruit het belangrijkste verschil – dat ook in meerdere opzichten een rol speelt – is het vereiste dat een provisionele vordering dient samen te hangen met een eis in de hoofdzaak. Enkel in het geval dat met betrekking tot dezelfde kwestie reeds een bodemprocedure aanhangig is of in de toekomst aanhangig zal worden gemaakt, heeft een partij de keuze tussen de beide procedures. Zonder aanhangige bodemprocedure bestaat slechts de mogelijkheid om door middel van een kortgedingprocedure een voorlopige voorziening te verkrijgen. Wanneer evenwel aan het vereiste van aanhangigheid van een bodemprocedure is voldaan, kent het instellen van een provisionele vordering een aantal voordelen boven de kortgedingprocedure. Zo behoeft er na een beslissing op een provisionele vordering geen nieuwe bodemprocedure geëntameerd te worden om een vonnis ten principale te verkrijgen; deze procedure is dan immers reeds aanhangig. Een vonnis in de bodemprocedure zal daarmee ook sneller verkregen kunnen worden, dan in het geval dat deze procedure eerst aanhangig wordt gemaakt na afloop van een kortgedingprocedure. Het instellen van een provisionele vordering brengt daarnaast minder proceskosten met zich mee dan het voeren van een aparte kortgedingprocedure naast de reeds aanhangige bodemprocedure.

De provisionele voorziening wint het echter niet op alle fronten van de in kort geding verkregen voorlopige voorziening. Zo wordt in een kortgedingprocedure doorgaans sneller een uitspraak verkregen op de gevorderde voorlopige voorziening. En hoewel de geldingsduur van een verkregen provisionele voorziening lang kan zijn – deze blijft ook van kracht op het moment dat de uitspraak in de hoofdzaak niet in kracht van gewijsde gaat, doordat daartegen een rechtsmiddel wordt ingesteld – staat of valt deze met de aanhangigheid van de hoofdzaak. Indien de hoofdzaak wordt ingetrokken en partijen niet zijn overeengekomen dat de gevolgen van de gegeven provisionele voorziening in stand blijven (bijvoorbeeld door middel van een vaststellingsovereenkomst,

waarin de provisionele voorziening wordt vervangen door een gelijkkluidende partijafsprake), dan vervalt daarmee ook de provisionele voorziening.

Zolang de regel dat een provisionele voorziening vervalt op het moment dat de hoofdzaak niet langer aanhangig is niet wordt afgeschaft, worden partijen dus – anders dan ten aanzien van een in kort geding verkregen voorlopige voorziening – gedwongen tot doorprocederen. Het invoeren van een met art. 116 lid 5 Rv (oud) vergelijkbare bepaling zou de provisionele vordering voor de praktijk aantrekkelijker kunnen maken, omdat daarmee een met de kortgedingprocedure vergelijkbare situatie ontstaat. Immers, partijen kunnen dan – indien zij dat wensen – afzien van het voortzetten van de aanhangige bodemprocedure, nadat zij een provisionele voorziening hebben verkregen. Wanneer daarbij een vergelijking wordt gemaakt met het aantal gevallen waarin partijen afzien van het entameren van een bodemprocedure na een in kort geding verkregen voorlopige voorziening (95 %), dan valt van de invoering van een met art. 116 lid 5 Rv (oud) vergelijkbare bepaling bovendien een ontlasting van het rechterlijk apparaat te verwachten.

De partij die een voorlopige voorziening wenst en daarvoor de keuze dient te maken tussen de vordering daarvan in een kortgedingprocedure en het instellen van een provisionele vordering ex art. 223 Rv, zal de bovengenoemde voor- en nadelen tegen elkaar moeten afwegen. In zeer spoedeisende gevallen zal het snelheidsargument de balans over het algemeen doen doorslaan naar de kortgedingprocedure. Voor iets minder spoedeisende gevallen kan de provisionele vordering echter een goed en ook goedkoper alternatief zijn.