

Provisionele vordering tegenover kort geding

Een voorlopige voorziening kan niet alleen worden verkregen in kort geding, maar ook door middel van een provisionele vordering in een aanhangige bodemprocedure. Bij deze tweede voorziening kan het bijvoorbeeld gaan om opheffing van conservatoir beslag, verlaging van een bankgarantie, ont ruiming van het gehuurde of betaling van een voorschot.¹ Wanneer is de provisionele vordering een goed alternatief voor de kortgedingprocedure?²

.....
M. den Besten

PhD-fellow burgerlijk procesrecht,
Universiteit Leiden
.....

De mogelijkheid tot het instellen van een provisionele vordering is sinds de herziening van het burgerlijk procesrecht in 2002 gecodificeerd in art. 223 Rv. Deze codificatie komt feitelijk neer op een redactionele wijziging van art. 51 Rv (oud), waarin de provisionele vordering impliciet besloten lag. De literatuur en jurisprudentie omtrent art. 51 Rv (oud) hebben voor het huidige recht groten-deels hun betekenis behouden.

Samenhang

Iedere voorziening die als voorlopige voorziening kan worden toegewezen, kan door partijen in beginsel ook bij wege van provisionele vordering worden gevorderd. De gevraagde voorziening hoeft niet expliciet uit de wet voort te vloeien.³ De provisionele vordering kan strekken tot toewijzing van hetgeen wordt gevorderd in de hoofdzaak of een gedeelte daarvan, zoals een voorschot op het in de hoofdzaak gevorderde bedrag.⁴ Sinds 2002 vereist de wet in art. 223 lid 2 Rv uitdrukkelijk dat de provisionele vordering samenhangt met de eis in de hoofdzaak. Dit hoeft voor de rechter evenwel geen beletsel te vormen om op de gevorderde voorziening te beslissen. Net als bij de in kort geding gegeven

voorlopige voorziening, legt de voorlopige beoordeling van de rechtsverhouding tussen partijen de beoordeling in de hoofdzaak namelijk niet vast.⁵

Kenbaar maken

Zowel de eisende als de gedaagde partij in de hoofdzaak kan een provisionele vordering instellen. Omdat art. 223 Rv is ondergebracht in afdeling 2.10 (incidentele vorderingen), gelden daarbij de algemene bepalingen voor incidentele vorderingen van artt. 208 en 209 Rv. Hoewel uit art. 208 Rv kan worden afgeleid dat het partijen vrij staat om een provisionele vordering in te stellen in iedere stand van het geding – het artikel bepaalt slechts dat een incidentele vordering kan worden ingesteld bij dagvaarding of bij met redenen omklede conclusie – zal dit over het algemeen direct in de dagvaarding of de conclusie van antwoord gebeuren. Maar later kan ook, bijvoorbeeld indien de noodzaak voor de provisionele vordering pas in een later stadium van de procedure ontstaat. Omdat de provisionele vordering niet is ‘ingeburgerd’, kunnen partijen er niet klakkeloos van uitgaan dat adequaat op een dergelijke vordering wordt gereageerd.⁶ Zo bevat het Landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken (LRR)⁷ 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. Ten aanzien van het opnemen van een provisionele vordering in de conclusie van antwoord

.....
1 Vgl. respectievelijk Rb. Arnhem 10 november 2004, LjN AR8830 en Rb. Amsterdam 27 december 2006, LjN AZ7269; Rb. Arnhem 23 juli 2003, LjN AM1814; Rb. Rotterdam 11 september 2006, LjN AY9703; Rb. Arnhem 27 juni 2007, LjN BB1599.
2 Dit artikel is een bewerking van Den Bestens bijdrage ‘Samenloop van voorlopige voorzieningen in het burgerlijk procesrecht’, in: I.S.J. Houben e.a. (red.), *Samenloop*, BWKJ 23 (2007), Deventer: Kluwer 2007, p. 211-238.
3 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. Zie ook: H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, 4^e druk, Deventer: Kluwer 2007, p. 337 (nr. 330).
4 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.

.....
5 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: J.H. Blaauw, W. Schenk, *Het kort geding. A. Algemeen deel*, 7^e druk, Deventer: Kluwer 2002, p. 68. Wanneer het oordeel omtrent de provisionele vordering is vervat in een tussenvonnissen dat ook (bindende) eindbeslissingen bevat met betrekking tot de eis in de hoofdzaak, en dit oordeel mede op deze eindbeslissingen is gebaseerd, is dit uiteraard anders.
6 Vgl. o.m. Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 204 (nr. 189) en p. 337 (nr. 330); Schenk/Blaauw 2002, p. 68; alsmede Snijders (losbl.), aant. 7 bij art. 223 Rv.
7 *Staatscourant* 9 februari 2007, nr. 29, p. 24.



zal dit niet veel problemen opleveren.⁸ Wanneer echter de eisende partij in haar inleidende dagvaarding een provisionele vordering wenst op te nemen, is dit anders. De provisionele vordering zal immers pas in het lichaam van de dagvaarding aan bod komen, zodat deze gemakkelijk over het hoofd kan worden gezien. Het is dan ook verstandig om bij het aanbrenge van de dagvaarding expliciet aan de (rol)rechter en de wederpartij kenbaar te maken dat tevens een provisionele vordering wordt ingesteld.

Compact

De wederpartij kan op de provisionele vordering reageren met een incidentele conclusie van antwoord (vgl. art. 128 j^o. 208 lid 1 Rv). Hiervoor wordt in beginsel een termijn van twee weken aangehouden (vgl. art. 2.7 LRR). Dat sprake is van een compacte procedure blijkt uit art. 208 lid 2 Rv, dat bepaalt dat het nemen van conclusies van repliek en dupliek slechts in bijzondere gevallen door de rechter zal worden toegestaan. Bovendien zal de rechter ingevolge art. 209 Rv eerst en vooraf op de provisionele vordering moeten beslissen. De aard van de provisionele vordering brengt dit mee. Voor het wijzen van het provisionele tussenvonnissen geldt een termijn van maximaal vier weken na het nemen van de incidentele conclusie van antwoord (vgl. art. 2.13 LRR). De rechter die weigert om binnen deze termijn op de provisionele vordering te beslissen, handelt mijns inziens in strijd met de artt. 23 en 26 Rv.

Babylonisch

De mogelijkheid tot het instellen van een provisionele vordering buiten de dagvaardingsprocedure in eerste aanleg vloeit voor een aantal procedures voort uit schakelbepalingen, die art. 223 Rv van overeenkomstige toepassing verklaren. Dit is bijvoorbeeld het geval ten aanzien van het hoger beroep (vgl. art. 353 Rv).⁹ Wanneer een partij echter voor het

Met de provisionele vordering kan zonder het starten van een nieuwe procedure ook een vonnis ten principale worden verkregen



eerst in hoger beroep een provisionele vordering instelt, verspeelt zij daarmee een instantie.¹⁰

Bij het instellen van een provisionele vordering in hoger beroep kan overigens gemakkelijk een Babylonische spraakverwarring ontstaan.¹¹ Deze incidentele vordering moet namelijk goed worden onderscheiden van het incidenteel hoger beroep ex art. 339 lid 3 Rv. De beide procedures moeten bovendien worden onderscheiden van het hoger beroep tegen een provisioneel tussenvonnissen

uit eerste aanleg ex art. 337 lid 1 Rv. Om misverstanden te voorkomen, is het verstandig om de (rol)raadsheer en de wederpartij er nadrukkelijk op te wijzen welke procedure wordt ingesteld.

Een buitenbeentje vormt verder de in een kortgedingprocedure 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 mogelijk is, mits daarmee met het oog op het onvermijdelijk uitblijven van een beslissing in kort geding, een redelijk belang van een of meer partijen wordt gediend.¹² Zo kan een potentiële koper van aandelen in een kortgedingprocedure een vordering tot dooronderhandelen instellen, waarbij als provisionele voorziening een verbod voor de verkoper wordt gevorderd om de litigieuze aandelen te vervreemden gedurende die kortgedingprocedure.

Geldingsduur

Een provisionele voorziening geldt voor de duur van het geding (vgl. art. 223 Rv) en verliest dus haar werking zodra de einduitspraak in de hoofdzaak in kracht van gewijsde gaat. De partij die wil dat de op grond van een provisionele voorziening ontstane situatie ook nadien voortduurt, zal daarom in de hoofdzaak een gelijkkluidende vordering moeten instellen. De provisionele voorziening kan dan worden vervangen door toewijzing van de gelijkkluidende vordering in de hoofdzaak. Indien tegen de einduitspraak in de hoofdzaak echter een gewoon rechtsmiddel wordt aangevraagd, blijft de provisionele voorziening ook van kracht voor de duur van de verzetprocedure, het hoger beroep of de cassatieprocedure.¹³

Door tussentijds hoger beroep tegen het provisionele tussenvonnissen ex art. 337 lid 1 Rv¹⁴ kan een voorlopige voorziening al tijdens het geding haar werking verliezen, wanneer de appelrechter een ander oordeel velt over de provisionele

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

9 Zie daarnaast art. 147 Rv (verzet: impliciet), art. 377 Rv (derdenverzet) en art. 385 Rv (herroeping). Ten aanzien van de verzoekschriftprocedure kan analogische toepassing van art. 223 Rv worden aangenomen: vgl. o.m. Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 351-352 (nr. 342); Snijders (losbl.), aant. 9 in fine bij art. 223 Rv;

alsmede P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, 'Spel der Voorzieningen', in: TCR 2003-2, p. 39. Met betrekking tot de cassatieprocedure ligt analogische toepassing van art. 223 Rv – gezien de aard van die procedure – minder voor de hand, maar zij kan niet per definitie worden uitgesloten: vgl. E. Korhals Altes & H.A. Groen, *D.J. Veegens. Asser-serie Procesrecht. Deel 7. Cassatie in burgerlijke zaken*, 4^e druk, Deventer: Kluwer 2005, p. 329 (nr. 154).

10 Vgl. in dit verband HR 24 maart 1995, NJ 1995, 349 (Allart/Kist-Hubert II), r.o. 3, laatste alinea.

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

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

13 Vgl. o.m. Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 337 (nr. 330); alsmede Schenk/Blaauw 2002, p. 68.

14 Zie voor het tussentijds instellen van cassatie tegen een door het hof gewezen provisioneel tussennarrest: art. 401a lid 1 Rv.

vordering. Een vergelijkbare situatie kan zich voordoen wanneer (provisieel) een wijziging of intrekking van een reeds gegeven provisieel voorziening wordt gevorderd, bijvoorbeeld op grond van gewijzigde omstandigheden. Op grond van dit laatste zou een partij met een provisieel vordering ook een wijziging of intrekking kunnen vorderen van een door de kortgedingrechter gegeven voorlopige voorziening. Laatstgenoemde voorziening verliest immers haar werking door een andersluidende (provisieel) uitspraak in de hoofdzaak, mits die uitspraak maar uitvoerbaar bij voorraad is verklaard.¹⁵ Het omgekeerde – het in een kortgedingprocedure vorderen van een wijziging of intrekking van een gegeven provisieel voorziening – lijkt mij, gezien het primaat van de bodemprocedure, echter niet mogelijk.¹⁶

Uit de parlementaire geschiedenis kan tot slot nog worden afgeleid dat het intrekken van de hoofdzaak tot gevolg heeft dat een provisieel voorziening komt te vervallen.¹⁷ Hierop dienen partijen vooral bedacht te zijn wanneer zij tijdens de procedure een schikking treffen. Mochten partijen op dat moment de gevolgen van de gegeven provisieel voorziening in stand willen houden, dan zullen zij daarover dus expliciet afspraken moeten maken in het kader van de schikking.

Vergelijking

Voor een antwoord op de vraag in welke gevallen en onder welke omstandigheden de provisieel vordering een goed alternatief kan zijn voor een kortgedingprocedure, zijn vooral de verschillen tussen de beide procedures relevant.¹⁸

Als een kortgedingzitting op zich laat wachten, kan in een bodemprocedure een provisieel vordering worden ingesteld



Samenhang met hoofdzaak

Het meest in het oog springende verschil is het vereiste dat een provisieel vordering dient samen te hangen met een eis in de hoofdzaak. In dit opzicht is de drempel voor de kortgedingprocedure lager, sterker nog, in het merendeel van de gevallen (95%) zien partijen na een kort geding zelfs af van een bodemprocedure.¹⁹ 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.

Door de vereiste samenhang met de hoofdzaak wordt ook de reikwijdte beperkt van de voorlopige voorzieningen die provisieel gevorderd kunnen worden, terwijl de kortgedingprocedure

een dergelijke beperking niet kent. In de praktijk zal dit verschil tussen de beide procedures wel meevallen, aangezien partijen ingevolge art. 24 Rv in beginsel zelf de omvang van de hoofdzaak kunnen bepalen en zij op die manier dus ook een bepaalde provisieel vordering mogelijk kunnen maken, al dan niet door middel van een verandering of vermeerdering van eis ex art. 130 Rv.

Als tussen partijen reeds een bodemprocedure aanhangig is, of in de toekomst aanhangig wordt gemaakt, heeft de provisieel vordering het ontegenzeggelijke voordeel dat uiteindelijk ook een vonnis ten principale zal worden verkregen. Anders dan bij een voorlopige voorziening gegeven in kort geding hoeft er dus geen bodemprocedure te worden geëntameerd om aan de voorlopige voorziening een definitief karakter te geven.

Snelheid

Over het algemeen zal een voorlopige voorziening sneller verkregen kunnen worden in een kortgedingprocedure dan met een provisieel vordering. Als de provisieel vordering direct in de dagvaarding wordt opgenomen, krijgt de gedaagde op de eerste rolzitting in beginsel een termijn van twee weken voor het nemen van de incidentele conclusie van antwoord (vgl. art. 2.7 LRR) en zal maximaal vier weken na het nemen van die conclusie een provisieel tussenvonnis gewezen worden (vgl. art. 2.13 LRR). Daarmee verstrijken minimaal zo'n zes weken tussen de eerste rolzitting en de beslissing op de gevorderde voorlopige voorziening, terwijl in een kortgedingprocedure doorgaans binnen twee weken na de kortgedingzitting een uitspraak wordt verkregen.²⁰

Wanneer partijen omtrent dezelfde kwestie ook een bodemprocedure (zullen) voeren, kan een provisieel vordering sneller zijn dan de kortgedingprocedure. Aangezien een provisieel vordering slechts kan worden ingesteld als incidentele vordering in de hoofdzaak, staat daarmee ook de bodemprocedure in de startblokken, zodat vervolgens direct en zonder tijdverlies kan worden doorgeprocedeerd in de hoofdzaak. Na een gevoerde kortgeding-

¹⁵ Vgl. Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 341 (nr. 334); alsmede Schenk/Blaauw 2002, p. 27 en 215-216.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ Voor een bespreking van de overeenkomsten tussen de provisieel vordering en de kortgedingprocedure verwijst de auteur de geïnteresseerde lezer naar zijn bijdrage in de in noot 2 supra genoemde BWKJ-bundel.

¹⁹ 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.

²⁰ Vgl. Kramer 2001, p. 36.

procedure daarentegen zal voor een bodemprocedure opnieuw moeten worden gedagvaard.

Een ander argument voor de provisionele vordering is dat de eisende partij in de hand heeft tegen welke roldatum wordt gedagvaard, terwijl deze datum in de kortgedingprocedure wordt bepaald door de voorzieningenrechter (vgl. art. 254 lid 2 Rv). Als een partij niet op korte termijn een datum voor een kortgedingzitting kan verkrijgen en zij geen bezwaar tegen een bodemprocedure heeft, verdient het overweging een provisionele vordering in te stellen. De anders verloren wachttijd tot de kortgedingzitting wordt dan benut voor (een deel van) de hiervoor genoemde termijnen van het LRR, terwijl daarmee bovendien vast de bodemprocedure aanhangig is gemaakt.

Geldingsduur

De provisionele voorziening geldt slechts voor de duur van het geding, terwijl een voorlopige voorziening uit kort geding – behoudens daartegen ingestelde rechtsmiddelen of een andersluidend oordeel in de bodemprocedure – in beginsel onbeperkte geldingsduur heeft.

De overheersende opvatting is dat de in kort geding verkregen voorlopige voorziening haar werking verliest wanneer 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.²¹ Het primaat van de bodemprocedure wordt hiermee nog eens bevestigd.

Naar mijn mening kan met betrekking tot de provisionele voorziening dezelfde opvatting worden aangehangen. 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 een ander regime te hanteren dan bij de in een kortgedingprocedure gegeven voorlopige voorziening. Mocht de andersluidende uitspraak in de hoofdzaak in hoger beroep of in cassatie worden vernietigd, dan zal mijns inziens moeten

²¹ Vgl. H.J. Snijders in zijn noot bij HR 15 mei 1998, NJ 1999, 569 (AVI Originals/CTA).

Een kort geding kan sneller, een provisionele vordering kan goedkoper zijn

worden aangenomen dat de provisionele voorziening herleeft.²²

Proceskosten

Wanneer partijen over dezelfde kwestie ook een bodemprocedure voeren, kost een provisionele vordering over het algemeen minder dan een aparte kortgedingprocedure.²³ De kosten blijven in dat geval immers beperkt tot één punt van het toepasselijke liquidatietarief²⁴; het vast recht is reeds voldaan in het kader van de bodemprocedure. Bij een aparte kortgedingprocedure daarentegen moeten nogmaals kosten worden gemaakt voor de dagvaarding en het vast recht – en denk ook aan advocaatkosten voor de zitting – en zal daarnaast een separate kostenveroordeling terzake het procureurssalaris volgen.²⁵

De rechter kan in het provisionele tussenvonnis bepalen dat de kosten van de provisionele vordering worden

²² 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/Blauw 2002, p. 215-216.

²³ 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).

²⁴ Vgl. F. van Schaik, 'De provisionele eis als alternatief voor kort geding', in: *Advocatenblad* 1985-4, p. 77. Wanneer de provisionele vordering reeds bij dagvaarding wordt ingesteld, kan mijns inziens met betrekking tot de eisende partij zelfs dit liquidatiepunt worden voorkomen. Voor het nemen van de incidentele conclusie van antwoord geldt dit vanzelfsprekend niet. Zie voor de meest recente liquidatietarieven www.rechtspraak.nl.

²⁵ 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.

aangehouden tot het eindvonnis in de hoofdzaak (vgl. art. 237 lid 1 Rv), zodat de uiteindelijk in de bodemprocedure in het ongelijk gestelde partij ook kan worden veroordeeld in de kosten van de incidentele procedure. Partijen kunnen ook om die reden een tactische keuze maken tussen een provisionele vordering en kortgedingprocedure, want in de laatste zal direct een kostenveroordeling volgen.

Goed en goedkoop

Veruit het belangrijkste verschil tussen de provisionele vordering ex art. 223 Rv en de kortgedingprocedure is het ver-eiste dat de eerste dient samen te hangen met een eis in de hoofdzaak. Zonder aanhangige bodemprocedure kan alleen door middel van een kortgedingprocedure een voorlopige voorziening worden verkregen.

Wanneer een provisionele vordering mogelijk is, heeft deze een aantal voordelen boven de kortgedingprocedure. Omdat er na een beslissing op een provisionele vordering geen nieuwe bodemprocedure geëntameerd behoeft te worden om een vonnis ten principale te verkrijgen, kan een vonnis in de bodemprocedure sneller worden verkregen dan wanneer deze procedure pas aanhangig wordt gemaakt na een kort geding. De provisionele vordering is bovendien minder kostbaar dan een kortgedingprocedure naast de reeds aanhangige bodemprocedure.

Daar staat tegenover dat in kort geding doorgaans sneller een uitspraak wordt verkregen, en dat, hoewel de provisionele voorziening lang kan gelden, deze staat of valt met de aanhangigheid van de hoofdzaak. Tenzij partijen zijn overeengekomen dat de gevolgen van de provisionele voorziening in stand blijven, vervalt de provisionele voorziening als de hoofdzaak wordt ingetrokken – zoals de schikking tijdens het geding.

In zeer spoedeisende gevallen zal de balans doorslaan naar de kortgedingprocedure; in andere gevallen is de provisionele vordering een goed en goedkoper alternatief.