

## Noot

**Beoordeling van de rechten van partijen en belangenafweging in kort geding**Joost Verlinden<sup>1</sup>

1. Bovenstaand arrest van het Hof van Cassatie in de zaak J&B is voor zover mij bekend het eerste arrest waarin een beslissing wordt vernietigd, omdat de rechter in kort geding bij het onderzoek van de ogenschijnlijke rechten van de partijen rechtsregels had betrokken die zijn beslissing “niet redelijk konden schragen”. Daarnaast herhaalt het Hof van Cassatie voor het eerst sinds geruime tijd dat “de rechter in kort geding maatregelen tot bewaring van recht kan bevelen, indien er een schijn van rechten is die het nemen van een beslissing verantwoordt”, wat na het arrest Fegarbel van 4 februari 2000<sup>2</sup>, waarover verder meer<sup>3</sup>, bijna als een opluchting komt.

De eerste regel (“redelijk kunnen schragen”) komt reeds tien jaar voor in de rechtspraak van het Hof van Cassatie<sup>4</sup>, de tweede regel (“ogenschijnlijke rechten”) al twintig jaar<sup>5</sup>. Voldoende redenen dus voor een kritische reflectie bij deze pijlers van de cassatierechtspraak inzake kort geding.

2. Sinds het arrest McCloud van 4 juni 1993 aanvaardt het Hof van Cassatie dat “*de rechter (in kort geding) die zich ertoe beperkt de ogenschijnlijke rechten van de partijen na te gaan en te onderzoeken, zonder daarbij rechtsregels te betrekken die de voorlopige maatregel die hij beveelt niet redelijk kunnen schragen, de grenzen van zijn bevoegdheid niet overschrijdt*”.

Deze formulering komt vrijwel letterlijk terug in vijf andere arresten, telkens met de toevoeging dat “*een dergelijke beslissing die zich ten gronde niet uitspreekt over de rechten van de partijen, geen schending inhoudt van het materiële recht dat de rechter in zijn beoordeling betreft*”<sup>6</sup>.

Volgens de gangbare interpretatie betekent dit dat de rechter in kort geding zijn bevoegdheid overschrijdt, en zijn beslis-

sing dus kan worden gecasseerd, wanneer de in de beoordeling betrokken rechtsregel op de vastgestelde feiten in redelijkheid niet van toepassing kan zijn, of wanneer aan deze rechtsregel een betekenis wordt gegeven die hij redelijkerwijze niet kan hebben<sup>7</sup>.

Twee arresten bevatten een andere formulering. In het arrest van 25 november 1996 wordt de voorziening verworpen, omdat het bestreden arrest “bij de voorlopige beoordeling van de rechten van partijen, geen rechtsregels toepast die de beoordeling van de rechter in kort geding *onmogelijk* kunnen schragen”<sup>8</sup>. Dit legt de lat voor de eiser in cassatie natuurlijk nog een stuk hoger. Deze formulering komt in latere arresten echter niet meer terug.

In het arrest van 31 januari 1997 luidt het dat “de rechter in kort geding, mits hij niet onredelijk rechtsnormen betreft *of weigert te betrekken* in zijn redenering, onaantastbaar vaststelt of op grond van zijn aanvankelijke beoordeling een ogenschijnlijk onrechtmatige stornis bestaat die een maatregel kan wettigen”<sup>9</sup>. Ook deze bewoordingen, die volgens Laenens en Rigaux wezen op een verruiming van de controlebevoegdheid van het Hof van Cassatie<sup>10</sup>, werden nadien niet meer herhaald<sup>11</sup>. Het geannoteerde arrest houdt het eveneens bij de klassieke formulering.

3. Wat het “*redelijkheids criterium*” zelf nu precies inhoudt, blijft vrij onduidelijk. Advocaat-generaal Bresseleers schrijft, in navolging van Raes, dat de redelijkheid “onder meer beoordeeld (wordt) in het licht van de bevolen maatregel: naargelang de maatregel ingrijpender is, zal een sterkere schijn van recht vereist zijn”<sup>12</sup>. In de rechtspraak van het Hof van Cassatie zelf vindt men echter geen enkel houvast.

<sup>1</sup> Advocaat te Brussel.

<sup>2</sup> Cass. 4 februari 2000, *Arr. Cass.* 2000, nr. 92, *R.W.* 2000-01, 813, noot M. STORME en *T.B.H.* 2000, 186, noot B.D.

<sup>3</sup> *Infra*, nr. 5.

<sup>4</sup> Met name sinds Cass. 4 juni 1993, *McCloud*, *Arr. Cass.* 1993, nr. 269 en *P.&B.* 1993, 121, noot S. RAES en *T.B.H.* 1993, 930, noot H.R.

<sup>5</sup> Met name sinds Cass. 29 september 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, nr. 54.

<sup>6</sup> Cass. 23 december 1994, *Arr. Cass.* 1994, nr. 575 (zonder de woorden “*en te onderzoeken*”); Cass. 9 maart 1995, *Arr. Cass.* 1995, nr. 142; Cass. 16 november 1995, *Arr. Cass.* 1995, nr. 499; Cass. 25 april 1996, *Arr. Cass.* 1996, nr. 135; Cass. 25 juni 1999, *Arr. Cass.* 1999, nr. 400.

<sup>7</sup> S. RAES, “De toepassing van het recht door de rechter in kort geding”, *R. Cass.* 1993, (167), p. 170, nr. 15; G. BRESSELEERS, conclusie voor Cass. 5 mei 2000, *Arr. Cass.* 2000, (853), p. 854, nr. 4; P. TAELEMAN, “Het kort geding. Ontwikkeling van de urgentievoorwaarde en het vereiste bij voorraad uitspraak te doen in de jaren '90 alsook enkele procedureaspecten”, *P.&B.* 1997, (203), 215, nr. 21). Volgens Storme betekent “onredelijk” hier “*dat deze regelen met het geding niets te maken hebben, dan wel verkeerdelijk worden geïnterpreteerd*” (M. STORME, “Kort geding omdat het moet” (noot onder Cass. 4 februari 2000), *R.W.* 2000-01, 814). Vgl. H.R., “De rechter in kort geding ordent” (noot onder Cass. 4 juni 1993), *T.B.H.* 1993, p. 930, nr. 3; het onderscheid tussen twee mogelijkheden, dat H.R. in het arrest van 4 juni 1993 leest, blijkt mijns inziens helemaal niet uit dit arrest.

<sup>8</sup> Cass. 25 november 1996, *Arr. Cass.* 1996, nr. 454.

<sup>9</sup> Cass. 31 januari 1997, *Arr. Cass.* 1997, nr. 56, met conclusie adv. gen. DE RIEMAECKER.

<sup>10</sup> J. LAENENS en M. RIGAUX, “Het posten als onderdeel van een normale uitoefening van het recht te staken: kanttekeningen bij Cass., 31 januari 1997”, *R.W.* 1997-98, (598), 600.

<sup>11</sup> Zie Cass. 25 juni 1999, *Arr. Cass.* 1999, nr. 400.

<sup>12</sup> G. BRESSELEERS, conclusie voor Cass. 5 mei 2000, *Arr. Cass.* 2000, (853), p. 854, nr. 4; S. RAES, “De toepassing van het recht door de rechter in kort geding”, *R. Cass.* 1993, p. 170, nr. 15.

Verscheidende auteurs betogen dat de controle van het Hof van Cassatie niet meer dan een marginale toetsing zou zijn<sup>13</sup>. Dit lijkt mij niet juist. De eiser in cassatie moet immers *niet* aantonen dat de rechter in kort geding rechtsregels op een *kennelijk* verkeerde manier heeft toegepast<sup>14</sup>. Het redelijkheidscriterium vormt een soepele norm, wat het Hof van Cassatie een vrij ruime controlebevoegdheid geeft<sup>15</sup>.

Niettemin is het duidelijk dat het redelijkheidscriterium de lat voor de eiser in cassatie vrij hoog legt: deze moet immers aantonen dat de rechter in kort geding op een onredelijke manier rechtsregels heeft gehanteerd. Dit criterium is uiteraard veel strenger dan hetgeen geldt bij de normale controle van het Hof van Cassatie op de toepassing van materieel recht.

Het geannoteerde arrest is trouwens voor zover mij bekend het allereerste arrest dat een beslissing in kort geding vernietigt, omdat daarin rechtsregels werden betrokken die de beslissing niet redelijk konden schragen. Dat dit gebeurde in een vrij complexe zaak, waarin de beslissing van de appelrechters uitstekend was gemotiveerd, bevestigt dat het redelijkheidscriterium geen onoverbrugbare hindernis is en stemt hoopvol voor de toekomst.

4. Niettemin blijft deze rechtspraak onbevredigend. Een (begrijpelijk en hanteerbaar) onderscheid blijven maken tussen gevallen waarin de aangevochten beslissing in kort geding als het ware slechts “een beetje onwettig” is (m.a.w. onwettig, maar niet op een onredelijke manier), en de gevallen waarin de beslissing rechtsregels op een “onredelijke” manier hanteert, lijkt mij op termijn niet houdbaar.

De rechtspraak van het Hof van Cassatie impliceert bovendien een moeilijk te verantwoorden verschil in het wettigheidstoezicht op regels van procesrecht enerzijds en regels van materieel recht anderzijds. Voor de toepassing van regels van procesrecht geldt immers blijkbaar nog steeds het normale toezicht van het Hof van Cassatie<sup>16</sup>, terwijl de toepas-

sing van regels van materieel recht alleen aan het redelijkheidscriterium wordt getoetst<sup>17</sup>. De rechter in kort geding die de nietigverklaring weigert van een dagvaarding met een aantal vormgebreken op grond van artikel 867 van het Gerechtelijk Wetboek, wordt dus strenger gecensureerd dan de rechter in kort geding die bijvoorbeeld materieelrechtelijke rechtsregels over de beëindiging van overeenkomsten verkeerd toepast.

Ten slotte komt de bestaande cassatierechtspraak er, zoals vermeld, op neer dat de controle van het Hof van Cassatie op een beslissing in kort geding beperkter is dan de controle op een beslissing ten gronde, en dat het bijgevolg moeilijker is de vernietiging te bekomen van een beslissing in kort geding. Mede in het licht van het feit dat beslissingen in kort geding zeer verstrekkende, zelfs feitelijk onherroepelijke gevolgen kunnen hebben, lijkt me dit moeilijk aanvaardbaar<sup>18</sup>. Als de beslissing van de kortgedingrechter gebaseerd is op een foutieve toepassing van rechtsregels, moet zijn beslissing mijns inziens vatbaar zijn voor vernietiging<sup>19</sup>, ongeacht of deze toepassing redelijk of onredelijk is.

Een beslissing in kort geding heeft natuurlijk een eigen karakter, meer bepaald doordat uitspraak wordt gedaan in spoedeisende gevallen en deze uitspraak de bodemrechter niet bindt. Dit lijkt me echter geen goede reden om ook aan het toezicht van het Hof van Cassatie op beslissingen in kort geding een *sui generis*-karakter te geven dat de procespartijen geringere waarborgen biedt<sup>20</sup>.

5. Het geannoteerde arrest bevestigt dat “*de rechter in kort geding maatregelen tot bewaring van recht kan bevelen, indien er een schijn van rechten is die het nemen van een beslissing verantwoordt*”.

Een identieke formulering komt voor in een hele reeks arresten uit de jaren '90<sup>21</sup>, zodat dit element van het arrest helemaal niet verrassend is. De rechtspraak volgens dewelke de rechter in kort geding zich kan baseren op de ogenschijnlijke

13. H. BOULARBAH, “Variations autour de l’appel des ordonnances ‘sur référé’”, in *Imperat Lex. Liber Amicorum Pierre Marchal*, Brussel, Larcier, 2003, (225), 229; H.R., “De rechter in kort geding ordent” (noot onder Cass. 4 juni 1993), *T.B.H.* 1993, 930; M. REGOUT, “Le contrôle de la Cour de Cassation sur les décisions de référé”, in *Le référé judiciaire*, Brussel, Éd. du Jeune Barreau, 2003, (123), p. 137, nr. 21; J. VAN COMPENOLLE en G. CLOSSET-MARCHAL, “Examen de jurisprudence (1985 à 1998). Droit judiciaire privé”, *R.C.J.B.* 1999, (59), p. 163, nr. 364.

14. Zie, wat het begrip marginale toetsing betreft, onder meer J. RONSE, “Marginale toetsing in het privaatrecht”, *T.P.R.* 1977, (207), 210; R. KRUIHOF, Boekbespreking van W. VAN GERVEN, “Hoe blauw is het bloed van de prins? De overheid in het verbintenissenrecht”, *T.P.R.* 1984, (1512), 1514.

15. S. RAES, “De toepassing van het recht door de rechter in kort geding”, *R. Cass.* 1993, p. 170, nr. 15; P. TAELEMAN, *l.c.*, *P.&B.* 1997, p. 214-215, nr. 21. Storme ziet in de toetsing aan het redelijkheidscriterium zelfs “het gevaar” dat de greep van het cassatietoezicht op de presidentiële beschikking groter dreigt te worden (M. STORME, “Arbeidsrecht en gerechtelijk recht: verstaan zij zich met elkaar?”, *T.P.R.* 1999, (61), 68).

16. Zie bijvoorbeeld Cass. 31 januari 1997, *Arr. Cass.* 1997, nr. 55, in verband met de termijn van verschijning in hoger beroep.

17. Bovendien gebeurt de toetsing van de toepassing van regels van materieel recht dan nog op een vrij artificiële manier. Het Hof van Cassatie vereist immers dat de eiser in cassatie een schending aanvoert van art. 584 van het Gerechtelijk Wetboek (Cass. 16 november 1995, *Arr. Cass.* 1995, nr. 499; Cass. 5 mei 2000, *Arr. Cass.* 2000, nr. 275 met conclusie adv. gen. G. BRESSELEERS). In gevallen zoals het geannoteerde arrest is de werkelijke reden waarom er wordt gecasseerd, nochtans een schending van regels van materieel recht, en geen schending van art. 584 van het Gerechtelijk Wetboek.

Zie *infra*, nr. 8 (b).

19. Cf. P. LEMMENS, “Het onderzoek van de ogenschijnlijke rechten van de partijen door de rechter in kort geding en het toezicht door het Hof van Cassatie” (noot onder Cass. 22 februari 1991), *T.B.H.* 1991, (675), p. 680, nr. 9.

20. Zie in dezelfde zin in verband met de motiveringsverplichting P. LEMMENS, *l.c.*, *T.B.H.* 1991, p. 682-683, nrs. 13-15.

21. Cass. 4 juni 1993, *Arr. Cass.* 1993, nr. 269; Cass. 23 december 1994, *Arr. Cass.* 1994, nr. 575; Cass. 9 maart 1995, *Arr. Cass.* 1995, nr. 142; Cass. 16 november 1995, *Arr. Cass.* 1995, nr. 499; Cass. 25 april 1996, *Arr. Cass.* 1996, nr. 135; Cass. 25 juni 1999, *Arr. Cass.* 1999, nr. 400.

rechten der partijen, gaat trouwens reeds terug tot het arrest van 29 september 1983<sup>22</sup>.

Het arrest van het Hof van Cassatie van 4 februari 2000 inzake Fegarbel en de commentaren bij dit arrest hebben in de laatste jaren echter twijfel gezaaid over de precieze rol van de “*schijn van rechten*” bij de beoordeling in kort geding. Het arrest Fegarbel bevat immers de overweging “*dat de rechter in kort geding die vaststelt dat de zaak urgent is en die, na de belangen te hebben afgewogen, oordeelt dat voor de eiser in kort geding onmiddellijke schade dreigt indien een bepaalde bewarende maatregel niet wordt bevolen, niet verplicht is nader in te gaan op het verweer van degene tegen wie de maatregel wordt gevraagd en dat gebaseerd is op het materiële recht*”<sup>23</sup>. Ofschoon het Hof van Cassatie met deze overwegingen een middel verwierp dat gebaseerd was op een schending van artikel 149 van de Grondwet, en uit dergelijke overwegingen over het algemeen niet veel zinnige conclusies kunnen worden getrokken, zag de rechtsleer dat in dit geval anders.

Volgens Storme bracht het Hof van Cassatie het kort geding terug tot “*zijn zuiverste verschijningsvorm want herleid tot drie essentiële toetsingscriteria: (1) urgentie; (2) belangenafweging; (3) dreigende schade*”. Het vereiste van schijn van rechten viel volgens hem door dit arrest weg, alsook het vereiste van het redelijk karakter van de al dan niet aangevande rechtsregels. Legaliteitscontrole en motiveringsplicht zouden overboord zijn gegoooid. Storme noemde dit alles juichend “*le référé à l'état pur*”<sup>24</sup>. Een andere auteur las in het arrest Fegarbel “*een hiërarchie in de maatstaven die de rechter in kort geding moet hanteren: urgentie en afwegen van belangen hebben voorrang op de fumus boni iuris*”<sup>25</sup>.

6. Het geannoteerde arrest maakt alvast duidelijk dat het met de legaliteitscontrole helemaal nièt gedaan is. Zoals hoger uiteengezet blijft het Hof van Cassatie beslissingen in kort geding immers toetsen aan het redelijkheids criterium. De lezer zal overigens reeds hebben begrepen dat ik dit als een minimale controle beschouw en hoop dat deze beperkte toetsing zal evolueren naar een normale cassatiecontrole.

Uit het geannoteerde arrest blijkt ook dat de vereiste schijn van rechten nièt is weggefallen. Het arrest herhaalt immers de regel dat de rechter in kort geding maatregelen tot bewa-

ring van recht kan bevelen, “*indien er een schijn van rechten is die het nemen van een beslissing verantwoordt*”, en rept met geen woord over belangenafweging.

Over een mogelijke hiërarchie tussen belangenafweging enerzijds en de schijn van rechten anderzijds zegt het geannoteerde arrest niets. Het thema is echter te belangrijk om het hier uit de weg te gaan, temeer daar ik de indruk heb dat vooral in de laatste jaren – ongetwijfeld mede door het arrest Fegarbel en de commentaren daarop – in de rechtspraak van sommige feitenrechters de neiging is ontstaan om belangenafweging (mijns inziens volkomen ten onrechte; zie *infra*) de voorrang te geven op de schijn van rechten.

7. De vraag is eenvoudig: moet de rechter in kort geding uitspraak doen op basis van de ogenschijnlijke rechten van de partijen, of moet hij zich veeleer door een belangenafweging laten leiden? Of, anders uitgedrukt, spreekt hij recht of ordent hij alleen?

In de bestaande, nochtans overvloedige rechtspraak en rechtsleer over het kort geding wordt het probleem helaas zelden scherp gesteld, laat staan uitgediept.

Iedereen is het er sinds het arrest van het Hof van Cassatie van 9 september 1982<sup>26</sup> uiteraard over eens dat de rechter in kort geding de rechten van de partijen *mag* onderzoeken. De vraag is hier echter niet of dit *mag*, maar of dit ook *moet*, en of belangenafweging nog wel een rol kan spelen, eens men aanneemt dat de beoordeling in kort geding moet gebeuren op basis van de schijn van rechten.

Sommige auteurs brengen belangenafweging in verband met urgentie. Het nadeel dat de eisende partij zal ondergaan bij het behoud van de situatie, wordt dan vergeleken met dat van de verweerder in de veronderstelling dat de eis wordt ingewilligd<sup>27</sup>. Met Krings, Storme en Taelman ben ik evenwel van mening dat belangenafweging met urgentie geen uitstaans heeft<sup>28</sup>. In de definitie die het Hof van Cassatie in navolging van koninklijk commissaris Van Reepinghen aan het begrip urgentie heeft gegeven, is van belangenafweging trouwens geen sprake<sup>29</sup>.

Andere auteurs noemen belangenafweging en schijn van rechten in één adem, bijna als één geheel<sup>30</sup>, of betitelen de

<sup>22</sup> Cass. 29 september 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, nr. 54; Cass. 25 juni 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, nr. 622; Cass. 22 februari 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, nr. 341 en *T.B.H.* 1991, 672, noot P. LEMMENS; Cass. 2 maart 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, nr. 347; Cass. 27 november 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, nr. 758.

<sup>23</sup> Cass. 4 februari 2000, *Arr. Cass.* 2000, nr. 92, *R.W.* 2000-01, 814, noot M. STORME en *T.B.H.* 2000, 184, noot B.D.

<sup>24</sup> M. STORME, “Kort geding omdat het moet” (noot onder Cass. 4 februari 2000), *R.W.* 2000-01, 814-815.

<sup>25</sup> B.D., noot onder Cass. 4 februari 2000, *T.B.H.* 2000, 186.

<sup>26</sup> Cass. 9 september 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, nr. 28 en *R.W.* 1983-84, 1338, noot J. LAENENS.

<sup>27</sup> Zie o.m. S. BEERNAERT, “Algemene principes van het civiele kort geding”, *R.W.* 2001-02, (1341), p. 1344, nr. 15; G. DE LEVAL, “Le référé et droit judiciaire privé”, *Act. dr.* 1992, (855), p. 866-867, nr. 16; J. LAENENS, *Commentaar Gerechtelijk Recht*, art. 584, nr. 10 (september 1984); D. LINDEMANS, *Kort geding*, Antwerpen, Kluwer, 1985, nrs. 116-118.

<sup>28</sup> E. KRINGS, “Het kort geding naar Belgisch recht”, *T.P.R.* 1991, (1059), p. 1067, nr. 19; M. STORME en P. TAELEMAN, “Het kort geding: ontwikkelingen en perspectieven”, in *Procederen in nieuw België en komend Europa*, Antwerpen, Kluwer, 1991, p. 10, nr. 6; P. TAELEMAN, *l.c.*, *P.&B.* 1997, p. 204, nr. 2.

<sup>29</sup> Cass. 21 mei 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, nr. 565; Cass. 13 september 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, nr. 22.

<sup>30</sup> M. STORME en P. TAELEMAN, “Het kort geding: ontwikkelingen en perspectieven”, *l.c.*, p. 10, nr. 6 (“Tot het afwegen van belangen of, zo men wil, de respectieve rechten van partijen, zal slechts worden overgegaan...”); P. TAELEMAN, *l.c.*, *P.&B.* 1997, p. 204, nr. 2; J. VAN COMPERNOLLE, “Actualité du référé”, *Ann. dr. Louvain* 1989, (141), 150.

beoordeling van de schijn van rechten als een “*subelement*” van de belangenafweging<sup>31</sup>. Hoger werd reeds een auteur geciteerd die zonder meer betoogt dat urgentie en belangenafweging voorrang hebben op de *fumus boni iuris*<sup>32</sup>.

Laenens vindt het “opportuun” dat de rechter in kort geding “in uitzonderlijke gevallen” louter ordenend kan optreden<sup>33</sup>.

Storme en Taelman gaan het verst en verdedigen de opvatting dat de kortgedingrechter de rechtsgrond niet hoeft te onderzoeken en louter “ordenend” mag optreden<sup>34</sup>.

**8.** Deze opvatting verdient mijns inziens geen navolging. Zij lijkt mij om verschillende redenen onjuist en helemaal niet opportuun.

(a) Op de eerste plaats is de rechter in kort geding, zoals een Nederlandse jurist dit ooit zo pittig uitdrukte, een rechter en geen dorpsoudste. “*Indien de President in kort geding veroordelingen uitsprekt die niet op juridische overwegingen maar uitsluitend op een belangenafweging of op doelmatigheidsoverwegingen zijn gebaseerd, dan kan hij zijn gezag niet aan het recht ontnemen en ‘verwordt’ hij tot ‘een wijs man’ die als een soort dorpsoudste conflicten beslecht*”<sup>35</sup>.

Minder provocerend verwoord: de rechter in kort geding maakt deel uit van de rechterlijke macht, er wordt van hem bijgevolg verwacht dat hij recht spreekt, ook al is dit in kort geding slechts bij wijze van voorlopige maatregel<sup>36</sup>.

(b) Iedereen erkent dat uitspraken in kort geding dikwijls een beslissende wending geven aan een betwisting, ofschoon zij de bodemrechter niet binden. Een uitspraak in kort geding kan feitelijk onherroepelijke gevolgen hebben<sup>37</sup>. Dwangsommen die verbeurd worden op grond van een beslissing in

kort geding, kunnen zelfs na een andersluidend bodemvonnis niet worden gerecupereerd<sup>38</sup>.

Kortom, de uitspraak in kort geding is tē belangrijk om te kunnen aanvaarden dat ze op basis van een belangenafweging zou worden genomen.

(c) Volgens Storme moet de rechter in kort geding in zijn beoordeling “*geen rechtsnormen betrekken, maar wanneer hij dat wel doet moet hij dit redelijk doen. Liever geen rechtsnormen, dan deze onredelijk erbij te betrekken*”<sup>39</sup>. Dit is zijn interpretatie van de hoger besproken cassatierechtpraak volgens dewelke beslissingen in kort geding kunnen worden vernietigd, indien daarbij rechtsregels worden betrokken die de voorlopige maatregel niet redelijk kunnen schragen<sup>40</sup>.

Dergelijke – mijns inziens onjuiste – interpretatie leidt tot het paradoxale gevolg dat de rechter in kort geding die alleen aan belangenafweging doet, niet het risico loopt dat zijn beslissing wordt gecasseerd (de belangenafweging is immers een feitenkwestie), terwijl de rechter in kort geding die de ogenschijnlijke rechten van de partijen onderzoekt (en mijns inziens daarmee zijn plicht doet), wél het risico loopt dat zijn beslissing wordt gecasseerd. Zo beschouwd is de stelling dat belangenafweging primeert op de schijn van rechten, bijna een vrijgeleide voor de rechter in kort geding en een uitnodiging tot willekeur.

(d) Vrij algemeen, en terecht, wordt aanvaard dat de rechter in kort geding geen maatregelen kan treffen of sancties kan opleggen die de bodemrechter niet zou kunnen opleggen<sup>41</sup>.

Een klassieke toepassing van deze regel treft men aan in de rechtspraak over de eenzijdige beëindiging van overeenkomsten van onbepaalde duur zonder opzeggingstermijn of

<sup>31</sup> H.R., “De rechter in kort geding ordent”, (noot onder Cass. 4 juni 1993), *T.B.H.* 1993, p. 930, nr. 1. In dezelfde zin schijnbaar: Antwerpen, 6 maart 2001, 1999/RK/233 en 2000/AR/2735: “*Vervolgens moet de kortgedingrechter niet onderzoeken of er een ‘voldoende schijn van recht is die het nemen van een beslissing (...) verantwoordt’, maar dient hij bij het oordelen over de gegrondheid van de gevraagde voorlopige maatregelen enkel een belangenafweging te doen waarbij hij rekening houdt met de rechtspositie van de betrokken partijen en de in geding zijnde belangenschade van partijen bij het resp. toekennen of afwijzen van de gevorderde voorlopige maatregelen.*”; in de publicatie van dit arrest in *R.W.* 2001-02, 604, is deze passage weggelaten.

<sup>32</sup> B.D., noot onder Cass. 4 februari 2000, *T.B.H.* 2000, 186; *supra*, nr. 5 in fine.

<sup>33</sup> J. LAENENS, “De rechter in kort geding: laatste bolwerk inzake collectieve geschillen”, in *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Kluwer, 1990, (291), p. 308, nr. 945.

<sup>34</sup> M. STORME en P. TAEELMAN, “Het kort geding: ontwikkelingen en perspectieven”, *l.c.*, p. 71, nr. 66; M. STORME, “Arbeidsrecht en gerechtelijk recht: verstaan zij zich met elkaar?”, *T.P.R.* 1999, p. 67-68; M. STORME, “Kort geding omdat het moet” (noot onder Cass. 4 februari 2000), *R.W.* 2000-01, 814.

<sup>35</sup> N.S.J. KOEMAN, aangehaald door G.H.A. SCHUT, “De president in kort geding: rechter of dorpsoudste?”, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1985, 145. SCHUT besluit zijn artikel overigens terecht als volgt: “*De dorpsoudste vindt de legitimatie van zijn gezaghebbende uitspraken in de ouderdom en de hem toegeschreven wijsheid. De President in kort geding, hoe oud of wijs ook, zal zijn gezag aan andere bronnen moeten ontnemen.*” (*ibid.*, 149).

<sup>36</sup> Cf. P. LEMMENS, *l.c.*, *T.B.H.* 1991, p. 680, nr. 9.

<sup>37</sup> Zie o.m. Cass. 25 november 1996, *Arr. Cass.* 1996, nr. 454; S. BEERNAERT, “Algemene principes van het civiele kort geding”, *R.W.* 2001-02, p. 1346, nr. 22.

<sup>38</sup> E. DIRIX en K. BROECKX, “Beslag”, in *A.P.R.* 2001, p. 54; A. VAN OEVELEN en D. LINDEMANS, “Het kort geding: herstel van schade bij andersluidende beslissing van de bodemrechter”, *T.P.R.* 1985, (1051), p. 1089-1091, nr. 50 en de verwijzingen aldaar.

<sup>39</sup> M. STORME, “Arbeidsrecht en gerechtelijk recht: verstaan zij zich met elkaar?”, *T.P.R.* 1999, 68; M. STORME, “Kort geding omdat het moet” (noot onder Cass. 4 februari 2000), *R.W.* 2000-01, 814.

<sup>40</sup> *Supra*, nr. 2.

<sup>41</sup> S. BEERNAERT, “Algemene principes van het civiele kort geding”, *R.W.* 2001-02, p. 1348, nr. 31; G. DE LEVAL, “Le référé en droit judiciaire privé”, *Act. dr.* 1992, p. 864, nr. 12; P. MARCHAL, “Les référés”, *Rép. not.*, XV, Livre XXIV, 1992, p. 132, nr. 135; J.M. NELISSEN GRADE, noot onder Cass. 6 november 1987, *T.B.H.* 1988, (186), 190; J. VAN COMPENOLLE en G. CLOSSET-MARCHAL, “Examen de jurisprudence (1985 à 1998). Droit judiciaire privé”, *R.C.J.B.* 1999, p. 174, nr. 379.

met een te korte opzeggingstermijn. Aangezien de bodemrechter in dergelijk geval geen langere opzeggingstermijn zou kunnen opleggen, doch alleen schadeloosstelling mag toekennen, mag ook de rechter in kort geding niet in de uitvoering van de overeenkomst ingrijpen door het opleggen van een termijn of van een bijkomende termijn<sup>42</sup>.

Als men echter de stelling volgt dat belangenafweging voorrang heeft op de schijn van rechten, hoeft de rechter in kort geding met de genoemde beperking geen rekening meer te houden en wordt in kort geding zo goed als alles mogelijk, zelfs het bekomen van maatregelen die de bodemrechter zou moeten weigeren. Ook dit lijkt mij moeilijk aanvaardbaar.

(e) De auteurs die betogen dat de rechter in kort geding vooral aan belangenafweging doet en "ordent" of als een soort van "hogere politieautoriteit" optreedt, zoeken hun inspiratie veelal in Nederland. Nu is het Nederlandse recht inzake kort geding zeker een nuttige inspiratiebron, maar vergelijken is ook gevaarlijk.

Zo moet worden opgemerkt dat "de belangen van partijen" in Nederland, in tegenstelling tot in België, uitdrukkelijk in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering worden vermeld<sup>43</sup>. Dergelijke wettelijke grondslag ontbreekt in België volkomen.

Bovendien is er ook in de rechtspraak van de Hoge Raad geen steun te vinden voor de opvatting dat de rechter in kort geding maatregelen zou kunnen treffen op grond van een loutere belangenafweging<sup>44</sup>. Een beslissing los van iedere rechtsbeschouwing, uitsluitend gebaseerd op een afweging van belangen, is ook in Nederland niet mogelijk. De rechtsverhouding wordt er door de kortgedingrechtters doorgaans vrij grondig geanalyseerd; in feite wordt daarmee een prognose gegeven van wat de bodemrechter vermoedelijk zal beslissen<sup>45</sup>. De uitdrukking dat de "taak van de rechter (in kort geding) niet is het spreken van recht, doch een ordenen" is overigens afkomstig van een beslissing in kort geding<sup>46</sup>

die door Meijers zelf in zijn bekende handboek op de korrel werd genomen<sup>47</sup>.

9. De opvatting dat de rechter in kort geding zich louter door belangenafweging zou mogen laten leiden, moet bijgevolg worden verworpen. Integendeel moet de rechter in kort geding zich als grondslag voor de maatregelen die hij beveelt, een oordeel vormen over de ogenschijnlijke rechten van de partijen<sup>48</sup>. Hij onderzoekt of er een "*fumus boni iuris*" is en poogt een beslissing te nemen die in de lijn ligt van de vermoedelijke rechten van de partijen. Daarbij moet hij de juistheid van de aanspraken van de partijen onderzoeken<sup>49</sup>.

Ook al bindt zijn beslissing de bodemrechter niet, toch is het wenselijk dat zij in de mate van het mogelijke een voorafspiegeling is van de uitspraak van de bodemrechter. Een voorlopige beoordeling is iets heel anders dan een oppervlakkige beoordeling<sup>50</sup>. Het onderzoek van de rechten van de partijen dient dan ook zo grondig mogelijk te gebeuren<sup>51</sup>.

Schematisch voorgesteld moet de rechter in kort geding bijgevolg (1) onderzoeken of er wel urgentie wordt aangevoerd, zoniet is hij onbevoegd<sup>52</sup>; (2) onderzoeken of er urgentie is, zoniet is de vordering ongegrond<sup>53</sup>; (3) de schijn van rechten onderzoeken, zo grondig mogelijk, en (4) afhankelijk van het resultaat van stap 3, eventueel een voorlopige maatregel bevelen, rekening houdend met de beperkingen dat hij geen maatregel kan treffen die de bodemrechter niet zou kunnen opleggen<sup>54</sup> en dat hij geen maatregelen mag bevelen waardoor de rechten van de partijen op een definitieve en onherroepelijke wijze worden aangetast<sup>55</sup>.

Belangenafweging is in dit schema niet noodzakelijk, noch als element ter beoordeling van urgentie, noch als beoordelingsfactor waarvan de schijn van rechten slechts een subelement zou zijn, noch als "correctie" na de beoordeling van de schijn van rechten.

<sup>42</sup> Zie o.m. J.M. NELISSEN GRADE, noot onder Cass. 6 november 1987, *T.B.H.* 1988, (186), 187-190.

<sup>43</sup> Het oude art. 289, lid 1, van het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bevat de passage "*in alle gevallen, waarin het belang van partijen eenige onverwijlde voorziening bij voorraad vordert*". Volgens de na 1 januari 1992 geldende tekst van art. 289 moest het gaan om "*zaken waarin uit hoofde van onverwijlde spoed, gelet op de belangen van partijen, een onmiddellijke voorziening vereist is*". De tekst van het huidige art. 254 komt op hetzelfde neer en luidt: "*In alle spoedeisende zaken waarin, gelet op de belangen van partijen, een onmiddellijke voorziening bij voorraad wordt vereist, is de voorzieningenrechter bevoegd deze te geven*".

<sup>44</sup> Zie H.A. GROEN, "Het kort geding naar Nederlands recht", *T.P.R.* 1991, (1025), 1036-1038.

<sup>45</sup> E.J. NUMANN, *Losbladige editie Burgerlijke Rechtsvordering*, Kluwer, commentaar bij Titel 2, Afd. 14, p. 13 en aant. 10.1 (januari 2003).

<sup>46</sup> Pr. 's-Gravenhage 10 oktober 1962, *N.J.* 1962, 370, ook aangehaald door P. LEMMENS, *l.c.*, *T.B.H.* 1991, 679.

<sup>47</sup> E.M. MEIJERS, *Het kort geding*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1967, p. 106-107.

<sup>48</sup> S. RAES, "Het kort geding in vennootschapszaken", *T.R.V.* 1988, (327), p. 331, nr. 13 *in fine*.

<sup>49</sup> I. VEROUGSTRAETE, "Het kort geding. Recente trends", *T.P.R.* 1980, (258), p. 269, nr. 18.

<sup>50</sup> *Contra*: G. DE LEVAL, "Le référé en droit judiciaire privé", *Act. dr.* 1992, p. 878, nr. 36 ("*une appréciation provisoire et superficielle des droits en conflit*"); J. VAN COMPERNOLLE, "Actualité du référé", *Ann. dr. Louvain* 1989, 148 (*idem*); J. VELU, conclusie voor Cass. 21 maart 1985, *Pas.* 1985, I, 915 (*idem*); M. STORME en P. TAELEMAN, "Het kort geding: ontwikkelingen en perspectieven", *l.c.*, p. 71, nr. 66.

<sup>51</sup> S. RAES, "Het kort geding in vennootschapszaken", *T.R.V.* 1988, p. 333, nr. 17.

<sup>52</sup> Cass. 11 mei 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, nr. 535; S. BEERNAERT, *l.c.*, *R.W.* 2001-02, p. 1341, nr. 5.

<sup>53</sup> Cass. 11 mei 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, nr. 537, *T.B.H.* 1990, 774, noot D. LINDEMANS en *R.W.* 1990-91, 987, noot J. LAENENS; Cass. 6 mei 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, nr. 460.

<sup>54</sup> *Supra*, nr. 8(d).

<sup>55</sup> Cass. 9 september 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, nr. 28; Cass. 31 januari 1997, *Arr. Cass.* 1997, nr. 56, met conclusie adv. gen. DE RIEMAECKER.

Daarmee is niet gezegd dat belangenafweging helemaal geen rol mag spelen in kort geding. De rechter in kort geding mag, wat mij betreft, wel aan belangenafweging doen, in die zin dat hij rekening kan houden met het belang van de eiser dat de gevraagde maatregel wordt toegekend, en met het belang van de verweerder dat daardoor geschaad zal worden<sup>56</sup>. Dergelijke belangenafweging lijkt echter eerder verband te houden met het feit dat aan de kortgedingrechter doorgaans gevraagd wordt een gebod of verbod op te leggen, dan wel met de zogenaamde eigen aard van het kort geding<sup>57</sup>.

Een welbegrepen belangenafweging moet mijns inziens in elk geval steeds *ondergeschikt* blijven aan de beoordeling van de schijn van rechten. Met andere woorden, de rechter in kort geding die meent dat de eiser wel urgentie, maar geen schijn van rechten aantoot, kan dus niet “van mening veranderen” op basis van de belangenafweging en toch nog een voorlopige maatregel opleggen. Omgekeerd kan de rechter in kort geding die vaststelt dat er urgentie is en dat er ook een schijn van rechten is die het nemen van een beslissing verantwoordt, de vordering niet louter op basis van belangenafweging afwijzen<sup>58</sup>. Hoogstens zou hij de belangenafweging een (matigende) rol kunnen laten spelen bij het bepalen van de aard van de voorlopige maatregelen die hij uitspreekt.

10. Bij wijze van besluit kan worden opgemerkt dat uit het geannoteerde arrest blijkt dat de controle van het Hof van Cassatie op de toepassing van rechtsregels door rechters in kort geding strenger is dan veelal wordt aangenomen, en dat de schijn van rechten als beoordelingscriterium niet is weggelaten, zoals sommigen op basis van het arrest van 4 februari 2002 hadden betoogd.

In deze noot werd ervoor gepleit om, wat beide aspecten betreft, te evolueren in de richting van hetgeen geldt voor bodemprocedures, met name (1) een normale cassatiecontrole en (2) een zo grondig mogelijke beoordeling van de rechten van partijen als grondslag voor de beslissing in kort geding, met hoogstens een bijrol voor de belangenafweging in het kader van het bepalen van de aard van de te nemen maatregelen.

Een en ander kan de rechtszekerheid en de kwaliteit van de rechtspraak in kort geding alleen maar ten goede komen. Uitspraken in kort geding zijn te belangrijk om te aanvaarden dat ze louter op basis van belangenafweging zouden kunnen worden genomen en dat het Hof van Cassatie hierop slechts een beperkte controle zou kunnen uitoefenen.

<sup>56</sup>. E.M. MEIJERS, *Het kort geding*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1967, p. 103.

<sup>57</sup>. Cf. E.J. NUMANN, *Losbladige editie Burgerlijke Rechtsvordering*, Kluwer, commentaar bij Titel 2, Afd. 14, p. 18 (januari 2003).

<sup>58</sup>. In die zin Brussel 28 juni 1995, *A.J.T.* 1996-97, (360), 364: “(...) dat gelet op de vastgestelde schending van de ogenschijnlijke rechten van geïntimeerden er geen ruimte meer is voor een belangenafweging”.